



POUVOIR JUDICIAIRE

C/15610/2015

ACJC/105/2021

ARRÊT**DE LA COUR DE JUSTICE****Chambre civile****DU MARDI 26 JANVIER 2021**

Entre

- 1) **A_____ SA**, sise _____, Panama, appelante d'un jugement rendu par la 2ème Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 29 octobre 2020, comparant par Me Cédric Berger, avocat, Köstenbaum & Associés SA, Rue François-Bellot 12, Case postale 3397, 1211 Genève 3, en l'étude duquel elle fait élection de domicile,

- 2) **B_____ CORP**, sise _____, Panama, appelante d'un jugement rendu par la 2ème Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 29 octobre 2020, comparant par Me Cédric Berger, avocat, Köstenbaum & Associés SA, Rue François-Bellot 12, Case postale 3397, 1211 Genève 3, en l'étude duquel elle fait élection de domicile,

et

C_____, [banque] sise _____ [ZH], intimée, comparant par Me Daniel Tunik, avocat, Lenz & Staehelin, Route de Chêne 30, Case postale 615, 1211 Genève 6, en l'étude duquel elle fait élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 27 janvier 2021

EN FAIT

A. a. A_____ SA et B_____ CORP sont deux entités enregistrées au Registre du commerce du Panama, respectivement le _____ 2009 pour la première et le _____ 2009 pour la seconde.

b. Le 26 juin 2009, A_____ SA a ouvert un compte auprès de [la banque] D_____ à Genève, dont l'ayant droit économique était E_____. Dès le mois de juillet 2011, cette dernière a disposé d'une procuration générale sur ce compte, dont la monnaie de référence était l'Euro.

Le 27 octobre 2009, B_____ CORP a également ouvert un compte auprès de D_____, dont l'ayant droit économique était F_____. Son épouse, E_____, a été mise au bénéfice d'un droit de signature individuelle, ainsi que d'une procuration générale sur ledit compte, dont la monnaie de référence était l'Euro.

Les époux E_____/F_____ sont domiciliés en Polynésie française.

L'article 24 des Conditions générales de D_____ prévoyait l'application du droit suisse à toutes les relations entre la banque et le client et la compétence des juridictions genevoises.

c. Les fonds virés sur les comptes précités ouverts auprès de D_____ provenaient de deux comptes précédemment ouverts auprès de [la banque] G_____ et détenus par deux sociétés panaméennes (H_____ et I_____), dont les époux E_____/F_____ étaient les ayants droit économiques.

d. Au premier semestre 2011, le compte de A_____ SA a accusé une perte de EUR 2 millions (correspondant à une baisse de 14,24%) et le compte de B_____ CORP un peu moins de EUR 500'000 (correspondant à une baisse de 12,77%).

e. Le 5 juillet 2011, A_____ SA a signé un contrat de mandat discrétionnaire en faveur de D_____. B_____ CORP a fait de même le 25 septembre 2011.

f. Les performances des portefeuilles de A_____ SA et B_____ CORP ont continué de baisser durant la seconde moitié de l'année 2011.

g. Par courriel du 9 mai 2012, E_____ a déclaré mettre fin aux mandats de gestion.

Les 25 et 27 juin 2012, de nouveaux contrats ont été signés entre D_____ et les représentants au Panama des sociétés A_____ SA et B_____ CORP, intitulés "Execution Agreements (non-managed and non-advised Account)".

h. Selon publication dans la Feuille officielle du commerce (FOSC) du _____ 2012, la banque C_____, société anonyme inscrite au registre du commerce du canton de Zurich, a repris l'intégralité des actifs et passifs de D_____, par suite de fusion.

Les conditions générales de C_____ prévoient l'application du droit suisse aux relations banque-client, ainsi qu'un for au siège principal de la banque, à Zurich, ou, alternativement, au siège de la succursale suisse avec laquelle la relation contractuelle s'est nouée.

i. Le 12 janvier 2016, A_____ SA et B_____ CORP ont saisi le Tribunal de première instance (ci-après: le Tribunal) d'une demande à l'encontre de C_____, concluant à ce que celle-ci soit condamnée à verser à A_____ SA la somme de EUR 9'339'000 avec intérêts à 5% l'an dès le 1^{er} juillet 2012 et à B_____ CORP la somme de EUR 2'092'000 avec intérêts à 5% dès le 1^{er} juillet 2012. A_____ SA et B_____ CORP ont soutenu, en substance, que la banque avait violé ses obligations de gestionnaire, notamment en commettant du "barattage", en gérant mal les risques et en procédant à des investissements dans des titres de piètre qualité et des instruments à levier extrêmement spéculatifs, ce qui avait conduit à des performances gravement insuffisantes par rapport à des portefeuilles comparables gérés par d'autres gestionnaires, ainsi que par rapport à un "*Benchmark*". A_____ SA et B_____ CORP ont en outre reproché à la banque une violation de son devoir d'information et lui ont fait grief de leur avoir fait signer des courriers de décharge par dol, ou à tout le moins en les induisant en erreur.

j. C_____ a sollicité le dépôt de sûretés en garantie des dépens.

Par ordonnance du 27 mai 2016, le Tribunal a condamné A_____ SA et B_____ CORP à fournir des sûretés à hauteur de 130'000 fr.

k. Sur le fond, C_____ a conclu au déboutement de A_____ SA et de B_____ CORP, sous suite de frais et dépens.

La banque a notamment contesté avoir manqué à son devoir d'information et à son obligation de diligence. Les risques avaient été gérés de manière adéquate et selon une stratégie approuvée par A_____ SA et B_____ CORP, soit pour elles E_____. En tout état, les opérations effectuées avaient été ratifiées par les clientes, par la signature de deux courriers de décharge.

l. Le Tribunal a procédé à l'interrogatoire des parties et à l'audition de plusieurs témoins; il a par ailleurs confié une mission d'expertise à J_____, expert-comptable diplômé, lequel a rendu son rapport le 22 septembre 2018 et un complément de rapport le 15 avril 2019.

Les parties ont plaidé le 4 novembre 2019, persistant dans leurs conclusions.

- B.** Par jugement JTPI/13291/2020 du 29 octobre 2020, le Tribunal a débouté A_____ SA et B_____ CORP de toutes leurs conclusions, arrêté les frais judiciaires à 229'320 fr., mis à la charge des deux sociétés précitées et condamné celles-ci à verser à C_____ 130'000 fr. à titre de dépens.

En substance, le Tribunal a retenu que les ayants droit économiques des deux sociétés, au bénéfice de plusieurs années d'expérience dans les stratégies d'investissement, avaient compris les enjeux de telles stratégies et avaient, en toute connaissance de cause, opté pour une gestion permettant une forte croissance. Par ailleurs, aucun des relevés bancaires n'avait été formellement contesté par A_____ SA et B_____ CORP dans le délai de 30 jours prévu par les conditions générales; il en découlait qu'ils avaient été approuvés. Les deux sociétés n'avaient pas davantage adressé de contestations écrites à la banque en ce qui concernait les chiffres et les résultats relayés par le gestionnaire à l'occasion des rencontres ou des contacts entre les parties. Dès lors et faute de contestation écrite, l'état des comptes communiqué par le gestionnaire avait été approuvé. En outre, les deux sociétés avaient expressément donné décharge à la banque pour la gestion pratiquée et formellement ratifié les relevés de comptes. Enfin et pour la période postérieure au 9 mai 2012, date à partir de laquelle les parties avaient été liées par une relation "*execution only*", aucune violation contractuelle ne pouvait être reprochée à la banque.

- C. a.** Par acte du 30 novembre 2020, A_____ SA et B_____ CORP ont formé appel contre le jugement du 29 octobre 2020, reçu le 30 octobre 2020, concluant à son annulation et à ce que C_____ soit condamnée à payer à A_____ SA la somme de EUR 4'149'844 avec intérêts à 5% dès le 1^{er} juillet 2012 et à ce qu'elle soit condamnée à payer à B_____ CORP la somme de EUR 790'774 avec intérêts à 5% dès le 1^{er} juillet 2012, avec suite de frais et dépens.

b. Par courrier du 2 décembre 2020 adressé par simple au conseil de C_____, le greffe de la Cour de justice a informé ce dernier de ce qu'un appel avait été formé par A_____ SA et B_____ CORP contre le jugement du 29 octobre 2020, avec la précision que l'acte lui serait communiqué après paiement de l'avance de frais par les parties appelantes.

c. Par pli du 5 janvier 2021, le greffe de la Cour a transmis à C_____, soit pour lui à son conseil, une copie de l'acte d'appel, un délai de 30 jours lui étant imparti pour y répondre.

d. Le 7 janvier 2021, C_____ a informé le greffe de la Cour de ce qu'elle n'avait pas reçu le courrier usuel informant la partie intimée du dépôt d'un acte d'appel. C_____ sollicitait par conséquent, "à la première occasion donnée", que les appelantes soient astreintes à fournir des sûretés en garantie du paiement

des dépens d'appel. C_____ a invoqué le fait que les appelantes étaient deux sociétés panaméennes, dont les ayants droit économiques, citoyens français, étaient domiciliés sur l'île de Tahiti. La valeur litigieuse pertinente pour la procédure d'appel, déterminée par le dernier état des conclusions en première instance, s'élevait à 12'223'168 fr., contre-valeur de EUR 11'431'000 au taux de EUR/CHF 1.0693 prévalant le 29 octobre 2020. Compte tenu de cette valeur litigieuse et de la complexité du litige, les sûretés devaient être arrêtées au montant minimum de 78'343 fr.

e. Dans leur réponse du 12 janvier 2021 à la demande de sûretés, A_____ SA et B_____ CORP ont déclaré ne pas s'opposer au principe de la fourniture de sûretés, mais ont toutefois contesté la quotité requise par C_____, relevant que cette dernière s'était fondée, à tort, sur les principes régissant la recevabilité d'un appel selon l'art. 308 CC. Il convenait par conséquent de prendre en considération le montant des conclusions prises en appel, soit 5'434'679 fr. 80 (taux de change moyen de 1 fr. 10/1 EUR). Ainsi, les dépens éventuellement alloués à C_____ pourraient atteindre tout au plus la somme de 49'549 fr. 95, montant pouvant être augmenté de 10% en raison de la complexité de la cause. Avec la prise en considération des débours et de la TVA, ledit montant pourrait atteindre, en chiffres ronds, 58'700 fr.

f. Par courrier du 13 janvier 2021, C_____ a déclaré accepter "la proposition" formulée par A_____ SA et B_____ CORP de fournir des dépens à concurrence de 58'700 fr.

EN DROIT

1. **1.1.1** 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). Certaines conventions internationales ou accords bilatéraux peuvent toutefois exclure le paiement de telles sûretés (art. 2 CPC).

L'institution des sûretés, connue antérieurement sous la dénomination de "*cautio judicatum solvi*" a pour but de donner au défendeur une assurance raisonnable que, s'il gagne son procès, il pourra effectivement recouvrer les dépens qui lui seront alloués à la charge de son adversaire : le procès implique en effet des dépenses, que le défendeur n'a pas choisi d'exposer et dont il est juste qu'il puisse se faire indemniser si la demande dirigée contre lui était infondée (TAPPY, CR CPC 2019, n. 3 ad art. 99 CPC; SUTER/VON HOLZEN, in Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBEGGER [éd.], 2ème éd., 2013, n. 2 ad art. 99 CPC).

Selon la jurisprudence relative à l'ancien droit de procédure civile genevois (art. 102 aLPC), les sûretés pouvaient être demandées en appel pour les dépens d'appel, ou en cours de procès lorsque le droit aux sûretés prenait naissance en raison d'une modification dans la situation des parties (ATF 132 I 134 consid. 2.2).

Le code de procédure civile fédéral (CPC) en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2011 ne précise pas, quant à lui, quand doit intervenir la requête de sûretés.

Toutefois selon la doctrine, des sûretés peuvent être exigées en deuxième instance, pour les frais futurs (RÜEGG, in Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, SPÜHLER/TENCHIO/INGANGER [éd.], 2010, n. 5 ad art. 99 CPC; TAPPY, op. cit., n. 9 ad art. 99 CPC et n. 8 ad art. 100 CPC; SUTER/VON HOLZEN, op. cit., n. 8 ad art. 99 CPC et n. 11 ad art. 100 CPC). Une partie de la doctrine considère que la requête de sûretés doit être faite, dans ce cas, dans le délai de réponse au recours et avant ladite réponse (SUTER/VON HOLZEN, op. cit., n. 9 ad art. 100 CPC et références citées).

1.1.2 La procédure sommaire est applicable. Le juge se fondera essentiellement sur les allégations et preuves des parties. S'agissant d'une question de recevabilité (art. 59 al. 2 let. f), le juge pourra cependant établir les faits d'office (TAPPY, op. cit. n. 13 et 15 ad art. 101 CPC).

1.2.1 En l'espèce, la requête de sûretés a été déposée par la requérante avant le dépôt de son mémoire réponse à l'appel, de sorte qu'elle a été formée à temps.

1.2.2 Il est par ailleurs établi que les sociétés citées sont domiciliées au Panama et qu'aucune convention internationale ou bilatérale liant la Suisse au Panama ne fait obstacle à une requête de sûretés, de sorte que celle-ci est fondée dans son principe, ce que les sociétés citées ne contestent au demeurant pas.

- 2. 2.1** Les sûretés doivent couvrir en principe les dépens présumés que les appelants auraient à verser aux intimés en cas de perte totale du procès (TAPPY, op. cit. n. 7 ad art. 100 CPC; RÜEGG, op. cit., n° 5 ad art. 99 CPC). Selon l'art. 95 al. 3 CPC, les dépens comprennent les débours nécessaires (let. a), le défraiement 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).

Le tarif des frais, qui comprend celui des dépens, est fixé par les cantons (art. 95 al. 1 et 96 CPC).

Selon le règlement fixant le tarif des frais en matière civile du canton de Genève entré en vigueur le 1^{er} janvier 2011, le défraiement d'un représentant professionnel est, en règle générale, proportionnel à la valeur litigieuse, laquelle

est déterminée par les conclusions (art. 91 al. 1 CPC). Sans effet sur les rapports contractuels entre l'avocat et son client, il est fixé d'après l'importance de la cause, ses difficultés, l'ampleur du travail et le temps employé (art. 84 RTFMC; art. 20 al. 1 LaCC).

L'art. 23 LaCC permet toutefois de fixer un défraiement inférieur ou supérieur aux taux minima et maxima prévus, lorsqu'il existe une disproportion manifeste entre la valeur litigieuse et l'intérêt des parties au procès ou entre le taux applicable et le travail effectif de l'avocat.

2.2 En l'espèce, la valeur litigieuse pertinente pour le calcul des sûretés correspond aux conclusions prises en appel et s'élève par conséquent à EUR 4'743'997, correspondant à 5'065'166 fr. (taux de change 1 EUR = 1.0677 fr. au 30 octobre 2020, date à laquelle l'appel a été formé). En effet et contrairement à ce qu'a soutenu la requérante, la valeur litigieuse des dernières conclusions prises en première instance est pertinente pour déterminer si la voie de l'appel est ouverte (art. 308 al. 2 CPC), mais non pour le calcul des sûretés sollicitées en seconde instance, lesquelles dépendent, tout comme l'avance de frais, de la valeur des conclusions prises devant la Cour.

En application des art. 85 et 90 RTFMC, le défraiement auquel la requérante pourrait prétendre en cas de gain du procès serait théoriquement compris, en chiffres ronds, et sans prendre en compte les critères prévus à l'art. 20 LaCC, entre 25'606 fr. et 51'210 fr., débours (3%) et TVA (7,7%) compris (art. 25 et 26 LaCC; 69'389 fr. + 7'425 fr. [69'389 x 10,7% fr. = 7'425 fr.] = 76'814 fr.; en cas de réduction d'un tiers, les dépens s'élèveraient à 51'210 fr. et en cas de réduction de deux tiers à 25'606 fr.).

La présente cause présentant toutefois une certaine complexité, il se justifie de retenir le montant le plus élevé, lequel pourrait en outre être majoré de 10%, conformément à l'art. 85 al. 1 RTFMC.

Les citées ayant accepté de fournir des sûretés à hauteur de 58'700 fr., montant admis par la requérante, c'est ce montant qui sera retenu.

3. Les sûretés ainsi fixées devront être fournies par les citées en espèces, auprès des Services financiers de l'Etat de Genève, ou sous forme de garantie d'une banque établie en Suisse ou d'une société d'assurance autorisée à exercer en Suisse (art. 100 al. 1 CPC) et ce dans un délai de 30 jours à compter de la notification du présent arrêt (art. 101 al. 1 CPC).
4. Les frais judiciaires de la procédure de sûretés seront arrêtés à 1'470 fr., compensés avec l'avance de frais de même montant, qui demeure acquise à l'Etat de Genève (art. 111 al. 1 CPC).

Vu l'issue de la présente procédure, ces frais seront répartis entre les parties à concurrence de la moitié à la charge de la requérante, l'autre moitié devant être supportée par les citées, conjointement et solidairement (art. 106 al. 2 CPC). Les citées seront par conséquent condamnées, conjointement et solidairement, à verser à ce titre la somme de 735 fr. à la requérante.

Chaque partie prendra en charge ses propres frais et honoraires d'avocat, compte tenu de l'issue du litige portant sur les sûretés.

5. La présente décision, rendue dans le cadre d'une procédure dont la valeur litigieuse dépasse 30'000 fr., est susceptible d'un recours en matière civile au Tribunal fédéral, dans les limites de l'art. 93 LTF.

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

La Chambre civile :

A la forme :

Déclare recevable la requête en constitution de sûretés formée le 7 janvier 2021 par C_____ dans la cause C/15610/2015.

Au fond :

Condamne A_____ SA et B_____ CORP, prises conjointement et solidairement, à fournir des sûretés en garantie des dépens d'appel de C_____ à hauteur de 58'700 fr., en espèces auprès des Services financiers du Pouvoir judiciaire ou sous forme de garantie d'une banque établie en Suisse ou d'une société d'assurance autorisée à exercer en Suisse.

Impartit à A_____ SA et B_____ CORP un délai de 30 jours à compter de la notification du présent arrêt pour constituer les sûretés ainsi fixées.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Sur les frais :

Arrête les frais judiciaires de la présente décision à 1'470 fr. et les compense avec l'avance de même montant, qui reste acquise à l'Etat de Genève.

Les met, pour moitié, à la charge de C_____ et pour moitié à la charge de A_____ SA et B_____ CORP, prises conjointement et solidairement.

Condamne en conséquence A_____ SA et B_____ CORP, prises conjointement et solidairement, à verser à C_____ la somme de 735 fr.

Dit que chaque partie conserve à sa charge ses dépens.

Siégeant :

Madame Paola CAMPOMAGNANI, présidente; Monsieur Laurent RIEBEN et Madame Ursula ZEHETBAUER GHAVAMI, juges; Madame Roxane DUCOMMUN, greffière.

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.