



POUVOIR JUDICIAIRE

C/4440/2020

ACJC/1791/2020

ARRÊT**DE LA COUR DE JUSTICE****Chambre civile****DU LUNDI 14 DECEMBRE 2020**

Entre

Madame A_____, domiciliée _____ [VD], appelante d'une ordonnance rendue par la 16ème Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 10 juillet 2020, comparant par Me Philippe Baudraz, avocat, rue des Terreaux 2, case postale 540, 1001 Lausanne, en l'étude duquel elle fait élection de domicile,

et

B_____ **SA**, sise _____ [GE], intimée, comparant par Me Christian Luscher, avocat, rue Bovy-Lysberg 2, case postale 5824, 1211 Genève 11, en l'étude duquel elle fait élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés, ainsi qu'au Tribunal de première instance le 18.12.2020.

EN FAIT

- A.** Par ordonnance OTPI/451/2020 rendue le 10 juillet 2020, notifiée aux parties le 13 juillet 2020, le Tribunal de première instance, statuant sur requête de preuve à futur, a, préalablement, déclaré irrecevable la réplique spontanée du 14 mai 2020 de A_____ (chiffre 1 du dispositif), cela fait et principalement, a rejeté la requête (ch. 2), mis les frais judiciaires à la charge de A_____ (ch. 3), arrêté ceux-ci à 1'000 fr. (ch. 4), compensés avec l'avance de frais fournie par la précitée (ch. 5), condamné celle-ci à payer à B_____ SA 3'000 fr. à titre de dépens (ch. 6) et débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 7).
- B.** **a.** Par acte expédié à la Cour de justice le 23 juillet 2020, A_____ a formé appel de cette ordonnance et sollicité sa réformation. Elle a ainsi conclu à ce que la Cour ordonne la preuve à futur sous la forme d'une expertise hors procès et désigne un expert, soit C_____, afin qu'il réponde aux allégués 34, 35, 45, 48, 51, 60, 72 à 78, 80 à 82, 84, 86 à 89, 91 et 95 à 97 de la requête ainsi qu'aux questions suivantes :
- 1) Au vu de l'âge et des attentes de la cliente, est ce que le profil choisi était approprié ? N'aurait-il pas fallu choisir un profil de type conservatoire ?
 - 2) Est-ce exact de prélever des frais de gestion (0,70%) au début du trimestre ? Si oui, sur quelle base de calcul ? Est-ce que les calculs effectués par l'intimée (pièce 16) sont conformes à la réglementation applicable aux gérants de fortune ?
 - 3) Est-il conforme à l'usage qu'il soit prélevé à la fois des frais de gestion par le gestionnaire de fortune et par l'établissement dépositaire ?
 - 4) Est-ce que l'intimée a respecté le profil d'investissement "*moyen*" et la stratégie d'investissement de 60% en actions et autres investissements, prévue par le contrat qu'a signé la cliente, le 21 juin 2017 ?
 - 5) Est-ce conforme aux règles de diligence d'acheter et vendre pour quatre fois la valeur du patrimoine du mandant en l'espace d'un an et demi ? Est-ce conforme à la réglementation en vigueur et à un profil d'investissement sur 3 à 10 ans ?
 - 6) Pouvons-nous constater la présence de barattage ou "*churning*" ?
 - 7) Y-a-t-il violation du code de conduite de D_____ (ci-après : D_____) et des directives de E_____ (ci-après : E_____) dans sa version en vigueur au moment des faits ?
 - 8) A combien se monte le dommage subi par la requérante, lié à l'activité de B_____ SA et quel est le détail du calcul ?
 - 9) Quelle est la part de responsabilité de B_____ SA dans la diminution du patrimoine de la requérante ?
 - 10) Quel aurait été le patrimoine de la requérante en janvier 2019 s'il n'avait été procédé à aucune opération depuis la fin du mandat de la BANQUE F_____ ?
 - 11) Est-il approprié, pour un portefeuille suisse, d'investir aussi peu dans des titres suisses ?

12) B_____ SA ou G_____ SA ont-elles perçu des commissions lors de la vente et de l'achat des divers titres pour le compte de la requérante ?

13) Quel est l'opinion de l'expert sur la stratégie d'investissement choisie par B_____ SA? Etait-elle appropriée au vu du profil de la mandante ?

14) Quelle est l'opinion générale de l'expert quant à la qualité de la gestion effectuée par B_____ SA ?

A_____ a en outre conclu à ce que la Cour invite l'expert à tenir une séance de mise en œuvre de l'expertise en présence des parties, lui réserve la possibilité de poser des questions complémentaires et déclare recevable la réplique spontanée déposée le 14 mai 2020, sous suite de frais et dépens.

b. B_____ SA a conclu à l'irrecevabilité, subsidiairement au rejet, de l'appel, sous suite de frais et dépens, ceux-ci étant chiffrés à 20'000 fr.

c. Les parties ont répliqué, respectivement dupliqué, et persisté dans leurs conclusions.

d. Par avis du 11 septembre 2020, la Cour a informé les parties de ce que la cause était gardée à juger.

C. Les faits pertinents suivants résultent du dossier :

a. B_____ SA est une société anonyme sise à Genève dont le but est "l'achat, la vente, la gestion, la location, le pilotage, le courtage, la promotion de tous biens immobiliers, ainsi que toutes prestations de conseils et services dans le domaine de l'immobilier, à l'exclusion de toutes les opérations prohibées par la LFAIE".

b. Le 21 juin 2017, A_____ a confié à B_____ SA un mandat de gestion discrétionnaire portant sur des avoirs en quelque 5'000'000 fr., jusque-là confiés depuis 2013 à la banque F_____ (Suisse) SA.

L'annexe au mandat mentionne un objectif de placement en croissance modérée du capital et un horizon de placement entre 3 et 10 ans. La mandante désirait disposer de liquidités en 20'000 fr. par mois. La stratégie d'investissement convenue était moyenne, à savoir maximum 60% en actions et autres investissements des catégories suivantes : fonds de placement en actions, obligations convertibles, investissements alternatifs (hedge funds, funds of funds (FOF)), métaux précieux, matières premières, produits structurés, produits dérivés, et jusqu'à 100% en obligations à taux fixe ou variable, fonds obligataires, fonds monétaires, placements fiduciaires. Cette stratégie correspondait à un objectif du client de "*croissance modérée du capital en acceptant une prise de risque et une volatilité non négligeables*".

c. Par courrier du 19 février 2019, A_____, après avoir exprimé des inquiétudes quant à des baisses subies par son capital, a écrit à H_____, alors administrateur et directeur général de B_____ SA. Elle lui a exposé qu'elle avait demandé, le 31 janvier 2019, à I_____ et J_____, ses gestionnaires auprès de B_____ SA, des informations concernant les mouvements de son compte et les investissements. Ceux-ci avaient envoyé lesdites informations le 4 février 2019. Elle ne pensait toutefois pas avoir tous les détails des mouvements et investissements, y compris les mouvements intermédiaires pour 2017, 2018 et 2019 afin de pouvoir comprendre comment son portefeuille avait été géré.

En effet, les performances enregistrées étaient de + 1,9% au 14 décembre 2017, - 0.83% au 15 mars 2018, - 1.78% au 3 juillet 2018 et - 1.53% au 2 octobre 2018, pour une baisse totale de 10% sur toute l'année 2018. En outre, A_____ a reproché à B_____ SA d'avoir effectué des opérations pour plusieurs millions de francs à quelques semaines d'intervalles.

d. Par courriel du 4 mars 2019, B_____ SA a invité A_____ à lui confirmer son adresse afin de lui faire parvenir une copie du mandat de gestion, l'état du compte / relevé de fortune au 1^{er} mars 2019, la liste de toutes les transactions / investissements en dépôt pour 2017, 2018 et jusqu'au 4 mars 2019, ainsi que tous les mouvements de compte courant CHF, USD, EUR et AUD pour 2017, 2018 et jusqu'au 4 mars 2019.

e. Le 7 mars 2019, A_____ a résilié avec effet immédiat le contrat de gestion de fortune.

f. Le 15 mai 2019, A_____ a demandé à B_____ SA de lui fournir la liste des transactions effectuées dans le cadre de la gestion de son patrimoine, sous la forme d'un document détaillé, explicitant le nombre d'actions achetées et leur prix, et un document similaire s'agissant des obligations et de l'achat de devises.

g. Par courrier du 29 mai 2019, B_____ SA a invité A_____ à se référer à ses plis précédents et lui a adressé à nouveau l'intégralité des mouvements du compte sur lequel, selon elle, figurait les différents types d'investissements. A_____ devait au surplus s'adresser à la banque pour obtenir tout document additionnel, dès lors que B_____ SA n'avait plus accès aux données bancaires.

h. Par acte reçu par le Tribunal de première instance le 4 mars 2020, A_____ a formé une requête de preuve à futur à l'encontre de B_____ SA.

Elle a conclu, sous suite de frais et dépens, à ce que le Tribunal ordonne la preuve à futur sous la forme d'une expertise hors procès, désigne un expert afin qu'il réponde aux allégués 34, 35, 45, 48, 51, 60, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 80, 81, 82, 84, 86, 87, 88, 89, 91, 95, 96 et 97 de la requête ainsi qu'aux mêmes questions qu'elle a formulées en appel. Elle a conclu à ce que le Tribunal désigne, en qualité

d'expert, C_____, de K_____, sis _____ [VD], ou à défaut un autre expert à définir en cours d'instance, et invite l'expert à tenir une séance de mise en œuvre de l'expertise en présence des parties, la requérante se réservant le droit de poser des questions à l'expert.

A l'appui de sa requête, elle a fait valoir que B_____ SA avait violé son devoir de diligence et son devoir d'information, ainsi que les termes du contrat. Il était primordial qu'un expert puisse mettre en lumière certaines violations du contrat et des normes liant B_____ SA (Code Suisse de conduite) et arrêter le dommage qu'elle avait subi.

Elle a par ailleurs requis la production de titres en mains de B_____ SA, à savoir la base de calcul relative aux frais de gestion et de performance, le rapport de gestion détaillé couvrant la période du mandat de gestion discrétionnaire, les notes internes et échanges de courriels entre les responsables de la gestion du patrimoine de la requérante permettant de recenser le déroulement des événements durant le mandat ainsi que tout document justifiant le prélèvement trimestriel d'un montant de l'ordre de 4'000 fr. sur les comptes de la requérante.

i. Dans ses déterminations écrites du 20 avril 2020, B_____ SA a conclu, préalablement, à ce que le Tribunal condamne A_____ à verser une avance de frais judiciaires de 10'000 fr., au motif que la requête ne constituait pas une preuve à futur mais une procédure visant à éviter les droits de greffe d'une procédure au fond. Elle a conclu au rejet de la requête, sous suite de frais et dépens.

Selon elle, elle avait fourni une information suffisante à A_____ tant au début de la relation que pendant la durée de celle-ci. De nombreux rendez-vous avaient notamment eu lieu, qui avaient fait l'objet de rapports de visite circonstanciés et signés par A_____. Au 6 mars 2019, une grande partie des pertes sur le portefeuille selon les chiffres au 31 décembre 2018 avaient été récupérées. Selon son évaluation hypothétique, la croissance du portefeuille de A_____ aurait continué jusqu'à la fin de l'année 2019.

j. Par ordonnance du 23 avril 2020, le Tribunal a déclaré irrecevable, subsidiairement infondée, la demande en reconsidération de la décision relative à l'avance de frais mise à la charge de la requérante.

k. Le 14 mai 2020, A_____ a produit une réplique spontanée, comprenant une détermination sur les allégués de B_____ SA et en de nouveaux allégués de A_____, et des pièces complémentaires.

l. Lors de l'audience du Tribunal du 29 juin 2020, les parties ont plaidé et persisté dans leurs conclusions respectives.

A l'issue de l'audience, le Tribunal a gardé la cause à juger.

m. Dans l'ordonnance entreprise, le Tribunal, s'agissant de la requête en production de pièces, a considéré qu'elle visait le même but qu'une reddition de comptes au sens de l'art. 400 CO, qui ne pouvait faire l'objet d'une requête de preuve à futur. Quant à l'expertise, le Tribunal a relevé que celle-ci tendait à faire trancher des questions juridiques, de la compétence du juge, et non des questions de faits. Au surplus, il n'était pas rendu vraisemblable que l'éclaircissement de faits fût nécessaire pour évaluer les chances de succès d'une action au fond. Il s'agissait au contraire de démontrer des violations du contrat et de normes de conduite propres aux gestionnaires de fortune, que A_____ considérait comme acquises, et d'arrêter le dommage subi, de sorte qu'elle disposait déjà des éléments nécessaires pour décider de l'opportunité d'introduire une action au fond.

EN DROIT

- 1. 1.1** Dans une affaire de nature pécuniaire, les décisions sur mesures provisionnelles sont susceptibles d'appel si la valeur litigieuse au dernier état des conclusions devant le Tribunal de première instance atteint 10'000 fr. au moins (art. 308 al. 2 CPC).

Quand bien même la requête de preuve à futur constitue une procédure indépendante, elle s'inscrit néanmoins dans la perspective d'un procès ultérieur, voire est intentée parallèlement à l'existence d'un procès au fond déjà pendant. Pour déterminer la valeur litigieuse de la procédure de preuve à futur, il convient donc de se référer à l'enjeu que doit revêtir ou que revêt le procès au fond (arrêt du Tribunal fédéral 5A_832/2012 consid. 1.1; ACJC/242/2013 du 22 février 2013 consid. 1.1 et ACJC/268/2017 du 10 mars 2017 consid.1.1).

En l'occurrence, le litige porte sur l'administration d'une preuve à futur et l'appelante indique disposer de prétentions au fond s'élevant à quelque 500'000 fr.

Il s'ensuit que la voie de l'appel est ouverte contre l'ordonnance entreprise.

1.2 L'appel doit être motivé (art. 311 al. 1 CPC). Pour satisfaire à cette exigence, il ne lui suffit pas de renvoyer aux moyens soulevés en première instance, ni de se livrer à des critiques toutes générales de la décision attaquée; sa motivation doit être suffisamment explicite pour que l'instance d'appel puisse la comprendre aisément, ce qui suppose une désignation précise des passages de la décision que le recourant attaque et des pièces du dossier sur lesquelles repose sa critique (ATF 141 III 569 consid. 2.3.3; 138 III 374 consid. 4.3.1).

En l'espèce, l'intimée soutient que l'appel serait irrecevable, faute de comporter une numérotation des allégués et faute d'être suffisamment explicite. Cependant, la lecture de l'appel permet de comprendre les reproches formulés contre la décision attaquée et quels points de celle-ci sont remis en cause, bien que le mode de présentation ne soit pas usuel.

Ainsi, interjeté dans les formes et dans le délai prévus par la loi (art. 130, 131, 248 let. d, et 314 al. 1 CPC), par une partie qui y a intérêt (art. 59 al. 2 let. a CPC), l'appel est recevable.

1.3 La Cour revoit le fond du litige avec un plein pouvoir d'examen (art. 310 CPC).

Dans le cadre de mesures provisionnelles, instruites selon la procédure sommaire (art. 248 let. d CPC), sa cognition est toutefois circonscrite à la vraisemblance des faits allégués ainsi qu'à un examen sommaire du droit (ATF 131 III 473 consid. 2.3; 127 III 474 consid. 2b/bb; arrêt du Tribunal fédéral 5A_442/2013 du 24 juillet 2013 consid. 2.1 et 5). Les moyens de preuve sont, en principe, limités à ceux qui sont immédiatement disponibles (art. 254 CPC; HOHL, Procédure civile, Tome II, 2^{ème} éd., 2010, p. 283 n° 1556).

2. Par un grief d'ordre formel, l'appelante se plaint de ce que sa réplique spontanée du 14 mai 2020 a été déclarée irrecevable par le Tribunal.

2.1

2.1.1 Le droit d'être entendu garanti par les art. 29 al. 2 Cst. et 6 CEDH comprend en particulier le droit, pour une partie à un procès, de prendre connaissance de toute argumentation présentée au tribunal et de se déterminer à son propos ("*droit de réplique*", "*Replikrecht*"); peu importe que celle-ci contienne de nouveaux éléments de fait ou de droit, et qu'elle soit propre à influencer concrètement sur le jugement à rendre. En effet, il appartient aux parties, et non au juge, de décider si une prise de position ou une pièce produite contient des éléments déterminants qui appellent des observations de leur part. Toute prise de position ou pièce nouvellement versée au dossier doit dès lors être communiquée aux parties pour leur permettre de décider si elles veulent faire usage de leur droit de réplique (ATF 139 I 189 consid. 3.2; 139 II 489 consid. 3.3; 138 I 154 consid. 2.3 p. 157, 484 consid. 2.1 p. 485 s.; 137 I 195 consid. 2.3.1 p. 197; arrêt du Tribunal fédéral 4A_29/2014 du 7 mai 2014 consid. 3, non publié in ATF 140 III 159).

Si le tribunal communique l'écriture pour information sans fixer de délai pour d'éventuelles observations, il doit surseoir à statuer afin de permettre à la partie adverse de déposer des observations spontanées et ne rendre sa décision qu'après écoulement d'un laps de temps suffisant pour admettre que la partie intéressée a renoncé à répliquer (arrêt du Tribunal fédéral 4A_332/2011 du 21 novembre 2011 consid. 1). Si le Tribunal n'a pas ordonné de second échange d'écritures, mais qu'un plaideur, exerçant son droit constitutionnel inconditionnel, dépose une "*réplique*", les nova ne sont alors pas admissibles. Il résulte cependant des exigences relatives au droit d'être entendu qu'au reste, la détermination doit être prise en considération (ATF 144 III 117 consid. 2.1 et 2.3). Un délai inférieur à dix jours ne suffit pas à garantir l'exercice du droit de répliquer de manière

spontanée (arrêts du Tribunal fédéral 5D_81/2015 du 4 avril 2016 consid. 2.3.4, 5A_174/2016 du 25 mai 2016 consid. 3.2).

2.1.2 L'art. 253 CPC prévoit, pour la procédure sommaire applicable en l'espèce (art. 248 let. e CPC; cf. consid. 1.1 supra), que le tribunal donne à la partie adverse l'occasion de se déterminer oralement ou par écrit sur la requête. Le but de cette norme, conformément au message (Message du Conseil fédéral relatif au CPC, FF 2006 6841, p. 6958), est d'éviter un ou plusieurs échanges d'écritures qui n'ont pas leur place en procédure sommaire, car une large place consacrée à l'écrit contredit le caractère de cette procédure. La volonté du législateur de ne prévoir qu'un seul échange d'écriture n'empêche pas par principe d'en autoriser un second lorsque les circonstances le commandent (ATF 138 III 252 consid. 2.1). Cette limitation ne change en outre rien au droit consacré par l'art. 6 ch. 1 CEDH et 29 al. 1 et 2 Cst. de se prononcer sur toute prise de position de la partie adverse, indépendamment de savoir si elle contient des points nouveaux et pertinents (ATF 144 III 117 consid. 2.1).

2.2 En l'occurrence, la réplique litigieuse a été déposée spontanément par l'appelante et nonobstant le fait qu'une citation à comparaître à une audience lui avait été communiquée.

Or, cette réplique contient une prise de position sur les allégués de l'intimé et l'expression de *nova*. Ceux-ci étaient d'emblée irrecevables, dès lors que la procédure sommaire est applicable et qu'un second échange d'écritures n'a pas été ordonné. Quant à la prise de position sur les allégués de l'intimée, l'appelante était en mesure de se prononcer en audience à leur sujet, de sorte qu'une violation du droit d'être entendu est exclue.

Il s'ensuit que ce grief n'est pas fondé.

- 3.** Le litige porte sur l'expertise hors procès que la recourante affirme devoir être exécutée en tant que preuve à futur pour lui permettre d'évaluer les chances d'un futur procès contre l'intimée.

3.1

3.1.1 L'art. 158 al. 1 let. b 2^{ème} hypothèse CPC prévoit que le tribunal administre les preuves en tout temps lorsqu'un intérêt digne de protection est rendu vraisemblable (let. b).

Les preuves sont administrées en principe à un stade précis du procès, qui suit celui de l'échange des allégations. Il est toutefois possible d'y procéder antérieurement, voire avant la litispendance, lorsque certaines conditions sont réalisées (constatation immédiate de défauts par exemple). Le droit matériel octroie parfois le droit à une telle administration de preuve (art. 158 al. 1, let. a CPC; voir par exemple art. 204, al. 2 et 3 CO, art. 367 al. 2 CO, art. 427

al. 1 CO, art. 59 LPM). La preuve à futur assure généralement la conservation de la preuve (art. 158 al. 1 let. b CPC; par exemple l'audition d'un témoin dont les jours sont comptés ou l'inspection d'une construction présentant un risque d'effondrement). Mais elle peut servir aussi à l'évaluation des chances d'obtenir gain de cause ou d'apporter une preuve. La locution "*intérêt digne de protection*" se réfère à cette possibilité qui permet d'éviter des procès dénués de chance de succès (Message du Conseil fédéral relatif au Code de procédure civile du 28 juin 2006, FF 2006 p. 6925).

La preuve à futur "*hors procès*" est destinée à permettre au requérant de clarifier les chances de succès d'un procès futur, de façon à lui éviter de devoir introduire un procès dénué de toute chance. Le requérant doit établir qu'il a un intérêt digne de protection à l'administration de la preuve. Il ne lui suffit pas d'alléguer avoir besoin d'éclaircir des circonstances de fait; il doit rendre vraisemblable l'existence d'une prétention matérielle concrète contre sa partie adverse, laquelle nécessite l'administration de la preuve à futur, telle une expertise (ATF 142 III 40 consid. 3.1.1; 140 III 16 consid. 2.2.2; 138 III 76 consid. 2.4.2; arrêts du Tribunal fédéral 4A_143/2014 du 23 juin 2014 consid. 3.1; 4A_342/2014 du 17 octobre 2014 consid. 3). Il ne faut toutefois pas poser des exigences trop élevées pour la preuve de l'intérêt digne de protection (ATF 140 III 16 consid. 2.2.2; 138 III 76 consid. 2.4.2; arrêt du Tribunal fédéral 4A_132/2020 du 8 septembre 2020 consid. 3.1).

3.1.2 Le juge ne peut pas ordonner par voie provisionnelle une mesure qui, par sa nature, implique un jugement définitif de la prétention à protéger. Il en va ainsi de la preuve à futur, qui ne peut pas être utilisée pour faire valoir une prétention en reddition de compte au sens de l'art. 400 al. 1 CO. En effet, saisi d'une requête fondée sur l'art. 158 al. 1 let. b in fine CPC, le juge examine uniquement, sous l'angle de la vraisemblance, si le requérant dispose d'un intérêt digne de protection à l'administration de la preuve requise; il ne rend pas un jugement définitif sur un droit matériel (cf. ATF 140 III 12 consid. 3.3.3; ATF 141 III 241 consid. 3.3.1 et 4.2.3), après un examen complet en fait et en droit (ATF 141 III 564 consid. 4.2.2).

3.1.3 On ne peut soumettre à un expert que des questions de fait, non des questions de droit, dont la réponse incombe impérativement au juge, qui ne peut pas déléguer cet examen à un tiers. Il s'ensuit que celui-ci ne saurait se fonder sur l'opinion exprimée par un expert lorsqu'elle répond à une question de droit (ATF 130 I 337 consid. 5.4.1).

3.2

3.2.1 En l'espèce, bien que l'appelante ne prenne plus de conclusions en appel tendant à la production de pièces en mains de l'intimée et qu'elle y a donc

formellement renoncé, elle évoque ce point dans sa motivation en droit, de sorte qu'il se justifie de préciser ce qui suit.

La production de pièces ne saurait être ordonnée à ce stade.

C'est en effet à bon droit que le Tribunal a, conformément à la jurisprudence, refusé d'ordonner la production de pièces par l'intimée dans le cadre de la preuve à futur, dès lors que seule la voie de l'action en reddition en compte de l'art. 400 CO était ouverte, compte tenu du contrat de mandat conclu entre les parties.

3.2.2 L'appelante reproche au premier juge d'avoir refusé d'ordonner la preuve à futur au motif qu'il n'était pas rendu vraisemblable que des faits devaient être éclaircis pour évaluer les chances de succès d'une procédure au fond.

Elle a exposé de manière circonstanciée être liée par un contrat de mandat de gestion de fortune à l'intimée et que l'exécution de ce mandat n'était, selon elle, pas conforme aux obligations de l'intimée. Elle a aussi rendu vraisemblable qu'un dommage pourrait lui avoir été causé.

Il s'ensuit que la perspective d'une action au fond est réelle. L'on ne discerne pas en quoi il serait abusif de requérir une expertise exécutée sous la forme d'une preuve à futur afin de déterminer les chances de succès d'une action au fond dans ce domaine. L'appréciation des résultats de l'exécution d'un mandat de gestion de fortune est complexe et demande des connaissances financières que ni les tribunaux, ni les parties ne possèdent généralement. En tous les cas, même si les parties sont, par hypothèse, spécialisées en finance, cela ne leur interdit pas d'avoir la possibilité d'apporter la preuve de leurs allégués par expertise.

A ce sujet, l'intimée affirme qu'une expertise serait certes utile, mais qu'il faudrait recourir à d'autres moyens de preuve, dont des témoignages. Sans se prononcer sur la pertinence de ceux-ci, la Cour retiendra que l'intimé reconnaît ainsi que le moyen de l'expertise est apte à permettre à l'appelante de déterminer, au moins partiellement, ses chances de succès.

L'appelante a présenté comme possible une prétention à l'encontre de l'intimée - cette prétention ne peut à ce stade pas être exclue -, mais elle n'est pas en possession, ainsi qu'elle l'admet, de tous les éléments permettant d'obtenir une condamnation de l'intimée. Les positions antagonistes des deux parties sur l'interprétation du dossier démontrent donc que l'appelante n'abuse pas de son droit et que l'exécution du mandat est sujette à discussion et peut donc être l'objet de mesures d'instruction. Si l'appelante, après réception du rapport d'expertise, parvient à la même conclusion que l'intimée, à savoir que son procès est dénué de chance de succès, l'intimée n'aura pas à subir une procédure au fond plus longue et plus coûteuse, de sorte que l'intérêt à l'exécution de la preuve à futur demandée est apparent.

Par conséquent, sur le principe, les conditions de l'art. 158 al. 1 let. b 2^{ème} hypothèse CPC sont réunies.

3.2.3 Reste à déterminer si, comme l'a considéré le Tribunal, les questions à poser à l'expert sont inadmissibles, car traitant de questions juridiques. Il convient dès lors d'examiner successivement chacune de ces questions, telles qu'elles ont été formulées par l'appelante.

"1) Au vu de l'âge et des attentes de la cliente, est ce que le profil choisi était approprié ? N'aurait-il pas fallu choisir un profil de type conservatoire ?"

Cette question consiste à déterminer si la stratégie d'investissement de l'intimée était adéquate, au vu du profil et des objectifs de l'appelante. Il s'agit donc d'une question factuelle qui exige l'intervention d'un spécialiste en mesure de déterminer le profil conforme aux intérêts de l'appelante à l'époque.

"2) Est-ce exact de prélever des frais de gestion (0,70%) au début du trimestre ? Si oui, sur quelle base de calcul ? Est-ce que les calculs effectués par l'intimée (pièce 16) sont conformes à la réglementation applicable aux gérants de fortune ?"

Le montant des frais prélevés ressort du contrat de gestion et la conformité de cette disposition avec la "réglementation applicable aux gérants de fortune" et les conséquences d'une éventuelle absence de conformité sont de la compétence du juge.

"3) Est-il conforme à l'usage qu'il soit prélevé à la fois des frais de gestion par le gestionnaire de fortune et par l'établissement dépositaire ?"

La preuve de l'existence d'un usage est un fait que seul un spécialiste de la branche peut fournir.

"4) Est-ce que l'intimée a respecté le profil d'investissement "moyen" et la stratégie d'investissement de 60% en actions et autres investissements, prévue par le contrat qu'a signé la cliente, le 21 juin 2017 ?"

La question du respect du profil et de la stratégie d'investissement relève du fait et exige des connaissances spécialisées faisant défaut au juge.

"5) Est-ce conforme aux règles de diligence d'acheter et vendre pour quatre fois la valeur du patrimoine du mandant en l'espace d'un an et demi ? Est-ce conforme à la réglementation en vigueur et à un profil d'investissement sur 3 à 10 ans ?"

"6) Pouvons-nous constater la présence de barattage ou "churning" ?"

"7) Y-a-t-il violation du code de conduite de D_____ (ci-après : D_____) et des directives de E_____ (ci-après : E_____) dans sa version en vigueur au moment des faits ?"

La diligence à observer par un gérant de fortune constitue une obligation contractuelle dont il appartient au juge de vérifier le respect. La question de l'éventuelle violation des obligations de l'intimée est une question de droit qui est du ressort du juge.

"8) A combien se monte le dommage subi par la requérante, lié à l'activité de B_____ SA et quel est le détail du calcul ?"

"9) Quelle est la part de responsabilité de B_____ SA dans la diminution du patrimoine de la requérante ?"

La question de la responsabilité de l'intimée est une question de droit. De plus, le montant de l'éventuel dommage subi par l'appelante dépend des éventuelles violations de ses obligations par l'intimée qui seront, le cas échéant, retenues et il ne peut y être répondu avant que celles-ci aient été identifiées.

"10) Quel aurait été le patrimoine de la requérante en janvier 2019 s'il n'avait été procédé à aucune opération depuis la fin du mandat de la banque F_____ ?"

Cette question concerne un point de fait et nécessite des connaissances spécialisées.

"11) Est-il approprié, pour un portefeuille suisse, d'investir aussi peu dans des titres suisses ?"

La pertinence de cette question, telle que formulée, n'est pas évidente et ne peut être reliée à un allégué en particulier de la demande pour lequel une preuve par expertise est requise et qui mentionnerait la part de titre suisses dans le portefeuille de l'appelante.

"12) B_____ SA ou G_____ SA ont-elles perçu des commissions lors de la vente et de l'achat des divers titres pour le compte de la requérante ?"

Cette question peut être résolue par l'apport de preuve, telles que des titres et ne nécessite donc pas l'avis d'un expert. L'appelante semble par ailleurs répondre elle-même à cette question en indiquant qu'elle a versé 64'712 fr. 65 de commissions entre 2017 et 2019 (cf. allégué 80).

"13) Quel est l'opinion de l'expert sur la stratégie d'investissement choisie par B_____ SA ? Était-elle appropriée au vu du profil de la mandante ?"

"14) *Quelle est l'opinion générale de l'expert quant à la qualité de la gestion effectuée par B_____ SA ?*"

Ces questions visent à faire apprécier par un spécialiste la qualité de l'activité de l'intimée et nécessitent des connaissances particulières.

3.2.4 Au vu de ce qui précède, les questions 1, 3, 4, 10, 13 et 14 que l'appelante désire poser à un expert ne concernent pas des points de droit, contrairement à ce qu'a considéré le Tribunal. Elles sont dès lors de la compétence d'un expert.

L'ordonnance entreprise sera donc annulée et la cause renvoyée au Tribunal, afin qu'il procède à la nomination d'un expert et lui confie sa mission, dans le respect du droit d'être entendues des parties.

4. 4.1 Au vu de l'issue du litige, les frais et dépens de première instance seront nouvellement arrêtés par le Tribunal dans la décision finale à rendre par celui-ci (art. 104 al. 1 CPC).

4.2 Les frais d'appel seront mis à charge de l'intimée qui succombe (art. 106 al. 1 CPC).

Les frais judiciaires d'appel seront arrêtés à 1'000 fr. (art. 26 et 37 RTFMC) et entièrement compensés avec l'avance versée par l'appelante, qui demeure acquise à l'Etat de Genève (art. 111 al. 1 CPC).

L'intimée sera condamnée à verser à l'appelante 1'000 fr. à titre de frais judiciaires (art. 111 al. 2 CPC), ainsi qu'un montant de 3'000 fr., TVA et débours compris, à titre de dépens d'appel, réduits en raison de la complexité limitée des questions juridiques posées, en dépit du fait que la valeur litigieuse est élevée (art. 85, 88 et 90 RTFMC et art. 23 al. 1 LaCC).

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

La Chambre civile :

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté le 23 juillet 2020 par A_____ contre l'ordonnance OTPI/451/2020 rendue le 10 juillet 2020 par le Tribunal de première instance dans la cause C/4440/2020-16 SP.

Au fond :

Annule l'ordonnance entreprise.

Renvoie la cause au Tribunal pour nouvelle décision au sens des considérants.

Sur les frais :

Arrête les frais judiciaires de la procédure d'appel à 1'000 fr., les met à la charge de B_____ SA et les compense avec l'avance de même montant fournie par A_____ qui demeure acquise à l'Etat de Genève.

Condamne B_____ SA à payer 1'000 fr. à A_____ à titre de remboursement des frais judiciaires d'appel.

Condamne B_____ SA à payer 3'000 fr. à A_____ à titre de dépens d'appel.

Siégeant :

Monsieur Laurent RIEBEN, président; Madame Fabienne GEISINGER-MARIETHOZ et Monsieur Ivo BUETTI, juges; Madame Mélanie DE RESENDE PEREIRA, greffière.

Le président :

Laurent RIEBEN

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.