

# **BGer 5A\_715/2016 vom 31. März 2017**

Bundesgericht, 2017-03-31, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_715\\_2016](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_715_2016)

FR: TF 5A\_715/2016 du 31 mars 2017

IT: TF 5A\_715/2016 del 31 marzo 2017

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Déposé en temps utile ( art. 100 al. 1 LTF ), le recours est dirigé contre une décision d'homologation d'un concordat au sens de l' art. 306 LP . Il s'agit d'une décision finale ( art. 90 LTF ; arrêt 5A\_768/2010 du 2 décembre 2010 consid. 1.2), rendue en matière de poursuite pour dettes et de faillite ( art. 72 al. 2 let. a LTF ), par un tribunal supérieur statuant sur recours ( art. 75 al. 1 et 2 LTF ), et dans une affaire où le recours en matière civile est recevable indépendamment de la valeur litigieuse ( art. 74 al. 2 let. d LTF).

Le recours est recevable au regard de ces dispositions.

### **E. 1.2**

Pour avoir la qualité de recourant, il faut notamment être particulièrement touché par la décision et avoir un intérêt digne de protection à son annulation ou sa modification ( art. 76 al. 1 let. b LTF ).

En l'occurrence, la recourante conteste la décision d'homologation du concordat par abandon d'actifs en faisant valoir que sa créance n'a pas été prise en compte pour déterminer la majorité requise pour l'adhésion au sens de l' art. 305 al. 1 LP . Il est incontesté qu'elle a répondu dans le délai à l'appel aux créanciers que le commissaire a émis ( art. 300 LP ). Elle est ainsi légitimée à attaquer la décision d'homologation en faisant valoir que le juge du concordat lui a refusé à tort le droit de vote que lui octroyait sa qualité de créancière et que, en conséquence, il a calculé de façon incorrecte les majorités nécessaires à homologuer au concordat (arrêt 5A\_768/2010 du 2 décembre 2010 consid. 3; LEVANTE, *Generalexekution im Blickfeld der aktuellen bundesgerichtlichen Rechtsprechung*, in ZZZ 2011/2012 p. 23 ss [31]).

### **E. 1.3**

L'intimée prétend que le recours devrait être déclaré irrecevable, faute de procuration permettant à l'avocat de la recourante de représenter celle-ci. La recourante reproche à l'intimée son attitude chicanière et conteste l'interprétation que celle-ci fait des pouvoirs de son représentant.

Au vu du sort réservé au recours, il n'y a pas lieu de trancher de cette question.

### **E. 2.1**

Le recours peut être interjeté pour violation du droit, tel qu'il est délimité par les art. 95 et 96 LTF . Le Tribunal fédéral applique le droit d'office ( art. 106 al. 1 LTF ). Cependant, compte tenu de l'exigence de motivation contenue à l' art. 42 al. 1 et 2 LTF , à respecter sous peine d'irrecevabilité, il n'examine que les questions juridiques qui sont soulevées devant lui; il n'est pas tenu de traiter, comme le ferait une autorité de première instance, toutes les

questions juridiques qui se posent, lorsque celles-ci ne sont plus discutées devant lui ( ATF 140 III 86 consid. 2; 137 III 580 consid. 1.3; 135 II 384 consid. 2.2.1; 135 III 397 consid. 1.4). Dès lors qu'une question est discutée, le Tribunal fédéral n'est limité ni par les arguments soulevés dans le recours, ni par la motivation retenue par l'autorité précédente; il peut admettre un recours pour un autre motif que ceux qui ont été invoqués et il peut rejeter un recours en adoptant une argumentation différente de celle de l'autorité précédente ( ATF 140 III 86 consid. 2; 138 II 331 consid. 1.3; 137 II 313 consid. 1.4; 135 III 397 consid. 1.4).

### **E. 2.2**

Le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente ( art. 105 al. 1 LTF ). Il ne peut s'en écarter que si ces faits ont été établis de façon manifestement inexacte - ce qui correspond à la notion d'arbitraire au sens de l' art. 9 Cst. ( ATF 137 I 58 consid. 4.1.2; 137 II 353 consid. 5.1) - ou en violation du droit au sens de l' art. 95 LTF ( art. 105 al. 2 LTF ), et si la correction du vice est susceptible d'influer sur le sort de la cause (art. 97 al. 1

in fine LTF). La partie recourante qui soutient que les faits ont été constatés d'une manière arbitraire doit satisfaire au principe d'allégation ( art. 106 al. 2 LTF ), selon lequel le Tribunal fédéral n'examine la violation des droits fondamentaux que si ce grief a été invoqué et motivé de façon claire et détaillée ( ATF 135 III 397 consid. 1.4

in fine ; 133 II 249 consid. 1.4.2).

Le Tribunal fédéral n'intervient, pour violation de l' art. 9 Cst. , que si le juge n'a manifestement pas compris le sens et la portée d'un moyen de preuve, s'il a omis, sans motif sérieux, de tenir compte d'un moyen de preuve pertinent ou encore s'il a effectué, sur la base des éléments recueillis, des déductions insoutenables. Il appartient au recourant de démontrer précisément, pour chaque constatation de fait incriminée, comment les preuves administrées auraient dû, selon lui, être correctement appréciées et en quoi leur appréciation par l'autorité cantonale est insoutenable ( ATF 140 III 264 consid. 2.3).

### **E. 3.1**

La procédure concordataire peut être introduite par la requête du débiteur ( art. 293 let. a LP ), suite à laquelle le juge du concordat accorde le sursis provisoire sans délai ( art. 293a al. 1 LP ). Il charge alors un ou plusieurs commissaires provisoires d'analyser de manière approfondie les perspectives d'assainissement ou d'homologation d'un concordat ( art. 293b al. 1

ère phr. LP). Si, durant le sursis provisoire, des perspectives d'assainissement ou d'homologation d'un concordat apparaissent, le juge 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 nomme un commissaire ( art. 295 al. 1 LP ) qui contrôle et dirige la procédure concordataire et lui remet un rapport (cf. art. 295 al. 2 LP ; HUNKELER,

in Kurzkomentar SchKG, 2

ème éd. 2014, n° 2 ad art. 295 LP ). Dans l'exécution de cette tâche, le commissaire procède à un appel aux créanciers qu'il invite, 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

ère phr. LP). Avant l'expiration du sursis, le commissaire transmet au juge un rapport dans lequel il recommande l'octroi ou le refus du concordat et le juge doit statuer à bref délai ( art. 304 al. 1 et 2 LP ) : il homologue le concordat s'il constate que les conditions prévues aux art. 305 à 306a LP sont réunies (JEANDIN, Les nouveautés du droit de l'assainissement,

in Gesellschaftsrecht und Notar/La société au fil du temps, Jürg Schmid (éd.), 2016, p. 315 ss [331, 337 s.]; HUNKELER,

op. cit. , n° 20 ad art. 305 LP et n° 3 ad art. 306 LP ). Si tel est le cas, le débiteur a un droit à l'homologation ( ATF 106 III 34 consid. 2d; arrêt 5P.164/2003 du 20 octobre 2003 consid. 4.1).

### **E. 3.2**

L'aspect contractuel du concordat se reflète à l' art. 305 LP : pour que celui-ci devienne obligatoire pour les créanciers, il doit emporter l'adhésion d'une majorité qualifiée d'entre eux (HUNKELER,

op. cit. , n° 1 ad art. 305 LP ). Ainsi, le concordat est accepté lorsque, jusqu'à la décision d'homologation, y a adhéré soit la majorité des créanciers représentant au moins les deux tiers des créances à recouvrer, soit le quart des créanciers représentant au moins les trois quarts des créances à recouvrer. 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 ( art. 305 al. 1 et 3 1

ère phr. LP). Il statue sur cette question dans sa décision d'homologation ( art. 306 LP ; HUNKELER,

op. cit. , n° s 5, 15 et 20 ad art. 305 LP ).

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, en suivant les règles de la procédure sommaire ( art. 251 let. a CPC ), la vraisemblance du bien-fondé de ces créances (arrêt 5A\_169/2008 du 29 janvier 2009 consid. 3.3.2 et les références, non publié aux ATF 135 III 321 ). Ainsi, s'agissant de l'établissement des faits, ceux à l'origine de la créance doivent être rendus simplement vraisemblables. Tel est le cas lorsque, se fondant sur des éléments objectifs, le juge acquiert l'impression que les faits pertinents se sont produits, mais sans qu'il doive exclure pour autant la possibilité qu'ils se soient déroulés autrement. S'agissant de l'application du droit, le juge procède à un examen sommaire du bien-fondé juridique, c'est-à-dire un examen qui n'est ni définitif, ni complet ( ATF 138 III 232 consid. 4.1.1). En effet, l'art. 305 al. 3 dernière phrase LP réserve les jugements qui pourront intervenir ultérieurement. La décision du juge du concordat ne vise donc qu'à établir le décompte des majorités. Elle ne préjuge en revanche pas de l'existence de la créance. En cas de concordat par abandon d'actifs, il est statué sur les créances litigieuses dans la procédure de collocation ( art. 321 LP ; AMMON/WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkurs, 9ème éd., 2013, p. 538 n° 66; MARCHAND, in Commentaire romand, Poursuite et faillite, 2005, n° 35 ad art. 305 LP ).

### **E. 4**

L'autorité cantonale a jugé premièrement que la recourante n'avait pas rendu vraisemblable qu'elle était créancière de l'intimée pour la somme de 18'010'839 fr. en raison d'une

mauvaise exécution du contrat de gestion ou d'un enrichissement illégitime. Selon la Cour de justice, la recourante reprochait à tort à l'intimée d'avoir perçu des honoraires injustifiés vu qu'elle avait parfaitement connaissance de la mesure réduite dans laquelle l'intimée avait poursuivi la gestion de patrimoine et qu'elle avait expressément autorisé celle-ci à continuer à percevoir des honoraires. L'autorité cantonale a jugé secondement que la recourante n'avait pas davantage rendu vraisemblable qu'elle était créancière de l'intimée pour le montant de 3'351'544 fr. Elle a retenu à cet égard que la recourante avait mené des négociations relatives au changement d'actionnariat de l'intimée avec l'administrateur en personne et qu'elle avait admis n'avoir pas accepté le montant estimé par celui-ci. Elle a ajouté que, même si la recourante pouvait devenir actionnaire à tout moment, on ne voyait pas que, de ce fait, elle serait devenue créancière de l'intimée. L'autorité cantonale a dès lors conclu que le tribunal n'avait pas violé la loi en considérant que le concordat était accepté et en l'homologuant.

L'autorité cantonale a ajouté que le grief de mauvaise foi dont le concordat serait entaché, que la recourante soulevait, ne pouvait être invoqué que dans le cadre d'une action en révocation du concordat et par un créancier.

## **E. 5**

La recourante reproche à l'autorité cantonale d'avoir refusé d'admettre la vraisemblance de sa créance.

Elle soulève une série de critiques relevant du fait (cf.

infra consid. 5.1). En tant qu'elle formule celles-ci en invoquant la violation des art. 305 ss LP, elle se trompe sur la nature de sa critique. Son grief ne sera dès lors recevable que s'il répond aux exigences du principe d'allégation en lien avec l'art. 9 Cst. (cf.

supra consid. 2.2). La recourante soulève aussi une critique relevant du droit (cf.

infra consid. 5.2).

### **E. 5.1.1**

La recourante prétend à titre liminaire que l'autorité cantonale a implicitement reconnu qu'elle est créancière de l'intimée étant donné qu'elle a rendu une décision sur le fond et non une décision d'irrecevabilité.

Cette critique doit être rejetée. La recourante confond manifestement les notions de jugement au fond et de jugement de procédure. En l'espèce, c'est à raison que l'autorité cantonale est entrée en matière sur le recours interjeté devant elle par la partie qui se prétend créancière de la sursitaire et qui a succombé en première instance.

### **E. 5.1.2**

La recourante reproche à l'autorité cantonale de ne pas s'être interrogée plus amplement au sujet du sort et de la nature de bonus de performance, de disparition d'actifs ou de productions qu'elle considère pour le moins douteuses. Non seulement cette critique, qui repose sur de simples suppositions, est purement appellatoire, mais elle ne permet en rien à la recourante de démontrer que l'autorité cantonale aurait arbitrairement nié la vraisemblance de sa créance envers l'intimée.

### **E. 5.1.3.1**

La recourante prétend que l'autorité cantonale a arbitrairement nié qu'elle est créancière de l'intimée à hauteur de 18'010'839 fr. en remboursement d'honoraires perçus de manière injustifiée durant quatre ans.

Elle soutient qu'il est choquant que l'autorité cantonale se soit fondée sur la seule directive contenue dans un courrier du 19 septembre 2012 pour estimer que celle-ci doit aussi s'appliquer aux années suivantes, que l'activité de l'intimée a cessé

de facto dès l'entrée en vigueur de l'Ordonnance instituant des mesures à l'encontre de la République islamique d'Iran et que l'intimée a fait passer ses propres intérêts avant les siens. L'exécution du contrat étant impossible, c'est de manière indue que l'intimée et son directeur ont continué à percevoir des honoraires.

#### **E. 5.1.3.2**

En l'espèce, par cette critique, la recourante ne fait qu'opposer sa propre appréciation de la situation à celle retenue par l'autorité cantonale sur la base des mêmes preuves. Elle ne s'attaque pas aux constatations de celle-ci qui a retenu que l'intimée avait poursuivi la gestion de patrimoine dans une mesure restreinte dont la recourante avait parfaitement connaissance selon les courriers du 18 juillet 2012 et du 6 août 2012, que la recourante avait autorisé l'intimée à continuer à percevoir des honoraires et que le courrier du 19 septembre 2012 ne comportait aucune restriction quant à la durée du droit de l'intimée à percevoir des honoraires. Purement appellatoire, la critique est irrecevable.

#### **E. 5.1.4**

La recourante prétend ensuite que l'autorité cantonale a arbitrairement nié qu'elle est créancière de l'intimée à hauteur de 3'351'544 fr. à la suite de l'exercice de son call option portant sur 70% du capital-actions de celle-ci.

La recourante présente tout d'abord une interprétation des courriers qu'elle a échangés avec l'administrateur de l'intimée suite à la résiliation du contrat de gestion de fortune. Elle ajoute que, même si sa qualité d'actionnaire à hauteur de 70% ne devait pas être retenue suite à l'exercice effectif de son droit d'achat, l'autorité cantonale aurait dû retenir que l'administrateur de l'intimée a admis cette position lorsqu'il a exercé le 10 décembre 2014 son droit de vendre sur 10'500 actions correspondant à 70% de l'actionnariat. Elle soutient encore que, par courriel du 13 décembre 2014, l'administrateur a confirmé le principe d'une indemnisation en sa faveur à hauteur de 3'351'544 fr. correspondant à 70% de la valeur des actifs de l'intimée.

#### **E. 5.1.4.1**

En l'espèce, l'exposé auquel se livre la recourante ne permet pas de comprendre quelle est la nature et le fondement de la créance qu'elle invoque, en particulier, en quoi sa position d'actionnaire lui conférerait une prétention d'un tel montant.

Cela étant, en tant que la recourante se borne à formuler sa propre compréhension des échanges de courriers qu'elle a eus avec l'administrateur de l'intimée pour arriver à une appréciation contraire à celle de l'autorité cantonale, sa critique purement appellatoire est irrecevable. Pour le reste, la recourante ne s'en prend pas aux constatations de l'autorité cantonale selon lesquelles les négociations menées en décembre 2014 l'ont été avec l'administrateur de l'intimée en personne, que le changement d'actionnariat ne s'est pas concrétisé et que la recourante n'a pas accepté le montant estimé par l'administrateur. En

particulier, son appréciation selon laquelle c'est sans aucun motif autre qu'un comportement abusif que l'intimée n'a pas confirmé la vente au SECO est purement appellatoire.

Il suit de là que cette critique est irrecevable.

### **E. 5.2.1**

La recourante soutient qu'elle doit être considérée comme actionnaire de l'intimée à hauteur de 70% suite à l'exercice de son

call option en date du 14 juillet 2015, cet exercice suffisant à donner naissance à l'actionnariat. Selon elle, l'analyse de l'autorité cantonale est une application rigide des règles suisses qui ne reconnaissent aucun droit aux détenteurs d'options d'achat et il est notoire que, dans la majorité des juridictions des places financières internationales, l'exercice du droit d'achat confère immédiatement à celui qui l'exerce la propriété du droit concerné. La recourante soutient que le fait que le SECO n'ait pas donné son accord final à la vente ne change rien à la situation, étant donné qu'il incombait au directeur de l'intimée de confirmer cette acquisition, ce qu'il a abusivement refusé de faire après l'avoir pourtant admis dans ses courriers des 3 et 8 décembre 2014.

### **E. 5.2.2**

De manière générale, le contrat d'option est une convention par laquelle une partie octroie à une autre le droit discrétionnaire de donner naissance, par sa seule déclaration de volonté, à un contrat donné. Le droit d'option confère à son titulaire la faculté, notamment, de former un rapport d'obligation par une déclaration unilatérale de volonté (arrêt 4C.22/2006 du 5 mai 2006 consid. 7.2.2, publié

in SJ 2006 I p. 541 et les références). Plus précisément, sur les marchés financiers, les call et

put option sont des droits qui offrent la possibilité (l'option) à leur titulaire de rendre exigible un contrat de vente à un instant T (options européennes) ou à n'importe quel moment (options américaines), à des conditions prédéterminées (NUSSBAUMER, La cession des droits de garantie, thèse, 2015, n° 594).

### **E. 5.2.3**

En l'espèce, on ne saisit, pas plus qu'à la lecture des griefs de fait, en quoi la position d'actionnaire que la recourante revendique lui permettrait de prétendre au paiement de la somme de 3'351'544 fr. Cela dit, la critique de la recourante, qui semble soutenir que le simple exercice de l'option - indépendamment du fait que le contrat de vente n'ait, en fin de compte, pas été conclu - ferait d'elle l'actionnaire de la société, doit être rejetée. La recourante formule des remarques générales sur la notion de contrat d'option sans exposer la moindre règle du droit de la vente ou des sociétés. Une telle critique ne permet en aucun cas de retenir que l'autorité cantonale aurait violé le droit qu'elle était tenue d'examiner de manière sommaire.

Il suit de là que son grief doit être rejeté.

## **E. 6**

Dans ce qu'elle considère être une " remarque préalable ", la recourante reproche à l'autorité cantonale de n'avoir pas considéré les nombreuses requêtes qu'elle a adressées au commissaire. Or, en tant qu'elle prétend que l'autorité cantonale a omis de prendre en

compte des offres de preuve, son grief ne répond pas aux exigences du principe d'allégation (cf.

supra consid. 2.2). En tant que la recourante prétend que le commissaire n'a pas correctement accompli sa tâche, elle se trompe de voie de droit. Le commissaire étant un organe de la poursuite (HUNKELER,

op. cit. , n° 15 ad art. 295 LP ), elle aurait dû former une plainte à son encontre auprès de l'autorité de surveillance ( art. 17 LP ) en temps opportun.

#### **E. 7**

L'irrecevabilité et le rejet des griefs de la recourante sur la vraisemblance de sa créance suffit à sceller le sort du recours. Il n'y a dès lors pas lieu d'examiner les critiques que celle-ci soulève au sujet du surendettement de l'intimée et du caractère abusif de la procédure concordataire.

#### **E. 8**

En conclusion, le recours est rejeté dans la mesure de sa recevabilité. Les frais judiciaires, arrêtés à 20'000 fr., sont mis à la charge de la recourante qui succombe ( art. 66 al. 1 LTF ). Celle-ci versera à l'intimée la somme de 20'000 fr. à titre de dépens ( art. 68 al. 1 LTF ).

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