

GE_GERICHTE ACJC/1791/2020 vom 14. Dezember 2020

GE Cour de justice, 2020-12-14, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_acjc_1791_2020

FR: GE_GERICHTE ACJC/1791/2020 du 14 décembre 2020

IT: GE_GERICHTE ACJC/1791/2020 del 14 dicembre 2020

Erwägungen

E. 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.

E. 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.

- 7/14 -

C/4440/2020

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.

E. 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, 2ème éd., 2010, p. 283 n° 1556).

E. 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.

E. 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

- 8/14 -

C/4440/2020 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).

E. 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).

E. 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.

E. 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.

E. 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

- 9/14 -

C/4440/2020 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).

E. 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).

E. 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).

E. 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

- 10/14 -

C/4440/2020 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.

E. 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.

- 11/14 -

C/4440/2020

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

E. 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" ?"

- 12/14 -

C/4440/2020

"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 ?"

- 13/14 -

C/4440/2020

"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 nécessite des connaissances particulières.

E. 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.

E. 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).

E. 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). * * *

- 14/14 -

C/4440/2020 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.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.