



5A_126/2020

Arrêt du 8 juin 2020

Ile Cour de droit civil

Composition

MM. et Mme les Juges fédéraux Herrmann, Président, Escher et Bovey.

Greffière : Mme Ahtari.

Participants à la procédure

A. _____ SA,
représentée par Me Guillaume Vodoz, avocat,
recourante,

contre

1. B. _____ Ltd.,

2. C. _____,

3. D. _____,

tous les deux représentés par Maître Yves Klein et Maître Antonia Mottironi, avocats,
intimés.

Objet

obligation du tiers de renseigner dans la faillite
(art. 222 al. 4 LP),

recours contre la décision de la Cour de justice du canton de Genève, Chambre de surveillance des Offices des poursuites et faillites, du 30 janvier 2020 (A/2372/2019-CS DCSO/27/20).

Faits :

A.

A.a. La faillite ancillaire ouverte en Suisse de la société B. _____ Ltd, dont le siège se trouve aux Iles Caïmans, est en cours de liquidation en la forme sommaire par l'Office cantonal des faillites genevois (ci-après : office).

A.b. Avant sa mise en liquidation, B. _____ Ltd avait entretenu avec A. _____ SA, établissement bancaire ayant son siège à X. _____, diverses relations d'affaires enregistrées dans les livres de la banque sous rubrique www, xxx, yyy et zzz.

B.

B.a.

B.a.a. Par décision du 12 juin 2019, à la demande des liquidateurs étrangers C._____, E._____ et D._____, désignés par la juridiction ayant prononcé la liquidation, l'office a invité A._____ SA à lui remettre d'ici au 24 juin 2019, sous la menace de la peine prévue par l'art. 324 ch. 5 CP, divers documents relatifs, d'une part, aux relations entretenues avec B._____ Ltd de manière générale et, d'autre part, aux virements de juillet 2009 fondant une prétention litigieuse à l'encontre de A._____ SA, portée à l'inventaire, d'un montant de 68'230'315 fr. 86, au titre de responsabilité contractuelle/action en exécution/enrichissement illégitime, cédée aux liquidateurs selon l'art. 260 LP. Les documents requis étaient énumérés sous 9 chiffres, les chiffres 4 à 6 ayant la teneur suivante :

" 4. toute la documentation de *due diligence* (KYC) relative aux comptes de B._____ Ltd, de l'ouverture jusqu'en 2011;

5. toute correspondance externe, note de visite ou d'entretien (papier ou électronique) entre la banque, les gestionnaires des comptes et les représentants de B._____ Ltd pour la période 2006-2011;

6. tous documents, notes, correspondance interne et externe sous forme électronique ou papier, en relation avec les six transferts [mentionnés dans la partie introductive de la décision], notamment :

- l'intégralité des notes de contacts et des relevés de visite ou d'entretien en rapport avec les paiements en question et en rapport avec les trois transferts des 2 et 3 juillet 2009 [mentionnés sous chiffre 3 de la décision];

- l'intégralité des notes de contacts et des relevés de visite en rapport avec le montant de USD 4'000'000 qui devait, à l'origine, être transféré en même temps que le montant de USD 60'000'000 mais qui n'a jamais été transféré;

- tout document justificatif qu'aurait remis B._____ Ltd à A._____ SA, en lien avec les paiements en question, les trois transferts des 2 et 3 juillet 2009 susmentionnés et avec le montant de USD 4'000'000 supplémentaire qui aurait dû être transféré à F._____."

B.a.b. Par courrier du 24 juin 2019, A._____ SA a remis à l'office un certain nombre de documents, précisant que ceux-ci avaient été retrouvés " sur la base des recherches effectuées par le Fichier Central de [leur] Etablissement et dans le bref délai imparti ". Du texte de ce courrier, qui explicite la teneur des documents annexés en relation notamment avec les chiffres 1 à 3 de la décision, il ressort que A._____ SA considère avoir ainsi satisfait aux demandes formulées, dès lors qu'elle a exposé les raisons pour lesquelles certaines des pièces requises n'ont pas été produites. La banque ne s'est en revanche pas exprimée sur les chiffres 4 à 6 de la décision, tout en indiquant remettre " copie de la correspondance externe enregistrée auprès du Fichier Central de [leur] Etablissement, en lien avec les comptes susmentionnés pour la période 2006-2011 " et en précisant pour le surplus considérer avoir pleinement satisfait, par la remise des informations et documents annexés à son courrier, à l'obligation de collaboration lui incombant selon l'art. 222 al. 4 LP.

B.a.c. Par acte du même jour, A._____ SA a formé une plainte auprès de la Chambre de surveillance des Offices des poursuites et faillites de la Cour de justice du canton de Genève (ci-après : chambre de surveillance) contre la décision du 12 juin 2019. Elle a conclu à son annulation en tant qu'il lui était ordonné de produire des documents internes visés aux chiffres 4, 5 et 6 de la décision et à la constatation qu'elle avait déféré à son obligation de renseigner découlant de l'art. 222 al. 4 LP.

B.a.d. Par décision du 30 janvier 2020, la chambre de surveillance a précisé le chiffre 6 première phrase de la décision attaquée en ce sens qu'il ne s'applique pas aux documents devant être qualifiés de purement internes au sens des considérants et a rejeté la plainte pour le surplus.

C.

Par acte posté le 10 février 2020, A. _____ SA interjette un recours en matière civile contre cette décision. Elle conclut principalement à sa réforme en ce sens que sa plainte est admise. Subsidiairement, elle conclut au renvoi de la cause à l'autorité de surveillance pour nouvelle décision dans le sens des considérants. En substance, elle se plaint de la violation de l'art. 222 al. 4 LP.

Des observations n'ont pas été requises.

D.

Par ordonnance présidentielle du 28 février 2020, l'effet suspensif a été attribué au recours. En revanche, la requête de mesures provisionnelles des intimés n° 2 et 3 tendant à faire interdire à la recourante de détruire l'ensemble des documents demandés par l'office jusqu'à droit jugé sur le recours a été rejetée.

Considérant en droit :

1.

Interjeté dans le délai légal (art. 100 al. 2 LTF) par la partie qui a succombé dans ses conclusions prises devant l'autorité précédente (art. 76 al. 1 LTF) et dirigé contre une décision finale (art. 90 LTF) rendue en matière de poursuite pour dettes et de faillite (art. 72 al. 2 let. a LTF) par une autorité cantonale de surveillance de dernière (unique) instance (art. 75 LTF), le recours est en principe recevable, et ce indépendamment de la valeur litigieuse (art. 74 al. 2 let. c LTF).

2.

2.1. Le recourant peut former son recours en matière civile pour violation du droit, tel qu'il est délimité par les art. 95 s. LTF. Le Tribunal fédéral applique le droit d'office (art. 106 al. 1 LTF), sans être lié ni par les motifs de l'autorité précédente, ni par les moyens des parties; il peut donc admettre le recours en se fondant sur d'autres arguments que ceux invoqués par le recourant, comme il peut le rejeter en opérant une substitution de motifs (ATF 143 V 19 consid. 2.3; 140 III 86 consid. 2). Cela étant, eu égard à l'exigence de motivation contenue à l'art. 42 al. 2 LTF, sous peine d'irrecevabilité, le Tribunal fédéral n'examine en principe que les griefs soulevés; il n'est pas tenu de traiter, comme le ferait une autorité de première instance, toutes les questions juridiques qui pourraient se poser, mais uniquement celles qui sont soulevées devant lui (ATF 140 III 86 consid. 2 et les références), sauf en présence d'une violation du droit évidente (ATF 142 I 99 consid. 1.7.1; 140 III 115 consid. 2; 138 I 274 consid. 1.6).

2.2. Le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente (art. 105 al. 1 LTF).

3.

3.1. L'autorité de surveillance a tout d'abord jugé, en se fondant sur l'ATF 67 III 177 consid. 6, que c'était par la voie de l'art. 222 al. 4 LP, et non par une action civile, que la masse en faillite devait exercer son droit à l'obtention de renseignements du tiers débiteur du failli. Or, vu l'intérêt public protégé par cette norme, il convenait de lui donner une interprétation autonome, distincte de celle de l'art. 400 al. 1 CO, pour laquelle seules les autorités de poursuite étaient compétentes, à l'exclusion du juge civil. L'autorité de surveillance a ensuite retenu que l'étendue concrète du devoir d'information à la charge du tiers débiteur du failli, qui dépendait de la nature du droit à inventorier, devait être examinée de cas en cas. S'agissant d'une prétention contractuelle en dommages-intérêts ou en exécution en relation avec une prétendue mauvaise exécution d'ordres de paiement du failli, en tant qu'elle visait un élément patrimonial particulier, le devoir d'information déduit de l'art. 222 al. 4 LP était

plus étroit que le devoir général de rendre compte de sa gestion incombant au mandataire en vertu de l'art. 400 al. 1 CO. En revanche, sous l'angle des documents et informations à délivrer à l'office, le devoir d'information de la plaignante était aussi étendu que celui du mandataire, seuls étant exclus les documents de nature purement interne qui ne servent pas à contrôler sa gestion. En effet, la masse en faillite ancillaire exerçait les droits de la faillie et l'office devait obtenir les informations lui permettant d'apprécier l'existence et le montant d'une prétention en responsabilité du mandataire. Ainsi, la jurisprudence relative au devoir de rendre compte du mandataire pouvait être appliquée par analogie pour déterminer l'étendue de l'obligation de renseigner l'office incombant à la plaignante.

L'autorité de surveillance a ensuite examiné concrètement la licéité des injonctions figurant sous chiffres 4 à 6 de la décision contestée. Elle a alors jugé que le chiffre 4 portait sur la documentation de *due diligence* relative aux comptes de la faillie; cette documentation était pertinente pour contrôler la conformité de la gestion aux dispositions légales et contractuelles applicables étant donné qu'elle contenait des informations connues de la banque relatives à son client et aux fonds crédités sur les comptes dont il était titulaire; au demeurant, la plaignante ne faisait valoir aucun besoin de protection particulier en lien avec cette documentation. Le chiffre 5 concernait la correspondance externe entre la plaignante et la faillie et la plaignante ne faisait valoir aucun argument pour s'opposer à la remise de cette documentation qu'elle avait du reste déjà communiquée en partie à l'office. Ce chiffre visait aussi des notes de visite ou d'entretien entre la plaignante et la faillie qui devaient être considérées comme des documents internes pertinents pour contrôler l'activité de la plaignante et dont le contenu devait être au demeurant connu de la faillie. Enfin, s'agissant des documents énumérés au chiffre 6, en tant que ceux-ci concerneraient, pour certains, des contacts entre la plaignante et des tiers en lien avec lesquels celle-ci ne faisait valoir aucun intérêt concret au maintien du secret, et, pour d'autres, des documents que la faillie elle-même aurait remis à la plaignante, ils devaient également être remis à l'office. En revanche, l'autorité de surveillance a jugé que la première phrase du chiffre 6 avait une portée trop large en tant qu'il visait notamment, sans distinction, tous les documents, notes et correspondances internes relatifs à certains transferts de fonds, une telle formulation englobant des documents de nature purement interne. Le libellé devait donc être précisé en ce sens que les actes de nature purement interne, au sens de la jurisprudence relative à l'art. 400 al. 1 CO, n'étaient pas concernés. Toutefois, la plaignante ne faisait valoir aucun intérêt au maintien du secret s'agissant des autres actes de nature interne, de telle sorte que la décision devait être confirmée les concernant.

Enfin, l'autorité de surveillance a jugé que la portée de l'obligation de renseigner ne se limitait pas aux seules informations nécessaires et suffisantes à introduire d'une action en justice; elle devait permettre à l'office d'obtenir du tiers débiteur du failli des informations précises de nature à fonder et à chiffrer une éventuelle prétention.

Au vu de ces motifs, l'autorité de surveillance a admis partiellement la plainte.

3.2. La recourante se plaint de la violation de l'art. 222 al. 4 LP. Elle considère qu'elle a rempli son obligation en découlant par sa production du 24 juin 2019 et que les documents listés sous chiffres 4 à 6 de la décision du 12 juin 2019 sortent du champ d'application de cet article. Elle soutient que cet ordre de production constitue une requête déguisée en reddition de compte, laquelle doit s'exercer dans une action au fond devant le juge civil, qui contourne les art. 400 CO et 163 CP. Elle prétend que l'autorité de surveillance a omis de considérer que les conséquences d'un refus de renseigner sont diamétralement opposées dans l'application de l'art. 222 al. 4 LP ou 400 CO, soit des sanctions pénales pour le premier et la preuve de l'allégué pour le second, et que, partant, cette différence justifie de limiter le champ d'application de l'art. 222 LP.

Critiquant les arguments de l'autorité de surveillance, la recourante soutient tout d'abord que cette autorité se fonde sur une jurisprudence dont la pertinence n'est pas évidente puisqu'elle date des années 40 et a été rendue avant l'entrée en vigueur du CPC. Elle affirme ensuite qu'elle ne se fonde sur aucune jurisprudence ou doctrine pour appliquer par analogie à l'art. 222 LP la jurisprudence consacrée à l'art. 400 CO et procède à une distinction confuse sur l'étendue de l'analogie, alors que les conséquences précitées de la non-production justifient au contraire dans tous ses paramètres une interprétation moins étendue du devoir de

renseigner de l'art. 222 al. 4 LP. Elle ajoute qu'une société en faillite titulaire d'un compte ne doit pas avoir plus de droit envers sa banque dépositaire qu'une société ne se trouvant pas en faillite. Enfin, la recourante avance à nouveau que l'autorité de surveillance ne se fonde sur aucune jurisprudence ou doctrine pour retenir que le devoir de renseigner de l'art. 222 al. 4 LP s'étend aux renseignements permettant de déposer une action en justice, ce qui suppose une connaissance complète des questions factuelles et juridiques. Elle soutient que les documents déjà produits permettent aux liquidateurs étrangers d'intenter une action civile, d'autant qu'ils ont pu requérir l'inscription à l'inventaire de leur prétention contre elle dans un acte de 153 pages avant la production de tout document.

4.

Le litige porte sur le contenu du devoir du tiers débiteur de renseigner l'office dans une procédure de faillite.

4.1. Aux termes de l'art. 222 al. 4 LP, les tiers qui détiennent des biens du failli ou contre qui le failli a des créances ont, sous menace des peines prévues par la loi (art. 324 ch. 5 CP), la même obligation de renseigner et de remettre les objets que le failli.

4.1.1. Le Tribunal fédéral a déjà jugé qu'il découle du contenu identique de l'obligation de renseigner du tiers et du failli que, s'agissant des banques, celles-ci ne peuvent pas se retrancher derrière le secret bancaire pour refuser de renseigner l'office (**ATF 125 III 391** consid. 2d/bb; arrêt **5A_407/2016** du 15 septembre 2016 consid. 3.1, publié *in* BISchK 2017 p. 153). En effet, les exigences de l'exécution forcée l'emportent sur la protection du secret bancaire et le client est lui-même, de par la loi, tenu de fournir à l'office tous renseignements utiles; dans cette mesure, l'obligation de garder le secret tombe (BOVEY, L'obligation des tiers de renseigner l'office des poursuites et des faillites (art. 91 al. 4 et 222 al. 4 LP), *in* JdT 2009 II p. 62 ss [67]).

4.1.2. S'agissant de son contenu, la loi dit expressément que le devoir de renseigner du tiers est le même que celui du débiteur. Le devoir de l'un coïncide donc avec celui de l'autre (BOVEY, *op. cit.*, p. 71).

Or, le débiteur est tenu d'indiquer à l'office tous ses biens et de les mettre à sa disposition (art. 222 al. 1 LP). Il s'agit d'un devoir complet de donner des informations et de remise de valeurs de toutes sortes (SCHOBER, *Kurzkommentar SchKG*, 2^{ème} éd. 2014, n° 1 et 2 ad art. 222 LP). La raison de ce devoir étendu s'explique ainsi: la procédure de faillite est une procédure collective de liquidation générale du patrimoine du failli instituée dans l'intérêt des créanciers colloqués afin de désintéresser ceux-ci totalement ou partiellement, et d'assurer ainsi leur égalité. Elle réunit de plein droit tous les biens saisissables du failli au moment de son ouverture. Or, l'autorité ne peut protéger l'intérêt public précité dans l'exécution de sa tâche que si elle est en mesure de connaître et d'appréhender tous les droits patrimoniaux du failli. Le failli doit donc non seulement renseigner et remettre à l'autorité ces droits mais aussi tout document qui permet de faire valoir ceux-ci (BOVEY, *op. cit.*, p. 72; GILLIÉRON, *Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite*, Art. 159-270, 2001, n° 6 ad art 222 LP).

Dans la continuation de l'ATF 125 précité qui ne distingue pas la position du tiers de celle du débiteur, le devoir du tiers concerne ainsi tous les biens que celui-ci détient pour le compte du débiteur et tous les avoirs et prétentions, même contestées, dont le débiteur est titulaire à son encontre (BOVEY, *op. cit.*, p. 72; SCHOBER, *op. cit.*, n° 6 ad art. 222 LP). Le tiers doit dès lors transmettre à l'office tout renseignement nécessaire à établir l'inventaire et lui remettre l'objet de tous les droits patrimoniaux formant la masse active, ainsi que les documents qui permettent de faire valoir ces droits. Dans cette mesure, le devoir d'informer du tiers vise tous les renseignements propres à déterminer l'existence, l'étendue et, le cas échéant le lieu de situation des biens du débiteur (BOVEY, *op. cit.*, p. 72 et note infrapaginale n° 59).

4.1.3.

4.1.3.1. Dans le contrat de mandat, en vertu de l'art. 400 CO, le mandataire est tenu, à la demande du mandant, de lui rendre en tout temps compte de sa gestion et de lui restituer tout ce qu'il a reçu de ce chef, à quelque titre que ce soit. Le devoir de rendre compte, comme le devoir de restituer, a pour but de garantir le respect de l'obligation de diligence et de fidélité du mandataire (art. 398 al. 2 CO) et de sauvegarder les intérêts du mandant (ATF 143 III 348 consid. 5.1.1).

L'obligation de rendre compte doit permettre au mandant de contrôler l'activité du mandataire (ATF 143 précité consid. 5.1.1). Pour y satisfaire, le mandataire doit informer le mandant de manière complète et véridique et lui remettre tous les documents concernant les affaires traitées dans l'intérêt de celui-ci. Font exception les documents purement internes, tels que les études préalables, les notes, les projets, le matériel rassemblé et la comptabilité. L'obligation de rendre compte comprend en tout cas les informations nécessaires à fonder l'obligation de restitution (art. 400 al. 1 CO), mais elle peut être plus large et concerner des documents qui ne sont pas soumis à l'obligation de restitution, celle-ci garantissant l'obligation de fidélité (art. 398 al. 2 CO) mais ne visant pas le contrôle de l'activité du mandataire (ATF 143 précité consid. 5.3.1).

Il faut donc différencier entre les documents internes (non soumis à l'obligation de restitution), dont le contenu doit être porté sous une forme appropriée à la connaissance du mandant pour lui permettre de contrôler l'activité du mandataire, et les documents purement internes qui ne sont de toute façon pas pertinents pour vérifier si le mandataire a exécuté le mandat conformément au contrat. Si un document interne est en principe soumis à l'obligation de rendre compte, cela ne signifie pas encore qu'il doit être présenté au mandant sans autre examen. Au contraire, il faut en pareil cas procéder à une pesée d'intérêts avec les intérêts du mandataire au maintien du secret. On peut tenir compte des intérêts légitimes du mandataire en prévoyant que dans le cas concret un document ne doit être présenté que sous la forme d'extraits (ATF 139 III 49 consid. 4.1.3).

4.1.3.2. Ainsi, lorsque le tiers débiteur est aussi le mandataire du failli, étant donné qu'il doit à l'office les mêmes renseignements que le failli lui-même, il ne peut refuser de transmettre à l'office, en vertu de l'art. 222 al. 4 LP, que les documents qu'il aurait pu également refuser à son mandant, soit les documents purement internes au sens de la jurisprudence précitée. En revanche, il est tenu de le renseigner sur tout ce qui permet de contrôler son activité, y compris en lui transmettant les documents internes, le cas échéant sous la forme d'extraits, puisqu'une faute dans l'exécution de son mandat peut fonder une prétention en responsabilité contre lui, laquelle doit figurer à l'inventaire.

4.2. En l'espèce, en se plaignant que la production de documents ordonnée constituerait une " requête déguisée en reddition de compte " qui devrait s'exercer dans une action civile, la recourante méconnaît la portée de l'art. 222 al. 4 LP qui vise précisément à renseigner l'office sur l'activité de gestion du mandataire en vue d'établir une éventuelle créance en responsabilité civile du failli à son encontre, à faire figurer à l'inventaire. En tant qu'elle affirme que les conséquences pénales de son refus en procédure d'exécution forcée justifieraient que l'étendue de son devoir soit moindre que dans le cadre d'une procédure civile en exécution de son mandat, elle méconnaît le caractère fondamental du devoir de renseigner l'office, qui permet d'assurer la réalisation de tous les biens du failli et d'ainsi respecter l'égalité entre les créanciers. De même, sa critique selon laquelle une société en faillite ne devrait pas avoir plus de droit envers sa banque qu'une société qui ne se trouve pas en situation de faillite n'a pas lieu d'être, étant donné qu'on exige d'elle qu'elle transmette à l'office tous les renseignements et documents qu'elle doit à son mandant, leur devoir de renseigner coïncidant.

En dehors de ces critiques générales sur le contenu et la portée du devoir de renseigner, la recourante ne formule aucun grief précis contre la motivation de l'arrêt attaqué au sujet des injonctions figurant sous chiffres 4 à 6 de la décision de l'office. Son argument selon lequel elle reste pour sa part convaincue que les documents qu'elle a déjà produits seraient suffisants pour intenter une action civile est insuffisamment motivé pour dénoncer la violation de l'art. 9 Cst. dans l'établissement des faits, dont cette critique relève.

Il suit de là que le grief de violation de l'art. 222 al. 4 LP doit être rejeté.

5.

En définitive, le recours est rejeté. Les frais judiciaires, arrêtés à 10'000 fr. sont mis à la charge de la recourante qui succombe (art. 66 al. 1 LTF). Les intimés n'ayant pas été invités à répondre au fond, des dépens ne leur sont pas dus (art. 68 al. 1 LTF).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :

1.

Le recours est rejeté.

2.

Les frais judiciaires, arrêtés à 10'000 fr., sont mis à la charge de la recourante.

3.

Le présent arrêt est communiqué aux parties et à la Cour de justice du canton de Genève, Chambre de surveillance des Offices des poursuites et faillites.

Lausanne, le 8 juin 2020

Au nom de la IIe Cour de droit civil
du Tribunal fédéral suisse

Le Président : Herrmann

La Greffière : Ahtari