



POUVOIR JUDICIAIRE

C/7249/2020

ACJC/1463/2020

ARRÊT**DE LA COUR DE JUSTICE****Chambre civile****DU MARDI 13 OCTOBRE 2020**

Entre

A _____ SA, sise avenue _____, _____ [GE], appelante contre une ordonnance rendue par la 16ème Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 5 août 2020, comparant par Me Christian Grosjean, avocat, rue Saint-Léger 2, case postale, 1211 Genève 6, en l'étude duquel elle fait élection de domicile,

et

1) B _____ SA, sise _____, _____ [NW], intimée, comparant par Me François Bellanger, avocat, rue de Hesse 8-10, case postale 5715, 1211 Genève 11, en l'étude duquel elle fait élection de domicile,

2) C _____ SA, sise _____, _____ Zurich, autre intimée, comparant par Me Gilles Aebischer, avocat, rue Saint-Pierre 10, case postale, 1701 Fribourg, en l'étude duquel elle fait élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 22.10.2020.

EN FAIT

- A.** Par ordonnance OTPI/495/2020 du 5 août 2020, reçue par les parties le 7 août 2020, le Tribunal de première instance a rejeté la requête de mesures provisionnelles formée par A_____ SA tendant à ce qu'il soit fait interdiction à C_____ SA de payer à B_____ SA le montant d'une garantie d'exécution en 4'000'000 fr. (ch. 1 du dispositif), révoqué l'ordonnance du 24 avril 2020 (ch. 2), mis à charge de A_____ SA les frais judiciaires, arrêtés à 2'500 fr. (ch. 3), condamné cette dernière à verser 1'500 fr. de dépens à C_____ SA (ch. 5) et 1'500 fr. à B_____ SA (ch. 6) et a débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 7).
- B.**
- a.** Le 14 août 2020, A_____ SA a formé appel contre cette ordonnance, concluant principalement à ce que la Cour l'annule et, statuant à nouveau, fasse interdiction à C_____ SA de payer à B_____ SA un montant à concurrence de 4'000'000 fr. correspondant à la garantie d'exécution, police n° 1_____, dise que la mesure provisionnelle déploiera ses effet jusqu'à droit jugé au fond et lui impartisse un délai pour valider la mesure par le dépôt d'une demande en paiement et en constatation de droit, avec suite de frais et dépens.
- Elle a produit une pièce nouvelle.
- b.** Par arrêt du 24 août 2020, la Cour a rejeté, dans la mesure de sa recevabilité, la requête d'effet suspensif formée par A_____ SA.
- c.** Le 20 août 2020, C_____ SA a indiqué à la Cour qu'elle s'en rapportait à justice.
- d.** Le 27 août 2020, B_____ SA a conclu à ce que la Cour déclare l'appel irrecevable et confirme l'ordonnance entreprise avec suite de frais et dépens.
- e.** Les parties ont répliqué et dupliqué, persistant dans leurs conclusions.
- A_____ SA a produit une pièce nouvelle le 7 septembre 2020.
- f.** Les parties ont été informées le 22 septembre 2020 de ce que la cause était gardée à juger.
- C.** Les faits pertinents suivant résultent du dossier.
- a.** Par contrat d'entreprise totale du 10 juillet 2017, B_____ SA (ci-après : B_____) a confié à A_____ SA (ci-après : A_____) la réalisation d'un bâtiment sur le bien-fonds n° 2_____ de la commune de D_____ dont elle est propriétaire, étant précisé que la construction s'étendait sur d'autres fonds voisins, n° 3_____ et n° 4_____, sur lesquels existent des servitudes d'empiètement.

Ce contrat prévoyait un prix total de 27'428'522 fr. hors taxes pour cet ouvrage, lequel pouvait être augmenté jusqu'à 35'840'650 fr. 14 hors taxes, en fonction des variantes choisies par B_____. Le prix de l'ouvrage devait être déterminé sur la base du décompte final établi par A_____, étant précisé que les montants précités constituaient des prix plafonds garantis. La rémunération devait être versée sur la base de l'avancement effectif des prestations et des décomptes mensuels, accompagnés des justificatifs correspondants.

Une garantie de bonne exécution sous forme de garantie irrévocable à première demande du maître de l'ouvrage devait être fournie par A_____. Cette garantie servait à protéger, en tout temps, l'intégralité des droits dont le maître bénéficiait en vertu du contrat. Elle garantissait notamment ses droits en cas de défauts de l'ouvrage (art. 6.1.1 et 6.1.2).

Le début des travaux était fixé au 10 juillet 2017, la réception finale au 25 mars 2019 et la remise de la documentation définitive au 30 avril 2019 (art. 7.2).

Les travaux étaient considérés comme achevés lorsque A_____ avait exécuté toutes ses prestations contractuelles de telle sorte qu'aucun défaut majeur n'était identifiable et que l'ouvrage était prêt pour la mise en service et la réception finale. Le défaut était majeur s'il empêchait ou restreignait significativement l'usage normal de l'ouvrage (art. 7.1.2 et 7.1.3).

Dans l'hypothèse où tous les défauts majeurs n'étaient pas éliminés au plus tard huit mois après la réception finale de l'ouvrage, A_____ s'engageait à verser au maître de l'ouvrage une indemnité de 2'900'000 fr.; le droit du maître de demander des dommages-intérêts était réservé (art. 7.1.4).

Une peine conventionnelle de 12'000 fr. par jour, mais au maximum de 1'400'000 fr., était due par A_____ en cas de retard dans le respect des délais fixés à l'art. 7.2 (art. 7.3.1 et 7.3.2).

Le droit du maître au paiement de cette peine conventionnelle n'affectait pas ses droits résultant des défauts ou son droit de réclamer des dommages intérêts ou d'autres prétentions, étant précisé cependant que le montant de la pénalité effectivement payée par A_____ devait être déduit du montant du dommage dû (art. 7.3.3).

A_____ était par ailleurs informée qu'un locataire avait loué la majeure partie des locaux et devait pouvoir les utiliser sans défaut dès la livraison de l'ouvrage (art. 22).

En cas de résiliation du contrat par A_____, le maître de l'ouvrage avait droit au paiement de tous ses dommages directs et indirects, y compris ceux résultant des conséquences de cette résiliation sur l'exécution des contrats signés par le

locataire du maître (...) ainsi que des contrats liant le maître au locataire et à ses mandataires en relation avec l'exécution du projet et la location de tout ou partie de l'ouvrage (art. 23.7).

b. Le 14 août 2018, C_____ SA, sur instructions de A_____, a émis une garantie d'exécution en faveur de B_____, police n° 1_____, valable jusqu'au 30 avril 2020. Cette garantie se réfère au contrat d'entreprise totale conclu entre B_____ et A_____ le 10 juillet 2017.

Aux termes de cette garantie, C_____ SA s'est engagée de manière irrévocable, à première requête de B_____, indépendamment de la validité et des effets juridiques du contrat précité et en renonçant à toute objection et à toute exception découlant de celui-ci, à verser un montant jusqu'au maximum de 4'000'000 fr., sur sommation écrite de la part de B_____ et sur confirmation de sa part que le débiteur n'avait pas rempli correctement ses obligations légales ou contractuelles en relation avec l'exécution des travaux ou des livraisons.

c. Le 21 mars 2019, B_____ et A_____ ont conclu un avenant au contrat d'entreprise, à teneur duquel A_____ n'agissait plus, dès le 1^{er} mars 2019, que comme "Direction des travaux", sous réserve des "CFC" (codes de frais de construction) exclus à compter de la signature du contrat, pour lesquels A_____ continuait à agir comme entrepreneur total.

Le prix de ces CFC exclus a été fixé à 16'366'814 fr. 70 HT, à plafond garanti, tandis que la rémunération de A_____ à titre d'honoraires, risques et bénéfices a été fixée à 1'298'000 fr. HT sur ces CFC exclus et à 1'200'000 fr. HT pour les autres CFC, au maximum.

Le prix de l'ouvrage devait être déterminé sur la base du décompte final, basé sur des décomptes détaillés établi par l'entreprise, les sous-traitants et les fournisseurs. La rémunération devait être versée sur la base de l'avancement effectif des prestations et des décomptes mensuels, accompagnés des justificatifs correspondants.

De nouveaux délais étaient fixés. Le permis d'occuper pour le rez-de-chaussée, les 4^{ème}, 5^{ème}, 6^{ème} et 7^{ème} étages et pour les parties des sous-sols occupés par le locataire du maître devait être délivré le 30 août 2019. Le permis pour le solde des espaces du locataire devait être délivré le 30 septembre 2019. La date fixée pour la délivrance du permis d'occupation complet était le 31 décembre 2019 (art. 7.2).

L'art. 7.3 de cet avenant, intitulé "Peines conventionnelles pour dépassement des délais" prévoyait que les articles 7.3.1 et 7.3.2 du contrat initial étaient supprimés et que l'art 7.3.3 était modifié comme suit : "L'absence de peine conventionnelle n'affecte pas les droits du maître d'ouvrage résultant des défauts, ni son droit de réclamer des dommages-intérêts ou son droit de faire valoir d'autres prétentions".

d. Le 30 juillet 2019, B_____ a fait savoir à A_____ qu'elle refusait de reporter le délai de livraison à octobre/novembre 2019 et la mettait en demeure de respecter le planning du 5 avril 2019 prévoyant la fin des travaux en août/septembre 2019.

e. le 16 octobre 2019, A_____ a informé B_____ du report à la fin du chantier de certains travaux d'achèvement, afin d'éviter tout endommagement par d'autres intervenants, tout en communiquant au maître d'ouvrage la tenue d'une séance de réception des CFC exclus le 17 octobre 2019, en leur état d'avancement de travaux. Elle a fait valoir que les retards pris sur l'avancement du chantier étaient dus à des entreprises tierces, cocontractantes directes de B_____.

f. Le lendemain, E_____ SA, soit l'assistante du maître d'ouvrage, a indiqué à A_____ que les CFC exclus n'étaient pas achevés et a refusé la tenue de la séance de réception proposée.

g. A_____ a régulièrement adressé à B_____ des demandes d'acomptes, en fonction de l'évolution des travaux dans leur globalité.

h. Par courrier du 19 novembre 2019, A_____ a transmis à B_____ cinq factures datées du 14 novembre 2019 et l'a mise en demeure de lui verser 2'503'886 fr. 30 (solde dû au 12 novembre 2019, factures précitées non comprises) avant le 2 décembre 2019 ou de lui fournir des sûretés suffisantes dans le même délai.

i. Par courrier du 20 décembre 2019, A_____ a constaté que les montants réclamés dans le courrier susmentionné n'avaient pas été versés, a contesté un décompte remis par B_____, a indiqué que le solde ouvert dû par cette dernière s'élevait à 3'034'986 fr. 87 et a informé B_____ de la résiliation avec effet immédiat du contrat du 10 juillet 2017 et de son avenant du 21 mars 2019.

A la même date, les employés de A_____ ont quitté le chantier.

j. Le 30 janvier 2020, le bureau d'architectes F_____ a délivré un permis d'occuper pour l'accueil, les bureaux, les locaux IT et les surfaces auxiliaires d'une partie du rez-de-chaussée ainsi que des 4^{ème}, 5^{ème} et 6^{ème} étages.

k. Le 26 février 2020, B_____ a fait savoir à A_____ qu'elle contestait le bien-fondé de la résiliation des contrats, de même que le décompte final. Il restait des travaux à terminer, des réparations à faire et des retouches à effectuer. Une éventuelle créance de A_____ était compensée par les montants dus par cette dernière en raison des défauts des travaux, des dégâts causés aux immeubles voisins, du dommage consécutif au retard, notamment le manque à gagner résultant de l'entrée tardive du locataire G_____ et des divers frais supplémentaires.

l. Le 8 avril 2020, B_____ a fait appel à la garantie d'exécution n° 1_____, d'un montant de 4'000'000 fr., auprès de C_____ SA, en alléguant que les travaux commandés n'étaient pas achevés, qu'ils étaient affectés de défauts, que A_____ avait abandonné le chantier et prétendu résilier le contrat d'entreprise, si bien qu'il en résultait un dommage de plus de 7'000'000 fr.

Elle a annexé à son appel à la garantie dix-neuf factures adressées à A_____, relatives aux dommages qu'elle entendait imputer à cette dernière.

Ces factures s'élèvent à 7'014'582 fr. 80 au total, ce qui comprend notamment un montant de 5'302'162 fr. 30 correspondant à la perte locative subie en raison des retards du chantier, augmentée de deux pénalités payées à un tiers auquel les locaux de l'immeuble en construction avaient été loués et qui n'avait pu s'y installer que tardivement.

Le reste des factures concerne notamment le coût des travaux effectués par des tiers suite à la défection de A_____, une indemnité pour violation d'un accord de confidentialité, une indemnité pour l'utilisation de surfaces privées, une indemnité pour la réparation des dégâts causés aux immeubles voisins et des remboursements de montants payés à des sous-traitants qui étaient à charge de A_____.

m. Le 21 avril 2020, C_____ SA a imparti à A_____ un délai de cinq jours pour contester l'appel à la garantie, cas échéant en fournissant une ordonnance judiciaire lui interdisant de libérer le montant de cette garantie.

n. Par courrier du 23 avril 2020 adressé à B_____, A_____ a contesté l'ensemble des créances alléguées par celle-ci, invoquant qu'il s'agissait pour l'essentiel d'indemnités de retard, lesquelles avaient été supprimées lors de la signature de l'avenant du 21 mars 2019. Les travaux qui restaient à achever n'empêchaient pas l'utilisation (et donc la location à un tiers) du bâtiment.

o. Par requête de mesures superprovisionnelles et provisionnelles déposée le 24 avril 2020, A_____ a conclu à ce que le Tribunal fasse interdiction à C_____ SA de payer à B_____ le montant de 4'000'000 fr. prévu par la garantie.

Elle a notamment fait valoir que l'appel à la garantie était abusif car sa partie adverse n'avait pas de créance envers elle. Elle risquait de subir un préjudice difficilement réparable dans la mesure où, en cas de paiement de la garantie par C_____ SA, elle deviendrait débitrice de celle-ci.

p. Par ordonnance du 24 avril 2020, le Tribunal a fait droit à cette requête sur mesures superprovisionnelles.

q. B_____ a conclu au déboutement de sa partie adverse de toutes ses conclusions.

r. C_____ SA s'en est rapportée à justice, précisant que, si elle versait le montant garanti, elle ferait ensuite valoir sa créance envers A_____.

s. Lors de l'audience du 6 juillet 2020, les parties ont plaidé et persisté dans leurs conclusions.

La cause a été gardée à juger par le Tribunal à l'issue de cette audience.

t. Parallèlement à la présente procédure, A_____ a obtenu, par ordonnance de mesures provisionnelles du Tribunal du 2 septembre 2020, l'inscription d'une hypothèque légale des artisans et entrepreneurs à l'encontre de B_____ à hauteur de 3'034'986 fr. 90, intérêt en sus, sur la parcelle n° 2_____ dont cette dernière est propriétaire. Le Tribunal a considéré que la créance de A_____ était rendue vraisemblable par les factures produites. Les questions de l'existence et de l'importance de la mauvaise exécution des travaux alléguée par B_____, l'impact de ces défauts sur la créance de A_____ et l'existence de la créance en dommages-intérêts alléguée par B_____ du fait du retard du chantier ne pouvaient être tranchées sans investigations complémentaires dépassant le cadre de l'instruction pouvant être effectuée sur mesures provisionnelles. L'existence du droit à l'inscription ne paraissait ainsi ni exclue, ni hautement invraisemblable, à la lumière des pièces produites.

EN DROIT

1. **1.1** Dans les affaires patrimoniales, l'appel est recevable contre les décisions de première instance sur mesures provisionnelles si la valeur litigieuse est de 10'000 fr. au moins (art. 308 al. 1 let. b et al. 2 CPC).

En l'espèce, la valeur litigieuse est supérieure à 10'000 fr., de sorte que la voie de l'appel est ouverte.

- 1.2** Interjeté dans les délai et forme utiles (art. 130, 131 et 314 al. 1 CPC), l'appel est recevable.

En particulier, contrairement à ce que prétend l'intimée, l'appel est suffisamment motivé, puisque l'appelante critique de manière compréhensible les considérants de l'ordonnance querellée, notamment le fait que le Tribunal a retenu que la créance alléguée par l'intimée ne pouvait être écartée d'emblée.

- 1.3** L'instance d'appel revoit la cause en fait et en droit avec un plein pouvoir d'examen (art. 310 CPC). Les mesures provisionnelles étant soumises à la procédure sommaire (art. 248 lit. d CPC), avec administration restreinte des

moyens de preuve, la cognition du juge est toutefois limitée à la simple vraisemblance des faits et à un examen sommaire du droit (ATF 131 III 473 consid. 2.3; ATF 127 III 474 consid. 2b/bb; arrêt du Tribunal fédéral 5A_442/2013 du 24 juillet 2013 consid. 2.1 et 5.1).

- 2. 2.1** Aux termes de l'art. 317 al. 1 CPC, des faits et moyens de preuve nouveaux ne sont pris en considération au stade de l'appel que s'ils sont invoqués ou produits sans retard (let. a) et s'ils ne pouvaient l'être devant la première instance, bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise (let. b).

Les faits résultants de décisions rendues dans des procédures précédentes entre les mêmes parties sont des faits notoires (arrêt du Tribunal fédéral 4A_180/2017 du 31 octobre 2017 consid. 4.3).

2.2 En l'espèce, la pièce 37 produite par l'appelante pour la première fois devant la Cour est irrecevable puisqu'elle date du 9 décembre 2019 et aurait dès lors pu être produite en première instance.

L'ordonnance du Tribunal du 2 septembre 2020 rendue entre les parties et ordonnant l'inscription d'une hypothèque légale au bénéfice de l'appelante est quant à elle recevable, puisqu'il s'agit d'un fait notoire. Cette ordonnance a au demeurant été rendue postérieurement au 6 juillet 2020, date à laquelle la cause a été gardée à juger.

- 3.** Le Tribunal a considéré que l'intimée avait fourni les documents requis à l'appui de son appel à la garantie, intervenu en temps utile. Elle n'avait pas commis un abus de droit manifeste car les termes des garanties financières n'avaient pas été modifiés par l'avenant au contrat initial. Après la conclusion de cet avenant, L'intimée avait continué à fonctionner comme entreprise générale pour certaines parties du chantier et sa responsabilité pour les travaux effectués avant la conclusion de l'avenant perdurait. La garantie ne paraissait ainsi pas avoir été appelée pour couvrir une prétention qu'elle n'avait pas pour but d'assurer. La validité des prétentions de l'intimée ne pouvait être exclue d'emblée et celles-ci n'apparaissaient pas disproportionnées au vu des sommes prévues initialement par le contrat. En outre, l'appelante n'avait pas rendu vraisemblable qu'elle risquait de subir un préjudice difficilement réparable en cas de libération de la garantie.

L'appelante fait valoir que l'appel à la garantie est abusif. Les prétentions de l'intimée à son encontre n'étaient pas vraisemblables car les pénalités de retard avaient été supprimées lors de la signature de l'avenant du 21 mars 2019. Les travaux encore à réaliser par l'appelante n'empêchaient pas l'utilisation de l'ouvrage puisque le permis d'occuper avait été délivré le 30 janvier 2020. Le montant de ces travaux était négligeable par rapport au coût total des travaux. Le retard du chantier était imputable à l'intimée et l'appelante n'avait commis aucune faute. L'inscription d'une hypothèque légale des artisans et entrepreneurs

au bénéfice de l'appelante démontrait que celle-ci était créancière de l'intimée à hauteur de 3'034'986 fr. 90. L'intimée pouvait ainsi en tout état de cause opposer la compensation à sa partie adverse.

3.1.1 Selon l'article 261 al. 1 CPC, le tribunal ordonne les mesures provisionnelles nécessaires lorsque le requérant rend vraisemblable, d'une part, qu'une prétention dont il est titulaire est l'objet d'une atteinte ou risque de l'être (let. a) et, d'autre part, que cette atteinte risque de lui causer un préjudice difficilement réparable (let. b).

Le Tribunal peut ordonner toute mesure provisionnelle propre à prévenir ou à faire cesser le préjudice, notamment l'interdiction (art. 262 let. a CPC).

Le requérant doit rendre vraisemblable que le droit matériel invoqué existe et que le procès a des chances de succès, faute de quoi la requête doit être rejetée, sans qu'il soit nécessaire de passer à l'examen des conditions inscrites à l'article 261 CPC (ATF 131 III 473 consid. 2.3 et 3.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 5A_1016/2015 du 15 septembre 2016 consid. 5.3).

Le risque de préjudice difficilement réparable suppose par ailleurs l'urgence, qui s'apprécie au regard des circonstances du cas (BOHNET, Commentaire romand, n. 12 ad art. 261 CPC).

La condition du préjudice difficilement réparable vise à protéger le requérant du dommage qu'il pourrait subir s'il devait attendre jusqu'à ce qu'une décision soit rendue au fond. Le requérant doit rendre vraisemblable qu'il s'expose, en raison de la durée nécessaire pour rendre une décision définitive, à un préjudice qui ne pourrait pas être entièrement supprimé même si le jugement à intervenir devait lui donner gain de cause. En d'autres termes, il s'agit d'éviter d'être mis devant un fait accompli dont le jugement ne pourrait pas complètement supprimer les effets. Est difficilement réparable le préjudice qui sera plus tard impossible ou difficile à mesurer ou à compenser entièrement (arrêt du Tribunal fédéral 4A_611/2011 du 3 janvier 2012 consid. 4.1).

En principe, un préjudice financier n'est pas difficilement réparable (ZÜRCHER, DIKE-Kommentar ZPO, 2016, n° 25 ad art. 261 CPC). Selon la pratique, cela peut toutefois être le cas lorsque le demandeur ne peut pas aisément recouvrer son éventuelle créance à l'issue du procès principal, notamment si la solvabilité de l'intimé apparaît douteuse (SPRECHER, BaKomm ZPO, 2017, n^{os} 28b et 34 ad art. 261 CPC; HUBER, Kommentar ZPO, 2016, n° 20 ad art. 261 CPC).

3.1.2 Le contrat par lequel un garant s'engage à payer une prestation au bénéficiaire, sans égard à un éventuel litige relatif au contrat de base (ou rapport de valeur) est une garantie indépendante au sens de l'art. 111 CO (arrêt du Tribunal fédéral 4A_709/2016 du 6 avril 2017 consid. 2.2.1).

En présence d'une garantie indépendante, le bénéficiaire pourra rechercher le garant dès que les conditions posées par le texte de la garantie seront remplies. Le garant doit honorer son engagement sans égard à un éventuel litige relatif au contrat de base, aussitôt après l'appel du bénéficiaire, si les conditions de mise en jeu, telles que précisées dans la lettre d'engagement, sont réunies (ATF 138 III 241 consid. 3.2; ATF 131 III 511 consid. 4.2).

Le garant appelé à exécuter son engagement ne peut donc opposer au bénéficiaire d'autres exceptions que celles tirées du contrat de garantie et ne peut exiger de lui d'autres justifications que celles que stipulait, le cas échéant, ce contrat (ATF 122 III 321 consid. 4a).

La garantie n'est toutefois jamais totalement séparée du contrat de base, puisque le bénéficiaire doit au moins alléguer l'inexécution de celui-ci (ATF 131 III 511 consid. 4.3).

En vertu du principe de l'indépendance de la garantie, le garant doit payer aussitôt après l'appel du bénéficiaire, si les conditions formelles telles qu'elles sont précisées par le texte de la garantie sont réunies. En présence d'une garantie documentaire, le garant ne doit payer que sur présentation des documents énumérés dans la garantie. Il ne peut et ne doit vérifier que la stricte conformité formelle des documents produits avec ceux exigés dans la garantie (ATF 122 III 273 consid. 3a/aa).

L'indépendance de la garantie cesse lorsque l'appel à la garantie du bénéficiaire est manifestement abusif (art. 2 al. 2 CC). L'abus de droit doit être manifeste: le refus de paiement de la garantie, au motif que le bénéficiaire y fait appel de manière abusive, doit rester exceptionnel. Le doute ne suffit pas. Il ne suffit pas que la garantie ne soit pas justifiée sous l'angle des rapports entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire ou qu'un litige existe entre eux quant à l'exécution du contrat les liant, puisque la garantie est par nature indépendante du rapport de valeur (ATF 131 III 511 consid. 4.6; arrêt du Tribunal fédéral 4A_709/2016 du 6 avril 2017 consid. 2.3).

Pour qu'il y ait abus, il faut que le bénéficiaire, de mauvaise foi, poursuive un objectif totalement étranger au contrat de base. Il y a notamment abus manifeste si le bénéficiaire cherche à mettre en jeu la garantie pour couvrir une prétention qu'elle n'avait pas pour but d'assurer puisque, comme la finalité du contrat de garantie est la couverture d'un risque particulier, la garantie ne peut s'appliquer à un autre contrat que le contrat de base, si le bénéficiaire n'a aucune prétention contre le débiteur principal parce que celui-ci a indubitablement exécuté sa prestation ou si le montant réclamé au titre de la garantie est en disproportion manifeste avec celui du dommage subi par le créancier (arrêt du Tribunal fédéral 4A_709/2016 du 6 avril 2017 consid. 2.3).

Il appartient au garant qui invoque l'abus de droit du bénéficiaire de le prouver (art. 8 CC) (arrêt du Tribunal fédéral 4A_709/2016 du 6 avril 2017 consid. 2.3).

3.2 En l'espèce, il n'est pas contesté devant la Cour que les conditions formelles d'appel à la garantie sont réalisées. La seule question litigieuse est celle de savoir si l'appel à la garantie est manifestement abusif.

Contrairement à ce que fait valoir l'appelante, la suppression des pénalités de retard par l'avenant du 21 mars 2019 n'est pas déterminante. En effet, les prétentions de l'intimée à l'encontre de l'appelante ne portent pas sur des pénalités de retard. L'intimée réclame notamment à l'appelante une indemnisation pour sa perte locative, ainsi que pour les montants dont elle se trouve redevable envers son locataire du fait de l'inexécution de ses obligations par l'appelante.

Il s'agit là d'une prétention en dommages-intérêts qui est réservée par l'art. 7.3.3 de l'avenant. Une telle prétention entre en outre dans le cadre prévu par l'art. 23.7 du contrat initial, qui n'a pas été modifié par l'avenant.

La délivrance du permis d'occuper une partie des locaux le 30 janvier 2020 ne démontre quant à elle pas que l'entrée du locataire de l'intimée dans les locaux n'a pas été entravée.

En effet, le permis délivré le 30 janvier 2020 ne concernait que le rez-de-chaussée et les 4^{ème}, 5^{ème} et 6^{ème} étages. Selon l'avenant du 21 mars 2019, le permis d'occuper les surfaces précitées, ainsi que le 7^{ème} étage et les sous-sols, aurait dû être délivré le 30 août 2019 et le permis pour le solde des espaces destinés au locataire le 30 septembre 2019. Il ressort ainsi de ce qui précède, qu'aux dates prévues contractuellement, les locaux devant être remis au locataire de l'intimée n'étaient effectivement pas occupables et que, le 30 janvier 2020, seule une partie de ceux-ci était prête.

L'intimée ne commet ainsi pas un abus manifeste de droit en faisant valoir une prétention à l'encontre de l'appelante au titre d'indemnisation pour le dommage subi en raison de l'entrée tardive de son locataire dans les locaux.

L'appelante allègue en outre que les retards encourus sur le chantier sont exclusivement imputables à l'intimée, que les travaux sont achevés et qu'ils ne sont affectés d'aucun défaut.

Elle n'apporte cependant aucun élément probant à l'appui de ses affirmations, lesquelles sont contestées par sa partie adverse.

L'appelante perd en outre de vue que, dans le cadre de la présente procédure, régie par la procédure sommaire, la Cour doit se limiter à sanctionner un abus manifeste de droit. Or, aucun élément du dossier ne permet de retenir que l'intimée serait manifestement responsable des retards intervenus dans l'exécution des travaux,

que les défauts invoqués par celle-ci seraient manifestement inexistantes ou que l'ouvrage serait manifestement achevé.

Sur ce dernier point, l'on relèvera en tout état de cause qu'aucune réception finale n'a eu lieu puisque l'appelante a quitté le chantier en décembre 2019 alors que les travaux n'étaient pas terminés, aux dires de l'intimée.

Contrairement à ce que fait valoir l'appelante, le fait qu'elle ait obtenu l'inscription provisoire d'une hypothèque légale sur la parcelle de l'intimée à hauteur de 3'034'986 fr. 90 n'établit pas que cette dernière est sa débitrice et qu'il lui suffirait d'opposer la compensation pour être désintéressée.

En premier lieu, la décision ordonnant l'inscription provisoire d'une telle hypothèque n'a pas force de chose jugée concernant le montant et l'existence de la créance de l'entrepreneur puisque le juge ne statue que sur la base de la vraisemblance. Dans son ordonnance du 2 septembre 2020, le Tribunal s'est ainsi limité à relever que la question de savoir si la contre-crédence alléguée par l'intimée était fondée dépassait son pouvoir de cognition. Il a retenu que l'existence de la créance de l'appelante n'était ni exclue, ni hautement invraisemblable, sans se déterminer plus avant sur sa réalité. L'on ne saurait ainsi déduire de cette décision que l'appelante a établi être créancière de l'intimée à hauteur de 3'034'986 fr. 90.

A cela s'ajoute que l'intimée a fait valoir à l'encontre de l'appelante une créance de plus de 7'000'000 fr., de sorte que, même à supposer qu'une compensation puisse être opérée avec la créance de l'appelante en 3'034'986 fr. 90, le solde en sa faveur serait de 3'979'596 fr.

Le montant de ladite garantie n'apparaît ainsi pas en disproportion manifeste avec le dommage que l'intimée allègue avoir subi, et dont la réalité ne peut être écartée d'emblée.

C'est par ailleurs à juste titre que le Tribunal a considéré que l'appelante n'avait pas rendu vraisemblable qu'elle courrait un risque de préjudice difficilement réparable en cas de refus des mesures provisionnelles.

L'appelante allègue pour la première fois devant la Cour que, si elle devait rembourser à C_____ SA le montant de 4'000'000 fr., cela la "mettrait (...) dans une précarité financière délicate", compte tenu du fait qu'elle est déjà "fragilisée par le solde débiteur de plus de 3 millions dû par" l'intimée et la crise de liquidité due au COVID. Elle subirait ainsi, selon elle, un préjudice difficilement réparable en cas de refus des mesures provisionnelles sollicitées.

Ces allégations nouvelles auraient pu être formulées devant le Tribunal, de sorte qu'elles sont irrecevables en application de l'art. 317 CPC. En tout état de cause,

leur vraisemblance n'est pas établie car elles ne sont fondées sur aucun élément probant.

Les nouvelles allégations de l'appelante selon lesquelles l'intimée ne serait pas en mesure de lui rembourser le montant de 4'000'000 fr. dans l'hypothèse où elle obtenait gain de cause dans son action au fond sont également irrecevables, pour les mêmes motifs. Elles ne trouvent en tout état de cause aucun appui dans les pièces versées à la procédure.

Il résulte de ce qui précède que l'appelante n'a pas rendu vraisemblable le droit matériel qu'elle invoque, à savoir que l'intimée a fait appel à la garantie litigieuse de manière abusive. Elle n'a pas non plus rendu vraisemblable la réalisation de la condition du risque de préjudice difficilement réparable.

C'est dès lors à bon droit que le Tribunal a rejeté sa requête de mesures provisionnelles, les conditions posées par l'art. 261 al. 1 CPC n'étant pas réalisées.

L'ordonnance querellée sera par conséquent confirmée.

- 4.** Les frais de la procédure d'appel seront mis à la charge de l'appelante qui succombe (art. 106 CPC).

Les frais judiciaires seront arrêtés à 2'400 fr. (art. 31 et 35 RTFMC) et compensés avec l'avance fournie par l'appelante, acquise à l'Etat de Genève.

Un montant de 4'000 fr. sera alloué à l'intimée au titre des dépens d'appel, débours et TVA inclus (art. 84, 85, 88 et 90 RTFMC, 23, 25 et 26 LaCC). Aucun dépens ne sera alloué à C_____ SA qui n'en a pas requis.

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

La Chambre civile :

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté par A_____ SA contre l'ordonnance OTPI/495/2020 rendue le 5 août 2020 par le Tribunal de première instance dans la cause C/7249/2020-16 SP.

Au fond :

Confirme l'ordonnance querellée.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Sur les frais :

Met à charge de A_____ SA les frais judiciaires d'appel, arrêtés à 2'400 fr., et les compense avec l'avance versée, acquise à l'Etat de Genève.

Condamne A_____ SA à verser à B_____ SA 4'000 fr. de dépens d'appel.

Dit qu'il n'est pas alloué de dépens à C_____ SA.

Siégeant :

Monsieur Laurent RIEBEN, président; Madame Sylvie DROIN et Madame Fabienne GEISINGER-MARIETHOZ, 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.