

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1641/2014-CS

DCSO/262/14

DECISION

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre de surveillance
des Offices des poursuites et faillites

DU JEUDI 9 OCTOBRE 2014

Plainte 17 LP (A/1641/2014-CS) formée en date du 6 juin 2014 par M. E_____, élisant domicile en l'étude de Me François Roger MICHELI, avocat.

* * * * *

Décision communiquée par courrier A à l'Office concerné
et par pli recommandé du greffier du
à :

- **M. E_____**
c/o Me François Roger MICHELI, avocat
Rue Bellot 6
1206 Genève
 - **C_____ SA**
 - **Office des poursuites.**
-

EN FAIT

- A. a.** Le 11 février 2008, C _____ SA a octroyé à M. E _____ et à Mme P _____, conjointement et solidairement, un prêt hypothécaire de 4'000'000 fr.

Le contrat prévoyait deux types de sûretés, soit des droits de gage immobiliers de 4'000'000 fr., sans rang antérieur, grevant deux parcelles sur la commune de Genève, remis en pleine propriété à titre de garantie selon acte de cession fiduciaire à signer, ainsi que le nantissement des prétentions découlant de quatre polices d'assurance-vie et/ou décès selon actes de nantissement à signer.

b. Le même jour, M. E _____ et Mme P _____ ont signé une cession fiduciaire en pleine propriété à fin de garantie, portant sur une cédule hypothécaire en 1^{er} rang de 4'000'000 fr., au porteur, grevant les deux parcelles précitées. Cette cession prévoyait notamment le droit de la banque de requérir à l'encontre des emprunteurs la poursuite ordinaire sans devoir auparavant introduire la poursuite en réalisation du gage.

c. Les quatre actes de nantissement des polices d'assurance ont également été signés, en date du 11 février 2008, respectivement du 4 mars 2008, s'agissant des deux nantisements restant en vigueur après la renonciation de la banque à deux d'entre eux.

- B.** Par courrier du 14 septembre 2012, C _____ SA a dénoncé au remboursement intégral le prêt hypothécaire avec échéance au 31 octobre 2012, ainsi que la cédule hypothécaire avec échéance au 31 mars 2012 (*sic*).

- C.** A la suite de la réalisation des deux polices d'assurance nanties, C _____ SA s'est vue verser leur valeur de rachat, le 19 décembre 2012 et le 18 mars 2013.

- D. a.** Le 3 octobre 2013, C _____ SA a adressé à l'Office des poursuites de Genève (ci-après : l'Office) une réquisition de poursuite en réalisation de gage immobilier pour un montant de 4'132'534 fr. 95 à l'encontre de M. E _____, au titre du contrat de prêt immobilier garanti par la cédule hypothécaire de 4'000'000 fr. grevant les deux parcelles de la commune de Genève.

b. Un commandement de payer, poursuite en réalisation de gage immobilier n° 13 xxxx95 S, a été notifié à M. E _____ le 2 juin 2014, auquel celui-ci a fait opposition par courrier de son conseil du 1^{er} juillet 2014.

- E. a.** Par acte expédié au greffe de la Chambre de surveillance des Offices des poursuites et faillites (ci-après : la Chambre de surveillance) le 6 juin 2014, M. E _____ a formé plainte contre le commandement de payer précité, dont il a sollicité l'annulation.

Il a pour le surplus conclu à l'octroi de l'effet suspensif, lequel lui a été refusé par ordonnance de la Chambre de surveillance du 8 juillet 2014, au motif que l'opposition qu'il avait formée au commandement de payer querellé suspendait déjà la poursuite.

Il a fait valoir que la cession fiduciaire de propriété aux fins de garantie ne constitue pas un gage.

Une réquisition de poursuite en réalisation des gages constitués par les deux polices d'assurances nanties devait donc être formée avant la poursuite querellée, le plaignant n'ayant pas renoncé au droit d'invoquer l'article 41 LP en relation avec ces gages.

b. Dans ses observations du 4 août 2014, l'Office a conclu au rejet de la plainte.

c. Dans ses observations du 5 août 2014, C_____ SA a également conclu au rejet de la plainte.

EN DROIT

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

La notification d'un commandement de payer constitue une mesure sujette à plainte que le plaignant, débiteur poursuivi, a qualité pour attaquer par cette voie.

- 1.2** La plainte contre une mesure de l'Office doit être déposée dans les dix jours suivant celui où le plaignant a eu connaissance de la mesure attaquée (art. 17 al. 2 LP) et dans les formes prescrites par la loi (art. 9 al. 1 LaLP et art. 65 al. 1 et 2 LPA applicable par renvoi de l'art. 9 al. 4 LaLP).

En l'espèce, formée le 6 juin 2014 contre une mesure notifiée le 2 juin 2014, la plainte l'a été en temps utile. Respectant pour le surplus les exigences de forme prescrites par la loi, elle est recevable.

- 2.** **2.1** En application de l'art. 41 al. 1bis LP, lorsqu'une poursuite par voie de saisie ou de faillite est introduite pour une créance garantie par gage, le débiteur peut demander - lorsqu'il n'y a pas renoncé conventionnellement -, par la voie de la plainte des art. 17 ss LP, que le créancier exerce d'abord son droit sur l'objet du gage. Le débiteur poursuivi qui invoque le *beneficium excussionis realis* doit alors démontrer que la créance en poursuite est garantie par gage (ATF 106 III 5 consid. 1 et les références citées; arrêt du Tribunal fédéral 5A_295/2012 du 9 janvier 2012 consid. 4.1).

L'article 793 al. 1 CC stipule que le gage immobilier peut être constitué sous la forme d'une hypothèque ou d'une cédule hypothécaire.

Le droit de la cédule hypothécaire a été modifié lors de la révision du 11 décembre 2009, entrée en vigueur le 1er janvier 2012 (RO 2011 4637 ss, p. 4657). Lorsque la cédule hypothécaire a été remise en garantie avant l'entrée en vigueur du nouveau droit, l'ancien droit est applicable aux droits et obligations du créancier et du débiteur (art. 1 al. 1 et 26 al. 1 Tit. fin. CC; ATF 140 III 180 consid. 3. et les références citées).

Sous le droit antérieur à la révision du Code civil de 2009, comme sous le nouveau droit, la cédule hypothécaire est une créance personnelle garantie par un gage immobilier (art. 842 aCC et art. 842 al. 1 CC; Message du Conseil fédéral du 27 juin 2007 concernant la révision du Code civil suisse (Cédule hypothécaire de registre et autres modifications des droits réels), FF 2007 5015 ss, p. 5053). Il s'agit d'un papier-valeur qui incorpore à la fois la créance et le droit de gage immobilier, qui en est l'accessoire (ATF 140 précité consid. 5.1).

Lorsque les parties conviennent - par contrat de fiducie - que la cédule hypothécaire est remise au créancier en propriété à titre fiduciaire aux fins de garantie (garantie fiduciaire; Sicherungsübereignung), il n'y a pas novation de la créance garantie; la créance incorporée dans la cédule se juxtapose à la créance garantie en vue d'en faciliter le recouvrement. On distingue alors la créance abstraite (ou créance cédulaire) garantie par le gage immobilier, incorporée dans la cédule hypothécaire, et la créance causale (ou créance garantie ou encore créance de base) résultant de la relation de base, en général un contrat de prêt, pour laquelle la cédule a été remise en garantie, ces deux créances étant indépendantes l'une de l'autre. La créance abstraite incorporée dans la cédule hypothécaire et garantie par le gage immobilier doit faire l'objet d'une poursuite en réalisation de gage immobilier; la créance causale doit faire l'objet d'une poursuite ordinaire. Ces considérations demeurent d'ailleurs valables sous le nouveau droit, qui présume toutefois la remise de la cédule à titre de garantie fiduciaire (art. 842 al. 2 CC), alors que l'ancien droit (art. 855 al. 1 aCC) présumait la remise à titre de garantie directe, avec novation (ATF 140 précité consid. 5.1.1 et les références citées, not. ATF 136 III 288 consid. 3.1, 134 III 71 consid. 3 et 119 III 105 consid. 2a).

Dans un arrêt très récent (ATF 140 III 180 = SJ 2014 I 326), le Tribunal fédéral s'est prononcé sur la possibilité pour le créancier, propriétaire fiduciaire de la cédule, d'introduire une poursuite en réalisation de gage immobilier pour l'intégralité de la créance abstraite (capital et intérêts) parallèlement à la poursuite ordinaire pour l'entier de la créance causale. Il a considéré que le fait que la créance causale et la créance abstraite coexistaient ne signifiait nullement que les deux créances s'ajoutaient l'une à l'autre en ce sens que le créancier aurait pu

exiger cumulativement l'exécution des deux créances, ni qu'il aurait pu choisir entre la poursuite ordinaire en recouvrement de la créance causale et la poursuite en réalisation de gage pour la créance abstraite. En effet, il découlait de la nature de la convention de fiducie que les parties convenaient tacitement d'une clause de bénéfice de discussion réelle: le créancier avait donc l'obligation de rechercher d'abord la créance abstraite. Le débiteur avait toutefois la possibilité, par convention expresse, de renoncer au bénéfice de l'exception de discussion réelle, de telle sorte que le créancier pouvait poursuivre directement la créance causale, sans que le débiteur puisse s'y opposer en exigeant qu'il recherche en premier lieu la créance abstraite. Si le créancier introduisait contre son débiteur une poursuite ordinaire, sans égard à l'ordre dans lequel la créance abstraite et la créance causale devaient être recherchées selon la convention de fiducie, le débiteur pouvait et devait former une opposition au commandement de payer, opposition qui n'avait pas à être motivée (ATF 140 précité consid. 5.1.6).

2.2 En l'espèce, dès lors que la cédule hypothécaire a été remise en garantie avant l'entrée en vigueur du nouveau droit, le présent appel doit être examiné sous l'angle de l'ancien droit relatif à la cédule hypothécaire.

L'affirmation toute générale du plaignant, visant à dire que la cession fiduciaire de propriété aux fins de garantie n'est pas un gage, tombe à faux. En effet, la jurisprudence récente et constante précitée du Tribunal fédéral a tranché la question spécifique de la nature de la cédule hypothécaire remise en propriété à titre fiduciaire aux fins de garantie. Il en résulte que cette cédule incorpore une créance abstraite garantie par un gage immobilier et qu'elle doit donc faire l'objet d'une poursuite en réalisation de gage immobilier.

Dès lors que la réquisition de poursuite adressée à l'Office, en l'espèce, a pour objet la réalisation d'une telle cédule hypothécaire, la poursuite querellée doit bien être, comme indiqué à juste titre par le commandement de payer notifié, une poursuite en réalisation de gage immobilier et non une poursuite ordinaire.

En conséquence, le plaignant ne peut valablement se prévaloir du principe du *beneficium excussionis realis*, puisqu'il est déjà poursuivi en réalisation de gage immobilier.

En tout état, même si la réquisition de poursuite querellée était une poursuite ordinaire, le débiteur ne pourrait invoquer le principe précité du fait qu'il y a expressément renoncé dans la cession fiduciaire en pleine propriété à fin de garantie de la cédule hypothécaire visée signée le 11 février 2008.

Pour le surplus, les deux polices d'assurance gagées ont d'ores et déjà été réalisées par le créancier avant la réquisition de poursuite ayant abouti au commandement de payer querellé, ce qu'ignore visiblement le plaignant.

Dès lors, la question purement théorique de savoir si le principe du *beneficium excussionis realis* permet au débiteur de s'opposer à une poursuite en réalisation d'un gage immobilier, au motif qu'une poursuite en réalisation d'un gage mobilier devrait être intentée au préalable, ne se pose même pas en l'espèce.

2.3 La poursuite n° 13 xxxx95 S en réalisation de gage est donc valable et il n'y a pas lieu d'annuler le commandement de payer correspondant.

La présente plainte doit donc être rejetée.

- 3.** La procédure de plainte est une procédure gratuite (art. 20a al. 2 ch. 5 LP et art. 61 al. 2 let. a OELP) dans le cadre de laquelle aucun dépens ne peuvent être alloués (art. 62 al. 2 OELP). Conformément à ces dispositions, la présente décision est ainsi rendue sans frais ni dépens.

* * * * *

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

A la forme :

Déclare recevable la plainte formée le 6 juin 2014 par M. E_____ contre le commandement de payer, poursuite n° 13 xxxx95 S, qui lui a été notifié le 2 juin 2014.

Au fond :

La rejette.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Siégeant :

Madame Valérie LAEMMEL-JUILLARD, présidente; Madame Valérie CARERA et Monsieur Christian CHAVAZ, juges assesseur(e)s; Madame Paulette DORMAN, greffière.

La présidente :

Valérie LAEMMEL-JUILLARD

La greffière :

Paulette DORMAN

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.