

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/7269/2015

ACJC/1479/2015

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU VENDREDI 4 DECEMBRE 2015

Entre

A_____, ayant son siège social _____, Genève, appelante d'une ordonnance rendue par la 4ème Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 10 août 2015, comparant par Me Dominique Christin, avocat, rue Jacques-Balmat 5, case postale 5839, 1211 Genève 11, en l'étude duquel elle fait élection de domicile,

et

B_____, ayant son siège _____, (Bahamas), intimée, comparant par Me X_____, avocat, _____, Genève, en l'étude duquel elle fait élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 07.12.2015.

EN FAIT

A. a. Le 19 septembre 2005, B_____, société enregistrée à _____, Bahamas, créée le _____ 2005, a ouvert un compte auprès de la banque A_____ (ci-après : A_____), dont le siège est à Genève.

b. Les ayant droit économiques d'B_____ sont les époux C_____ et D_____, tous deux de nationalité néerlandaise. D_____ possède en outre la nationalité turque.

Au moment de l'ouverture du compte, les époux C_____ et D_____ étaient résidents espagnols. Ils ont quitté l'Espagne pour s'installer à Istanbul, en Turquie, en février 2015.

Les époux C_____ et D_____ bénéficient tous deux d'un pouvoir d'administration sur le compte de B_____.

c. Les conditions générales en vigueur au moment de l'ouverture du compte prévoient en leur article 16, que « *la banque se réserve le droit de modifier en tout temps les présentes conditions générales. Ces modifications seront communiquées au client par voie de circulaire ou par tout autre moyen approprié, si la banque le juge nécessaire. Faute de contestation dans le délai d'un mois, elles seront considérées comme approuvées* ».

Dans leur version de 2014, les conditions générales prévoient, à l'article 2.1, que « *la banque se réserve le droit, en tout temps et sans avoir à motiver sa décision, de ne pas accepter des actifs, de refuser des opérations, de limiter certaines opérations ou d'imposer des conditions particulières à des opérations. Les éventuelles conséquences directes ou indirectes de ces refus, limitations ou conditions ne sauraient être mises à la charge de la banque* ».

Les conditions générales 2014 contiennent par ailleurs une clause d'élection de droit en faveur du droit suisse ainsi qu'une clause de prorogation de for en faveur des juridictions du siège de la banque (art. 24).

d. En date du 28 juin 2013, la banque a demandé à B_____ de lui retourner, rempli et signé, un document intitulé « *Declaracion de Conformidad Fiscal* », ce qu'elle a fait.

e. En décembre 2014, la banque a refusé d'exécuter un ordre de transfert donné par les époux C_____ et D_____ et tendant au versement de 15'000 fr. en faveur de Me X_____ au motif qu'elle exigeait préalablement la remise des "documents 720", concernant la situation fiscale des époux.

f. Par lettre du 15 janvier 2015, B_____ a mis la banque en demeure de s'exécuter au plus tard le 19 janvier 2015.

A_____ a répondu par courrier du 19 janvier 2015 qu'elle était tenue, dans ses activités transfrontières, de prendre en considération les règles de droit étranger. Lorsque qu'elle était en possession d'indices de non-conformité fiscale, comme en l'espèce, ses directives internes n'autorisaient pas, sous réserve de la remise préalable d'un justificatif de conformité fiscale, l'exécution d'instructions de transferts bancaires, "hormis dans le pays de résidence du client, respectivement son ayant droit économique, sur un compte dont le client est le titulaire et l'ayant droit économique".

Elle invitait B_____ à lui transmettre un ordre de transfert répondant à ces exigences, faute de quoi elle n'entendait pas donner suite à la requête de transfert de fonds.

g. Au 30 janvier 2015, les avoirs en compte s'élevaient à 1'142'010 USD.

h. Le 20 février 2015, les époux C_____ et D_____ ont signé une promesse de vente portant sur l'achat d'un appartement situé à Istanbul, d'une valeur de 700'000 EUR.

Ils ont versé un acompte de 50'000 EUR, lequel devait rester acquis au vendeur si les acheteurs ne s'acquittaient pas du solde du prix de vente le 1^{er} mai 2015.

i. En vue de cette acquisition, le couple a demandé à A_____, le 5 mars 2015, de clôturer le compte n° 1_____ ouvert en ses livres par B_____ et de transférer les avoirs auprès de la E_____ à Istanbul, sur un compte ouvert en leur nom, ce qu'elle a refusé de faire.

j. Cet ordre a été réitéré par B_____ le 2 avril 2015, sans plus de succès.

B. a. Par requête déposée le 13 avril 2015 au Tribunal de première instance, B_____ a conclu, sur mesures provisionnelles et superprovisionnelles, à ce que le Tribunal ordonne à A_____ d'exécuter les instructions d'D_____ et C_____ du 5 mars 2015 et les instructions d'B_____ du 2 avril 2015 en transférant l'intégralité des avoirs du compte n° 1_____ sur le compte no 2_____ ouvert au nom des époux C_____ et D_____ auprès de la E_____ à Istanbul et de clôturer le compte n° 1_____.

Ils ont notamment fait valoir que le blocage de leur compte par A_____ était infondé. Jusqu'en automne 2014, celle-ci avait respecté tous les ordres de transfert qu'ils lui avaient donnés. Concernant l'ordre litigieux, les directives internes de la banque étaient respectées puisque l'ordre portait sur un virement des fonds dans le pays de résidence du client, sur un compte dont celui-ci était le titulaire et l'ayant droit économique.

Ils risquaient de subir un préjudice difficilement réparable en cas de refus de la mesure car ils ne pourraient alors pas s'acquitter du prix d'achat de leur maison en Turquie au 1^{er} mai 2015 et perdraient définitivement l'acompte versé en 50'000 EUR. Ils étaient retraités; toutes leurs économies avaient été placées sur le compte d'B_____ auprès de A_____ et leur seul autre revenu était une rente vieillesse servie par la sécurité sociale espagnole de 794.88 EUR par mois.

b. Les mesures superprovisionnelles ont été refusées par ordonnance du 14 avril 2015, au motif que leur octroi aurait eu pour effet d'aboutir à une situation définitive et à une exécution forcée anticipée.

c. Dans ses déterminations du 4 mai 2015, A_____ a conclu au rejet de la requête, avec suite de frais et dépens.

Elle a fait valoir que la mesure provisionnelle requise constituait une mesure d'exécution anticipée, laquelle ne pouvait être admise que restrictivement car elle aboutissait à vider le procès au fond de son objet.

L'exécution de l'ordre de transfert litigieux était impossible au sens de l'art. 119 CO car il contrevenait au droit fiscal espagnol. En effet, le changement de résidence des époux C_____ et D_____ ne résolvait pas les irrégularités commises par le passé en Espagne. Or, la violation du droit public étranger contrevenait à la garantie d'une activité irréprochable au sens de la Loi sur les banques. Elle contrevenait également à l'art. 19 LDIP relatif à la prise en considération de dispositions impératives du droit étranger. En collaborant à une infraction de droit public étranger, la banque s'exposait ainsi à des sanctions pénales en Espagne et à des sanctions réglementaires en Suisse.

Au demeurant, le refus d'exécution de l'ordre était conforme aux conditions générales de la banque et aux directives de la FINMA.

Les époux C_____ et D_____ n'avaient pas rendu vraisemblable l'existence d'un préjudice irréparable; ils disposaient vraisemblablement de sources de revenus plus importantes que ce qu'ils alléguaient.

d. Lors de l'audience du 18 mai 2015 devant le Tribunal, les parties ont persisté dans leurs conclusions.

L'avocat d'B_____ a précisé que c'était sur les conseils de la banque que les époux C_____ et D_____ avaient constitué une société offshore à l'ouverture du compte.

e. Par lettre du 16 juin 2015, B_____ a indiqué au Tribunal que le délai pour la réalisation de la vente de l'appartement à Istanbul avait été prorogé au 31 juillet 2015.

-
- C. a. Par ordonnance du 10 août 2015, notifiée à A_____ le 11 août 2015, le Tribunal, statuant sur mesures provisionnelles, a ordonné à A_____ d'exécuter les instructions des époux C_____ et D_____ du 5 mars 2015 et les instructions d'B_____ du 2 avril 2015 en transférant l'intégralité des avoirs du compte no 1_____ sur le compte n° 2_____ ouvert au nom des époux C_____ et D_____ auprès de la E_____ à Istanbul (chiffre 1 du dispositif), imparti à B_____ un délai de 60 jours dès la notification de l'ordonnance pour faire valoir son droit en justice (ch. 2), condamné A_____ à payer à B_____ les frais judiciaires, arrêtés à 2'500 fr. et compensés avec l'avance fournie par cette dernière (ch. 3), condamné A_____ à verser 6'000 fr. à B_____ à titre de dépens (ch. 4) et débouté les parties de toute autre conclusion (ch. 5).

Le Tribunal a retenu qu'une mesure d'exécution anticipée pouvait se révéler indispensable lorsqu'en raison de l'inexécution prolongée d'une prestation le requérant était menacé d'un dommage. B_____ avait rendu vraisemblable son droit à la restitution des fonds au regard des dispositions relatives aux contrats de dépôt et de mandat. Compte tenu du projet immobilier des époux C_____ et D_____, ayant droit économiques d'B_____, et de leur manque de moyens financiers, la mesure requise était nécessaire pour leur éviter un dommage.

Le droit positif suisse ne permettait vraisemblablement pas aux banques de poser des restrictions à la restitution à leurs propriétaires de fonds au motif qu'il n'était pas établi que ces fonds avaient été déclarés au fisc étranger. Au demeurant, si fraude fiscale il y avait, l'infraction avait été déjà consommée par l'ouverture du compte et la détention des avoirs, de sorte que la situation illicite n'était pas subséquente, mais initiale; l'art. 119 CO n'était dès lors pas applicable. Le refus d'exécuter l'ordre de transfert n'était pas non plus justifié par les conditions générales de la banque, lesquelles ne traitaient pas de l'obligation impérative, prévue par les contrats de dépôt et de mandat, visant à la restitution des avoirs confiés.

Aucune jurisprudence n'avait consacré l'interprétation de l'art. 19 LDIP comme imposant la prise en compte des dispositions fiscales de droit étranger.

L'attitude de la banque était au demeurant contraire au principe de la bonne foi, dans la mesure où elle changeait de position, après avoir accepté cette relation bancaire en connaissance de cause et l'avoir poursuivie pendant plusieurs années.

b. Par acte déposé à la Cour de justice le 21 août 2015, A_____ a formé appel contre cette ordonnance, dont elle a sollicité l'annulation. Elle a conclu au rejet de la requête de mesures provisionnelles, avec suite de frais et dépens.

c. Par arrêt du 17 septembre 2015, la Cour a admis la requête de A_____ tendant à la suspension de l'effet exécutoire attaché à l'ordonnance querellée.

d. Par réponse du 14 septembre 2015, B_____ a conclu à la confirmation de cette ordonnance, avec suite de frais et dépens.

Elle a produit quatre pièces nouvelles (pièces 32 à 35).

e. A_____ a répliqué le 2 octobre 2015, concluant à l'irrecevabilité des pièces 32 à 34 déposées par sa partie adverse. Pour le reste, elle a persisté dans ses conclusions.

f. B_____ a déposé une duplique le 16 octobre 2015, persistant dans ses conclusions.

g. Les parties ont été informées le 19 octobre 2015 de ce que la cause était gardée à juger.

h. Les arguments des parties devant la Cour seront traités ci-après en tant que de besoin.

EN DROIT

- 1.** **1.1** L'appel est recevable contre les décisions de première instance sur mesures provisionnelles (art. 308 al. 1 let. b CPC). Dans les affaires patrimoniales, il est recevable si la valeur litigieuse au dernier état des conclusions est de 10'000 fr. au moins (art. 308 al. 2 CPC).

En l'espèce, la valeur litigieuse correspond au solde du compte bancaire de l'intimée, lequel est largement supérieur à 10'000 fr., de sorte que la voie de l'appel est ouverte.

1.2 Formé par l'une des parties à la procédure au moyen d'un acte écrit et motivé dans un délai de 10 jours à compter de la notification de l'ordonnance rendue par voie de procédure sommaire (art. 248 let. a, 311 al. 1 et 314 al. 1 CPC), l'appel est recevable.

1.3 S'agissant d'un appel, la Cour revoit la cause pour violation du droit et constatation inexacte des faits (art. 310 CPC).

- 2.** L'intimée produit en appel quatre pièces nouvelles; la recevabilité de trois d'entre elles est contestée par l'appelante.

2.1 Selon l'art. 317 al. 1 CPC, les faits et moyens de preuve nouveaux ne sont pris en compte en appel que s'ils sont invoqués ou produits sans retard (let. a) et s'ils ne pouvaient être invoqués ou produits devant la première instance bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise (let. b). Les deux conditions sont cumulatives (JEANDIN, Code de procédure civile commenté, 2011, n. 6 ad art. 317).

Il appartient au plaideur qui entend invoquer des *nova* improprement dits devant l'instance d'appel de démontrer qu'il a fait preuve de la diligence requise, ce qui implique notamment d'exposer précisément les raisons pour lesquelles le moyen de preuve n'a pas pu être produit en première instance. Dans le système du CPC, cette diligence suppose qu'au stade de la première instance déjà, chaque partie expose l'état de fait de manière soigneuse et complète et qu'elle amène tous les éléments propres à établir les faits jugés importants (arrêt du Tribunal fédéral 4A_334/2012 du 16 octobre 2012 consid. 3.1, SJ 2013 I 311, avec réf.).

2.2 En l'espèce, les pièces 32 à 34, qui datent de 2005, auraient pu être produites devant le Tribunal de sorte qu'elles sont irrecevables. La pièce 35, qui est postérieure à la date de l'ordonnance est quant à elle recevable.

- 3.** L'appelante fait valoir que la mesure ordonnée tend au versement d'une prestation en argent au sens de l'art. 262 let. e CPC. Or une telle mesure nécessite une base légale spécifique, laquelle fait défaut en l'espèce. L'intimée soutient pour sa part que la mesure ne porte pas sur le versement d'une prestation en argent, mais sur l'exécution de l'obligation de restitution découlant des contrats de dépôt et de mandat.

3.1 Aux termes de l'art. 261 al. 1 CPC, le juge ordonne les mesures provisionnelles nécessaires lorsque le requérant rend vraisemblable qu'une prétention dont il est le titulaire est l'objet d'une atteinte ou risque de l'être (let. a), respectivement que cette atteinte est susceptible de lui causer un préjudice difficilement réparable (let. b).

Selon l'art. 262 CPC, le tribunal peut ordonner toute mesure propre à prévenir ou faire cesser le préjudice, notamment la fourniture d'une prestation en nature (let. d) ou le versement d'une prestation en argent, lorsque la loi le prévoit (let. e).

La let. d de l'art. 262 CPC vise notamment l'obligation faite à une partie de remettre un bien, par exemple la chose louée, ou de le restituer, ce sur la base d'une prétention contractuelle, du pétitoire (art. 641 CC) ou du possessoire (art. 927 CC) (BOHNET, CPC commenté, 2011, n. 11, ad art. 262 CPC).

La loi exige une base légale spécifique pour l'obligation de verser une somme d'argent. Une telle base légale existe en matière de demande d'aliments liée à une demande en paternité (art. 303 al. 2 CPC), en matière de dette alimentaire (art. 329 CC), en matière d'avis au débiteurs dans le cadre du droit de la famille (art. 132 al. 1 et 291 CC) ou de responsabilité civile en matière nucléaire (art. 28 LRCN) (SPRECHER, Basler Kommentar, 2^e éd., 2013, n. 28 ad art. 262 CPC; HUBER, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 2^{ème} éd., 2013, n. 22 ad art. 262 CPC; GÜNGERICH, Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2012, n. 43 ss, ad art. 262 CPC).

Le paiement du salaire à titre provisoire n'est en revanche pas possible. La question de savoir s'il est licite de condamner à une réparation provisoire en liant cette condamnation à l'obligation d'ouvrir le procès ordinaire, qui avait été laissée indécise sous l'empire du droit cantonal (ATF 113 II 465; arrêt du Tribunal fédéral 5C.10/2003 du 18 février 2003 consid. 2.2.2) doit désormais être tranchée par la négative, l'art. 262 let. e CPC exigeant une base légale expresse (BOHNET, op. cit., n. 12, ad art. 262 CPC).

Le message relatif au CPC confirme que l'ordre d'effectuer une prestation en argent à titre provisionnel est uniquement admis dans les cas prévus par la loi et non d'une manière générale. Selon le Conseil fédéral, l'introduction d'un système généralisé de paiements anticipés s'avèrerait en effet problématique, dans la mesure où il exposerait le défendeur à un risque injustifié à l'encaissement de l'indu, dans l'hypothèse où l'existence de sa dette venait à être niée (FF 2006 p. 6962).

En dehors des cas où la loi la prévoit, l'exécution anticipée de prestations en argent est ainsi exclue et ne peut en particulier être déduite des dispositions générales sur les mesures provisionnelles, en particulier de l'art. 261 CPC (TC, VD, CACI du 8 octobre 2012/468, publié in JdT 2012 III 228, et les références citées).

3.2.1 En matière de dépôts d'argent, il y a peu de trafic d'espèces. La plupart des opérations ont lieu sous forme de monnaie scripturale. La définition du contrat de dépôt, qui consiste à recevoir une chose mobilière et à la garder en lieu sûr (art. 472 al. 1 CO) ne s'applique par conséquent pas aux dépôts d'argent. La banque n'agit donc pas comme dépositaire, mais sur la base d'un contrat innomé qui emprunte ses caractéristiques au mandat et au dépôt (GUGGENHEIM, Les contrats de la pratique bancaire suisse, 2014, p. 200 et 201; ATF 101 II 117 consid. 5).

Les rapports entre une banque et son client s'articulent autour du contrat de compte courant, soit un contrat innomé en vertu duquel les prétentions et contre-prétentions portées en compte s'éteignent par compensation, une nouvelle créance prenant naissance à concurrence du solde (ATF 130 III 694 consid. 2.2.2; 127 III 147 consid. 2b). Lorsque le client donne en outre à la banque le mandat d'assumer son trafic de paiement, en effectuant des versements à sa place, en recevant des virements pour lui et en compensant les créances réciproques, il conclut tacitement avec elle un contrat distinct, appelé giro bancaire, qui est soumis aux règles du mandat (ATF 124 III 253 consid. 3b p. 256 111 II 447 consid. 1; 110 II 283 consid. 1; 100 II 368 consid. 3b et les références citées; arrêt du Tribunal fédéral 4A_301/2007 du 31 octobre 2007, consid. 2.1).

3.2.2 Selon la jurisprudence, l'argent déposé sur un compte bancaire ouvert au nom du 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, 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) (arrêt du Tribunal fédéral 4A_438/2007 du 29 janvier 2008 consid. 5.1; 4A_54/2009 du 20 avril 2009 consid. 1).

3.3 En l'espèce, la mesure requise par l'intimée vise à ce qu'il soit fait ordre à la banque de transférer l'intégralité des avoirs figurant sur son compte bancaire sur un compte au nom des époux C_____ et D_____.

Cette mesure tend ainsi à obtenir, de manière provisionnelle, le versement d'une somme d'argent.

L'on ne saurait considérer, comme le soutient l'intimée, que la mesure porte sur une prestation en nature au sens de l'art. 262 let. d. CPC, comparable à la restitution d'une chose mobilière en application des règles sur la propriété ou sur la possession. En effet, l'exécution d'un ordre de paiement ne peut être qualifiée autrement que comme une prestation portant sur le versement d'une somme d'argent. Qu'il s'agisse de monnaie scripturale au lieu d'espèces n'y change rien.

Or, comme cela ressort des principes juridiques précités, le versement provisionnel d'une prestation en argent nécessite une base légale spécifique, afin d'éviter d'exposer le défendeur à un risque injustifié à l'encaissement de l'indu, dans l'hypothèse où l'existence de sa dette venait à être niée dans le cadre de l'action au fond.

Il n'existe cependant aucune base légale expresse au sens de l'art. 262 let. e CPC permettant à l'intimée d'obtenir à titre provisionnel le prononcé d'une mesure l'autorisant à se faire remettre une somme d'argent par la banque dont elle est cliente.

La condition posée par cette disposition à l'octroi de la mesure provisionnelle n'est par conséquent pas réalisée.

L'ordonnance du 10 août 2015 doit dès lors être annulée pour ce motif et l'intimée déboutée de toutes ses conclusions, sans qu'il soit nécessaire d'examiner en l'état la question de savoir si l'appelante a ou non rendu vraisemblable son droit de refuser d'exécuter l'ordre de virement litigieux.

- 4.** Lorsque l'autorité d'appel statue à nouveau, elle se prononce sur les frais de première instance (art. 318 al. 3 CPC).

Les frais seront en l'espèce arrêtés à 4'000 fr., soit 2'500 fr. en première instance et 1'500 fr. en deuxième instance, ce dernier montant comprenant les frais relatif à la

décision sur suspension de l'effet exécutoire attaché à l'ordonnance querellée (art. 26 et 37 RTFMC).

Ces frais seront compensés avec les avances fournies par les parties, qui sont dès lors acquises à l'Etat de Genève à hauteur du montant précité. Le solde en 1'000 fr. de l'avance de frais payée par l'appelante lui sera restitué.

L'intimée, qui succombe, sera condamnée aux frais des deux instances, conformément à l'art. 106 al. 1 CPC. Elle devra dès lors payer à l'appelante 1'500 fr. à ce titre.

Les dépens alloués à cette dernière, débours et TVA compris, seront arrêtés à 5'000 fr. pour la première instance et à 3'000 fr. pour la seconde instance, soit 8'000 fr. au total, étant précisé que le montant ressortant du tarif doit être réduit en application de l'art. 23 al. 1 LaCC pour tenir compte du travail effectif nécessité in casu au regard de l'ampleur et de la complexité de la cause (art. 96 CPC, art. 84, 85, 88, 90 RTFMC).

* * * * *

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

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté par A_____ contre l'ordonnance OTPI/474/2015 rendue le 10 août 2015 par le Tribunal de première instance dans la cause C/7269/2015-4 SP.

Au fond :

Annule cette ordonnance et statuant à nouveau :

Déboute B_____ de toutes ses conclusions.

Sur les frais :

Arrête à 4'000 fr. les frais judiciaires de première et seconde instance.

Dit que ces frais sont compensés à hauteur de ce montant avec les avances effectuées par les parties, lesquelles restent acquises à l'Etat de Genève.

Met les frais à la charge d'B_____ et la condamne à verser à A_____ 1'500 fr. à ce titre.

Invite les Services financiers du Pouvoir judiciaire à restituer à A_____ le solde en 1'000 fr. de l'avance versée.

Condamne B_____ à verser à A_____ 8'000 fr. à titre de dépens pour les deux instances.

Siégeant :

Monsieur Laurent RIEBEN, président; Madame Pauline ERARD et Madame Fabienne GEISINGER-MARIÉTHOZ, juges; Madame Céline FERREIRA, greffière.

Le président :

Laurent RIEBEN

La greffière :

Céline FERREIRA

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.
