

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/6028/2010

ACJC/722/2014

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU VENDREDI 20 JUIN 2014

Entre

A_____, sise _____ (_____), appelante d'un jugement rendu par la 14^{ème} Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 27 juin 2013, comparant par Me Daniel Richard, avocat, avenue Jules Crosnier 8, 1206 Genève, en l'étude duquel elle fait élection de domicile,

et

B_____, sise _____ (Genève), intimée, comparant par Me Patrick Blaser, avocat, rue Jargonant, case postale 6045, 1211 Genève 6, en l'étude duquel elle fait élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 23.06.2014.

EN FAIT

A. a. Du _____ 1989 au _____ 2004, A_____ était sise à _____ (_____), administrée notamment par C_____. Du _____ 2004 au _____ 2009, A_____ a été inscrite au Registre du commerce de _____.

Depuis le _____ 2004, A_____ est inscrite au Registre du commerce du canton de _____, avec un siège à _____. Elle est active dans la gestion de participations à des entreprises du secteur immobilier. D_____ et E_____ sont administrateurs de A_____, ce dernier étant titulaire de la signature collective à deux.

Les parties utilisent exclusivement l'acronyme _____ pour la société A_____, qui existe officiellement sous la seule raison sociale A_____. La distinction sera opérée ci-dessous en fonction de la chronologie.

b. F_____ (ci-après : la BANQUE) sise à Genève, a été reprise en _____ par B_____ (ci-après également dénommée : la BANQUE), sise à _____ (_____), à la suite d'une fusion.

c. Le 6 septembre 2000, E_____, au bénéfice d'une procuration individuelle de A_____ selon les allégués de cette dernière, a ouvert le compte n° 1_____ auprès de la BANQUE, sous le "*Pseudonyme* : -A_____-" et indiqué qu'il en était l'ayant droit économique. Il était titulaire de la signature individuelle sur celui-ci.

Le _____ 2000, C_____ a ouvert au nom de A_____ le compte n° 2_____ auprès de la BANQUE, déclarant que E_____ en était l'ayant droit économique. C_____ et E_____ étaient titulaires de la signature individuelle sur ce compte.

A teneur des demandes respectives d'ouverture de ces comptes, le courrier devait être gardé en banque restante ("*Je vous prie/Nous vous prions de le conserver sous ma/notre responsabilité*"). Au-delà de cinq ans, la BANQUE était autorisée à détruire la correspondance gardée, sans responsabilité de sa part.

L'administrateur C_____ a signé en outre la dernière page des conditions générales de la BANQUE (clauses n^{os} _____), qui contiennent une clause de prorogation de for en faveur des tribunaux genevois (n° _____) et une élection de droit en faveur du droit suisse (n° _____). Les autres clauses de ces conditions générales n'ont pas été produites. Il a aussi signé d'autres documents (acte de nantissement général, mandat de gestion et pour placements fiduciaires, décharge fiduciaire et une formule de transmission d'ordres par téléphone, télex, fax).

d. G_____, sous-directeur de la BANQUE, était en charge de la gestion des deux comptes sus-évoqués. Il avait reçu un avertissement le _____ 1999, notamment

parce que ses clients présentaient des débits en compte courant de manière prolongée et sans autorisation expresse, ce qui était contraire aux directives de l'Association Suisse des Banques. Il a été licencié le _____ 2001.

Le 26 novembre 2002, A_____ a déposé une plainte pénale contre G_____, dénonçant l'inexécution totale ou partielle d'un transfert de 500'000 fr. de son compte n° 1_____ à celui n° 2_____, ainsi qu'un dommage de 156'107 fr. en raison d'un rendement négatif (sic) de son compte n° 1_____ (perte de 135'732 fr.) et de retraits de caisse injustifiés (8'500 fr. et 50'000 FF, montant représentant 11'875 fr. selon son taux de change). Cette dénonciation faisait suite à quatre plaintes déjà déposées par la BANQUE.

G_____ a été condamné par arrêt du _____ 2005 de la Cour correctionnelle sans jury à dix-sept mois et quinze jours d'emprisonnement avec sursis pour abus de confiance aggravé et faux dans les titres portant sur près de 2 millions de francs suisses, mais il a été acquitté en relation avec les faits dénoncés par A_____.

- B. a.** Le 26 mars 2010, A_____ a assigné la BANQUE devant le Tribunal de première instance (ci-après : le Tribunal) en paiement de 156'107 fr. plus intérêts à 5% dès le 26 novembre 2002, avec suite de dépens.

La BANQUE a conclu au déboutement de A_____. Reconventionnellement, elle a sollicité le paiement de 239'910 fr. 94, sous réserve d'amplification, avec suite de dépens. Dans ses dernières conclusions de première instance, elle a sollicité le paiement d'intérêts à 5% l'an dès le 8 février 2011.

b. Ce montant de 239'910 fr. 94 résulte d'un document intitulé "*Evaluation de fortune*" au 8 février 2011 pour A_____ à _____ [recte : _____], lequel précise l'absence de mandat de gestion. Le tableau produit faisait mention sous la rubrique "*liquidités*" d'un solde débiteur de 239'911 fr. au total, en monnaies suisse (- 232'950 fr.) et en euros (- 6'961 €).

Selon la déclaration de H_____, directeur administratif jusqu'en 2006 de la BANQUE, le montant de 239'910 fr. 94 représente le solde débiteur du compte n° 2_____ de A_____ (p.-v. d'enquêtes du 23 mai 2012, p. 5). Cette dernière a allégué avoir adressé des mises en demeure à A_____ les 20 février et 15 mars 2006, sans les produire.

A_____ a contesté ce solde négatif. Elle a aussi remis en cause le solde débiteur de 71'223 fr. de 2006, le retrait (ou les retraits) de 122'815 fr. en 2007 et les revenus négatifs (sic) de 33'001 fr. (13'645 fr. + 9'732 fr. + 9'624 fr.) débités de 2008 à 2010. En revanche, elle ne conteste ni les revenus négatifs de 2006 (2'872 fr.) ni ceux de 2007 (12'976 fr.) ni un retrait de 956 fr. en 2006. Elle soutient avoir fait part de son intention de résilier immédiatement tout mandat de ges-

tion avec la BANQUE en déposant sa plainte pénale du 26 novembre 2002 à l'encontre de G_____.

Ce document ("*Evaluation de fortune*" au 8 février 2011) invitait A_____ à vérifier cette évaluation, le cas échéant à lui communiquer par écrit ses réclamations dans les trente jours à compter de cet envoi. A l'expiration de ce délai, et sans nouvelle de sa part, ce relevé, les transactions et la gestion seraient considérés comme approuvés.

c. Le Tribunal a ordonné l'apport de la procédure pénale et des enquêtes.

Dans ses notes de plaidoiries, A_____ a ajouté que son compte avait été bloqué durant la procédure pénale et s'appuie sur les déclarations de I_____, qui a confirmé le blocage de son compte auprès de la même BANQUE (p.-v. d'audience d'instruction du 12 avril 2002, p. 10). A_____ a ajouté que la BANQUE ne l'avait pas avisée du "*déblocage*" de son compte.

La BANQUE a contesté devoir apporter la preuve des retraits, au demeurant postérieurs au licenciement de G_____, parce que les relevés avaient été remis en banque restante à A_____, laquelle ne les avait pas contestés dans les meilleurs délais, de sorte que ceux-ci ont été ratifiés.

C. Par jugement du 27 juin 2013, communiqué aux parties pour notification le même jour, le Tribunal, sur demande principale, a débouté A_____ de toutes ses conclusions (ch. 1 du dispositif), avec suite de frais et dépens, comprenant une indemnité de 3'000 fr. à titre de participation aux honoraires d'avocat de B_____ (ch. 2) et a débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 3).

Sur demande reconventionnelle, le Tribunal a condamné A_____ à payer à B_____ la somme de 239'910 fr. 90 (ch. 1), ainsi qu'aux dépens, comprenant une indemnité valant participation aux honoraires d'avocat de B_____ de 1'500 fr. (ch. 2) et a débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 3).

S'agissant de la demande reconventionnelle, le premier juge a retenu que les découverts en compte ressortaient sans équivoque des pièces produites, notamment des mises en demeure adressées à A_____, reçues en banque restante et non contestées dans les délais conventionnels prévus, ainsi que des extraits de comptes.

D. a. Par acte déposé au greffe de la Cour de justice le 29 août 2013, A_____ (ci-après aussi : l'appelante) appelle de ce jugement, dont elle sollicite l'annulation des chiffres 1 et 2 du dispositif sur demande reconventionnelle, avec suite de dépens. Elle formule une offre de preuve générale.

Préalablement, elle sollicite qu'il soit ordonné à B_____ de fournir une copie des justificatifs bancaires indiquant tous les débits portés sur le compte n° 2_____.

L'appelante conteste avoir reçu une mise en demeure de la BANQUE, pièce qu'elle n'a pas produite dans la procédure, et ajoute que cette dernière n'a pas rapporté la preuve du découvert.

Sur le principe, l'appelante admet que le courrier en banque restante est réputé avoir été valablement expédié et qu'elle serait liée par les relevés non contestés. Cependant, elle soutient n'avoir donné aucune instruction à la BANQUE depuis novembre 2002, mois au cours duquel elle avait déposé sa plainte pénale. En raison du conflit opposant les parties, E_____ n'a jamais demandé à consulter les relevés bancaires, dont l'appelante prétend que le solde était positif. Elle ajoute que la seule "*Evaluation de fortune*" ne lui permet de déterminer ni l'auteur ni le destinataire des sommes débitées. En outre, un document émis par la BANQUE sans justificatifs serait dépourvu de valeur probante à son sens. L'appelante reproche au premier juge une violation de son droit à la preuve et des principes régissant l'appréciation des preuves en s'abstenant d'ordonner les relevés de débits. Elle n'a jamais accordé à la BANQUE l'autorisation de maintenir son compte au débit et rappelle que cette dernière avait reproché cette pratique dans l'avertissement donné à son gestionnaire G_____.

L'appelante produit en seconde instance un chargé de sept pièces, comprenant l'évaluation de fortune des 6 août 2011 (pièce n° 4) produite pour la première fois et celle au 8 février 2011 (pièce n° 5) déjà produite par l'intimée en première instance.

b. B_____ (ci-après aussi : l'intimée) conclut à l'irrecevabilité de l'appel et des pièces n^{os} 2 à 7 qui l'accompagnent, subsidiairement à la confirmation du jugement entrepris, avec suite de dépens. Elle formule une offre de preuve générale.

L'intimée soutient que A_____ n'est pas valablement représentée en justice, car la procuration est signée par E_____, seulement titulaire de la signature collective à deux.

Elle fait valoir par ailleurs que l'appelante doit assumer les conséquences de la signature individuelle conférée à C_____ et celles de la communication en banque restante. En raison du consentement tacite, il appartenait au client de prouver l'inexistence de la dette. Elle ajoute que l'appelante s'est abstenue de solliciter les avis de débit durant les enquêtes.

B_____ produit en seconde instance pour la première fois les courriers de Me J_____ à Me K_____ des 31 octobre (pièce n° 3) et 30 décembre 2008 (pièce n° 4).

c. L'appelante remet une procuration non datée, mais signée par son administrateur D_____, disposant de la signature individuelle. Elle réplique que ses pièces n° 4 et 5 proviennent de l'apport de la procédure pénale. Elle conteste la recevabilité des pièces n° 3 et 4 de l'intimée.

d. L'intimée persiste dans l'irrecevabilité des pièces de l'appelante et s'en rapporte à justice quant à la recevabilité de l'appel, à la suite de la production de la procuration non datée de D_____.

S'agissant de la recevabilité de ses pièces, elle soutient que celles-ci sont nécessaires pour parer à un argument nouveau de l'appelante relatif à l'absence de mises en demeure pour le montant déduit en justice.

EN DROIT

- 1. 1.1.** Selon l'art. 308 al. 1 let. a CPC, l'appel est recevable contre les décisions finales et les décisions incidentes de première instance. Dans les affaires patrimoniales, l'appel est recevable si la valeur litigieuse au dernier état des conclusions est de 10'000 fr. au moins (al. 2).

Tel est le cas en l'espèce, au regard du dernier état des conclusions de première instance (cf. let. B.a. ci-dessus, art. 94 CPC).

L'appel a été formé dans le délai et selon la forme prescrite par la loi (art. 130, 131, 142, 145, 308 al. 1 let. a, 311 al. 1 CPC).

1.2. Selon l'art. 68 al. 1 CPC, toute personne capable d'ester en justice peut se faire représenter au procès.

L'art. 132 al. 1 CPC prévoit que le tribunal fixe un délai pour la rectification de vices de forme telle l'absence de signature ou de procuration.

L'analyse des actes et des éventuels vices de forme qui les entachent doit être faite avec pour toile de fond les principes de l'interdiction de formalisme excessif (art. 29 al. 1 Cst.) et du droit d'être entendu (art. 29 al. 2 Cst.). Ceux-ci imposent une retenue dans l'admission des vices de forme et l'octroi d'un délai pour rectifier l'acte avant de le déclarer irrecevable (ATF 120 V 413; art. 129 CPC; BOHNET, in CPC, Code de procédure civile commenté, BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY [éd.], 2011, n. 6 ad art. 132 CPC).

En l'espèce, la procuration signée par D_____ pour le compte de l'appelante n'est pas datée, ce qui représente un vice mineur au regard de l'art. 132 al. 1 CPC, qui ne justifie pas un complément de la part de l'appelante, puisque les pouvoirs de représentation de son administrateur sont dûment établis.

Il résulte de ce qui précède que l'appel est dès lors recevable.

1.3. La Cour revoit la cause avec un pouvoir d'examen complet (art. 55 al. 1, 58 al. 1 et 310 CPC).

2. Selon l'art. 317 al. 1 CPC, les faits et les moyens de preuves 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).

En l'espèce, l'évaluation de fortune (pièce n° 4) nouvellement produite par l'appelante est irrecevable, cette dernière n'ayant pas démontré qu'elle serait issue de la procédure pénale ni qu'elle aurait été empêchée de la joindre à son chargé de pièces de première instance. En revanche, l'évaluation de fortune au 8 février 2011 est recevable (pièce n° 5), car versée par l'intimée à la procédure de première instance, elle ne constitue pas une pièce nouvelle.

Les mises en demeure des 31 octobre et 30 décembre 2008 de l'intimée sont également irrecevables, parce qu'elle devait les produire à l'appui de sa prétention reconventionnelle en première instance et qu'elle n'allègue aucun empêchement à cet égard.

3. Les relations nouées avec l'intimée relèvent pour l'essentiel du contrat de dépôt et du mandat (ATF 133 III 37 consid. 3.1).

3.1. Par l'ouverture de comptes bancaires, la banque s'engage à remettre à ses clients, selon les modalités prévues, tout ou partie de l'avoir disponible. L'exécution, par la banque, d'un ordre de remettre ou de transférer un montant par prélèvement sur cet avoir a son fondement dans cette relation, cela même si l'ordre est donné irrégulièrement (ATF 132 III 449 consid. 2).

L'argent figurant sur un compte bancaire ouvert au nom d'un client est la propriété de la banque, envers laquelle le client n'a qu'une créance. En versant ou virant de l'argent depuis ce compte à un tiers, la banque transfère son propre argent. Lorsqu'elle le fait en exécution d'un ordre du client ou d'un de ses représentants, elle acquiert une créance en remboursement du montant correspondant en tant que frais faits pour l'exécution régulière du mandat (art. 402 CO). Par contre, lorsqu'elle exécute un ordre de paiement sans ordre du client, notamment un ordre donné par un tiers qui n'y est pas habilité, il ne naît pas, en faveur de la banque, de créance en remboursement à l'encontre du client non impliqué dans l'opération. Le

dommage découlant du paiement indu est un dommage de la banque, non du client (arrêts du Tribunal fédéral 4A_59/2007 du 7 septembre 2009 consid. 5.3.2 et 4A_54/2009 du 20 avril 2009 consid. 1 et les références citées).

3.2. Les parties ont convenu d'une clause dite de banque restante.

Selon la jurisprudence, lorsqu'une banque accepte de conserver par devers elle les avis qu'elle adresse à ses clients, ses communications sont opposables à ceux-ci comme s'ils les avaient effectivement reçues; de même, on doit admettre que le client qui adopte ce mode de communication est censé avoir pris connaissance immédiatement des avis qui lui sont adressés de cette façon (arrêts du Tribunal fédéral 4A_548/2013 du 31 mars 2014 consid. 3.6 et 4C.378/2004 du 30 mai 2005 consid. 2.2 et les références citées).

En ce qui concerne les suites juridiques d'une absence de réaction, le destinataire du courrier en banque restante est traité de la même manière, dans ses rapports avec son partenaire contractuel, que le client qui a réellement reçu le courrier. Celui qui reçoit - ou est réputé avoir reçu - de son cocontractant l'avis qu'une obligation a été exécutée d'une certaine façon, est soumis à la règle générale découlant de la bonne foi (art. 2 al. 1 CC) et concrétisée à l'art. 6 CO, selon laquelle le silence vaut ratification de l'acte accompli si les circonstances exigent que le cocontractant réagisse en cas de refus ou de désaccord. Le client qui choisit l'option "*banque restante*" prend donc un risque, dont il doit supporter les conséquences s'il se réalise (arrêts du Tribunal fédéral 4A_548/2013 du 31 mars 2014 consid. 3.6 et 4C.378/2004 du 30 mai 2005 consid. 2.2 et les références citées).

Cependant, en raison des conséquences choquantes que pourrait avoir, dans certaines circonstances, l'application stricte de la fiction de la réception du courrier, le juge conserve la faculté d'apprécier le cas en équité. Ainsi, une situation manifestement contraire à l'équité peut être sanctionnée au titre de l'abus de droit (art. 2 al. 2 CC). Tel est le cas lorsque la banque profite de la fiction de la réception du courrier pour agir sciemment au détriment du client ou lorsqu'après avoir géré un compte pendant plusieurs années conformément aux instructions orales du client, la banque s'en écarte intentionnellement alors que rien ne le laissait prévoir, ou encore lorsque la banque sait que le client n'approuve pas les actes communiqués en banque restante (arrêts du Tribunal fédéral 4A_548/2013 du 31 mars 2014 consid. 3.6 et 4C.378/2004 du 30 mai 2005 consid. 2.2 et les références citées).

Selon GUGGENHEIM, la situation factuelle est très importante, si bien qu'il convient de déterminer, au cas par cas, si la banque pouvait considérer que l'absence de contestation du client valait acceptation des opérations figurant sur ses relevés de comptes retenus en banque restante (Les contrats de la pratique bancaire suisse, 2014, p. 133, n° 365).

3.3. La jurisprudence a déduit du droit d'être entendu garanti par l'art. 29 al. 2 Cst., en particulier, le droit pour le justiciable de fournir des preuves quant aux faits de nature à influencer sur le sort de la décision, ce qui implique l'obligation pour l'autorité de donner suite aux offres de preuves présentées en temps utile et dans les formes requises, à moins qu'elles ne soient manifestement inaptes à apporter la preuve ou qu'il s'agisse de prouver un fait sans pertinence.

Le juge est par ailleurs autorisé à effectuer une appréciation anticipée des preuves déjà disponibles et, s'il peut admettre de façon exempte d'arbitraire qu'une preuve supplémentaire offerte par une partie serait impropre à ébranler sa conviction, refuser d'administrer cette preuve (arrêt du Tribunal fédéral 5A_482/2010 du 16 septembre 2010 consid. 3.2 et les références citées).

3.4. En l'espèce, le raisonnement du Tribunal s'appuie sur l'existence des découverts en compte, de mises en demeure et de l'absence de contestation dans les délais conventionnels.

Toutefois, les mises en demeure alléguées des 20 février et 15 mars 2006 n'ont pas été produites par l'intimée et celles des 31 octobre et 30 décembre 2008, produites en appel, sont irrecevables pour cause de tardiveté. Ensuite, l'absence de contestation dans les délais conventionnels permet effectivement d'opposer la ratification des opérations à l'appelante, pour autant qu'il soit exclu que la BANQUE ait profité de la fiction de la réception du courrier pour agir sciemment au détriment du client.

La période litigieuse (2006 - 2010) n'est pas concernée par les actes du gérant indélicat, puisqu'il a été licencié le 31 mai 2001.

Il n'en demeure pas moins que le relevé de l'intimée et l'absence d'allégations y relatives ne permettent pas de connaître le contexte dans lequel ces montants ont été portés au débit du compte de l'appelante. S'agissant en particulier du retrait de 122'815 fr. contesté par cette dernière, la BANQUE n'a ni allégué ni établi l'identité du donneur d'ordre, du bénéficiaire et la cause de celui-ci. Elle n'a rien allégué au sujet des pertes critiquées (13'645 fr., 9'732 fr. et 9'624 fr.). Or, ce défaut d'allégations ne permet pas à la Cour de céans de se déterminer en fonction de l'exception d'abus de droit réservée par la jurisprudence.

Il apparaît ainsi nécessaire de reprendre l'instruction de la présente cause sur ces points.

Compte tenu du principe voulant que soit respecté le double degré de juridiction, la Cour renverra la cause au premier juge pour instruction complémentaire et nouvelle décision sur le fond dans le sens des considérants.

Il se justifie ainsi d'annuler les chiffres 1 et 2 du dispositif du jugement entrepris statuant sur demande reconventionnelle.

4. Les frais judiciaires d'appel sont arrêtés à 9'500 fr., compensés avec l'avance de frais de même montant opérée par l'appelante, acquise à l'Etat par compensation (art. 111 al. 1 CPC).

L'issue du litige étant incertaine, la répartition des frais judiciaires de la procédure d'appel sera déléguée à la juridiction précédente conformément à l'art. 104 al. 4 CPC.

Les dépens sont arrêtés à 8'500 fr., débours et TVA compris (art. 84 et 85 RTFMC : valeur litigieuse arrondie à 290'911 fr. = 14'500 fr. de défraiement de base + 3,5% de 79'911 fr. [239'911 fr. - 160'000 fr.] = 17'297 fr., arrondi; art. 87 RTFMC : réduction de 1/3 de ce montant, soit 11'531 fr.; art. 90 RTFMC : réduction de 1/3 de ce montant, soit 7'687 fr., plus les débours et la TVA, art. 25 et 26 LaCC, soit 8'551 fr.).

5. La présente décision, de nature incidente, est susceptible d'un recours en matière civile au Tribunal fédéral dans les limites de l'art. 93 LTF.

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

La Chambre civile :

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté par A_____ contre les chiffres 1 et 2 du dispositif sur demande reconventionnelle du jugement JTPI/8898/2013 rendu le 27 juin 2013 par le Tribunal de première instance dans la cause C/6028/2010-14.

Au fond :

Annule les chiffres 1 et 2 du dispositif du jugement entrepris statuant sur demande reconventionnelle et statuant à nouveau :

Renvoie la cause au Tribunal pour instruction et nouvelle décision dans le sens des considérants.

Sur les frais :

Arrête les frais judiciaires d'appel à 9'500 fr., compensés par l'avance de frais fournie par A_____, qui reste acquise à l'Etat.

Fixe le montant des dépens d'appel à 8'500 fr.

Délègue la répartition des frais judiciaires d'appel au Tribunal.

Siégeant :

Monsieur Jean-Marc STRUBIN, président; Madame Florence KRAUSKOPF et Madame Daniela CHIABUDINI, juges; Madame Anne-Lise JAQUIER, greffière.

Le président :

Jean-Marc STRUBIN

La greffière :

Anne-Lise JAQUIER

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.