



POUVOIR JUDICIAIRE

A/2665/2018-CS

DCSO/337/19

DECISION

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre de surveillance
des Offices des poursuites et faillites

DU JEUDI 15 AOUT 2019

Plainte 17 LP (A/2665/2018-CS) formée en date du 9 juillet 2018 par A_____.

* * * * *

Décision communiquée par courrier A à l'Office concerné
et par pli recommandés du greffier du **15 août 2019**
à :

- **A**_____
 - Département Contentieux
 - _____
 - _____.

 - **B**_____
 - c/o M. C_____
 - _____
 - _____.

 - **Office cantonal des poursuites.**
-

EN FAIT

A. a. B_____, né le _____ 1977 et de nationalité suisse, est propriétaire de l'immeuble immatriculé sous n° 1_____ de la commune de D_____ [GE], section E_____, soit une part de copropriété par étages n° 2_____ de l'immeuble n° 1_____ de la commune de D_____, section E_____, sis [nos.] _____ [rue] 3_____. Cette part de copropriété comporte le droit exclusif de jouir d'un appartement de 114 m² avec pour dépendances une cave et un box en sous-sol.

b. L'acquisition par B_____ de l'immeuble n° 1_____ de la parcelle de D_____, section E_____ (ci-après : l'appartement), intervenue en 2011, a été financée à hauteur de 400'000 fr. par un crédit hypothécaire octroyé par la [banque] A_____. Selon cette dernière, le solde de 950'000 fr. serait provenu d'un prêt sans intérêts consenti à B_____ par F_____, née le _____ 1980 et de nationalité suisse. En février 2012, B_____ aurait remboursé ce second prêt à hauteur de 385'000 fr. grâce à une augmentation correspondante du crédit hypothécaire consenti par A_____, de telle sorte qu'il resterait devoir, en capital, 785'000 fr. à A_____ (400'000 fr. + 385'000 fr.) et 565'000 fr. (950'000 fr. – 385'000 fr.) à F_____.

c. Dès 2016 au plus tard, l'appartement a été remis en location pour un loyer dont le montant ne ressort pas de la procédure.

d. Statuant le 17 décembre 2012 dans le cadre de la procédure pénale n° P/4_____/2012 dirigée – notamment – contre B_____ pour des faits ne ressortant pas du dossier, le Ministère public a ordonné le séquestre de l'appartement. Par courrier adressé le 24 mai 2016 à la locataire, il l'a informée que ce séquestre s'étendait également aux revenus provenant de la location de l'appartement et l'a donc invitée à s'acquitter dorénavant desdits loyers en ses mains.

Invité par la Chambre de céans, dans le cadre de l'instruction de la présente plainte, à préciser les motifs pour lesquels l'appartement avait été séquestré pénalement, le Ministère public a indiqué par lettre datée du 29 mars 2019 que l'appartement et les revenus en provenant avaient été séquestrés au titre de produit de l'infraction (non déterminée) reprochée à B_____ dans le cadre de la procédure pénale conduite à son encontre, et non afin de garantir le recouvrement d'une éventuelle créance compensatrice au sens de l'art. 71 CP.

e. Par courrier daté du 2 novembre 2016 adressé à B_____, A_____ a dénoncé au remboursement le crédit hypothécaire octroyé à ce dernier et l'a en conséquence invité à lui rembourser d'ici au 14 novembre 2016 la somme de 796'674 fr. 20. Par le même courrier, elle a également dénoncé au remboursement pour le 31 mai 2017 les deux cédules hypothécaires de 400'000 fr. chacune grevant l'appartement, qui lui avaient été remises en garantie.

Faute de paiement de la part de B_____, A_____ a engagé à son encontre, le 11 septembre 2017, une procédure en réalisation de gage immobilier portant sur l'appartement, fondée sur les deux cédules hypothécaires dont elle disposait. Elle n'a pas sollicité que le gage comprenne les loyers et fermages, au sens de l'art. 152 al. 2 LP.

Le commandement de payer, poursuite n° 5_____, a été notifié le 3 octobre 2017 à C_____ pour le compte de B_____. Il n'a pas été frappé d'opposition.

Le 6 avril 2018, A_____ a requis la vente de l'objet du gage.

f. Après avoir été informé par l'avocat de B_____ que les loyers de l'appartement faisaient l'objet d'une saisie pénale, et donc étaient versés directement en mains du Ministère public, l'Office a à son tour, par lettre datée du 3 mai 2018, porté ce fait à la connaissance de la poursuivante et lui a indiqué qu'en conséquence la gérance légale se limiterait à la vérification de la couverture d'assurance de l'immeuble de base, ce qui excluait implicitement la perception des loyers.

g. Par courrier daté du 15 juin 2018 adressé à l'Office, A_____, se référant à un entretien téléphonique avec le collaborateur de ce dernier traitant le dossier, a indiqué avoir *"pris note que A_____, en sa qualité de créancière gagiste de premier rang, se verra verser en priorité le produit de la vente de l'immeuble [l'appartement], en remboursement de sa créance, le séquestre pénal ne créant pas de droit de préférence en faveur de l'Etat lors de l'exécution forcée de la créance compensatoire (article 71 al. 3 LP)"*. Alléguant ensuite que le Ministère public *"ne saurait bénéficier d'aucun droit de priorité, ni de participation, postérieurement à notre réquisition de vente"*, elle a invité l'Office à lui confirmer *"par écrit, le cas échéant par une décision, que tant le produit de la vente de l'appartement en question que les loyers saisis depuis le 6 avril 2018 seront attribués exclusivement à notre établissement"*.

Dans sa réponse datée du 4 juillet 2018, l'Office, se référant au séquestre des loyers ordonné par le Ministère public, a indiqué persister dans les termes de son courrier daté du 3 mai 2018.

- B.** **a.** Par courrier daté du 9 juillet 2018 adressé vraisemblablement à la même date à l'Office, A_____ a invité celui-ci à revenir sur sa *"décision"* datée du 4 juillet 2018, dont elle comprenait que les revenus locatifs de l'appartement générés depuis le dépôt de la réquisition de vente ne lui seraient pas distribués en raison du séquestre pénal. Selon elle en effet, cette opinion violait l'art. 806 al. 1 et 3 CC dont les normes de l'exécution forcée, lesquelles demeuraient applicables en présence d'un séquestre visant à garantir le recouvrement d'une créance compensatoire au sens de l'art. 71 CP, devaient assurer la mise en œuvre.

Au terme de son courrier, A_____ indiquait que, si l'Office n'entendait pas lui donner une suite favorable, il devait être considéré comme une plainte au sens de l'art. 17 LP et transmis en tant que telle à l'autorité de surveillance.

b. Par pli du 7 août 2018, l'Office a transmis à la Chambre de céans, comme relevant de sa compétence, le courrier de A_____ daté du 9 juillet 2018.

c. Dans ses observations datées du 3 septembre 2018, l'Office a conclu à l'irrecevabilité de la plainte, subsidiairement à son rejet.

Selon lui, sa lettre datée du 4 juillet 2018 ne faisait que confirmer celle datée du 3 mai 2018, avec pour conséquence qu'elle ne faisait pas courir un nouveau délai de plainte.

Sur le fond, les actifs séquestrés pénalement échappaient à l'exécution forcée en vertu de l'art. 44 LP.

d. Le 1^{er} mars 2019, la Chambre de surveillance a communiqué à la plaignante, à l'Office et à B_____ la réponse du Ministère public à sa demande d'information sur les motifs pour lesquels le séquestre pénal avait été ordonné (cf. ci-dessus let. A.d), et leur a imparti un délai pour se déterminer.

B_____ ne s'est pas déterminé dans le délai imparti, ni plus tard.

Par courrier daté du 3 mai 2019, l'Office a persisté dans ses conclusions et son argumentation.

Par détermination datée du 1^{er} mai 2019, A_____ a elle aussi persisté dans ses conclusions. S'agissant de la recevabilité de sa plainte, elle a estimé que la décision contestée était nulle en ce qu'elle violait les dispositions de la LP régissant l'ordre de désintéressement des créanciers, lesquelles étaient édictées dans l'intérêt public, avec pour conséquence que la plainte était recevable. Sur le fond, elle a soutenu que le séquestre pénal supposé viser le produit de l'infraction – non déterminée – reprochée à B_____ ne pouvait porter sur un montant supérieur à 565'000 fr., soit celui des fonds propres investis par celui-ci dans l'appartement. Le droit de gage dont elle bénéficiait de par la loi sur les revenus locatifs était par ailleurs absolu, de telle sorte qu'un séquestre pénal confiscatoire, même prononcé antérieurement, ne pouvait y faire obstacle.

e. La cause a été gardée à juger le 20 mai 2019.

EN DROIT

- 1. 1.1.1** La voie de la plainte au sens de l'art. 17 LP est ouverte contre les mesures de l'Office ne pouvant être contestées par la voie judiciaire (al.1), ainsi qu'en cas de déni de justice ou de retard à statuer (al. 3). L'autorité de surveillance doit par ailleurs constater, indépendamment de toute plainte et en tout temps (ATF 136 III 572 consid. 4), la nullité des mesures de l'Office contraires à des dispositions édictées dans l'intérêt public ou dans l'intérêt de personnes qui ne sont pas parties à la procédure (art. 22 al. 1 LP).

Par mesure de l'Office, il faut entendre tout acte matériel d'autorité accompli par l'Office en exécution d'une mission officielle dans une affaire concrète, ayant pour objet la continuation ou l'achèvement de la procédure d'exécution forcée et

produisant des effets externes (ATF 116 III 91 consid. 1). Ne constituent en conséquence pas des mesures sujettes à plainte la simple confirmation d'une décision déjà prise, une communication de l'Office sur ses intentions ou un avis (ERARD, in CR LP, 2005, n° 10 ad art. 17 LP).

1.1.2 La plainte doit être déposée, sous forme écrite et motivée (art. 9 al. 1 et 2 LaLP; art. 65 al. 1 et 2 LPA, applicable par renvoi de l'art. 9 al. 4 LaLP), dans les dix jours de celui où le plaignant a eu connaissance de la mesure (art. 17 al. 2 LP). Elle peut également être déposée en tout temps en cas de nullité de l'acte contesté (art. 22 al. 1 LP), de retard à statuer et de déni de justice (art. 17 al. 3 LP). Une augmentation des conclusions après l'expiration du délai de plainte n'est pas admissible (arrêt du Tribunal fédéral 5A_326/2015 du 14 janvier 2016 consid. 2.2).

A qualité pour former une plainte toute personne lésée ou exposée à l'être dans ses intérêts juridiquement protégés, ou tout au moins touchée dans ses intérêts de fait, par une décision ou une mesure de l'office (ATF 138 III 628 consid. 4; 138 III 219 consid. 2.3; 129 III 595 consid. 3; 120 III 42 consid. 3).

1.2 En l'occurrence, l'Office a informé la plaignante, par ses courriers datés des 3 mai et 4 juillet 2018, de ce qu'il n'entendait pas, suite au dépôt le 6 avril 2018 de la réquisition de vente, pourvoir à la gérance et à l'exploitation de l'immeuble faisant l'objet du gage (art. 102 al. 3 LP, applicable à la poursuite en réalisation de gage immobilier par renvoi de l'art. 155 al. 1 LP) sous réserve de la question marginale de la vérification de l'existence d'une assurance couvrant l'immeuble de base. Il s'agit là d'une mesure au sens de l'art. 17 LP, dès lors que l'Office refuse de procéder aux démarches lui incombant normalement en vue de continuer la poursuite. Cette décision ne pouvant être contestée par la voie judiciaire, celle de la plainte auprès de l'autorité de céans était ouverte. Directement touchée dans ses intérêts juridiquement protégés, la plaignante a qualité pour agir par cette voie et son acte respecte la forme écrite et comporte une motivation. On en déduit par ailleurs que la plaignante souhaite l'annulation du refus de l'Office, ce qui constitue une conclusion suffisante. La plainte est donc, à ce stade, recevable.

Comme le relève l'Office, sa décision de ne pas pourvoir à la gérance de l'appartement – et donc de ne pas veiller à obtenir le versement en ses mains du rendement locatif net – ressort déjà de son courrier daté du 3 mai 2018. Son second courrier daté du 4 juillet 2018 n'apporte à cet égard rien de nouveau, si ce n'est qu'il mentionne expressément que les loyers ne seront pas "*saisis*" en faveur de la plaignante. Si donc celle-ci avait entendu contester la décision de l'Office, elle aurait dû le faire dans les dix jours à compter de la réception du courrier daté du 3 mai 2018, et non attendre la confirmation par l'Office de sa position, intervenue par lettre datée du 4 juillet 2018. La plainte paraît donc tardive.

C'est pour le surplus à tort que la plaignante soutient dans sa détermination datée du 1^{er} mai 2019 que la décision attaquée aurait trait aux règles de la LP régissant

l'ordre de désintéressement des différents créanciers, de telle sorte que leur violation entraînerait sa nullité. La décision attaquée ne traite en effet pas d'une question de distribution d'actifs déjà réalisés mais concerne le stade antérieur de la réalisation – en l'espèce par l'encaissement de créances. Elle est par ailleurs fondée sur l'inapplicabilité supposée des règles de la LP, en vertu de l'art. 44 LP, à la réalisation d'actifs faisant l'objet d'un séquestre pénal.

On peut cela étant se demander si un refus de l'Office, fondé sur une application par hypothèse erronée de l'art. 44 LP, de réaliser un actif et d'en distribuer le produit aux créanciers en conformité des règles de la LP ne serait pas atteint de nullité en application de l'art. 22 al. 1 LP. Ces règles ont en effet été édictées dans l'intérêt public et dans celui de personnes non parties à la procédure de poursuite, en particulier des créanciers susceptibles de participer à une saisie et donc de bénéficier d'une quote-part du produit de réalisation de l'actif concerné. La question peut toutefois souffrir de demeurer ouverte en l'état au vu de l'issue de la procédure.

Il sera donc entré en matière sur la plainte nonobstant sa vraisemblable tardiveté.

- 2. 2.1** Le gage grevant un immeuble donné à bail comprend également les loyers ou fermages qui ont couru depuis l'introduction de la poursuite en réalisation de gage jusqu'au moment de la réalisation (art. 806 al. 1 CC). Le créancier gagiste immobilier peut donc, lorsqu'il introduit une poursuite tendant à la réalisation de son gage, exiger que celui-ci comprenne également les loyers et fermages (art. 152 al. 2 1^{ère} phrase LP). Lorsqu'une telle exigence est exprimée, l'Office prend les renseignements nécessaires et avise les éventuels locataires ou fermiers qu'ils devront désormais s'acquitter des loyers et fermages en ses mains (art. 152 al. 2 2^{ème} phrase LP; art. 91 ORFI).

A compter du dépôt de la réquisition de vente de l'objet du gage (art. 154 LP), l'Office est tenu, à moins que le créancier gagiste n'y ait expressément renoncé, de pourvoir à la gérance et à la culture de l'immeuble faisant l'objet du gage (art. 102 al. 3 LP, applicable à la poursuite en réalisation de gage immobilier par renvoi de l'art. 155 al. 1 LP; art. 101 al. 1 ORFI). Dans le cadre de cette gérance, qu'il peut déléguer à un tiers (art. 16 al. 3 ORFI), l'Office veillera notamment à la rentrée des loyers et fermages (art. 17 ORFI). Ceux-ci serviront en premier lieu à couvrir les frais et dépenses de la gérance et à acquitter les éventuels subsides accordés au débiteur et à sa famille en application de l'art. 103 al. 2 LP, le solde pouvant faire l'objet de répartitions provisoires dans le cadre desquelles le créancier gagiste poursuivant est colloqué en première ligne (art. 22 al. 1 ORFI).

2.2.1 Selon les termes de l'art. 44 LP, la réalisation d'objets confisqués en vertu des lois fédérales ou cantonales en matière pénale ou fiscale s'opère en conformité avec ces lois. A teneur de la jurisprudence (ATF 115 III 1 consid. 3a), cette disposition s'applique également à la mise sous mains de justice, soit au séquestre, y compris ses conditions, son exécution et ses effets, sans qu'il importe à cet égard

que cette mesure porte sur des actifs qui ont été antérieurement saisis. Les conditions et les effets de la "confiscation" au sens de l'art. 44 LP doivent être jugés uniquement par les juridictions pénales ou fiscales compétentes selon les dispositions des lois pénales ou fiscales. Les autorités en matière de poursuite et faillite ne peuvent opposer à une "confiscation" pénale ou fiscale une décision qui leur soit propre en sens contraire, qui serait ensuite susceptible de plainte au sens de l'art. 17 LP. Seules sont réservées les "confiscations" qui seraient manifestement illicites selon la loi applicable et que les autorités de poursuite pourraient dès lors considérer comme nulles (ATF 107 III 113 consid. 1). Sous cette réserve, l'examen des conditions et les effets d'un séquestre pénal ou fiscal relèvent des autorités compétentes selon la législation pénale ou fiscale, les autorités en matière de poursuite et faillite ne pouvant qu'en prendre acte. C'est par la voie de la procédure pénale, respectivement fiscale, que les créanciers ou l'administration de la faillite pourront contester une "confiscation" à leurs yeux injustifiée.

2.2.2 En matière pénale, l'art. 44 LP s'applique à la confiscation des valeurs patrimoniales qui sont le résultat d'une infraction ou qui étaient destinées à décider ou à récompenser l'auteur d'une infraction, si elles ne doivent pas être restituées au lésé en rétablissement de ses droits (art. 70 al. 1 CP). Les éléments patrimoniaux confisqués – ou mis sous mains de justice en vue de leur confiscation future (art. 263 al. 1 let. d CPP) – échappent ainsi aux prescriptions de la LP, l'art. 44 LP conférant à l'Etat ou au lésé un droit de distraction par rapport aux autres créanciers (ATF 142 III 174 consid. 3.1.1).

L'art. 44 LP ne s'applique en revanche pas à la créance compensatrice que peut prononcer le juge pénal lorsque les valeurs patrimoniales à confisquer ne sont plus disponibles (art. 71 al. 1 1^{ère} phrase CP; KRÜSI, in Kommentar zum SchKG, 2017, Kren Kostkiewicz/Vock [éd.], N 4 ad art. 44 LP). Le séquestre pénal ordonné aux fins de garantir le paiement d'une telle créance compensatrice ne crée ainsi pas de droit de préférence en faveur de l'Etat ou de l'attributaire de la créance compensatrice (art. 71 al. 3 CP), de telle sorte que ces derniers devront faire valoir cette dernière selon les règles de la LP sans jouir d'aucun privilège par rapport aux autres créanciers, sous réserve d'une participation de plein droit à la saisie en application analogique de l'art. 281 LP (ATF 142 III 174 consid. 3.1.2 et 3.4).

2.3 Dans le cas d'espèce, les éléments patrimoniaux faisant l'objet de la poursuite en réalisation de gage immobilier engagée par la plaignante ont été séquestrés pénalement en vue de leur confiscation au sens de l'art. 70 al. 1 CP et non, comme paraissait le considérer la plaignante lors du dépôt de la plainte, en vue de garantir l'exécution d'une créance compensatoire au sens de l'art. 71 al. 1 CP. Il en résulte que l'art. 44 LP s'applique, avec pour conséquence que les actifs séquestrés pénalement échappent à l'application des règles de la LP. La décision de l'Office refusant de pourvoir à la gérance de l'appartement, et notamment d'en percevoir les loyers, est donc bien fondée.

Dans sa détermination datée du 1^{er} mai 2019, la plaignante expose que le Ministère public ne pouvait procéder au séquestre en vue de confiscation de l'immeuble grevé de gage en sa faveur et de ses revenus locatifs, dès lors que les fonds propres investis par son propriétaire – faisant l'objet de la procédure pénale – ne couvraient qu'une partie du prix d'achat, et que son propre droit de gage devait être protégé. Certes, il n'est pas exclu à cet égard que les conditions du prononcé d'un séquestre pénal n'aient pas été réunies ou que, le moment venu, le juge renonce à prononcer la confiscation. Il n'en reste pas moins que les ordonnances de séquestre ont été prononcées par l'autorité pénale disposant de la compétence pour le faire selon les lois de procédure pénale applicables et qu'elle ne souffre pas de nullité absolue, ce que la plaignante ne prétend au demeurant pas. C'est donc devant les juridictions pénales, et conformément aux voies prévues par la procédure pénale, qu'elle aurait dû – le cas échéant devra (cf. ci-dessous consid. 2.4) – faire valoir ses arguments afin d'obtenir la levée de la mesure de séquestre, respectivement que la confiscation ne soit pas ordonnée. Pour sa part, l'Office ne pouvait que prendre acte du séquestre et en tirer les conséquences.

La plainte sera donc rejetée dans la mesure de sa recevabilité.

2.4 Selon l'art. 70 al. 2 CP, la confiscation n'est pas prononcée lorsqu'un tiers a acquis les valeurs susceptibles d'être confisquées dans l'ignorance des faits qui l'auraient justifiée, et cela dans la mesure où il a fourni une contre-prestation adéquate ou si la confiscation se révèle à son égard d'une rigueur excessive. Au sens de cette disposition, le terme "*acquis*" vise non seulement un droit de propriété, mais également un droit réel limité, comme un droit de gage.

Comme relevé ci-dessus, il appartiendra ainsi aux juridictions pénales de déterminer si et dans quelle mesure le droit de gage immobilier invoqué par la plaignante sur l'appartement et son revenu locatif fait obstacle à la confiscation de ces éléments patrimoniaux, et ce pour autant que les autres conditions d'une confiscation soient réalisées.

Il convient cela étant d'éviter que, si la confiscation de l'appartement et de son revenu locatif ne devait finalement pas être prononcée dans le cadre de la procédure pénale en cours, le poursuivi ne récupère la libre disposition de ces actifs, en particulier du revenu locatif, lequel fait lui aussi l'objet du gage. A cette fin, il appartiendra à l'Office d'intervenir en temps utile auprès des juridictions pénales afin d'attirer leur attention sur le fait que les revenus locatifs nets échus à compter du dépôt de la réquisition de vente, qu'il n'a pu encaisser en raison du séquestre pénal, doivent, s'ils ne sont pas confisqués, lui être remis dans le cadre de la poursuite en réalisation de gage immobilier engagée par la plaignante.

- 3.** La procédure de plainte est gratuite (art. 20a al. 2 ch. 5 LP et art. 61 al. 2 let. a OELP) et il ne peut être alloué aucuns dépens dans cette procédure (art. 62 al. 2 OELP).

* * * * *

PAR CES MOTIFS,
La Chambre de surveillance :

A la forme :

Déclare recevable la plainte formée le 9 juillet 2018 par A_____ dans la poursuite en réalisation de gage immobilier n° 5_____.

Au fond :

La rejette.

Siégeant :

Monsieur Patrick CHENAUX, président; Messieurs Georges ZUFFEREY et Christian CHAVAZ, juges assesseurs; Madame Sylvie SCHNEWLIN, greffière.

Le président :

Patrick CHENAUX

La greffière :

Sylvie SCHNEWLIN

Voie de recours :

Le recours en matière civile au sens de l'art. 72 al. 2 let. a de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110) est ouvert contre les décisions prises par la Chambre de surveillance des Offices des poursuites et des faillites, unique autorité cantonale de surveillance en matière de poursuite pour dettes et faillite (art. 126 LOJ). Il doit être déposé devant le Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, dans les dix jours qui suivent la notification de l'expédition complète de la présente décision (art. 100 al. 1 et 2 let. a LTF) ou dans les cinq jours en matière de poursuite pour effets de change (art. 100 al. 3 let. a LTF). L'art. 119 al. 1 LTF prévoit que si une partie forme un recours ordinaire et un recours constitutionnel, elle doit déposer les deux recours dans un seul mémoire. Le recours doit être rédigé dans une langue officielle, indiquer les conclusions, en quoi l'acte attaqué viole le droit et les moyens de preuve, et être signé (art. 42 LTF).

Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14.