



4A_603/2020

Arrêt du 16 novembre 2022

I

Composition

Mmes et M. les Juges fédéraux
Hohl, Présidente, Kiss, Niquille,
Rüedi et May Canellas.
Greffière Monti.

Participants à la procédure

A. _____ SA,
représentée par Me Maurice Harari et
Me Laurent Baeriswyl, avocats,
défenderesse et recourante,

contre

42 intimés

tous représentés par Me Etienne Soltermann et Me Cristobal Orjales, avocats,
demandeurs et intimés,

Objet

responsabilité délictuelle de la banque; blanchiment d'argent,

recours en matière civile contre l'arrêt rendu le 1er septembre 2020 par la Chambre civile de
la Cour de justice du canton de Genève
(C/2906/2015; ACJC/1202/2020).

Faits :

A.

A.a. X. _____, de nationalité suisse, a été introduit en 1999 auprès de la banque A. _____ SA par un employé de celle-ci qui ignorait ses démêlés avec la justice. Le prénommé s'est présenté comme un gérant de fortune indépendant (ci-après: le gérant ou le prétendu gérant).

Il a ouvert un premier compte à son nom le 13 août 1999, puis un second le 20 décembre 2004 au nom de sa société Y. _____ Ltd, incorporée aux Iles Vierges britanniques. A chaque fois, il a déclaré être l'ayant droit économique des valeurs patrimoniales déposées. Les comptes étaient censés recueillir les commissions issues de son activité professionnelle, à l'exclusion des fonds de ses clients. Au surplus, il prétendait vouloir effectuer des transactions pour son propre compte.

A.b. La banque avait installé un système de surveillance informatique pour détecter les transactions suspectes. Une alerte se déclenchait lorsque différents critères prédéfinis étaient réalisés. Dans le cas du gérant et de sa société, le système avait été paramétré pour une relation à faible risque; vu sa nationalité suisse et la profession annoncée, le gérant avait été classé dans la catégorie "client normal", qui générerait moins d'alertes. De fait, il n'y en a eu aucune.

A.c. Le gérant a convaincu plusieurs clients de lui confier des fonds en vue de placements divers. Il leur faisait miroiter un rendement annuel de 10 à 20% et garantissait parfois le capital investi à hauteur de 80% ou 100%.

Les versements sur les deux comptes portaient des justificatifs tels que "participation", "placement", "virement", "investissement", etc. L'employé gestionnaire de comptes ne pouvait pas voir ces motifs, sauf à entrer manuellement dans le système. En l'occurrence, rien de tel n'a été entrepris à défaut d'alerte informatisée.

Le prétendu gérant a berné ses clients pendant plusieurs années en leur faisant croire qu'il investissait leurs fonds dans des opérations rentables alors qu'en réalité, il utilisait l'argent confié par de nouvelles victimes pour en rembourser d'autres ou leur payer de prétendus intérêts. Il détournait aussi une partie des fonds sur des comptes ouverts dans d'autres banques, ou dans des sociétés de courtage, ou encore dans des placements sur titres.

A.d. En 2004, les autorités de poursuite pénale du canton de Bâle-Campagne ont initié une procédure contre X. _____ pour blanchiment d'argent. Soupçonnant le prénommé d'avoir déposé sur ses comptes bancaires des valeurs patrimoniales provenant d'actes criminels, elles ont adressé une demande de renseignements à la banque le 31 janvier 2006. La banque s'est exécutée et n'a plus été sollicitée par la suite.

Le prétendu gérant est mort le... 2007, ce qui a mis fin à la procédure pénale.

A.e. En parallèle, la Commission fédérale des banques (CFB) a ouvert une procédure administrative contre la société Y. _____ Ltd. Le 21 janvier 2008, elle a enjoint à la banque de lui remettre tous les renseignements et documents concernant les relations d'affaires avec le gérant ou ses sociétés. Cette requête a incité la banque à mener une enquête approfondie sur le défunt gérant et sa société. Le fruit de cette investigation confiée à l'employé de banque E1. _____ a été consigné dans deux mémorandums datés des 5 et 18 février 2008. Il en ressort ce qui suit:

- En mars 2006, le département juridique de la banque avait appris par les autorités pénales bâloises qu'en 2003, La Poste avait annoncé ses soupçons au Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent (MROS), conformément à l'art. 9 LBA (loi sur le blanchiment d'argent).

Après avoir réuni les documents sollicités par les autorités bâloises, le département juridique avait contacté le service de compliance pour l'informer d'un risque de blanchiment. Ce dernier avait enquêté sur les transactions. On ne disposait d'aucune conclusion écrite à ce sujet. Une note du département juridique indiquait simplement que le service concerné avait décidé de clore le dossier.

- La structure des transactions confirmait l'existence d'une escroquerie réalisée par X. _____. Le système informatique n'avait généré aucune alerte. Pourtant, entre 2003 et 2007, les transactions entrantes et sortantes sur les deux comptes avaient atteint quelque 50 millions de francs, dont plus de 21 millions de francs depuis février 2006. En trois ans et demi, il y avait eu plus de 1'300 entrées et sorties sur les comptes.

- La documentation était erronée quant à la propriété économique des fonds déposés et lacunaire quant au contexte des transactions.

- Pour autant, E1. _____ ne voyait aucune obligation de signaler l'affaire à une autre autorité que la CFB. Il recommandait néanmoins de réviser tous les comptes des gérants externes sur lesquels pouvaient transiter des fonds de clients et d'identifier les risques pour ces comptes.

A.f. Entrevoyant une possible violation de son obligation de diligence, la banque s'est dénoncée spontanément le 5 août 2011 auprès de la Commission de surveillance chargée de faire respecter la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB). Une enquête a été mise en oeuvre. Le 8 mai 2013, cette Commission a condamné la banque à payer une amende conventionnelle de 230'000 fr. pour avoir violé la CDB dans sa teneur de 2003 et 2008. Les versements entrants, leurs montants et les motifs figurant sur les avis de crédit étaient incompatibles avec le but indiqué à l'ouverture des comptes. Un système informatique incapable d'identifier la nature insolite d'un tel trafic de paiements (cf. *supra*) ne remplissait pas les exigences de la CDB. La banque avait accepté le risque que des transactions suspectes ne fussent pas détectées. Elle avait omis, par dol éventuel, de répéter la procédure destinée à identifier l'ayant droit économique des fonds et d'effectuer de plus amples vérifications.

A.g. En 2014, plusieurs clients du prétendu gérant ont saisi le Ministère public genevois de plaintes pénales contre X. et contre la banque, dénonçant un blanchiment d'argent par omission. Des employés de la banque ont été auditionnés, soit:

- E2. _____, gestionnaire de la relation bancaire avec X. _____ et sa société;

- E3. _____, responsable local de la salle de marchés et en charge de la relation bancaire avec le prénommé et sa société;

- E4. _____, chef du département des gérants indépendants et responsable des gestionnaires de comptes actifs dans cette section, et

- E5. _____, responsable du département juridique entre 2002 et 2013.

Les locaux de la banque ont fait l'objet d'une perquisition le 14 août 2014. La banque n'a pas eu à désigner un représentant au sens de l'art. 112 CPP et aucun employé n'a eu le statut de prévenu. Finalement, la procédure a dû être classée le 29 juin 2015 en raison de la prescription de l'action pénale.

B.

B.a. Les 16 octobre 2015 et 21 mars 2017, 68 clients du gérant décédé ont attiré la banque devant le Tribunal de première instance du canton de Genève. Ils ont déposé une demande contenant des conclusions individualisées en paiement de dommages-intérêts et d'indemnités pour tort moral. Par jugement du 3 septembre 2019, le Tribunal de première instance a entièrement débouté les demandeurs au terme du raisonnement suivant:

La banque était recherchée pour une éventuelle responsabilité civile délictuelle, ce qui supposait d'établir un acte illicite, respectivement la violation d'une norme de protection. A ce titre entré en considération l'art. 305bis CP réprimant le blanchiment d'argent. Les demandeurs reprochaient à la banque sa passivité; or, de par la LBA, elle se trouvait bel et bien dans une position de garant.

Cela étant, pour pouvoir retenir un acte illicite au sens de l'art. 41 CO, il fallait encore établir une intention délictueuse. Or, à aucun moment "la banque et/ou ses employés" n'avaient eu l'intention de commettre un acte de blanchiment. Même si la frontière entre ces deux formes de faute était ténue, il fallait retenir dans le doute la négligence consciente plutôt que le dol éventuel.

Les prétentions se heurtaient encore à un autre écueil: il n'y avait pas de lien de causalité entre les manquements de la banque et le dommage subi par les demandeurs, lequel était imputable aux agissements criminels du gérant félon. Ceux-ci s'imposaient comme la cause prépondérante et unique du dommage.

B.b. 42 des 68 demandeurs ont fait appel de cette décision.

Par arrêt du 1er septembre 2020, la Chambre civile de la Cour de justice genevoise a annulé le premier jugement en tant qu'il concernait les 42 appelants et a renvoyé la cause au premier juge pour "instruction complémentaire éventuelle et nouvelle décision". La Cour a émis en substance les réflexions suivantes (voir au surplus consid. 5.1 *infra*) :

Le 31 janvier 2006, les autorités bâloises avaient ordonné à la banque de produire diverses pièces. Après avoir réuni la documentation requise, la banque aurait dû réaliser le caractère insolite des transactions accomplies sur les comptes et leur incompatibilité avec les informations données à l'ouverture des comptes. Elle avait alors suffisamment d'indices pour nourrir des doutes sur la provenance des avoirs. A tout le moins dès ce moment, elle aurait dû prendre les mesures nécessaires pour clarifier rapidement la situation de son gérant et déterminer si les fonds avaient une origine illicite. La banque ne s'était pas rendue coupable de négligence consciente, mais bien de dol éventuel. Ses agissements constituaient un "aveuglement délibéré" tombant sous le coup de l'art. 305bis CP.

L'acte illicite propre à fonder une responsabilité délictuelle était réalisé, ainsi que la faute et le lien de causalité entre les omissions fautives et le dommage subi. Tout au plus fallait-il établir la quotité de celui-ci. Vu l'importance de cette problématique et le principe de la double instance, la cause devait être renvoyée au premier juge.

C.

Par la voie d'un recours en matière civile, la banque a invité le Tribunal fédéral à débouter entièrement les 42 demandeurs ayant fait appel.

Ceux-ci ont déposé une réponse concluant principalement à l'irrecevabilité du recours, subsidiairement à son rejet. Cette écriture a provoqué une réplique de la recourante à laquelle les intimés ont dupliqué. L'autorité précédente s'est référée à son arrêt.

Considérant en droit :

1.

Le Tribunal fédéral examine d'office et avec une cognition libre la recevabilité des recours qui lui sont adressés (**ATF 141 III 395** consid. 2.1).

1.1. L'arrêt entrepris ordonne le renvoi de la cause au premier juge. Il ne s'agit pas d'une décision finale, ni d'une décision partielle (sur la première notion, art. 90 LTF et **ATF 146 I 36** consid. 2.2. Sur la seconde, art. 91 LTF et **ATF 141 III 395** consid. 2.2 et 2.4; arrêt 5A_129/2020 du 13 juillet 2021 consid. 1.2.2).

Il constitue bien plutôt une décision incidente (art. 93 LTF) autre que celle concernant la compétence ou les demandes de récusation (art. 92 LTF). Entre notamment dans le champ de l'art. 93 LTF la décision qui ne règle qu'une partie des questions de droit matériel sous-tendant une prétention (**ATF 142 III 653** consid. 1.1), par exemple en tranchant le principe d'une responsabilité et en renvoyant la cause à l'instance inférieure pour qu'elle instruisse les faits afférents à la quotité du dommage (arrêts 4A_429/2020 du 5 mai 2021 consid. 1; 4A_96/2020 du 24 février 2020 consid. 1.3; 4A_523/2015 du 18 décembre 2015 consid. 1). L'art. 93 al. 1 LTF autorise un recours immédiat dans deux hypothèses:

- la décision peut causer un préjudice irréparable (let. a), ou
- l'admission du recours peut conduire immédiatement à une décision finale permettant d'éviter une procédure probatoire longue et coûteuse (let. b).

C'est au recourant qu'échoit la tâche de prouver la réalisation de l'une ou l'autre exigence, à moins qu'elle ne soit manifeste. Concernant la lettre b de l'art. 93 al. 1 LTF, il doit indiquer de manière détaillée quelles questions de fait restent litigieuses, quelles mesures probatoires - déjà offertes ou requises - devraient encore être mises en oeuvre et en quoi leur administration, par la durée et le coût, s'écarterait notablement des procès habituels. Un tel cas de figure ne doit être retenu qu'avec réserve (**ATF 133 III 629** consid. 2.4.2;

144 III 253 consid. 1.3 p. 254; arrêts 4A_295/2020 du 28 décembre 2020 consid. 1.2; 5A_897/2014 du 6 mai 2015 consid. 2.1 et 5.3.1).

1.2. La recourante prétend remplir les réquisits de l'art. 93 al. 1 let. b LTF.

La première sous-condition est manifestement vérifiée: si, en fin de compte, le Tribunal fédéral épouse la thèse de la recourante et ne lui impute aucun acte illicite ou exclut tout lien de causalité, il sonnera le glas des prétentions des intimés.

A lire la recourante, l'instruction destinée à établir la quotité du dommage serait suffisamment longue et coûteuse pour réaliser la seconde sous-condition. Sont mis en exergue le nombre de demandeurs à auditionner et l'expertise nécessaire pour calculer leur dommage individuel. Il faut concéder que la détermination du dommage pose d'épineux problèmes et que son calcul n'est pas aussi simple qu'il n'y paraît. Il semble acquis qu'il faudra mettre en oeuvre l'expertise que les demandeurs avaient sollicitée en première instance. Et celle-ci revêtira nécessairement une certaine complexité, quoi qu'ils en disent. En soutenant le contraire, ils oublient que les allégués qu'ils ont consacrés aux sommes créditées à X. _____ et à leurs pertes respectives s'étendent sur près de cinquante pages de leur demande et que la banque a précisé dans sa réponse qu'elle n'avait pas pu reconstituer tous ces versements. Certes, les demandeurs affirment n'avoir point réitéré cette demande d'expertise en appel. Mais, vu le nombre de transactions bancaires intervenues sur les comptes querellés et les distinctions commandées par l'arrêt cantonal, le maintien de cette requête dans le cadre du renvoi au premier juge n'enfreindrait pas le principe de la bonne foi en procédure et n'apparaît donc pas voué à l'échec. Les demandeurs ne vont d'ailleurs pas jusqu'à prétendre qu'ils seraient prêts à y renoncer. S'ajoute à cela l'audition potentielle des demandeurs/appelants - ils ne sont pas moins que 42 -, qu'ils ont eux-mêmes exigée en rapport avec la perte de capital prétendument subie (et non seulement avec leur tort moral, comme ils l'affirment dans leur réponse au recours). Peu importe les aléas entourant une telle réquisition, au regard des interrogatoires déjà effectués en première instance et de l'utilité relative que les demandeurs lui attribuent: l'instruction restant à accomplir dans cette affaire financière impliquant un nombre considérable de demandeurs ne s'inscrit pas dans la norme, que ce soit au niveau de la durée ou du coût.

Dans ces circonstances bien particulières, on admettra que le recours immédiat de l'art. 93 al. 1 let. b LTF est ouvert.

1.3. Pour le surplus, la défenderesse a contesté en temps utile (art. 100 al. 1 LTF) l'arrêt par lequel le tribunal supérieur du canton de Genève (art. 75 LTF) a admis, en sa défaveur (art. 76 LTF), l'appel formé dans une cause civile (art. 72 al. 1 LTF) dont la valeur litigieuse dépasse largement 30'000 fr. (art. 74 al. 1 let. b LTF en lien avec les art. 51 al. 1 let. c et 52 LTF). Rien ne s'oppose donc à l'entrée en matière.

2.

2.1. Le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente (art. 105 al. 1 LTF). Il peut rectifier ou compléter ses constatations si elles sont manifestement inexactes - c'est-à-dire arbitraires - ou découlent d'une violation du droit au sens de l'art. 95 LTF (art. 105 al. 2 LTF). Encore faut-il que la correction du vice soit susceptible d'influer sur le sort de la cause (art. 97 al. 1 LTF).

La critique de l'état de fait est soumise au principe strict de l'allégation énoncé par l'art. 106 al. 2 LTF (**ATF 140 III 264** consid. 2.3 p. 266 et les références). La partie qui entend attaquer les faits retenus par l'autorité précédente doit expliquer clairement et de manière circonstanciée en quoi ces conditions seraient réalisées (**ATF 140 III 16** consid. 1.3.1 p. 18 et les références). Aucun fait nouveau ni preuve nouvelle ne peut être présenté à moins de résulter de la décision de l'autorité précédente (art. 99 al. 1 LTF).

2.2. Le recours en matière civile peut être exercé pour violation du droit fédéral, notion qui inclut le droit constitutionnel (art. 95 let. a LTF). Le Tribunal fédéral applique le droit d'office (art. 106 al. 1 LTF). Eu égard, toutefois, à l'exigence de motivation qu'impose l'art. 42 al. 2 LTF sous peine d'irrecevabilité (art. 108 al. 1 let. b LTF), il se contente d'examiner les questions soulevées par les parties, sauf en cas d'erreurs juridiques manifestes (**ATF 140 III 115** consid. 2, 86 consid. 2). Il n'est en revanche pas lié par l'argumentation juridique développée par les parties ou par l'autorité précédente.

2.3. La recourante dénonce un arbitraire dans l'établissement de certains faits. Le Tribunal fédéral ne discerne cependant aucun grief déterminant pour le sort du litige et se cantonnera à deux remarques. Tout d'abord, lorsqu'il est question des mémorandums "de la banque", la cour cantonale fait ostensiblement référence aux rapports établis les 5 et 18 février 2008 par l'employé de banque E1. _____ (cf. let. A.e *supra*). Omettre d'effectuer systématiquement cette précision n'équivaut pas à établir un fait de façon arbitraire. Par ailleurs, ces documents n'ont pas valeur d'aveu en procédure, si telle est l'inquiétude larvée derrière ce grief.

Ensuite, lorsqu'elle reproche à l'autorité précédente d'avoir "arbitrairement" tenu compte de la décision rendue par la Commission de surveillance CDB, la recourante joue sur le terrain du droit. Quoi qu'il en soit, la présente motivation devrait emporter son adhésion (cf. consid. 7.2 *infra*).

3.

Le s intimés ont exercé contre la banque une action en responsabilité civile délictuelle. La cour cantonale a jugé que trois des conditions génératrices étaient réalisées, soit un acte illicite, une faute et un lien de causalité entre l'illicéité et le dommage, établi au moins dans son principe. Elle a renvoyé la cause au

tribunal de première instance pour qu'il instruisse et statue sur la quotité du dommage. Le litige porte sur ces trois aspects. C'est toutefois le premier d'entre eux qui focalise le débat et nécessite de rappeler quelques préceptes théoriques (consid. 4 *infra*).

4.

4.1. En vertu de l'art. 41 al. 1 CO, celui qui cause illicitement un dommage à autrui, intentionnellement ou par négligence, est tenu de le réparer.

La responsabilité aquilienne comprend quatre conditions: un acte illicite, un dommage, un lien de causalité naturelle et adéquate entre les deux, et une faute.

4.2. En l'occurrence, la banque est une société anonyme.

Selon l'art. 55 CC, la volonté d'une personne morale s'exprime par ses organes (al. 1). Ceux-ci obligent celle-là par leurs actes juridiques et par tous autres faits (al. 2). La personne morale répond ainsi des actes illicites commis par ses organes dans la gestion de ses affaires (pour la société anonyme, art. 722 CO). Cette norme d'imputation (**ATF 146 III 37** consid. 5.1.1 p. 41) n'entre pas ici en ligne de compte. A aucun moment il n'a été question d'organes fautifs. Manifestement, ce point n'a pas fait débat.

Ceci dit, la banque peut aussi engager sa responsabilité sur la base de l'art. 55 al. 1 CO: l'employeur répond du dommage causé par ses travailleurs dans l'accomplissement de leur travail, s'il ne prouve qu'il a pris tous les soins commandés par les circonstances pour détourner un dommage de ce genre ou que sa diligence n'eût pas empêché le dommage de se produire.

L'acte de l'employé doit être illicite au sens de l'art. 41 al. 1 CO (BENOÎT CHAPPUIS, La responsabilité civile de l'entreprise, in Responsabilité civile, Responsabilité pénale, [Journée de la responsabilité civile 2014], 2015, p. 82; ROLAND BREHM, Berner Kommentar, 5e éd. 2021, nos 4 et 35a ad art. 55 CO; MARTIN KESSLER, in Basler Kommentar, 7e éd. 2020, n° 2 ad art. 55 CO; cf. **ATF 102 II 85** consid. 4 et 4a *ab principio*).

4.3. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, un acte est illicite lorsqu'il porte atteinte à un droit absolu du lésé (*Erfolgsunrecht*) ou lorsqu'il lèse son patrimoine. Dans ce dernier cas, il faut encore établir la violation d'une norme de comportement (*Schutznorm*) visant à protéger le lésé dans les droits atteints par l'acte incriminé (*Verhaltensunrecht*; **ATF 133 III 323** consid. 5.1; **132 III 122** consid. 4.1; arrêt 4A_337/2018 du 9 mai 2019 consid. 4.1.1). De telles normes protectrices se trouvent dans l'ensemble de l'ordre juridique suisse (droit privé, administratif ou pénal). Elles peuvent être écrites ou non écrites, de droit fédéral ou de droit cantonal (**ATF 133 III 323** consid. 5.1).

L'art. 305bis CP, relatif au blanchiment d'argent, est l'une de ces normes. Elle tend à sauvegarder non seulement la bonne administration de la justice, mais aussi les intérêts patrimoniaux de ceux qui sont lésés par le crime préalable (**ATF 146 IV 211** consid. 4.2.1; **133 III 323** consid. 5.1 *i.f.*; arrêt 4A_653/2010 du 24 juin 2011 consid. 3.2.2). Cette infraction ne peut être réalisée que sous la forme intentionnelle (cf. au surplus consid. 4.4 *infra*).

La cour de céans a dû déterminer si l'auteur d'un acte de blanchiment non intentionnel - lequel ne tombe donc pas sous le coup de la loi pénale - peut néanmoins engager sa responsabilité civile délictuelle. Elle a donné une réponse négative dictée par la réflexion suivante: dans la mesure où le législateur a adopté une norme protectrice de droit pénal par laquelle il exprime sans détour qu'il n'entend protéger le patrimoine qu'à certaines conditions (c'est-à-dire uniquement en cas d'infraction intentionnelle), il faut en tenir compte et ne pas élargir le champ d'application de cette norme en droit civil. Aussi un acte de blanchiment commis par négligence ne saurait-il constituer un acte illicite tel que l'entend l'art. 41 CO (**ATF 133 III 323** consid. 5.2.1 et 5.2.3, confirmé dans les arrêts 4A_21/2008 du 13 juin 2008 consid. 3.2 [non publié à l'**ATF 134 III 529**], 4A_594/2009 du 27 juillet 2010 consid. 3.5 et 4A_653/2010 du 24 juin 2011 consid. 3.2.2).

4.4. L'art. 305bis CP incrimine "celui qui aura commis un acte propre à entraver l'identification de l'origine, la découverte ou la confiscation de valeurs patrimoniales dont il savait ou devait présumer qu'elles provenaient d'un crime ou d'un délit fiscal qualifié".

L'infraction peut prendre la forme d'une omission (art. 11 CP). Selon la jurisprudence, la loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme (LBA; RS 955.0) crée une obligation juridique d'agir qualifiée à la charge des intermédiaires financiers, qui sont placés dans une position de garant (**ATF 136 IV 188** consid. 6.2.2; arrêt 6B_729/2010 du 8 décembre 2011 consid. 4.3 *ab principio* [non publié à l'**ATF 138 IV 1**]). Ils doivent clarifier l'arrière-plan et le but d'une transaction ou d'une relation d'affaires lorsqu'elle paraît inhabituelle, ou lorsque des indices laissent supposer que des valeurs patrimoniales proviennent d'un crime (art. 6 al. 2 LBA). Ils doivent aussi informer immédiatement le Bureau de communication en matière de blanchiment s'ils nourrissent des soupçons fondés (art. 9 LBA) et, le cas échéant, bloquer les avoirs confiés (art. 10 LBA). Une banque est un intermédiaire financier (art. 2 al. 2 let. a LBA). Ces principes étaient déjà ancrés dans la version de la LBA en vigueur au moment des faits litigieux.

Le blanchiment d'argent doit être intentionnel, ce qui signifie que son auteur doit agir "avec conscience et volonté". L'intention est déjà réalisée lorsque l'auteur tient pour possible la réalisation de l'infraction et l'accepte au cas où celle-ci se produirait (art. 12 al. 1 et 2 CP; **ATF 133 III 323** consid. 5.2 *ab initio*). Est ici visé le dol éventuel: l'auteur envisage le résultat dommageable mais agit néanmoins, même s'il ne le souhaite pas, parce qu'il s'en accommode pour le cas où il se produirait. La frontière avec la négligence consciente est ténue; elle se situe au niveau volitif. L'auteur négligent envisage lui aussi l'avènement du

résultat dommageable mais escompte, ensuite d'une imprévoyance coupable, que ce résultat qu'il refuse en soi ne se produira pas. A défaut d'aveux, le juge doit se fonder sur les circonstances extérieures pour déterminer quelle forme de faute il retient (**ATF 147 IV 439** consid. 7.3.1; **119 IV 1** consid. 5a p. 3; arrêt 6B_418/2021 du 7 avril 2022 consid. 3.2.1).

5.

Dans le cas concret, l'enjeu consistait à établir un acte intentionnel de blanchiment d'argent qui fût propre à engager la responsabilité civile de la banque. Celle-ci, aux dires des demandeurs, avait péché par omission.

5.1. Pour la cour cantonale, un point était acquis: X. _____ avait détourné à son profit les sommes confiées par les investisseurs/appelants. Il était bel et bien question de valeurs patrimoniales provenant d'un crime, élément constitutif objectif de l'art. 305bis CP.

Dans la foulée, la cour s'est attelée à rechercher si "la banque" avait blanchi par dol éventuel "l'argent provenant de l'escroquerie perpétrée au préjudice des appelants", respectivement si elle avait adopté un comportement passif en dépit de sa position de garant. Une réponse affirmative s'est dégagée de l'analyse suivante:

I. A l'ouverture des comptes, aucun indice ne laissait supposer l'origine délictueuse des fonds. Le prétendu gérant était un Suisse domicilié en Suisse, qui disait vouloir déposer sur son compte bancaire les commissions issues de son activité professionnelle et effectuer des transactions pour ses besoins propres. Il n'y avait là rien d'inhabituel. Qui plus est, la banque était équipée d'un système informatisé d'analyse des transactions qui avait jadis été jugé conforme aux exigences de la CFB; or, il n'avait jamais généré d'alertes.

II. La situation avait changé le 31 janvier 2006, date à laquelle les autorités pénales bâloises avaient présenté une demande de renseignements à la banque.

- En rassemblant la documentation requise, le département juridique "a[vait] signalé l'existence d'un risque de blanchiment d'argent et transmis le dossier au service de compliance pour examen des transactions". Absente pour cause de maternité au moment où ce service aurait dû livrer ses conclusions, la responsable juridique avait ensuite appris par une "collègue" que la situation était en ordre. Aucune trace écrite n'avait pu être retrouvée, mis à part une note du département juridique à teneur de laquelle le service précité avait clos le dossier.

A supposer que le service de compliance ait effectivement émis un tel constat, il n'apparaîtrait pas fondé. Car, en prêtant suffisamment d'attention aux documents rassemblés, la banque aurait dû réaliser que les comptes étaient alimentés par des tierces parties sans expérience et que la structure des transactions était incompatible avec le but indiqué initialement: entre mai 2003 et février 2006, il y avait eu pour plus de 29 millions de francs d'entrées et de sorties, avec de nombreux donneurs d'ordre et des bénéficiaires différents. En outre, les avis de crédit indiquaient des motifs de versement (investissements, participations de personnes privées) inconciliables avec le but annoncé à l'ouverture des comptes.

A l'évidence, il ne s'agissait pas d'un cas usuel où un gérant encaissait des commissions provenant de tiers et utilisait ces fonds pour effectuer des transactions propres. Une clarification s'imposait d'autant plus que la banque n'avait effectué aucune vérification particulière à l'ouverture des comptes.

La Commission de surveillance CDB avait elle aussi eu à connaître du cas. Elle ne s'était certes pas prononcée sur l'art. 305bis CP, mais son raisonnement restait pertinent pour le présent litige. Or, elle avait reproché à la banque d'avoir omis, par dol éventuel, de vérifier l'identité de l'ayant droit économique après l'apparition d'indices clairs suggérant qu'il ne pouvait s'agir de X. _____. De multiples transactions insolites avaient été effectuées sur les comptes et le système de surveillance informatique ne répondait pas aux règles de diligence de la CDB.

La banque elle-même avait reconnu qu' *a posteriori*, une analyse consolidée des transactions pouvait donner à penser qu'il s'agissait de comptes de passage. A ce stade, elle ne pouvait plus exciper du fait qu'elle n'avait reçu aucune alerte informatisée, car de nombreux éléments laissaient inférer que les fonds déposés sur les comptes litigieux provenaient probablement d'un crime, ce qui l'obligeait à clarifier les relations bancaires. Elle s'était pourtant gardée de questionner le gérant sur les nombreuses entrées et sorties de fonds immédiates et systématiques, situation qui avait perduré pendant trois ans au moins. En bref, le caractère insolite de la situation était apparu en tout cas après que la banque eut rassemblé la documentation demandée par les autorités bâloises. Elle aurait dû alors clarifier la situation du gérant externe dans les plus brefs délais et déterminer si les fonds avaient une origine illicite.

- Le premier juge avait retenu à tort une négligence consciente. L'attitude de la banque procédait en réalité de l' "aveuglement délibéré"; elle avait consciemment décidé de ne pas savoir et elle s'était accommodée d'une possible réalisation des éléments constitutifs objectifs d'un blanchiment.

5.2. Un élément frappe à la lecture de ces considérants: il est toujours question de "la banque" plutôt que de personnes physiques déterminées. Or, la responsabilité de la banque ne saurait être engagée que dans la mesure où une/des personne (s) physique (s) a/ont commis un acte illicite (cf. consid. 4.2 *supra*), soit réalisé les éléments constitutifs objectifs et subjectif du blanchiment. Deux écueils se dressent à cet égard (AURÉLIE CONRAD HARI, Le blanchiment d'argent par omission, in RSDA 2012 p. 364 s. ch. IV *ab principio*): d'une part, il faut pouvoir reprocher à une/des personne (s) physique (s) d'avoir contrevenu aux obligations juridiques qualifiées instaurées par la LBA (consid. 6 *infra*). D'autre part, un comportement intentionnel est requis (consid. 7 *infra*) (CONRAD HARI, op. cit., p. 368; CASSANI/VILLARD, in

6.

6.1. L'autorité précédente a recensé divers manquements à la LBA, soit:

- l'omission de vérifier l'identité de l'ayant droit économique alors que des doutes surviennent au cours de la relation d'affaires (art. 5 LBA),
- l'omission de clarifier l'arrière-plan et le but d'une transaction ou d'une relation d'affaires (art. 6 al. 2 LBA = art. 6 aLBA),
- et enfin, l'omission d'aviser le Bureau de communication (art. 9 LBA).

La LBA étant entrée en vigueur en 1998, la banque assumait bel et bien une position de garant au moment des faits litigieux (**ATF 136 IV 188** consid. 6.2.1.1 p. 193 et consid. 6.2.2; arrêt 6B_724/2012 du 24 juin 2013 consid. 5.3). Mais la qualité d'intermédiaire financier appartient à la banque elle-même (art. 2 al. 2 let. a LBA) et non à ses collaborateurs. Une norme d'imputation est donc nécessaire.

D'après l'autorité précédente, l'obligation d'agir s'est imposée après le 31 janvier 2006. A ce moment avait cours une norme d'imputation valable pour les seules infractions contre le patrimoine (art. 172 aCP), tandis que le blanchiment d'argent figure dans le chapitre des crimes ou délits contre l'administration de la justice. Le Tribunal fédéral y avait vu l'expression d'une règle générale valant aussi pour d'autres infractions, avant de laisser cette question en suspens vu les critiques doctrinales (**ATF 110 IV 15** consid. 3 et l'exposé de SCHUBARTH/ALBRECHT, in *Kommentar zum schweizerischen Strafrecht*, [...] 2. Band: Delikte gegen das Vermögen [...], 1990, nos 15-16 ad art. 172 CP).

Le législateur a profité de la révision pour faire taire toute controverse, insérant une règle quasi identique dans la partie générale du Code pénal, soit l'art. 29 CP, entré en vigueur le 1er janvier 2007 (arrêt 6B_66/2008 du 9 mai 2008 consid. 7.4). Celle-ci trace le *cercle limité* des personnes physiques auxquelles l'on peut reprocher d'avoir enfreint un devoir particulier incombant à la personne morale - ici en vertu de la LBA - (CONRAD HARI, op. cit., p. 368; ACKERMANN/ZEHNDER, *Praxistaugliche Dogmatik und Beweisanforderungen*, in *forum poenale* 2014 p. 48, ces deux auteurs n'excluant pas que la pratique ou la doctrine "construise" l'imputation d'une autre manière). Il s'agit des membres d'un organe (let. a), des associés (let. b), des collaborateurs dotés d'un pouvoir de décision indépendant (let. c) ou enfin, des dirigeants effectifs (let. d).

A vrai dire, le Tribunal fédéral n'a pas traité frontalement ce problème dans les quelques affaires de blanchiment dont il a été saisi, ce qui lui a été reproché (CONRAD HARI, op. cit., p. 369 ad ch. 2.3). Mais il n'y avait guère matière à discuter. Les personnes concernées exerçaient une fonction de directeur, de chef du département juridique, de chef du service de compliance (dans la même cause, **ATF 136 IV 188** consid. 6.2.2 p. 197; arrêts du 3 novembre 2010 6B_919/2009 consid. 5.2, 6B_916/2009 consid. 9.2, 6B_901/2009 let. A.c et 6B_907/2009 let. A.c), ou encore d'administrateur président (arrêt 6B_724/2012 du 24 juin 2013 consid. 5.3), d'associé gérant d'une Sarl (arrêt 6B_649/2015 du 4 mai 2016 let. B.a et consid. 1.2) ou de gérant d'un bureau de change (arrêt 6B_879/2013 du 18 novembre 2013 let. B). Dans un cas, l'employé n'était "qu'un" gestionnaire de comptes, mais il était responsable du secteur de l'Amérique latine, fonction qui requérait des connaissances du terrain et des langues concernées. En outre, d'après la réglementation interne de la banque, il était le principal responsable de la surveillance (arrêt précité 6B_729/2010 consid. 4.3.1 et 4.4.1; néanmoins critique CONRAD HARI, op. cit., p. 369).

6.2. En l'occurrence, il serait essentiellement question des employés de banque suivants, qui ont été entendus dans la procédure pénale (let. A.g *supra*) :

- E2. _____, chargé des relations avec X. _____ et sa société, mais pas au moment de l'ouverture des comptes. Selon ses explications, sa tâche se limitait à exécuter les instructions du prénommé et à contrôler la validité des signatures;
- E3. _____, "responsable local de la salle de marchés" et chargé de la relation avec le prétendu gérant et sa société;
- E4. _____, responsable des gestionnaires de comptes en tant que chef du département des gérants indépendants; et
- E5. _____, responsable du service juridique.

On mentionnera encore E1. _____, auteur de l'enquête interne diligentée par la banque en janvier-février 2008 (let. A.e *supra*).

Imputer des omissions à l'une ou l'autre de ces personnes ne coule pas de source. Sans compter qu'aux dires de la banque, E3. _____ et E4. _____ n'étaient pas en fonction au moment topique. Une personne à la tête du service juridique peut en soi devoir assumer une obligation juridique d'agir (arrêt précité 6B_901/2009); cependant, E5. _____ était en congé-maternité pendant la période critique. De toute façon, à lire l'arrêt attaqué et même les intimés, les manquements sont imputables au service de compliance (cf. ACKERMANN/ZEHNDER, op. cit., p. 48). Or, on ignore tout de celui-ci, en particulier des membres qui le composaient. Tout au plus apprend-on que E1. _____ en a fait partie à un moment indéterminé. Mais ce collaborateur-ci n'est pas mis en cause. Plus généralement, on ignore la manière dont la banque s'était organisée pour lutter contre le blanchiment d'argent et qui, en son sein, était chargé d'aviser le Bureau de communication au sens de l'art. 9 LBA.

6.3. On le voit, un certain nombre d'aléas pèsent déjà sur la possibilité d'imputer un blanchiment d'argent, au niveau objectif, à l'un ou l'autre collaborateur précis. Se dresse en outre une deuxième difficulté, soit celle d'établir une intention délictueuse.

7.

7.1. Encore une fois, seule "la banque" (ou son service de compliance) est pointée du doigt, à l'exclusion d'employés précis. Il était pourtant question de fonder sa responsabilité sur l'art. 55 CO, comme la cour cantonale l'a souligné au début de la subsomption.

D'après l'arrêt attaqué, le département juridique - plus précisément sa responsable E5. _____ - a réuni la documentation pour les autorités pénales bâloises, lesquelles ont révélé que La Poste avait alerté le Bureau de communication en 2003. Le département a alors "signalé l'existence d'un risque de blanchiment d'argent et transmis le dossier au service de compliance pour examen des transactions". Les constatations de fait ne permettent pas de retenir un dol éventuel à l'encontre de E5. _____, laquelle a expliqué qu'au retour de son congé-maternité, une collègue non identifiée lui aurait dit que les analyses avaient été faites et que tout était en ordre. Les éléments sont par trop nébuleux pour qu'on puisse en déduire une intention délictueuse. La cour cantonale s'est d'ailleurs bien gardée d'émettre une telle constatation, et les intimés ne préconisent rien de tel non plus.

Des remarques du même ordre peuvent être faites pour les autres employés identifiés, d'autant que l'autorité précédente et les intimés eux-mêmes mettent en cause le service de compliance. La première lui reproche de ne point avoir examiné avec l'attention requise la documentation bancaire réunie, mais n'incrimine aucune personne précise. Au demeurant, on ignore si réellement, l'un ou l'autre membre du service de compliance a jugé que tout était en ordre, car ce constat est évoqué au conditionnel par la cour cantonale. Quant aux intimés, ils n'ont paradoxalement pas sollicité l'audition de l'une ou l'autre personne composant ledit service. Ils rétorquent que les membres du service étaient forcément des employés de la banque accomplissant leur travail. Dans le même ordre d'idées, la cour cantonale a souligné que les gestionnaires chargés de la relation d'affaires étaient des employés de la banque ayant agi dans l'accomplissement de leur travail. Ces précautions oratoires sont vaines. Elles ne peuvent contourner la nécessité de prouver un acte de blanchiment intentionnel, ni conduire à affubler la banque d'une conscience et d'une volonté dont, par nature, elle est privée sur le plan du droit pénal (cf. cependant consid. 8 *infra* au sujet de l'art. 102 CP).

L'art. 53 CO, cité dans l'arrêt cantonal, n'est d'aucun secours de ce point de vue.

Le premier juge était tombé dans le même travers, raisonnant au niveau de la personne morale plutôt que des personnes physiques. Mais son erreur ne prêtait pas à conséquence, puisqu'il avait finalement retenu une négligence consciente non punissable.

7.2. La Commission de surveillance CDB a reproché à la banque d'avoir omis "par dol éventuel" de révéler l'identité de l'ayant droit économique et de procéder à de plus amples vérifications, respectivement d'avoir accepté le risque que son système informatique ne détecte pas les transactions suspectes (let. A.f *supra*).

En soi, il peut faire sens de se référer aux motifs de cette décision dès lors qu'elle appliquait la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB), laquelle concrétise la LBA (CARLO LOMBARDINI, Banques et blanchiment d'argent, 3e éd. 2016, n. 49 et 55). Cependant, cette décision n'apporte guère d'eau au moulin des intimés. Car dans ce système conventionnel, la banque répond des manquements fautifs de ses collaborateurs ou organes, mais aussi d'un défaut d'organisation (LOMBARDINI, op. cit., n. 152 et sous-note 156; DOMINIK EICHENBERGER, Die Sanktionen der Aufsichtskommission bei VSB-Verletzungen, in GesKR 2019 p. 595 s.). Or, à lire le résumé livré dans l'arrêt attaqué, c'est bien une carence dans l'organisation qui a été reprochée à la banque. Ou, en tout cas, rien n'indique que la Commission ait pu identifier des collaborateurs animés d'une intention délictueuse. La cour cantonale ne pouvait s'inspirer d'un mécanisme étranger à l'art. 55 CO.

7.3. En bref, les juges cantonaux n'ont pas prêté une intention délictueuse à des personnes déterminées. La cour de céans serait bien en peine de le faire, sur la base de l'état de fait retenu, qui la lie.

L'enquête pénale, qui a tout de même duré plus d'une année, n'a pas permis de mettre en évidence des employés suspects.

8.

La cour cantonale a évoqué très succinctement l'art. 102 CP, en mentionnant des divergences entre parties quant à sa portée.

Depuis le 1er octobre 2003, une "entreprise" peut assumer une responsabilité pénale et s'exposer à une amende dans deux hypothèses (art. 102 CP, jadis art. 100quater aCP, RO 2003 3044) : lorsqu'un crime ou un délit commis en son sein ne peut être imputé à aucune personne physique déterminée, en raison d'un manque d'organisation (al. 1), ou lorsqu'elle a omis de prendre toutes les mesures d'organisation raisonnables et nécessaires pour empêcher certaines infractions, dont l'art. 305bis CP (al. 2).

L'art. 102 CP est une norme d'imputation; il n'institue pas une contravention autonome sanctionnant une carence d'organisation (**ATF 146 IV 68** consid. 2.3 et 2.4).

On peut se demander s'il est admissible de recourir à une norme d'imputation *pénale* pour fonder une responsabilité *civile* délictuelle de la banque (s'y oppose JÖRG ALAIN SCHWARZ, Zivilrechtliche Haftung für Geldwäscherei, Eine Bestandesaufnahme nach BGE 134 III 529, in REAS 2009 p. 16; cf. aussi

CHAPPUIS, op. cit., p. 93 s., qui l'exclut aussi pour l'art. 102 al. 1 CP, mais présuppose que l'al. 2 sanctionne un comportement illicite de l'entreprise, thèse depuis lors écartée par le Tribunal fédéral). C'est en principe dans le droit civil que doit être recherchée une telle norme d'imputation, que l'on trouve à l'art. 55 CC. Pour le surplus, l'on a déjà constaté que l'art. 55 CO n'était pas applicable, faute d'acte illicite. De toute façon, l'on retombe sur le même écueil: dans les deux variantes de l'art. 102 CP, il faut établir qu'une infraction sous-jacente (ici l'art. 305bis CP) a été commise, et donc que ses éléments objectifset subjectif sont réalisés (**ATF 142 IV 333** consid. 4.1 p. 337; ALAIN MACALUSO, in Commentaire romand, op. cit., nos 27 et 40 s. ad art. 102 CP; NIGGLI/GFELLER, in Basler Kommentar, 4e éd. 2019, n° 56 ad art. 102 CP). Cette exigence-ci est difficile à réaliser dans le cas de l'art. 102 al. 1 CP, où un défaut d'organisation empêche précisément de découvrir l'auteur de l'infraction (NIGGLI/GFELLER, op. cit., n° 57 ad art. 102 CP). Force est d'admettre que la doctrine et la jurisprudence n'ont pas encore véritablement résolu ce dilemme. Mais les intimés ne se sont pas aventurés sur ce terrain. Ils n'ont pas non plus reproché à la banque un quelconque défaut d'organisation, puisqu'ils ont tout bonnement renoncé à plaider l'application de l'art. 102 CP, "sans portée concrète dans le cas particulier". La cour de céans évitera ainsi une discussion superflue.

9.

Devant la Cour de justice déjà, il était acquis que l'illicéité civile pouvait découler uniquement de la réalisation de l'art. 305bis CP, aucune autre norme pénale n'entrant en ligne de compte. Il était également admis que la violation des règles de la LBA était en soi inapte à fonder une responsabilité civile délictuelle au sens de l'art. 41 CO (cf. **ATF 143 III 653** consid. 4.3.2.2; **134 III 529** consid. 4.3 et 4.4). La jurisprudence rendue à ce sujet a ainsi coupé court à l'interrogation soulevée dans un précédent, qui invoquait la LBA et l'ordonnance de la CFB (désormais OBA-FINMA, RS 955.033.0) comme possibles sources d'une obligation de sécurité (**ATF 133 III 323** consid. 5.2.4).

La cour de céans n'a pas à en dire plus (consid. 2.2 *supra*).

10.

En définitive, il n'a pu être établi aucun acte illicite susceptible d'engager une responsabilité de la banque selon l'art. 55 CO, pour le motif déjà qu'aucune intention délictueuse n'a pu être prêtée à l'un ou l'autre collaborateur bancaire déterminé. Aussi les conclusions des 42 demandeurs intimés au présent recours doivent-elles connaître le même sort que celles, déjà réglées, des 26 autres demandeurs, soit le rejet. Partant, le recours doit être admis et l'arrêt attaqué réformé, en ce sens que tous les demandeurs sont déboutés de leurs conclusions. Au surplus, la cause est renvoyée à l'autorité précédente pour qu'elle statue à nouveau sur les frais et dépens de la procédure cantonale.

Vu le sort du recours, les frais et dépens relatifs à l'instance fédérale seront mis à la charge des intimés, à parts égales et solidairement (art. 66 al. 1 et 5 LTF; art. 68 al. 1, 2 et 4 LTF).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :

1.

Le recours est admis. L'arrêt attaqué est réformé en ce sens que la demande est entièrement rejetée.

2.

Les frais judiciaires, arrêtés à 29'000 fr., sont mis à la charge des intimés, solidairement entre eux.

3.

Les intimés sont condamnés solidairement à verser à la recourante une indemnité de 34'000 fr. à titre de dépens.

4.

La cause est renvoyée à l'autorité précédente pour qu'elle rende une nouvelle décision sur les frais et dépens de la procédure cantonale.

5.

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

Lausanne, le 16 novembre 2022

Au nom de la I re Cour de droit civil
du Tribunal fédéral suisse

La Présidente: Hohl

La Greffière: Monti