

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1864/2014-CS

DCSO/253/14

**DECISION**

**DE LA COUR DE JUSTICE**

**Chambre de surveillance**  
des Offices des poursuites et faillites

**DU JEUDI 9 OCTOBRE 2014**

Plainte 17 LP (A/1864/2014-CS) formée en date du 27 juin 2014 par **M. C\_\_\_\_\_**,  
élisant domicile en l'étude de Me Stella FAZIO, avocat.

\* \* \* \* \*

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

- **M. C\_\_\_\_\_**  
c/o Me Stella FAZIO, avocat  
Rue de la Fontaine 7  
Case postale 3238  
1211 Genève 3.
  - **BANQUE Z\_\_\_\_\_.**
  - **Office des poursuites.**
-

## **EN FAIT**

- A. a.** Dans le cadre d'un contrat de prêt hypothécaire conclu par la BANQUE Z\_\_\_\_\_, d'une part, et M. C\_\_\_\_\_ ainsi que Mme C\_\_\_\_\_, d'autre part, ces derniers ont signé le 18 décembre 2005 en faveur de la banque une cession fiduciaire en propriété à fin de garantie portant sur une cédule hypothécaire en 1er rang de 1'800'000 fr., au porteur, grevant une parcelle n° xxx75 de la commune de X\_\_\_\_\_ GE).

Le même jour, les emprunteurs ont signé un document sur une page A4 intitulé "*Conditions spéciales applicables aux affaires garanties par immeuble*" (ci-après : les Conditions spéciales), dont l'un des cinq articles prévoyait qu'en cas de demeure, la banque pourrait, à son gré, poursuivre les débiteurs, soit par la voie ordinaire, soit en réalisation de gage (art. 4).

**b.** Le 15 septembre 2010, les parties ont signé un second contrat de prêt hypothécaire – établi le 25 août 2010 – augmentant le prêt de 750'000 fr. Le contrat prévoyait à titre de sûretés la cession fiduciaire en propriété à fin de garantie en faveur de la banque d'une cédule hypothécaire en 1<sup>er</sup> rang de 2'300'000 fr., au porteur, grevant une parcelle n° xxx21 de la commune précitée. A chacune des trois tranches fixées du capital correspondait un taux d'intérêt annuel fixe pour une durée de 10 ans, dont l'échéance n'était pas mentionnée. Il stipulait par ailleurs, à titre d'amortissement, un montant de 3'975 fr. payable le 30 septembre 2010, puis un montant fixe de 5'750 fr. payable chaque trimestre.

La cession fiduciaire a été signée le 15 septembre 2010 par les parties.

Le même jour, les emprunteurs ont signé les Conditions spéciales, sous la même présentation que celles signées le 18 décembre 2005.

- B.** Le 24 juin 2014, M. C\_\_\_\_\_ s'est vu notifier, sur la base d'une réquisition de poursuite de la Banque Z\_\_\_\_\_ à l'Office, un commandement de payer, poursuite ordinaire n° 14 xxx67 J, auquel il a fait opposition le jour même.

Le paiement des sommes suivantes était requis en poursuite :

- 49'738 fr. 15 à titre d'intérêts impayés au 31 mars 2014 relatifs au contrat de prêt hypothécaire du 15 septembre 2010,

- 17'250 fr. à titre d'amortissements impayés au 31 mars 2014 également relatifs au contrat précité,

- 70 fr. 15 à titre de découvert non autorisé du compte courant.

- 
- C. a.** Par acte expédié au greffe de la Chambre de surveillance des Offices des poursuites et faillites (ci-après : la Chambre de surveillance) le 27 juin 2014, M. C\_\_\_\_\_ 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 30 juin 2014, au motif que l'opposition qu'il avait formée au commandement de payer querellé suspendait déjà la poursuite.

Il a fait valoir qu'il était en droit d'exiger que la banque se désintéresse en premier lieu sur l'objet du gage, en application du principe du bénéfice de discussion réelle prévu par l'art. 41 al. 1bis LP.

- b.** Dans leurs observations des 9 juillet et 31 juillet 2014, la Banque Z\_\_\_\_\_ et l'Office ont conclu au rejet de la plainte, au motif que le principe du bénéfice de discussion réelle ne trouvait pas application en l'espèce, où l'on se trouvait dans un cas d'application de l'exception de l'art. 41 al. 2 LP.

Au demeurant, le poursuivi avait renoncé audit principe du bénéfice de discussion réelle en signant les Conditions spéciales intégrées au contrat de prêt.

- c.** Par réplique du 22 août 2014, M. C\_\_\_\_\_ a fait valoir qu'une exception au bénéfice de discussion réelle n'était pas admissible du fait que la poursuite litigieuse ne visait pas des annuités au sens de l'art. 41 al. 2 LP.

Par ailleurs, son attention n'avait pas été expressément attirée sur la clause, insolite selon lui, des Conditions spéciales prévoyant le droit de la banque d'agir, à son gré, par la voie de la poursuite ordinaire ou en réalisation de gage. Par conséquent il n'avait pas formellement renoncé au bénéfice de discussion réelle en sa faveur.

- d.** Par courriers des 2 septembre et 5 septembre 2014, l'Office et la Banque Z\_\_\_\_\_ ont encore persisté dans leurs conclusions respectives.

### **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 27 juin 2014 contre une mesure notifiée le 24 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. 2.1.1** En application de l'art. 41 al. 2 LP, la poursuite qui a pour objet des intérêts ou annuités garantis par gage immobilier s'opère, au choix du créancier, soit par la réalisation du gage, soit par voie de saisie ou de faillite, suivant la qualité du débiteur. Cette disposition est une exception au principe du bénéfice de discussion réelle prévu par l'art. 41 al. 1bis LP.

L'annuité au sens de l'art. 41 al. 2 LP est une notion étroite consistant dans l'amortissement périodique du capital et comprenant à la fois des intérêts et le remboursement d'une partie du capital. Il s'agit d'annuités proprement dites, c'est-à-dire des annuités globales perçues normalement sous forme d'une somme indivise. L'exception de l'art. 41 al. 2 LP ne s'étend donc pas à d'autres remboursements partiels de capital. Il n'y a pas lieu de distinguer entre les deux principaux systèmes d'amortissement hypothécaire qui ont en commun le fait que la créance hypothécaire est remboursée par paiements réguliers, soit le système dit "classique" – versement annuel d'un montant fixe auquel sont ajoutés les intérêts sur la dette effective de l'année – et le système dit des "annuités fixes" – prestation annuelle fixe, indépendamment de la variation du taux d'intérêts, avec annuités initiales (amortissement minime et montant d'intérêts élevés) et annuités finales (amortissement élevé et montant en intérêt minimal) – (ATF 55 II 171, JdT 1930 I 66; 63 III 125, JdT 1938 II 51; PETER, Edition annotée de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Berne 2010, ad art. 41 LP, p. 62; GILLIERON, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Lausanne 1999, n° 53 et 54 ad art. 41 LP).

**2.1.2** En l'espèce, le commandement de payer querellé, en tant qu'il vise le recouvrement de 49'738 fr. 15 au titre d'intérêts impayés découlant du contrat de prêt hypothécaire du 15 septembre 2010, a pour objet des intérêts garantis par gage immobilier au sens de l'art. 41 al. 2 LP.

La poursuite ordinaire querellée est en conséquence fondée, s'agissant de ce premier montant.

Par ailleurs, en tant qu'il vise le recouvrement de 70 fr. 15 à titre de découvert non autorisé du compte courant, le commandement de payer entrepris n'a pas pour objet une créance garantie par un gage immobilier, de sorte que l'art. 41 al. 1bis

LP est inapplicable et le débiteur ne peut exciper du principe de bénéfice de discussion réelle.

La poursuite ordinaire litigieuse est en conséquence également fondée, s'agissant de ce deuxième montant.

Enfin, s'agissant du recouvrement du montant de 17'250 fr., désigné comme des amortissements impayés découlant du contrat de prêt hypothécaire précité, les pièces du dossier ne permettent pas de déterminer avec certitude si ces amortissements constituent des remboursements périodiques partiels de capital, indépendants du paiement de l'intérêt également dû sur ce capital – auquel cas l'art. 41 al. 2 LP serait inapplicable au vu des principes rappelés ci-dessus sous ch. **2.1.1** – ou s'il s'agit d'amortissements intégrés à l'intérêt dû, sous forme de majoration de ce dernier, soit des annuités admissibles dans la cadre de l'art. 41 al. 2 LP.

Cette question peut cependant rester indécise, car même si l'on n'admet pas l'application de l'exception de l'art. 42 al. 2 LP à ces amortissements, la poursuite ordinaire querellée est également fondée en ce qui les concerne.

En effet, l'art. 41 al. 1bis LP est, quoiqu'il en soit, inapplicable à ces amortissements, en raison de la renonciation du débiteur au bénéfice de discussion réelle, comme il sera vu infra sous ch. **2.2.1** à **2.2.3**.

**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 (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 prévoit que le gage immobilier peut être constitué sous la forme d'une hypothèque ou d'une cédula hypothécaire.

Lors de la remise de la cédula hypothécaire au porteur à titre de garantie fiduciaire, les parties peuvent prévoir ou exclure l'exception du bénéfice de discussion réelle, que ce soit dans les clauses accessoires de la créance cédulaire (pour la renonciation à l'exception, cf. STEINAUER, Les droits réels, vol. III, 4e éd. 2012 T. III, n° 3027; FOËX, Le nouveau droit des cédulas hypothécaires, JdT 2012 II p. 3 ss, p. 6), dans les clauses (de nature personnelle) de la convention de fiducie (FOËX, op. cit., p. 6/7) ou encore dans les clauses (de nature personnelle) du rapport de base (ainsi, dans l'arrêt 7B.249/2003 du 7 janvier 2004, consid. 4.2, publié in: Pra, 2004 103 p. 583, l'exclusion du bénéfice de discussion réelle était prévue dans les conditions générales annexées au contrat de prêt; cf. BETSCHART,

---

Der Grundpfandvertrag und die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken, 2011, n° 802).

**2.2.2** Celui qui signe un texte comportant une référence expresse à des conditions générales est lié au même titre que celui qui appose sa signature sur le texte même des conditions générales. Il importe peu à cet égard qu'il ait réellement lu les conditions générales en question. La validité des conditions générales d'affaires préformées doit être limitée par la règle dite de l'inhabituel, ou de l'insolite (Ungewöhnlichkeitsregel). En vertu de cette règle sont soustraites de l'adhésion censée donnée globalement à des conditions générales toutes les clauses inhabituelles, sur l'existence desquelles l'attention de la partie la plus faible ou la moins expérimentée en affaires n'a pas été spécialement attirée. La partie, qui incorpore des conditions générales dans le contrat, doit s'attendre, d'après le principe de la confiance, à ce que son partenaire contractuel inexpérimenté n'adhère pas à certaines clauses insolites. Pour déterminer si une clause est insolite, il faut se placer du point de vue de celui qui y consent, au moment de la conclusion du contrat. La réponse est individuelle, une clause usuelle dans une branche de l'économie pouvant être insolite pour qui n'est pas de la branche. Eu égard au principe de la confiance, on se fondera sur les conceptions personnelles du contractant dans la mesure où elles sont reconnaissables pour l'autre partie. Il ne suffit pas que le contractant soit inexpérimenté dans la branche économique en question. Il faut en plus de ce critère subjectif que, par son objet, la clause considérée soit étrangère à l'affaire, c'est-à-dire qu'elle en modifie de manière essentielle la nature ou sorte notablement du cadre légal d'un type de contrat. Plus une clause porte atteinte aux intérêts juridiques du contractant, plus il se justifie de la considérer comme insolite (ATF 119 II 443 consid. 1.a et les références citées).

L'exclusion de l'exception du bénéfice de discussion réelle n'a rien d'insolite dans les relations bancaires (arrêt 7B.249/2003 précité consid. 5; BETSCHART, op. cit. n. 802).

**2.2.3** En l'espèce, une cédula hypothécaire a été remise en propriété à titre fiduciaire aux fins de garantie le 15 septembre 2010 à la banque.

Le même jour, le plaignant a également signé le contrat de prêt hypothécaire et des Conditions spéciales, identiques à celles déjà signées en 2005 et dont l'art. 4 prévoyait expressément que la banque pouvait à son gré le poursuivre par la voie de la poursuite ordinaire ou en réalisation de gage.

Ces conditions spéciales étaient, certes, préformées, mais étaient rédigées sur une seule page A4, au bas de laquelle le débiteur plaignant avait apposé sa signature, qui attestait qu'il les avait lues.

Cette clause n'a ainsi pas été intégrée au contrat de base par un simple renvoi à des conditions générales préformées, non signées, ni lues par le débiteur, de sorte que

la règle de la clause insolite ne trouve pas application au regard de cet art. 4 de ces Conditions spéciales.

En tout état de cause, ledit art. 4 ne constitue pas une clause insolite en matière bancaire, au sens des principes rappelés ci-dessus sous ch. **2.2.2**.

Il convient ainsi de retenir que le plaignant a valablement et expressément renoncé au bénéfice de discussion réelle par sa signature des Conditions spéciales annexées au contrat de base, comprenant cet art. 4.

**2.3.** Ainsi, la banque n'avait pas l'obligation de suivre d'abord la voie de la poursuite en réalisation de son gage immobilier et elle pouvait procéder, comme elle l'a fait, par la voie de la poursuite ordinaire sur les autres biens du débiteur, ceci s'agissant des trois montants dont le paiement est requis par le biais du commandement de payer querellé, poursuite ordinaire n° 14 xxxx67 J.

Il n'y a dès lors pas lieu d'annuler ce commandement de payer et la présente plainte doit 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). La présente décision est ainsi rendue sans allocation de frais ni dépens.

\* \* \* \* \*

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

**A la forme :**

Déclare recevable la plainte formée le 27 juin 2014 par M. C\_\_\_\_\_ contre le commandement de payer, poursuite ordinaire n° 14 xxxx67 J, qui lui a été notifié le 24 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 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.*