Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}

4A 309/2013

Arrêt du 16 décembre 2013

Ire Cour de droit civil

Composition
Mmes et M. les juges Klett, présidente, Kiss et
Ch. Geiser, juge suppléant.
Greffier: M. Thélin.

Participants à la procédure
X._____ & Cie,
représentée par Mes Daniel Tunik et Rocco Rondi,
demanderesse et recourante,

contre

A._____ Ltd,
B._____ Ltd,
C._____ Ltd,
D._____ Ltd,
E._____ Ltd,
toutes à Londres,
représentées par Me Dominique Henchoz,
défenderesses et intimées.

Objet
prestations d'assurance

recours contre l'arrêt rendu le 10 mai 2013 par la Chambre civile de la Cour de justice du canton de Genève.

Faits:

A.
X._____ & Cie est une société en commandite ayant pour but la gestion de fortune et les conseils et services qui s'y rapportent. Elle a participé à la fondation de trois placements collectifs de capitaux constitués en personnes morales distinctes, soit U._____ Ltd et V._____ Ltd aux Iles Vierges britanniques, et W._____ PLC en Irlande. Chacun de ces placements collectifs est lié à une société dite agent administratif, chargée notamment du calcul de la valeur d'inventaire des actifs et de la tenue du registre des investisseurs, à une société de gestion chargée d'appliquer la stratégie d'investissement voulue, et à une banque dépositaire chargée de détenir les actifs.
Les trois sociétés de gestion ont délégué leur tâche à une société du groupe Bernard Madoff pour deux catégories des placements recueillis par U._____ Ltd et V._____ Ltd, et pour tous les placements de W._____ PLC. La même société est devenue banque sous-dépositaire pour les actifs concernés.

B.
Dès 2005, X._____ & Cie a fait couvrir divers risques par cinq compagnies d'assurance actives à la bourse des assurances Lloyd's à Londres, soit A._____ Ltd, B._____ Ltd, C._____ Ltd, D._____ Ltd et E._____ Ltd., chacune traitant pour le compte d'un consortium d'assureurs. Les risques couverts étaient ceux de X._____ & Cie, des trois placements collectifs précités, de leurs sociétés de gestion et de toute filiale ou société liée. L'assurance couvrait notamment les conséquences d'actes frauduleux ou malveillants subis par une personne morale assurée, la responsabilité civile de leurs organes ou cadres, et les frais de défense exposés avec l'approbation écrite des compagnies pour résister aux prétentions correspondantes. Une police d'assurance n°... fut établie pour la période du 15 juillet 2008 au 14 juillet 2009.
La couverture maximale était fixée à 20 millions de dollars étasuniens pour V._____ Ltd et les sociétés liées à ce placement collectif, et à 20 millions de francs pour X._____ & Cie et les autres assurés. Chacune des cinq compagnies d'assurance s'engageait à concurrence d'un cinquième du risque assuré, sans solidarité entre elles. Le contrat était soumis au droit suisse et le for judiciaire était fixé à Genève.

C.
Dès le 16 décembre 2008, X._____ & Cie a annoncé aux compagnies d'assurance que les trois placements collectifs avaient subi d'importantes pertes dans la banqueroute de Bernard Madoff et des sociétés dominées par lui. A leur demande, les compagnies reçurent divers renseignements et documents.
Le 9 mars 2009, les compagnies ont déclaré résilier le contrat pour réticence ou, subsidiairement, pour vice du consentement; elles reprochaient à X._____ & Cie de leur avoir fourni des réponses inexactes dans le questionnaire joint à sa proposition d'assurance.

D.
Le 7 juillet 2009, X._____ & Cie a ouvert action contre les cinq compagnies d'assurance devant le Tribunal de première instance du canton de Genève. Les défenderesses devaient être condamnées à payer au total 20 millions de dollars et 20 millions de francs à titre d'indemnités d'assurance. Selon les allégués de la demande, la valeur des actifs confiés à une société du groupe Madoff s'élevait à plus de 2 milliards de dollars pour les trois placements collectifs.
Le tribunal s'est prononcé le 20 septembre 2012. Accueillant l'action, il a condamné chacune des défenderesses à payer 4 millions de dollars et 4 millions de francs avec intérêts au taux de 5% par an dès le 25 mars 2009.
La Chambre civile de la Cour de justice a statué le 10 mai 2013 sur l'appel des défenderesses. Elle a accueilli l'appel et rejeté entièrement l'action.

E.
Agissant par la voie du recours en matière civile, la demanderesse requiert le Tribunal fédéral de confirmer le jugement de première instance.
Les défenderesses concluent au rejet du recours.
La demanderesse et les défenderesses ont respectivement déposé une réplique et une duplique.

Considérant en droit:

1.
Les conditions de recevabilité du recours en matière civile sont satisfaites, notamment à raison de la valeur litigieuse.

2.
A titre principal et à concurrence de la couverture maximale convenue, la demanderesse réclame réparation des pertes causées aux trois placements collectifs par les agissements frauduleux de Bernard Madoff. La Cour de justice rejette cette prétention au motif que la demanderesse n'a pas apporté la preuve suffisante d'un dommage lui donnant droit à indemnité. La Cour s'est dispensée d'examiner le moyen que les défenderesses prétendent tirer de la réticence ou d'un vice de leur volonté lors de la conclusion du contrat d'assurance.

2.1. A teneur de l'art. 33 de la loi fédérale sur le contrat d'assurance (LCA), l'assureur répond de tous les événements qui présentent le caractère du risque contre les conséquences duquel l'assurance a été conclue.
Selon la jurisprudence, il incombe en principe à l'assuré d'alléguer et de prouver, dans le procès, l'événement ouvrant le droit à l'indemnité qu'il revendique; la preuve stricte n'est toutefois pas exigée et il suffit à l'assuré d'établir la vraisemblance prépondérante de l'événement. Au stade de la contre-preuve, l'assureur peut faire échec à cette preuve en éveillant des doutes sérieux à l'encontre de l'allégation (ATF 130 III 321 consid. 3.5 p. 327). Dans la présente contestation, la demanderesse doit ainsi établir au degré de la vraisemblance prépondérante un dommage excédant la couverture maximale convenue, subi par les placements collectifs ensuite de la banqueroute frauduleuse de Madoff et de son groupe. L'appréciation des preuves ressortit à la juridiction cantonale; sous réserve de la protection contre l'arbitraire, elle échappe au contrôle du Tribunal fédéral (art. 105 al. 1 et 2 LTF; ATF 137 I 58 consid. 4.1.2 p. 62; 133 II 249 consid. 1.1.2 p. 252).
Une société du groupe Madoff était chargée de gérer des biens selon des stratégies d'investissement spécifiques, propres à chacun des trois placements collectifs. Elle n'a pas géré conformément à ses devoirs. Le dommage résultant de l'inexécution ou de la mauvaise exécution de la mission confiée doit s'établir par comparaison entre le résultat que les placements collectifs ont retiré de la gestion effectivement conduite, d'une part, et le résultat qu'ils auraient retiré d'une gestion hypothétique fidèle aux stratégies convenues, accomplie durant la même période et par un gérant normalement consciencieux, d'autre part (arrêt 4A 481/2012 du 14 décembre 2012, consid. 3 et 5, SJ 2013 I 487; Jean-Marc Schaller, Handbuch des Vermögensverwaltungsrechts, 2013, nos 459 et ss p. 170).

2.2. En temps utile, la demanderesse a allégué un dommage de 189'744'189,33 dollars pour U._____ Ltd, 751'682'489,45 dollars pour V._____ Ltd et 1'115'454'156,01 dollars pour W._____ PLC. A titre de preuve, elle a produit des « feuilles de calcul des valeurs d'inventaire nettes » au 30 novembre 2008 pour ces placements-ci et au 28 du même mois pour celui-là.
Les deux documents afférents à U._____ Ltd et V._____ Ltd sont de simples bilans mentionnant surtout, à l'actif, le patrimoine global du placement concerné sous une rubrique « ... Madoff account ». On trouve en outre, à l'actif, une modeste rémunération payée d'avance. Le passif énumère quelques charges et rémunérations à acquitter.
Le document afférent à W._____ PLC est difficilement intelligible; il semble présenter la fortune au 15 puis au 28 novembre 2008, avec les entrées de capitaux, les remboursements et les profits survenus dans l'intervalle, sans aucune indication sur la nature de la fortune.
La demanderesse a ainsi allégué, semble-t-il, un dommage total, correspondant à la perte complète des actifs censément en dépôt auprès d'une société du groupe Madoff à fin novembre 2008.
La Cour de justice tient les documents produits pour dépourvus de force probante au motif qu'ils ne sont pas signés et n'indiquent pas leur origine. Devant le Tribunal fédéral, la demanderesse conteste cette appréciation qu'elle tient pour arbitraire. Elle affirme que chaque feuille de calcul provient de l'agent administratif du placement concerné, et que la Cour aurait dû reconnaître leur origine alors même qu'elles ne l'indiquent pas et ne portent pas de signatures.
Dans leur réponse au recours, les défenderesses soutiennent l'appréciation critiquée; elles ajoutent que ces valeurs d'inventaire sont de toute manière dépourvues de pertinence parce que, à leur avis, il s'agit de « pures fictions, inventées par un escroc, Bernard Madoff ». Avec références à leurs écritures, elles disent avoir soulevé ce moyen en première instance déjà, puis en appel. Dans sa réplique, la demanderesse ne tente aucune réfutation de ce moyen additionnel.

2.3. Selon ce que la demanderesse a elle-même allégué, Madoff et les sociétés de son groupe n'ont réellement effectué aucun investissement avec l'argent qui leur était confié; ils se sont bornés à communiquer des résultats favorables fictifs, et les investisseurs qui voulaient retirer leurs avoirs ont été désintéressés avec les capitaux apportés par de nouveaux investisseurs. En tant que les documents produits ont été établis d'après des indications communiquées par une société du groupe Madoff, ils sont suspects de ne fournir que des données patrimoniales mensongères - quoique l'auteur des documents pût être de bonne foi -, destinées à contenter les investisseurs déjà acquis et à en attirer de nouveaux pour que l'activité simulée pût se perpétuer. Les documents ne paraissent donc pas indiquer, même de façon seulement approchée, le résultat hypothétique d'une gestion consciencieuse et fidèle aux stratégies d'investissement voulues. Etablir ce résultat hypothétique aurait de toute

évidence nécessité un travail important. Dans le procès, la preuve nécessitait vraisemblablement une expertise. Il eût incombé à la demanderesse de la requérir, ce qu'elle n'a pas fait.
Devant le Tribunal fédéral, cette partie invoque également deux témoignages de personnes qui lui sont proches, confirmant en termes très sommaires les montants censément perdus dans la banqueroute de Madoff. Ces preuves ne sont pas davantage concluantes. D'une entreprise spécialisée dans la gestion de fortune et, en particulier, dans la mise en place et la direction de placements collectifs importants, ont peut attendre qu'elle documente de façon beaucoup plus rigoureuse et professionnelle les prétentions considérables qu'elle élève contre ses assureurs. Il est certes notoire que Madoff a conduit une mystification de très grande ampleur et causé un préjudice global sans précédent; néanmoins, conformément à l'opinion des défenderesses, cela ne suffit pas à les obliger par l'effet de l'art. 33 LCA. Il est bien sûr possible que les trois placements collectifs présentement en cause aient subi un dommage excédant 20 millions de dollars et 20 millions de francs, mais les juges du fait peuvent néanmoins retenir, sans violation de cette disposition légale ni appréciation arbitraire des preuves, que cet événement n'est pas établi au degré de la vraisemblance prépondérante. Il n'est donc pas nécessaire de discuter plus avant les motifs de
la décision attaquée sur ce chef de la contestation.

3.
A titre subsidiaire, également à concurrence de la couverture maximale convenue mais pour le cas où le dommage consécutif à la perte des actifs en dépôt ne serait pas reconnu, la demanderesse réclame le remboursement de frais et honoraires d'avocats au total approximatif de 37'390'000 francs. Elle n'a pas réclamé cette prestation devant le Tribunal de première instance mais devant la Cour de justice seulement.

3.1. La Cour ne s'est pas prononcée sur la recevabilité de cette prétention. Elle retient que les conditions d'assurance convenues ne prévoyaient le remboursement de frais de défense qu'en relation avec l'assurance de la responsabilité civile, et que ce remboursement n'était donc pas exigible en relation avec l'assurance contre les dommages résultant d'actes frauduleux ou malveillants de tiers. La Cour retient encore que la déclaration de sinistre adressée aux défenderesses ne se rapportait qu'à cette couverture-ci, sans mentionner de prétentions en dommages-intérêts relevant de la responsabilité civile; elle en déduit que les frais de défense n'étaient pas couverts. La Cour retient enfin, à titre additionnel, que la demanderesse n'a pas fait préalablement approuver ses frais de défense conformément aux conditions d'assurance convenues.
A l'appui du recours en matière civile, la demanderesse se plaint d'une lecture manifestement incomplète de sa déclaration de sinistre et elle soutient qu'après que les défenderesses lui avaient déclaré l'invalidation du contrat d'assurance, on ne pouvait pas raisonnablement exiger d'elle qu'elle leur demandât l'approbation de ses frais de défense. Elle expose en outre que l'art. 317 CPC l'autorisait à faire valoir les frais de défense en appel pour la première fois.
Les documents destinés à prouver les frais de défense ont été produits en première instance déjà; les défenderesses prétendent seulement - mais elles sont contredites dans la réplique de la demanderesse - qu'ils ont été produits trop tard pour être soumis à un débat contradictoire. Dans leur duplique, les défenderesses font valoir que la demande en justice de leur adverse partie ne contenait pas d'allégués suffisants au sujet des frais de défense, que l'offre de preuve y relative était inexistante et que les écritures déposées après l'administration des preuves ne démontraient en aucune manière la réalisation des conditions contractuelles dont dépendait le remboursement de pareils frais.

3.2. Le code de procédure civile unifié (CPC) est entré en vigueur le 1er janvier 2011 alors que la cause était pendante devant le Tribunal de première instance. Par l'effet des art. 404 al. 1 et 405 al. 1 CPC, la procédure à suivre devant ce tribunal est demeurée soumise au droit cantonal antérieur tandis que l'appel était régi par le code unifié.
A teneur de l'art. 317 al. 1 CPC, les parties ne sont en principe pas recevables à introduire des faits et moyens de preuve nouveaux en appel.
Selon une opinion doctrinale invoquée par la demanderesse, des faits ne sont pas nouveaux, au regard de cette disposition, lorsqu'ils ressortent de preuves administrées en première instance, et l'autorité d'appel doit donc les prendre en considération alors même que les parties n'en ont fait aucune mention dans cette instance (Peter Reetz et Sarah Hilber, in Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Thomas Sutter-Somm et al.,

éd., 2e éd., 2013, n°32 ad art. 317 CPC; Benedikt Seiler, Die Berufung nach ZPO, 2013, n°1237 p. 533).
Cette opinion est sujette à caution, et elle n'est en tout cas pas concluante lorsque les faits concernés présentent une certaine complexité, ou ne se rattachent pas étroitement à d'autres faits dûment allégués. Le procès doit en principe se conduire entièrement devant les juges du premier degré; l'appel est ensuite disponible mais il est destiné à permettre la rectification des erreurs intervenues dans le jugement plutôt qu'à fournir aux parties une occasion de réparer leurs propres carences (Martin Sterchi, in Commentaire bernois, n°2 ad art. 317 CPC). En particulier, une partie ne saurait se réserver des moyens d'attaquer le jugement à venir en déposant délibérément, en première instance, des pièces sans lien avec l'argumentation qu'elle développe, dans la perspective de les exploiter plus tard au stade de l'appel. Les faits doivent au contraire être allégués et énoncés de façon suffisamment détaillée dès les écritures de première instance, de manière à circonscrire le cadre du procès, assurer une certaine transparence et, en particulier, permettre une contestation efficace par l'adverse partie (Fabienne Hohl, Procédure civile, Berne 2001, vol. I, nos 755 et 756 p. 146). Dans les mêmes buts, cette exigence était consacrée
aussi par le droit genevois antérieur au code unifié (Bernard Bertossa et al., Commentaire de la loi de procédure civile du canton de Genève, nos 2 et 5 ad art. 126 LPC). L'allégation globale d'un ensemble de faits par simple référence aux pièces produites n'est pas suffisante (Hohl, ibid.; Christoph Hurni, in Commentaire bernois, n°21 ad art. 55 CPC); à plus forte raison, un ensemble de faits passé entièrement sous silence dans les mémoires, même s'il peut être reconstitué par l'étude des pièces, n'est pas valablement introduit dans le procès, et il est donc nouveau si une partie s'avise de s'en prévaloir en appel seulement.

3.3. En l'espèce, la demanderesse aurait pu et dû alléguer les frais de défense devant le Tribunal de première instance. Elle n'explique pas pourquoi il lui a été possible de produire les pièces correspondantes mais pas d'énoncer et expliquer ces frais dans ses mémoires. Elle ne peut pas sérieusement soutenir, devant le Tribunal fédéral, qu'elle n'avait aucun motif d'alléguer les frais de défense avant que les adverses parties, dans leur mémoire d'appel à la Cour de justice, eussent contesté le dommage consécutif à la perte des actifs en dépôt. Sa carence dans la preuve de ce dommage ne l'autorise pas à réclamer une dérogation à l'art. 317 al. 1 CPC.
Ainsi, devant la Cour de justice, cette disposition faisait de toute manière échec à la prétention élevée par la demanderesse à raison de ses frais et honoraires d'avocat. Il n'est donc pas nécessaire de discuter les motifs pour lesquels cette autorité a rejeté ladite prétention.

4.
Le recours se révèle privé de fondement, ce qui conduit à son rejet. A titre de partie qui succombe, son auteur doit acquitter l'émolument à percevoir par le Tribunal fédéral et les dépens à allouer aux adverses parties. Les dépens leur seront alloués solidairement car elles ont procédé conjointement.

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:

1.
Le recours est rejeté.

2.
La demanderesse acquittera un émolument judiciaire de 30'000 francs.

3.
La demanderesse versera une indemnité de 35'000 fr. aux défenderesses, créancières solidaires, à titre de dépens.

4.
Le présent arrêt est communiqué aux parties et à la Cour de justice du canton de Genève.

Lausanne, le 16 décembre 2013

Au nom de la Ire Cour de droit civil

du Tribunal fédéral suisse

La présidente: Klett

Le greffier: Thélin