

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/11527/2007

ACJC/1462/2015

**ARRÊT**

**DE LA COUR DE JUSTICE**

**Chambre civile**

**DU LUNDI 30 NOVEMBRE 2015**

Entre

**A** \_\_\_\_\_ **AG**, sise \_\_\_\_\_, Zurich, appelante d'un jugement rendu par la 3ème Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 2 décembre 2014, comparant par Me Christian Girod, avocat, rue des Alpes 15 bis, case postale 2088, 1211 Genève 1, en l'étude duquel elle fait élection de domicile aux fins des présentes,

et

**B** \_\_\_\_\_, sise \_\_\_\_\_, Genève, intimée, comparant par Me Olivier Carrard et Me Jean-Pierre Augier, avocats, rue Bovy-Lysberg 2, case postale 5824, 1211 Genève 11, en l'étude desquels elle fait élection de domicile aux fins des présentes.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 3.12.2015.

---

## **EN FAIT**

- A. a.** B\_\_\_\_\_ (ci-après : B\_\_\_\_\_ ) est une association de droit suisse, sans but lucratif, fondée à Genève en \_\_\_\_\_, statutairement vouée à \_\_\_\_\_.
- b.** Au début de l'année 1994, B\_\_\_\_\_ s'est adressée à C\_\_\_\_\_ AG (ci-après : C\_\_\_\_\_ ), société de courtage et de conseil en assurance dont le siège est à Zurich, soit pour elle à sa succursale à Genève, en vue d'améliorer, voire de remplacer, la couverture d'assurance du système de garantie \_\_\_\_\_ dont elle disposait jusque-là.
- c.** Au mois de décembre 1994, B\_\_\_\_\_ a chargé C\_\_\_\_\_ de mettre en place une nouvelle couverture d'assurance à négocier et obtenir auprès de D\_\_\_\_\_ SA (ci-après : D\_\_\_\_\_ ), ainsi que de créer, pour le compte de B\_\_\_\_\_ , une captive de réassurance au Luxembourg aux fins de réassurer D\_\_\_\_\_. La mission ainsi confiée par B\_\_\_\_\_ à C\_\_\_\_\_ a été formalisée par une convention intitulée "*contrat concernant la couverture d'assurance des \_\_\_\_\_*", conclue entre les parties le 15 décembre 1994.
- d.** Le 1<sup>er</sup> janvier 1999, E\_\_\_\_\_ a succédé à C\_\_\_\_\_ dans ses relations contractuelles avec B\_\_\_\_\_.
- e.** Par assignation du 1<sup>er</sup> juin 2007, B\_\_\_\_\_, agissant en restitution de commissions, en dommages-intérêts et en réduction d'honoraires, a principalement demandé la condamnation de E\_\_\_\_\_ à lui payer, en dix postes distincts de conclusions chiffrées, avec suites différenciées d'intérêts à 5%, des montants totalisant 46'050'624 fr. 65 et USD 3'095'264.15 en capital, et a sollicité la levée de l'opposition formée par E\_\_\_\_\_ à l'une des poursuites qu'elle avait diligentées contre elle, ainsi que sa condamnation à lui remettre des "*dossiers techniques d'assurance*".
- f.** Par réponse du 23 novembre 2007, E\_\_\_\_\_, contestant avoir engagé sa responsabilité contractuelle ou délictuelle à l'égard de B\_\_\_\_\_ et devoir répondre de celle, pareillement contestée, de C\_\_\_\_\_, estimant n'être tenue ni au versement de dommages-intérêts, ni à la restitution de commissions, ni à la réduction d'honoraires, a principalement conclu à ce qu'il lui soit donné acte de son engagement à remettre les "*dossiers techniques d'assurance*" sollicités par B\_\_\_\_\_ et, pour le surplus, au déboutement de sa partie adverse de toutes ses conclusions en paiement, invoquant la prescription pour certaines d'entre elles et, en tout état, excipant de compensation.
- g.** Au cours de la procédure de première instance, soit le 6 septembre 2011, E\_\_\_\_\_ a changé sa raison sociale en F\_\_\_\_\_ SA (ci-après : F\_\_\_\_\_).

---

**h.** Par jugement JTPI/15099/2014 du 2 décembre 2014, le Tribunal de première instance a condamné F\_\_\_\_\_ à payer à B\_\_\_\_\_ les sommes suivantes : 14'676'261 fr. 60 avec intérêts à 5% dès le 1<sup>er</sup> janvier 2002, USD 1'981'924.20 avec intérêts à 5% dès le 1<sup>er</sup> janvier 2002, 1'500'234 fr. avec intérêts à 5% dès le 1<sup>er</sup> janvier 2002, 23'250 fr. avec intérêts à 5% dès le 1<sup>er</sup> janvier 2004, USD 1'153'650 avec intérêts à 5% dès le 1<sup>er</sup> janvier 2004, 488'204 fr. avec intérêts à 5% dès le 1<sup>er</sup> juin 2004, 225'000 fr. avec intérêts à 5% dès le 19 août 2005, sous déduction de 138'555 fr. avec intérêts à 5% dès le 25 juillet 2005 (ch. 1 du dispositif).

Il a en outre levé, à concurrence des montants fixés au chiffre 1 du dispositif, l'opposition formée par F\_\_\_\_\_ au commandement de payer notifié par l'Office des poursuites de Zurich le \_\_\_\_\_ 2012 dans la poursuite n° 1\_\_\_\_\_ diligentée par B\_\_\_\_\_ (ch. 2), donné acte à F\_\_\_\_\_ de son engagement à remettre à B\_\_\_\_\_ ses "*dossiers techniques d'assurance*" en l'y condamnant en tant que de besoin (ch. 3), mis à la charge des parties le paiement d'un émolument complémentaire de 25'000 fr. chacune en faveur de l'Etat de Genève (ch. 4 et 5) et condamné F\_\_\_\_\_ au paiement du solde des dépens, y compris une indemnité de 200'000 fr. valant participation aux honoraires d'avocat de B\_\_\_\_\_ (ch. 6), les parties étant déboutées de toutes autres conclusions (ch. 7).

**B. a.** Par acte déposé le 2 février 2015 au greffe de la Cour de justice, F\_\_\_\_\_ a fait appel de ce jugement, concluant à l'annulation du chiffre 1 du dispositif en tant qu'il la condamne à payer à B\_\_\_\_\_ 14'676'261 fr. 60 avec intérêts à 5% dès le 1<sup>er</sup> janvier 2002, USD 1'981'924.20 avec intérêts à 5% dès le 1<sup>er</sup> janvier 2002 et 1'500'234 fr. avec intérêts à 5% dès le 1<sup>er</sup> janvier 2002, ainsi qu'à l'annulation du chiffre 2 du dispositif.

Cela fait, elle a conclu à ce qu'il lui soit donné acte de ce qu'elle a payé les sommes suivantes à B\_\_\_\_\_ :

- 6'899'965 fr. 92, plus 3'996'309 fr. 10 (à titre d'intérêts à 5% l'an du 1<sup>er</sup> juillet 2003 [date moyenne] au 30 janvier 2015), soit au total 10'896'275 fr. 02;
- USD 1'866'754.33, plus USD 1'081'183.11 (à titre d'intérêts à 5% l'an du 1<sup>er</sup> juillet 2013 [date moyenne] au 30 janvier 2015), soit au total USD 2'947'937.44;
- 603'657 fr., plus 349'618 fr. (à titre d'intérêts à 5% l'an du 1<sup>er</sup> juillet 2013 [date moyenne] au 30 janvier 2015), soit au total 953'275 fr.

F\_\_\_\_\_ a encore conclu au déboutement de B\_\_\_\_\_ de ses conclusions de première instance tendant à ce qu'elle soit condamnée à lui payer les sommes de 15'492'188 fr. 55 avec intérêts à 5% dès le 1<sup>er</sup> janvier 2002, USD 1'941'614.16 avec intérêts à 5% dès le 1<sup>er</sup> janvier 2002 et 1'500'234 fr. avec intérêts à 5% dès le 1<sup>er</sup> janvier 2002, ainsi que de celles tendant à l'annulation de l'opposition formée

---

par F\_\_\_\_\_ au commandement de payer notifié par l'Office des poursuites de Zurich le \_\_\_\_\_ 2002 dans la poursuite n° 1\_\_\_\_\_ diligentée par B\_\_\_\_\_.

Enfin, F\_\_\_\_\_ a conclu à la condamnation de B\_\_\_\_\_ en tous les frais et dépens de deuxième instance, y compris le défraiement de son conseil, B\_\_\_\_\_ devant être déboutée de toutes autres ou contraires conclusions.

Elle a produit des pièces nouvelles à l'appui de son appel (cf. pièces n° 143 à 149).

**b.** Par mémoire de réponse déposé le 27 mars 2015 au greffe de la Cour de justice, B\_\_\_\_\_ a conclu, sous suite de frais et dépens, au rejet de l'appel et à la confirmation du jugement entrepris.

**c.** Par réplique du 4 mai 2015, F\_\_\_\_\_ a persisté dans les termes de son appel.

**d.** Par duplique du 9 juin 2015, B\_\_\_\_\_ a réitéré les conclusions formulées dans sa réponse à l'appel.

**e.** Les parties ont été avisées de ce que la cause était gardée à juger par courrier du 9 juin 2015.

**C. a.** Par courrier du 10 juillet 2015, dont copie a été adressée aux conseils de B\_\_\_\_\_, le conseil de F\_\_\_\_\_ a informé la Cour de céans que, à la suite d'une fusion, F\_\_\_\_\_ avait transféré l'ensemble de ses actifs et passifs à la société G\_\_\_\_\_ AG, renommée A\_\_\_\_\_ AG, sise \_\_\_\_\_ à Zurich, et que F\_\_\_\_\_ avait été radiée du Registre du commerce. Dès lors, la partie appelante était désormais A\_\_\_\_\_ AG.

Le conseil de F\_\_\_\_\_, devenue A\_\_\_\_\_ AG, a prié la Cour de bien vouloir procéder à une substitution de partie conformément à l'art. 83 al. 4 CPC et a joint à sa requête une copie d'un extrait non certifié conforme du Registre du commerce concernant la radiation de F\_\_\_\_\_, ainsi qu'une copie d'un extrait certifié conforme dudit registre concernant A\_\_\_\_\_ AG.

**b.** Par courrier du 20 juillet 2015, B\_\_\_\_\_ a saisi la Cour de céans d'une requête en sûretés, concluant à ce qu'il soit ordonné à F\_\_\_\_\_, devenue A\_\_\_\_\_ AG, de verser des sûretés en garantie de ses dépens à hauteur de 145'282 fr. 63, à ce qu'il soit dit qu'à défaut du versement des sûretés dans un délai de 30 jours après l'arrêt de la Cour, l'appel serait déclaré irrecevable et à la condamnation de F\_\_\_\_\_, devenue A\_\_\_\_\_ AG, en tous les frais de l'incident, cette dernière ainsi que tout tiers devant être déboutés de toutes autres ou contraires conclusions.

B\_\_\_\_\_ a motivé sa requête de sûretés par le fait que le contrat de fusion prévoyait un bilan avec des actifs de 88'890'978 fr. et des passifs de 108'191'417 fr., ce qui correspondait à un excédent de charges de l'ordre de 20'000'000 fr.; A\_\_\_\_\_ AG était par conséquent surendettée.

---

c. Par courrier du 27 juillet 2015, la Cour a requis A\_\_\_\_\_ AG de procéder au versement d'une avance de frais complémentaire d'un montant de 64'000 fr. d'ici au 28 septembre 2015.

d. Par courrier du 30 juillet 2015, B\_\_\_\_\_ a prié la Cour de céans d'appliquer, le cas échéant, les sanctions procédurales adéquates en cas de non-paiement de l'avance de frais complémentaire par la partie adverse, ainsi que de tenir compte du double échange d'écritures qui avait déjà eu lieu pour lui accorder de très larges dépens.

e. Le 10 septembre 2015, A\_\_\_\_\_ AG a versé l'avance de frais complémentaire requise de 64'000 fr.

f. Par courrier du 26 octobre 2015, A\_\_\_\_\_ AG s'est opposée à la requête en sûretés de B\_\_\_\_\_, arguant qu'elle était non seulement infondée, mais également tardive. Elle a produit un bilan consolidé non révisé la concernant, au 1<sup>er</sup> janvier 2015.

g. Il résulte de l'inscription figurant au Registre du commerce du canton de Zurich concernant A\_\_\_\_\_ AG (CHE-2\_\_\_\_\_) que F\_\_\_\_\_ (CHE-3\_\_\_\_\_) a fait l'objet d'une fusion par absorption par la société G\_\_\_\_\_ AG, renommée A\_\_\_\_\_ AG le \_\_\_\_\_ 2015, selon contrat de fusion du \_\_\_\_\_ 2015 et bilan au \_\_\_\_\_ 2015.

A\_\_\_\_\_ AG a repris les actifs et passifs de F\_\_\_\_\_, respectivement à hauteur de 88'890'978 fr. et de 108'191'417 fr. Selon l'attestation de l'expert-réviseur agréé, des déclarations de postposition ont été faites dans la mesure du découvert et du surendettement de F\_\_\_\_\_. Comme la société reprenante détenait toutes les actions de la société reprise, aucune augmentation de capital ni attribution d'actions n'a eu lieu.

F\_\_\_\_\_ a été radiée du Registre du commerce du canton de Zurich le \_\_\_\_\_ 2015.

### **EN DROIT**

1. L'intimée a conclu à ce qu'il soit ordonné à l'appelante de verser des sûretés en garantie de ses dépens, à hauteur de 145'282 fr. 63.

**1.1** Aux termes de l'art. 99 al. 1 CPC, le demandeur doit, sur requête du défendeur, fournir des sûretés en garantie du paiement des dépens dans les cas suivants : il n'a pas de domicile ou de siège en Suisse (let. a); il paraît insolvable, notamment en raison d'une mise en faillite, d'une procédure concordataire en cours ou de la délivrance d'actes de défaut de biens (let. b); il est débiteur de frais

---

d'une procédure antérieure (let. c); d'autres raisons font apparaître un risque considérable que les dépens ne soient pas versés (let. d).

Même si l'art. 99 CPC se réfère au "demandeur", l'obligation de fournir des sûretés vaut aussi en deuxième instance, notamment à l'égard de l'appelant (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_26/2013 du 5 septembre 2013 consid. 2.2).

La nature de la cause, qui exige une décision rapide, commande de lui appliquer la procédure sommaire, même si elle ne figure pas parmi les cas d'application de la procédure sommaire désignés par la loi (ACJC/1280/2015 du 21 octobre 2015 consid. 1; ACJC/1405/2012 du 28 septembre 2012 consid. 1; TC/FR Cour d'appel civil du 9 octobre 2015 consid. 2; OGer/BE ZK 14 262 du 25 août 2014 consid. 1.1; URWYLER, in DIKE Kommentar ZPO, 2011, n° 6 ad art. 99; SUTER/VON HOLZEN, in SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, Kommentar zur ZPO, 2ème éd., 2013, n° 14 ad art. 99). La décision est rendue sur la base d'un examen sommaire des faits et le juge statue après avoir entendu la partie adverse (URWYLER, op. cit., n° 6 ad art. 99; SUTER/VON HOLZEN, op. cit., n° 14 et 15 ad art. 99).

En principe, c'est le défendeur requérant qui supporte la charge de l'allégation et de la preuve du motif de sûretés. Selon le motif, il résulte toutefois de la nature de la cause qu'il suffit que les allégations du requérant soient rendues vraisemblables; en particulier, lorsqu'il est allégué que les frais d'une procédure antérieure demeurent impayés, c'est au demandeur qu'il incombe cas échéant de prouver leur règlement (TC/FR Cour d'appel civil du 9 octobre 2015 consid. 2; OGer/BE ZK 14 262 précité consid. 1.2).

Les sûretés peuvent généralement être demandées en tout temps, mais naturellement au plus tôt au moment où une condition permettant de les exiger s'est trouvée réalisée si elle ne l'était pas d'emblée (p. ex. en cas de dégradation de la solvabilité du demandeur en cours de procès) (TAPPY, in BOHNET *et alii* (édit.), CPC Code de procédure civile commenté, 2011, n° 8 ad art. 100).

Il paraît toutefois résulter de la jurisprudence du Tribunal fédéral que les sûretés ne peuvent être requises que pour les dépens futurs, c'est-à-dire pour les frais qui n'ont pas déjà été occasionnés (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_188/2007 du 13 septembre 2007 consid. 1.4; ATF 118 II 87 consid. 2; 79 II 295 consid. 3), ce qui correspond effectivement à la doctrine dominante (TAPPY, op. cit., n° 8 ad art. 100; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2010, n° 10.24; KUSTER, in Baker & McKenzie (édit.), Schweizerische Zivilprozessordnung ZPO, 2010, n° 6 ad art. 99 et les références citées), ainsi qu'à la jurisprudence de la Cour de céans (ACJC/1280/2015 du 21 octobre 2015 consid. 1; ACJC/1405/2012 du 28 septembre 2012 consid. 1).

**1.2** En l'espèce, l'intimée a déposé sa requête de sûretés peu après avoir été informée de la fusion dont a fait l'objet l'appelante. Dès lors, il ne saurait lui être reproché de ne pas avoir agi avec la célérité requise. Toutefois, il n'en demeure pas moins que la cause avait déjà été gardée à juger par la Cour de céans, à la suite de deux échanges d'écritures entre les parties, soit à un moment où tous les frais de la procédure d'appel avaient déjà été engagés. En conséquence, il n'est pas possible de discerner quels frais futurs pourraient encore justifier le versement de sûretés à ce stade de la procédure.

Au demeurant, même si elle avait été recevable, cette requête de sûretés aurait dû être rejetée, au motif que l'intimée n'a pas rendu vraisemblables ses allégations selon lesquelles l'appelante se trouverait dans l'un des cas de figure visés par l'art. 99 al. 1 CPC, soit qu'elle serait insolvable (let. b) ou qu'il existerait d'autres raisons faisant apparaître un risque considérable que les dépens ne soit pas versés (let. d). Contrairement à ce que semble soutenir l'intimée, il ne résulte pas de l'extrait du registre du commerce zurichois concernant A\_\_\_\_\_ AG que celle-ci serait surendettée. A la lecture dudit extrait (Faits particuliers, note n° 4 ad CHE-2\_\_\_\_\_), il appert que c'était F\_\_\_\_\_ qui présentait une perte de capital, voire était surendettée. En revanche, il n'est pas possible de déduire de cet extrait du registre du commerce qu'il en irait de même de la société reprenante, A\_\_\_\_\_ AG. En l'état, l'on ne dispose que de très peu d'informations sur la santé financière de celle-ci et il n'existe *prima facie* aucune raison de remettre en cause sa solvabilité, ce d'autant plus qu'A\_\_\_\_\_ AG a été en mesure de s'acquitter d'une avance de frais complémentaire en 64'000 fr., et ce avant l'échéance du délai qui lui avait été imparti pour ce faire.

Il résulte de ce qui précède que la requête de l'intimée tendant au versement de sûretés en garantie de ses dépens sera déclarée irrecevable.

- 2.** **2.1.1** La légitimation des parties au procès est examinée d'office, dès lors qu'il s'agit d'une condition de fond du droit exercé. Elle relève du droit matériel fédéral (ATF 123 III 60 consid. 3a). Il ne s'agit pas d'une condition d'ordre procédural dont dépend la recevabilité de l'action. L'absence de légitimation active ou passive se traduit par un déboutement au fond, et non par l'irrecevabilité de l'action (ATF 114 II 345; 107 II 85 consid. 2; 100 II 169 consid. 3; 97 II 97 consid. 2).

**2.1.2** Aux termes de l'art. 83 al. 4 CPC, en l'absence d'aliénation de l'objet du litige, la substitution de partie est subordonnée au consentement de la partie adverse; les dispositions spéciales prévoyant la succession d'un tiers aux droits ou obligations des parties sont réservées.

L'hypothèse prévue par la deuxième phrase de l'art. 83 al. 4 CPC recoupe tous les cas de succession à titre universel qui, par définition, ont pour conséquence un changement de légitimation survenant par le seul effet de la loi et sans que la volonté des parties ne joue de rôle. Dans la mesure où le droit matériel seul induit

un tel changement de légitimation, le juge ne doit pas avoir d'autre choix que de prendre acte de la substitution de partie qui en découle. La substitution de partie *ex lege* survient lorsque le changement de légitimation se produit de façon originaire, c'est-à-dire indépendamment de la volonté de celui qui perd la légitimation. Ces hypothèses recourent les cas de succession à titre universel, à l'instar, notamment, d'une fusion (art. 22 LFus) (JEANDIN, op. cit., n° 28 s. ad art. 83 et les références citées).

**2.2** Au cours de la présente procédure d'appel, l'appelante a avisé la Cour de céans et l'intimée de ce que, à la suite d'une fusion, elle avait transféré l'ensemble de ses actifs et passifs à une autre société, G\_\_\_\_\_ SA, renommée A\_\_\_\_\_ AG, qui était désormais la partie appelante.

Ce fait est notoire (cf. art. 151 CPC), dans la mesure où il résulte de l'inscription figurant du Registre du commerce du canton de Zurich.

Partant, A\_\_\_\_\_ AG dispose de la légitimation active et sera substituée à la précédente appelante dans la présente cause, laquelle a été radiée du Registre du commerce du canton de Zurich (cf. art. 83 al. 4 2ème phrase CPC).

3. Il sera statué sur les frais et dépens de la présente décision avec l'arrêt au fond (cf. art. 104 CPC).
4. La décision rendue à l'issue d'une procédure séparée en fourniture de sûretés constitue une décision incidente de nature provisionnelle au sens de l'art. 98 LTF, ne pouvant être contestée qu'aux conditions de l'art. 93 al. 1 let. a LTF (arrêt du Tribunal fédéral 5A\_757/2010 du 20 avril 2011 consid. 1.2. et 1.3).

\* \* \* \* \*

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

**Préalablement :**

Dit que A\_\_\_\_\_ AG est substituée à F\_\_\_\_\_ SA en qualité de partie dans la cause C/11527/2007-3.

**Sur requête en fourniture de sûretés :**

Déclare irrecevable la requête de sûretés en garantie des dépens formée le 20 juillet 2015 par B\_\_\_\_\_ dans la cause C/11527/2007-3.

**En tout état :**

Réserve la suite de la procédure.

**Sur les frais :**

Dit qu'il sera statué sur les frais et dépens de la présente décision avec la décision sur le fond.

**Siégeant :**

Monsieur Cédric-Laurent MICHEL, président; Madame Pauline ERARD et Madame Paola CAMPOMAGNANI, juges; Madame Marie NIERMARÉCHAL, greffière.

Le président :

Cédric-Laurent MICHEL

La greffière :

Marie NIERMARÉCHAL

**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, dans les limites des art. 93 et 98 LTF.*

*Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14.*

*Valeur litigieuse des conclusions pécuniaires au sens de la LTF supérieure à 30'000 fr.*