



POUVOIR JUDICIAIRE

C/5633/2008

ACJC/1656/2019

ARRÊT**DE LA COUR DE JUSTICE****Chambre civile****DU JEUDI 31 OCTOBRE 2019**

Entre

FONDATION A_____, sise c/o B_____ AG, _____ (Liechtenstein), appelante d'un jugement rendu par la 4ème Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 17 décembre 2018, comparant par Me Pierre Schifferli, avocat, avenue de Champel 24, 1206 Genève, en l'étude duquel elle fait élection de domicile,

et

C_____ (SUISSE) SA, ayant son siège _____ [GE], intimée, comparant par Me Christian Lüscher, avocat, rue Bovy-Lysberg 2, case postale 5824, 1211 Genève 11, en l'étude duquel elle fait élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 26 novembre 2019.

EN FAIT

A. Par jugement JTPI/19917/2018 du 17 décembre 2018 notifié à FONDATION A_____ le 20 décembre 2018, le Tribunal de première instance (ci-après : le Tribunal), statuant par voie de procédure ordinaire contradictoirement à l'égard de FONDATION A_____, C_____ (SUISSE) SA, D_____, E_____, F_____, et statuant par défaut à l'égard de G_____, a débouté FONDATION A_____ de toutes ses conclusions (chiffre 1 du dispositif), constaté que les appels en cause étaient devenus sans objet (ch. 2), condamné FONDATION A_____ aux dépens, lesquels comprenaient une indemnité valant participation aux honoraires d'avocat de la défenderesse C_____ (SUISSE) SA en 60'000 fr. et des appelés en cause E_____, D_____, ainsi que F_____ en 80'000 fr. (ch. 3) et débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 4).

B. a. Par acte déposé le 15 janvier 2019 au greffe de la Cour de justice, FONDATION A_____ appelle de ce jugement, dont elle sollicite l'annulation. Elle conclut, avec suite de frais et dépens, à la condamnation de C_____ (SUISSE) SA à lui payer les sommes de 2'916'000 fr. et de 493'215 fr. 20 avec intérêts à 5 % l'an dès le 26 janvier 2005 à titre de dommages-intérêts, ainsi qu'au prononcé de la mainlevée définitive aux oppositions formées aux commandements de payer notifiés le 13 juillet 2017, poursuites n° 1_____ et n° 2_____, à concurrence desdits montants.

Elle a produit six pièces nouvelles, soit un extrait du procès-verbal d'audience du 11 mai 2005 dans la procédure pénale PP/3_____/2005 diligentée contre G_____, de nouveaux reçus et de nouvelles quittances bancaires C_____ (SUISSE) SA complétant ceux déjà produits en première instance, des pièces justificatives du domicile de la famille D_____/E_____/G_____ ainsi que deux lettres envoyées par G_____ à ses parents en 2005.

b. Par arrêt du 29 mars 2019, la Cour de justice, statuant sur la requête de constitution de sûretés en garantie des dépens formée par C_____ (SUISSE) SA, a imparti à FONDATION A_____ un délai de 30 jours pour fournir aux Services financiers du Pouvoir judiciaire des sûretés d'un montant de 35'000 fr., en espèces ou sous forme de garantie d'une banque établie en Suisse ou d'une société d'assurance autorisée à exercer en Suisse et dit qu'il sera statué sur les frais et dépens de l'incident avec la décision sur le fond.

c. FONDATION A_____ a versé les sûretés susmentionnées aux Services financiers du Pouvoir judiciaire le 30 avril 2019.

d. Par avis du 10 avril 2019, reçu le 15 avril 2019, le greffe de la Cour a imparti un délai de 30 jours à C_____ (SUISSE) SA pour répondre à l'appel.

e. Par courrier du 26 avril 2019, C_____ (SUISSE) SA a relevé que dès lors que l'appel en cause de D_____, E_____, F_____ et G_____ avait été admis par jugement du 27 juillet 2017, ces derniers étaient formellement parties à la procédure, de sorte que l'acte d'appel aurait dû leur être notifié.

f. FONDATION A_____ a répondu que le Tribunal avait jugé le 17 décembre 2018 que les appels en cause de C_____ (SUISSE) SA contre D_____, E_____, F_____ et G_____ étaient devenus sans objet et que "en ce qui concerne les appelés en cause, le jugement [...] n'avait fait l'objet d'aucun appel, ni contestation quelconque." Les appelés en cause n'étaient dès lors plus formellement partie à la procédure et le jugement à leur égard était devenu définitif.

g. Dans sa réponse du 27 mai 2019, C_____ (SUISSE) SA a conclu, à titre préalable, à la suspension de la procédure s'agissant des prétentions d'appel en cause dirigées contre D_____, E_____, F_____ et G_____ jusqu'à droit jugé sur l'appel de FONDATION A_____ et à ce que les pièces produites le 15 janvier 2019 par FONDATION A_____ soient déclarées irrecevables.

A titre principal, elle a conclu à l'irrecevabilité de l'appel interjeté par FONDATION A_____, respectivement à son rejet, à la confirmation du jugement entrepris, à la condamnation de FONDATION A_____ aux frais et aux dépens, à la libération en sa faveur des sûretés versées par FONDATION A_____ et au déboutement de FONDATION A_____, D_____, E_____, F_____ et G_____ de toutes autres ou contraires conclusions.

A titre subsidiaire, elle a conclu à la condamnation de D_____, E_____, F_____ et G_____, pris conjointement et solidairement, à la relever de toute condamnation qui serait prononcée contre elle dans la cause C/5633/2008 l'opposant à FONDATION A_____ et à lui payer les montants qui seraient mis à sa charge en capital, intérêts, frais et dépens, à ce que la Cour réserve la répartition ultérieure de la responsabilité entre D_____, E_____, F_____ et G_____, à la condamnation de FONDATION A_____, D_____, E_____, F_____ et G_____, pris conjointement et solidairement, aux frais et aux dépens, à la libération en sa faveur des sûretés versées par FONDATION A_____ et au déboutement de FONDATION A_____, D_____, E_____, F_____ et G_____ de toutes autres ou contraires conclusions.

h. Par réplique du 4 juin 2019, FONDATION A_____ s'est opposée à la demande de suspension de la procédure formulée par C_____ (SUISSE) SA et a persisté dans toutes ses conclusions.

i. C_____ (SUISSE) SA a renoncé à dupliquer.

j. Les parties ont été informées par avis du 24 juin 2019 de ce que la cause était gardée à juger.

k. Par "déterminations finales" déposées au greffe de la Cour le 1^{er} juillet 2019, FONDATION A_____ a persisté dans ses conclusions et déposé un chargé de pièces.

l. C_____ (SUISSE) SA a sollicité que ces écritures et pièces soient déclarées irrecevables, ce à quoi FONDATION A_____ s'est opposée, invoquant son droit à la réplique.

C. Les éléments pertinents suivants résultent du dossier soumis à la Cour :

a. C_____ (SUISSE) SA (ci-après : C_____ ou la banque) est une société anonyme ayant son siège à Genève dont le but est l'exploitation d'une banque et issue d'une fusion, en 2006, de plusieurs établissements bancaires et autres entités, dont C_____ (SWITZERLAND) SA (ci-après également : C_____).

b. G_____ a été employée de C_____ du 13 novembre 1989 au 26 janvier 2005.

Elle a été membre de la direction de la banque du 28 septembre 2001 au 26 janvier 2005.

Elle était en charge d'un portefeuille d'une centaine de clients du BENELUX et de France pour des avoirs sous gestion totaux de l'ordre de 900'000'000 fr.

c. FONDATION A_____ est une fondation de droit liechtensteinois, ayant son siège à H_____ (Liechtenstein), créée le _____ 1987, aux statuts fondamentalement revus le _____ 1993 et ayant pour but la gestion et l'administration de la fortune dont elle a été dotée et de sa distribution à ses bénéficiaires selon des modalités prévues dans un avenant aux statuts.

Elle est domiciliée auprès de la société B_____ ayant son siège à H_____ (Liechtenstein), et gérée par cette société qui met son personnel à disposition pour siéger au conseil de fondation.

d. Il s'agit concrètement d'une fondation de famille, créée par feu I_____, ayant pour but de conserver, faire fructifier et distribuer le patrimoine des membres de la famille D_____/E_____/G_____ et proches de feu I_____, soit :

- E_____, née le _____ 1934, domiciliée à J_____ (Genève), épouse de feu I_____,
- G_____, née le _____ 1959, fille de E_____ et feu I_____.

-
- D_____, né le _____ 1962, fils de E_____ et feu I_____.
 - F_____, née le _____ 1930, assistante de feu I_____.

e. Le règlement de fondation, établi en dernier lieu le 29 octobre 2001 par les membres du conseil, énumère et distingue les bénéficiaires de la fondation en trois catégories :

- La première bénéficiaire, E_____, doit l'être sa vie durant, avec possibilité de disposer librement de la fortune et des revenus, provenant cas échéant d'une liquidation partielle de la fondation.
- Les seconds bénéficiaires, D_____ et G_____ ainsi que F_____, ne pourront jouir que des revenus par parts égales, après le décès de la première bénéficiaire. En cas de prédécès de l'un des bénéficiaires de la seconde catégorie, la moitié de la fortune reviendra aux bénéficiaires survivants par parts égales et l'autre moitié produira des intérêts qui seront perçus par les survivants par parts égales.
- Les troisièmes bénéficiaires, qui ne pourront le devenir qu'une fois les bénéficiaires de la seconde catégorie décédés, sont les enfants nés ou à naître de G_____ et de D_____.

Tous les bénéficiaires ont le droit, dès leurs vingt-cinq ans, à être informés de la gestion de la fortune de la fondation.

f. Le conseil de fondation était composé de trois membres titulaires de la signature individuelle au moment des faits pertinents, étant précisé que ce point est néanmoins l'objet de doutes concernant la durée exacte des mandats : K_____, L_____ (seulement dès 2003 ou 2004 vraisemblablement) et M_____.

g. L'art. 6 des statuts de FONDATION A_____ prévoit que les organes de la fondation sont le conseil de fondation et l'organe de contrôle éventuel.

L'art. 7 des statuts dispose que le conseil de fondation est l'organe suprême de la fondation et qu'il dispose de tous les droits et compétences qui sont attribués par la loi à l'organe suprême des personnes morales.

Selon l'article 8 al. 1 et 2 des statuts, le conseil de fondation assume la gérance et la représentation de la fondation. Il peut déléguer l'administration et la représentation de la fondation à l'un de ses membres ou à un tiers en fixant le mode de signature.

h. Aucun des bénéficiaires de la fondation n'est mentionné parmi les personnes autorisées à représenter celle-ci dans les statuts ou leurs avenants.

i. FONDATION A_____ n'a pas l'obligation de tenir une comptabilité, à l'instar de toutes les fondations du même type au Liechtenstein, mais les quittances et autres documents comptables ou bancaires doivent être conservés pendant dix ans.

j. FONDATION A_____ a ouvert une relation bancaire n° 4_____ auprès de C_____ dès 1993, à laquelle étaient rattachés les sous-comptes n° 5_____ et 6_____.

k. Le carton de signatures lié au compte a mentionné la seule signature individuelle de K_____ jusqu'en 2010. Dès cette date, L_____ et N_____, membre du conseil de fondation de FONDATION A_____ depuis une date indéterminée, sont inscrits en qualité de titulaires de la signature individuelle.

l. A teneur d'une note strictement confidentielle relative à la convention de diligence, l'ayant droit économique du compte de FONDATION A_____ était E_____.

m. La relation bancaire de FONDATION A_____ auprès de C_____ n'avait pas pour fonction d'accumuler des avoirs sous forme d'épargne ou de dépôt titres.

n. De 1993 à 1999, seuls des montants peu importants figuraient sur le compte et peu d'opérations ont été enregistrées.

Dès 1999, des montants plus importants ont transité sur le compte, étant précisé que les crédits et les débits étaient à peu près équivalents. Les prélèvements avaient souvent lieu en espèces.

o. Les bonifications sur le compte provenaient en grande partie d'un compte référence "O_____" auprès de C_____ Luxembourg (pour près de 2'000'000 fr.), d'un compte de FONDATION A_____ auprès de C_____ Luxembourg (pour plus de 500'000 fr.), d'un compte non identifié auprès de C_____ Luxembourg (pour 250'000 fr.), de divers virements provenant de l'étude de D_____ (pour plus de 1'000'000 fr.), puis de divers établissements bancaires dont P_____, Q_____ SA (dont certains virements provenant d'un compte de FONDATION A_____ vraisemblablement), R_____ (près de 200'000 fr.), S_____ et C_____ Monaco (idem).

G_____ a versé quelques dizaines de milliers de francs suisses en liquide sur le compte par opérations de caisse.

p. Selon le conseil de fondation, les apports de fonds provenaient pour la plupart de D_____ et d'un compte de la fondation au Luxembourg. Pour le reste, il ignorait leur origine. Il supposait que le compte "O_____" correspondait à une provenance liée à D_____. Globalement, le conseil de fondation ne disposait pas

des décomptes bancaires pour la relation auprès de C_____ et ne les a reçus de manière exhaustive qu'au début de l'année 2006.

D_____ a déclaré que les fonds bonifiés sur les comptes de FONDATION A_____ durant la période litigieuse provenaient de la réalisation par son père de plusieurs sociétés situées à l'étranger. Le prix de vente de ces sociétés avait été transféré sur les comptes de FONDATION A_____ essentiellement au travers de son étude, depuis le compte "O_____" qui était un compte de son étude, ainsi qu'au travers de comptes et sociétés selon des cheminements souhaités par son père.

q. G_____ n'était pas la gestionnaire attitrée du compte de FONDATION A_____ au sein de C_____. Elle travaillait toutefois dans le même groupe de gestionnaires, ce qui lui a permis de procéder à des retraits en espèces dudit compte. De manière générale, il arrivait en effet, à l'époque des faits, que des gestionnaires retirent de l'argent des comptes de leurs clients et leur fassent signer une quittance au moment où ils leur remettaient l'argent.

r. G_____ a procédé au total à 251 prélèvements en liquide sur le compte de FONDATION A_____.

Pour chacun de ces prélèvements, G_____ a adressé à FONDATION A_____ un bordereau de retrait d'espèces ainsi qu'une quittance bancaire correspondante à contresigner. Les reçus de caisse portaient généralement la signature de G_____ et parfois celle d'un autre représentant de la banque. Certains d'entre eux étaient contresignés par E_____ ou accompagnés d'un reçu signé par cette dernière. Les quittances bancaires correspondantes ont toutes été signées par K_____, membre du conseil de FONDATION A_____, qui les a ensuite retournées à la banque.

s. FONDATION A_____ a, en substance, allégué que les accusés de réception que lui avait adressés G_____ avaient été signés en blanc par E_____, puis remplis à la main par G_____ en fonction des montants que cette dernière prélevait sur le compte. G_____ avait également inséré des lignes supplémentaires dans certains accusés de réception rédigés par sa mère et photocopié des accusés de réception établis en blanc par cette dernière.

C_____ a quant à elle confirmé qu'il était arrivé pour certains retraits que G_____ se prévale d'instructions écrites de la part de sa mère. Il était apparu par la suite que ces instructions avaient été données sur des papiers signés à l'avance en blanc par E_____.

t. G_____ a tenu des cahiers de comptes familiaux documentant les prélèvements sur le compte de FONDATION A_____ auprès de C_____ et leur affectation.

Les affectations mentionnées par ces cahiers concernaient tous les membres de la famille D_____/E_____/G_____ et étaient les suivantes : Ménage - "T_____" (vraisemblablement un bien immobilier familial détenu au travers d'une société) - Banque - Voiture - Fiscalité - Assurances - Travaux - Divers - FF - Avocats. Les dépenses répertoriées s'élevaient à plusieurs dizaines de milliers de francs par mois.

u. A teneur de ces cahiers, des frais liés à des biens immobiliers et des sociétés offshore ont également été réglés par des prélèvements du compte de FONDATION A_____.

D_____ a toutefois contesté que le compte de FONDATION A_____ ait servi à régler des frais en lien avec une société "T_____" ou des frais le concernant.

v. Pour le conseil de fondation, la seule bénéficiaire de FONDATION A_____ était E_____, tant qu'elle était en vie. Cette dernière était autorisée à prélever ce qu'elle voulait sur la fortune de la fondation.

Les membres du conseil n'ont toutefois jamais eu de contacts directs avec E_____. La relation avec cette dernière s'est toujours déroulée à travers G_____. Il était en effet normal pour le conseil de fondation que la fille de la première bénéficiaire s'occupe de tous les contacts avec la fondation. G_____ ne bénéficiait en revanche pas d'un pouvoir expressément conféré par la fondation.

w. Selon le conseil de fondation, les montants prélevés sur le compte ouvert auprès de C_____ étaient exclusivement consacrés à l'entretien de E_____. La perception du conseil de fondation était que E_____ était gravement malade, ce qui justifiait l'ampleur des prélèvements. Le conseil de fondation ignorait cependant tout de l'utilisation faite des fonds décaissés. Interrogé à ce sujet, L_____ n'a pas été en mesure d'indiquer quelles mesures avaient été prises pour s'assurer que l'argent retiré par G_____ soit effectivement remis à E_____.

x. En janvier 2005, une procédure pénale P/7_____/05 a été ouverte à l'encontre de G_____, notamment du chef d'abus de confiance pour 242 détournements commis dès 1996 au détriment de 22 clients de C_____, à concurrence de montants avoisinant 5'600'000 fr.

y. Il ressort de l'enquête pénale que G_____ a généralement dissimulé ses détournements en faisant signer aux clients des quittances ou des instructions manuscrites qu'elle modifiait ensuite avec des montants différents qu'elle s'appropriait.

Il a également été retenu que G_____ avait utilisé en grande partie les fonds détournés pour s'acheter des vêtements de marque et des bijoux, pour s'offrir, de même qu'à son mari, des voyages, ainsi que pour jouer dans différents casinos.

Elle avait notamment acquis, entre 1998 et 2005, pour 4'446'031 fr. de vêtements et de bijoux chez U_____, V_____, W_____, X_____ et Y_____.

z. G_____ a été licenciée avec effet immédiat le 26 janvier 2005 par C_____.

Elle a été mise en détention préventive le même jour.

a.a Sa libération provisoire a été prononcée le 18 octobre 2005 contre la remise d'une caution de 500'000 fr., laquelle a été versée par D_____ grâce à des fonds provenant de ses avoirs personnels, afin d'aider sa sœur.

a.b FONDATION A_____ prétend avoir été informée des déboires pénaux de G_____ en décembre 2005 et avoir constitué un avocat à Genève en janvier 2006 pour défendre ses intérêts en relation avec les détournements commis par G_____. Ce n'est qu'à compter de ce moment qu'elle avait imaginé que G_____ avait pu commettre des actes préjudiciables au détriment de la fondation et procédé immédiatement à des vérifications. Elle avait également changé sa méthode de travail avec les banques étant donné qu'il n'était pas possible de faire confiance à celles-ci.

a.c Le 3 avril 2006, G_____, D_____ et C_____ ont signé une convention d'indemnisation de la banque pour le préjudice causé par les actes reprochés à G_____, portant sur un montant arrêté forfaitairement à 4'000'000 fr., sur la base des faits connus et inconnus au jour de la signature, et en ont donné quittance pour solde de tous comptes à G_____, c'est-à-dire en tenant compte d'un éventuel préjudice supplémentaire lié à des détournements qu'aurait subi FONDATION A_____.

D_____ assumait le paiement de la majeure partie de ce montant aux fins d'aider sa sœur, en s'engageant notamment à verser à C_____, au plus tard le 31 décembre 2006, un montant de 3'000'000 fr., provenant de ses avoirs personnels ou d'un emprunt qu'il aurait personnellement souscrit.

C_____ cédait quant à elle ses droits à la réparation du préjudice découlant des actes de G_____ à D_____ afin que ce dernier puisse s'en prévaloir envers sa sœur pour se faire rembourser.

a.d C_____ avait préalablement fait signer, le 28 mars 2006, aux bénéficiaires de FONDATION A_____, soit E_____, G_____ et D_____, ainsi que F_____, un engagement dont la teneur est la suivante :

"En qualité de premier, respectivement de deuxièmes bénéficiaires de la FONDATION A_____, nous vous confirmons renoncer à toute action contre vous du fait des opérations menées auprès de votre établissement par la fondation ou pour son compte par G_____.

Par la présente, nous vous relevons et vous garantissons irrévocablement et inconditionnellement de tout préjudice découlant de toute action de tiers qui pourrait être dirigée contre vous suite aux opérations précitées (...).

Il est entendu que vous ne pouvez faire état de la présente que si la FONDATION A_____ et/ou des tiers engagent une action contre vous relative au compte ouvert auprès de votre établissement au nom de la FONDATION A_____."

a.e Compte tenu de la signature de ces deux documents, C_____ n'a pas maintenu ses requêtes d'actes d'instruction dans la procédure pénale en lien avec le compte de la FONDATION A_____ et le rôle joué par G_____ et D_____ - étant précisé que C_____ a toujours soupçonné que le compte de FONDATION A_____ avait servi à dissimuler les gains illicites de G_____ avec la complicité de sa famille. Elle a également retiré sa plainte et sa constitution de partie civile contre G_____. La procédure pénale n'a ainsi jamais porté sur d'éventuels détournements commis au détriment de FONDATION A_____.

a.f Le 9 janvier 2007, G_____ a été renvoyée en jugement par la Chambre d'accusation de Genève pour abus de confiance aggravé.

a.g Le 4 mars 2008, elle a été reconnue coupable d'abus de confiance aggravé et condamnée par la Cour correctionnelle de Genève à trois ans de peine privative de liberté, dont huit mois fermes, pour avoir détourné, entre 1998 et 2005, une somme supérieure à 5'000'000 fr. au détriment de clients de C_____.

a.h Parallèlement à cette procédure pénale, D_____ et E_____ ainsi que F_____ ont déclaré, le 26 mars 2007, invalider la convention du 3 avril 2006 et l'engagement du 28 mars 2006. A l'appui de leur invalidation, ils invoquaient la lésion, la crainte fondée et le dol au vu des circonstances dans lesquelles ces documents avaient été signés et de la disproportion des prestations réciproquement fournies.

D_____ a par conséquent réclamé le remboursement des sommes qu'il avait versées sur la base de la convention susmentionnée, soit un montant total de 3'750'000 fr.

a.i C_____ s'est opposée à cette invalidation.

a.j D_____ a fait notifier des commandements de payer à C_____ pour le remboursement de 3'750'000 fr., auxquels C_____ a fait opposition.

a.k Parallèlement, il a fait notifier plusieurs commandements de payer à l'encontre des deux employés de C_____ qui avaient signé la convention du 3 avril 2006

pour le préjudice qu'ils lui avaient causé en participant à la confection d'une convention lésionnaire.

a.l Ces employés ont agi en justice aux fins de faire constater que la créance invoquée à l'appui de ces poursuites était inexistante et que les poursuites étaient attentatoires à leur personnalité.

Par jugement du 11 février 2010, le Tribunal de première instance a nié le caractère lésionnaire de la convention du 3 avril 2006, constaté que les créances déduites en poursuite n'existaient pas et admis que les poursuites en question étaient attentatoires à la personnalité des employés visés. Ce jugement est définitif et exécutoire.

a.m FONDATION A_____ a fait notifier à C_____, le 20 avril 2007, un commandement de payer, poursuite n° 8_____, portant sur une créance de 4'700'000 fr., correspondant au montant des retraits effectués sur le compte de FONDATION A_____ durant la période litigieuse. La cause de la créance était la responsabilité délictuelle de la banque pour les actes illicites commis par G_____ en qualité de membre de la direction de la banque, subsidiairement la responsabilité contractuelle de la banque envers son client. C_____ a fait opposition.

a.n D_____ et E_____ ainsi que F_____ ont fait notifier le même jour des commandements de payer à C_____ pour le même montant et fondés sur les mêmes causes, auxquels C_____ a également fait opposition.

D. a. Par acte déposé au greffe du Tribunal de première instance le 18 mars 2008, FONDATION A_____ a assigné C_____ (SUISSE) SA, avec suite de frais et dépens, en paiement de 2'916'000 fr. plus intérêts à 5 % l'an dès le 26 janvier 2005 à titre de dommages-intérêts et conclu au prononcé de la mainlevée définitive de l'opposition au commandement de payer, poursuite n° 8_____, à concurrence dudit montant.

FONDATION A_____ a allégué avoir subi un dommage de 2'916'438 fr. (arrondis à 2'916'000 fr.) constitué des retraits effectués entre 1998 et 2005 sur ses comptes auprès de C_____ par G_____, non justifiés par des besoins de E_____, unique bénéficiaire de la fondation.

Ce chiffre se fondait sur un rapport établi à la demande de FONDATION A_____ par la fiduciaire Z_____ SA (ci-après : "la fiduciaire" ou "Z_____ SA"), qui affirmait avoir reconstitué la comptabilité de la fondation et analysé l'intégralité des mouvements bancaires durant la période sous revue afin d'identifier les retraits injustifiés.

La fiduciaire indiquait, dans ce rapport, avoir travaillé sur la base de la documentation remise par le conseil de FONDATION A_____ : relevés bancaires, justificatifs des dépenses de la première bénéficiaire de la fondation, documents issus de la procédure pénale. Elle n'avait en revanche pas eu accès aux instructions transmises à la banque pour les virements.

L'examen de la comptabilité de FONDATION A_____ avait permis à la fiduciaire de parvenir aux conclusions suivantes :

- globalement, entre 1998 et 2005 les comptes de FONDATION A_____ avaient fait l'objet de bonifications pour un total de 5'082'756 fr. et de retraits pour un total de 4'881'079 fr.
- les retraits avaient eu lieu sous trois formes : par chèques en 200'050 fr., par transferts bancaires en 494'307 fr. et en espèces en 4'187'722 fr.
- les retraits par chèques et par transferts bancaires mentionnaient un bénéficiaire et permettaient de déterminer qu'ils étaient tous en lien avec E_____, première bénéficiaire de la fondation, et pouvaient donc être considérés comme justifiés.
- les retraits en espèces, au nombre total de 251, étaient pour certains justifiés ou partiellement justifiés d'une part et totalement injustifiés d'autre part.
- 62 d'entre eux, étaient totalement ou en grande partie justifiés. Il s'agissait de versements à raison d'une fois par mois destinés à E_____, première bénéficiaire de la fondation. Ces retraits justifiés ou en grande partie justifiés pouvaient en effet être mis en lien avec des factures portant sur des dépenses courantes de E_____. Ils totalisaient un montant de 1'385'358 fr. Le lien entre le retrait et les factures était clairement établi pour un total de retraits de 507'339 fr., le prélèvement ayant servi directement au paiement de la facture. Le lien pouvait être considéré comme établi pour un total de retraits de 878'019 fr. vu la proximité dans le temps et la concordance des montants entre le prélèvement et le règlement d'une facture. Une part de ces retraits restait toutefois injustifiée, car supérieure aux factures, à concurrence d'un total de 114'574 fr. Il fallait attribuer cette part à un détournement et une utilisation indue par G_____, sans le consentement de E_____. En conclusion intermédiaire, c'était un total de 1'270'784 fr. qui devait être considéré comme justifié dans la catégorie des retraits en espèces justifiés ou partiellement justifiés et un total de 114'574 fr. comme injustifié.
- 189 retraits en espèces (ou 192, le rapport est à cet égard contradictoire), totalisant 2'916'438 fr., ne trouvaient aucune justification dans des factures de E_____. Ces retraits devaient être attribués à des détournements de

G_____. Selon la procédure pénale, G_____ avait en effet effectué des achats pour un total de 2'004'963 fr. dans ses boutiques habituelles (U_____, V_____, X_____, Y_____ et W_____) entre 1998 et 2005, en majorité dans les dix jours suivant ces retraits. Un total de 911'472 fr. était sans lien chronologique avec les achats documentés de G_____, mais avait probablement servi à d'autres dépenses que celles effectuées dans les boutiques susmentionnées.

FONDATION A_____ imputait la responsabilité aquilienne de son dommage à C_____ du fait que G_____ avait été son employée, puis son organe en qualité de directrice. C_____ devait donc répondre du dommage causé, faute d'avoir correctement surveillé son employée et pris les mesures organisationnelles propres à éviter des indélicatesses de sa part (art. 55 CO). Elle devait en outre assumer les actes illicites de ses organes sans disculpation possible (art. 55 CC).

C_____ était en outre responsable contractuellement du dommage causé à FONDATION A_____ en sa qualité de mandataire et dépositaire (art. 394 ss et 472 ss CO cum art. 101 CO).

b. C_____ a d'entrée de cause soulevé le fait que FONDATION A_____ n'avait pas la qualité pour agir et être partie, s'agissant d'une fondation de famille, prohibée en droit suisse sous l'angle de l'interdiction des fidéicommiss de famille (art. 335 al. 2 CC).

c. Par jugement 6 novembre 2008, confirmé par arrêt de la Cour de justice 28 mai 2009 et par arrêt du Tribunal fédéral du 17 novembre 2009, la capacité d'être partie et la qualité pour agir a été reconnue à FONDATION A_____, puisqu'elle était valablement constituée selon son droit d'incorporation et qu'aucune norme d'ordre public ou d'application immédiate de droit suisse (art. 18 LDIP) ne s'opposait à la reconnaissance de cette entité en Suisse, notamment pas l'article 335 al. 2 CC.

d. Dans sa réponse du 8 juin 2010, C_____ a conclu au déboutement de FONDATION A_____.

Elle a notamment fait valoir que FONDATION A_____ avait consenti à tous les prélèvements par l'apposition de la signature de son organe autorisé sur les quittances, ce qui permettait de leur dénier tout caractère illicite. C_____ ne pouvait en tous les cas se voir reprocher une violation contractuelle pour ne pas avoir détecté une éventuelle activité illicite dans ces circonstances. De surcroît, les prélèvements prétendument litigieux avaient été opérés par G_____, soit une personne qu'il fallait considérer comme un organe de fait de la fondation.

C_____ considérait également que FONDATION A_____ ne pouvait se prévaloir d'aucun dommage du fait de paiements effectués en mains de G_____. Les avoirs de la fondation n'avaient en effet pas pour seule fonction de couvrir des besoins de E_____, mais également - certes contre la lettre des statuts et de l'avenant - de bénéficier à G_____ et D_____. G_____ appartenant ainsi au cercle des bénéficiaires de la fondation, cette dernière ne pouvait prétendre que ses prélèvements correspondaient à des détournements; ces derniers constituaient au contraire des attributions conformes au but de la fondation.

Le rapport de Z_____ SA ne permettait en outre pas de démontrer un préjudice provoqué par des retraits indus de G_____. Rien, dans la méthodologie appliquée, ne permettait de savoir comment avaient été distingués les retraits liés à des besoins de E_____ des retraits indus (aucune discussion avec E_____, absence de justificatif des dépenses de celle-ci). La détermination des dépenses légitimes des bénéficiaires ne tenait pas compte d'éléments objectifs, tels que les cahiers tenus par G_____, qui illustraient le montant des frais courants des bénéficiaires, lequel était bien plus proche du montant des prélèvements que les montants considérés comme justifiés par la fiduciaire; en tenant compte des prélèvements et des dépenses de la famille ressortant des cahiers de G_____, c'était un montant de 3'027'836 fr. qui était indubitablement justifié sur des prélèvements de 4'319'893 fr., soit une différence "injustifiée" de 1'292'056 fr. uniquement.

Les achats d'objets de luxe par G_____ ayant par ailleurs été mis en lien avec les détournements au détriment des autres clients de C_____, la relation postulée par la fiduciaire entre ces achats et les prélèvements prétendument indus au détriment de FONDATION A_____ n'existait pas.

e. Par acte déposé le 30 septembre 2010, C_____ a appelé en cause D_____, G_____, E_____ et F_____.

Elle fondait cette démarche sur l'engagement de relief et de garantie signé par les personnes susmentionnées le 28 mars 2006 dans le contexte de la négociation de la convention du 3 avril 2006. En outre, elle se prévalait de la responsabilité du travailleur au sens de l'article 321a CO à l'encontre de G_____.

Elle concluait à ce que les appelés en cause la relèvent de toute condamnation en paiement prononcée sur la base de la demande en justice que FONDATION A_____ avait déposée contre elle.

f. L'appel en cause a été admis par jugement du 27 juillet 2010 et la procédure d'appel en cause jointe à la présente procédure par jugement du 24 mars 2012.

g. L'appelée en cause G_____, sans domicile connu et citée par voie édictale, n'a pas comparu à l'audience d'introduction et défaut a été déclaré contre elle.

h. Les appelés en cause D_____ et E_____, ainsi que F_____ ont conclu au déboutement de C_____ de toutes ses conclusions d'appel en cause et, cela fait, à la condamnation de C_____ (SUISSE) SA à payer à FONDATION A_____ la somme de 2'916'000 fr. plus intérêts à 5% l'an dès le 26 janvier 2005 à titre de dommages-intérêts et au prononcé de la mainlevée définitive de l'opposition au commandement de payer, poursuite n° 8_____, à concurrence dudit montant.

i. Le Tribunal a entendu les parties et des témoins lors des audiences des 4 octobre 2012, 22 novembre 2012, 14 novembre 2013, 6 février 2014, 6 mars 2014, 17 avril 2014 et 17 décembre 2014. Le résultat de ces enquêtes a été introduit dans l'état de fait ci-dessus. Il en ressort en outre ce qui suit.

j. FONDATION A_____ a comparu par N_____ lors de l'audience du 4 octobre 2012 et par L_____ lors de l'audience du 17 avril 2014. Le Tribunal et les parties ont également souhaité la comparution de K_____, principal responsable de FONDATION A_____ au sein de B_____. Celui-ci n'a toutefois jamais comparu à Genève malgré plusieurs convocations et n'a pas été entendu dans le cadre des deux commissions rogatoires décernées au Liechtenstein au motif que son âge et son état de santé s'opposaient à son audition.

FONDATION A_____ a confirmé qu'aucune action en responsabilité n'avait été dirigée contre ses organes et/ou la société B_____, soit la société de domiciliation qui gère la fondation.

k. Au vu de la réponse de C_____ à la demande de FONDATION A_____, Z_____ SA a émis, à la demande de FONDATION A_____, des compléments à son rapport du 4 février 2008.

k.a Dans un premier rapport complémentaire du 25 juin 2010, la fiduciaire a contesté l'argumentation de la banque selon laquelle les prélèvements sur le compte de FONDATION A_____ auraient globalement correspondu aux dépenses de la famille D_____/E_____/G_____. La banque avait en effet cumulé les dépenses ressortant des cahiers de G_____ avec les dépenses qu'elle-même avait déjà retenues. Or, ce procédé conduisait à retenir deux fois la même dépense et augmentait artificiellement les frais de la famille couverts par les prélèvements; ce serait notamment le cas pour les dépenses "T_____".

La fiduciaire admettait en revanche ne pas avoir connu les cahiers de G_____ lorsqu'elle avait établi son premier rapport. Ces derniers lui paraissaient toutefois peu précis et lacunaires car les prélèvements qui y étaient mentionnés ne pouvaient être réconciliés avec les dépenses. Le lien entre les prélèvements

indiqués dans ces cahiers et les prélèvements sur le compte de FONDATION A_____ n'était en outre pas évident. La fiduciaire citait à cet égard quelques exemples de contradictions.

k.b Dans un deuxième rapport complémentaire du 3 octobre 2016, la fiduciaire a en outre mis en perspective chronologique les dépenses de G_____ établies par la procédure pénale, les prélèvements effectués sur le compte de FONDATION A_____ et les prélèvements indus effectués sur les comptes des clients lésés de C_____. Sur cette base, la fiduciaire confirmait ses conclusions du 4 février 2008 et un lien chronologique entre les dépenses de G_____ et l'ensemble de ces prélèvements.

k.c Dans un troisième rapport complémentaire du 29 mai 2017, la fiduciaire a constaté qu'il n'existait pas de concordance entre deux quittances signées par E_____ et les prélèvements opérés sur le compte de FONDATION A_____ auprès de C_____ à la même période, soit les mois d'août et septembre 2002.

l. Entendu en qualité de témoin, AA_____, expert-comptable chez Z_____ SA, a confirmé être l'auteur du rapport du 4 février 2008 utilisé par la fondation pour justifier son dommage et des rapports complémentaires mentionnés au point précédent.

Il a indiqué qu'il n'avait pas eu de contacts avec les membres de la famille D_____/E_____/G_____ dans le cadre de son activité, hormis avec D_____. La fiduciaire avait eu accès aux pièces comptables de la fondation et aux pièces bancaires ainsi qu'à des justificatifs de dépenses. Les justificatifs des dépenses de E_____ avaient été remis par D_____ qui avait donné des explications à leur appui. Interrogé sur la présence de certaines factures retenues dans les dépenses de E_____, il a eu des doutes sur l'opportunité de les avoir retenues dans les charges de celle-ci vu leur nature. Il a également admis que certains achats de G_____ mis en relation avec des prélèvements qualifiés d'indus sur le compte de FONDATION A_____ étaient d'un prix plus élevé que le montant du retrait. S'agissant du rapport complémentaire visant les cahiers de G_____, il n'avait été possible de trouver que dans de rares cas des corrélations entre les factures fournies par D_____ pour les dépenses de E_____ et les dépenses mentionnées dans les cahiers. Cela concernait surtout la rubrique "T_____".

m. FONDATION A_____ a produit une attestation signée le 21 juin 2017 par E_____, aux termes de laquelle elle déclarait "avoir participé et pris connaissance des expertises de Z_____ SA et souscrire entièrement à leurs conclusions".

n. Dans ses conclusions motivées après enquêtes du 23 août 2017, FONDATION A_____ a modifié ses conclusions initiales et pris de nouvelles conclusions.

Elle a ainsi conclu, avec suite de frais et dépens, à la condamnation de C_____ (SUISSE) SA à lui payer la somme de 2'916'000 fr. avec intérêts à 5% l'an dès le 26 janvier 2005 à titre de dommages-intérêts et au prononcé de la mainlevée définitive de l'opposition formée au commandement de payer nouvellement notifié le 13 juillet 2017, poursuites n° 1_____, à due concurrence.

Elle a également conclu à la condamnation de C_____ (SUISSE) SA à lui payer la somme de 493'215 fr. 20 avec intérêts à 5% l'an dès le 26 janvier 2005 à titre de dommages-intérêts et au prononcé de la mainlevée définitive de l'opposition formée au commandement de payer notifié le 13 juillet 2017, poursuite n° 2_____, à due concurrence.

A teneur du commandement de payer précité, cette créance correspondait au "préjudice additionnel subi correspondant à l'intérêt capitalisé de 5% sur des retraits illicites respectifs de 1999 à janvier 2005 (annexes II et VII de l'analyse de la fiduciaire Z_____ de février 2008)".

o. Par conclusions motivées après enquêtes du 24 août 2017, C_____ (SUISSE) SA a persisté dans les conclusions qu'elle avait prises à l'encontre de FONDATION A_____ d'une part, ainsi que de D_____, E_____, F_____ et G_____ d'autre part.

p. La cause a été gardée à juger à l'issue de l'audience de plaidoiries du 27 août 2017, lors de laquelle les parties ont persisté dans les conclusions susmentionnées.

E. Aux termes du jugement entrepris, le Tribunal a considéré que les rapports que FONDATION A_____ avait fait établir par la fiduciaire Z_____, faute de disposer d'une comptabilité, ne prouvaient pas le dommage allégué. Afin de déterminer ce dommage, la fiduciaire Z_____ avait en effet tenté de reconstituer une comptabilité en cherchant à réconcilier les prélèvements résultant des quittances bancaires et les éléments fournis par D_____ s'agissant de l'utilisation de ces derniers, de manière à distinguer les prélèvements justifiés par des dépenses de la bénéficiaire E_____ et les détournements commis par G_____. Or, rien ne garantissait que D_____ avait fourni tous les justificatifs des dépenses de sa mère de sorte que la reconstitution ne pouvait être considérée comme fiable. La fiduciaire Z_____ n'avait en outre pas corrigé ses conclusions initiales en fonction des éléments qui ressortaient des cahiers de dépenses tenus par G_____, lesquels lui avaient été remis après l'établissement de son premier rapport. Or, un cumul des dépenses mentionnées par ces cahiers et de celles résultant des pièces fournies par D_____ - lesquelles ne se recoupaient que très partiellement selon la fiduciaire - aboutissait à des montants plus proches des prélèvements effectués pour le compte de FONDATION A_____ que ceux résultant des seules pièces remises par D_____, ce qui réduisait d'autant le montant des prélèvements non justifiés.

Les conclusions de la fiduciaire Z_____ étaient également critiquables dès lors que cette dernière était partie du principe que les prélèvements considérés comme injustifiés devaient tous être attribués aux achats somptuaires de G_____. Ces achats avaient toutefois déjà été considérés, dans la procédure pénale, comme financés par les détournements commis au détriment des autres clients de la banque. Il était dès lors vraisemblable que les achats litigieux n'avaient pas été financés par des prélèvements sur le compte de FONDATION A_____.

Le Tribunal a encore constaté qu'à teneur des pièces produites, G_____ n'avait jamais falsifié d'instructions ou de quittances s'agissant de FONDATION A_____. L'analogie faite par cette dernière entre les prélèvements effectués par G_____ sur son compte bancaire et les détournements commis par cette dernière au préjudice des autres clients de la banque n'était dès lors pas documentée. Selon le Tribunal, il ne serait d'ailleurs pas surprenant que G_____ ait épargné les intérêts de sa famille et n'ait lésé que ceux de clients qui ne lui étaient pas proches.

Dans la mesure où une bonne part des prélèvements effectués sur le compte de FONDATION A_____ semblait concerner toute la famille D_____/E_____/G_____ qui vivait dans une propriété à AB_____ [VD], le Tribunal a également relevé que les retraits effectués par G_____ pour son seul bénéficiaire n'étaient pas forcément constitutifs d'un dommage. Les organes de FONDATION A_____ ayant travaillé essentiellement avec G_____ sans s'inquiéter de quoi que ce soit, il ne pouvait en effet être exclu que ce fonctionnement soit celui souhaité par la ou les bénéficiaire(s) de la fondation.

G_____ prenant toutes les décisions sur les prélèvements et leur affectation avec l'approbation du conseil de fondation, le Tribunal s'est enfin interrogé sur sa qualité d'organe de fait, de même que sur l'imputabilité de son activité à C_____. Se posait ainsi la question de savoir si G_____ avait agi en qualité d'employée puis de directrice en charge du compte de FONDATION A_____ ou, en sa qualité d'organe de fait de la fondation, comme ayant droit d'un compte dont elle n'était pas en charge. En l'absence de preuve du dommage, ces questions pouvaient toutefois rester indécises. Il n'était pas non plus nécessaire de se prononcer sur les arguments soulevés par les parties en lien avec la légitimation active de la fondation ou le caractère abusif de la demande.

Le Tribunal a pour le surplus considéré que dans la mesure où la responsabilité de C_____ n'était pas engagée, l'appel en cause de D_____, E_____, F_____ et G_____, fondé sur les prétentions récursoires de C_____ si sa responsabilité avait été retenue, devenait sans objet.

EN DROIT

1. 1.1 La procédure de première instance a été introduite le 18 mars 2008 et était régie par l'ancienne loi de procédure civile genevoise (aLPC). Le jugement de première instance ayant été envoyé aux parties après l'entrée en vigueur du CPC (1^{er} janvier 2011), les voies de recours sont en revanche régies par le nouveau droit (art. 405 al. 1 CPC; ATF 137 III 127 consid. 2).

1.2 Interjeté contre une décision finale (308 al. 1 let. a CPC), dans une affaire patrimoniale dont la valeur litigieuse au dernier état des conclusions est supérieure à 10'000 fr. (art. 308 al. 2 CPC), auprès de l'autorité compétente (art. 120 al. 1 let. a LOJ), dans le délai utile de trente jours et selon la forme prescrite par la loi (art. 130 al. 1, 142 al. 1, 145 al. 1 let. c et 311 CPC), l'appel est recevable de ce point de vue.

Sont également recevables la réponse de l'intimée ainsi que la réplique de l'appelante, déposées dans les délais légaux, respectivement impartis à cet effet (art. 145 al. 1 let. a, 312 al. 2, 316 al. 1 CPC).

1.3 Les déterminations finales déposées par l'appelante le 1^{er} juillet 2019 sont en revanche irrecevables. L'intimée ayant renoncé à dupliquer et le dossier ne comportant par conséquent ni écriture, ni pièce nouvelle, l'appelante ne pouvait pas se prévaloir de son droit à la réplique pour communiquer une prise de position supplémentaire à la Cour (arrêt du Tribunal fédéral 4D_12/2019 du 12 juin 2019 consid. 3.2.1 et les arrêts cités).

La cause ayant été gardée à juger le 24 juin 2019 et les parties ne pouvant plus introduire de faits et de moyens de preuve nouveaux au sens de l'art. 317 al. 1 CPC à compter de cette date (ATF 142 III 413 consid. 2.2.5, JdT 2017 II 153), les pièces déposées par l'appelante en même temps que les déterminations susmentionnées sont également irrecevables.

2. Bien que déposé dans le délai légal et la forme prescrite par la loi, l'intimée fait valoir que l'appel devrait être déclaré irrecevable pour deux motifs. L'appelante aurait tout d'abord ignoré le rôle procédural des quatre appelés en cause qui étaient partie à la procédure devant le Tribunal et bénéficiaires, pour trois d'entre eux, du jugement querellé, qui leur accordait une indemnité de 80'000 fr. à titre de dépens. Son appel serait au surplus incompréhensible et ne permettrait pas de déterminer quels étaient ses griefs contre le jugement querellé.

2.1 Selon l'art. 311 al. 1 CPC, l'appel doit être écrit et motivé. La motivation constitue une condition de recevabilité de l'appel prévue par la loi, qui doit être examinée d'office. La partie appelante doit indiquer les points du jugement de première instance qu'elle estime entachés d'erreur et elle doit présenter ses griefs de violation du droit et de constatation inexacte des faits. Sa motivation doit être

suffisamment explicite pour que l'instance d'appel puisse la comprendre aisément (ATF 138 III 374 consid. 4.3.1; arrêts du Tribunal fédéral 4A_651/2012 du 7 février 2013 consid. 4.2; 5A_438/2012 du 27 août 2012 consid. 2.2; 4A_659/2011 du 7 décembre 2011 consid. 3). Lorsque la partie appelante ne satisfait pas à l'exigence susmentionnée le tribunal supérieur n'entre pas en matière sur l'appel (arrêts du Tribunal fédéral 5A_209/2014 du 2 septembre 2014 consid. 4.2.1; 4A_659/2011 du 7 décembre 2011 consid. 3).

2.2 En l'espèce, l'appel ne saurait être déclaré irrecevable au motif qu'il serait incompréhensible et ne permettrait pas de déterminer les griefs soulevés par l'appelante contre le jugement querellé. A sa lecture, l'on comprend en effet que l'appelante reproche au premier juge d'avoir considéré que son dommage n'était pas suffisamment établi, alors que l'existence et la quotité de ce dernier ressortait de l'expertise de la fiduciaire Z_____. L'appel comporte par conséquent une motivation valable, de sorte qu'il est recevable de ce point de vue.

La question de savoir si l'appel doit être déclaré irrecevable au motif qu'il a été dirigé uniquement contre l'intimée mais pas contre les appelés en cause, alors que ces derniers avaient participé à la procédure de première instance, peut en revanche souffrir de rester indécis, ledit appel devant être de toute manière rejeté sur le fond (cf. *infra* consid. 5).

Eu égard à l'issue du litige, la question de savoir si les conclusions récursoires formulées par l'intimée à l'encontre des appelés en cause dans sa réponse à l'appel doivent également être déclarées irrecevables, faute d'être chiffrées (cf. ATF 142 III 102 consid. 5.4 et 6; HOHL, Procédure civile, tome I, 2^{ème} éd. 2016, n. 1090), peut de même rester ouverte.

3. L'appelante a produit six nouvelles pièces en marge de son acte d'appel.

3.1 Selon l'art. 317 al. 1 CPC, les faits et les moyens de preuve nouveaux ne sont pris en considération en appel que s'ils sont invoqués ou produits sans retard (let. a) et s'ils ne pouvaient pas être invoqués ou produits devant la première instance bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de diligence (let. b).

Il faut distinguer les "vrais *nova*" des "pseudo *nova*". Les "vrais *nova*" sont des faits et moyens de preuve qui ne sont survenus qu'après la fin des débats principaux, soit après la clôture des plaidoiries finales (cf. ATF 138 III 788 consid. 4.2; TAPPY, in Code de procédure civile commenté, Commentaire romand, 2^{ème} éd. 2019, n. 11 ad art. 229 CPC). En appel, ils sont en principe toujours admissibles, pourvu qu'ils soient invoqués sans retard dès leur découverte. Les "pseudo *nova*" sont des faits et moyens de preuve qui étaient déjà survenus lorsque les débats principaux de première instance ont été clôturés. Leur admissibilité est largement limitée en appel, dès lors qu'ils sont irrecevables

lorsqu'en faisant preuve de la diligence requise, ils auraient déjà pu être invoqués dans la procédure de première instance. Il appartient au plaideur d'exposer en détails les motifs pour lesquels il n'a pas pu présenter le "pseudo nova" en première instance déjà (ATF 143 III 42 consid. 4.1; arrêt du Tribunal fédéral 5A_1006/2017 du 5 février 2018 consid. 3.3).

3.2 En l'espèce, l'extrait du procès-verbal d'audience du 11 mai 2005 figure au dossier de la procédure de première instance puisqu'il a été produit par les appelés en cause dans le cadre de cette dernière. Ne constituant pas un moyen de preuve nouveau au sens de l'art. 317 al. 1 CPC, il est recevable.

Les quittances bancaires C_____ (SUISSE) SA et les reçus nouvellement produits étant des pièces antérieures à la présente procédure, ils constituent des "pseudo nova". Or, l'appelante se borne à affirmer qu'elle aurait retrouvé les quittances dans des cartons déménagés à la suite du licenciement de G_____ et qu'elle aurait obtenu les reçus en s'adressant au conseil de feu I_____ après le prononcé du jugement du 17 septembre 2019. Ce faisant, elle ne démontre pas qu'elle aurait été dans l'incapacité de produire ces pièces en première instance, même en faisant preuve de la diligence requise. Ces pièces sont dès lors irrecevables.

Concernant les pièces justificatives du domicile de la famille D_____/E_____/G_____ et les lettres envoyées par G_____ à ses parents en 2005, qui sont également antérieures à l'introduction de la présente procédure, l'appelante se limite à affirmer que ces pièces étaient placées "hors son périmètre d'accès jusqu'au jugement du 17 décembre 2018". Une telle affirmation ne permet pas non plus de retenir que les conditions auxquelles l'art. 317 al. 1 CPC soumet la production de "pseudo nova" en appel seraient réalisées. Ces pièces sont par conséquent également irrecevables.

- 4.** L'intimée conclut préalablement à la suspension de la procédure s'agissant de ses prétentions d'appel en cause à l'encontre de D_____, E_____, F_____ et G_____, et ce jusqu'à droit jugé sur l'appel de FONDATION A_____.

4.1

4.1.1 Conformément à l'art. 126 al. 1 CPC, le tribunal peut ordonner la suspension de la procédure si des motifs d'opportunité le commandent. La procédure peut notamment être suspendue lorsque la décision dépend du sort d'un autre procès.

Lorsque des parties tierces sont appelées en cause, le Tribunal peut statuer sur les prétentions principales et les prétentions faisant l'objet de l'appel en cause dans un seul jugement. Il peut également se limiter à statuer sur la demande principale et suspendre la procédure sur l'appel en cause dans l'intervalle, voire n'ordonner

l'échange d'écritures sur les prétentions de l'appel en cause qu'une fois statué sur les prétentions principales (DOMEJ, op. cit., n. 16 ad art. 82 CPC).

4.1.2 Le demandeur à l'appel en cause réclame une prétention qui n'existe que s'il succombe dans l'action principale. Lorsque cette dernière est rejetée, le demandeur à l'appel en cause ne succombe pas, de sorte que sa prétention envers l'appelé en cause n'existe pas. L'appel en cause ne devient alors pas sans objet, mais s'avère infondé et doit être rejeté (ATF 143 III 106 consid. 5.3, commenté par BASTONS BULLETTI in CPC Online, Newsletter du 22 février 2017).

4.2 En l'espèce, les appelés en cause n'ont pas été assignés par l'appelante devant la Cour de sorte qu'ils ne sont, en l'état, pas partie à la procédure. Comme il sera exposé ci-après (cf. *infra* consid. 5), l'appel se révèle en outre mal fondé, de sorte que l'intimée ne dispose d'aucune prétention récursoire à l'encontre des appelés en cause. Dans de telles circonstances, il apparaît contraire au principe d'économie de procédure de suspendre la procédure relative à l'appel en cause jusqu'à droit jugé sur le fond, étant souligné qu'une telle suspension aurait nécessité d'entendre les appelés en cause à ce sujet, dont l'un, à savoir G_____, est actuellement sans domicile connu.

L'intimée sera par conséquent déboutée de ses conclusions préalables tendant à la suspension de la procédure d'appel s'agissant de ses prétentions à l'encontre des appelés en cause.

- 5.** L'appelante reproche pour l'essentiel au Tribunal d'être parvenu à la conclusion qu'elle n'avait pas établi son dommage.

5.1

5.1.1 En application de l'art. 41 al. 1 CO, celui qui cause, d'une manière illicite, un dommage à autrui, soit intentionnellement, soit par négligence ou imprudence, est tenu de le réparer.

Selon l'art. 97 al. 1 CO, lorsque le créancier ne peut obtenir l'exécution de l'obligation ou ne peut l'obtenir qu'imparfaitement, le débiteur est tenu de réparer le dommage en résultant, à moins qu'il ne prouve qu'aucune faute ne lui est imputable.

Il découle des art. 55 et 101 CO que l'employeur répond du dommage causé par les actes illicites, ainsi que par les violations de ses obligations contractuelles envers le créancier, que commettent ses employés dans l'accomplissement de leur travail. L'employeur ne peut se dégager de cette responsabilité qu'en apportant la preuve libératoire prévue par ces dispositions.

5.1.2 Les organes de la personne morale engagent celle-ci par leurs actes, y compris leurs actes illicites, sans disculpation possible (art. 55 al. 2 CC; ATF 64 II 24 = JdT 1938 I 455).

Les organes qui engagent la responsabilité de la personne morale sont ceux qui expriment la volonté de cette dernière, soit les organes-personnes qui agissent dans les rapports entre la personne morale et les tiers (XOUDIS, in Commentaire Romand, Code civil I, 2010, n° 21 ad art. 54/55 CC). Cette notion recouvre notamment les organes de fait soit les personnes qui, sans être des organes formels, ont *de facto* la compétence de prendre des décisions indépendantes et participent ainsi effectivement et de façon décisive à la formation de la volonté sociale. Elles doivent disposer d'un pouvoir de décision autonome excédant la gestion d'affaires courantes et déployant des effets perceptibles sur le résultat des affaires; leur compétence décisionnelle ne doit en outre pas apparaître comme purement occasionnelle, mais résulter d'une situation durable (XOUDIS, op. cit., n° 24 ad art. 54/55 CC).

Pour que ses actes contraires au droit et imputables à faute ("autres faits" au sens de l'art. 55 al. 2 CC) soient imputés à la personne morale, l'organe doit avoir agi dans le cadre de ses fonctions. Pour cela, il suffit que l'acte entre, par un rapport fonctionnel, dans le cadre général des attributions de l'organe; peu importe que l'organe ait agi dans son intérêt et non dans celui de la personne morale. La personne morale ne répond en revanche pas de l'acte commis par un organe à titre privé, même s'il a eu lieu à l'occasion de la gestion des affaires sociales (XOUDIS, op. cit., n° 65 ad art. 54/55 CC).

5.1.3 La preuve du dommage incombe au demandeur (art. 42 al. 1 CO; art. 8 CC). Toutefois, lorsque le montant exact du dommage ne peut être établi, le juge le détermine équitablement en considération du cours ordinaire des choses et des mesures prises par la partie lésée (art. 42 al. 2 CO).

A teneur de l'art. 44 al. 1 CO, le juge peut réduire les dommages-intérêts, ou même n'en point allouer, lorsque la partie lésée a consenti à la lésion ou lorsque des faits dont elle est responsable ont contribué à créer le dommage, à l'augmenter, ou qu'ils ont aggravé la situation du débiteur. Cette disposition ne dédouane pas l'auteur de sa responsabilité mais permet au juge de réduire, voire de supprimer les dommages-intérêts (arrêt du Tribunal fédéral 5A_388/2018 du 3 avril 2019 consid. 6.1).

Les conséquences du consentement du lésé ne doivent être examinées sous l'angle de l'art. 44 al. 1 CO que si le consentement n'est pas susceptible de lever l'illicéité et que la responsabilité de l'auteur reste donc engagée. L'art. 44 al. 1 CO s'applique ainsi si le consentement est contraire à l'art. 20 CO (par exemple lorsque le lésé accepte sans raison une lésion corporelle grave) ou qu'il ne couvre

pas l'acte dommageable. Lorsqu'il est valable, le consentement empêche en revanche la survenance du caractère illicite de l'acte (*volenti non fit iniuria*; BREHM, in Berner Kommentar, Art. 41-61 OR, 4^{ème} éd. 2013, n° 63 ad 41 CO et n° 6 ad art. 44 CO).

Les art. 42 et 44 al. 1 CO sont applicables à la responsabilité contractuelle par le renvoi de l'art. 99 al. 3 CO (THEVENOZ, op. cit., n° 15 et 17 ad art. 99 CO).

5.1.4 La jurisprudence a déduit de l'art. 55 al. 2 CC que lorsqu'une personne ayant la qualité d'organe acquiert la connaissance de certains faits, cette connaissance devient - en principe - opposable à la personne morale. De même, tout acte accompli en sa qualité par l'organe, même s'il n'a pas été agréé par les autres organes, est censé être accompli par la personne morale (ATF 124 III 418 consid. 1b et les arrêts cités). Afin de protéger la personne morale des conséquences indésirables de cette norme d'imputation, le Tribunal fédéral considère cependant que lorsque la société anonyme agit en responsabilité contre ses propres organes en vertu de l'art. 754 CO, elle ne peut se voir opposer les faits connus par lesdits organes, excepté dans les situations où ces derniers ont agi en accord avec l'organe suprême de la société, soit l'assemblée générale, ou l'ensemble des actionnaires. A défaut, l'action en responsabilité diligentée par la société contre l'organe fautif serait systématiquement vouée à l'échec en raison de la faute concomitante (*Selbstverschulden*) de la société (*volenti non fit iniuria*).

En d'autres termes, le conseil d'administration qui cause un dommage à la société et consent à ce dernier, n'engage, sauf accord exprès, pas la société (arrêt du Tribunal fédéral 2C_245/2018 du 21 novembre 2018 consid. 6.5 et les arrêts cités).

5.2 En l'espèce, la question de savoir si le Tribunal a considéré à bon droit que l'appelante n'avait pas apporté la preuve de son dommage, peut rester indécise. Même s'il fallait admettre que le dommage allégué a été établi, l'appelante devrait être déboutée pour les raisons qui suivent.

Il résulte en effet des déclarations des membres du conseil de fondation de l'appelante qu'à l'époque des faits litigieux, ces derniers partaient du principe que E_____ pouvait prélever ce qu'elle voulait sur la fortune de la fondation. Le conseil de fondation n'entretenait toutefois aucun contact direct avec E_____, la relation avec cette dernière s'étant toujours faite par l'entremise de G_____. Or, bien que G_____ ait généralement joint aux quittances bancaires adressées au conseil de fondation le bordereau de caisse contresigné par sa mère ou un accusé de réception signé par cette dernière, le conseil de fondation n'a jamais cherché à vérifier directement auprès de E_____ que ces prélèvements avaient été effectués sur ses instructions, ni que l'argent lui avait effectivement été remis. Il s'est

contenté de partir du principe que dès lors que E_____ avait d'importants problèmes de santé, les prélèvements opérés par G_____ devaient être justifiés.

Ce faisant, le conseil de fondation a placé de manière durable G_____ dans une position lui permettant de décider seule des montants à prélever sur le compte de la fondation, moyennant un simple paragraphe de sa mère sur les reçus de caisse ou la fourniture d'un accusé de réception signé par cette dernière. En laissant ainsi G_____ décider à sa place de la distribution de la fortune de la fondation, le conseil de fondation a sans discussion conféré à cette dernière la qualité d'organe de fait.

Il est certes vrai que G_____ revêtait, en parallèle, la qualité d'employée puis d'organe de l'intimée et que la pratique, tolérée à l'époque au sein de la banque, lui permettait de prélever des montants sur le compte de la fondation. Comme l'a relevé le Tribunal dans le jugement entrepris, il n'en demeure pas moins que dès lors que G_____ s'est substituée au conseil de fondation, les actes de disposition qu'elle a commis sur le compte ouvert auprès de l'intimée et que l'appelante qualifie de dommage, doivent, conformément à l'art. 55 al. 2 CC, être directement imputés à l'appelante.

La jurisprudence rendue en matière de droit de la société anonyme a certes considéré que lorsque l'un des membres du conseil d'administration causait un dommage à la société dans le cadre de ses attributions, son acte n'engageait pas la société, de sorte que cette dernière n'était pas réputée avoir consenti au dommage par le jeu de l'art. 55 al. 2 CC, excepté lorsque l'administrateur fautif avait agi avec le consentement de l'organe suprême de la société. Or, dans le cas d'espèce, il n'a certes été ni allégué, ni établi que le conseil de fondation, lequel constituait l'organe suprême de l'appelante, avait consenti à ce que G_____ prélève des liquidités sur le compte de la fondation pour ses besoins personnels. Il n'en demeure pas moins que les prélèvements litigieux ont été soumis à l'approbation d'un membre dudit conseil, avec droit de signature individuelle, et que celui-ci les a validés sans jamais prendre la peine d'effectuer une quelconque vérification, malgré l'importance des sommes retirées du compte. Dans de telles circonstances, force est d'admettre que le conseil de fondation a consenti à l'éventuel préjudice causé par G_____ et qu'il est dès lors forclo à en réclamer la réparation à l'intimée.

L'appelante doit par conséquent être déboutée de ses conclusions sans qu'il ne soit nécessaire d'examiner la réalisation des autres conditions posées par les art. 41 et 97 CO.

Le jugement entrepris sera par conséquent confirmé par substitution de motifs.

6. Les frais judiciaires d'appel, y compris ceux de la décision rendue en matière de sûretés le 29 mars 2019, seront arrêtés à 38'300 fr. (art. 5, 17, 21 et 35 RTFMC) et mis à la charge de l'appelante, qui succombe (art. 106 al. 1 CPC). Ces frais seront compensés avec les avances versées par les parties, qui restent acquises à l'Etat de Genève (art. 111 al. 1 CPC). L'appelante sera en outre condamnée à verser la somme de 300 fr. à l'intimée à titre de remboursement de l'avance de frais effectuée par cette dernière lors du dépôt de sa requête en constitution de sûretés en garantie des dépens (art. 111 al. 2 CPC).

L'appelante sera également condamnée à verser à l'intimée des dépens d'appel de 35'000 fr., comprenant les dépens de la décision rendue en matière de sûretés (art. 105 al. 2, 111 al. 2 CPC; art. 84, 85 et 90 RTFMC), débours et TVA compris (art. 25 et 26 LaCC).

Il sera par conséquent ordonné aux Services financiers du Pouvoir judiciaire de libérer les sûretés fournies, du même montant, en faveur de l'intimée.

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

La Chambre civile :

A la forme et au fond :

Rejette, dans la mesure de sa recevabilité, l'appel interjeté par FONDATION A_____ le 15 janvier 2019 contre le jugement JTPI/19917/2018 rendu le 17 décembre 2018 par le Tribunal de première instance dans la cause C/5633/2008-4.

Confirme ce jugement.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Sur les frais :

Arrête les frais judiciaires d'appel à 38'300 fr., les met à la charge de FONDATION A_____ et les compense avec les avances effectuées par les parties, qui restent acquises à l'Etat de Genève.

Condamne en conséquence FONDATION A_____ à verser la somme de 300 fr. à C_____ (SUISSE) SA à titre de remboursement de l'avance fournie par celle-ci.

Fixe à 35'000 fr. le montant des dépens d'appel dus par FONDATION A_____ à C_____ (SUISSE) SA.

Invite en conséquence les Services financiers du Pouvoir judiciaire à libérer en faveur de C_____ (SUISSE) SA les sûretés en garantie des dépens fournies par FONDATION A_____.

Siégeant :

Monsieur Cédric-Laurent MICHEL, président; Mesdames Pauline ERARD et Paola CAMPOMAGNANI, juges; Madame Christel HENZELIN, greffière.

Le président :

Cédric-Laurent MICHEL

La greffière :

Christel HENZELIN

Indication des voies de recours :

Conformément aux art. 72 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification avec expédition complète (art. 100 al. 1 LTF) par-devant le Tribunal fédéral par la voie du recours en matière civile.

Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14.

Valeur litigieuse des conclusions pécuniaires au sens de la LTF supérieure ou égale à 30'000 fr.