

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/21281/2011

ACJC/1405/2012

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU VENDREDI 28 SEPTEMBRE 2012

Entre

X _____ **SA**, ayant son siège _____, recourante contre une ordonnance rendue par la 2^{ème} Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 26 avril 2012, comparant par Me Vincent Jeanneret, avocat, en l'étude duquel elle fait élection de domicile aux fins des présentes,

et

Y _____, ayant son siège _____, intimée, comparant par Me Pierre Kobel, avocat, en l'étude duquel elle fait élection de domicile aux fins des présentes,

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 3 octobre 2012

EN FAIT

A. a. Par demande déposée le 30 septembre 2011 Y _____ (l'intimée), société des Bahamas _____, Nassau, a conclu à la condamnation de X _____ SA (la recourante) à lui payer la somme de 2'843'302 EUR avec intérêt à 5% l'an dès le 28 août 2008, subsidiairement à ce qu'X _____ SA soit condamnée à lui payer la somme de 4'577'716 fr. 20 avec intérêt à 5% l'an dès le 28 août 2008, à ce que soit prononcée la mainlevée de l'opposition faite au commandement de payer, poursuite no 1 _____, adressé à X _____ SA, à concurrence de la contre-valeur en francs suisses de 2'843'302 EUR avec intérêt à 5% l'an dès le 28 août 2008, soit approximativement 4'577'716 fr. 20 (au taux de 1 EUR = 1,61 fr. au 28 août 2008), et à la condamnation de X _____ SA au paiement de tous les frais judiciaires et aux dépens, lesquels comprennent les frais d'avocats de la demanderesse.

Y _____ a indiqué comme valeur litigieuse la contre-valeur de 2'843'302 EUR soit 3'411'962 fr. 40, au taux moyen de 1 fr. 20 pour 1 EUR au jour du dépôt de la demande.

b. Y _____ reproche en substance à la recourante de lui avoir fourni une réponse erronée à la question de savoir quel serait l'effet, sur l'insuffisance de marge, d'un remboursement du crédit contracté le 15 février 2007 portant sur 1'091'397'000 JPY avec un taux d'intérêt à 1,383% et échéant au 16 février 2010, et allègue que la réponse erronée de la banque l'a conduite à de nombreuses opérations de liquidation d'actifs et de positions sur dérivés, dont aucune n'a résolu l'insuffisance de marge; c'est ainsi qu'en date du 22 octobre 2008, la banque a liquidé tous les avoirs et les positions de la demanderesse conduisant à un solde débiteur du compte de 1'280'849 fr. 38. La demanderesse chiffre son dommage résultant de ce renseignement erroné à 2'843'302 EUR, subsidiairement à 4'248'473 fr. 90, une amplification de la demande étant réservée.

A l'appui de sa demande de 65 pages, Y _____ a produit quatre classeurs fédéraux de pièces.

B. a. Par courrier du 20 février 2012, soit avant l'échéance du délai au 9 mars 2012 qui lui avait été imparti pour répondre au fond, X _____ SA a sollicité la fourniture de sûretés en garantie des dépens.

Par ordonnance du 21 février 2012 le Tribunal a fixé des délais aux parties pour se déterminer sur cette question.

b. Dans des écritures du 9 mars 2012 X _____ SA a conclu à ce que Y _____ soit astreinte à fournir des sûretés d'un montant de 110'000 fr., à ce qu'un délai de 30 jours soit octroyé à Y _____ pour fournir lesdites sûretés, à ce qu'une fois ces sûretés versées, un délai de trois mois lui soit octroyé pour répondre sur le fond à

la demande principale, à ce que la demande formée par Y _____ soit déclarée irrecevable si les sûretés ne sont pas fournies dans le délai imparti, et à la condamnation de Y _____ en tous les frais et dépens, lesquels comprendront une équitable indemnité à titre de participation aux honoraires d'avocat.

c. Dans des écritures du 12 avril 2012, Y _____ a conclu à ce qu'il lui soit donné acte de ce qu'elle s'engage à fournir des sûretés dans le délai de 30 jours à compter de la présente ordonnance, à ce que le montant des sûretés soit fixé à 55'519 fr. 60, à ce que soient définies les conditions d'une garantie bancaire en lieu et place d'espèces, à ce qu'un délai d'un mois soit imparti à X _____ SA pour répondre au fond et déposer toutes conclusions reconventionnelles, à compter de la constitution des sûretés, et à la condamnation d'X _____ SA en tous les frais et dépens relatifs à sa requête de sûretés, lesquels comprendront une équitable indemnité à titre de participation aux honoraires de son avocat.

d. Par ordonnance OTPI/432/2012 du 26 avril 2012 le Tribunal de première instance a condamné Y _____ à fournir des sûretés en garantie des dépens à hauteur de 67'950 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 (ch. 1), a fixé un délai de 30 jours à Y _____ dès la notification de l'ordonnance, pour déposer lesdites sûretés auprès des services financiers du pouvoir judiciaire (ch. 2). Le Tribunal a encore dit que la demande serait déclarée irrecevable si les sûretés n'étaient pas fournies dans le délai imparti (ch. 3), condamné Y _____ à payer un émolument de décision de 500 fr. (ch. 4) et condamné celle-ci à payer à X _____ SA la somme de 500 fr. à titre de dépens (ch. 5).

C. a. Par acte déposé le 10 mai 2012 auprès du greffe de la Cour de justice, X _____ SA a fait recours contre la susdite ordonnance qui lui a été notifiée le 30 avril 2012.

Préalablement, elle a sollicité l'octroi de l'effet suspensif et, principalement, elle a conclu à l'annulation de l'ordonnance en tant qu'elle fixait le montant des sûretés à 67'950 fr. et sollicité que ce montant soit porté à 110'000 fr., somme que Y _____ devait être condamnée à fournir dans un délai de 30 jours. X _____ SA a encore exigé que le modèle de garantie bancaire comprenne une renonciation à invoquer les exceptions ou objections qui appartenaient à la demanderesse ou celles qui provenaient de la relation entre le fournisseur de garantie et la demanderesse.

Enfin elle a conclu à ce que Y _____ soit condamnée en tous les frais et dépens et déboutée de toutes autres conclusions.

b. Par courrier du 21 mai 2012, Y _____ a fait savoir qu'elle avait ordonné ce même jour le transfert du montant de 67'950 fr. sur le compte des services

financiers du Palais de justice, étant observé que le recours ne déployait en principe pas d'effet suspensif.

c. Par décision du 14 juin 2012, la Chambre civile a ordonné l'effet suspensif au recours, effet suspensif auquel Y _____ ne s'était pas opposée.

d. Dans sa réponse au recours du 4 juillet 2012, Y _____ a conclu au rejet du recours, à la condamnation de X _____ SA en tous les frais et dépens et au déboutement d'X _____ SA de toutes autres conclusions.

e. Répliquant spontanément par courrier du 11 juillet 2012, X _____ SA a réitéré certaines de ses observations précédentes et persisté dans ses conclusions antérieures.

f. La cause a été mise en délibération.

EN DROIT

1. **1.1** La décision entreprise, qui statue sur une requête de sûretés présentée par la recourante, peut faire l'objet d'un recours à teneur de l'art. 103 CPC.

Selon l'art. 321 al. 1 CPC, le recours, écrit et motivé, est introduit auprès de l'instance de recours dans les 30 jours à compter de la notification de la décision motivée.

Toutefois, pour les décisions prises en procédure sommaire, ce délai est réduit à 10 jours ainsi que le précise l'art. 321 al. 2 CPC.

1.2 Les art. 99 à 101 CPC, qui règlent la question des sûretés en garantie des dépens, ne précisent pas selon quelle procédure doit être traitée la requête de sûretés présentée par le défendeur (TAPPY, Code de procédure civile commenté 2011 note 12 ad art. 101 CPC).

En raison de cette lacune, la doctrine n'est pas unanime sur le délai de recours applicable aux décisions rendues en matière de sûretés.

Ainsi, HOHL propose de lui appliquer le délai de recours qui est en principe de 30 jours (HOHL, Procédure civile, tome II, 2010, note 663 p. 130).

En revanche, TAPPY propose d'appliquer à la décision sur une demande de sûreté la procédure sommaire, au moins par analogie (TAPPY, op. cit., note 13 ad art. 101 CPC qui relève que RÜEGG, Basler Kommentar ZPO 2010, note 4 ad art. 100 CPC va dans le même sens).

Quant à SUTER/VON HOLZEN, ils font référence à une décision d'instruction rendue à la suite d'un examen sommaire des circonstances (SUTER/-HASENBÖHLER/LEUENBERGER, Kommentar zur ZPO, 2010, note 14 ad art. 99 CPC). Or, en tant qu'ordonnance d'instruction, le délai de recours serait également de 10 jours selon la règle de l'art. 321 al. 2 CPC.

Selon l'art. 248 CPC, la procédure sommaire s'applique notamment au cas prévus par la loi (let. a). Selon BOHNET, cette référence "aux cas prévus par la loi" ne vise pas seulement les dispositions qui renvoient expressément à la procédure sommaire, mais également celles qui imposent une telle procédure, au vu de la finalité de la réglementation (BOHNET, Code de procédure civile commenté, 2011, note 7 ad art. 248 CPC).

1.3 Dans la mesure où la requête de sûretés en garantie des dépens intervient pendant la litispendance et qu'elle aura généralement pour conséquence de paralyser l'avancement de l'instruction au fond, le principe de célérité dans la conduite du procès, exprimé par l'art. 124 al. 1 CPC, commande de soumettre à la procédure sommaire, par définition rapide, le contentieux relatif à la fourniture des sûretés.

C'est ainsi bien le délai de 10 jours régissant la procédure sommaire qui doit être observé en matière de recours contre les décisions de sûretés prononcées selon l'art. 103 CPC.

1.4 En l'occurrence, la recourante a reçu la décision attaquée le 30 avril 2012 et a déposé son recours le 10 mai 2012, soit le dernier jour du délai.

Le recours a ainsi été déposé en temps utile et selon la forme requise par les art. 321, 130 et 131 CPC.

Le recours est donc recevable.

- 2.** Dans le cadre d'un recours, le pouvoir d'examen de l'instance de recours est limité à la violation du droit ou à la constatation manifestement inexacte des faits (art. 320 CPC). La juridiction de recours examine les griefs de violation du droit allégué par le recourant avec un plein pouvoir d'examen; elle revoit librement les questions de droit qu'il a soulevées et peut donc substituer ses propres motifs à ceux de l'autorité précédente ou du recourant.

S'agissant des faits, la juridiction de recours ne se penchera que sur les constatations de faits critiquées par le recourant et dont celui-ci démontre qu'elles sont manifestement inexactes, c'est-à-dire arbitraires; tel sera le cas lorsque la constatation apparaîtra manifestement insoutenable, en contradiction évidente avec la situation de fait, ou encore reposera sur une inadvertance manifeste ou heurtera de façon choquante le sentiment de la justice (HOHL, op. cit. n. 2509,

2510 et 2938 et références citées; CHAIX, L'apport des faits au procès, in SJ 2009, II p. 266).

- 3.** **3.1** Selon l'art. 99 al. 1 CPC, le demandeur doit, sur requête du défendeur, fournir des sûretés en garantie du paiement des dépens notamment lorsqu'il n'a pas de domicile ou de siège en Suisse (art. 99 al. 1 let. a CPC). En l'occurrence, aucune des parties ne conteste la réalisation de ce cas et l'obligation de principe, faite à l'intimée, de fournir des sûretés.

En particulier, les parties ont relevé qu'aucune convention internationale ou binationale liant la Suisse aux Bahamas, ne faisait obstacle à une telle réquisition.

3.2 La recourante, à laquelle le Tribunal de première instance n'a donné que partiellement gain de cause sur le montant des sûretés, fait recours pour en augmenter le montant, réclamant à cet effet une somme de 110'000 fr. en lieu et place de celle accordée par les premiers juges qui n'était que de 67'950 fr.

La recourante conteste également le libellé du modèle de garantie bancaire agréé par le Tribunal, lequel devrait être assorti de conditions supplémentaires.

Sur le premier point, la recourante fait grief au Tribunal d'avoir mécaniquement appliqué au calcul des sûretés le tarif de l'art. 85 du règlement fixant le tarif des greffes en matière civile (RTFMC), sans avoir suffisamment égard, selon elle, aux critères autres que celui de la valeur litigieuse, qui auraient justifié une dérogation à la hausse par rapport au tarif fondé sur l'art. 85 al. 1 RTFMC et surtout à l'art. 18 al. 1 de la loi d'application du code civil (LaCC). Ainsi, le montant des sûretés aurait dû mieux tenir compte de l'importance de la cause, des difficultés de celle-ci, de l'ampleur du travail et du temps qu'il fallait lui consacrer.

Le Tribunal aurait ainsi contrevenu au principe des art. 16 al. 1 LaCC et 84 RTFMC.

3.3 Les dispositions légales et réglementaires précitées constituent des normes cantonales d'application du code de procédure civile fédéral.

En effet, les frais, qui comprennent les frais judiciaires et les dépens (art. 95 al. 1 CPC) sont pour l'essentiel définis et réglementés par les art. 95 ss CPC.

L'art. 96 CPC laisse cependant aux cantons la liberté de fixer le tarif des frais, en particulier celui des dépens.

Selon l'art. 95 al. 3 CPC, les dépens comprennent les débours nécessaires (let. a), le défraiment d'un représentant professionnel (let. b) et, lorsqu'une partie n'a pas de représentant professionnel, une indemnité équitable pour les démarches effectuées, dans les cas où cela se justifie (let. c).

Ce sont ces dépens que les sûretés requises selon les art. 99 ss CPC visent à garantir. Ainsi que l'expriment l'art 16 al. 1 LaCC et l'art. 84 al. 1 RFTMC, dans les contestations portant sur des affaires pécuniaires, le défraiement d'un représentant professionnel est, en règle générale, proportionnel à la valeur litigieuse.

Ce défraiement est ainsi fixé, dans les limites figurant dans le règlement fixant le tarif des frais en matière civile, d'après l'importance de la cause, ses difficultés, l'ampleur du travail et le temps employé.

L'art. 18 al. 1 LaCC réserve les cas spéciaux. Ainsi, lorsqu'il y a une disproportion manifeste entre la valeur litigieuse et l'intérêt des parties au procès ou entre le taux applicable selon la présente loi et le travail effectif de l'avocat, la juridiction peut fixer un défraiement inférieur ou supérieur aux taux minimum et maximum prévus.

Ni la loi cantonale ni le règlement d'application ne définissent la notion de valeur litigieuse. S'agissant de normes d'application du code de procédure civile, il est dès lors logique de se référer à la définition contenue à l'art. 91 al. 1 de cette loi, à teneur duquel la valeur du litige est déterminée par les conclusions. Les intérêts et les frais de la procédure en cours ou d'une éventuelle publication de la décision et, le cas échéant, la valeur résultant des conclusions subsidiaires ne sont pas pris en compte.

Cette solution, qui est claire, interdit donc de fonder la valeur litigieuse sur des conclusions subsidiaires, quand bien même celles-ci seraient plus élevées que les conclusions principales (TAPPY, op, cit., note 38 ad. art. 91 CPC).

Par ailleurs, lorsque le demandeur conclut au paiement d'une somme d'argent en monnaie étrangère, celle-ci doit être convertie en francs suisses au cours du jour de l'ouverture pour déterminer la valeur litigieuse. (HOHL op. cit., notes 458 et 460 page 95; arrêt du Tribunal fédéral 5A-58/2009 considérant 1.2).

3.4 En l'occurrence, l'intimée a formulé des conclusions en paiement exprimées en EUR, qu'elle a convertis en francs suisses, au taux moyen du jour du dépôt de la demande, obtenant ainsi la somme de 3'411'962 fr. 40.

Le Tribunal de première instance s'est fondé sur ce montant, qui résultait des conclusions principales de l'intimée et non pas sur celui des conclusions subsidiaires, plus élevées, qui correspondaient à la contre-valeur de la somme réclamée à la date du 28 août 2008 à laquelle l'intimée avait fait notifier à la recourante une poursuite. Le taux de change était alors de 1 EUR = 1.61 fr. alors qu'il n'était plus que de 1 EUR = 1 fr. 20 au jour du dépôt de l'action. C'est ainsi

en vain que la recourante critique la décision du premier juge qui est en tous points conforme à cet égard à la réglementation précitée.

Il convenait ainsi de déterminer, dans un premier temps, le montant du défraiement en se fondant sur la valeur litigieuse de 3'411'962 fr. 40. A cette valeur correspondait la somme de 55'519 fr. 62 selon l'art. 85 RTFMC.

Ce montant n'est pas contesté par la recourante, pas plus que ne l'est la décision du premier juge de majorer cette somme de 10% selon l'art. 85 al. 1 RTFMC, pour l'adapter précisément à l'importance de la cause, à sa difficulté et à l'ampleur du travail prévisible.

A ce stade, le raisonnement du premier juge échappe ainsi à toute critique.

3.5 La recourante soutient que la stricte application du tarif, majoré de 10%, ne correspond encore qu'à 1,99% environ de la valeur litigieuse et ne permettrait pas de rémunérer correctement son avocat, au vu des critères de l'art. 84 RTFMC, de sorte qu'il aurait été justifié de faire application de la norme dérogatoire de l'art. 18 al. 1 LaCC.

3.6 Les critères suivants sont appliqués par la jurisprudence fédérale pour déterminer la fixation des honoraires d'avocat.

Pour les affaires pécuniaires, l'importance de la cause est essentiellement fonction de la valeur litigieuse, qui accroît la responsabilité assumée par l'avocat. Le juge doit aussi estimer l'ampleur du travail fourni et le temps consacré par le mandataire professionnel mais sans tenir compte des procédés inutiles ou superflus. L'idée majeure qui se dégage de ses principes est qu'il doit exister entre la rémunération de l'avocat d'une part et les prestations fournies ainsi que la responsabilité encourue d'autre part, un rapport raisonnable (arrêt du Tribunal fédéral 4P_140/2002 du 17 septembre 2002 consid. 2.2; 4P_116/2006 du 6 juillet 2006 consid. 3.3; TF in SJ 2003 page 363 consid. 3.2; arrêt du Tribunal fédéral 2C_25/2008 du 18 juin 2008 consid. 4.2.1).

Plus la valeur litigieuse est élevée, plus le pourcentage déterminant doit diminuer pour que la rémunération de l'avocat reste dans un rapport raisonnable avec les prestations fournies (arrêt du Tribunal fédéral 4P_140/2002 considérant 2.3).

3.7 Pour tenter de démontrer le caractère manifestement insuffisant qu'elle prête au montant arrêté par le premier juge, la recourante a fait référence à des décisions fondées sur la jurisprudence cantonale genevoise relatives à l'indemnité de procédure, laquelle était généralement fixée en première instance entre 5 et 10% du montant litigieux dans les causes ordinaires.

Cette règle n'était cependant pas absolue comme le relevait la Cour de justice dans sa jurisprudence (SJ 1986 page 200).

Outre que la référence à ces jurisprudences anciennes n'est plus d'actualité compte tenu de l'entrée en vigueur du CPC et de la législation cantonale d'application, la méthode du pourcentage que revendique la recourante ne constitue en réalité qu'une variante de la tarification fondée sur la valeur litigieuse telle qu'elle ressort de l'art. 85 RTFMC.

Elle souffre donc des mêmes critiques que celles que la recourante formule et peut conduire soit à une surindemnisation de l'avocat soit, à l'inverse, à une sous-estimation de sa rémunération.

Pour s'écarter du tarif, il convient avant tout de privilégier les autres facteurs d'appréciation que sont la difficulté de la tâche et le temps consacré à sa réalisation.

S'agissant d'une procédure qui débute, l'ampleur qu'elle pourra présenter fait nécessairement l'objet de projections.

3.8 Dans le cas présent, l'intimée a déposé une demande de 65 pages accompagnées de 4 classeurs fédéraux de pièces et a actionné la recourante en responsabilité pour des renseignements inexacts qui lui auraient occasionné un dommage substantiel.

De telles procédures peuvent connaître des développements importants, en particulier pour déterminer le dommage et sa relation de causalité adéquate avec les manquements qui seraient démontrés. Une expertise financière est fréquemment réalisée.

Dans ces circonstances, on peut évaluer le temps nécessaire à l'écriture de réponse à quelque quarante ou cinquante heures de travail, les heures d'audience à venir, dans le cadre de l'administration des preuves, à une vingtaine d'heures et la rédaction de plaidoiries écrites finales à une quarantaine d'heures encore. Ainsi, le temps approximativement nécessaire à la défense de la recourante en première instance devrait être de l'ordre d'une centaine d'heures, dont la rémunération horaire, eu égard à la valeur litigieuse et à la relative difficulté de la cause, pourrait être fixée à 600 fr.

Le défraiement du conseil de la recourante se monterait ainsi à 60'000 fr.

Le calcul du premier juge fondé sur l'application de l'art. 85 RTFMC l'a conduit à un chiffre comparable de 61'071 fr., avant prise en compte des débours et de la TVA.

On voit par là que ce résultat ne consacrait aucune disproportion manifeste avec la prise en considération des autres critères prévus par l'art. 84 RTFMC.

Dès lors, en s'abstenant de faire application de l'art. 18 al. 1 LaCC, le premier juge n'a nullement violé la loi.

4. Le grief relatif à la formulation de la garantie bancaire déposée à titre de sûreté est devenu sans objet, dès lors que la garantie a été fournie par l'intimée en espèce et d'ores et déjà versée.

Faute d'intérêt actuel de la recourante sur ce chef de conclusion, celui-ci sera déclaré irrecevable (art. 59 al. 2 let. a et art.60 CPC; TF, JT 1998 I 605).

5. Infondé, le recours est rejeté.

Conformément à l'article 106 al. 1 CPC, la recourante, qui succombe, sera condamnée aux frais. Les frais judiciaires sont arrêtés à 1'200 fr. en application des articles 21 et 41 RTFMC, montant correspondant à l'avance de frais fournis par la recourante, avance qui est acquise à l'Etat (art. 111 al. 1 CPC).

La valeur litigieuse relative à la requête de sûretés est de 110'000 fr.

Le défraiement dû au conseil de l'intimée, fondé sur l'art. 85 RTFMC, donne un montant de 11'500 fr. (9'700 fr. + 6% de 30'000 fr.).

Par application des articles 87, 88 et 90 RTFMC, ce montant sera réduit à 2'300 fr. puis majoré de 11% (débours et TVA selon les art. 20 et 21 LaCC) puis arrondi à 2'600 fr.

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
La Chambre civile :**

A la forme :

Déclare recevable le recours formé par X_____ SA à l'encontre de l'ordonnance OTPI/432/2012 rendue le 26 avril 2012 par le Tribunal de première instance dans la cause C/21281/2011-2.

Déclare irrecevables les conclusions de X_____ SA formulées sous chiffre 8 du recours.

Au fond :

Rejette le recours dans la mesure de sa recevabilité.

Condamne X_____ SA aux frais judiciaires du recours arrêtés à 1'200 fr.

Dit que l'avance de frais fournie par X_____ SA est acquise à l'Etat.

Condamne X_____ SA à verser à Y _____ la somme de 2'600 fr. à titre de dépens.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Siégeant :

Madame Marguerite JACOT-DES-COMBES, présidente; Monsieur Pierre CURTIN et Monsieur Jean-Marc STRUBIN, juges; Madame Nathalie DESCHAMPS, greffière.

La présidente :

Marguerite JACOT-DES-COMBES

La greffière :

Nathalie DESCHAMPS

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.