



POUVOIR JUDICIAIRE

C/16031/2017

ACJC/201/2019

ARRÊT**DE LA COUR DE JUSTICE****Chambre civile****DU VENDREDI 8 FEVRIER 2019**

Entre

A_____ SA, sise _____ (GE), recourante contre une ordonnance rendue par la 14ème Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 14 septembre 2018, comparant par Me Simon Ntah, avocat, place de Longemalle 1, 1204 Genève, en l'étude duquel elle fait élection de domicile,

et

B_____ LDA, sise _____ (Portugal), intimée, comparant par Me Florian Ducommun, avocat, avenue Auguste-Tissot 2bis, case postale 851, 1001 Lausanne (VD), en l'étude duquel elle fait élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 26 février 2019 et au Tribunal de première instance par pli simple, le même jour.

EN FAIT

- A.** Par ordonnance OTPI/556/2018 du 14 septembre 2018, le Tribunal de première instance (ci-après : le Tribunal) a rejeté la requête de sûretés en garantie des dépens formée le 6 juin 2018 par A_____ SA (chiffre 1 du dispositif), arrêté les frais à 1'000 fr., compensés avec l'avance fournie et mis à la charge de cette dernière (ch. 2), laquelle a été condamnée à payer à B_____ LDA la somme de 500 fr. à titre de dépens (ch. 3).
- B.**
- a.** Par acte expédié le 27 septembre 2018 à la Cour de justice, A_____ SA (ci-après : A_____) forme recours contre cette ordonnance, dont elle sollicite l'annulation. Cela fait, elle conclut à la condamnation de B_____ LDA au versement de sûretés en sa faveur en garantie des dépens à hauteur de 20'000 fr., lesquels devront être versés dans un délai de 10 jours dès le moment de l'entrée en force de la décision, à ce qu'il soit dit et jugé que si B_____ LDA ne s'exécute pas dans le délai imparti, sa demande sera déclarée irrecevable, et à ce qu'il soit dit et jugé que si B_____ LDA s'exécute dans le délai imparti, le Tribunal fixera à A_____ SA un nouveau délai pour répondre sur le fond à la demande en paiement de B_____ LDA, sous suite de frais et dépens.
- b.** Par arrêt ACJC/1382/2018 du 10 octobre 2018, la Cour a, statuant sur mesures provisionnelles, rejeté la requête formée par A_____ SA le 27 septembre 2018 (en révocation, respectivement en annulation de l'ordonnance du 14 septembre 2018 lui impartissant un délai au 17 octobre 2018 pour déposer sa réponse écrite à la demande) et dit qu'il serait statué sur les frais liés à la décision dans l'arrêt rendu sur le fond.
- c.** Par réponse du 12 octobre 2018, B_____ LDA a conclu au rejet du recours et à la confirmation de l'ordonnance entreprise, sous suite de frais et dépens.
- d.** Par réplique du 7 novembre 2018 et duplique du 22 novembre 2018, les parties ont persisté dans leurs conclusions respectives.
- e.** Elles ont été informées par courrier du greffe de la Cour du 26 novembre 2018 de ce que la cause était gardée à juger.
- C.** Les faits tels qu'ils ressortent du dossier soumis au premier juge sont les suivants :
- a.** B_____ LDA est une société dont le siège se trouve au Portugal. C_____ en est le représentant.
- A_____ a son siège à Genève.
- Le 18 avril 2010, B_____ LDA et A_____ ont conclu un contrat de coopération exclusive ("*Exclusive Cooperation Agreement*"), aux termes duquel la première,

en qualité de consultante, s'est engagée à fournir à la seconde, contre rémunération, des services, tels que la recherche de joueurs professionnels, d'entraîneurs, la négociation de contrats, la planification et l'organisation d'événements.

b. Le 18 août 2014 B_____ LDA a saisi le Tribunal d'une demande dirigée contre A_____, concluant à ce qu'il soit dit que "*A_____ est débitrice de B_____ LDA et lui doit immédiat paiement d'un montant de euros 158'500.00 (cent cinquante-huit mille cinq cent euros), soit CHF 195'333.80 (cent nonante-cinq mille trois cent trente-trois francs et quatre-vingts centimes), avec intérêts à 5% à compter du 31 juillet 2013*".

La cause a été enregistrée sous n° C/1_____/2013.

A l'audience du 24 mai 2016, B_____ LDA a modifié ses conclusions, les prenant en francs suisses au lieu d'euros.

c. Avec sa réponse à la demande, A_____ a réclamé la fourniture de sûretés, faisant valoir que sa partie adverse ne serait pas en mesure d'honorer les dépens pour lesquels elle risque d'être condamnée, au motif que sa situation financière était inconnue et qu'elle ne serait plus active.

Par ordonnance OTPI/428/2015 du 14 juillet 2015, le Tribunal a rejeté la requête, les conditions posées par l'art. 99 al. 1 let. b et d CPC n'étant pas réalisées. A cet égard, il a notamment considéré "qu'il n'était pas d'emblée exclu que B_____ LDA ne déployait plus aucune activité". En effet, l'extrait du registre du commerce et les factures produites par elle étaient dénuées de force probante, et l'allégation selon laquelle elle aurait formulé plusieurs demandes pour une mise à jour de la liste des agents de joueurs établie par la D_____, afin d'y figurer, n'était pas rendue vraisemblable. Cependant, ces éléments ne relevaient pas d'indices de difficultés financières laissant penser à l'existence d'un risque « considérable » qu'elle ne s'acquitterait pas des dépens. Faute d'avoir établi, même sous l'angle de la vraisemblance, que B_____ LDA ferait l'objet de diverses poursuites, à défaut d'informations relatives à l'insolvabilité de B_____ LDA, et au vu du paiement en temps utiles des avances de frais sollicitées, il ne pouvait être considéré que B_____ LDA était insolvable.

d. Par jugement JTPI/9362/2016 rendu le 15 juillet 2016 dans la cause C/22031/2013, le Tribunal de première instance a débouté B_____ LDA des fins de sa demande (ch. 1 du dispositif), arrêté les frais judiciaires à 5'200 fr., mis ceux-ci à la charge de cette dernière, lesquels ont été compensés avec l'avance de frais qu'elle avait fournie, ordonné la restitution à B_____ LDA de la somme de 5'000 fr. (ch. 2) et l'a condamnée à verser à A_____ SA la somme de 8'000 fr. à titre de dépens (ch. 3).

En substance, il a considéré que les conclusions de B_____ LDA auraient dû être formulées en euros et non en francs suisses.

Par arrêt ACJC/414/2017 du 7 avril 2017, la Cour a confirmé ce jugement et, notamment, condamné B_____ LDA à payer à A_____ SA la somme de 6'000 fr., à titre de dépens d'appel.

Par arrêt 4A_265/2017 du 13 février 2018, le Tribunal fédéral a rejeté le recours formé contre la décision précitée et condamné B_____ LDA à verser à A_____ une indemnité de 6'000 fr. à titre de dépens.

e. Par courrier du 20 février 2018, A_____ a sollicité le versement de 20'000 fr. correspondant aux dépens octroyés par les instances cantonales et le Tribunal fédéral dans la cause C_____/2013.

Le 27 février 2018, B_____ LDA a répondu invoquer la compensation entre sa créance à l'encontre de A_____ et la dette qu'elle avait envers cette dernière des suites des dépens octroyés dans le cadre de la procédure C/1_____/2013. Elle ne verserait pas le montant de 20'000 fr. dû à titre de dépens à A_____ jusqu'à droit connu sur ses prétentions objet d'une demande déposée le même jour.

f. Ainsi, par nouvelle demande déposée en conciliation le 17 juillet 2017, puis expédiée le 27 février 2018 au Tribunal, B_____ LDA a conclu à la condamnation de A_____ à lui payer un montant de 158'500 euros avec intérêts à 5% à compter du 31 juillet 2013, sous suite de frais et dépens. Il s'agit de la présente procédure (C/16031/2017).

g. Par courrier du 16 janvier 2018 adressé au Tribunal, B_____ LDA avait demandé à être dispensée de comparution personnelle lors de l'audience de conciliation appointée le 21 février 2018, au motif que les frais à engager pour que son représentant, domicilié au Portugal, puisse se rendre à l'audience la mettraient dans une position financière délicate.

D. a. Le 6 juin 2018, A_____ a sollicité la fourniture de sûretés en garantie des dépens, à concurrence de 20'000 fr. en application de l'art. 99 al. 1 let. c et d CPC. Elle a fait valoir que, d'une part, B_____ LDA était débitrice de dépens découlant d'une procédure antérieure et, d'autre part, que l'existence d'actifs voire même l'existence de B_____ LDA était douteuse, et qu'il en résultait un risque considérable que celle-ci ne s'acquitte pas des dépens qu'elle pourrait être condamnée à verser.

b. Dans des déterminations du 31 juillet 2018, B_____ LDA a conclu au rejet de la requête, sous suite de frais et dépens.

c. Les parties ont persisté dans leurs conclusions par courriers de 29 août 2018 et 4 septembre 2018.

E. Dans l'ordonnance querellée, le Tribunal a retenu que les arguments avancés par A_____, qui l'avaient déjà été dans le cadre de la cause C/1_____/2013 et avaient été rejetés, pour rendre vraisemblable l'insolvabilité de B_____ LDA (condition posée par l'art. 99 al. 1 let. b CPC), restaient insuffisants. Les informations trouvées sur internet, quant à une baisse des ventes de B_____ LDA deux ans auparavant, auguraient d'une poursuite de l'activité et ne permettaient pas de déduire l'insolvabilité de celle-ci. L'assertion contenue dans le courrier de B_____ LDA au Tribunal en vue d'être dispensée de comparaître à l'audience de conciliation ne permettait pas non plus d'inférer de son insolvabilité, car elle était usuelle en procédure. L'intimée s'était régulièrement acquittée des avances de frais sollicitées. L'objection de compensation soulevée concernant les dépens était enfin également insuffisante pour en déduire l'insolvabilité de l'intimée. La requête devait être rejetée.

EN DROIT

1. **1.1** Selon l'art. 103 CPC, les décisions relatives aux avances de frais et aux sûretés peuvent faire l'objet d'un recours.

La décision entreprise est une ordonnance d'instruction, soumise au délai de recours de dix jours de l'art. 321 al. 2 CPC (art. 319 let. b ch. 1 CPC; TAPPY in CPC Code de procédure civile commenté, Bohnet/Haldy/Jeandin/Schweizer/Tappy [éd.], 2011 CPC, n. 4 et 11 ad art. 103 CPC; SUTER/VON HOLZEN, in Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [éd.], éd. 2016, n. 14 ad art. 99 CPC et n. 8 ad art. 103 CPC).

En l'espèce, le recours a été formé dans les délai et forme prescrits par la loi (art. 321 al. 1 et 142 al. 3 CPC), de sorte qu'il est recevable.

1.2 Le recours est recevable pour violation du droit et constatation manifestement inexacte des faits (art. 320 CPC).

L'autorité de recours a un plein pouvoir d'examen en droit, mais un pouvoir limité à l'arbitraire en fait, n'examinant par ailleurs que les griefs formulés et motivés par le recourant (HOHL, Procédure civile, Tome II, 2ème éd., Berne 2010, n. 2307). Si la violation du droit invoquée concerne une décision relevant du pouvoir d'appréciation du juge, l'autorité de recours doit faire preuve d'une certaine retenue (arrêt du Tribunal fédéral 5A_265/2012 du 30 mai 2012 consid. 4.3.2).

La nature du procès en constitution de sûretés, qui exige une décision rapide, commande de lui appliquer la procédure sommaire, au moins par analogie, même

si elle ne figure pas parmi les cas d'application de cette procédure désignés par la loi (OGer/BE du 25 août 2014 (ZK 14 262) consid. 1.1 et 1.2; TAPPY, op. cit., n. 13 ad art. 101 LP).

2. La recourante fait grief au Tribunal d'avoir violé son droit d'être entendue en examinant sa requête uniquement à l'aune de l'art. 99 al. 1 let. b CPC et non pas de l'art. 99 al. 1 let. c ou d CPC, seuls invoqués.

2.1.1 A teneur de l'article 99 al. 1 CPC, le demandeur doit, sur requête du défendeur, fournir dans les cas suivants des sûretés en garantie du paiement des dépens: 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) ou il est débiteur de frais d'une procédure antérieure (let. c) ou d'autres raisons font apparaître un risque considérable que les dépens ne soient pas versés (let. d).

L'art. 99 al. 1 let c CPC vise aussi bien une procédure antérieure entre les mêmes parties au sujet de la même prétention, qu'un procès différent entre lesdites parties, voire un procès opposant le demandeur à d'autres parties ou à l'Etat (TAPPY, op. cit., n° 36 ad art. 99 CPC; SUTER/VON HOLZEN, op. cit., n° 32 ad art. 99 CPC). Les frais concernés doivent être exigibles (SUTER/VON HOLZEN, op. cit., n° 32 ad art. 99 CPC); en d'autres termes, la décision y relative doit être entrée en force et exécutoire (URWYLER, in *Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO]*, Brunner/Gasser/Schwander [éd.], 2011, n° 12 ad art. 99 CPC). Selon certains auteurs, il suffit que le débiteur fasse preuve d'une absence de volonté de payer, par exemple en ne payant pas à l'échéance du délai imparti (TAPPY, op. cit., n° 35 ad art. 99 CPC).

Dans tous les cas, la dette de frais doit être encore impayée au moment de la décision sur la prestation de sûretés (arrêt du Tribunal fédéral 5A_916/2016 du 7 juillet 2017).

Dans un arrêt 2_____ du _____ 2014 (c. 2 et E.3.3), E_____ du canton de Berne a retenu que si la compensation de la dette de dépens avec la créance contestée, objet de la demande, était admise, le résultat de la procédure serait anticipé et l'obligation de verser les sûretés vidée de son sens; il s'agit bien, précisément, de garantir les propres frais de procès de la partie défenderesse en cas de gain du procès, de sorte qu'elle ne doive pas s'engager dans une procédure face à une partie adverse chez laquelle un motif de sûretés est réalisé. L'exception de compensation doit être rejetée.

2.1.2 Le droit d'être entendu impose notamment au juge de motiver sa décision, afin que le destinataire puisse en saisir la portée et, le cas échéant, l'attaquer en connaissance de cause. Pour répondre à cette exigence, il suffit que le juge mentionne, au moins brièvement, les motifs qui l'ont guidé et sur lesquels il a

fondé sa décision. Il n'est pas tenu de discuter tous les arguments soulevés par les parties, mais peut se limiter à ceux qui lui apparaissent pertinents (ATF 137 II 266 consid. 3.2; 136 I 229 consid. 5.2).

Le droit d'être entendu est une garantie de nature formelle, dont la violation entraîne l'annulation de la décision attaquée, sans égard aux chances de succès du recours sur le fond (ATF 137 I 195 consid. 2.2). Ce moyen doit être examiné avec un plein pouvoir d'examen (arrêt du Tribunal fédéral 5A_540/2013 du 3 décembre 2013 consid. 3.3.1; ATF 127 III 193 consid. 3).

Le droit d'être entendu est une garantie constitutionnelle de caractère formel, dont la violation entraîne en principe l'annulation de la décision attaquée, indépendamment des chances de succès du recours au fond. Toutefois une violation - pas particulièrement grave - du droit d'être entendu peut exceptionnellement être guérie si l'intéressé peut s'exprimer devant une instance de recours ayant libre pouvoir d'examen en fait comme en droit. Même en cas de violation grave du droit d'être entendu, la cause peut ne pas être renvoyée à l'instance précédente, si et dans la mesure où ce renvoi constitue une démarche purement formaliste qui conduirait à un retard inutile, incompatible avec l'intérêt de la partie concernée (comparé à celui d'être entendu) à un jugement rapide de la cause (ATF 135 I 279 consid. 2.6.1, JdT 2010 I 255; 136 V 117 consid. 4.2.2.2; 133 I 201 consid. 2.2).

2.2 En l'espèce, la recourante a fondé sa requête de sûretés notamment sur la lettre c de l'art. 99 al. 1 CPC, faisant valoir que l'intimée était débitrice de dépens dans une procédure antérieure. Or, le premier juge n'a pas du tout examiné ce point. Ce faisant, il a violé le droit d'être entendue de la recourante. La mention que l'objection de compensation était insuffisante à déduire l'insolvabilité de l'intimée ne suffit pas à considérer que le juge a examiné si les conditions posées par l'art. 99 al. 1 let. c. étaient réalisées.

Conformément à la jurisprudence précitée, cette violation doit conduire à l'annulation de la décision attaquée et au renvoi de la cause au Tribunal pour nouvelle décision sur la requête de sûretés. En effet, dans la mesure où la Cour ne dispose que d'un pouvoir d'examen restreint à la violation du droit et à la constatation manifestement inexacte des faits, ainsi que pour respecter le principe du double degré de juridiction, la violation du droit d'être entendue de la recourante ne peut pas être réparée dans le cadre du présent recours.

Compte tenu de ce qui précède, peut rester indécis le point de savoir si la motivation du Tribunal relève uniquement de l'art. 99 al. 1 let. b CPC, comme indiqué, ou si elle vise également implicitement l'art. 99 al. 1 let. d CPC (risque considérable que les dépens ne soient pas versés).

3. Les frais judiciaires du recours, y compris ceux relatifs à la décision sur mesures provisionnelles, seront arrêtés à 600 fr. (art. 41 RTFMC) et mis à la charge de B_____ LDA, qui succombe (art. 106 al. 1 CPC). Ces frais seront compensés avec l'avance de frais de 600 fr. effectuée par la recourante, qui reste acquise à l'Etat de Genève. L'intimée devra par conséquent rembourser le montant de 600 fr. à la recourante (art. 111 al. 2 CPC).

L'intimée sera également condamnée à verser à la recourante un montant de 1'000 fr., débours et TVA compris, au titre des dépens (art. 87, 88 et 90 RTFMC; art. 23, 25 et 26 LaCC).

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

La Chambre civile :

A la forme :

Déclare recevable le recours formé par A_____ SA contre l'ordonnance OTPI/556/2018 rendue le 14 septembre 2018 par le Tribunal de première instance dans la cause C/16031/2017-14.

Au fond :

Annule cette ordonnance et, cela fait :

Renvoie la cause au Tribunal de première instance pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

Sur les frais :

Arrête les frais judiciaires du recours à 600 fr. et les met à la charge de B_____ LDA.

Dit qu'ils sont compensés avec l'avance de frais de 600 fr. fournie par A_____ SA, laquelle reste acquise à l'Etat de Genève.

Condamne B_____ LDA à verser à A_____ SA 600 fr. au titre des frais judiciaires.

Condamne B_____ LDA à verser à A_____ SA 1'000 fr. au titre de dépens du recours.

Siégeant :

Monsieur Cédric-Laurent MICHEL, président; Mesdames Pauline ERARD et Paola CAMPOMAGNANI, juges; Madame Sandra MILLET, greffière.

Le président :

Cédric-Laurent MICHEL

La greffière :

Sandra MILLET

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.