



POUVOIR JUDICIAIRE

DCSO/555/05

DÉCISION

DE LA COMMISSION DE SURVEILLANCE DES OFFICES DES POURSUITES ET DES FAILLITES SIÉGEANT EN SECTION

DU JEUDI 29 SEPTEMBRE 2005

Cause A/2155/2005, plainte 17 LP formée le 20 juin 2005 par l'U_____ SA, élisant domicile en l'étude de Me Michel BERGMANN, avocat à Genève.

Décision communiquée à :

- U_____ SA
domicile élu : Etude de Me Michel BERGMANN, avocat
Rue de Hesse 8-10
Case postale 5715
1211 Genève 11

- **Masse en faillite de G_____**
Office des faillites
Chemin de la Marbrerie 13
Case postale 1856
1227 Carouge

Tout recours à la Chambre des poursuites et faillites du Tribunal fédéral doit être formé par écrit, déposé en trois exemplaires à la Commission de surveillance des offices des poursuites et des faillites (Rue Ami-Lullin 4, case postale 3840, 1211 Genève 3), accompagné d'une expédition de la décision attaquée, dans les dix jours dès la notification de la présente décision (art. 19 al. 1 LP) ou cinq jours en matière de poursuite pour effets de change (art. 20 LP). Le recours doit indiquer les points sur lesquels une modification de la décision attaquée est demandée et mentionner brièvement les règles de droit fédéral qui sont violées par la décision et en quoi consiste la violation.

EN FAIT

- A. La faillite de G_____ a été déclarée par la Haute Cour de Justice de Londres le 2 septembre 1996. Par un jugement du 7 septembre 1998 rendu sur requête de Mme D_____, administratrice de la masse de G_____, le Tribunal de première instance a reconnu en Suisse le jugement précité de la Haute Cour de justice de Londres et a autorisé l'ouverture à Genève de la procédure de faillite et de l'administration de la faillite de G_____.

L'Office des faillites de Genève (ci-après : l'Office) administre cette faillite ancillaire.

- B. Par un courrier du 6 juin 2005, l'Office a indiqué à l'U_____ SA que, d'après les renseignements en sa possession, G_____ aurait utilisé une société S_____ AG, domiciliée chez le Dr A_____ à Bâle, titulaire d'un compte n° CO xxx.xx0 ouvert en ses livres, et que, selon l'administratrice de la faillite étrangère de G_____, ce dernier serait l'ayant droit économique de cette société. L'Office a prié l'U_____ SA de le lui confirmer et lui faire parvenir un relevé détaillé de ce compte depuis juin 1998, de lui faire savoir par ailleurs si G_____ était titulaire ou ayant droit économique d'autres comptes, dépôts, titres, coffres auprès d'elle, et le cas échéant de lui communiquer tous les mouvements éventuels de ceux-ci. Il lui a rappelé qu'en vertu des art. 222 al. 4 et 232 al. 2 ch. 3 et 4 LP, « les banques ont l'obligation de donner des renseignements à l'office des faillites sur les éventuels droits patrimoniaux du failli en leur puissance, lors même que le failli n'est qu'ayant droit économique et non pas le cocontractant », et qu'ainsi le secret professionnel du banquier est inopposable aux obligations du droit de l'exécution forcée, qui sont des cas d'application de la réserve au secret bancaire. Il l'a renvoyée aux dispositions pénales, en particulier à l'art. 324 CPS, applicables en cas de violation des dispositions légales précitées. Il a indiqué que la voie de la plainte était ouverte contre « cette mesure ».

- C. Le 20 juin 2005, l'U_____ SA a formé plainte auprès de la Commission de céans contre la décision de l'Office lui ordonnant notamment de lui confirmer que S_____ AG possède un compte n° CO xxx.xx0 ouvert en ses livres, de lui faire parvenir un relevé détaillé de ce compte depuis juin 1998, de lui confirmer que l'ayant droit économique de S_____ AG est G_____, et de lui indiquer si celui-ci est ayant droit économique d'autres comptes, dépôts, titres, coffres.

L'U_____ SA estime que si G_____ est l'actionnaire de S_____ AG ou l'ayant droit économique d'autres sociétés de droit suisse ou étranger, il appartient à l'Office de prendre toutes mesures adéquates en vue de faire valoir les droits du failli dans lesdites personnes morales, en particulier d'ordonner le cas échéant à S_____ AG (voire toute autre société), respectivement à son administrateur, de verser tous les avoirs de S_____ AG (ou de toute autre société) dans la masse de

G_____, de demander à la banque, par l'intermédiaire des organes dûment autorisés de S_____ AG (voire de toute autre société), tous renseignements utiles, et de déposer plainte pénale le cas échéant contre le failli ou contre les organes de S_____ AG (ou de toute autre société) à défaut pour eux de se conformer à ses injonctions.

L'U_____ SA considère qu'en l'espèce rien ne démontre que G_____ est ayant droit économique ou actionnaire de S_____ AG (ou d'une autre société), que l'Office se borne à supposer que tel est le cas en ce qui concerne S_____ AG et procède de manière exploratoire contre d'autres éventuelles sociétés. Il conclut à l'annulation de la décision de l'Office.

- D. Dans son rapport du 13 juillet 2005 sur cette plainte, l'Office fait valoir que le dossier, accessible à la plaignante, permet d'affirmer que G_____ est très vraisemblablement l'ayant droit économique de S_____ AG, qu'en tout état, y compris à l'égard d'autres sociétés dont le failli serait l'ayant droit économique, les banques connaissent les ayant droit économiques des comptes ouverts en leurs livres par l'intermédiaire du Formulaire F, qu'elles doivent le renseigner à ce propos, conformément à la doctrine et la jurisprudence sur les dispositions de la LP obligeant les tiers à renseigner les organes de l'exécution forcée, et qu'elles doivent même lui annoncer spontanément les biens du failli qu'elles détiennent, à quelque titre que ce soit, à la suite de la publication de l'ouverture de la faillite. L'Office conclut au rejet de la plainte.
- E. A réception de cette écriture, l'U_____ SA a sollicité la communication des pièces du dossier produit par l'Office, a observé que s'il était démontré que G_____ est l'ayant droit économique de S_____ AG, il faudrait s'étonner que l'Office n'ait pas fait valoir ses droits auprès de cette société, notamment n'en ait pas interrogé l'administrateur ni, à défaut de collaboration, n'ait pas déposé de plainte pénale à l'encontre de celui-ci. L'U_____ SA a demandé à pouvoir répliquer après avoir pu consulter les pièces du dossier.

EN DROIT

1. La Commission de céans est compétente pour connaître des plaintes dirigées contre des mesures prises par des organes de l'exécution forcée qui ne sont pas attaques par la voie judiciaire, ainsi que des plaintes pour déni de justice ou retard injustifié (art. 17 LP ; art. 10 al. 1 et art. 11 al. 2 LaLP ; art. 56R al. 3 LOJ).

En l'espèce, si la question de savoir si l'acte attaqué est une mesure sujette à plainte mérite examen (consid. 2 et 3), il appert en revanche que, le cas échéant, la plaignante aurait qualité pour agir, étant touchée par la mesure prise dans ses intérêts dignes de protection, et qu'elle a agi en temps utile (art. 17 al. 2 LP) ainsi que dans le respect des exigences de forme et de contenu posées par la loi (art. 13 al. 1 et 2 LaLP), si bien que sa plainte devrait être déclarée recevable.

- 2.a. La Commission de céans a déjà jugé que ne constituait pas une mesure sujette à plainte l'annonce qu'à défaut d'exécution en temps utile d'une injonction de verser à la masse l'équivalent d'une garantie de loyer libérée par une banque, l'Office procéderait à l'encontre de cette dernière par la voie pénale, car cette annonce n'avait pas d'autre portée qu'une déclaration d'intention de l'Office (DCSO/298/05 consid. 2.d du 17 mai 2005). Mais, dans cette même décision, elle s'est demandée, en laissant la question ouverte, si le même conclusion se justifierait à l'égard de la menace des peines prévues par la loi que, selon l'art. 222 al. 6 LP, l'Office doit faire expressément aux intéressés pour que les infractions visées puissent être réalisées, en particulier la contravention d'inobservation par un tiers des règles de la procédure de poursuite pour dettes ou de faillite (art. 324 ch. 5 CPS).
- 2.b. La sommation aux débiteurs du failli de s'annoncer auprès de l'office et à ceux qui détiennent des biens du failli, à quelque titre que ce soit, de les mettre à la disposition de l'office, faute de quoi ils encourent les peines prévus par la loi (art. 232 al. 2 ch. 3 et 4 LP), doit se faire explicitement sous la menace des peines prévues par la loi (art. 222 al. 4 et art. 232 al. 2 ch. 3 LP). L'art. 222 al. 6 LP précise que l'office doit attirer expressément l'attention des intéressés sur les obligations considérées « ainsi que sur les conséquences pénales de leur inobservation ». La menace en question est une condition objective de l'infraction, comme dans le cas de l'art. 292 CPS réprimant l'insoumission à une décision de l'autorité (Bernard Corboz, Les infractions en droit suisse, Berne 2002, vol. II, ad art. 324 n° 3 *in fine* ; Alexandre Brunner, in BSK StGB II, ad art. 324 n° 10 *in fine*).

Dans un arrêt relatif à l'obligation de renseigner du tiers détenteur de biens séquestrés (il s'agissait d'une banque), le Tribunal fédéral a relevé que le principe de la légalité découlant de l'art. 1 CPS, résumé par l'expression latine « *nulla poena sine lege* », signifie que la loi pénale doit être formulée de manière suffisamment claire et précise pour que ses conséquences soient reconnaissables pour tous, et il a précisé que si l'office peut assortir sa sommation adressée à la banque de la menace des peines prévues par la loi, il faut que cette menace soit celle de la peine d'amende de l'art. 324 CPS (ATF 125 III 391 consid. 5d, publié aussi in SJ 2000 I 97, où il est suivi, dès la p. 106, d'une note de Vincent Jeanneret sur le sujet plus général de cet arrêt). A l'instar de ce qui vaut pour l'applicabilité de l'art. 292 CPS, il faut que l'injonction fondée sur les dispositions légales précitées soit comminatoire et comporte, au moment de sa notification, l'indication claire de la peine à laquelle s'expose son destinataire s'il n'y donne pas suite.

Il ne suffit pas de se référer à l'art. 324 CPS ou de parler de sanctions pénales, mais il faut indiquer précisément la peine encourue - en l'occurrence l'amende -, cette exigence n'ayant cependant pas à être respectée à la lettre si le destinataire de l'injonction connaît cette disposition pénale pour se l'être fait rappeler

explicitement dans la même procédure (Bernad Corboz, op. cit., ad art. 292 n° 17 ; Christof Riedo, in BSK StGB II, ad art. 292 n° 48 ss).

- 2.c En l'occurrence, le courrier attaqué comporte un renvoi « à toutes fins utiles (...) aux dispositions pénales, notamment à l'article 324 du code pénal suisse, applicables en cas de violation des dispositions légales » qu'il rappelle, à savoir les art. 222 al. 4 et 232 al. 2 ch. 3 et 4 LP.

Ce courrier ne comporte pas la « menace des peines prévues par la loi » que prévoient les art. 222 al. 4 et 232 al. 2 ch. 3 et 4 LP.

Il est vrai que la plaignante n'ignore vraisemblablement pas le contenu de l'art. 324 CPS mentionné dans ce courrier. Toutefois, le simple « renvoi à toutes fins utiles aux dispositions pénales » n'est jamais qu'une demie menace ; il peut être compris comme l'expression d'une certaine pression faite à un stade de la procédure où la résolution de former une dénonciation pénale n'est pas vraiment prise par l'Office, surtout lorsque, comme en l'espèce, l'Office se borne à inviter le tiers - fût-elle une banque - à lui fournir les renseignements demandés et non à l'y sommer. Il n'y a pas là de sommation proprement dite, dont la menace claire et précise d'une sanction pénale déterminée est d'ailleurs une composante.

Or, cet élément est déterminant pour que la menace du recours à la voie pénale réponde à la notion de mesure sujette à plainte au sens de l'art. 17 al. 1 LP en tant qu'elle a pour effet de péjorer la situation de son destinataire et de faire progresser la procédure d'exécution forcée (DCSO/298/05 consid. 1.b. et 2.d du 17 mai 2005). En effet, faute de sommation satisfaisant aux exigences légales, un refus de donner suite à la demande même pressante formulée par l'Office ne réaliserait pas un élément constitutif objectif de l'infraction considérée, si bien que l'Office ne devrait pas déposer de dénonciation pénale. La Commission de céans rappelle que, plus généralement, l'Office n'a pas à faire de dénonciations pénales à la légère mais qu'en présence d'indices suffisants de la commission effective d'infractions pénales, il en a le devoir légal (art. 11 CPC et art. 41 LaLP ; DCSO/78/05 consid. 2.b *in fine* du 1^{er} février 2005), ce devoir étant précédé de celui de donner à ses communications les formes requises par la loi.

3. En l'occurrence, s'il ne comporte pas de sommation en bonne et dure forme, le courrier attaqué énumère cependant des renseignements que, selon l'Office, la plaignante est tenue de lui fournir.

Du moins en l'absence d'une injonction comminatoire suffisante, on ne saurait pour autant analyser ce courrier comme une mesure sujette à plainte en tant que décision constatatoire d'une obligation de la plaignante. Comme les tribunaux en général, l'autorité de surveillance n'a en principe pas vocation, sur plainte, pour se prononcer sur l'existence d'obligations qui ne sont pas à proprement parler imposées à une personne déterminée par un organe de l'exécution forcée.

D'ailleurs, en l'absence de plainte contre un tel courrier, il ne pourrait être admis que l'obligation de renseigner qu'il évoque a acquis un caractère définitif et exécutoire, et l'Office ne se trouverait pas dans la situation d'avoir fait avancer la procédure, faute de pouvoir au moins dénoncer la plaignante au Procureur général, pour le motif traité ci-dessus (consid. 2.c).

4. La présente plainte sera donc déclarée irrecevable, faute d'être dirigée contre une mesure sujette à plainte.

La procédure de plainte est gratuite (art. 20a al. 1 phr. 1 LP ; art. 61 al. 2 let. a OELP). Il ne peut être alloué aucun dépens (art. 62 al. 2 OELP).

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
LA COMMISSION DE SURVEILLANCE
SIÉGEANT EN SECTION :**

Déclare irrecevable la plainte A/2155/2005 formée le 20 juin 2005 par l'U_____ SA contre un courrier de l'Office des faillites dans le cadre de la faillite de **Masse en faillite de G_____**.

Siégeant : M. Raphaël MARTIN, président ; M. Didier BROSSET et Mme Magali ORSINI, juges assesseur-e-s.

Au nom de la Commission de surveillance :

Cendy RENAUD
Commise-greffière :

Raphaël MARTIN
Le président :

La présente décision est communiquée par courrier A à l'Office concerné et par lettre signature aux autres parties par la greffière le