

BGer 5A_863/2009 vom 15. Januar 2010

Bundesgericht, 2010-01-15, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_863_2009

FR: TF 5A_863/2009 du 15 janvier 2010

IT: TF 5A_863/2009 del 15 gennaio 2010

Erwägungen

E. 1

Le 12 novembre 2009, l'Office des poursuites de Genève a enregistré une réquisition de poursuite pour effets de change dirigée par Y. _____ SA contre X. _____ SA en recouvrement de 4'551'037 fr. 50 au titre d'une lettre de change du 25 mars 2009, endossée notamment par X. _____ SA.

La poursuivie a porté plainte contre cette poursuite, dont elle a requis l'annulation, estimant qu'en vertu de l' art. 41 al. 1bis LP elle était en droit d'exiger que la poursuivante, qui était au bénéfice d'un droit de gage, fasse d'abord réaliser le gage (principe du *beneficium excussionis realis*). Dans sa détermination sur la plainte, la poursuivante s'est prévaluée de l' art. 177 al. 1 LP , disposition réservée par l'art. 41 al. 2 in fine LP et aux termes de laquelle « 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 ». Elle a par ailleurs nié l'existence en l'espèce d'un droit de gage au sens de l' art. 37 LP , ce qui excluait également l'application du principe posé à l' art. 41 al. 1bis LP . La poursuivie a sollicité un second échange d'écritures, étant d'avis qu'au vu des observations de la poursuivante, le dossier « se [mouvait] en grande partie sur un terrain juridiquement nouveau ». Elle a par ailleurs déposé spontanément une détermination sur les arguments de la poursuivante.

Par décision du 17 décembre 2009, la Commission de surveillance des offices des poursuites et des faillites du canton de Genève a rejeté la plainte au motif que la poursuivante ayant choisi d'introduire contre une débitrice sujette à la poursuite par voie de faillite (art. 39 al. 1 ch. 8 LP) une poursuite pour effets de change, la poursuivie ne pouvait pas, en vertu du texte clair de l' art. 177 al. 1 LP , exiger par la voie de la plainte la réalisation du gage. Cela étant, la commission cantonale a pu laisser ouverte la question de savoir si la créance en poursuite était garantie par un gage au sens de l' art. 37 LP .

E. 2

Le 23 décembre 2009, soit en temps utile (art. 100 al. 3 let. a et 46 al. 2 LTF), la poursuivie a formé un recours en matière civile contre la décision précitée en invoquant la violation du droit à une réplique garanti par les art. 29 Cst. et 6 CEDH et du *beneficium excussionis realis* accordé par l' art. 41 al. 1bis LP .

Par ordonnances de la présidente de la Cour de céans des 24 décembre 2009/6 janvier 2010 et du Tribunal de première instance du canton de Genève du 4 janvier 2010, la procédure d'opposition à la poursuite pour effets de change litigieuse a été suspendue jusqu'à droit jugé par le Tribunal fédéral.

E. 3

Le droit d'être entendu garanti par les art. 29 Cst. et 6 CEDH comprend en principe aussi celui de répliquer (ATF 133 I 98 , 100; 132 I 42). Lorsque le droit de procédure applicable ne prévoit pas de communication de la prise de position, l'autorité doit informer la partie du dépôt de celle-ci et de la possibilité de se déterminer à son sujet. S'il ne prévoit en principe qu'un seul échange d'écritures, l'autorité peut se limiter dans un premier temps à communiquer la prise de position à titre d'information, sans avis formel de la possibilité de répliquer; la partie est ainsi mise en situation de faire ou non usage de cette possibilité; si elle s'en abstient, elle est censée y avoir renoncé (ATF 132 I 42 consid. 3.3.3).

En l'espèce, après avoir pris connaissance de la détermination de l'intimée sur sa plainte, la recourante a requis l'autorisation de répliquer et, sans attendre cette autorisation, s'est déterminée spontanément sur les arguments de l'intimée. Elle a donc fait usage de sa possibilité de répliquer. Le grief de violation des art. 29 Cst. et 6 CEDH est par conséquent mal fondé.

Au demeurant, dès lors qu'il était retenu que l'intimée avait opté pour la poursuite pour effets de change et que la recourante ne pouvait pas exiger par la voie de la plainte la réalisation du gage, la question - discutée dans la réplique - de l'existence du gage était dénuée de pertinence, de sorte que c'est à raison que la commission cantonale de surveillance a décidé de la laisser ouverte sans plus ample instruction. Il appartenait d'ailleurs à la recourante de démontrer dans sa plainte déjà que la créance en poursuite était, comme elle l'alléguait, garantie par un gage au sens de l' art. 37 LP (ATF 129 III 360 consid. 1 et arrêt cité).

E. 4

Le texte de l' art. 177 al. 1 LP , expressément réservé par l'art. 41 al. 2 in fine LP, est parfaitement clair: 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. Le droit que confère l'effet de change garanti par gage est donc 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, le créancier pouvant faire usage de l'une ou l'autre de ces sanctions à son choix (ATF 67 III 114 consid. 1). Ce choix n'a d'ailleurs pas un caractère exclusif: 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 (même arrêt, consid. 3). Le poursuivi ne peut donc 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*, lequel ne s'applique pas à la poursuite pour effets de change (ATF 110 III 5 consid. 3c).

La doctrine partage unanimement cet avis (P-R. Gilliéron, Poursuite pour dettes, faillite et concordat, 4e éd. 2005, n. 523, 562 et 1471; le même, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, n. 67 ss ad art. 41 LP ; Amonn/Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 8e éd., Berne 2008, § 32 n. 14 § 37 n. 8; Louis Dallèves, in Commentaire romand de la LP, n. 5 ad art. 177 LP ; Thomas Bauer, in Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, n. 36 ss ad art. 177 LP ; Domenico Acocella, in même commentaire, n. 31 et 40 ad art. 41 LP ; Fritzsche/Walder, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, vol. II, Zurich 1993, § 37 n. 4; Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 4e éd.,

n. 6 ad art. 177 LP ; Ingrid Jent-Sørensen, in *Kurzkommentar SchKG*, Bâle 2009, n. 14 ad art. 41 LP ; Gerhard Roth, in même commentaire, n. 7 s. ad art. 177 LP ; Paul-Henri Steinauer, *Les droits réels*, T. III, 3e éd., 2003, n. 2785; Walter A. Stoffel, *Voies d'exécution*, Berne 2002, § 6 n. 20 in fine).

La recourante soutient en vain que l'interprétation de l' art. 41 al. 1bis LP imposerait une autre solution. En intercalant l'alinéa 1bis, le législateur a simplement codifié une pratique consacrée par la jurisprudence (ATF 106 III 5 ; Message concernant la révision de la LP du 8 mai 1991, FF 1991 p. 73 in fine) et repris, s'agissant des gages immobiliers, l' art. 85 al. 2 ORFI , qui a depuis lors été abrogé (RO 1996 2900). Il n'a nullement entendu modifier le système existant (cf. Acocella, op. cit., n. 2 et 44 ad art. 41 LP).

A la lumière de ce qui précède, c'est à bon droit que la commission cantonale de surveillance a retenu que la recourante ne pouvait pas exiger par la voie de la plainte la réalisation préalable du gage et qu'elle l'a donc déboutée.

E. 5

Le recours doit par conséquent être rejeté, aux frais de son auteur (art. 66 al. 1 LTF).

Il n'y a pas lieu d'allouer des dépens à l'intimée, qui n'a pas été invitée à répondre au recours et a été déboutée de ses conclusions sur effet suspensif.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.