



POUVOIR JUDICIAIRE

A/2456/2014-CS

DCSO/50/15

DECISION

DE LA COUR DE JUSTICE

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

DU MERCREDI 28 JANVIER 2015

Plainte 17 LP (A/2456/2014-CS) formée en date du 21 août 2014 par **M. G_____**,
élisant domicile en l'étude de Me Marc BONNANT et Me Frédéric MARTI, avocats.

* * * * *

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

- **M. G_____**
c/o Me Marc BONNANT et Me Frédéric MARTI, avocats
Chemin Kermely 5
Case postale 473
1211 Genève 12.
 - **C_____ SA**
c/o Me Stella FAZIO, avocate
Canonica & Associés
Rue Bellot 2
1206 Genève.
 - **Office des poursuites.**
-

EN FAIT

A. a. Le 10 juillet 2008, M. G_____, actionnaire majoritaire de la société X_____, s'est porté caution, à hauteur de 157'500'000 US\$, envers C_____ SA pour un prêt accordé par cette dernière à X_____, et a en plus nanti, à hauteur de 40'000'000 US\$, des avoirs enregistrés sur son compte auprès de Z_____ Ltd, succursale de Genève (devenue par la suite Z_____ Bank).

b. X_____ n'a pas respecté ses engagements envers C_____ SA, de sorte que celle-ci a résilié le contrat de prêt avec effet immédiat et a exigé le remboursement des sommes dues.

c. Un litige est survenu entre C_____ SA et M. G_____ au sujet de la validité du contrat de cautionnement. Celui-ci a donné lieu à deux sentences arbitrales, une intérimaire du 15 novembre 2012 et une finale du 9 août 2013, déclarées provisoirement exécutoires nonobstant recours.

Le recours interjeté par M. G_____ à l'encontre de la sentence arbitrale du 15 novembre 2012 a été rejeté, alors que celui dirigé contre la sentence du 9 août 2013 est pendant.

d. Sur la base desdites sentences arbitrales, C_____ SA a requis le séquestre des avoirs de M. G_____ auprès de Z_____ Bank à concurrence de 101'215'569 fr. 65, séquestre que le Tribunal de première instance de Genève a autorisé par ordonnance du 26 février 2014 en vertu de l'art. 271 al. 1 ch. 6 LP.

e. C_____ SA ayant, à titre incident, requis avec le séquestre que les sentences arbitrales des 15 novembre 2012 et 9 août 2013 soient reconnues et déclarées exécutoires, le Tribunal de première instance a ouvert une procédure en exécution, actuellement pendante sous C/3704/2014.

f. M. G_____ n'a pas formé opposition au séquestre.

g. C_____ SA a validé le séquestre par le dépôt auprès de l'Office des poursuites de Genève (ci-après : l'Office) d'une réquisition de poursuite par voie de saisie.

h. En date du 12 août 2014, l'Office a notifié à M. G_____, en mains de son conseil, un commandement de payer n° 14 xxxx35 N, en recouvrement de 101'215'569 fr. 65 avec intérêts à 6% dès le 9 août 2013, selon les deux sentences arbitrales susmentionnées, 30'000 fr. de dépens selon l'ordonnance de séquestre et 2'447 fr. de coût du procès-verbal de séquestre. Le poursuivi a formé opposition totale.

B. a. Par acte expédié le 21 août 2014 au greffe de la Chambre de céans, M. G_____ forme plainte contre ledit commandement de payer en se prévalant

du *beneficium excussionis realis* prévu par l'art. 41 al. 1 bis LP. Il fait valoir que C_____ SA devrait d'abord exercer son droit sur l'objet du gage constitué par le nantissement de 40'000'000 US\$ des avoirs enregistrés auprès de la Z_____ avant de le poursuivre. Il conclut à l'annulation de la poursuite n° 14 xxxx35 N.

b. Par ordonnance du 26 août 2014, l'effet suspensif requis par le plaignant a été accordé.

c. L'Office conclut à l'irrecevabilité de la plainte, faisant valoir que l'existence d'un gage garantissant la créance déduite en poursuite doit être invoquée par la voie de l'opposition à séquestre et non par la voie de la plainte.

d. C_____ SA partage ce point de vue et expose, par ailleurs, que les sentences arbitrales sont fondées sur le contrat de cautionnement par lequel le débiteur s'est engagé. L'exception du *beneficium excussionis realis* ressortit au droit matériel, régi in casu par le droit français, auquel les parties ont soumis le contrat de cautionnement. Le droit français ne connaissant pas l'exception précitée, le débiteur ne pouvait s'en prévaloir. En outre, quand bien même il y aurait lieu de tenir compte de ladite exception, celle-ci ne s'étendrait qu'à la somme de 40'000'000 US\$, de sorte que la voie de la poursuite ordinaire demeurerait ouverte à concurrence de 65'488'016 fr. 65. Enfin, le débiteur avait, dans le contrat de nantissement, expressément renoncé à invoquer cette exception. C_____ SA conclut ainsi à l'irrecevabilité de la plainte, subsidiairement à son rejet.

e. M. G_____ a répliqué dans le délai qui lui a été imparti à cet effet, persistant dans ses conclusions.

f. Dans son mémoire de duplique, C_____ SA a également persisté dans ses conclusions.

g. Le 1^{er} décembre 2014, la Chambre de céans a rejeté la requête du plaignant tendant à la suspension de la présente procédure jusqu'à droit jugé dans la procédure pendante devant le Tribunal de première instance portant sur la reconnaissance et l'exéquatur des sentences arbitrales des 15 novembre 2012 et une finale du 9 août 2013 (C/3704/2014) et informé les parties que la cause était gardée à juger.

EN DROIT

- 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), telle la notification d'un commandement de payer.

La plainte a été déposée dans les dix jours suivant la notification du commandement de payer (art. 17 al. 2 LP) et selon les formes prescrites par la loi (art. 9 al. 1 LaLP; art. 65 al. 1 et 2 LPA applicable par renvoi de l'art. 9 al. 4 LaLP).

2. Est litigieuse la question de savoir si le plaignant peut se prévaloir du *beneficium excussionis realis* dans le cadre de la présente plainte.

2.1 Aux termes 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, par le biais d'une plainte, que le créancier exerce d'abord son droit sur l'objet du gage (exception du *beneficium excussionis realis*).

Le poursuivi qui conclut par la voie de la plainte à l'annulation de la poursuite ordinaire introduite contre lui en excipant du *beneficium excussionis realis* doit démontrer, de façon claire, que la créance en poursuite est garantie par un gage défini à l'art. 37 LP (ATF 129 III 360 consid. 1).

Selon l'art. 271 al. 1 LP, le créancier d'une dette échue peut requérir le séquestre des biens du débiteur dans cinq cas, à la condition que la dette ne soit pas garantie par gage. Cette condition est équivalente à un "cas" de séquestre. Le débiteur qui veut faire constater que la dette est garantie par gage doit donc ouvrir action en contestation du cas de séquestre. Si cette action est fondée, le séquestre est annulé (ATF 51 III 29).

Ainsi, la question de l'existence du gage peut se poser à deux stades de la procédure: après la notification du commandement de payer, si le débiteur invoque le bénéfice de réalisation du gage, et après l'autorisation de séquestre, si le débiteur conteste le cas de séquestre en invoquant la présence d'un gage. La voie de l'action en contestation du cas de séquestre a été jugée seule ouverte pour faire valoir l'existence d'un gage (ATF 51 III 29; BLSchK 1976, p. 184). Cette jurisprudence concerne des cas où le débiteur n'avait pas ouvert action en contestation du cas de séquestre, mais seulement contesté, par voie de plainte, la poursuite en validation ouverte contre lui.

Cette ancienne jurisprudence a été confirmée plus récemment (ATF 117 III 74 consid. 1). Le Tribunal fédéral a maintenu l'exclusivité de la voie de la contestation du cas de séquestre pour trancher la question de l'existence du gage. Cette voie de droit, qui est spécialement conçue pour régler le sort du séquestre en fonction notamment de l'existence d'un gage, doit être préférée à la voie générale de la plainte qui tend, lorsqu'un gage est invoqué, à déterminer le mode de continuation de la poursuite. On ne peut tenter de remettre en cause l'autorisation de séquestre par une voie générale et indirecte alors que la loi organise une voie spéciale et directe pour faire contrôler cette autorisation en fonction du motif même qui serait invoqué dans la première voie (*ibidem*).

2.2 En l'espèce, le plaignant n'a pas formé opposition au séquestre. Or, s'il entendait se plaindre du fait que le créancier devait d'abord se désintéresser sur les valeurs mises en gage, il lui appartenait de contester l'existence d'un cas de séquestre en formant opposition à celui-ci. En effet, conformément à la jurisprudence exposée ci-dessus, lorsque la poursuite a pour objet de valider un séquestre, la Chambre de céans n'est pas compétente pour examiner l'existence d'un droit de gage; cette question relève de la compétence du juge du séquestre. La Chambre de céans n'est pas non plus compétente pour se prononcer sur la question de savoir si, comme le soutient le plaignant, les biens séquestrés dépassent la créance invoquée par le créancier. En effet, la Chambre de céans ne peut que revoir si les actes de poursuite ont été exécutés conformément à la loi; ses décisions ne peuvent jamais aboutir à un jugement sur le fond (arrêts du Tribunal fédéral 7B.219/2006 et 7B.220/2006 du 16 avril 2007, consid. 3.3).

Le plaignant n'élève, pour le surplus, aucune critique à l'encontre de la notification du commandement de payer. Aucun élément ne permet, au demeurant, de considérer que le commandement de payer ou sa notification seraient affectés d'un vice de nullité.

Au vu de ce qui précède, la plainte doit être déclarée irrecevable, le poursuivi ne faisant pas valoir de grief recevable devant la Chambre.

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

Contrairement à ce que requiert C_____ SA, il n'y a pas lieu de condamner le plaignant à une amende pour plaideur téméraire (cf. art. 20 al. al. 2 ch. 5 LP). Le seul fait que la plainte soit irrecevable ne permet, en effet, pas de retenir que le plaignant aurait agi de mauvaise foi. S'il a méconnu la portée des voies de droit lui permettant de faire valoir l'existence d'un ou de plusieurs gages pour s'opposer aux procédures de recouvrement dirigées à son encontre, il y a lieu de relever que la problématique n'est pas courante et qu'il a cherché à asseoir son argumentaire. Par ailleurs, C_____ SA invoque comme premier argument, qui démontrerait que le plaignant ne pouvait ignorer que sa plainte était vouée à l'échec, l'absence de l'existence d'un gage. Or, le plaignant ne succombe pas dans sa plainte pour ce motif.

* * * * *

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

A la forme :

Déclare irrecevable la plainte formée le 21 août 2014 par M. G_____ contre le commandement de payer, poursuite n° 14 xxxx35 N.

Siégeant :

Madame Florence KRAUSKOPF, présidente; Madame Valérie CARERA et Monsieur Mathieu HOWALD, juges assesseur(e)s; Madame Véronique PISCETTA, greffière.

La présidente :

Florence KRAUSKOPF

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.