



POUVOIR JUDICIAIRE

C/25956/2016

ACJC/1374/2018

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU MARDI 9 OCTOBRE 2018

Entre

A _____ LTD, sise _____, Iles Vierges Britanniques, recourante contre une ordonnance rendue par la 4^{ème} Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 12 mars 2018, comparant d'abord par Me Pascal Devaud, avocat, puis par Me Marc Béguin, avocat, rue du Marché 20, case postale 3029, 1211 Genève 3, en l'étude duquel elle fait élection de domicile,

et

1) **Monsieur B** _____, domicilié _____ [GE], intimé, comparant par Me Benoît Chappuis, avocat, rue De-Beaumont 11, 1206 Genève, en l'étude duquel il fait élection de domicile,

2) **Monsieur C** _____, domicilié _____ [GE], autre intimé, comparant par Me Dominique Henchoz, avocate, rue Charles-Bonnet 2, 1206 Genève, en l'étude de laquelle il fait élection de domicile,

3) **Monsieur D** _____, domicilié _____, Gibraltar, autre intimé, comparant par Me Arun Chandrasekharan, avocat, avenue de Champel 4, 1206 Genève, en l'étude duquel il fait élection de domicile,

4) **E** _____ SA, sise _____ [GE], autre intimée, comparant par Me Michel Bergmann, avocat, rue de Hesse 8-10, case postale 5715, 1211 Genève 11, en l'étude duquel elle fait élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué aux parties, par plis recommandés du 30.10.2018.

EN FAIT

A. F_____ SA, société qui avait son siège à Genève, a été prononcée en état de faillite le _____ 2015 et radiée le _____ 2016.

D_____ était l'administrateur président de la société, B_____ et C_____ en étaient les administrateurs et E_____ SA l'organe de révision.

B. a. Par demande formée devant le Tribunal de première instance le 18 septembre 2017, A_____ LTD, société incorporée aux Iles Vierges Britanniques, a assigné B_____, C_____, D_____ et E_____ SA, pris conjointement et solidairement, en paiement de la somme de 4'024'833 fr. 65, avec intérêts à 5% dès le 16 décembre 2008, sous suite de frais et dépens.

Elle a formé cette demande en sa qualité de créancière cessionnaire des droits de la masse en faillite en responsabilité contre les organes de F_____ SA, en application de l'art. 754 CO (concernant les administrateurs) et de l'art. 755 CO (concernant l'organe de révision).

A_____ LTD reproche notamment à D_____ d'avoir privilégié les intérêts de G_____ SA, société dont il était également administrateur, au détriment des intérêts de F_____ SA, la première s'étant enrichie aux dépens de la seconde (allégués 81 à 86; En droit, n. 222 à 224). Elle reproche par ailleurs à C_____ d'avoir effectué des prélèvements injustifiés sur les comptes de la société faillie, au titre de frais de voyage et/ou d'honoraires (allégués 141 à 153).

b. Par requête commune du 2 novembre 2017, B_____, C_____, D_____ et E_____ SA, comparissant chacun par un conseil différent, ont sollicité du Tribunal qu'il condamne A_____ LTD à fournir des sûretés en garantie des dépens à hauteur de 200'000 fr., sous peine d'irrecevabilité de la demande.

S'agissant de la quotité des sûretés réclamée, ils ont invoqué le fait que la valeur litigieuse était élevée, que la cause présentait une certaine complexité et que la demande était dirigée contre quatre défendeurs représentés chacun par son propre mandataire.

c. Dans sa réponse à la requête de sûretés du 12 décembre 2017, A_____ LTD a conclu à ce que le Tribunal lui octroie un délai d'un mois et demi pour fournir des sûretés en garantie des dépens limitées à 78'000 fr., sous forme de garantie bancaire ou sous forme d'un versement à la caisse du Pouvoir judiciaire.

Elle a soutenu que le montant réclamé de 200'000 fr. était excessif au regard notamment des art. 84 et 85 RTFMC. En outre, la pluralité des défendeurs n'était pas un critère pertinent pour fixer le montant des dépens, ce d'autant que les

intéressés avaient décidé "d'agir d'une même voix". Partant, il n'y avait pas lieu de tenir compte de leur nombre pour fixer le montant des sûretés.

d. Par ordonnance OTPI/154/2018 du 12 mars 2018, reçue par A_____ LTD le 14 mars 2018, le Tribunal, statuant par voie de procédure sommaire, a ordonné à la précitée de 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 d'un montant de 200'000 fr. (ch. 1 du dispositif), fixé à A_____ LTD un délai de 45 jours à compter de la notification de l'ordonnance pour déposer lesdites sûretés (ch. 2), dit que le délai pour répondre à la demande serait imparti à réception des sûretés (ch. 3), réservé le sort des frais (ch. 4) et débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 5).

En substance, le Tribunal a considéré que chaque codéfendeur pouvait prétendre à une indemnisation individuelle, débours et TVA incluse, laquelle pouvait être estimée, compte tenu de la valeur litigieuse, à 68'176 fr. 10, soit un montant total de dépens évalué à 273'444 fr. (68'361 fr. x 4). Les défendeurs ayant toutefois limité leurs prétentions en la matière à 200'000 fr., c'est ce montant qu'il convenait de retenir pour fixer la quotité des sûretés mises à la charge de A_____ LTD.

C. a. Par acte expédié au greffe de la Cour de justice le 26 mars 2018, A_____ LTD recourt contre cette ordonnance, dont elle requiert l'annulation. Cela fait, elle conclut au renvoi de la cause au Tribunal pour nouvelle décision dans le sens des considérants, subsidiairement, à ce qu'un délai d'un mois et demi lui soit octroyé pour fournir des sûretés d'un montant de 78'000 fr., sous forme de garantie bancaire ou sous forme d'un versement à la caisse du Pouvoir judiciaire, le tout sous suite de frais et dépens.

b. Par ordonnance du 2 mai 2018, la Cour a rejeté la requête de A_____ LTD tendant à suspendre le caractère exécutoire de l'ordonnance attaquée et dit qu'il serait statué sur les frais avec la décision sur le fond.

c. Dans leurs réponses respectives du 30 avril 2018, B_____, C_____, D_____ et E_____ SA, comparaisant chacun par leur propre conseil, ont conclu à la confirmation de l'ordonnance entreprise, sous suite de frais.

d. A_____ LTD n'ayant pas fait usage de son droit de répliquer, la cause a été gardée à juger le 24 mai 2018.

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.

Dès lors qu'il s'agit d'ordonnances d'instruction, 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, in Code de procédure civile commenté, 2011, n. 4 et 11 ad art. 103 CPC; SUTER/VON HOLZEN, in Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2016, n. 14 ad art. 99 CPC et n. 8 ad art. 103 CPC).

En l'espèce, recours est recevable pour avoir été formé dans les délai et forme légaux (art. 321 al. 1 et 142 al. 3 CPC).

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

2. **2.1** L'art. 99 al. 1 CPC prévoit que 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 (let. a).

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, *op. cit.*, n. 3 ad art. 99 CPC).

2.2 En l'espèce, seul le montant des sûretés est litigieux, le principe de celles-ci n'étant, à juste titre, pas remis en cause par la recourante.

3. Celle-ci reproche au Tribunal d'avoir retenu que chaque intimé pouvait prétendre à une indemnisation individuelle. Elle fait valoir que les intimés ont requis, conjointement, des sûretés pour un montant global de 200'000 fr. et qu'ils auront à se prononcer "*sur les mêmes éléments de la responsabilité*", soit ceux ressortant des art. 754 et 755 CO (dommage, violation de la loi, lien de causalité, faute). Il n'existait donc aucune raison matérielle objective de prévoir une défense séparée, de sorte que seule une indemnité unique – arrêtée à 78'000 fr. – se justifiait pour l'ensemble des intimés.

3.1.1 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. 95 al. 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. 7 ad art. 100 CPC).

En cas de consorité simple, chaque consort peut procéder indépendamment des autres (cf. art. 71 al. 3 CPC). Si les consorts sont représentés individuellement, chaque représentant peut demander les dépens correspondants (TAPPY, *op. cit.*, n. 12 ad art. 99 CPC; STAEHELIN/SCHWEIZER, in *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung*, 2016, n. 18-19 ad art. 70 CPC).

Selon le règlement fixant le tarif des frais en matière civile du canton de Genève (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). A teneur de l'art. 85 RTFMC, une valeur litigieuse au-delà de 4'000'000 fr. et jusqu'à 10'000'000 fr. donne lieu à des dépens de 61'400 fr. plus 0,75% de la valeur litigieuse dépassant 4'000'000 fr., auxquels sont ajoutés les débours (3%) et la TVA (7.7% depuis le 1^{er} janvier 2018) ainsi que le prévoient les art. 25 et 26 LaCC. Le montant fixé à l'art. 85 RTFMC peut être augmenté ou réduit de 10% en fonction des critères de l'art. 84 RTFMC. La valeur du litige est déterminée par les conclusions, les intérêts et les frais de la procédure n'étant pas pris en compte (art. 91 al. 1 CPC).

3.1.2 Le droit de la société anonyme fait une distinction entre les activités de gestion et les tâches de révision, la responsabilité des administrateurs étant prévue à l'art. 754 CO et celle des réviseurs à l'art. 755 CO. Toutes deux supposent la réunion de quatre conditions cumulatives, à savoir la violation d'un devoir, une faute (intentionnelle ou par négligence), un dommage et l'existence d'un rapport de causalité (naturelle et adéquate) entre la violation du devoir et la survenance du dommage (CORBOZ/AUBRY GIRARDIN, in *CR CO II*, 2017, n. 17 ad art. 754, n. 1 et 6a ad art. 755 CO).

La responsabilité des administrateurs et de l'organe de révision est soumise au régime de solidarité différenciée de l'art. 759 al. 1 CO, lequel prévoit que, si plusieurs personnes répondent d'un même dommage, chacune d'elles est solidairement responsable dans la mesure où le dommage peut lui être imputé personnellement en raison de sa faute et au vu des circonstances. Dans les rapports externes, c'est-à-dire dans les rapports entre les organes responsables et le lésé, le montant du dommage auquel un administrateur peut être condamné solidairement ne peut dépasser le dommage qu'il a causé ou contribué à causer et qui lui est imputable personnellement en raison de sa faute et au vu des circonstances; chaque coresponsable peut donc faire valoir ses motifs personnels

d'atténuation de la responsabilité, tels que la faute légère, la gêne, l'action de complaisance, la différence des situations économiques ou la faible rémunération (cf. art. 43 al. 1 et 44 CO; ATF 132 III 564 consid. 7 et les références).

Selon l'art. 759 al. 2 CO, le demandeur peut actionner plusieurs responsables pour la totalité du dommage et demander au juge de fixer au cours de la même procédure les dommages-intérêts dus par chacun des défendeurs. Le Tribunal fédéral a inféré de cette disposition que, lorsque le demandeur actionne ensemble plusieurs responsables pour la totalité du dommage, il ne supporte le risque des frais et dépens du procès qu'à l'égard d'une seule partie adverse et non à l'égard de chaque défendeur (ATF 122 III 324 consid. 7b).

En cas de rejet de la demande, le principe posé à l'ATF 122 III 324 cité *supra* sera appliqué de manière stricte lorsque des griefs identiques sont faits à l'encontre de plusieurs codéfendeurs et qu'une défense commune n'est pas exclue. En revanche, lorsque plusieurs défendeurs sont dans un conflit interne d'intérêts et qu'un avocat a déjà l'interdiction, de par les règles de droit public, de les assister tous parce qu'ils se chargent mutuellement, une telle application stricte n'est pas satisfaisante. Il s'ensuit que dans certaines circonstances, il n'y a pas lieu de priver les consorts défendeurs d'une prétention à plusieurs indemnisations. Il en va en particulier ainsi lorsqu'ils ont un motif légitime de se faire assister séparément ou en groupe. Tel est par exemple le cas lorsqu'une action en responsabilité d'organe est dirigée tant contre les administrateurs d'une société anonyme que contre ses réviseurs (ATF 125 III 138, JT 2001 I 285 consid. 2).

3.2 En l'espèce, la recourante actionne les intimés pour la totalité du dommage causé selon elle à la société faillie, en application de l'art. 759 al. 2 CO.

Dans sa demande, elle formule toutefois des griefs différenciés à l'encontre de ses parties adverses, certains faits étant reprochés spécifiquement à l'intimé D_____ (conflit d'intérêts vis-à-vis de la faillie du fait de son mandat d'administrateur de G_____ SA), d'autres à l'intimé C_____ (prélèvements relatifs à ses frais de voyage et ses honoraires). A cela s'ajoute que la connaissance qu'ont les administrateurs de la gestion courante de la société n'est pas la même que celle du réviseur, lequel n'intervient en règle générale qu'une fois par année, à la fin d'un exercice, pour établir son rapport de révision.

L'état de fait à la base de l'action étant distinct pour chacun des intimés, il est erroné d'affirmer, comme le fait la recourante, que ceux-ci ont "*tout intérêt à se coordonner*" et à "*préparer leurs arguments ensemble*". Au contraire, leur rôle respectif au sein de la société faillie devra selon toute vraisemblance faire l'objet d'un examen individualisé, la violation d'un devoir imputable à l'un n'étant pas nécessairement imputable aux autres. La même remarque s'applique quant aux conséquences juridiques d'une telle violation, chaque intimé étant susceptible

d'invoquer des motifs personnels d'atténuation de sa propre responsabilité. Dans ce contexte, il ne peut être exigé des intimés qu'ils adoptent une ligne de défense commune. C'est donc à bon droit que le Tribunal a retenu que les griefs soulevés par la recourante ne pouvaient pas être traités de façon uniforme, à l'aune des mêmes dispositions, pour chacun des intimés et que, s'agissant des griefs reprochés au conseil d'administration *in corpore*, les différents administrateurs se trouvaient dans une situation de conflit d'intérêts interne, de sorte qu'ils risquaient concrètement de se charger mutuellement.

Le premier juge a également considéré à juste titre que le dépôt par les intimés d'une requête commune de sûretés ne changeait rien à cette appréciation. En effet, leurs intérêts étaient convergents au stade de la recevabilité de la demande, tandis que les conditions pour l'obtention des sûretés étaient identiques pour tous les intimés. Leur démarche conjointe se justifiait donc, par un souci d'économie de procédure et afin de réduire leurs frais d'avocats respectifs. A l'inverse, leurs intérêts ne sont pas en tous points similaires sur le fond du litige, comme relevé ci-dessus. Dès lors que les intimés ont un motif légitime de se faire assister séparément et qu'ils sont représentés chacun par un conseil différent, tous peuvent prétendre à une indemnisation individuelle.

A juste titre, la recourante ne critique pas le calcul effectué par le Tribunal, qui a estimé le défraiement individuel de chacun des intimés, en cas de rejet de la demande, à 68'176 fr. [(61'400 fr. + 0,75% de 24'833 fr. 65) + 1'848 fr. de débours + 4'742 fr. de TVA], soit un montant global supérieur à 270'000 fr.

Il suit de là que le montant des sûretés a été fixé par le premier juge en conformité avec la loi, les intimés ayant limité leurs conclusions en la matière à 200'000 fr.

Le recours sera donc rejeté.

4. Les frais judiciaires de recours, qui comprennent l'émolument de décision sur effet suspensif, seront arrêtés à 1'200 fr. (art. 17 et 38 RTFMC), mis à la charge de la recourante, qui succombe (art. 106 al. 1 CPC), et compensés avec l'avance du même montant fournie par cette dernière, qui reste acquise à l'Etat de Genève (art. 111 al. 1 CPC).

La recourante sera condamnée à payer à chacun des intimés la somme de 800 fr., TVA et débours inclus, à titre de dépens de recours (art. 86 et 90 RTFMC).

* * * * *

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

A la forme :

Déclare recevable le recours formé par A_____ LTD contre l'ordonnance OTPI/154/2018 rendue le 12 mars 2018 par le Tribunal de première instance dans la cause C/25956/2016-4.

Au fond :

Le rejette.

Sur les frais :

Arrête les frais judiciaires de recours à l'200 fr., les met à la charge de A_____ LTD et les compense avec l'avance versée, qui reste acquise à l'Etat de Genève.

Condamne A_____ LTD à verser la somme de 800 fr. à B_____, à titre de frais judiciaires de recours.

Condamne A_____ LTD à verser la somme de 800 fr. à C_____, à titre de frais judiciaires de recours.

Condamne A_____ LTD à verser la somme de 800 fr. à D_____, à titre de frais judiciaires de recours.

Condamne A_____ LTD à verser la somme de 800 fr. à E_____ SA, à titre de frais judiciaires de recours.

Siégeant :

Madame Ursula ZEHETBAUER GHAVAMI, présidente; Madame Sylvie DROIN, Madame Nathalie RAPP, juges; Madame Camille LESTEVEN, greffière.

La présidente :

Ursula ZEHETBAUER GHAVAMI

La greffière :

Camille LESTEVEN

Indication des voies de recours :

Le Tribunal fédéral connaît, comme juridiction ordinaire de recours, des recours en matière civile; la qualité et les autres conditions pour interjeter recours sont déterminées par les art. 72 à 77 et 90 ss de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110). Il connaît également des recours constitutionnels subsidiaires; la qualité et les autres conditions pour interjeter recours sont déterminées par les art. 113 à 119 et 90 ss LTF. Dans les deux cas, le recours motivé doit être formé dans les trente jours qui suivent la notification de l'expédition complète de l'arrêt attaqué. L'art. 119 al. 1 LTF prévoit que si une partie forme un recours ordinaire et un recours constitutionnel, elle doit déposer les deux recours dans un seul mémoire.

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.