

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1420/2015-CS

DCSO/217/15

DECISION

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre de surveillance
des Offices des poursuites et faillites

DU LUNDI 13 JUILLET 2015

Plainte 17 LP (A/1420/2015-CS) formée en date du 30 avril 2015 par X_____ SA.

* * * * *

Décision communiquée par courrier A à l'Office concerné
et par plis recommandés du greffier du
à :

- X_____ SA.
 - M. P_____
Représenté par Régie Z_____.
 - **Office des poursuites.**
-

EN FAIT

A. a. Par courrier du 13 septembre 2011, X_____ SA s'est porté caution envers M. P_____, bailleur, jusqu'à concurrence d'un montant maximum de 10'170 fr. pour les engagements de M. W_____, locataire, en relation avec la location par ce dernier d'un appartement No. xxx.02 de 4 pièces au rez-de-chaussée d'un immeuble sis route J_____ xx, 12xx Genève.

Selon le contrat conclu entre les précités, n° 40xxx-xxxxxx0-xx8K, ce cautionnement, qualifié de simple, était soumis aux dispositions paritaires romandes pour habitation de décembre 2007 ainsi qu'à la loi genevoise du 18 avril 1975 protégeant les garanties fournies par les locataires.

b. Par réquisition du 4 juillet 2014, M. P_____ a formé une poursuite en réalisation de gage mobilier à l'encontre de M. W_____ pour un montant total de 18'609 fr. 60 plus intérêt à 5% à compter du 31 mai 2013, notamment à titre de loyers impayés, de montant dû à l'ancien propriétaire, de participation aux travaux de l'appartement impayés, de charges et de frais administratifs. Cette poursuite tendait à la libération de la garantie bancaire no 40xxx-xxxxxx0-xx8K établie auprès de X_____ SA.

c. M. W_____, anciennement domicilié à la route J_____, n'ayant plus de domicile ou de résidence connus, le commandement de payer, poursuite n° 14 xxx49 R, a fait l'objet d'une notification par voie édictale le xx 2014.

d. En l'absence d'opposition du débiteur, M. P_____ a déposé, le 10 décembre 2014, une réquisition de vente des biens tombant sous le coup de ladite poursuite.

L'avis de vente a fait l'objet d'une publication édictale le xx 2015.

e. Par courrier du 2 mars 2015, l'Office a requis de X_____ SA le versement du montant en sa possession en capital et intérêts, relatif au certificat de dépôt no 40xxx-xxxxxx0-xx8K.

L'Office précisait que sa demande n'était pas fondée sur l'art. 257^e al. 3 CO ni sur la loi genevoise protégeant les garanties fournies par les locataires, mais sur l'art. 156 LP et qu'elle faisait suite à une procédure de poursuite en réalisation de gage mobilier valablement diligentée par le créancier.

f. Par courrier du 5 mars 2015, X_____ SA a indiqué que son engagement de garantie ne consistait pas en un certificat de dépôt mais en un cautionnement simple, que la poursuite en réalisation de gage mobilier portant sur cette garantie ne respectait pas les conditions d'appel du cautionnement simple et qu'un tel

cautionnement n'emportait pas constitution d'un droit de gage en faveur du bailleur.

g. Par courrier du 20 avril 2015, reçu par X_____ SA le 22 avril 2015, l'Office l'a sommée de lui verser la somme réclamée dans son précédent courrier du 2 mars 2015.

- B. a.** Par courrier daté du 29 avril 2015, expédié le 30 avril 2015 et reçu par la Chambre de surveillance des Offices des poursuites et faillites (ci-après : la Chambre de surveillance) le 4 mai 2015, X_____ SA a formé une plainte contre cette décision, dont elle a conclu à l'annulation.

Elle a notamment fait valoir que sa garantie étant un cautionnement simple, aucuns papiers valeurs ou espèces n'avaient été déposés en ses livres par le locataire, sur lesquels un droit de gage en faveur du bailleur aurait pu être constitué, de sorte qu'elle n'avait aucun gage à remettre en vue de sa réalisation pour le compte de ce dernier.

b. Par observations du 21 mai 2015, l'Office a conclu au rejet de la plainte.

c. Par courrier du 21 juin 2015, M. P_____ s'est rangé à ces conclusions de l'Office.

d. Par courrier du 17 juin 2015, la Chambre de surveillance a informé les parties que la cause était gardée à juger.

EN DROIT

- 1. 1.1** La Chambre de surveillance est compétente pour statuer sur les plaintes formées en application de la LP (art. 13 LP; art. 126 al. 2 lit. c LOJ; art. 6 al. 1 et 3 et 7 al. 1 LaLP) contre des mesures non attaques par la voie judiciaire (art. 17 al. 1 LP).

Quand le débiteur entend s'opposer au mode de poursuite en réalisation de gage choisi par le créancier, et donc contester le droit de gage, il doit agir par la voie de l'opposition au commandement de payer et non par le biais d'une plainte (ATF 78 III 97; 122 III 295 = JdT 1998 II 120; DCSO/255/2003 du 03.07.2003).

On ne saurait cependant étendre cette obligation à la banque prétendument dépositaire de biens remis en gage, puisqu'elle n'a pas qualité pour former opposition à un commandement de payer dans une poursuite dirigée par le créancier gagiste contre le débiteur gagé.

Dès lors, en tant qu'elle est sommée par l'Office de lui remettre des fonds prétendument déposés en gage dans ses livres, ladite banque a qualité pour se

plaindre de cette sommation, en particulier pour contester indirectement le mode de réalisation choisi par le créancier poursuivant.

Pour le surplus, sa présente plainte satisfait pour le surplus aux exigences de forme et de contenu prescrites par la loi (art. 9 al. 1 et 2 LaLP).

2. **2.1.1** Si le locataire d'une habitation fournit des sûretés en espèces ou sous forme de papiers-valeurs, le bailleur doit les déposer auprès d'une banque, sur un compte d'épargne ou de dépôt au nom du locataire. La banque ne peut restituer les sûretés qu'avec l'accord des deux parties ou sur la base d'un commandement de payer non frappé d'opposition ou d'un jugement exécutoire. Si, dans l'année qui suit la fin du bail, le bailleur n'a fait valoir aucune prétention contre le locataire dans le cadre d'une procédure judiciaire ou d'une poursuite pour dettes ou d'une faillite, celui-ci peut exiger de la banque la restitution des sûretés (art. 257e al. 1 et 3 CO).

Le bailleur peut exiger d'autres types de garanties du locataire, tels que des cautions au sens de l'art. 492 ss CO, des porte-fort au sens de l'art. 111 CO, des déclarations de patronage, des reprises cumulatives de dettes ou toute autre forme de garantie, notamment bancaire.

Ces autres garanties ne sont pas soumises à l'art. 257e CO mais suivent le régime légal qui leur est propre, sous réserve d'un droit cantonal contraire (arrêt du Tribunal fédéral 4C.154/2003 du 6 octobre 2003 consid. 6; BURKHALTER/MARTINEZ FAVRE, Commentaire SVIT du droit du bail, 2011, no 7 ad art. 257e co; MARCHAND, in Commentaire pratique, Droit du bail à loyer, BOHNET/MONTINI (éd.), 2010, no 41ss ad art. 257e CO; LACHAT, Le bail à loyer, 2008, p. 353).

Les règles générales limitant la liberté contractuelle, en particulier le principe de *numerus clausus* des droits réels, sont applicables à ces autres garanties (MARCHAND, op. cit., no 42 ad art. 257e CO).

Le locataire n'a, par ailleurs, aucun moyen légal d'imposer au bailleur un type de garantie, plutôt qu'un autre, par exemple un cautionnement au lieu d'un versement en espèces sur un compte bloqué; en effet, le choix de la forme de la garantie présuppose un accord entre les deux parties au bail (LACHAT, op. cit., p. 354).

2.1.2 Les cantons peuvent édicter des dispositions complémentaires au sujet de ces garanties (art. 257e al. 4 CO).

A ce titre, l'art. 1 al. 2 de la Loi genevoise du 18 avril 1975 protégeant les garanties fournies par les locataires (LGFL; RS/GE I 4 10) admet, en plus des garanties au sens de l'art. 257e CO, les cautionnements simples pour les baux à usage d'habitation. Tout autre forme de garantie est exclue concernant des biens d'habitation sis à Genève (MARCHAND, op. cit., no 5 ad art. 257e CO).

Conformément à l'art. 4 al. 3 LGFL, les dispositions sur le retrait de la garantie s'appliquent par analogie au cautionnement. Ainsi, le retrait de tout ou partie des sommes déposées en garantie ne peut être effectué que sous la double signature du bailleur et du locataire, ou en vertu d'une décision judiciaire. En l'absence de l'accord du locataire, le bailleur peut obtenir que tout ou partie des sommes lui soit versé sur présentation d'un commandement de payer exécutoire ou d'un jugement exécutoire prononçant une condamnation pécuniaire contre le locataire portant sur une créance relative au contrat de bail (art. 4 al. 1 et 2 LGFL).

2.1.3 Le cautionnement est un contrat par lequel une personne s'engage envers le créancier à garantir le paiement de la dette contractée par le débiteur (art. 492 al. 1 CO).

Le contrat de cautionnement qui sert de garantie au bailleur lie celui-ci et la caution (LCHAT, op. cit., p. 353). Il s'agit d'une garantie personnelle, qui entraîne l'application des dispositions, pour l'essentiel impératives, des art. 492 ss CO et l'éventuelle nécessité d'interpréter le contrat, notamment en relation avec la dette garantie (MARCHAND, op. cit., no 44 ad art. 257e CO).

2.1.4 La poursuite en réalisation de gage est un mode de poursuite destiné à permettre au créancier gagiste de se payer sur le produit de réalisation de l'objet grevé, faculté que lui procure son gage (art. 41al. 1 et 151 à 158 LP; FOËX, Commentaire Romand, Loi sur la poursuite, 2005, no 1 ad art. 151 à 158 LP). Elle s'applique à la réalisation des objets grevés d'un gage au sens de l'art. 37 LP, soit, pour les gages mobiliers, le nantissement, l'engagement du bétail, le droit de rétention, le gage des créances et autres droits (art. 37 al. 2 LP).

Les sûretés en espèces ou sous forme de papiers-valeurs fournies par le locataire et déposées auprès d'une banque au nom du locataire, en vertu de l'art. 257^e CO, sont une forme de consignation à titre de sûreté qui fait naître un droit de gage au sens de l'art. 37 LP au bénéfice du bailleur, même s'il ne s'agit pas d'un droit réel (ATF 129 III 362 consid. 2; 124 III 215 consid. 1b; autorité de surveillance du district de Zurich du 27 mars 2007, publié in MRA 2007 p. 106).

Le droit public cantonal ne saurait, étant donné le principe du *numerus clausus* des droits réels limités fixé par le droit privé fédéral, créer une forme de garantie réelle non prévue par ce droit fédéral (GILLIERON, Commentaire, no 23 ad. art. 37).

2.2 En l'espèce, il apparaît que la plaignante a émis un cautionnement simple en faveur du bailleur, en garantie des engagements du locataire à l'égard dudit bailleur.

Aucune pièce du dossier ne permet en outre de retenir que le locataire a fourni à la plaignante, dans le cadre de ce cautionnement, des sûretés en espèces ou sous

forme de papiers-valeurs en faveur du bailleur, placés sur un compte de dépôt auprès de la banque.

La présente garantie ne constitue donc pas une sûreté constituée par le locataire en faveur du bailleur au sens de l'art. 257e CO, pouvant donner lieu à une poursuite en réalisation de gage conformément aux principes rappelés ci-dessus sous ch.2.1.4.

Il s'agit en revanche d'un simple rapport contractuel de garantie conclu entre la plaignante et ledit bailleur, dont il a été clairement dit par la jurisprudence et la doctrine que l'art. 257e CO ne lui est pas applicable.

Il n'est indifférent pour le surplus que la LGFL soumette un tel cautionnement à certaines des règles applicables aux garanties au sens de l'art. 257e CO, puisque cette loi cantonale ne saurait, conformément aux principes rappelés ci-dessus sous ch. 2.1.4, déroger au principe du *numerus clausus* des droits réels.

Ainsi, le cautionnement litigieux ne constitue pas un gage mobilier au sens de l'art. 37 LP, de sorte que la voie de la poursuite en réalisation de gage n'est pas ouverte en ce qui le concerne et que la présente plainte doit être admise.

La décision de l'Office du 20 avril 2015, sommant la plaignante de lui verser la somme en sa possession en capital et intérêts dans le cadre du contrat de cautionnement simple n° 40xxx-xxxxxx0-xx8K, qualifié à tort de certificat de dépôt par l'Office, sera ainsi annulée.

3. Conformément aux art. 20a al. 2 ch. 5 LP et 62 al. 2 OELP, la procédure de plainte est gratuite et il ne peut y être alloué de dépens.

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
La Chambre de surveillance :**

A la forme :

Déclare recevable la plainte formée le 29 avril 2015 par X_____ SA contre la sommation du 20 avril 2015 de l'Office des poursuites de lui verser la somme en capital et intérêts découlant du contrat de cautionnement n° 40xxx-xxxxxx0-xx8K.

Au fond :

Admet cette plainte et annule ladite sommation du 20 avril 2015.

Siégeant :

Madame Valérie LAEMMEL-JUILLARD, présidente; Madame Marilyn NAHMANI et Monsieur Denis KELLER, juges assesseur(e)s; Madame Véronique PISCETTA, greffière.

La présidente :

Valérie LAEMMEL-JUILLARD

La greffière :

Véronique PISCETTA

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.