



## POUVOIR JUDICIAIRE

DCSO/524/09

### DÉCISION

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

DU JEUDI 17 DECEMBRE 2009

Cause A/4202/2009, plainte 17 LP formée le 23 novembre 2009 par **O\_\_\_\_\_ SA**, élisant domicile en l'étude de Me Nicolas JEANDIN, avocat à Genève.

Décision communiquée à :

- **O\_\_\_\_\_ SA**

domicile élu : Etude de Me Nicolas JEANDIN, avocat  
Grand-Rue 25  
Case postale 3200  
1211 Genève 3

- **UBS SA**

domicile élu : Etude de MMes Andrew GARBARSKI et Saverio LEMBO, avocats  
Quai de la Poste 12  
Case postale 5056  
1211 Genève 11

- **Tribunal de première instance**

(cause n° C/26452/2009 - 11 SCM)

- **Office des poursuites**

---

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 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. Le 12 novembre 2009, l'Office des poursuites (ci-après : l'Office) a enregistré une réquisition de poursuite pour effets de change dirigée par UBS SA contre O\_\_\_\_\_ SA en recouvrement de 4'551'037 fr. 50 au titre d'une lettre de change du 25 mars 2009, endossée notamment par O\_\_\_\_\_ SA.

Un commandement de payer, poursuite n° 09 xxxx79 N, a été notifié le 18 novembre 2009 à O\_\_\_\_\_ SA.

Par pli recommandé du 23 novembre 2009, O\_\_\_\_\_ SA a formé opposition auprès de l'Office.

- B. Par acte posté le 23 novembre 2009, O\_\_\_\_\_ SA a porté plainte, assortie d'une demande d'effet suspensif, contre la poursuite pour effets de change et tous les actes y rattachés, en particulier la rédaction d'un commandement de payer et sa notification. Elle conclut, avec suite de dépens, à leur annulation. En substance, O\_\_\_\_\_ SA soutient que le principe du *beneficium excussionis realis* est applicable en relation avec la poursuite pour effets de change et qu'elle est donc en droit d'exiger qu'UBS SA, qui est au bénéfice d'un droit de gage, fasse réaliser le gage avant que d'initier une poursuite pour effets de change.

Par ordonnance du 24 novembre 2009, la Commission de céans a accordé l'effet suspensif et imparti à l'Office et à UBS SA un délai au 10 décembre 2009 pour se déterminer.

L'Office et UBS SA ont conclu tous deux au rejet de la plainte. Ils exposent que lorsque, comme en l'espèce, la créancière a choisi et formellement requis une poursuite pour effets de change, la débitrice ne peut invoquer le principe du *beneficium excussionis realis*. UBS SA ajoute qu'O\_\_\_\_\_ SA n'est pas au bénéfice d'un droit de gage au sens de l'art. 37 LP, ce qui exclut en tout état l'application de l'art. 41 al. 1bis LP.

- C. Par ordonnance du 2 décembre 2009, le Tribunal de première instance a constaté qu'il avait été saisi, le 27 novembre 2009, de l'opposition formée le 23 novembre par O\_\_\_\_\_ SA dans le cadre de la poursuite pour effets de change n° 09 xxxx79 N, décidé de surseoir à tout acte de procédure jusqu'à décision de la Commission de céans sur la plainte formée par O\_\_\_\_\_ SA ou jusqu'au retrait par ladite autorité de l'effet suspensif octroyé à cette plainte et invité la Commission de céans à lui communiquer le moment venu sa décision, de même que toute nouvelle décision éventuelle relative à l'effet suspensif.

- D. Le 10 décembre 2009, la Commission de céans a transmis à O\_\_\_\_\_ SA le rapport de l'Office ainsi que les observations d'UBS SA et l'a informée que la cause était gardée à juger.

Par courrier déposé au greffe de la Commission de céans le 11 décembre 2009, Me Nicolas JEANDIN, conseil d'O\_\_\_\_\_ SA, a sollicité un second échange d'écriture. Il indiquait que le présent dossier méritait d'être approfondi, dès lors que, suite aux observations d'UBS SA, il "*se (mouvait) sur un terrain juridiquement nouveau*".

Par télécopie du 15 décembre 2009, Me Saverio LEMBO, conseil d'UBS SA, a déclaré s'opposer catégoriquement à la demande de Me Nicolas JEANDIN.

## EN DROIT

- 1.a. La Commission de céans est compétente pour statuer sur les plaintes formées en application de la LP contre des mesures non attaquables par la voie judiciaire (art. 10 al. 1 LaLP ; art. 56R al. 3 LOJ).
- 1.b. A teneur de l'art. 41 al. 1bis LP, c'est par la voie de la plainte que le poursuivi peut se prévaloir de son droit d'exiger que le créancier exerce d'abord son droit sur l'objet du gage.
- 1.c. En matière de poursuite pour effets de change, le délai de plainte est de cinq jours (art. 20 LP).

Formée le 23 novembre 2009 contre un commandement de payer dans le cadre d'une poursuite pour effets de change notifié le 18 novembre 2009, la plainte a été formée en temps utile.

Au surplus, elle satisfait aux exigences de forme et de contenu prescrites par la loi (art. 13 al. 1 et 2 LaLP).

Elle sera donc déclarée recevable.

- 2.a. La LP connaît deux genres de poursuites - la poursuite ordinaire par voie de poursuite ou de faillite et les poursuites extraordinaires, notamment la poursuite en réalisation de gage mobilier et immobilier et la poursuite pour effets de change - et deux modes de poursuites, l'exécution spéciale et l'exécution générale. La poursuite ordinaire continuée par voie de saisie et la poursuite en réalisation de gage sont des modes de poursuites caractérisés par l'exécution spéciale, bien qu'appartenant à des genres différents. La poursuite ordinaire continuée par voie de faillite et la poursuite pour effets de change sont des modes de poursuites caractérisés par l'exécution générale, bien qu'appartenant à des genres différents (Pierre-Robert Gilliéron, Commentaire ad art. 38-45 n°64 ss).

- 2.b. Lorsqu'une poursuite a pour objet une créance garantie par gage, elle se continue par la réalisation du gage, même contre les débiteurs sujets à la poursuite par voie de faillite (art. 41 al. 1 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 (art. 41 al. 1bis LP).
- 2.c. A teneur de l'art. 177 al. 1 LP, le créancier qui agit en vertu d'un effet de change ou d'un chèque peut, alors même que la créance est garantie par un gage, requérir la poursuite pour effets de change, lorsque le débiteur est sujet à la poursuite par voie de faillite.

Il découle de cette disposition que le créancier, sur la base d'un effet de change et qui est aussi au bénéfice d'un gage, peut, à son choix (si le débiteur est soumis à la faillite), introduire une poursuite pour effets de change ou une poursuite en réalisation de gage (art. 151 ss LP), deux poursuites extraordinaires ; le poursuivi ne peut pas exiger, par la voie de la plainte, la réalisation préalable du gage. Il s'agit là d'une exception au principe du *beneficium excussionis realis* consacré à l'art. 41 al. 1bis LP. Le créancier peut cependant aussi choisir la voie de la poursuite ordinaire et, dans ce dernier cas, le poursuivi pourra lui opposer par la voie de la plainte l'exception susmentionnée (Pierre-Robert Gilliéron, Poursuite pour dettes, faillite et concordat n<sup>os</sup> 523, 562 et 1471 ; Pierre-Robert Gilliéron, Commentaire ad art. 41 n<sup>os</sup> 67-70 ; Louis Dallèves, CR-LP ad art. 177 n<sup>os</sup> 5 et 6 ; Thomas Bauer, in SchKG II ad art. 177 n<sup>o</sup> 36-38 ; Domenico Acocella, in SchKG I ad art. 41 n<sup>o</sup> 31 et 40 ; Fritzsche/Walder, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, 1993, vol. II § 37 n<sup>o</sup> 4 ; Carl Jaeger / Hans Ulrich Walder / Thomas M. Kull / Martin Kottmann, in SchKG, vol. II ad art. 177 n<sup>o</sup> 6 ; Antoine Favre, FJS 699 ; ATF III 114, JdT 1941 II 134). Dans l'arrêt précité, certes ancien - étant toutefois rappelé que l'art. 177 al. 1 LP n'a pas été modifié depuis le 1<sup>er</sup> janvier 1892 -, le Tribunal fédéral a rappelé que le droit que confère l'effet de change garanti par gage est assuré par une double sanction, à savoir la réalisation du gage, d'une part, et la poursuite spéciale aux effets de change, d'autre part, et que le créancier peut faire usage de l'une ou de l'autre de ces sanctions à son choix (consid. 1). Il a, par ailleurs, précisé que le choix du poursuivant n'avait pas un caractère exclusif. Ainsi, le créancier peut, après avoir réclamé la réalisation du gage et aussi longtemps que l'exécution demeure soumise à sa seule volonté, y renoncer et recommencer la procédure en choisissant, s'il le veut, la voie qu'il n'a pas encore empruntée (consid. 3). Dans un arrêt paru aux ATF 110 III17 (JdT 1985 II 66), le Tribunal fédéral a eu l'occasion de rappeler que le *beneficium excussionis realis* ne s'applique pas à la poursuite pour effets de change (consid. 3.c).

- 2.d. En l'espèce, la poursuivante a, en vertu d'un effet de change, choisi la voie de la poursuite pour effets de change dirigée contre une société anonyme, soit une débitrice sujette à la poursuite par voie de faillite (art. 39 al. 1 ch. 8 LP).

Du texte clair de l'art. 177 al. 1 LP, de la doctrine et la jurisprudence rappelées ci-dessus, il s'ensuit que la plaignante ne peut pas exiger par la voie de la plainte la réalisation du gage. La question de savoir si la créance en poursuite est garantie par un gage au sens de l'art. 37 LP peut donc rester ouverte.

3. Manifestement infondée, la plainte doit être rejetée.
4. La présente décision rend sans objet la demande d'un second échange d'écriture, étant au surplus rappelé que, conformément à l'art. 74 LPA, applicable par renvoi de l'art. 13 al. 5 LaLP, la Commission de céans *peut* autoriser une réplique et une duplique *si ces écritures sont estimées nécessaires*.

Elle sera communiquée au Tribunal de première instance.

5. Conformément aux art. 20a al. 2 ch. 5 LP, 61 al. 2 let. a et 62 al. 2 OELP, il n'y a pas lieu de percevoir d'émolument de justice, ni d'allouer des dépens (cf. ATF 5A\_548/2008 du 7 octobre 2008).

\* \* \* \* \*

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

**A la forme :**

Déclare recevable la plainte formée le 23 novembre 2009 par O\_\_\_\_\_ SA contre la poursuite pour effets de change n° 09 xxxx79 N, respectivement contre la rédaction d'un commandement de payer et sa notification le 18 novembre 2009.

**Au fond :**

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

**Siégeant :** Mme Ariane WEYENETH, présidente ; MM. Didier BROSSET et Philipp GANZONI, juges assesseurs.

Au nom de la Commission de surveillance :

Véronique PISCETTA  
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