



**POUVOIR JUDICIAIRE
GERICHTSBEHÖRDEN**

ETAT DE FRIBOURG
STAAT FREIBURG

**Tribunal cantonal TC
Kantonsgericht KG**

Rue des Augustins 3, case postale 1654, 1701 Fribourg

T +41 26 304 15 00, F +41 26 304 15 01
www.fr.ch/tc

105 2015 32

Arrêt du 28 mai 2015

Chambre des poursuites et faillites

Composition

Présidente: Catherine Overney
Juges: Adrian Urwyler, Dina Beti
Greffière-rapporteuse: Rahel Brühwiler

Parties

A._____, **plaignante**, représentée par Me Dominik Gasser,
avocat

contre

B._____, **et C.**_____ **SA**, administration spéciale de la **faillite**
de **D.**_____ **GmbH**, intimée

Objet

Poursuite par voie de faillite (art. 159 à 196 LP) ; levée du secret
professionnel de l'organe de révision (art. 222 al. 4 LP)

Plainte du 20 mars 2015 contre l'ordonnance de l'administration
spéciale de la faillite d'**D.**_____ du 9 mars 2015

considérant en fait

A. Le 31 janvier 2014, suite à la faillite de D._____ GmbH ouverte le 9 décembre 2013, B._____ et C._____ SA ont été désignés comme administration spéciale chargée de la liquidation de la faillite par la première assemblée des créanciers.

B. Par courrier du 1^{er} décembre 2014, l'administration spéciale de la faillite a requis de A._____, l'organe de révision de la société faillie, des renseignements ainsi que l'édition de plusieurs documents en possession de cette dernière.

Le 3 décembre 2014, l'organe de révision a refusé de fournir les renseignements et documents demandés par l'administration spéciale de la faillite en se fondant sur son obligation de secret prévu par l'art. 730b CO.

Par courrier du 5 janvier 2015, l'administration spéciale de la faillite a fait valoir que l'obligation de secret invoqué par l'organe de révision ne lui est pas opposable en raison de sa qualité de représentant légal de la société faillie. Elle a signalé à A._____ qu'une obligation d'information et de restitution découle du mandat que l'organe de révision lie à la société faillie, et lui a imparté un dernier délai pour l'édition des documents et la fourniture des renseignements demandés.

Dans sa réponse du 29 janvier 2015, A._____ a maintenu son refus de collaborer et elle a exigé pour des questions de sécurité juridique qu'une ordonnance soit rendue.

C. Par ordonnance du 9 mars 2015, l'administration spéciale de la faillite a imparté un délai de 10 jours à A._____, sous menace de la peine prévue par l'art. 292 CP, pour la remise de différents documents concernant la société faillie.

D. Par mémoire du 20 mars 2015, A._____ (ci-après : la plaignante) a interjeté recours contre l'ordonnance de l'administration spéciale de la faillite de D._____ GmbH.

E. Dans sa détermination du 1^{er} avril 2015, l'administration spéciale de la faillite (ci-après : l'intimée) a conclu au rejet de la plainte.

F. Par mémoire du 12 avril 2015, la plaignante a déposé des observations.

en droit

1. Sauf dans les cas où la loi prescrit la voie judiciaire, une plainte peut être portée à l'autorité de surveillance lorsqu'une mesure de l'office est contraire à la loi ou ne paraît pas justifiée en fait (art. 17 al. 1 de la loi fédérale sur la poursuite pour les dettes et faillite, LP, RS 281.1). La plainte doit être déposée dans les dix jours suivant celui où le plaignant a eu connaissance de la mesure (art. 17 al. 2 LP).

Sont des mesures de l'office celles prises par une autorité de poursuite ou un organe de l'exécution forcée, l'administration spéciale de la faillite (art. 237 al. 2 LP) étant un office au sens de l'art. 17 al. 1 LP. L'objet de la plainte au sens de l'art. 17 al. 1 LP peut être une décision ou une mesure de l'administration spéciale de la faillite, soit un acte de poursuite, pris unilatéralement ou d'office, de nature à créer ou à modifier une situation du droit de l'exécution forcée (CR LP–ERARD, 2005, art. 17 N 12).

En l'espèce, l'ordonnance du 9 mars 2015 a été notifiée à la plaignante le 11 mars 2015. Dès lors, la plainte du 20 mars 2015 a été déposée en temps utile. Motivée et dotée de conclusions, elle est recevable en la forme.

2. a) Dans un premier grief, la plaignante fait valoir que son obligation de secret prévu par l'art. 730b CO s'oppose à l'édition des documents requis par l'intimée par ordonnance du 9 mars 2015. Elle allègue que l'art. 222 al. 2 et 4 LP ne lui est pas applicable, et que par conséquent, dans une procédure de faillite, aucune disposition légale ne la délie de son obligation de secret.

b) L'intimée affirme que, selon la doctrine et la jurisprudence, l'art. 223 LP constitue une base légale suffisante pour lever le secret professionnel de l'organe de révision prévu par l'art. 730b CO. Elle soutient que parmi les moyens mis à la disposition de l'administration figure précisément la possibilité d'exiger auprès des organes de la faillie, dont le réviseur, tous les papiers d'affaires de la faillie qui sont en sa possession.

c) En vertu de l'art. 240 LP, l'administration de la faillite est chargée des intérêts de la masse et pourvoit à sa liquidation. Elle représente la masse en justice. Cette administration est l'organe propre de l'exécution par voie de faillite, auquel il incombe de mener la procédure de faillite jusqu'à son terme en respectant le cadre légal imposé par la LP (cf. CR LP-NICOLAS JEANDIN/PHILIPP FISCHER, art. 240 N 1). L'art. 240 LP vise à définir les compétences de l'organe désigné par la première assemblée des créanciers en vertu de l'art. 237 al. 2 LP; peu importe en conséquence qu'il s'agisse de l'office des faillites ou d'une administration spéciale (cf. CR LP-JEANDIN/FISCHER, art. 240 N 3). L'activité de l'administration de la faillite, même si elle doit prendre en compte les intérêts du débiteur, tend principalement vers un but bien précis : maximiser le dividende obtenu par les créanciers à la fin de la procédure, un objectif qui satisfait indirectement les intérêts du débiteur failli dans la mesure où une diminution de la part non couverte des créances entraîne une diminution du montant des actes de défaut de biens émis à son encontre (cf. CR LP-JEANDIN/FISCHER, art. 240 N 4). L'art. 240 LP doit être compris comme une norme-cadre qui autorise l'administration de la faillite à prendre toutes les mesures nécessaires pour sauvegarder les intérêts de la masse et pour procéder à la liquidation aux meilleures conditions possibles (cf. CR LP-JEANDIN/FISCHER, art. 240 N 5).

Le failli est tenu d'indiquer tous ses biens à l'administration de la faillite et de les mettre à sa disposition (art. 222 al. 1 LP). La même obligation de renseigner incombe aux tiers qui détiennent des biens du failli (art. 222 al. 4 LP). L'organe de révision fait notamment partie de ces tiers en cas de faillite d'une société de capitaux (PIERRE-ROBERT GILLIÉRON, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, art. 222 N 14). Selon l'art. 223 al. 2 LP, l'administration de la faillite doit en outre prendre sous sa garde les livres comptables et les papiers d'affaires du failli. Les tiers qui ont l'obligation de renseigner l'office des faillites ont également l'obligation de remettre à l'office des faillites les livres de comptabilité et les papiers d'affaires du failli qu'ils détiennent (cf. Pierre-Robert Gilliéron, op. cit., art. 223 N 19 ss). Tous les renseignements nécessaires à l'établissement de l'inventaire devront ainsi être communiqués par les tiers concernés. L'obligation d'informer du tiers vise par conséquent tous les renseignements propres à déterminer l'existence, l'étendue et, le cas échéant, le lieu de situation des biens du débiteur (cf. GRÉGORY BOVEY, L'obligation des tiers de renseigner l'office des poursuites et des faillites, *in* JdT 2009 II 62, p. 72). L'administration de la faillite est également en droit de requérir du tiers des renseignements concernant des transactions qui se sont déroulées durant la période dite suspecte au sens des art. 286 à 288 LP, à savoir au maximum cinq ans avant la faillite (cf. BOVEY, op. cit., p. 73). Les tiers ne sauraient ainsi refuser de renseigner en se prévalant de leur obligation de garder le secret en

faveur du débiteur, même s'il s'agit d'un secret professionnel protégé par la loi (cf. BOVEY, op. cit., p. 76).

Selon l'art. 730b al. 2 CO, l'organe de révision garde son secret sur ses constatations à moins que la loi ne l'oblige à les révéler. Il garantit le secret des affaires de la société lorsqu'il établit son rapport, lorsqu'il procède aux avis obligatoires et lorsqu'il fournit des renseignements lors de l'assemblée générale. Dans le cadre des procédures civiles ou pénales, l'organe de révision en qualité de partie ou de tiers, est en principe soumis à une obligation de collaborer, il n'a pas le droit de refuser de témoigner ou de produire des pièces (art. 163 al. 1 lit. b CPC et art. 171 CPP). Contrairement aux secrets professionnels classiques comme celui de l'avocat, du médecin ou de l'ecclésiastique, le secret professionnel de l'organe de révision protège surtout des informations économiques, notamment le secret des affaires des sociétés. Pour cette raison, les réviseurs doivent se contenter d'un secret professionnel limité. Leur situation est ainsi comparable à celle du banquier (cf. DANIEL S. WEBER, Die Revisionsstelle zwischen Auskunfts-, Anzeige- und Schweigepflicht – Aktuelle Fragen des Revisionsgeheimnisses, in Reprax 2/2010 p. 1, p. 13 ss; ATF 119 IV 175 consid. 3). Dans ces conditions, c'est plutôt la jurisprudence rendue en lien avec le secret bancaire plus que celle se rapportant au secret de l'avocat qui est déterminante en l'espèce.

Selon la jurisprudence fédérale, les autorités de poursuite peuvent demander à une banque d'indiquer les biens dont le poursuivi est l'ayant droit économique. La contradiction entre le secret bancaire et le devoir de renseigner de la banque a ainsi été tranchée par la jurisprudence dans le sens que le second prévaut sur le premier (cf. ATF 129 III 239 consid. 1; 125 III 391 consid. 2d/bb). L'obligation de la banque de renseigner porte notamment sur les biens pour lesquels il existe, sur la base des indications du créancier ou de l'examen effectué par l'office, des indices de leur appartenance au patrimoine du poursuivi (cf. ATF 129 III 239 consid. 1). Elle concerne également les renseignements sur les transactions qui se sont déroulées durant la période dite suspecte (cf. ATF 129 III 239 consid. 3.2). Le droit de refuser de renseigner doit ainsi être refusé au réviseur comme au banquier lorsque le secret porte sur des informations économiques (cf. WEBER, op. cit., p. 16; 119 IV 175 consid. 3).

d) En l'espèce, par ordonnance du 9 mars 2015, l'administration spéciale de la faillite a requis des documents de la part de l'organe de révision afin de compléter son information et d'inventorier correctement d'éventuelles prétentions révocatoires, en restitution ou en responsabilité. Elle a ainsi requis la production de toute la correspondance échangée entre le réviseur et la faillie, de tous les autres documents remis par la faillie au réviseur en vue de l'accomplissement de son mandat de réviseur. Dans la mesure où il s'agit de documents qui émanent de la faillie ou qui sont sensés se trouver dans ses propres livres, leur production par le réviseur – vraisemblablement afin de vérifier si les livres de la faillie sont complets – n'est soumise à aucune restriction dès lors que la faillie aurait été tenue de les remettre à l'administration de la faillite en application de l'art. 223 al. 2 LP.

La situation est en revanche plus délicate en ce qui concerne la production, par le réviseur, de *"toute la correspondance reçue de, ou envoyée à, E. _____, respectivement à ses actionnaire F. _____ et G. _____"*. L'administration de la faillite explique à ce sujet qu'elle a notamment inscrit à son inventaire des prétentions contre les anciens associés H. _____ et I. _____, ainsi que contre les actionnaires de I. _____. L'administration spéciale de la faillite a besoin d'informations en vue d'entamer diverses procédures à l'encontre de l'ancien actionnaire de D. _____, la société J. _____, elle aimerait notamment savoir si les versements d'un montant total d'environ 1'500'000 francs effectués par la société D. _____ entre le printemps

2010 et le printemps 2013 à son associé J._____, et accessoirement aux actionnaires de J._____, étaient dépourvus de justification économique et constituaient en réalité des distributions dissimulées de dividendes et s'il existe un contrat conclu entre la société D._____ et J._____ concernant ces versements. En outre, elle aimerait avoir des précisions sur le fondement de la créance d'un montant de 5'000'000 francs que la société D._____ avait le 31 décembre 2011 à l'encontre de son associé J._____. Or, il ne fait aucun doute qu'il s'agit là d'informations économiques susceptibles d'aider l'administration de la faillite et les créanciers à déterminer l'existence, l'étendue et, le cas échéant, le lieu de situation de prétentions du débiteur, plus particulièrement d'inventorier correctement d'éventuelles prétentions révocatoires, en restitution ou en responsabilité. Au vu de ce qui précède, l'ordonnance de l'intimée du 9 mars 2015 ne prête pas flanc à la critique. Dès lors, la plainte est à rejeter sur ce point, et la plaignante est tenue de fournir les pièces requises à l'intimée.

e) La question du statut juridique de l'administration spéciale de la faillite peut demeurer ouverte dès lors que l'obligation de secret de la plaignante ne s'oppose pas à la production des pièces.

3. Il ne sera pas perçu de frais (art. 20a al. 2 ch. 5 LP et 61 al. 2 let. a de l'ordonnance du 23 septembre 1996 sur les émoluments perçus en application de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite [OELP ; RS 281.35]), ni alloué de dépens (art. 62 al. 2 OELP).

la Chambre arrête:

- I. La plainte est **rejetée**.
- II. Il n'est pas perçu de frais judiciaires.
- III. Il n'est pas alloué de dépens.
- IV. Communication.

Cet arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière civile au Tribunal fédéral dans les dix jours qui suivent sa notification conformément à l'art. 100 al. 2 let. a de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF ; RS 173.110). La qualité et les autres conditions pour interjeter recours sont déterminées par les articles 72 ss et 90 ss LTF. L'acte de recours motivé doit être adressé au Tribunal fédéral, Av. du Tribunal fédéral 29, 1000 Lausanne 14.

Fribourg, le 28 mai 2015/rbr

La Présidente

La Greffière-rapporteure