



POUVOIR JUDICIAIRE

DCSO/330/07

DÉCISION

DE LA COMMISSION DE SURVEILLANCE DES OFFICES DES POURSUITES ET DES FAILLITES SIÉGEANT EN SECTION

DU JEUDI 12 JUILLET 2007

Cause A/3633/2006, plainte 17 LP formée le 9 octobre 2006 par **M. K_____**, élisant domicile en l'étude de Me Jean-Jacques MARTIN, avocat, à Genève.

Décision communiquée à :

- **M. K_____**
domicile élu : Etude de Me Jean-Jacques MARTIN, avocat
Place du Port 2
1204 Genève

- **Banca della Svizzera italiana SA**
domicile élu : Etude de Me Pierre Louis MANFRINI, avocat
Avenue de Champel 8C
Case postale 385
1211 Genève 12

- **Office des poursuites**

Le recours en matière civile est ouvert contre les décisions prises par la Commission de surveillance des Offices des poursuites et des faillites, unique autorité cantonale de surveillance en matière de poursuite pour dettes et faillite (art. 56R al. 3 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). 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).

EN FAIT

- A. Banca della Svizzera Italiana SA (ci-après : BSI) a requis à l'encontre de M. K_____ deux poursuites en réalisation de gage immobilier pour des créances de 3'000'000 fr. (poursuite n° 00 xxxx65 F) et de 1'000'000 fr. (poursuite n° 00 xxxx64 G) en capital, plus intérêts, garanties par deux cédules hypothécaires respectivement inscrites en premier et en deuxième rangs. Les oppositions formées par le précité ont été levées provisoirement le 11 janvier 2001.

Par jugement du 26 février 2004, le Tribunal de première instance a rejeté l'action en libération de dette formée par M. K_____ et dit que les poursuites n° 00 xxxx65 F et n° 00 xxxx64 G iront leur voie. Le 12 novembre 2004, ce jugement a été confirmé par la Cour de justice. Le 27 mai 2005, le Tribunal fédéral a rejeté le recours en réforme déposé par le poursuivi contre cet arrêt.

- B. Dans le cadre de la réalisation, à la suite de la sommation aux créanciers (art. 138 LP), BSI a produit pour l'inscription à l'état des charges les créances de 3'000'000 fr. et de 1'000'000 fr. ayant fait l'objet des poursuites précitées, une créance de 1'200'000 fr. garantie par une cédule hypothécaire inscrite en troisième rang, ainsi que les intérêts à 5% portant sur ces montants pour la période correspondant à trois ans avant la réquisition de vente et jusqu'à la vente aux enchères fixées au 13 octobre 2006. L'Office des poursuites (ci-après : l'Office) a admis ces productions à l'état des charges.

Le 20 septembre 2006, M. K_____ a contesté l'état des charges, en particulier les trois créances produites par BSI. Il a sollicité l'Office de fixer aux parties un délai de vingt jours pour ouvrir action au sens de l'art. 107 al. 5 LP et de surseoir à la vente.

Le 27 septembre 2006, l'Office a refusé la demande de sursis et la contestation de l'état des charges concernant les créances de 1'000'000 fr. et de 3'000'000 fr. Il a toutefois invité M. K_____ à préciser s'il entendait contester le montant de la production complémentaire se rapportant à la cédule de 1'200'000 fr. qui n'avait pas fait l'objet d'une poursuite.

- C. Le 9 octobre 2006, M. K_____ a porté plainte auprès de la Commission de céans contre la décision de l'Office, dont il a demandé l'annulation. Il a conclu principalement à l'admission de sa contestation de l'état des charges, à ce qu'il soit fixé aux parties un délai de vingt jours pour introduire action (art. 107 al. 5 LP) et à ce qu'il soit sursis aux enchères du gage immobilier. En résumé, le prénommé reprochait à l'Office de ne pas s'être renseigné auprès de BSI pour vérifier l'existence et la qualité de la créance causale, invoquait la compensation de la créance de BSI avec une créance de 10'000'000 USD dont il était devenu titulaire le 19 juillet 2006 suite à une cession en sa faveur de la société G_____ Limited

et déclarait qu'il entendait procéder par la voie de l'art. 85a LP, parallèlement à l'action prévue aux art. 106 à 109 LP. Par courrier séparé du même jour, il a informé l'Office qu'il contestait également le montant de la production complémentaire de BSI portant sur la cédule de 1'200'000 fr.

Le 13 octobre 2006, l'immeuble a été adjugé pour le montant de 4'000'000 fr.

Par décision du 16 octobre 2006, l'Office a fixé à M. K_____ un délai de vingt jours pour ouvrir action contre BSI, précisant que cette contestation ne concernait que le montant de la cédule hypothécaire de 1'200'000 fr. Le 20 octobre 2006, le prénommé a ouvert action en contestation de l'état des charges.

- D. Par décision du 14 décembre 2006 (DCSO/704/2006 ; cause A/3633/2006), la Commission de céans a constaté que les conclusions principales de la plainte du 9 octobre 2006 étaient devenues sans objet en raison de l'action introduite le 20 octobre 2006.
- E. Agissant par la voie du recours de droit public pour déni de justice formel, M. K_____ a demandé au Tribunal fédéral d'annuler cette décision avec suite de dépens.

Par arrêt du 24 avril 2007 (5P.33/2007), le Tribunal fédéral a admis le recours et annulé la décision du 14 décembre 2006, considérant en substance que la Commission de céans devait également se prononcer sur le refus de l'Office d'admettre la contestation relativement aux créances de 1'000'000 fr. et de 3'000'000 fr.

- F. Par ordonnance du 22 mai 2007, la Commission de céans a ordonné la réouverture de l'instruction de la cause A/3633/2006 et imparti un délai aux parties pour présenter leurs observations.

Par courrier du 24 mai 2007, l'Office a répondu qu'il confirmait les termes de son rapport explicatif du 26 octobre 2006. Dans ce rapport, l'Office exposait que M. K_____ ne pouvait plus remettre en cause le bien fondé de la créance de BSI, cette question ayant déjà été tranchée par les tribunaux et que la compensation dont il excipait était une question de fond qui relevait de la compétence du Tribunal de première instance par le biais de l'art. 85a LP.

Dans ses observations du 8 juin 2007, M. K_____ a déclaré persister dans les termes de sa plainte du 9 octobre 2006. Il explique qu'en date du 7 juin 2007 il a écrit à l'avocat tessinois de BSI pour invalider des conventions conclues avec elle les 4 décembre 1989, 23 mars 1990, 11 février 1991 et 20-22 juillet 1999 pour erreur essentielle et dol et lui réclamer, sous réserve d'amplification, une somme de 5'108'865 USD, plus intérêts, montant correspondant à la somme qu'il avait payée à tort pour le remboursement d'un "nouveau prêt", accordé les 20-22 juillet 1999 par BSI, destiné à couvrir les dettes de sociétés offshores lui appartenant

mais dont il n'avait jamais garanti le découvert. Il ajoute que cette invalidation accroît encore sa créance à l'encontre de BSI et qu'il peut la faire valoir en compensation partielle des montants dus au titre des crédits garantis par les deux premières cédules, dans la mesure où la déclaration de compensation consécutive à la cession de créance du 19 juillet 2006 ne devrait pas suffire à annuler les productions de BSI. M. K_____ déclare que la procédure en libération de dette (cf. consid. A. § 2) n'a pas porté sur le complexe de faits exposé dans sa plainte et dans les présentes observations et qu'il doit en être tenu compte dans le cadre de la contestation de l'état des charges. Enfin, il affirme qu'il incombe à l'Office de vérifier, lors de la procédure de réalisation, l'existence de la créance et de la charge sur l'objet.

Dans ses observations datées du 8 juin 2007, BSI expose que l'Office a correctement établi l'état des charges, en portant en particulier les charges hypothécaires de 1^{er} et 2^{ème} rangs, à raison respectivement de 3'000'000 fr. et 1'000'000 fr. plus intérêts, celles-ci figurant non seulement dans l'extrait du registre foncier relatif à l'immeuble mais aussi dans sa production principale du 28 août 2006. Citant la jurisprudence et la doctrine, BSI déclare que la voie de l'action en épuration de l'état des charges n'est pas ouverte à M. K_____ pour remettre en cause l'existence de sa dette, cette question ayant été définitivement tranchée dans le cadre de l'action en libération de dette qui a abouti au prononcé de la mainlevée définitive de l'opposition aux poursuites relatives aux cédules hypothécaires susmentionnées. BSI conclut au rejet de la plainte.

EN DROIT

1. La présente plainte a été déposée en temps utile et dans les formes prescrites auprès de l'autorité compétente contre le refus de l'Office d'impartir un délai pour ouvrir action en épuration de l'état des charges en ce qui concerne les créances de 1'000'000 fr. et de 3'000'000 fr. produites par la poursuivante (cf. arrêt du Tribunal fédéral du 24 avril 2007). En sa qualité de poursuivi, le plaignant est habilité à agir par cette voie (art. 17 LP ; art. 56R al. 3 LOJ ; art. 10 al. 1 et 13 LaLP).

Elle est donc recevable.

- 2.a. A teneur de l'art. 140 LP, applicable à la réalisation du gage immobilier (art. 156 LP), le préposé, avant de procéder aux enchères, dresse l'état des charges qui grèvent les immeubles (servitudes, charges foncières, gages immobiliers, droits personnels annotés) en se fondant sur les productions des ayants droit et les extraits du registre foncier (al. 1). Cet état est communiqué aux intéressés, en leur assignant un délai de dix jours pour former opposition. Les art. 107 à 109 LP sont applicables (al. 2).

Cette disposition est précisée par les art. 33 ss ORFI relatifs à la procédure à suivre pour établir puis épurer l'état de charges. Ainsi, l'art. 36 al. 2 phr. 1 ORFI (applicable par renvoi de l'art. 102 ORFI) prévoit que l'office n'a pas le droit de refuser de porter à l'état des charges celles qui figurent dans l'extrait du registre foncier ou qui ont fait l'objet d'une production, ni de les modifier ou de les contester ou d'exiger la production de moyens de preuve.

En l'espèce, les charges hypothécaires de 1^{er} rang à hauteur de 3'000'000 fr. plus intérêts et de 2^{ème} rang pour 1'000'000 fr. plus intérêts figurent dans l'extrait du registre foncier sous PjB 477.

Il s'ensuit que l'Office devait porter ces charges à l'état des charges et qu'il ne lui incombait pas de vérifier, lors de la procédure de réalisation, l'existence et la qualité de la créance comme l'allègue de manière erronée le plaignant, lequel ne conteste pas au demeurant l'existence des gages immobiliers ni les intérêts produits par la poursuivante conformément à l'art. 818 al. 1 CC, en particulier son ch. 3 (cf. consid. B. § 1).

- 2.b. Selon l'art. 39 ORFI (applicable par renvoi de l'art. 102 ORFI), l'office, si l'état des charges est contesté, procède conformément à l'art. 107 al. 5 LP. Lorsqu'il s'agit d'un droit inscrit au registre foncier et dont l'existence ou le rang dépend de l'inscription, ou d'un droit de gage valable sans inscription, le rôle de demandeur sera assigné à celui qui réclame la modification ou la radiation de ce droit.

Le Tribunal fédéral a toutefois jugé que le débiteur, qui n'a pas formé opposition à la poursuite ou dont l'opposition a été levée, ne peut plus remettre en cause, à l'occasion de la réalisation, l'existence ou le montant de la créance, en contestant, par une action en épuration de l'état des charges, le bien-fondé de la créance et du droit de gage immobilier qu'elle garantit (ATF 118 III 22, JdT 1994 II 144, consid. 2a ; cf. également Pierre-Robert Gilliéron, Commentaire, ad art. 140 n° 135). Cette jurisprudence a récemment été confirmée par la Haute Cour qui a rappelé que le débiteur poursuivi ne peut plus contester l'état des charges en tant qu'il concerne la créance résultant du commandement de payer passé en force (arrêt non publié du 2 février 2006 5C.266/2005).

En l'occurrence, les commandements de payer portant respectivement sur des montants de 1'000'000 fr. et de 3'000'000 fr. plus intérêts à 10% dès le 20 juillet 1999 sont entrés en force, l'action en libération de dette intentée par le poursuivi ayant été rejetée.

Il s'ensuit que le plaignant, qui allègue que sa dette envers la poursuivante serait éteinte par compensation avec la créance qui lui a été cédée le 19 juillet 2006 et avec celle dont il prétend être titulaire suite à l'invalidation, en date du 7 juin 2007, de conventions conclues avec la précitée, ne peut plus contester le fondement de droit matériel des créances pour lesquelles mainlevée d'opposition a été obtenue. Il lui appartient d'engager une action au fond, en application de

l'art. 85a LP, cette voie de droit étant ouverte au poursuivi, qui, comme en l'espèce, allègue que ses moyens libératoires sont fondés sur des faits nouveaux (Pierre-Robert Gilliéron, op. cit. ad art. 85a n° 16 et 31 ; RSJ 2005 p. 432 ; arrêt du Tribunal fédéral non publié du 25 août 2003 7B.168/2003).

3. La plainte doit en conséquence être rejetée.

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
LA COMMISSION DE SURVEILLANCE
SIÉGEANT EN SECTION :**

A la forme :

Déclare recevable la plainte formée le 9 octobre 2006 par M. K_____ contre la décision de l'Office des poursuites du 27 septembre 2006 dans le cadre des poursuites n° 00 xxxx64 G et n° 00 xxxx65 F.

Au fond :

1. La rejette.
2. Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Siégeant : Mme Ariane WEYENETH, présidente ; MM. Didier BROSSET et Denis MATHEY, juges assesseurs.

Au nom de la Commission de surveillance :

Paulette DORMAN
Greffière :

Ariane WEYENETH
Présidente :

La présente décision est communiquée par courrier A à l'Office concerné et par courrier recommandé aux autres parties par la greffière le