

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/15191/2015

ACJC/1102/2016

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU VENDREDI 26 AOÛT 2016

Entre

BANQUE X_____, sise à Y_____, recourante contre un jugement rendu par la 9ème Chambre du Tribunal de première instance le 25 avril 2016, comparant par Me Daniel Udry, avocat, 100, rue du Rhône, 1204 Genève, en l'étude duquel elle fait élection de domicile,

et

B_____ **SA**, sise à U_____, intimée, comparant par Me Vincent Jeanneret, avocat, 15bis, rue des Alpes, case postale 2088, 1211 Genève 1, en l'étude duquel elle fait élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 29.08.2016.

EN FAIT

A. a. B_____ SA (ci-après : B_____ SA) est une société fondée en _____ 2008, sise à U_____ et active dans la gestion de fortune.

C_____ est administrateur unique de cette société et dispose de la signature individuelle. Il est salarié de celle-ci, avec D_____ (ci-après : D_____), lequel est aussi titulaire de la signature individuelle.

Le capital-actions de B_____ SA, de 100'000 fr. lors de sa fondation, était composé de mille actions de 100 fr. au porteur et entièrement détenu par C_____.

L'organe de révision de B_____ SA est E_____ SA.

b. En 2009, le capital-actions de B_____ SA a été augmenté à 1'500'000 fr., comprenant 15'000 actions de 100 fr., devenues nominatives.

Cette augmentation a été financée par un prêt, intitulé "*The Loan Agreement*", de 1'050'000 fr. que F_____ INC., sise à Z_____ et détenue par la BANQUE X_____, avait concédé à C_____ par contrat du 22 août 2008. Ce montant de 1'050'000 fr. correspond à 70% du capital-actions de B_____ SA. C_____ a personnellement investi la somme de 350'000 fr. dans l'acquisition des nouvelles actions.

L'actionnariat de B_____ SA s'est modifié en ce sens que C_____ est devenu actionnaire majoritaire (à concurrence de 90% du capital-actions) et que D_____ est devenu coactionnaire pour le solde de 10%.

c. Par contrat du 22 décembre 2008 intitulé "*Put Option Agreement*", C_____ s'est réservé le droit de vendre les actions à F_____ INC. à leur valeur nominale, en compensation avec le prêt qu'elle lui avait concédé à cette même date.

d. Par contrat du 22 décembre 2008 intitulé "*Call Option Agreement*", conclu entre C_____, agissant en son nom, et la BANQUE X_____, le premier a accordé à la seconde le droit irrévocable et inconditionnel d'acquérir jusqu'à 10'500 actions nominatives de B_____ SA à leur valeur nominale de 100 fr., pendant une durée de dix ans. Le prix de vente était susceptible d'être compensé avec la créance de F_____ INC. en remboursement de son prêt. Ces 10'500 actions nominatives correspondent à 70% du capital-actions de B_____ SA.

e. B_____ SA a été fondée en vue de gérer le patrimoine de la BANQUE X_____ auprès de la BANQUE G_____ SA.

f. Par contrat du 1^{er} juillet 2009 intitulé "*Asset Management Agreement*", soumis au droit suisse, B_____ SA s'est engagée à gérer les fonds déposés par la BANQUE X_____ auprès de la BANQUE G_____ SA contre une rémunération de gestion de 0.35% à 0.40% des fonds déposés. Elle pouvait, en outre, prétendre à certaines conditions à une rémunération de performance. Ce contrat, d'une durée initiale d'une année, a été prolongé pour une période de deux ans, puis tacitement prorogé pour une durée indéterminée.

A la suite de la signature de ce contrat, la BANQUE X_____ a déposé un milliard d'euros auprès de la BANQUE G_____ SA.

g. Par ordonnance du 19 janvier 2011, entrée en vigueur le lendemain (RS 946.231.143.6), le Conseil fédéral a institué des mesures à l'encontre de la REPUBLIQUE ISLAMIQUE D'IRAN.

Par courrier du 4 mai 2012, la BANQUE G_____ SA a informé B_____ SA qu'en raison de mesures prises par les Etats-Unis à l'encontre de la REPUBLIQUE ISLAMIQUE D'IRAN (*U.S. National Defense Authorization Act for Fiscal Year 2012, NDAA*), seuls certains types de transactions pouvaient encore être effectués.

h. Par courrier du 18 juillet 2012, B_____ SA a avisé la BANQUE X_____ du fait que ces mesures internationales avaient affecté négativement le résultat de sa gestion et que la moitié de celui-ci avait été absorbé par ses honoraires.

Par courrier du 20 juillet 2012 adressé à B_____ SA, la BANQUE G_____ SA a exprimé le souhait de rencontrer l'administrateur C_____ afin de discuter de "*la problématique des frais de gestion*" payés par la BANQUE X_____ dans le contexte d'un compte qui ne pouvait plus être géré comme dans le passé.

i. La BANQUE G_____ SA, par courrier du 6 août 2012, a sollicité de la BANQUE X_____ sa confirmation écrite selon laquelle la rémunération qu'elle avait convenue avec B_____ SA au début de leur relation contractuelle était toujours valable et qu'elle pouvait continuer à payer les factures de B_____ SA. Dans l'attente de sa confirmation écrite, la BANQUE G_____ SA a suspendu le paiement des factures présentées par B_____ SA.

Par courrier du 19 septembre 2012 (date admise par les parties), la BANQUE X_____ a confirmé à la BANQUE G_____ SA que la situation était inchangée. Le contrat de gestion de fortune du 1^{er} juillet 2009 avec B_____ SA n'avait été ni résilié ni amendé ni révoqué, de sorte qu'il continuait à déployer pleinement ses effets. La BANQUE X_____ autorisait explicitement la BANQUE G_____ SA à exécuter ses obligations résultant de ce contrat.

j. Par courrier du 29 juillet 2014, B_____ SA a interpellé la BANQUE X_____ afin de savoir si elle voulait qu'elle poursuive ou non la gestion de son compte, parce qu'à la suite des sanctions internationales, son activité s'était limitée à demander des remboursements d'impôts et à éviter la perte de valeur de ses investissements. Elle ne pouvait dès lors plus lui facturer des honoraires comme "*en situation normale*". Elle lui demandait de résoudre cette situation susceptible d'entamer le capital compte tenu de ses honoraires et des commissions bancaires.

k. Par courrier du 17 octobre 2014, la BANQUE X_____ a résilié avec effet immédiat le contrat de gestion de fortune conclu le 1^{er} juillet 2009 avec B_____ SA. Celle-ci a perdu son unique cliente et s'est retrouvée sans revenus.

l. C_____, agissant comme directeur et actionnaire de B_____ SA, et un représentant de la BANQUE X_____, se sont rencontrés le 10 novembre 2014.

Par courrier du 3 décembre 2014 adressé à la BANQUE X_____, C_____, agissant en personne, a accusé réception du projet de procès-verbal relatif à cette réunion et a souhaité exposer sa compréhension de l'accord envisagé lors de cette rencontre, afin d'éviter tout malentendu. Il a notamment confirmé que la BANQUE X_____ n'exercerait pas son droit d'option selon l'accord du 22 décembre 2008 ("*Call Option Agreement*") et que F_____ INC. s'abstiendrait de réclamer le remboursement de son prêt durant un délai de 30 jours à compter du dépôt du rapport de "*due diligence*" par les mandataires respectifs des parties. Après la délivrance de ce rapport, les parties négocieraient la liquidation de leur relation mutuelle, avec, pour conséquence, le paiement à la BANQUE X_____, en lieu et place du remboursement de certains honoraires de gestion, d'une somme équivalente à 70% de la valeur de l'actif net de B_____ SA. Ledit rapport n'a jamais été mis en œuvre.

Par courrier du 8 décembre 2014, C_____, agissant en personne, a indiqué à la BANQUE X_____ que la solution la plus avantageuse pour elle était le paiement de 70% de la valeur de cet actif net au 30 octobre 2014.

Par courrier du 13 décembre 2014, C_____, agissant en personne, a communiqué à la BANQUE X_____ que la valeur de l'actif net au 31 octobre 2014 s'élevait à 4'787'920 fr. dont les 70% correspondaient à 3'351'544 fr.

La BANQUE X_____ n'a pas accepté cette proposition.

m. Dans son rapport du 19 mai 2015 relatif à l'année 2014, le réviseur de B_____ SA a relevé que celle-ci avait omis, depuis 2010, d'inclure dans ses comptes les bonus de performance versés à ses employés, qui représentaient au total 1'060'211 fr. pour C_____ et 1'000'054 fr. pour D_____.

Le bilan au 31 décembre 2014 faisant apparaître le surendettement de B_____ SA à hauteur de 2'052'384 fr., C_____ et D_____ ont accepté, le 15 janvier 2015, de postposer leurs créances afin de ne pas devoir aviser le juge du surendettement de la société au sens de l'art. 725 al. 2 CO.

n. Le 14 juillet 2015, la BANQUE X_____ a exercé son droit d'achat à l'encontre de C_____ portant sur 10'500 actions de B_____ SA.

Par courrier du 7 septembre 2015, le Secrétariat à l'Economie (ci-après : SECO) a confirmé à la BANQUE X_____ qu'il approuverait cette transaction, à condition qu'immédiatement après son exécution B_____ SA soit liquidée, puisqu'une banque iranienne n'était pas autorisée à ouvrir une succursale ou une filiale en Suisse. Il a précisé qu'il appartiendrait à B_____ SA de lui soumettre cette transaction.

B_____ SA n'a pas soumis ladite transaction au SECO et n'a pas modifié l'actionnariat de la société.

o. Le 24 juillet 2015, le réviseur de B_____ SA a averti cette société de son état de surendettement, selon bilan dressé au 31 mai 2015.

B. a. Par requête expédiée le 24 juillet 2015, B_____ SA a avisé le Tribunal de première instance de son surendettement et a sollicité l'octroi d'un sursis concordataire. Elle préférait cette démarche à sa mise en faillite, ajoutant que la nomination d'un commissaire présentait plus de garanties d'indépendance que la désignation d'un liquidateur par elle-même.

b. Par jugement JTPI/1_____ du 27 août 2015, le Tribunal a accordé à B_____ SA un sursis provisoire jusqu'au 26 octobre 2015 et désigné Me H_____, avocat, en qualité de commissaire au sursis avec la mission d'analyser les perspectives d'homologation d'un concordat par abandon d'actifs.

Selon le Tribunal, B_____ SA avait cessé toute activité économique depuis la fin du mandat de gestion et il s'imposait de diminuer les dettes de la masse.

c. Par rapport du 9 octobre 2015, le commissaire au sursis a relevé que B_____ SA devait être liquidée en réglant tous ses "*tiers créanciers*" (autres que C_____ et D_____). La procédure d'abandon d'actifs s'assimilait économiquement à une liquidation volontaire, mais effectuée dans le cadre légal de la procédure concordataire et sous la surveillance du commissaire au sursis. Selon ce dernier, il était possible de désintéresser tous les tiers créanciers et de régler les frais de fonctionnement et de liquidation jusqu'au terme de la procédure concordataire sur la base des seuls avoirs bancaires de la société, avec une marge de plus de 800'000 fr.

d. Par courrier déposé le 14 octobre 2015 au Tribunal, la BANQUE X_____ a fait valoir sa qualité de créancière de B_____ SA, d'une part, pour environ onze millions de francs à titre d'honoraires de gestion indûment perçus entre le 20 janvier 2011 (à la suite de l'entrée en vigueur de l'ordonnance instituant des mesures à l'encontre de la REPUBLIQUE ISLAMIQUE D'IRAN) et la résiliation du contrat de gestion de patrimoine le 17 octobre 2014.

D'autre part, la BANQUE X_____ a soutenu être l'ayant droit économique de B_____ SA, à la suite de l'exercice de son droit d'option sur la base du "*Call Option Agreement*" portant sur 10'500 actions d'une valeur nominale de 100 fr. de B_____ SA, correspondant à 70% du capital-actions de celle-ci, précisant pouvoir devenir actionnaire de cette société à tout moment, mais qu'elle en avait été empêchée par B_____ SA, son conseil d'administration et son actionnaire C_____.

La BANQUE X_____ a prétendu être directement touchée dans ses droits par la procédure de sursis concordataire et craignait que celle-ci n'ait été initiée que pour éluder ses droits. B_____ SA avait en outre requis le sursis concordataire en violation de l'art. 6 let. b) du "*Call Option Agreement*" du 22 décembre 2008, qui lui imposait l'obligation de solliciter l'accord préalable écrit de la BANQUE X_____ avant sa mise en liquidation.

En annexe, la BANQUE X_____ a produit le "*Call Option Agreement*" du 22 décembre 2008, l'"*Asset Management Agreement*" du 1^{er} juillet 2009, sa déclaration du 14 juillet 2015 relative à l'exercice de son droit d'option et la réponse du SECO du 7 septembre 2015 en relation avec l'exercice dudit droit.

e. Par jugement JTPI/2_____ du 23 octobre 2015, le Tribunal a accordé un sursis définitif à B_____ SA jusqu'au 25 avril 2016 et confirmé Me H_____ dans sa qualité de commissaire au sursis.

Le Tribunal a considéré que l'adhésion des créanciers au concordat par abandon d'actifs était vraisemblable, puisqu'ils seraient intégralement désintéressés, sauf ceux qui avaient postposé leurs créances. Il a écarté la prétention de la BANQUE X_____ au motif qu'elle n'était pas chiffrée et "*pas [sic] loin d'être liquide*".

Le sursis a été publié dans la FOSC du 26 octobre 2015.

f. A la suite de l'appel aux créanciers publié le 10 novembre 2015 dans la FAO, la BANQUE X_____ a expédié sa production au commissaire le 10 décembre 2015, en temps utile. Elle a fait valoir le montant de 3'351'554 fr. au minimum selon le calcul de C_____ (cf. ci-dessus let. A.I.), précisant qu'elle n'avait jamais accepté ce chiffre nettement inférieur à la réalité.

Elle chiffrait par conséquent sa créance à 18'010'039 fr., intérêts courus compris jusqu'au 27 août 2015, correspondant aux commissions indûment perçues par B_____ SA du 20 janvier 2011 au 17 octobre 2014, calculées à partir du montant d'un milliard d'euros, au taux maximal de 0,4% et *pro rata temporis*.

Le 1^{er} février 2016, B_____ SA a contesté la production de la BANQUE X_____.

Elle a indiqué avoir poursuivi son activité pour la BANQUE X_____ après les mesures prises par la Suisse et les Etats-Unis contre l'Iran. En particulier, elle lui avait proposé un placement de dépôt à double devise, ce qui ressortait du courrier du 18 juillet 2012. Elle a ajouté avoir adopté une stratégie de "*hedging*" pour éviter les fluctuations de cours et gérer les risques de change. Elle a soutenu avoir poursuivi son activité de monitoring et de réconciliation des comptes et sollicité le remboursement de taxes fiscales, ce qui ressortait des courriels échangés entre les parties, et dont elle estimait le montant à près de 12 millions en faveur de la BANQUE X_____.

g. Dans son rapport du 13 avril 2016, le commissaire au sursis a recommandé l'homologation du concordat accepté par la majorité des créanciers. Il a estimé qu'il fallait écarter du vote relatif à l'adhésion au concordat les créances privilégiées, les créances postposées (en 1'060'211 fr. de C_____, admise par ailleurs au vote à concurrence de 517'365 fr., colloqués en 3^{ème} classe, et en 1'000'054 fr. de D_____), ainsi que la voix et la prétention de la BANQUE X_____.

Le commissaire a indiqué "*nourrir le plus grand scepticisme quant au bien-fondé des prétentions*" de la BANQUE X_____, puisque par courrier du 19 septembre 2012, elle avait confirmé à la BANQUE G_____ SA la poursuite du contrat de "*gérant externe*". En outre, une éventuelle prétention en enrichissement illégitime était prescrite. Selon lui, la BANQUE X_____ tentait d'introduire dans le cadre de la liquidation des activités de B_____ SA un litige qui l'opposait en réalité aux actionnaires de celle-ci.

h. A l'audience d'homologation du 14 avril 2016, annoncée par voie de publication dans la FOOSC du 11 mars 2016, la BANQUE X_____ a été entendue par le Tribunal.

Elle s'est opposée à l'homologation du concordat, estimant qu'au moment du dépôt de la requête en sursis concordataire, B_____ SA n'était pas en situation de surendettement au sens de l'art. 725 al. 2 CO. Elle a contesté que la société soit redevable des bonus postposés. Elle a conclu à ce que sa créance soit prise en compte pour le calcul des majorités, précisant avoir été représentée à l'assemblée générale des créanciers et s'être opposée à cette occasion au concordat.

B_____ SA a répondu que les éventuelles prétentions de la BANQUE X_____ étaient en tout état de cause prescrites. En outre, les discussions entre C_____ et la BANQUE X_____ dans le courant de l'automne 2014 avaient concerné uniquement les rapports entre un actionnaire de B_____ SA et le détenteur d'une option d'achat d'actions de cette société. Dans leur échange de correspondance [de décembre 2014], il n'avait pas été question de la créance de la BANQUE X_____. Le courrier de C_____ du 13 décembre 2014 avait indiqué un montant de 3'351'544 fr. équivalant aux 70% de la valeur nette des actifs de B_____ SA avant liquidation, c'est-à-dire le dividende de liquidation qui serait revenu à la BANQUE X_____ si elle était devenue actionnaire de B_____ SA. Or, l'exercice du droit d'achat de ses actions n'avait pas été suivi de l'approbation du conseil d'administration s'agissant d'actions nominatives liées.

Pour sa part, le commissaire au sursis a recommandé l'homologation du concordat, précisant ne pas s'être exprimé sur le bien-fondé des créances postposées des actionnaires, qui n'avaient pas été admises au vote.

- C. a.** Par jugement JTPI/5417/2006 rendu le 25 avril 2016 et reçu le 29 avril 2016 par la BANQUE X_____, le Tribunal a homologué le concordat par abandon d'actifs de B_____ SA (ch. 1 du dispositif), ordonné la publication du ch. 1 du dispositif du jugement dans la FAO et dans la FOSC dès que le jugement serait exécutoire (ch. 2), relevé Me H_____ de ses fonctions de commissaire au sursis (ch. 3), mis les frais à la charge de la BANQUE X_____ (ch. 4) condamné celle-ci à payer à l'Etat de Genève, soit pour lui les Services financiers du Pouvoir judiciaire, à titre de frais judiciaires, un émolument de décision de 2'000 fr., ainsi que les émoluments et les frais de la publication prévue au chiffre 2 du dispositif (ch. 5) et a débouté les parties de toutes autres conclusions.

b. Selon le Tribunal, la prétention de la BANQUE X_____ n'était pas fondée, puisqu'elle avait dûment autorisé la BANQUE G_____ SA, par courrier du 19 septembre 2012, à payer par le débit de son compte les factures relatives aux honoraires de gestion de la sursitaire, de sorte qu'elle ne subissait aucun dommage.

En tout état de cause, elle ne pouvait pas solliciter le remboursement desdits honoraires, puisqu'elle en avait autorisé le paiement en connaissance de cause (art. 63 al. 1 CO).

Enfin, les négociations menées entre C_____ et la BANQUE X_____ ne concernaient pas la prétendue créance de celle-ci, mais l'exercice du droit d'acheter les actions de la sursitaire.

- D. a.** Par acte déposé au greffe de la Cour de justice le 9 mai 2016, la BANQUE X_____ recourt contre ce jugement, dont elle sollicite l'annulation.

Elle conclut principalement, avec suite de frais et dépens de la procédure, au refus de l'homologation du concordat par abandon d'actifs de B_____ SA et à la reconnaissance de sa qualité de créancière au moins à hauteur de 3'351'544 fr.

Subsidiairement, elle conclut, avec suite de frais et dépens, à l'annulation du jugement entrepris et au renvoi de la cause au Tribunal pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

La recourante dépose des pièces nouvelles.

b. Par arrêt ACJC/3_____ du 25 mai 2016, la Cour a rejeté la requête de l'intimée tendant au retrait de l'effet suspensif au recours contre le jugement entrepris et a dit qu'il serait statué sur les frais dans l'arrêt rendu sur le fond.

c. Par réponse déposée le 23 mai 2016, l'intimée conclut à l'irrecevabilité des faits nouveaux allégués par la recourante, ainsi qu'aux moyens de preuve nouveaux proposés par celle-ci. Sur le fond, elle conclut au rejet du recours et à la confirmation du jugement entrepris, avec suite de frais et dépens.

Elle dépose des pièces nouvelles.

d. Par réplique expédiée le 9 juin 2016, respectivement duplique déposée le 23 juin 2016 au greffe de la Cour, les parties ont persisté dans leurs conclusions.

e. Les parties ont été informées le 24 juin 2016 de ce que la cause était gardée à juger.

EN DROIT

1. **1.1** Selon l'art. 319 let. a CPC, le recours est recevable contre les décisions finales de première instance qui ne peuvent faire l'objet d'un appel.

Tel est le cas en l'espèce, puisqu'à teneur de l'art. 309 let. b ch. 7 CPC l'appel n'est pas recevable contre les décisions pour lesquelles le tribunal du concordat est compétent selon la LP. En revanche, l'art. 307 al. 1 LP dispose que la décision portant sur l'homologation du concordat peut être attaquée par la voie du recours.

Formé dans le délai de dix jours et selon la forme prescrits par la loi (art. 251 let. a et 321 al. 1 et al. 2 CPC), le recours est recevable.

- 1.2** Le pouvoir d'examen de la Cour est limité à la violation du droit et à la constatation manifestement inexacte des faits (art. 320 CPC).

Selon la jurisprudence, des constatations de fait doivent être tenues pour manifestement inexactes lorsqu'elles sont arbitraires aux termes de l'art. 9 Cst. (ATF 140 III 264 consid. 2.3; arrêt du Tribunal fédéral 4D_40/2015 du

13 novembre 2015 consid. 2). L'autorité tombe dans l'arbitraire lorsqu'elle ne prend pas en considération, sans aucune raison sérieuse, un élément de preuve propre à modifier la décision, lorsqu'elle se trompe manifestement sur son sens et sa portée, ou encore lorsque, sur la base des éléments recueillis, elle parvient à des constatations insoutenables (ATF 140 III 264 consid. 2.3; arrêt du Tribunal fédéral 4D_40/2015 du 13 novembre 2015 consid. 2 et les références citées).

En l'espèce, la recourante indique préalablement qu'elle "*ne conteste pas les faits tels que retenus par le Tribunal*" et, dans sa partie "*en fait*" de son recours, qui comprend 28 pages, elle ne mentionne pas les faits que le Tribunal aurait arbitrairement omis de prendre en considération ni en quoi ceux-ci auraient pu avoir une incidence sur la solution du litige.

Elle ne fait qu'exposer sa propre version des faits, ce qui n'est pas admissible.

1.3 Le recours est instruit en procédure sommaire (art. 251 let. a CPC) et la maxime inquisitoire s'applique (art. 255 let. a CPC).

2. La recourante et l'intimée ont produit des pièces nouvelles en seconde instance.

2.1 Selon l'art. 326 al. 1 CPC, les conclusions, les allégations de faits et les preuves nouvelles sont irrecevables.

En matière concordataire, il n'y a pas de norme dérogeant à la règle de l'art. 326 al. 1 CPC, contrairement à ce qui prévaut en matière de recours contre les décisions du juge de la faillite (art. 174 al. 1 LP), en matière d'opposition à l'ordonnance de séquestre (art. 278 al. 3 LP) ou de recours contre le jugement statuant sur la révocation du sursis extraordinaire (art. 348 al. 2 LP; JEANDIN, in CPC, Code de procédure civile commenté, BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY [éd.], 2011, n. 4 ad art. 326 CPC; MULLER, La procédure sommaire et la procédure simplifiée dans les litiges de droit des poursuites et des faillites : expériences pratiques, in JdT 2014 II 63, p. 67; FREIBURGHAUS/AFHELDT, in Kommentar zum schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER [éd.], 3^{ème} éd., 2016, n. 5 ad art. 326 CPC; STEININGER, in Schweizerische Zivilprozessordnung Kommentar [ZPO], 2^{ème} éd., 2016, n. 4 à 6 ad art. 326 CPC; Cour des poursuites et faillites du canton de Vaud du 12 juin 2012, 2012/30 n. 247), cela quand bien même la procédure est soumise à la maxime inquisitoire (arrêt du Tribunal fédéral 5A_405/2011 du 27 septembre 2011 consid. 4.5.3, non publié in ATF 137 III 470).

2.2 En l'espèce, les allégués et pièces nouvelles des parties sont irrecevables et la Cour statuera sur la base du même dossier que celui dont disposait le Tribunal.

-
3. La recourante fait grief au Tribunal d'avoir considéré à tort que la majorité des créanciers représentant au moins les deux tiers des créances à recouvrer ont accepté le concordat.

Elle soutient être créancière de l'intimée pour 18'010'839 fr. à la suite de la perception injustifiée par celle-ci d'honoraires durant quatre ans. Sa confirmation du 19 septembre 2011 [recte : 2012] concernait uniquement cette année-là et le Tribunal ne pouvait sans autre considérer qu'elle s'appliquait aux années suivantes, jusqu'en 2014. En outre, cette rémunération n'était due qu'en cas de travail accompli, à teneur du contrat de gestion.

Elle fait valoir subsidiairement qu'elle serait créancière de 3'351'544 fr. à la suite de l'exercice de son "*Call Option*" portant sur les 70% du capital-actions de la société intimée et, par conséquent, actionnaire de cette société. En sa qualité de créancière opposée au concordat, les conditions de majorité pour l'acceptation et l'homologation de celui-ci n'étaient pas remplies, de sorte que la décision du Tribunal doit être annulée.

En outre, elle fait grief au Tribunal de n'avoir ni constaté ni condamné le comportement abusif de l'intimée et de son administrateur unique dans le cadre de l'ouverture du sursis concordataire : les créances de l'administrateur unique et de D_____ seraient infondées, puisque leur activité résiduelle ne justifiait pas l'octroi d'un bonus basé sur la performance et le résultat. Le premier juge aurait ainsi admis une procédure concordataire sans respecter les règles en cas de surendettement (art. 725 al. 1 et 736 al. 2 CO). L'ouverture de la procédure concordataire viserait à son sens à liquider au plus vite la société intimée, à éluder les questions sur sa gestion douteuse et empêcher l'exercice de son droit d'option sur les actions de l'intimée.

Elle reproche également au Tribunal de ne pas s'être inquiété de la diminution de l'actif de la société pour plus de 2,5 millions de francs entre octobre 2014 et août 2015, alors que l'intimée avait à cette époque peu de frais d'exploitation. Elle conteste en outre la prise en considération de frais de l'ordre d'un million (marketing, voyages et honoraires d'avocat).

Enfin, elle relève l'absence d'assemblée générale préalable à la procédure concordataire, en violation des art. 725 al. 1 et 736 ch. 2 CO.

3.1 Selon l'art. 725 al. 1 CO, s'il ressort du dernier bilan annuel que la moitié du capital-actions et des réserves légales d'une société anonyme n'est plus couverte, le conseil d'administration convoque immédiatement une assemblée générale et lui propose des mesures d'assainissement.

Cette disposition tend à protéger les actionnaires afin de connaître à temps une éventuelle dégradation de la situation financière et se prononcer sur la

continuation des affaires, la liquidation de la société ou un changement de conseil d'administration (PETER/CAVADINI, Commentaire romand, 2008, n. 4 ad art. 725 CO).

Selon l'art. 725 al. 2 CO, s'il existe des raisons sérieuses d'admettre que la société est surendettée, un bilan intermédiaire est dressé et soumis à la vérification d'un réviseur agréé. S'il résulte de ce bilan que les dettes sociales ne sont couvertes ni lorsque les biens sont estimés à leur valeur d'exploitation, ni lorsqu'ils le sont à leur valeur de liquidation, le conseil d'administration en avise le juge, à moins que des créanciers de la société n'acceptent que leur créance soit placée à un rang inférieur à celui de toutes les autres créances de la société dans la mesure de cette insuffisance de l'actif.

Le juge doit s'assurer que le surendettement de la société est vraisemblable (GILLIERON, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, art. 159-270, 2001, n. 29 ad art. 192 LP; arrêt du Tribunal fédéral 5A_867/2015 du 11 décembre 2015 consid. 5.1.1). A cette fin, il se basera en règle générale sur le (double) bilan intermédiaire, établi avec l'estimation des actifs tant à leur valeur d'exploitation qu'à leur valeur de liquidation, ainsi que sur le rapport de vérification de l'organe de révision, qui accompagnent en principe l'avis de surendettement (PETER/CAVADINI, Commentaire romand, 2008, n. 45 ad art. 725 CO; arrêt du Tribunal fédéral 5A_867/2015 du 11 décembre 2015 consid. 5.1.1).

Au vu de l'avis de surendettement, le juge déclare la faillite (art. 725a al. 1, 1^{ère} phrase CO).

3.2 Selon l'art. 293 LP, la procédure concordataire est notamment introduite par la requête du débiteur, accompagnée d'un bilan à jour, d'un compte de résultats et d'un plan de trésorerie ou d'autres documents présentant l'état actuel et futur de son patrimoine, de ses résultats ou de ses revenus ainsi qu'un plan d'assainissement provisoire (let. a).

Le juge doit prendre en considération une telle requête de sursis, sauf si elle apparaît abusive ou vouée à l'échec (JACQUEMOUD/PASQUIER, Responsabilité du conseil d'administration avant et après le surendettement, in SJ 2013 II 271, p. 383, B.1).

Selon l'art. 293a LP, le juge du concordat accorde sans délai un sursis provisoire et arrête d'office les mesures propres à préserver le patrimoine du débiteur (al. 1, 1^{ère} phrase). Il prononce d'office la faillite s'il n'existe manifestement aucune perspective d'assainissement ou d'homologation d'un concordat (al. 3).

A teneur de l'art. 293b LP, le juge du concordat charge un ou plusieurs commissaires provisoires d'analyser de manière approfondie les perspectives d'assainissement ou d'homologation d'un concordat (al. 1).

L'octroi du sursis provisoire et la désignation d'un commissaire provisoire ne peuvent pas faire l'objet d'un recours (art. 293d LP).

3.3 Si, durant le sursis provisoire, des perspectives d'assainissement ou d'homologation d'un concordat apparaissent, le juge du concordat octroie définitivement un sursis de quatre à six mois; il statue d'office avant l'expiration du sursis provisoire (art. 294 al. 1 LP). Le juge cite notamment le débiteur à comparaître à une audience préliminaire et le commissaire provisoire fait rapport oralement ou par écrit. Le juge peut entendre des créanciers (al. 2). Il prononce la faillite s'il n'existe aucune perspective d'assainissement ou d'homologation d'un concordat (al. 3).

Le juge nomme un commissaire (art. 295 al. 1 LP).

Le débiteur et les créanciers peuvent attaquer la décision du juge du concordat par la voie du recours, conformément au CPC (art. 295c LP).

Le commissaire invite les créanciers au moyen d'une publication à lui indiquer leurs créances dans le délai d'un mois, sous peine d'être exclus des délibérations relatives au concordat (art. 300 al. 1, 1^{ère} phrase LP). Il invite le débiteur à se prononcer sur les créances produites (al. 2).

Le créancier qui n'a pas adhéré au concordat conserve tous ses droits contre les coobligés, cautions et garants du débiteur (art. 303 al. 1 LP).

Avant l'expiration du sursis, le commissaire transmet au juge du concordat toutes les pièces relatives au concordat. Dans son rapport, il rend compte des déclarations d'adhésion déjà reçues et recommande l'octroi ou le refus du concordat (art. 304 al. 1 LP). Le juge du concordat statue à bref délai (al. 2). La date et le lieu de l'audience sont annoncés par voie de publication. Les opposants sont avisés qu'ils peuvent s'y présenter pour faire valoir leurs moyens d'opposition (al. 3).

3.4 Selon l'art. 305 LP, le concordat est accepté lorsque, jusqu'à la décision d'homologation, y ont adhéré : soit la majorité des créanciers représentant au moins les deux tiers des créances à recouvrer (al. 1, let. a); soit le quart des créanciers représentant au moins les trois quarts des créances à recouvrer (al. 1, let. b). Le juge du concordat décide si et dans quelle mesure les créances contestées ou subordonnées à une condition suspensive ou à un terme incertain doivent être comptées; le tout sous réserve des jugements qui pourront intervenir ultérieurement (al. 3).

Pour décider si et dans quelle mesure les créances contestées doivent être comptées dans les majorités requises pour l'homologation, le juge du concordat doit examiner la vraisemblance du bien-fondé de ces créances (HARDMEIER, in Basler Kommentar, vol. III, 1998, n. 32 ad art. 305 LP; GILLIERON, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, vol. III, 2001, n. 19 ad art. 305 LP; MARCHAND, in Commentaire Romand, Poursuite et faillite, 2005, n. 35 ad art. 305 LP). Cette décision relève de son pouvoir d'appréciation (FRITZSCHE/WALDER, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Bd. II, p. 625 § 74 n. 7 in fine; MARCHAND, op. cit., n. 34 ad art. 305 LP; arrêt du Tribunal fédéral 5A_169/2008 du 29 janvier 2009 consid. 3.3.2 non publié in ATF 135 III 321).

Un fait est rendu vraisemblable si le juge, en se basant sur des éléments objectifs, a l'impression que le fait invoqué s'est produit, sans pour autant devoir exclure la possibilité qu'il ait pu se dérouler autrement (ATF 132 III 715 consid. 3.1; ATF 130 III 321 consid. 3.3); le juge peut en outre se limiter à un examen sommaire des questions de droit (ATF 139 III 86 consid. 4.2 et les références citées).

Selon l'art. 306 al. 1 LP, l'homologation est soumise notamment aux conditions ci-après : la valeur des prestations offertes doit être proportionnée aux ressources du débiteur, le juge du concordat pouvant prendre en considération les biens qui pourraient échoir à celui-ci (ch. 1); le paiement intégral des créanciers privilégiés reconnus et l'exécution des obligations contractées pendant le sursis avec le consentement du commissaire doivent faire l'objet d'une garantie suffisante, à moins que chaque créancier n'ait expressément renoncé à en exiger une pour sa propre créance; l'art. 305 al. 3 LP est applicable par analogie (ch. 2).

Selon l'art. 309 LP, lorsque le concordat n'est pas homologué, le juge du concordat prononce la faillite d'office.

3.5 Le mandataire est responsable envers le mandant de la bonne et fidèle exécution du mandat (art. 398 al. 2 CO). La responsabilité du mandataire suppose la réunion de quatre conditions qui sont cumulatives : une violation d'un devoir de diligence, une faute, un dommage et une relation de causalité (naturelle et adéquate) entre la violation fautive du devoir de diligence et le dommage survenu (arrêt du Tribunal fédéral 4A_210/2015 du 2 octobre 2015 consid. 4.1). La notion juridique du dommage consiste dans la diminution involontaire de la fortune nette. Il correspond à la différence entre le montant actuel du patrimoine du lésé et le montant que ce même patrimoine aurait si l'événement dommageable - ou la violation du contrat - ne s'était pas produit. Il peut survenir sous la forme d'une diminution de l'actif, d'une augmentation du passif, d'une non-augmentation de l'actif ou d'une non-diminution du passif (ATF 133 III 462 consid. 4.4.2; arrêt du Tribunal fédéral 4A_481/2012 du 14 décembre 2012 consid. 3).

3.6 Selon l'art. 62 CO, celui qui, sans cause légitime, s'est enrichi aux dépens d'autrui, est tenu à restitution (al. 1). La restitution est due, en particulier, de ce qui a été reçu sans cause valable, en vertu d'une cause qui ne s'est pas réalisée, ou d'une cause qui a cessé d'exister (al. 2).

Selon l'art. 63 CO, celui qui a payé volontairement ce qu'il ne devait pas ne peut le répéter s'il ne prouve qu'il a payé en croyant, par erreur, qu'il devait ce qu'il a payé.

Selon l'art. 67 al. 1 CO, l'action pour cause d'enrichissement illégitime se prescrit par un an à compter du jour où la partie lésée a eu connaissance de son droit de répétition, et, dans tous les cas, par dix ans dès la naissance de ce droit.

- 4. 4.1** En l'espèce, la recourante n'a pas rendu vraisemblable qu'elle serait créancière de l'intimée pour la somme de 18'010'839 fr.

La recourante n'a pas rendu vraisemblable une mauvaise exécution du contrat de gestion ni le dommage qui s'en serait résulté, en violation de l'art. 398 CO, applicable en vertu de la clause d'élection de droit suisse contenue dans le contrat de gestion de patrimoine conclu par les parties le 1^{er} juillet 2009.

En effet, elle reproche à tort à l'intimée d'avoir perçu des honoraires injustifiés depuis la mise en place des mesures internationales entrées en vigueur le 20 janvier 2011 jusqu'à la résiliation du contrat de gestion le 17 octobre 2014. D'une part, l'intimée a poursuivi la gestion de patrimoine qu'elle effectuait pour le compte de la recourante (adaptation de la stratégie de gestion, remboursements d'impôts), dans une mesure réduite dont la recourante avait parfaitement connaissance, selon les courriers de l'intimée du 18 juillet 2012 et de la BANQUE G_____ SA du 6 août 2012 (cf. ci-dessus let. A.h et A.i.). D'autre part, la recourante a expressément autorisé l'intimée à continuer à percevoir ses honoraires, nonobstant les mesures internationales prises à l'encontre de son pays d'incorporation et leurs répercussions négatives sur l'ampleur de la gestion pouvant encore être effectuée par l'intimée. Contrairement à ce qu'elle prétend, son courrier du 19 septembre 2012 ne comportait aucune restriction quant à la durée du droit de l'intimée de percevoir ses honoraires.

La prétention de la recourante n'est donc pas vraisemblable sur la base d'une responsabilité contractuelle de l'intimée.

- 4.2** La prétention de la recourante n'est pas davantage rendue vraisemblable sur la base des règles sur l'enrichissement illégitime.

En effet, l'intimée a perçu des honoraires en vertu d'une cause légitime (art. 61 al. 2 CO, applicable en vertu du droit suisse convenu par les parties, art. 128 al. 1 LDIP), à savoir le contrat de gestion de patrimoine du 1^{er} juillet 2009.

L'exécution de ce contrat par l'intimée s'est poursuivie nonobstant les mesures internationales prises à l'encontre du pays d'incorporation de la recourante, dans une mesure réduite, ce dont la recourante avait été avisée. En connaissant ce contexte, la recourante a expressément confirmé à la BANQUE G_____ SA qu'elle devait honorer les factures présentées au paiement par l'intimée, par courrier du 19 septembre 2012, qui n'était accompagné d'aucune restriction quant à la durée du droit de l'intimée de percevoir ses honoraires.

En outre, même si les paiements étaient intervenus sans cause valable, il faudrait admettre que la recourante les a autorisés en sachant qu'ils n'étaient pas dus, ce qui exclut la répétition.

Enfin, la prétendue prétention de la recourante produite le 10 décembre 2015 serait, en tout état, prescrite, puisque celle-ci ne s'est manifestée ni dans l'année qui a suivi la réception du courrier de l'intimée du 29 juillet 2014 ni dans celle qui a suivi la résiliation du contrat de gestion le 17 octobre 2014.

4.3 La recourante n'a pas davantage rendu vraisemblable qu'elle est créancière de l'intimée pour le montant de 3'351'544 fr.

En effet, les négociations qu'elle a menées en décembre 2014 l'ont été avec C_____ en personne, dans le cadre d'un changement d'actionariat de l'intimée qui ne s'est pas concrétisé. En outre, elle admet qu'elle n'a pas accepté le montant estimé par C_____.

Enfin, même si elle pouvait devenir actionnaire à tout moment comme elle le prétend, l'on ne voit pas que de ce fait elle serait devenue créancière de l'intimée à concurrence du montant précité.

4.4 La recourante n'ayant pas rendu vraisemblable qu'elle est créancière de l'intimée, le Tribunal n'a pas violé la loi en considérant que le concordat était accepté et en l'homologuant.

Dans la mesure où la qualité de créancière de la recourante est niée, celle-ci n'est pas légitimée à faire valoir d'autres griefs à l'encontre du jugement du Tribunal.

En tout état, le juge du concordat a respecté la procédure rappelée ci-dessus sous consid. 3.1 à 3.3 et la recourante n'a pas contesté la décision d'octroi du sursis définitif du 23 octobre 2015.

De plus, le surendettement de l'intimée a été rendu vraisemblable par l'avis de son conseil d'administration du 24 juillet 2015, accompagné du rapport de son organe de révision dressé à la même date.

Enfin, la recourante fait valoir que le concordat serait entaché de mauvaise foi, alors que ce grief ne peut être invoqué que dans le cadre d'une action en révocation du concordat au sens de l'art. 313 LP et par un créancier.

En définitive, le recours sera rejeté.

- 5.** Au vu de l'issue de la cause, le sort des frais de première instance ne sera pas revu et les frais du recours seront mis à la charge de la recourante (art. 106 al. 1 CPC).

Les frais judiciaires du recours sont arrêtés à 3'000 fr. (art. 54 et 61 OELP), qui comprennent également l'émolument de décision sur effet suspensif. Ils sont entièrement compensés avec l'avance fournie (art. 111 al. 1 CPC) qui reste acquise à l'Etat de Genève.

La recourante sera condamnée aux dépens de l'intimée, fixés, débours et TVA compris, à 8'000 fr. (art. 95 al. 3 CPC; art. 85, 89 et 90 RTFMC; art. 20, 23 al. 1, 25 et 26 al. 1 LaCC).

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
La Chambre civile :**

A la forme :

Déclare recevable le recours formé le 9 mars 2016 par la BANQUE X_____ contre le jugement JTPI/5417/2016 rendu le 25 avril 2016 par le Tribunal de première instance dans la cause C/15191/2015–9 SFC.

Au fond :

Rejette ce recours.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Sur les frais :

Arrête les frais judiciaires du recours à 3'000 fr., les met à la charge de la BANQUE X_____ et dit qu'ils sont compensés avec l'avance de frais qu'elle a fournie, qui reste acquise à l'Etat de Genève.

Condamne la BANQUE X_____ à verser à B_____ SA la somme de 8'000 fr. à titre de dépens du recours.

Siégeant :

Madame Sylvie DROIN, présidente; Madame Nathalie LANDRY-BARTHE, Monsieur Ivo BUETTI, juges; Madame Céline FERREIRA, greffière.

La présidente :

Sylvie DROIN

La greffière :

Céline FERREIRA

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.