

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/14388/2013

ACJC/1459/2013

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU VENDREDI 4 NOVEMBRE 2016

Entre

A_____ SA, ayant son siège _____ (Luxembourg), appelante d'un jugement rendu par la 7^{ème} Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 24 novembre 2015, comparant par Me Lucio Amoroso, avocat, rue Jean-Gabriel Eynard 6, 1205 Genève, en l'étude duquel elle fait élection de domicile,

et

B_____ LTD, ayant son siège _____ (Grande-Bretagne), intimée, comparant par Me Nicolas de Gottrau, avocat, Etude Python, rue Charles-Bonnet 2, 1206 Genève, en l'étude duquel elle fait élection de domicile, et par Me Sébastien Besson, avocat, rue du Conseil-Général 3-5, 1205 Genève.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 10 novembre 2016.

EN FAIT

- A.** Par jugement JTPI/14182/2015 du 24 novembre 2015, reçu par les parties le 30 novembre 2015, le Tribunal de première instance a condamné A_____ SA (ci-après : A_____ SA) à payer à B_____ LTD (ci-après : B_____ LTD) un montant de 5'000'000 EUR avec intérêts à 5% dès le 7 septembre 2010 (ch. 1 du dispositif), écarté l'opposition formée au commandement de payer, poursuite n° 1_____ (ch. 2), arrêté les frais judiciaires à 80'000 fr., les a compensés avec l'avance fournie par B_____ LTD (ch. 3) et mis à la charge de A_____ SA (ch. 4), a condamné A_____ SA à payer à B_____ LTD un montant de 80'000 fr. (ch. 5), ordonné à l'Etat de Genève, soit aux services financiers du Pouvoir judiciaire, de restituer un montant de 1'200 fr. à B_____ LTD (ch. 6), condamné A_____ SA à payer à B_____ LTD un montant de 50'000 fr. à titre de dépens (ch. 7) et débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 8).

Le jugement indiquait en outre qu'il pouvait faire l'objet d'un recours par-devant la Cour de Justice dans les 30 jours suivant sa notification.

- B. a.** Le 5 janvier 2016, A_____ SA a déposé un "recours" au greffe de la Cour de justice.

Elle conclut préalablement à l'octroi de l'effet suspensif et principalement à l'annulation du jugement précité, au déboutement de B_____ LTD de toutes ses conclusions contenues dans sa demande en paiement, avec suite de frais et dépens. Subsidiairement, elle conclut à l'annulation du jugement entrepris et au renvoi de la cause au Tribunal pour nouvelle décision dans le sens des considérants, avec suite de frais et dépens.

b. B_____ LTD conclut au rejet de l'appel et à la confirmation de la décision attaquée, avec suite de frais et dépens.

Elle produit deux pièces nouvelles à l'appui de sa réponse.

c. Aux termes de leurs réplique et duplique, les parties ont persisté dans leurs conclusions.

d. Par avis du 11 mai 2016, les parties ont été informées de ce que la cause était mise en délibération.

- C.** Les faits pertinents suivants ressortent de la procédure:

a. A_____ SA est une société anonyme dont le siège se trouve à _____ (Luxembourg) et dont le but social est l'assistance à la clientèle dans ses opérations commerciales avec l'étranger, l'organisation et la gestion de tous financements notamment ceux liés aux exportations et au commerce international.

C_____, D_____, E_____ et F_____ en sont les administrateurs.

A_____ SA détenait une succursale à Genève dénommée G_____, jusqu'à la radiation de celle-ci le 17 décembre 2013.

Elle était représentée par F_____, administrateur et H_____, directeur de la succursale.

b. B_____ LTD (ci-après B_____ LTD), dont le siège se trouve à _____ (Grande-Bretagne), est une société active dans la vente en gros.

I_____ en est le directeur et a succédé à J_____ en 2011. Ce dernier est toutefois resté consultant pour B_____ LTD.

c. K_____ SA était, avant sa radiation par suite de faillite, une société anonyme dont le siège se trouvait à Genève et dont le but était l'achat, la vente, la distribution et la représentation de produits pharmaceutiques, de produits de santé et d'hygiène humaine, vétérinaire et phytosanitaire ainsi que de matériel médical, de produits de consommation courante non réglementés, tels que produits de parfumerie, cosmétiques, denrées alimentaires, boissons et produits pour l'entretien et le nettoyage industriel ou domestique.

L_____ en était l'administrateur unique.

d. Le 12 novembre 2009, K_____ SA et B_____ LTD ont conclu un contrat portant sur l'achat de divers biens par K_____ SA à B_____ LTD.

Il était convenu que K_____ SA choisisse un fournisseur, négocie avec lui le prix d'achat des marchandises, les modalités de livraison et de transport, puis s'adresse à B_____ LTD afin que cette dernière passe commande auprès dudit fournisseur et paie ce dernier. Ce système devait permettre à K_____ SA, qui devait ensuite payer B_____ LTD, de bénéficier de délais de paiement plus longs. Une réserve de propriété était prévue en faveur de B_____ LTD.

e. Le 12 novembre 2009, A_____ SA a émis une garantie indépendante de paiement n° 192/104 en faveur de B_____ LTD. La traduction certifiée conforme du texte de cette garantie est la suivante :

Vous, B_____ LTD (le "bénéficiaire de la garantie") avez conclu un contrat couvrant la livraison de divers biens de consommation et pharmaceutiques daté du 12 novembre 2009 avec K_____ SA, _____ (GE), Suisse et allez conclure des contrats similaires avec K_____ SA à l'avenir. Le contrat existant et tout (tous) tel(s) contrats futur(s) pour des produits de consommation et/ou pharmaceutiques et/ou cosmétiques ou sanitaires et/ou autres produits) sont désignés dans la présente comme "le(s) contrat(s)".

Le but de cette garantie permanente ["revolving"] est de vous garantir, B_____ LTD, pour les paiements qui vous seront dus par K_____ SA conformément à un ou plusieurs des contrat(s).

Nous, A_____ SA, (le "garant") nous engageons irrévocablement par les présentes à vous payer, à première demande, 30 jours calendaires après la date d'émission de votre/vos facture(s) émise(s) à K_____ SA et à réception de votre demande écrite certifiant que le montant réclamé selon le/les contrat(s) est dû et demeure impayé par K_____ SA, accompagnée d'une copie ou de copies de votre ou vos facture(s) impayée(s) émise(s) à K_____ SA, avec une copie ou des copies de l'accusé ou des accusés de réception des marchandises (dûment signé(s) par un signataire autorisé de K_____ SA) pour les marchandises qui font l'objet de la ou des facture(s) soumise(s) par vous avec votre demande écrite:

Tout montant jusqu'à:

EUR 5'000'000.- maximum (EUR cinq millions maximum) au total incluant le capital, les intérêts, les frais ["expenses"] et toutes autres charges (y compris frais juridiques).

Votre demande écrite certifiant cela aura effet obligatoire pour nous et nous n'aurons pas le droit de contester ou de discuter la déclaration contenue dans ladite demande écrite ni de vous demander d'établir votre créance ou créances selon cette garantie plus de ou de façon autre que selon la phrase qui précède mais paierons ledit [montant] immédiatement, en renonçant à tous droits d'objection, d'exception ou de défense qui résulteraient du ou des contrats(s) ou d'autre manière et indépendamment de la validité et des effets juridiques du/des contrat(s).

Vous avez entièrement discrétion pour représenter une ou plusieurs facture(s) impayée(s) simultanément.

Sous réserve uniquement du plafond maximum de notre obligation ["liability"] selon ce qui précède, cette garantie couvrira la totalité de votre ou vos créance(s) à l'encontre de K_____ SA émanant d'un ou plusieurs des contrat(s), que ce soit en capital, intérêts, frais ["expenses"] et toutes autres charges (y compris frais juridiques).

Vous avez la possibilité de faire appel à cette garantie de manière répétée et tout paiement qui vous sera fait sous cette garantie viendra en réduction de notre engagement. Dans cette mesure ["accordingly"], tous paiements effectués sous cette garantie seront effectués sans aucune déduction ou retenue fiscale quelle qu'elle soit.

Notre présent engagement est valable jusqu'au 25/09/2010 à la fermeture des bureaux à 17h GMT et expirera automatiquement et en sa totalité si votre demande écrite de paiement n'est pas en notre possession à cette date ou avant cette date.

Nous avons le pouvoir d'émettre cette garantie en vertu de nos statuts et de nos règlements internes et les soussignés ont pleins pouvoirs de signer cette garantie pour notre compte.

Comme notre principal lieu d'établissement ["principal place of business"] (organisé sous forme de succursale) se trouve à Genève, cette garantie est soumise au droit matériel suisse. Tout litige en relation avec cette garantie est de la compétence du Tribunal de première instance à Genève, Suisse. Toutefois, le bénéficiaire de la garantie conserve le droit d'entamer une procédure contre nous, le garant, devant tout autre tribunal compétent, y compris sans aucune restriction les tribunaux de Luxembourg [.] Sous réserve de la réalisation des termes et conditions de cette garantie, celle-ci vaut reconnaissance de dette au sens de l'art. 82 de la "Loi sur la Poursuite pour Dettes et la Faillite" suisse.

f. Les factures relatives à l'émission de cette garantie ont été adressées à K_____ SA par A_____ SA.

K_____ SA a ainsi payé un montant de 125'000 EUR le 16 décembre 2009 pour la période du 12 novembre 2009 au 10 février 2010 et un montant de 123'611.11 EUR le 22 avril 2010 pour la période du 10 février 2010 au 10 mai 2010. La dernière facture de 127'777.78 EUR datée du 30 juin 2010 pour la période du 10 mai 2010 au 10 août 2010 est demeurée impayée.

g. En exécution du contrat conclu le 12 novembre 2009, K_____ SA a demandé à B_____ LTD, les 12 novembre et 7 décembre 2009, de passer une commande de marchandises auprès de M_____ LP, société anglaise sise à Londres.

Ces deux premières transactions ont été exécutées sans difficultés. B_____ LTD a commandé et payé la marchandise à M_____ LP et K_____ SA s'est ensuite acquittée des factures que lui a adressées B_____ LTD à hauteur de 4'416'034.41 EUR, respectivement 531'968.16 EUR.

h. Fin février 2010, K_____ SA a informé B_____ LTD de ce qu'elle entendait qu'une troisième commande soit passée auprès de M_____ LP. Toutes les questions relatives à la livraison avaient été directement traitées entre K_____ SA et M_____ LP.

Le 1^{er} mars 2010, K_____ SA a ainsi adressé à B_____ LTD cette troisième commande n° 2_____ – 26/02/2010 portant sur des produits de consommation et de beauté pour un total de 3'897'030.42 GBP.

Comme les précédentes commandes, celle-ci mentionnait que la marchandise devait être achetée par B_____ LTD auprès de M_____ LP et livrée chez K_____ SA, pour adresse N_____ SA, _____ (BL) en Suisse.

Le 1^{er} mars 2010, M_____ LP a établi une facture n° 479 GCSA à l'attention de B_____ LTD d'un montant de 3'897'030.42 GBP, sous déduction d'un rabais de 82'812 GBP, soit 3'814'218.42 GBP au total. La facture mentionnait que la marchandise devait être expédiée le jour-même.

Le 2 mars 2010, K_____ SA a signé une confirmation de commande et un accusé de réception de la marchandise certifiant que celle-ci avait été reçue en bon état et en conformité avec la commande n° 2_____ – 26/02/2010.

J_____, alors directeur de B_____ LTD, a déclaré qu'il n'était pas inhabituel dans ce type de transaction que la marchandise soit déjà livrée lorsque le financement était mis en place.

Le 8 mars 2010, B_____ LTD s'est acquittée de la facture de M_____ LP et a établi à son tour une facture n° BJA68 à l'attention de K_____ SA d'un montant de 3'897'030.42 GBP, payable à nonante jours, soit au 6 juin 2010.

K_____ SA ne s'est toutefois pas acquittée du paiement de cette facture dans le délai fixé.

i. Afin d'éviter l'appel à la garantie, K_____ SA a proposé à B_____ LTD, par courriel du 7 juin 2010, de payer le solde de sa dette en trois versements, soit 615'860.72 GBP le 15 juillet 2010, 1'948'512.21 GBP le 31 juillet 2010 et 1'948'512.21 GBP le 15 août 2010.

Par courriel du même jour, B_____ LTD a toutefois attiré l'attention de K_____ SA sur le fait que le retard de paiement entraînait, selon l'accord conclu, des pénalités. Elle a également demandé à A_____ SA si elle était satisfaite de l'échéancier de paiement proposé.

Par courriel du 8 juin 2010, A_____ SA a répondu qu'elle acceptait les conditions du remboursement, précisant que si l'un des paiements n'était pas effectué, B_____ LTD disposait toujours de sa garantie. Elle indiquait par ailleurs être prête à examiner la possibilité d'émettre une nouvelle garantie pour de futures transactions entre B_____ LTD et K_____ SA, cette dernière bénéficiant chez A_____ SA d'une ligne de crédit de 25'000'000 EUR.

j. Le 8 juillet 2010, B_____ LTD a ainsi adressé à K_____ SA et A_____ SA un accord destiné à formaliser les modalités de remboursement des montants et pénalités qui lui étaient dus.

A_____ SA a répondu le 14 juillet 2010 à B_____ LTD que K_____ SA la contacterait pour définir les derniers détails du contrat et lui a confirmé qu'elle acceptait de prolonger la garantie jusqu'au mois de décembre 2010.

K_____ SA n'a toutefois pas signé ledit accord.

k. Par courriel du 2 septembre 2010, B_____ LTD a informé A_____ SA qu'en l'absence de paiement de l'intégralité du montant dû d'ici au 5 septembre 2010, elle ferait appel à la garantie.

l. N'ayant pas été payée par K_____ SA, B_____ LTD a fait appel à la garantie, par courrier daté du 6 septembre 2010 adressé le 8 septembre 2010 à A_____ SA.

Elle a requis le paiement de 5'000'000 EUR, précisant que le montant impayé, y compris les pénalités de retard, s'élevait à 5'106'911.45 EUR.

Elle a joint à son courrier la copie de la facture impayée n° BJA68 du 8 mars 2010, ainsi que la copie de l'accusé de réception des marchandises signé par K_____ SA le 2 mars 2010.

m. Par jugement du 13 septembre 2010, le Tribunal de première instance a prononcé la faillite de K_____ SA.

Par courrier du 2 décembre 2010 adressé à l'Office des faillites, A_____ SA s'est réservée le droit d'effectuer une production dans l'hypothèse où elle serait contrainte de verser tout ou partie du montant de la garantie de 5'000'000 EUR.

Le 17 mars 2011, B_____ LTD a produit sa créance de 6'644'802.30 fr. dans la faillite de K_____ SA, soit:

- un capital de 6'107'933 fr. représentant la contrevaletur de 3'897'030.53 GBP au taux moyen de 1.56733 du 13 septembre 2010;
- des intérêts de retard calculés du 6 juin au 13 septembre 2010, tenant compte de la *bank base rate* de 23.58% et de la *penalty charge* de 4%, soit 456'910 fr. représentant la contrevaletur de 291'521.37 GBP (99 jours à 2'944.66 GBP le jour) au taux moyen de 1.56733 du 13 septembre 2010;
- la TVA de 79'959.30 fr. représentant la contrevaletur de 51'016.24 GBP au taux moyen de 1.56733 du 13 septembre 2010.

Elle a également fait valoir ses droits de propriété sur le stock d'articles détenu par K_____ SA en vertu de l'art. 14 du contrat du 12 novembre 2009.

L'Office des faillites a colloqué la créance de B_____ LTD en troisième classe à hauteur de 6'644'802 fr. 30 et lui a versé un dividende de 126'889 fr. 15,

représentant 1.9096% de sa créance. Il lui a également remis un acte de défaut de biens après faillite d'un montant de 6'517'913 fr. 15.

La procédure de faillite a été clôturée et K_____ SA radiée du registre du commerce le 29 juin 2012.

n. Suite à l'appel à la garantie de B_____ LTD, A_____ SA a émis des doutes quant à la réalité de la transaction au vu de la rapidité avec laquelle les biens avaient été livrés en Suisse probablement depuis l'Angleterre, avec les contraintes douanières qu'une telle livraison comportait. Le 16 septembre 2010, elle a ainsi requis de B_____ LTD la production de documents supplémentaires, à savoir le bon de commande de K_____ SA ainsi que les documents de transport.

B_____ LTD lui a adressé le même jour le bon de commande et lui a répondu de s'adresser à M_____ LP pour obtenir les documents de transport, précisant que la marchandise avait été expédiée directement par cette dernière à K_____ SA.

L'ancien administrateur de B_____ LTD, J_____, a affirmé avoir demandé les documents de transport à M_____ LP, mais que cette dernière ne les lui avait pas transmis. Il a indiqué ne pas avoir insisté, la responsabilité liée au transport et à la livraison de la marchandise appartenant à K_____ SA, B_____ LTD n'étant en charge que de l'aspect financier de la transaction.

o. Par courriel du 8 octobre 2010, M_____ LP a indiqué avoir mis la marchandise à disposition de B_____ LTD; cette dernière lui en avait payé le prix. Elle a ajouté que B_____ LTD avait vendu et livré ladite marchandise à K_____ SA, qui l'avait à son tour revendue à O_____ SARL, société sise à _____ (Nord/France), active en tant qu'intermédiaire du commerce en produits divers. Les marchandises auraient transité par l'entrepôt de P_____ SA à _____ (Hainaut/Belgique).

B_____ LTD a indiqué avoir entendu pour la première fois le nom de O_____ SARL à réception de ce courriel, n'ayant jamais été en relation commerciale avec cette société.

p. Par courriel du 11 octobre 2010, A_____ SA a requis la production de tous documents permettant d'établir la réalité de la transaction entre B_____ LTD et K_____ SA.

Le même jour, K_____ SA a indiqué avoir demandé à P_____ SA, active dans le transport et l'entreposage de marchandises, ainsi qu'à O_____ SARL, de lui envoyer les documents attestant de la remise de la marchandise à O_____ SARL, ainsi que la facture de K_____ SA à O_____ SARL.

q. Par courriel du 13 octobre 2010, O_____ SARL a indiqué à K_____ SA, A_____ SA et B_____ LTD avoir refusé de prendre certains lots de marchandises, le code barre n'étant pas celui utilisé en France, précisant que les lots en question étaient à leur disposition chez P_____ SA contre paiement des frais de 80'000 EUR HT afférant au stockage et à la manutention. Elle a ajouté que le paiement du reste de la marchandise reçue n'avait pas été effectué, en raison du retour non validé de la marchandise refusée, du non-paiement des frais de stockage et des pertes engagées du fait de cette mauvaise exécution de la commande.

La transaction entre K_____ SA et O_____ SARL a fait l'objet d'une facture n°579 de K_____ SA du 26 février 2010, d'un montant de 3'956'265.74 GBP, qui était jointe au courriel. Elle indiquait comme numéro de commande 2_____, et comme adresse de livraison O_____ SARL, _____ (Nord/France). Sur la dernière page de cette facture figurait la mention suivante:

"Montant à payer directement à B_____ LTD au plus tard 31.05.2010: GBP 3'897'030.42

B_____ LTD: Q_____ – IBAN: 3_____

Cette facture a été cédée à B_____ LTD

Adresse: B_____ LTD, _____ (Grande-Bretagne)".

Il était précisé que O_____ SARL restait devoir à K_____ SA un montant de 59'235.32 GBP, soit 3'956'265.74 GBP – 3'897'030.42 GBP.

J_____ a déclaré ne jamais avoir donné son accord à une telle cession, précisant que, dans la mesure où B_____ LTD bénéficiait d'une garantie de A_____ SA, elle n'avait aucun intérêt à entrer en relation avec O_____ SARL qu'elle ne connaissait pas.

r. Par courriel du 2 novembre 2010 à B_____ LTD, A_____ SA a indiqué avoir contacté P_____ SA qui l'avait informée ne jamais avoir reçu de demande de K_____ SA, contrairement à ce que cette dernière avait affirmé le 11 octobre 2010.

s. En novembre 2010, les parties ont tenté de convenir d'un rendez-vous avec R_____ de O_____ SARL, représentant de P_____ SA, transporteur ayant livré les biens à O_____ SARL, dans le but d'obtenir la documentation confirmant la livraison des biens de K_____ SA à O_____ SARL en provenance de M_____ LP. Cette tentative est toutefois restée vaine.

t. Par courriers du 15 novembre 2010, le conseil de A_____ SA a demandé à O_____ SARL, respectivement M_____ LP, des explications sur le parcours suivi par la marchandise, ainsi que la production de divers documents, en vain également.

u. B_____ LTD a fait notifier à A_____ SA le 12 août 2011 un commandement de payer, poursuite n° 4_____, à hauteur de 6'412'750 fr. avec intérêts à 5% dès le 7 septembre 2010, soit la contrevaletur de 5'000'000 EUR au taux de 1.28255 et le 17 septembre 2012 un nouveau commandement de payer, poursuite n° 1_____, à hauteur du même montant.

A_____ SA a formé opposition à ces commandements de payer.

D. a. Par acte déposé en vue de conciliation le 1^{er} juillet 2013 et introduit le 20 décembre 2013 devant le Tribunal de première instance, B_____ LTD a assigné A_____ SA en paiement de EUR 5'000'000 plus intérêts à 5% dès le 7 septembre 2010 et a requis la mainlevée définitive de l'opposition formée par A_____ SA au commandement de payer, poursuite n° 1_____, à hauteur de 6'412'750 fr. avec intérêts au taux de 5% dès le 7 septembre 2010, avec suite de frais et dépens.

b. A_____ SA s'y est opposé et a conclu au déboutement de sa partie adverse, avec suite de frais et dépens.

c. Dans le jugement querellé, le Tribunal a retenu que les conditions d'appel à la garantie étaient remplies et que A_____ SA n'avait pas établi le caractère fictif de la transaction, de sorte que l'abus de droit ne pouvait être admis. Il a en outre retenu que la cession de créance était nulle dans la mesure où elle ne respectait pas l'exigence de la forme écrite, de sorte qu'il n'était pas nécessaire de déterminer si B_____ LTD l'avait acceptée par acte concluant. Enfin, la prétendue assignation avait été révoquée en raison de la faillite de K_____ SA, de sorte que A_____ SA devait payer la garantie.

d. Les arguments des parties seront discutés, dans la mesure utile, dans la partie "EN DROIT" du présent arrêt.

EN DROIT

1. 1.1.1 Selon l'art. 308 al. 1 let. a CPC, l'appel est recevable contre les décisions finales et les décisions incidentes de première instance. Dans les affaires patrimoniales, l'appel est recevable si la valeur litigieuse au dernier état des conclusions est de 10'000 fr. au moins (al. 2).

La mainlevée de l'opposition visée au ch. 3 de l'art. 309 let. b CPC concerne exclusivement la procédure sommaire visée aux art. 80 à 84 LP; *a contrario*, la décision de mainlevée rendue par le juge du fond en application de l'art. 79 al. 1 LP n'est pas visée par l'art. 309 LP (JEANDIN, in Code de procédure civile commenté, 2011, n. 11 ad art. 309 CPC), de sorte qu'il n'existe pas de cause d'irrecevabilité d'un appel de ce chef.

1.1.2 On déduit du principe général de la bonne foi que les parties ne doivent subir aucun préjudice en raison d'une indication inexacte des voies de droit (ATF 117 Ia 297 consid. 2; 421 consid. 2c). L'intitulé erroné d'un acte de recours - au sens large - est simplement rectifié, lorsque cet acte remplit les conditions de recevabilité du recours qui aurait dû être interjeté (ATF 134 III 379).

1.2 En l'espèce, la mainlevée de l'opposition prononcée par le Tribunal est une décision finale rendue par le juge du fond en application de l'art. 79 al. 1 LP. La valeur litigieuse est en outre de 6'412'750 fr., de sorte que la voie de l'appel est ouverte.

En dépit de son intitulé erroné, l'acte déposé par A_____ SA doit être considéré comme un appel, dans la mesure où les conditions de recevabilité sont remplies. En effet, l'acte a été déposé dans le délai de 30 jours, compte tenu des fêtes judiciaires de fin d'année (art. 311 al. 1 et 145 al. 1 let. c CPC), selon la forme prescrite par la loi, par une partie qui y a intérêt (art. 59 al. 2 let. a CPC) et auprès de l'autorité compétente (art. 120 al. 1 let. a LOJ), de sorte qu'il est recevable.

1.3 La Cour revoit la cause avec un plein pouvoir d'examen en fait et en droit (art. 310 CPC). Celle-ci est soumise aux maximes des débats et de disposition (art. 55 al. 1 et 58 al. 1 CPC).

2. L'appelant conclut préalablement à l'octroi de l'effet suspensif.

2.1 A teneur de l'art. 315 al. 1 CPC, l'appel suspend la force de chose jugée et le caractère exécutoire de la décision dans la mesure des conclusions prises en appel.

2.2 L'appel est par conséquent doté de l'effet suspensif automatique; la conclusion préalable sur ce point est sans objet.

3. A l'appui de sa réponse, l'intimée a produit deux nouvelles pièces en appel en réaction à des faits allégués par l'appelante, qu'elle considère comme nouveaux.

3.1 Selon l'art. 317 al. 1 CPC, les faits et les moyens de preuve nouveaux ne sont pris en considération en appel que s'ils sont invoqués ou produits sans retard (let. a) et s'ils ne pouvaient pas être invoqués ou produits devant la première instance bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de diligence (let. b).

Les faits et moyens de preuve nouveaux présentés tardivement doivent être déclarés irrecevables (JEANDIN, in CPC, Code de procédure civile commenté, 2011, n. 3 ad art. 317 CPC).

3.2.1 En l'espèce, l'intimée considère comme nouvelle l'allégation de l'appelante selon laquelle le fait que B_____ LTD ait accepté de participer à des discussions avec A_____ SA démontrait qu'elle se rendait compte de la singularité de la transaction, qu'elle considèrerait n'avoir aucun droit à la garantie en l'état et qu'elle

s'était engagée, au-delà des conditions d'appel à la garantie, à produire des documents supplémentaires.

Or, il ne s'agit que d'une interprétation nouvelle des faits de la part de l'appelante, dont elle tire un nouveau moyen de droit. Le fait dont il est question, à savoir la participation active de l'intimée aux discussions avec l'appelante, avait en effet déjà été allégué en première instance (cf. duplique du 3 octobre 2014 allégués 170 ss). Par conséquent, il ne s'agit pas d'un fait nouveau.

L'intimée soutient par ailleurs que l'appelante aurait nouvellement allégué que la première se serait occupée du transport de la marchandise. Or, l'appelante a simplement allégué que l'intimée devait veiller à l'expédition des biens au lieu convenu entre K_____ SA et le fournisseur, ce qu'elle avait d'ores et déjà allégué en première instance (cf. duplique du 3 octobre 2014 allégué 174). Il ne s'agit dès lors pas d'un fait nouveau.

3.2.2 Les deux pièces nouvelles n. 57 et 58 ont été produites par l'intimée en réaction aux allégués prétendument nouveaux de l'appelante. Or, comme analysé ci-dessus, ces allégués ne sont pas nouveaux. L'intimée n'expose par ailleurs pas les raisons pour lesquelles elle aurait été dans l'impossibilité de produire ces pièces, datées de 2010, devant l'autorité précédente. Par conséquent, ces pièces sont irrecevables et leur contenu ne sera pas pris en compte pour statuer sur l'appel.

3. Les parties admettent être liées par une garantie indépendante de paiement, soumise au for genevois et au droit suisse (art. 5 al. 1 et 116 al. 1 LDIP).
4. L'appelante reproche au Tribunal d'avoir violé les art. 2 et 8 CC en admettant la prétention de l'intimée, dans la mesure où celle-ci aurait été invoquée de façon manifestement abusive au vu de l'inexistence de la transaction garantie, de l'attitude changeante de l'intimée et de son retranchement derrière le fardeau de la preuve pour faire valoir son droit. Elle reproche également au Tribunal de ne pas avoir reconnu à l'appelante un fardeau de la preuve allégé s'agissant de prouver un fait négatif et un devoir de l'intimée de concourir à l'offre de preuve. D'une manière générale, l'appelante reproche au Tribunal d'avoir violé l'art. 3 al. 2 CC en ne tenant pas compte de l'ensemble des circonstances pour juger de l'absence de bonne foi de l'intimée.

5.1.1 Bien que la garantie litigieuse ne puisse pas être qualifiée de "garantie bancaire", les principes généraux relatifs à cette dernière peuvent, en raison de la très grande similitude avec la garantie litigieuse, être appliqués par analogie dans le cas d'espèce.

S'il émet une garantie indépendante, le garant est tenu au paiement indépendamment d'un éventuel litige relatif au contrat de base, pour autant que les

conditions posées par le texte de la garantie soient remplies (ATF 138 III 241 consid. 3.2; 131 III 511 consid. 4.2; 122 III 273 consid. 3.a/aa), ceci alors même que le garant n'est pas couvert par le donneur d'ordre, que ce dernier a fait faillite ou encore qu'il a été trompé par le donneur d'ordre (LOMBARDINI, Droit bancaire suisse, 2^{ème} éd., 2008, n. 68 p. 593). Il 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 (arrêt du Tribunal fédéral 4A_463/2011 du 5 octobre 2011 consid. 3.1; ATF 122 III 321 consid. 4a).

La demande de paiement doit être faite par le bénéficiaire, dans le délai de validité de la garantie, à l'endroit convenu, dans la forme requise et en satisfaisant aux autres conditions de la garantie (LOMBARDINI, op. cit., n. 88 p. 598).

Le bénéficiaire ne doit pas apporter d'autre preuve de justification de son droit. Il ne doit répondre à aucune interrogation de la banque ou du donneur d'ordre pour justifier son appel à la garantie (LOMBARDINI, op. cit., n. 96 p. 600).

5.1.2 Bien que fondée sur une garantie de nature indépendante, la réquisition de paiement du bénéficiaire doit être exercée conformément aux règles de la bonne foi, son abus manifeste étant prohibé (art. 2 al. 2 CC).

Le caractère indépendant de la garantie trouve en effet ses limites là où il y est visiblement fait appel de manière abusive (ATF 138 III 241 consid. 3.2; 131 III 511 consid. 4.6).

Une garantie indépendante n'est ainsi jamais totalement «dégagée» du contrat de base. La finalité d'un contrat de garantie est la couverture d'un risque particulier. Le droit d'obtenir le paiement de la garantie n'existe donc plus s'il doit servir une fin manifestement étrangère à l'objet de la garantie (ATF 122 III 321 consid. 4a et les références citées ; arrêt du Tribunal fédéral 4A_463/2011 du 5 octobre 2011 consid. 3.1). L'on est en présence d'un abus de droit notamment lorsque les parties au contrat ont clairement manifesté qu'il ne s'agissait que d'un acte simulé. Dans ce cas, on reconnaît au garant le droit de refuser le paiement (DOHM, Les garanties bancaires dans le commerce international, 1986, n. 227).

Cela étant, l'existence d'une fraude ou d'un abus doit toujours être appréciée de façon rigoureuse. Le paiement de la garantie ne peut être empêché qu'exceptionnellement dans les cas les plus flagrants où l'abus de droit est évident (LOMBARDINI, op. cit., n. 113 p. 605; TERCIER/FAVRE, Les contrats spéciaux, 4^{ème} éd., 2009, n. 7213). Les éléments probatoires fournis à cet égard doivent confiner à la certitude. Le garant ne doit pas essayer d'analyser comment les parties ont exécuté leurs obligations (LOMBARDINI, op. cit., n. 116 p. 606).

5.1.3 A teneur de l'art. 8 CC, chaque partie doit, si la loi ne prescrit le contraire, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit.

Si les faits générateurs de droit doivent être établis par celui qui entend exercer le droit qu'ils fondent, les faits libératoires sont à la charge du débiteur qui entend se libérer d'une obligation (PIOTET, in Commentaire romand, CC I, n. 31 ad art. 8 CC).

La règle de l'art. 8 CC s'applique en principe également lorsque la preuve porte sur des faits négatifs. Cette exigence est toutefois tempérée par les règles de la bonne foi qui obligent le défendeur à coopérer à la procédure probatoire, notamment en offrant la preuve du contraire. Cette obligation, de nature procédurale, ne touche par contre pas au fardeau de la preuve et n'implique nullement un renversement de celui-ci. C'est dans le cadre de l'appréciation des preuves que le juge se prononcera sur le résultat de la collaboration de la partie adverse ou qu'il tirera les conséquences d'un refus de collaborer à l'administration de la preuve (ATF 119 II 305 consid. 1.b/aa; arrêt du Tribunal fédéral 4A_256/2013 du 17 octobre 2013 consid. 2.2).

5.2.1 En l'espèce, l'intimée a fait appel à la garantie le 6 septembre 2010, soit pendant la durée de validité de celle-ci. Elle a requis le paiement de 5'000'000 EUR, précisant que le montant impayé s'élevait à 5'106'911.45 EUR, et a joint à son courrier la copie de la facture impayée n° BJA68 du 8 mars 2010 ainsi que celle de l'accusé de réception des marchandises faisant l'objet de cette facture signé le 2 mars 2010 par une personne autorisée, soit tous les documents requis par le texte de la garantie, ce qui n'est au demeurant pas contesté.

Les conditions d'appel à la garantie sont dès lors remplies, de sorte que l'intimée n'est pas tenue de produire d'autres documents pour en obtenir le paiement.

5.2.2 Il convient toutefois de déterminer si l'appel à la garantie est abusif.

En l'espèce, l'appelante soutient que l'appel à la garantie serait abusif dans la mesure où la transaction serait fictive au vu notamment de sa rapidité d'exécution et de l'absence d'élément probant quant au transport effectif de la marchandise. Elle soutient que l'intimée devait collaborer à l'apport de la preuve contraire, dans la mesure où une transaction fictive est un fait négatif.

Si la coïncidence des dates figurant sur la confirmation de la commande et l'accusé de réception des biens est certes surprenante, elle n'implique toutefois pas nécessairement que la transaction serait inexistante. En effet, aucun élément de la procédure ne permet de déterminer exactement le lieu d'expédition des biens, si bien que le temps nécessaire au transport de la marchandise ne peut être déterminé. Par ailleurs, le témoin J _____ a affirmé qu'il n'était pas inhabituel que la marchandise soit déjà livrée lorsque le financement était mis en place. Cet

élément ne permet dès lors pas de retenir que la transaction serait manifestement fictive.

S'agissant du fardeau de la preuve, l'intimée devait en principe uniquement apporter la preuve de la réalisation des conditions d'appel à la garantie, ce qu'elle a fait en l'espèce. Cela étant, bien que la preuve du fait libératoire soit à la charge de l'appelante, l'intimée devait collaborer à la procédure probatoire dans la mesure où la preuve portait sur un fait négatif.

Or, contrairement à ce que soutient l'appelante, l'intimée a bel et bien coopéré à la procédure probatoire en apportant des éléments destinés à établir la réalité de la transaction litigieuse. En effet, outre les documents produits conformément à son propre fardeau de la preuve, l'intimée a également versé à la procédure les factures relatives à la transaction et des extraits de compte sur lesquels on peut observer les mouvements d'argent correspondant aux factures produites. Les factures permettent par ailleurs de constater que l'intimée réalisait un bénéfice dans la transaction, au vu du rabais octroyé par M_____ LP, ce qui démontre la réalité économique de la transaction telle que relevée par le Tribunal de première instance. Si la transaction était fictive, comme le soutient l'appelante, l'on ne comprend pas pour quelle raison l'intimée a payé la facture de M_____ LP et accepté d'entrer en matière sur l'échéancier de paiement proposé par K_____ SA au lieu de faire directement appel à la garantie.

Au vu du dossier, sur lequel la Cour de céans doit statuer conformément à la maxime des débats, il ne peut être retenu que la transaction litigieuse serait fictive. En effet, en dépit de certains éléments - tels que la coïncidence des dates de confirmation de la commande et d'accusé de réception des biens, de même que les échanges de correspondance stériles entre les personnes impliquées dans la transaction -, le degré de preuve requis pour retenir l'abus de droit n'est pas atteint.

S'agissant de l'attitude de l'intimée qui a, dans un premier temps, aidé l'appelante à obtenir les documents souhaités, on ne saurait retenir un abus de droit de sa part du simple fait qu'elle a ensuite décidé de faire valoir son droit en justice. Il ne ressort en particulier pas de la procédure qu'elle aurait renoncé au paiement de la garantie ou se serait engagée au-delà des conditions de celle-ci en acceptant d'aider l'appelante à obtenir des documents supplémentaires, ce qu'elle n'avait au demeurant pas l'obligation de faire.

Enfin, en l'absence d'un abus de droit manifeste, on ne saurait retenir une attitude contraire à la bonne foi de l'intimée.

Au vu de ce qui précède, le jugement querellé sera confirmé.

5. L'appelante, qui succombe, sera condamnée aux frais judiciaires d'appel (art. 106 al. 1 CPC), arrêtés à 60'000 fr. (art. 95, 96 et 104 al. 1 CPC; art. 17 et 35 RTFMC)

et compensés à hauteur de ce montant par l'avance de frais versée par l'appelante (art. 111 al. 1 CPC), laquelle reste acquise à l'Etat de Genève. Le solde de 30'000 fr. lui sera restitué.

Les dépens d'appel, arrêtés à 31'000 fr., débours et TVA compris (art. 84, 85 et 90 RTFMC; art. 20, 25 et 26 LaCC; art. 25 al. 1 LTVA), seront également mis à la charge de l'appelante (art. 106 al. 1 CPC).

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

La Chambre civile :

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté le 5 janvier 2016 par A_____ SA contre le jugement JTPI/14182/2015 rendu le 24 novembre 2015 par le Tribunal de première instance dans la cause C/14388/2013-7.

Au fond :

Confirme le jugement entrepris.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Sur les frais :

Arrête les frais judiciaires d'appel à 60'000 fr., les met à la charge de A_____ SA et dit qu'ils sont compensés à hauteur de ce montant avec l'avance de frais versée par celle-ci, laquelle reste acquise à l'Etat de Genève.

Invite en conséquence les Services financiers du Pouvoir judiciaire à restituer à A_____ SA le solde de son avance de frais en 30'000 fr.

Condamne A_____ SA à payer à B_____ LTD la somme de 31'000 fr. à titre de dépens d'appel.

Siégeant :

Monsieur Cédric-Laurent MICHEL, président; Mesdames Pauline ERARD et Paola CAMPOMAGNANI, juges; Madame Camille LESTEVEN, greffière.

Le président :

Cédric-Laurent MICHEL

La greffière :

Camille LESTEVEN

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.