

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/26592/2017

ACJC/122/2019

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU LUNDI 28 JANVIER 2019

Entre

A _____ **LTD**, sise _____ (Grande Bretagne), recourante contre un jugement rendu par la 26ème Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 25 septembre 2018, comparant par Me Jean-Cédric Michel, avocat, rue François-Bellot 6, 1206 Genève, en l'étude duquel elle fait élection de domicile,

et

B _____ **SA**, sise _____ [GE], intimée, comparant par Me Pierre-Damien Eggly, avocat, rue Gourgas 5, case postale 31, 1211 Genève 8, en l'étude duquel elle fait élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 06.02.2019.

EN FAIT

- A.** Par jugement JTPI/14618/2018 du 25 septembre 2018, reçu par les parties le 26 septembre 2018, le Tribunal de première instance, statuant par voie de procédure sommaire, a débouté A_____ LTD des fins de sa requête en mainlevée provisoire de l'opposition formée au commandement de payer notifié à B_____ SA (ch. 1 du dispositif), mis à sa charge les frais judiciaires arrêtés à 1'500 fr. (ch. 2), l'a condamnée à verser 10'000 fr. de dépens à B_____ SA (ch. 3) et a débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 4).
- B.**
- a.** Le 8 octobre 2018, A_____ LTD a formé recours contre ce jugement concluant à ce que la Cour l'annule et prononce la mainlevée provisoire de l'opposition formée par B_____ SA au commandement de payer poursuite n° 1_____ à concurrence de 2'803'336 fr. 50 avec intérêts à 5% dès le 1^{er} septembre 2017, avec suite de frais et dépens.
- b.** Le 29 octobre 2018, B_____ SA a conclu à la confirmation du jugement querellé, avec suite de frais et dépens.
- c.** Les parties ont répliqué et dupliqué, persistant dans leurs conclusions.
- d.** Elles ont été informées le 27 novembre 2018 de ce que la cause était gardée à juger.
- C.** Les faits pertinents suivants résultent du dossier.
- a.** A_____ LTD, dont les administrateurs sont des avocats spécialisés dans le droit des affaires, a ouvert un compte auprès de B_____ SA le 17 juin 1993.
- En remplissant le document définissant son profil client, A_____ LTD a indiqué avoir des connaissances très étendues dans le domaine des fonds alternatifs, en particulier des *Hedge Funds*.
- Les conditions générales de la banque de 1993, signées par A_____ LTD, prévoient qu'*"afin de garantir toutes les prétentions qu'elle pourrait avoir contre le client (...), la banque jouira d'un droit de compensation et d'un droit de gage et de rétention sur l'ensemble des avoirs et créances dont la banque dispose directement ou indirectement pour le compte du client à son siège ou dans tout autre endroit en Suisse ou à l'étranger"*.
- Les parties ont également signé les documents suivants :
- Un document intitulé "*General deed of pledge*" qui prévoit que "*le nantissement garantit toutes les prétentions de la banque (...) à l'encontre du constituant, actuelles ou futures, échues ou non, quelle que soit leur cause juridique*".
 - Un document intitulé "*purchase/subscription application*" et un autre intitulé "*confirmation of receipt and due acknowledgement of the brochure special risks in securities trading*".

Selon ces documents, A_____ LTD confirmait les instructions données à la banque d'acheter au nom de la banque, en faveur de son compte et à ses risques exclusifs, une ou plusieurs parts de fonds d'investissements, notamment des véhicules d'investissements alternatifs et non-traditionnels, tels que des *hedge funds* et des fonds de *hedge funds*. A_____ LTD déchargeait la banque de toute responsabilité et conséquence découlant de l'exécution et de la réalisation des termes d'un tel investissement et confirmait qu'elle supporterait tous les risques y afférents, notamment les frais d'un litige judiciaire quant à l'exécution des droits liés directement ou indirectement avec l'instrument financier. Elle déclarait être familière avec le type de transactions décrites dans la brochure, consciente de leur potentiel risque élevé et relevait en conséquence la banque de ses obligations de fournir des informations additionnelles à ce sujet.

b. A_____ LTD a investi en 1997 et 1998 dans le fonds C_____ pour un montant total de USD 2'500'000.

En 2003, elle a vendu les parts de ce fonds pour un montant de USD 4'849'000.

Elle n'a pas contesté avoir pris elle-même la décision d'investir dans ce fonds, décision que la banque s'est limitée à exécuter.

C_____ était un "*feeder fund*", soit un "fond nourricier", dont les actifs étaient investis auprès de "*D_____ LLC*".

c. Le 11 décembre 2008, E_____ a été arrêté et inculpé pour violation de la législation boursière américaine suite à la découverte d'une fraude pyramidale mise en place au travers de la société D_____ LLC .

La mise en liquidation de D_____ LLC a été ordonnée le 12 décembre 2008.

Suite à cette mise en liquidation, C_____ a suspendu le calcul de sa valeur nette d'inventaire, ainsi que les souscriptions et rachats de parts et a également été mis en liquidation.

d. Le 5 décembre 2010 le liquidateur de D_____ LLC a introduit devant un Tribunal des Etats-Unis une action de type révocatoire à l'encontre de B_____ SA tendant notamment à la restitution par celle-ci du produit de la vente de certains titres effectuée à titre fiduciaire pour le compte de ses clients.

Cette action porte, entre autres, sur les ventes des parts du fonds C_____ LTD. La période concernée s'étend sur les six ans précédant la mise en liquidation de D_____ LLC , soit de décembre 2002 à décembre 2008.

Cette procédure est toujours en cours.

e. Le 9 avril 2014, A_____ LTD a fait savoir à B_____ SA qu'en 1997 et 1998, elle avait investi dans C_____ LTD, un fonds de E_____, une somme de

USD 2'500'000. Ces investissements avaient été vendus en 2003 pour un montant de USD 4'848'000. Le 8 février 2011, soit huit ans plus tard, elle avait reçu un courrier de la banque l'informant d'un blocage interne sur le compte dû à un potentiel "*clawback*", soit une action révocatoire de droit des poursuites américain. Depuis cette date, elle n'avait reçu aucune nouvelle et les fonds étaient toujours bloqués. Elle demandait leur libération immédiate et sollicitait des explications sur les raisons de ce blocage.

f. Le 28 avril 2014, la banque a répondu à A_____ LTD que la décision de ne plus exécuter des ordres de transferts sur ce compte était justifiée par les documents contractuels, plus précisément par le "*General deed of pledge*" signé le 17 juin 1993. Cette pratique avait été confirmée par le Tribunal fédéral qui avait jugé que la clause stipulant la constitution d'un gage pour garantir toutes les créances actuelles, conditionnelles, éventuelles ou futures résultant des rapports d'affaire était valable, dans la mesure où elle se rapportait clairement aux créances auxquelles les parties pouvaient et devaient raisonnablement penser lors de la conclusion du contrat de gage.

g. Le 25 novembre 2016, A_____ LTD, faisant référence à un arrêt du Tribunal fédéral 4A_81/2016, a indiqué que la banque ne pouvait invoquer aucun droit de gage mobilier sur les avoirs en couverture d'un hypothétique "*clawback*". Elle réitérait sa demande de déblocage des fonds.

La banque a refusé cette requête le 6 décembre 2016.

h. Au 29 août 2017, sous l'intitulé "*Total Assets*", le relevé bancaire du compte de A_____ LTD indique un montant de USD 5'831'114.90, lequel se compose pour une partie de positions dans des *hedge funds*, et pour l'autre partie de liquidités en USD 2'836'193.77.

Ce relevé contient une rubrique intitulée "*Contingent Liabilities*" – soit "passifs éventuels" selon la traduction faite par A_____ LTD selon le site <http://dictionnaire.reverso.net> et non contestée par sa partie adverse – et "*Granted Commitments*" – soit "engagements admis" selon la traduction figurant sur le site internet précité - pour un montant de USD 2'851'499.55 sous un poste nommé "*E_____ Guarantee USD, 2_____, 11.02.2011, 3_____ (17793)*". Le montant précité est porté en déduction des avoirs du client au 29 août 2017.

i. Le 21 septembre 2017, A_____ LTD a notifié à B_____ SA un commandement de payer poursuite n° 1_____ portant sur 5'590'130 fr. avec intérêts à 5% dès le 1^{er} septembre 2017 au titre de "contrat de dépôt bancaire et de mandat, solde de compte en banque/ contre-valeur de USD 5'831'115". Opposition y a été faite.

j. Le 13 novembre 2017, A_____ LTD a requis du Tribunal la mainlevée provisoire de cette opposition à concurrence de 2'803'336 fr. 50 avec intérêts à 5% dès le 1^{er} septembre 2017.

Elle a fait valoir que le relevé de son compte au 29 août 2017 valait reconnaissance de dette.

B_____ SA a conclu au rejet de cette requête, relevant qu'elle faisait l'objet d'une action révocatoire intentée par le liquidateur de D_____ LLC pour les achats et ventes effectués dans le fonds C_____ pour le compte et aux risques de ses clients, notamment de A_____ LTD. Il n'était en outre pas exclu que les liquidateurs du fonds précité intentent également une action de ce type à son encontre. En cas de condamnation par la justice américaine, elle aurait une créance en remboursement envers sa cliente en application des art. 402 et 62 CO. Elle était par conséquent en droit de retenir le montant litigieux en vertu de son droit de gage sur les avoirs de sa partie adverse résultant des documents contractuels.

Les parties ont répliqué et dupliqué, persistant dans leurs conclusions.

La cause a été gardée à juger par le Tribunal le 6 août 2018.

EN DROIT

1. **1.1** S'agissant d'une procédure de mainlevée, seule la voie du recours est ouverte (art. 319 let. a et 309 let. b ch. 3 CPC). La procédure sommaire s'applique (art. 251 let. a CPC).

Aux termes de l'art. 321 al. 1 et 2 CPC, le recours, écrit et motivé, doit être introduit auprès de l'instance de recours dans les dix jours à compter de la notification de la décision motivée, pour les décisions prises en procédure sommaire.

En l'espèce le recours a été interjeté dans le délai et selon les formes prévus par la loi, de sorte qu'il est recevable.

1.2 Dans le cadre d'un recours, le pouvoir d'examen de la Cour est limité à la violation du droit et à la 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 la partie recourante (HOHL, Procédure civile, Tome II, 2^{ème} édition, Berne, 2010, n° 2307).

Les maximes des débats et de disposition s'appliquent (art. 55 al. 1, 255 lit. a *a contrario* et 58 al. 1 CPC).

2. Le Tribunal a considéré que la recourante était au bénéfice d'une reconnaissance de dette pour le solde de son compte bancaire. Le Tribunal fédéral avait admis dans un arrêt 4A_540/2015 du 1^{er} avril 2016 que la banque pouvait invoquer son droit de gage contractuel pour retenir les avoirs du client en garantie de ses prétentions éventuelles résultant des actions des liquidateurs des fonds C_____.

En effet, une telle créance était liée à une opération d'investissement s'inscrivant dans des relations d'affaires prévisibles. L'ATF 142 III 746 rendu le 3 octobre 2016 ne constituait pas un renversement de cette jurisprudence centenaire; la solution adoptée dans cette dernière décision différait de celle de l'arrêt précité en raison de variations dans leurs états de fait respectifs. In casu, la créance en indemnisation de la banque contre son client était fondée sur l'art. 402 CO. Cette créance était suffisamment certaine puisque l'intimée faisait l'objet d'une procédure pendante visant à la restitution du montant du rachat des parts du fonds C_____ LTD.

La recourante fait valoir que le Tribunal s'est écarté à tort de la jurisprudence de l'ATF 142 III 746. L'action révocatoire à la suite d'une fraude était exclue du champ d'application du droit de gage contractuel de la banque car il ne s'agissait pas d'une créance prévisible pour les parties au moment de la conclusion du contrat. L'engagement de la recourante était en outre nul en application des articles 27 al. 2 CC et 19 al 2 CO car excessif, en tant qu'il visait toutes les créances futures hypothétiques de la banque sans limite temporelle ou matérielle. Enfin, l'intimée ne démontrait pas être assignée devant la justice américaine en lien avec des opérations effectuées pour le compte de la recourante.

2.1.1 En vertu de l'art. 82 LP, le créancier dont la poursuite se fonde sur une reconnaissance de dette constatée par acte authentique ou sous seing privé peut requérir la mainlevée provisoire (al. 1); le juge la prononce si le débiteur ne rend pas immédiatement vraisemblable sa libération (al. 2).

La procédure de mainlevée est une procédure sur pièces, dont le but n'est pas de constater la réalité de la créance en poursuite, mais l'existence d'un titre exécutoire. Le juge de la mainlevée examine uniquement la force probante du titre produit par le poursuivant, sa nature formelle, et lui attribue force exécutoire si le poursuivi ne rend pas immédiatement vraisemblables ses moyens libératoires. Il doit notamment vérifier d'office l'existence d'une reconnaissance de dette, l'identité entre le poursuivant et le créancier désigné dans ce titre, l'identité entre le poursuivi et le débiteur désigné et l'identité entre la prétention déduite en poursuite et la dette reconnue. Le poursuivi peut se prévaloir de tous les moyens de droit civil - exceptions ou objections - qui infirment la reconnaissance de dette. Il n'a pas à apporter la preuve absolue (ou stricte) de ses moyens libératoires, mais seulement à les rendre vraisemblables, en principe par titre (art. 254 al. 1 CPC;). Le juge n'a pas à être persuadé de l'existence des faits allégués; il doit, en se fondant sur des éléments objectifs, avoir l'impression qu'ils se sont produits, sans exclure pour autant la possibilité qu'ils se soient déroulés autrement (ATF 142 III 720 consid. 4.1).

Seuls les faits doivent être rendu vraisemblables par le poursuivi, le juge examinant d'office le bien-fondé juridique des moyens libératoires, selon le principe *iura novit curia*. Le Tribunal fédéral admet toutefois que, lorsqu'il statue

sur la base de faits rendus simplement vraisemblables, le juge se contente d'un examen sommaire du droit (ABBET/VEUILLET, La mainlevée de l'opposition, 2017, n. 108 ad art. 82 LP).

Le juge de la mainlevée n'a pas à revoir ou interpréter le titre qui lui est produit; il ne lui appartient pas non plus de trancher de délicates questions de droit matériel ou pour la solution desquelles le pouvoir d'appréciation joue un rôle important, la décision sur de telles questions étant réservée au juge du fond (ABBET/VEUILLET, op. cit., n. 106 ad art. 82 LP).

2.1.2 Constitue une reconnaissance de dette au sens de l'art. 82 LP l'acte authentique ou sous seing privé signé par le débiteur ou son représentant d'où ressort sa volonté de payer au créancier, sans réserve ni condition, une somme d'argent déterminée, ou aisément déterminable, et exigible (ATF 139 III 297 consid. 2.3.1; 136 III 624 consid. 4.2.2).

Dans une relation de compte courant, si le solde est positif ou en faveur du client, la banque émet, en envoyant l'extrait de compte, une reconnaissance de dette. Ce faisant, elle renonce à faire valoir les exceptions et les objections connues (GUGGENHEIM, Les contrats de la pratique bancaire suisse, 5^{ème} éd. 2014, n. 1755).

2.1.3 Selon l'art. 402 al. 1 CO, le mandant doit rembourser au mandataire, en principal et intérêts, les avances et frais que celui-ci a faits pour l'exécution régulière du mandat et le libérer des obligations par lui contractées.

Il doit aussi l'indemniser du dommage causé par l'exécution du mandat, s'il ne prouve que ce dommage est survenu sans sa faute (art. 402 al. 2 CO).

Dans l'arrêt 4A_540/2015 du 1^{er} avril 2016, le Tribunal fédéral a considéré que le contrat de gage concernant "toutes les créances actuelles ou futures de la banque envers le constituant" ne pouvait englober que les créances résultant des relations d'affaires en cours ou envisageables entre la banque et le client au moment de la signature. Dans le contexte du cas d'espèce, l'acquisition d'actions, d'obligations, de parts dans des fonds de placement ou autre investissement de ce type était une opération que pouvait et devait envisager le client à l'ouverture de son compte bancaire. La banque, qui avait acquis en son propre nom, pour le compte de son client, des parts d'un fonds lié à la fraude de E_____ et qui était assignée en paiement par le liquidateur du fonds en question, avait envers son client une créance en remboursement fondée sur l'art. 402 CO. Ceci était valable lorsque les parties avaient convenu que la banque se limiterait à exécuter les ordres du client, qui assumait seul les profits et risques des opérations demandées. L'existence d'une procédure pendante à l'encontre de la banque, susceptible d'aboutir à une condamnation de celle-ci qui devrait être supportée financièrement par le client, était suffisante pour permettre à la banque de refuser de restituer au client le solde de ses comptes bancaires, à concurrence du montant prévisible de sa créance.

L'arrêt [ATF] 142 III 746 du 3 octobre 2016 concernait un état de fait comparable, à la différence que la banque avait acheté des parts du fonds lié à E_____ en son nom et pour le compte de sa cliente, mais sans que celle-ci ait participé à la prise de décision concernant ces investissements, sur la base d'un mandat de gestion discrétionnaire. Dans ce cas-là, le Tribunal fédéral a jugé que la créance en indemnisation dont se prévalait la banque en relation avec les opérations d'achat et de vente des parts du fonds lié à E_____ n'était pas prévisible au moment de la conclusion du contrat, ce qui avait pour conséquence que la validité du droit de gage devait être niée. Le droit de gage n'étant pas valable, le Tribunal fédéral a laissé ouverte la question de l'existence de cette créance au regard de l'art. 402 CO.

2.2 En l'espèce, la recourante se prévaut, comme titre de mainlevée, d'un relevé de compte du 29 août 2017 qui mentionne USD 2'836'193.77 de liquidités en sa faveur. Ce relevé de compte précise cependant qu'une somme de USD 2'851'499.55 vient en déduction des avoirs du client au titre "d'engagements admis" ("*Granted Commitments*").

L'on ne peut ainsi pas déduire de ce relevé bancaire la volonté de l'intimée de payer à la recourante, sans réserve ni condition, le montant de liquidités de USD 2'836'193.77 figurant sur son relevé bancaire, puisque ledit relevé précise qu'une somme de USD 2'851'499.55 vient en déduction de ce montant.

Ce relevé ne constitue ainsi pas une reconnaissance de dette au sens de l'art. 82 LP.

Le jugement querellé doit par conséquent être confirmé pour ce motif déjà.

Même à supposer que la recourante ait été au bénéfice d'un titre de mainlevée provisoire, c'est à juste titre que le Tribunal a considéré que l'intimée avait rendu vraisemblable l'existence d'un moyen libératoire.

Dans son arrêt 4A_540/2015 du 1^{er} avril 2016, qui concernait une affaire similaire au cas d'espèce, le Tribunal fédéral a admis que le droit de gage invoqué par la banque pour s'opposer à la prétention en paiement de son client était valable et que la créance garantie était suffisamment déterminée puisque la banque faisait l'objet d'une procédure visant à obtenir la restitution du montant touché par son client pour la vente de ses parts dans un fonds lié à E_____.

In casu, comme dans la cause précitée, l'intimée fait l'objet d'une action en paiement en lien avec l'achat et la vente de parts du fonds C_____ effectués pour le compte de ses clients. Le fait que le nom de la recourante ne soit pas spécifiquement mentionné dans la demande en paiement déposée par le liquidateur de D_____ LLC n'est pas pertinent. L'intimée a effectué les achats précités en son propre nom de sorte que rien ne permet de penser que le

liquidateur a connaissance du nom des clients pour le compte desquels les transactions ont été faites.

Si l'intimée est condamnée à verser un montant à l'issue de la procédure américaine, il est vraisemblable qu'elle pourra en requérir le remboursement de la part de la recourante en application de l'art. 402 al. 1 ou 2 CO, étant souligné que les documents contractuels liant les parties prévoient que les investissements litigieux sont faits aux risques exclusifs de la recourante et que celle-ci décharge la banque de toute responsabilité découlant de l'exécution de l'investissement.

Contrairement à ce que soutient la recourante, il n'y a pas lieu de retenir, sur la base des considérants de l'ATF 142 III 746, que le droit de gage de l'intimée in casu est vraisemblablement nul en tant qu'il constitue un engagement excessif.

En effet, l'état de fait ayant fondé cette décision diffère de celui de la présente cause en ce sens que le client n'avait pas participé à la prise de décision relative à l'achat des parts du fonds lié à E_____. Or il n'est pas contesté que, dans la présente procédure, c'est la recourante, administrée par des avocats spécialisés en droit des affaires, qui a requis l'intimée d'effectuer les transactions litigieuses.

En outre, dans l'ATF 142 III 746, la banque n'avait pas fait l'objet d'une action révocatoire mais simplement d'un avertissement du trustee, ce qui, selon la doctrine, a joué un rôle dans la décision du Tribunal fédéral (FALLETTI/BIZZORERO, Le mandat de gestion de fortune, 2017, p. 404 ss).

A cela s'ajoute que le prononcé de la nullité du contrat de gage conclu entre les parties impliquerait de trancher une délicate question de droit matériel, dans le cadre de laquelle il conviendrait d'analyser la volonté des parties au moment de la conclusion du contrat, ce qui implique l'exercice d'un pouvoir d'appréciation. Or une telle démarche excède le pouvoir de cognition restreint du juge de la mainlevée.

Le jugement querellé sera par conséquent confirmé.

3. La recourante, qui succombe, sera condamnée aux frais judiciaires, arrêtés à 3'000 fr. et partiellement compensés avec l'avance en 2'250 fr. fournie par ses soins, acquise à l'Etat de Genève (art. 106 al. 1 CPC, 48 et 61 OELP).

La recourante sera ainsi condamnée à verser à l'Etat de Genève le solde en 750 fr.

Les dépens alloués à l'intimée seront fixés à 5'000 fr. débours et TVA inclus (art. 85, 88, 89 et 90 RTFMC).

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

La Chambre civile :

A la forme :

Déclare recevable le recours interjeté par A_____ LTD contre le jugement JTPI/14618/2018 rendu le 25 septembre 2018 par le Tribunal de première instance dans la cause C/26592/2017-27 SML.

Au fond :

Le rejette.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Sur les frais :

Condamne A_____ LTD aux frais judiciaires, arrêtés à 3'000 fr., et partiellement compensés avec l'avance fournie, acquise à l'Etat de Genève.

Condamne A_____ LTD à verser 750 fr. à l'Etat de Genève, soit pour lui les Services financiers du Pouvoir judiciaire, au titre des frais judiciaires.

La condamne à payer en outre 5'000 fr. de dépens à B_____ SA.

Siégeant :

Madame Fabienne GEISINGER-MARIETHOZ, présidente; Monsieur Laurent RIEBEN et Madame Eleanor MCGREGOR juges; Madame Mélanie DE RESENDE PEREIRA, greffière.

La présidente :

Fabienne GEISINGER-MARIETHOZ

La greffière :

Mélanie DE RESENDE PEREIRA

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.