Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
7B.243/2002 /frs

Arrêt du 20 février 2003
Chambre des poursuites et des faillites

Les juges fédéraux Escher, présidente,
Meyer, Hohl,
greffier Fellay.

X._____ SA,
recourante, représentée par Me Douglas Hornung, avocat, c/o Etude Fontanet, Jeandin & Hornung, rue du Rhône 84, case postale 3200, 1211 Genève 3,

contre

Autorité de surveillance des offices de poursuites et de faillites du canton de Genève, rue Ami-Lullin 4, case postale 3840, 1211 Genève 3.

contestation du mode de poursuite

(recours LP contre la décision de l'Autorité de surveillance des offices de poursuites et de faillites du canton de Genève du 6 novembre 2002)

Faits:
A.
Y._____ AG a introduit contre X._____ SA une poursuite ordinaire en paiement d'un montant de 8'748 fr. 10, représentant des loyers et charges dus, pour la période du 1er avril au 30 juin 2002, en vertu d'un contrat de bail du 1er janvier 2001 (poursuite no ZZZZZZ).

Le bail avait été résilié pour le 28 février 2002, mais la poursuivie était restée dans les locaux loués jusqu'au 1er juillet 2002 et s'était acquittée du paiement des loyers et indemnités pour occupation illicite jusqu'à fin mars 2002.
B.
La poursuivie a fait opposition au commandement de payer. Elle a également déposé une plainte dans laquelle elle a soulevé l'exception du beneficium excussionis realis (art. 41 al. 1bis LP) et conclu à l'annulation de la poursuite. Elle alléguait avoir fourni à la créancière une garantie bancaire de 10'200 fr., établie le 13 juin 1995 auprès de la Banque Cantonale de Genève, en vue de garantir l'exécution de ses obligations résultant du contrat de bail.

Par décision du 6 novembre 2002, communiquée aux parties le 11 du même mois, l'autorité cantonale de surveillance a rejeté la plainte. Elle a nié qu'il y ait eu constitution d'un droit réel au profit du bailleur sur les espèces faisant l'objet de la garantie en question.
C.
La poursuivie a recouru le 22 novembre 2002 à la Chambre des poursuites et des faillites du Tribunal fédéral, en concluant à l'annulation de la décision de l'autorité cantonale de surveillance, à l'admission de l'exception du beneficium excussionis realis et à l'annulation de la poursuite en cause. Elle invoque la violation de l'art. 41 al. 1bis LP.

La créancière a conclu au rejet du recours. L'office des poursuites compétent a renoncé à se déterminer.

La Chambre considère en droit:
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 (art. 17 LP), 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 par l'art. 37 LP (ATF 106 III 5 consid. 1 et les arrêts cités).
2.
La recourante fait une telle démonstration en l'espèce. Elle établit tout d'abord, et la décision attaquée le confirme, que la garantie de loyer qu'elle a fournie couvre, à défaut de clause spéciale, l'intégralité des prétentions que la créancière peut émettre en vertu du contrat de bail litigieux, partant la créance en poursuite. Elle démontre en outre que, tant en doctrine qu'en jurisprudence, il est généralement admis que les sûretés fournies par le locataire en vertu de l'art. 257e CO sont une forme de consignation à titre de sûreté qui fait naître un droit de gage au sens de l'art. 37 LP au bénéfice du bailleur (cf. Peter Higi, in Commentaire zurichois, n. 25 ad art. 257e CO; Peter Zihlmann, in Commentaire bâlois, n. 4 et 6 ad art. 257e CO; Permann/Schaner, Kommentar zum Mietrecht, éd. 1999, n. 2.3 ad art. 257e CO; SVIT-Kommentar Mietrecht 1991/Droit suisse du bail à loyer, Commentaire USPI 1992, n. 17 ad art. 257e CO; Pierre-Robert Gilliéron, Bailleur et locataire d'une chose immobilière dans l'exécution forcée, in 7e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 1992, p. 7; David Lachat, Le bail à loyer, Lausanne 1997, p. 241 ch. 2.3.3; Bénédict Foëx, Les sûretés et le bail à loyer, in 12e Séminaire sur le droit de bail,
Neuchâtel 2002, p. 10; cf. en outre ATF 98 Ia 491 consid. 6b p. 501; RJN 1993 p. 75/76). Il ne s'agit certes pas d'un droit réel, comme le retient à raison l'autorité cantonale de surveillance, mais néanmoins d'un "gage" au sens de l'art. 37 LP. Par ailleurs, le fait - invoqué par l'intimée - qu'une telle sûreté a un caractère subsidiaire ne change en rien la nature de celle-ci.

Le locataire qui a fourni des sûretés en espèces ou sous forme de papiers-valeurs, que le bailleur a déposées auprès d'une banque au nom du locataire (art. 257e al. 1 CO), peut donc, par la voie de la plainte, exciper du beneficium excussionis realis et contraindre le bailleur à requérir une poursuite en réalisation de gage mobilier (cf. Gilliéron, op. cit., p. 11).

Il est constant que la recourante, qui a fourni de telles sûretés, se trouve dans cette situation. Son exception du beneficium excussionis realis doit ainsi être admise, ce qui conduit à l'annulation de la poursuite ordinaire engagée à son encontre.

Par ces motifs, la Chambre prononce:

1.
Le recours est admis et la décision attaquée est annulée.
2.
La poursuite no ZZZZZZ est annulée.
3.
Le présent arrêt est communiqué en copie au mandataire de la recourante, à Me Pascal Marti, avocat à Genève, pour Y._____ AG, à l'Office des poursuites de Genève et à l'Autorité de surveillance des offices de poursuites et de faillites du canton de Genève.
Lausanne, le 20 février 2003
Au nom de la Chambre des poursuites et des faillites
du Tribunal fédéral suisse

La présidente: Le greffier: