

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/17327/2016

ACJC/268/2017

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU VENDREDI 10 MARS 2017

Entre

A _____ **LIMITED**, sise _____ (Chine), appelante d'une ordonnance rendue par la 4^{ème} Tribunal de première instance de ce canton le 25 novembre 2016, comparant par Me Jean-Cédric Michel, avocat, rue Bellot 6, 1206 Genève, en l'étude duquel elle fait élection de domicile,

et

B _____ **SA**, sise _____ (GE), intimée, comparant par Me Alexandre de Weck, avocat, rue Jargonant 2, case postale 6045, 1211 Genève 6, en l'étude duquel elle fait élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés, ainsi qu'au Tribunal de première instance le 13.03.2017.

EN FAIT

- A.** Par ordonnance OTPI/616/2016 du 25 novembre 2016, reçue par A_____ LIMITED le 29 novembre 2016, le Tribunal de première instance a rejeté la requête de preuve à futur déposée par A_____ LIMITED (ch. 1 du dispositif), mis à charge de cette dernière les frais judiciaires, arrêtés à 800 fr. et compensés avec l'avance fournie (ch. 2), condamné A_____ LIMITED à verser 1'000 fr. de dépens à la B_____ SA (ch. 3) et débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 4).
- B.**
- a.** Par acte expédié à la Cour de justice le 9 décembre 2016, A_____ LIMITED a formé appel contre cette décision dont elle a requis l'annulation. Elle a conclu à ce que la Cour ordonne une expertise graphologique et dise que l'expert devra examiner toutes les inscriptions manuscrites faites sur la formule signées le 8 février 2013 et répondre aux questions suivantes : les inscriptions manuscrites ont-elles été apposées avec le même instrument d'écriture, par la même personne et à la même date, et y-a-t-il eu altération ou modification de ces inscriptions ?, le tout avec suite de frais et dépens.
- b.** Le 30 décembre 2016, la B_____ SA a conclu à la confirmation de l'ordonnance querellée, avec suite de frais et dépens.
- c.** Les parties ont répliqué et dupliqué les 12 et 26 janvier 2017, persistant dans leurs conclusions.
- d.** Elles ont été informées les 27 janvier 2017 de ce que la cause était gardée à juger.
- C.** Les faits pertinents suivants résultent du dossier :
- a.** A_____ LIMITED est une société ayant son siège à Hong-Kong dont les actions sont détenues à raison de 50'000 par C_____, de 49'000 par D_____ et d'une action par E_____, lequel est également administrateur de la société.
- b.** Le 16 novembre 2012, A_____ LIMITED a ouvert un compte bancaire n° _____ auprès de la B_____ SA.
- Elle allègue avoir informé la banque, lors de l'ouverture du compte, de ce que D_____ et C_____ étaient résidents au Royaume-Uni, mais qu'ils n'y étaient pas domiciliés (statut de "UK non domiciled resident" en droit fiscal britannique), ce qui est contesté par la B_____ SA.
- c.** Au mois de février 2013, la banque a soumis à A_____ LIMITED un formulaire intitulé "method for future taxation of capital income", lequel a été daté et signé par E_____.

La B_____ SA reconnaît que les rubriques relatives au nom de la société et au numéro de compte bancaire figurant sur ce formulaire ont été remplies par un employé de la banque.

Les parties sont en revanche en désaccord sur la question de savoir qui a coché la case relative à la méthode choisie pour la mise en œuvre des accords fiscaux passés entre la Suisse et le Royaume-Uni, soit in casu l'option "withholding tax on capital income on an anonymous basis" et non celle prévue pour les "UK resident but non domiciled".

A_____ LIMITED allègue à cet égard que son administrateur s'est contenté de signer le formulaire en blanc, celui-ci ayant été complété de manière incorrecte par la banque par la suite.

La B_____ SA soutient pour sa part que c'est bien l'administrateur de A_____ LIMITED qui a coché la case du formulaire avant de le signer lors d'un rendez-vous en ses locaux à cet effet.

d. En se fondant sur ce formulaire, la banque a ensuite procédé au prélèvement d'un impôt à la source d'un montant de 441'738 GBP sur le compte de A_____ LIMITED, qu'elle a versé aux autorités fiscales britanniques.

La banque précise que ce n'est que le 15 janvier 2014 que E_____ l'a informée, par une "declaration of intent", du statut de "UK non domiciled resident" des ayants-droit économiques de la société pour les années fiscales subséquentes.

e. Par acte déposé au greffe du Tribunal de première instance le 7 septembre 2016, A_____ LIMITED a formé une requête de preuve à futur à l'encontre de la B_____ SA, concluant à ce que le Tribunal ordonne la production en ses mains de l'original du formulaire signé le 8 février 2013 et prenant pour le surplus les mêmes conclusions que celles qu'elle a prises en appel.

A_____ LIMITED a notamment fait valoir qu'il n'était pas possible de récupérer le montant versé à tort aux autorités britanniques; elle estimait que la banque avait commis une erreur en remplissant le formulaire litigieux et entendait l'assigner en réparation du dommage subi. Une expertise était nécessaire pour lui permettre d'évaluer les chances de succès de cette action car elle "doit savoir si la formule a été intégralement remplie par son administrateur, ce qu'elle conteste, ou si le choix de la méthode de taxation a été effectué par la banque".

La B_____ SA a conclu au rejet de la requête, avec suite de frais et dépens.

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

EN DROIT

1. **1.1** Dans une affaire de nature pécuniaire, les décisions sur mesures provisionnelles sont susceptibles d'appel si la valeur litigieuse au dernier état des conclusions devant le Tribunal de première instance atteint 10'000 fr. au moins (art. 308 al. 2 CPC).

Quand bien même la requête de preuve à futur constitue une procédure indépendante, elle s'inscrit néanmoins dans la perspective d'un procès ultérieur, voire est intentée parallèlement à l'existence d'un procès au fond déjà pendant. Pour déterminer la valeur litigieuse de la procédure de preuve à futur, il convient donc de se référer à l'enjeu que doit revêtir ou que revêt le procès au fond (arrêt du Tribunal fédéral 5A_832/2012 consid. 1.1; ACJC/242/2013 du 22 février 2013 consid. 1.1 et ACJC/1110/2012 du 8 août 2012 consid.1).

En l'occurrence, le litige porte sur l'administration d'une preuve à futur et l'appelante indique disposer de prétentions au fond s'élevant à 565'425 fr.

Il s'ensuit que la voie de l'appel est ouverte contre l'ordonnance entreprise.

1.2 Interjeté dans les formes et dans le délai prévus par la loi (art. 130, 131, 248 let. d, et 314 al. 1 CPC), par une partie qui y a intérêt (art. 59 al. 2 let. a CPC), l'appel est recevable.

1.3 La Cour revoit le fond du litige avec un plein pouvoir d'examen (art. 310 CPC).

Dans le cadre de mesures provisionnelles, instruites selon la procédure sommaire (art. 248 let. d CPC), sa cognition est toutefois circonscrite à la vraisemblance des faits allégués ainsi qu'à un examen sommaire du droit (ATF 131 III 473 consid. 2.3; 127 III 474 consid. 2b/bb; arrêt du Tribunal fédéral 5A_442/2013 du 24 juillet 2013 consid. 2.1 et 5). Les moyens de preuve sont, en principe, limités à ceux qui sont immédiatement disponibles (art. 254 CPC; HOHL, Procédure civile, Tome II, 2ème éd., 2010, p. 283 n° 1556).

2. Le Tribunal a rejeté la requête de preuve à futur au motif que l'appelante disposait déjà de témoignages sur la manière dont le formulaire litigieux avait été complétée, ainsi qu'au sujet des informations transmises à la banque avant la signature dudit formulaire. Il semblait en outre douteux qu'une expertise graphologique puisse permettre de déterminer avec certitude quelle personne avait apposé une croix dans une case du formulaire. Il n'était au demeurant pas contesté que certaines rubriques avaient été remplies par la banque, de sorte que la deuxième question à l'attention de l'expert était inutile. Enfin l'appelante n'avait pas rendu vraisemblable qu'une confirmation ou infirmation du fait que la croix

avait été apposée par un employé de la banque pourrait lui permettre d'évaluer les chances de succès d'une action en responsabilité contre la banque.

L'appelante fait valoir que ni la loi ni la jurisprudence ne posent comme condition à l'administration d'une preuve à futur le fait que la preuve requise soit la seule à disposition. S'il était établi que la banque avait elle-même apposé la croix sur le formulaire, cela impliquerait qu'elle avait prélevé 441'738 GBP du compte de l'appelante sans instructions, ce qui engagerait sa responsabilité. Il était prématuré de retenir que l'expert ne pourrait pas déterminer l'auteur de la croix litigieuse. L'administration de la preuve à futur répondait in casu au but d'économie de procédure et pourrait permettre de favoriser une résolution amiable du litige.

2.1 Sous la note marginale "preuve à futur", l'art. 158 al. 1 let. b CPC prévoit que le tribunal administre les preuves en tout temps lorsqu'un intérêt digne de protection est rendu vraisemblable par le requérant.

Selon le message du Conseil fédéral, la mention d'un "intérêt digne de protection" parmi les motifs justifiant l'administration d'une preuve à futur vise la possibilité pour le requérant d'évaluer les chances d'obtenir gain de cause ou d'apporter une preuve, comme le prévoyaient certains codes cantonaux. Cette possibilité doit permettre d'éviter des procès dénués de chances de succès (Message du 28 juin 2006, FF 2006 p. 6925).

Le degré de vraisemblance exigé ne doit pas être trop élevé, s'agissant d'une requête hors procès et non de l'examen au fond du bien-fondé de la prétention. Hormis à l'égard de la vraisemblance de la prétention principale ou de l'allégation circonstanciée des faits fondant ladite prétention, la démonstration de l'existence d'un intérêt digne de protection n'est pas soumise à des exigences trop sévères. Cet intérêt doit en principe uniquement être nié lorsqu'il fait manifestement défaut, ce qui peut notamment être le cas lorsque le moyen de preuve n'est clairement pas approprié (arrêt du Tribunal fédéral 5A_832/2012 du 25 janvier 2013 consid. 7.1).

De façon générale, c'est par rapport aux conclusions envisagées dans le procès principal que l'on détermine si le moyen de preuve requis à futur concerne un fait pertinent et s'il est propre à prouver ce fait. La preuve à futur selon l'art. 158 al. 1 lit. b CPC n'est admissible qu'en tant que procédure auxiliaire d'une procédure principale envisagée; pour cette raison, le requérant doit mentionner les conclusions qu'il a l'intention de présenter dans le procès principal en raison d'un ensemble de faits allégué de façon concluante et motivée. Dans la procédure de preuve à futur aux fins de déterminer les chances du procès, le requérant ne risque pas de perdre ses droits, au cas où la preuve à futur lui serait refusée. Si la preuve à futur est mise en oeuvre, le requérant disposera d'un moyen de preuve administré judiciairement, qui doit lui permettre de reconnaître l'inutilité d'une action, respectivement faciliter aux deux parties un règlement transactionnel du

litige. Dès lors que dans la procédure de preuve à futur selon l'art. 158 al. 1 lit. b CPC, il n'y a pas lieu de statuer sur les droits et obligations des parties résultant du droit matériel, le tribunal n'a pas non plus à déterminer, dans cette procédure, dans quelle mesure l'action envisagée par le requérant apparaît dotée de chances de succès. Seul est nécessaire, mais aussi suffisant, que le requérant rende vraisemblable un état de fait dont il peut déduire les prétentions qu'il allèguera dans sa demande. Si le requérant établit un intérêt digne de protection, le tribunal doit se limiter, dans cette procédure, à administrer *lege artis* la preuve requise. La procédure doit exclusivement permettre à la partie intéressée de se décider sur l'introduction d'une action. Dans cette procédure, le tribunal n'a pas à se prononcer sur les chances de succès de l'action envisagée (ATF 140 III 12 consid. 3.3, 3.3.3 et 3.3.4 = JdT 2016 II 293).

2.2 En l'espèce, c'est à juste titre que l'appelante relève que ni la loi ni la jurisprudence ne posent comme condition à l'administration d'une preuve à futur au sens de l'art. 158 al. 1 lit. b CPC l'inexistence d'autres moyens aptes à prouver le fait concerné. L'existence d'éventuels témoins pouvant se prononcer sur les circonstances de la signature du formulaire litigieux n'est par conséquent pas déterminante.

L'on ne saurait non plus considérer, à ce stade de la procédure, qu'une expertise graphologique est clairement inappropriée pour déterminer qui a apposé la croix litigieuse sur le formulaire. En effet, l'examen de l'exemplaire du formulaire produit par la banque laisse penser que les mentions apposées par l'employé de la banque et par l'administrateur de l'appelante l'ont vraisemblablement été au moyen de deux stylos différents; il est ainsi possible qu'un expert puisse, sur le vu de l'original du formulaire, déterminer avec lequel de ces stylos la croix a été apposée.

La question de savoir qui a rempli la rubrique du formulaire indiquant que l'impôt devait être prélevé automatiquement sur les revenus du capital n'est par ailleurs pas à l'évidence dépourvue de pertinence dans le cadre de l'action en responsabilité que l'appelante envisage d'intenter à l'encontre de l'intimée. En effet, même si cet élément ne semble pas à lui seul décisif, la position de l'appelante serait renforcée dans le cadre d'une telle action s'il s'avérait que l'impôt n'avait pas été prélevé sur la base d'une autorisation écrite expresse de l'appelante.

Contrairement à ce que soutient l'intimée, la possibilité prévue par l'art. 158 al. 1 lit. b CPC n'est pas réservée aux cas où l'issue de la procédure à intenter est si incertaine qu'elle ne peut être clarifiée que grâce à une administration préventive provisionnelle des moyens de preuve. Une telle restriction ne découle ni de la loi, ni du message du Conseil fédéral. La jurisprudence du Tribunal fédéral précise quant à elle expressément que la démonstration de l'existence d'un intérêt digne de protection n'est pas soumise à des exigences trop sévères, un tel intérêt ne devant

en principe être nié que lorsqu'il fait manifestement défaut, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

L'intimée fait valoir que l'appelante ne dispose d'aucune prétention vraisemblable à son égard car l'impôt a été prélevé conformément à la loi, dans la mesure où l'appelante ne lui a pas fait parvenir en temps utile les attestations nécessaires pour prétendre au statut de "UK non domiciled resident". Ces considérations, qui concernent le fond du futur litige, ne sont cependant pas pertinentes puisque, selon la jurisprudence, il n'incombe pas au juge saisi d'une requête de preuve à futur de se prononcer sur les chances de succès de l'action envisagée. En effet, la preuve à futur doit exclusivement permettre à la partie intéressée de se décider sur l'introduction de cette action, ce qui est le cas de l'expertise graphologique requise par l'appelante.

Les conditions d'application de l'art. 158 al. 1 let. b CPC sont dès lors réalisées, de sorte que c'est à tort que le Tribunal a rejeté la requête de l'appelante.

L'ordonnance querellée sera par conséquent annulée et la cause renvoyée au Tribunal pour nouvelle décision au sens des considérants.

3. Les frais d'appel seront mis à charge de l'intimée qui succombe (art. 106 al. 1 CPC).

Les frais judiciaires seront arrêtés à 800 fr. et compensés avec l'avance versée par l'appelante (art. 26 et 37 RTFMC; 111 CPC).

Un montant de 3'000 fr., TVA et débours compris, sera alloué à l'appelante à titre de dépens (art. 85, 88 et 90 RTFMC).

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

La Chambre civile :

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté par A_____ LIMITED contre l'ordonnance OTPI/616/2016 rendue le 25 novembre 2016 par le Tribunal de première instance dans la cause C/17327/2016-4 SP.

Au fond :

Annule l'ordonnance querellée.

Renvoie la cause au Tribunal pour nouvelle décision au sens des considérants.

Sur les frais d'appel :

Arrête à 800 fr. les frais judiciaires et les compense avec l'avance versée par A_____ LIMITED, qui reste acquise à l'Etat de Genève.

Condamne B_____ SA à verser 800 fr. à A_____ LIMITED au titre des frais judiciaires.

Condamne B_____ SA à verser à A_____ LIMITED 3'000 fr. au titre de dépens d'appel.

Siégeant :

Madame Fabienne GEISINGER-MARIETHOZ, présidente; Monsieur Laurent RIEBEN et Monsieur Ivo BUETTI, juges; Monsieur David VAZQUEZ, commis-greffier.

La présidente :

Fabienne GEISINGER-MARIETHOZ

Le greffier :

David VAZQUEZ

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.