



POUVOIR JUDICIAIRE

C/16789/2019

ACJC/1058/2020

ARRÊT**DE LA COUR DE JUSTICE****Chambre civile****DU VENDREDI 24 JUILLET 2020**

Entre

A _____ **SA**, sise route _____, _____ Genève, recourante contre une ordonnance rendue par la 10^{ème} Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 17 février 2020, comparant par Me Daniel Guggenheim et Me Anath Guggenheim, avocats, route du Bout-du-Monde 1, 1206 Genève, en l'étude desquels elle fait élection de domicile,

et

B _____, sise avenue _____, _____ (Iran), intimée, comparant par Me Homayoon Arfazadeh et Me Wolfgang Peter, avocats, avenue de Champel 8C, case postale 71, 1211 Genève 12, en l'étude duquel elle fait élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 4 août 2020.

EN FAIT

- A.** Par ordonnance OTPI/103/2020 du 17 février 2020, reçue par A_____ SA le lendemain, le Tribunal de première instance a condamné la précitée à fournir, soit en espèces, soit sous forme de garantie d'une banque établie en Suisse ou d'une société d'assurance autorisée à exercer en Suisse, des sûretés, en garantie des dépens, d'un montant de 597'202 fr. d'ici au 17 mars 2020 (chiffres 1 et 2 du dispositif), dit qu'à défaut de paiement des sûretés susvisées dans le délai prescrit et après un éventuel délai supplémentaire à ces fins, la demande serait déclarée irrecevable (ch. 3) et dit que la suite de l'instruction de la procédure serait déterminée une fois les sûretés versées (ch. 4).

Les frais judiciaires ont été arrêtés à 4'000 fr., mis à la charge de A_____ SA, compensés à concurrence de 2'000 fr. avec l'avance versée par B_____ et à concurrence de 2'000 fr. versés par A_____ SA, condamné en conséquence celle-ci à payer la somme de 2'000 fr. à celle-là (ch. 6 et 7) et condamné en outre A_____ SA à verser à B_____ 4'000 fr. à titre de dépens (ch. 8). Les parties ont été déboutées de toutes autres conclusions (ch. 9).

En substance, le Tribunal a retenu que B_____ (ci-après : B_____) avait rendu vraisemblable l'insolvabilité de A_____ SA (ci-après : A_____), la précitée étant également probablement surendettée. Il se justifiait dès lors d'astreindre A_____ au versement de sûretés en garantie des dépens, arrêtés à 597'202 fr. débours et TVA incluse au regard de la valeur litigieuse de 96'615'613 fr. 82.

- B. a.** Par acte déposé le 28 février 2020 au greffe de la Cour de justice, A_____ a formé recours contre cette ordonnance, sollicitant son annulation. Elle a conclu, sous suite de frais et dépens, à ce que la Cour dise qu'elle ne devait pas fournir de sûretés en garantie des dépens, subsidiairement à ce que le montant desdites sûretés soit fixé à 2'000 fr. au maximum.

Elle s'est plainte d'une violation des art. 29 al. 1, 30 al. 1 et 36 al. 3 Cst, 6 §1 CEDH, 96, 99 al. 1 let. b et 105 CPC, ainsi que 84 et 89 RTFMC.

b. La requête de suspension du caractère exécutoire de l'ordonnance entreprise a été admise par décision présidentielle (ACJC/496/2020) du 1^{er} avril 2020.

c. Dans sa réponse du 3 avril 2020, B_____ a conclu au déboutement de A_____ de toutes ses conclusions, sous suite de frais et dépens.

d. A_____ n'ayant pas fait usage de son droit de réplique, les parties ont été avisées par plis du greffe du 12 mai 2020 de ce que la cause était gardée à juger.

- C.** Les faits pertinents suivants résultent de la procédure de première instance :

a. B_____ est une société iranienne, sise à Genève, active dans l'exploration, l'extraction, la commercialisation et la vente de pétrole.

b. A_____ est une société anonyme suisse sise à Genève, active dans le négoce du pétrole.

c. Le 18 octobre 1977, B_____ et A_____ ont conclu un contrat de vente et d'achat de 4'750'000 tonnes métriques de pétrole brut iranien (ci-après : le "Contrat").

A teneur de la clause X du Contrat : "Tout litige survenant entre les parties et résultant de ce contrat sera résolu par la voie arbitrale. La partie qui veut soumettre un tel litige à l'arbitrage, avisera l'autre par écrit en formulant sa demande et en nommant son arbitre. L'autre partie nommera un second arbitre dans les 30 jours dès réception dudit avis. Les deux arbitres ainsi désignés nommeront à leur tour un troisième arbitre qui sera le président du tribunal arbitral. Si l'autre partie ne désigne ni ne nomme le second arbitre ou si les deux arbitres ne s'entendent pas sur la désignation du troisième arbitre dans les 30 jours, la partie qui y a intérêt peut demander au Président de la Cour d'Appel de C_____, Iran, de nommer le second arbitre ou le troisième arbitre, suivant le cas. La sentence arbitrale peut être rendue à la majorité et aura force obligatoire pour les deux parties. La sentence sera régie et interprétée conformément au droit iranien. Le siège arbitral sera à C_____, sauf accord contraire des parties."

d. Le 27 juillet 1985, à la suite d'un différend survenu entre les parties au sujet de l'exécution du Contrat, B_____ a engagé une procédure arbitrale contre A_____ afin d'obtenir le paiement d'une cargaison de pétrole.

e. Par sentence arbitrale partielle du 3 mars 1999, un Tribunal arbitral a notamment décidé que la convention d'arbitrage résultant du Contrat était valide, qu'il n'y avait aucune prescription pour empêcher B_____ de présenter sa demande d'arbitrage et que celle-ci était donc recevable, que B_____, A_____, D_____ LTD (ci-après : D_____), E_____ LTD (ci-après : E_____) et F_____ LTD (ci-après : F_____) étaient parties à la convention d'arbitrage, que A_____, D_____, E_____ et F_____ avaient été régulièrement identifiées en toute équité comme défenderesses dans la procédure d'arbitrage, que le Tribunal arbitral avait été régulièrement constitué et qu'il était compétent pour trancher le litige.

f. Par sentence arbitrale finale du 8 juin 2001, le Tribunal arbitral a principalement rejeté sur le fond la requête de D_____, F_____ et E_____ en vue de la révision de la sentence partielle précitée, compensé la somme de USD 13'657'398.- due par B_____ à A_____, D_____, F_____ et E_____ avec le montant de USD 43'787'793.84 dû à B_____ par ces dernières, constatant ainsi une créance de USD 30'130'396.- en faveur de B_____, alloué à B_____

un intérêt simple de 10% l'an sur le principal à compter du 15 juillet 1979 jusqu'au 8 juin 2001, soit un montant de USD 65'968'828.-, condamné A_____, pris conjointement et solidairement avec D_____, F_____ et E_____, à payer à B_____ la somme totale de USD 96'099'224.- [recte : USD 96'993'890.-, soit USD 30'130'396.- + USD 65'968'828.- + USD 894'666.- "au titre des honoraires d'arbitrage"].

g. Le 29 août 2003, B_____ a mis A_____, D_____, F_____ et E_____ en demeure d'exécuter la sentence finale.

h. Le 29 janvier 2008, le Tribunal de grande instance de Paris a rendu une expédition exécutoire de la sentence arbitrale rendue par le Tribunal Arbitral dans le différend opposant B_____ à A_____, D_____, F_____ et E_____.

i. Le 11 mars 2011, à la requête de B_____, l'Office des poursuites de Genève a notifié à A_____ un commandement de payer, poursuite n° 1_____, portant sur la somme de 93'994'800 fr., soit la contrevaletur en francs suisses de la somme de USD 96'993'890.-, avec intérêts à 5% dès le 8 juin 2001, auquel A_____ a formé opposition le 22 mars 2011.

j. A la demande de A_____, le Ministre des finances - comptable de l'Etat d'Israël - lui a indiqué, par courrier du 14 décembre 2011, que l'Etat considérait la République d'Iran comme un ennemi. B_____ étant une entité étatique iranienne constituée en droit iranien, elle était également considérée comme un ennemi au sens de l'Ordonnance du commerce avec l'ennemi (de 1939). Au sens de ladite Ordonnance, tout paiement par toutes entités israéliennes de toutes dettes à B_____ était proscrit et ne pouvait être fait qu'en mains du Consignataire, soit le Ministre lui-même. A_____ n'obtiendrait pas l'autorisation de payer la dette à B_____, un tel paiement revenant à détourner les restrictions imposées par l'Ordonnance.

k. Par jugement JTPI/13293/2012 du 25 septembre 2012, le Tribunal de première instance a reconnu et déclaré exécutoire en Suisse la sentence arbitrale rendue le 3 mars 1999 par le Tribunal arbitral, composé de trois arbitres (ch. 1 du dispositif), ainsi que la sentence arbitrale susmentionnée, condamnant A_____, pris conjointement et solidairement avec D_____, F_____ et E_____, à payer à B_____ la somme de USD 96'099'224.- (ch. 2), a prononcé la mainlevée définitive de l'opposition formée au commandement de payer, poursuite n° 1_____, pour un montant de 93'994'800 fr., avec intérêts à 5% sur la contrevaletur en CHF de la somme de USD 30'130'396.- due à compter du 12 mars 2011 (ch. 3), a dit que les frais judiciaires d'appel, arrêtés à 5'000 fr. étaient à la charge de A_____, compensés avec l'avance fournie par B_____ et condamné A_____ à verser à la précitée la somme de 5'000 fr. (ch. 4), a arrêté les frais judiciaires de première instance à 8'000 fr., mis à la charge de A_____.

compensés avec l'avance de frais de 4'000 fr. fournie par B_____, condamné A_____ à verser à cette dernière la somme de 4'000 fr. ainsi que 4'000 fr. aux Services financiers du Pouvoir judiciaire (ch. 5), a condamné A_____ à verser à B_____ les sommes de 5'000 fr. à titre de dépens d'appel et 30'900 fr. à titre de dépens de première instance (ch. 6) et a débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 7).

Par arrêt ACJC/371/2013 du 22 mars 2013, la Cour a annulé le chiffre 3 du dispositif du jugement précité, a prononcé la mainlevée définitive de l'opposition à concurrence du montant de 93'994'800 fr. (contre-valeur en francs suisses de la somme de USD 96'993'890.-), rejeté les recours pour le surplus, les parties étant déboutées de toutes autres conclusions. Les frais judiciaires des recours ont été arrêtés à 10'000 fr., mis à la charge de A_____ et compensés avec les avances fournies par les parties, condamné en conséquence A_____ à verser 5'000 fr. à ce titre à B_____ ainsi que 10'000 fr. à titre de dépens.

Le recours formé par A_____ au Tribunal fédéral contre cet arrêt a été rejeté par arrêt 4A_250/2013 du 21 janvier 2014. Le Tribunal fédéral a condamné A_____ à verser 90'000 fr. à B_____ à titre de dépens.

l. Le 25 février 2014, l'Office des poursuites a rejeté la requête de continuation de la poursuite formée par B_____, motif pris de la péremption de celle-ci.

m. F_____, D_____ et E_____ ont versé, en mains du Comptable général, Consignataire de la propriété ennemie de l'Etat d'Israël, au sens de l'Ordonnance israélienne sur le Commerce avec l'ennemi de 1939, nommé par le Ministère des Finances d'Israël, le montant de USD 96'993'890.-. Le Consignataire a confirmé aux sociétés susmentionnées la réception de ce montant par courrier du 29 juin 2014.

A_____ a avisé B_____ de ce versement par correspondance du 29 août 2014.

n. Les 12 mai 2014 et 12 août 2015, l'Office des poursuites, sur requête de B_____, a fait notifier à A_____ des commandements de payer, poursuites n° 2_____ et n° 3_____, auxquels cette dernière a formé opposition.

Une réquisition de poursuite a également été adressée par B_____ à l'Office des poursuites le 4 août 2016.

o. Le 2 mars 2017, à la requête de B_____, l'Office des poursuites a notifié à A_____ un commandement de payer, poursuite n° 4_____, portant sur les sommes de 94'433'251 fr. 30 (contre-valeur USD 96'993'890.-), 5'000 fr., 4'000 fr., 30'900 fr., 5'000 fr., 10'000 fr. et 90'000 fr. (correspondant aux frais et dépens susmentionnés).

La poursuivie a formé opposition à la poursuite.

p. Par jugement JTPI/1523/2019 du 26 janvier 2019, le Tribunal de première instance a prononcé la mainlevée définitive de l'opposition formée au commandement de payer, poursuite n° 4_____ (ch. 1 du dispositif), arrêté à 2'000 fr. les frais judiciaires, compensés avec l'avance fournie par B_____, mis à la charge de A_____ (A_____) SA, condamnée en conséquence à les rembourser à la précitée (ch. 2), et à lui verser le montant de 50'000 fr. à titre de dépens (ch. 3), les parties étant déboutées de toutes autres conclusions (ch. 4).

Par arrêt ACJC/738/2019 du 16 mai 2019, définitif et exécutoire, la Cour a rejeté le recours formé par A_____ le 11 février 2019 contre le jugement précité.

q. Le 14 juin 2019, à la requête de B_____, l'Office des poursuites a notifié à A_____ une commination de faillite dans le cadre de la poursuite n° 4_____.

r. Le 4 juillet 2019, A_____ a fait notifier à B_____ une requête d'arbitrage ad hoc (Notice of arbitration) fondée sur la clause compromissoire contenue dans le contrat du 18 octobre 1977. Dite requête tend à faire constater que la dette de A_____, D_____, F_____ et E_____, telle qu'elle résulte de la sentence arbitrale finale du 8 juin 2001, objet de la poursuite n° 4_____, a été éteinte par le paiement opéré en mains du Consignataire.

s. A l'expiration du délai de 20 jours prévu par l'art. 166 al. 1 LP et en l'absence de règlement de la dette, B_____ a saisi, le 5 juillet 2019, le Tribunal d'une requête de faillite de A_____.

t. Le 17 juillet 2019, A_____ a versé à l'Office des poursuites un montant de 203'772 fr. 45, correspondant selon elle à l'intégralité des frais judiciaires et dépens des décisions rendues tant par les instances genevoises que par le Tribunal fédéral (144'900 fr.), 58'872 fr. 45 à titre de frais et dépens des décisions rendues sous let. o ci-dessus et 872 fr. 45 de frais de poursuites (soit un montant total de 204'644 fr. 90), ce que B_____ conteste, estimant qu'aux frais judiciaires, de 144'900 fr., s'ajoutent 55'000 de frais de justice (let. o supra), 872 fr. 45 de frais de poursuite et 500 fr. de frais d'encaissement. B_____ soutient que A_____ reste ainsi lui devoir la somme de 96'613'113 fr. 82 (capital, frais de justice, frais de poursuite et d'encaissement inclus).

u. Le 22 juillet 2019, A_____ a saisi le Tribunal d'une action en annulation de poursuite, fondée sur l'art. 85a LP, assortie d'une requête de mesures superprovisionnelles et provisionnelles en suspension provisoire de la poursuite.

v. Par ordonnance du 23 juillet 2019, le Tribunal a ordonné, à titre superprovisionnel, la suspension provisoire de la poursuite n° 4_____ initiée par B_____ à l'encontre de A_____ et dit que l'ordonnance déploierait ses effets

jusqu'à l'exécution de la nouvelle décision à rendre après audition des parties, la suite de procédure et les frais étant réservés.

w. Le 1^{er} octobre 2019, B_____ a déposé sa réponse (comportant 37 pages) à la requête de mesures provisionnelles et a conclu à son rejet, sous suite de frais et dépens.

Elle a produit des pièces.

x. Le 8 octobre 2019, B_____ a saisi le Tribunal d'une requête de sûretés en garantie des dépens (de 17 pages). Dans ce cadre, elle a soutenu qu'en raison du prévisible rejet de la requête de mesures provisionnelles, au vu des faits de la cause, A_____ ferait face à une imminente faillite. Au vu des réitérées allégations de A_____ dans les précédentes procédures judiciaires, selon lesquelles elle n'avait aucune substance financière, en tant qu'elle constituait un instrument juridique nécessaire à l'exécution de transactions faites par d'autres sociétés, par lesquelles elle était non seulement dirigée mais également financée, et que seules lesdites sociétés (D_____, F_____ et E_____) étaient solvables, A_____ était insolvable, de sorte qu'elle devait être condamnée au versement de sûretés.

y. Le 11 novembre 2019, A_____ a saisi le Tribunal d'une requête en nomination d'arbitre.

z. Elle s'est déterminée le 18 novembre 2019 sur la requête de sûretés et a conclu au déboutement de B_____ de toutes ses conclusions, sous suite de frais et dépens.

Les parties ont encore déposé des déterminations spontanées.

Le Tribunal les a avisées par ordonnance du 3 février 2020 de ce que la cause était gardée à juger sur sûretés.

D. Dans l'ordonnance présentement querellée, le premier juge s'est, s'agissant de la question de l'indivisibilité des conclusions en annulation de la poursuite et celles relevant du droit matériel, référé aux considérations développées dans sa décision séparée rendue le même jour sur mesures provisionnelles.

Par ordonnance OTPI/104/2020, le Tribunal a rejeté la requête de mesures provisionnelles formée par A_____ et révoqué en conséquence l'ordonnance sur mesures superprovisionnelles.

Dans ses considérants, le premier juge a rappelé que le Tribunal fédéral, dans un ATF 132 III 277, avait mis en évidence l'indivisibilité des conclusions au fond de l'action intentée (action en constatation négatoire de droit en annulation de la poursuite) et de son incidence sur la poursuite, questions qui devaient être

tranchées par le même juge. Le juge suisse était ainsi compétent pour statuer au fond sur l'action en annulation de la poursuite intentée en Suisse alors que le for ordinaire de l'action au fond se trouvait à l'étranger (au domicile du créancier), dès lors que les conclusions portant sur l'exécution ne pouvaient être soumises à une juridiction étrangère vu l'application du principe de la territorialité en matière d'exécution forcée. Le premier juge a également fait état d'une décision rendue par le Tribunal fédéral en 2018, à teneur de laquelle ce dernier a admis, compte tenu des effets de l'admission de l'action négatoire sur le rapport juridique des parties, et de ses effets réflexes sur la publicité de la poursuite pour dettes, que le débiteur poursuivi n'était pas tenu d'intenter une action en constatation négatoire de droit au domicile du créancier, lorsque celui-ci n'était pas en Suisse, mais pouvait agir en Suisse, au lieu de son propre siège, compte tenu du for de nécessité prévu par l'art. 3 LDIP (arrêt du Tribunal fédéral 4A_229/2017 du 12 octobre 2018 consid. 7).

Le Tribunal a ainsi retenu que le cas d'espèce étant en tous points analogue à la situation des décisions susmentionnées, entre une compétence judiciaire ou arbitrale pour connaître du fond du litige, la compétence des juridictions genevoises était acquise, A_____, société suisse sise à Genève, ayant requis la suspension puis l'annulation de la poursuite, conclusions relevant de l'exécution forcée.

EN DROIT

1. **1.1** La Cour examine d'office si les conditions de recevabilité d'un recours, respectivement d'un appel, sont réunies (art. 59 et 60 CPC).

L'appel est recevable contre les décisions finales et les décisions incidentes de première instance, dans les causes non patrimoniales ou dont la valeur litigieuse, au dernier état des conclusions devant l'autorité inférieure, est supérieure à 10'000 fr. (art. 308 al. 1 let. a et al. 2 CPC).

Le recours stricto sensu est recevable contre des décisions et ordonnances d'instruction de première instance, dans les cas prévus par la loi (art. 319 let. b ch. 1 CPC).

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

Les décisions relatives aux sûretés sont par nature des décisions d'instruction (ACJC/814/2016 du 10 juin 2016 consid. 1; SUTER/VON HOLZEN, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 2013, n. 14 ad art. 99 CPC et n. 8 ad art. 103 CPC) et non des décisions finales ou incidentes au sens des art. 236 et 237 CPC. En l'absence de règles spéciales, elles ne seraient de toute façon pas susceptibles d'appel. L'art. 103 CPC leur permet toutefois de faire l'objet d'un

recours stricto sensu sans que la condition supplémentaire du préjudice difficilement réparable n'ait à être remplie (TAPPY, Commentaire romand, Code de procédure civile, 2^{ème} éd. 2019, n. 4 ad art. 103 CPC).

Ces décisions sont soumises au délai de recours de dix jours de l'art. 321 al. 2 CPC (art. 319 let. b ch. 1 CPC; TAPPY, op. cit., n. 4 et 11 ad art. 103 CPC).

En l'espèce, le recours est recevable pour avoir été formé dans les délai et forme prescrits (art. 321 al. 1 CPC).

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).

1.3 La nature du procès en constitution de sûretés commande de lui appliquer la procédure sommaire, au moins par analogie, même s'il ne figure pas parmi les cas d'application de cette procédure désignés par la loi (TAPPY, op. cit., n. 13 ad art. 101 LP). (ACJC/244/2018 du 26 février 2018 consid. 1.2; ACJC/794/2017 du 16 juin 2017; ACJC/818/2015 du 8 juillet 2015 consid.2.5.1; ACJC/1405/2012 du 28 septembre 2012 consid. 1; RÜEGG/RÜEGG, Basler Kommentar ZPO, 3ème éd. 2017, n. 4 ad art. 100 CPC). Le juge se fondera essentiellement sur les allégations et preuves des parties (ACJC/938/2015 du 20 août 2015 consid. 2.1).

- 2.** La recourante se plaint d'une violation des art. 99 al. 1 let. c CPC et 8 CC, le Tribunal ayant à son sens retenu à tort qu'elle était insolvable et admis la requête en fourniture de sûretés en garantie des dépens malgré son caractère abusif.

2.1 Les sûretés en garantie des dépens doivent être fournies sur requête du défendeur dans les hypothèses prévues à l'art. 99 al. 1 CPC.

Le demandeur - ou le recourant en deuxième instance (cf. arrêt du Tribunal fédéral 4A_26/2013 du 5 septembre 2013 consid. 2.2) - doit, sur requête du défendeur, fournir des sûretés en garantie du paiement des dépens lorsqu'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 (art. 99 al. 1 let. b CPC).

Est insolvable la personne qui ne dispose ni des liquidités nécessaires pour faire face à ses dettes exigibles ni du crédit lui permettant de se procurer les moyens nécessaires (ATF 111 II 206 consid. 1).

Selon la formulation de l'art. 99 al. 1 let. b CPC, une vraisemblance de l'insolvabilité suffit et la preuve être rapportée par indices (ATF 111 II 206

consid. 1; TAPPY, op. cit., n. 28 et 29 ad art. 99 CPC; URWYLER, in Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], Brunner/Gasser/Schwander [éd.], 2011 n. 11 ad art. 99 CPC).

L'art. 99 al. 1 let. d CPC, qui est une clause générale, prévoit que des sûretés doivent être fournies lorsque d'autres raisons font apparaître un risque considérable que les dépens ne soient pas versés. Les conditions de cette disposition peuvent notamment être réalisées lorsque les indices de difficultés financières sont insuffisants pour que le demandeur apparaisse insolvable au sens de l'art. 99 al. 1 let. b CPC (TAPPY, op. cit., n. 39 ad art. 99 CPC; KUSTER, in Schweizerische Zivilprozessordnung, Baker & McKenzie [éd.], 2010, n. 25 ad art. 99 CPC).

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, la notion de « risque considérable que les dépens ne soient pas versés », au sens de l'art. 99 al. 1 lit. d CPC, est une notion juridique indéterminée. Le tribunal doit en juger selon son appréciation. Selon l'un des critères cités par la doctrine, la condition de l'art. 99 al. 1 lit. d est en règle générale réalisée lorsque le demandeur (resp. le recourant) s'oppose à une obligation qui dépasse de loin ses actifs (cf. RÜEGG, Commentaire bâlois CPC, 2^{ème} éd. 2013, n. 17 ad art. 99 CPC; arrêt du Tribunal fédéral 5A_221/2014 du 10 septembre 2014 consid. 3).

Les sûretés doivent en principe couvrir les dépens présumés que le demandeur aurait à verser au défendeur s'il succombe. Il s'agit de tous les dépens envisagés à l'art. 95al. 3 CPC (TAPPY, op. cit., n. 7 ad art. 100 CPC). Ces dépens devront être estimés sur la base du tarif cantonal (art. 96 CPC) et de l'expérience du juge, qui dispose d'un grand pouvoir d'appréciation (URWYLER/GRÜTTER, in Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2016, n. 1 ad art. 100 CPC). A défaut de précision dans le texte légal, les sûretés ne peuvent porter que sur les dépens de l'instance saisie (TAPPY, op. cit., n. 9 ad art. 100 CPC).

2.2 L'institution des sûretés 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, op. cit., n. 3 ad art. 99 CPC).

2.3 Les sûretés peuvent être augmentées, réduites ou supprimées par le tribunal (art. 100 al. 2 CPC), notamment si le déroulement du procès (multiplication des audiences et des écritures, administration des preuves) montre que l'évaluation initiale des dépens supposés était trop faible, respectivement trop élevé (TAPPY, op. cit., n. 12 ad art. 100 CPC).

2.4 En l'espèce, contrairement à ce que soutient la recourante, le Tribunal n'a pas renversé le fardeau de la preuve de l'insolvabilité. En effet, il a retenu que l'intimée avait, sous l'angle de la vraisemblance, rendu vraisemblable l'insolvabilité de la recourante, laquelle découlait au premier chef de la sous-capitalisation évidente de la précitée (51'000 fr.) au regard de son but social. Le fait que le Tribunal ait considéré que les arguments invoqués par la recourante n'apparaissent ni pertinents ni de nature à faire échec au constat de la vraisemblance de son insolvabilité ne modifie pas cette appréciation.

L'intimée n'a pas produit d'extrait de poursuites de la recourante. Cela étant, l'insolvabilité d'une partie peut résulter de plusieurs indices, l'extrait en cause n'étant pas le seul élément à prendre en considération.

L'intimée, pour rendre vraisemblable ladite insolvabilité, s'est prévalu des allégués de la recourante dans les précédentes procédures judiciaires, selon lesquels celle-ci n'avait aucune substance financière, en tant qu'elle constituait un instrument juridique nécessaire à l'exécution de transactions faites par d'autres sociétés, par lesquelles elle était non seulement dirigée mais également financée. Seules lesdites sociétés étaient solvables, alors que tel n'était pas le cas de la recourante.

Selon le principe de la bonne foi, la recourante doit se voir opposer ses propres allégations. Dès lors qu'elle n'est qu'un instrument financier d'autres sociétés et qu'elle ne dispose d'aucune ressource propre, et donc d'aucune liquidité, l'intimée a rendu vraisemblable l'insolvabilité de la recourante.

Il résulte de plus des titres versés à la procédure que la recourante a réglé le 17 juillet 2019 en mains de l'Office des poursuites un montant comprenant 144'900 fr. de remboursement de frais judiciaires et de divers dépens résultant tant des décisions cantonales que de l'arrêt du Tribunal fédéral, auxquels elle a été condamnée depuis 2013 et 2014, puis mai 2019, soit, pour la majeure partie de ces sommes, depuis plus de cinq ans.

Dès lors, au vu de l'ensemble de ces éléments, c'est à bon droit que le Tribunal a retenu que l'intimée a rendu vraisemblable l'insolvabilité de la recourante.

Les allégations de la recourante selon lesquelles l'intimée a attendu près de dix ans pour requérir sa poursuite, d'avoir laissé se périmé deux commandements de payer puis d'avoir encore attendu près d'un an entre l'opposition formée à une poursuite et le dépôt d'une requête de mainlevée sont dénuées de toute pertinence et ne sont pas de nature à modifier les considérations qui précèdent.

Par conséquent, les griefs de la recourante sont mal fondés.

-
3. La recourante se plaint ensuite, de manière confuse, d'une "violation des art. 99 al. 1, 96, et 105 CPC, 84 et 89 RTFMC en relation avec l'art. 85a LP", le Tribunal ayant retenu l'indivisibilité des conclusions en annulation de la poursuite de celles relevant du droit matériel.

3.1 Les cantons fixent le tarif des frais (art. 96 CPC).

Les frais judiciaires sont fixés et répartis d'office (art. 105 al. 1 CPC). Le tribunal fixe les dépens selon le tarif (art. 105 al. 2 CPC).

Selon l'art. 84 RTFMC, le défraiement d'un représentant professionnel est, en règle générale, proportionnel à la valeur litigieuse. 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.

Pour les affaires judiciaires relevant de la LP, le défraiement est, dans la règle, réduit à deux tiers et au plus à un cinquième du tarif de l'art. 85 (art. 89 RTFMC).

3.2 Selon la jurisprudence, l'arbitrabilité d'un litige peut se trouver exclue par des règles de compétence qui réservent impérativement à une autorité étatique la connaissance de certains différends. La doctrine quasi unanime considère que tel est le cas de la procédure de mainlevée de l'opposition. Les parties peuvent exclure la procédure de mainlevée provisoire de l'opposition au profit de la seule procédure arbitrale. A défaut d'une telle clause expresse, on ne peut interpréter la convention d'arbitrage comme emportant renonciation à en appeler au juge de la mainlevée provisoire (ATF 136 III 583 consid. 2.1 et 2.2).

La Cour a également retenu, dans une affaire dans le cadre de laquelle les parties étaient certes convenues de ce que tout litige serait soumis au "Conciliateur" au sens du Règlement relatif à la Conciliation et au Tribunal arbitral CONSTRUCTION + IMMOBILIER, que la convention d'arbitrage n'excluait toutefois pas la procédure de mainlevée provisoire de l'opposition au profit de la seule procédure arbitrale (ACJC/1628/2019 du 05 novembre 2019 consid. 2.2). La compétence des autorités étatiques était dès lors donnée.

3.3 Le principe de la bonne foi (art. 2 al. 1 CC) et l'interdiction de l'abus de droit (art. 2 al. 2 CC) sont des principes fondamentaux de l'ordre juridique suisse (art. 5 al. 3 Cst.). Ils s'appliquent aussi en procédure civile (ATF 132 I 249 consid. 5; 128 III 201 consid. 1c; 123 III 220 consid. 4d), loi dans laquelle ce principe est désormais codifié à l'art. 52 CPC (arrêt du Tribunal fédéral 5A_75/2018 du 18 décembre 2018 consid. 2.3). Ils s'adressent à tous les participants au procès, parties et juge (ATF 132 I 249 consid. 5). Constitue notamment un abus de droit l'attitude contradictoire d'une partie. Lorsqu'une partie adopte une certaine position, elle ne peut pas ensuite soutenir la position contraire, car cela revient à tromper l'attente fondée qu'elle a créée chez sa partie adverse; si elle le fait, c'est

un *venire contra factum proprium*, qui constitue un abus de droit qui ne mérite pas la protection du droit (ATF 140 III 481 consid. 2.3.2 avec références; 89 II 287 consid.5; arrêt du Tribunal fédéral 5A_570/2017 du 27 août 2018 consid. 6.1).

3.4 En l'espèce, la Cour, au vu des considérations qui vont suivre, ne tranchera pas la question de la divisibilité respectivement de l'indivisibilité des conclusions au fond de l'action en constatation négatoire de droit et de son incidence sur la poursuite.

En effet, la clause compromissoire figurant dans le Contrat de 1977 n'exclut pas expressément la compétence du juge étatique concernant les procédures de poursuites et leurs conséquences.

Par ailleurs, en soutenant que l'action en annulation de la poursuite est arbitrabile et que les conclusions y relatives seraient de la seule compétence du Tribunal arbitral, la recourante contrevient au principe de la bonne foi. C'est en effet la recourante qui a saisi le Tribunal de la présente procédure, de sorte que son comportement, contradictoire, frise la témérité.

Le grief de la recourante sera par conséquent rejeté.

L'argumentation de la recourante relative aux art. 85 et 89 RTFMC ne concernent pas la compétence des juridictions étatiques mais la détermination du montant des sûretés, laquelle sera examinée sous considérant 4 ci-après.

- 4.** La recourante se plaint d'une violation des art. 29 al. 1, 30 al. 1 et 36 al. 3 Cst, ainsi que 6 §1 CEDH.

4.1 L'art. 6 (droit à un procès équitable) n'offre en principe pas de protection plus étendue que les art. 29 et 29a Cst. (ATF 130 I 312 consid. 1.1; arrêts du Tribunal fédéral 5A_510/2018 du 26 septembre 2018 consid. 3.3; 2C_684/2015 du 24 février 2017 consid. 6.1; 5A_750/2015 du 4 mars 2016 consid. 2).

En vertu de l'art. 29 al. 1 Cst., toute personne a droit, dans une procédure judiciaire ou administrative, à ce que sa cause soit traitée équitablement et jugée dans un délai raisonnable.

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, se fondant sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à l'art. 6 par. 1 CEDH, le droit d'accéder aux tribunaux nécessite de par sa nature même une réglementation par les Etats parties à la Convention. Ceux-ci jouissent, à ce sujet, d'une certaine marge d'appréciation et ils peuvent donc prévoir certaines limitations, pour autant que celles-ci ne portent pas atteinte à la substance même du droit d'accès aux tribunaux, qu'elles tendent à un but légitime et qu'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les limitations instituées et le but visé (arrêt de la

CourEDH dans la cause Garcia contre Espagne du 15 février 2000, par. 36; voir aussi les arrêts Patronono contre Italie du 20 avril 2006, par. 58, et Besseau contre France du 6 mars 2006, par. 23). La Cour a notamment reconnu comme légitime de réclamer d'une partie appelante le versement d'une *cautio judicatum solvi* afin d'éviter que la partie appelée ne se trouve confrontée, en cas de rejet de l'appel, à l'impossibilité de recouvrer ses frais de justice (arrêt Tolstoy contre Royaume-Uni du 13 juillet 1995, par. 61; voir aussi l'arrêt Kreuz contre Pologne du 19 juin 2001, par. 54) (ATF 132 I 134 consid. 2.1).

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, des principes semblables s'appliquent au droit d'accès aux tribunaux qui est garanti par la Constitution fédérale (ATF 131 II 169 consid. 2.2.3; 130 I 312 consid. 4.2; 129 V 196 consid. 4.1). Ce droit nécessite d'être concrétisé par la législation; dans ce contexte, l'art. 36 Cst., qui vise au premier chef la restriction des libertés fondamentales, s'applique par analogie aux limitations éventuellement prévues (ATF 129 I 135 consid. 8.2).

Lorsqu'il prend des mesures, le juge doit respecter le principe fondamental de la proportionnalité (art. 5 al. 2 et 36 al. 3 Cst.)

Le montant des sûretés est issu d'une évaluation portant sur l'ensemble des frais déjà exposés ou restant à exposer, pour l'autre partie, du commencement du procès jusqu'à l'issue d'une éventuelle instance d'appel (ATF 132 I 134 consid. 2.2).

Lesdites sûretés répondent à un objectif légitime, au regard de l'art. 6 par. 1 CEDH, aussi lorsqu'elles garantissent indistinctement des frais déjà subis et des frais futurs (ATF 132 I 134 consid. 2.2).

4.2 Selon le RTFMC, le défraiement d'un représentant professionnel est, en règle générale, proportionnel à la valeur litigieuse. 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; cf. également art. 20 al. 1 LaCC).

A teneur de l'art. 85 al. 1 RTFMC, une valeur litigieuse au-delà de 10 millions de francs donne lieu à des dépens de 106'400 fr. plus 0,5% de la valeur litigieuse dépassant 10 millions de francs. Aux montants ainsi calculés s'ajoutent d'abord les débours (3%), puis la TVA (7.7% depuis le 1er janvier 2018) ainsi que le prévoient les art. 25 et 26 LaCC.

Le montant fixé selon l'art. 85 al. 1 RTFMC peut être augmenté ou réduit de 10% en fonction des critères de l'art. 84 RTFMC.

4.3 Dans le présent cas, il est constant que la valeur litigieuse des conclusions s'élève à 93'994'800 fr. (contre-valeur de USD 96'993'890.-) plus intérêts. C'est par erreur que le Tribunal a tenu compte d'une valeur litigieuse de 96'993'890 fr.

Conformément à l'art. 85 RTFMC, le défraiement de base de l'intimée est de 526'374 fr. (106'400 fr. + 0,5% de 83'994'800 = 419'974 fr., soit un total de 526'374 fr.). A ce montant s'ajoutent les débours et la TVA, soit 10,7%, représentant 56'322 fr., soit une somme totale de 582'696 fr.

Si la recourante a certes fait mention de l'art. 89 RTFMC, elle n'en tire toutefois aucune conclusion juridique.

La présente procédure n'en est qu'à ses débuts, dès lors que le Tribunal ne s'est pas encore penché sur les conclusions en annulation de la poursuite, mais uniquement sur les requêtes de mesures superprovisionnelles et provisionnelles, et sur la requête de fourniture de sûretés. L'intimée a déjà dû répondre à la requête de mesures provisionnelles, laquelle a fait l'objet d'une ordonnance rendue le 17 février 2020, contre laquelle la recourante a formé appel à la Cour le 28 février 2020 et a déposé la requête objet de la présente procédure.

Si l'ampleur des écritures n'est pas le seul élément permettant de juger de la difficulté ou de la complexité d'une cause, il s'agit d'un indice pertinent, surtout lorsque la procédure est à ses débuts, comme en l'espèce. En effet, à ce stade, l'estimation de l'ampleur que la cause pourra présenter, de même que le temps employé à la traiter, est malaisée.

Compte tenu du large pouvoir d'appréciation dont il bénéficie en la matière, le premier juge a correctement pris en compte l'ensemble des critères pertinents pour fixer les dépens présumés. La différence entre le calcul opéré par le Tribunal, fixant les sûretés à 597'202 fr. et celui effectué ci-avant, déterminant le montant de celles-ci à 582'696 fr. (soit 15'000 fr.) ne justifie pas de les modifier.

De plus, et dans la mesure où le versement de sûretés est approprié et répond à un objectif légitime, le montant de celles-ci ne saurait être tenu pour disproportionné. Par conséquent, le grief que la recourante prétend tirer de l'art. 36 al. 3 Cst., en relation avec les art. 6 par. 1 CEDH, 29 al. 1 et 30 al. 1 Cst., se révèle donc mal fondé.

Enfin, il sera rappelé que le Tribunal peut en tout temps réduire ou supprimer les sûretés, si les circonstances le justifient.

4.4 Le recours sera dès lors rejeté.

Au vu de l'écoulement du temps, il sera imparti à la recourante un délai de 30 jours, dès la notification du présent arrêt, pour déposer - dans les formes prévues à l'art. 100 al. 1 CPC - les sûretés de 597'202 fr. auxquelles elle a été condamnée par l'ordonnance entreprise. A défaut de paiement dans le délai imparti, le tribunal n'entrera pas en matière sur la demande (art. 59 al. 2 let. f et 101 al. 1 et 3 CPC).

- 5.** Les frais judiciaires du recours, comprenant ceux de l'arrêt sur effet suspensif du 1^{er} avril 2020, seront arrêtés à 4'200 fr. (art. 21 et 41 RTFMC) et mis à la charge de la recourante, qui succombe (art. 106 al. 1 CPC). Ils seront compensés avec l'avance effectuée par celle-ci, laquelle demeure acquise à l'Etat de Genève (art. 111 al. 1 CPC).

La recourante versera à l'intimée 2'000 fr., débours et TVA inclus, à titre de dépens du recours (art. 84, 85, 89 et 90 RTFMC).

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

La Chambre civile :

A la forme :

Déclare recevable le recours interjeté le 28 février 2020 par A_____ SA contre l'ordonnance OTPI/103/2020 rendue le 17 février 2020 par le Tribunal de première instance dans la cause C/16789/2019-10.

Au fond :

Le rejette.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Sur les frais :

Arrête les frais judiciaires du recours à 4'200 fr., les met à la charge de A_____ SA, entièrement compensés avec l'avance de frais versée, acquise à l'Etat de Genève.

Condamne A_____ SA à verser à B_____ 2'000 fr. à titre de dépens de recours.

Siégeant :

Madame Jocelyne DEVILLE-CHAVANNE, présidente; Mesdames Verena PEDRAZZINI RIZZI et Nathalie LANDRY-BARTHE, juges; Madame Jessica ATHMOUNI, greffière.

La présidente :

Jocelyne DEVILLE-CHAVANNE

La greffière :

Jessica ATHMOUNI

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.