



Livre

2006

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

L'immeuble dans la LP : indisponibilité et gérance légale

Defago Gaudin, Valérie

How to cite

DEFAGO GAUDIN, Valérie. L'immeuble dans la LP : indisponibilité et gérance légale. Genève : Schulthess, 2006. (Collection genevoise)

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:83305>

Valérie Défago Gaudin

L'immeuble dans la LP:
Indisponibilité et
gérance légale

Faculté de droit
de Genève

Schulthess §

GG
Collection
Genevoise

Valérie Défago Gaudin

L'immeuble dans la LP:
Indisponibilité et gérance légale



Faculté de droit de Genève

Valérie Défago Gaudin

L'immeuble dans la LP: Indisponibilité et gérance légale

Thèse n° 768 de la Faculté de droit de l'Université de Genève

La Faculté de droit autorise l'impression de la présente dissertation sans entendre émettre par là une opinion sur les propositions qui s'y trouvent énoncées.

Information bibliographique: «Die Deutsche Bibliothek».

Die Deutsche Bibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse «<http://dnb.ddb.de>».

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2006
ISBN 3 7255 5118 9

www.schulthess.com

*A Philippe,
Guillaume et Emma*

Remerciements

A l'heure des remerciements, j'exprime ma plus profonde gratitude à mes deux directeurs de thèse, Messieurs les Professeurs François Bellanger et Nicolas Jeandin, de la Faculté de droit de l'Université de Genève. Avec enthousiasme et bienveillance, ils m'ont accompagnée et soutenue dans cette entreprise de rédaction de ma thèse.

Toute ma reconnaissance va aux Professeurs Christian Bovet et Bénédict Foëx, de la Faculté de droit de l'Université de Genève, ainsi qu'au Professeur Hansjörg Peter, de la Faculté de droit de l'Université de Lausanne, qui ont composé le jury de ma thèse.

Je remercie également tous les membres du Département de droit administratif et fiscal, Professeurs, secrétaire et assistants. Avec eux, j'ai bénéficié, pendant mes années d'assistantat, d'un environnement de travail convivial et chaleureux. Mes pensées vont particulièrement au Professeur François Bellanger, dont j'ai eu le plaisir d'être l'assistante.

Mes remerciements vont encore à mes amis et à mes proches. Parmi eux à ma collègue et amie Ursula Marti, pour sa contribution aux passages en allemand de mon texte. A ma sœur Anne Défago, pour ses encouragements. A mon amie de toujours, Diane Carini, pour son soutien sans faille et qui, étant passée par là, a su chaque jour trouver les mots justes. A mes parents, Nadine Défago-Rousseau et Yves Défago, pour leur relecture consciencieuse de mon manuscrit. A mes enfants, Guillaume et Emma, pour leur patience, " le livre de Maman " ayant souvent signifié pour eux du temps passé sans moi. Enfin à mon mari, Philippe Gaudin, pour tout.

Crans-près-Céligny, septembre 2005

Valérie Défago Gaudin

Sommaire

Abréviations	XIX
Bibliographie	XXIII
Introduction	1
Partie 1 : L'indisponibilité de l'immeuble	5
A. Remarques préliminaires	7
B. L'article 806 CC	13
C. L'indisponibilité dans la poursuite par voie de saisie	30
D. L'indisponibilité dans la poursuite en réalisation de gage	58
E. L'indisponibilité dans la faillite	77
F. L'indisponibilité dans les autres procédures d'exécution forcée	92
G. Conclusions intermédiaires	102
Partie 2 : La gérance légale	107
A. La mise en œuvre de la gérance légale	109
B. Les actes de gérance légale	129
C. La couverture des frais, l'émolument et la comptabilité de la gérance légale	161
D. Contentieux	165
E. Responsabilité	175
F. Le transfert de la tâche de gérance à un tiers	177
G. Conclusions intermédiaires	187
Conclusion	191
Zusammenfassung	193
Annexes	197

Table des matières

Introduction	1
Partie 1 : L'indisponibilité de l'immeuble	5
A. Remarques préliminaires	7
1) Les règles applicables du droit des poursuites et de la faillite	7
a) La loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite	7
b) Les ordonnances d'exécution de la LP	8
c) Les formulaires et instructions	10
2) L'immeuble dans la LP	12
B. L'article 806 CC	13
1) La fonction de l'article 806 CC	14
2) La mise en œuvre de l'article 806 CC	16
a) Un contrat de bail	17
b) La créance garantie par le gage immobilier fait l'objet d'une procédure d'exécution forcée	18
3) Les effets de la mise en œuvre de l'article 806 CC	19
a) L'extension du gage	20
b) L'affectation préférentielle	21
i. Dans la poursuite en réalisation de gage	21
ii. Dans la faillite	22
c) La conséquence de l'extension du gage aux loyers pour les locataires	23
d) L'inopposabilité des actes juridiques sur les loyers	24
i. Les personnes favorisées	24
ii. Les actes visés	25
iii. Les conditions temporelles	27
iv. L'inopposabilité	28
e) La gérance légale limitée	29
C. L'indisponibilité dans la poursuite par voie de saisie	30
1) Les biens saisis	32
a) Les fruits	32
i. Les fruits et produits	33
ii. Le cas particulier de la cession des loyers futurs	34
b) Les parties intégrantes et les accessoires	37
i. Les parties intégrantes	37
ii. Les accessoires	38
c) La saisie d'un immeuble inscrit au registre foncier au nom d'un autre que le débiteur	39
2) L'interdiction de disposer : article 96, alinéa 1, LP	39
a) Les actes de disposition interdits	40
i. Les actes de disposition matériels sont interdits	42
ii. Les actes générateurs d'obligations ne tombent pas sous l'interdiction	43
b) La permission du préposé	44
3) La sanction pénale : article 169 CP	44
a) L'acte de disposition	45
b) Les autres conditions de l'infraction	46
4) La nullité des actes de disposition : article 96, alinéa 2, LP	47
a) Les actes de disposition	48
b) La nullité	48

c) Les droits lésés par l'acte de disposition	50
d) La protection des tiers de bonne foi	51
5) L'annotation de la saisie au registre foncier : article 101, alinéa 1, LP	51
6) La gérance légale de l'immeuble : article 102, alinéa 3, LP	55
a) Les actes de gérance légale	55
b) Le transfert des pouvoirs et ses conséquences	56
7) Mise en perspective	57
D. L'indisponibilité dans la poursuite en réalisation de gage	58
1) Le sujet passif de la poursuite en réalisation de gage	60
a) Le débiteur	60
b) Le tiers propriétaire de l'immeuble	60
c) Le conjoint lorsque l'immeuble est le logement de famille	61
2) La phase préliminaire	62
a) Sans extension du gage aux loyers	62
i. Les conditions de l'annotation de la restriction du droit d'aliéner	63
ii. La fonction de l'annotation de la restriction du droit d'aliéner	63
b) Avec extension du gage aux loyers	65
i. L'interdiction de percevoir les loyers et d'en disposer : article 92, alinéa 1, ORFI	65
aa. Les actes interdits : percevoir ou disposer des loyers	66
bb. La sanction pénale	66
ii. L'inopposabilité des actes juridiques sur les loyers futurs : article 806, alinéa 3, CC	69
iii. La gérance légale limitée : article 94, alinéa 1, ORFI	69
iv. La contestation de l'extension du gage aux loyers	70
3) Dès la réquisition de vente	71
a) La gérance légale ordinaire : article 101, alinéa 1, ORFI	71
i. Les conditions de la mise en œuvre de la gérance légale ordinaire	72
aa. Le créancier gagiste poursuivant n'y renonce pas	72
bb. L'opposition faite par le tiers propriétaire a été écartée	73
ii. L'absence d'avis aux locataires	73
b) La sanction pénale : article 289 CP	74
c) L'inopposabilité des actes juridiques sur les loyers futurs : article 806, alinéa 3, CC	74
d) L'absence d'effet sur la disponibilité de l'immeuble de l'annotation de la restriction du droit d'aliéner de l'article 97 ORFI	75
4) Mise en perspective	75
E. L'indisponibilité dans la faillite	77
1) Les biens de la masse	79
2) La sanction pénale : article 169 CP	80
3) L'incapacité du failli de disposer des biens appartenant à la masse : article 204, alinéa 1, LP	81
a) Les actes de disposition	82
b) La « nullité » des actes accomplis	82
c) L'article 204, alinéa 1, LP comme une norme générale d'inopposabilité et source de la perte du pouvoir de disposer	83
i. Le régime d'inopposabilité	83
ii. La perte du pouvoir de disposer	84
4) L'incapacité du failli à recevoir des paiements en ses mains : article 205, alinéa 1, LP	85
a) L'absence d'effet libératoire du paiement	85
b) La protection du tiers de bonne foi	86
5) La mention de la faillite au registre foncier : article 176, alinéa 2, LP	86

6) L'inopposabilité des actes juridiques passés sur les loyers futurs : article 806, alinéa 3, CC	87
7) Le transfert des pouvoirs d'administration et la gérance légale de l'immeuble dans la masse	88
a) L'autorité désignée et ses prérogatives	88
i. L'office	88
ii. L'administration	89
iii. La gérance légale	90
b) Le transfert des pouvoirs à l'autorité	91
8) Mise en perspective	91
F. L'indisponibilité dans les autres procédures d'exécution forcée	92
1) Les procédures concordataires	93
a) Le sursis	94
i. L'indisponibilité issue de la loi	94
ii. L'indisponibilité par le juge	95
iii. Absence de gérance légale	96
b) Le concordat ordinaire	97
c) Le concordat par abandon d'actif	97
d) Le cas particulier des immeubles objets de poursuites en réalisation de gage	98
2) L'indisponibilité dans le séquestre	99
3) Disponibilité dans d'autres procédures	100
a) Le droit de rétention du bailleur	100
b) Le règlement amiable des dettes	101
c) Le sursis extraordinaire	101
G. Conclusions intermédiaires	102
1) La relecture des normes d'indisponibilité	102
2) La fonction de l'article 806 CC dans le processus d'indisponibilité	104
Partie 2 : La gérance légale	107
A. La mise en œuvre de la gérance légale	109
1) Le gérant légal	109
a) Dans l'exécution spéciale	109
b) Dans la faillite	110
2) La durée de la gérance légale	112
a) Dans la poursuite par voie de saisie	112
i. Le dies a quo	112
ii. Le dies ad quem	113
iii. Temps prohibés, fêtes et suspensions	115
b) La poursuite en réalisation de gage	116
i. La gérance légale limitée	116
aa. Le dies a quo	116
bb. Le dies ad quem	116
cc. Temps prohibés, fêtes et suspensions	117
ii. La gérance légale ordinaire	118
c) La poursuite par voie de faillite	118
i. Le dies a quo	118
ii. Le dies ad quem	119
iii. Les temps prohibés, fêtes et suspensions	119
3) La compétence du gérant légal à raison du lieu	119
a) La poursuite par voie de saisie	120
b) La poursuite en réalisation de gage	121
c) La poursuite par voie de faillite	123

4) Les immeubles soustraits à la gérance légale	124
a) Dans la saisie	124
b) Dans la poursuite en réalisation de gage	126
i. L'immeuble en possession d'un tiers revendiquant ?	126
ii. L'absence de gérance légale ordinaire en application de l'article 101, alinéas 1&2, ORFI	127
c) Dans la faillite	128
5) La situation de la régie en place	128
B. Les actes de gérance légale	129
1) Les règles générales	129
a) Dans la saisie	129
i. Les mesures ordinaires	129
ii. Les mesures exceptionnelles	131
b) Dans la poursuite en réalisation de gage	133
i. La gérance légale limitée	134
aa. Les mesures nécessaires pour assurer et opérer l'encaissement des loyers	134
bb. Les réparations urgentes et l'affectation des loyers au paiement de certains frais	135
cc. L'application de l'article 18 ORFI par analogie	136
ii. La gérance légale ordinaire	137
c) Dans la faillite	137
2) Certains actes de gérance légale en particulier	137
a) L'avis aux locataires et aux créanciers gagistes	138
b) L'avis aux assureurs contre les dommages	139
c) La gestion des baux	140
i. Le sort du contrat de bail	140
ii. Les tâches du gérant légal en relation avec le bail	141
d) Les paiements	142
i. Les frais (et redevances) courants	143
aa. Les frais liés à la qualité de part d'étage	144
bb. L'impôt foncier annuel grevant l'immeuble	146
ii. La contreprestation de mesures effectuées par l'office	146
iii. Les intérêts hypothécaires	148
e) L'exécution de travaux	148
f) La tenue de procès	149
i. Le critère de la nécessité	149
ii. La qualité pour agir ou défendre au procès	150
iii. Le cas des procédures en cours	152
aa. Dans l'exécution spéciale	152
bb. Dans l'exécution générale	152
g) Le versement d'acomptes	153
i. Dans la saisie	153
ii. Dans la poursuite en réalisation de gage	154
aa. Dans la gérance légale limitée	154
bb. Dans la gérance légale ordinaire	156
iii. Dans la faillite	157
iv. Synthèse	159
h) L'entretien du débiteur et de sa famille et son droit d'occuper l'immeuble	159
i. Dans l'exécution spéciale	160
ii. Dans la faillite	160
C. La couverture des frais, l'émolument et la comptabilité de la gérance légale	161

1) La couverture des frais	162
2) L'émolument pour la gérance légale	163
3) La comptabilité de la gérance légale	164
D. Contentieux	165
1) L'acte attaqué	165
a) Les mesures verticales	167
b) Les relations horizontales	168
i. Les mesures horizontales sont fondées sur le droit des poursuites	169
ii. Les mesures horizontales peuvent déployer des effets externes	170
c) L'inaction du gérant légal	171
2) La qualité pour agir	172
3) Les autres conditions formelles et matérielles de recevabilité	174
E. Responsabilité	175
F. Le transfert de la tâche de gérance à un tiers	177
1) Les conditions du transfert	177
a) La tâche transférée	178
b) Le tiers auxiliaire	180
i. Les qualités du tiers	180
ii. Les modalités du choix entre plusieurs tiers	181
aa. Les règles relatives aux marchés publics sont applicables	181
bb. Les modalités de l'application des règles en la matière	182
c) La responsabilité du transférant	184
2) Les conséquences du transfert de la tâche	184
a) La situation juridique du tiers auxiliaire	185
b) Les parties	186
c) Les tiers cocontractants, notamment les locataires	187
G. Conclusions intermédiaires	187
1) La gérance légale et la valorisation de l'immeuble en vue de sa réalisation	187
2) La gérance légale et le mécanisme de l'acte détachable	188
Conclusion	191
Zusammenfassung	193
Annexes	197

Abréviations

ad	à propos de
AIMP-2	Accord intercantonal sur les marchés publics des 25 novembre 1994/15 mars 2001, RS 172.056.5
al.	alinéa
AMP	Accord GATT/OMC du 15 avril 1994 sur les marchés publics, RS 0632.231.422
AP	Avant-projet
art.	article
AS	Autorité de surveillance
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse
BAKO	Basler Kommentar
BBl	Bundesblatt
BK	Berner Kommentar
BISchK	Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs
BSOAF	Bulletin sténographique officiel de l'Assemblée fédérale
CC	Code civil du 10 décembre 1907, RS 210
CE	Conseil des Etats
CF	Conseil fédéral
ch.	chiffre
CN	Conseil national
CO	Code des obligations du 30 mars 1911, RS 220
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937, RS 311
CPC	Classification sectorielle des services de la Commission statistique du Conseil économique et social des Nations Unies
CR	Commentaire romand
CRM	Commission fédérale de recours en matière de marchés publics
Cst	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, RS 101
Erg.Bd.	Ergänzungsband
Form.	formulaire

IFORFI	Instructions des 7 octobre 1920/29 novembre 1976/22 juillet 1996 au sujet des formulaires et autres pièces concernant la réalisation forcée des immeubles
in	dans
JT	Journal des Tribunaux
KG	Kantonsgericht
LaLP	Loi d'application dans le canton de Genève de la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 16 mars 1912, RS/GE E 3 60
LCA	Loi fédérale du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance, RS 211.229.1
LDFR	Loi fédérale du 4 octobre 1991 sur le droit foncier rural, RS 211.412.11
LGVE	Luzerner Gerichts- und Verwaltungsentscheide
litt.	littera
LMP	Loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics, RS 172.056.1
LP	Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1889, RS 281.1
MCF	Message du Conseil fédéral
MP	Mietrechtspraxis
N°	numéro
OAOF	Ordonnance sur l'administration des offices de faillite du 13 juillet 1911, RS 281.32
OELP	Ordonnance du 23 septembre 1996 sur les émoluments perçus en application de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, RS 281.35
OF	Ordonnance sur l'administration des offices de faillite du 13 juillet 1911, RS 281.32, abréviation utilisée jusqu'au 5 juin 1996
Oform	Ordonnance du Tribunal fédéral du 5 juin 1996 sur les formulaires et registres à employer en matière de poursuite pour dettes et de faillite, RS 281.31
OG	Obergericht
OJ	Loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943, RS 173.110
ORF	Ordonnance du Conseil fédéral du 22 février 1910 sur le registre foncier, RS 211.432.1

ORI	Ordonnance sur la réalisation forcée des immeubles du 23 avril 1920, RS 281.42, abréviation utilisée jusqu'au 5 juin 1996
ORFI	Ordonnance sur la réalisation forcée des immeubles du 23 avril 1920, RS 281.42
p.	page
PA	Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative, RS 172.021
PKG	Die Praxis des Kantonsgericht von Graubünden
RBOG	Rechenschaftsbericht des Obergerichts des Kantons Thurgau
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal
RFJ	Revue fribourgeoise de jurisprudence
RJN	Recueil de jurisprudence neuchâteloise
RNRF	Revue suisse du notariat et du registre foncier
RO	Recueil officiel des lois fédérales
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RVJ	Revue valaisanne de jurisprudence
SchKG	Schuldbetreibungs und Konkurs Gesetz
SJ	Semaine judiciaire
SOG	Solothurnische Gerichtspraxis
ss	et suivants
StGB	Strafgesetzbuch
TA	Tribunal administratif
TC	Tribunal cantonal
Tit.Fin.	Titre Final
TF	Tribunal fédéral
ZBI	Zentralblatt
ZK	Zürcher Kommentar
ZZZ	Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht

Bibliographie

Publications officielles :

- AVANT-PROJET ET EXPOSE DES MOTIFS D'UNE LOI FEDERALE *sur les poursuites et les faillites destiné à servir de base aux délibérations d'une commission, et à être discuté ensuite par le Conseil fédéral avant d'être présenté à l'Assemblée fédérale*, Lausanne 1874 [cité : AP (1874)]
- AVIS DU CONSEIL FEDERAL DU 3 SEPTEMBRE 2003 *concernant le Rapport du 23 juin 2003 de la Commission des affaires juridiques du Conseil national relatif à l'Initiative parlementaire LP – Protection des acquéreurs de bonne foi*, Feuille fédérale 2003, p. 5943ss [cité : Avis du CF (2003)]
- BERICHT ZUM VORENTWURF DER EXPERTENKOMMISSION *für die Gesamtüberprüfung des SchKG an das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement vom Dezember 1981*, Non publié [cité : Bericht (1981)]
- MESSAGE DU CONSEIL FEDERAL A L'ASSEMBLEE FEDERALE *concernant le projet de Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite adopté par le Conseil fédéral le 23 février 1886* Feuille fédérale 1886 II, p. 1ss [cité : MCF (1886)]
- MESSAGE DU CONSEIL FEDERAL A L'ASSEMBLEE FEDERALE *concernant le projet de Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite adopté par le Conseil fédéral le 27 janvier 1888 et soumis à l'Assemblée fédérale pour servir de base au second débat* Feuille fédérale 1888 I, p. 1ss [cité : MCF (1888)]
- MESSAGE DU CONSEIL FEDERAL A L'ASSEMBLEE FEDERALE DU 28 MAI 1904 *concernant le projet de Code civil suisse* Feuille fédérale 1904 IV, p. 1ss [cité : MCF (1904)]
- MESSAGE DU CONSEIL FEDERAL A L'ASSEMBLEE FEDERALE DU 16 MARS 1948 *concernant la révision partielle de la Loi sur la poursuite pour dettes et la faillite* Feuille fédérale 1948 I, p. 1201ss [cité : MCF (1948)]
- MESSAGE DU CONSEIL FEDERAL DU 8 MAI 1991 *concernant la révision de la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite* Feuille fédérale 1991 III, p. 1ss [cité : MCF (1991)]
- RAPPORT DE LA COMMISSION DU CONSEIL DES ETATS *concernant le projet de loi sur la poursuite pour dettes et la faillite du 13 novembre 1886*, Feuille fédérale 1886 III, p. 655ss [cité : Rapport CE (1886)]
- RAPPORT DE LA COMMISSION DU CONSEIL NATIONAL *concernant le projet de Loi sur la poursuite pour dettes et la faillite du 28 mars 1887*, Feuille fédérale 1887 I, p. 616ss [cité : Rapport CN (1887)]
- RAPPORT PRESENTE AUX CHAMBRES FEDERALES *par la Commission de rédaction du Code civil suisse le 20 novembre 1907*, Feuille fédérale 1907 VI, p. 402ss [cité : Rapport Commission de rédaction (1907)]
- RAPPORT EXPLICATIF DU GROUPE D'EXPERTS SUR LE DROIT DE L'ASSAINISSEMENT *à l'appui de son projet du 14 septembre 1992* Non publié [cité : Rapport d'experts (1992)]
- REFORME DE LA CONSTITUTION FEDERALE, *Exposé des motifs du projet de Constitution* Chancellerie fédérale, Berne 1995 [cité : Exposé des motifs (1995)]
- RESULTATS DE LA PROCEDURE DE CONSULTATION *sur l'avant-projet d'une révision partielle de la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP)*, Berne 1984, Non publié [cité : Résultats (1984)]

Doctrine :

- ACCOCELLA DOMENICO *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs*, Vol. I, Staehelin A./Bauer T./Staehelin D. (éd.), Bâle/Genève/Munich 1998, ad Art. 38 LP [cité : SchKG I-ACCOCELLA]
- AMBERG PETER « Der Konkurs des Vermieters : Folgen für den Vermieter ; Auswirkungen auf den Mietvertrag », in *Schuldbetreibung und Konkurs im Wandel – Festschrift 75 Jahre Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz*, Bâle/Genève/Munich 2000, p. 173ss [cité : AMBERG (2000)]
- AMONN KURT/WALTHER FRIDOLIN *Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts*, 7^{ème} éd., Berne 2003 [cité : AMONN/WALTHER (2003)]
- AUBERT JEAN-FRANÇOIS *Traité de droit constitutionnel suisse*, Vol. I, Neuchâtel 1967 [cité : AUBERT (1967)]
- AUER ANDREAS/MALINVERNI GIORGIO/HOTTELIE MICHEL *Droit constitutionnel suisse*, Vol. I, Berne 2000 [cité : AUER/MALINVERNI/ottelierI (2000)]
- BAUER THOMAS *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs*, Vol. I, Staehelin A./Bauer T./Staehelin D. (éd.), Bâle/Genève/Munich 1998, ad Art. 56 LP [cité : SchKG I-BAUER]
- BAUER THOMAS *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Ergänzungsband*, Staehelin A./Bauer T./Staehelin D. (éd.), Bâle/Genève/Munich 2005, ad Art. 262 LP [cité : SchKG-Bauer, Erg.Bd.]
- BAUMANN KONRAD « Le rôle des liquidateurs lors de la réalisation des immeubles compris dans un concordat par abandon d'actif », in *BlSchK* 1991 p. 41ss [cité : BAUMANN (1991)]
- BECKER HANS *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band VI, Das Obligationenrecht, 1. Abteilung*, Becker H. (éd.), Berne 1941, ad Art. 164 CO [cité : BK-BECKER]
- BEILSTEIN WERNER « Privilegierte Behandlung von Grundstückgewinnsteuer und Mehrwertsteuer in der Zwangsvollstreckung », in *ST* 2003 p. 653ss [cité : BEILSTEIN (2003)]
- BELLANGER FRANÇOIS « La légalité lorsque l'Etat agit par des moyens de droit privé », in *La légalité : un principe à géométrie variable*, C.-A. Morand (éd.), Genève 1992, p. 67ss [cité : BELLANGER (1992)]
- BELLANGER François « Les «privatisations» : une notion à géométrie variable », in *RDAF* 2001 I p. 37ss [cité : BELLANGER (2001-Les privatisations)]
- BELLANGER FRANÇOIS « Les collectivités publiques et la TVA : De l'Etat providence à l'Etat commerçant », in *Aux confins du droit – Essais en l'honneur du Professeur Charles-Albert Morand*, Bâle/Genève/Munich 2001, p. 467ss [cité : BELLANGER (2001, Les collectivités publiques)]
- BELLANGER FRANÇOIS « Le droit applicable aux marchés publics », in *RDAF* 2001 I p. 367ss [cité : BELLANGER (2001, Le droit applicable)]
- BELLANGER FRANÇOIS « La qualité de partie à la procédure administrative », in *Les tiers dans la procédure administrative*, T. Tanquerel/F. Bellanger (éd.), Zurich 2004, p. 33ss [cité : BELLANGER (2004)]
- BELLANGER FRANÇOIS/BOVET CHRISTIAN « Marché de l'affichage public ou marché public de l'affichage ? », in *BR/DC* 1999 p. 164ss [cité : BELLANGER/BOVET (1999)]

- BERNHEIM MARC/ÄNZIG PHILIPP *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs*, Vol. II, Staehelin A./Bauer T./Staehelin D. (éd.), Bâle/Genève/Munich 1998, ad Art. 153-153a, 157-158 LP [cité : SchKG II-BERNHEIM/KÄNZIG]
- BERTOSSA BERNARD/GAILLARD LOUIS/GUYET JACQUES/SCHMIDT ANDRE, *Commentaire de la loi de procédure civile du canton de Genève du 10 avril 1987*, Vol. I, Art. 1 à 152, Genève 1988/2002 [cité : BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCHMIDT (1988/2002)]
- BEYELER MARTIN/DUBEY JACQUES/ESSEIVA DENIS/RECHSTEINER PETER/SCHERLER STEFAN/ufferey JEAN-BAPTISTE « La nouvelle Directive européenne 2004/18/CE vue de la Suisse », in BR/DC 2004 p. 161ss [cité : BEYELER/DUBEY/ESSEIVA/RECHSTEINER/SCHERLER/Zufferey (2004)]
- BISANG RAYMOND *Die Zwangsverwertung von Anteilen an Gesamtheiten*, Zurich 1978 [cité : BISANG (1978)]
- BISE MICHEL « La faillite du bailleur », in *11ème Séminaire sur le droit du bail*, Neuchâtel 2000, p. 1ss [cité : BISE (2000)]
- BLUMENSTEIN ERNST « Der Einfluss der neuen Zivilgesetzgebung auf das Schuldbetreibungsrecht », in ZBJ 1912 p. 317ss [cité : BLUMENSTEIN (1912)]
- BONORAND DANIEL *Ausgewählte Fragen zum Gesamtpfandrecht an Grundstücken*, Bâle 1982 [cité : BONORAND (1982)]
- BOVET CHRISTIAN « Concession et contrat de droit administratif », in BR/DC 2001, p. 59 [cité : BOVET (2001)]
- BRAND ERNEST « Poursuite ordinaire par voie de faillite », FJS N° 992, Genève 1947 [cité : BRAND (1947)]
- BRAND ERNEST « Poursuite en réalisation de gage », FJS N° 991, Genève 1949 [cité : BRAND (1949)]
- BREHM ROLAND *Schweizerisches Zivilgesetzbuch – Das Obligationenrecht*, Band VI, 1. Abteilung, 2ème éd., Berne 1998, ad Art. 55 CO [cité : BK-BREHM]
- BRÜCKNER CHRISTIAN « Verwandte Verträge (Vorvertrag, Vorkaufsvertrag, Vertrag auf Begründung eines Kaufrechts bzw. Rückkaufrecht) », in *Der Grundstückskauf*, A. Koller (éd.), 2ème éd., Berne (2001), p. 503ss [cité : BRÜCKNER (2001)]
- BRUNNER ALEXANDER *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs*, Vol. III, Staehelin A./Bauer T./Staehelin D. (éd.), Bâle/Genève/Munich 1998, ad Art. 333-336 LP [cité : SchKG III-BRUNNER]
- BRUNNER ALEXANDER *Strafgesetzbuch II*, Niggli M.A./Wiprächtiger H. (éd.), Bâle 2003, ad Art. 169 CP [cité : StGB II-BRUNNER]
- BRUNNER ALEXANDER/HOULMANN MURIEL/REUTTER MARK *Kollokations- und Widerspruchsklagen nach SchKG*, 2ème éd., Berne 2002 [cité : BRUNNER/HOULMANN/REUTTER (2002)]
- BRUNNER CHRISTOPH/WICHTERMANN JÜRIG *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch II*, Honsell H./Vogt N.P./Wiegand W. (éd.), 2ème éd., Bâle/Genève/Munich 2003, ad Art. 647c CC [cité : BAKO-BRUNNER/WICHTERMANN]
- BÜRGI URS *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs*, Vol. III, Staehelin A./Bauer T./Staehelin D. (éd.), Bâle/Genève/Munich 1998, ad Art. 253 LP [cité : SchKG III-BÜRGI]

- CASATI RETO/WEYERMANN CORINNE *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs*, Vol. III, Staehelin A./Bauer T./Staehelin D. (éd.), Bâle/Genève/Munich 1998, ad Art. 337-350 LP [cité : SchKG III-CASATI/WEYERMANN]
- CASSANI URSULA *La protection pénale du patrimoine – Autonomie et détermination par le droit civil*, Lausanne 1988 [cité : CASSANI (1988)]
- COMETTA FLAVIO *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs*, Vol. I, Staehelin A./Bauer T./Staehelin D. (éd.), Bâle/Genève/Munich 1998, ad Art. 17-19, 36 LP [cité : SchKG I-COMETTA]
- COLOMBARA ALAIN *L'opposabilité aux tiers des droits personnels annotés au registre foncier et l'exécution forcée*, Lausanne 1992 [cité : COLOMBARA (1992)]
- CORBOZ BERNARD *Les infractions en droit suisse*, Vol. I & II, Berne 2002 [cité : CORBOZ I (2002), CORBOZ II (2002)]
- CURTI ARTHUR *Pfändungspfandrecht und Gruppenpfändung*, Zurich 1894 [cité : CURTIZ (1894)]
- DAENIKER DANIEL « Überführung staatlicher Aufgaben auf verwaltungsexterne Rechtsträger », in *Dezentralisierung und Privatisierung öffentlicher Aufgaben*, T. Jaag (éd.), Zurich 2000, p. 49ss [cité : DAENIKER (2000)]
- DALLEVES LOUIS « Les effets de la faillite sur les contrats », FJS N° 1003a, Genève 1987 [cité : DALLEVES (1987)]
- DALLEVES LOUIS « Revendication : Art. 106-109 LP », FJS N° 985, Genève 1989 [cité : DALLEVES (1989)]
- DALLEVES LOUIS « Règlement amiable ou judiciaire des dettes selon la LP révisée », in PJA 1995 p. 1564ss [cité : DALLEVES (1995)]
- DALLEVES LOUIS « Concordat », in AJP/PJA 1996 p. 1439ss [cité : DALLEVES (1996)]
- DALLEVES LOUIS « Le séquestre », FJS N° 740, Genève 1999 [cité : DALLEVES (1999)]
- DALLEVES LOUIS *Poursuite et faillite, Commentaire de la Loi sur la poursuite pour dettes et la faillite ainsi que des articles 166 à 175 de la Loi sur le droit international privé*, Dallèves L./Foëx B./Jeandin N. (éd.), Bâle/Genève/Munich 2005, ad Art. 4 LP [cité : CR LP-DALLEVES]
- DE GOTTRAU NICOLAS *Poursuite et faillite, Commentaire de la Loi sur la poursuite pour dettes et la faillite ainsi que des articles 166 à 175 de la Loi sur le droit international privé*, Dallèves L./Foëx B./Jeandin N. (éd.), Bâle/Genève/Munich 2005, ad Art. 96 LP [cité : CR LP-DE GOTTRAU]
- DESCHENAUX HENRI *Traité de Droit privé Suisse, Le Registre Foncier*, Vol. V, tome II, 2, Fribourg 1983 [cité : DESCHENAUX (1983)]
- DESCHENAUX HENRI/STEINAUER PAUL-HENRI/BADDELEY MARGARETA *Les effets du mariage*, Berne 2000 [cité : DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY (2000)]
- DIETH MARKUS « Beschwerde gemäss Art. 17ff SchKG », in AJP/PJA 2002 p. 363ss [cité : DIETH (2002)]
- DOMMER JÜRG *Der Einfluss des SchKG auf die Forderungsabtretung des Schuldners*, Zurich 1987 [cité : DOMMER (1987)]
- EMMEL FRANK *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs*, Vol. I, Staehelin A./Bauer T./Staehelin D. (éd.), Bâle/Genève/Munich 1998, ad Art. 12-16 LP [cité : SchKG I-EMMEL]
- ENGEL PIERRE *Traité des obligations en droit suisse : dispositions générales du CO*, 2^{ème} éd., Berne 1997 [cité : ENGEL (1997)]

- FAVRE ANTOINE « Autorités de surveillance en matière de poursuite », in FJS N° 537, Genève 1942 [cité : FAVRE (1942)]
- FISCHER WILLI « Der Liegenschaftsverwaltungsvertrag », in AJP/PJA 2000 p. 397ss [cité : FISCHER (2000)]
- FOËX BÉNÉDICT *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs*, Vol. II, Staehelin A./Bauer T./Staehelin D. (éd.), Bâle 1998, ad Art. 95-97 LP [cité : SchKG II-FOËX]
- FOËX BENEDICT « Ordre et effets de la saisie », FJS N° 986, Genève 2001 [cité : FOËX (2001)]
- FOËX BENEDICT *Code des obligations I, Code des obligations art. 1-529, Loi sur le crédit à la consommation, Loi sur les voyages à forfait, Commentaire*, Thévenoz L./Werro F. (éd.), Genève/Bâle/Munich 2003, ad Art. 216 CO [cité : CR CO I-FOËX]
- FOËX BENEDICT *Poursuite et faillite, Commentaire de la Loi sur la poursuite pour dettes et la faillite ainsi que des articles 166 à 175 de la Loi sur le droit international privé*, Dallèves L./Foëx B./Jeandin N. (éd.), Bâle/Genève/Munich 2005, ad Art. 151-153 LP [cité : CR LP-FOËX]
- FRITZSCHE HANS/WALDER-BOHNER HANS ULRICH *Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht : ein Lehrbuch*, Vol. I-II, 3^{ème} éd., Zurich 1984 [cité : FRITZSCHE/WALDER I/II (1984)]
- GASSER DOMINIK « Nachlassverfahren, Insolvenzerklärung und Feststellung des neuen Vermögens nach rev. SchKG », in ZBJV 1996 p. 1ss [cité : GASSER (1996)]
- GASSER DOMINIK *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs*, Vol. I, Staehelin A./Bauer T./Staehelin D. (éd.), Bâle/Genève/Munich 1998, ad Art. 5 LP [cité : SchKG I-GASSER]
- GAUCH PETER/SCHLUP WALTER R./SCHMID JÖRG/REY HEINZ *Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil*, Vol. I/II, 8^{ème} éd., Zurich 2003 [cité : GAUCH/SCHLUP/SCHMID/REY I/II (2003)]
- GILLIERON PIERRE-ROBERT « Note ad ATF 105/1980 III 4, L.K.&C », in JT 1980 II p. 138ss [cité : GILLIERON (1980, Note)]
- GILLIERON PIERRE-ROBERT « Note ad ATF 109/1983 III 45, Muco SE Muldenbau AG », in JT 1985 II p. 46ss [cité : GILLIERON (1985, Note)]
- GILLIERON PIERRE-ROBERT « Note ad ATF 114/1988 III 18, Hotel R. AG », in JT 1990 II p. 62ss [cité : GILLIERON (1990, Note)]
- GILLIERON PIERRE-ROBERT « Le dessaisissement du «débiteur» poursuivi dans l'exécution forcée selon la loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite», in *Beiträge zum schweizerischen und internationalen Zivilprozessrecht – Festschrift für Oscar VOGEL*, Fribourg 1991, pp. 249ss [cité : GILLIERON (1991)]
- GILLIERON PIERRE-ROBERT « Note à propos de l'ATF 115/1989 III 65, G. », in JT 1991 II p. 134ss [cité : GILLIERON (1991, Note)]
- GILLIERON PIERRE-ROBERT « Note à propos de l'ATF 119/1993 III 124, X.AG », in JT 1996 II p. 53ss [cité : GILLIERON (1996, Note)]
- GILLIERON PIERRE-ROBERT « Note à propos du paiement d'acomptes sur les loyers et fermages en cas de pluralité des créanciers gagistes poursuivants », in RFJ 1996 p. 282ss [cité : GILLIERON (1996, Note acomptes)]
- GILLIERON PIERRE-ROBERT « Note à propos de l'ATF 120/1994 III 152, Berner Kantonalbank », in JT 1997 II p. 49ss [cité : GILLIERON (1997, Note)]

- GILLIERON PIERRE-ROBERT *Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite*, Vol. I, Lausanne 1999 [cité : GILLIERON I]
- GILLIERON PIERRE-ROBERT *Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite*, Vol. II, Lausanne 2000 [cité : GILLIERON II]
- GILLIERON PIERRE-ROBERT *Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite*, Vol. III, Lausanne 2001 [cité : GILLIERON III]
- GILLIERON PIERRE-ROBERT « Les garanties de procédure dans l'exécution forcée ayant pour objet une somme d'argent ou des prétentions à fournir – Le cas des prétentions de droit public », in SJ 2003 II p. 361ss [cité : GILLIERON (2003)]
- GILLIERON PIERRE-ROBERT *Poursuite pour dettes, faillite et concordat*, 4^{ème} éd., Bâle/Genève/Munich/Lausanne 2005 [cité : GILLIERON (2005)]
- GIROUD ROGER *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs*, Vol. II, Staehelin A./Bauer T./Staehelin D. (éd.), Bâle/Genève/Munich 1998, ad Art. 176 LP [cité : SchKG II-GIROUD]
- GIRSBERGER DANIEL *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I*, Honsell H./Vogt N.P./Wiegand W. (éd.), 2^{ème} éd., Bâle 1996, ad Art. 164 CO [cité : BAKO-GIRSBERGER]
- GRISEL ANDRE *Traité de droit administratif*, Vol. I/II, Neuchâtel 1984 [cité : GRISEL I/II (1984)]
- GUHL THEO/KOLLER ALFRED/SCHNYDER ANTON K./DRUEY JEAN NICOLAS *Das Schweizerische Obligationenrecht*, 9^{ème} éd., Zurich 2000 [cité : GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY (2000)]
- GUILLOD OLIVIER/STEFFEN GABRIELLE *Code des obligations I, Code des obligations art. 1–529, Loi sur le crédit à la consommation, Loi sur les voyages à forfait, Commentaire*, Thévenoz L./Werro F. (éd.), Genève/Bâle/Munich 2003, ad Art. 19–20 CO [cité : CR CO I-GUILLOD/STEFFEN]
- GUGGISBERG JÜRG *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs*, Staehelin A./Bauer T./Staehelin D. (éd.), Vol. III, Bâle 1998, ad Art. 314–316 LP [cité : SchKG III-GUGGISBERG]
- HAAB ROBERT *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht*, Vol. IV, Bürgi F./Egger A./Escher A. et al. (éd.), Zurich 1977, ad Einleitung zu Art. 641–977 CC [cité : ZK-HAAB]
- HAAB ROBERT/SIMONIUS AUGUST *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht*, Vol. IV, Bürgi F./Egger A./Escher A. et al. (éd.), Zurich 1977, ad Art. 714 CC [cité : ZK-HAAB/SIMONIUS]
- HABSCHEID WALTER J. *Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht : ein Lehrbuch*, 2^{ème} éd., Bâle 1990 [cité : HABSCHEID (1990)]
- HANDSCHIN LUKAS/HUNKELER DANIEL *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs*, Vol. II, Staehelin A./Bauer T./Staehelin D. (éd.), Bâle/Genève/Munich 1998, ad Art. 197–203 LP [cité : SchKG II-HANDSCHIN/HUNKELER]
- HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 4^{ème} éd., Zurich/Bâle/Genève 2002 [cité : HÄFELIN/MÜLLER (2002)]
- HÄNZI BIRGIT *Die Konkursverwaltung nach schweizerischem Recht*, Zurich 1979 [cité : HÄNZI (1979)]

- HARDMEIER HANS ULRICH *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs*, Vol. III, Staehelin A./Bauer T./Staehelin D. (éd.), Bâle/Genève/Munich 1998, ad Art. 311 LP [cité : SchKG III-HARDMEIER]
- HAUSER ROBERT « Der Schutz von Schuldbetreibung und Konkurs durch das Strafrecht », in *Festschrift 100 Jahre SchKG – Centenaire de la LP*, Zurich 1989, p. 31ss [cité : HAUSER (1989)]
- HÄUSERMANN MARKUS/STÖCKLI KURT/FEUZ ANDREAS *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs*, Vol. II, Staehelin A./Bauer T./Staehelin D. (éd.), Bâle/Genève/Munich 1998, ad Art. 143 LP [cité : SchKG II-HÄUSERMANN/STÖCKLI/FEUZ]
- HAUSHEER HEINZ/REUSSER RUTH/GEISER THOMAS *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band II, Das Familienrecht*, Hausheer H. (éd.), Berne 1999, ad Art. 169 CC [cité : BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER]
- HERREN STEPHAN « Die Erstreckung der Pfandhaft auf die Miet- und Pachtzinsen nach Art. 806 ZGB », in *AJP/PJA* 1997 p. 1211ss [cité : HERREN (1997)]
- HIGI PETER *Obligationenrecht – Die Miete – Erste Lieferung (Zürcher Kommentar)*, Zurich 1994 [cité : ZK-HIGI]
- HOFSTETTER JOSEF *Basler Kommentar zum Zivilgesetzbuch II*, H. Honsell/N.P. Vogt/T. Geiser (éd.), 2ème éd., Bâle/Genève/Munich 2003, ad Art. 836-837/838 CC [cité : BAKO-HOFSTETTER]
- HOHL FABIENNE *Les accessoires et les droits de gage immobiliers*, Fribourg 1986 [cité : HOHL (1986)]
- HOHL FABIENNE *Procédure civile*, Tome I, Berne 2001 [cité : HOHL (2001)]
- HOLLIGER PAUL « Die Lastenbereinigung in der Spezialexécution », in *BISchK* 1951, p. 65ss [cité : HOLLIGER (1951)]
- HOMBERGER ARTHUR *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht. 3. Abteilung*, Egger A./Escher A./Haab R. et al. (éd.), Zurich 1938 [cité : ZK-HOMBERGER]
- HOMBERGER ARTHUR/MARTI HANS « Gage immobilier I : Définition, objet, constitution, droits de gage en faveur du propriétaire ou au porteur, extinction », *FJS* N° 608, Genève 1942 [cité : HOMBERGER/MARTI (1942)]
- HUGUENIN CLAIRE *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I*, Honsell H./Vogt N.P./Wiegand W. (éd.), 3ème éd., Bâle/Genève/Munich 2003, ad Art. 19-20 CO [cité : BAKO-HUGUENIN]
- HUNKELER DANIEL *Das Nachlassverfahren nach revidiertem SchKG : mit einer Darstellung der Rechtsordnungen der USA, Frankreichs und Deutschlands*, Fribourg 1996 [cité : HUNKELER (1996)]
- JAAG TOBIAS « Dezentralisierung und Privatisierung öffentlicher Aufgaben : Formen, Voraussetzungen und Rahmenbedingungen », in *Dezentralisierung und Privatisierung öffentlicher Aufgaben*, T. Jaag (éd.), Zurich 2000, p. 23ss [cité : JAAG (2000)]
- JAEGER CARL *Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite*, Vol. I/II, Edition française, Lausanne/Genève 1920 [cité : JAEGER I/II]
- JAEGER CARL/KRAUSKOPF LUTZ/STOFFEL WALTER *La poursuite pour dettes et la faillite*, Recueil de textes avec annotations, ordonnances d'exécution, législation spé-

- ciale, circulaires et index, Lausanne 1997 [cité : JAEGER/KRAUSKOPF/STOFFEL (1997)]
- JAEGER CARL/WALDER HANS ULRICH/KULL THOMAS/KOTTMANN MARTIN *Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs*, 4^{ème} éd., Vol. I-II, Zurich 1997 [cité : JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN I/II]
- JÄGGI PETER *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Teilband V 1a*, Bürgi W./Egger A./Escher A. et al. (éd.), 3^{ème} éd., Zurich 1973, ad Art. 1 CO [cité : ZK-JÄGGI]
- JAQUES CHARLES « La dissimulation (verbale) de biens saisis : un acte pénalement répréhensible ? », in *Jusletter 19 mai 2003*, www.weblaw.ch 2003 [cité : JAQUES (2003)]
- JEANDIN NICOLAS « Poursuite pour dettes et faillite – Délais, feries et suspensions », FJS N° 518, Genève 1999 [cité : JEANDIN (1999, Délais)]
- JEANDIN NICOLAS « Poursuite pour dettes et faillite – Etat de collocation », FJS N° 990b, Genève 1999 [cité : JEANDIN (1999, Etat de collocation)]
- JEANDIN NICOLAS « Poursuite pour dettes et faillite – La plainte », FJS N° 679, Genève 2000 [cité : JEANDIN (2000)]
- JEANDIN NICOLAS « Assainissement des particuliers : bilan de santé », in *La défaillance de paiement – 3^{ème} cycle romand de droit 2000*, Fribourg 2002, p. 223ss [cité : JEANDIN (2002)]
- JEANDIN NICOLAS *Parties au procès : Mouvement et (r)évolution*, Zurich 2003 [cité : JEANDIN (2003)]
- JEANDIN NICOLAS « Les effets de la faillite sur le contrat de durée », in *Le contrat dans tous ses états*, Société genevoise de droit et de législation (éd.), Berne 2004, p. 71ss [cité : JEANDIN (2004)]
- JEANDIN NICOLAS/CASONATO NIKI *Poursuite et faillite, Commentaire de la Loi sur la poursuite pour dettes et la faillite ainsi que des articles 166 à 175 de la Loi sur le droit international privé*, Dalleves L./Foëx B./Jeandin N. (éd.), Bâle/Genève/Munich 2005, ad Art. 262 LP [cité : CR LP-JEANDIN/CASONATO]
- JEANDIN NICOLAS/SABETI YASMINE *Poursuite et faillite, Commentaire de la Loi sur la poursuite pour dettes et la faillite ainsi que des articles 166 à 175 de la Loi sur le droit international privé*, Dalleves L./Foëx B./Jeandin N. (éd.), Bâle/Genève/Munich 2005, ad Art. 101–103 LP [cité : CR LP-JEANDIN/SABETI]
- JEANNERET VINCENT/CAVADINI-BIRCHER FRANCESCA « Quelques aspects pratiques du nouveau droit de la procédure concordataire », in *SJ* 1999 II p. 195ss [cité : JEANNERET/CAVADINI-BIRCHER (1999)]
- JENT-SØRENSEN INGRID « Die Tragweite von Art. 204 Abs. 1 nach geltendem und revidiertem SchKG », in *BlSchK* 1995 p. 41ss [cité : JENT-SØRENSEN (1995)]
- JENT-SØRENSEN INGRID *Die Rechtsdurchsetzung bei der Grundstückverwertung in der Spezialexekution*, Zurich 2003 [cité : JENT-SØRENSEN (2003)]
- KÄNZIG PHILIPP/BERNHEIM MARC *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs*, Vol. II, Staehelin A./Bauer T./Staehelin D. (éd.), Bâle/Genève/Munich 1998, ad Art. 151–152, 155–156 LP [cité : SchKG II-KÄNZI/BERNHEIM]

- KNAPP BLAISE « L'exécution de tâches publiques fédérales par des tiers », in Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, H. Koller/G. Müller/R. Rhinow/U. Zimmerli (éd.), Bâle/Francfort 1996 [cité : KNAPP (1996)]
- KNAPP BLAISE « La répartition des compétences et la coopération de la Confédération et des cantons », in *Verfassungsrecht der Schweiz – Droit constitutionnel suisse*, Thürer D./Aubert J.-F./Müller J. P. (éd.), Zurich 2001, p. 457ss [cité : KNAPP (2001)]
- KNUPP RALPH *Die Anordnung der Unternehmungsweiterführung im Konkurs*, Zurich 1988 [cité : KNUPP (1988)]
- KÖLZ ALFRED/HÄNER ISABELLE *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2ème éd., Zurich 1998 [cité : KÖLZ/HÄNER (1998)]
- KRAMER ERNST *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band VI, Das Obligationenrecht, 1. Abteilung*, Meier-Hayoz H. (éd.), Berne 1991, ad Art. 19-20 CO [cité : BK-KRAMER]
- KRAUSS BERNHARD *Die Pfandgläubiger in Konkurs und Nachlassvertrag*, Bâle 1904 [cité : KRAUSS (1904)]
- LACHAT DAVID « La résiliation du bail en cas d'aliénation de l'immeuble et d'insolvabilité du bailleur », in *Cahiers du bail* 3/1999, p. 65ss [cité : LACHAT (1999)]
- LACHAT DAVID « La cession des loyers », in 11^{ème} Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2000 [cité : LACHAT (2000)]
- LAIM HERMANN *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht – Zivilgesetzbuch II*, Honsell H./Vogt N.P./Geiser T. (éd.), 2ème éd, Bâle 1996, ad Art. 656 CC [cité : BAKO-LAIM]
- LEBRECHT ANDRÉ E. *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs*, Vol. II, Staehelin A./Bauer T./Staehelin D. (éd.), Bâle/Genève/Munich 1998, ad Art. 98-103 LP [cité : SchKG II-LEBRECHT]
- LEEMANN HANS « Das Pfandrecht der Grundpfandgläubiger an den Miet- und Pachtzinsforderungen (ZGB Art. 806) », in *SJZ* 1927 p. 77ss [cité : LEEMANN (1927)]
- LEEMANN HANS *Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band IV Sachenrecht, 2. Abteilung*, Gmür M. (éd.), Berne 1925, ad Art. 798, 806, 836, 837 CC [cité : BK-LEEMANN]
- LILIENFELD PIERRE *De l'hypothèque et des loyers et fermages (CCS art. 806)*, Lausanne 1941 [cité : LILIENFELD (1941)]
- LORANDI FRANCO « Mietverträge im Konkurs des Mieters », in *MP* 1998 p. 111ss [cité : LORANDI (1998)]
- LORANDI FRANCO *Betreibungsrechtliche Beschwerde und Nichtigkeit – Kommentar zu den Artikeln 13-30 SchKG*, Bâle/Genève/Munich 2000 [cité : LORANDI (2000)]
- LORANDI FRANCO « Durchführung der Verwertung in der Zwangsvollstreckung durch Privat personen », in *AJP/PJA* 2000 p. 846ss [cité : LORANDI (2000, Durchführung)]
- LORANDI FRANCO « Genehmigungsbedürftige Geschäfte während der Nachlassstundung (Art. 298 Abs. 2 SchKG) », in *ZZZ* 2004 p. 73ss [cité : LORANDI (2004)]
- LUSTENBERGER URS *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs*, Vol. III, Staehelin A./Bauer T./Staehelin D. (éd.), Bâle/Genève/Munich 1998, ad Art. 221-234 LP [cité : SchKG III-LUSTENBERGER]

- MARCHAND SYLVAIN « Chacun chez soi, factures pour tous : la répartition des frais dans la propriété par étages », in *La propriété par étages – Fondements théoriques et questions pratiques*, M. Hottelier/B. Foëx (éd.), Genève/Bâle/Munich 2003, p. 145ss [cité : MARCHAND (2003)]
- MARCHAND SYLVAIN « La procédure concordataire », FJS N° 24, Genève 2004 [cité : MARCHAND (2004)]
- MARTIN ALFRED *Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite*, Lausanne 1908 [cité : MARTIN (1908)]
- MEIER ISAAK *Das Verwaltungsverfahren vor den Schuldbetreibungs- und Konkursbehörden*, Zurich 2002 [cité : MEIER (2002)]
- MEIER-HAYOZ ARTHUR *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band IV, Sachenrecht, 1. Abteilung*, Meier-Hayoz A. (éd.), 4ème éd., Berne 1981, ad Art. 641–654 CC [cité : BK-MEIER-HAYOZ]
- MONTAVON PASCAL *Les contrats de gérance d'immeubles : étude et pratique*, Fribourg/Lausanne 1991 [cité : MONTAVON (1991)]
- MOOR ERNST *Die Gläubigerversammlung im Konkurs*, Bâle 1992 [cité : MOOR (1992)]
- MOOR PIERRE *Droit administratif*, Vol I, 2ème éd., Berne 1994 [cité : MOOR I (1994)]
- MOOR PIERRE *Droit administratif*, Vol II, 2ème éd., Berne 2002 [cité : MOOR II (2002)]
- MOOR PIERRE *Droit administratif*, Vol III, Berne 1992 [cité : MOOR III (1992)]
- NORDMANN PHILIPPE *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs*, Vol. II, Staehelin A./Bauer T./Staehelin D. (éd.), Bâle/Genève/Munich 1998, ad Art. 169 LP [cité : SchKG II-NORDMANN]
- OBERSON XAVIER *Droit fiscal suisse*, 2ème éd., Genève/Bâle/Munich 2002 [cité : OBERSON (2002)]
- OCHSNER MICHEL « De quelques aspects de l'exécution des séquestres », in *Le séquestre selon la nouvelle LP*, Zurich 1997, p. 47 ss [cité : OCHSNER (1997)]
- OTTOMANN RUDOLF *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs*, Vol. II, Staehelin A./Bauer T./Staehelin D. (éd.), Bâle/Genève/Munich 1998, ad Art. 159–165 LP [cité : SchKG II-OTTOMANN]
- PETITPIERRE GILLES *Code des obligations I, Code des obligations art. 1–529, Loi sur le crédit à la consommation, Loi sur les voyages à forfait, Commentaire*, Thévenoz L./Werro F. (éd.), Genève/Bâle/Munich 2003, ad Art. 62 CO [cité : CR CO I-PETITPIERRE]
- PIOTET DENIS « Le bail en conflit avec des droits réels restreints sur la chose louée ou affermée », in SJ 1997 p. 677ss [cité : PIOTET (1997)]
- PIOTET DENIS « Formalités de la vente de gré à gré et réalisation de l'immeuble entier en cas de faillite d'un seul des copropriétaires : le bon changement de jurisprudence dans le mauvais arrêt », in JT 2002 II p. 33ss [cité : PIOTET (2002)]
- PLENIO MARTIN *Das Erfüllungsrecht der Konkursverwaltung und schuldrechtliche Verträge im Konkurs*, Berne 2003 [cité : PLENIO (2003)]
- POLITER ETIENNE « Les marchés publics : premières expériences vaudoises », in RDAF 2000 I p. 297ss [cité : POLTIER (2000)]
- PROBST THOMAS *Code des obligations I, Code des obligations art. 1–529, Loi sur le crédit à la consommation, Loi sur les voyages à forfait, Commentaire*, Thévenoz L./Werro F. (éd.), Genève/Bâle/Munich 2003, ad Art. 164 CO [cité : CR CO I-PROBST]

- RASCHEIN ROLF « Die Zwangsverwertung von Grundstücken unter besonderer Berücksichtigung der VZG-Revision vom 4. Dezember 1975 », in BLSchK 1979 p. 33ss [cité : RASCHEIN (1975)]
- RAMMING NIKOLAI *Die Entwicklung der Notstundung im schweizerischen Betreibungsrecht*, Zurich 1943 [cité : RAMMING (1943)]
- REEB BERTRAND « Les mesures provisoires dans la procédure de poursuite », in RDS 116/1997 II p. 421ss [cité : REEB (1997)]
- REISER HANS *Kommentar zum Bundesgesetz   ber Schuldbetreibung und Konkurs*, Staehelin A./Bauer T./Staehelin D. (  d.), Vol. III, Bâle/Genève/Munich 1998, ad Art. 275–281 LP [cité : SchKG III-REISER]
- RHINOW RENÉ/SCHMID GERHARD/BIAGGINI GIOVANNI *  ffentliches Wirtschaftsrecht*, Bâle/Francfort 1998 [cité : RHINOW/SCHMID/BIAGGINI (1998)]
- RIEDO CHRISTOPH *Strafgesetzbuch II*, Niggli M.A./Wiprächtiger H. (  d.), Bâle 2003, ad Art. 292 CP [cité : StGB II-RIEDO]
- RIGOT DOMINIQUE *Le recouvrement forcé des créances de droit public selon le droit de poursuite dettes et de la faillite*, Yens-sur-Morges 1991 [cité : RIGOT (1991)]
- ROMY ISABELLE *Poursuite et faillite, Commentaire de la Loi sur la poursuite pour dettes et la faillite ainsi que des articles 166 à 175 de la Loi sur le droit international privé*, Dallèves L./Foëx B./Jeandin N. (  d.), Bâle/Genève/Munich 2005, ad Art. 197–205 LP [cité : CR LP-ROMY]
- ROTH MARKUS *Kommentar zum Bundesgesetz   ber Schuldbetreibung und Konkurs*, Vol. I, Staehelin A./Bauer T./Staehelin D. (  d.), Bâle/Genève/Munich 1998, ad Art. 2, 4 LP [cité : SchKG I-ROTH]
- RUEDIN ROLAND « Propriété par étages et poursuite pour dettes et faillite », in ZBGR 56/1975 p. 321ss [cité : RUEDIN (1975)]
- RUSENBERGER MARC *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs*, Vol. III, Staehelin A./Bauer T./Staehelin D. (  d.), B  le/Genève/Munich 1998, ad Art. 240–242 LP [cité : SchKG III-RUSENBERGER]
- RUTZ MAGDALENA *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs*, Vol. II, Staehelin A./Bauer T./Staehelin D. (  d.), B  le/Genève/Munich 1998, ad Art. 126 LP [cité : SchKG II-RUTZ]
- SAHLI PETER « Verwertung von Immobilien während des Nachlassverfahrens », in *Der Schweizer Treuhänder* 5/2005, p. 387ss [cité : SAHLI (2005)]
- SCHALLER VERENA *Die Zwangsverwaltung von Liegenschaften*, thèse, Zurich 1949 [cité : SCHALLER (1949)]
- SCELLENBERG CLAUS *Die Rechtsstellung des Dritteigentümers in der Betreibung auf Pfandverwertung*, Zurich 1968 [cité : SCHELLENBERG (1968)]
- SCHMID ERNEST *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs*, Vol. I, Staehelin A./Bauer T./Staehelin D. (  d.), B  le/Genève/Munich 1998, ad Art. 46–55 LP [cité : SchKG I-SCHMID]
- SCHMID J  RG *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht – Zivilgesetzbuch II*, Honsell H./Vogt N.P./Geiser T. (  d.), 2  me   d, B  le 2003, ad Art. 959, 960 CC [cité : BAKO-SCHMID]
- SCHNYDER ANTON K./WIEDE M. ANDREAS *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs*, Vol. III, Staehelin A./Bauer T./Staehelin D. (  d.), B  le/Genève/Munich 1998, ad Art. 283–284 LP [cité : SchKG III-SCHNYDER/WIEDE]

- SCHNYDER BERNHARD « Vertragserfüllung und deren Sicherung in sachenrechtlichen Hinsicht », in *Der Grundstückskauf*, A. Koller (éd.), 2^{ème} éd., Berne 2001 [cité : SCHNYDER (2001)]
- SCHÖNIGER CHRISTIAN *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs*, Vol. II, Staehelin A./Bauer T./Staehelin D. (éd.), Bâle/Genève/Munich 1998, ad Art. 144 LP [cité : SchKG II-SCHÖNIGER]
- SCHWANDER IVO *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht – Zivilgesetzbuch II*, Honsell H./Vogt N.P./Geiser T. (éd.), 2^{ème} éd, Bâle 2003, ad Art. 714 CC [cité : BAKO-SCHWANDER]
- SCHWANDER VITAL *Infractions en matière de poursuite pour dettes et faillite III : Détournement d'objets mis sous main de justice et obtention frauduleuse d'un concordat judiciaire*, FJS n° 1130, Genève 1964 [cité : SCHWANDER (1964)]
- SCHWEIZER RAINER J. *Die schweizerische Bundesverfassung – Kommentar*, Ehrenzeller b./Mastronardi P./Schweizer R.J./Vallender K.A.(éd.), Zurich 2002, ad Art. 3 Cst [cité : SCHWEIZER (2002)]
- SCHWOB RENATE *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs*, Vol. II, Staehelin A./Bauer T./Staehelin D. (éd.), Bâle/Genève/Munich 1998, ad Art. 211 LP [cité : SchKG II-SCHWOB]
- SCYBOZ GEORGES « Le Tribunal fédéral et la poursuite – Brèves remarques d'actualité », in *Centenaire de la LP*, Dallèves L./Krauskopf L./Raschein R./Schüpbach H./Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz (éd.), Zurich 1989, p. 149ss [cité : SCYBOZ (1989)]
- SPIRIG EUGEN *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Teilband V 1k*, Gauch P. (éd.), 3^{ème} éd., Zurich 1993, ad Art. 164 CO [cité : ZK-SPIRIG]
- SPIRIG EUGEN « Zur Kausalität der Abtretung », in *SJZ* 96/2000 p. 7ss [cité : SPIRIG (2000)]
- STADLER PETER *Ungehorsam gegen amtliche Verfügungen (Art. 292 StGB)*, Zurich 1990 [cité : STADLER (1990)]
- STAEHELIN ADRIAN *Probleme aus dem Grenzbereich zwischen Privat- und Zwangsvollstreckungsrecht*, Bâle/Stuttgart 1968 [cité : STAEHELIN (1968)]
- STAEHELIN ADRIAN « Zur Abtretung künftiger Forderungen », in *Mélanges Pierre Engel*, Dessementot F./Piotet P. (éd.), Lausanne 1989, p. 381ss [cité : STAEHELIN (1989)]
- STAEHELIN ADRIAN *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs*, Vol. II, Staehelin A./Bauer T./Staehelin D. (éd.), Bâle/Genève/Munich 1998, ad Art. 106 LP [cité : SchKG II-STAEHELIN]
- STAEHELIN ADRIAN *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Ergänzungsband*, Staehelin A./Bauer T./Staehelin D. (éd.), Bâle/Genève/Munich 2005, ad Art. 102, 152, 153 et 204 LP [cité : SchKG-STAEHELIN, Erg.Bd.]
- STAEHELIN DANIEL *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs*, Vol. I, Staehelin A./Bauer T./Staehelin D. (éd.), Bâle/Genève/Munich 1998, ad Art. 83 LP [cité : SchKG I-STAEHELIN]
- STAEHELIN MATTHIAS *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs*, Vol. III, Staehelin A./Bauer T./Staehelin D. (éd.), Bâle/Genève/Munich 1998, ad Art. 262 LP [cité : SchKG III-STAEHELIN]

- STARK EMIL *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Das Sachenrecht, Band IV, 3. Abteilung*, Meier-Hayoz A. (éd.), 2ème éd., Berne 1984, ad Art. 933 CC [cité : BK-STARK]
- STEINAUER PAUL-HENRI *Les droits réels*, Vol. I, 3ème éd., Berne 1997 [cité : STEINAUER I (1997)]
- STEINAUER PAUL-HENRI *Les droits réels*, Vol. II, 3ème éd., Berne 2002 [cité : STEINAUER II (2002)]
- STEINAUER PAUL-HENRI *Les droits réels*, Vol. III, 3ème éd., Berne 2003 [cité : STEINAUER III (2003)]
- STOFFEL WALTER A. *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs*, Vol. III, Staehelin A./Bauer T./Staehelin D. (éd.), Bâle/Genève/Munich 1998, ad Art. 271–274 LP [cité : SchKG III-STOFFEL]
- STOFFEL WALTER A. *Voies d'exécution*, Berne 2002 [cité : STOFFEL (2002)]
- STRATENWERTH GÜNTER *Schweizerisches Strafrecht – Besonderer Teil II*, 5ème éd., Berne 2000 [cité : STRATENWERTH BT II (2000)]
- STRATENWERTH GÜNTER/JENNA GUIDO *Schweizerisches Strafrecht – Besonderer Teil I*, 6ème éd., Berne 2003 [cité : STRATENWERTH/JENNY BT I (2003)]
- STUDER OTTO « Die Liegenschaftsverwaltung im Zwangsvollstreckungsverfahren », in BLSchK 1954 p. 161ss [cité : STUDER (1954)]
- TANDOGAN HALUK *La nullité, l'annulation et la résiliation partielle des contrats : contribution à l'étude de l'inefficacité partielle des actes juridiques*, Lausanne 1952 [cité : TANDOGAN (1952)]
- TERCIER PIERRE *Le droit des obligations*, 3ème éd., Genève/Zurich/Bâle 2003 [cité : TERCIER (2003)]
- TERCIER PIERRE *Les contrats spéciaux*, 3ème éd., Genève/Zurich/Bâle 2003 [cité : TERCIER (2003, Les contrats)]
- THEVENOZ LUC « Le contrat de gérance d'immeubles », in *Journées suisses du droit de la construction* 2003, Fribourg 2003, p. 107ss [cité : THEVENOZ (2003)]
- TRAUFFER BERNHARD *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht – Schweizerisches Zivilgesetzbuch II*, Honsell H./Vogt N. P./Geiser T. (éd.), Bâle 1992, ad Art. 798, 806–808 CC [cité : BAKO-TRAUFFER]
- TRECHSEL STEFAN *Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 : Kurzkommentar*, 2ème éd., Zurich 1997 [cité : TRECHSEL]
- TSCHUMY JEAN-LUC *La revendication de droits de nature à soustraire un bien à l'exécution forcée*, Tolochenaz 1987 [cité : TSCHUMY (1987)]
- TUOR PETER/SCHNYDER BERNHARD/SCHMID JÖRG/GEISER THOMAS/RUMO.JUNGO ALEXANDRA *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, 12ème éd., Zurich 2002 [cité : TUOR/SCHNYDER/SCHMID/GEISER/RUMO-JUNGO (2002)]
- VALLAT DAMIEN *L'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs et l'exécution forcée*, Lausanne 1998 [cité : VALLAT (1998)]
- VAN DE SANDT CAROLE *L'acte de disposition*, Fribourg 2000 [cité : VAN DE SANDT (2000)]
- VOGEL OSCAR/SPÜHLER KARL *Grundriss des Zivilprozessrechts und des internationalen Zivilprozessrechts der Schweiz*, 7ème éd., Berne 2001 [cité : VOGEL/SPÜHLER (2001)]

- VOLLENWEIDER PETER *Pfandverwertung beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung*, Zurich 1993 [cité : VOLLENWEIDER (1993)]
- VOLLMAR ALEXANDER *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs*, Vol. III, Staehelin A./Bauer T./Staehelin D. ( d.), B le/Genève/Munich 1998, ad Art. 297-298 LP [cité : SchKG III-VOLLMAR]
- VON TUHR ANDREAS/PETER HANS *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrecht*, Vol. I, 3 me  d., Zurich 1979 [cité : VON TUHR/PETER (1979)]
- WALDER SABINA/BAUMANN MAX « Von der Wiege bis zur Bahre schreibt der Bürger Formulare oder Versuch einer Annäherung an eine verkannte Rechtsquelle », in SJZ (90) 1994 p. 393ss [cité : WALDER/BAUMANN (1994)]
- WEISS GOTTFRIED *Das Recht der Grundpfandgl ubiger an den Erträgnissen des verpfändeten Grundstückes*, Zurich 1936 [cité : WEISS (1936)]
- WERRO FRANZ *Code des obligations I, Code des obligations art. 1-529, Loi sur le crédit à la consommation, Loi sur les voyages   forfait, Commentaire*, Thévenoz L./Werro F. ( d.), Genève/B le/Munich 2003, ad Art. 55 CO [cité : CR CO I-WERRO]
- WEYERMANN EDWIN « Die Verordnungen des Bundesgerichts zum SchKG in ihrer geänderten Fassung – Eine Übersicht », in AJP/PJA 1996 p. 1370ss [cité : WEYERMANN (1996)]
- WIEGAND WOLFGANG *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch II*, Honsell H./Vogt N. P./Geiser T. ( d.), B le 1992, ad Art. 641-645 CC [cité : BAKO-WIEGAND]
- WIELAND CARL *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht*, Egger A./Escher A./Reichel A./Wieland C. ( d.), Zurich 1909, ad Art. 806 CC [cité : ZK-WIELAND]
- WINKELMANN ALAIN/LEVY LAURENT/JEANNERET VINCENT/MERKT OLIVIER/BIRCHLER FRANCESCA *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs*, Vol. III, Staehelin A./Bauer T./Staehelin D. ( d.), B le/Genève/Munich 1998, ad Art. 319-332 LP [cité : SchKG III-WINKELMANN/LEVY/JEANNERET/MERKT/BIRCHLER]
- WOHLFAHRT HEINER *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs*, Vol. II, Staehelin A./Bauer T./Staehelin D. ( d.), B le/Genève/Munich 1998, ad Art. 204, 207 LP [cité : SchKG II-WOHLFAHRT]
- ZINGG DENISE « Die Mehrwertsteuer in der Zwangsvollstreckung », in FS ZRK : zum 10. Geburtstag der Eidgenössischen Steuerrekurskommission, Lausanne 2004, p. 297ss [cité : ZINGG (2004)]
- ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE/DUBEY JACQUES « Quid après l'adjudication ? Les effets du droit (public) des marchés publics sur la conclusion et l'exécution du contrat (de droit privé) », in BR/DC 2004 I p. 62ss [cité : ZUFFEREY/DUBEY (2004)]

Introduction

1. Le droit de l'exécution forcée, régi par la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1889¹, règle la procédure par laquelle un créancier tend, avec le concours de l'autorité, à obtenir d'un débiteur l'exécution de sa dette d'argent². Pour ce faire, l'autorité met la main sur les biens du débiteur, et procède à leur réalisation au profit du créancier. Entre le moment où le créancier requiert l'exécution de la dette et celui où la réalisation intervient à son profit, les biens du débiteur se trouvent sous la mainmise officielle de l'autorité de poursuite³. Cette mainmise officielle s'exprime par tout un arsenal de mesures ou d'injonctions : l'interdiction de disposer, la perte du pouvoir de disposer, la présence de sanctions pénales, l'opposabilité d'actes juridiques accomplis sur le patrimoine, la nullité d'actes de disposition, la mise sous gérance légale. Les conséquences de la mainmise officielle sont souvent désignées comme le dessaisissement du débiteur. Cette notion, inconnue de la LP, est apparue très tôt en doctrine⁴, puis a été reprise en jurisprudence⁵ ; elle désigne le fait de priver une personne de l'administration de tout ou partie de son patrimoine⁶. Malgré cela, il demeure difficile de saisir les conséquences de la mainmise officielle sur les biens du débiteur.

2. Dans la première partie de ce travail, nous redéfinissons la portée de l'emprise officielle selon le droit de l'exécution forcée sur les biens du débiteur. Notre étude se fonde du point de vue non pas de la personne concernée, mais sous l'angle de ses biens : c'est aussi par les prérogatives que l'autorité a sur eux que s'exprime le dessaisissement du débiteur. Compte tenu de cet angle d'analyse, la question n'est plus celle du dessaisissement du débiteur, mais celle de l'indisponibilité⁷ de l'objet sous la main de l'autorité.

¹ RS 281.1 ; « LP ».

² AMONN/WALTER (2003), p. 3 ; FRITZSCHE/WALDER I (1984), p. 10 ; GILLIERON (1991), p. 250 ; MARTIN (1908), p. 1 ; STOFFEL (2002), p. 4 ; VALLAT (1998), p. 63. Le droit de l'exécution forcée a également pour objet l'exécution de sûretés (art. 38, al.1, LP).

³ La conception de la mainmise officielle, avant de s'imposer, avait été précédée de querelles relatives à la nature même de l'institution : on se demandait si elle n'entraînait pas la constitution d'un droit réel analogue à un droit de gage, voire l'expropriation du débiteur : FRITZSCHE/WALDER I (1984), p. 360 ; GILLIERON (1991, Note) ; MARTIN (1908), p. 80 ; VALLAT (1998), p. 72, 77–78.

⁴ MARTIN (1908), p. 189. Voir plus tard COLOMBARA (1992), p. 341ss ; GILLIERON (2005), p. 316ss ; CR LP-ROMY, N° 1 ad Art. 204 LP.

⁵ ATF 130/2004 III 248, X.54 ; ATF non publié du 10 décembre 2001, *D. et S.* (5P.233/2001) ; ATF 121/1995 III 28, W ; ATF 118/1992 III 40, G.

⁶ COLOMBARA (1992), p. 355, avec les origines de la notion en droit français et en droit allemand.

⁷ Cette notion d'indisponibilité est déjà apparue en jurisprudence et en doctrine : ATF du 5 octobre 2000 (5P.235/2000), *D., S. et AA.* ; ATF 99/1973 III 12, *Ingenieurbüro R. Lampert-Brändli*. GILLIERON (2005), p. 11 ; MARTIN (1908), p. 101 ; VALLAT (1998), p. 82.

3. Avec un examen de l'ensemble des dispositions légales affectant la disponibilité des biens du débiteur, nous démontrons que la thématique de l'indisponibilité se fonde sur des principes identiques dans chaque type de procédure d'exécution forcée. L'indisponibilité se développe autour de deux axes : la perte du pouvoir de disposer et l'inopposabilité des actes juridiques accomplis par le débiteur. Le transfert des pouvoirs d'administration à l'autorité, qui s'exprime dans l'exécution spéciale par la tâche de gérance légale portant sur les immeubles, peut avoir un effet constitutif dans le processus. Il en va de même de l'article 806 du Code civil du 10 décembre 1907⁸, qui confère certains droits aux créanciers gagistes.

4. La seconde partie de notre travail consiste en l'étude de l'institution de la gérance légale des immeubles. Le siège de la matière se trouve en grande partie dans l'Ordonnance du Tribunal fédéral sur la réalisation forcée des immeubles du 23 avril 1920⁹. Des questions relevant de la gérance légale des immeubles ont été soumises aux tribunaux, assez fréquemment avant l'entrée en vigueur de l'ORFI, et dans une moindre mesure par la suite. Le volume du contentieux s'est récemment accru, en écho à la crise immobilière des années 1990. En doctrine, le sujet n'a pas fait l'objet de nombreuses d'études¹⁰.

5. Nous proposons un panorama des règles applicables à la gérance légale des immeubles, en distinguant au besoin entre les différentes procédures. De celui-ci, il ressort que la gérance légale constitue une institution cohérente, régie par le principe général fort de la nécessité, qui permet de trancher la majorité des questions qui pourraient se poser au gérant légal. Par ailleurs, les développements relatifs au contentieux ouvrent la voie à une approche différente du contrôle de l'activité des organes de la poursuite, puisque nous suggérons l'emploi en droit des poursuites du mécanisme connu en droit administratif de l'acte détachable. Enfin, nous soulignons l'impact essentiel des règles du droit public dans la question du transfert de la tâche de gérance légale à un tiers.

6. Le champ de notre examen fait l'objet de nombreuses délimitations. La première concerne le droit applicable. Notre étude se concentre sur le droit fédéral. Les législations cantonales qui auraient pris parti, comme Genève, de réglementer la question de la gérance légale ne sont pas étudiées ici. Par ailleurs, nous n'examinons pas certaines questions réglées dans des lois connexes à la LP ou aux ordonnances qui en dépendent, comme la Loi fédérale réglant la poursuite pour dettes contre les communes ou autres collectivités de droit public cantonal du 4 décembre 1947¹¹ ou l'Ordonnance du Tribunal fédéral concernant la saisie et la réalisation de parts de communautés du 17 janvier

⁸ RS 210 ; « CC ».

⁹ RS 281.42 ; « ORFI ».

¹⁰ Nous pouvons citer les contributions spécifiques de SCHALLER (1949) et de STUDER (1954).

¹¹ RS 282.11 ; « LPCom ».

1923¹². La deuxième limite ressortit à la matière étudiée : la question de l'indisponibilité est appréhendée pour elle-même. Nous n'étudions pas le sort, à l'issue de la procédure, des droits portant sur l'immeuble ou de la créance dont l'exécution est requise. Pour cette même raison, les actes relevant des préparatifs à la réalisation accomplis par l'autorité en charge de la gérance légale, comme l'estimation de l'immeuble ou l'établissement de l'état des charges, ne sont pas étudiés. Enfin, nous avons le plus souvent considéré l'immeuble dans son sens commun ; nos réflexions, sans les exclure, ne se sont pas toujours tournées vers l'immeuble considéré dans sa définition selon le Code civil, à savoir comme un bien-fonds, un droit distinct et permanent inscrit au registre foncier, une mine, ou une part de copropriété d'un immeuble.

7. Finalement, notre étude tient compte de l'état du droit au 30 septembre 2005.

¹² RS 281.41 ; « OPC ».

Partie 1 : L'indisponibilité de l'immeuble

8. L'objet de cette première partie est de déterminer les effets concrets de la mainmise officielle sur l'immeuble. Pour ce faire, nous examinons dans chaque procédure d'exécution forcée le complexe des normes affectant d'une manière ou d'une autre la disponibilité de l'immeuble.

9. Le siège de la matière se trouve principalement dans la LP et l'ORFI. Aux dispositions relevant du droit de l'exécution forcée, il faut joindre les normes pénales servant à assurer l'effectivité de la mise des biens sous main de l'autorité. L'article 806 CC occupe par ailleurs une place particulière dans la problématique ; pour cette raison, nous l'analysons dans une section propre.

10. Après quelques remarques préliminaires relatives au droit applicable et à la notion d'immeuble (A.), nous procédons à l'examen circonstancié de l'article 806 du Code civil (B.). Nous passons ensuite à la présentation de l'expression de l'indisponibilité de l'immeuble dans la poursuite par voie de saisie (C.), dans la poursuite en réalisation de gage (D.) et dans la faillite (E.). Les autres procédures, dont le concordat et le séquestre, sont réunies dans une avant-dernière section (F.). En guise de conclusion, nous proposons une nouvelle lecture des normes en matière d'indisponibilité des immeubles sous la main de l'autorité (G.).

A. Remarques préliminaires

11. Avant d'aborder la problématique de l'indisponibilité avec l'examen approfondi des normes qui la fondent, nous présentons les règles applicables du droit des poursuites et de la faillite (1.), ainsi que la définition de l'immeuble dans la législation y afférant (2.).

1) Les règles applicables du droit des poursuites et de la faillite

12. La Confédération a la compétence de légiférer en matière de droit civil (art. 122, al. 1, Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999¹³). Sous l'angle de la répartition des compétences entre Confédération et cantons, la législation en matière de poursuite pour dettes et de faillite est reconnue comme ressortissant à la procédure d'exécution du droit civil¹⁴.

13. En revanche, sur un plan fonctionnel, la réglementation met en œuvre un service étatique, investi de la puissance publique, au service de l'intérêt non seulement des créanciers, mais également, d'une manière plus générale, du bon fonctionnement de la société. En cela, le droit des poursuites doit également être compris comme une branche du droit public¹⁵.

a) La loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite

14. Les normes en matière d'indisponibilité figurent dans une large mesure dans la LP. Dans la poursuite par voie de saisie, l'article 96, alinéa 1, LP, interdit au débiteur saisi de disposer des biens saisis ; l'alinéa 2 du même article sanctionne de nullité les actes de disposition accomplis par le débiteur ; la restriction du droit d'aliéner découlant de la saisie est par ailleurs annotée au registre foncier (art. 101, al. 1, LP) ; l'office est chargé de la gérance et de la culture de l'immeuble (art. 102, al. 3, LP). Dans la faillite, les actes de disposition du failli sur les biens de la masse sont frappés de nullité (art. 204, al. 1, LP) ; le failli ne peut pas valablement recevoir de paiement en ses mains (art. 205, al. 1, LP) ; les pouvoirs d'administration sur les biens sont transmis à l'administration de la faillite (art. 221 et 240 LP). Dans les procédures concor-

¹³ RS 101 ; « Cst ».

¹⁴ MCF (1991), p. 5 ; AP (1874), p. 47, 51.

¹⁵ MCF (1991), p. 5.

dataires, pendant le sursis, certains actes du débiteur sur l'actif immobilisé lui sont interdits et frappés de nullité (art. 298, al. 2, LP) ; lorsque le concordat est homologué, le débiteur n'a plus le droit de disposer de ses biens (art. 319, al. 1, LP). En cas de séquestre, les règles de la saisie s'appliquent par analogie (art. 275 LP).

15. Les dispositions qui traitent expressément de la gérance légale des immeubles sont rares dans la LP. La disposition la plus explicite est l'article 102, alinéa 3, LP, qui prévoit, en matière de poursuite par voie de saisie, que l'office « *pourvoit à la gérance et à l'exploitation de l'immeuble* ». D'autres dispositions mentionnent l'institution, ou imposent des obligations à l'office, qui permettent d'en cerner quelque peu les contours. Par exemple, l'article 102, alinéa 2, LP, impose à l'office de communiquer la saisie aux créanciers immobiliers ainsi qu'aux locataires et fermiers ; l'article 137 LP détermine le terme de la gérance, tandis que l'article 144, alinéa 3, LP alloue le produit de la réalisation en premier lieu à la couverture des frais d'administration. Dans la poursuite en réalisation de gage, l'article 152, alinéa 2, LP impose à l'office d'aviser de la poursuite les locataires et fermiers et de les inviter à payer en ses mains les loyers et fermages qui viendront à échéance, s'il s'agit d'un immeuble loué ou affermé et si le créancier gagiste poursuivant exige que le gage comprenne les loyers et fermages ; par ailleurs, l'article 157, alinéa 1, LP impose d'affecter le produit de la réalisation à la couverture des frais d'administration. En outre, en matière de poursuite en réalisation de gage et de séquestre, l'article 102, alinéa 3, LP est appliqué par analogie. La LP fournit donc les bases de l'obligation de gérance légale des immeubles. Elle n'en décrit toutefois pas les modalités ; seul un petit nombre des obligations incombant à l'autorité figure dans la loi. Dans ce contexte, les ordonnances d'exécution de la loi sont d'une grande importance.

b) Les ordonnances d'exécution de la LP

16. Les ordonnances d'exécution de la LP peuvent émaner du Tribunal fédéral, qui jouit dans ce cadre d'une compétence normative (art. 15, al. 2, LP), ou du Conseil fédéral (art. 16, al. 1, LP). Nous présentons successivement l'ORFI, l'Ordonnance sur l'administration des offices de faillite du 13 juillet 1911¹⁶, et l'Ordonnance du 23 septembre 1996 sur les émoluments perçus en application de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite¹⁷.

17. L'ORFI est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1921¹⁸. Elle a subi quelques modifications en 1923, 1975, 1993 et 1996¹⁹. Les modifications intervenues en

¹⁶ RS 281.32 ; « OAOF ».

¹⁷ RS 281.35 ; « OELP ».

¹⁸ RS 3 109.

1996 ont fait suite à la révision de la LP du 16 décembre 1994, à l'occasion de laquelle des dispositions figurant jusqu'alors dans l'ordonnance ont été insérées dans la loi, pour des questions de hiérarchie des normes²⁰. Par ailleurs, l'abréviation d'ORFI a remplacé celle d'ORI.

18. L'ORFI régit la procédure de réalisation forcée des immeubles. Dans des sections ou dispositions propres, elle régit la compétence de l'autorité relative aux actes d'administration des immeubles une fois la saisie exécutée (art. 16 à 22 ORFI), la poursuite en réalisation de gage avec extension aux loyers et fermages requise (art. 91 à 96, puis 101, ORFI) ou la faillite ouverte (art. 124 ORFI). Ces règles constituent l'essence normative de la gérance légale des immeubles.

19. Compte tenu du peu de règles relatives à la gérance légale des immeubles contenues dans la LP, l'ORFI occupe une place prépondérante dans notre analyse. Cette place est d'autant plus importante que le Tribunal fédéral et la doctrine reconnaissent à l'ORFI une haute densité normative²¹. En effet, bien que la compétence normative du Tribunal fédéral ne soit que réglementaire²², ce même Tribunal fédéral, en sa qualité de juridiction, admet que l'ORFI contient des règles primaires, qui modifient le champ d'application ou la portée de la loi ou s'y substituent²³ ; certaines dispositions de l'ORFI auraient ainsi rang de loi par la force de la coutume²⁴. Dans ces circonstances, les règles de l'ORFI bénéficient d'un poids certain dans l'analyse juridique.

20. L'OAOF est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1912²⁵. Tout comme l'ORFI, l'OAOF a été adaptée à la suite de la modification de la LP du 16 décembre 1994²⁶. L'abréviation d'OF a été remplacée par celle d'OAOF.

21. L'OAOF, qui sert à concrétiser les différents stades de la procédure de faillite, contient quelques dispositions ayant particulièrement trait aux immeubles tombant dans la masse en faillite. Il s'agit des articles 26 et 33 OAOF,

¹⁹ RO 40 25, RO 1976 164, RO 1993 3183.

²⁰ MCF (1991), p. 113, 115, 123, 124. Pour une énumération complète des modifications intervenues dans l'ORFI à la faveur de la révision de la LP du 16 décembre 1994, voir WEYERMANN (1996), p. 1373.

²¹ ATF 117/1991 III 44, *Henri Sormani, Patrick Francey, Michel Francey* = JT 1993 II 149 ; ATF 117 III 33, *Kurt Ch.* = JT 1993 II 104. FAVRE (1942), p. 3 ; GILLIERON I, N° 25 ad Art. 15 LP ; SCYBOZ (1989), p. 154 ; *contra*, pour des raisons de méthodologie : SchKG I-EMMEL, N° 3 ad Art. 15 LP.

²² ATF 88/1962 III 42, *Tenger* = JT 1962 II 44 ; ATF 117/1991 III 33, *Kurt Ch.* = JT 1993 II 104. SchKG I-EMMEL, N° 2 ad Art. 15 LP ; GILLIERON (1985, Note), p. 46 ; SCYBOZ (1989), p. 154.

²³ Pour la notion de normes primaires : AUER/MALINVERNI/HOTTELLIER I (2000), p. 524. A titre d'exemple, voir les articles 26, 91, 93 ou 130 ORI, dans leur teneur antérieure à la révision du 5 juin 1996.

²⁴ ATF 117/1991 III 44, *Henri Sormani, Patrick Francey, Michel Francey* = JT 1993 II 149 ; ATF 117 III 33, *Kurt Ch.* = JT 1993 II 104.

²⁵ RS 3 153.

²⁶ Pour le détail des modifications intervenues : WEYERMANN (1996), p. 1371ss.

relatifs à la manière de porter à l'inventaire les immeubles et loyers produits par ceux-ci.

22. Enfin, émanant du Conseil fédéral²⁷, l'OELP²⁸ arrête le montant des émoluments perçus par les autorités de poursuite. C'est à l'article 27 OELP qu'est institué l'émolument pour la gérance d'immeubles.

c) Les formulaires et instructions

23. Comme le droit des poursuites est mis en œuvre par des administrations cantonales, l'autorité de surveillance fédérale a édicté, en vue de son application uniforme sur tout le territoire de la Confédération, des formulaires et des instructions.

24. Les formulaires sont « prescrits en vue d'une application uniforme des dispositions de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite et des ordonnances correspondantes du Tribunal fédéral » (art. 1, al. 1, de l'Ordonnance du Tribunal fédéral du 5 juin 1996 sur les formulaires et registres à employer en matière de poursuite pour dettes et de faillite²⁹). L'utilisation des formulaires incombe tant aux offices qu'aux acteurs à la poursuite, en particulier au créancier. Cependant, pour les réquisitions de celui-ci, elle n'est pas obligatoire (art. 3, al. 1, Oform).

25. En matière de réalisation forcée des immeubles, il existe des formulaires dits « ORFI », numérotés de 1 à 21, qui doivent obligatoirement être utilisés par les offices au cours de la procédure.

26. Le Tribunal fédéral peut en outre donner des instructions aux autorités cantonales de surveillance (art. 15, al. 3, LP). Les instructions sont édictées par la Chambre des poursuites et des faillites, à qui la surveillance en matière de poursuite et de faillite incombe (art. 12, al. 1, litt. c, de la Loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943³⁰)³¹.

²⁷ A l'origine, la compétence réglementaire en exécution de la LP appartenait au Conseil fédéral ; celle-ci a été transférée en 1895 au Tribunal fédéral : AMONN/WALTHER (2003), p. 9 ; SchKG I-EMMEL, N° 1 ad Art. 16 LP. Pour les motifs de ce transfert de compétences : GILLIERON I, N° 16ss ad Art. 15 LP.

²⁸ Le Conseil fédéral avait auparavant édicté le Tarif des frais applicables à la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, du 7 juillet 1971, modifié à plusieurs reprises (RO 1972 2897, 1975 2382, 1977 2164), aujourd'hui remplacé par l'OELP.

²⁹ RS 281.31 ; « Oform ».

³⁰ RS 173.110 ; « OJ ».

³¹ Dans les faits, les circulaires aujourd'hui utilisées, qui sont des formes particulières d'instructions, sont édictées par le Tribunal fédéral réuni en *plenum*, et non par la Chambre des poursuites et des faillites.

27. Les instructions peuvent prendre la forme de circulaires, de lettres ou d'avis³². Elles sont publiées dans le Recueil des ATF, voire dans les *Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs*. A l'occasion de la révision de la LP du 16 décembre 1994, le Tribunal fédéral a, par une Circulaire N°37 du 7 novembre 1996³³, énuméré les circulaires, lettres et avis qui conservent leur validité.

28. Le caractère obligatoire des instructions dépend de leur contenu. Si ces instructions contiennent des prescriptions générales relatives à la manière de traiter certaines situations données, à savoir des normes générales et abstraites, elles peuvent être qualifiées d'ordonnances administratives³⁴. Cette qualification d'ordonnances administratives emporte leur effet obligatoire à l'égard des autorités de poursuite, qui sont tenues de les appliquer³⁵. Les instructions peuvent également ne consister qu'en de simples prescriptions d'ordre, par exemple lorsqu'elles règlent un point mineur de procédure. Dans ce cas, elles ne sont pas contraignantes, et peuvent ne pas être suivies sans que soit risquée une invalidité des actes de poursuite s'y rapportant³⁶.

29. En matière de réalisation forcée des immeubles, il existe des « Instructions des 7 octobre 1920/29 novembre 1976/22 juillet 1996 au sujet des formulaires et autres pièces concernant la réalisation forcée des immeubles »³⁷. Celles-ci imposent aux offices d'utiliser un certain type de formulaires dans des situations déterminées.

³² SchKG I-EMMEL, N° 5 ad Art. 15 LP ; GILLIERON I, N° 31 ad Art. 15 LP ; SCYBOZ (1989), p. 154.

³³ Cette circulaire est parue aux ATF 122/1996 III 327, et est également reproduite dans JAEGER/KRAUSKOPF/STOFFEL (1997), p. 405.

³⁴ SchKG I-EMMEL, N° 5 ad Art. 15 LP ; GILLIERON I, N° 35 ad Art. 15 LP. Pour la définition des ordonnances administratives : AUER/MALINVERNI/HOTTELIER I (2000), p. 521 ; HÄFELIN/MÜLLER (2002), p. 337.

³⁵ ATF 50/1924 III 38, *Birmele* = JT 1924 II 106.

³⁶ ATF 126/2000 III 479, *A. S4* ; dans cet arrêt, les explications figurant au dos du formulaire de réquisition de continuer la poursuite imposaient de munir le jugement de mainlevée d'une attestation de son caractère exécutoire ; comme le caractère exécutoire du jugement découlait clairement de la loi de procédure cantonale, la Chambre des poursuites et des faillites du Tribunal fédéral a admis la plainte du créancier de qui l'office des poursuites exigeait une telle attestation ; la Chambre des poursuites et des faillites a précisé que les explications sur lesquelles se fondait l'office n'avaient pas force de loi, ce qui permettait à l'office de donner suite à la réquisition sans encourir le risque d'une invalidité de l'avis de saisie.

³⁷ « IFORFI ». BISChK 1996, p. 167 ; voir également JAEGER/KRAUSKOPF/STOFFEL (1997), p. 441ss. La version française du Titre E (art. 31 à 34) a été adaptée aux textes allemand et italien par des instructions de la Chambre des poursuites et des faillites du 1^{er} février 2001, parues dans la BISChK 2001, p. 57–58.

2) L'immeuble dans la LP

30. La LP ne précise pas ce qu'elle comprend par le mot « *immeuble* ». En particulier, « *immeuble* » ne fait pas partie des termes dont la définition est donnée à l'article 37 LP. En revanche, l'ORFI précise expressément, en son article 1, alinéa 1, qu'elle est applicable aux immeubles au sens de l'article 655 CC. Les auteurs renvoient le plus souvent à la définition de l'article 655, alinéa 2, CC³⁸ ; certains précisent qu'elle vaut de manière générale pour tout le droit de la poursuite³⁹.

31. A notre sens, le mot *immeuble*, lorsqu'il figure dans la LP, désigne les immeubles au sens de l'article 655, alinéa 2, CC. Aux termes de cette disposition, on entend par *immeubles* les biens-fonds, à savoir toute surface de terrain ayant des limites déterminées de façon suffisante⁴⁰, les droits distincts et permanents, immatriculés au registre foncier⁴¹, les mines⁴², et les parts de copropriété d'un immeuble (article 655, alinéa 2, chiffres 1-4, CC).

32. En effet, il convient de tenir compte de la fonction de la législation de l'exécution forcée dans l'ordre juridique. Cette législation intervient dans une phase d'exécution d'obligations matérielles préexistantes, qui ont pris naissance et qui sont définies dans les lois de fond, et notamment dans le Code civil. Le Code civil et la LP sont sous cet angle interdépendants. A défaut de précision contraire, les termes utilisés doivent être uniformes.

33. Par ailleurs, une volonté générale d'adaptation de la LP au droit civil ressort de la révision de la LP de 1994. La nouvelle désignation des immeubles dans la version allemande de la LP illustre bien ce point. A l'origine, la terminologie utilisée n'était pas uniforme : avant la révision de 1994, c'est le terme de « *Liegenschaft* » qui figurait à l'article 101, alinéa 2, LP, et non celui de « *Grundstück* » utilisé ailleurs ; or, le premier terme signifie « *bien-fonds* » au sens de l'article 655, alinéa 2, chiffre 1, CC, alors que le second désigne les immeubles, selon la définition générale de l'article 655, alinéa 2, CC. Aujourd'hui,

³⁸ Voir, dans JAEGER/KRAUSKOPF/STOFFEL (1997), les renvois presque systématiques à l'article 655 CC lors de l'utilisation du mot « *immeuble* ». Voir, en outre et par exemple, AMONN/WALTHER (2003), p. 229 ; FOEX (2001), p. 4 ; GILLIERON II, N° 23 ad Art. 151 LP ; le même, N° 38 ad Art. 95 LP ; CR LP-JEANDIN/SABETI, N° 1 ad Art. 101 LP ; SchKG II-STAEHELIN, N° 1 ad Art. 101 LP ; le même, N° 16 ad Art. 133 LP. *Contra* : JAEGER/WALDER/KULL/KOTMANN I, N° 13 ad Art. 95 LP ; cette dernière disposition n'utilise cependant pas, dans sa version allemande, le terme de « *Grundstück* », mais celui de « *unbewegliches Vermögen* ».

³⁹ SchKG II-STAEHELIN, N° 17 ad Art. 107 LP.

⁴⁰ Article 3, alinéa 2, de l'Ordonnance du Conseil fédéral du 22 février 1910 sur le registre foncier (RS 211.432.1 ; « ORF »).

⁴¹ Parmi ceux-ci on vise notamment les droits de superficie et les droits de source : article 9, alinéa 1, ORF ; pour plus de détails, voir STEINAUER I (1997), p. 186.

⁴² En particulier la concession octroyée par un canton en vertu de la régle des mines, qui permet d'exploiter un gisement : STEINAUER I (1997), p. 187.

la loi utilise le terme de « *Grundstück* » ; le législateur a expressément déclaré vouloir reprendre la terminologie utilisée dans le Code civil⁴³. A cet égard, la commission d'experts avait proposé d'ajouter un alinéa 4 à l'article 37 LP, selon lequel : « *L'expression « immeuble » s'entend au sens de l'article 655, alinéa 2, CC.* »⁴⁴. Cette proposition n'a pas été reprise ; il ressort de la procédure de consultation que les milieux bancaires estimaient l'adjonction de cet alinéa superflue⁴⁵.

B. L'article 806 CC

34. L'article 806 CC figure dans les dispositions générales du Titre vingt-deuxième du Code civil relatif au gage immobilier. Le droit de gage immobilier permet à son titulaire de faire réaliser l'immeuble qui en est l'objet, afin d'obtenir le paiement de la créance garantie (art. 816, al. 1, CC)⁴⁶. La prétention du créancier gagiste à être désintéressé par la réalisation de l'objet du gage est une composante essentielle du droit de gage⁴⁷. Cependant, le droit matériel interdit au créancier de s'approprier l'objet (art. 816, al. 2, CC). Le droit du créancier gagiste consiste donc à pouvoir requérir la vente de l'objet grevé du gage et à obtenir satisfaction sur le produit de réalisation⁴⁸.

35. Dans ce contexte, quelques normes du droit de fond influencent directement le droit de l'exécution forcée, dans la mesure où elles règlent certaines modalités des opérations de réalisation. Par exemple, l'article 816, alinéa 3, CC impose, lorsque plusieurs immeubles sont constitués en gage pour la même créance, au créancier gagiste d'en poursuivre simultanément la réalisation⁴⁹. Le droit de fond intervient dans ce cas directement dans l'organisation de la procédure d'exécution forcée⁵⁰.

⁴³ BBI 1991 III 84 ; les modifications terminologiques intervenues lors de la révision de la LP, si elles ne concernaient qu'une seule des trois langues, ont été mentionnées dans le Message du Conseil fédéral dans la langue concernée uniquement, raison pour laquelle la référence à la Feuille fédérale est donnée ici en allemand. Voir également, dans le même sens, la modification similaire de l'article 226 LP (BBI 1991 III 140).

⁴⁴ Bericht (1981), p. 25.

⁴⁵ Résultats (1984), p. 199 ; les raisons d'une telle prise de position ne ressortent pas des résultats de la procédure de consultation.

⁴⁶ HOMBERGER/MARTI (1942), p. 1 ; STEINAUER III (2003), p. 136.

⁴⁷ BK-LEEMANN, N° 2 ad Art. 816 CC ; BAKO-TRAUFFER, N° 2 ad Art. 816 CC.

⁴⁸ BK-LEEMANN, N° 2&3 ad Art. 816 CC ; STEINAUER III (2003), p. 137 ; STOFFEL (2002), p. 175 ; BAKO-TRAUFFER, N° 1 ad Art. 816 CC ; WEISS (1936), p. 24 ; ZK-WIELAND, N°1 ad Art. 816 CC.

⁴⁹ Voir, pour illustration, l'ATF 126/2000 III 33, *Banque X*.

⁵⁰ A propos des incidences de cette obligation sur la gérance légale des immeubles concernés, voir *infra* § 449–450.

36. L'article 806 CC a comme particularité de ne déployer ses effets que dans le cas de la survenance d'une procédure d'exécution forcée. Parfois, ces effets se superposent aux conséquences juridiques du droit des poursuites ; dans d'autres cas ils les entraînent. Dans l'une ou l'autre de ces hypothèses, ce sont les thèmes de l'indisponibilité et de la gérance légale qui entrent en considération. Aussi, bien que cette norme ne concerne que les immeubles frappés d'un droit de gage immobilier et qu'elle ne soit pas mise en œuvre dans tous les types de poursuites, elle occupe une fonction cardinale dans la problématique de l'indisponibilité de l'immeuble et de sa gérance légale. C'est pour cette raison que nous la présentons avant les sections relatives à l'indisponibilité de l'immeuble dans chaque mode de poursuite.

37. « ¹ Le gage grevant un immeuble donné à bail comprend également les loyers et fermages qui ont couru, depuis la poursuite en réalisation de gage commencée par le créancier ou la déclaration de faillite du débiteur, jusqu'au moment de la réalisation. ² Ce droit n'est opposable aux locataires et fermiers qu'après la notification à eux faite de la poursuite ou après la publication de la faillite. ³ Les actes juridiques du propriétaire relativement à des loyers ou des fermages non échus, ou la saisie de ces prestations par d'autres créanciers, ne sont pas opposables au créancier qui a poursuivi en réalisation de son gage avant l'époque où ces loyers sont devenus exigibles. » (art. 806 CC).

38. L'article 806 CC instaure ce que l'on convient d'appeler l'extension du gage aux loyers. L'alinéa 1 en pose les conditions, l'alinéa 2 règle l'opposabilité de ce droit aux locataires et fermiers, tandis que l'alinéa 3 permet de régler les conflits entre ce droit et les actes juridiques du propriétaire relatifs aux loyers et fermages ou leur saisie.

39. Nous présentons en premier lieu la fonction de l'article 806 CC dans le cadre de la réglementation relative au droit de gage immobilier (1.), nous examinons ensuite à quelles conditions les prérogatives conférées par l'article 806 CC peuvent être mises en œuvre (2.), puis en décrivons les effets (3.).

1) La fonction de l'article 806 CC

40. L'article 806 CC complète la règle générale de l'article 805 CC relative à l'assiette du gage immobilier. Selon cette disposition de principe, « *Le gage immobilier frappe l'immeuble avec ses parties intégrantes et ses accessoires.* » (art. 805, al. 1, CC).

41. Les parties intégrantes sont ce qui, d'après l'usage local, constitue un élément essentiel de la chose et n'en peut être séparé sans la détruire, la détériorer ou l'altérer (art. 642, al. 2, CC) ; sont par ailleurs parties intégrantes en

vertu de la loi les fruits naturels non séparés (art. 643, al. 3, CC), les constructions, les plantations et les sources (art. 667, al. 2, CC, 671 CC, 678 CC, 704 CC)⁵¹. Par exemple, une installation de chauffage central est une partie intégrante d'un immeuble.

42. Les accessoires sont définis à l'article 644, alinéa 2, CC : ce sont « ... les objets mobiliers qui, d'après l'usage local ou la volonté clairement manifestée du propriétaire de la chose principale, sont affectés d'une manière durable à l'exploitation, à la jouissance ou à la garde de celle-ci et qu'il y a joints, adaptés ou rattachés pour le service de la chose ». L'article 645 CC exclut la qualité d'accessoires pour certaines choses ; il en va ainsi des « ... effets mobiliers qui ne sont affectés que temporairement à l'usage du possesseur de la chose principale ou ne sont destinés qu'à être consommés par lui, ceux qui sont étrangers à la nature particulière de la chose et ceux qui ne sont rattachés à celle-ci que pour être gardés ou déposés à fin de vente ou de bail... ». Enfin, la qualité d'accessoires d'objets mentionnés comme tels dans l'acte d'affectation et au registre foncier, comme les machines ou le mobilier d'hôtel, est présumée, pour autant que les conditions légales soient réalisées (art. 805, al. 2, CC). Aux termes de la jurisprudence et de la doctrine majoritaire, il découle de ces dispositions légales que des conditions objectives cumulatives et subjectives alternatives doivent être réalisées pour qu'une chose soit qualifiée d'accessoire⁵². Objectivement, l'accessoire doit être une chose mobilière et doit dépendre d'une chose principale ; il doit exister entre ces deux choses une relation d'affectation durable et un lien extérieur. Subjectivement, l'accessoire doit être considéré comme tel par l'usage local ou déclaré tel par l'intention clairement manifestée du propriétaire⁵³.

43. Les loyers et fermages, tirés de l'immeuble en raison d'un rapport juridique avec un tiers, sont, en l'absence de codification dans le Code civil⁵⁴, qualifiés de coutume de fruits civils⁵⁵. Ces fruits civils produits par l'immeuble ne sont pas visés par l'article 805, alinéa 1, CC : il ne s'agit en particulier pas de parties intégrantes de l'immeuble, puisque seuls les fruits naturels produits

⁵¹ A propos de la notion de parties intégrantes : ZK-HAAB, ad Art. 642 CC ; BK-MEIER-HAYOZ, ad Art. 642 CC ; STEINAUER I (1997), p. 273ss ; BAKO-WIEGAND, ad Art. 642 CC.

⁵² ATF 42/1916 II 112, *Lattmann-Matzig* = JT 1917 I 74 ; ATF 43/1917 II 592, *Banque populaire suisse* = JT 1918 I 98 ; ATF 45/1919 II 181, *Eich* = JT 1920 I 162 ; ATF 80/1954 II 128, *Spar- und Leihkasse des Bezirks Pfäffikon* = JT 1955 I 286. ZK-HAAB, N° 12 ad Art. 644–645 CC ; BK-MEIER-HAYOZ, N° 1 ad Art. 644–645 CC ; BAKO-WIEGAND, N° 7 ad Art. 644–645 CC. *Contra* : HOHL (1986), pour qui les conditions dites subjectives sont à considérer au regard de l'affectation de la chose à la qualité d'accessoire (p. 7).

⁵³ Pour une casuistique récente, voir BAKO-WIEGAND, N° 23&24 ad Art. 644–645 CC.

⁵⁴ ZK-HAAB, N° 1&2 ad Art. 643 CC ; HOLLIGER (1951), p. 101 ; LILIENFELD (1941), p. 20 ; BAKO-WIEGAND, N° 2 ad Art. 643 CC ; WEISS (1936), p. 55.

⁵⁵ ZK-HAAB, N° 1&2 ad Art. 643 CC ; BK-LEEMANN, N° 1 ad Art. 806 CC ; LILIENFELD (1941), p. 23 ; MARTIN (1908), p. 90 ; STEINAUER I (1997), p. 294 ; BAKO-WIEGAND, N° 2 ad Art. 643 CC.

par celui-ci peuvent être considérés comme telles. Partant, les produits de l'immeuble ne sont pas compris dans le gage.

44. Cependant, dès l'entrée en vigueur du Code civil, le législateur a expressément souhaité traiter de manière identique fruits naturels et fruits civils au regard du gage immobilier, considérant que « *le droit du créancier d'exercer son gage porte sur tout ce qui en est réalisable, partant aussi sur le produit des biens* »⁵⁶. C'est pour cette raison qu'a été édicté l'article 806 CC, qui prévoit l'appréhension des loyers et fermages produits par l'immeuble par le gage⁵⁷⁻⁵⁸.

45. L'article 806, alinéa 1, CC a ainsi pour but de favoriser le créancier hypothécaire poursuivant en réalisation de gage, respectivement tous les créanciers hypothécaires dans l'exécution générale, par rapport aux autres créanciers. Le législateur est parti de l'idée que c'est grâce aux fonds apportés par le créancier gagiste que le propriétaire a pu valoriser son immeuble, raison pour laquelle le créancier hypothécaire doit être le premier à pouvoir mettre la main sur les loyers ; ceux-ci doivent en effet servir au paiement des intérêts hypothécaires⁵⁹. Il s'agit également de compenser le temps perdu pour le créancier hypothécaire qui poursuit, mais doit souffrir certains délais avant que le gage ne soit effectivement réalisé⁶⁰.

2) La mise en œuvre de l'article 806 CC

46. L'extension du gage aux loyers en faveur du créancier hypothécaire suppose, outre l'existence d'un droit de gage grevant l'immeuble⁶¹, la réalisa-

⁵⁶ MCF (1904), p. 76. Voir également BSOAF/CN (1906), p. 619 ; ATF du 28 novembre 2003 (4C.179/2003), A., B., C. ; LILIENTHAL (1941), p. 38 ; WEISS (1936), p. 34–35.

⁵⁷ L'extension du gage aux loyers a pour effet que le droit de gage immobilier comprend également un droit de gage mobilier sur des créances : HOLLIGER (1951), p. 102 ; BK-LEEMANN, p. 742 ; STEINHAUER III (2003), p. 195 ; WEISS (1936), p. 61–62 ; *contra* : LILIENTHAL (1941), p. 38. Ce droit de gage mobilier existe certes sur la créance de loyer, mais il ne peut avoir d'existence propre, dans la mesure où l'extension du gage aux loyers qui lui a donné corps ne peut intervenir que lorsqu'une poursuite en réalisation de gage immobilier a été requise, respectivement la faillite comprenant l'immeuble objet du gage ouverte (voir *infra* § 51–57) ; à cet égard, LEEMANN (1927), p. 78, précise que ce droit de gage qui naît par les effets de la loi sur les créances de loyer est dépendant du droit de gage immobilier préexistant, et de l'exécution forcée requise sur la base de celui-ci. Voir également l'ATF 107/1982 III 83, *Hermann Pieren AG in Nachlassliquidation* = JT 1984 II 117.

⁵⁸ Dans la suite de ce travail, la référence aux « loyers » et aux « locataires » comprend, sauf précision contraire, la notion de « fermages » et de « fermiers ».

⁵⁹ ATF 107/1982 III 83, *Hermann Pieren AG in Nachlassliquidation* = JT 1984 II 117. BAKO-TRAUFFER, N° 2 ad Art. 806 CC.

⁶⁰ BK-LEEMANN, p. 741 ; STEINHAUER III (2003), p. 194.

⁶¹ Compte tenu du principe du *numerus clausus* des droits réels, ce droit de gage ne peut prendre la forme que d'une hypothèque, d'une cédula hypothécaire ou d'une lettre de rente (art. 793 CC). Voir en outre l'ATF 109/1983 III 65, *Bau- und Touristik AG* = JT 1985 II 118.

tion de deux conditions : la conclusion d'un contrat de bail (a.) et une procédure d'exécution forcée affectant la créance garantie par le gage (b.).

a) Un contrat de bail

47. A teneur de la loi, l'immeuble doit avoir été « ... *donné à bail* » (art. 806, al. 1, CC). Un contrat de bail à loyer au sens des articles 253 et suivants du Code des obligations du 30 mars 1911⁶² ou de bail à ferme au sens des articles 275 et suivants CO doit avoir été conclu sur l'immeuble. Nous formulons deux remarques à ce propos.

48. Premièrement, la loi exige l'existence d'un contrat de bail concernant l'immeuble. Suivant en cela la lettre de la loi, nous sommes d'avis qu'un rapport juridique d'une autre nature que le bail, quand bien même il permettrait au propriétaire de l'immeuble d'en tirer un revenu, ne suffit pas. La jurisprudence du Tribunal fédéral n'est pas aussi tranchée. Dans un arrêt de principe⁶³, le Tribunal fédéral a considéré que les créances du propriétaire d'un hôtel en paiement pour les nuitées de ses clients ne constituent pas des créances de loyer sur lesquelles, le cas échéant, une extension du gage immobilier grevant l'hôtel pourrait porter. En effet, la relation hôtelier-client ne relève pas du contrat de bail, mais d'un contrat innommé qui, bien qu'il inclue des éléments du bail⁶⁴, ne permet pas de justifier l'extension du gage à ses créances⁶⁵. Ultérieurement, le Tribunal fédéral a évoqué, sans expressément trancher la question, l'extension du gage aux produits d'un immeuble qui seraient constitués à la fois d'une rente superficielle et d'un loyer⁶⁶. Récemment, suivant en cela la doctrine qui avait fait sienne et sans réserve cette dernière hypothèse⁶⁷, le Tribunal fédéral a estimé que le gage peut être étendu aux prestations périodiques reçues du propriétaire en contrepartie d'un droit de superficie⁶⁸. Toute-

⁶² RS 220 ; « CO ».

⁶³ ATF 77/1951 III 119, *Surbeck*.

⁶⁴ ZK-HIGI, N° 215 ad Vorbemerkungen zu Art. 253–274g CO ; TERCIER (2003, Les contrats), p. 604.

⁶⁵ Dans cette affaire, l'hôtel avait été remis en gérance par son propriétaire, une société en nom collectif ; la Chambre des poursuites et des faillites du Tribunal fédéral, après avoir déterminé que le gérant de l'hôtel devait être considéré comme l'administrateur externe de la société en nom collectif, a constaté que les créances découlant de ce rapport ne pouvaient pas non plus être qualifiées de « *loyers* » au sens de l'article 806 CC, et donc être appréhendées au titre de l'extension de l'assiette du gage. A notre avis, il en irait différemment si le contrat de gérance devait être qualifié de bail à ferme (art. 275ss CO) ; dans une telle hypothèse, l'article 806 CC aurait vocation à s'appliquer. Autre est la question de savoir si les créances du failli tombent dans la masse (à ce sujet, voir *infra* § 286–289).

⁶⁶ ATF 94/1963 III 8, *Total (Suisse) SA* = JT 1968 II 47.

⁶⁷ STEINAUER III (2003), p. 194 ; BAKO-TRAUFFER, N° 1 ad Art. 806 CC.

⁶⁸ ATF 131/2005 III 141, *Y. SA*.

fois, cette prise de position n'est pas suffisamment argumentée pour permettre, selon nous, de déroger au texte clair de l'article 806 CC.

49. Deuxièmement, il n'est pas nécessaire que le bailleur soit le propriétaire de l'immeuble. Aussi, un usufruitier ou un tiers bénéficiant de la jouissance de l'immeuble grevé et qui l'aurait lui-même remis à bail doit se laisser opposer l'extension du gage aux loyers en faveur du créancier gagiste poursuivant⁶⁹.

50. En revanche, si l'immeuble n'est ni loué, ni affermé, il n'y a pas de place pour une extension du gage aux loyers. Partant, les mesures du droit des poursuites tendant à assurer cette extension du gage aux loyers, et notamment la gérance légale limitée⁷⁰, ne peuvent dans ce cas pas être mises en place⁷¹.

b) La créance garantie par le gage immobilier fait l'objet d'une procédure d'exécution forcée

51. L'article 806, alinéa 1, CC impose qu'une poursuite en réalisation de gage ait été commencée par le créancier ou que la faillite du débiteur ait été ouverte.

52. Il s'agit-là de l'expression de la volonté du législateur de faire dépendre la naissance du droit de gage sur les créances de loyer ou de fermage de la condition que la créance garantie par gage immobilier en soit venue à faire l'objet d'une exécution forcée ; l'extension du gage aux loyers ne se justifie que si les loyers produits par l'immeuble sont détournés de leur fonction d'assurer le paiement des dettes foncières⁷².

53. La procédure en exécution du gage peut suivre la voie de l'exécution spéciale, à savoir la poursuite en réalisation de gage conformément aux articles 151 et suivants LP, ou intervenir dans le cadre d'une exécution générale, comme la faillite.

54. A propos de la poursuite en réalisation de gage, l'article 806, alinéa 1, CC pose comme condition qu'elle ait été « ... *commencée par le créancier* ». Cette condition doit être lue en relation avec l'article 152, alinéa 2, LP. Cette disposition du droit des poursuites réalise la mise en œuvre de l'extension du gage aux loyers dans la poursuite en réalisation de gage. A teneur de l'article 152, alinéa 2, LP, l'invite aux locataires et fermiers de verser les loyers et fermages en main de l'office est faite « ... *s'il s'agit d'un immeuble affermé et si le créancier*

⁶⁹ ATF du 9 juin 2001 (7B.129/2001), *SNC F. et D.M.* BK-LEEMANN, N° 2 ad Art. 806 CC ; LILIENTHAL (1941), p. 52 ; WEISS (1936), p. 59.

⁷⁰ Voir *infra* § 95–97.

⁷¹ ATF 131/2005 III 141, Y. S4. ATF du 23 décembre 2002 (7B.204/2004). X.&Y.

⁷² HERREN (1997), p. 1212 ; LEEMANN (1927), p. 77.

gagiste poursuivant exige que le gage comprenne les loyers et fermages ... ». L'article 91, alinéa 1, ORFI, qui concrétise l'article 152 LP, impose également que «... le créancier gagiste poursuivant exige que la saisie s'étende aux loyers et fermages... ». Ainsi, au regard de la mise en œuvre de l'article 806 CC, la condition de l'introduction d'une poursuite en réalisation de gage est nécessaire mais pas suffisante : il faut également que le créancier gagiste poursuivant requière auprès de l'office l'extension du gage aux loyers⁷³.

55. La requête d'extension du gage aux loyers peut être formée à l'occasion de la réquisition de poursuite, mais également plus tard, jusqu'à la date de la réquisition de vente de l'immeuble. Dans ce cas, cependant, l'extension du gage aux loyers n'a pas d'effet rétroactif au jour de la réquisition de poursuite⁷⁴. Sous cet angle, l'article 806 CC détermine la période maximale sur laquelle peut porter l'extension du gage aux loyers, celle-ci devenant ensuite effective par la requête du créancier gagiste poursuivant.

56. A propos de l'exécution générale, le législateur n'a envisagé que le cas de la faillite. Il est admis que l'extension du gage aux loyers intervient également dans le cas d'un concordat par abandon d'actif. Dans cette hypothèse, le moment déterminant est l'homologation du concordat⁷⁵.

57. En résumé, l'extension du gage aux loyers est effective une fois la réquisition de poursuite déposée, assortie de la requête d'extension du gage aux loyers ; dans le cas où la requête intervient ultérieurement, c'est ce dernier moment qui est déterminant, alors que dans l'exécution générale, c'est le jour de l'ouverture de la faillite, respectivement de l'homologation du concordat qui est retenu. Dans la suite de notre exposé, ces moments sont désignés comme le *dies a quo* de l'extension du gage aux loyers.

3) Les effets de la mise en œuvre de l'article 806 CC

58. L'article 806 CC opère l'extension du gage aux loyers ; de ce fait, les loyers tombent sous la main de l'autorité de poursuite (a.). Cette extension du

⁷³ Avant l'entrée en vigueur des modifications apportées à la LP en 1994, la loi était peu claire quant à la nécessité d'une requête du créancier gagiste aux fins de la mise en œuvre de l'extension du gage aux loyers ; celle-ci a ensuite découlé de la jurisprudence (ATF 121/1995 III 187, *Solothurner Bank SoBa* = JT 1997 II 171), avant d'être codifiée : MCF (1991), p. 124. La nécessité d'une requête formée par le créancier gagiste poursuivant est critiquée par FoEx, pour qui l'extension du gage aux loyers devrait intervenir de plein droit, conformément à la lettre de l'article 806, alinéa 1, CC : CR LP-FoEx, N° 15 ad Art. 151 LP.

⁷⁴ ATF 121/1995 III 187, *Solothurner Bank SoBa* = JT 1997 II 171. HERREN (1997), p. 1213 ; STEINAUER III (2003), p. 196 ; BAKO-TRAUFFER, N° 7 ad Art. 806 CC.

⁷⁵ ATF 108/1982 III 83, *Hermann Pieren AG in Nachlassliquidation* = JT 1984 II 117. BAKO-TRAUFFER, N° 4 ad Art. 806 CC ; HUNKELER (1996), p. 198 ; VOLLENWEIDER (1993), p. 18.

gage aux loyers, au bénéfice des créanciers gagistes, entraîne, au profit de ceux-ci, l'affectation préférentielle des loyers (b.). La mainmise officielle sur les loyers a des conséquences pour les débiteurs de ces créances, dont le paiement en certaines mains peut ne pas avoir d'effet libératoire (c.). L'extension du gage aux loyers et l'affectation préférentielle qui en découle sont assurées par l'inopposabilité des actes juridiques effectués par le propriétaire sur les loyers, en application de l'article 806, alinéa 3, CC (d.). Nous évoquons enfin la gérance légale limitée, instaurée dans le cas d'une poursuite en réalisation de gage, qui découle directement de l'extension du gage aux loyers (e.).

a) L'extension du gage

59. L'extension du gage aux loyers permet à l'autorité de poursuite de mettre la main sur les loyers produits par l'immeuble. Dès ce moment, ils sont sous la mainmise officielle et, partant, ils sont indisponibles.

60. Ceci étant, dans la poursuite en réalisation de gage et dans la faillite, les loyers produits par l'immeuble tombent aussi sous la main de l'autorité, indépendamment de l'extension du gage aux loyers. Dans la poursuite en réalisation de gage, les loyers sont perçus par l'office des poursuites une fois la réquisition de vente déposée. En effet, c'est depuis ce moment que l'immeuble est géré par l'office des poursuites qui, à ce titre, perçoit les loyers produits par l'immeuble⁷⁶. Dans la faillite, les loyers tombent dans la masse dès l'ouverture de la faillite, en tant qu'actifs qui échoient au failli (art. 197 LP)⁷⁷.

61. Dans la poursuite en réalisation de gage, comme l'extension du gage aux loyers peut être requise au moment du dépôt de la réquisition de poursuite, celle-ci permet de voir les loyers appréhendés par l'office à un moment précédant celui défini par le droit des poursuites. En revanche, dans la faillite, le *dies a quo* de l'extension du gage aux loyers se confond avec celui de l'appréhension des loyers par la masse.

62. En matière d'indisponibilité des loyers, l'article 806 CC s'avère donc avoir des conséquences propres dans la poursuite en réalisation de gage, jusqu'au moment de la réquisition de vendre l'immeuble. En revanche, au stade ultérieur de la poursuite en réalisation de gage, comme dans la faillite, l'extension du gage aux loyers n'entraîne pas une mainmise spécifique de l'autorité sur les loyers, respectivement sur le gage, puisque celle-ci existe du seul fait de la procédure d'exécution forcée en cause.

⁷⁶ Voir *infra* § 257, 268.

⁷⁷ Voir *infra* § 286–289.

63. Les loyers compris dans l'extension du gage sont ceux devenant exigibles postérieurement au *dies a quo* de l'extension du gage. Les loyers échus avant ce jour ne sont pas compris dans le gage⁷⁸.

b) L'affectation préférentielle

64. L'extension du gage aux loyers exprime la volonté d'affecter de manière préférentielle au créancier gagiste les loyers produits par l'immeuble. Concrètement, il se voit attribuer, en déduction du montant de sa créance, les loyers nets perçus par l'office. Toutefois, le texte de l'article 806 CC ne permet pas à lui seul de définir le cercle des bénéficiaires de l'affectation préférentielle des loyers ; les règles de l'exécution forcée ont une importance prépondérante en la matière. Il convient en outre de distinguer selon que l'on se trouve dans une poursuite en réalisation de gage ou dans la faillite.

i. Dans la poursuite en réalisation de gage

65. Dans la poursuite en réalisation de gage, jurisprudence et doctrine majoritaire s'accordent à dire que bénéficient de l'extension du gage aux loyers les créanciers gagistes poursuivants⁷⁹. Ensuite, les choses sont moins claires : pour certains, le droit de préférence dépend également de la requête dans ce sens faite auprès de l'office⁸⁰ ; pour d'autres, une fois la réquisition de vente déposée, les loyers feraient partie du produit de la réalisation et profiteraient à tous les créanciers hypothécaires selon leur rang, qu'ils aient ou non intenté une poursuite en réalisation de gage⁸¹.

66. A notre avis, les bénéficiaires de l'affectation préférentielle des loyers sont les créanciers gagistes poursuivants ; avant la réquisition de vente de l'immeuble, le créancier gagiste poursuivant doit au surplus avoir requis l'extension du gage aux loyers. En effet, l'article 806 CC doit être lu en relation avec les articles 114⁸² et 95 ORFI⁸³, qui précisent le sort des loyers perçus pen-

⁷⁸ WEISS (1936), p. 63.

⁷⁹ ATF 42/1916 III 404, *Dame Toggenweiler*. HERREN (1997), p. 1213 ; HOLLIGER (1951), p. 104 ; LEEMANN (1927), p. 79 ; LILIENFELD (1941), p. 68 ; BAKO-TRAUFFER, N° 11 ad Art. 806 CC ; WEISS (1936), p. 64.

⁸⁰ STEINAUER III (2003), p. 196.

⁸¹ ATF 44/1918 III 125, *Müller* = JT 1918 II 143. LEEMANN (1927), p. 79 ; BAKO-TRAUFFER, N° 11 ad Art. 806 CC.

⁸² « Le produit net des loyers et fermages perçus depuis la réquisition de poursuite en réalisation de gage jusqu'à la vente de l'immeuble sera attribué au créancier gagiste poursuivant à tant moins de sa créance, sans égard au fait que le produit de la vente suffirait pour le désintéresser. Si plusieurs créanciers gagistes ont requis la poursuite à des dates différentes, le créancier de rang antérieur a droit par préférence aux loyers et fermages échus depuis la réquisition de poursuite. » (art. 114, al. 1 & 2, ORFI).

dant la procédure, respectivement le versement d'acomptes dans la phase préliminaire. Or, ces dispositions favorisent expressément le créancier gagiste poursuivant ; en outre, l'article 95 ORFI ne peut être mis en œuvre qu'en cas de requête d'extension du gage aux loyers⁸⁴. A ce titre, nous remarquons que ces dispositions sont entrées en vigueur après que le Tribunal fédéral a rendu l'arrêt *Müller*⁸⁵ selon lequel tous les créanciers hypothécaires, même les non poursuivants, bénéficient de l'extension du gage aux loyers.

ii. Dans la faillite

67. Dans l'exécution générale, les loyers servent à couvrir, selon leur rang, toutes les créances garanties par gage immobilier⁸⁶. Les loyers perçus dès l'ouverture de la faillite sont donc affectés à tous les créanciers gagistes, indépendamment de la question de savoir s'ils ont personnellement poursuivi le débiteur avant l'ouverture de la faillite⁸⁷.

68. Le Tribunal fédéral a par ailleurs admis que l'extension du gage aux loyers profite également au créancier titulaire d'un gage mobilier, qui s'est vu remettre en nantissement des cédules hypothécaires au porteur ou au nom du propriétaire de l'immeuble ; en effet, comme ce créancier mobilier a le droit de s'en prendre à l'immeuble pour être désintéressé, participant en lieu et place du créancier en vertu du gage immobilier au produit de la vente de l'immeuble (art. 76 OAO⁸⁸ et 126 ORFI⁸⁹), il peut également prétendre à ce que l'assiette du gage comprenne les loyers en application de l'article 806 CC⁹⁰.

⁸³ « Les loyers et fermages perçus par l'office ne peuvent être affectés au service des intérêts des créances garanties par gage qui ne font pas l'objet de poursuites ; par contre des acomptes peuvent être payés, même avant la réquisition de vente, au créancier poursuivant qui prouve que sa créance a été reconnue par le débiteur ou constatée par prononcé définitif. » (art. 95, al. 1, ORFI).

⁸⁴ Voir *infra* § 96.

⁸⁵ Précité note 81.

⁸⁶ Voir *infra* § 588.

⁸⁷ ATF 108/1982 III 83, *Hermann Pieren AG in Nachlassliquidation* = JT 1984 II 117 ; ATF 106/1980 III 67, *Masse en faillite de la maison Stebler AG* = JT 1981 II 113. HERREN (1997), p. 1218 ; BK-LEEMANN, p. 749 ; LILIENFELD (1941), p. 67 ; BAKO-TRAUFFER, N° 17 ad Art. 806 CC ; WEISS (1936), p. 66. Voir *infra* § 587–591.

⁸⁸ « Les titres de gage ayant trait à des créances garanties par les immeubles du failli et que celui-ci a mis en gage ne doivent pas être réalisés aux enchères séparément, mais les conditions d'enchères des immeubles exigeront le paiement comptant desdites créances et les titres en seront annulés après les enchères. » (art. 76 OAO).

⁸⁹ « Les créances garanties par le nantissement de titres de gage créés au nom du propriétaire lui-même seront colloquées comme garanties par gage mobilier, tandis que les titres de gage donnés en nantissement seront inscrits au nombre des créances garanties par gage immobilier pour le montant pour lequel la créance garantie par nantissement a été colloquée, mention étant faite d'ailleurs de la collocation du gage mobilier. » (art. 126, al. 1, ORFI).

⁹⁰ ATF 106/1980 III 67, *Masse en faillite de la maison Stebler AG* = JT 1981 II 113. BAKO-TRAUFFER, N° 20 ad Art. 806 CC. En revanche, le créancier gagiste mobilier qui requiert indûment une poursuite en réalisation de gage immobilier, mode de poursuite auquel le débiteur ne s'opposerait pas,

c) La conséquence de l'extension du gage aux loyers pour les locataires

69. L'article 806 CC n'expose pas la situation juridique des locataires dont la dette de loyer est appréhendée par le gage. L'alinéa 2 se contente de préciser à partir de quel moment la mainmise officielle sur les loyers leur est opposable.

70. Les effets de l'extension du gage aux loyers sur la situation juridique du locataire sont déduits des normes du droit de la poursuite⁹¹. D'une manière générale, lorsque l'extension du gage aux loyers déploie ses effets, le locataire, s'il paie entre les mains du propriétaire du gage, n'est pas libéré par le paiement. Il risque donc de devoir payer une deuxième fois (voir les art. 91, al. 1, ORFI pour la poursuite en réalisation de gage et 205 LP pour la faillite⁹²)⁹³.

71. Dans ce contexte, l'article 806, alinéa 2, CC a pour objet de préserver les intérêts des locataires : alors que l'extension du gage aux loyers comporte le risque pour eux de se voir réclamer une deuxième fois le paiement de leur loyer, cette mesure ne leur est opposable qu'une fois que la poursuite en réalisation de gage leur a été notifiée, respectivement la faillite publiée ; rappelons que le *dies a quo* de l'extension du gage aux loyers précède ces moments⁹⁴.

72. La notification de l'article 806, alinéa 2, CC est prévue pour la poursuite en réalisation de gage, à l'article 91, alinéa 1, ORFI ; celui-ci énonce que « ... l'office, ... dès la réquisition de poursuite ... invite immédiatement les locataires et fermiers à payer désormais en ses mains les loyers et fermages qui viendront à échéance en les avertissant que sinon ils s'exposent à devoir payer deux fois ». Cette invite est communiquée à l'aide du Form. ORFI N° 5. Pour la faillite, l'article 205, alinéa 2, LP précise que les paiements en mains du failli ont un effet libératoire tant que la faillite n'a pas été publiée. Outre la publication du jugement, la connaissance de la faillite par un autre canal d'information est également déterminante au regard de l'article 205, alinéa 2, LP. Or, l'article 806 CC ne réserve pas cette hypothèse de la connaissance de la faillite par un autre canal d'information que la publication. Il s'agit à notre avis d'une lacune, non d'un silence qualifié : il convient, avant la publication de la faillite, d'offrir une pro-

ne peut pas, de la même manière qu'en cas de faillite, se prévaloir de l'application de l'article 806 CC : ATF 57/1931 III 115, *Caisse d'épargne du Toggenbourg* = JT 1932 II 71.

⁹¹ Dans ce cadre, il convient de garder à l'esprit que l'article 806 CC est, jusqu'à la réquisition de vente dans la poursuite en réalisation de gage, la cause de l'indisponibilité de l'immeuble, alors qu'ensuite, de même que dans la faillite, l'indisponibilité résulte du droit des poursuites, indépendamment de la mise en œuvre de l'article 806 CC : voir *supra* § 62.

⁹² Voir *infra* § 313–318.

⁹³ HOLLIGER (1951), p. 105 ; LILIENFELD (1941), p. 101 ; BAKO-TRAUFFER, N° 8 ad Art. 806 CC ; ZK-WIELAND, N° 3 ad Art. 806 CC.

⁹⁴ Voir *supra* § 57.

tection au locataire qui n'a pas la connaissance effective de la faillite ; en revanche, celui qui en est personnellement avisé n'a pas à être mieux traité que les autres débiteurs du failli qui, eux, ne peuvent se voir opposer leur connaissance effective de la faillite sur la base de l'article 205, alinéa 2, LP. Le débiteur des loyers a notamment connaissance de la faillite avant sa publication s'il reçoit avant ce moment l'avis aux locataires prescrit par l'article 124 ORFI⁹⁵.

73. Le locataire qui s'est vu tenu de payer une deuxième fois les loyers peut se retourner contre le propriétaire de l'immeuble et lui réclamer, se fondant sur une action en enrichissement illégitime (art. 62ss CO)⁹⁶, le remboursement des loyers qu'il lui a versés en trop. Ses chances de succès sont cependant *a priori* limitées, dans la mesure où le propriétaire se trouve d'ores et déjà soumis à une procédure d'exécution forcée.

d) L'inopposabilité des actes juridiques sur les loyers

74. « Les actes juridiques du propriétaire relativement à des loyers ou des fermages non échus, ou la saisie de ces prestations par d'autres créanciers, ne sont pas opposables au créancier qui a poursuivi en réalisation de son gage avant l'époque où les loyers sont devenus exigibles. » (art. 806, al. 3, CC).

75. Nous évoquons les personnes favorisées par la norme (i.), les actes visés (ii.), les conditions temporelles (iii.) et la notion d'inopposabilité (iv.).

i. Les personnes favorisées

76. Avec la règle de l'inopposabilité, l'article 806, alinéa 3, CC protège nommément le créancier gagiste poursuivant. Or, l'extension du gage aux loyers tend à favoriser non seulement le créancier gagiste poursuivant dans

⁹⁵ « Sîtôt après avoir reçu le prononcé de faillite, l'office donnera par écrit avis de la déclaration de faillite aux locataires et fermiers d'immeubles appartenant au failli et il les invitera à payer dorénavant en mains de l'office les loyers et fermages qui viendront à échéance, s'ils ne veulent pas avoir à payer à double. » (art. 124 ORFI). Voir également *infra* § 318.

⁹⁶ BK-LEEMANN, N° 56 ad Art. 806 CC ; HOLLIGER (1951), p. 107. L'action en enrichissement illégitime suppose la réalisation de quatre conditions : l'enrichissement du débiteur, l'appauvrissement du créancier, la connexité entre l'enrichissement et l'appauvrissement, et l'absence de cause légitime (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY I (2003), p. 324–327 ; CR CO I-PETITPIERRE, N° 4 ad Art. 62 CO). Lorsque le locataire paie les loyers au bailleur alors que le créancier gagiste est au bénéfice de l'extension du gage aux loyers, le premier est appauvri, le deuxième est enrichi ; il y a un lien de connexion entre ces deux modifications patrimoniales, et le rapport de droit justifiant le paiement a cessé d'exister dans la mesure où le créancier gagiste se prévaut de l'inopposabilité du paiement fait par le locataire au bailleur.

l'exécution spéciale⁹⁷, mais également tous les créanciers gagistes dans l'exécution générale⁹⁸.

77. Le cercle des personnes pouvant se prévaloir de l'inopposabilité des actes juridiques sur les loyers ou leur saisie doit correspondre au cercle des bénéficiaires de l'extension du gage aux loyers et de l'affectation préférentielle de ceux-ci. En effet, le mécanisme de l'inopposabilité a pour objet d'assurer la bonne effectivité de l'extension du gage aux loyers ; il ne serait pas conforme au but de la norme de ne conférer cet avantage qu'aux créanciers gagistes dans l'exécution spéciale et non aux créanciers gagistes dans l'exécution générale. Dans le cas d'une exécution générale, il y a donc lieu de comprendre l'article 806, alinéa 3, CC comme protégeant tous les créanciers gagistes⁹⁹, et non seulement celui qui aurait poursuivi en réalisation de gage avant l'ouverture de la faillite.

ii. Les actes visés

78. Les actes visés par la norme d'inopposabilité, sont les actes juridiques du propriétaire sur les loyers ou la saisie de ceux-ci.

79. L'acte juridique est généralement défini comme une manifestation de volonté destinée et apte à produire l'effet juridique correspondant à la volonté exprimée¹⁰⁰. Parmi les actes juridiques, on distingue les actes générateurs d'obligations et les actes de disposition. L'acte générateur d'obligations fait naître, à la charge d'une des parties ou des deux, une obligation augmentant le passif du bilan d'une nouvelle dette¹⁰¹. L'acte de disposition affecte définitivement un droit de l'auteur de la manifestation de volonté, réduisant l'actif de celui-ci¹⁰².

80. Dans sa version allemande comme dans sa version française, la loi désigne les actes juridiques. Doctrine¹⁰³ et jurisprudence¹⁰⁴ font entrer dans le

⁹⁷ Voir *supra* § 65–66.

⁹⁸ Voir *supra* § 67.

⁹⁹ ATF 41/1915 III 224, *Tiravanti* = JT 1916 I 84. LEEMANN (1927), p. 82 ; BK-LEEMANN, N° 53 ad Art. 806 CC ; LILIENTHAL (1941), p. 78 ; BAKO-TRAUFFER, N° 23 ad Art. 806 CC.

¹⁰⁰ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY I (2003), p. 25 ; ZK-JÄGGI, N° 18 ad Art. 1 CO ; GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY (2000), p. 94 ; TERCIER (2003), p. 47.

¹⁰¹ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY I (2003), p. 27 ; GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY (2000), p. 96 ; TERCIER (2003), p. 53.

¹⁰² GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY I (2003), p. 27 ; ZK-JÄGGI, N° 52 ad Art. 1 CO ; GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY (2000), p. 96 ; TERCIER (2003), p. 53. Voir également *infra* § 136–137.

¹⁰³ HOLLIGER (1951), p. 106 ; LEEMANN (1927), p. 82 ; WEISS (1936), p. 68. Voir cependant BK-LEEMANN, N° 54 ad Art. 806 CC et BAKO-TRAUFFER, N° 24 ad Art 806 CC, qui limitent leur énumération à des actes de disposition au sens strict.

¹⁰⁴ ATF du 28 novembre 2003 (4C.179/2003), *A., B., C.* ; ATF du 20 décembre 2002 (7B.221/2002), *Banque X* ; BLSchK 2003 36 (AS/GE).

champ d'application de l'article 806, alinéa 3, CC tant des actes générateurs d'obligations que des actes de disposition, conformément à la lettre de la loi. Les actes juridiques dont l'inopposabilité est susceptible d'être invoquée sont donc compris d'une manière large. Or, ce n'est à première vue pas le cas des normes d'indisponibilité de la LP, qui sanctionnent de nullité non pas des actes juridiques, mais des actes de disposition¹⁰⁵.

81. Les actes juridiques, qu'ils soient générateurs d'obligations ou de disposition, doivent porter sur les loyers. Doctrine¹⁰⁶ et jurisprudence¹⁰⁷ voient en cela l'exigence de la préexistence du contrat de bail sur l'acte juridique relativement aux loyers : les actes juridiques doivent porter sur des loyers trouvant leur source dans des contrats de bail déjà conclus. En revanche, des clauses du contrat de bail prévoyant l'exigibilité des loyers avant le terme, le cas échéant assorties d'un allongement de la période prise en compte pour le paiement du loyer, ne peuvent pas se voir opposer la mise en œuvre de l'article 806, alinéa 3, CC au bénéfice du créancier gagiste poursuivant. En effet, l'article 257c CO¹⁰⁸ réserve la liberté des parties de fixer comme elles l'entendent le terme et l'exigibilité des loyers ; la protection accordée au créancier gagiste poursuivant doit céder le pas à la liberté contractuelle et la faculté qui en découle pour les parties d'organiser leur relation contractuelle. Ceci étant, cette exigence d'un acte juridique portant sur les loyers et postérieur à la conclusion du contrat de bail n'est pas absolue ; elle n'est pas exigée lorsqu'un contrat de bail contenant des clauses ayant pour effet de soustraire les revenus du bail aux créanciers poursuivants est conclu alors que l'insolvabilité du propriétaire est imminente. Dans ce cas, l'article 806, alinéa 3, CC est appliqué par analogie¹⁰⁹.

82. A noter, à propos des actes juridiques pouvant être considérés comme inopposables, qu'il n'est pas nécessaire qu'ils aient été conclus dans l'intention de léser le créancier gagiste¹¹⁰. De même, la bonne foi du cocontractant n'est pas réservée¹¹¹.

83. La saisie des loyers par d'autres créanciers cède également le pas à l'extension du gage aux loyers. Peu importe qu'il s'agisse de la saisie des loyers en tant que créances (art. 95, al. 1, & 99 LP), ou de la saisie de l'immeuble, laquelle emporte celle de ses fruits et produits (art. 102, al. 1,

¹⁰⁵ Voir les articles 96, alinéa 2, et 204, alinéa 1, LP.

¹⁰⁶ BK-LEEMANN, N° 55 ad Art. 806 CC ; LILIENTHAL (1941), p. 81–82 ; WEISS (1936), p. 69.

¹⁰⁷ ATF du 28 novembre 2003 (4C.179/2003), A., B., C. ; ATF du 3 novembre 1997 (4C.84/1997), A.

¹⁰⁸ « *Le locataire doit payer le loyer ... à la fin de chaque mois, mais au plus tard à l'expiration du bail, sauf convention ou usage local contraires.* » (art. 257c CO).

¹⁰⁹ ATF du 3 novembre 1997 (4C.84/1997), A.

¹¹⁰ HOLLIGER (1951), p. 107 ; BK-LEEMANN, N° 56 ad Art. 806 CC ; LEEMANN (1927), p. 82 ; LILIENTHAL (1941), p. 79–80 ; WEISS (1936), p. 68–69.

¹¹¹ HOLLIGER (1951), p. 107 ; LEEMANN (1927), p. 82 ; LILIENTHAL (1941), p. 80. A titre de comparaison, voir l'article 96, alinéa 2, LP, qui réserve la bonne foi du tiers bénéficiant de l'acte de disposition du débiteur saisi ; voir *infra* § 179–180.

LP)¹¹². C'est pour cette raison que, dans le cas d'une saisie immobilière, l'office avise les créanciers gagistes de la saisie (art. 102, al. 2, LP & 15, al. 1, litt. b, ORFI), de manière qu'ils puissent, le cas échéant, faire valoir leurs droits sur les loyers.

iii. Les conditions temporelles

84. Afin de déterminer quels sont les actes juridiques qui tombent sous le coup de l'article 806, alinéa 3, CC, la loi se fonde sur deux moments déterminants. Le premier dépend de l'état de la procédure de poursuite, le second de l'échéance des loyers : sont inopposables au créancier gagiste les actes juridiques passés avant le *dies a quo* de l'extension du gage aux loyers, pour les loyers devenant exigibles après ce jour.

85. En effet, par l'expression « ... le créancier qui a poursuivi en réalisation de son gage », on doit comprendre le *dies a quo* de l'extension du gage aux loyers. Pour les mêmes raisons que celles qui motivent la protection par l'article 806, alinéa 3, CC des créanciers gagistes dans la faillite¹¹³, il se justifie de faire correspondre les moments auxquels l'extension du gage aux loyers et l'inopposabilité des actes juridiques sur ceux-ci.

86. Pour ce qui est des loyers, c'est le moment de leur exigibilité qui détermine s'ils sont compris dans les actes juridiques visés par l'article 806, alinéa 3, CC ; en effet, les actes juridiques susceptibles d'inopposabilité doivent concerner des loyers « *non échus* ». En règle générale, la créance en paiement du loyer mensuel naît et, partant, devient exigible après l'écoulement de chaque terme de paiement, donc à la fin de chaque mois, ou, le plus souvent selon l'usage, avant le début de celui-ci (art. 257c CO)¹¹⁴. Les actes juridiques relatifs à des loyers non échus concernent ainsi des créances futures.

87. A titre d'exemple, la cession des loyers futurs constitue un acte juridique du propriétaire sur les loyers non échus qui, en application de l'article 806, alinéa 3, CC, est inopposable au créancier gagiste. De même, le versement anticipé du loyer par le locataire n'est pas opposable au créancier gagiste pour les loyers qui auraient été dus après la mise en œuvre de l'article 806 CC¹¹⁵. En effet, par l'acceptation du paiement du loyer avant le terme, le propriétaire dispose de sa créance dans la mesure où celle-ci, à tout le moins à son égard, s'éteint alors qu'elle n'est pas dans l'intervalle devenue exigible. C'est dire que

¹¹² A propos des biens saisis, voir *infra* § 106–121.

¹¹³ Voir *supra* § 77.

¹¹⁴ ATF 127/2001 III 273, A. Autokurier Service = JT 2001 II 8 ; ATF 115/1989 III 65, Max G. = JT 1991 II 130.

¹¹⁵ HOLLIGER (1951), p. 105 ; LEEMANN (1927), p. 82 ; LILIENTHAL (1941), p. 99 ; WEISS (1936), p. 69. *Contra* : Praxis VII, N° 20.

le locataire qui s'acquitte à l'avance d'une grande partie de ses loyers court le risque de s'en voir réclamer une deuxième fois le paiement si l'immeuble en vient à faire dans l'intervalle l'objet d'une poursuite en réalisation de gage ou à être compris dans une faillite.

iv. L'inopposabilité

88. Les actes juridiques sur les loyers ou leur saisie ne sont pas opposables aux créanciers gagistes. En allemand, le législateur dit que ces actes sont « *nicht wirksam* », alors qu'en italien ils sont qualifiés de « *non ... opponibili* ». L'inopposabilité peut être définie comme une inefficacité qui existe à l'égard de personnes qui ne sont pas parties à l'acte juridique concerné ; à leur égard, l'acte juridique est sans effet¹¹⁶.

89. Nous dégageons les conséquences juridiques de cette inopposabilité, en présentant dans un premier temps qui est habilité à s'en prévaloir, et dans un second temps comment l'autorité de poursuite se comporte dans un tel cas.

90. En premier lieu, l'inopposabilité a un caractère « *non erga omnes* ». En effet, il ressort clairement des textes français et italien de la loi que l'inopposabilité est liée à la personne du créancier gagiste. Cela a pour conséquence que seul celui-ci peut l'invoquer¹¹⁷. Il ne s'agit donc pas d'une nullité absolue¹¹⁸. Cette conséquence juridique s'impose dans la mesure où la norme ne tend pas à protéger un intérêt public, comme la préservation des biens sous la main de l'autorité, mais le seul intérêt des créanciers gagistes.

91. Le créancier gagiste ne peut pas invoquer l'inopposabilité de l'acte juridique sur les loyers s'il a obtenu satisfaction autrement ou si la procédure tombe¹¹⁹. En effet, dans la première hypothèse, le but que la norme tend à atteindre est d'ores et déjà réalisé ; dans la seconde hypothèse, une des conditions de mise en œuvre de l'article 806 CC n'existe plus¹²⁰. Dans la mesure où la norme tend à protéger ses seuls intérêts, le créancier gagiste a en outre la faculté de ne pas se prévaloir de l'inopposabilité de l'acte juridique intervenu, et de renoncer à demander à l'office qu'il procède à l'encaissement des loyers¹²¹.

¹¹⁶ TANDOĞAN (1952), p. 39.

¹¹⁷ WEISS (1936), p. 69.

¹¹⁸ LEEMANN (1927), p. 82 ; BK-LEEMANN, N° 61 ad Art. 806 CC ; LILIENFELD (1941), p. 78 ; HOLLIGER (1951), p. 106 ; BAKO-TRAUFFER, N° 24 ad Art. 806 CC ; WEISS (1936), p. 69.

¹¹⁹ HOLLIGER (1951), p. 106 ; BK-LEEMANN, N° 61 ad Art. 806 CC ; LILIENFELD (1941), p. 77 ; BAKO-TRAUFFER, N° 24 ad Art. 806 CC ; WEISS (1936), p. 69.

¹²⁰ Voir *supra* § 51–56.

¹²¹ Voir l'article 101, alinéa 1, ORFI *in fine*.

92. Si le créancier gagiste se trouve dans l'impossibilité de se prévaloir de l'inopposabilité d'un acte juridique intervenu entre le créancier des loyers et le locataire, ou s'il y renonce, cet acte juridique demeure valable entre les parties¹²². C'est ce qui conduit la doctrine à dire que l'approbation de l'acte juridique par le créancier gagiste a un effet guérisseur¹²³.

93. En second lieu, dans le cas où le créancier gagiste se prévaut de l'inopposabilité de l'acte juridique, tout se passe comme si cet acte juridique n'était pas intervenu. En particulier, le débiteur des loyers n'est pas libéré par le paiement qu'il a effectué entre les mains du bailleur ou d'un tiers cessionnaire ; il peut être tenu de payer une deuxième fois¹²⁴.

94. L'autorité chargée de la gérance légale de l'immeuble une fois la réquisition de poursuite avec requête d'extension du gage aux loyers déposée, respectivement la faillite ouverte ou le concordat homologué, est tenue d'encaisser les loyers venant à échéance. Au besoin, elle agit par la voie de l'exécution forcée, voire résilie les baux et engage des procédures d'expulsion des locataires pour défaut de paiement (art. 94, al. 1, ORFI, respectivement 17 ORFI par analogie)¹²⁵.

e) La gérance légale limitée

95. Afin d'assurer l'affectation des loyers aux créanciers gagistes favorisés par l'article 806 CC, le droit de la poursuite a mis en place une gérance légale de l'immeuble dans le cadre de la poursuite en réalisation de gage jusqu'au moment de la réquisition de vente : il s'agit de la gérance légale limitée.

96. Les articles 152, alinéa 2, LP et 91 à 96 ORFI, relatifs à l'indisponibilité des loyers et à la gérance légale limitée, ont comme particularité de ne pouvoir être mis en œuvre que si l'extension du gage aux loyers est effective¹²⁶. Les articles 91 à 96 ORFI figurent, dans la systématique de l'ordonnance, sous l'intitulé « *E. Baux à loyer ou à ferme* ». L'application de chacune de ces normes dépend, directement ou indirectement, de la requête d'extension du gage aux loyers formée par le créancier gagiste poursuivant : l'article 91 ORFI fait dépendre l'avis aux locataires et fermiers de la requête d'extension du gage aux loyers, et les dispositions suivantes ne sont mises en œuvre qu'avec la notification de l'avis aux locataires et fermiers, voire après celle-ci. En d'autres termes,

¹²² HOLLIGER (1951), p. 106 ; LILIENTHAL (1941), p. 77 ; WEISS (1936), p. 69.

¹²³ HOLLIGER (1951), p. 106 ; BK-LEEMANN, N° 61 ad Art. 806 CC ; WEISS (1936), p. 69.

¹²⁴ BK-LEEMANN, N° 56 ad Art. 806 CC ; LILIENTHAL (1941), p. 101 ; BAKO-TRAUFFER, N° 24 ad Art. 806 CC. Voir également le Form. ORFI N° 5 et *supra* § 69–73.

¹²⁵ Voir *infra* PARTIE 2.

¹²⁶ Dans le même sens : STUDER (1954), p. 172.

ce sont des règles dont la fonction est d'asseoir la portée de l'article 806 CC dans le cadre de la phase préliminaire de la poursuite en réalisation de gage. En cela, les articles 152, alinéa 2, LP et 91 à 96 ORFI n'ont pas de d'autonomie propre. Pour cette raison, nous désignons ces règles comme étant « *dépendantes* », par opposition aux règles « *autonomes* » d'indisponibilité.

97. En revanche, lorsque l'immeuble n'est pas remis à bail, il n'y a pas de place pour une immobilisation des loyers et une gérance légale limitée¹²⁷.

C. L'indisponibilité dans la poursuite par voie de saisie

98. La saisie¹²⁸ est la mise sous main de justice de droits patrimoniaux du débiteur en vue d'une réalisation dont le produit est affecté au désintéressement des créanciers poursuivants¹²⁹. Il s'agit du mode de poursuite ordinaire permettant l'exécution spéciale du patrimoine du débiteur, qui ne porte que sur une part déterminée de son patrimoine.

99. Le cercle des personnes soumises à la poursuite par voie de saisie est défini de manière résiduelle par l'article 42, alinéa 1, LP : y sont sujettes les personnes qui ne peuvent faire l'objet, ni d'une procédure par voie de faillite (art. 39 et 43 LP), ni d'une poursuite en réalisation de gage (art. 41 LP).

100. La procédure peut être synthétisée en trois phases. La première phase est celle de l'introduction de la poursuite. Elle tend à l'obtention, par le créancier, d'un commandement de payer en force, ce qui lui permet de requérir la continuation de la poursuite (art. 88 LP). Dans cette première phase de la procédure, avant même l'exécution de la saisie, le créancier peut requérir la saisie provisoire (art. 83, al. 2, LP). Celle-ci a pour but de sauvegarder les droits du créancier pendant une éventuelle action en libération de dettes, laquelle intervient à l'initiative du débiteur lorsque le créancier s'est vu accorder la mainle-

¹²⁷ Dans le même sens : ATF 131/2005 III 141, Y. SA.

¹²⁸ D'une manière générale, à propos de la poursuite par voie de saisie : AMONN/WALTHER (2003), p. 149–259 ; FRITZSCHE/WALDER I (1984), p. 281–472 ; GILLIERON (2005), p. 179–270.

¹²⁹ ATF 106/1980 III 130, *Eurosystem hospitalier SA*. AMONN/WALTHER (2003), p. 150 ; SchKG II-FoEX, N° 2 ad Art. 96 LP ; FRITZSCHE/WALDER I (1984), p. 360 ; GILLIERON (1991), p. 269 ; GILLIERON (2005), p. 179 ; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN I, N° 10 ad Art. 96 LP ; STOFFEL (2002), p. 136. Si la fonction de la saisie en tant qu'institution servant à permettre le désintéressement des créanciers poursuivants est incontestée dès son origine, la qualification de sa nature juridique a fait l'objet de controverses dès ce moment également : certains ont considéré qu'elle confère aux créanciers saisissants un droit réel sur les biens saisis, d'autres ont soutenu la conception – qui finalement prévaut aujourd'hui – de la mainmise officielle : pour une présentation de cette évolution, voir COLOMBARA (1992), p. 344–354 ; GILLIERON (1991), p. 268–269 ; VALLAT (1998), p. 71–77.

vée provisoire de l'opposition. La saisie provisoire est exécutée comme la saisie définitive, et a, s'agissant du débiteur, les mêmes effets qu'une saisie définitive¹³⁰ ; les mesures de sûreté des articles 98 et ss LP peuvent en outre être ordonnées¹³¹. En cas de saisie provisoire déjà, l'immeuble est susceptible d'être frappé par des normes d'indisponibilité.

101. La deuxième phase est celle de la saisie : les biens du débiteur sont appréhendés par l'office, en vue de leur réalisation au profit du créancier saisissant. Les biens du débiteur sont saisis jusqu'à ce que la créance du poursuivant soit couverte. Certains biens, absolument nécessaires au débiteur, sont insaisissables (art. 92 LP) ; d'autres, les revenus relativement saisissables, sont saisis déduction faite d'un montant laissé au débiteur pour lui et sa famille (art. 93 LP). Parmi les biens saisissables, ce sont les biens meubles, y compris les créances, qui sont saisis en premier lieu ; les immeubles ne sont saisis que s'il n'y a pas de biens meubles suffisants pour couvrir la créance (art. 95, al. 1 & 2 LP). C'est donc la loi qui détermine les biens à saisir ; la portée effective de chaque saisie dépend de la nature et de la quotité des biens du débiteur. La saisie est exécutée par l'avis au débiteur selon lequel certains de ses biens clairement désignés sont saisis et que, partant, il lui est fait interdiction, sous la menace des peines de droit, d'en disposer sans la permission du préposé (art. 96, al. 1, LP)¹³² ; cette injonction au débiteur sert à exprimer la mainmise officielle sur les biens qu'elle désigne¹³³.

102. Une fois la saisie exécutée, le créancier peut requérir la réalisation des biens saisis dans un délai-cadre de 6 mois à 2 ans (art. 116, al. 1, LP). L'office est tenu de préparer les enchères ; quand la saisie porte sur des immeubles, plusieurs obligations lui incombent à ce titre : dépôt des conditions de vente (art. 134 & 135 LP), publication des enchères (art. 138 LP), établissement de l'état des charges (art. 140 LP) notamment. L'office dispose également de délais-cadres pour procéder à la réalisation, à savoir entre 1 mois et 3 mois à compter de la réquisition de vente (art. 133, al. 1, LP). Contrairement aux délais impartis au créancier, qui s'imposent strictement à lui sous peine de for-

¹³⁰ GILLIERON I, N° 26 ad Art. 83 LP ; SchKG II-STAEHELIN, N° 9 ad Art. 83 LP.

¹³¹ GILLIERON I, N° 27 ad Art. 83 LP ; SchKG II-LEBRECHT, N° 4 ad Art. 98 LP.

¹³² ATF 130/2004 III 661, Z. ; ATF 110/1984 III 57, *Edwin C.* = JT 1987 II 60 ; ATF 109/1983 III 11, *Garage Hoffer & Fils SNC* ; ATF 107/1981 III 67, *Niala Inc* ; ATF 97/1971 III 18, *Albert E.* = JT 1971 II 16. AMONN/WALTHER (2003), p. 158–159 ; FoEX (2001), p. 8 ; SchKG II-LEBRECHT, N° 13 ad Art. 89 LP, N° 1 ad Art. 98 LP. Voir également le Form. ORFI N° 6. *Contra* : VALLAT (1998) (p. 87, 89), pour qui la décision de l'organe de la poursuite est déterminante pour l'exécution de la saisie, indépendamment de toute communication au débiteur. Voir également la suggestion d'interprétation de FoEX à la suite de la modification, en 1997, des notes marginales accompagnant les articles 89, respectivement 96 LP (SchKG II-FoEX, N° 17 ad Art. 96 LP), suggestion non suivie par la jurisprudence (ATF 130/2004 III 661, Z.).

¹³³ ATF 114/1988 III 75, K.

clusion (art. 121 LP), il s'agit pour l'office de délais d'ordre¹³⁴ ; dans la pratique, il s'avère que ceux-ci sont souvent dépassés, prolongeant d'autant l'indisponibilité des immeubles sous main de l'office.

103. La troisième phase est celle qui court du jour de la réalisation des biens saisis, jusqu'à la clôture de la procédure (art. 144 à 150 LP).

104. Dans la saisie, l'indisponibilité des biens, et notamment des immeubles, est exprimée par cinq normes, qui ont chacune une fonction déterminée : injonction au débiteur lui interdisant de disposer des biens saisis (2.), sanction pénale (3.), actes de disposition frappés de nullité (4.), restriction du droit d'aliéner l'immeuble annotée au registre foncier (5.), mise de l'immeuble sous gérance légale (6.). Avant de passer ces normes en revue, nous commençons par préciser les biens concernés par la saisie, lorsque l'autorité met la main sur un immeuble du débiteur (1.).

1) Les biens saisis

105. Notre hypothèse de travail est la saisie d'immeubles par l'office, au titre d'actifs appartenant au débiteur. La saisie concerne en premier chef l'immeuble tel qu'il est inscrit au registre foncier ; cependant, elle s'étend également à certains droits ou choses qui en dépendent. Ceci s'explique par le fait que le droit de propriété sur un immeuble s'étend aux parties intégrantes (art. 642 CC) et fruits naturels (art. 643 CC) de celui-ci ; il s'agit-là de l'expression du principe dit de l'accession¹³⁵. Les accessoires suivent également le sort de la chose principale (art. 644-645 CC). Nous examinons successivement le sort des fruits, en particulier celui des loyers produits par l'immeuble (a.), puis de ses accessoires et parties intégrantes (b.). Enfin, il se peut que l'immeuble saisi en tant qu'actif appartenant au débiteur soit inscrit au registre foncier au nom d'un autre (c.).

a) Les fruits

106. La saisie de l'immeuble emporte celle des fruits et autres produits engendrés par celui-ci (art. 102, al. 1, LP, *ab initio*). Dans ce cas, les fruits n'ont pas à être indiqués spécialement dans le procès-verbal de saisie ; toutefois, s'il

¹³⁴ Les délais d'ordre ont pour but de régler le déroulement dans le temps de la procédure, en impartissant un laps de temps à l'autorité pour agir ; leur non-respect n'entraîne pas la nullité des actes accomplis : JEANDIN (1999, Délais), p. 9. SJ 1997 105 (TF).

¹³⁵ A propos du principe de l'accession : BK-MEIER-HAYOZ, , N° 98 ad Systematischer Teil ; BAKO-WIEGAND, N° 66 ad Vorbemerkungen zu Art. 641ss CC.

s'agit de loyers et fermages, les contrats de bail à loyer ou à ferme s'y rapportant sont mentionnés dans le procès-verbal de saisie (art. 14, al. 1, 2^{ème} & 3^{ème} phrase, ORFI).

107. Nous explicitons ci-après la portée de la notion de fruits et produits compris dans la saisie (i.), et présentons le cas particulier des loyers cédés avant celle-ci (ii.).

i. Les fruits et produits

108. La juxtaposition dans l'article 102, alinéa 1, LP des termes « *fruits* » et « *autres produits* » reflète la distinction entre fruits naturels et fruits civils. Les fruits naturels sont les produits périodiques et tout ce que l'usage autorise à tirer d'une chose suivant sa destination (art. 643, al. 2, CC). Les fruits civils sont les revenus qui peuvent être tirés de celle-ci en raison d'un rapport juridique avec un tiers (bail, prêt, etc.)¹³⁶.

109. L'article 14, alinéa 1, ORFI, *ab initio* prévoit en outre que « *la saisie d'un immeuble comprend de plein droit les récoltes pendantes ainsi que les loyers et fermages courants* ». A notre avis, cette disposition ne doit pas avoir pour effet de restreindre la portée de l'article 102, alinéa 1, LP : les « *fruits* » au sens de l'article 102, alinéa 1, LP ne peuvent pas être ramenés aux seules récoltes pendantes mentionnées à l'article 14, alinéa 1, ORFI, de même que les « *autres produits* » ne doivent pas se confondre avec les seuls loyers et fermages de la disposition d'exécution. Le but de l'article 102, alinéa 1, LP est en effet de faire en sorte que les produits qui parviennent usuellement en mains du propriétaire immobilier soient appréhendés par l'office, dès que l'immeuble est placé sous sa mainmise, sous réserve des droits préférentiels accordés à certains créanciers. Le Tribunal fédéral a d'ailleurs considéré que la saisie d'un immeuble emporte celle de la rente superficielle qui y est attachée, retenant ainsi dans la notion des « *autres produits* » un fruit civil autre que les loyers et fermages¹³⁷.

110. La saisie de l'immeuble ne s'étend qu'aux fruits et produits qui échoient au débiteur, respectivement deviennent exigibles, après la saisie ; celle-ci ne comprend en effet que « *les récoltes pendantes et les loyers et fermages courants* » (art. 14, al. 1, ORFI). Les fruits naturels séparés de l'immeuble avant la saisie deviennent des choses mobilières indépendantes qui, partant, ne sont pas comprises dans la saisie de l'immeuble ; le cas échéant, ils doivent être saisis pour eux-mêmes¹³⁸. Il en va de même des loyers, échus avant la saisie, qui

¹³⁶ Voir *supra* § 43.

¹³⁷ ATF 94/1968 III 8, *Total (Suisse) SA* = JT 1968 II 47. Voir également dans le sens d'une interprétation large : JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN I, N° 9 & 10 ad Art. 102 LP ; JAEGER I, N° 4 ad Art. 102 LP ; SchKG II-LEBRECHT, N° 1 ad Art. 102 LP. Plus restrictif : GILLIERON II, N° 10 & 11 ad Art. 102 LP.

¹³⁸ JAEGER I, N° 4 ad Art. 102 LP ; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN, N° 9 ad Art. 102 LP.

n'auraient pas été encaissés par le propriétaire de l'immeuble : ils sont saisis pour eux-mêmes comme les autres créances du débiteur (art. 95, al. 1, LP).

111. La saisie des loyers et fermages par l'effet de l'article 102, alinéa 1, LP cède le pas aux droits préférentiels des créanciers gagistes immobiliers : la saisie n'est pas opposable au créancier gagiste immobilier qui a requis la poursuite en réalisation de gage avant que les loyers et fermages sont devenus exigibles (art. 806, al. 3, CC)¹³⁹. Ce droit préférentiel impose un comportement actif des créanciers gagistes, qui doivent requérir la poursuite en réalisation de gage assortie de la requête d'extension du gage aux loyers¹⁴⁰, raison pour laquelle l'office doit les informer de la saisie de l'immeuble (art. 15, al. 1, litt. b, ORFI).

ii. Le cas particulier de la cession des loyers futurs

112. Les loyers produits par l'immeuble peuvent avoir fait, avant la saisie de celui-ci, l'objet d'une cession de créances par le propriétaire. Le plus souvent, cette cession est réalisée en faveur du créancier gagiste, afin que soit assuré le paiement des intérêts hypothécaires. Dans ce travail, nous soutenons qu'une cession des loyers futurs intervenue avant la saisie cesse de déployer ses effets après la saisie.

113. La cession de créances est un contrat par lequel une créance est cédée par le créancier (le cédant) à un tiers (le cessionnaire) ; le débiteur de la créance cédée (le débiteur cédé), n'est pas partie à ce contrat¹⁴¹. Le contrat de cession de créances est un acte de disposition¹⁴², passé en exécution d'une obligation préexistante, issue d'un acte générateur d'obligations¹⁴³. La cession des loyers présente une particularité en ce sens que, le plus souvent, le contrat porte sur des créances futures non encore échues¹⁴⁴. En effet, la créance en paiement du loyer mensuel naît après l'écoulement de chaque terme de paiement, donc à la fin de chaque mois, ou, le plus souvent selon l'usage, avant le début de celui-ci

¹³⁹ Voir *supra* § 83.

¹⁴⁰ Voir *supra* § 54–55.

¹⁴¹ BAKO-GIRSBERGER, N° 1 ad Vorbemerkungen zu Art. 164–174 CO ; CR CO I-PROBST, N° 1 ad Art. 164 CO ; ZK-SPIRIG, N° 20 ad Vorbemerkungen zu Art. 164–174 CO.

¹⁴² L'acte de disposition est compris ici dans son sens propre, voir *supra* § 79 et *infra* § 136. BAKO-GIRSBERGER, N° 16 ad Art. 164 CO ; ZK-SPIRIG, N° 31–34 ad Vorbemerkungen zu Art. 164–174 CO.

¹⁴³ BAKO-GIRSBERGER, N° 17 ad Art. 164 CO ; CR CO I-PROBST, N° 5 ad Art. 164 CO ; ZK-SPIRIG, N° 28, 30 ad Vorbemerkungen zu Art. 164–174 CO.

¹⁴⁴ A propos de la cession des créances futures : BK-BECKER, N° 15–21 ad Art. 164 CO ; BAKO-GIRSBERGER, N° 36 ad Art. 164 CO ; STAEHELIN (1989).

(art. 257c CO)¹⁴⁵ ; en cédant les loyers, le propriétaire dispose donc d'une créance qui ne lui est pas encore acquise¹⁴⁶.

114. Pour les loyers venant à échéance après la saisie, la cession et la saisie ont des effets qui s'excluent : la cession attribue les loyers au cessionnaire, qui peut prétendre au paiement en ses mains, alors que la saisie, destinée à affecter les loyers au désintéressement des créanciers saisissants, en impose le paiement en main de l'office. Il s'agit donc de déterminer si la mainmise officielle l'emporte sur les actes du propriétaire sur les loyers futurs, ou si au contraire les effets de la cession antérieure doivent subsister.

115. Si la loi est muette sur la question, le Tribunal fédéral, en sa qualité d'autorité de surveillance, l'a résolue en faveur des créanciers saisissants. En effet, le Form. ORFI N° 5, destiné aux locataires une fois l'immeuble saisi, prévoit que « *les arrangements qui ont pu être conclus au sujet de loyers (fermages) non encore échus sont sans valeur* ».

116. En jurisprudence, le Tribunal fédéral a opté pour la solution inverse dans le cas de la saisie des salaires : des salaires cédés avant leur saisie doivent continuer d'être versés en mains du cessionnaire¹⁴⁷. Au niveau cantonal, nous pouvons citer une jurisprudence valaisanne allant dans le sens de l'opposabilité de la cession au créancier saisissant¹⁴⁸.

117. La doctrine est très partagée sur la question. Pour y répondre, l'analyse est généralement effectuée sous deux angles : d'une part, au regard de l'appartenance ou non de la créance au patrimoine du cédant, et d'autre part, sous l'angle de la capacité de celui-ci de céder.

118. Dans un premier temps, on distingue deux théories qui ont trait au cheminement de la créance entre le moment de sa naissance et celui de son arrivée dans le patrimoine du cessionnaire ; il s'agit des théories dites du passage (« *Durchgangstheorie* ») et de l'immédiateté (« *Unmittelbarkeitstheorie* »)¹⁴⁹. Selon la « *Durchgangstheorie* », une créance future qui a été cédée prend d'abord naissance, « *l'espace d'une seconde logique* », dans le patrimoine du cé-

¹⁴⁵ ATF 127/2001 III 273, *A. Autokurier Service* = JT 2001 II 8 ; ATF 115/1989 III 65, *Max G.* = JT 1991 II 130.

¹⁴⁶ Le propriétaire peut également céder une créance de loyer échue qui n'a pas été payée par le locataire, par exemple aux fins de recouvrement ; dans ce cas, il ne s'agit pas de la cession d'une créance future.

¹⁴⁷ ATF 95/1969 III 9, *Tanara-Finanz AG* = JT 1970 II 40. En revanche, dans la faillite, l'indisponibilité entraîne, selon la jurisprudence, l'inefficacité des cessions intervenues antérieurement pour ce qui est des créances naissant après l'ouverture de la faillite : ATF 130/2004 III 348, *X. SA.* ; ATF 115/1989 III 65, *Max G.* = JT 1991 II 130 ; ATF 111/1985 III 73, *Banque X.* = JT 1988 II 15. A notre avis, il s'agit purement et simplement d'une nullité, voir *infra* § 310–312.

¹⁴⁸ RVJ 1994 318 (AS/VS).

¹⁴⁹ Pour une description des théories de l'immédiateté et du passage : DOMMER (1987), p. 15–18 ; BAKO-GIRSBERGER, N° 47 ad Art. 164 CO ; CR CO I-PROBST, N° 55 ad Art. 164 CO ; STAEHELIN (1989), p. 382 ; ZK-SPIRIG, N° 70–72 ad Art. 164 CO.

nant, mais passe ensuite immédiatement dans celui du cessionnaire. A l'inverse, selon l'« *Unmittelbarkeitstheorie* », la créance naît directement dans le patrimoine du cessionnaire, sans passer par celui du cédant. Le choix entre l'une ou l'autre de ces conceptions est déterminant¹⁵⁰. Avec la « *Durchgangstheorie* », la cession des loyers, bien qu'antérieure à la saisie, est affectée par l'indisponibilité de l'immeuble : dans ce cas, les loyers échus après la saisie tombent sous la main de l'office, puisqu'ils prennent naissance dans le patrimoine du propriétaire saisi¹⁵¹. Avec l'« *Unmittelbarkeitstheorie* », les effets de la cession continuent à se déployer malgré la saisie, puisque la créance naît directement dans le patrimoine du cessionnaire ; partant, les loyers lui demeurent dévolus¹⁵².

119. A cet examen de la question de l'appartenance de la créance cédée au patrimoine du cédant s'ajoute l'analyse au regard de la capacité du propriétaire de l'immeuble de céder les loyers qui lui échoient. En cas de cession d'une créance future, la cession ne sortit ses effets qu'à partir du moment où naît la créance ; il s'ensuit que le cédant doit encore avoir, à ce moment-là, la capacité de céder¹⁵³. Pour certains auteurs¹⁵⁴, la question de l'incapacité ultérieure de disposer n'a d'importance que si l'on accepte, pour l'entrée de la créance dans le patrimoine du cessionnaire, la théorie du passage. Pour d'autres auteurs¹⁵⁵ ou pour le Tribunal fédéral¹⁵⁶, les questions de la capacité de céder et celle du transfert de la créance sont distinctes l'une de l'autre.

120. A notre avis, la cession des loyers intervenue avant la saisie doit cesser de déployer ses effets une fois l'immeuble saisi. Notre réflexion est guidée par un besoin de cohérence dans le traitement des diverses situations d'indisponibilité. En effet, dans la faillite, celle-ci fait échec à une cession intervenue antérieurement pour les créances naissant après la faillite¹⁵⁷. Or, comme nous le soutenons dans ce travail¹⁵⁸, l'indisponibilité résultant de la saisie et de la faillite ont, pour les biens concernés et en présence d'une gérance légale attribuant les pouvoirs à l'office, des effets similaires ; pour cette raison, un traitement distinct des créances cédées antérieurement par le poursuivi ne se justifie

¹⁵⁰ Les théories du passage et de l'immédiateté, comme le choix entre l'une ou l'autre d'entre elles, n'ont pas seulement d'importance au regard du droit de l'exécution forcée, mais elles influencent également les problématiques des exceptions personnelles que le débiteur a contre le cédant ou les questions de cessions en chaîne : BAKO-GIRSBERGER, N° 47 ad Art. 164 CO.

¹⁵¹ DOMMER (1987), p. 127 ; LACHAT (2000), p. 25.

¹⁵² BAKO-GIRSBERGER, N° 48 ad Art. 164 CO ; ZK-SPIRIG, N° 169 ad Vorbemerkungen zu Art. 164–174 OR.

¹⁵³ BK-BECKER, N° 16 ad Art. 164 CO ; DOMMER (1987), p. 128 ; LACHAT (2000), p. 25 ; ZK-SPIRIG, N° 74 ad Art. 164 CO.

¹⁵⁴ BAKO-GIRSBERGER, N° 47 ad Art. 164 CO .

¹⁵⁵ LACHAT (2000), p. 25 ; ZK-SPIRIG, N° 74 ad Art. 164 CO.

¹⁵⁶ ATF 111/1985 III 73, *Banque X.* = JT 1988 II 15.

¹⁵⁷ Voir *supra* note 147.

¹⁵⁸ Voir *infra* § 383.

pas¹⁵⁹. En outre, en matière immobilière, la seule distinction entre l'indisponibilité résultant de la saisie et celle résultant de la faillite est la protection de la bonne foi des tiers cocontractants ; or, cet élément de bonne foi n'entre pas en considération en matière de cession, puisque la protection de la bonne foi ne s'étend pas aux créances¹⁶⁰. Pour cette raison, nous faisons nôtre la « *Durchgangstheorie* » ; de ce fait, la cession est sans effet une fois que le débiteur a perdu le pouvoir de disposer de ses biens en raison de la saisie.

121. En résumé, la saisie d'un immeuble emporte celle de ses fruits. Si l'immeuble est remis à bail, les loyers produits venant à échéance tombent également sous le coup de la mesure et sont mentionnés dans le procès-verbal de saisie, alors même qu'ils auraient été cédés avant la saisie. Les droits préférentiels des créanciers gagistes poursuivants sur les loyers sont réservés.

b) Les parties intégrantes et les accessoires

122. « Les choses qui, d'après l'usage local, font partie intégrante de l'immeuble ou en sont des accessoires ne sont pas mentionnées dans le procès-verbal de saisie ; elles sont comprises de plein droit dans la saisie de l'immeuble » (art. 11, al. 1, ORFI). Il convient de distinguer dans l'analyse les parties intégrantes (i.) des accessoires (ii.), car la procédure qui leur est applicable diffère.

i. Les parties intégrantes

123. Les parties intégrantes de l'immeuble sont tout ce qui en constitue un élément essentiel, et qui ne peut en être séparé sans le détruire, l'altérer ou le détériorer, de même que les fruits naturels non séparés de l'immeuble (art. 642, al. 2, et 643, al. 3, CC)¹⁶¹.

124. Comprises de plein droit dans la saisie de l'immeuble, les parties intégrantes ne sont pas mentionnées dans le procès-verbal de saisie (art. 11, al. 1, ORFI). Les contestations relatives à la qualité de parties intégrantes sont tranchées dans le cadre de la procédure d'épuration de l'état des charges (art. 11, al. 4, ORFI).

¹⁵⁹ Dans le même ordre d'idées, voir BISchK 2003 36 (AS/GE).

¹⁶⁰ Voir *infra* note 219.

¹⁶¹ Voir *supra* § 41.

ii. Les accessoires

125. L'accessoire d'un immeuble est une chose mobilière qui dépend de l'immeuble, y étant reliée par un lien d'affectation durable, et reconnu comme tel, par l'usage local ou la volonté du propriétaire de l'immeuble¹⁶².

126. Dans la saisie, le traitement formel des accessoires diffère selon le mode d'affectation à cette qualité : ils peuvent être ou ne pas être mentionnés dans le procès-verbal de saisie (art. 11, al. 1&2, ORFI). Il n'en reste pas moins que l'appréhension générale par la saisie des accessoires vaut pour tous les accessoires, quel que soit leur mode d'affectation à cette qualité. Retenir une autre solution serait en contradiction avec le principe général selon lequel les accessoires suivent le sort de l'immeuble (art. 644, al. 1, CC)¹⁶³.

127. Au plan formel, il faut distinguer, avec l'article 11, alinéas 1&2, ORFI, quatre hypothèses. La première hypothèse évoque le cas de figure usuel : les choses mobilières sont des accessoires selon l'usage local ; dans ce cas, elles ne sont pas mentionnées dans le procès-verbal de saisie (art. 11, al. 1, ORFI). Dans la deuxième hypothèse, les choses sont mentionnées au registre foncier comme accessoires, en application notamment de l'article 805, alinéa 2, CC (art. 946, al. 2, CC) ; dans ce cas, elles sont portées comme tels au procès-verbal de saisie et estimées séparément (art. 11, al. 2, ORFI). En troisième lieu, lorsque la qualité d'accessoires des choses mobilières prête à des doutes, ces choses sont portées comme accessoires au procès-verbal de saisie et estimées séparément (art. 11, al. 1, ORFI). En quatrième lieu, une personne intéressée peut demander que d'autres objets soient également portés au procès-verbal de saisie en qualité d'accessoires, demande à laquelle il doit être fait droit par l'office (art. 11, al. 3, ORFI).

128. C'est dans le cadre de la procédure d'épuration de l'état des charges que les contestations relatives à la qualité d'accessoires sont tranchées (art. 11, al. 4, 38, al. 1&2, ORFI), alors que les litiges quant à la propriété des accessoires font l'objet d'une procédure de revendication en application des articles 106ss LP (art. 38, al. 3, ORFI)¹⁶⁴.

¹⁶² Voir *supra* § 42.

¹⁶³ Dans le même ordre d'idées, à propos d'accessoires mentionnés comme tels au registre foncier mais non enregistrés dans le procès-verbal de saisie : ATF 112/1986 III 23, *Peter Kellenberger* = JT 1988 II 122.

¹⁶⁴ ATF non publié du 2 mars 2000 (7B.7/2000), *R. BAKO-WIEGAND*, N° 34 ad Art. 644–645 CC.

c) La saisie d'un immeuble inscrit au registre foncier au nom d'un autre que le débiteur

129. La saisie porte sur le patrimoine du débiteur. En matière immobilière, les biens d'une personne sont réputés être ceux dont l'inscription au registre foncier la désigne comme propriétaire (art. 958, ch. 1, et 937, al. 1, CC). Il se peut cependant que le débiteur ait un droit de propriété sur un immeuble, alors même qu'il n'est pas inscrit comme en étant le propriétaire ; tel est le cas par exemple lorsque « ... (*par occupation, succession, expropriation, exécution forcée, jugement*), le débiteur a acquis la propriété sans inscription au registre foncier (art. 656, 2^e al., CC), ou bien qu'en vertu du régime matrimonial l'immeuble répond des dettes du débiteur poursuivi, ou bien que l'inscription au registre foncier est inexacte » (art. 10, al. 1, ch. 1 à 3, ORFI).

130. Le droit des poursuites envisage ces hypothèses et permet la saisie par l'office d'un immeuble inscrit au registre foncier au nom d'un autre que le débiteur, pour autant que le créancier rende ces hypothèses vraisemblables (art. 10, al. 1, ORFI). En jurisprudence, il est admis que les conditions énumérées à l'article 10 ORFI soient comprises de manière extensive, voire par analogie ; d'autres cas que ceux énumérés aux chiffres 1 à 3 de cette disposition peuvent donc justifier la saisie d'un immeuble dont le débiteur n'est pas inscrit comme propriétaire¹⁶⁵.

131. Lorsque la saisie porte sur un immeuble inscrit au nom d'un autre que le débiteur, l'office doit, aussitôt après celle-ci, introduire la procédure de revendication (art. 10, al. 2, ORFI). Il assigne au créancier un délai de vingt jours pour intenter action¹⁶⁶ au propriétaire inscrit au registre foncier ou à ses ayants cause s'il est décédé ; en cas d'inobservation de ce délai, la saisie est révoquée (art. 9 IFORFI). Pendant la durée de la procédure, l'immeuble ne peut pas faire l'objet d'une gérance légale par l'office des poursuites¹⁶⁷.

2) L'interdiction de disposer : article 96, alinéa 1, LP

132. La première norme d'indisponibilité dans la saisie est l'interdiction faite au débiteur de disposer des biens désormais placés sous la mainmise officielle : « *Il est interdit au débiteur, sous menace des peines prévues par la loi (art. 169 CP), de disposer des biens saisis sans la permission du préposé. Le fonctionnaire qui*

¹⁶⁵ ATF 114/1988 III 88, *G.* (donation d'un immeuble aux fins de le soustraire à l'exécution forcée) ; ATF 81/1955 III 98, *Lang und Hess* (lorsque les conditions de l'action révocatoire sont réalisées).

¹⁶⁶ A propos de la nature et des conclusions à l'appui de l'action, voir ATF 84/1958 III 16, *Werro*.

¹⁶⁷ Voir *infra* § 458–463.

procède à la saisie attire expressément son attention sur cette interdiction et sur les conséquences pénales de sa violation. » (art. 96, al. 1, LP)¹⁶⁸.

133. Cette injonction d'interdiction a une fonction essentielle, puisqu'elle traduit l'exécution de la saisie : c'est par elle que les biens concernés se retrouvent sous la mainmise officielle¹⁶⁹. Il s'agit de l'obligation faite au préposé d'attirer expressément l'attention du débiteur saisi sur les biens concernés par la saisie, sur l'interdiction de disposer qui le frappe, et sur les conséquences pénales auxquelles il s'expose en cas d'insoumission. Dans ce sens, il s'agit d'une condition nécessaire à la mise en œuvre des autres normes d'indisponibilité dans la saisie.

134. Bien que déclencheur de la mise en application des autres normes d'indisponibilité, l'article 96, alinéa 1, LP n'a qu'une portée propre : son champ d'application ne délimite pas celui des autres normes d'indisponibilité. En particulier, il n'est pas nécessaire qu'un acte soit interdit au titre de l'article 96, alinéa 1, LP pour être concerné par le transfert de pouvoir de gérance légale à l'autorité. Inversement, un acte du débiteur dont le pouvoir de l'accomplir a été transféré à l'autorité peut ne pas être concerné par l'injonction d'interdiction.

135. Nous présentons ci-après les actes de disposition interdits (a.), et la possibilité de lever ce régime d'interdiction avec la permission du préposé (b.).

a) Les actes de disposition interdits

136. Un acte de disposition est un acte juridique par lequel un droit subjectif est transféré, constitué ou éteint ; il diminue les actifs du patrimoine de celui qui dispose de son droit¹⁷⁰. Cette définition générique regroupe les conceptions de l'acte de disposition en droits réels et en droit des obligations. En droits réels, l'acte de disposition est considéré du point de vue de la volonté manifestée de son auteur : il s'agit de l'acte juridique par lequel le débiteur d'une obligation de transférer la propriété ou de constituer un droit réel sur une chose manifeste sa volonté de se dessaisir de la chose ou de la grever d'un droit réel limité¹⁷¹. En droit des obligations, l'acte de disposition est plus souvent défini en fonction des effets qu'il a sur le patrimoine du disposant : l'acte de disposition est l'acte juridique qui affecte directement et définitivement

¹⁶⁸ « *Der Schuldner darf bei Straffolgen (Art. 169 StGB) ohne Bewilligung des Betreibungsbeamten nicht über die gepfändeten Vermögensstücke verfügen. Der pfändende Beamte macht ihn darauf und auf die Straffolge ausdrücklich aufmerksam.* »

¹⁶⁹ Voir *supra* § 101.

¹⁷⁰ VAN DE SANDT (2000), p. 19, 265. Voir également *supra* § 79.

¹⁷¹ DESCHENAUX (1983), p. 223 ; STEINAUER I (1997) p. 41 ; STEINAUER II (2002), p. 265.

l'existence ou le contenu d'un droit appartenant à son auteur ; celui-ci diminue son patrimoine en réduisant son actif¹⁷². L'acte de disposition ne déploie d'effets que si son auteur jouit du pouvoir de disposer¹⁷³.

137. L'acte de disposition (« *Verfügung* ») est distingué de l'acte générateur d'obligations (« *Verpflichtung* »), qui a pour effet de créer un rapport de droits et obligations et de faire naître une créance ; avec celle-ci, le passif du bilan est accru d'une nouvelle dette¹⁷⁴. Cette distinction entre « *Verfügung* » et « *Verpflichtung* » s'inscrit dans le fonctionnement global du système de constitution, transfert ou extinction des droits selon le principe de la causalité¹⁷⁵.

138. En matière immobilière, les actes de disposition susceptibles de concerner l'immeuble sont en particulier la réquisition, faite par le propriétaire, de procéder à l'inscription du droit de propriété ou d'un autre droit réel sur l'immeuble, emportant le transfert de propriété, respectivement la constitution du droit¹⁷⁶.

139. Dans sa jurisprudence ancienne relative à l'article 96 LP¹⁷⁷, le Tribunal fédéral, suivi par la doctrine¹⁷⁸, retenait l'acte de disposition dans son sens littéral de « *Verfügung* ». Par la suite, la portée de la notion d'acte de disposition a été élargie. Aujourd'hui, jurisprudence¹⁷⁹ comme doctrine¹⁸⁰ retiennent que l'interdiction de disposer exprimée à l'article 96, alinéa 1, LP a une large portée, qui dépasse la définition usuelle de l'acte de disposition. Les actes interdits décrits à l'article 96, alinéa 1, LP peuvent être tant des actes juridiques que des actes dits matériels, comme la destruction ou l'endommagement des biens sai-

¹⁷² ENGEL (1997), p. 145 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY I (2003), p. 23 ; GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY (2000), p. 96 TERCIER (2003), p. 53 ; VON TUHR/PETER (1979), p. 194.

¹⁷³ GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY (2000), p. 97 ; STEINAUER II (2002), p. 266 ; TERCIER (2003), p. 81.

¹⁷⁴ ENGEL (1997), p. 145–146 ; DESCHENAUX (1983), p. 599 ; TERCIER (2003), p. 53 ; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO (2000), p. 732 ; VAN DE SANDT (2000), p. 100 ; VON TUHR/PETER (1979), p. 194–195.

¹⁷⁵ A propos du principe de la causalité : DESCHENAUX (1983), p. 599 ; BK-HAAB, N° 6 ad Einleitung zu Art. 641–977 CC ; ZK-HOMBERGER, N° 14 ad Art. 965 et N° 3 ad Art. 974 ; BAKO-LAIM, N° 4 ad Art. 656 CC ; SCHNYDER (2001), p. 138–139 ; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO (2000), p. 732. En matière immobilière, le principe de la causalité est codifié aux articles 965 et 656 CC, en relation avec l'article 974 CC. En matière mobilière, le principe prévaut également, bien que non codifié : ATF 55/1929 II 302, *Grimm* ; ATF 64/1938 II 284, *Epting-Burkhardt* = JT 1939 I 99, et plus récemment ATF 121/1995 III 345, *M. H.* = JT 1997 I 39. BK-HAAB-SIMONIUS, N° 16ss ad Art 714 CC ; BAKO-SCHWANDER, N° 3 ad Art. 714 CC ; TUOR/SCHNYDER/SCHMID (2000), p. 906. En revanche, la controverse subsiste s'agissant de la cession de créances : BK-BECKER, N° 1 ad Art. 164 CO ; BAKO-GIRSBERGER, N° 22ss ad Art. 164 CO ; ZK-SPIRIG, N° 37ss ad Vorbemerkungen zu Art. 164–174 CO ; SPIRIG (2000).

¹⁷⁶ STEINAUER I (1997), p. 41, 188.

¹⁷⁷ ATF 30/1907 II 155, *Gewerbekasse Baden*.

¹⁷⁸ CURTI (1894), p. 13. Voir également JAEGER, N° 4 ad Art. 96 LP, pour qui l'alinéa 2 de l'article 96 LP sert à préciser la portée de l'interdiction de l'alinéa 1.

¹⁷⁹ ATF 120/1994 III 138, *H.*

¹⁸⁰ AMONN/WALTHER (2003), p. 161 ; SchKG II-FoEX, N° 9 ad Art. 96 LP ; FoEX (2001), p. 8 ; FRITZSCHE/WALDER I, p. 358 ; GILLIERON II, N° 24 ad Art. 96 LP ; STOFFEL (2002), p. 137.

sis, d'une part ; d'autre part, parmi les actes juridiques interdits figurent non seulement les actes de disposition (« *Verfügungen* »), mais également les actes générateurs d'obligations (« *Verpflichtungen* »).

140. Si nous adhérons à l'extension de l'interdiction en ce qui concerne les actes matériels de disposition (i.), nous sommes d'avis que l'on ne peut pas faire entrer les actes générateurs d'obligations dans le champ des actes interdits par l'article 96, alinéa 1, LP (ii.). A l'appui de l'interprétation de l'une et l'autre de ces solutions, à défaut de pouvoir s'appuyer sur les travaux préparatoires, il est essentiel de considérer le but poursuivi par la saisie : celle-ci, en tant que mainmise officielle, a pour fonction de préserver les biens du débiteur, en valeur et en quantité, en vue de leur réalisation au profit des créanciers poursuivants ; en d'autres termes, il s'agit de préserver l'actif saisi.

i. Les actes de disposition matériels sont interdits

141. L'extension de l'interdiction de disposer aux actes matériels de disposition, comme l'endommagement ou la destruction du bien saisi, contribue à préserver la substance de l'actif mis sous main de justice, au profit des créanciers saisissants. En effet, l'endommagement ou la destruction des biens saisis, en raison de la perte – partielle ou totale – de valeur qu'ils engendrent, ont pour effet diminuer d'autant le produit de leur réalisation, au détriment des créanciers saisissants.

142. En outre, cette interprétation élargie aux actes de disposition matériels permet d'accorder l'injonction du droit de l'exécution forcée avec la sanction pénale de l'article 169 du Code pénal suisse du 21 décembre 1937¹⁸¹. En effet, cette norme a pour fonction de renforcer pénalement l'effectivité de l'interdiction de disposer énoncée à l'article 96, alinéa 1, LP, en vue d'assurer la disponibilité effective et intacte des droits mis sous main de justice au moment où ils devront être réalisés¹⁸². Or, les actes punissables définis par l'article 169 CP sont non seulement les actes de disposition sur des valeurs patrimoniales saisies, mais également leur endommagement, leur destruction, leur dépréciation ou leur mise hors d'usage¹⁸³. Aussi, tous actes de ce type, ayant pour effet la

¹⁸¹ RS 311 ; « CP ».

¹⁸² HAUSER (1989), p. 50 ; JAKES (2003), Rz 23. On parle dans ce cas d'hétéronomie : le droit pénal a pour fonction de sanctionner des normes préalables qui ressortissent à d'autres branches du droit ; la protection pénale apparaît alors comme accessoire (CASSANI (1988), p. 45). A propos de la place des incriminations hétéronomes et accessoires dans un système autonome de droit pénal, voir CASSANI (1988), p. 52. C'est une autre question que de savoir si, dans les faits, la menace d'une sanction pénale force réellement au respect de la norme de droit des poursuites. En effet, le nombre de condamnations pour infraction à l'article 169 CP diminue de manière constante depuis quelques années (source : BAKO-BRUNNER, « Kriminalstatistik » ad Art. 169 CP), ce qui nous pousse à nous interroger sur son efficacité.

¹⁸³ Voir *infra* § 151–155.

diminution du produit de réalisation, doivent être compris dans l'injonction de l'interdiction de disposer.

ii. Les actes générateurs d'obligations ne tombent pas sous l'interdiction

143. En revanche, il n'existe à notre avis aucune raison objective d'étendre, contre la lettre de la loi, l'interdiction de disposer aux actes générateurs d'obligation.

144. En effet, l'acte générateur d'obligations, en faisant naître une dette à charge du débiteur, ne porte pas en soi atteinte à la substance des biens saisis ; seule l'exécution de l'engagement, donc l'acte de disposition, a une telle conséquence¹⁸⁴. Il faut en outre considérer les droits que conserve le débiteur sur son patrimoine, malgré la saisie qui le frappe. Tant que dure la saisie, le débiteur conserve son droit de propriété sur les biens saisis¹⁸⁵, et sa capacité civile n'est pas affectée : il conserve l'exercice de ses droits civils et demeure capable de conclure des contrats relatifs aux biens saisis¹⁸⁶. Enfin, on ne trouve ni en jurisprudence, ni en doctrine de justification à l'appui de cette très large interprétation d'une notion juridique dont le sens est communément admis¹⁸⁷ et dont l'homonyme est utilisé dans la version allemande de la loi. En revanche, nous donnons ci-après dans l'exposé relatif à la norme pénale sanctionnant la transgression de l'injonction d'interdiction une explication à l'apparition de cette interprétation large de la notion d'acte de disposition¹⁸⁸.

145. En résumé, nous sommes d'avis que sont touchés par l'injonction d'interdiction de disposer les actes de disposition juridiques, selon la définition usuelle, de même que les actes de disposition matériels. Ces deux catégories d'actes ont pour effet de porter atteinte à l'actif saisi, ce que tend à prohiber l'injonction du droit des poursuites.

¹⁸⁴ Dans le même ordre d'idées, voir JAKES (2003), Rz 7, pour qui un « acte de « disposition » sur un droit patrimonial mis sous main de justice ne peut conceptuellement viser qu'un acte en rapport avec l'actif (et non avec le passif) du débiteur ».

¹⁸⁵ ATF du 10 décembre 2001 (SP.233/2001), *D. et S. AMONN/WALTHER* (2003), p. 160 ; COLOMBARA (1992), p. 345 ; FOEX (2001), p. 8 ; GILLIERON (2005), p. 179 ; VAN DE SANDT (2000), p. 218.

¹⁸⁶ Art. 12 CC *cum* 17 CC. Voir en outre les états de fait à l'appui des ATF 110/1984 III 81, Banque M. en liquidation concordataire = JT 1986 II 139, et ATF 99/1973 III 12, *Ingenieurbüro R. Lampert-Brändli* ; RNRF 57/1976 360 (AS/FR). AMONN/WALTHER (2003), p. 161 ; COLOMBARA (1992), p. 346–347 ; VALLAT (1998), p. 89 ; VAN DE SANDT (2000), p. 217.

¹⁸⁷ Voir *supra* § 79, 136.

¹⁸⁸ Voir *infra* § 152–153.

b) La permission du préposé

146. Le préposé peut lever l'interdiction de disposer signifiée au débiteur (art. 96, al. 1, 1^{ère} phrase, LP *in fine*). Cette levée de l'interdiction de disposer par le préposé a deux conséquences.

147. Premièrement, la levée de l'interdiction entraîne la levée de la saisie sur les biens concernés. En effet, si l'injonction de l'office exprime la mainmise sur les biens, la levée de l'interdiction produit l'effet inverse, à savoir la soustraction des biens de l'emprise officielle au bénéfice des créanciers. Deuxièmement, la permission du préposé exclut la réalisation des conditions de l'article 169 CP ; les actes de disposition sur les biens concernés ne sont, partant, pas punissables sur le plan pénal¹⁸⁹.

148. Or, malgré l'importance de cette faculté confiée au préposé, la loi n'apporte aucune précision quant aux conditions de la levée de l'interdiction de disposer. A notre sens, cette prérogative conférée au préposé ne doit pas avoir pour effet de détourner la saisie de sa finalité de préservation des biens du débiteur, en valeur et quantité, en vue de leur réalisation au profit des créanciers poursuivants. Il faut donc préciser, avec certains auteurs, que la permission ne peut être accordée par le préposé que si l'acte de disposition ne nuit pas aux intérêts des créanciers poursuivants¹⁹⁰. De même, l'acte de disposition autorisé par le préposé ne doit pas léser les intérêts d'un tiers qui ferait valoir une prétention en revendication du bien saisi¹⁹¹. Par exemple, les intérêts des créanciers saisissants sont sauvegardés lorsque le préposé autorise, moyennant le versement de la contre-prestation en main de l'office, l'inscription d'une servitude au profit d'une parcelle voisine, en exécution d'un contrat conclu antérieurement à la saisie¹⁹².

3) La sanction pénale : article 169 CP

149. La deuxième norme d'indisponibilité entrant en ligne de compte dans la saisie est la norme pénale dont la fonction est de renforcer pénalement l'effectivité de l'injonction de l'article 96, alinéa 1, LP¹⁹³. En effet, la violation de

¹⁸⁹ Voir *infra* § 155.

¹⁹⁰ CR LP-DE GOTTRAU, N° 6 ad Art. 96 LP ; SchKG II-FOEX, N° 12 ad Art. 96 LP ; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN I, N° 7 ad Art. 96 LP.

¹⁹¹ ATF 60/1934 II 195, *Farner* = JT 1935 II 161. GILLIERON II, N° 48–49 ad Art. 96 LP.

¹⁹² A propos de la substitution entre un bien saisi et sa contre-valeur en argent : ATF 60/1934 III 195, *Farner* = JT 1935 II 161. Voir également ATF 128/2001 124, *Confédération Suisse et consorts* = JT 2002 II 51.

¹⁹³ Voir *supra* § 142.

l'injonction d'interdiction de disposer est *a priori* constitutive de l'infraction de détournement de valeurs patrimoniales mises sous main de justice prévue à l'article 169 CP : « *Celui qui, de manière à causer un dommage à ses créanciers, aura arbitrairement disposé d'une valeur patrimoniale saisie ou séquestrée, inventoriée dans une poursuite pour dettes ou une faillite, portée à un inventaire constatant un droit de rétention ou appartenant à l'actif cédé dans un concordat par abandon d'actif, ou l'aura endommagée, détruite, dépréciée ou mise hors d'usage...* »¹⁹⁴.

150. Notre analyse se concentre sur la notion d'acte de disposition (a.), dans la mesure où il apparaît que la signification donnée à ce terme a influencé de manière directe la compréhension de la norme éponyme de l'article 96, alinéa 1, LP. Les autres conditions de l'infraction sont mentionnées pour mémoire (b.).

a) L'acte de disposition

151. La loi fait une distinction entre le fait de « *disposer* » d'une valeur sous main de justice et le fait de « *l'endommager, la détruire, la déprécier ou la mettre hors d'usage* ». Elle oppose ainsi, à rigueur de texte, l'acte de disposition juridique à l'acte de disposition matériel.

152. Dans un arrêt de principe de 1949¹⁹⁵, le Tribunal fédéral s'est prononcé sur la qualification, au regard de l'article 169 CP, de la dissimulation par le débiteur d'un bien saisi. A cette occasion, il a relevé la distinction entre acte de disposition juridique et acte de disposition matériel. Dans les illustrations à l'appui des actes juridiques de disposition, le Tribunal fédéral fait figurer, au côté du transfert de propriété – un acte de disposition – la référence à la constitution d'un droit réel restreint ou la création d'un droit personnel, soit des actes juridiques compris plus largement, parmi lesquels figurent également des actes générateurs d'obligations.

153. C'est ce qui a très certainement poussé une partie de la doctrine¹⁹⁶, dès cette date, à considérer que les actes juridiques de disposition au sens de l'article 169 CP sont non seulement les actes de disposition au sens du droit privé, mais également plus largement des actes juridiques comme des actes générateurs d'obligations. Compte tenu de l'interaction entre cette norme pénale et l'article 96, alinéa 1, LP, cette interprétation s'est ensuite étendue à la

¹⁹⁴ D'une manière générale, voir BAKO-BRUNNER, ad Art. 169 CP ; CORBOZ I, ad Art. 169 CP ; HAUSER (1989), p. 50ss ; SCHWANDER (1964) ; STRATENWERTH/JENNY BT I (2003), p. 474ss ; TRECHSEL, ad Art. 196 CP.

¹⁹⁵ ATF 75/1949 IV 64, *Hengartner* = JT 1949 IV 105.

¹⁹⁶ CORBOZ I, N° 14 ad Art. 169 CP ; HAUSER (1989), p. 50 ; STRATENWERTH/JENNY BT I (2003), p. 478.

règle de droit des poursuites¹⁹⁷. D'autres auteurs¹⁹⁸ s'en tiennent toutefois à la lettre de la loi et ne font figurer, au titre des actes de disposition juridique, que les actes de disposition au sens du droit privé, à l'exclusion des actes générateurs d'obligations.

154. Nous partageons ce deuxième avis. En effet, l'acte incriminé doit être de nature à créer un préjudice aux créanciers. Selon la jurisprudence¹⁹⁹ et pour une partie de la doctrine²⁰⁰, une mise en danger suffit ; pour d'autres auteurs, l'atteinte au patrimoine du créancier doit être effectivement réalisée²⁰¹. Quoi qu'il en soit, l'acte générateur d'obligations n'a pas en soi pour effet de diminuer la valeur de réalisation des biens saisis ; c'est bien plus l'acte de disposition qui l'exécute qui est susceptible de porter une telle atteinte aux droits des créanciers saisissants.

155. L'acte de disposition doit en outre, à teneur de l'article 169 CP, être accompli de manière arbitraire. Cette notion d'arbitraire renvoie à l'absence d'autorisation du préposé de disposer des biens : l'acte de disposition n'est pas effectué arbitrairement lorsqu'il est permis par le préposé²⁰².

156. A noter enfin, à propos des actes matériels de disposition, que l'énumération de l'article 169 CP n'est pas exhaustive. En conséquence, d'autres comportements peuvent être de nature à porter atteinte au droit des créanciers d'être désintéressés²⁰³.

b) Les autres conditions de l'infraction

157. Pour ce qui est de l'auteur de l'infraction, il s'agit du débiteur, mais cela peut également être un tiers²⁰⁴.

158. L'objet de l'infraction est une valeur patrimoniale, à savoir une chose, un droit ou une créance. Cette valeur patrimoniale doit être sous main de justice ; plus précisément, elle doit faire l'objet d'une saisie, d'un séquestre, d'une

¹⁹⁷ Voir *supra* § 139.

¹⁹⁸ JAKES (2003), Rz 7, 25 ; SCHWANDER (1964), p. 4.

¹⁹⁹ ATF 119/1993 IV 134, *W.* = JT 1994 I 802 ; ATF 75/1949 IV 64, *Hengartner* = JT 1949 IV 105.

²⁰⁰ CORBOZ I, N° 18 ad Art. 169 CP ; HAUSER (1989), p. 52 ; JAKES (2003), Rz 26.

²⁰¹ TRECHSEL, N° 9 ad Art. 169 CP.

²⁰² ATF 121/1995 IV 353, *Z.* = JT 1997 IV 157 ; ATF 75/1949 IV 64, *Hengartner* = JT 1949 IV 105. BAKO-BRUNNER, N° 17 ad Art. 169 CP ; CORBOZ I, N° 17 ad Art. 169 CP ; HAUSER (1989), p. 52 ; STRATENWERTH/JENNY BT I (2003), p. 478 ; TRECHSEL, N° 8 ad Art. 169 CP. Voir *supra* § 147.

²⁰³ ATF 75/1949 IV 64, *Hengartner* = JT 1949 IV 105 ; voir cependant l'ATF 129/2002 IV 68, X., dans lequel l'affirmation mensongère selon laquelle le débiteur a disposé du bien saisi n'a pas été considérée comme un acte pénalement répréhensible. CORBOZ I, N° 13 ad Art. 169 CP ; JAKES (2003), Rz 10.

²⁰⁴ Voir pour illustration l'ATF 119/1993 IV 134, *W.* = JT 1994 I 802.

prise d'inventaire ou d'une cession dans un concordat par abandon d'actif. L'acte de poursuite doit être valable.

159. Du point de vue subjectif, l'infraction est intentionnelle ; le dol éventuel suffit.

160. Le détournement de valeurs patrimoniales mises sous main de justice est puni de l'emprisonnement, pour une durée pouvant aller de trois jours à trois ans (art. 36 CP) ; une amende peut également être prononcée (art. 172^{bis} CP).

4) La nullité des actes de disposition : article 96, alinéa 2, LP

161. La troisième norme d'indisponibilité dans la saisie est l'article 96, alinéa 2, LP selon lequel « ... les actes de disposition accomplis par le débiteur sont nuls, dans la mesure où ils lèsent les droits que la saisie a conférés aux créanciers » ; les effets de la possession acquise par les tiers de bonne foi sont réservés²⁰⁵.

162. Cette disposition a été introduite par l'article 58 Tit.Fin. CC le 1^{er} janvier 1912 afin d'adapter la protection conférée au créancier saisissant prévue par le droit des poursuites aux règles d'acquisition de la propriété découlant du Code civil²⁰⁶.

163. En décrivant les conséquences de la saisie sur les actes de disposition effectués par le débiteur – ceux-ci sont frappés de nullité –, l'article 96, alinéa 2, LP exprime que la saisie prive le débiteur de son pouvoir de disposer.

164. Compte tenu de la controverse relative au sens de la notion d'acte de disposition dans l'alinéa 1, il est nécessaire d'interpréter cette notion dans l'alinéa 2 également (a.). De même, la nullité sanctionnant l'accomplissement des actes de disposition doit être définie (b.). Nous évoquons ensuite les questions de la lésion des droits des créanciers par l'acte de disposition (c.) et de la protection des tiers de bonne foi (d.).

²⁰⁵ « Verfügungen des Schuldners sind ungültig, soweit dadurch die aus der Pfändung den Gläubigern erwachsenen Rechte verletzt werden, unter Vorbehalt der Wirkungen des Besitzerwerbes durch gutgläubige Dritte. »

²⁰⁶ Rapport Commission de rédaction (1907). BLUMENSTEIN (1912), p. 323.

a) Les actes de disposition

165. Contrairement à ce qui se passe dans le cas de l'injonction d'interdiction de disposer, il n'y a pas de divergences quant à la nature des actes visés : en jurisprudence²⁰⁷ comme en doctrine²⁰⁸, les actes de disposition visés par l'article 96, alinéa 2, LP sont les actes de disposition au sens propre, à l'exclusion des actes générateurs d'obligations.

166. Dans ces conditions, la fidélité au texte légal est assurée. Il est en revanche impossible de faire entrer dans les actes visés par l'article 96, alinéa 2, LP les actes matériels, puisque la sanction juridique prévue par la norme n'est pas susceptible de les frapper.

b) La nullité

167. « ... les actes de disposition accomplis par le débiteur sont nuls dans la mesure où ils lèsent les droits que la saisie a conférés aux créanciers. » (art. 96, al. 2, LP). Le texte français sanctionne de nullité les actes de disposition accomplis malgré l'interdiction de disposer ; le texte allemand les désigne comme étant « *ungültig* ».

168. La nullité est un concept présent en droit public comme en droit privé. La nullité peut concerner tant des actes étatiques que des actes juridiques de particuliers ; ces actes peuvent être unilatéraux ou bilatéraux, entre vifs ou à cause de mort, générateurs d'obligations ou de disposition. La nullité fait l'objet de définitions adaptées aux domaines qu'elle concerne ; le plus souvent, elle est décrite par les effets qu'elle emporte²⁰⁹. Ses caractéristiques essentielles sont son côté absolu, le fait qu'elle s'impose *erga omnes*, et, partant, qu'elle peut être invoquée par quiconque en tout temps.

169. En droit des poursuites, la nullité peut concerner les mesures de l'autorité de poursuite (art. 22 LP) ou les actes de disposition du débiteur saisi (art. 96, al. 2, LP), respectivement en faillite (art. 204, al. 1, LP), séquestré (art. 96, al. 2, *cum* 275 LP), ou soumis à un concordat (art. 298, al. 2, LP).

²⁰⁷ ATF 110/1984 III 81, Banque M. en liquidation concordataire.

²⁰⁸ AMONN/WALTHER (2003), p. 161 ; CR LP-DE GOTTRAU, N° 11 ad Art. 96 LP ; FoEX (2001), p. 9 ; VAN DE SANDT (2000), p. 219.

²⁰⁹ En droit des contrats, on admet traditionnellement que la nullité est absolue, qu'elle ne permet pas le rétablissement du contrat, qu'elle implique un effet *ex tunc*, et qu'elle peut être invoquée par quiconque en tout temps : voir notamment ATF 114/1988 II 329, *Frau C.* ; CR CO I-GUILLOD/STEFFEN, N° 94 ad Art. 19–20 CO ; BAKO-HUGUENIN, N° 53 ad Art. 19/20 CO ; BK-KRAMER, N° 308–320 Ad Art. 19/20 CO ; TANDOGAN (1952), p. 25–27. En droit public, une décision nulle n'a, *ex tunc*, pas de caractère obligatoire ni d'effet juridique ; la nullité se constate en tout temps, d'office et par toute autorité administrative : voir notamment ATF 118/1992 Ia 336, S. ; ATF 116/1990 Ia 215, *R. und Konsorte* ; HÄFELIN/MÜLLER (2002), p. 195 ; KNAPP (1996), p. 587.

170. En ce qui concerne les actes de disposition du débiteur saisi, il ne s'est pas dégagé de définition commune aux auteurs ou aux juges. La doctrine²¹⁰ et la jurisprudence²¹¹ retiennent de manière quasi-unanime que la sanction de l'inobservation de l'interdiction de disposer sans la permission du préposé n'est pas une nullité de l'acte *stricto sensu*, contrairement à ce que laisse entendre la version française du texte légal : cette invalidité n'est pas absolue, et elle ne peut pas être invoquée par quiconque. Ensuite, les conceptions varient : certains auteurs parlent de nullité relative²¹², d'autres d'inopposabilité au créancier saisissant d'un acte en soi valable²¹³, ou d'invalidité selon le droit de la poursuite d'un acte valable sur le plan civil²¹⁴. Dans le même ordre d'idées, le Tribunal fédéral considère que les actes de disposition non autorisés ne sont nuls qu'à l'égard des créanciers saisissants ; il n'y a donc pas de nullité que tous les créanciers pourraient invoquer²¹⁵.

171. Il ressort de ces opinions majoritaires que l'article 96, alinéa 2, LP est vu comme une norme d'inopposabilité : elle réglerait le sort, à l'égard des créanciers, de relations juridiques auxquelles ils ne sont pas parties²¹⁶. A notre sens, ce n'est pas l'objet de l'article 96, alinéa 2, LP. Au contraire, il n'y a pas lieu de s'écarter de la lettre de la loi ; les actes de disposition du débiteur sont frappés de nullité s'ils lèsent les droits que la saisie a conférés aux créanciers.

172. En effet, une interprétation historico-téléologique impose de distinguer entre nullité et inopposabilité : l'article 96, alinéa 2, LP et l'article 806, alinéa 3, CC sont entrés en vigueur en même temps. Si le législateur de 1907 avait entendu ériger l'article 96 LP en une simple norme d'inopposabilité, il aurait utilisé la même terminologie qu'à l'article 806, alinéa 3, CC ; les actes de disposition du débiteur auraient été déclarés inopposables aux créanciers. Au contraire, l'objet de l'article 96, alinéa 2, LP est de tenir compte du mode d'acquisition de la propriété tel qu'il est décrit dans le Code civil, avec ses spécificités, notamment en matière de protection des tiers dans leur acquisition de bonne foi ; or, dans ce contexte, la protection de la bonne foi du tiers acquéreur pallie l'absence de pouvoir de disposer du transférant, laquelle entraîne normalement la nullité de l'acte de disposition.

²¹⁰ AMONN/WALTHER (2003), p. 161 ; FRITZSCHE/WALDER I, p. 358 ; GILLIERON (1991), p. 270 ; GILLIERON II, N° 24 ad Art. 96 LP ; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN II, N° 13 ad Art. 96 LP ; LORANDI (2004), p. 76 ; STAEHELIN (1968), p. 58–59 ; VON TUHR/PETER (1979), p. 222. *Contra* : SchKG II-FoEX, N° 30 ad Art. 96 LP, pour qui l'acte de disposition est soit « entièrement » nul, s'il lèse les droits des créanciers saisissants, soit valable, s'il ne les lèse pas ; voir également CR LP-DE GOTTRAU, N° 13 ad Art. 96 LP.

²¹¹ ATF 113/1987 III 34, *Commerzbank Aktiengesellschaft* = JT 1989 II 98.

²¹² JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN II, N° 13 ad Art. 96 LP.

²¹³ GILLIERON II, N° 24 ad Art. 96 LP ; GILLIERON (1991), Note à propos de l'ATF 115/1989 III 65, *Max G.* in JT 1991 II 130 ; STOFFEL (2002), p. 138.

²¹⁴ AMONN/WALTHER (2003), p. 161 ; LORANDI (2004), p. 76.

²¹⁵ ATF 113/1987 III 34, *Commerzbank Aktiengesellschaft* = JT 1989 II 98.

²¹⁶ Voir *supra* § 88.

173. En prescrivant la nullité des actes de disposition effectués par le débiteur, l'article 96, alinéa 2, LP intervient de manière objective, et non pas au regard du seul créancier saisissant, dans la relation entre le débiteur et le tiers bénéficiant de l'acte de disposition. Sous cet angle, la nullité a un effet *erga omnes* : subordonnée à la lésion des droits conférés par la saisie aux créanciers saisissants, la nullité vaut à l'égard de tous²¹⁷.

174. Enfin, la nullité n'a pas à être constatée judiciairement avant de déployer ses effets. Au contraire, l'office peut se contenter de passer outre les actes intervenus, et procéder à la réalisation de l'immeuble comme si ceux-ci n'existaient pas. En ce sens, il s'agit bien d'une nullité, et non d'une annulabilité.

c) Les droits lésés par l'acte de disposition

175. Les actes de disposition du débiteur sont nuls s'ils lèsent les droits que la saisie a conférés aux créanciers (art. 96, al. 2, LP *in fine*).

176. Selon la doctrine, les droits des créanciers pouvant être lésés par un acte de disposition du débiteur sont celui de requérir la réalisation des valeurs saisies, et, surtout, celui de s'en voir affecter le produit de réalisation²¹⁸. Sont par exemple de nature à léser les droits des créanciers saisissants l'inscription du transfert de la propriété de l'immeuble au registre foncier, ou la constitution de charges ou de droits de gage sur celui-ci. Ces actes, s'ils n'étaient pas frappés de nullité, priveraient les créanciers saisissants de leur prérogative à être désintéressés par la saisie, l'immeuble étant sorti du patrimoine du débiteur, respectivement réalisé à un prix moindre en raison des droits qui le grèvent.

177. Nous relevons ici que cette mention aux droits des créanciers pouvant être lésés par l'acte de disposition n'a qu'une importance relative. En effet, l'acte de disposition, compte tenu de sa nature, porte en soi atteinte à l'actif sous la main de l'autorité ; donc, il lèse nécessairement les droits que la saisie a conférés aux créanciers.

178. Les créanciers dont les droits sont susceptibles d'être lésés sont les créanciers saisissants, et non les autres créanciers du débiteur ; c'est en effet à eux que la saisie confère des droits. Parmi les personnes protégées par la norme, il faut également compter les créanciers à qui la loi confère le droit de participer à la saisie, qu'ils aient requis la continuation de la poursuite dans les

²¹⁷ SchKG II-FoEX, N° 30 ad Art. 96 LP.

²¹⁸ AMONN/WALTHER (2003), p. 162 ; CR LP-DE GOTTRAU, N° 14 ad Art. 96 LP ; SchKG II-FoEX, N° 31 ad Art. 96 LP ; FRITZSCHE/WALDER I (1984), p. 358.

délais (art. 110 LP), ou qu'ils puissent se prévaloir d'une participation privilégiée (art. 111 LP).

d) La protection des tiers de bonne foi

179. En réservant les effets de la possession acquise par les tiers de bonne foi, l'article 96, alinéa 2, LP protège dans son acquisition de l'immeuble ou de droits réels sur celui-ci la personne qui n'a pas connaissance de la saisie (art. 973 CC *cum* 937 CC)²¹⁹.

180. En matière immobilière, la réserve de la protection d'un acquéreur de bonne foi de la propriété ou d'un droit réel sur l'immeuble ne vaut que de manière limitée. En effet, immédiatement après la saisie, l'office requiert l'annotation de la restriction du droit d'aliéner (art. 101, al. 1, LP et 15, al. 1, litt. a, ORFI) ; une fois la saisie annotée, les tiers ne peuvent plus se prévaloir de leur méconnaissance de la saisie frappant l'immeuble²²⁰. En définitive, la protection des tiers de bonne foi au détriment des créanciers saisissants est effective pour des actes de disposition qui interviendraient entre le moment de l'exécution de la saisie et l'annotation de celle-ci au registre foncier²²¹. Cette période peut en outre être raccourcie ; en effet, l'article 15, alinéa 3, ORFI prévoit qu'en cas d'urgence l'annotation de la restriction du droit d'aliéner doit être requise avant même que le procès-verbal de saisie ait été dressé. Des créanciers saisissants ayant vent d'actes de disposition pressentis sur l'immeuble pourraient se prévaloir de cette disposition et faire en sorte que l'office requière rapidement l'annotation de la restriction du droit d'aliéner.

5) L'annotation de la saisie au registre foncier : article 101, alinéa 1, LP

181. La quatrième norme d'indisponibilité dans la saisie est celle de l'article 101, alinéa 1, LP : « *La saisie d'un immeuble entraîne une restriction du droit d'aliéner. L'office communique sans retard la saisie au registre foncier pour annotation et avec indication de la date et de la somme pour laquelle la saisie a eu*

²¹⁹ AMONN/WALTHER (2003), p. 161 ; SchKG II-FoEX, N° 35–36 ad Art. 96 LP ; FRITZSCHE/WALDER I (1984), p. 358–359 ; BK-STARK, N° 8&9 ad Art. 933 CC ; STEINAUER I (1997), p. 105, 235 ; STOFFEL (2002), p. 138 ; VAN DE SANDT (2000), p. 220–221. La protection ne s'étend en revanche pas aux créances : DOMMER (1987), p. 132 ; SchKG II-FoEX, N° 37 ad Art. 96 LP.

²²⁰ DESCHENAUX (1983), p. 294 ; SchKG II-FoEX, N° 39 ad Art. 96 LP ; GILLIERON (1991), p. 271 ; ZK-HOMBERGER, N° 32 ad Art. 960 CC ; BAKO-SCHMID, N° 12 ad Art. 960 CC ; STEINAUER I (1997), p. 203. Voir *infra* § 181–183.

²²¹ FRITZSCHE/WALDER I (1984), p. 359 ; STOFFEL (2002), p. 138.

lieu. ... » L'office est chargé de la requérir immédiatement après la saisie (art. 15, al. 1, litt. a, ORFI ; Form. ORFI N° 2)²²².

182. Par l'utilisation de l'annotation au registre foncier afin d'énoncer la restriction du droit d'aliéner qui frappe le débiteur, cette disposition légale a une double fonction : d'une part, elle exprime et assure la mise en œuvre du mécanisme de la perte du pouvoir de disposer et ses conséquences sur l'acquisition de droits par des tiers de bonne foi ; d'autre part, elle instaure un régime d'inopposabilité aux créanciers saisissants de droits postérieurement acquis sur l'immeuble.

183. En premier lieu, l'article 101, alinéa 1, LP met en œuvre l'article 96, alinéa 2, LP en matière immobilière : il s'agit d'assurer, par l'annotation de la saisie, la publicité de la mainmise officielle sur l'immeuble. Dans ces conditions, des tiers ne peuvent pas prétendre de bonne foi ignorer son existence ; ils doivent se laisser opposer la nullité de l'acte de disposition tendant au transfert en leur faveur d'un droit réel ou personnel annoté sur l'immeuble (art. 96, al. 2, LP)²²³. Avec la référence à la restriction du droit d'aliéner²²⁴ qui frappe le débiteur, la première phrase de cette disposition exprime, en matière immobilière, ce qui vaut d'une manière générale pour la saisie : la saisie entraîne la perte du pouvoir de disposer.

184. En second lieu, avec le mécanisme de l'annotation, l'article 101, alinéa 1, LP introduit un régime d'inopposabilité aux créanciers saisissants d'acquisition de droits par des tiers sur l'immeuble. En effet, l'annotation a, d'une manière générale, comme caractéristique de ne pas bloquer le registre foncier : des inscriptions – emportant constitution de droits réels – peuvent y être faites ultérieurement. En tant que telle, l'annotation sert à assurer la priorité de la mesure qu'elle rend publique sur des droits acquis postérieurement sur l'immeuble²²⁵.

185. L'annotation de la saisie au registre foncier permet donc, dans un même temps, d'empêcher que des tiers se prévalent de leur bonne foi afin de passer outre l'absence de pouvoir de disposer du débiteur, et de rendre inopposable aux créanciers gagistes la constitution ultérieure de droits sur l'immeuble.

²²² L'annotation est déclarative : l'effet prévu par la loi, en l'occurrence la perte du droit de disposer découlant de la saisie, existe avant que l'annotation soit effectuée : CR LP-DE GOTTRAU, N° 12 ad Art. 96 LP ; DESCHENAUX (1983), p. 556 ; FOËX (2001), p. 9 ; CR LP-JEANDIN/SABETI, N° 8 ad Art. 101 LP ; STEINAUER I (1997), p. 203.

²²³ Voir *supra* § 179–180. DESCHENAUX (1983), p. 294, 551, 556 ; GILLIERON II, N° 9 ad Art. 101 LP ; ZK-HOMBERGER, N° 32 ad Art. 960 CC ; SchKG II-LEBRECHT, N° 7 ad Art. 101 LP ; BAKO-SCHMID, N° 12 ad Art. 960 CC.

²²⁴ Le texte allemand de l'article 101, alinéa 1, première phrase, LP utilise le terme de « *Verfügungsbeschränkung* ».

²²⁵ DESCHENAUX (1983), p. 552 ; GILLIERON II, N° 10 ad Art. 101 LP ; GILLIERON (1996, Note), p. 54 ; HOLLIGER (1951), p. 78 ; CR LP-JEANDIN/SABETI, N° 9 ad Art. 101 LP ; STEINAUER I (1997), p. 207 ; VALLAT (1998), p. 89–90.

186. Cette double fonction de l'annotation apparaît redondante lorsque l'acquisition de droits après la saisie est le fait du débiteur : celui-ci étant privé de son pouvoir de disposer, la constitution ou le transfert d'un droit par l'inscription au registre foncier ne peut pas intervenir ; il n'y a dans ce cas pas de place pour une norme d'inopposabilité. En revanche, la norme d'inopposabilité revêt toute son importance lorsque des droits sur l'immeuble sont acquis en vertu de la loi ; il en va ainsi en particulier lorsque l'inscription d'une hypothèque légale sur l'immeuble est requise par un ayant droit²²⁶. L'acquisition du droit de gage n'est dans ce cas pas le fruit d'un acte de disposition du débiteur ; partant, celle-ci n'est pas concernée par la nullité de l'article 96, alinéa 2, LP. Comme l'annotation n'entraîne pas de blocage du registre foncier, l'inscription du droit de gage peut être effectuée. En revanche, en raison de l'annotation de la saisie, l'acquisition du droit de gage est inopposable aux créanciers saisissants²²⁷. L'ORFI prévoit à ce titre que des charges réelles²²⁸ ou des droits de gage²²⁹ constitués après la saisie ne doivent pas empêcher la satisfaction du créancier saisissant²³⁰.

187. Cette double fonction de l'annotation de la restriction du droit d'aliéner est à la source, à notre avis, de la confusion dans le traitement en jurisprudence du droit d'emption annoté avant la saisie et exercé après elle : l'annotation n'est vue dans ce cas que sous l'angle de la question de l'inopposabilité, celle de la perte du pouvoir de disposer étant ignorée.

²²⁶ L'hypothèque légale est prévue par la loi ; sa constitution n'est pas le fruit d'un échange concordant de volontés entre les parties. Il existe des hypothèques légales directes et indirectes, selon que leur constitution nécessite (art. 837 CC) ou non (art. 836 CC) une inscription. Ne nécessitent pas d'inscription, outre les hypothèques prévues par le droit cantonal, les hypothèques garantissant les frais engagés par le créancier pour éviter une dépréciation de l'immeuble grevé (art. 808, al. 3, CC), les impenses faites par le créancier pour la conservation de l'immeuble (art. 819 CC), et les frais de poursuite et les intérêts moratoires (art. 818, ch. 2, CC). Sont inscrites à la demande du créancier les hypothèques garantissant les créances du vendeur d'un immeuble (art. 837, al. 1, ch. 1, CC), des cohéritiers envers l'attributaire d'un immeuble lors du partage (art. 837, al. 1, ch. 2, CC), des artisans et entrepreneurs (art. 837, al. 1, ch. 3, CC), du bénéficiaire d'un entretien viager (art. 523 CO), de la communauté des propriétaires d'étages (art. 712i CC), du propriétaire ayant concédé un droit de superficie (art. 779i&k CC), du superficiaire (art. 779d, al. 2&3, CC) : STEINAUER III (2003), p. 254–267. Voir également ATF 95/1969 III 31, *Masse en faillite de Michel Demierre*. BAKO-HOFSTETTER, ad Art. 836–837/838 CC ; BK-LEEMANN, ad Art. 836–837 CC ; SCHNYDER (2001), p. 164 ; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO (2002), p. 1012.

²²⁷ GILLIERON (1996, Note), p. 55 ; VALLAT (1998), p. 137–140. *Contra* : STEINAUER III (2003), p. 262.

²²⁸ « Les charges qui ont été inscrites au registre foncier après la saisie de l'immeuble sans le consentement de l'office seront portées à l'état des charges, mais avec mention de cette circonstance et avec l'observation qu'il ne sera tenu compte de ces charges que pour autant que les créanciers saisissants auront été complètement désintéressés (art. 53, 3^e al., ci-après). » (art. 34, al. 2, 2^{ème} phrase, ORFI).

²²⁹ « Les droits de gage qui n'ont été inscrits au registre foncier qu'après la saisie et sans le consentement de l'office n'entreront pas en ligne de compte pour le calcul du prix d'adjudication... » (art. 53, al. 3, ORFI).

²³⁰ DESCHENEAUX (1983), p. 556.

188. Un droit d'emption est un droit d'acquisition conditionnel subordonné à une condition postestative, la déclaration d'exercice du droit²³¹. Lorsqu'un droit d'emption est conféré par le propriétaire à un acquéreur et qu'il est annoté au registre foncier, la jurisprudence admet qu'il puisse être exercé par l'acquéreur, alors même qu'entretemps l'immeuble aurait fait l'objet d'une restriction du droit d'aliéner en raison d'une saisie²³². La doctrine est généralement de cet avis²³³. En pratique, cela signifie que, dans l'hypothèse où l'acquéreur exerce son droit formateur et le propriétaire saisi requiert du registre foncier l'inscription de celui-ci en vue du transfert de propriété, les créanciers saisissants doivent souffrir que l'immeuble soit soustrait à la mainmise officielle, car sorti du patrimoine du débiteur.

189. Nous ne sommes pas de cet avis. En effet, dans la relation régie par le droit d'emption, l'acte de disposition du propriétaire n'intervient pas au moment de la conclusion du pacte d'emption, mais seulement lorsque le propriétaire requiert du registre foncier l'inscription de l'empteur, après que celui-ci lui a déclaré exercer son droit. En application de l'article 96, alinéa 2, LP, un tel acte de disposition est nul, puisqu'il porte atteinte aux droits des créanciers saisissants qui voient l'immeuble soustrait de la mainmise officielle ; l'empteur qui exerce son droit après l'annotation de la saisie ne peut au surplus pas se prévaloir de sa bonne foi²³⁴.

190. Ceci étant, il est loisible au propriétaire saisi d'agir en amont afin de soustraire l'immeuble de la mainmise officielle, ce qui lui permet ainsi d'exécuter l'obligation qui lui incombe en vertu du pacte d'emption. En effet, le propriétaire peut demander au préposé qu'il l'autorise à procéder à la réquisition d'inscription de l'empteur au registre foncier (art. 96, al. 1, LP). Cette autorisation peut être donnée si l'opération ne porte pas atteinte aux droits des créanciers saisissants ; tel est le cas si le prix de vente de l'immeuble corres-

²³¹ ATF 129/2003 III 264, A. ; ATF 121/1995 III 210, *Commune de X.* BRÜCKNER (2001), p. 546 ; CR CO-FOEX, N° 23 ad Art. 216 CO ; GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY (2000), p. 343 ; STEINAUER II (2002), p. 127.

²³² ATF 103/1977 III 97, *Bancofin SA* ; ATF 102/1976 III 20, *B. SA*. Cette dernière jurisprudence renverse une jurisprudence ancienne selon laquelle l'exercice du droit d'emption n'a pas pour effet de soustraire l'immeuble à la poursuite des créanciers saisissants : ATF 47/1921 III 139, *Leupin*. Voir plus récemment l'ATF 128/2002 III 124, *Confédération suisse et consort*, dans lequel la restriction du droit de disposer découle non pas d'une saisie, mais d'un séquestre ; du point de vue de l'indisponibilité de l'immeuble, la situation vaut cependant *mutatis mutandis*, voir *infra* § 369.

²³³ BAKO-SCHMID, N° 6 ad Art. 959 CC ; STAEHELIN (1968), p. 76–77 ; STEINAUER II (2002), p. 135. *Contra* : COLOMBARA (1992), p. 410–411 ; GILLIERON (1980, Note), p. 140–142 ; GILLIERON (1990, Note), p. 63–64.

²³⁴ Autre est en revanche la question, que nous n'examinons pas ici car relevant de la réalisation, du sort de la créance de l'empteur tendant au transfert de la propriété de l'immeuble. Voir à ce sujet les développements de COLOMBARA (1992), p. 402–437, et GILLIERON (1980, Note), p. 139–143.

pond à l'estimation de l'office et est versé non pas en mains du propriétaire, mais directement à l'office²³⁵.

6) La gérance légale de l'immeuble : article 102, alinéa 3, LP

191. La cinquième mesure concernant la disponibilité de l'immeuble est la mise en place de la gérance légale, une fois l'immeuble saisi : « *Tant que la saisie subsiste, l'office pourvoit à la gérance et à la culture de l'immeuble (art. 102, 3e al., LP) ...* » (art. 16, al. 1, ORFI *ab initio*). L'office est ainsi chargé de prendre « *... les mesures nécessaires pour entretenir l'immeuble en bon état de rendement ainsi que pour la perception des fruits et autres produits ...* » (art. 17 ORFI *ab initio*).

192. Dans la systématique de la loi, la gérance légale apparaît comme une mesure conservatoire dont la fonction est d'assurer l'effectivité de l'interdiction de disposer faite au débiteur²³⁶. Toutefois, la gérance légale ne peut pas être réduite à ce seul aspect de mesure de sûreté ; au contraire, elle est une composante à part entière de l'indisponibilité frappant l'immeuble. En effet, les actes qu'elle vise sont des actes d'administration, et non uniquement des actes de disposition. Du point de vue de l'indisponibilité, ces actes ne peuvent pas être appréhendés au regard du seul filtre de l'acte de disposition utilisé à l'article 96 LP. Il n'en demeure pas moins qu'il est nécessaire de définir les conséquences juridiques d'actes accomplis par le débiteur alors qu'ils relèvent de la gérance légale de l'immeuble confiée à l'office.

a) Les actes de gérance légale

193. Les actes relevant de la gérance légale sont décrits aux articles 17 et 18 ORFI. Les mesures de gérance légale sont définies au regard de leur nécessité quant au maintien de l'immeuble en bon état de rendement, d'une part, et à la perception des fruits et autres produits, d'autre part. La gérance légale porte ainsi non seulement sur des actes de disposition au sens propre (par exemple le paiement de réparations), mais également sur des actes générateurs d'obligations (par exemple la commande de travaux ou la conclusion de baux), ou encore sur des actes que l'on peut qualifier d'appropriation (comme la culture puis la récolte des fruits naturels ou la perception des loyers). Pour ce

²³⁵ C'est la solution retenue dans l'ATF 128/2002 III 124, *Confédération suisse et consorts*. A propos de la permission du préposé et de la substitution d'actifs, voir *supra* § 146–148.

²³⁶ L'article 102 LP fait partie des dispositions visées par le titre marginal « *D. Mesures de sûreté* ».

qui est de leur effet sur le patrimoine du débiteur, la gérance légale embrasse des actes qui affectent tant l'actif que le passif, et qui entraînent soit l'augmentation, soit la diminution de l'un ou de l'autre ; il peut également s'agir d'opérations neutres sur le plan du bilan, par exemple dans le cas de la substitution d'actifs. Les actes de gérance légale ne se limitent donc pas à ceux qui touchent la substance même de l'actif sous la main de l'office, mais embrassent un comportement qui est défini de manière plus large qu'au regard de l'atteinte à l'actif placé sous la mainmise officielle.

194. Cette distinction dans l'assiette des actes visés importe dans le cas où le débiteur agit à l'égard de tiers, en lieu et place de l'office. Si les actes accomplis par le débiteur consistent en des actes de disposition sur son immeuble ou sur les loyers produits par lui, ils sont nuls (art. 96, al. 2, LP) ; par exemple, la cession des loyers par le propriétaire d'un immeuble saisi est nulle. En revanche, si les actes du débiteur ne sont pas des actes de disposition, comme la commande de travaux sur l'immeuble ou la résiliation de baux par exemple, ceux-ci ne sont pas concernés par les normes d'indisponibilité.

b) Le transfert des pouvoirs et ses conséquences

195. Il n'en demeure pas moins que de tels actes ne peuvent pas être accomplis par le débiteur. En effet, bien que la loi soit muette à ce propos, l'attribution à l'office des pouvoirs de gérance légale sur l'immeuble emporte un transfert des facultés correspondantes du débiteur ; il s'agit d'une attribution de pouvoirs exclusive, qui prive le débiteur des pouvoirs correspondants sur l'immeuble. Ce principe est codifié dans l'ORFI pour la gérance légale limitée, à l'article 94, alinéa 1, ORFI, qui prévoit que les mesures de gérance légale sont prises par l'office « ... *en lieu et place du propriétaire du gage* ... »²³⁷. Dans le même sens, l'article 23c, alinéa 1, ORFI, relatif à la saisie d'une part de PPE, énonce que « *les droits d'administration du débiteur ... passent à l'office* ».

196. Les conséquences juridiques de ce transfert des pouvoirs sur la validité d'actes d'administration accomplis par le débiteur ultérieurement à la saisie ne sont pas mentionnées dans la loi. A notre connaissance, la question n'a pas été posée en ces termes en jurisprudence. Un arrêt du Tribunal fédéral, rendu en matière de gérance légale limitée²³⁸, tranche le problème, sans pour autant examiner la question sous l'angle sous lequel nous la posons. Sur recours de droit public interjeté par un locataire qui s'était vu notifier la résiliation de son

²³⁷ Confirmé en jurisprudence : ATF 131/2005 III 141, *Y. SA* ; ATF 109/1983 III 45, *Muco SE Muldenbau AG* = JT 1985 II 43.

²³⁸ Cette décision peut être appliquée *mutatis mutandis* à la gérance légale ordinaire dans la saisie en ce qui concerne la question des conséquences juridiques des actes accomplis par le propriétaire alors que l'immeuble est sous gérance légale.

bail par le propriétaire de l'immeuble alors que celui-ci était placé sous gérance légale limitée, le Tribunal fédéral a retenu, en acceptant d'entrer en matière sur les arguments du locataire, la nullité du congé. La motivation de l'arrêt repose sur le fait que la compétence exclusive de l'office en matière de gérance légale s'oppose à toute mesure prise par le propriétaire en relation avec le bail ; sont mentionnées à titre d'illustration des mesures comme des congés, des résiliations, des expulsions ou des nouveaux baux injustifiés économiquement.

197. Nous ne souscrivons pas à cette conclusion : seuls les actes de disposition du débiteur sont nuls, et non les actes générateurs d'obligations qu'il accomplirait en relation avec l'immeuble. En effet, quand bien même il en est entravé dans l'exécution, le débiteur saisi demeure malgré la saisie capable de s'obliger et d'engager son patrimoine par la conclusion d'actes générateurs d'obligations²³⁹. Retenir la solution inverse, à savoir la nullité des actes accomplis par le propriétaire, reviendrait à priver le débiteur de sa capacité de s'engager pour les actes couverts par la gérance légale ; cela s'opposerait à la nature même de la saisie, qui n'a pas cet objet. Par ailleurs, nous relevons que la sanction de la nullité retenue dans cette décision est contraire à la jurisprudence relative à l'article 96, alinéa 2, LP, qui retient son caractère relatif²⁴⁰.

198. Il n'en demeure pas moins que le sort de tels actes doit être réglé. Nous sommes d'avis qu'il doit l'être par le biais d'une norme d'inopposabilité : les actes juridiques intervenus par le débiteur alors que ceux-ci relèvent de l'exercice de la gérance légale sont inopposables aux créanciers saisissants. A ce titre, nous adhérons à la motivation du Tribunal fédéral, selon laquelle des résiliations ou des nouveaux baux injustifiés économiquement pourraient porter atteinte aux intérêts des créanciers.

7) Mise en perspective

199. Le régime d'indisponibilité dans la saisie se présente, outre la sanction pénale, comme suit : l'injonction de l'interdiction de disposer de l'article 96, alinéa 1, LP exprime la mainmise officielle sur les biens qu'elle désigne ; en prescrivant que les actes de disposition du débiteur sont nuls, sous réserve de l'acquisition de bonne foi de droits sur l'immeuble, l'article 96, alinéa 2, LP énonce que la saisie emporte la perte de pouvoir de disposer du débiteur ; l'annotation de la saisie selon l'article 101, alinéa 1, LP sert dans un même temps à priver le bénéficiaire d'un acte de disposition du débiteur de sa bonne

²³⁹ AMONN/WALTHER (2003), p. 161 ; SchKG II-FoEX, N° 26 ad Art. 96 LP ; VAN DE SANDT (2000), p. 217.

²⁴⁰ ATF 113/1987 III 34, *Commerzbank Aktiengesellschaft* = JT 1989 II 98.

foi et à rendre inopposable aux créanciers saisissants l'acquisition ultérieure de droits sur l'immeuble ; enfin, la gérance légale de l'article 102, alinéa 3, LP attribuée à l'office des pouvoirs d'administration plus larges que ceux dont le débiteur est privé par la perte de son pouvoir de disposer, faisant naître un besoin quant au traitement juridique de ces actes d'administration s'ils sont accomplis par le débiteur.

200. Nous posons avec ces normes les deux axes de l'indisponibilité de l'immeuble : la perte du pouvoir de disposer et le régime d'inopposabilité.

201. La perte du pouvoir de disposer du débiteur est exprimée par l'énonciation de sa conséquence sur les actes de disposition accomplis par le débiteur : ils sont nuls. On en retrouve également l'expression, bien que maladroite, à l'article 101, alinéa 1, LP. Elle découle enfin de la mise en place de la gérance légale : l'attribution des pouvoirs de gérance à l'office emporte *ipso facto* la perte du pouvoir correspondant du débiteur qui entendrait disposer de ses biens.

202. La présence d'un régime d'inopposabilité ressort de l'utilisation de l'annotation pour informer de la saisie, comme des règles de l'ORFI relatives au traitement des droits acquis sur l'immeuble après elle.

203. Nous sommes d'avis qu'un régime général d'inopposabilité doit s'imposer dans l'indisponibilité résultant de la saisie. D'une part, le législateur ne l'a pas seulement prévu en matière immobilière, mais il l'a institué également dans un cas particulier de saisie mobilière : l'article 94, alinéa 2, LP prévoit en effet que l'aliénation des récoltes pendantes n'est pas opposable au créancier saisissant. D'autre part, une telle solution est, de fait, souhaitée par la jurisprudence et la doctrine majoritaire, lorsqu'elles voient en l'article 96, alinéa 2, LP une norme d'inopposabilité.

D. L'indisponibilité dans la poursuite en réalisation de gage

204. La poursuite en réalisation de gage²⁴¹ permet au créancier poursuivant d'être désintéressé par la réalisation d'un bien sur lequel il a un droit de gage. Le droit du créancier gagiste consiste à pouvoir requérir la vente de l'objet grevé du gage et à obtenir satisfaction sur le produit de réalisation²⁴².

²⁴¹ D'une manière générale, à propos de la poursuite en réalisation de gage : AMONN/WALTHER (2003), p. 261–272 ; BRAND (1949) ; FRITZSCHE/WALDER I (1984), p. 473–492 ; GILLIERON (2005), p. 106–108.

²⁴² Voir *supra* § 34.

205. L'ouverture d'une poursuite en réalisation de gage en lieu et place d'une poursuite ordinaire, par voie de saisie ou par voie de faillite, dépend donc de la qualité de la créance déduite en poursuite²⁴³. Sont, d'une manière générale, soumis à la poursuite en réalisation de gage les débiteurs dont la dette fait l'objet d'une garantie par gage, alors même qu'ils seraient sujets à la poursuite ordinaire par voie de faillite (art. 41, al. 1, LP). Le créancier au bénéfice d'un gage immobilier garantissant par ailleurs des intérêts ou des annuités peut, pour le recouvrement de ces intérêts et annuités, également requérir la poursuite en réalisation de gage (art. 41, al. 2, LP). La poursuite en réalisation de gage est, comme la saisie, un mode d'exécution spéciale du patrimoine du débiteur.

206. Dans la poursuite en réalisation de gage, les biens appelés à être réalisés au profit du créancier ne sont pas déterminés par l'office à l'occasion de l'exécution d'un acte de poursuite, mais de manière préalable, en fonction du gage concédé au créancier par le débiteur²⁴⁴. Dès lors, il n'y a pas d'étape analogue à celle de l'exécution de la saisie : la procédure, une fois engagée par la réquisition de poursuite et la notification du commandement de payer, se poursuit par la phase de la réalisation du gage.

207. Il n'en demeure pas moins que la poursuite en réalisation de gage entraîne également, sous diverses formes et en fonction des stades de la procédure, la mainmise officielle sur tout ou partie des biens objets de la poursuite et, partant, leur indisponibilité. Sont décisifs à cet égard l'avancement de la procédure, auquel s'ajoute la faculté conférée au créancier gagiste de requérir l'extension du gage aux loyers en application de l'article 806 CC. Du point de vue chronologique, le moment du dépôt de la réquisition de vente du gage est essentiel ; pour cette raison, nous présentons dans un premier temps la phase préliminaire de la procédure jusqu'à ce moment (2), puis la période suivant la réquisition de vente (3). Dans la poursuite en réalisation de gage, les normes affectant la disponibilité de l'immeuble ne sont pas exprimées dans la LP, mais dans l'ORFI. Ceci étant, les mesures utilisées par le législateur délégué rejoignent, du moins en partie, celles de la saisie : injonction d'interdiction, menace de sanction pénale, mise de l'immeuble sous gérance légale. Avant leur examen, il s'agit de déterminer le cercle des personnes susceptibles d'être les sujets passifs de la poursuite en réalisation de gage (1.). En effet, la présence potentielle de plusieurs acteurs à la procédure est déterminante pour la compréhension de la fonction de l'annotation de la restriction du droit d'aliéner dans la poursuite en réalisation de gage.

²⁴³ En application du principe du « *beneficium excussionis realis* », le débiteur peut exiger du créancier gagiste qu'il procède d'abord à la réalisation du gage avant de s'en prendre à ses autres biens : art. 41, al. 1^{bis}, LP.

²⁴⁴ AMONN/WALTHER (2003), p. 261 ; FRITZSCHE/WALDER I (1984), p. 475 ; STOFFEL (2002), p. 181.

1) Le sujet passif de la poursuite en réalisation de gage

a) Le débiteur

208. Le sujet de la poursuite en réalisation de gage est le débiteur de la créance garantie par celui-ci.

209. Le plus souvent, le débiteur de la créance est le propriétaire de l'immeuble remis en gage appelé à être réalisé. Dans ce cas, le sujet de la poursuite se confond avec le propriétaire du gage. Comme dans la saisie, le bien à réaliser fait alors partie du patrimoine du débiteur poursuivi.

b) Le tiers propriétaire de l'immeuble

210. Toutefois, il se peut que le gage ne soit pas propriété du débiteur : un tiers peut avoir constitué le gage ou l'avoir acquis après sa constitution. Dans ce cas, le propriétaire du gage n'est pas le débiteur de la dette garantie. Le bien à réaliser ne fait pas partie du patrimoine du débiteur poursuivi.

211. Le tiers propriétaire, bien qu'il ne soit pas débiteur de la dette, est également sujet passif de la poursuite : il est copoursuivi²⁴⁵. A ce titre, il est traité comme les autres parties à la procédure, tant au stade de la procédure préliminaire qu'ensuite de celle-ci²⁴⁶.

212. En particulier, le tiers propriétaire se voit notifier un exemplaire du commandement de payer (art. 153, al. 2, litt. a, LP, 88, al. 1, ORFI). Pour cette raison, la réquisition de poursuite doit mentionner son nom (art. 151, al. 1, litt. a, LP). Le tiers propriétaire peut alors former opposition au commandement de payer, « *au même titre que le débiteur* » (art. 153, al. 2, ORFI *in fine* ; voir également l'art. 88, al. 1, ORFI *in fine*). Tout comme le débiteur, le tiers propriétaire peut, par la voie de l'opposition, contester l'existence, le montant ou l'exigibilité de la créance, d'une part, et l'existence du droit de gage, d'autre part (art. 85, al. 1, ORFI)²⁴⁷. L'opposition n'a pas à être motivée²⁴⁸. Par

²⁴⁵ ATF 121/1995 III 28, *W. AMONN/WALTHER* (2003), p. 265 ; SchKG II-BERNHEIM/KÄNZIG, N° 29 ad Art. 153 LP ; CR LP-FoEX, N° 20 ad Art. 153 LP ; GILLERON II (1999), N° 12 ad Art. 153 LP ; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN II, N° 1, 5 ad Art. 153 LP. La doctrine est partagée quant au fait de savoir s'il s'agit de deux poursuites distinctes, l'une dépendant de l'autre quant à son avancement (SCHELLENBERG (1968)), ou si au contraire il s'agit d'une procédure unique dans le cadre de laquelle il existe plusieurs sujets passifs (SchKG II-BERNHEIM/KÄNZIG).

²⁴⁶ AMONN/WALTHER (2003), p. 265 ; SchKG II-BERNHEIM/KÄNZIG, N° 29 ad Art. 153 LP ; SCHELLENBERG (1968), p. 53.

²⁴⁷ ATF 119/1993 III 100, *M.B.-C.* = JT 1996 II 89. AMONN/WALTHER (2003), p. 265 ; SchKG II-BERNHEIM/KÄNZIG, N° 35 ad Art. 153 LP ; CR LP-FoEX, N° 21 ad Art. 153 LP ; SchKG-STAEHELIN, Erg.Bd., N° 29 ad Art. 153 LP.

l'opposition au commandement de payer, le tiers fait ainsi valoir les exceptions que le droit civil lui permet d'opposer au créancier gagiste ; par là, il arrête la poursuite jusqu'à ce que cette opposition ait été écartée par la voie de la procédure ordinaire²⁴⁹.

213. Ce droit à la notification du commandement de payer et, partant, la possibilité d'y former opposition, n'existe pas pour le tiers propriétaire qui a acquis l'immeuble après l'annotation au registre foncier d'une restriction du droit d'aliéner conformément aux articles 90 et 97 ORFI (art. 88, al. 2, et 100, al. 2, ORFI). Par l'annotation de la restriction du droit d'aliéner, le tiers propriétaire est en effet réputé avoir connaissance de la poursuite en réalisation de gage concernant l'immeuble²⁵⁰.

214. Dans la suite de ce chapitre, à défaut de précision contraire, nous partons du principe que le débiteur est propriétaire de l'immeuble.

c) Le conjoint lorsque l'immeuble est le logement de famille

215. Lorsque l'immeuble grevé sert à loger son détenteur, son époux et, s'il y en a, leurs enfants, il revêt une qualité juridique particulière : il constitue un logement de famille²⁵¹.

216. En vertu de l'article 169 CC²⁵², un époux titulaire de droits sur le logement familial ne peut, sans le consentement exprès de son conjoint ou l'accord du juge, faire des actes juridiques qui compromettent le maintien du logement de la famille ; à défaut d'approbation, ces actes sont nuls²⁵³.

217. Cette protection du cadre de vie du couple ou de la famille trouve son expression dans la procédure d'exécution forcée également. En effet, tout comme le tiers propriétaire du gage, l'époux du débiteur ou du propriétaire du

²⁴⁸ A titre de comparaison, voir l'ancien article 85 ORI, qui exigeait une opposition motivée pour la contestation du droit de gage.

²⁴⁹ ATF 42/1916 III 63, *Wyss* = JT 1916 II 66. A propos de la faculté du propriétaire du gage de contester l'extension du gage aux loyers, voir *infra* § 254–256.

²⁵⁰ ATF 78/1952 III 3, *Richner* = JT 1952 III 119. CR LP-FoEX, N° 10 ad Art. 153 LP. A propos de la fonction de la restriction du droit d'aliéner annotée au registre foncier dans le cadre de la poursuite en réalisation de gage, voir *infra* § 226–230 et 273.

²⁵¹ Voir, à propos de la protection du logement de la famille : DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY (2000), p. 109 ; BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, ad Art. 169 CC ; MEIER (2002), p. 38 ; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO (2002), p. 285.

²⁵² Art. 169 CC : « ¹ Un époux ne peut, sans le consentement exprès de son conjoint, ni résilier le bail, ni aliéner la maison ou l'appartement familial, ni restreindre par d'autres actes juridiques les droits dont dépend le logement de la famille. ² S'il n'est pas possible de recueillir ce consentement ou s'il est refusé sans motif légitime, l'époux intéressé peut en appeler au juge. »

²⁵³ DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY (2000), p. 111.

gage a la qualité d'un copoursuivi²⁵⁴. Ses droits dans la procédure sont identiques à ceux du tiers propriétaire du gage : il doit se voir notifier un commandement de payer, auquel il peut former opposition (art. 153, al. 2, litt. a, et 2^{ème} phrase, LP, 88, al. 1, ORFI)²⁵⁵.

2) La phase préliminaire

218. La poursuite en réalisation de gage est engagée par la réquisition de poursuite déposée par le créancier gagiste (art. 151, al. 1, LP). Le créancier poursuivant dispose d'un délai-cadre à l'intérieur duquel il doit requérir la vente de l'immeuble objet du gage, à savoir 6 mois et 2 ans après la notification du commandement de payer ; le délai est suspendu en cas d'opposition à celui-ci et de procédure tendant à la mainlevée de l'opposition (art. 154, al. 1, LP).

219. A ce stade de la procédure, seul affecte la disponibilité de l'immeuble l'usage que fait le créancier gagiste poursuivant du droit qui lui est conféré par l'article 806 CC de requérir l'extension du gage aux loyers²⁵⁶ : si le créancier gagiste poursuivant requiert l'extension du gage aux loyers, l'immeuble devient indisponible (b.) ; en revanche, en l'absence de requête dans ce sens, le débiteur en conserve la libre disposition (a.).

a) Sans extension du gage aux loyers

220. Les règles autonomes²⁵⁷ du droit de l'exécution forcée ne prévoient pas que l'immeuble objet du gage soit indisponible dans la phase préliminaire. Au contraire, pendant ce temps, le débiteur conserve la libre disposition de l'objet du gage²⁵⁸.

²⁵⁴ AMONN/WALTHER (2003), p. 265 ; SchKG II-BERNHEIM/KÄNZIG, N° 2, 29 ad Art. 153 LP ; GILLERON II (1999), N° 12 ad Art. 153 LP.

²⁵⁵ Voir *supra* § 211–212. Selon GILLIERON, le conjoint à qui un commandement de payer est notifié ne peut former opposition qu'en tant qu'il invoque des arguments en relation avec l'article 169 CC, par exemple qu'il n'aurait pas consenti à la constitution du droit de gage sur l'immeuble (GILLIERON II, N° 29–30 ad Art. 153 LP) ; après l'avoir suivi dans cette interprétation, l'autorité de surveillance vaudoise s'est ralliée à l'opinion doctrinale opposée (SchKG II-BERNHEIM/KÄNZIG, N° 29 ad Art. 153 LP) et a considéré qu'il n'y a pas lieu de limiter les moyens que peut faire valoir le conjoint du débiteur à l'appui de son opposition à la poursuite : JT 2002 II 104 (TC/VD).

²⁵⁶ Voir *supra* § 34–96.

²⁵⁷ Voir *supra* § 96.

²⁵⁸ ATF 42/1916 III 63, *Wyss et Fils* = JT 1916 III 66. COLOMBARA (1992), p. 388 ; GILLERON (1991), p. 263.

221. En effet, il n'existe pas, dans les articles 151 à 154 LP qui fixent la procédure d'exécution forcée entre l'introduction de la poursuite en réalisation de gage et la réquisition de vente, de norme interdisant au débiteur de disposer de l'objet du gage, attribuant des prérogatives de gérance à l'office, ou sanctionnant de nullité des actes qu'il aurait accomplis.

222. En outre, l'annotation de la restriction du droit d'aliéner prévue à l'article 90, alinéa 1, ORFI n'a pas pour objet de rendre inopposable au créancier gagiste poursuivant l'acquisition de droits sur l'immeuble par un tiers. Nous présentons ci-après les conditions auxquelles la restriction du droit d'aliéner selon cette disposition peut être requise (i.), de même que sa fonction (ii.).

i. Les conditions de l'annotation de la restriction du droit d'aliéner

223. L'article 90, alinéa 1, ORFI, donne la possibilité au créancier gagiste poursuivant de demander à l'office qu'il requière « ... *l'annotation au registre foncier d'une restriction du droit d'aliéner, conformément à l'article 960 CC (cf. art. 15, 1^{er} al., let.a, et 23a, let a, ci-dessus).* »

224. Le créancier gagiste poursuivant est en mesure de former une telle requête dans deux cas. En premier lieu, il n'a pas été fait opposition au commandement de payer (art. 90, al. 1, ch. 1, ORFI). En second lieu, l'opposition régulièrement formée est tombée, soit en vertu d'un jugement définitif obtenu par la voie de la procédure de mainlevée ou de la procédure ordinaire, soit ensuite de renonciation (art. 90, al. 1, ch. 2, ORFI).

225. Dans ces deux cas, le créancier gagiste doit, bien que les obstacles à l'avancement de la procédure ayant été levés, attendre que le premier jour du délai-cadre de 6 mois de l'article 154, alinéa 1, LP soit atteint, avant de pouvoir requérir la vente de l'immeuble. Ce délai est instauré dans l'intérêt du débiteur, à qui on réserve la possibilité de pouvoir se libérer avant la vente de l'immeuble²⁵⁹. En contrepartie, le créancier se voit conférer la possibilité de voir annotée une restriction du droit d'aliéner.

ii. La fonction de l'annotation de la restriction du droit d'aliéner

226. L'annotation d'une restriction du droit d'aliéner dans le cadre de la poursuite en réalisation de gage n'a pas la fonction ni les effets de son homologue en cas de saisie. En effet, elle ne s'insère pas dans un cadre légal analo-

²⁵⁹ SchKG II-BERNHEIM/KÄNZIG, N° 1 ad Art. 154 LP.

gue. Dans la saisie, l'annotation au registre foncier de la restriction du droit d'aliéner sert en premier lieu à priver le bénéficiaire d'un acte de disposition du débiteur de sa bonne foi, faisant en sorte qu'il n'est pas protégé dans son acquisition.

227. En revanche, dans la poursuite en réalisation de gage, il n'existe pas de norme protégeant l'acquisition de bonne foi d'un droit sur l'immeuble. En effet, la réglementation matérielle du droit de gage et la poursuite en réalisation de celui-ci permettent au créancier gagiste poursuivant d'obtenir satisfaction par la réalisation du gage, alors même que le propriétaire l'aurait aliéné ou grevé de droits ou charges dépréciatifs. En particulier, contrairement à la saisie par laquelle on appréhende le seul patrimoine du débiteur, il n'est pas nécessaire que le gage soit propriété du poursuivi ; l'aliénation du gage n'empêche pas la poursuite en réalisation de gage d'aller son cours, et le créancier gagiste d'obtenir satisfaction.

228. La fonction de la restriction du droit d'aliéner doit être comprise au regard de l'article 88, alinéa 2, ORFI : cette disposition fait dépendre de l'absence d'annotation de la restriction du droit d'aliéner de l'article 90 ORFI la faculté pour un tiers acquéreur de l'immeuble objet de la poursuite en réalisation de gage de se voir notifier un commandement de payer et, par voie de conséquence, le droit de former opposition au même titre que le débiteur (art. 153, al. 2, LP *in fine*). La restriction du droit d'aliéner prévue à l'article 90, alinéa 1, ORFI a donc pour fonction de priver un tiers acquéreur du droit de se voir notifier un commandement de payer et, partant, de participer à la poursuite en réalisation de gage dirigée contre le débiteur (art. 88, al. 2, ORFI)²⁶⁰.

229. Le bénéfice de l'annotation profite au créancier gagiste poursuivant. En effet, le stade de la poursuite qu'il a atteint dans ses démarches contre le débiteur et le propriétaire antérieur de l'immeuble ne peut plus être remis en cause, puisque la poursuite n'a pas à être introduite contre le nouvel acquéreur de l'immeuble²⁶¹. Par ailleurs, le créancier gagiste poursuivant ne voit pas la réalisation du gage reportée en raison de l'introduction de la poursuite contre le nouveau propriétaire du gage ; en effet, la réalisation du gage ne peut pas avoir lieu tant que les délais courant depuis l'introduction des poursuites contre chacun du débiteur et du propriétaire ne soient écoulés, respectivement les oppositions à chacun des commandements de payer levées²⁶².

²⁶⁰ ATF 78/1952 III 3, *Richner* = JT 1952 III 119. COLOMBARA (1992), p. 389 ; DESCHENAUX (1983), p. 555 ; HOLLIGER (1951), p. 79 ; SCHELLENBERG (1968), p. 120.

²⁶¹ SCHELLENBERG (1968), p. 121.

²⁶² Art. 98, al. 1, ORFI : « ... c'est la date de la dernière notification du commandement de payer, que ce soit au débiteur, au tiers propriétaire ou au conjoint du débiteur ou du tiers qui fait règle pour le calcul des délais prévus à l'article 154 LP. » CR LP-FOEX, N° 23 ad Art. 153 LP ; SchKG II-BERNHEIM/KÄNZIG, N° 31 ad Art. 153 LP ; SCHELLENBERG (1968), p. 53.

230. A noter enfin que, dans ce cadre, l'annotation de la restriction du droit d'aliéner est constitutive, et non déclarative. En effet, une annotation constitutive fait naître l'effet prévu par la loi²⁶³. En l'occurrence, l'effet prévu par la loi est la perte du droit de l'acquéreur de l'immeuble de se voir notifier un commandement de payer (art. 88, al. 2, ORFI)²⁶⁴ ; or, cet effet prévu par la loi naît de l'annotation de la restriction d'aliéner au registre foncier.

b) Avec extension du gage aux loyers

231. La situation diffère en cas d'extension du gage aux loyers : avec celle-ci, les loyers produits par l'immeuble, de même que celui-ci, deviennent indisponibles.

232. L'indisponibilité découle en premier lieu des règles de l'ORFI faisant interdiction au débiteur de percevoir les loyers ou d'en disposer (art. 92, al. 1, ORFI) et de l'instauration de la gérance légale limitée sur l'immeuble (art. 94 ORFI). En leur qualité de règles dépendantes, ces normes ne peuvent être mises en œuvre qu'en cas d'exercice par le créancier gagiste poursuivant du droit qui lui est conféré par l'article 806 CC²⁶⁵. L'indisponibilité résulte également de la norme d'inopposabilité contenue à l'article 806, alinéa 3, CC.

233. Nous présentons successivement les questions de l'injonction d'interdiction (i.), de l'inopposabilité (ii.) et de la gérance légale limitée (iii.). Nous mentionnons par ailleurs à titre informatif la procédure permettant au propriétaire du gage de s'opposer à l'extension du gage aux loyers (iv.).

i. L'interdiction de percevoir les loyers et d'en disposer : article 92, alinéa 1, ORFI

234. La première norme d'indisponibilité concerne les loyers produits par l'immeuble : « ... l'office informe le propriétaire du gage que, vu la poursuite en réalisation de gage intentée contre lui, les loyers et fermages qui viendront à échéance seront dorénavant encaissés par l'office et que par conséquent il lui est interdit, sous la menace des sanctions pénales (art. 292 CP), de percevoir ces loyers et ces fermages ou d'en disposer » (art. 92, al. 1, ORFI).

235. Nous évoquons brièvement les actes interdits par cette disposition (aa.), avant d'examiner les sanctions pénales qui peuvent être encourues en cas de violation de cette injonction (bb.).

²⁶³ DESCHENAUX (1983), p. 279

²⁶⁴ Dans le même sens, COLOMBARA (1992), p. 389.

²⁶⁵ Voir *supra* § 96.

aa. Les actes interdits : percevoir ou disposer des loyers

236. En premier lieu, il est interdit au propriétaire de l'immeuble de percevoir les loyers. La perception des loyers consiste, littéralement, en le fait d'en recevoir le paiement en ses mains. A notre avis, toute forme de paiement est visée ici : il peut s'agir non seulement du paiement d'une somme d'argent en mains du propriétaire, mais également, d'une manière plus large, de tout acte juridique qui aurait pour effet d'éteindre la créance de loyer que le propriétaire détient contre le locataire. Il s'agit en effet d'assurer, autant que faire se peut au créancier gage le bénéfice des loyers produits par l'immeuble.

237. En second lieu, il est fait interdiction au propriétaire de disposer des loyers. Nous sommes d'avis que les actes de disposition interdits par l'article 92, alinéa 1, ORFI sont de même nature que les actes de disposition interdits par l'article 96, alinéa 1, LP : il s'agit des actes – juridiques et matériels – de disposition, dont la passation a pour effet de porter atteinte à la substance de l'actif sous la main de l'office²⁶⁶. En effet, les articles 92, alinéa 1, ORFI et 96, alinéa 1, LP ont la même fonction : tous deux sont l'expression au débiteur de la mainmise officielle sur ses biens.

bb. La sanction pénale

238. L'article 92, alinéa 1, ORFI assortit l'interdiction de percevoir ou de disposer des loyers dont l'extension au gage a été requise de la menace des sanctions pénales selon l'article 292 CP. En vertu de cette disposition, « *celui qui ne se sera pas conformé à une décision à lui signifiée, sous la menace de la peine prévue au présent article, par une autorité ou un fonctionnaire compétents sera puni des arrêts ou de l'amende* ».

239. L'utilisation de l'article 292 CP sert à assurer, par la menace pénale, l'exécution d'une injonction étatique²⁶⁷. La particularité de cette disposition consiste en le fait que le comportement ou l'omission punissable n'est pas décrit dans la norme pénale, mais dans l'injonction faite par l'autorité au destinataire d'adopter ou de s'abstenir d'un certain comportement²⁶⁸.

240. Pour que l'article 292 CP trouve application, il faut que l'injonction comminatoire soit suffisamment précise quant au comportement qu'elle décrit, d'une part, et quant à la sanction encourue en cas de non-respect de l'injonction, d'autre part. En outre, l'article 292 CP revêt un caractère subsi-

²⁶⁶ Voir *supra* § 145.

²⁶⁷ CORBOZ II, N° 2 ad Art. 292 CP ; StGB II-RIEDO, N° 10 ad Art. 292 CP ; STADLER (1990), p. 15 ; STRATENWERTH BT II (2000), p. 290. La doctrine reconnaît également une fonction répressive à cette disposition : StGB II-RIEDO, N° 10 ad Art. 292 CP ; STADLER (1990), p. 15ss ; STRATENWERTH BT II (2000), p. 290.

²⁶⁸ StGB II-RIEDO, N° 8 ad Art. 292 CP ; STADLER (1990), p. 5 ; STRATENWERTH BT II (2000), p. 290.

diaire par rapport aux autres normes pénales réprimant la désobéissance. Si la réalisation de la première de ces trois conditions ne prête pas à discussion, il en va autrement des deux autres.

241. En premier lieu, le comportement ordonné par l'autorité doit être décrit avec suffisamment de précision. Le destinataire doit en effet clairement savoir ce qu'il doit faire ou ce dont il doit s'abstenir²⁶⁹. En cas d'immobilisation des loyers à la suite d'une poursuite en réalisation de gage avec extension du gage aux loyers, l'office utilise le Form. ORFI N° 6 selon lequel : « *Ensuite de la poursuite en réalisation de gage intentée contre vous, les loyers et fermages de votre immeuble qui viendront à échéance seront désormais encaissés par l'office soussigné. Vous êtes donc rendu attentif au fait qu'il vous est dorénavant interdit, sous la menace des sanctions pénales (art. 169, 289 CP), d'accepter des paiements pour ces créances de loyers/fermages ou de conclure des arrangements à leur sujet.* » Par ces termes, le propriétaire de l'immeuble est à même de comprendre qu'il lui est interdit tant de percevoir que de disposer des loyers.

242. En deuxième lieu, le texte de la loi exige que le destinataire soit menacé de manière précise de la peine prévue à l'article 292 CP. L'insoumis doit avoir été informé que sa désobéissance serait punie, conformément à l'article 292 CP, des arrêts ou de l'amende ; il ne suffit pas de rappeler à l'intéressé que sa désobéissance est punissable, ni même de le menacer des peines de l'article 292 CP²⁷⁰. Cette exigence de précision n'est pas réalisée si l'office se contente d'utiliser le Form. ORFI N° 6 pour l'injonction au propriétaire de l'immeuble : il n'est fait dans ce formulaire aucune référence à la peine des arrêts ou de l'amende ; de surcroît, il n'est pas renvoyé à l'article 292 CP. A notre avis, dans ce cas, les conditions objectives de l'infraction²⁷¹ ne sont pas réalisées.

243. En troisième lieu, l'article 292 CP ne s'applique pas s'il existe une règle spéciale réprimant l'insoumission²⁷². En particulier, l'application de l'article 289 CP exclut celle de l'article 292 CP²⁷³. L'article 289 CP érige en infraction pénale la soustraction d'objets mis sous main de l'autorité : « *celui qui aura soustrait des objets mis sous la main de l'autorité sera puni de l'emprisonnement ou de l'amende.* » Or, nous sommes d'avis que cette disposition s'applique à la per-

²⁶⁹ ATF 127/2001 IV 119, X. StGB II-RIEDO, N° 49 ad Art. 292 CP ; STADLER (1990), p. 8.

²⁷⁰ ATF du 10 novembre 2004 (6S.124), X. ; ATF 105/1979 IV 248, L. = JT 1980 IV 139. CORBOZ II, N° 17 ad Art. 292 CP ; StGB II-RIEDO, N° 59 ad Art. 292 CP ; STADLER (1990), p. 91 ; STRATENWERTH BT II (2000), p. 294.

²⁷¹ CORBOZ I, N° 19 ad Art. 292 CP. La doctrine alémanique distingue entre condition objective de punissabilité et « *Tatbestandmerkmal* » ; quelle que soit la terminologie utilisée, si cette condition fait défaut, l'insoumission n'est pas punissable : StGB II-RIEDO, N° 61 ad Art. 292 CP ; STADLER (1990), p. 93.

²⁷² Voir, récemment, ATF du 26 octobre 1998 (4P.117/1998), *Sociétés SFC* ; voir également ATF 124/1998 IV 64, B. ; ATF 121/1995 IV 29, X.. CORBOZ I, N° 29 ad Art. 292 CP ; StGB II-RIEDO, N° 22 ad Art. 292 CP ; STRATENWERTH BT II (2000), p. 294.

²⁷³ CORBOZ I, N° 30 ad Art. 292 CP ; StGB II-RIEDO, N° 23 ad Art. 292 CP ; STADLER (1990), p. 25.

ception des loyers par le propriétaire de l'immeuble, alors que ceux-ci sont sous la mainmise officielle en raison de l'extension du gage aux loyers, excluant par là-même l'application de l'article 292 CP.

244. Les conditions de punissabilité de l'article 289 CP concernent l'objet sous main de l'autorité, d'une part, et l'acte de soustraire celui-ci de la mainmise officielle, d'autre part. Premièrement, l'objet sous main de l'autorité peut être tant une chose mobilière ou immobilière qu'une créance²⁷⁴. Un objet est sous main de l'autorité si la libre disposition en a été retirée à son titulaire et s'il se trouve placé sous le contrôle de l'Etat²⁷⁵ ; tel est en particulier le cas dans les diverses formes de mainmise officielle dans l'exécution forcée dont la fonction est d'assurer la conservation des biens patrimoniaux concernés²⁷⁶. Les loyers dont l'extension au gage est requise sont donc concernés par la disposition : leur mise sous main de l'autorité découle de l'interdiction faite au débiteur d'en disposer ou de les percevoir ; en outre, les pouvoirs s'y rapportant sont confiés à l'office du fait de la gérance légale limitée²⁷⁷. En second lieu, la soustraction de ce bien à la mainmise officielle est réalisée par tout acte consistant à déjouer durablement ou provisoirement la mainmise de l'autorité par n'importe quel moyen²⁷⁸. Sont ainsi visés tant les actes de disposition portant sur les loyers que la perception de ceux-ci.

245. L'article 92, alinéa 1, ORFI contient donc un renvoi à une norme qui ne devrait pas *a priori* trouver application dans les cas qu'il désigne. Le renvoi à l'article 292 CP est apparu lors de la modification de l'ORFI du 5 juin 1996²⁷⁹ ; auparavant, l'article 92, alinéa 1, ORI prescrivait : « ... il est interdit, avec sanction pénale, de percevoir ces loyers et fermages ou d'en disposer. » Nous n'avons pas relevé, pour la même période, de modification significative de la jurisprudence relative à l'article 289 CP, qui aurait restreint le champ d'application de cette disposition, laissant par là même plus de place à l'article 292 CP. Nous ne parvenons donc pas à expliquer de manière satisfaisante cette distorsion entre le renvoi fait par l'ORFI et la non applicabilité de la disposition pénale correspondante. Ce d'autant plus que le Form. ORFI N° 8, qui sert à mettre en œuvre l'interdiction de percevoir et disposer de l'article 92 ORFI, continue de renvoyer à la disposition pénale pertinente, à savoir l'article 289 CP.

246. Quoi qu'il en soit, le risque d'encourir une sanction pénale, que celle-ci se fonde sur l'article 289 CP, voire sur l'article 292 CP, sert à pallier le fait que

²⁷⁴ StGB II-BRUNNER, N° 8 ad Art. 289 CP ; CORBOZ I, N° 1 ad Art. 289 CP ; STRATENWERTH BT II (2000), p. 298.

²⁷⁵ CORBOZ I, N° 2 ad Art. 289 CP ; STRATENWERTH BT II (2000), p. 298.

²⁷⁶ StGB II-BRUNNER, N° 5&8 ad Art. 289 CP ; CORBOZ I, N° 3 ad Art. 289 CP.

²⁷⁷ Voir *infra* § 249–251.

²⁷⁸ StGB II-BRUNNER, N° 9 ad Art. 289 CP ; CORBOZ I, N° 5 ad Art. 289 CP ; STRATENWERTH BT II (2000), p. 299.

²⁷⁹ Cette modification de l'ORFI est intervenue lors de la révision de la LP du 16 décembre 1994.

l'article 169 CP n'est pas applicable au cas de la poursuite en réalisation de gage.

ii. L'inopposabilité des actes juridiques sur les loyers futurs : article 806, alinéa 3, CC

247. Dans la poursuite en réalisation de gage, il existe en outre une norme d'inopposabilité. Celle-ci ne se trouve pas dans l'ORFI ou la LP, mais à l'article 806, alinéa 3, CC : les actes juridiques accomplis par le propriétaire de l'immeuble relativement à des loyers non échus sont inopposables au créancier gagiste poursuivant, s'il a été mis au bénéfice de l'extension du gage aux loyers avant que ceux-ci soient devenus exigibles²⁸⁰.

248. L'article 806, alinéa 3, CC a un champ d'application restreint : il règle le sort d'actes intervenus avant l'indisponibilité et concernant les loyers futurs. En revanche, cette disposition ne concerne pas les actes passés par le propriétaire après la mainmise sur les loyers, les rendant indisponibles.

iii. La gérance légale limitée : article 94, alinéa 1, ORFI

249. La mise en place de la gérance légale limitée affecte également la disponibilité de l'immeuble. L'office est en effet « ... tenu de prendre, en lieu et place du propriétaire du gage, toutes les mesures nécessaires pour assurer et opérer l'encaissement des loyers et fermages ; il devra notamment, au besoin, intenter des poursuites à cet effet, exercer le droit de rétention du bailleur, résilier les baux, requérir l'expulsion des locataires, conclure de nouveaux baux. Il a le droit d'ordonner les réparations urgentes ... » (art. 94, al. 1, première phrase, ORFI). Cette gérance légale est dite limitée, car elle consiste en la prise de mesures présentant un caractère conservatoire et urgent au regard de la nécessité d'encaisser les loyers en tant qu'objets du gage²⁸¹.

250. La gérance légale limitée dans la poursuite en réalisation de gage a des effets qui dépassent le champ d'application des normes dont elle sert à assurer l'effectivité : elle étend l'indisponibilité qui frappe les loyers à l'immeuble lui-même. En effet, par l'attribution des pouvoirs de gérance, l'office voit transférer en sa faveur non seulement une compétence de gestion de la perception des loyers, mais également des prérogatives portant sur l'immeuble en tant que tel. Sous cet angle, l'assiette de la gérance légale est bien plus étendue que

²⁸⁰ Voir *supra* § 74–94.

²⁸¹ ATF 131/2005 III 141, Y. S4 ; ATF 129/2003 III 90, X. S4 ; ATF 109/1983 III 45, *Muco SE Muldenbau AG* = JT 1985 II 43. SchKG II-BERNHEIM/KÄNZIG, N° 23 ad Art. 152 LP ; CR LP-FoEX, N° 19 ad Art. 152 LP ; GILLIERON II, N° 34 ad Art. 152 LP ; SCHELLENBERG (1968), p. 141.

celle concernée par l'injonction d'interdiction de l'article 92, alinéa 1, ORFI, lui conférant par là un véritable effet constitutif²⁸².

251. Comme dans la saisie, l'attribution à l'office des pouvoirs de gérance légale a pour effet de priver le débiteur de ses capacités correspondantes (art. 94, al. 1, ORFI)²⁸³. Dans ce cas, le législateur délégué n'a pas non plus précisé les conséquences juridiques du transfert des compétences d'administration de l'immeuble. La jurisprudence a tranché en ce qui concerne les actes relatifs aux baux, en en prévoyant la nullité²⁸⁴. A cet égard, nous relevons qu'en entrant en matière, le Tribunal fédéral a admis la nécessité de combler une lacune du législateur délégué.

252. Nous ne souscrivons pas à l'opinion du Tribunal fédéral lorsqu'il sanctionne, de manière générale, de nullité les actes d'administration accomplis par le propriétaire alors que l'immeuble se trouve sous gérance légale limitée. Il convient bien plus de distinguer selon la nature des actes accomplis. Si les actes du propriétaire consistent en des actes de disposition sur les loyers, ils doivent être considérés comme nuls. En effet, l'attribution des pouvoirs de gérance légale à l'office prive dans la mesure de leur étendue le propriétaire de son pouvoir de disposer ; par exemple, la cession des loyers est sans effet, faute pour le propriétaire d'avoir le pouvoir de céder. En revanche, les actes d'administration qui consistent en d'autres actes juridiques ne doivent pas être frappés de nullité ; celle-ci s'oppose au fait que le débiteur conserve sa capacité de s'engager. La sauvegarde des intérêts des créanciers gagistes poursuivants doit en revanche être assurée par l'instauration d'un régime d'inopposabilité²⁸⁵.

253. Avec cette interprétation, nous mettons en place un régime d'indisponibilité similaire à celui prévalant dans la saisie : nullité des actes de disposition, inopposabilité des autres actes juridiques. La différence consiste en ce que, dans la phase préliminaire de la poursuite en réalisation de gage, la perte du pouvoir de disposer n'est pas expressément prévue dans la loi, mais découle du transfert des facultés correspondantes à l'autorité.

iv. La contestation de l'extension du gage aux loyers

254. Le propriétaire du gage, qu'il s'agisse du débiteur de la dette objet de la poursuite ou d'un tiers propriétaire, a, indépendamment de la notification du commandement de payer, la faculté de soutenir que les loyers, ou tout ou partie d'entre eux, ne sont pas compris dans le gage.

²⁸² Dans le même sens, CR LP-FoEx, N° 19 ad Art. 152 LP.

²⁸³ ATF 131/2005 III 141, *Y. SA* ; ATF 109/1983 III 45, *Muco SE Muldenbau AG* = JT 1985 II 43.

²⁸⁴ ATF 109/1983 III 45, *Muco SE Muldenbau AG* = JT 1985 II 43. Voir *supra* § 196.

²⁸⁵ Voir *supra* § 197 les développements à ce sujet dans la gérance légale ordinaire.

255. Pour ce faire, il doit le déclarer à l'office dans les dix jours dès la réception de l'avis au propriétaire du gage de l'article 92, alinéa 1, ORFI en indiquant ses motifs et en précisant, le cas échéant, le montant de la partie contestée (art. 92, al. 2, ORFI).

256. Si le propriétaire du gage a en même temps formé opposition au commandement de payer, le créancier gagiste poursuivant établit son droit soit par une action en reconnaissance de dette ou en constatation de son droit de gage, soit par la voie de la mainlevée de l'opposition, au besoin suivie des actions au fond, constatation de la créance ou du droit de gage (art. 93, al. 1, ORFI). Si le propriétaire du gage n'a contesté que la mesure prise à l'égard des loyers, la procédure de mainlevée d'opposition n'est pas applicable, et le créancier gagiste doit directement ouvrir action en constatation du droit de gage sur les loyers (art. 93, al. 2, ORFI, Form. ORFI N° 8)²⁸⁶.

3) Dès la réquisition de vente

257. Une fois la vente de l'immeuble requise par le créancier gagiste poursuivant, l'immeuble devient indisponible, quelle qu'ait été la situation juridique dans la phase préliminaire. L'indisponibilité est le fait de la mise en place d'une gérance légale ordinaire sur l'immeuble (a.), assortie du risque de voir encourue une sanction pénale en cas de violation de l'article 298 CP (b.). La règle d'inopposabilité de l'article 806, alinéa 3, CC est par ailleurs applicable si le créancier gagiste poursuivant est au bénéfice de l'extension du gage aux loyers (c.). En revanche, l'annotation au registre foncier d'une restriction du droit d'aliéner n'a d'effets qu'au regard de la participation d'un tiers acquéreur à la poursuite en réalisation de gage (d.).

a) La gérance légale ordinaire : article 101, alinéa 1, ORFI

258. La source principale d'indisponibilité dans la phase de la vente dans la poursuite en réalisation de gage est la gérance légale ordinaire : « *Dès la date de la réquisition de vente, l'office pourvoit à la gérance et à la culture de l'immeuble de la manière prévue, en matière de poursuite par voie de saisie, dès la date de la saisie (art. 155, 1^{er} al., et 102, 3^e al., LP, art. 16 et s. et 23c ci-dessus)...* » (art. 101, al. 1, ORFI).

²⁸⁶ A ce propos, voir l'ATF 126/2000 III 481, *M.* ; voir également ATF 71/1945 III 56, *Schweizerische Volksbank* = JT 1945 II 76. SchKG II-BERNHEIM/KANZIG, N° 10 ad Art. 153a LP ; GILLIERON II, N° 13 ad Art. 153a LP.

259. La gérance légale ordinaire dans la poursuite en réalisation de gage a la même portée que dans la saisie²⁸⁷. Elle n'est pas limitée au caractère conservatoire de la gérance légale limitée qui l'aurait précédée, mais s'étend à tous les actes d'administration nécessaires à la perception des loyers et au maintien de l'immeuble en bon état de rendement²⁸⁸. Comme dans la phase préliminaire, la gérance légale opère un transfert exclusif des pouvoirs de gestion à l'office. En conséquence, les actes juridiques accomplis par le propriétaire sont inopposables aux créanciers gagistes poursuivants ; si ces actes consistent en des actes de disposition, ils sont nuls, faute pour le propriétaire de l'immeuble de bénéficier du pouvoir de disposer²⁸⁹.

260. Cependant, la mise en œuvre de la gérance légale est subordonnée à la réalisation de conditions propres à la poursuite en réalisation de gage (i.). Par ailleurs, nous relevons qu'aucun avis aux locataires n'est prévu pour le versement des loyers pourtant dévolus à l'office (ii.).

i. Les conditions de la mise en œuvre de la gérance légale ordinaire

261. La volonté du créancier gagiste poursuivant, de même que l'avancement de la procédure lorsque l'immeuble est propriété d'un tiers, peuvent faire obstacle à la mise en œuvre de la gérance légale ordinaire.

aa. Le créancier gagiste poursuivant n'y renonce pas

262. La gérance légale ordinaire dans la poursuite en réalisation de gage peut faire l'objet d'une renonciation par le créancier gagiste poursuivant.

263. Pour ce faire, il doit déclarer expressément renoncer à ce que l'office pourvoie à la gérance et à la culture de l'immeuble (art. 101, al. 1, ORFI *in fine*). La loi exige que cette renonciation soit faite de manière expresse, mais ne prévoit au surplus pas de forme particulière. Pour d'évidentes raisons de preuve, nous sommes d'avis que l'office exige une déclaration écrite du créancier gagiste renonçant.

²⁸⁷ ATF du 8 janvier 2003 (7B.234/2002), X ; ATF du 8 mars 2001 (4P.279/2000), *Office des poursuites et des faillites Arve-Lac de Genève* ; ATF 120/1994 III 138, H. = JT 1997 II 43. GILLIERON II, N° 22 ad Art. 155 LP ; SchKG II-KÄNZIG/BERNHEIM, N° 20 ad Art. 155 LP.

²⁸⁸ ATF 131/2005 III 141, Y. SA.

²⁸⁹ Voir *supra* § 251–253.

bb. L'opposition faite par le tiers propriétaire a été écartée

264. « Si l'immeuble appartient à un tiers, l'office ne peut en assurer la gérance qu'après que l'opposition faite par le tiers a été écartée. » (art. 101, al. 2, LP).

265. L'opposition ainsi désignée est l'opposition tardive faite par le tiers propriétaire du gage après la réquisition de vente (art. 100, al. 1, LP). Il ne peut pas s'agir d'une opposition faite avant la réquisition de vente, dans la mesure où celle-ci ne peut pas être déposée avant que les oppositions au commandement de payer aient été levées (voir les articles 154 LP et 98, alinéa 1, ORFI)²⁹⁰.

266. L'article 101, alinéa 2, ORFI désigne l'opposition faite par le tiers, alors que l'article 100, alinéa 1, ORFI, qui règle cette opposition, désigne également l'opposition formée par le conjoint du débiteur ou du tiers. La question est de savoir si l'article 101, alinéa 2, ORFI est lacunaire ou s'il s'agit d'un silence qualifié ; en d'autres termes, il s'agit de déterminer si l'opposition du conjoint empêche également la mise en place de la gérance légale ordinaire, ou si seule l'opposition du tiers propriétaire a cet effet.

267. La loi confère au tiers propriétaire du gage et au conjoint les mêmes droits dans la poursuite ; en particulier, chacun peut, par la voie de l'opposition, contester la créance et le gage²⁹¹. Cependant, la mise en place de la gérance légale ordinaire n'affecte pas le tiers propriétaire et le conjoint d'une manière identique : par l'instauration de la gérance légale ordinaire, le tiers propriétaire se voit privé de son droit d'administrer l'immeuble et de percevoir les loyers, alors qu'en cette qualité le conjoint n'est pas concerné sur ce point. Ainsi, la position particulière du tiers propriétaire en cas d'instauration de la gérance légale ordinaire justifie-t-elle un traitement particulier des effets de son opposition. Nous sommes donc d'avis que la disposition n'est pas lacunaire : seule l'opposition formée par le tiers propriétaire est de nature à faire obstacle à l'instauration de la gérance légale ordinaire dans la poursuite en réalisation de gage.

ii. L'absence d'avis aux locataires

268. Dans le cadre des pouvoirs de gérance qui lui sont attribués par la loi, l'office perçoit les loyers à venir. Or, aucun avis aux locataires n'est prévu pour le versement des loyers en main de l'office, alors qu'une telle mesure s'avère nécessaire pour que la gérance légale leur soit opposable.

²⁹⁰ SchKG II-BERNHEIM/KÄNZIG, N° 31 ad Art. 153 LP ; SCHELLENBERG (1968), p. 153.

²⁹¹ Voir *supra* § 211–213 et 217.

269. Il s'agit dans ce cas d'appliquer l'article 15, alinéa 1, litt. b, ORFI par analogie, et d'aviser les locataires de la mise en place de la gérance légale ordinaire à l'aide du Form. ORFI N° 5. Nous pensons que cet avis n'a pas à être réitéré s'il a déjà été donné par l'office à l'occasion de la mise en place de la gérance légale limitée dans la phase préliminaire (voir l'article 91, alinéa 2, 2^{ème} phrase ORFI).

b) La sanction pénale : article 289 CP

270. La deuxième norme d'indisponibilité dans la phase de la vente est la sanction pénale encourue pour violation de l'article 289 CP. Nous sommes en effet d'avis que les conditions de l'infraction de soustraction d'objets mis sous main de l'autorité sont réalisées.

271. Un des éléments constitutifs de cette disposition est la mainmise de l'autorité sur les biens en cause²⁹². Selon la jurisprudence, la mainmise officielle peut s'exprimer de diverses manières, à l'occasion d'actes d'autorité de nature diverse²⁹³. La doctrine, de manière constante, retient également que la mise sous main de l'autorité est acquise dès que le pouvoir de disposer d'un bien est retiré au débiteur et transmis à l'autorité²⁹⁴. Conformément à l'opinion développée dans cette thèse, l'attribution du pouvoir de gérer l'immeuble est un moyen exprimant la mainmise officielle sur celui-ci : par la gérance légale, l'office est habilité à effectuer un certain nombre d'actes d'administration, et le débiteur est, dans la même mesure, privé des facultés correspondantes.

c) L'inopposabilité des actes juridiques sur les loyers futurs : article 806, alinéa 3, CC

272. La troisième norme d'indisponibilité est l'inopposabilité de l'article 806, alinéa 3, CC. Elle n'entre en ligne de compte que si le créancier gagiste poursuivant est au bénéfice de l'extension du gage aux loyers, et vaut pour les actes de disposition du propriétaire sur les loyers futurs passés avant leur indisponibilité²⁹⁵.

²⁹² Voir *supra* § 244.

²⁹³ Voir par exemple in SOG 2000 N° 10 l'arrêt du Tribunal cantonal soleurois du 5 juillet 2000, où la mainmise officielle est donnée en cas de confiscation au sens des articles 58 et 59 CP. Voir également RBOG 1985 N° 28.

²⁹⁴ CORBOZ I, N° 2 ad Art. 289 CP ; STRATENWERTH BT II (2000), p. 298, et les références citées.

²⁹⁵ Voir *supra* § 247–248.

d) L'absence d'effet sur la disponibilité de l'immeuble de l'annotation de la restriction du droit d'aliéner de l'article 97 ORFI

273. En revanche, l'annotation d'une restriction du droit d'aliéner prévue à l'article 97 ORFI²⁹⁶ n'affecte pas la disponibilité de l'immeuble. En effet, comme l'annotation de la restriction du droit d'aliéner à la requête du créancier gagiste poursuivant après la notification du commandement de payer (art. 90 ORFI), l'annotation après la réquisition de vente prévue à l'article 97 ORFI a pour seule fonction de priver un tiers acquéreur de l'immeuble, voire le conjoint de ce tiers, du droit de se voir également notifier un commandement de payer (art. 100, al. 1&2, ORFI). Les développements à ce sujet valent ici *mutatis mutandis*²⁹⁷.

4) Mise en perspective

274. Dans la phase préliminaire de la poursuite en réalisation de gage, l'indisponibilité dépend de la mise en œuvre de l'extension du gage aux loyers. Si le créancier en bénéficie de l'extension du gage aux loyers, celle-ci se manifeste par l'injonction d'interdiction de percevoir ou de disposer des loyers de l'article 92, alinéa 1, ORFI, par la règle de l'inopposabilité de l'article 806, alinéa 3, CC relative aux actes juridiques sur les loyers futurs et par la gérance légale limitée mise en place sur l'immeuble. Dans la phase de la vente, l'indisponibilité résulte de la gérance légale ordinaire portant sur l'immeuble, et de la règle d'inopposabilité de l'article 806, alinéa 3, CC. Les sanctions pénales sont réservées.

275. La poursuite en réalisation de gage est caractérisée par le fait que l'objet à réaliser n'a pas à faire partie du patrimoine du débiteur. Les règles en matière d'indisponibilité ne tendent pas à assurer cette appartenance. En écho aux règles du Code civil (art. 808 et 809 CC), elles ont pour objet de soustraire l'objet du gage à toute dépréciation et de maintenir sa valorisation.

276. La mise en œuvre des normes en matière d'indisponibilité présente deux particularités. En premier lieu, pour certaines règles contenues dans la LP, elle est directement subordonnée à l'application d'une règle du droit civil :

²⁹⁶ « ¹ Dès que la vente a été requise, l'office est tenu de requérir l'annotation au registre foncier d'une restriction du droit d'aliéner, conformément à l'article 960 CC (cf. art. 15, 1^{er} al. , let. a et 23a, let. a, ci-dessus). ² Si le registre foncier contient déjà une telle annotation, il n'est pas nécessaire de la requérir à nouveau. » (art. 97 ORFI).

²⁹⁷ Voir *supra* § 226–229.

pour voir s'appliquer les articles 152, alinéa 2, LP et 91 à 95 ORFI, les conditions de l'article 806 CC doivent être réalisées. En second lieu, la mise en œuvre des normes en matière d'indisponibilité laisse de la place à la volonté du créancier gagiste poursuivant : celui-ci peut ne pas requérir l'extension du gage aux loyers ou renoncer à la gérance légale qui s'ensuit. Dans un tel cas, l'immeuble n'est pas indisponible.

277. Par ailleurs, la gérance légale a un effet constitutif dans le processus d'indisponibilité. Celui-ci s'exprime à un double titre. En premier lieu, en l'absence de norme prévoyant la nullité des actes de disposition accomplis sur les loyers, l'instauration de la gérance fonde la perte du pouvoir de disposer frappant le débiteur ; en particulier, la faculté conférée à l'office de percevoir les loyers prive le propriétaire du pouvoir d'en disposer. En second lieu, la gérance légale limitée a une assiette qui dépasse largement le cercle des biens dont elle assure la dévolution au créancier gagiste poursuivant. En effet, la gérance légale limitée confère à l'office des prérogatives sur l'immeuble lui-même, en matière notamment de gestion des baux ou d'accomplissement de travaux ; or, l'extension du gage aux loyers a pour objet de mettre la main sur les seules créances produites par l'immeuble.

278. Comme dans la saisie, le régime d'indisponibilité se développe selon les deux axes de la nullité et de l'opposabilité. Les bases légales à cette fin sont plus diffuses ; il n'en reste pas moins qu'elles en permettent l'édification autour d'elles. La perte du pouvoir de disposer découle de la mise en place de la gérance légale limitée, puis ordinaire sur l'immeuble. Le régime d'opposabilité est prévu par l'article 806, alinéa 3, CC ; cependant, il ne concerne que des actes antérieurs à l'extension du gage aux loyers, voire à la réquisition de vente de l'immeuble.

279. Comme dans la saisie, le système n'est pas abouti. En particulier, la portée d'actes d'administration accomplis par le propriétaire de l'immeuble alors que celui-ci est sous gérance légale n'est pas connue. Nous soutenons qu'il est également nécessaire d'instaurer, dans la poursuite en réalisation de gage, une norme générale d'opposabilité d'actes juridiques accomplis par le débiteur sur les loyers, voire sur l'immeuble, qui ne consistent pas en des actes de disposition.

E. L'indisponibilité dans la faillite

280. La faillite²⁹⁸ est une mainmise de droit public qui confère aux créanciers le droit d'être désintéressés sur le produit de la réalisation des biens du débiteur²⁹⁹. A la différence de la poursuite par voie de saisie, dans le cadre de laquelle seuls les biens nécessaires au désintéressement des créanciers poursuivants sont saisis et réalisés, la faillite mène à une liquidation générale des biens du failli, au profit de l'ensemble de ses créanciers.

281. Sont soumis à la poursuite ordinaire par voie de faillite les débiteurs inscrits au registre du commerce en l'une des qualités énumérées à l'article 39, alinéa 1, chiffres 1 à 12, LP³⁰⁰, à moins que la poursuite par voie de faillite ne soit exclue en application de l'article 43 LP³⁰¹.

282. La procédure peut être synthétisée en trois phases principales. La première phase est constituée par les étapes de la procédure permettant d'accéder au juge qui prononcera la faillite ; ces étapes varient en fonction du choix, par le créancier, d'une poursuite ordinaire (art. 159 à 176 LP), d'une poursuite pour effets de change (art. 177 à 189 LP) ou d'une faillite sans poursuite préalable (art. 190 à 194 LP)³⁰². A ce stade de la procédure, le créancier peut requérir de l'office qu'il dresse un inventaire des biens du débiteur (art. 162 LP), à titre de mesure conservatoire : les biens ainsi inventoriés doivent pouvoir être représentés en tout temps, en nature ou en valeur, par le débiteur (art. 164, al. 1, LP). A la différence de la saisie provisoire³⁰³, l'inventaire n'emporte pas la mainmise de l'office sur les biens³⁰⁴. Cet inventaire a une fonction de contrôle des actes de disposition du débiteur en vue, le cas échéant, d'une action révo-

²⁹⁸ D'une manière générale, à propos de la poursuite par voie de faillite : AMONN/WALTHER (2003), p. 281–401 ; BRAND (1947) ; FRITZSCHE/WALDER II (1984), p. 4–429, GILLIERON (2005), p. 273–395.

²⁹⁹ ATF 95/1969 II 31, *Masse en faillite de Michel Demierre*. GILLIERON (2005), p. 316–317 ; SchKG II-WOHLFAHRT, N° 20 ad Art. 204 LP.

³⁰⁰ Est déterminante l'inscription du débiteur en tant que chef d'une raison individuelle (art. 934 et 935 CO), associé indéfiniment responsable dans une société en nom collectif (art. 554 CO), associé indéfiniment responsable dans une société en commandite (art. 596 CO), membre de l'administration d'une société en commandite par actions (art. 765 CO), associé gérant d'une société à responsabilité limitée (art. 781 CO), société en nom collectif (art. 552 CO), société en commandite (art. 594 CO), société anonyme ou en commandite par actions (art. 620 et 764 CO), société à responsabilité limitée (art. 772 CO), société coopérative (art. 828 CO), association (art. 60 CC), fondation (art. 80 CC).

³⁰¹ L'article 43 LP exclut la poursuite par voie de faillite pour le recouvrement d'impôts, contributions, émoluments, droits, amendes ou autres prestations de droit public dues à une caisse publique ou à un fonctionnaire, pour le recouvrement de contributions périodiques d'entretien et d'aliments découlant du droit de la famille et pour la constitution de sûretés.

³⁰² Dans ce dernier cas, le débiteur peut également requérir la faillite (art. 191 LP).

³⁰³ Voir *supra* § 100.

³⁰⁴ SchKG II-OTTOMANN, N° 3 & 6 ad Art. 164 LP.

catoire³⁰⁵ ; il est également déterminant au regard de l'article 169 CP, qui réprime pénalement le détournement de biens sous la main de l'office³⁰⁶.

283. La deuxième phase est celle de la faillite : la faillite est ouverte au moment où le jugement la prononce (art. 175, al. 1, LP). Elle entraîne la formation de la masse active, qui réunit tous les biens du failli (art. 197 LP). Dès l'ouverture de la faillite, l'office est chargé de procéder à l'inventaire des biens du failli et prendre les mesures nécessaires pour leur conservation (art. 221, al. 1, LP) ; ensuite, après la première assemblée des créanciers, c'est à l'administration de la faillite de se charger des intérêts de la masse et de pourvoir à sa liquidation (art. 240 LP). Dans le même temps, les créanciers du failli sont invités à produire leur créance, et sont convoqués à la première assemblée des créanciers (art. 232, al. 2, ch. 2&5, LP). L'administration de la faillite dresse l'état de collocation ; si la masse comprend un immeuble, l'administration dresse également un état des charges, à savoir des droits de gage, servitudes, charges foncières et droits personnels annotés qui le grèvent (art. 247 LP). Après la deuxième assemblée des créanciers, les biens de la masse sont réalisés par les soins de l'administration, aux enchères ou de gré à gré. (art. 256, al. 1, LP). La liquidation peut prendre une forme sommaire, qui entraîne des frais moindres, si le produit des biens inventoriés apparaît comme ne suffisant pas à couvrir les frais de liquidation ou si le cas est simple (art. 231, al. 1, LP). Lorsqu'il est probable que la masse ne suffira pas à couvrir les frais de liquidation sommaire, la faillite est suspendue faute d'actifs et clôturée (art. 230 LP).

284. La troisième phase est celle de la distribution des deniers (art. 261 à 267 LP) et de la clôture de la procédure (art. 268 à 270 LP).

285. Dans la faillite, l'indisponibilité frappant les biens s'exprime par la sanction pénale de l'article 169 CP (2.), par l'article 204 LP, qui dans un même temps fonde la perte du pouvoir de disposer du failli et instaure un régime général d'inopposabilité (3.), par l'absence d'effet libératoire de paiements intervenus en mains du failli (4.), par la mention de la faillite au registre foncier (5.), par la norme d'inopposabilité de l'article 806, alinéa 3, CC (6.) et par le transfert des pouvoirs d'administration, dont ceux de gérance, à l'autorité (7.). L'indisponibilité s'exprime sur les biens de la masse, qu'il s'agit au préalable de définir (1.).

³⁰⁵ GILLIERON (2005), p. 274–275.

³⁰⁶ Voir *infra* § 290–294.

1) Les biens de la masse

286. « Tous les biens saisissables du failli au moment de l'ouverture de la faillite forment une seule masse, quel que soit le lieu où ils se trouvent, et sont affectés au paiement des créanciers. Les biens qui échoient au failli jusqu'à la clôture rentrent dans la masse. » (art. 197, al. 1&2, LP).

287. Les biens composant la masse active sont définis par renvoi aux biens saisissables : il s'agit d'actifs du débiteur, à savoir ses biens meubles, ses créances et ses immeubles³⁰⁷. L'appréhension des biens est faite de manière large : la masse comprend également les biens sur lesquels il existe un gage (art. 198 LP), les biens saisis et non réalisés et les biens séquestrés (art. 199, al. 1, LP), et « ... tout ce qui peut faire l'objet d'une action révocatoire ... » (art. 200 LP). La masse comprend donc, en substance, l'ensemble des actifs du failli³⁰⁸.

288. En revanche, un immeuble appartenant à un tiers, ou appartenant au débiteur et au tiers en copropriété ou en propriété en main commune, et grevé d'un droit de gage constitué pour garantir une dette du failli ne tombe pas dans la masse. Le gage est simplement mentionné à l'état de collocation³⁰⁹.

289. Dans notre hypothèse, le débiteur failli est propriétaire d'un immeuble qui fait partie des actifs de la masse. Les loyers produits par l'immeuble, respectivement les créances en paiement du loyer, entrent de la même manière dans la masse, jusqu'à la clôture de la faillite (art. 197, al. 2, LP). Les créances en paiement du loyer qui auraient été cédées par le propriétaire avant la faillite entrent aussi dans la masse : dans la faillite, la cession de créances cède le pas à la mainmise officielle et aux droits qu'elle confère aux créanciers³¹⁰. Il en va aussi de même des loyers échus avant l'ouverture de la faillite, alors que l'immeuble faisait l'objet d'une gérance légale limitée dans le cadre d'une poursuite en réalisation de gage, sous réserve des droits de préférence attribués aux créanciers gagistes poursuivants (art. 96 ORFI)³¹¹.

³⁰⁷ AMONN/WALTHER (2003), p. 316 ; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN II, N° 4 ad Art. 197 LP ; CR LP-ROMY, N° 6–12 ad Art. 197 LP.

³⁰⁸ SchKG II-HANDSCHIN/HUNKELER, N° 5 ad Art. 197 LP ; STOFFEL (2002), p. 272.

³⁰⁹ Voir l'art. 89, al. 1, ORFI. ATF 121/1995 III 28, W.

³¹⁰ ATF 130/2004 III 348, X. SA ; ATF 115/1989 III 65, Max G. = JT 1991 II 130 ; ATF 111/1985 III 73, Banque X. = JT 1988 II 15. LACHAT (2000), p. 25 ; SchKG-STAEHELIN, Erg.Bd., N° 4 ad Art. 204 LP ; STARK (1989), p. 390. *Contra* : BAKO-GIRSBERGER, N° 48 ad Art. 164 CO.

³¹¹ A propos du sort d'une garantie de loyer versée par le locataire, mais non consignée par le bailleur, voir l'ATF 127/2001 III 273, A. *Autokurier Service* = JT 2001 II 8.

2) La sanction pénale : article 169 CP

290. La première norme important en matière d'indisponibilité des biens dans la faillite est l'article 169 CP : cette disposition punit celui qui dispose arbitrairement de biens inventoriés dans une faillite.

291. Les actes constitutifs de l'infraction sont décrits dans la section relative à la saisie³¹² : il doit s'agir d'un acte de disposition, portant sur des valeurs patrimoniales, lesquelles se trouvent sous la main de l'autorité, au préjudice des créanciers. L'expression de la mainmise officielle de laquelle les biens peuvent être soustraits doit être examinée plus avant. Dans le cadre de la faillite, l'élément déterminant pour la réalisation des conditions de l'infraction est la prise d'inventaire³¹³.

292. Il existe deux types d'inventaires dans la faillite. Le premier (« *Güterverzeichnis* ») est une mesure conservatoire établie par le juge de la faillite avant le prononcé de celle-ci³¹⁴. Il s'agit d'établir la liste des biens que le débiteur peut être tenu de représenter, en nature ou en valeur, à tout stade de la procédure ; cette obligation est signifiée au débiteur « ...sous menace des peines prévues par la loi (art. 169 CP)... » (art. 164, al. 1, LP). Au stade de l'inventaire, ce n'est qu'une contrainte en terme de valeur qui est imposée au débiteur, qui n'est pas encore le failli : il ne lui est pas interdit de disposer des biens inventoriés, et les actes de disposition qu'il aurait passés n'encourent pas la « nullité »³¹⁵.

293. Le deuxième type d'inventaire dans la faillite est l'inventaire (« *Konkursinventar* ») des biens du failli effectué par l'office dès qu'il a reçu communication de l'ouverture de la faillite (art. 221, al. 1, LP, art. 25 à 34 OAOF). Il s'agit de l'énumération des biens formant la masse active. L'inventaire est une simple mesure d'organisation³¹⁶ qui sert à déterminer l'étendue des biens sous la main de l'office, la mainmise officielle sur les biens du failli intervenant au moment de l'ouverture de la faillite déjà (art. 197, al. 1, LP)³¹⁷.

294. L'article 169 CP considère comme déterminants les inventaires effectués après, mais également avant³¹⁸, l'ouverture de la faillite ; dans un même temps,

³¹² Voir *supra* § 149–160.

³¹³ StGB II-BRUNNER, N° 21 ad Art. 169 CP ; CORBOZ II, N° 3 ad Art. 169 CP ; SCHWANDER (1964), p. 2 ; STRATENWERTH/JENNY BT I (2003), p. 477.

³¹⁴ L'inventaire est prévu aux articles 162 à 164 LP. Voir par ailleurs AMONN/WALTHER (2003), p. 286 ; GILLIERON (2005), p. 274–275 ; STOFFEL (2002), p. 252.

³¹⁵ JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN II, N° 7 ad Art. 164 LP ; SchKG II-OTTOMANN, N° 3&6 ad Art. 164 LP.

³¹⁶ ATF 114/1988 III 21, D.-H. AG.

³¹⁷ AMONN/WALTHER (2003), p. 351 ; GILLIERON (2005), p. 274 ; STOFFEL (2002), p. 311.

³¹⁸ L'article 164, alinéa 1, LP renvoie expressément à l'article 169 CP. StGB II-BRUNNER, N° 1&21 ad Art. 169 CP ; HAUSER (1989), p. 51.

l'indisponibilité des biens débute au moment de l'ouverture de la faillite (art. 197, al. 1, et 204, al. 1, LP). La norme pénale intervient donc en décalage eu égard au processus d'indisponibilité des biens, et ce à double titre. D'une part, en cas d'inventaire conservatoire, le failli en devenir est susceptible de se voir puni en application de l'article 169 CP, alors même que ses biens ne sont pas indisponibles. D'autre part, une fois la faillite ouverte, des actes de disposition effectués par le failli sur des biens non encore inventoriés, ne sont pas punissables en application de l'article 169 CP³¹⁹.

3) L'incapacité du failli de disposer des biens appartenant à la masse : article 204, alinéa 1, LP

295. Sous la note marginale « *Incapacité du failli de disposer* », l'article 204, alinéa 1, LP, prescrit que « *sont nuls à l'égard des créanciers tous actes par lesquels le débiteur aurait disposé, depuis l'ouverture de la faillite, de biens appartenant à la masse* »³²⁰.

296. Cette disposition légale doit être appréhendée à double titre. D'une part, nous considérons qu'avec l'énonciation « *Incapacité du failli de disposer* », cette norme prévoit que la faillite entraîne la perte du pouvoir de disposer. D'autre part, il s'agit d'une norme posant un régime général d'inopposabilité aux créanciers des actes juridiques passés par le failli.

297. L'article 204, alinéa 1, LP fait appel à deux notions qu'il s'agit d'interpréter : les actes de disposition du failli (a.) et leur « *nullité* » (b.). La première fait l'objet d'interprétations différentes en jurisprudence comme en doctrine ; les avis concordent plus quant à la substance de la seconde. Nous les présentons successivement, avant d'explicitier pourquoi nous attribuons à l'article 204, alinéa 1, LP le double rôle de norme d'inopposabilité et de source de la perte du pouvoir de disposer affectant le failli (c.).

³¹⁹ CORBOZ II, N° 3 ad Art. 169 CP ; SCHWANDER (1964), p. 2 ; STRATENWERTH/JENNY BT I (2003), p. 477 ; TRECHSEL, N° 4a ad Art. 169 CP.

³²⁰ « *Rechtshandlungen, welche der Schuldner nach der Konkurseröffnung in bezug auf Vermögensstücke, die zur Konkursmasse gehören, vornimmt, sind den Konkursgläubigern gegenüber ungültig.* » Nous n'examinons pas l'article 204, alinéa 2, LP, qui considère comme valable le paiement, par le failli, d'un billet de change souscrit par lui ou d'une lettre de change tirée sur lui, entre l'ouverture de la faillite et sa publication.

a) Les actes de disposition

298. Les actes visés par l'article 204, alinéa 1, LP sont les actes de disposition effectués par le débiteur ; la version allemande de la loi utilise le terme plus large de « *Rechtshandlung* ». Jurisprudence et doctrine sont très partagées quant à la signification à donner à cette notion.

299. Dans sa jurisprudence ancienne, le Tribunal fédéral optait pour une conception étroite des actes visés par l'article 204, alinéa 1, LP, à l'instar des actes de disposition dans la saisie : étaient visés par l'article 204, alinéa 1, LP « ... de façon générale tous les actes par lesquels la masse est frustrée d'un élément appartenant à l'actif »³²¹. Cependant, plus récemment, le Tribunal fédéral a précisé que le failli, en raison du dessaisissement, se voit privé « ... du droit de passer des actes juridiques en relation avec des créances contre lui »³²². Ce faisant, le Tribunal fédéral a entendu que les actes juridiques visés par l'article 204, alinéa 1, LP doivent être compris de manière plus large, et comprendre également les actes générateurs d'obligations de nature à augmenter le passif.

300. Les auteurs sont divisés sur ce point. Pour certains³²³, les actes de disposition susceptibles d'être frappés de nullité au sens de l'article 204 LP sont les actes juridiques de disposition au sens propre du terme, à savoir les actes du débiteur qui ont pour effet de diminuer l'actif de la masse. En revanche, les actes générateurs d'obligations, dont l'effet est d'augmenter le passif ne sont pas visés par la disposition. Ainsi, le failli peut valablement conclure des contrats ; seule l'exécution de ceux-ci, par la voie d'acte de disposition, est affectée par la sanction de l'article 204, alinéa 1, LP. D'autres auteurs³²⁴ sont d'avis que les actes visés par l'article 204, alinéa 1, LP sont tant les actes qui entraînent une diminution de l'actif que ceux qui conduisent à l'augmentation du passif.

b) La « nullité » des actes accomplis

301. La version française de la loi sanctionne de nullité les actes de disposition effectués par le failli, alors que la version allemande les qualifie de « *ungültig* ». Les deux textes s'accordent pour faire valoir cette sanction à l'égard

³²¹ ATF 40/1914 III 397, *Kramer* = JT 1915 I 143. Voir également l'ATF 25/1889 II 927, *Eisenhut-Geissberger*.

³²² ATF 121/1995 III 28, *W*.

³²³ AMONN/WALTHER (2003), p. 327 ; GILLIERON II, N° 11&12 ad Art. 204 LP ; SchKG II-WOHLFAHRT, N° 6 ad Art. 204 LP.

³²⁴ COLOMBARA (1992), p. 357 ; GILLIERON (2005), p. 317 ; JENT-SØRENSEN (1995), p. 42–43 ; STOFFEL (2002), p. 268 ; apparemment également de cet avis, VAN DE SANDT (2000), p. 207. Partiellement d'accord : BRAND (1953), p. 12.

des créanciers. De l'avis général, l'article 204, alinéa 1, LP ne vaut qu'à l'égard de la masse.

302. Selon le Tribunal fédéral, la nullité de l'article 204, alinéa 1, LP est une « nullité relative, dont seuls les créanciers formant la masse passive peuvent se prévaloir, les opérations contraires aux art. 204 ss LP demeurant valables à l'égard tant du failli que de sa contrepartie »³²⁵. Par ailleurs, dans un arrêt ancien³²⁶, le Tribunal fédéral a privilégié la conception de la nullité à celle de l'annulabilité des actes concernés : il n'est pas besoin d'introduire action afin d'obtenir l'annulation de tels actes ; au contraire, l'office peut se contenter d'ignorer l'acte intervenu.

303. Selon les auteurs, la sanction de l'article 204, alinéa 1, LP n'est pas une nullité absolue. Pour certains, il s'agit d'une nullité relative³²⁷ ; d'autres y voient une invalidité³²⁸, une inopposabilité³²⁹, une inefficacité³³⁰, voire retiennent la notion d'acte imparfait³³¹.

c) **L'article 204, alinéa 1, LP comme une norme générale d'inopposabilité et source de la perte du pouvoir de disposer**

304. Nous sommes d'avis que, dans un même temps, l'article 204, alinéa 1, LP instaure un régime général d'inopposabilité à la masse des actes juridiques accomplis par le failli et exprime la perte du pouvoir de disposer affectant le failli.

i. **Le régime d'inopposabilité**

305. La présence d'un régime d'inopposabilité impose que l'on comprenne les actes visés dans un sens large d'actes juridiques, et la « nullité » comme une inopposabilité.

306. En premier lieu, cette interprétation se conforme à la lettre de la loi dans sa version allemande. Ce sont en effet des « *Rechtshandlungen* » qui sont désignés, et non pas des « *Verfügungen* » ; en cela, l'article 204, alinéa 1, LP se dis-

³²⁵ ATF du 23 juin 1995 (4C.477/1994), *Daniel Gillieron* ; voir également l'ATF 130/2004 III 348, *X. SA.*

³²⁶ ATF 55/1929 III 167, *Crédit Yverdonnois*. Voir également l'ATF 53/1927 III 104, *Spycher*.

³²⁷ JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN II, N° 9 ad Art. 204 LP.

³²⁸ JENT-SØRENSEN (1995), p. 43 ; LORANDI (2004), p. 76.

³²⁹ GILLIERON (2005), p. 317–318 ; GILLIERON (1991, Note) ; CR LP-ROMY, N° 15 ad Art. 204 LP ; STOFFEL (2002), p. 269 ; VAN DE SANDT (2000), p. 209.

³³⁰ STOFFEL (2002), p. 268.

³³¹ COLOMBARA (1992), p. 358.

tingue de l'article 96, alinéa 2, LP dans la saisie. Par ailleurs, la « nullité » des actes visés est expressément liée à la personne des créanciers, mettant ainsi en évidence son caractère non absolu, ou « *non erga omnes* » : elle n'a d'effet qu'à l'égard de certaines personnes.

307. En deuxième lieu, le régime général d'inopposabilité s'accorde avec le fait que, malgré la faillite, le failli demeure capable de s'engager³³². Au surplus, l'inopposabilité règle les conséquences des engagements pris par le failli : ils ne sont pas opposables à la masse, s'ils concernent des biens qui la composent.

308. En troisième lieu, cette norme sert à régler les conséquences juridiques d'actes accomplis par le propriétaire de l'immeuble sur celui-ci qui ne seraient pas affectés par la nullité découlant de la perte du pouvoir de disposer. En cela, la norme d'inopposabilité règle une partie des conséquences du transfert général des pouvoirs d'administration à l'autorité³³³.

309. Retenir la notion d'inopposabilité revient à accepter qu'elle ne peut être invoquée que par les personnes que la norme tend à protéger, en l'occurrence la masse. En revanche, ni le failli, ni le cocontractant, qui ne sont pas désignés par l'article 204, alinéa 1, LP, ne peuvent s'en prévaloir³³⁴. En présence d'un acte juridique inopposable aux créanciers, l'autorité se comporte comme s'il n'existait pas³³⁵. En particulier, elle fait réaliser l'immeuble se trouvant sous sa main, respectivement procède au recouvrement des loyers, au besoin en intentant des poursuites à l'égard des locataires.

ii. La perte du pouvoir de disposer

310. La faillite entraîne la perte du pouvoir de disposer³³⁶. Retenir que l'article 204, alinéa 1, LP met en place un régime général d'inopposabilité n'empêche pas que l'on y rattache également la perte du pouvoir de disposer découlant de la faillite. En effet, cette conséquence est reconnue à la faillite, et sous cet angle sa mention à la note marginale de la disposition, à notre avis, suffit. En outre, pour les actes couverts par le transfert général des pouvoirs à l'autorité, la perte du pouvoir de disposer découle également de celui-ci.

³³² BRAND (1953), p. 11 ; GILLIERON (2005), p. 317–318 ; JENT-SØRENSEN (1995), p. 42 ; MARTIN (1908), p. 198 ; CR LP-ROMY, N° 12 ad Art. 204 LP ; VAN DE SANDT (2000), p. 205.

³³³ Voir *infra* § 335–336.

³³⁴ JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN II, N° 9 ad Art. 204 LP ; MARTIN (1908), p. 191 ; SchKG II-WOHLFAHRT, N° 29 ad Art. 204 LP.

³³⁵ AMONN/WALTHER (2003), p. 327 ; GILLIERON (2005), p. 318 ; JAEGER II, N° 7 ad Art. 204 LP ; MARTIN (1908), p. 190 ; STOFFEL (2002), p. 269 ; SchKG II-WOHLFAHRT, N° 23 ad Art. 204 LP.

³³⁶ AMONN/WALTHER (2003), p. 327 ; BRAND (1953), p. 11 ; JAEGER II, N° 7 ad Art. 204 LP ; JENT-SØRENSEN (1995), p. 42 ; STAEHELIN (1968), p. 58 ; SchKG-STAEHELIN, Erg.Bd., N° 22 ad Art. 204 LP ; STEINAUER II (2002), p. 266 ; TERCIER (2003), p. 81.

311. Contrairement à ce qui se passe dans la saisie, ce n'est pas la conséquence juridique qui est mentionnée dans la loi, mais la cause. Il n'en demeure pas moins que les actes de disposition accomplis par le failli sont nuls, faute pour lui de bénéficier du pouvoir de disposer.

312. Pour clore ces développements relatifs à l'article 204, alinéa 1, LP nous relevons que la jurisprudence reconnaît elle aussi le double rôle de cette disposition légale. Dans une décision récente portant sur l'examen de la validité d'une cession des loyers par le failli, le Tribunal fédéral³³⁷ commence par rappeler que la notion de nullité est relative et ne s'entend qu'à l'égard de la masse ; il poursuit ensuite en relevant que l'acte de disposition concerné est sans effet, puisque le failli a perdu le pouvoir de disposer.

4) L'incapacité du failli à recevoir des paiements en ses mains : article 205, alinéa 1, LP

313. « A partir de l'ouverture de la faillite, le débiteur ne peut recevoir aucun paiement. Quiconque paie entre ses mains n'est libéré, à l'égard des créanciers du failli, que jusqu'à concurrence de la somme ou valeur qui se retrouve dans la masse. Toutefois, le débiteur du failli qui s'est acquitté entre ses mains avant la publication de la faillite est libéré, à moins qu'il n'ait eu connaissance de celle-ci. » (art. 205, al. 1, LP).

314. Cette disposition, qui suit directement l'article 204 LP, vise un cas particulier d'inopposabilité (a). A la différence toutefois de la norme de principe, le tiers est protégé dans sa bonne foi (b.).

a) L'absence d'effet libératoire du paiement

315. L'article 205, alinéa 1, LP prévoit que « le débiteur ne peut recevoir aucun paiement ». Cette incapacité à recevoir le paiement est exprimée par l'absence d'effets que celui-ci emporte : le paiement ne libère pas de sa dette celui qui s'en acquitte, à moins que la valeur correspondante se retrouve dans la masse.

316. On retrouve dans cette norme l'idée de l'inopposabilité de l'acte intervenu : l'absence d'effet libératoire du paiement ne s'exerce qu'à l'égard de certaines personnes, qui sont celles que la disposition tend à protéger ; seuls les

³³⁷ ATF 130/2004 III 348, X. SA.

créanciers peuvent l'invoquer. En revanche, le paiement intervenu est opposable au failli et, à son égard, la dette est éteinte³³⁸.

b) La protection du tiers de bonne foi

317. L'incapacité du débiteur à recevoir des paiements en ses mains est effective dès l'ouverture de la faillite. Toutefois, à la différence du principe général énoncé à l'article 204, alinéa 1, LP, l'article 205, alinéa 2, LP réserve la bonne foi du tiers qui entre en relation avec le failli : le tiers de bonne foi qui s'est acquitté auprès du débiteur entre l'ouverture de la faillite et la publication de celle-ci, est libéré s'il n'avait pas connaissance de la faillite. Le tiers est présumé ne pas en avoir eu connaissance avant la publication, et c'est à l'administration de la faillite de prouver le contraire³³⁹.

318. Le tiers a connaissance de la faillite s'il reçoit, avant le prononcé de celle-ci, l'avis aux locataires prévu à l'article 124 ORFI ; selon cette disposition, « *Sitôt après avoir reçu le prononcé de la faillite, l'office donnera par écrit avis de la déclaration de faillite aux locataires et fermiers d'immeubles appartenant au failli et il les invitera à payer dorénavant en mains de l'office les loyers et fermages qui viendront à échéance s'ils ne veulent pas avoir à payer à double* ». A cet égard, conformément à la lettre de l'article 205, alinéa 2, LP, l'avis donné en application de l'article 124 ORFI n'a de conséquence juridique que pour la période précédant la publication de la faillite ; une fois la faillite publiée, le paiement effectué en les mains du failli n'a plus d'effet libératoire, même si l'avis aux locataires n'a pas été donné.

5) La mention de la faillite au registre foncier : article 176, alinéa 2, LP

319. Après son ouverture, la faillite est communiquée dans les deux jours au registre foncier, pour y faire l'objet d'une mention (art. 176 LP et 80, al. 9, ORF). La mention est une simple information figurant au registre foncier ; elle n'a pas d'effet constitutif, ni même déclaratif, et ne jouit pas de la foi publique³⁴⁰.

³³⁸ JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN II, N° 5 ad Art. 205 LP ; GILLIERON II, N° 7 ad Art. 20 LP ; SchKG II-WOHLFAHRT, N° 7 ad Art. 205 LP.

³³⁹ JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN II, N° 9 ad Art. 205 LP ; GILLIERON III, N° 9 ad Art. 205 LP ; CR LP-ROMY, N° 5 ad Art. 204 LP ; SchKG II-WOHLFAHRT, N° 10 ad Art. 205 LP.

³⁴⁰ DESCHENAUX (1983), p. 582–583, 617 ; GILLIERON III, N° 41 ad Art. 176 LP ; STEINAUER I (1997), p. 224, 254.

320. Avant la révision de 1994, la faillite faisait l'objet non pas d'une mention, mais, tout comme la saisie, d'une annotation³⁴¹. La jurisprudence³⁴² a vu dans cette obligation d'annoter la faillite une volonté de protéger le tiers acquéreur de bonne foi de droits sur l'immeuble tombé dans la masse, alors même que l'article 204, alinéa 1, LP ne réserve pas ce cas. La protection de la bonne foi du tiers acquéreur découlant du besoin de fiabilité du registre foncier devait l'emporter sur les intérêts des créanciers du failli, jusqu'à ce que la faillite soit annotée au registre foncier. Cette question a fait l'objet de nombreuses discussions en doctrine³⁴³, mais n'est aujourd'hui plus d'actualité. En effet, en n'exigeant plus qu'une simple mention de la faillite au registre foncier, le législateur a mis fin à la controverse : avec la mention, qui n'est pas de nature à créer une présomption légale³⁴⁴, il n'y a plus de place pour une protection de la bonne foi du tiers acquéreur de droits sur l'immeuble³⁴⁵.

321. Avec la mention, la différenciation d'avec le système de la saisie est mise en évidence : la saisie, qui réserve expressément la bonne foi du tiers, fait l'objet d'une annotation, laquelle bénéficie de la foi publique ; en revanche, la faillite, qui ne réserve pas cette bonne foi, se traduit au registre foncier par une mention qui n'a qu'une valeur informative.

6) L'inopposabilité des actes juridiques passés sur les loyers futurs : article 806, alinéa 3, CC

322. Il faut également mentionner, parmi les normes d'indisponibilité, la règle de l'article 806, alinéa 3, CC : les actes juridiques du propriétaire portant sur les loyers futurs produits par l'immeuble ne sont pas opposables aux

³⁴¹ Voir l'ancien article 960, alinéa 1, ch. 2, CC.

³⁴² ATF 115/1989 III 111, *Masse en faillite Fritz Wenger* = JT 1991 II 162. Voir également l'ATF 55/1929 III 167, *Crédit Yverdonnois*, dans lequel le Tribunal fédéral a admis qu'un transfert de propriété accompli avant la publication de la faillite soit opposé à la masse, l'acquéreur étant de bonne foi.

³⁴³ Voir notamment COLOMBARA (1992), p. 361 ; GILLIERON (1990), p. 292–293 ; JENT-SØRENSEN (1995), p. 45 ; VAN DE SANDT (2000), p. 210.

³⁴⁴ DESCHENAUX (1983), p. 584, réserve le rôle de la mention en matière de preuve, et les conséquences juridiques indirectes qu'elle peut produire.

³⁴⁵ AMONN/WALTHER (2003), p. 327–328 ; GILLIERON III, N° 41 ad Art. 176 LP ; SchKG II-GIROUD, N° 16 ad Art. 176 LP ; JENT-SØRENSEN (1995), p. 51 ; CR LP-ROMY, N° 10 ad Art. 204 LP ; VAN DE SANDT (2000), p. 215. Apparemment d'un autre avis, STOFFEL (2002), p. 270. Voir en outre l'Avis du Conseil fédéral (2003), p. 6944, rejetant une initiative parlementaire intitulée « Protection des acquéreurs de bonne foi » qui tendait à renforcer la protection des acquéreurs de bonne foi de droits sur l'immeuble au détriment des créanciers ; selon le Conseil fédéral il n'y a pas lieu de passer du « principe fondamental de la primauté du dessaisissement du débiteur à celui de la protection de la bonne foi en matière de droit réel immobilier ».

créanciers gagistes une fois la faillite ouverte³⁴⁶. Contrairement à ce qui se produit dans la poursuite en réalisation de gage, la norme d'inopposabilité est mise en œuvre *ipso facto* avec l'ouverture de la faillite ; une réquisition d'extension du gage aux loyers n'a pas à être formée.

7) Le transfert des pouvoirs d'administration et la gestion légale de l'immeuble dans la masse

323. Dès le prononcé de la faillite, la masse se forme, et l'autorité est chargée de son administration. L'autorité désignée pour ce faire est dans un premier temps l'office des faillites, puis l'administration de la faillite. Les prérogatives de chacune de ces autorités ne sont pas définies de manière identique dans la loi, mais, en ce qui concerne les immeubles, leur administration est assurée de la même manière par les deux autorités (a.). L'attribution des pouvoirs d'administration sur l'immeuble a pour effet de priver le failli des capacités correspondantes ; les conséquences de ce transfert de pouvoirs se recoupent avec les conséquences juridiques découlant de l'application de l'article 204, alinéa 1, LP (b.).

a) L'autorité désignée et ses prérogatives

324. Deux autorités sont successivement désignées pour pourvoir à l'administration, au sens large, de la masse.

i. L'office

325. En premier lieu, l'office des faillites (art. 2, al. 2, LP) est chargé des intérêts de la masse jusqu'à la désignation de l'administration de la faillite. Il établit l'inventaire des biens de la masse (art. 221, 224 à 228, LP)³⁴⁷ et prend les mesures de sûreté nécessaires (art. 223 LP). Il est également chargé de l'appel aux créanciers (art. 232 à 234 LP), et de l'organisation de la première assemblée des créanciers (art. 235 à 239 LP).

³⁴⁶ Voir *supra* § 76–77.

³⁴⁷ Les immeubles sont portés à l'inventaire sur la base d'un extrait du registre foncier (art. 26, al. 1, OAOF). Des indications concernant l'identité du locataire ou du fermier, la durée et la date d'échéance du contrat, ainsi que le montant du loyer ou fermage (art. 26, al. 2, OAOF) doivent également y figurer. En outre, les fruits civils et naturels produits par les immeubles y sont portés successivement sous un chapitre spécial (art. 33 OAOF).

326. En ce qui concerne les biens de la masse, la loi prévoit non seulement que « *l'office fait fermer et met sous scellés les magasins, dépôts de marchandises, ateliers, débits, etc.* » (art. 223, al. 1, LP *ab initio*), mais précise également que ces mesures sont prises « *... à moins que ces établissements ne puissent être administrés sous contrôle jusqu'à la première assemblée des créanciers* » (art. 223, al. 1, LP *in fine*). La loi réserve donc, à côté des mesures de sûreté, une administration de la masse par les soins de l'office.

327. Lorsqu'un immeuble loué ou affermé fait partie de la masse, l'office, dès qu'il a reçu le prononcé de la faillite, se voit formellement chargé de la perception des loyers : il avise de la faillite les locataires et fermiers, et les invite, au moyen du Form. ORFI N° 5, à payer en ses mains les loyers venant à échéance (art. 124 ORFI). A défaut d'autre indication relative à ces prérogatives d'administration, il convient de se référer aux pouvoirs similaires confiés à l'administration de la faillite par les articles 240, respectivement 243 LP³⁴⁸.

ii. L'administration

328. Ensuite, une fois qu'elle est désignée par la première assemblée des créanciers³⁴⁹, c'est à l'administration de la faillite d'être chargée des intérêts de la masse et de pourvoir à sa liquidation (art. 237, al. 2, et 240, première phrase, LP). L'administration de la faillite peut être, soit une administration spéciale, soit l'office des faillites ; dans la suite de ce travail, nous désignons de manière générique l'administration de la faillite (« *Konkursverwaltung* »), sans distinguer s'il s'agit de l'office des faillites ou d'une administration spéciale³⁵⁰.

329. « *L'administration est chargée des intérêts de la masse et pourvoit à sa liquidation.* » (art. 240 LP). A ce titre, l'administration pourvoit, entre autres tâches, à l'encaissement des créances liquides (art. 243, al. 1, LP), de même qu'elle gère les revendications (art. 242 LP). Elle s'occupe ensuite, dans la règle après la deuxième assemblée des créanciers, de la réalisation des biens de la masse (art. 256 LP). La loi ne décrit pas plus avant la portée et l'étendue des devoirs incombant à l'administration dans le cadre de son activité de gestion et d'administration de la masse. Les articles 45 à 54 OAOF, qui concrétisent les articles 235 à 243 LP, n'apportent de précisions que s'agissant de la marche à suivre dans le cadre des procédures de revendication.

330. Le cadre de l'activité de gestion de l'administration de la faillite se détermine au regard des intérêts que ladite administration tend à préserver : il

³⁴⁸ JAEGER/KRAUSKOPF/STOFFEL (1997) renvoient aux art. 240 et 243 LP dans les articles 221 et 223 LP.

³⁴⁹ Si le quorum n'est pas atteint, la désignation de l'administration est repoussée jusqu'à la seconde assemblée des créanciers : art. 236 LP.

³⁵⁰ A l'instar la loi, nous ne pouvons éviter d'utiliser le terme d'administration pour désigner tant l'autorité que l'activité qu'elle déploie.

s'agit d'obtenir, au profit des créanciers du failli, un bon prix de réalisation des biens et, également, de préserver les actifs de la masse d'éventuelles pertes de valeur³⁵¹. Doctrine et jurisprudence précisent en outre que cette activité doit rester dans la mesure du nécessaire, compte tenu du but qu'il s'agit d'atteindre³⁵².

iii. La gérance légale

331. Parmi les prérogatives transmises à l'office, respectivement à l'administration de la faillite au titre de l'administration de la masse, figure celle de gérer et d'administrer les immeubles tombés dans la masse³⁵³. Exception faite de l'article 124 ORFI relatif à l'avis aux locataires, l'ordonnance ne contient pas de disposition particulière en matière d'administration à proprement parler des immeubles³⁵⁴. Il en va de même de l'OAOF.

332. Au vu du silence des textes réglementaires, et compte tenu de la mission générale d'administration des biens confiée à l'office, puis à l'administration de la faillite, on admet que la gérance des immeubles faisant partie de la masse est réglée par une application analogique des dispositions de l'ORFI relatives à la gérance légale ordinaire³⁵⁵. Un fondement légal pour cette application analogique peut être trouvé dans le renvoi par l'article 130b ORFI, situé dans la section relative à la procédure de faillite, qui traite des cas de réalisation dans la faillite de parts de copropriété, à l'article 23c ORFI, situé dans la section relative à la poursuite par voie de saisie ; cette dernière disposition impose en effet une application analogique des articles 16 et suivants ORFI s'agissant de l'administration des parts sous la main de l'office³⁵⁶.

333. Bien entendu, ce renvoi aux articles 16 et suivants ORFI ne s'entend que dans la mesure où l'application des règles relatives à la gérance légale dans la saisie s'accorde au cadre légal de la faillite. Par exemple, l'article 19 ORFI, qui confère au poursuivi le droit d'occuper gratuitement l'immeuble jusqu'à la réalisation, n'est pas applicable, dans la mesure où il se heurte à l'article 229, alinéa 3, LP qui ne fonde pas un tel droit³⁵⁷. De la même manière, la désigna-

³⁵¹ AMONN/WALTHER (2003), p. 359 ; JAEGER II, N° 4 ad Art. 240 LP ; HÄNZI (1979), p. 147 ; SchKG II-RUSSENBERGER, N° 7 ad Art. 240 LP.

³⁵² ATF 120/1994 III 152, *Berner Kantonalbank* = JT 1997 II 48 ; ATF 72/1946 III 67, *St Gallische Kantonalbank* = JT 1947 II 58 ; ATF 58/1932 III 6, *Dame Fierz* = JT 1932 II 138. HÄNZI (1979), p. 164 ; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN II, N° 4 ad Art. 240 LP.

³⁵³ ATF 120/1994 III 28, *Crédit Suisse*.

³⁵⁴ Les articles 125 à 130 ORFI ont trait à l'état des charges et à la procédure de réalisation.

³⁵⁵ ATF 127/2001 III 229, *X.* = JT 2001 II 56 ; SJ 2001 I 389 (TF) ; ATF 117/1991 III 63, *Elda D.-R.* = JT 1993 II 140 ; RJN 1984 263. BISE (2000), p. 9 ; SchKG III-LUSTENBERGER, N° 30 ad Art. 221 LP.

³⁵⁶ ATF 117/1991 III 63, *Elda D.-R.* = JT 1993 II 140. Voir également GILLIERON (1997, Note), p. 49.

³⁵⁷ Voir *infra* § 599. MCF (1991), p. 163. BISCH 2002 71 (KG/ZH) ; ATF 117/1991 III 63, *D.* SchKG II-LUSTENBERGER, N° 14 ad Art. 229 LP.

tion aux articles 17 et 18 ORFI des autorités compétentes, office et autorité de surveillance, ne peut pas être lue, dans la procédure de faillite, comme une clause attributive de compétence³⁵⁸.

334. Contrairement à ce qui prévaut dans la saisie ou la poursuite en réalisation de gage, ce n'est pas l'instauration de la gérance légale qui emporte le transfert des prérogatives correspondantes à l'autorité, mais bien l'ouverture de la faillite, par laquelle les pouvoirs d'administration sont conférés à l'office, puis à l'administration de la faillite.

b) Le transfert des pouvoirs à l'autorité

335. Bien que la loi ne le précise pas, l'attribution des pouvoirs d'administration à l'autorité est exclusive : le failli est privé des facultés correspondantes³⁵⁹. La jurisprudence et la doctrine majoritaire voient en l'article 204, alinéa 1, LP l'énonciation de la conséquence juridique du transfert des pouvoirs d'administration à l'autorité³⁶⁰.

336. Nous partageons cette analyse, compte tenu de la portée que nous donnons à cette dernière disposition³⁶¹ : les actes accomplis par le failli alors qu'il est privé des attributions s'y rapportant sont d'une manière générale inopposables aux créanciers dont les créances forment la masse active ; cependant, si ces actes consistent en des actes de disposition, ils sont nuls, faute pour le failli de bénéficier du pouvoir de disposer.

8) Mise en perspective

337. Dans la faillite, l'indisponibilité résulte, outre de la sanction pénale, de la perte du pouvoir de disposer qui affecte le failli et du régime d'inopposabilité aux créanciers des actes qu'il accomplit (art. 204, al. 1, LP) ; par ailleurs, les paiements reçus en mains du failli ne libèrent pas leur débiteur (art. 205, al. 2, LP). Les actes juridiques que le failli aurait accomplis sur les loyers sont inopposables aux créanciers gagistes (806, alinéa 3, CC), et les pouvoirs

³⁵⁸ Dans le même sens : GILLIERON (1997, Note), p. 49.

³⁵⁹ ATF 121/1995 III 28, *W. VAN DE SANDT* (2000), p. 206.

³⁶⁰ ATF 121/1995 III 28, *W. GILLIERON* (1992), p. 290 ; HÄNZI (1979) p. 31 ; JAEGER II, N° 5 ad Art. 240 LP ; SchKG III-RUSSENBERGER, N° 3 ad Art. 240 LP ; STOFFEL (2002), p. 267. Pour certains, le bénéficiaire du transfert des droits est la masse, ces droits étant exercés par l'administration de la faillite : AMONN/WALTHER (2003), p. 327.

³⁶¹ Voir *supra* § 304–312.

d'administration sur l'immeuble sont passés à l'administration de la faillite (art. 240 LP).

338. Les deux axes de l'indisponibilité ressortent de ces dispositions. La perte du pouvoir de disposer est inhérente à la faillite, est exprimée par la note marginale de l'article 204 LP et découle en outre du transfert des pouvoirs à l'autorité. L'inopposabilité est exprimée aux articles 204, alinéa 1, LP et 806, alinéa 3, CC. A la différence de la situation dans la saisie, il existe dans la faillite un régime général d'inopposabilité, qui permet d'appréhender les conséquences du transfert des pouvoirs à l'autorité quant aux actes que le failli accomplirait malgré tout, lorsqu'ils ne consistent pas seulement en des actes de disposition.

339. Enfin, l'article 806 CC voit sa portée propre restreinte dans la faillite, dans la mesure où la plupart des conséquences juridiques que sa mise en œuvre entraîne, à savoir l'appréhension des loyers, l'affectation préférentielle³⁶² et la gérance légale, sont des conséquences ordinaires de la faillite. L'article 806, alinéa 3, CC va au-delà de la règle du droit des poursuites, dans la mesure où l'indisponibilité qu'elle fonde appréhende également des actes juridiques intervenus avant l'ouverture de la faillite.

F. L'indisponibilité dans les autres procédures d'exécution forcée

340. La saisie, la poursuite en réalisation de gage et la faillite ne sont pas les seules procédures dans lesquelles des immeubles peuvent faire l'objet d'une mainmise officielle. L'appréhension par l'autorité de poursuite peut également intervenir en cas de concordat (1.) ou de séquestre (2.). Cependant, nous n'irons dans notre travail pas plus loin que la présentation sommaire des dispositions légales pertinentes. En effet, l'indisponibilité dans le concordat peut prendre de multiples facettes au gré de l'intention ou de l'attitude des parties comme des particularités de l'entreprise qui en est l'objet ; les principes tirés de la loi sont le plus souvent assortis de réserves relatives aux cas particuliers. A l'inverse, en ce qui concerne le séquestre, son assimilation, du point de vue de l'indisponibilité des biens, avec les règles de la saisie rend superflu un exposé distinct des règles en la matière.

³⁶² Voir *infra* § 587–591.

341. En revanche, la problématique de l'indisponibilité de l'immeuble n'a pas sa place dans d'autres procédures (3.), comme le droit de rétention du bailleur, le règlement amiable des dettes ou le sursis extraordinaire.

1) Les procédures concordataires

342. Le concordat³⁶³ est un accord entre le débiteur et ses créanciers sur une modification des modalités d'exécution des créances, faisant l'objet d'un processus d'adaptation collective par les créanciers et d'un contrôle judiciaire³⁶⁴. Le droit du concordat a fait l'objet de modifications importantes à l'occasion de la révision législative entrée en vigueur en 1997. Il s'est agi principalement d'améliorer les possibilités d'assainissement des entreprises, ce que les dispositions précédemment en vigueur ne permettaient pas, ou que difficilement³⁶⁵.

343. La loi prévoit deux types de concordats : le concordat ordinaire et le concordat par abandon d'actif. Le concordat ordinaire, réglé aux articles 314 à 316 LP, regroupe les anciennement dénommés concordat-sursis et concordat-dividende³⁶⁶. Le premier a pour effet d'accorder au débiteur un moratoire pour le paiement total de ses dettes, tandis que le second permet au débiteur de ne s'acquitter que d'une quote-part de chacune d'entre elles, les créanciers renonçant au paiement du surplus de leur créance. Le concordat par abandon d'actif (art. 317 à 331 LP) mène à une exécution générale du patrimoine du débiteur ; le concordat peut également ne prévoir qu'un abandon partiel des biens du débiteur (art. 317, al. 1, LP). Le concordat par abandon d'actif se rapproche à bien des égards de la faillite : le patrimoine du débiteur est réuni en une masse, dont les liquidateurs sont chargés de la conservation et de la réalisation (art. 319 LP). Cependant, le liquidateur bénéficie dans la procédure de réalisation d'une plus grande souplesse que l'administration de la faillite, en vue d'une meilleure valorisation des actifs, dans des cas complexes de liquidation d'entreprises notamment.

344. La procédure concordataire se divise en deux étapes majeures. La première est celle du sursis concordataire, qui vaut pour tous les types de concordats (art. 293 à 304 LP ; a.). La seconde est celle qui suit l'homologation du concordat et qui prend la forme soit du concordat ordinaire (art. 314 à 316 LP ; b.), soit du concordat par abandon d'actif (art. 317 à 331 LP ; c.).

³⁶³ D'une manière générale, à propos des procédures concordataires : AMONN/WALTHER (2003), p. 439–476 ; GILLIERON (2005), p. 458–500 ; MARCHAND (2004) ; STOFFEL (2002), p. 334–371.

³⁶⁴ MARCHAND (2004), p. 1.

³⁶⁵ Rapport d'experts (1992), p. 5. GASSER (1996), p. 3 ; STOFFEL (2002), p. 337.

³⁶⁶ SchKG III-GUGGISBERG, N° 8 ad Art. 314 LP.

a) Le sursis

345. Saisi d'une requête en vue de l'obtention d'un concordat, le juge, s'il apparaît qu'un concordat pourra être octroyé, accorde au débiteur un sursis concordataire (art. 295, al. 1, LP)³⁶⁷. Sauf exception, aucune poursuite ne peut être exercée contre le débiteur pendant la durée du sursis (art. 297, al. 1, LP).

346. En principe, « *le débiteur peut poursuivre son activité sous la surveillance du commissaire* » (art. 298, al. 1, 1^{ère} phrase, LP). Dans ces conditions, le débiteur peut continuer l'exploitation de son entreprise, ce qui est précisément le but poursuivi par le concordat³⁶⁸. Du fait de sa position de surveillant, le commissaire a le pouvoir général de donner des instructions³⁶⁹.

347. Cette disponibilité de principe rencontre plusieurs limites, qui résultent de la loi ou de l'intervention du juge. En toute hypothèse, le débiteur se voit signifier une interdiction d'accomplir certains actes juridiques, assortie de la sanction de la nullité des actes accomplis (i.). Le juge du concordat peut en outre prescrire que certains actes ne pourront être passés qu'avec le concours du commissaire, voire autoriser le commissaire à poursuivre l'activité de l'entreprise à la place du débiteur ; il peut aussi retirer au débiteur le pouvoir de disposer de ses biens (ii.). Ceci étant, bien que frappé d'indisponibilité en raison de la restriction au pouvoir de disposer du débiteur, un immeuble soumis au sursis ne fait pas à proprement parler l'objet d'une gérance légale (iii.).

i. L'indisponibilité issue de la loi

348. « *Sauf autorisation du juge du concordat, il est interdit, sous peine de nullité, d'aliéner ou de grever l'actif immobilisé, de constituer un gage, de se porter caution et de disposer à titre gratuit pendant la durée du sursis.* » (art. 298, al. 2, LP)³⁷⁰.

349. L'article 298, alinéa 2, LP énumère les actes qu'elle interdit ; parmi ceux-ci, il y a tant des actes de disposition que des actes générateurs d'obligations. Les actes désignés ont comme caractéristique commune d'avoir une certaine intensité quant à l'effet qu'ils ont sur le patrimoine du débiteur³⁷¹ ; de ce fait, la

³⁶⁷ Après le dépôt de la demande de sursis concordataire ou lorsque la faillite a été ajournée pour permettre l'ouverture d'une procédure concordataire, le juge peut en outre décréter un sursis provisoire et nommer un commissaire provisoire ; les articles 296, 297 et 298 sont alors applicables au sursis provisoire (art. 293, al. 3&4, LP).

³⁶⁸ AMONN/WALTHER (2003), p. 451 ; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN II, N° 1 ad Art. 298 LP ; JEANNERET/CAVADINI-BIRCHLER (1999), p. 205 ; MARCHAND (2004), p. 14 ; STOFFEL (2002), p. 351 ; SchKG III-VOLLMAR, N° 3 ad Art. 298 LP.

³⁶⁹ MCF (1991), p. 211. MARCHAND (2004), p. 14 ; GASSER (1996), p. 8.

³⁷⁰ Pour une analyse approfondie de l'article 298, al. 2, LP, voir LORANDI (2004).

³⁷¹ Dans le même sens : JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN III, N° 10 ad Art. 298 LP.

disponibilité de principe sur le patrimoine de l'entreprise, qui permet la poursuite des affaires courantes, est préservée. Les actes énumérés doivent porter sur l'actif immobilisé, à savoir le patrimoine mobilier ou immobilier nécessaire à l'exploitation de l'entreprise³⁷².

350. L'injonction d'interdiction a pour fonction d'attirer l'attention du débiteur sur sa nouvelle situation pendant le sursis. L'injonction n'est pas absolue, puisque le juge du concordat peut autoriser le débiteur à accomplir des actes *a priori* interdits par la loi (art. 298, al. 2, LP *ab initio*). A notre avis, le juge du concordat peut assortir l'injonction de la menace de sanctions pénales de l'article 292 CP, puisqu'à ce stade de la procédure l'article 169 CP n'est pas applicable³⁷³.

351. La loi sanctionne de nullité la passation des actes juridiques accomplis au mépris de l'interdiction ; la version allemande de la loi prévoit que ces actes ne sont pas accomplis « *in rechtsgültiger Weise* ». La doctrine majoritaire comprend cette nullité dans le même sens que son homonyme dans la faillite, à savoir comme une inopposabilité aux créanciers des actes accomplis par le débiteur³⁷⁴. Par identité de motifs avec l'opinion développée à propos de l'article 204, alinéa 1, LP, nous sommes d'avis que la nullité de l'article 298, alinéa 2, LP est, en ce qui concerne les actes de disposition, une vraie nullité, et, en ce qui concerne les autres actes juridiques du débiteur, une inopposabilité³⁷⁵.

ii. L'indisponibilité par le juge

352. Le juge peut par ailleurs ordonner des mesures plus incisives, sous diverses formes.

353. En premier lieu, « *Le juge du concordat peut ... prescrire que certains actes ne pourront être valablement accomplis qu'avec le concours du commissaire ...* » (art. 298 al. 1, 2^{ème} phrase, LP). Si le débiteur transgresse l'injonction qui lui est ainsi faite, la conséquence est la même qu'en cas de violation de l'injonction de l'article 298, alinéa 2, LP : les actes sont nuls, c'est-à-dire, selon la doctrine, inopposables aux créanciers³⁷⁶.

³⁷² GILLIERON (2005), p. 476 ; HUNKELER (1996), p. 207 ; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN II, N° 16 ad Art. 298 LP ; MARCHAND (2004), p. 14 ; SchKG III-VOLLMAR, N° 11 ad Art. 298 LP ; STOFFEL (2002), p. 352.

³⁷³ L'article 169 CP s'applique en cas d'actes de disposition sur des valeurs patrimoniales cédées dans le cadre d'un concordat par abandon d'actif. Voir *supra* § 149–160.

³⁷⁴ AMONN/WALTHER (2003), p. 452 ; GILLIERON (2005), p. 476 ; LORANDI (2004), p. 77 ; MARCHAND (2004), p. 15 ; STOFFEL (2002), p. 352 ; SchKG III-VOLLMAR, N° 14 ad Art. 298 LP. *Contra* : JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN II, N° 19 ad Art. 298 LP. Voir *supra* § 301–303.

³⁷⁵ Voir *supra* § 304–312.

³⁷⁶ AMONN/WALTHER (2003), p. 452 ; SchKG III-VOLLMAR, N° 15 ad Art. 298 LP.

354. En deuxième lieu, l'article 298, alinéa 1, 2^{ème} phrase, LP *in fine* permet au juge du concordat d' « ... autoriser le commissaire à poursuivre l'activité de l'entreprise à la place du débiteur ». Par ce transfert de prérogatives au commissaire, le débiteur est privé des facultés correspondantes³⁷⁷.

355. En troisième lieu, en cas de mauvaise collaboration du débiteur dans le cadre de la procédure, notamment lorsque celui-ci ne respecte pas les injonctions qui lui sont faites par la loi ou le commissaire, le juge peut décider de « ...retirer au débiteur le pouvoir de disposer de ses biens » (art. 298, al. 3, LP). Cette mesure va à l'encontre de la liberté de principe accordée au débiteur dans la poursuite de la gestion de son entreprise pendant le sursis, et précède l'*ultima ratio* que constitue la révocation du sursis pour violation de ses obligations par le débiteur (art. 298, al. 3, 1^{ère} phrase LP *in fine*)³⁷⁸. Le retrait signifié au débiteur du pouvoir de disposer de ses biens doit être accompagné de l'autorisation faite au commissaire de poursuivre l'activité de l'entreprise à la place du débiteur (art. 298, al. 1, 2^{ème} phrase, LP *in fine*)³⁷⁹.

iii. Absence de gérance légale

356. En cas de sursis concordataire, des normes d'indisponibilité entrent en ligne de compte, alors même que la phase du sursis se caractérise par le fait que le débiteur se voit laisser la possibilité de poursuivre l'activité de son entreprise. La mise en place d'une gérance légale d'immeubles lui appartenant pourrait être envisagée lorsque le juge du concordat autorise le commissaire à continuer l'activité de l'entreprise à la place du débiteur, ou lorsqu'il retire au débiteur le pouvoir de disposer de ses biens au profit du commissaire. Ceci étant, nous sommes d'avis que les règles relatives à la gérance légale, si le commissaire peut s'en inspirer, ne doivent pas limiter son activité. En effet, les actes de gérance légale se caractérisent par leur nécessité au regard de l'entretien de l'immeuble et de la perception de ses produits³⁸⁰ ; or, une telle limitation peut ne pas être en accord avec l'objectif poursuivi par le commissaire.

357. Nous relevons enfin que l'analyse relative à l'indisponibilité des biens du débiteur sujet au sursis vaut quel que soit le concordat homologué par la suite, ordinaire ou par abandon d'actif. Avant l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions légales, une partie de la doctrine était d'avis que l'octroi du sursis en vue de l'obtention d'un concordat par abandon d'actif entraînait une incapacité générale du débiteur de disposer de ses biens, en application analo-

³⁷⁷ SchKG III-VOLLMAR, N° 8 ad Art. 298 LP.

³⁷⁸ GASSER (1996), p. 9 ; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN II, N° 8 ad Art. 298 LP.

³⁷⁹ Dans ce sens, voir HUNKELER (1996), p. 208–209 ; SchKG III-VOLLMAR, N° 8 ad Art. 298 LP.

³⁸⁰ Voir *infra* § 512.

gique de l'article 204 LP. Le texte de l'article 298 LP ne permet désormais plus une telle interprétation³⁸¹.

b) Le concordat ordinaire

358. En cas de concordat ordinaire, il n'y a pas de liquidation générale du patrimoine du débiteur, ni de formation d'une masse. Il s'agit de libérer le débiteur de ses dettes, de sorte qu'il puisse par la suite poursuivre l'activité de son entreprise.

359. Pour la part des dettes tombant dans le concordat, le commissaire ou un tiers peut être chargé de prendre les mesures de surveillance, de gestion et de liquidation nécessaires pour assurer l'exécution du concordat (art. 314, al. 2, LP). Dans ce cadre, il peut notamment se voir attribuer des compétences de gestion³⁸². La nature et la mesure des pouvoirs ainsi conférés au commissaire ou au tiers, qui pourraient être de nature à entraîner l'indisponibilité d'immeubles du débiteur, sont définies dans le concordat³⁸³. Une éventuelle indisponibilité des biens est donc fonction de chaque situation particulière.

c) Le concordat par abandon d'actif

360. L'homologation d'un concordat par abandon d'actif aboutit à la formation d'une masse active et d'une masse passive qu'il s'agit de liquider. Le concordat ne poursuit pas un but d'assainissement, mais de liquidation de l'entreprise. Il s'agit d'une forme atténuée de faillite³⁸⁴. Toutefois, les règles applicables à la liquidation laissent plus de souplesse aux liquidateurs, permettant la possibilité de réalisations plus opportunes que si la liquidation devait intervenir dans le cadre d'une faillite. Pour ce qui est de l'indisponibilité, nous mentionnons quatre dispositions légales.

361. Premièrement, « *Lorsque l'homologation du concordat par abandon d'actif est devenue définitive, le débiteur n'a plus le droit de disposer de ses biens ...* » (art. 319, al. 1, LP). Selon la doctrine, l'article 319, alinéa 1, LP a la même fonc-

³⁸¹ AMONN/WALTHER (2003), p. 451 ; HUNKELER (1996), p. 206 ; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN II, N° 3 ad Art. 298 LP ; SchKG III-VOLLMAR, N° 3 ad Art. 298 LP.

³⁸² SchKG III-GUGGISBERG, N° 59 ad Art. 298 LP.

³⁸³ HUNKELER (1996), p. 281–282.

³⁸⁴ ATF 114/1988 III 120, *Commission des créanciers de M. SàRL en liquidation* ; ATF 107/1981 III 106, *Binetti*. GILLIERON (2005), p. 489.

tion que l'article 204, alinéa 1, LP dans la faillite, et, partant, a une portée similaire³⁸⁵.

362. Deuxièmement, les actes de disposition, juridiques ou matériels, portant sur des valeurs patrimoniales appartenant à l'actif cédé dans le cadre d'un concordat par abandon d'actif constituent un détournement de valeurs patrimoniales mises sous main de justice, au sens de l'article 169 CP³⁸⁶.

363. Troisièmement, « *Les liquidateurs accomplissent tous les actes nécessaires à la conservation et à la réalisation de la masse...* » (art. 319, al. 3, LP). La transmission de ces pouvoirs d'administration aux liquidateurs prive le débiteur des facultés correspondantes. L'étendue de l'activité pouvant être déployée à ce titre est fonction de l'objectif de parvenir à une valorisation des biens en vue de leur réalisation. Cet objectif s'oppose à notre avis à la mise en place d'une gérance légale : le principe de la nécessité sur lequel elle se fonde ne permet justement pas de prendre des mesures de cet ordre.

364. Enfin, de jurisprudence constante, l'homologation du concordat a les mêmes effets que l'ouverture de la faillite s'agissant de l'application de l'article 806 CC³⁸⁷. Comme en cas de faillite³⁸⁸, la portée propre de l'article 806 CC est relative : la mainmise sur les loyers produits par l'immeuble découle non pas de l'extension du gage aux loyers, mais de la formation de la masse.

d) Le cas particulier des immeubles objets de poursuites en réalisation de gage

365. L'immeuble peut ne pas entrer dans la masse, s'il fait l'objet de poursuites en réalisation de gage. En effet, la procédure concordataire a comme particularité de laisser subsister ou exister, de manière concurrente, des poursuites en réalisation de gage concernant des immeubles du débiteur³⁸⁹. Pendant le sursis, des poursuites en réalisation de gage peuvent être introduites, mais la réalisation du gage ne peut pas avoir lieu (art. 297, al. 2, ch. 2, LP) ; ensuite, une fois le concordat homologué, le créancier gagiste peut procéder à la réali-

³⁸⁵ GILLIERON (2005), p. 492 ; JAEGER/KRAUSKOPF/STOFFEL (1997), Art. 319, al. 1, LP ; LORANDI (2004), p. 76 ; SchKG III-WINKELMANN/LEVY/JEANNERET/MERKT/BIRCHLER, N° 4 ad Art. 319 LP.

³⁸⁶ Voir *supra* § 149–160.

³⁸⁷ ATF 110/1984 III 105, Leclerc & Cie en liquidation concordataire ; ATF 107/1982 III 83, Hermann Pieren AG in Nachlassliquidation = JT 1984 II 117.

³⁸⁸ Voir *supra* § 339.

³⁸⁹ Le concordat se distingue en cela de la faillite, puisque l'ouverture de celle-ci entraîne l'extinction de toutes les poursuites dirigées contre le failli, respectivement l'impossibilité d'en diriger de nouvelles contre lui, pour des créances nées avant l'ouverture de la faillite : art. 206 LP. A propos des raisons qui ont laissé le législateur subsister ces deux modes de poursuite de manière concurrente, voir l'ATF 84/1958 III 105, *M. en liquidation concordataire* = JT 1959 II 18. Voir également SAHLI (2005), p. 390.

sation du gage, puisque l'homologation n'a pas pour effet d'éteindre les poursuites en réalisation de gage intentées avant le sursis (art. 311 LP).

366. Dans le cas où l'immeuble fait l'objet d'une poursuite en réalisation de gage, ce sont les règles relatives à cette procédure qui s'appliquent, de même que c'est l'office des poursuites qui est compétent pour la diligenter³⁹⁰. En particulier, l'indisponibilité de l'immeuble dépend de l'extension du gage aux loyers requise par le créancier gagiste poursuivant³⁹¹, puis de la mise en place d'une gérance légale ordinaire après la réquisition de vente³⁹², assorties de la possibilité de sanction pénale³⁹³.

367. Ceci étant, il se peut aussi que le créancier gagiste n'ait pas intenté de poursuite en réalisation de gage à l'encontre du débiteur. Dans ce cas, l'immeuble objet du gage est réalisé par les liquidateurs (voir l'article 323 LP), et les règles du concordat en matière d'indisponibilité s'appliquent³⁹⁴.

2) L'indisponibilité dans le séquestre

368. Le séquestre³⁹⁵ est une mesure de nature conservatoire à la disposition du créancier dont les droits sont menacés. Il permet au créancier d'obtenir la mainmise officielle sur les biens du débiteur lorsque certaines conditions, ayant trait notamment à l'urgence de la situation ou au fait que le débiteur n'habite pas en Suisse, sont réalisées. La créance doit en outre ne pas être garantie par gage (art. 271, al. 1, LP). Le séquestre est ordonné par le juge, qui statue selon la vraisemblance des faits qui lui sont soumis par le créancier (art. 272, al. 1, LP). C'est l'office qui est chargé de son exécution, conformément à l'ordonnance de séquestre édictée par le juge (art. 274, al. 1, LP). Le séquestre doit être validé, le plus souvent par une poursuite ou une action, dans un bref délai, qui est de dix jours (art. 279 LP).

369. Une fois séquestrés, les biens sont indisponibles comme dans la saisie³⁹⁶. En effet, « *les articles 91 à 109 LP relatifs à la saisie s'appliquent par analogie à l'exécution du séquestre* » (art. 275 LP). Le débiteur est ainsi soumis à l'injonction de l'article 96, alinéa 1, LP ; ses actes de disposition sur ses immeubles sont nuls (art. 96, al. 2, LP) ; par l'effet de l'annotation du séquestre au registre fon-

³⁹⁰ ATF 84/1958 III 105, *M. en liquidation concordataire* = JT 1959 II 18.

³⁹¹ Voir *supra* § 231–253.

³⁹² Voir *supra* § 257–269.

³⁹³ Voir *supra* § 270–271.

³⁹⁴ Voir *supra* § 360–364.

³⁹⁵ D'une manière générale, à propos du séquestre : AMONN/WALTHER (2003), p. 404–425 ; DALLEVES (1999) ; GILLIERON (2005), p. 399–437 ; REEB (1997) ; STOFFEL (2002), p. 205–233.

³⁹⁶ ATF du 6 octobre 2004 (7B.148/2004), Z. ; ATF 113/1987 III 34, *Commerzbank AG*.

cier (art. 101, al. 1 LP), des tiers ne peuvent pas se prétendre de bonne foi et doivent se laisser opposer la nullité d'un acte de disposition en leur faveur, et l'acquisition de droits sur l'immeuble est inopposable aux créanciers séquestants. Par ailleurs, l'article 169 CP s'applique aux biens sous séquestre. Enfin, la gérance légale est semblable à celle prévalant dans la saisie³⁹⁷. La gérance légale s'impose d'autant plus à l'office que le débiteur a la possibilité d'obtenir des dommages-intérêts pour le cas d'un séquestre injustifié (art. 273 LP)³⁹⁸.

3) Disponibilité dans d'autres procédures

370. Nous évoquons enfin brièvement trois modes de poursuite pour lesquels il n'y a pas lieu de s'interroger sur la question de l'indisponibilité des immeubles : soit seuls des meubles sont concernés (a.), soit les biens ne sont pas sous la mainmise officielle (b.), soit il s'agit d'une procédure trop exceptionnelle (c.).

a) Le droit de rétention du bailleur

371. Les dispositions du droit du bail confèrent un droit de rétention au bailleur de locaux commerciaux sur les meubles qui se trouvent dans les locaux loués, afin de garantir le loyer de l'année écoulée et du semestre courant (art. 268, al. 1, CO).

372. Le droit de rétention du bailleur est mis en œuvre par la prise d'un inventaire par l'office sur requête de celui-ci (art. 283, al. 1, LP) ; la prise de l'inventaire entraîne pour le débiteur une restriction du droit de disposer des biens qui y sont soumis³⁹⁹. Le bailleur dispose ensuite d'un délai pour valider la prise de l'inventaire par l'introduction d'une poursuite en réalisation de gage mobilier (art. 283, al. 3, & 37, al. 2, LP).

373. Bien que cette procédure intervienne dans une relation juridique dont l'objet est un immeuble, elle ne concerne que des meubles.

³⁹⁷ ATF non publié du 10 décembre 2001, *D.&S.* ; ATF 83/1957 III 108, *Bütterra-Immobilien AG. OCHSNER* (1997), p. 74 ; SchKG III REISER, N° 84 ad Art. 275 LP ; STUDER (1954), p. 161.

³⁹⁸ A ce sujet, voir REEB (1997), p. 452ss.

³⁹⁹ SchKG III-SCHNYDER/WIEDE, N° 64 ad Art. 283 LP.

b) Le règlement amiable des dettes

374. La procédure de règlement amiable des dettes⁴⁰⁰ prend en compte la situation particulière du consommateur surendetté⁴⁰¹.

375. Le débiteur non soumis à la faillite peut s'adresser au juge du concordat pour obtenir un règlement amiable (art. 333, al. 1, LP). Un sursis lui est octroyé, pendant lequel aucune poursuite ne peut être exercée contre lui, sauf pour les contributions périodiques au titre de l'entretien et des aliments découlant du droit de la famille (art. 334, al. 3, LP). Avec l'aide d'un commissaire, le débiteur soumet à ses créanciers une proposition de règlement, sous la forme d'un dividende ou d'un moratoire, et sollicite toute mesure destinée à faciliter le paiement du capital ou des intérêts (art. 335, al. 1, LP). Dans ce cadre, les biens du débiteur ne sont pas frappés d'indisponibilité.

c) Le sursis extraordinaire

376. Le sursis extraordinaire⁴⁰² est une mesure exceptionnelle de protection du débiteur, qui intervient dans des circonstances extraordinaires, notamment en cas de crise économique persistante (art. 337 LP). Il s'agit d'un sursis individuel accordé dans le cadre d'un moratoire spécial⁴⁰³. Le sursis est accordé par le juge du concordat (art. 338, al. 1, LP), qui ordonne, au titre de mesures de sûretés, la prise d'un inventaire au sens des articles 163 et 164 LP. Le juge peut par ailleurs prendre toutes autres mesures en vue de sauvegarder les droits des créanciers (art. 341, al. 1, LP). Pendant le sursis, le débiteur est autorisé à continuer ses affaires, mais il lui est interdit de faire des actes juridiques qui nuiraient aux intérêts légitimes des créanciers ou favoriseraient certains d'entre eux (art. 344 LP). On retrouve ici la présence d'un régime d'inaliénabilité.

377. L'octroi du sursis n'empêche pas l'encaissement des loyers, en tant qu'ils sont compris dans la garantie réelle en vertu d'une poursuite requise avant ou pendant le sursis (art. 343, al. 1, LP, 2^{ème} phrase). Le sursis ne fait donc pas obstacle à une gérance légale limitée ou ordinaire dans la poursuite en réalisation de gage⁴⁰⁴. Quoi qu'il en soit, nous n'examinerons pas plus avant

⁴⁰⁰ A propos du règlement amiable des dettes, voir AMONN/WALTHER (2003), p. 473–475 ; DALLEVES (1995), p. 1566ss ; JEANDIN (2002).

⁴⁰¹ DALLEVES (1996), p. 1440.

⁴⁰² A propos du sursis extraordinaire, AMONN/WALTHER (2003), p. 477. Pour une présentation historique : RAMMING (1943).

⁴⁰³ MCF (1991), p. 222.

⁴⁰⁴ MCF (1948), p. 1214.

cette institution, sachant que sa présence dans la loi a été maintenue dans la loi dans le seul but d'éviter le recours au droit de nécessité⁴⁰⁵.

G. Conclusions intermédiaires

378. L'analyse détaillée des normes en matière d'indisponibilité des immeubles nous permet de formuler deux conclusions intermédiaires. La première a trait à la compréhension de ces dispositions affectant la disponibilité des immeubles dans le sens d'un régime global, transposable dans chaque procédure d'exécution forcée (1.). La seconde, plus synthétique, concerne la portée de l'article 806 CC eu égard au droit de l'exécution forcée (2.).

1) La relecture des normes d'indisponibilité

379. L'examen des normes intervenant en matière d'indisponibilité des immeubles met en lumière l'existence d'un régime qui repose sur deux axes : la perte du pouvoir de disposer et le régime général d'inopposabilité⁴⁰⁶.

380. La perte du pouvoir de disposer a pour conséquence que les actes par lesquels le débiteur dispose de ses biens sont nuls. La perte du pouvoir de disposer est clairement exprimée dans la saisie à l'article 96, alinéa 2, LP, par l'énonciation de sa conséquence. Dans la poursuite en réalisation de gage, non énoncée, elle résulte du transfert à l'office du pouvoir de percevoir les loyers et d'administrer l'immeuble. Dans la faillite, on en trouve l'expression à la note marginale de l'article 204 LP.

381. Le régime d'inopposabilité exprime le fait que les engagements ou les autres actes juridiques du débiteur ne sont pas opposables à ses créanciers. Dans la faillite, l'article 204, alinéa 1, LP fonde un régime général d'inopposabilité. Dans l'exécution spéciale, des normes ponctuelles prévoient l'inopposabilité. Celle-ci découle dans la saisie de l'utilisation de l'annotation au registre foncier ; dans la poursuite en réalisation de gage, elle est prévue par l'article 806, alinéa 3, CC. Ceci étant, nous préconisons la généralisation du régime

⁴⁰⁵ MCF (1991), p. 222. SchKG III-CASATI-WEYERMANN, N° 6 ad Art. 337 LP ; GILLIERON III, N° 5 ad Art. 337 LP.

⁴⁰⁶ Voir, en Annexe I, le tableau récapitulatif des normes d'indisponibilité frappant l'immeuble dans les différents modes de poursuite.

d'inopposabilité dans l'exécution spéciale, de manière que l'ensemble des actes juridiques du débiteur soit appréhendé.

382. La gérance légale, en tant qu'elle prévoit le transfert pouvoirs d'administration à l'autorité sur l'immeuble, est une des composantes de l'indisponibilité. D'une part, elle fonde, lorsque les autres normes d'indisponibilité ne le font pas, la perte du pouvoir de disposer qui affecte le débiteur. D'autre part, en désignant des actes d'administration et non seulement des actes de disposition, elle fait naître la nécessité d'instaurer un régime général d'inopposabilité aux créanciers des actes juridiques accomplis par le débiteur.

383. Ce régime d'indisponibilité selon deux axes est commun à toutes les procédures d'exécution forcée. Evidemment, il faut tenir compte des particularités inhérentes à chaque mainmise officielle. Par exemple, la saisie réserve la bonne foi des tiers, permettant l'acquisition de bonne foi par eux de droits sur l'immeuble malgré la perte du pouvoir de disposer du débiteur, alors que la faillite ne le fait pas ; ou encore, la poursuite en réalisation de gage n'est pas incompatible avec un changement de propriétaire de l'objet du gage. Il n'en demeure pas moins que ces deux axes s'avèrent être des constantes dès que l'autorité met la main sur les biens du débiteur.

384. Un tel régime fondé sur deux axes et intervenant dès qu'il y a mainmise officielle s'explique et se justifie à plusieurs titres.

385. Tout d'abord, l'indisponibilité ainsi comprise est le miroir de notre système de droit privé de constitution, transfert et extinction des droits selon le principe de la causalité. D'une manière générale, les droits sont créés, transférés ou éteints en deux temps : le processus d'acquisition suppose l'existence d'un titre d'acquisition, le plus souvent un acte générateur d'obligations, puis une opération d'acquisition, s'exprimant dans un acte de disposition suivi d'un acte matériel. Les deux axes de l'indisponibilité concernent ces deux opérations : la perte du pouvoir de disposer affecte la validité de l'acte de disposition en tant qu'il sert à exécuter la constitution, le transfert ou l'extinction du droit. La règle d'inopposabilité concerne le titre d'acquisition, à savoir l'acte juridique par lequel naît la créance tendant à la constitution, au transfert ou à l'extinction du droit.

386. Ce système sur deux axes permet de concilier les intérêts divergents du débiteur et de ses créanciers. Par la perte du pouvoir de disposer, on évite qu'il soit effectivement porté atteinte à l'actif sous main de l'autorité, destiné à être réalisé au profit des créanciers. Avec son caractère relatif, l'inopposabilité tient compte du fait que le débiteur doit pouvoir continuer de s'engager, puisqu'il en conserve la capacité.

387. Les divergences de terminologie concernant l'énoncé de l'indisponibilité s'expliquent par des motifs historiques. En effet, la LP a été adoptée avant le Code civil. Elle ne pouvait donc pas, dans ses normes originelles qui subsistent

aujourd'hui (art. 96, al. 1, LP et 204, al. 1, LP), considérer la terminologie du Code civil, ni intégrer le système de constitution, transfert ou extinction des droits selon le principe de la causalité. Seul l'article 96, alinéa 2, LP, introduit en même temps que le Code civil, tend à harmoniser les deux lois, dans la mesure où le législateur du droit des poursuites a entendu protéger les tiers de bonne foi acquérant des droits sur des biens saisis comme ils le sont dans le droit privé.

388. La construction que nous proposons se fonde essentiellement sur les normes existantes de la LP. Il manque cependant une base légale permettant d'asseoir un régime général d'inopposabilité dans l'exécution spéciale. Ceci étant, il n'est pas exclu que les juridictions puissent y parvenir par voie jurisprudentielle, un régime d'inopposabilité étant d'ores et déjà admis par les tribunaux sur la base de l'article 96, alinéa 2, LP.

389. Enfin, il est frappant de remarquer que la saisie et la faillite posent chacune un des piliers de l'indisponibilité, et omettent l'autre ou ne l'évoquent qu'imprécisément. En écho, doctrine et jurisprudence tendent à interpréter les normes à leur disposition de manière à pouvoir exprimer la dimension absente de la loi. Dans la saisie, l'article 96, alinéa 2, LP fonde la perte du pouvoir de disposer ; en jurisprudence et en doctrine, cette norme est comprise comme une norme d'indisponibilité. A l'inverse, dans la faillite, la lettre de l'article 204, alinéa 1, LP est l'expression de l'inopposabilité ; jurisprudence et doctrine y rattachent également, *de facto*, la perte du pouvoir de disposer.

2) La fonction de l'article 806 CC dans le processus d'indisponibilité

390. Avec l'extension du gage aux loyers, l'article 806 CC tend à favoriser le créancier gagiste. Les moyens utilisés à cette fin sont l'appréhension des loyers, leur affectation préférentielle et la règle d'inopposabilité aux créanciers gagistes d'actes accomplis par le débiteur sur les loyers futurs. En fonction de la procédure et du stade de celle-ci, l'article 806 CC peut, soit consister en une source d'indisponibilité à part entière, soit ne pas avoir de portée qui excède les conséquences énoncées par le droit de l'exécution forcée.

391. Dans la phase préliminaire de la poursuite en réalisation de gage, l'article 806 CC a un rôle constitutif en matière d'indisponibilité. En effet, l'immeuble n'est indisponible que dans l'hypothèse où le créancier gagiste poursuivant est au bénéfice de l'extension du gage aux loyers. Les articles 91 à 96 ORFI, qui posent l'interdiction de percevoir les loyers et d'en disposer et

instaurent la gérance légale, ne peuvent pas être mis en œuvre si les conditions de l'article 806 CC ne sont pas réalisées.

392. A l'inverse, dans la faillite, l'article 806 CC n'induit pas de conséquences propres. L'appréhension des loyers, leur affectation préférentielle et le régime d'opposabilité découlent directement de la LP, indépendamment de la réalisation des conditions de mise en œuvre de l'article 806 CC.

Partie 2 : La gérance légale

393. La mainmise officielle sur l'immeuble entraîne le transfert des pouvoirs d'administration sur celui-ci du propriétaire vers l'autorité. C'est désormais au gérant légal qu'incombe l'administration de l'immeuble.

394. Le gérant légal se trouve dès lors dans un rôle centré et central : dans sa fonction et son activité, il doit composer avec chacune des parties à la procédure. De nombreux intérêts, parfois contradictoires, se cristallisent autour de son activité : l'intérêt des créanciers gagistes au versement d'acomptes, l'intérêt du débiteur au versement d'une contribution à son entretien, l'intérêt de chacun au bon rendement de l'immeuble, lequel peut contredire l'intérêt de certains créanciers privilégiés à ne pas engager de frais ou à voir réalisé l'immeuble libre de locataires.

395. Dans le même temps, le gérant légal est appelé à entrer en relation avec des tiers, comme le faisait le propriétaire de l'immeuble, et en se substituant à lui. S'ajoute ainsi à la mise en œuvre des règles du droit de l'exécution forcée la poursuite et la création de relations de droit privé par l'autorité. Cette dualité dans les régimes juridiques applicables, caractéristique de l'activité de gérance légale, est l'expression concrète de la mainmise de droit public qui a interféré dans les relations entre le propriétaire de l'immeuble et ses partenaires contractuels.

396. Après avoir évoqué les conditions de la mise en œuvre de la gérance légale (A.), nous en présentons la substance (B.) et les modalités comptables (C.). Nous procédons ensuite à l'examen des règles applicables en matière de contentieux (D.) et des principes relatifs à la responsabilité découlant de l'activité du gérant légal (E.). Nous terminons par la problématique du transfert de la tâche de gérance à un tiers (F.), puis par une section conclusive (G.).

A. La mise en œuvre de la gérance légale

397. Dans cette première section, nous déterminons les modalités de la mise en œuvre de la gérance légale. En premier lieu, nous rappelons la situation juridique du gérant légal (1.). Nous définissons ensuite les limites temporelles de la gérance légale (2.), puis nous évoquons la compétence du gérant légal à raison du lieu (3.). Il est en outre des cas dans lesquels l'immeuble, bien qu'il soit sous la mainmise officielle, ne fait pas l'objet d'une gérance légale (4.). Nous terminons avec les conséquences juridiques de la mise en œuvre de la gérance légale sur le mandat que le propriétaire de l'immeuble aurait pu avoir confié à un régisseur avant que l'immeuble ne soit frappé d'indisponibilité (5.).

1) Le gérant légal

398. Dans la première partie de notre travail, nous avons déterminé l'autorité chargée de la gérance légale dans chaque mode de poursuite. L'objet est ici de mettre en évidence la position organique du gérant légal : nous déterminons son lien aux parties et l'éventuelle influence de ce lien en ce qui concerne les actes de gérance légale. Dans ce contexte, nous examinons l'aptitude du gérant légal à recevoir des instructions des parties à la procédure, voire de l'autorité de surveillance.

a) Dans l'exécution spéciale

399. Dans l'exécution spéciale, le gérant légal se caractérise par son indépendance organique à l'égard des parties : la tâche de gérance est assurée par l'office des poursuites, autorité chargée de diligenter la procédure, dans le respect des droits de chacune des parties.

400. Certes, le gérant légal est appelé à faire valoir les droits dont le débiteur demeure titulaire sur l'immeuble, par exemple lorsqu'il prend des mesures à l'égard des locataires ou commande des travaux. Toutefois, à ce titre, le gérant légal n'est pas un mandataire du débiteur⁴⁰⁷ ; la gestion des droits du propriétaire fait partie des tâches que lui assigne la loi⁴⁰⁸. Le transfert de ces prérogatives n'est pas le fait du débiteur, mais l'expression de l'indisponibilité dont est frappé l'immeuble en raison de la mainmise officielle. La poursuite ou la créa-

⁴⁰⁷ ATF 42/1916 III 391, *Wirth*.

⁴⁰⁸ ATF 126/2000 III 431, *BB*.

tion de relations de droit privé n'est que le moyen pour le gérant légal d'accomplir la tâche qui lui incombe en vertu de la loi d'assurer un bon rendement de l'immeuble et de la perception de ses fruits et produits.

401. Dans la mesure où il tire ses pouvoirs de la loi, non des parties à la procédure, le gérant légal n'a pas à recevoir d'instructions de celles-ci.

402. Ceci étant, il est un cas dans lequel le gérant légal est tenu de suivre les instructions qui lui sont données. L'article 18 ORFI prévoit en effet le cas particulier d'instructions formalisées. Lorsque des mesures exceptionnelles de gérance légale doivent être prises alors qu'il n'y a pas péril en la demeure, l'office doit demander l'avis des parties à la poursuite et des créanciers gagistes à propos des mesures qu'il entrevoit. A la suite de cette consultation, l'office doit suivre les instructions qu'il a reçues à propos des mesures à prendre ; celles-ci peuvent émaner des créanciers et du débiteur, s'ils sont d'accord sur les mesures à prendre, ou de l'autorité de surveillance en cas de désaccord des parties⁴⁰⁹.

b) Dans la faillite

403. Dans la faillite, la situation diffère dans la mesure où il n'est pas institué expressément une gérance légale. Les tâches de gérance légale sont accomplies par l'administration de la faillite⁴¹⁰. Or, l'administration de la faillite est généralement considérée comme l'organe officiel de la communauté des créanciers, dont la fonction et les attributions sont définies par la loi⁴¹¹. Pour certains auteurs, l'administration de la faillite est par ailleurs la représentante légale du failli, puisqu'elle exerce des droits que celui-ci conserve sur son patrimoine⁴¹². Pour d'autres, le caractère d'organe officiel de la procédure, chargé de la bonne application de la loi, est prépondérant⁴¹³.

404. Qu'elle soit considérée comme représentant les parties, communauté des créanciers ou débiteur, ou comme organe officiel de la procédure, l'administration de la faillite est tenue, dans la gérance légale, d'accomplir le mandat légal qui lui est confié : son activité est guidée par le principe général de la conservation de la substance de la masse⁴¹⁴, précisé par le principe dit de

⁴⁰⁹ Voir *infra* § 484–493.

⁴¹⁰ L'office des faillites en est chargé avant la première assemblée des créanciers, voir *supra* § 325–327.

⁴¹¹ ATF 94/1968 III 83, *Robert-Frédéric* = JT 1969 II 98. AMONN/WALTHER (2003), p. 357 ; GILLIERON (2005), p. 361 ; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN II, N° 5 ad Art. 240 LP ; SchKG II-RUSSENBERGER, N° 5 ad Art. 240 LP.

⁴¹² HÄNZI (1979), p. 47 ; MOOR (1992), p. 10 ; SPRECHER (2003), p. 18.

⁴¹³ AMONN/WALTHER (2003), p. 357 ; SPRECHER (2003), p. 17.

⁴¹⁴ HÄNZI (1979), p. 163 ; MOOR (1992), p. 12.

la nécessité, qui impose que seules soient prises les mesures servant à assurer le bon rendement de l'immeuble⁴¹⁵. Cet élément s'avère à notre avis essentiel, dans la mesure où le respect par l'administration de la faillite du principe de la nécessité a pour effet de relativiser l'influence de son rattachement organique à la communauté des créanciers, respectivement, si on l'admet, son caractère de représentante légale du failli.

405. L'administration de la faillite peut, selon la doctrine majoritaire, recevoir des instructions de l'assemblée des créanciers⁴¹⁶. D'une manière générale, la faculté est donnée à la première assemblée des créanciers d'adopter des résolutions d'urgence (art. 238, al. 1, LP⁴¹⁷) ; les assemblées ultérieures peuvent prendre les décisions qu'elles jugent nécessaires dans l'intérêt de la masse (art. 253, al. 2, deuxième phrase, LP⁴¹⁸). Dans ces cas, l'administration de la faillite doit suivre les instructions qui lui sont adressées. Les instructions peuvent consister en des autorisations d'agir dans un sens particulier, ou être de nature contraignante pour l'administration de la faillite⁴¹⁹. Les instructions peuvent porter sur tous les actes relatifs à la conduite de la faillite, donc également concerner des actes d'administration⁴²⁰ ; cependant, lorsqu'elles émanent de la première assemblée des créanciers, ces instructions doivent revêtir le caractère de l'urgence requis par la loi.

406. Lorsque le gérant légal envisage la prise de mesures exceptionnelles, il doit solliciter l'avis des parties à la poursuite et recevoir leurs instructions. L'article 18, alinéa 2, ORFI désigne comme parties concernées, outre le débiteur, le créancier poursuivant et le créancier gagiste. Dans la faillite, compte tenu du pouvoir général de donner des instructions conféré à l'assemblée des créanciers, c'est cette assemblée qu'il convient de consulter lorsque des mesures exceptionnelles de gérance légale sont envisagées ; la consultation peut se faire lorsque la communauté des créanciers est réunie en assemblée, ou par voie de circulaire (art. 255a LP)⁴²¹.

407. Quoi qu'il en soit, dans le cadre des instructions qu'elle adresse à l'administration de la faillite, l'assemblée des créanciers est également tenue au

⁴¹⁵ Voir *infra* § 512. ATF 120/1994 III 152, *Berner Kantonalbank* = JT 1997 II 48 ; ATF 72/1946 III 67, *St. Gallische Kantonalbank* = JT 1947 II 60 ; ATF 58/1932 III 6, *Dame Fierz* = JT 1932 II 138. HÄNZI (1979), p. 164 ; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN II, N° 4 ad Art. 240 LP.

⁴¹⁶ HÄNZI (1979), p. 57, 61 ; KNUPP (1988), p. 18 ; MOOR (1992), p. 11 ; SchKG III-RUSSENBERGER, N° 3-4 ad Art. 240 LP.

⁴¹⁷ « L'assemblée peut prendre des résolutions d'urgence, notamment en ce qui concerne la continuation de l'industrie ou du commerce du failli, l'ouverture de ses ateliers, magasins ou débits, les procès pendants et les ventes de gré à gré. » (art. 238, al. 1, LP).

⁴¹⁸ « L'assemblée décide si elle confirme dans leurs fonctions l'administration et les membres de la commission de surveillance ; elle prend souverainement toutes les décisions qu'elle juge nécessaires dans l'intérêt de la masse. » (art. 253, al. 2, LP).

⁴¹⁹ SchKG III-BÜRGI, N° 3&8 ad Art. 253 LP ; HÄNZI (1979), p. 61.

⁴²⁰ SchKG III-BÜRGI, N° 8 ad Art. 253 LP.

⁴²¹ GILLIERON (1997, Note), p. 49.

respect du principe de la nécessité, sa souveraineté dans la prise de décisions et des instructions qui en découlent trouvant ses limites dans la loi⁴²².

408. Enfin, nous précisons ici qu'à défaut d'indication contraire, nous utilisons le terme « *gérant légal* » pour désigner indistinctement l'office des poursuites dans l'exécution spéciale, l'office des faillites ou l'administration de la faillite dans l'exécution générale, alors même que dans l'exécution générale l'activité de gérance est comprise dans la mission générale d'administration des biens de la masse.

2) La durée de la gérance légale

409. Considérée par le législateur comme un accessoire permettant d'assurer l'effectivité de la mainmise officielle, la gérance légale déploie en principe ses effets tant que dure l'emprise de l'autorité sur l'immeuble. La concordance entre les périodes de mainmise et de gérance légale n'est cependant pas absolue. Nous évoquons ci-après, pour chaque mode de poursuite, le *dies a quo* et le *dies ad quem* de la gérance légale, de même que la question de sa suspension.

a) Dans la poursuite par voie de saisie

410. « *Tant que la saisie subsiste, l'office pourvoit à la gérance et à la culture de l'immeuble ...* » (art. 16, alinéa 1, ORFI ab initio).

i. Le dies a quo

411. En tant que mesure de sûreté, la gérance légale débute une fois la saisie exécutée⁴²³, à savoir dès l'instant où l'office a signifié au débiteur l'interdiction de disposer des biens saisis⁴²⁴. Il en va de même en cas de saisie provisoire⁴²⁵.

412. La mesure est opposable aux tiers, et notamment aux locataires, dès le moment où ils en ont reçu communication par l'office, assortie de l'avis selon lequel les loyers ne pourront être payés qu'en mains de l'office (art. 15, al. 1, litt. b, ORFI, Form. ORFI N° 5).

⁴²² JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN II, N° 5&6 ad Art. 253 LP.

⁴²³ GILLIERON II, N° 28 ad Art. 102 LP ; SchKG II-LEBRECHT, N° 11 ad Art. 102 LP.

⁴²⁴ Voir *supra* § 101.

⁴²⁵ Voir *supra* § 100. GILLIERON I, N° 27 ad Art. 83 LP ; SchKG I-LEBRECHT, N° 4 ad Art. 98 LP.

ii. Le dies ad quem

413. Dans la mesure où la tâche de gérance est liée à la mainmise officielle sur l'immeuble, la gérance légale devrait en principe cesser avec la fin de la saisie. La saisie cesse au jour du transfert de propriété de l'immeuble, à moins qu'elle ne soit tombée avant la réalisation⁴²⁶. En cas d'enchères publiques, le moment déterminant pour le transfert de propriété est celui de l'adjudication (art. 126, al. 1, LP et 656, al. 2, CC)⁴²⁷. En cas de réalisation de gré à gré, c'est la décision, verbalisée, de l'office d'attribuer l'objet à réaliser à celui dont l'offre a été retenue qui emporte acquisition de la propriété⁴²⁸.

414. Cependant, la fin de la gérance légale ne correspond pas au dernier jour de la saisie : la gérance légale perdure le temps que l'office accomplisse les démarches et formalités nécessaires afin de mettre un terme à son activité. En particulier, le préposé doit requérir l'inscription au registre foncier du transfert de propriété résultant de l'adjudication (art. 66, al. 1, ORFI), de même que la radiation des cases libres ou des titres de gage créés au nom du propriétaire dont le débiteur n'a pas disposé, des droits de gage et autres charges qui n'ont pas été délégués à l'adjudicataire et de la restriction du droit d'aliéner annotée ensuite de la saisie (art. 68, al. 1, litt. a à c, ORFI). L'office doit également informer les locataires du transfert de propriété, en leur indiquant la date dès laquelle l'acquéreur a le droit de percevoir les loyers (art. 70, al. 1, ORFI). En revanche, le terme de cette période de transition n'est pas défini dans l'ordonnance. A notre avis, pour des raisons de publicité, il s'impose de retenir le jour de l'inscription du nouveau propriétaire au registre foncier. C'est en effet dès cette date que celui-ci est pleinement apte à exercer ses droits de nouveau propriétaire⁴²⁹.

415. Pendant cette période de transition, l'office demeure compétent pour tous les actes d'administration qui s'avèrent nécessaires. En particulier, il est compétent pour requérir du débiteur qu'il libère les lieux, la prétention de ce-

⁴²⁶ La saisie tombe faute de respect du délai de réquisition de vente (art. 121 LP) ou d'offre suffisante formée lors des enchères (art. 126, al. 2, LP cum 142a LP), en cas de renonciation à la réalisation (art. 127 cum 142a LP), ou en cas de faillite du débiteur (art. 206 LP), respectivement d'homologation d'un concordat (art. 311 LP). L'immeuble est en outre soustrait à la saisie s'il fait l'objet d'une procédure de revendication qui aboutit (à ce propos, voir TSCHUMY (1987), p. 46).

⁴²⁷ ATF 128/2002 III 104, X. ; ATF 128/2002 III 82, *Bank X*. AMONN/WALTHER (2003), p. 241; BK-MEIER-HAYOZ, N° 54 ad Art. 656 CC ; SchKG II-RUTZ, N° 25 ad Art. 126 LP.

⁴²⁸ ATF 128/2002 III 104, X. ; cette décision renverse la jurisprudence du Tribunal fédéral exprimée depuis l'ATF 106/1980 III 79, *Ausseramtliche Konkursverwaltung im Konkurs des Walter Schuler AG*, selon laquelle la validité de la vente de gré à gré est subordonnée à un acte authentique et le transfert de propriété à l'inscription au registre foncier. AMONN/WALTHER (2003), p. 245 ; LORANDI (1994), p. 116.

⁴²⁹ LGVE 1993 I N° 37 (OG/LU). Voir également BISCH 1940 p. 118 (OG/AG).

lui-ci à occuper gratuitement son immeuble s'étant éteinte avec l'adjudication⁴³⁰.

416. Il est en outre deux hypothèses qui influencent, directement ou indirectement, le *dies ad quem* de la gérance légale après l'adjudication.

417. En premier lieu, lorsqu'un terme pour le paiement du prix a été accordé à l'adjudicataire, l'article 137 LP prévoit que l'immeuble est géré par l'office des poursuites, aux frais ainsi qu'aux risques et périls de celui-ci, jusqu'à l'acquittement du prix d'adjudication ; d'ici là, aucune inscription ne peut être faite au registre foncier sans l'autorisation de l'office. L'article 66, alinéa 2, ORFI précise que dans un tel cas, la réquisition d'inscription du transfert de propriété n'a pas lieu avant que les frais du transfert de propriété et le prix d'adjudication n'aient été intégralement payés (art. 66, al. 2, ORFI). Compte tenu des développements qui précèdent, nous relevons que l'article 137 LP n'a qu'une portée relative : en toute hypothèse, l'obligation de gérance s'impose à l'office tant que l'acquéreur n'est pas inscrit au registre foncier ; or, l'inscription n'a lieu, en vertu de l'article 66, alinéa 2, ORFI, qu'une fois que le prix de l'immeuble a été payé⁴³¹.

418. En second lieu, en cas de plainte contre la décision d'adjudication, le préposé ne doit requérir l'inscription du transfert de propriété résultant de l'adjudication que « ... lorsqu'il est constant que l'adjudication ne pourra plus faire l'objet d'une plainte ou que la plainte portée a été définitivement écartée » (art. 66, al. 1, ORFI). La plainte contre une adjudication immobilière a donc un effet suspensif automatique. En règle générale, lorsqu'une décision assortie de l'effet suspensif est confirmée par l'autorité de surveillance ou de recours, celle-ci reprend plein effet dès la date de la décision ; l'effet est donc *ex tunc*. Toutefois, il se peut qu'un tel retour dans le temps ne soit matériellement et raisonnablement pas possible. Dans ce cas, jurisprudence et doctrine, après pesée des intérêts, admettent que la décision sur plainte ou recours n'a qu'un effet *ex nunc* ; en conséquence la date de cette dernière décision fait foi s'agissant des effets que doit déployer la décision attaquée⁴³². Il en va en particulier ainsi en cas de recours contre la décision d'adjudication d'un immeuble : la gérance légale de celui-ci voit son terme subordonné au caractère exécutoire de la décision d'adjudication. Dans une affaire de vente d'un complexe immobilier abritant divers commerces, il a été jugé qu'il n'était pas possible de revenir sur toutes les conséquences liées à l'ajournement des effets de l'adjudi-

⁴³⁰ LGVE 1993 I N° 37 (OG/LU).

⁴³¹ Si le paiement n'est pas effectué dans le délai, l'adjudication est révoquée et l'office des poursuites ordonne immédiatement de nouvelles enchères (art. 143, al.1, LP). Dans ce cas, le droit de propriété sur l'immeuble dont l'adjudication est révoquée reste sous le poids de la saisie jusqu'aux nouvelles enchères (GILLIERON II, N° 19 ad Art. 137 LP), et l'immeuble est à nouveau géré comme en cas de saisie (SchKG II-HÄUSERMANN/STÖCKLI/FEUZ, N° 18 ad Art. 143 LP).

⁴³² ATF 129/2003 III 100, *Société anonyme X.* ; ATF 85/1959 III 146, *Kredit- und Verwaltungsbank Zug AG*. AMONN/WALTHER (2003), p. 241 ; GILLIERON I, N° 24 ad Art. 36 LP.

cation, et en particulier d'annuler rétroactivement les conséquences multiples, directes et indirectes, de la gérance légale de l'immeuble, étant précisé que le gérant légal avait pendant ce temps conclu et modifié des contrats, et perçu une partie des fruits civils⁴³³.

419. Nous relevons enfin que, pendant la période courant de la fin de la saisie au jour de l'inscription du nouveau propriétaire au registre foncier, l'immeuble demeure indisponible ; la source de cette indisponibilité n'est plus directement la saisie, mais la gérance légale qui demeure.

iii. Temps prohibés, fériés et suspensions

420. Sauf en cas de séquestre ou de mesures conservatoires urgentes, il ne peut être procédé à aucun acte de poursuite dans les temps prohibés, pendant les fériés et lorsque le débiteur est au bénéfice de la suspension (art. 56, ch. 1-3, LP).

421. La gérance légale ordinaire n'est pas affectée par l'interdiction de procéder pendant ces périodes déterminées. En effet, bien qu'elle ait un effet *sui generis* et direct sur l'indisponibilité de l'immeuble, la gérance légale demeure, organiquement et systématiquement, une mesure de sûreté servant à assurer la conservation de la substance de l'immeuble saisi et des droits qui s'y rapportent. Il s'agit d'une mesure conservatoire urgente au sens de l'article 56 LP, dont l'accomplissement n'est pas empêché par les temps prohibés, fériés ou suspensions⁴³⁴.

422. Au surplus, l'article 16, alinéa 2, ORFI précise que l'office demeure chargé de la gérance « ... même pendant une suspension provisoire de la poursuite (art. 57ss LP et sursis concordataire) et pendant la durée d'un sursis accordé au débiteur conformément à l'article 123 LP (art. 143a LP) ». A noter qu'il devrait également en être le cas lors d'un sursis découlant d'une procédure de règlement amiable des dettes, sursis pendant lequel certains actes de poursuite sont interdits en vue de permettre au débiteur d'élaborer sereinement un plan de règlement de ses dettes (art. 334, al. 3, LP)⁴³⁵ ; dans ce cas, la situation se rapproche d'une suspension en raison d'un sursis concordataire, pendant laquelle l'immeuble saisi continue d'être géré par l'office. L'article 16, alinéa 2, ORFI, en tant qu'il ne renvoie pas au sursis découlant d'une procédure de règlement amiable des dettes, est donc, à notre avis, lacunaire.

⁴³³ ATF 129/2003 III 100, *Société anonyme X*.

⁴³⁴ AMONN/WALTHER (2003), p. 88 ; SCHKG I-BAUER, N° 25 ad art. 56 LP ; GILLIERON II, N° 45 ad Art. 89 LP ; JEANDIN (1999, Délais), p. 12ss.

⁴³⁵ Voir *supra* § 374-375.

b) La poursuite en réalisation de gage

i. La gérance légale limitée

aa. Le dies a quo

423. La gérance légale limitée débute avec la réquisition de poursuite en réalisation de gage, assortie de la déclaration du créancier gagiste poursuivant selon laquelle le gage doit comprendre les loyers. La requête d'extension du gage aux loyers peut également être formée ultérieurement ; dans ce cas, la gérance légale limitée prend effet dès ce moment, sans rétroactivité⁴³⁶.

424. Comme dans la saisie, la mesure n'est opposable aux locataires qu'une fois qu'ils ont été avisés par l'office de la mainmise sur les loyers produits par l'immeuble, et qu'ils ont été invités à les payer en mains de l'office (art. 806, al. 2, CC, art. 91, al. 1, ORFI *in fine*, Form. ORFI N° 5).

bb. Le dies ad quem

425. Pour autant que la poursuite en réalisation de gage ne tombe pas dans l'intervalle⁴³⁷, la gérance légale limitée cesse avec la réquisition de vente déposée par le créancier gagiste poursuivant : dès cette date, une gérance légale ordinaire se substitue à la gérance légale limitée (art. 155, al. 1, LP et 101, al. 1, ORFI).

426. La gérance légale limitée peut toutefois cesser avant la date de la réquisition de vente, alors même que la poursuite en réalisation de gage suit son cours. En effet, l'office peut être appelé à révoquer l'avis aux locataires lorsque le créancier gagiste poursuivant ne respecte pas certains des délais qui s'imposent à lui⁴³⁸. La révocation de l'avis aux locataires entraîne la déchéance du créancier gagiste de son droit sur les loyers⁴³⁹ et, à notre avis d'une manière plus générale, la perte du bénéfice de toutes les mesures relevant de la gérance légale limitée. En effet, aux termes de l'article 94, alinéa 1, ORFI, tous les actes relevant de la gérance légale limitée doivent s'avérer nécessaires afin que

⁴³⁶ Voir *supra* § 54–55.

⁴³⁷ La poursuite en réalisation de gage tombe lorsque la réquisition de vente n'est pas formée dans les délais (art. 154, al. 2, LP) ou lorsque la faillite du débiteur est ouverte (art. 206, al. 1, LP). En revanche, la poursuite en réalisation de gage subsiste, malgré l'ouverture de la faillite, lorsque l'immeuble objet de la poursuite en réalisation de gage appartient à un tiers (art. 206, al. 1, LP *in fine* ; voir l'ATF 124/1998 III 215, *P.GmbH*), ou lorsque les titulaires de l'immeuble grevé sont collectivement, en copropriété ou propriété en main commune, le débiteur failli et un tiers (art. 89, al. 1&3, ORFI, art. 61, al. 1, OAO. GILLIERON III, N° 22 ad Art. 206 LP ; SchKG II-WOHLFAHRT, N° 19 ad Art. 206 LP).

⁴³⁸ Voir *infra* § 427.

⁴³⁹ Art. 93, al. 3, ORFI : « ... si les délais ne sont pas observés, les avis aux locataires et fermiers seront révoqués ... et l'office remettra au bailleur les loyers et fermages déjà encaissés ... »

l'encaissement des loyers soit assuré et opéré. Si l'encaissement des loyers n'est plus opéré par l'office, ce sont tous les actes relevant de la gérance légale limitée qui sont affectés de la même manière.

427. Les délais que le créancier gagiste doit respecter faute, de se voir déchoir de son droit sur les loyers, lui sont imposés dans le cas où le commandement de payer fait l'objet d'une opposition (art. 153a LP, 93, al. 1, ORFI et Form. ORFI N° 8)⁴⁴⁰ ou lorsque le propriétaire du gage soutient que les loyers ne sont pas compris dans le gage (art. 93, al. 2, ORFI)⁴⁴¹. Quelle que soit l'action qui s'offre à lui, le créancier gagiste poursuivant doit agir dans les dix jours.

428. Enfin, l'introduction d'une procédure concordataire contre le débiteur peut avoir pour effet de prolonger la gérance légale limitée de l'immeuble. En effet, l'octroi d'un sursis concordataire n'empêche pas l'introduction de poursuites en réalisation de gage ou ne suspend pas les poursuites en réalisation de gage déjà pendantes ; en revanche, la réalisation du gage ne peut pas avoir lieu pendant le sursis (art. 297, al. 2, ch. 2, LP)⁴⁴². Comme la réquisition de vente, qui a pour effet de mettre un terme à la gérance légale limitée, ne peut pas être formée pendant le sursis, la période de gérance légale limitée de l'immeuble en est allongée d'autant⁴⁴³.

cc. Temps prohibés, fêtes et suspensions

429. Les actes de la gérance légale limitée peuvent être effectués pendant les temps prohibés ou les périodes de fêtes ou de suspension de la poursuite ; ce qui a été dit à ce propos pour la gérance légale ordinaire dans la saisie vaut *mutatis mutandis*⁴⁴⁴. L'article 91, alinéa 2, première phrase, ORFI, prévoit d'ailleurs expressément que l'avis aux locataires « ... doit être donné même pendant la durée des fêtes ou d'une suspension de poursuite accordée au débiteur ou au

⁴⁴⁰ La voie de l'opposition au commandement de payer sert à contester la créance et le droit de gage ; à cette même occasion, l'argument selon lequel les loyers ne sont pas compris dans le gage peut être invoqué : ATF 126/2000 III 481, M.

⁴⁴¹ Le propriétaire du gage qui se voit opposer la mise en œuvre de l'article 806 CC et signifier l'interdiction de percevoir les loyers et fermages et d'en disposer doit s'adresser à l'office s'il entend soutenir que les loyers et fermages ou une partie d'entre eux ne sont pas compris dans le gage ; la procédure d'opposition au commandement de payer ne lui est pas ouverte dans cette hypothèse : ATF 126/2000 III 481, M. ; ATF 71/1945 III 56, *Schweizerische Volksbank* = JT 1945 II 76. SchKG II-BERNHEIM/KÄNZIG, N° 10 ad Art. 153a LP ; GILLIERON II, N° 13 ad Art. 153a LP.

⁴⁴² HUNKELER (1996), p. 198 ; SCHKG III-VOLLMAR, N° 9 ad Art. 297 LP ; SCHKG III-WINKELMANN/LEVY/JEANNERET/MERKT/BIRCHLER, N° 23 ad Art. 319 LP.

⁴⁴³ Par la suite, dès l'homologation du concordat, le créancier gagiste poursuivant bénéficie à nouveau de la faculté de requérir la réalisation de l'immeuble grevé ; en effet, le concordat homologué n'a pas force obligatoire pour les créanciers gagistes pour ce qui est du montant couvert par leur gage (art. 310, al. 1, LP *in fine*. ATF 107/1982 III 83, *Hermann Pieren AG in Nachlassliquidation* = JT 1984 II 117 ; ATF 84/1958 III 105, M. *en liquidation concordataire* = JT 1959 II 18. SchKG III-HARDMEIER, N° 5 ad Art. 311 LP ; HUNKELER (1996), p. 17).

⁴⁴⁴ Voir *supra* § 420-422.

tiers propriétaire du gage, si le commandement de payer a été établi déjà avant les fêtes ou la suspension de poursuite ».

ii. La gérance légale ordinaire

430. La gérance légale ordinaire dans la poursuite en réalisation de gage débute en principe dès la date de la réquisition de vente (art. 101, al. 1, ORFI). Le *dies a quo* est cependant reporté à une date ultérieure si l'immeuble appartient à un tiers et si ce tiers a formé opposition au commandement de payer ; dans ce cas, l'office ne peut assurer la gérance de l'immeuble qu'après que l'opposition faite par le tiers a été levée (art. 101, al. 2, ORFI)⁴⁴⁵.

431. La gérance légale ordinaire dure jusqu'à l'inscription au registre foncier du nouveau propriétaire⁴⁴⁶. Elle cesse si l'immeuble est soustrait à la poursuite en raison d'une revendication⁴⁴⁷ ou si la poursuite en réalisation de gage tombe⁴⁴⁸.

432. Enfin, ce qui a été dit à propos des temps prohibés, fêtes et suspensions dans la procédure de saisie⁴⁴⁹ vaut de la même manière dans la poursuite en réalisation de gage.

c) La poursuite par voie de faillite

i. Le dies a quo

433. La gérance légale en cas de faillite débute dès l'ouverture de la faillite. C'est en effet à ce moment que les pouvoirs d'administration du failli sur l'immeuble passent à l'autorité. En cas de recours contre le jugement de faillite, si l'effet suspensif a été accordé au recours, c'est la date de l'arrêt sur recours qui doit être considérée comme ouvrant la faillite⁴⁵⁰ ; partant, c'est également le jour auquel débute la gérance légale.

434. A l'égard des locataires, la gérance débute une fois qu'ils ont reçu de l'office des faillites l'avis de la déclaration de faillite avec l'invitation, s'ils ne

⁴⁴⁵ Voir *supra* § 264–267.

⁴⁴⁶ Voir *supra* § 413–419.

⁴⁴⁷ Les articles 106 à 109 LP sont applicables à la procédure de poursuite en réalisation de gage, dès que la réalisation a été requise. Sur ce point, voir la critique de TSCHUMY (1987), p. 76.

⁴⁴⁸ Voir *supra* note 437. A propos de la relation entre poursuite en réalisation de gage et concordat, voir *supra* § 428.

⁴⁴⁹ Voir *supra* § 420–422.

⁴⁵⁰ ATF 129/2002 III 100, *Société anonyme X.* ; ATF 85/1959 III 146, *Kredit- und Verwaltungsbank Zug AG*. AMONN/WALTHER (2003), p. 293 ; SchKG I-COMETTA, N° 14 ad Art. 36 LP.

veulent pas avoir à payer double prix, de payer les loyers en mains de l'office (art. 124 ORFI, Form. ORFI N° 5). Si cet avis vient à faire défaut, c'est la publication de la faillite qui fait foi (art. 806, al. 2, CC, art. 205, al. 2, LP)⁴⁵¹.

ii. Le dies ad quem

435. Comme dans la saisie, le terme de la gérance légale est différé par rapport au jour où l'immeuble sort formellement de la masse. L'immeuble sort de la masse lorsqu'il est réalisé ou lorsqu'il est revendiqué avec succès (art. 242 LP et 45 à 54 OAOF)⁴⁵². La mainmise officielle est également levée, avant la liquidation, si la faillite est révoquée (art. 195 LP) ou clôturée à la suite de sa suspension (art. 230 LP).

436. Lorsque l'immeuble sort de la masse, les pouvoirs de gérance demeurent des prérogatives de l'administration de la faillite jusqu'à l'inscription du nouveau propriétaire au registre foncier. Ce qui a été dit à ce propos pour la gérance légale ordinaire vaut *mutatis mutandis* pour la gérance légale dans la faillite⁴⁵³ : les articles 137 LP, respectivement 66, 68 et 70 ORFI, s'appliquent en effet par analogie (art. 259 LP et 130, al. 1, ORFI).

iii. Les temps prohibés, fériés et suspensions

437. A l'instar de la gérance légale ordinaire et de la gérance légale improprement dite, la gérance légale en cas de faillite n'est pas affectée par les fériés ou les périodes de suspension. Il est d'ailleurs admis, d'une manière générale, que les actes du préposé aux faillites ne sont pas concernés par l'article 56 LP⁴⁵⁴.

3) La compétence du gérant légal à raison du lieu

438. La mise en œuvre de la LP par les autorités est soumise au principe de la compétence territoriale : en principe, les autorités ou organes de la poursuite ne sont habilités à agir que sur le territoire de leur arrondissement (art. 4 LP). Dans un même temps, la loi prévoit des fors de poursuite qui ne dépendent

⁴⁵¹ Voir *supra* § 317–318.

⁴⁵² D'une manière générale, à propos de la revendication dans la faillite (appelée également distraction), voir AMONN/WALTHER (2003), p. 318–321 ; DALLEVES (1989). Pour une énumération des droits de nature à soustraire un bien à la faillite, voir TSCHUMY (1987), p. 80.

⁴⁵³ Voir *supra* § 413–419.

⁴⁵⁴ ATF 114/1988 III 60, *Peter K.* = JT 1990 II 150. AMONN/WALTHER (2003), p. 87 ; SchKG I-BAUER, N° 41 ad Art. 56 LP ; JEANDIN (1999, Délais), p. 13.

pas nécessairement du lieu de situation de l'immeuble⁴⁵⁵ ; de même, des biens indisponibles peuvent être situés dans plusieurs arrondissements. Pour ces raisons, de nombreuses opérations doivent être accomplies par l'autorité du lieu de situation de l'immeuble sur réquisition d'une autre autorité.

439. Ce principe de compétence territoriale est tempéré par la volonté du législateur de voir, autant que faire se peut, une procédure diligentée par une seule et même autorité. L'expression de cette volonté se retrouve à l'article 4, alinéa 2, LP, introduit à l'occasion de la révision entrée en vigueur en 1997 : cette disposition autorise désormais expressément les offices, administrations spéciales de la faillite, commissaires et liquidateurs à procéder à un acte de leur compétence hors de leur arrondissement si l'office des poursuites compétent à raison du lieu y consent. Certains actes d'autorité où la contrainte étatique apparaît de la manière la plus directe à la personne concernée⁴⁵⁶ demeurent toutefois de la compétence exclusive de l'office de l'arrondissement ; il s'agit de la notification des actes de poursuite autrement que par la poste, de la saisie, de la vente aux enchères et de la réquisition de la force publique (art. 4, al. 2, 2^{ème} phrase, LP).

440. Les actes relevant de la gérance légale des immeubles ne sont pas compris dans cette énumération. Ceux-ci peuvent ainsi être effectués par l'autorité sur un immeuble sis hors de son arrondissement. Il peut donc arriver que deux autorités soient susceptibles d'intervenir, en matière de gérance légale, de manière concurrente, dans le cas où des biens immobiliers indisponibles ne sont pas situés dans le for de la poursuite.

441. Nous indiquons ci-après, pour chaque mode de poursuite, l'autorité compétente pour effectuer la gérance légale, en distinguant selon que l'immeuble est sis ou non dans l'arrondissement du for de la poursuite.

a) La poursuite par voie de saisie

442. En matière de saisie, c'est l'office de l'arrondissement dans lequel est situé l'immeuble qui est seul compétent pour pratiquer celle-ci, puis pour procéder à la réalisation (art. 1, 4, et 89 LP).

⁴⁵⁵ Le for ordinaire de la poursuite est au domicile du débiteur, respectivement au siège social des personnes morales (art. 46, al. 1 & 2, LP), ou au lieu de situation de l'immeuble si le poursuivi est une communauté des propriétaires par étages (art. 46, al. 4, LP). Les fors spéciaux de la poursuite sont le for du lieu de séjour du débiteur qui n'a pas de domicile fixe (art. 48 LP), le for de poursuite d'une succession (art. 49 LP), le for de poursuite d'un débiteur domicilié à l'étranger (art. 50 LP), le for du lieu de situation de la chose (art. 51 LP) et le for du séquestre (art. 52 LP).

⁴⁵⁶ MCF (1991), p. 29.

443. Lorsque le lieu de situation des biens saisis se confond avec le for de la poursuite⁴⁵⁷, la faculté de diriger la procédure et de procéder à la saisie incombe à la même autorité. C'est également à cette autorité que revient la tâche de gérer l'immeuble.

444. Lorsque les biens à saisir ne se situent pas dans l'arrondissement dans lequel la poursuite a été ouverte, l'office du for de la poursuite ne peut pas se charger de l'exécution de la saisie, ni de la réalisation ; c'est l'office des poursuites dans l'arrondissement duquel se trouvent les immeubles à saisir qui exécute la saisie, sur réquisition de l'office du for de la poursuite (art. 4, al. 1, et 89 LP *in fine*). Dans un tel cas, « la gérance et la culture de l'immeuble (art. 16 à 21 ci-dessus) relèvent exclusivement de l'office requis ... » (art. 24, al. 3, ORFI ; voir également l'art. 75, al. 1, ORFI)⁴⁵⁸. La loi matérielle englobe ainsi expressément les opérations de gérance de l'immeuble dans le processus plus général de sa réalisation : la compétence de gérer appartient à l'autorité compétente pour réaliser⁴⁵⁹.

445. A ce titre, l'adjonction d'un alinéa 2 à l'article 4 LP conférant des prérogatives plus étendues à l'office du for de la poursuite n'a pas entraîné de modifications des articles 24, alinéa 3, et 75, alinéa 1, ORFI⁴⁶⁰. Ces dispositions antérieures demeurent et, partant, doivent être lues comme complétant, à titre de *lex specialis*, l'énumération de l'article 4, alinéa 2, 2^{ème} phrase, LP.

446. En résumé, il incombe à l'office des poursuites du lieu de situation des immeubles, de la même manière qu'il est chargé d'exécuter la saisie et de procéder à la réalisation, d'en assurer la gérance légale. Ceci vaut tant dans l'hypothèse où le for de la poursuite se confond avec le lieu de situation de l'immeuble que dans celle où ces deux lieux sont distincts.

b) La poursuite en réalisation de gage

447. Dans la poursuite en réalisation de gage, le for de la poursuite est déterminé par le lieu de situation de l'immeuble (art. 51, al. 2, LP *ab initio*). Ceci étant, il n'y a en principe pas de risque de conflit de compétence entre deux offices, puisque l'office compétent pour diligenter la procédure est justement celui dans l'arrondissement duquel est situé l'immeuble. C'est donc à cet office qu'incombe la gérance légale limitée puis ordinaire de l'immeuble.

⁴⁵⁷ Le for spécial du lieu de situation de l'immeuble lorsque la créance est garantie par hypothèque (art. 51, al. 2, LP) ne vaut que pour la poursuite en réalisation de gage, à l'exclusion de la poursuite par voie de saisie : GILLIERON I, N° 29 ad Art. 51 LP ; SchKG I-SCHMID, N° 4 ad Art. 51 LP.

⁴⁵⁸ CR LP-JEANDIN/SABETI, N° 13 ad Art. 102 LP ; STUDER (1954), p. 162.

⁴⁵⁹ RFJ 1968 p. 66 (AS/FR). CR LP-DALLEVES, N° 7 ad Art. 4 LP.

⁴⁶⁰ Alors même que le législateur délégué a veillé à harmoniser l'ORFI avec la LP dans sa teneur révisée, voir *supra* § 17.

448. Le principe de la concordance entre le lieu de situation de l'immeuble et le for de la poursuite n'est pas absolu. Il se peut que la poursuite soit diligentée par un office qui n'est pas celui du lieu de situation de l'immeuble. Même dans ce cas, l'office compétent pour gérer et réaliser l'immeuble est l'office du for de la poursuite.

449. En effet, lorsque plusieurs immeubles sont mis en gage pour garantir la même créance⁴⁶¹, le droit de fond prévoit que le créancier doit en poursuivre simultanément la réalisation (art. 816, al. 3, 1^{ère} phrase, CC)⁴⁶² ; cette disposition est de droit impératif, et les actes de l'office effectués en violation de celle-ci sont nuls⁴⁶³. Lorsque les immeubles sont situés dans des arrondissements de poursuite différents, l'office compétent est celui du lieu où se trouve la partie des immeubles qui a la plus grande valeur (art. 51, al. 2, LP *in fine*). Dans un tel cas, afin de satisfaire aux exigences du droit de fond, l'article 74, alinéa 3, première phrase, ORFI, applicable par renvoi de l'article 102 ORFI, attribue la compétence de réaliser l'immeuble à l'office du for de la poursuite⁴⁶⁴.

450. Cette solution, imposée par l'article 816, alinéa 3, CC, se heurte au texte du nouvel article 4, alinéa 2, 2^{ème} phrase, LP, selon lequel seul l'office des poursuites du lieu de situation de l'immeuble est compétent pour procéder à la réalisation par voie d'enchères d'immeubles sis dans son arrondissement. Nous sommes d'avis que l'article 4, alinéa 2, 2^{ème} phrase, LP doit céder le pas en cas d'application de l'article 816, alinéa 3, CC, alors même qu'il s'agit de la disposition la plus récente. En effet, l'adoption de l'article 4, alinéa 2, LP résulte d'une simple volonté du législateur de codifier une pratique antérieure et éprouvée entre les offices⁴⁶⁵, et d'assouplir les procédures entre ceux-ci⁴⁶⁶. Il ne ressort pas des travaux préparatoires relatifs à cette modification législative que le législateur a entendu remettre en question l'application de la procédure de réalisation des immeubles, telle que prescrite par les articles 816, alinéa 3, CC, et 74, alinéa 3, ORFI, lorsque ceux-ci garantissent une même créance.

⁴⁶¹ Il peut s'agir d'un gage collectif, par lequel chacun des immeubles mis en gage répond de l'entier de la créance (art. 798, al. 1, CC. BK-LEEMANN, N° 6 ad Art. 798 CC ; STEINAUER III (2003), p. 111 ; BAKO-TRAUFFER, N° 7&8 ad Art. 798 CC), ou d'un gage réparti sur plusieurs immeubles, par lequel chaque immeuble répond, généralement proportionnellement à sa valeur, d'une part déterminée de la créance (art. 798, al. 2&3, CC. BK-LEEMANN, N° 46-48 ad Art. 798 CC ; STEINAUER III (2003), p. 113 ; BAKO-TRAUFFER, N° 18 ad Art. 798 CC).

⁴⁶² STEINAUER III (2003), p. 173.

⁴⁶³ ATF 100/1974 III 48, *Wehan Trust reg.* = JT 1975 II 116.

⁴⁶⁴ L'article 107 ORFI règle, en aval de la procédure, les modalités de la mise aux enchères des différents immeubles afin de protéger les tiers propriétaires d'immeubles engagés pour une même créance, ainsi que les créanciers gagistes postérieurs garantis par certains immeubles grevés, tout en ménageant les droits du débiteur en évitant de vendre plus d'immeubles qu'il n'est nécessaire : ATF 126/2000 III 33, *Banque X* ; BK-LEEMANN, N° 25 ad 86 CC ; STEINAUER III (2003), p. 174.

⁴⁶⁵ JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN I, N° 2 ad Art. 4 LP.

⁴⁶⁶ MCF (1991), p. 29.

451. En résumé, dans la poursuite en réalisation de gage, l'office compétent pour procéder à la réalisation de l'immeuble est toujours celui du for de la poursuite, même si l'immeuble n'est pas sis dans son arrondissement. Cette autorité est également chargée de la gérance légale, limitée puis ordinaire, de l'immeuble à réaliser.

c) La poursuite par voie de faillite

452. L'exécution générale est guidée par le principe de l'unité de la faillite : la faillite n'est ouverte qu'à un seul endroit pour toute la Suisse (art. 55 LP). En conséquence, seule une autorité, à savoir celle du for de la faillite, se voit investie des pouvoirs d'administration des biens de la masse. Le for de la faillite est déterminé selon les articles 46 à 50 LP ; il s'agit d'ordinaire du lieu de domicile du débiteur, respectivement du siège social de l'entreprise inscrite au registre du commerce (art. 46, al. 1&2, LP).

453. Les immeubles sis dans l'arrondissement de l'office des faillites du for de la faillite sont gérés et réalisés par celui-ci, compte tenu de sa compétence territoriale et des pouvoirs d'administration dont il est investi.

454. Lorsque les immeubles sont sis hors de l'arrondissement de l'office des faillites du for de la faillite, cet office, investi des pouvoirs d'administration sur l'immeuble, n'est limité dans son activité que par les actes interdits par l'article 4, alinéa 2, LP *in fine*. En effet, il n'est pas renvoyé, pour la faillite, aux articles 24, alinéa 3, ORFI, respectivement 75, alinéa 1, ORFI ; le principe liant compétence de gestion à celle de réalisation des biens, applicable dans l'exécution spéciale, ne vaut donc pas dans l'exécution générale.

455. Les actes de gérance légale sont donc accomplis par l'office du for de la faillite, alors même que l'immeuble serait sis dans un autre arrondissement de poursuite et, partant, réalisé par l'office de son lieu de situation sur requête de l'office du for de la faillite⁴⁶⁷.

⁴⁶⁷ CR LP-DALLEVES, N° 7 ad Art. 4 LP. Voir, dans le même sens, SchKG I-ROTH, N° 8 ad Art. 4 LP, qui précise que les actes préparatoires aux enchères, notamment l'établissement de l'état des charges, sont du ressort de l'office requérant, et non de l'office requis chargé de procéder aux enchères des immeubles sis dans son arrondissement. C'est une autre question de savoir si l'administration de la faillite procède elle-même à la gérance légale de l'immeuble, ou si elle délègue ses pouvoirs à un tiers, lequel serait sis au lieu de situation de l'immeuble, voir *infra* § 664–705.

4) Les immeubles soustraits à la gérance légale

456. L'obligation de gérance légale naît de la mainmise officielle sur l'immeuble. Il est cependant certains cas dans lesquels l'immeuble est soustrait à la gérance légale, tout en demeurant sous la main de l'autorité. En particulier, lorsque l'immeuble est en la possession d'un tiers revendiquant, il n'est pas géré par l'autorité (art. 16, al. 1, ORFI *in fine*). Par ailleurs, dans la poursuite en réalisation de gage, la gérance légale ordinaire est subordonnée à l'absence de renonciation formée par le créancier gagiste poursuivant, et à la mainlevée de l'opposition formée par le tiers propriétaire du gage.

457. Cette situation dans laquelle seule la gérance légale fait défaut doit être distinguée de l'absence de mainmise officielle sur l'immeuble, notamment lorsque le préposé a levé l'interdiction de disposer signifiée au débiteur saisi (art. 96, al. 1, LP)⁴⁶⁸, lorsque, dans la phase préliminaire de la poursuite en réalisation de gage, le créancier gagiste poursuivant n'est pas au bénéfice de l'extension du gage aux loyers⁴⁶⁹, ou lorsque, dans la faillite, l'immeuble appartient à un tiers, voire à un tiers et au débiteur en copropriété ou propriété commune (art. 89, al. 1&3, ORFI)⁴⁷⁰.

a) Dans la saisie

458. Dans la poursuite par voie de saisie, l'office des poursuites est déchargé de la tâche de gérance légale ordinaire de l'immeuble, si celui-ci est en possession d'un tiers revendiquant (art. 16, al. 1, ORFI *in fine*)⁴⁷¹. Afin d'explicitier cette disposition, il s'agit de présenter la procédure de revendication dans la saisie.

459. « Lorsqu'il est allégué qu'un tiers a sur le bien saisi un droit de propriété, de gage ou un autre droit qui s'oppose à la saisie ou qui doit être pris en considération, la procédure de revendication est introduite par l'office. » (art. 106, al. 1, LP). Lorsque le bien saisi est un immeuble, la procédure de revendication ne s'applique qu'en cas de contestation relative au droit de propriété sur l'immeuble. Pour les contestations relatives à des droits réels limités ou à des droits personnels

⁴⁶⁸ Voir *supra* § 146–148.

⁴⁶⁹ Voir *supra* § 50.

⁴⁷⁰ Voir *supra* § 288.

⁴⁷¹ L'office des poursuites est chargé de la gérance légale de l'immeuble saisi, « ... à moins que celui-ci soit en possession d'un tiers revendiquant » (art. 16, al. 1, ORFI *in fine*).

annotés, c'est la procédure spéciale d'épuration de l'état des charges de l'article 140, alinéas 1&2, LP qui doit être suivie⁴⁷².

460. Le tiers revendiquant allègue son droit de propriété sur l'immeuble pour soustraire celui-ci à la saisie frappant le débiteur. Deux situations sont envisageables : soit le tiers prétend que l'inscription du débiteur en qualité de propriétaire au registre foncier est erronée, soit il soutient que sa propre inscription en tant que propriétaire au registre foncier reflète bien la situation réelle. Ces deux hypothèses sont visées par les articles 107, alinéa 1, chiffre 3, LP⁴⁷³, et 108, alinéa 1, chiffre 3, LP⁴⁷⁴, qui règlent la procédure de revendication et le rôle des parties dans celle-ci. Le critère de distinction entre l'application de l'une ou de l'autre est la possession exclusive du bien saisi par le débiteur, respectivement la possession ou la copossession par le tiers.

461. La notion de possession au sens des articles 107 et 108 LP est une notion autonome, qui ne se confond pas systématiquement avec celle du droit civil. Elle désigne la simple relation de fait, qui suppose un rapport spatial assez étroit sur l'objet saisi ; on parle généralement dans ce cas de détention⁴⁷⁵. Cependant, s'agissant des immeubles, leur détention n'est pas possible⁴⁷⁶. La question de savoir qui en est le possesseur découle donc de l'inscription au registre foncier⁴⁷⁷. En conséquence, dans le cadre de l'application des articles 106 à 109 LP, le possesseur d'un immeuble est celui qui est inscrit au registre foncier comme propriétaire.

462. Dans le cadre de l'application de l'article 16, alinéa 1, ORFI *in fine*, le tiers revendiquant doit être possesseur de l'immeuble pour que la gérance légale ne soit pas instaurée. Il s'agit donc de la personne inscrite au registre foncier comme étant le propriétaire de l'immeuble, qui revendique son droit de propriété en se fondant sur le registre foncier (art. 108, alinéa 1, chiffre 3, LP). Dans cette hypothèse, l'immeuble a été saisi alors même qu'il n'était pas inscrit au registre foncier comme appartenant au débiteur (voir l'art. 10 ORFI)⁴⁷⁸.

⁴⁷² Les modalités de la procédure d'épuration de l'état des charges sont prévues aux articles 37 à 43 ORFI. DALLEVES (1999), p. 7 ; GILLIERON II, N° 36 ad Art. 107 LP ; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN I, N° 3 ad Art. 107 LP ; SchKG II-StAEHELIN, N° 8 ad Art. 106 LP, N° 17 ad Art. 107 LP.

⁴⁷³ « Le débiteur et le créancier peuvent contester la prétention du tiers devant l'office des poursuites lorsque celle-ci a pour objet un immeuble et que la prétention ne résulte pas du registre foncier. » (art. 107, al. 1, ch. 3, LP).

⁴⁷⁴ « Le créancier et le débiteur peuvent ouvrir action contre le tiers en contestation de sa prétention lorsqu'elle a pour objet un immeuble et que la prétention du tiers résulte du registre foncier. » (art. 108, al. 1, ch. 3, LP).

⁴⁷⁵ Le texte allemand de la LP parle d'ailleurs de « *Gewahrsam* » et non de « *Besitz* ». AMONN/WALTHER (2003), p. 191 ; DALLEVES (1989), p. 10 ; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN I, N° 8 ad Art. 108 LP ; STEINAUER I (1997), p. 58 ; TSCHUMY (1987), p. 55.

⁴⁷⁶ Par exemple, le propriétaire d'un immeuble locatif ne peut pas en occuper tous les logements.

⁴⁷⁷ AMONN/WALTHER (2003), p. 191 ; DALLEVES (1989), p. 10 ; TSCHUMY (1987), p. 56.

⁴⁷⁸ Voir *supra* § 129–131.

463. En conséquence, lorsqu'un immeuble est saisi alors qu'il n'est pas inscrit au registre foncier comme appartenant au débiteur, la personne inscrite comme propriétaire peut continuer de l'administrer : les pouvoirs de gestion de l'immeuble ne lui sont pas retirés tant que dure la procédure de revendication⁴⁷⁹. A l'issue de celle-ci, soit le propriétaire inscrit sera confirmé dans son statut de propriétaire et l'immeuble sera pleinement soustrait à la mainmise officielle, soit sa qualité de propriétaire sera déniée, et l'immeuble demeurant sous la mainmise officielle en tant que bien du débiteur sera géré par l'autorité.

b) Dans la poursuite en réalisation de gage

464. Dans la poursuite en réalisation de gage, la question de la soustraction de l'immeuble à la gérance légale malgré son indisponibilité ne vaut que pour la gérance légale ordinaire. En effet, dans la procédure préliminaire, l'instauration de la gérance légale limitée est la source même de l'indisponibilité de l'immeuble, et la loi ne prévoit pas de situation dans laquelle la seconde subsisterait sans la première⁴⁸⁰.

465. Nous examinons ci-après la question de l'application de l'article 16, alinéa 1, ORFI *in fine* à la gérance légale ordinaire dans la poursuite en réalisation de gage (i.), puis rappelons l'article 101 ORFI (ii.).

i. L'immeuble en possession d'un tiers revendiquant ?

466. Le renvoi de l'article 101, alinéa 1, ORFI aux règles de la gérance légale ordinaire pour la phase suivant la réquisition de vente ne vaut pas pour l'article 16, alinéa 1, ORFI *in fine*. En effet, nous sommes d'avis que la gérance légale ordinaire de l'immeuble sous la main de l'office des poursuites dans une poursuite en réalisation de gage ne peut pas être rendue inefficace du fait de l'existence d'une procédure de revendication de l'immeuble en cours.

467. Dans la poursuite en réalisation de gage, le fait que l'objet du gage appartienne à un tiers autre que le débiteur n'est pas un obstacle à la mainmise sur l'objet en vue du désintéressement des créanciers, contrairement à ce qui se passe dans la saisie. Le tiers propriétaire du gage bénéficie d'une position particulière dans la procédure de réalisation de gage : le commandement de payer lui est notifié au même titre qu'au débiteur, et il peut y former opposition (art. 153, al. 2, LP). Dans le cadre de la procédure d'opposition, il peut contester le montant et l'exigibilité de la créance, comme l'existence du droit de gage

⁴⁷⁹ Voir, avant l'entrée en vigueur de l'ORFI, l'ATF 39/1913 I 293, *Gobbi*.

⁴⁸⁰ Voir *supra* § 220.

et, le cas échéant, invoquer le fait que les loyers ne sont pas compris dans celui-ci⁴⁸¹.

468. En matière de poursuite en réalisation de gage, la procédure de revendication n'est donc ouverte au tiers propriétaire que si la propriété de l'immeuble mis en gage est litigieuse⁴⁸². Or, dans le cadre de l'article 16, alinéa 1 ORFI *in fine*, le seul cas de revendication envisageable est celui dans lequel le tiers invoque son droit de propriété pour soustraire l'immeuble à la procédure de réalisation⁴⁸³. Comme dans la poursuite en réalisation de gage la propriété de l'immeuble par un tiers n'est pas un obstacle à la poursuite, la revendication ne peut pas satisfaire les exigences particulières relatives à la procédure et en même temps celles tirées de l'article 16, alinéa 1, ORFI *in fine*.

469. En outre, dans la poursuite en réalisation de gage, le but de la revendication est de clarifier la condition juridique du bien gagé, afin que l'on puisse notifier, le cas échéant, un commandement de payer au tiers propriétaire⁴⁸⁴. Or, dans le cadre de l'application de l'article 16, alinéa 1, ORFI *in fine*, la possession du tiers revendiquant sur l'immeuble ressort de son inscription au registre foncier en tant que propriétaire. Cette même inscription a pour effet que, dans le cadre de la procédure en réalisation de gage, le tiers s'est obligatoirement vu notifier un exemplaire du commandement de payer ; le tiers propriétaire a donc déjà eu la possibilité de faire valoir ses droits dans la procédure. Sous cet angle, la revendication n'a pas d'objet.

ii. L'absence de gérance légale ordinaire en application de l'article 101, alinéas 1&2, ORFI

470. Le créancier gagiste poursuivant peut renoncer au bénéfice de la gérance légale ordinaire de l'immeuble objet du gage dans la poursuite en réalisation de gage (art. 101, al. 1, ORFI). De même, la gérance légale ordinaire ne peut être instaurée, en cas d'opposition formée par le tiers propriétaire, qu'une fois que celle-ci a été écartée (art. 101, al. 2, ORFI)⁴⁸⁵.

471. Dans ces deux cas, l'immeuble n'est pas soumis à la gérance légale ordinaire, quand bien même il est l'objet d'une réquisition de vente formée par le créancier gagiste poursuivant.

⁴⁸¹ Voir *supra* § 212.

⁴⁸² DALLEVES (1989), p. 9 ; TSCHUMY (1987), p. 76.

⁴⁸³ Voir *supra* § 460.

⁴⁸⁴ TSCHUMY (1987), p. 76.

⁴⁸⁵ Voir *supra* § 262–263, 264–267.

c) Dans la faillite

472. Dans la faillite, la situation se rapproche de celle dans la saisie : l'immeuble n'est géré qu'à l'issue de la procédure de revendication introduite par l'administration de la faillite, tendant à faire inscrire l'immeuble au nom du failli en lieu et place d'un tiers (art. 242, al. 3, LP)⁴⁸⁶.

5) La situation de la régie en place

473. « L'office est chargé de la gérance même lorsque, avant la saisie, le débiteur l'a confiée à un tiers. » (art. 16, al. 2, première phrase, ORFI). L'instauration de la gérance légale a donc pour effet de priver le régisseur chargé par le débiteur de la gestion de l'immeuble de la faculté d'exercer son mandat⁴⁸⁷. Il s'agit d'une cause de résiliation immédiate et automatique du contrat conclu ; celle-ci n'est pas le fait de l'une des parties, mais découle de l'instauration de la gérance légale sur l'immeuble.

474. A notre avis, la fin du contrat de gérance portant sur l'immeuble doit survenir quelle que soit la cause de son indisponibilité. Il n'y a en effet aucune raison de traiter à ce titre différemment l'exécution spéciale de l'exécution générale. L'article 16, alinéa 2, ORFI doit donc être appliqué par analogie dans le cas de la gérance légale limitée et en cas de faillite.

475. La solution de la fin du contrat de gérance de l'immeuble correspond en outre à la conséquence prévue par le droit de fond en cas de faillite du mandant. En effet, l'article 405, alinéa 1, CO prévoit que « le mandat finit par la mort, l'incapacité ou la faillite soit du mandant soit du mandataire, à moins que le contraire n'ait été convenu ou ne résulte de la nature de l'affaire ». Nous relevons à ce titre que, dans un arrêt ancien, le Tribunal fédéral a exclu une possible revivance du mandat en cas de suspension de la faillite⁴⁸⁸.

⁴⁸⁶ Voir, à titre d'illustration, l'ATF 99/1973 III 12, *Ingenieurbüro R. Lampert-Brändli* = JT 1974 II 37.

⁴⁸⁷ Le contrat de gérance d'immeuble est qualifié de mandat ou de contrat *sui generis* soumis aux règles du mandat. Pour la jurisprudence et une partie de la doctrine, l'article 404, alinéa 1, CO, qui permet la résiliation immédiate du contrat, s'applique au contrat de gérance d'immeuble (SJ 1989 521, *S/ Y.* (TF) ; ATF 106/1980 II 157, *J. THEVENOZ* (2003), p. 120) ; pour d'autres auteurs, ce contrat ne peut pas faire l'objet d'une révocation en tout temps (MONTAVON (1991), p. 141–142 ; FISCHER (2000), p. 407–408 ; TERCIER (2003), p. 713).

⁴⁸⁸ ATF 46/1920 II 421, *Société anonyme pour le commerce des matières premières* = JT 1921 I 42.

B. Les actes de gérance légale

476. Le législateur délégué décrit la mission du gérant légal de manière claire et circonstanciée. D'une part, la description de l'objet de la gérance constitue la condition générale servant de cadre à l'action du gérant légal ; d'autre part, une liste illustrative permet de cerner la mission lui incombant. Notre exposé des actes relevant de la gérance légale reprend la même systématique : nous présentons en premier lieu la condition générale que doit respecter tout acte de gérance légale (1.), puis passons en revue les actes de gérance légale énumérés dans les diverses dispositions légales applicables (2.).

477. Notre analyse met en évidence la portée prépondérante de ce que nous appelons le critère de la nécessité comme la condition générale que doit respecter tout acte de gérance légale. Elle nous fait également nous interroger sur la place de l'institution de la gérance légale dans le processus général de la mainmise officielle, puis de la réalisation des biens du débiteur au profit de ses créanciers : les limites posées à l'activité du gérant légal viennent en effet parfois heurter l'intérêt d'obtenir un meilleur produit de la réalisation des biens sous la mainmise officielle.

1) Les règles générales

478. Les règles applicables de manière générale aux actes de gérance légale sont de deux ordres. D'une part, il y a la condition générale de nécessité que tout acte de gérance doit respecter ; d'autre part, quel que soit l'acte de gérance légale envisagé, il s'agit de s'interroger sur son caractère ordinaire ou exceptionnel, afin de déterminer la procédure qui s'impose au gérant légal.

a) Dans la saisie

479. Dans la saisie, les mesures ordinaires sont décrites à l'article 17 ORFI (i.), et les mesures exceptionnelles à l'article 18 ORFI (ii.).

i. Les mesures ordinaires

480. Les mesures ordinaires sont « ... toutes les mesures nécessaires pour entretenir l'immeuble en bon état de rendement ainsi que pour la perception des fruits et autres produits, soit notamment la commande et le paiement de petites

réparations, les ensemencements et plantations, la conclusion et le renouvellement des assurances usuelles, la résiliation des baux, l'expulsion des locataires, la conclusion de nouveaux baux, la récolte et la vente des fruits, la rentrée des loyers et fermages au besoin par voie de poursuite, l'exercice du droit de rétention du bailleur, le paiement des redevances courantes (pour le gaz, l'eau, l'électricité, etc.). ... » (art. 17, 1^{ère} phrase, ORFI).

481. En premier lieu, les mesures de gérance légale doivent être nécessaires pour que l'immeuble soit entretenu en bon état de rendement ou pour que les fruits ou produits puissent être perçus. Jurisprudence et doctrine voient en cela l'exigence selon laquelle un acte d'administration ne doit jamais dépasser l'entretien et le maintien en bon état de la chose ; une modification de l'usage ou une atteinte à la substance de la chose, quelque judicieuses qu'elles puissent paraître du point de vue économique, ne sont à cet égard pas admises⁴⁸⁹. La gérance légale doit se limiter à ce qui est absolument nécessaire⁴⁹⁰.

482. Il s'agit-là de l'expression de ce que nous désignons comme la condition générale de nécessité : qu'elles tendent à l'entretien de l'immeuble ou à la perception de ses fruits, les mesures de gérance légale doivent, compte tenu de la fin poursuivie, s'avérer nécessaires. Ce critère de nécessité peut être compris dans son sens consacré en droits réels : sont nécessaires des mesures indispensables au maintien de la valeur ou de l'utilité de la chose sur laquelle elles portent⁴⁹¹. Les mesures nécessaires se distinguent des autres mesures, utiles ou somptuaires, qui auraient pour but d'améliorer, peu ou prou, l'utilité ou le rendement de la chose⁴⁹². Des mesures utiles ou somptuaires ne peuvent donc pas être accomplies au titre de la gérance légale.

483. En second lieu, l'article 17 ORFI décrit ce que peuvent être les mesures ordinaires de gérance légale. Cette liste n'est pas exhaustive. La loi n'exclut donc pas que le gérant prenne, à ce titre, des mesures qui ne seraient pas mentionnées dans la disposition, pour autant qu'elles remplissent la condition de

⁴⁸⁹ ATF du 4 avril 2003 (5A.21/2002), *X. et Y.* ; ATF 120/1994 III 138, *H.* = JT 1997 II 43. AMONN/WALTHER (2003), p. 165 ; GILLIERON II, N° 40 ad Art. 102 LP ; CR LP-JEANDIN/SABETI, N° 18 ad Art. 102 LP ; SchKG II-LEBRECHT, N° 14 ad Art. 102 LP.

⁴⁹⁰ MARTIN (1908), p. 90 ; STUDER (1954), p. 73.

⁴⁹¹ La notion de nécessité est définie par le législateur dans les dispositions générales relatives à la propriété, en relation avec les travaux d'administration portant sur une chose en copropriété : sont nécessaires « ... *les travaux d'entretien, de réparation et de réfection qu'exige le maintien de la valeur de la chose* » (art. 647c CC. BAKO-BRUNNER/WICHTERMANN, N° 6ss ad Art. 647c CC ; STEINAUER III (2003), p. 356). La terminologie est reprise dans d'autres dispositions du Code civil, voir les art. 808, al. 2, ou 819 CC.

⁴⁹² BAKO-BRUNNER/WICHTERMANN, N° 9 ad Art. 647c CC ; BK-LEEMANN, ad Art. 808 CC & N° 5 ad Art. 819 CC ; STEINAUER III (2003), p. 356 ; BAKO-TRAUFFER, ad Art. 808 CC & N° 4 ad Art. 819 CC. Sont utiles « *Les travaux de réfection et de transformation destinés à augmenter la valeur de la chose ou à améliorer son rendement ou son utilité ...* » (art. 647d CC) ; voir également l'article 647e CC qui définit les travaux somptuaires comme étant ceux « ... *destinés exclusivement à embellir la chose, à en améliorer l'aspect ou à en rendre l'usage plus aisé...* ».

la nécessité, et qu'il ne s'agisse pas de mesures exceptionnelles au sens de l'article 18 ORFI.

ii. Les mesures exceptionnelles

484. En sus des mesures ordinaires de gérance légale, il est des mesures exceptionnelles que l'autorité peut effectuer ou ordonner. La distinction entre mesures ordinaires et mesures exceptionnelles de gérance légale est importante dans la mesure où l'autorité doit suivre une procédure particulière en présence de mesures exceptionnelles de gérance légale.

485. La référence aux mesures exceptionnelles de gérance légale figure à l'article 18, alinéa 1, ORFI ; on tire les éléments caractéristiques de ces mesures exceptionnelles du début de cette disposition, selon laquelle : « *Si dans l'intérêt d'une bonne gestion il est nécessaire de faire des procès ou de recourir à d'autres mesures exceptionnelles ou impliquant des frais considérables ...* ». Comme l'article 17 ORFI, l'article 18, alinéa 1, ORFI délimite le champ de son application à l'aide d'une condition générale, complétée par une énumération.

486. D'une manière générale, les mesures exceptionnelles doivent être accomplies « *dans l'intérêt d'une bonne gestion* ». Ce renvoi à la notion de gestion est une autre façon d'exprimer l'exigence du critère de la nécessité⁴⁹³. Dans les termes du Tribunal fédéral, un acte de gestion ou d'administration ne doit, par essence, pas dépasser l'entretien et le maintien en bon état de la chose⁴⁹⁴. Le caractère exceptionnel de la mesure ne peut donc pas avoir pour effet de modifier la nature de l'immeuble sous gérance. A titre d'exemple, la jurisprudence considère que le parcellement d'un immeuble⁴⁹⁵ ou les démarches en vue du désassujettissement de l'immeuble à la Loi fédérale du 4 octobre 1991 sur le droit foncier rural⁴⁹⁶ ne peuvent pas être qualifiés de mesures exceptionnelles de gérance légale⁴⁹⁷.

487. Les mesures exceptionnelles sont ensuite désignées par leur nature, ou compte tenu des frais qu'elles impliquent.

488. Revêt en premier lieu un caractère exceptionnel « *la tenue de procès* ». Ce faisant, le législateur délégué a, à notre avis, pris en considération l'intensité de

⁴⁹³ Voir *supra* § 482.

⁴⁹⁴ ATF du 4 avril 2003 (5A.21/2002), *X. et Y.* ; ATF 120/1994 III 138, *H.* = JT 1997 II 43. Voir également CR LP-JEANDIN/SABETI, N° 20 ad Art. 102 LP.

⁴⁹⁵ ATF 120/1994 III 138, *H.* = JT 1997 II 43.

⁴⁹⁶ RS 211.412.11 ; « LDFR ». ATF du 4 avril 2003 (5A.21/2002), *X. et Y.*

⁴⁹⁷ L'issue pour l'autorité qui entend accomplir de telles mesures parce qu'elles permettent d'obtenir un meilleur prix de réalisation est de les qualifier de « *mesures préparatoires en vue des enchères* ».

la démarche judiciaire, et de ses conséquences sur le plan juridique comme économique⁴⁹⁸.

489. Le caractère exceptionnel d'un acte de gérance peut également dépendre du critère quantitatif selon lequel cet acte implique des frais « *considérables* ». La question de savoir à partir de quel montant les frais exposés deviennent « *considérables* » n'a à notre connaissance pas été tranchée. Dans l'incertitude, il s'agit d'utiliser un critère objectif. Par frais considérables, nous sommes d'avis qu'il faut entendre les montants qui dépassent les revenus produits par l'immeuble ou la somme des frais dont l'avance a été requise du créancier et effectuée par lui, notamment quand l'immeuble ne fournit pas de rendement⁴⁹⁹. En effet, c'est grâce aux revenus de l'immeuble que l'office perçoit au titre de gérant légal qu'il peut disposer des ressources suffisantes permettant de couvrir les frais d'entretien nécessaires. Lorsqu'il est à prévoir que ces revenus seront insuffisants, c'est aux créanciers de fournir une avance pour les frais d'administration (art. 105 LP, 16, al. 4 et 18, al. 2, 2^{ème} phrase, ORFI *in fine*). C'est donc dans la mesure où sont requis des fonds supérieurs à ceux dont l'office dispose, ou dont il peut compter d'une façon certaine retirer à brève échéance du produit des loyers⁵⁰⁰, qu'il convient de demander leur avis aux créanciers, et, partant, que la procédure prévue par l'article 18 ORFI doit être suivie. A noter en outre qu'en droits réels, le coût des mesures dites nécessaires n'est pas un obstacle à leur qualification comme telles⁵⁰¹ ; le critère des coûts considérables est donc compatible avec la condition générale de la nécessité.

490. Enfin, par l'expression « *autres mesures exceptionnelles* », l'article 18, alinéa 1, ORFI permet de voir accomplis d'autres actes qui ne seraient pas des procès ou n'impliqueraient pas des frais considérables, mais qui, dans un même temps, revêtiraient un certain degré d'exceptionnalité qui les distinguerait des mesures ordinaires de gérance légale. Nous imaginons le cas de réparations qui ne seraient pas « *petites* » (voir l'article 17 ORFI), mais dont le financement serait malgré cela assuré par le produit locatif de l'immeuble⁵⁰². Ceci étant, cette formulation ouverte est de nature à prêter à confusion lorsqu'il s'agit de distinguer les mesures ordinaires des mesures exceptionnelles : tant l'article 17 que l'article 18 ORFI utilisent comme critère d'application la condition générale de la nécessité, et mentionnent ensuite des actes de gérance à titre d'exemple. Pour des actes qui ne seraient mentionnés ni dans l'une, ni

⁴⁹⁸ A propos des procès tenus par le gérant légal, voir *infra* § 557–572.

⁴⁹⁹ Voir, à l'appui de cette interprétation, JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN I, N° 17 ad Art. 102 LP & N° 5 ad Art. 105 LP.

⁵⁰⁰ JAEGER I, N° 8 ad Art. 102 LP.

⁵⁰¹ STEINAUER III (2003), p. 356.

⁵⁰² Voir, à titre d'illustration, les mesures prises par l'office dans l'ATF du 9 novembre 2004 (7B.204/2004), *X.&Y.*, dont nous sommes d'avis qu'elles dépassent le champ des mesures ordinaires de gérance légale ; voir *infra* § 556.

dans l'autre disposition, il peut en découler un problème d'affectation à l'une ou l'autre de ces catégories.

491. Lorsque les mesures de gérance légale sont qualifiées d'exceptionnelles, l'office doit respecter une procédure déterminée, décrite à l'article 18, alinéas 1&2, ORFI. Celle-ci diffère selon qu'il y a ou non péril en la demeure.

492. S'il y a péril en la demeure, l'office fait de lui-même le nécessaire. Il doit en informer immédiatement les créanciers poursuivants, y compris les créanciers gagistes qui ont intenté des poursuites, ainsi que le débiteur. Il les informe aussi du fait qu'ils ont le droit de porter plainte. Selon une jurisprudence ancienne, le fait que l'office impartisse un délai de trois mois pour effectuer des travaux s'oppose à la réalisation de la condition du péril en la demeure⁵⁰³.

493. S'il n'y a pas péril en la demeure, l'office demande leur avis aux créanciers et au débiteur, en leur fixant un délai pour se déterminer. L'office doit formuler des propositions précises quant aux mesures à prendre et à la façon d'en couvrir les frais. Si le délai s'écoule sans que les propositions aient été combattues, elles sont réputées acceptées⁵⁰⁴. Si les créanciers et le débiteur tombent d'accord pour qu'il soit pris des mesures différentes, l'office doit suivre les instructions reçues, pourvu que les créanciers fassent l'avance des frais nécessaires ou qu'il dispose sans cela des ressources suffisantes. Si les intéressés ne sont pas d'accord quant à l'attitude à adopter, l'office demandera à l'autorité de surveillance les instructions nécessaires.

b) Dans la poursuite en réalisation de gage

494. Dans la poursuite en réalisation de gage, l'immeuble est susceptible de faire l'objet d'une gérance légale limitée, puis d'une gérance légale ordinaire, en fonction de l'avancement de la procédure et du bénéfice de l'extension du gage aux loyers accordé au créancier gagiste poursuivant. La gérance légale est dite limitée, car elle ne tend qu'à la perception des loyers au profit du créancier gagiste poursuivant ; elle est caractérisée par son côté conservatoire⁵⁰⁵. Il ne faut pas perdre de vue qu'à ce stade de la poursuite, le créancier gagiste poursuivant a obtenu l'immobilisation de l'immeuble sur la base de la seule réquisition de poursuite qu'il a lui-même rédigée.

⁵⁰³ ATF 64/1938 III 197, *Pulver* = JT 1939 II 161 (rés.).

⁵⁰⁴ Voir l'ATF du 9 novembre 2004 (7B.204/2004), *X.&Y.*, pour le cas où l'office déclare attendre une détermination écrite, sans fixer de délai aux parties.

⁵⁰⁵ ATF 131/2005 III 141, *Y. SA*.

i. La gérance légale limitée

495. Les obligations incombant à l'office au titre de la gérance légale limitée sont énoncées à l'article 94, alinéa 1, ORFI : « ... l'office est tenu de prendre ... toutes les mesures nécessaires pour assurer et opérer l'encaissement des loyers et fermages ; il devra notamment, au besoin, intenter des poursuites à cet effet, exercer le droit de rétention du bailleur, résilier les baux, requérir l'expulsion des locataires, conclure de nouveaux baux. Il a le droit d'ordonner les réparations urgentes et d'affecter les loyers et fermages perçus par lui au paiement des redevances courantes (pour gaz, eau, électricité, etc.), des frais de réparations ainsi que des contributions à l'entretien du débiteur (art. 103, 2^{ème} al., LP). »

496. Si la loi distingue les mesures nécessaires à l'encaissement des loyers produits par l'immeuble (aa.) des travaux que l'office peut ordonner, respectivement des frais qu'il peut payer (bb.), nous sommes d'avis que l'ensemble des tâches relevant de la gérance limitée doit respecter la condition commune de la nécessité, exprimant l'adéquation au but poursuivi par l'institution. Nous évoquons également la question de l'application par analogie de l'article 18 ORFI (cc.).

aa. Les mesures nécessaires pour assurer et opérer l'encaissement des loyers

497. L'article 94, alinéa 1, première partie, ORFI érige en condition générale la nécessité d'atteindre le but de la gérance légale limitée, puis énumère la liste exemplative des mesures pouvant être prises à ce titre.

498. Les mesures relevant de la gérance légale limitée doivent, en toute hypothèse, être prises en vue d'assurer l'encaissement des loyers produits par l'immeuble. La jurisprudence s'est récemment déterminée dans ce sens : selon le Tribunal fédéral⁵⁰⁶, l'office ne peut, dans le cadre de la gérance légale limitée, résilier un bail que si cette mesure entre dans le cadre de la mission générale qui est de prendre toutes les mesures nécessaires pour assurer et opérer l'encaissement des loyers.

499. C'est en raison de ce but d'assurer la perception des loyers que la gérance légale dans la phase préliminaire de la poursuite en réalisation de gage est considérée comme plus limitée que la gérance légale ordinaire ; en effet, cette dernière poursuit un objectif plus large, qui est le maintien en bon état de rendement de l'immeuble⁵⁰⁷.

500. Nous relevons à propos des mesures énoncées à titre d'exemple que n'y figure pas la référence à la tenue de procès. Ceux-ci peuvent toutefois être in-

⁵⁰⁶ ATF du 8 mars 2001 (4P.279/2000), *Office des poursuites et des faillites Arve-Lac*.

⁵⁰⁷ ATF du 8 janvier 2003 (7B.234/2002), *X. SA.* ; BISchK 2002 232–233 (AS/GE).

roduits ou soutenus pendant une gérance légale limitée, en application analogique de l'article 18 ORFI⁵⁰⁸.

bb. Les réparations urgentes et l'affectation des loyers au paiement de certains frais

501. Outre les mesures permettant d'assurer le paiement des loyers, l'office peut ordonner certaines réparations et affecter les loyers perçus au paiement de certains frais. Le texte légal ne subordonne pas ces actes de l'office à la condition de leur nécessité par rapport à l'encaissement des loyers que produit l'immeuble.

502. A notre avis, la condition de la nécessité doit, dans ce cas également, être respectée : les mesures ordonnées ou prises par l'office doivent tendre à l'encaissement des loyers afin d'assurer la valeur de rendement de l'immeuble⁵⁰⁹. La faculté de pouvoir ordonner des travaux sur l'immeuble ou d'en payer les frais inhérents au bon fonctionnement sert donc à ne pas voir vidé de sa substance le droit du créancier gagiste poursuivant sur les loyers : la capacité de rendement de l'immeuble est péjorée si des travaux d'entretien ne sont pas réalisés sur l'immeuble, ou si les redevances courantes ne sont pas payées⁵¹⁰.

503. Les travaux de réparation que l'office peut ordonner doivent s'avérer urgents. L'urgence est examinée au regard de la nécessité de percevoir les loyers produits par l'immeuble : les réparations envisagées doivent servir à ce que la perception des loyers soit assurée. Sont par exemple urgents des travaux qui s'imposent pour des raisons de sécurité ou de salubrité. Il pourrait en aller également ainsi de travaux visant à remédier à un défaut de la chose louée, alors que les locataires font valoir les droits qui leur sont conférés par les règles sur le bail à loyer, par exemple une demande de réduction du loyer ou une action en dommages-intérêts⁵¹¹.

504. Pour ce qui est des paiements que l'office peut effectuer, on distingue les redevances courantes, les frais de réparation et la contribution à l'entretien du débiteur. Ces points sont développés ci-après dans la partie spéciale relative aux différentes mesures de gérance légale⁵¹².

⁵⁰⁸ Voir *infra* § 505–509.

⁵⁰⁹ Dans le même sens : ATF 62/1936 III 56, *Commune de la Chaux-de-Fonds*.

⁵¹⁰ HOLLIGER (1951), p. 113.

⁵¹¹ Art. 259ss CO.

⁵¹² Voir *infra* § 536–547, 554–556, 595–597.

cc. L'application de l'article 18 ORFI par analogie

505. L'article 94, alinéa 1, ORFI ne distingue pas entre mesures ordinaires ou exceptionnelles de gérance légale. Il s'agit à notre avis d'une lacune : des mesures considérées comme exceptionnelles doivent, au besoin, pouvoir être ordonnées dans le cadre de la gérance légale limitée, en respectant la procédure prévue à l'article 18 ORFI.

506. Jurisprudence et doctrine ont évoqué la question. Selon le Tribunal fédéral, les limites posées par l'article 18 ORFI doivent trouver application en matière de gérance légale limitée ; partant, cette disposition s'applique par analogie⁵¹³. La doctrine est plus restrictive, et considère que l'article 18 ORFI peut être appliqué à la gérance légale limitée en cas de péril en la demeure uniquement⁵¹⁴.

507. Nous sommes d'avis que l'article 18 ORFI peut être appliqué par analogie à la gérance légale limitée. Toutefois, l'application analogique de l'article 18 ORFI à la gérance légale limitée ne doit pas avoir pour effet de modifier la portée de l'article 94, alinéa 1, ORFI et de permettre l'exécution de mesures ou de réparations qui ne pourraient pas être effectuées sans cela. Il ne s'agit pas par ce biais de rendre possibles d'autres mesures que celles prévues à l'article 94 ORFI, mais bien d'assurer le respect d'une procédure permettant aux intéressés de s'exprimer au sujet de mesures importantes de gérance légale⁵¹⁵.

508. Pour cette raison, nous proposons une analyse en deux étapes. Dans un premier temps, il convient de s'assurer qu'il existe un besoin de mesures de gérance légale nécessaires ou de réparations urgentes conformément à l'article 94, alinéa 1, LP. Dans un second temps, si les mesures envisagées consistent en la tenue de procès ou impliquent l'engagement de frais considérables, l'office doit agir en suivant la procédure édictée par l'article 18 ORFI ; les parties sont consultées au sujet des mesures à prendre, voire une fois qu'elles ont été prises s'il y a péril en la demeure⁵¹⁶. A cet égard, nous notons que des réparations peuvent être qualifiées d'urgentes au sens de l'article 94, alinéa 1, ORFI sans que pour autant il y ait péril en la demeure au sens de l'article 18, alinéa 1, ORFI.

509. A titre d'illustration, les travaux nécessaires à la stabilisation de fenêtres qui menaçaient de sortir de leur fixation et de s'écrouler sur la chaussée ont été ordonnés par l'autorité de surveillance⁵¹⁷.

⁵¹³ ATF du 8 avril 2005 (7B.32/2005), *A. et B. SA en liquidation* ; ATF 64/1938 III 197, *Pulver* = JT 1939 II 161 (rés.). Voir également BISchK 2002 233 (AS/GE).

⁵¹⁴ HOLLIGER (1951), p. 113. Voir également SchKG-STAEHELIN, *Erg.Bd.*, N° 14 ad Art. 152 LP.

⁵¹⁵ Dans le même sens : BISchK 2002 233 (AS/GE).

⁵¹⁶ Voir *supra* § 491–493.

⁵¹⁷ BISchK 2002 233 (AS/GE).

ii. La gérance légale ordinaire

510. Une fois la réquisition de vente déposée, l'immeuble fait l'objet d'une gérance légale ordinaire⁵¹⁸. Ce qui a été dit à ce propos dans la saisie⁵¹⁹ vaut *mutatis mutandis*.

c) Dans la faillite

511. Dans la faillite, les actes de gérance légale sont accomplis dans le cadre général de la mission d'administration et de conservation des biens dont l'autorité est investie en application de l'article 240 LP⁵²⁰. Les articles 16 à 22 ORFI constituent des règles pour l'administration des immeubles, dans la mesure où leur application s'inscrit dans les règles générales en matière d'administration de la faillite. A ce titre, ces dispositions sont applicables par analogie dans la faillite⁵²¹. Ce qui a été dit à leur propos pour la gérance légale ordinaire vaut, en principe, également dans la faillite.

512. En particulier, comme toute mesure d'administration, les mesures de gérance légale dans la faillite doivent respecter le principe général de nécessité : sont admises à ce titre les mesures destinées à conserver la substance même de l'immeuble⁵²².

513. Par ailleurs, dans la faillite, on distingue également les mesures ordinaires des mesures exceptionnelles de gérance légale. Ce faisant, on impose une consultation des personnes intéressées avant que la mesure ne soit prise, ou ultérieurement en cas d'urgence. Dans ce cas, l'interlocuteur de l'autorité est la communauté des créanciers ; la consultation se fait lors d'une assemblée des créanciers, ou par voie de circulaire⁵²³.

2) Certains actes de gérance légale en particulier

514. D'une manière générale, les actes de gérance légale doivent répondre à la condition de la nécessité et, s'ils s'avèrent de nature exceptionnelle, être pris

⁵¹⁸ Voir, à titre d'illustration, l'ATF 120/1994 III 138, *H.* = JT 1997 II 43.

⁵¹⁹ Voir *supra* § 479–493.

⁵²⁰ HÄNZI (1979), p. 164 ; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN II, N° 4 ad Art. 240 LP ; MOOR (1992), p. 12.

⁵²¹ ATF 127/2001 III 129, X. Voir également ATF 120/1994 III 28, *Crédit Suisse*.

⁵²² ATF 120/1994 III 152, *Berner Kantonalbank* = JT 1997 II 48 ; ATF 72/1946 III 67, *St. Gallische Kantonalbank* = JT 1947 II 60 ; ATF 58/1932 III 6, *Dame Fierz* = JT 1932 II 138. HÄNZI (1979), p. 164 ; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN II, N° 4 ad Art. 240 LP.

⁵²³ GILLIERON (1997, Note), p. 49. Voir *supra* § 406.

en selon une procédure particulière. Au surplus, les différentes prérogatives attribuées à l'autorité sont énumérées par le législateur délégué ; dans ce cadre, le droit de fond guide également la réflexion. Nous présentons ci-après les principales mesures de gérance légale, en détaillant au besoin selon la procédure appliquée.

a) L'avis aux locataires et aux créanciers gagistes

515. Les avis prescrits ne rentrent pas, selon la systématique de la loi, dans les actes de gérance à proprement parler. Leur fonction est toutefois essentielle à ce titre, puisqu'ils servent à assurer la publicité, et, partant, l'opposabilité, de la mesure à l'égard des locataires.

516. Dans la saisie, une fois celle-ci exécutée, « ... l'office devra donner connaissance de la saisie aux créanciers gagistes ou à leurs représentants inscrits au registre foncier, ainsi que, le cas échéant, aux locataires et fermiers, en attirant l'attention des premiers sur les dispositions des articles 102, 1^{er} alinéa, 94, 3^{ème} alinéa, LP et 806, 1^{er} et 3^{ème} alinéas, CC, et en avisant les locataires et fermiers que, à l'avenir, les loyers et fermages ne pourront être payés valablement qu'en mains de l'office (art. 91, 1^{er} al., ci-après). » (art. 15, al. 1, litt. b, ORFI ; voir également l'art. 102, al. 2, LP, et Form. ORFI N° 5).

517. Dans la poursuite en réalisation de gage, lorsqu'une gérance légale limitée est instaurée, l'office « invite immédiatement les locataires et fermiers à payer désormais en ses mains les loyers et fermages qui viendront à échéance en les avertissant que sinon ils s'exposent à devoir payer deux fois » (art. 91, al. 1, ORFI ; voir également l'art. 806, al. 2, CC). « L'avis peut toutefois être omis lorsque l'immeuble fait l'objet d'une saisie (art. 15, l. 1, litt. b, ci-dessus) et il n'est pas nécessaire de le répéter lorsqu'une nouvelle poursuite en réalisation de gage est intentée ou que l'immeuble vient à être saisi. » (art. 91, al. 2, ORFI in fine). En effet, dans ces cas, l'avis aux locataires a déjà été donné une fois, et, du point de vue du paiement par ceux-ci des loyers, il est indifférent que plusieurs procédures coexistent : dès la réception du premier avis, les locataires doivent payer les loyers en mains de l'office, quelle que soit la cause de l'appréhension de ceux-ci. Dans le même ordre d'idées, l'office n'a pas à réitérer cet avis lors du passage de la gérance limitée à la gérance légale ordinaire. En revanche, si le créancier gagiste poursuivant n'a pas requis l'extention du gage aux loyers, les locataires doivent être informés lorsque la gérance légale ordinaire est instaurée dès la réquisition de vente. En l'absence de disposition

légale, il s'agit d'appliquer, au besoin, l'article 15, alinéa 1, litt. b, ORFI par analogie⁵²⁴.

518. Dans la faillite, une fois que l'office en a reçu le prononcé, il « ... *donnera par écrit avis de la déclaration de faillite aux locataires et fermiers d'immeubles appartenant au failli et les invitera à payer dorénavant en mains de l'office les loyers et fermages qui viendront à échéance, s'ils ne veulent pas avoir à payer à double* » (art. 124 ORFI, Form. ORFI N° 5).

b) L'avis aux assureurs contre les dommages

519. « *Immédiatement après la saisie (provisoire ou définitive), l'office devra, s'il existe une assurance contre les dommages, donner connaissance de la saisie à l'assureur et attirer son attention sur le fait que, d'après l'article 56 de la loi fédérale du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance*⁵²⁵, *jusqu'à nouvel avis il ne pourra plus s'acquitter valablement qu'en mains de l'office ; ...* » (art. 15, al. 1, litt.c., ORFI). Cet avis a la même fonction que l'avis aux locataires : il rend opposable à un tiers potentiellement débiteur l'incapacité du débiteur de percevoir des créances de manière libératoire.

520. Aucun avis à l'assureur n'est prévu par l'ORFI en cas de poursuite en réalisation de gage. Les relations tripartites entre l'assuré, le créancier gagiste et l'assureur sont réglées par le droit de fond, indépendamment de la question de savoir si une procédure en réalisation de gage a été engagée : l'alinéa 1 de l'article 57 LCA prévoit que le privilège du créancier gagiste s'étend aux droits que le contrat d'assurance confère au débiteur, tandis que l'alinéa 2 fait dépendre de l'accord du créancier gagiste ou de garanties en sa faveur le paiement de l'indemnité à l'assuré. Dans ces conditions, les droits du créancier gagiste sont sauvegardés, raison pour laquelle l'office n'a pas à notifier à l'assureur l'existence de la gérance légale instaurée sur l'immeuble.

521. Dans la faillite, l'avis de celle-ci doit être envoyé, en cas de liquidation ordinaire, à l'assureur avec lequel le failli a conclu un contrat d'assurance des personnes ou d'assurance contre les dommages (art. 40, al. 2, litt. c, OAOF). En cas de faillite, la masse succède au preneur d'assurance dans le contrat (art. 55, al. 1, LCA), et elle acquiert les droits qui en découlent (art. 54, al. 1, LCA). La loi prévoit certaines possibilités de résiliation du contrat, dont le délai court dès la connaissance par l'assureur de la mutation (voir les art. 54, al. 3 et 54, al. 4, ch.1, LCA). La connaissance de la mutation par l'assureur résulte de l'avis de faillite qui lui est envoyé par l'office en application de l'article 40, al. 2, litt. c, OAOF.

⁵²⁴ Voir *supra* § 269.

⁵²⁵ RS 221.229.1 ; « LCA ».

c) La gestion des baux

522. Avant de décrire les tâches qui incombent au gérant légal (ii.), il s'agit d'évoquer le sort du contrat de bail portant sur l'immeuble devenu indisponible (i.).

i. Le sort du contrat de bail

523. D'une manière générale, la mainmise officielle sur l'immeuble et l'indisponibilité qui en découle ne mettent pas fin aux contrats portant sur l'immeuble ; le droit matériel est à même de prévoir une telle issue⁵²⁶. Le droit des obligations ne prévoit pas la fin des baux portant sur l'immeuble lorsque celui-ci devient indisponible. Les baux demeurent, et subsistent d'ailleurs même après la réalisation forcée, car « *la vente ne rompt pas le bail* » (art. 261, al. 1, CO)⁵²⁷; la résiliation anticipée par le nouveau propriétaire est réservée (art. 261, al. 2, CO).

524. Dans l'exécution spéciale, le maintien du rapport de bail est exprimé par le fait qu'il appartient désormais au gérant légal d'en assurer l'exécution (art. 17 & 94 ORFI). Il en va de même dans la faillite, par le transfert des pouvoirs de gestion de l'immeuble à l'autorité en vertu des articles 221, respectivement 240 LP, complétés par l'application analogique des articles 16 à 18 ORFI. Dans ce contexte, il s'agit de préciser la portée de l'article 211 LP. Le 1^{er} alinéa de cette disposition pose le principe de la conversion en créance d'argent des créances du failli qui ont un autre objet⁵²⁸ ; cette règle est de nature à s'opposer à la poursuite même du contrat de durée qu'est le bail. A titre d'exception, l'article 211, alinéa 2, LP⁵²⁹, prévoit toutefois que l'administration se voit conférer le choix entre l'exécution en argent et l'exécution en nature lorsque la réclamation résulte d'un contrat bilatéral non encore exécuté au moment de l'ouverture de la faillite⁵³⁰. Compte tenu du principe de la subsistance du contrat de bail et du transfert des pouvoirs aux fins de son exécution, jurisprudence et doctrine sont d'avis que, dans le cas d'un contrat de bail,

⁵²⁶ Pour la faillite, voir DALLEVES (1987), p. 2 ; GILLIERON III, N° 33 ad Art. 211 LP ; JEANDIN (2004), p. 71–72 ; SchKG II-SCHWOB, N° 7 ad Art. 211 LP.

⁵²⁷ « *Si, après la conclusion du contrat, le bailleur aliène la chose louée ou si elle lui est enlevée dans le cadre d'une poursuite pour dettes ou d'une faillite, le bail passe à l'acquéreur avec la propriété de la chose.* » (art. 261, al. 1, CO).

⁵²⁸ « *La réclamation dont l'objet n'est pas une somme d'argent se transforme en une créance de valeur équivalente.* » (art. 211, al. 1, LP).

⁵²⁹ « *Toutefois, lorsque la réclamation résulte d'un contrat bilatéral, qui n'est pas encore exécuté au moment de l'ouverture de la faillite ou qui ne l'est que partiellement, l'administration de la faillite peut se charger de l'exécuter en nature à la place du débiteur. Le contractant peut exiger des sûretés.* » (art. 211, al. 2, LP).

⁵³⁰ AMONN/WALTHER (2003), p. 337 ; DALLEVES (1987), p. 2 ; SchKG II-SCHWOB, N° 5 ad Art. 211 LP.

l'administration de la faillite se voit privée du choix qui lui est confié par l'article 211, alinéa 2, LP : elle est tenue de poursuivre l'exécution en nature du contrat⁵³¹. L'exécution en nature du contrat de bail devient donc la règle.

525. Est cependant réservé le cas particulier dans lequel la faillite du bailleur est prononcée avant la remise de l'immeuble au locataire, pour autant que le bail ne soit pas annoté au registre foncier : dans cette hypothèse, le bailleur n'a pas effectué sa prestation, et l'absence d'annotation du bail empêche que celui-ci soit opposé à des tiers acquérant des droits postérieurement sur l'immeuble⁵³². L'administration dispose ainsi de la faculté de choisir entre l'exécution du contrat, donc la poursuite de la relation de bail avec le locataire, ou la conversion en argent de la créance du locataire ; dans ce cas, celui-ci peut seulement prétendre à des dommages-intérêts pour inexécution du contrat⁵³³. Le choix entre l'une ou l'autre solution dépend de la question de savoir quelle est, en fin de compte, la solution la plus avantageuse pour la masse, compte tenu des circonstances : assurer le rendement immédiat de l'immeuble, en accord avec les principes posés en matière de gérance légale, ou miser sur une réalisation aboutissant à un prix plus élevé, l'immeuble étant libre de locataire.

526. En résumé, d'une manière générale, le contrat de bail se poursuit alors même que l'immeuble devient indisponible. Bien que le débiteur soit toujours propriétaire de son immeuble et demeure formellement le partenaire contractuel du bailleur, car titulaire des droits qui s'y rapportent, l'exécution du contrat revient au gérant légal ; celui-ci est dès ce moment l'interlocuteur du locataire.

ii. Les tâches du gérant légal en relation avec le bail

527. Dans la relation avec les locataires, l'office doit percevoir les loyers, d'une part, et gérer les baux dans la perspective d'un bon état de rendement, d'autre part.

528. La perception des loyers impose que les locataires soient informés au plus vite de la mise en place de la gérance légale⁵³⁴ et des coordonnées bancaires de l'office. Par leur paiement en mains de l'office, les locataires sont libérés (art. 12, al. 2, et 205, al. 2, LP, Form. ORFI N° 5).

⁵³¹ ATF 127/2001 III 273, *A. Autokurier Service* = JT 1998 II 8 ; ATF 115/1989 III 65, *Max G.* = JT 1991 II 130. BISE (2000), p. 7 ; ZK-HIGI, N° 65 ad Art. 261–261a CO ; JEANDIN (2004), p. 83 ; LACHAT (1999), p. 74 ; LORANDI (1998), p. 119 ; PLENIO (2003), p. 159.

⁵³² AMBERG (2000), p. 178 ; BISE (2000), p. 7 ; LACHAT (1999), p. 74 ; LORANDI (1998), p. 115–118. *Contra* : PIOTET (1997), p. 682.

⁵³³ AMBERG (2000), p. 178 ; BISE (2000), p. 7 ; LACHAT (1999), p. 74 ; LORANDI (1998), p. 115–118.

⁵³⁴ Voir *supra* § 515–518.

529. Les mesures de gestion des baux sont semblables dans tous les types de gérance légale ; les énumérations des articles 17 et 94 ORFI sont d'ailleurs similaires. Sont effectués à ce titre la conclusion des baux ou leur résiliation, l'expulsion des locataires, l'introduction de poursuites en vue de l'encaissement des loyers ou l'exercice du droit de rétention du bailleur.

530. Les énumérations des articles 17 et 94 ORFI sont illustratives ; le gérant légal peut prendre d'autres mesures en relation avec la gestion des baux. Il lui incombe notamment, dans sa gestion ordinaire, de donner suite à la demande de diminution de loyer formée par le locataire (art. 270a CO)⁵³⁵. Nous sommes par ailleurs d'avis que l'autorité doit pouvoir notifier au locataire une augmentation du loyer si les conditions en sont réalisées. Si les mesures prises débouchent sur un contentieux, la procédure prévue à l'article 18 ORFI doit être respectée, puisqu'il s'agit-là de mesures exceptionnelles de gérance légale.

531. Pour ce qui est du respect du principe de la nécessité⁵³⁶, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de préciser que la résiliation d'un bail par l'office ne se justifie que dans le cas d'un locataire en retard dans ses paiements⁵³⁷. A notre sens, une résiliation peut s'avérer nécessaire dans d'autres hypothèses, comme par exemple celui du défaut de diligence du locataire envers les voisins ou la chose louée (art. 257f CO) ; en effet, un tel comportement peut être de nature à porter atteinte au rendement de la chose louée.

532. En raison du caractère exclusif du transfert des pouvoirs d'administration au gérant légal, celui-ci devient le seul interlocuteur du locataire⁵³⁸.

d) Les paiements

533. Le fait qu'un immeuble existe et soit utilisé par le débiteur ou loué à des tiers entraîne un certain nombre de frais. Les articles 17 et 94 ORFI précisent quels frais sont pris en charge par l'office au titre de la gérance légale. Cette définition des frais que l'office peut payer détermine par la même occasion ceux qui ne peuvent pas l'être ; les créances se rapportant à ces derniers frais sont alors colloquées selon les règles ordinaires.

534. Ce paiement par préférence de certains frais est constitutif, dans la loi, d'une atteinte au principe de l'égalité entre les créanciers, puisque certaines dettes venant à naître sont payées intégralement sans être colloquées. Le législateur délégué justifie cette atteinte par le but poursuivi par ces paiements, qui

⁵³⁵ ATF du 9 novembre 2004 (7B.204/2004), X.&Y.

⁵³⁶ Voir *supra* § 482.

⁵³⁷ ATF du 8 mars 2001 (4P.279/2000), *Office des poursuites et des faillites Arve-Lac*.

⁵³⁸ ATF 131/2005 III 141, Y.S4 ; ATF 109/1983 III 45, *Muco SE Muldenbau AG* = JT 1985 II 43. BISE (2000), p. 15 ; GILLIERON II, N° 38 ad Art. 102 LP. Voir *supra* § 195, 251, 335.

est de maintenir l'immeuble en bon état de rendement, respectivement d'assurer l'encaissement des loyers.

535. Les articles 17 et 94 ORFI distinguent le paiement des redevances courantes, les frais de réparation et les contributions à l'entretien du débiteur. Les articles 17 et 95, alinéa 1, ORFI précisent que les intérêts hypothécaires ne peuvent pas être payés. Notre analyse distingue entre les frais et redevances courants, qui sont nécessaires au maintien en état de rendement de l'immeuble, d'une part (i.), et les frais issus de mesures ordonnées par l'office, d'autre part (ii.). Nous évoquons également la question des intérêts hypothécaires (iii.).

i. Les frais (et redevances) courants

536. Dans la gérance légale ordinaire comme dans la gérance légale limitée, l'office est tenu de payer les « ... *redevances courantes* (pour le gaz, l'eau, l'électricité, etc.)... » (voir les art. 17 et 94, al. 1, ORFI).

537. La jurisprudence donne une définition générale de ce que sont les redevances courantes : il s'agit des « ... *sommes dues à titre de rémunération d'un service spécial dont l'immeuble bénéficie et dont la privation entraînerait une diminution de sa valeur de rendement...* »⁵³⁹. Cette seconde condition relative à la diminution de la valeur de rendement de l'immeuble est l'expression de la condition générale de nécessité⁵⁴⁰.

538. La terminologie de « *redevance* » nous paraît trop étroite. En effet, elle représente généralement la contrepartie d'une prestation obtenue d'une collectivité publique ou d'un prestataire concessionné ; les articles 17 et 94, alinéa 1, ORFI illustrent d'ailleurs la redevance par des prestations usuellement – à tout le moins à l'époque – fournies sur la base d'un service public. Il est cependant d'autres frais que l'office doit payer afin de bénéficier de services nécessaires au rendement de l'immeuble : il en va ainsi notamment du paiement des primes d'assurances usuelles relatives à l'immeuble, en particulier les assurances incendie et dégâts d'eau⁵⁴¹. Pour cette raison, nous préférons parler de frais courants.

539. Nous évoquons ci-après deux cas de frais courants : les frais inhérents à la qualité de part d'étage lorsque l'immeuble indisponible se trouve en propriété par étages (aa.), de même que les impôts fonciers annuels (bb.).

⁵³⁹ ATF 129/2003 III 90, X. S4. Voir également l'ATF 62/1936 III 56, *Commune de La Chaux-de-Fonds*.

⁵⁴⁰ Voir *supra* § 482, 502.

⁵⁴¹ BISchK 2002 232 (AS/GE). SchKG III-STAHELIN, N° 40 ad Art. 262 LP.

aa. Les frais liés à la qualité de part d'étage

540. En sa qualité d'immeuble, une part de PPE peut faire l'objet d'une mainmise officielle en vue d'une exécution forcée⁵⁴². L'ORFI prévoit des règles spécifiques en matière de réalisation de parts de copropriété (art. 73-73i ORFI pour la saisie et *cum* art. 102 ORFI pour la poursuite en réalisation de gage, et art. 130a-130g ORFI pour la faillite). En ce qui concerne la gérance légale, l'article 23c ORFI, applicable également dans la gérance légale ordinaire dans la poursuite en réalisation de gage (art. 101, al. 1, ORFI) et dans la faillite (art. 130b, al. 3, ORFI), renvoie aux règles générales des articles 16 à 22 ORFI ; il précise en outre que « *les droits d'administration du débiteur sur l'immeuble comme tel et, en cas de propriété par étages, les droits d'administration du débiteur sur les parties de l'immeuble lui appartenant passent à l'office* » (art. 23c, al. 1, ORFI). Un tel renvoi à l'article 23c ORFI fait défaut pour la gérance légale limitée ; nous sommes d'avis qu'il s'agit d'une omission, dans la mesure où des paiements de frais relevant de la qualité de part d'étage sont susceptibles d'être réclamés pendant la période de gérance légale limitée.

541. Le droit matériel de la PPE prévoit plusieurs types de contribution des copropriétaires d'étages au profit de la communauté. Il y a notamment la contribution aux charges communes et aux frais d'administration, d'une part, et la participation au fonds de rénovation, d'autre part.

542. En premier lieu, les copropriétaires contribuent, proportionnellement, aux charges communes et aux frais de l'administration commune (art. 712 h, al. 1, CC)⁵⁴³. La communauté des copropriétaires d'étages dispose d'un droit à l'inscription d'une hypothèque légale pour garantir son droit aux contributions des trois dernières années (art. 712 i, al. 1, CC). Dans un arrêt de principe rendu dans une affaire de faillite⁵⁴⁴, le Tribunal fédéral a considéré que les charges communes et les frais de l'administration commune relèvent de l'administration normale de l'immeuble dans son ensemble et sont en soi propres à lui conserver sa valeur ; tel est notamment le cas des frais d'entretien courant, de réparation et de rénovation du bâtiment, des frais d'administration ou des taxes et contributions assises sur l'immeuble dans son ensemble. Nous sommes d'avis que cette analyse vaut de manière générale, tant pour

⁵⁴² MARCHAND (2003), p. 170–173 ; RUEDIN (1975).

⁵⁴³ Constituent notamment des frais et charges communs, au sens de l'article 712 h, al. 2, CC : les dépenses nécessitées par l'entretien courant, par les réparations et réfections des parties communes du bien-fonds et du bâtiment, ainsi que des ouvrages et installations communs ; les frais d'administration, y compris l'indemnité versée à l'administrateur ; les contributions de droit public et impôts incombant à l'ensemble des copropriétaires ; les intérêts et annuités à payer aux créanciers titulaires de gages sur le bien-fonds ou envers lesquels les copropriétaires se sont engagés solidairement.

⁵⁴⁴ ATF 106/1980 III 118, *Communauté des propriétaires d'étages de la résidence Fulvia C.* GILLIERON II, N° 46 ad Art. 262 LP ; CR LP-JEANDIN/CASONATO, N° 41 ad Art. 262 LP ; SCHKG III-STAEHELIN, N° 40 ad Art. 262 LP.

l'exécution générale que pour l'exécution spéciale. Les charges communes et frais de l'administration commune constituent donc des frais dont le gérant légal doit s'acquitter.

543. En second lieu, les copropriétaires d'étages peuvent être appelés à participer au fonds de rénovation pour les travaux d'entretien et de rénovation des parties communes (art. 712 m, al. 1, ch. 5, CC). Selon la jurisprudence⁵⁴⁵, les montants servant à alimenter les fonds de rénovation ne consistent pas formellement en des charges nécessitées par l'entretien ou l'administration de l'immeuble, mais constituent des provisions pour charges futures ; de ce fait, ils servent non seulement à conserver la valeur de l'immeuble mais également à l'augmenter. Dans une faillite, ils sont considérés comme des dettes de la masse.

544. Cette analyse illustre la difficulté qu'il y a à distinguer entre les mesures d'administration effectuées au titre de la gérance légale, dont l'objet est d'assurer à l'immeuble sa capacité de rendement, et d'autres mesures dont l'objet est défini de manière un peu plus vaste, qui permettent d'espérer obtenir une meilleure réalisation de l'immeuble car ayant contribué à une augmentation de sa valeur⁵⁴⁶. La mission d'administration du gérant légal dans le respect du principe de la nécessité peut en effet venir heurter les intérêts que l'autorité doit sauvegarder dans le cadre de sa tâche de réalisation de l'immeuble : outre sa qualité de gérant légal, l'office ou l'administration de la faillite est également chargé de procéder à la réalisation de l'immeuble, laquelle doit intervenir au meilleur prix⁵⁴⁷. L'enjeu de la question est de savoir qui supporte les frais de ces mesures⁵⁴⁸.

545. Ceci étant, nous sommes d'avis que la participation financière au fonds de rénovation de l'immeuble ne peut pas être considérée comme une mesure admise au titre de la gérance légale : une telle contribution outrepasserait le critère de la nécessité dans la mesure où elle tend à obtenir un meilleur produit de réalisation, et non seulement à maintenir la valeur de rendement de l'immeuble⁵⁴⁹.

⁵⁴⁵ ATF 106/1980 III 118, *Communauté des propriétaires d'étages de la résidence Fulvia C.*

⁵⁴⁶ Dans la faillite : ATF 120/1994 III 152, *Berner Kantonalbank* = JT 1997 II 48 ; ATF 72/1946 III 67, *St. Gallische Kantonalbank* = JT 1947 II 60 ; ATF 58/1932 III 6, *Dame Fierz* = JT 1932 II 138. Dans la poursuite en réalisation de gage : ATF du 4 avril 2003 (5A.21/2002), *X. et Y.* ; ATF 120/1994 III 138, *H.* = JT 1997 II 43.

⁵⁴⁷ Dans l'exécution spéciale, cette obligation découle des articles 125, alinéa 2, et 134, alinéa 1, LP pour la saisie et 156, alinéa 1, LP pour la réalisation du gage. Voir l'article 240 LP pour la faillite.

⁵⁴⁸ Voir *infra* § 548–550.

⁵⁴⁹ Dans le même sens, CR LP-JEANDIN/CASONATO, N° 41 ad Art. 262 LP et SCHKG III-STAEHELIN, N° 40 ad Art. 262 LP. Il peut toutefois y avoir un problème si le règlement de copropriété prévoit des sanctions en cas de non-paiement de la participation au fonds de rénovation.

bb. L'impôt foncier annuel grevant l'immeuble

546. Très souvent, les collectivités publiques, cantons ou communes, perçoivent un impôt foncier sur les immeubles sis sur leur territoire ; l'assujettissement a un caractère réel, dans la mesure où l'impôt se rattache à l'immeuble lui-même, et non à son propriétaire⁵⁵⁰. Dans une jurisprudence ancienne, confirmée récemment, le Tribunal fédéral a dénié la qualité de « *redevances* » à un impôt locatif communal frappant un immeuble sous la main de l'office dans le cadre d'une exécution spéciale : les montants perçus par la collectivité publique ne constituent pas la rémunération de services dont la suppression entraînerait une diminution de la valeur de rendement de l'immeuble⁵⁵¹. Nous partageons sur ce point l'avis du Tribunal fédéral. En outre, permettre le paiement de l'impôt foncier au titre de frais d'administration reviendrait à faire de la créance d'impôt une créance privilégiée, ce que le législateur n'a pas souhaité⁵⁵².

547. Toutefois, la jurisprudence en matière de créances fiscales a évolué ces dernières années permettant un paiement de l'impôt dû sur la réalisation de l'immeuble avant la distribution des deniers, faisant ainsi de la créance fiscale une créance matériellement privilégiée⁵⁵³. Il n'est pas exclu que les motifs justifiant ces prises de position, bien que vertement critiqués en doctrine⁵⁵⁴, viennent à être invoqués afin de justifier le paiement de l'impôt foncier dans le cadre de la gérance légale.

ii. La contreprestation de mesures effectuées par l'office

548. Outre les frais courants, l'autorité gérante doit assumer le paiement des frais correspondant à la contreprestation des mesures qu'elle ordonne. Dans ce cas, l'examen du critère de la nécessité se fait relativement aux mesures ordonnées, et règle la question de l'imputation des frais ainsi exposés.

⁵⁵⁰ OBERSON (2002), p. 240.

⁵⁵¹ ATF du 8 avril 2005 (7B.32/2005), *A. et B. SA en liquidation* ; ATF 62/1936 III 56, *Commune de La Chaux-de-Fonds*.

⁵⁵² Les créanciers de droit public et de droit privé sont, en principe, placés sur un pied d'égalité : voir notamment ATF 120/1994 III 20, *Commune de X*. SchKG I-ACOCCELLA, N° 4 ad Art. 38 LP ; AMONN/WALTHER (2003), p. 55 ; GILLIERON (2003), p. 367 ; RIGOT (1991), p. 57.

⁵⁵³ L'impôt sur les gains immobiliers est perçu, tant dans l'exécution spéciale que dans l'exécution générale, avant répartition des deniers : ATF 122/1996 II 246, *Ville de Winterthur* = JT 1998 II 112 ; ATF 122/1996 II 221, *Administration fédérale des contributions, Division principale de l'impôt fédéral direct* ; ATF 120/1994 III 153, *P. II* en va de même de la TVA afférente à la réalisation de l'immeuble : ATF du 12 août 2005 (7B.73/2005), *X.SA* ; ATF 129/2003 III 200, *Banque B*.

⁵⁵⁴ BEILSTEIN (2003) ; GILLIERON (2003), p. 388 ; CR LP-JEANDIN/CASONATO, N° 44 ad Art. 262 LP ; SchKG III-STAEHELIN, N° 40 ad Art. 262 LP. Voir également ZINGG (2004), p. 309ss.

549. Lorsque les mesures ordonnées sont nécessaires, les frais qui s'y rapportent sont des frais de gérance légale, payés par le produit de celle-ci, voire par le produit de la réalisation de l'immeuble⁵⁵⁵.

550. En revanche, la solution diffère s'il s'avère que les mesures ordonnées ne répondent pas au critère de la nécessité ; tel est notamment le cas de mesures exécutées afin d'augmenter la valeur de réalisation de l'immeuble⁵⁵⁶. En ce qui concerne l'exécution spéciale, le Tribunal fédéral a tranché la question dans une affaire de poursuite en réalisation de gage⁵⁵⁷ : les frais de travaux ne ressortissant pas à la gérance légale ne peuvent pas être imputés sur le prix à distribuer aux créanciers hypothécaires. Il appartient donc à l'autorité, faute de solde disponible après distribution aux créanciers hypothécaires, de supporter ces frais, et d'en réclamer le remboursement au propriétaire sur la base du droit civil, en application des règles sur la gestion d'affaires sans mandat ou l'enrichissement illégitime. Dans l'exécution générale, ces frais constituent des dettes de la masse, car ils sont nés d'un engagement de celle-ci postérieur à l'ouverture de la faillite⁵⁵⁸. Que l'immeuble soit grevé d'un gage ou non, cette dette est à la charge de la masse des créanciers chirographaires, à l'exclusion des créanciers hypothécaires, car elle ne consiste pas en des frais d'administration du gage au sens de l'article 262, alinéa 2, LP⁵⁵⁹.

551. Autrement dit, l'autorité a la faculté de prendre, au titre de mesures de valorisation, des mesures qui outrepassent les limites posées par le principe de la nécessité. Dans ce cadre, elle n'est pas tenue à la consultation formalisée des parties comme elle le serait si la mesure envisagée – *a priori* de nature exceptionnelle – relevait de la gérance légale. Dans cette hypothèse, nous suggérons que l'autorité se soumette également à la procédure instituée par l'article 18 ORFI, et, partant, qu'elle demande leur avis au débiteur, au créancier et au créancier gageur sur les démarches qu'elle entend accomplir.

⁵⁵⁵ Voir *infra* § 601–603.

⁵⁵⁶ Voir *supra* § 544.

⁵⁵⁷ ATF 64/1938 III 197, *Pulver*. Le cas n'a à notre connaissance pas été traité dans la saisie.

⁵⁵⁸ Voir par exemple l'ATF 107/1981 IIb 303, *Masse Nibbio SA en liquidation concordataire*.

⁵⁵⁹ ATF 120/1994 III 152, *Berner Kantonalbank* = JT 1997 II 48 (frais issus de la transformation d'un bureau de poste en un commerce de détail) ; ATF 72/1967 III 67, *St. Gallische Kantonalbank* = JT 1947 II 58 (frais relatifs à une procédure de contestation de l'état de collocation) ; ATF 58/1932 III 6, *Dame Fierz* = JT 1932 II 137 (compte d'exploitation d'une entreprise dont l'activité a été continuée par la masse). Avec ces décisions, le Tribunal fédéral retient également que les mesures prises afin de valoriser l'immeuble ne peuvent pas être comprises en tant que frais afférents à sa réalisation.

iii. Les intérêts hypothécaires

552. Les intérêts hypothécaires ne font pas partie des frais à payer au titre de la gérance légale (art. 17 et 95 ORFI)⁵⁶⁰. Leur assimilation aux frais reviendrait à permettre, sans attendre l'établissement du tableau de distribution des deniers, le désintéressement, à tout le moins partiel, de certains créanciers au détriment des autres⁵⁶¹.

553. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, sont assimilées aux intérêts hypothécaires les rentes dues au superficiaire, dans le cas où l'immeuble objet de la poursuite consiste en un droit de superficie⁵⁶². A noter que l'on s'évite une interprétation extensive des articles 17 et 95 ORFI tout en parvenant au même résultat en appliquant le principe de la nécessité : le paiement de la rente superficière ne sert pas à assurer l'entretien en bon état de rendement de l'immeuble, respectivement la perception des loyers. Pour cette raison, cette charge n'a pas à être payée au titre de frais d'administration.

e) L'exécution de travaux

554. Des petites réparations, respectivement des réparations urgentes, peuvent être ordonnées par l'office dans la gérance légale ordinaire, respectivement dans la gérance limitée. Les premières doivent s'avérer nécessaires pour l'entretien de l'immeuble en bon état de rendement et pour la perception des produits, les secondes pour assurer l'encaissement des loyers.

555. Si ces mesures impliquent des frais non couverts par le rendement de l'immeuble, ou si elles s'avèrent être d'une certaine importance, la procédure prévue par l'article 18 ORFI doit au surplus être suivie⁵⁶³.

556. A titre d'exemple, pour des petites réparations ou des réparations urgentes, nous pouvons mentionner l'intervention d'un plombier devant colmater une fuite dans une conduite facilement accessible. Le remplacement d'une installation de chauffage constitue une mesure exceptionnelle, compte tenu des frais qu'elle implique. Dans un arrêt rendu en 2004⁵⁶⁴, le Tribunal fédéral a considéré que le remplacement des fenêtres et du chauffe-eau ainsi que la pose d'une barrière autour du jardin d'un appartement de plain-pied pouvaient être comprises comme des mesures ordinaires de gérance légale. La nécessité de

⁵⁶⁰ Voir, avant l'entrée en vigueur de l'ORFI, l'ATF 41/1915 III 117, *Meyer*.

⁵⁶¹ Il n'en demeure pas moins que les créanciers gagistes peuvent en compensation prétendre au versement d'acomptes, voir *infra* § 573–593.

⁵⁶² ATF 129/2003 III 90, *X. SA*.

⁵⁶³ Voir *supra* § 484–493.

⁵⁶⁴ ATF du 9 novembre 2004 (7B.204/2004), *X.&Y.*

ces mesures était admise, et leurs frais couverts par l'état locatif de l'immeuble. Sans connaître les circonstances particulières de l'état de fait, nous sommes d'avis que de telles mesures revêtent un certain degré d'exceptionnalité, qui les fait entrer dans la catégorie des « *autres mesures exceptionnelles* » de gérance légale (art. 18, al. 1, ORFI)⁵⁶⁵.

f) La tenue de procès

557. La tenue de procès fait partie des mesures exceptionnelles de gérance légale, pouvant être accomplies tant dans la gérance légale ordinaire que dans la gérance légale limitée ou dans la faillite (art. 18 ORFI, appliqué directement ou par analogie). Comme toute mesure de gérance légale, la tenue de procès doit satisfaire au critère de la nécessité, qu'il s'agisse de maintenir l'immeuble en bon état de rendement dans la gérance légale ordinaire ou dans la faillite, ou d'en percevoir les loyers dans la gérance légale limitée (i.). L'attribution de la capacité de mener des procès implique la nécessité de déterminer la situation sur le plan procédural (ii.). Nous évoquons également le cas particulier des procès en cours (iii.).

i. Le critère de la nécessité

558. Les procès engagés par le gérant légal doivent d'une manière générale répondre au critère de la nécessité : ils doivent tendre au maintien de l'immeuble en bon état de rendement, respectivement à la perception des loyers. Le plus souvent, ils vont concerner des litiges relatifs aux mesures ressortissant à l'exercice de la gérance légale : contentieux relatifs aux baux à loyers, litiges concernant des travaux à effectuer sur l'immeuble ou contestation de frais facturés pour son entretien, par exemple.

559. A l'inverse, les procès relatifs à des mesures ne ressortissant pas à la gérance légale ne peuvent pas être soutenus. A titre d'exemple, un procès en libération de dette relatif à une rente superficielle n'est pas une mesure d'administration⁵⁶⁶. En effet, le paiement d'une rente superficielle ne peut pas être effectué au titre de la gérance légale⁵⁶⁷ ; *a fortiori*, la procédure judiciaire qui s'ensuit non plus. De même, un procès en contestation de l'état de collocation dans la faillite ne constitue pas une mesure que l'office accomplit au titre de la gérance légale⁵⁶⁸. En effet, l'état de collocation a pour objet de régler

⁵⁶⁵ Voir *supra* § 490.

⁵⁶⁶ ATF 129/2003 III 90, X. SA.

⁵⁶⁷ Voir *supra* § 553.

⁵⁶⁸ ATF 72/1946 III 67, *St. Gallische Kantonalbank* = JT 1947 II 58.

l'ordre des créances à couvrir et celui des droits et charges grevant l'immeuble⁵⁶⁹. En règle générale, le rendement de l'immeuble, à savoir sa capacité à produire loyers, n'est pas touché par les contestations relatives aux gages grevant celui-ci ; les procédures en contestation de l'état de collocation ne satisfont donc pas au critère de la nécessité⁵⁷⁰.

560. Le critère de la nécessité est aisément applicable lorsque l'office gérant légal engage des procédures judiciaires. Il l'est moins lorsque le gérant légal est assigné par un tiers. Dans un tel cas, le gérant légal n'a d'autre choix que de défendre au procès, sans pouvoir s'interroger sur le caractère nécessaire ou non de la procédure engagée. Toutefois, cette question de la nécessité importe au niveau de la prise en charge des frais issus du procès. Si la condition de la nécessité est réalisée, il s'agit de frais de l'administration de l'immeuble, perçus avant la réalisation des deniers. Si la condition de la nécessité n'est pas réalisée, les créanciers gagistes n'ont, selon la jurisprudence, pas à les supporter⁵⁷¹.

ii. La qualité pour agir ou défendre au procès

561. Dans l'exécution spéciale comme dans l'exécution générale, le débiteur demeure titulaire des droits concernant les biens indisponibles du fait de la mainmise étatique. Dans le même temps, l'autorité se voit conférer la faculté de faire des procès. La situation doit être examinée sur le plan procédural, en particulier sous l'angle de la qualité pour agir. La qualité pour agir (« *Prozessführungsbefugnis* ») est la faculté de faire valoir, en son nom, un rapport de droit en justice⁵⁷². La question est de savoir si dans le cas de la gérance légale l'attribution de la faculté de faire des procès revient à conférer à l'autorité la qualité pour agir, alors même que le titulaire du droit pouvant être invoqué en justice demeure le débiteur. La problématique n'a que peu été évoquée pour ce qui est de l'exécution spéciale ; dans l'exécution générale, elle semble résolue.

562. Dans l'exécution spéciale, l'article 18 ORFI attribue au gérant légal la capacité de faire des procès⁵⁷³. Jurisprudence et doctrine déduisent de cette faculté de faire des procès l'attribution à l'office de la qualité pour agir en jus-

⁵⁶⁹ AMONN/WALTHER (2003), p. 362–374 ; BRUNNER/HOULMANN/REUTTER (2002) ; JEANDIN (1999, Etat de collocation).

⁵⁷⁰ Dans cet arrêt *St. Gallische Kantonalbank*, le Tribunal fédéral n'a pas résolu la question au regard du critère de la nécessité, mais en tranchant – par la négative – la question de l'imputation des frais de la procédure aux créanciers gagistes, aboutissant au même résultat.

⁵⁷¹ Voir *supra* § 550.

⁵⁷² JEANDIN (2003), p. 14 ; HABSCHIED (1990), p. 149. Voir également HOHL (2001), p. 100, avec une terminologie différente.

⁵⁷³ L'article 18 ORFI s'applique par analogie en cas de gérance légale limitée dans la poursuite en réalisation de gage, voir *supra* § 505–508.

tice⁵⁷⁴. Nous partageons cet avis. L'attribution de la qualité pour agir en justice est le pendant procédural du transfert des pouvoirs d'administration à l'office tel qu'il découle de l'instauration de la gérance légale ; dans ces conditions, les moyens de mettre à exécution les prérogatives d'administration sont également transférés à l'autorité. Transférer les pouvoirs d'administration sans en permettre l'exécution en justice viderait l'institution de la gérance légale de sa substance et l'article 18 ORFI de son sens⁵⁷⁵. Par ailleurs, ce transfert de la qualité pour agir en prive le débiteur. Cette solution, consacrant la distinction entre titularité des droits et faculté de les faire valoir en justice, se rapproche en outre de la situation dans la faillite.

563. Dans la faillite, en effet, le failli perd de la même manière sa qualité pour agir en justice⁵⁷⁶, et ses droits sont exercés par l'administration de la faillite. Selon l'opinion majoritaire, la masse, en sa qualité de « *Sondervermögen* », bénéficie de la capacité d'être partie (« *Parteifähigkeit* »)⁵⁷⁷, et dispose de la qualité pour agir⁵⁷⁸ ; pour ce faire, elle est représentée en justice par l'administration de la faillite (art. 240, 2^{ème} phrase, LP)⁵⁷⁹.

564. Dans l'exécution spéciale comme dans l'exécution générale, le débiteur est titulaire des biens indisponibles mais, en raison de l'instauration de la gérance légale, respectivement de l'ouverture de la faillite, perd la capacité de les faire valoir en justice. C'est l'office des poursuites, ou, selon le cas, la masse représentée par l'administration de la faillite, qui se voit investi du droit de procéder en son nom, respectivement qui est assigné en justice en sa qualité de gérant légal⁵⁸⁰.

⁵⁷⁴ RDAF 2003 II 475 (TA/FR) ; voir également l'ATF 131/2005 III 141, Y.S4, citant, sans le commenter, un arrêt de la Cour de Justice genevoise. GILLIERON II, N° 38 ad Art. 102 LP ; LACHAT (1999), p. 76. La jurisprudence avait d'ailleurs reconnu cette qualité à l'office avant même l'entrée en vigueur de l'ORFI, considérant que la qualité pour agir ne peut pas être dissociée des prérogatives de gérance conférées à l'office par l'article 102, alinéa 3, LP : ATF 37/1911 I 194, *Jäger-Hauser*.

⁵⁷⁵ Dans le même ordre d'idées, JAEGER I, N° 8 ad Art. 102 LP.

⁵⁷⁶ JAEGER II, N° 5 ad Art. 204 LP.

⁵⁷⁷ JEANDIN (2003), p. 8 ; VOGEL/SPÜHLER (2001), p. 135–136 ; SchKG II-WOHLFAHRT, N° 45 ad Art. 204 LP.

⁵⁷⁸ BRAND (1951), p. 13.

⁵⁷⁹ ATF 121/1995 III 28, W. ; ATF 117/1991 III 39, *Office des faillites du canton de Thurgovie* = JT 1994 II 12. BRAND (1951), p. 13 ; GILLIERON III, N° 19 ad Art. 240 LP ; DIETH (1999), p. 73. Voir également l'ATF 97/1971 II 403, *Zürcher et consorts* = JT 1973 I 66, selon lequel l'administration de la faillite est la représentante légale du failli, mais avec les mêmes conséquences sur le plan procédural que les avis précités (qualité pour agir de la masse, représentée par l'administration). *Contra* : GILLIERON III, N° 19 ad Art. 240 LP ; HÄNZI (1979), p. 149 ; SchKG III-RUSSENBERGER, N° 10 ad Art. 240 LP, pour qui la qualité pour agir appartient à l'administration de la faillite, qui agit en son nom propre, alors même qu'elle fait valoir les droits de la masse.

⁵⁸⁰ Voir à titre d'exemple dans l'exécution spéciale l'ATF du 8 mars 2001 (4C.367/2000), *Office des poursuites et des faillites Arve-Lac de Genève* ; dans cette affaire, le Tribunal fédéral a pu se dispenser de l'examen entier de la question de la qualité pour recourir de cette autorité, la mesure que celle-ci entendait effectuer au titre de gérant légal ne répondant pas au critère de la nécessité. *Contra* : décision de la Cour de Justice genevoise citée en ATF 131/2005 III 141, Y.S4, pour qui l'assigné est le poursuivi, représenté légalement par l'Etat gérant légal.

iii. Le cas des procédures en cours

565. Il se peut que, lorsqu'intervient l'indisponibilité de l'immeuble, des procès le concernant soient en cours, opposant son propriétaire à un tiers, ou que des procédures administratives soient pendantes. Il peut en particulier s'agir de litiges relatifs aux baux à loyers.

aa. Dans l'exécution spéciale

566. Il n'y a pas de norme réglant le sort de procès en cours dans l'exécution spéciale. En particulier, contrairement à ce qui prévaut dans la faillite⁵⁸¹, la suspension des procédures pendantes n'est pas prévue dans la loi.

567. Il n'en demeure pas moins que, selon nous, ce qui vaut pour les procédures engagées après l'indisponibilité de l'immeuble doit valoir pour les procédures pendantes également : une fois l'immeuble indisponible, son propriétaire perd la faculté de faire valoir les droits s'y rapportant en justice, au profit de l'autorité. L'office devrait donc se substituer au débiteur dans la procédure.

568. Ceci étant, en l'absence de disposition spécifique en la matière, une suspension de procédure, suivie d'une substitution de parties, ne se produit pas devant les autorités administratives ou judiciaires saisies de procédures relatives à l'immeuble. Dans ces conditions, on peut à tout le moins exiger du gérant légal qu'il intervienne dans la procédure, aux côtés du débiteur, afin de s'assurer que les démarches effectuées dans le cadre de celles-ci satisfont au critère de la nécessité.

bb. Dans l'exécution générale

569. Dans l'exécution générale, la question est réglée à l'article 207 LP⁵⁸². Cette disposition prévoit la suspension des procédures pendantes lorsque l'issue de celles-ci est susceptible d'influencer l'état de la masse, à l'actif ou au passif⁵⁸³.

570. Les procédures pendantes relatives à l'administration de l'immeuble sont d'une manière générale de nature à influencer l'état de la masse dans la

⁵⁸¹ Voir *infra* § 569–572.

⁵⁸² « *Sauf dans les cas d'urgence, les procès civils auxquels le failli est partie et qui influent sur l'état de la masse en faillite sont suspendus. Ils ne peuvent être continués, en cas de liquidation ordinaire, qu'après les dix jours qui suivent la seconde assemblée des créanciers et, en cas de liquidation sommaire, qu'après les 20 jours qui suivent le dépôt de l'état de collocation. Les procédures administratives peuvent être suspendues aux mêmes conditions que les procès civils.* » (art. 207, al. 1&2, LP).

⁵⁸³ AMONN/WALTHER (2003), p. 328–329 ; GILLIERON II, N° 10 ad Art. 207 LP ; SchKG II-WOHLFAHRT, N° 5 ad Art. 207 LP.

mesure où elles répondent au critère de la nécessité⁵⁸⁴. Il en va ainsi typiquement des contentieux relatifs au montant des loyers.

571. La suspension des procédures intervient lorsque celles-ci sont pendantes. Les procédures civiles sont pendantes une fois introduites en justice, selon les modalités du droit de procédure cantonal⁵⁸⁵. Les procédures administratives sont considérées comme telles une fois la décision rendue par l'autorité administrative de première instance⁵⁸⁶.

572. Dans le cas où les procédures pendantes et suspendues concernent des actes d'administration de l'immeuble sous la main de l'autorité, la masse se doit, si c'est dans l'intérêt d'une bonne gestion, de continuer ces procès en cours. Cette décision est prise lors de la deuxième assemblée des créanciers (art. 253 LP), voire de la première en cas d'urgence (art. 238 LP), ou par l'administration de la faillite en cas de liquidation sommaire (art. 231 LP). Dans ce cas, la situation procédurale est la même qu'en cas de procès intenté par la masse une fois la faillite ouverte : la masse agit en son nom, représentée par l'administration de la faillite⁵⁸⁷.

g) Le versement d'acomptes

573. Le versement d'acomptes dépend directement des prétentions que peuvent faire valoir les créanciers sur les loyers produits par l'immeuble pendant que celui-ci est sous la mainmise officielle. Il convient donc d'examiner d'une manière générale à quoi, à qui et quand sont affectés les loyers perçus par le gérant légal. Cette analyse permet également de conclure sur la question de l'affectation préférentielle des loyers.

i. Dans la saisie

574. L'affectation des loyers perçus dans la gérance légale ordinaire est réglée à l'article 22, alinéa 1, ORFI. Selon cette disposition, le produit des loyers perçus est affecté en premier lieu à la couverture des frais et dépenses de la gérance, et au versement des subsides éventuellement accordés pour l'entretien du débiteur et de sa famille. Le solde disponible fait l'objet de répartitions périodiques aux ayants droit, après l'expiration du délai de participa-

⁵⁸⁴ Voir, dans le même ordre d'idées, BISE (2000), p. 12.

⁵⁸⁵ ATF 120/1994 III 143, *X. et consorts et Y.* SchKG II-WOHLFAHRT, N° 10 ad Art. 207 LP.

⁵⁸⁶ ATF 116/1990 V 284, *Francine H.* = JT 1995 II 34, rendu sous l'ancien droit, mais énonçant un principe encore d'actualité selon la doctrine majoritaire : GILLIERON II, N° 32 ad Art. 207 LP ; SchKG II-WOHLFAHRT, N°11 ad Art. 207 LP.

⁵⁸⁷ Voir *supra* § 563.

tion des articles 110 et 111 LP et après dépôt préalable d'un tableau de distribution provisoire.

575. Les ayants droit désignés pour la distribution des loyers sont en principe les personnes pouvant prétendre à la distribution du produit de la réalisation de l'immeuble : il s'agit par préférence, mais pour autant que leurs créances soient exigibles, aient été inscrites à l'état des charges et n'aient pas été contestées ou aient été admises par le juge, des créanciers au bénéfice de droits de gage sur l'immeuble⁵⁸⁸ ; viennent ensuite les créanciers au profit desquels l'immeuble a été saisi ou séquestré (art. 81 ORFI *ab initio* ; art. 146, al. 2, LP).

576. L'article 22, alinéa 1, ORFI *in fine* réserve le cas des créanciers gagistes dont les poursuites en réalisation de gage ont été intentées avant la réalisation des fruits et n'ont pas été contestées : leurs créances sont colloquées en première ligne pour ce qui est de la distribution des loyers. Cette disposition sert en fait à réserver le droit préférentiel sur les loyers conféré aux créanciers gagistes poursuivants ; en effet, en cas d'extension du gage aux loyers, les créanciers saisissants perdent leurs droits sur ceux-ci⁵⁸⁹.

ii. Dans la poursuite en réalisation de gage

577. Dans la poursuite en réalisation de gage, le versement d'acomptes sert à compenser le fait que les intérêts hypothécaires ne peuvent pas être payés pendant la gérance légale⁵⁹⁰.

578. Il convient de distinguer la période de gérance légale limitée précédant la réquisition de vente de celle de gérance légale ordinaire qui la suit.

aa. Dans la gérance légale limitée

579. Des acomptes provenant des loyers perçus par l'office peuvent être payés au créancier poursuivant qui prouve que sa créance a été reconnue par le débiteur ou constatée par un prononcé définitif (art. 95, al. 1, 2^{ème} phrase, ORFI)⁵⁹¹. Le créancier gagiste poursuivant doit évidemment avoir requis

⁵⁸⁸ Dans le même sens, GILLIERON II, N° 21 ad Art. 144 LP ; *contra* : SchKG II-SCHÖNIGER, N° 91 ad Art. 144 LP, pour qui le droit de préférence du créancier gagiste n'est réservé que si celui-ci a introduit une poursuite en réalisation de gage, en application de l'article 22, alinéa 1, ORFI *in fine*.

⁵⁸⁹ Dans le même sens, ATF 95/1969 III 33, *Sus Vellaz SA en liquidation*. Le cas du concours d'une saisie de l'immeuble avec une poursuite en réalisation de gage est réglé, en ce qui concerne la distribution des deniers, à l'article 113 ORFI : le principe est la couverture dans un premier temps des frais relatifs à l'administration et à la réalisation du gage, puis dans un second temps le désintéressement des créanciers gagistes, selon leur rang ; l'éventuel excédent est réparti dans la saisie.

⁵⁹⁰ Voir *supra* § 552.

⁵⁹¹ L'accord exprès du débiteur au versement d'acomptes ne suffit pas pour pallier la non-réalisation de cette condition lorsqu'une procédure tendant à la levée de l'opposition portant sur la quotité et l'exigibilité de la créance est pendante : ATF du 13 octobre 2004 (7B.194/2004), *Fondation X*.

l'extension du gage aux loyers pour pouvoir bénéficier du versement d'acomptes, faute de quoi les articles 91 à 96 ORFI ne s'appliqueraient pas⁵⁹². Lorsqu'il y a plusieurs créanciers gagistes poursuivants, des acomptes ne peuvent être versés qu'avec l'accord de tous les créanciers gagistes poursuivants⁵⁹³ ou après l'établissement d'un état de collocation (art. 95, al. 2, ORFI)⁵⁹⁴. Ces conditions préalables au versement d'acomptes permettent d'aménager le versement anticipé des loyers tout en respectant l'ordre de préférence découlant de l'état de collocation définitif, en application des principes régissant le rang des droits réels.

580. L'article 95, alinéa 1, ORFI ne précise pas si ce sont les loyers bruts ou les loyers nets qui peuvent faire l'objet du versement d'acomptes. A notre avis, il ne peut s'agir que du produit net des loyers perçus par l'office. En effet, en tant qu'il prévoit le versement d'acomptes, l'article 95 ORFI est une *lex specialis* de l'article 114 ORFI, qui règle, dans le cadre de la distribution des deniers, l'affectation des loyers perçus tout au long de la poursuite en réalisation de gage. Or, l'article 114, alinéa 1, ORFI précise expressément que c'est le produit net des loyers qui est attribué aux créanciers gagistes poursuivants⁵⁹⁵. Ces dispositions réglementaires se doivent en outre de respecter le principe énoncé à l'article 157, alinéa 1, LP selon lequel les produits issus de la réalisation forcée du gage servent en premier lieu à en couvrir les frais d'administration, de réalisation et de distribution.

581. En résumé, des acomptes provenant des loyers nets perçus par l'office peuvent être payés au créancier gagiste poursuivant qui a requis l'extension du gage aux loyers. Il s'agit d'un des volets concrets de la mise en œuvre de la préférence qui lui est accordée par l'article 806 CC, afin de notamment compenser la perte de temps induite par les délais devant être respectés dans le cadre de la procédure en réalisation de gage⁵⁹⁶. C'est d'ailleurs pour cette raison qu'une partie de la doctrine précise que le créancier gagiste poursuivant peut, aussi longtemps qu'il n'a pas à craindre la concurrence d'autres créanciers gagistes et pour autant que sa créance soit moindre, se contenter, pendant le délai d'atermolement de deux ans de l'article 154 LP, de percevoir les

⁵⁹² Voir *supra* § 96. Voir également SchKG II-BERNHEIM/KÄNZIG, N° 24 ad Art. 157 LP ; SCHELLENBERG (1968), p. 125.

⁵⁹³ Les créanciers gagistes poursuivants dont l'accord est requis pour le versement d'acomptes à un autre créancier gagiste doivent également être au bénéfice de l'extension du gage aux loyers : GILLIERON (1996, Note acomptes), p. 283.

⁵⁹⁴ ATF 122/1996 III 88, *Banque X. et Banque Z.* ; ATF 95/1969 III 33, *Sus Vellaz SA en liquidation*. Voir également GILLIERON (1996, Note acomptes), p. 283.

⁵⁹⁵ Dans le même sens, ATF 122/1996 III 88, *Banque X. et Banque Z.*, selon lequel « un créancier poursuivant ne saurait obtenir davantage sous la forme d'acomptes payés avant la réquisition de vente dans la procédure préliminaire (art. 85 ss ORFI) qu'après la réalisation (art. 97 ss, en particulier 114 ORFI) ».

⁵⁹⁶ Voir *supra* § 45.

acomptes sur les loyers produits par l'immeuble, sans avoir à requérir la vente de l'immeuble⁵⁹⁷.

bb. Dans la gérance légale ordinaire

582. La règle de l'affectation des loyers au bénéfice des créanciers gagistes poursuivants est posée à l'article 114, alinéa 1, ORFI : « *le produit net des loyers et fermages perçus depuis la réquisition de poursuite en réalisation de gage jusqu'à la vente de l'immeuble sera attribué au créancier gagiste poursuivant à tant moins de sa créance, sans égard au fait que le produit de la vente de l'immeuble suffirait pour le désintéresser* ». Cette disposition appelle trois remarques, qui concernent son application temporelle, les bénéficiaires qu'elle désigne, et le mode d'affectation qu'elle prescrit.

583. En premier lieu, l'article 114 ORFI est une disposition située dans le chapitre relatif à la distribution des deniers, qui concerne les loyers « ... *perçus depuis la réquisition de poursuite jusqu'à la vente de l'immeuble* ... ». L'article 114 ORFI s'applique donc aussi bien aux loyers perçus, sur requête du créancier gagiste poursuivant, dans la phase préliminaire de la poursuite en réalisation de gage, qu'aux loyers perçus dans la phase suivant la réquisition de vente de l'immeuble au titre de la gérance légale ordinaire qui est mise en place.

584. En deuxième lieu, l'article 114, alinéa 1, ORFI désigne comme bénéficiaire de l'attribution des loyers « ... *le créancier gagiste poursuivant* ». Compte tenu du champ d'application temporel de cette disposition, il faut y apporter une précision : le bénéficiaire de l'attribution des loyers, dans la phase préliminaire de la procédure, est le créancier gagiste poursuivant, pour autant qu'il ait requis le bénéfice de l'extension du gage aux loyers⁵⁹⁸. En revanche, pour la phase de la procédure suivant la réquisition de vente, il n'est pas nécessaire que le créancier gagiste ait expressément requis l'extension du gage aux loyers pour profiter de leur affectation préférentielle, puisque les loyers sont perçus par l'office indépendamment d'une telle démarche. En cas de pluralité de créanciers gagistes poursuivants, l'affectation des loyers se fait selon leur rang, dès que, temporellement, ils sont entrés en concours (art. 114, al. 2, ORFI)⁵⁹⁹.

585. En troisième lieu, les loyers sont affectés au créancier gagiste poursuivant « ... *alors même que le produit de la vente de l'immeuble suffirait pour le désintéresser* ». La norme précise ici en tant que de besoin que le créancier gagiste poursuivant peut prétendre au versement d'acomptes sans avoir à attendre la réalisation de l'immeuble. Ce droit au versement d'acomptes découle, pour la phase préliminaire de la procédure, de l'article 95 ORFI. Pour la phase de la

⁵⁹⁷ SchKG II-BERNHEIM/KÄNZIG, N° 23 ad Art. 157 LP ; WEISS (1936), p. 78.

⁵⁹⁸ Voir *supra* § 65, 579. GILLIERON II, N° 27 ad Art. 157 LP.

⁵⁹⁹ GILLIERON (1996, Notes acomptes), p. 284.

procédure suivant la réquisition de vente, il est renvoyé aux articles 16 et suivants ORFI applicables à la gérance légale ordinaire (art. 101, al. 1, ORFI) ; le versement anticipé des loyers est prévu à l'article 22, alinéa 1, ORFI. A noter que cette dernière disposition ne peut pas être appliquée *mutatis mutandis* à la procédure en réalisation de gage, puisqu'elle contient des spécificités propres à la saisie⁶⁰⁰ ; il faut en retenir, dans le cadre de la poursuite en réalisation de gage, que des répartitions périodiques aux ayants droit sont possibles, après déduction des frais et dépenses de la gérance, et des subsides versés à l'entretien du débiteur.

586. En résumé, des acomptes sur les loyers nets perçus par l'office sont versés aux créanciers gagistes poursuivants tant dans la gérance légale limitée que dans la gérance légale ordinaire qui s'ensuit ; dans la gérance légale limitée, le créancier gagiste poursuivant doit avoir au surplus requis l'extension du gage aux loyers.

iii. Dans la faillite

587. Contrairement à la saisie et à la poursuite en réalisation de gage, il n'existe pas dans la faillite de règle prévoyant expressément l'affectation des loyers perçus en raison de la gérance légale d'un immeuble faisant partie de la masse. En principe, le produit total de l'actif est réparti entre les créanciers selon l'état de collocation, après couverture des dettes de la masse. Les produits s'ajoutent les uns aux autres et sont répartis entre tous, selon l'état de collocation et en application du principe de l'égalité entre les créanciers.

588. Cependant, lorsque des biens grevés d'un droit de gage font partie de la masse, le produit de leur réalisation est distribué entre les créanciers gagistes selon leur rang, conformément à l'ordre de désintéressement prévu par le droit civil (art. 219, al. 1 à 3, LP)⁶⁰¹. Par ailleurs, les produits découlant de l'administration et de la réalisation du gage sont affectés à la couverture des frais qu'ils engendrent ; le principe est que chaque gage supporte ses propres frais⁶⁰². A ce titre, l'article 262, alinéa 2, LP, prévoit que « *le produit des biens remis en gage ne sert à couvrir que les frais d'inventaire, d'administration et de réalisation du gage* ». L'article 262, alinéa 2, LP ne distingue pas entre le produit de l'administration et le produit de réalisation. De son côté, l'article 85 OAOF⁶⁰³,

⁶⁰⁰ L'article 22, alinéa 1, ORFI précise que les versements périodiques ne peuvent intervenir qu'une fois les délais de participation à la saisie échus ; or, le système des participations n'existe pas dans la poursuite en réalisation de gage.

⁶⁰¹ STOFFEL (2002), p. 293. Voir par exemple ATF 119/1993 III 32, *Société de Banque suisse*.

⁶⁰² KRAUSS (1904), p. 48.

⁶⁰³ « *Le tableau de distribution est rédigé en observant les règles ci-après : il indique en premier lieu d'une manière précise, pour chaque objet remis en gage, le produit de sa réalisation ainsi que les frais d'inventaire, d'administration et de réalisation auxquels il a donné lieu. Ces frais doivent être prélevés sur le produit de sa réalisation. S'il reste un excédent après le paiement des frais et le*

qui concrétise l'article 262 LP en posant les règles relatives à l'établissement du tableau de distribution, ne vise que le produit de réalisation des biens. Malgré la lettre restrictive de l'article 85 OAOF, la notion de « *produit des biens* » figurant à l'article 262, alinéa 2, LP, doit être comprise de manière large⁶⁰⁴.

589. Les produits découlant de la gérance – et de la réalisation – d'un immeuble sont donc affectés dans un premier temps aux frais que celles-ci engendrent. Dans un second temps, les créanciers gagistes sont désintéressés selon leur rang. Les produits et frais relatifs au gage ne sont en conséquence pas assimilés aux autres frais ou produits issus de la réalisation de la masse. Sur cette base, les loyers perçus par l'office dans le cadre de la gérance légale de l'immeuble faisant partie de la masse sont affectés au paiement des frais de gérance et de réalisation, avant de revenir aux créanciers gagistes. Ces produits demeurent donc individualisés au sein de la masse, et sont affectés à des frais et dividendes particuliers. Il s'agit de faire en sorte que le créancier gagiste obtienne le même traitement que s'il avait poursuivi en réalisation de gage ; ici la réalisation par l'administration de la faillite ne doit pas avoir pour effet de placer le créancier gagiste dans une situation moins bonne⁶⁰⁵.

590. L'article 266, alinéa 1, LP prévoit la possibilité de procéder à des répartitions provisoires dès l'expiration du délai pour agir en contestation de l'état de collocation⁶⁰⁶. Avant de ce faire, l'administration de la faillite doit dresser un tableau de distribution provisoire, déposé auprès de l'office (art. 82, al. 1, OAOF). La doctrine, se fondant sur la jurisprudence, exige que deux conditions supplémentaires soient réalisées pour la distribution provisoire⁶⁰⁷. Premièrement, celle-ci n'est possible qu'une fois les dettes de la masse et autres frais couverts ; il s'agit de s'assurer que le résultat final de la distribution des deniers ne souffre pas de la répartition provisoire⁶⁰⁸. Deuxièmement, la distribution provisoire doit se fonder sur des revenus effectifs, non sur des estimations. Le plus souvent, des répartitions provisoires sont effectuées une fois le

remboursement intégral des créances garanties par gage, cet excédent est versé au compte général de réalisation de l'actif. Si, au contraire, la réalisation n'a pas suffi pour désintéresser les créanciers gagistes, ceux-ci seront inscrits dans les classes une à trois pour le montant dont ils restent à découvrir, lorsque le failli était personnellement obligé au paiement de leurs créances. Le produit total de l'actif général, avec l'excédent éventuel des biens frappés de gage, est employé en premier lieu à couvrir tous les autres frais de la faillite, y compris ceux résultant d'un inventaire public préalable ; le solde est réparti entre les créanciers chirographaires conformément à l'état de collocation. » (art. 85 OAOF).

⁶⁰⁴ Dans le même sens, voir CR LP-JEANDIN/CASONATO, N° 33 ad Art. 262 LP ; SchKG III-STAEHELIN, N° 47 ad Art. 262 LP ; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN II, N° 11 ad Art. 262 LP.

⁶⁰⁵ JAEGER II, N° 4 ad Art. 262 LP ; SchKG III-STAEHELIN, N° 38 ad Art. 262 LP.

⁶⁰⁶ Le versement d'acomptes est exclu par l'article 96, litt. c, OAOF en cas de liquidation sommaire de la faillite. Voir également l'ATF 117/1991 III 44, *Sormani et consorts*.

⁶⁰⁷ SchKG III-STAEHELIN, N° 1 ad Art. 266 LP, et les références citées.

⁶⁰⁸ ATF 83/1957 III 67, *Alpinapharm*.

gage réalisé, mais avant la distribution des deniers de la faillite⁶⁰⁹. Ceci étant, on doit pouvoir admettre, sur la base de l'article 266 LP, le versement d'acomptes provenant du produit net des loyers, avant même la réalisation de l'immeuble, une fois un tableau de distribution provisoire établi. Dans un tel cas, en effet, les frais afférents à l'administration du gage seraient par essence couverts, puisque des loyers nets sont versés, et les revenus effectivement acquis à la masse, les loyers ayant été effectivement encaissés par celle-ci au titre de la gérance légale de l'immeuble.

591. Dans la faillite également, le droit préférentiel sur les loyers tel qu'il découle de l'article 806 CC est assuré.

iv. Synthèse

592. Les articles 144 LP *cum* 22, alinéa 1, ORFI, 157 LP *cum* 114 ORFI et 262 LP *cum* 85 OAOF reflètent le principe général selon lequel les produits issus de l'administration, puis de la réalisation du gage ne sont pas assimilés aux autres produits découlant de la procédure en cause ; au contraire, ils doivent en être distingués. Ces produits sont affectés à la couverture des seuls frais découlant de l'administration et de la réalisation de l'immeuble, avant d'être attribués aux créanciers gagistes, selon leur rang⁶¹⁰. L'attribution peut être faite sous la forme d'acomptes, palliant ainsi le fait que les intérêts hypothécaires ne peuvent plus être payés une fois l'immeuble sous la mainmise officielle.

593. Ces dispositions du droit des poursuites traduisent le droit préférentiel du créancier gagiste sur les loyers produits par l'immeuble tel qu'il est consacré par l'article 806 CC.

h) L'entretien du débiteur et de sa famille et son droit d'occuper l'immeuble

594. Il est des droits conférés au débiteur qui doivent être pris en compte dans le cadre de la gérance légale. Le droit à l'entretien que peut faire valoir le débiteur influence le solde de la gérance, puisque les frais qu'il implique sont couverts par le produit locatif de l'immeuble. En outre, de ce droit peut découler celui d'occuper l'immeuble pendant la durée de la gérance légale. Ceci étant, ces prétentions ne peuvent pas être invoquées de la même manière dans l'exécution spéciale (i.) et dans l'exécution générale (ii.).

⁶⁰⁹ Voir par exemple les états de fait à la base des ATF 122/1996 III 40, *P.*, ATF 119/1993 III 32, *Société de Banque Suisse*, ou ATF 83/1957 III 67, *Alpinapharm*.

⁶¹⁰ ATF 89/1963 III 72, *Garage Moderne SA* = JT 1963 III 103. SchKG III-STAEHELIN, N° 38 ad Art. 262 LP.

i. Dans l'exécution spéciale

595. Dans l'exécution spéciale, l'article 103, alinéa 2, LP⁶¹¹ confère au débiteur le droit à des secours qui sont prélevés sur les revenus de l'immeuble. Cette disposition s'applique dans la saisie comme dans la poursuite en réalisation de gage une fois que la vente a été requise, par renvoi de l'article 155, alinéa 1, LP. Le droit à des secours est en outre étendu à la période de la gérance légale limitée dans la poursuite en réalisation de gage par l'article 94, alinéa 1, dernière phrase ORFI *in fine*⁶¹².

596. La quotité des secours alloués au débiteur en application de l'article 103, alinéa 2, LP est déterminée en application des règles relatives au minimum vital selon l'article 93 LP⁶¹³.

597. Outre ce droit à des secours, le débiteur a le droit d'occuper son immeuble sans avoir à payer de loyer, jusqu'à ce que l'immeuble soit réalisé (art. 19 ORFI)⁶¹⁴. Le droit d'occuper gratuitement l'immeuble ne concerne que le domicile ou le lieu de travail du débiteur⁶¹⁵ ; en ce sens, le droit d'occupation est considéré comme une émanation du droit à l'entretien. Le droit d'occuper l'immeuble s'éteint avec la réalisation de l'immeuble⁶¹⁶. L'office est compétent pour requérir l'expulsion du débiteur qui refuserait de quitter les lieux après l'adjudication, ce jusqu'à l'inscription du nouveau propriétaire au registre foncier⁶¹⁷.

ii. Dans la faillite

598. Dans la faillite, il existe la possibilité d'une allocation d'assistance au failli, mais celle-ci est fournie de manière restrictive. L'allocation d'assistance est prévue à l'article 229, alinéa 2, LP⁶¹⁸, sous une forme potestative. L'allocation d'assistance est comprise comme la contreprestation de la masse au failli contraint de demeurer à la disposition de l'administration pendant la

⁶¹¹ « Si le débiteur est sans ressources, il est prélevé ce qui est nécessaire à son entretien et à celui de sa famille. » (art. 103, al. 2, LP).

⁶¹² BISchK 1973 151 (AS/GE).

⁶¹³ ATF du 20 décembre 2002 (7B.221/2002), *Banque X.* ; ATF 94/1968 III 15, *Total (Suisse) S.A.* = JT 1968 II 47. JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN, N° 3 ad Art. 103 LP ; GILLIERON II, N° 14 ad Art. 103 LP ; CR LP-JEANDIN/SABETI, N° 10 ad Art. 103 LP ; SchKG II-LEBRECHT, N° 8 ad Art. 103 LP.

⁶¹⁴ « Jusqu'à la réalisation de l'immeuble, le débiteur ne peut être tenu ni de payer une indemnité pour les locaux d'habitation ou d'affaires qu'il occupe ni de vider les lieux. » (art. 19 ORFI).

⁶¹⁵ PKG 1994 N° 28 (TC/GR) ; BISchK 1947 52 (OG/ZH).

⁶¹⁶ LGVE 1993 I N° 37 (OG/LU) ; STUDER (1954), p. 173. *Contra* : PKG 1994 N° 28 (TC/GR), pour qui le *dies ad quem* du droit d'occuper l'immeuble est le jour de la requisition de vente.

⁶¹⁷ LGVE 1993 I N° 37 (OG/LU). Voir également *supra* § 415.

⁶¹⁸ « L'administration peut lui allouer une assistance équitable, notamment si elle le retient à sa disposition. » (art. 229, al. 2, LP).

durée de la liquidation (art. 229, al. 1, LP)⁶¹⁹. Lorsqu'elle est allouée, la quotité de cette prestation est déterminée conformément aux règles relatives au minimum vital⁶²⁰.

599. Contrairement à ce qui prévaut dans l'exécution spéciale, le failli n'a pas un droit d'occuper les immeubles sous la main de l'autorité. En effet, il appartient à l'administration de fixer les conditions auxquelles le failli et sa famille peuvent rester dans leur logement, la durée du séjour et le montant de la contreprestation due à la masse notamment (art. 229, al. 3, LP)⁶²¹. Il est reconnu de manière unanime que cette disposition ne fonde pas une prétention à habiter à titre gratuit⁶²². Pour cette raison, l'article 19 ORFI ne trouve pas application dans la faillite⁶²³. Ceci étant, il demeure dans le pouvoir d'appréciation de l'administration de la faillite de décider si une contreprestation pour l'occupation des locaux est due ou non. L'institution de ce pouvoir d'appréciation est le fruit d'un compromis entre les intérêts des créanciers à obtenir un loyer entrant dans la masse active et l'intérêt du failli, défini en fin de compte, à notre avis, à la lumière des règles relatives au minimum vital⁶²⁴.

C. La couverture des frais, l'émolument et la comptabilité de la gérance légale

600. Les mesures de gérance légale que l'autorité doit accomplir entraînent fréquemment une sortie d'argent, que ce soit pour payer des fournisseurs de prestations ou verser des acomptes aux ayants droit. Ces frais sont le plus souvent couverts par les produits de la gérance (1.). Ces frais doivent être distingués des montants servant à « rémunérer » l'autorité pour son activité et issus de l'émolument de gérance légale (2.). Nous terminons cette section en évoquant les règles relatives à la comptabilité de la gérance légale (3.).

⁶¹⁹ ATF 106/1980 III 77, *Peter J.* = JT 1981 II 05. AMONN/WALTHER (2003), p. 349 ; GILLIERON III, N° 16 ad Art. 229 LP ; SchKG III-LUSTENBERGER, N° 7 ad Art. 229 LP.

⁶²⁰ AMONN/WALTHER (2003), p. 349.

⁶²¹ « *L'administration fixe les conditions auxquelles le failli et sa famille pourront rester dans leur logement et la durée de ce séjour, dans la mesure où le logement fait partie de la masse en faillite.* » (art. 229, al. 3, LP).

⁶²² MCF (1991), p. 163. BISchK 2002 71 (KG/ZH) ; BISchK 2000 37 (AS/NE) ; voir déjà avant la modification législative : ATF 117/1991 III 63, *Elda D.-R.* = JT 1993 II 140. AMONN/WALTHER (2003), p. 349 ; GILLIERON III, N° 24 ad Art. 229 LP ; SchKG III-LUSTENBERGER, N° 14 ad Art. 229 LP..

⁶²³ ATF 117/1991 III 63, *Elda D.-R.* = JT 1993 II 140. GILLIERON III, N° 25 ad Art. 229 LP ; SchKG III-LUSTENBERGER, N°15 ad Art. 229 LP.

⁶²⁴ Voir, dans le même sens, GILLIERON III, N° 26 ad Art. 229 LP, qui lie le renoncement au paiement d'une indemnité d'occupation à la nécessité d'une assistance équitable en application de l'article 229, alinéa 2, LP.

1) La couverture des frais

601. Dans l'exécution spéciale, les frais de la gérance légale sont en principe couverts en premier lieu par le produit des loyers issus de l'immeuble (art. 22, al. 1, ORFI *ab initio* et 94, al. 1, ORFI). Lorsque les revenus de l'immeuble s'avèrent insuffisants, l'office peut exiger du créancier qu'il fasse l'avance des frais (art. 105 LP et 16, al. 4, ORFI). Il n'y a pas de disposition similaire dans le cas de la gérance légale limitée ; la doctrine admet que l'article 16, alinéa 4, ORFI s'applique ici par analogie⁶²⁵. A noter que ce besoin d'avance des frais permet, selon notre conception, de déterminer le caractère exceptionnel de mesures de gérance légale⁶²⁶. A défaut de revenus suffisants et d'avance de la part du créancier, les frais d'administration sont couverts par le produit de la vente (art. 46, al. 1, et 113, al. 1, ORFI).

602. Dans la faillite, il s'agit de distinguer selon que l'immeuble est grevé ou non d'un droit de gage. Si l'immeuble est franc de gage, les règles générales s'appliquent : l'ensemble des frais à la charge de la masse sont couverts par le produit global de celle-ci, issu de l'administration comme de la réalisation⁶²⁷. Dans ce cas, on ne distingue pas si les frais de la gérance légale sont effectivement couverts par les loyers produits ou si, inversement, les loyers servent exclusivement à couvrir les frais de la gérance. Lorsque les immeubles faisant partie de la masse sont grevés de gages, les frais résultant de leur administration sont couverts par les produits qu'ils engendrent (art. 262, al. 2, LP), chaque gage supportant ses propres frais⁶²⁸.

603. Contrairement à l'exécution spéciale, il n'y a pas de norme prévoyant que le créancier fait l'avance des frais d'administration. Une éventuelle avance des frais de faillite peut être demandée du créancier ou du débiteur qui a requis la faillite ; cette avance ne concerne que les frais exposés jusqu'à la suspension de la faillite faute d'actifs ou jusqu'à l'appel aux créanciers (art. 169 LP)⁶²⁹. On peut donc envisager le cas de mesures urgentes de gérance légale devant être prises à ce stade de la procédure, pour la couverture desquelles l'autorité requerrait l'avance des frais, sur la base de l'article 169, alinéa 2, LP.

⁶²⁵ GILLIERON II, N° 6 ad Art. 105 LP.

⁶²⁶ Voir *supra* § 489.

⁶²⁷ Pour le cas où le produit de la réalisation ne suffit pas à couvrir les dettes de la masse, voir l'ATF 113/1987 III 148, *Peter L.* = JT 1990 II 47, qui instaure un ordre dans les frais à couvrir. AMONNI/WALTHER (2003), p. 390 ; SchKG III-STAEHELIN, N° 37 ad Art. 262 LP.

⁶²⁸ Voir *supra* § 587-588.

⁶²⁹ MCF (1991), p. 128. GILLIERON II, N° 12 ad Art. 169 LP ; SchKG II-NORDMANN, N° 1 ad Art. 169 LP. Voir par ailleurs JT 2001 II 32 (TC/FR), CR LP-JEANDIN/CASONATO, N° 37 ad Art. 262 LP, SchKG-BAUER, Erg.Bd., N° 38/45 ad Art. 262 LP.

2) L'émolument pour la gérance légale

604. L'autorité perçoit un émolument pour les opérations de gérance légale qu'elle effectue. Cet émolument est supposé représenter la contrepartie du travail effectué par l'autorité au titre de gérant légal des immeubles sous sa main⁶³⁰.

605. L'émolument est prévu à l'article 27, alinéas 1&2, OELP⁶³¹. D'une manière générale, cette disposition est applicable pour toutes les gérances légales, ordinaire, limitée ou dans la faillite. En effet, l'article 27 OELP est situé dans le chapitre 2 de l'ordonnance, qui traite des émoluments perçus par l'office des poursuites ; il est indifférent à ce titre que la procédure diligentée par l'office soit une saisie ou une poursuite en réalisation de gage. L'article 27 OELP s'applique en outre par analogie à la gérance légale dans la faillite, par renvoi de l'article 46, alinéa 2, litt. a, OELP.

606. L'émolument est de 5% des loyers perçus ou à percevoir pendant la durée de la gérance ; le calcul du montant de l'émolument s'effectue sur la base des loyers bruts perçus par le gérant légal. Lorsque l'immeuble n'est pas utilisé, l'émolument est fonction de la valeur d'estimation de l'immeuble. A notre avis, un immeuble doit être considéré comme n'étant pas utilisé lorsqu'il ne produit pas de loyers. Il en va ainsi non seulement lorsqu'il est libre d'occupants, mais également lorsque le débiteur l'occupe à titre gratuit (art. 19 ORFI).

607. L'émolument couvre toutes les opérations de l'autorité en relation avec la gérance de l'immeuble. Cette rémunération est exhaustive, et le gérant légal ne peut pas facturer des frais supplémentaires pour son activité, et, par exemple, présenter un décompte pour l'accomplissement de tâches selon le temps passé ou selon le nombre de pages écrites⁶³².

608. Si l'office estime que son activité n'est pas suffisamment rémunérée, il peut requérir de l'autorité de surveillance que l'émolument soit, dans des cas particuliers, augmenté dans la mesure nécessaire (art. 27, al. 4, OELP)⁶³³. La lettre de cette disposition et le caractère exhaustif de la tarification fédérale s'opposent toutefois à ce que l'émolument soit, d'une manière générale, majoré

⁶³⁰ Il s'agit-là d'une explication imagée, puisque le fonctionnement financier de l'Etat ne permet pas de mettre effectivement en relation les prestations fournies avec les émoluments perçus pour celles-ci.

⁶³¹ « L'émolument pour la gérance d'immeubles, y compris la conclusion de contrats de bail à loyer ou à ferme, la tenue des livres et de la comptabilité, est de 5 pour-cent des loyers ou fermages perçus ou à percevoir pendant la durée de la gérance. Lorsque l'immeuble n'est pas utilisé, l'émolument annuel est de 1 pour mille de sa valeur d'estimation. » (art. 27, al. 1&2, OELP).

⁶³² ATF 126/2000 III 490, *Betreibungsamt Z.* = JT 2000 II 91. Voir également l'ATF 128/2000 III 476, X.

⁶³³ « L'autorité de surveillance peut, dans des cas particuliers, augmenter l'émolument dans la mesure nécessaire. » (art. 27, al. 4, OELP).

afin de tenir compte des frais engendrés par l'augmentation du volume des procédures immobilières et de l'organisation administrative de l'office⁶³⁴.

609. L'émolument est considéré comme frais de la gérance légale, prélevés en priorité sur le produit de celle-ci, voire sur celui de la réalisation de l'immeuble⁶³⁵.

3) La comptabilité de la gérance légale

610. Dans son activité, le gérant légal est appelé à percevoir des fonds et à effectuer des paiements. Il est indispensable que ces opérations financières soient consignées de manière stricte et soient reconnaissables comme telles. Les règles relatives à la comptabilité se situent aux articles 20 et 21 ORFI pour l'exécution spéciale, et aux articles 16 et suivants OAOF pour l'exécution générale.

611. Dans l'exécution spéciale, les articles 20 et 21 ORFI imposent à l'office de tenir un compte séparé des frais de la gérance (art. 20, al. 1, ORFI), respectivement un compte détaillé des dépenses et recettes de celles-ci (art. 21, al. 1, ORFI). Les encaissements et les paiements sont inscrits dans le livre de caisse ; il est ouvert dans le grand livre un compte spécial pour chaque immeuble qui donne lieu à l'encaissement de loyers ou dont l'office a assumé l'administration à la suite de la saisie ; les encaissements y sont également inscrits, les recettes de la caisse à l'« avoir » et les dépenses de la caisse au « doit » (art. 15 IFORFI).

612. Ces dispositions s'appliquent dans la gérance légale ordinaire, dans saisie comme dans la poursuite en réalisation de gage. Il n'existe pas de règle similaire relative à la comptabilité de la gérance légale limitée, ni de renvoi aux articles 20 et 21 ORFI. Il s'agit à notre avis d'une lacune ; les articles 20 et 21 ORFI doivent être appliqués par analogie pour la gérance légale limitée.

613. Dans la faillite, la réglementation de la comptabilité est prévue de manière détaillée aux articles 16 et suivants OAOF ; ces dispositions exécutent le mandat général confié aux offices des faillites de dresser procès-verbal de leurs opérations (art. 8, al. 1, LP). L'office, respectivement l'administration spéciale de la faillite (art. 97 OAOF), doit inscrire dans le livre de caisse toutes les opérations faites pour le compte de la faillite (art. 16 OAOF). Il doit également ouvrir sur le grand livre un compte spécial à chaque faillite, dans lequel sont inscrites toutes les opérations de caisse (art. 17 OAOF), et tenir un compte spécial

⁶³⁴ ATF 128/2000 III 476, X.

⁶³⁵ Voir *supra* § 601–603.

de ses opérations avec la caisse de consignation (art. 18 OAOF). Les opérations relatives à la gérance légale dans la faillite sont donc consignées et comptabilisées conformément à ces dispositions.

D. Contentieux

614. D'une manière générale, les actes de l'autorité de poursuite ou de faillite peuvent faire l'objet d'une plainte⁶³⁶ à l'autorité de surveillance (art. 17 LP⁶³⁷) puis, en dernière instance, auprès du Tribunal fédéral (art. 19 LP⁶³⁸). Toutefois, les actes du gérant légal ont comme particularité d'être accomplis non seulement à l'égard des parties à la procédure, mais également envers des tiers concernés par la gestion de l'immeuble, en exécution d'une relation préexistante ou nouvelle de droit privé. Une telle intervention du gérant légal à l'égard de tiers hors du cadre strict du droit public soulève la question de la soumission ou de l'exclusion de ces mesures au contentieux du droit des poursuites.

615. Nous proposons ci-après une lecture des normes relatives au contentieux dans la LP qui permette d'assurer la protection juridique des parties à la procédure d'exécution forcée comme des tiers concernés à un titre ou à un autre par la gérance légale de l'immeuble. Notre analyse porte principalement sur les caractéristiques de l'objet de la plainte (1.), et la qualité pour agir (2.) ; nous mentionnons également les autres conditions de recevabilité, formelle et matérielle, de la plainte (3.).

1) L'acte attaqué

616. A teneur de la lettre de la loi, l'acte du gérant légal porté devant l'autorité de surveillance doit consister en une « mesure ». La version alle-

⁶³⁶ D'une manière générale, à propos de la plainte, AMONN/WALTHER (2003), p. 37–56 ; SchKG I-COMETTA, ad Art. 17–19 LP ; DIETH (2002) ; GILLIERON I, ad Art. 17–19 LP ; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN I, ad Art. 17–19 LP ; JEANDIN (2000) ; LORANDI (2000), ad Art. 17–19 LP ; MEIER (2002).

⁶³⁷ « Sauf dans les cas où la loi prescrit la voie judiciaire, il peut être porté plainte à l'autorité de surveillance lorsqu'une mesure de l'office est contraire à la loi ou ne paraît pas justifiée en fait. » (art. 17, al. 1, LP).

⁶³⁸ « Toute décision de l'autorité cantonale supérieure de surveillance peut être défermée au Tribunal fédéral dans les dix jours à compter de sa notification pour violation du droit fédéral ou de traités internationaux conclus par la Confédération, ainsi que pour abus ou excès du pouvoir d'appréciation. » (art. 19, al. 1, LP).

mande de l'article 17, alinéa 1, LP, désigne comme objet de la plainte des « *Verfügungen* », à savoir des décisions.

617. La « mesure » est désignée en jurisprudence comme « *tout acte d'autorité accompli par l'office ou par un organe de la poursuite en exécution d'une mission officielle dans une affaire concrète. L'acte de poursuite doit être de nature à créer, modifier ou supprimer une situation du droit de l'exécution forcée dans l'affaire en question, et il peut se manifester de toutes sortes de façons, par la passation d'un contrat par exemple* »⁶³⁹. La doctrine définit la mesure de manière similaire, en insistant sur les effets externes que celle-ci doit déployer⁶⁴⁰.

618. Cette définition de la mesure sujette à plainte se recoupe largement avec la définition de la décision administrative, dont elle revêt les caractéristiques essentielles : caractère souverain, unilatéralité, caractère individuel et concret, acte émanant d'une autorité, fondé sur le droit public et affectant la situation juridique des particuliers⁶⁴¹.

619. Cette définition est cependant plus large, dans la mesure où l'acte de l'autorité peut se manifester de diverses manières, et n'a pas à consister en une décision formelle. Cette définition large de l'acte attaqué reflète les particularités du mode d'action de l'autorité dans le cadre de la procédure d'exécution forcée et permet d'en tenir compte. En effet, le plus souvent, l'autorité exprime sa volonté, non pas par la prise d'une décision formelle, mais par les actes qu'elle accomplit dans le cadre de sa gestion de la procédure. Dans la gérance légale, cette activité se concrétise par le versement d'acomptes, la commande de travaux, ou la gestion de baux, par exemple. Le comportement du gérant légal consiste à la fois en l'accomplissement d'un acte matériel⁶⁴² et en la prise d'une décision⁶⁴³. En droit administratif, on parle dans ce cas d'actes matériels incorporant une décision : dans un même temps, ceux-ci déterminent une situation juridique et produisent la modification d'un état de fait pour concrétiser cette obligation⁶⁴⁴. Nous relevons d'ores et déjà que la prise en compte de cette particularité dans la terminologie de la loi, de même que l'illustration qui en est donnée en jurisprudence, sont des éléments forts au regard de

⁶³⁹ ATF 129/2003 III 400, X. Voir également ATF 128/2002 III 156, S. ; ATF 116/1990 III 91, *Banque X.* ; ATF 85/1959 III 90, *Office des faillites de Genève*.

⁶⁴⁰ SchKG I-COMETTA, N° 19 ad Art. 17 LP ; DIETH (2002), p. 364 ; GILLIERON I, N° 11 ad Art. 17 LP ; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN I, N° 18 ad Art. 17 LP ; JEANDIN (2000), p. 3.

⁶⁴¹ Voir l'article 5, alinéa 1, de la Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (RS 172.021, « PA »). ATF 130/2004 V 388, F. ; ATF 121/1995 II 473, X.-*Leben*. HÄFELIN/MÜLLER (2002), p. 178 ; MOOR II (2002), p. 156–180.

⁶⁴² Un acte matériel n'a pas pour objet de régler une situation juridique, mais il peut parfois déployer des effets juridiques : HÄFELIN/MÜLLER (2002), p. 183 ; MOOR II (2002), p. 156.

⁶⁴³ Dans le même sens, voir GILLIERON I, N° 12 ad Remarques introductives ad Art. 17–21 LP, pour qui « *toute mesure suppose une décision tacite* ».

⁶⁴⁴ MOOR II (2002), p. 158.

l'appréhension du contentieux sous l'angle de l'acte détachable, telle que nous la préconisons dans ce travail⁶⁴⁵.

620. En résumé, l'objet de la plainte doit revêtir les caractéristiques suivantes : il doit s'agir d'un acte individuel et concret, qui émane d'une autorité de la poursuite, fondé sur le droit de la poursuite, ayant un caractère obligatoire et déployant des effets externes.

621. Afin d'examiner dans quelle mesure les actes du gérant légal contiennent ces caractéristiques, nous procédons à une reclassification des actes de gérance légale, en distinguant non pas, comme le fait l'ORFI, en fonction de l'intensité de la mesure, mais selon le destinataire de celle-ci. En effet, les actes de gérance légale ont deux catégories de destinataires, les parties à la procédure et les tiers. Selon à qui elles sont destinées, ces mesures se fondent sur un régime juridique différent, qui impose une analyse différenciée afin de déterminer les voies de recours disponibles. Nous distinguons donc les mesures verticales prises à l'égard des parties à la procédure (a.) des actions horizontales accomplies à l'égard de tiers, dans le cadre de relations juridiques préexistantes ou nouvellement créées (b.)⁶⁴⁶. Nous terminons avec la question de l'inaction du gérant légal (c.).

a) Les mesures verticales

622. Les mesures verticales ont comme destinataires les parties à la procédure. Elles sont fondées sur le seul droit des poursuites, et le gérant légal agit souverainement à l'égard des parties, qui se trouvent dans un rapport de subordination. Ces actes déterminent les droits conférés aux parties par l'autorité. Par exemple, le gérant légal autorise, dans un tableau de distribution provisoire, le versement d'acomptes aux créanciers⁶⁴⁷, ou verse la contribution à l'entretien du débiteur⁶⁴⁸.

623. Les mesures verticales de gérance légale revêtent les attributs de la « mesure ». En particulier, elles déploient le plus souvent un effet juridique externe à l'égard des parties, puisque celles-ci sont atteintes dans leurs droits⁶⁴⁹. De tels actes sont en principe sujets à plainte.

⁶⁴⁵ Voir *infra* § 632–636.

⁶⁴⁶ Voir *infra* l'Annexe II.

⁶⁴⁷ Voir *supra* § 573–593.

⁶⁴⁸ Voir *supra* § 594–599.

⁶⁴⁹ ATF 129/2003 III 595, *P. AG.*

b) Les relations horizontales

624. Ceci étant, une grande partie de l'activité du gérant légal est déployée à l'égard de tiers qui ne sont pas parties à la procédure d'exécution forcée mais qui sont concernés, à un titre ou à un autre, par la gestion de l'immeuble. Ces tiers peuvent participer directement à son rendement, lorsqu'ils en sont locataires ; leur influence peut aussi être indirecte, par exemple lorsqu'il s'agit de fournisseurs de prestations qui servent à assurer le rendement de l'immeuble.

625. Le gérant légal entre en relation avec ces tiers sur la base de relations juridiques – préexistantes ou nouvelles – fondées sur le droit privé, puisqu'il se substitue au bailleur dans sa gestion de l'immeuble : c'est désormais à lui qu'incombe la gestion des baux, le paiement des frais se rapportant à l'immeuble ou la conclusion de contrats portant sur des travaux d'entretien. Pour cette raison, nous parlons de relations horizontales⁶⁵⁰.

626. Il s'agit de savoir si la conclusion de contrats par l'autorité, de même que d'une manière plus large les actes juridiques effectués dans le cadre de la gestion de ces relations de droit privé (mises en demeure, résiliations), peuvent faire l'objet d'un contrôle par l'autorité de plainte.

627. Dans sa jurisprudence, le Tribunal fédéral a dans un premier temps expressément exclu du contrôle par l'autorité de plainte la conclusion de contrats par l'autorité de poursuite, avant de l'admettre. Dans une décision de principe rendue en 1976⁶⁵¹, le contrôle n'a pas été admis en raison de la nature juridique de l'acte attaqué. Dans un arrêt ultérieur⁶⁵², le Tribunal fédéral n'a pas refusé d'entrée de cause de faire porter le contrôle sur la passation d'un contrat, mais a considéré que dans le cas d'espèce la conclusion du contrat ne portait pas atteinte aux droits juridiquement protégés du recourant, puisque celui-ci servait à la conservation des biens de la masse ; en revanche, tel aurait pu être le cas si le contrat avait servi à la réalisation ou à la formation et à la conservation (sic) du patrimoine de la masse. Dans un arrêt récent⁶⁵³, le Tribunal fédéral a franchi un pas et a confirmé que la passation d'un contrat est un acte de poursuite susceptible de plainte, pour autant toutefois qu'il ne serve pas à la conservation des biens de la masse.

628. La doctrine actuelle ne s'est pas expressément penchée sur la question, et les auteurs se réfèrent à la jurisprudence du Tribunal fédéral. Certains auteurs s'en tiennent à la jurisprudence de principe de 1976, et excluent la plainte

⁶⁵⁰ Le gérant légal peut également devoir exécuter des obligations de droit public à la charge de l'immeuble ; il se retrouve dans ce cas, à l'égard de l'administration fiscale, dans la situation d'un administré. Nous assimilons ce cas aux relations horizontales.

⁶⁵¹ ATF102/1976 II 78, *Masse en faillite U. AG* = JT 1978 II 6.

⁶⁵² ATF 108/1982 III 1, *Heinz G.* = JT 1984 II 69.

⁶⁵³ ATF 129/2003 III 400, *X*.

contre les actes juridiques de l'autorité soumis au droit privé⁶⁵⁴. D'autres auteurs adhèrent à la jurisprudence de 1982, et n'excluent pas d'entrée de cause le contrôle de ces actes⁶⁵⁵. En revanche, la doctrine ancienne admettait sans réserve la plainte contre tous les actes d'administration du gérant légal, y compris les actes soumis au droit privé⁶⁵⁶.

629. Au vu de la jurisprudence, il convient de distinguer deux problématiques, qui ont trait à la nature de l'acte attaqué et aux attributs que celui-ci doit revêtir : il s'agit de savoir si ces mesures horizontales sont fondées sur le droit des poursuites, d'une part (i.), et si elles déploient des effets externes, d'autre part (ii.).

i. Les mesures horizontales sont fondées sur le droit des poursuites

630. Nous soutenons que les mesures prises par le gérant légal, alors même qu'il entre en relation avec les tiers sur la base du droit privé, sont fondées sur le droit des poursuites.

631. En effet, ce sont les règles de l'ORFI qui déterminent la portée et les limites de sa gestion de l'immeuble, en lieu et place du propriétaire défaillant. La création ou la poursuite de relations de droit privé n'est que le moyen, pour le gérant légal, de remplir la tâche qui lui incombe en vertu du droit public, laquelle est de pourvoir au maintien de la valeur de rendement de l'immeuble et à la perception de ses fruits, respectivement d'assurer l'encaissement des loyers. La gestion des relations avec les tiers constitue l'accomplissement de la tâche publique confiée au gérant légal⁶⁵⁷.

632. Retenir que, dans son activité de droit privé, le gérant légal se fonde sur des normes du droit des poursuites, revient à considérer que son action repose sur une prise de position préalable, fondée sur le droit public. Ce faisant, on intègre, en droit des poursuites, la théorie de l'acte détachable, connue en droit administratif. Selon celle-ci, la conclusion d'un contrat par une collectivité publique implique deux actes juridiques : le premier est un acte unilatéral fondé sur le droit public, qui constitue la décision de conclure une convention ; le second est la conclusion du contrat selon les règles du droit privé⁶⁵⁸. La théorie de l'acte détachable est reconnue et appliquée en droit des marchés publics ; dans ce domaine, la loi distingue d'ailleurs entre les deux actes successifs, ad-

⁶⁵⁴ AMONN/WALTHER (2003), p. 39 ; LORANDI (2000), N° 63–64 ad Art. 17 LP.

⁶⁵⁵ SchKG I-COMETTA, N° 21 ad Art. 17 LP ; JEANDIN (2000), p. 4 ; MEIER (2002), p. 75.

⁶⁵⁶ JAEGER I, N° 7 ad Art. 102 LP.

⁶⁵⁷ Dans le même sens : ATF du 10 novembre 2004 (6S.124/2004), X. ; ATF 29/2003 III 400, X.

⁶⁵⁸ MOOR II (2002), p. 378. Voir également BELLANGER (1992), p. 69 ; HÄFELIN/MÜLLER (2002), p. 59.

judication selon le droit public, puis conclusion du contrat selon le droit privé⁶⁵⁹.

633. Bien que non désigné comme tel, le mécanisme de l'acte détachable est bien ancré en droit des poursuites, en particulier en matière de gérance légale. Il est exprimé dans l'ORFI, est admis en jurisprudence et reconnu en doctrine.

634. Dans l'ORFI, le législateur délégué définit le cadre de l'action du gérant légal à deux niveaux : droit privé et droit public. En effet, les relations de droit privé ne peuvent être poursuivies ou nouées que dans le respect des prescriptions du droit des poursuites. Par exemple, le gérant légal n'est pas libre de conclure des travaux de réparation portant sur l'immeuble indisponible ; il n'a la faculté et le devoir de le faire que si ces travaux respectent la condition de la nécessité. De la même manière, l'office ne peut résilier un contrat de bail que si le locataire est en défaillance de paiement, au préjudice du rendement de l'immeuble.

635. L'article 18 ORFI va plus loin encore. Cette disposition est l'expression, sur le plan procédural, de cette activité à deux niveaux, imposant une prise de position préalable fondée sur le droit public, avant son exécution sur le plan du droit privé : dans le cas où des mesures exceptionnelles de gérance légale sont envisagées, un contrôle sur le plan administratif des mesures à prendre avant la conclusion du contrat par le gérant légal doit être effectué ; ce contrôle peut intervenir après la passation de l'acte en cas de péril en la demeure.

636. En jurisprudence également, l'existence d'une action de l'autorité de poursuite à deux niveaux est reconnue : dans la définition de la « mesure » susceptible de plainte, le Tribunal fédéral admet expressément que l'acte de poursuite, lorsqu'il déploie des effets externes à l'égard des parties, peut se manifester par la passation d'un contrat⁶⁶⁰. En doctrine enfin, cette dualité entre décision et moyen d'action relevant du droit privé est présente⁶⁶¹.

ii. Les mesures horizontales peuvent déployer des effets externes

637. Déterminer si une mesure horizontale de gérance légale déploie des effets externes est plus délicat. La jurisprudence a évoqué la question, et l'a réso-

⁶⁵⁹ Voir, par exemple, les articles 13, litt. g, et 14 de l'Accord intercantonal sur les marchés publics des 25 novembre 1994/15 mars 2001 (RS 172.056.5 ; « AIMP ») et 22 et 29 de la Loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics (RS 172.056.1 ; « LMP »). ZUFFEREY/DUBEY (2004), p. 62.

⁶⁶⁰ ATF 129/2003 III 400, X.

⁶⁶¹ GILLIERON I, N° 12 ad Remarques introductives ad Art. 17–21 LP. Voir en outre PIOTET (2002), p. 39, qui souhaite que l'on reconnaisse et intègre la théorie de l'acte détachable en matière de procédure de réalisation des immeubles.

lue par la négative en posant le principe selon lequel les mesures tendant à la conservation des biens ne peuvent pas faire l'objet d'une plainte⁶⁶².

638. A notre avis, le fait que les actes de gérance légale soient de nature conservatoire ne suffit pas à exclure la qualité d'effets externes qui leur est rattachée. Au contraire, dans la mesure où les mesures horizontales tendent à assurer le rendement de l'immeuble, elles peuvent affecter de manière directe les droits des parties à la procédure, en particulier les droits des créanciers à se voir désintéressés sur le produit de la gérance.

639. Le critère pertinent pour juger de l'effet externe ou non rattaché à une mesure de gérance légale horizontale est celui de savoir si celle-ci affecte le compte de la gérance légale, et doit être jugé au cas par cas. Des mesures entraînant des dépenses, comme le fait d'ordonner des travaux sur l'immeuble et, partant, d'en payer le prix, ont un effet externe. A l'inverse, il est des mesures qui n'ont pas d'effet sur le compte de gérance, et donc qui ne déploient pas d'effets externes ; il en va ainsi lorsque le gérant légal accepte la résiliation de son bail par un locataire et conclut un nouveau contrat avec un locataire de remplacement.

c) L'inaction du gérant légal

640. La « mesure » sujette à plainte peut consister également en un non-acte du gérant légal. En effet, l'article 17, alinéa 3, LP ouvre la voie de la plainte en cas de déni de justice ou de retard injustifié ; dans ce cas, l'objet du recours est l'absence de mesure du gérant légal.

641. L'inaction du gérant légal peut concerner tant des mesures verticales que des mesures horizontales de gérance légale. Le déni de justice ou le retard injustifié est consacré lorsque l'autorité a une obligation d'agir⁶⁶³. En matière de gérance légale, l'obligation d'agir se mesure à l'aune du principe de la nécessité : le gérant légal doit accomplir toutes les mesures nécessaires pour entretenir l'immeuble en bon état de rendement et en percevoir les fruits (art. 17 ORFI) ; respectivement, il est tenu de prendre les mesures nécessaires pour assurer et opérer l'encaissement des loyers (art. 94, al. 1, ORFI). Le critère de la nécessité doit donc être compris tant comme une limite à l'activité que comme une obligation d'agir⁶⁶⁴. Par exemple, en présence d'un locataire qui ne paye-

⁶⁶² ATF 129/2003 III 400, X. ; ATF 108/1982 III 1, *Heinz G.* = JT 1984 II 69. Dans cette dernière décision, le Tribunal fédéral a examiné si la mesure portait atteinte aux intérêts juridiquement protégés du plaignant ; si la question de l'atteinte aux intérêts juridiquement protégés ressortit à la qualité pour agir, elle requiert cependant que l'acte attaqué déploie des effets externes.

⁶⁶³ SchKG I-COMETTA, N° 31 ad Art. 17 LP ; JEANDIN (2000), p. 7 ; LORANDI (2000), N° 136 ad Art. 17 LP.

⁶⁶⁴ Dans le même sens : ATF 30/1904 I 845, *Archinard*. GILLIERON II, N° 28 ad Art. 102 LP ; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN II, N° 4 ad Art. 240 LP.

rait pas son loyer, le gérant légal est tenu de requérir des poursuites aux fins de recouvrement, voire d'entreprendre les démarches aux fins d'expulsion, afin de pouvoir y loger un locataire solvable. Son inaction doit pouvoir faire l'objet d'une plainte.

2) La qualité pour agir

642. La qualité pour agir du plaignant n'est pas définie dans la loi. Jurisprudence et doctrine varient quant à sa portée.

643. La jurisprudence, après avoir longtemps exigé du plaignant qu'il soit atteint dans ses intérêts juridiquement protégés par la mesure qu'il critique⁶⁶⁵, semble tendre vers un élargissement de la qualité pour agir à toute personne touchée dans ses intérêts dignes de protection⁶⁶⁶. Toutefois, dans ces mêmes décisions, l'examen de la qualité pour agir a continué de se faire à la lumière de l'exigence d'un intérêt juridiquement protégé⁶⁶⁷.

644. De son côté, la doctrine se réfère à la jurisprudence du Tribunal fédéral. Certains auteurs exigent la lésion d'un droit juridiquement protégé du plaignant⁶⁶⁸, d'autres auteurs se contentent de l'atteinte à des intérêts dignes de protection, en fait ou en droit⁶⁶⁹.

645. La distinction importe peu en ce qui concerne les parties à la procédure : dans la mesure où l'on admet que les actes du gérant légal produisent des effets externes⁶⁷⁰, les parties à la procédure sont, *ipso facto*, touchées dans leurs droits. Tel est le cas des mesures verticales de gérance légale, dont les parties sont les destinataires. Il en va de même lorsque le gérant légal prend des mesures horizontales envers des tiers : les effets externes de celles-ci affectent les parties, puisque les dispositions en matière de gérance légale ont trait à la capacité de rendement de l'immeuble et, partant, au droit des créanciers d'être désintéressés. Par exemple, lorsque le gérant légal commande des travaux dont le créancier juge qu'ils ne sont pas nécessaires, celui-ci est touché par la décision du gérant légal comprise dans cette mesure horizontale, et doit pouvoir porter plainte.

⁶⁶⁵ ATF 112/1986 III 1, *B. T.* ; ATF 103/1977 III 36, *X. SA* ; ATF 70/1944 III 18, *Kaech*.

⁶⁶⁶ ATF 130/2004 III 400, *Ausgleichkasse Z.* ; ATF 129/2003 III 595, *P. AG* ; ATF 120/1994 III 42, *Etat du Koweït*.

⁶⁶⁷ Tant en ce qui concerne la qualité pour agir des parties à la procédure, dans l'ATF 129/2003 III 595, *P. AG*, que celle des tiers intéressés dans l'ATF 129/2003 III 595, *P. AG*.

⁶⁶⁸ SchKG I-COMETTA, N° 36 ad Art. 17 LP ; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN I, N° 20 ad Art. 17 LP ; JEANDIN (2000), p. 10.

⁶⁶⁹ AMONN/WALTHER (2003), p. 42 ; DIETH (2002), p. 367 ; GILLIERON I, N° 152 ad Art. 17 LP.

⁶⁷⁰ Voir *supra* § 617–619.

646. En revanche, la portée donnée à la qualité pour agir est essentielle en ce qui concerne les tiers, concernés par des mesures horizontales de gérance légale. Si l'on s'en tient à la jurisprudence restrictive du Tribunal fédéral, qui exige la lésion d'un intérêt juridiquement protégé, les tiers n'auront le plus souvent pas la qualité pour se plaindre de mesures de gérance légale : leurs intérêts ne sont pas protégés par les normes appliquées, en particulier le principe de la nécessité. En revanche, l'admission de la plainte pour la protection de simples intérêts de fait pourrait ouvrir la porte à un contentieux émanant de ces tiers, dont les intérêts financiers seraient concernés par la mesure prise par le gérant légal ; dans ce cas, ils pourraient invoquer un intérêt digne de protection en prétendant être touchés de manière personnelle, directe, spéciale et actuelle par la mesure de gérance légale⁶⁷¹.

647. A notre avis, il convient de demeurer restrictif et de n'admettre la qualité pour se plaindre qu'en cas d'atteinte à des intérêts juridiquement protégés. En effet, cette solution permet d'opérer avec plus de clarté la distinction entre le contentieux ressortissant au droit public, ouvert aux parties à la procédure, des litiges ressortissant au droit privé, disponibles aux tiers.

648. En ce qui concerne les parties à la procédure, celles-ci disposent du contentieux du droit des poursuites pour attaquer les actes du gérant légal : toutes les mesures prises au titre de la gérance légale sont soumises au contrôle au profit des parties à la procédure, pour autant qu'elles déploient un effet externe⁶⁷² à l'égard de ces parties. En revanche, les parties à la procédure ne peuvent pas se prévaloir de la protection découlant du droit privé : les créanciers dans l'exécution spéciale ne sont pas parties au rapport de droit litigieux, et le débiteur a perdu la qualité pour faire valoir ses droits en justice au profit du gérant légal. En outre, le contrôle judiciaire par les tribunaux civils porte sur l'application des règles régissant la relation contractuelle pertinente, et non sur la bonne application du principe de la nécessité.

649. S'agissant des tiers, ils ont à leur disposition, contre les actes du gérant légal, les moyens de protection offerts par le droit privé, comme lorsque leur partenaire contractuel était le bailleur⁶⁷³. L'indisponibilité de l'immeuble ne doit pas avoir pour effet de leur offrir plus de moyens de droit que ceux dont ils auraient disposé autrement.

⁶⁷¹ Pour une définition de l'intérêt digne de protection : BELLANGER (2004), p. 44 ; KÖLZ/HÄNER (1998), p. 193–196.

⁶⁷² Voir *supra* § 617.

⁶⁷³ JAEGER I, N° 7 ad Art. 102 LP.

3) Les autres conditions formelles et matérielles de recevabilité

650. L'auteur de la mesure sujette à plainte est le gérant légal. Selon la procédure, l'autorité ou la personne investie de cette tâche est l'office des poursuites, l'office des faillites, ou l'administration spéciale⁶⁷⁴. Il peut également s'agir du tiers à qui le gérant légal a confié cette tâche⁶⁷⁵.

651. Le délai pour porter plainte est de dix jours dès la connaissance de la mesure par le plaignant (art. 17, al. 2, LP).

652. L'autorité de surveillance cantonale revoit l'établissement des faits, l'application du droit et l'opportunité de la décision ; le Tribunal fédéral ne revoit pas l'opportunité⁶⁷⁶. En matière de gérance légale, l'examen est souvent effectué au regard de l'application du principe de la nécessité ; s'agissant d'une notion juridique indéterminée, son examen ressortit au droit, non à l'opportunité⁶⁷⁷.

653. En résumé, nous sommes d'avis que l'activité du gérant légal est soumise à un double contrôle. D'une part, les actes de gérance légale sont sujets à plainte s'ils déploient des effets externes ; dans ce cas, il est indifférent qu'il s'agisse de mesures verticales ou horizontales de gérance légale. La plainte est ouverte aux parties à la procédure, à l'exclusion des tiers, qui n'ont pas qualité pour agir, car non protégés par les normes de l'ORFI. D'autre part, les mesures horizontales accomplies par le gérant légal sont soumises au contrôle juridictionnel du droit privé, ouvert aux tiers concernés par ces mesures.

654. Certes, une telle construction peut mener à des situations inconfortables, l'annulation de la décision de droit public n'invalidant pas le contrat conclu⁶⁷⁸. Il n'en demeure pas moins qu'un tel mécanisme permet d'offrir aux parties à la procédure une protection juridique contre des actes de gérance légale qui porteraient atteinte à leurs intérêts. Cela dispense par ailleurs les plaignants de devoir introduire une action en responsabilité contre le canton⁶⁷⁹, plus lourde et dispendieuse. En outre, ce mode de faire existe déjà dans la procédure mise en place à l'article 18 ORFI.

⁶⁷⁴ AMONN/WALTHER (2003), p. 39 ; SchKG I-COMETTA, N° 15–16 ad Art. 17 LP ; DIETH (2002), p. 365 ; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN I, N° 29 ad Art. 17 LP ; JEANDIN (2000), p. 10.

⁶⁷⁵ Voir *infra* § 703. SchKG I-COMETTA, N° 19 ad Art. 17 LP.

⁶⁷⁶ AMONN/WALTHER (2003), p. 40–41 ; SchKG I-COMETTA, N° 27–30 ad Art. 17 LP ; DIETH (2002), p. 373–375 ; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN I, N° 39–40 ad Art. 19 LP ; JEANDIN (2000), p. 5–6.

⁶⁷⁷ Il y a de la place pour une appréciation en opportunité dans l'application des articles 16, alinéa 3, ORFI (délégation de la gérance légale), 16, alinéa 4, ORFI (avance pour les frais d'administration), 95, alinéa 1, ORFI (versement d'acomptes dans la gérance légale limitée).

⁶⁷⁸ BELLANGER (1992), p. 75 ; MOOR II (2002), p. 382 ; ZUFFEREY/DUBEY (2004).

⁶⁷⁹ Voir *infra* § 655–663.

E. Responsabilité

655. Les actes du gérant légal sont susceptibles d'engager la responsabilité du canton. En effet, l'article 5 LP⁶⁸⁰ pose le principe d'une responsabilité primaire, causale et exclusive du canton pour les actes des organes chargés de l'application de la LP⁶⁸¹.

656. La responsabilité de l'Etat est engagée si quatre conditions sont réalisées ; celles-ci ont trait à l'auteur de l'acte, à l'acte illicite qu'il commet dans l'exécution des tâches que lui attribue la loi, au dommage et au lien de causalité entre l'acte illicite et le dommage. D'une manière générale, ces conditions doivent être comprises dans le même sens que leurs homologues dans la responsabilité civile des articles 41 et suivants CO ; ces dispositions s'appliquent au besoin par analogie⁶⁸².

657. En ce qui concerne l'auteur de l'acte, il est indifférent que le gérant légal soit l'office ou l'administration spéciale, puisque sont visés par la norme tant les préposés ou les employés des offices que les membres des administrations spéciales. De même, lorsque la gérance légale est déléguée à un tiers, comme une régie immobilière, les actes de celui-ci engagent la responsabilité de l'Etat en sa qualité d'auxiliaire⁶⁸³.

658. La deuxième condition a trait à l'acte engageant la responsabilité de l'Etat : il doit s'agir d'un acte accompli dans l'exécution des tâches relevant de la LP ou de ses normes d'exécution⁶⁸⁴, d'une part, et celui-ci doit être illicite, d'autre part⁶⁸⁵.

659. Par définition, les actes ressortissant à la gérance légale sont des tâches relevant de la loi. Leur caractère illicite est acquis lorsqu'ils violent les prescriptions en vigueur destinées à protéger les intérêts des personnes concer-

⁶⁸⁰ « ¹ Le canton répond du dommage causé, d'une manière illicite, par les préposés, les employés, leurs auxiliaires, les membres des administrations spéciales de la faillite, les commissaires, les liquidateurs, les autorités de surveillance, les autorités judiciaires ainsi que par la force publique dans l'exécution des tâches que leur attribue la présente loi. ² Le lésé n'a aucun droit envers la personne fautive. ³ Le droit cantonal règle l'action récursoire contre les auteurs du dommage. ⁴ La réparation morale est en outre due lorsque la gravité de l'atteinte le justifie. » (art. 5 LP).

⁶⁸¹ MCF (1991), p. 30–31. ATF du 21 janvier 2005 (5A.28/2004), *Etat de Fribourg* ; ATF 126/2000 III 431, *B.B.* = JT 2000 II 67. SchKG I-GASSER, N° 9 ad Art. 5 LP ; GILLIERON I, N° 10 ad Art. 5 LP.

⁶⁸² ATF du 21 janvier 2005 (5A.28/2004), *Etat de Fribourg* ; ATF du 24 juillet 2000 (5P.119/2000), *B.B.*, considérants 3 à 6 non publiés dans l'ATF 126/2000 III 431. AMONN/WALTHER (2003), p. 34 ; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN I, N° 5 ad Art. 5 LP.

⁶⁸³ Voir *infra* § 697. ATF du 10 novembre 2004 (6S.124/2004), *X.* ; ATF 126/2000 III 431, *B.B.* = JT 2000 II 67. AMONN/WALTHER (2003), p. 35 ; SchKG I-GASSER, N° 27 ad Art. 5 LP ; GILLIERON I, N° 21 ad Art. 5 LP.

⁶⁸⁴ AMONN/WALTHER (2003), p. 35 ; SchKG I-GASSER, N° 39 ad Art. 5 LP.

⁶⁸⁵ AMONN/WALTHER (2003), p. 36 ; SchKG I-GASSER, N° 45 ad Art. 5 LP ; GILLIERON I, N° 46 ad Art. 5 LP.

nées⁶⁸⁶. La jurisprudence exige en outre de l'illicéité qu'elle soit qualifiée : l'auteur de l'acte doit avoir violé un devoir essentiel de sa fonction ; il n'y a pas illicéité du seul fait qu'une décision s'avère par la suite erronée, contraire au droit ou arbitraire⁶⁸⁷. L'acte illicite peut consister en une action, mais également en une omission, si le droit impose une obligation d'agir⁶⁸⁸. En matière de gérance légale, l'obligation d'agir se mesure à l'aune du principe de la nécessité : il incombe au gérant légal de conserver l'immeuble en bon état de rendement et d'assurer la perception des fruits et produits⁶⁸⁹. Par exemple, un gérant légal qui n'agirait pas à l'encontre d'un locataire défaillant pourrait commettre, par omission, un acte illicite⁶⁹⁰.

660. La troisième condition est celle du dommage. Le dommage est une diminution ou une non-augmentation du patrimoine⁶⁹¹. Une mauvaise gestion de l'immeuble peut entraîner un dommage, en particulier lorsque les loyers ne sont pas perçus alors qu'ils pourraient l'être.

661. La quatrième condition est celle du lien de causalité entre l'acte et le dommage ; il doit exister un lien de causalité naturelle et adéquate entre l'acte illicite et le dommage⁶⁹².

662. Le montant des dommages-intérêts est réduit, voire des dommages-intérêts ne sont pas alloués, lorsque le lésé a consenti au dommage ou a contribué à en augmenter ou ne pas en diminuer le montant (art. 44, al. 1, CO). Dans le cas de la responsabilité du canton pour les actes accomplis par les autorités dans l'exécution du droit de la poursuite, l'Etat peut être libéré de sa responsabilité, ou à tout le moins l'indemnité peut être réduite, si le lésé n'a pas utilisé les voies de plaintes ou de recours pour s'opposer aux actes ou omissions illicites⁶⁹³. Sous cet angle, l'action en responsabilité apparaît comme subsidiaire aux voies de plainte et de recours⁶⁹⁴. Compte tenu de l'approche publiciste que

⁶⁸⁶ D'une manière générale, un acte est illicite s'il porte atteinte à un droit subjectif absolu, ou s'il viole une norme de comportement destinée à protéger le bien en question : ATF du 26 juin 2003 (5C.283/2003), *S.* ; SchKG I-GASSER, N° 45 ad Art. 5 LP ; GILLIERON I, N° 40–42 ad Art. 5 LP. Le plus souvent, dans le cas de la responsabilité pour les actes des organes de la poursuite, la seconde hypothèse entre en ligne de compte.

⁶⁸⁷ ATF 120/1994 Ib 248, *X.Y.* = JT 1996 I 350.

⁶⁸⁸ GILLIERON I, N° 37 ad Art. 5 LP.

⁶⁸⁹ Voir *supra* § 641.

⁶⁹⁰ Voir l'état de fait à la base de l'arrêt publié à la RJN 2000 p. 218 (TA/NE) ; le Tribunal n'a pas statué sur le fond de l'action pour cause de prescription de celle-ci.

⁶⁹¹ AMONN/WALTHER (2003), p. 35 ; SchKG I-GASSER, N° 15–18 ad Art. 5 LP ; GILLIERON I, N° 49 ad Art. 5 LP.

⁶⁹² ATF du 21 janvier 2005 (5A.28/2004), *Etat de Fribourg*. AMONN/WALTHER (2003), p. 36 ; SchKG I-GASSER, N° 41 ad Art. 5 LP ; GILLIERON I, N° 50 ad Art. 5 LP.

⁶⁹³ ATF du 24 juillet 2000 (5P.119/2000), *B.B.*, considérants 3 à 6 non publiés dans l'ATF 126/2000 III 431 ; ATF 80/1954 III 41, *P. JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN I*, N° 10 ad Art. 5 LP ; SchKG I-GASSER, N° 19 ad Art. 5 LP.

⁶⁹⁴ AMONN/WALTHER (2003), p. 35 ; SchKG I-GASSER, N° 19 ad Art. 5 LP .

nous préconisons pour le contrôle des actes de gérance légale, et, partant, de leur soumission au contrôle de l'autorité de surveillance, les parties à la procédure qui s'estimeraient lésées par ces actes sont tenues de s'en plaindre dès qu'elles en ont connaissance ; une action en dommages introduite ultérieurement, sans contentieux préalable, risquerait de s'en voir opposer l'absence.

663. Enfin, l'action en dommages-intérêts se prescrit par une année du jour où la partie lésée a eu connaissance du dommage, mais en tous les cas par dix ans du jour où le fait dommageable s'est produit ; le délai plus long de la prescription de l'action pénale est réservé (art. 6, al. 1&2, LP)⁶⁹⁵.

F. Le transfert de la tâche de gérance à un tiers

664. La gérance légale de l'immeuble est une tâche incombant à l'autorité de poursuite. Toutefois, cette obligation est de nature à la distraire de son activité première, qui est de veiller au bon déroulement de la procédure. Pour cette raison, l'article 16, alinéa 3, ORFI prévoit que la tâche de gérance peut être transférée à un tiers, qui l'effectuera en lieu et place du gérant légal⁶⁹⁶.

1) Les conditions du transfert

665. Le transfert de la tâche de gérance légale est prévu de manière similaire dans la gérance légale ordinaire et dans la gérance légale limitée : la disposition légale pose le principe du transfert de la gérance légale sous la responsabilité de l'Etat ; au surplus, les conditions n'en sont pas définies.

666. En sus des dispositions de l'ORFI, il est des conditions générales imposées pour le transfert de tâches publiques à des entités distinctes de la collectivité publique, issues du droit administratif : il doit exister une base légale ou constitutionnelle ; le transfert de la tâche doit répondre à un intérêt public ;

⁶⁹⁵ Voir, à titre d'illustration, l'arrêt paru à la RJN 2000 p. 218 (TA/NE), dans lequel l'acquéreur d'un immeuble s'est vu opposer le délai de prescription de l'article 6 LP à son action intentée contre l'Etat afin d'obtenir réparation du dommage subi en raison de déprédations intervenues dans l'immeuble pendant que celui-ci était sous gérance légale.

⁶⁹⁶ « *Sous sa responsabilité, l'office peut confier à un tiers la gérance et la culture, et même charger le débiteur de la culture.* » (art. 16, al. 3, première phrase, ORFI). Voir, pour la gérance légale limitée, l'article 94, alinéa 2, ORFI : « *Sous sa responsabilité, l'office peut aussi charger un tiers de ces mesures.* »

une surveillance appropriée doit être mise en place et le principe de la spécialité doit être respecté⁶⁹⁷.

667. Nous évoquons, en suivant la lettre de la loi, la tâche transférée (a), le tiers auxiliaire (b) et la question de la responsabilité du transférant (c). Les conditions générales du transfert des tâches publiques sont évoquées au cours de l'analyse.

a) La tâche transférée

668. L'ORFI désigne comme pouvant être confiée à un tiers la tâche de gérance (art. 16, al. 3, ORFI)⁶⁹⁸, respectivement les mesures prévues à l'article 94, alinéa 1, ORFI dans la gérance légale limitée (art. 94, al. 2, ORFI). Il s'agit de délimiter la tâche pouvant faire l'objet de la délégation, sachant que les actes relevant de la gérance légale peuvent consister en des mesures verticales⁶⁹⁹ ou en des actes horizontaux munis ou non d'effets externes⁷⁰⁰, et revêtent les caractères de mesures ordinaires ou exceptionnelles de gérance légale.

669. En premier lieu, seules les mesures horizontales de gérance peuvent être confiées à un tiers ; en revanche, les mesures verticales de gérance légale ne peuvent pas faire l'objet d'un tel transfert. En effet, la délégation de la tâche de gérer les relations horizontales est l'expression du fait que chacun agit dans ses compétences. L'office des poursuites et l'office des faillites sont des organes étatiques, chargés de mener la procédure d'exécution forcée ; ce ne sont pas des gérants d'immeubles. Il en va de même de l'administration de la faillite, constituée de personnes aptes à appliquer les règles de la LP. Inversement, le tiers qui se voit confier la tâche de gérance, qualifié dans la gestion d'immeubles, n'est pas en mesure, ni n'a les moyens de diligenter la procédure.

670. En deuxième lieu, parmi les mesures horizontales de gérance légale, certaines sont de nature à produire un effet externe à l'égard des parties, dans la mesure où elles peuvent affecter leur situation juridique⁷⁰¹. Dans ces conditions, ces mesures revêtent un caractère souverain, et relèvent de l'exercice de la puissance publique⁷⁰². Or, le principe de la légalité impose que le transfert à

⁶⁹⁷ ATF 104/1978 Ia 440, *Gabathuler* ; ATF 103/1977 Ia 544, *Caminada*. BELLANGER (2001, Les privatisations), p. 50 ; KNAPP (1996), p. 5–9 ; MOOR III (1992), p. 92.

⁶⁹⁸ Nous n'examinons pas la question de la délégation de la culture au débiteur, prévue dans la gérance légale ordinaire.

⁶⁹⁹ Voir *supra* § 622–623.

⁷⁰⁰ Voir *supra* § 624–639.

⁷⁰¹ Voir *supra* § 637–639.

⁷⁰² La puissance publique est caractérisée par le rapport de subordination entre l'administration et le citoyen, la première pouvant prendre des décisions contraignantes à l'égard du second (notion

des particuliers de parts de la puissance publique soit prévu dans une loi formelle⁷⁰³, ce qui n'est pas le cas en matière de gérance légale compte tenu du rang normatif de l'ORFI.

671. A notre avis, il importe dans ce cas de faire entorse à l'exigence d'une base légale formelle, et d'admettre que la délégation de la tâche de gérer les rapports horizontaux relatifs à l'immeuble emporte transfert de la faculté de décider inhérente à cette activité. Si tel n'était pas le cas, le tiers chargé de la gérance ne pourrait agir sans en référer constamment au gérant légal : il ne pourrait par exemple pas faire appel à des entrepreneurs pour des petites réparations sans avoir l'aval du gérant légal. Les bénéfices de la délégation s'avèreraient alors vains, puisque le gérant légal devrait constamment intervenir dans la gérance, alors même que la délégation a pour objet de l'en décharger. Nous relevons par ailleurs que l'entorse au principe de la légalité que nous suggérons ici ne serait pas la première s'agissant de l'ORFI, le Tribunal fédéral ayant à maintes reprises admis une telle liberté⁷⁰⁴.

672. Enfin, les mesures horizontales de gérance légale peuvent consister en des mesures ordinaires ou en des mesures exceptionnelles. Or, s'il s'agit de mesures exceptionnelles de gérance légale, la procédure prévue à l'article 18 ORFI doit être suivie. Dans ce cas, ce n'est pas au tiers de la suivre, mais bien au gérant légal : c'est l'office ou l'administration de la faillite qui est chargé de recueillir les instructions nécessaires, voire ordonne les travaux à réaliser. Dans ce cadre, le tiers pourrait être chargé de leur exécution.

673. En résumé, peut faire l'objet d'une délégation à un tiers la tâche de gérer les relations horizontales portant sur l'immeuble, pour autant qu'il s'agisse de mesures de gestion ordinaire de l'immeuble ; au besoin, on admet que la prise de position préalable nécessitée par l'accomplissement de ces mesures et produisant des effets externes à l'égard des parties émane du tiers. En revanche, si des mesures exceptionnelles doivent être prises, le tiers ne peut se voir confier que la faculté de mettre en œuvre les décisions prises, en amont, par le gérant légal dans le respect de la procédure édictée par l'article 18 ORFI⁷⁰⁵.

674. Enfin, dans la mesure où l'ORFI définit avec concision la tâche du gérant légal, le principe de la spécialité, qui impose que le tiers à qui la tâche publique est confiée ne doit pas pouvoir définir ses compétences⁷⁰⁶, est respecté.

d'administration souveraine) : GRISEL I (1984), p. 115 ; HÄFELIN/MÜLLER (2002), p. 7–8. A propos de l'évolution dans la compréhension du concept de puissance publique : BELLANGER (2001).

⁷⁰³ SJ 2001 I 557 (TF) ; ATF 104/1978 Ia 440, *Gabathuler*. BELLANGER (2001, Les collectivités publiques), p. 481 ; JAAG (2000), p. 38 ; KNAPP (1996), p. 5–6 ; MOOR III (1992), p. 116.

⁷⁰⁴ Voir *supra* § 19.

⁷⁰⁵ Voir, en Annexe II, le schéma récapitulant le droit applicable aux relations juridiques qu'entretient le gérant avec les parties à la procédure, d'une part, et les tiers, d'autre part.

⁷⁰⁶ KNAPP (1996), p. 8–9.

b) Le tiers auxiliaire

675. L'ORFI ne définit pas le tiers à qui le mandat de gérance peut être confié. Les termes utilisés par le législateur délégué confèrent au gérant légal un pouvoir certain en opportunité, reconnu en jurisprudence⁷⁰⁷. Cependant, ce libre arbitre rencontre des limites. Elles ont trait aux qualités du tiers, d'une part (i.), et au mode de choix parmi plusieurs tiers, d'autre part (ii.).

i. Les qualités du tiers

676. Le tiers à qui est confiée la tâche de gérer les relations horizontales doit présenter des qualifications professionnelles en la matière. Cette exigence n'est pas exprimée dans l'ORFI, mais découle de la responsabilité encourue du fait de la délégation⁷⁰⁸.

677. Le gérant légal doit s'assurer que les auxiliaires à qui il fait appel sont aptes à effectuer le travail qu'il leur confie. Il est possible dans ce cadre de s'inspirer des critères relatifs à la preuve libératoire de l'article 55 CO, sur la base de laquelle l'employeur est libéré de sa responsabilité s'il démontre qu'il a voué toute l'attention nécessaire au choix de ses auxiliaires⁷⁰⁹. Le tiers doit donc être un professionnel de la branche présentant les qualifications nécessaires, et dont l'organisation lui permet d'assumer la tâche qui lui est confiée. Il peut également s'agir du liquidateur du concordat, dans le cas d'une poursuite en réalisation de gage allant sa voie, alors même qu'un concordat par abandon d'actif a été homologué⁷¹⁰.

678. Par ailleurs, le tiers doit présenter des garanties d'impartialité à l'égard des parties à la procédure. Il ne doit pas exister de conflit d'intérêts entre le tiers et le débiteur ou les créanciers. Par exemple, le tiers ne doit pas être partie à la procédure en sa qualité de débiteur d'une cédule immobilière grevant l'immeuble⁷¹¹. Il ne doit pas non plus exister d'accord financier entre les parties à la procédure et le tiers⁷¹² ; dans ce contexte, le tiers ne peut pas être locataire de l'immeuble dont la gérance lui est confiée⁷¹³, ou ne peut se prétendre créancier du propriétaire de l'immeuble⁷¹⁴.

⁷⁰⁷ ATF 129/2003 III 400, X. ; ATF du 14 mai 2001 (7B.113/2001), *Gilbert Laurent*.

⁷⁰⁸ Dans le même sens, SJ 2000 II 222 (AS/GE).

⁷⁰⁹ ATF 96/1970 II 27, *Troisi S.p.A.* = JT 1970 I 522. BK-BREHM, N° 55–64 ad Art. 55 CO ; GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY (2000), p. 204 ; CR CO I-WERRO, N° 20 ad Art. 55 CO.

⁷¹⁰ Vollenweider (1993), p. 158.

⁷¹¹ SJ 2000 II 223 (AS/GE).

⁷¹² ATF 129/2003 III 400, X.

⁷¹³ SJ 2000 II 223 (AS/GE).

⁷¹⁴ SJ 2000 II 223 (AS/GE).

ii. Les modalités du choix entre plusieurs tiers

679. Lorsqu'il s'agit de choisir entre plusieurs tiers présentant les qualités requises, nous sommes d'avis que le gérant légal est soumis aux règles régissant les marchés publics. Nous examinons dans un premier temps l'applicabilité de principe des règles relatives aux marchés publics (aa.), avant d'en décrire les modalités d'application (bb.).

aa. Les règles relatives aux marchés publics sont applicables

680. Les règles relatives aux marchés publics s'appliquent aux contrats passés par les pouvoirs publics avec des soumissionnaires portant sur la fourniture de produits ou de services⁷¹⁵.

681. En premier lieu, un contrat doit avoir été conclu. L'ORFI ne précise pas par quel type d'acte administratif, décision ou contrat, le gérant légal confie la tâche au tiers. En jurisprudence, le Tribunal fédéral ne procède pas non plus à une qualification. Le fait de confier la gérance est analysé sous l'angle de la décision⁷¹⁶, sous celui du contrat⁷¹⁷, voire des deux manières au fil d'une même décision⁷¹⁸ ; il ressort de ces arrêts que la relation ainsi nouée entre le gérant légal est le tiers ressortit au droit public⁷¹⁹.

682. A notre avis, l'acte par lequel le gérant légal confie la tâche de gérance à un tiers revêt l'élément bilatéral caractérisant la relation contractuelle : en même temps que le gérant légal transfère la tâche de gérance au tiers, le tiers exprime son engagement d'accomplir cette tâche. La référence à la notion de décision dans la jurisprudence du Tribunal fédéral désigne selon nous l'acte détachable précédant le fait de confier, par la voie contractuelle, la gérance légale au tiers qui y prétend. Nous relevons que le caractère de droit administratif du contrat ainsi conclu ne s'oppose pas à l'application de l'AMP⁷²⁰.

683. En second lieu, le contrat doit porter sur la fourniture de services. Les services de gestion de propriétés font partie des services mentionnés à l'annexe 4 de l'Appendice 1 à l'AMP⁷²¹.

⁷¹⁵ Selon l'article I, chiffre 2, de l'Accord GATT/OMC du 15 avril 1994 sur les marchés publics (RS 0.632.231.422 ; « AMP »), les marchés publics entrant dans le champ de l'Accord sont ceux « *passés par tout moyen contractuel, y compris sous la forme d'achat ou sous forme de crédit-bail, location ou location-vente, avec ou sans option d'achat, comprenant toute combinaison, quelle qu'elle soit, de produits et de services* ».

⁷¹⁶ ATF du 14 mai 2001 (7B.113/2001), *Gilbert Laurent*.

⁷¹⁷ ATF 127/2001 III 229, *X*.

⁷¹⁸ ATF 129/2003 III 400, *X*.

⁷¹⁹ ATF 129/2003 III 400, *X* ; ATF 127/2001 III 229, *X*.

⁷²⁰ BOVET (2001), p. 59.

⁷²¹ N° de référence 874, 82201–82206 de la Classification sectorielle des services (CPC) de la Commission statistique du Conseil économique et social des Nations Unies.

684. En sus des deux conditions de la passation d'un contrat et de la fourniture de produits ou services, le Tribunal fédéral exige par ailleurs, pour que la législation en matière de marchés publics s'applique, que l'Etat agisse comme consommateur d'une prestation, pour laquelle il paie un prix⁷²². Il n'y a donc, selon cette conception, un marché public que si l'accord porte sur l'acquisition de biens ; à l'inverse, il n'y a pas de marché public lorsque c'est l'autorité qui confère à un tiers certaines prérogatives⁷²³. Se fondant sur cette opinion, certaines juridictions cantonales⁷²⁴ considèrent que le transfert de l'exécution d'une tâche publique n'entre pas dans le cadre de la législation sur les marchés publics, l'Etat n'étant dans un tel cas pas consommateur de services. La Commission fédérale de recours en matière de marchés publics est d'un avis opposé, et considère que l'application des règles en matière de marchés publics est nécessaire afin de garantir l'égalité de traitement entre les personnes intéressées à se voir déléguer la faculté d'accomplir une tâche publique⁷²⁵. La doctrine tend également à soumettre aux règles relatives aux marchés publics l'opération par laquelle l'autorité confie à un tiers l'exécution de tâches publiques⁷²⁶.

685. A notre avis, il convient de s'en tenir aux conditions posées par l'AMP, et de ne pas restreindre le champ d'application des règles en la matière pour deux raisons. D'une part, le critère supplémentaire posé par le Tribunal fédéral du caractère de consommation d'un service par l'Etat est difficile à apprécier. Dans le cas de la délégation de la gérance légale, l'autorité transfère certes à une entité tierce la tâche d'agir à sa place ; il n'en demeure pas moins que dans un même temps, elle procède à l'acquisition d'un service, puisque le tiers accomplit la prestation de gérance à sa place. D'autre part, l'acquisition de ce service se fait contre rémunération ; l'émolument de gérance légale, au lieu de revenir à l'Etat, demeure acquis au tiers.

bb. Les modalités de l'application des règles en la matière

686. Dans un second temps, il s'agit de déterminer la valeur-seuil du marché. La valeur-seuil importe au niveau du choix de la procédure par l'autorité : si le marché public est soumis à l'AMP, les procédures disponibles sont en principe les procédures ouverte et sélective (art. VII AMP et 12^{bis}, al. 1, AIMP-2). Si le marché public n'atteint pas la valeur-seuil de l'AMP, la procédure est régie par l'Accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994

⁷²² ATF 125/1999 I 209, JC Decaux Mobilier Urbain Genève SA et Decaux SA.

⁷²³ ATF 125/1999 I 209, *JC Decaux Mobilier Urbain Genève SA et Decaux SA*. RHINOW/SCHMID/BIAGGINI (1998), p. 395. *Contra* : BELLANGER/BOVET (1999), p. 165.

⁷²⁴ ZBI 2001 99 (TA/ZH) ; RDAF 2000 I 123 (TA/VD).

⁷²⁵ RDAF 2000 I 181 (CRM).

⁷²⁶ BEYELER/DUBEY/ESSEIVA/RECHSTEINER/SCHERLER/ZUFFEREY (2004), p. 165 ; BOVET (2001), p. 59. *Contra* : POLTIER (2000), p. 311.

et révisé le 15 mars 2001⁷²⁷ (art. 6, al. 2, AIMP-2) ; dans ce cas, l'adjudicateur peut opter pour la procédure sur invitation ou de gré à gré, en fonction de la valeur du marché (art. 12^{bis}, al. 2, AIMP-2).

687. La quantification de la valeur des marchés tient compte de la rémunération accordée au tiers (art. II, ch. 2, AMP). Dans la gérance légale, la rémunération est constituée par l'émolument de gérance, perçu par le tiers sur le produit locatif de l'immeuble. Compte tenu de la durée indéterminée de la gérance, la base de l'évaluation est l'acompte mensuel multiplié par 48 (art. II, ch. 5, litt. b, AMP). Par ailleurs, nous sommes d'avis que chaque procédure d'exécution forcée contre un débiteur représente un marché. Une prise en compte globale de toutes les gérances légales effectuées par l'autorité pour définir la valeur du marché ne s'insérerait pas dans un système selon lequel la gérance légale résulte de poursuites individuelles ouvertes par des créanciers contre un débiteur déterminé, et non au gré de l'autorité.

688. La valeur-seuil déterminant la soumission du marché public à l'AMP est de CHF 383'000.- (Ann. 2 à l'AMP). Pour que cette valeur soit atteinte, l'immeuble doit produire un état locatif mensuel de CHF 159'583.-. Pour les marchés soumis à l'AIMP-2, la procédure est ouverte ou sélective pour une valeur locative dépassant CHF 104'167.- (valeur-seuil de CHF 250'000.-) ; la procédure est sur invitation pour une valeur locative comprise entre CHF 62'500.- et CHF 104'167.- (valeur-seuil comprise entre CHF 150'000 et CHF 250'000.-) ; la procédure de gré à gré est utilisée lorsque l'état locatif mensuel est inférieur à CHF 62'500.- (Ann. 2 à l'AIMP-2)⁷²⁸.

689. Le plus souvent, cette dernière procédure est ouverte au gérant légal, compte tenu des valeurs locatives usuellement en cause. Avec celle-ci, le gérant légal est dispensé de procéder à un appel d'offres, il peut adjuger le marché directement à un soumissionnaire (art. 12, al. 1, litt. c, AIMP-2). Dans ce cadre, le gérant légal adjudicateur demeure tenu au respect du principe de l'égalité de traitement entre les soumissionnaires (art. 11, litt. a, AIMP-2).

690. En matière d'attribution de la tâche de gérance légale, le respect de l'égalité de traitement occupe une place prépondérante dans le choix du tiers par le gérant légal. En effet, le critère utilisé pour l'attribution des marchés publics de l'offre économiquement la plus avantageuse est difficilement praticable en la matière : la prestation offerte par le tiers est décrite avec précision dans l'ORFI, et il n'y a que peu, voire aucune place, pour des variations dans l'accomplissement de celle-ci ; de même, le prix accordé au tiers pour sa prestation dépend de l'OELP, et non de l'offre du tiers. Compte tenu de ces circonstances, et sachant que le gérant légal est régulièrement appelé à confier la

⁷²⁷ RS 172.056.5 ; « AIMP-2 ». A ce jour, 16 cantons ont adhéré à l'AIMP-2 ; Genève n'y est pas partie.

⁷²⁸ Voir, en Annexe III, le tableau présentant les états locatifs déclenchant l'application des différentes règles relatives aux marchés publics.

tâche de gérance à des tiers, il est possible de s'inspirer des solutions retenues en jurisprudence dans le cadre de la réglementation de l'usage commercial du domaine public, bien que la problématique ne soit pas identique : afin d'assurer l'égalité de traitement entre les concurrents, une collectivité publique peut se voir contrainte d'organiser un système de rotation parmi les personnes intéressées⁷²⁹. Une solution de ce type apparaît adéquate pour la délégation de la gérance légale : l'autorité tient une liste des régies présentant les qualités d'aptitudes requises pour effectuer des gérances légales, et procède à l'attribution par tournus parmi ces personnes⁷³⁰.

c) La responsabilité du transférant

691. Les articles 16, alinéa 3, respectivement 94, alinéa 2, ORFI, énoncent que le gérant légal qui délègue cette tâche à un tiers engage sa responsabilité. La réforme de 1996 a instauré une responsabilité primaire du canton⁷³¹. Il faut donc désormais comprendre que la délégation de la tâche de gérance légale engage non pas la responsabilité du gérant légal, mais la responsabilité du canton, conformément à l'article 5 LP.

692. Cette responsabilité peut être évoquée à un double titre. En premier lieu, elle influence le choix du tiers délégataire. En effet, elle constitue l'obligation pour le gérant légal de confier la tâche à une personne présentant les qualifications et les qualités d'indépendance requises⁷³². En second lieu, elle rappelle en tant que de besoin que le tiers délégataire est un auxiliaire dont le canton répond des actes⁷³³.

2) Les conséquences du transfert de la tâche

693. La délégation de l'exécution d'une tâche publique à un tiers a pour effet d'interposer une tierce personne entre l'autorité et l'administré. Il s'agit de distinguer deux types de relations : la relation entre l'Etat et le tiers qui se voit chargé d'accomplir la tâche publique, d'une part, et la relation entre ce tiers et les particuliers entrant en contact avec lui, d'autre part. C'est en tenant compte de ce double niveau de relations juridiques que nous analysons la situation

⁷²⁹ ATF du 28 juin 2001 (2P.77/2001), *Municipalité de Nyon*.

⁷³⁰ Telle est d'ailleurs la solution retenue à Genève : voir l'article 8 LaLP.

⁷³¹ MCF (1991), p. 30. Voir *supra* § 655.

⁷³² Voir *supra* § 676–678.

⁷³³ Voir *supra* § 657. ATF du 10 novembre 2004 (6S.124/2004), X.

juridique du tiers délégataire (a.), des parties (b.) et des tiers cocontractants (c.).

a) La situation juridique du tiers auxiliaire

694. Le tiers est désigné en jurisprudence⁷³⁴ et en doctrine⁷³⁵ comme un auxiliaire, chargé d'une tâche à lui confiée par le gérant légal. L'auxiliaire est usuellement défini comme la personne chargée par l'administration d'une tâche d'exécution de la loi, pour le compte de la collectivité⁷³⁶.

695. Parce qu'il est chargé d'une fonction publique dans le cadre de l'exécution forcée, le tiers auxiliaire est soumis à un certain nombre de règles. Celles-ci concernent son aptitude à contracter en relation avec les biens à réaliser, comme le régime de responsabilité et le régime disciplinaire auxquels il est soumis. Nous évoquons également les questions de sa rémunération et de la résiliation de son mandat.

696. En premier lieu, le tiers est soumis à l'interdiction de contracter prévue à l'article 11 LP⁷³⁷. Selon cette disposition, les personnes concernées ont l'interdiction de conclure, pour leur propre compte, une affaire touchant des créances en poursuite ou des objets à réaliser ; les actes violant cette interdiction sont nuls. A ainsi été considérée comme nulle l'offre d'achat d'un immeuble faite par une société contrôlée par la même holding que le tiers chargé de la gérance légale⁷³⁸.

697. En deuxième lieu, le tiers engage, par son activité, voire son inaction, la responsabilité du canton⁷³⁹. Ce qui a été dit à propos de la responsabilité du gérant légal vaut *mutatis mutandis*.

698. En troisième lieu, le tiers est soumis aux mesures disciplinaires émanant de l'autorité de surveillance (art. 14, al. 2, LP)⁷⁴⁰. A ce titre, il peut se voir infliger une réprimande ou une amende allant jusqu'à CHF 1000.- en cas de viola-

⁷³⁴ ATF du 10 novembre 2004 (6S.124/2004), X. ; ATF 129/2003 III 400, X.

⁷³⁵ LORANDI (2000), p. 847 ; SchKG-STAEHELIN, Erg.Bd., N° 13 ad Art. 102 LP.

⁷³⁶ KNAPP (1996), p. 36 ; MOOR III (1992), p. 107.

⁷³⁷ ATF 127/2001 III 229, X. ; ATF 44/1918 III 147, *Dreher*. GILLIERON I, N° 9 ad Art. 11 LP.

⁷³⁸ ATF 127/2001 III 229, X.

⁷³⁹ Voir *supra* § 655–663. ATF du 10 novembre 2004 (6S.124/2004), X. ; ATF 126/2000 III 431, B.B. = JT 2000 II 67. AMONN/WALTHER (2003), p. 35 ; SchKG I-GASSER, N° 27 ad Art. 5 LP ; GILLIERON I, N° 21 ad Art. 5 LP.

⁷⁴⁰ ATF du 10 novembre 2004 (6S.124/2004), X. SchKG I-EMMEL, N° 7 ad Art. 14 LP ; GILLIERON I, N° 24 ad Art. 14 LP.

tion de ses obligations (art. 14, al. 2, ch. 1&2, LP)⁷⁴¹. En revanche, il ne peut pas se voir menacé des peines de l'article 292 CP s'il ne se conforme pas aux requêtes qui lui sont faites en vue de l'exécution de sa tâche. En effet, la menace des peines de l'article 292 CP ne peut pas être assortie à une instruction relative à l'exécution d'une tâche administrative, comme c'est le cas par exemple des demandes de reddition des comptes relatifs à la gérance⁷⁴².

699. Par ailleurs, bien que l'ORFI ne le précise pas expressément, la rémunération du tiers doit être celle de l'article 27, alinéa 2, OELP, soit 5% du produit locatif de l'immeuble. En cas de contestation, l'autorité de surveillance en fixe le montant (art. 20, al. 2, ORFI).

700. Enfin, le tiers a qualité pour se plaindre auprès de l'autorité de surveillance de la décision de résiliation de son mandat par le gérant légal⁷⁴³. Nous relevons à cet égard que la voie du contentieux de droit public pour contester la résiliation du mandat est compatible avec l'utilisation du mode contractuel pour nouer la relation entre le gérant légal et le tiers, si on admet la présence d'un acte détachable, ce que le Tribunal fédéral fait d'ailleurs de manière implicite.

b) Les parties

701. Les parties à la procédure, débiteur et créanciers, peuvent être concernées par l'attribution de la tâche de gérance à un tiers à un double titre.

702. En premier lieu, elles peuvent avoir des raisons de s'opposer au choix du tiers. On pense notamment aux problèmes de conflits d'intérêts qui pourraient être soulevés par les parties. Dans ce cas, les parties ont qualité pour contester la décision du gérant légal quant au choix du tiers⁷⁴⁴.

703. En deuxième lieu, les parties peuvent être affectées par une mesure prise par le tiers à l'égard des personnes impliquées dans la gestion de l'immeuble, comme les locataires ou les fournisseurs, lorsque cette mesure déploie des effets externes. Dans ce cas, nous sommes d'avis que les parties peuvent porter plainte contre la mesure prise par le tiers, au même titre qu'elles le pourraient si son auteur était le gérant légal⁷⁴⁵.

⁷⁴¹ Les mesures prévues aux chiffres 3 et 4 de l'article 14, alinéa 2, LP, à savoir la suspension pour 6 mois au plus et la révocation, ne peuvent pas s'appliquer au tiers auxiliaire, dans la mesure où il n'est pas un employé de l'Etat.

⁷⁴² ATF du 10 novembre 2004 (6S.124/2004), X.

⁷⁴³ ATF 129/2003 III 400, X.

⁷⁴⁴ ATF 129/2003 III 400, X. Voir également ATF du 14 juillet 2003 (7B.147/2003), *Administration de la masse en faillite de X.SA*.

⁷⁴⁵ Voir *supra* § 637–639, 645.

c) Les tiers cocontractants, notamment les locataires

704. Pour ce qui est des tiers, la délégation de la gérance légale ne doit rien changer dans leur situation par rapport à l'immeuble, si ce n'est la personne de leur interlocuteur. C'est en mains du tiers auxiliaire qu'ils doivent désormais verser leurs loyers, ou adresser leurs communications en relation avec le bail ; c'est au tiers auxiliaire que les fournisseurs de petites réparations adressent leur facture.

705. En cas de désaccord dans le cadre de cette relation, le contentieux est celui du droit privé, et les juridictions civiles doivent être saisies⁷⁴⁶. Dans ces démarches, le tiers cocontractant doit à notre avis assigner en justice le gérant légal, et non le tiers auxiliaire chargé de la gérance, qui n'en est que représentant.

G. Conclusions intermédiaires

706. Les conclusions que nous formons à la suite de cet examen de la gérance légale sont de deux ordres. Elles concernent la place de l'institution dans le processus de réalisation des biens (1.) et le contrôle par l'autorité de plainte des mesures prises par le gérant légal (2.).

1) La gérance légale et la valorisation de l'immeuble en vue de sa réalisation

707. Considérée pour elle-même, la gérance légale a des contours relativement bien définis, et de nombreuses questions peuvent être résolues à l'aide du critère de la nécessité. Le critère de la nécessité sert à la fois d'impulsion et de limite à l'activité d'administration portant sur l'immeuble. L'impulsion découle de l'obligation faite au gérant légal de maintenir l'immeuble en bon état de rendement. La limite est constituée par l'interdiction de modifier ou de porter atteinte à la substance de l'immeuble.

708. Toutefois, il est des mesures qui, si elles doivent être refusées au titre de la gérance légale, s'avèrent pertinentes d'un point de vue économique afin d'obtenir une meilleure réalisation de l'immeuble. Il s'agit par exemple de la

⁷⁴⁶ Voir *supra* § 649.

transformation de locaux en vue d'atteindre un meilleur rendement, le désasujettissement d'une parcelle à la LDFR, ou la résiliation d'un bail afin de vendre l'immeuble libre de locataires. Dans une telle situation, l'office chargé dans un même temps de la gérance légale et de la réalisation doit poursuivre des intérêts qui s'excluent. Le plus souvent, les mesures non admises au titre de mesures de gérance légale sont accomplies en tant que mesures préalables à la réalisation. Dans cette hypothèse, le problème est celui de l'imputation des frais afférents à ces mesures. En effet, selon le Tribunal fédéral, ce n'est pas au créancier gagiste de supporter les frais de valorisation de l'immeuble.

709. Alors que dans la gérance légale le principe de la nécessité apparaît comme un garde-fou à l'exposition de frais qui seront en définitive supportés par les parties, il ne peut par définition pas entrer en ligne de compte pour des mesures de valorisation de l'immeuble. Nous suggérons, dans une telle hypothèse, que l'autorité prenne en compte de manière formelle les avis des parties intéressées, en appliquant la procédure édictée à l'article 18 ORFI pour la prise de mesures exceptionnelles de gérance légale.

2) La gérance légale et le mécanisme de l'acte détachable

710. Avec l'intervention du gérant légal dans les relations du débiteur avec les tiers impliqués dans la gestion de l'immeuble, la gérance légale se trouve à la croisée des chemins entre le droit public et le droit privé : le droit privé fait partie des moyens d'action de l'Etat, et son utilisation doit se faire dans le respect des règles de droit public qui guident l'activité en cause.

711. Dans ce contexte, il s'agit d'assurer la protection juridique des parties. En particulier, des mesures prises par le gérant légal ne doivent pas pouvoir être soustraites du contrôle de l'autorité de plainte au seul motif qu'elles sont prises dans le cadre de la gestion d'une relation de droit privé. Le mécanisme de l'acte détachable permet d'assurer cette protection juridique. En effet, si les parties établissent qu'une mesure les touche dans leurs droits et obligations, l'existence d'un acte détachable permet de la soumettre à la plainte, alors même qu'elle serait prise en application du droit privé. En revanche, les parties ne disposent pas des moyens du droit privé concernant la gestion de l'immeuble, puisqu'elles ne sont pas (ou plus) parties au rapport de droit avec les tiers.

712. Quant aux tiers, l'autorité qui entre en relation avec eux le fait sur une base de droit privé. La substitution entre le propriétaire de l'immeuble et le gérant légal n'a de conséquence qu'en ce qui concerne la personne de leur in-

terlocuteur : c'est au gérant légal qu'ils sont tenus de s'adresser et envers lui qu'ils doivent s'acquitter. De même, en cas de contentieux, la voie ouverte demeure celle du droit privé. En revanche, la voie de la plainte ne leur est pas ouverte, puisque les règles en matière de gérance légale ne tendent pas à les protéger. Cette construction implique que l'on se tienne à la définition restrictive de la qualité pour agir, limitée à l'atteinte à l'intérêt juridiquement protégé.

713. L'intégration du mécanisme de l'acte détachable peut se faire *de lege lata*. Il faut toutefois que le Tribunal fédéral modifie sa jurisprudence dans ce sens ; cette démarche semble amorcée avec la compréhension large de la notion de mesure sujette à plainte. Il faudrait également en revenir à l'exigence d'un intérêt juridiquement protégé pour accorder la qualité pour agir aux seules parties à la procédure d'exécution forcée.

Conclusion

714. L'indisponibilité telle qu'elle résulte de la mainmise officielle de l'autorité de poursuite et de faillite sur les biens du débiteur se déploie autour de deux axes. D'une part, le débiteur perd le pouvoir de disposer de ses biens ; partant, ses actes de disposition sont nuls. D'autre part, les actes juridiques qu'il accomplit sont inopposables à ses créanciers. Ces deux axes de l'indisponibilité sont exprimés différemment dans chaque mode de poursuite. L'interprétation des dispositions en vigueur permet de fonder un système cohérent ; toutefois, il est nécessaire de recourir au mécanisme du comblement de la lacune afin de voir institué un régime général d'inopposabilité dans l'exécution spéciale. Ce régime fondé sur deux axes permet de prendre en compte notre système de constitution, transfert et extinction des droits selon le principe de la causalité, qui lui aussi intervient en deux temps.

715. Tant l'institution de la gérance légale que l'extension du gage aux loyers fondée sur l'article 806 CC trouvent leur place dans cette systématique. La gérance légale en est une composante à part entière dans la mesure où elle fonde la perte du pouvoir de disposer qui affecte le débiteur lorsque les normes en matière d'indisponibilité ne le prévoient pas. Avec l'énonciation large des actes qu'elle comprend, elle induit également la nécessité de mettre en place un régime général d'inopposabilité. Quant à l'article 806 CC, il a, dans la phase préliminaire de la poursuite en réalisation de gage, une portée constitutive : sans la réalisation de ses conditions, les normes affectant la disponibilité des loyers et de l'immeuble ne peuvent pas être mises en œuvre.

716. L'examen de la gérance légale met en évidence une institution cohérente, régie par le principe général fort de la nécessité, qui sert tant de moteur que de garde-fou à l'activité du gérant légal. La protection que ce principe accorde aux parties ne peut pas s'exprimer lorsque l'autorité prend des mesures tendant à la valorisation de l'immeuble en vue de sa réalisation. Dans un tel cas, l'autorité devrait néanmoins être soumise à la procédure de consultation formalisée des parties telle qu'elle existe lors de la prise de mesures exceptionnelles de gérance légale.

717. Enfin, la gérance légale est la concrétisation de l'intervention étatique au cœur des relations de droit privé qu'entretient le débiteur avec ses partenaires contractuels. A ce titre, le rôle du gérant légal est double : d'une part, il agit en sa qualité d'autorité diligentant la procédure, en prenant des mesures et décisions fondées sur le droit des poursuites ; d'autre part, il se substitue au débiteur dans ses relations de droit privé avec des tiers. Afin que soit assurée la protection juridique des parties à la procédure, ce deuxième aspect de l'activité du gérant légal doit également pouvoir être appréhendé par le contentieux du droit des poursuites, alors même que les mesures du gérant légal sont prises

en application du droit privé. Le mécanisme de l'acte détachable permet d'y parvenir : il soumet au contrôle de l'autorité de plainte des actes de l'autorité qui affectent les parties dans leurs droits, alors même que ces actes ressortissent au droit privé.

Zusammenfassung

718. Die Zwangsvollstreckung, geregelt durch das Bundesgesetz vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG), regelt das Verfahren, in dem der Gläubiger mit Hilfe der Behörde die Geldschuld eines Schuldners einzutreiben versucht. Um dies zu erreichen, pfändet das Betreibungsamt Vermögenswerte des Schuldners und verwertet diese zugunsten des Gläubigers. Nachdem der Gläubiger die Fortsetzung der Betreibung verlangt hat und bevor die Verwertung zu seinem Gunsten erfolgt, unterliegen die Vermögenswerte der amtliche Beschlagnahme, die sich verschiedener Weise ausdrückt: Verfügungsverbot, Verlust der Verfügungsmacht, strafrechtliche Massnahmen, Unwirksamkeit von Rechtsgeschäfte, Nichtigkeit von Verfügungen, amtliche Verwaltung. Die Folgen der amtlichen Beschlagnahme wird im Französischen auch als „dessaisissement du débiteur“ genannt. Dieser Begriff, der sich nicht im Gesetz findet, bezeichnet den Umstand, dass einer Person die teilweise oder ganz der Verwaltung ihrer Vermögenswerte enthoben worden ist. Allerdings ist es nicht einfach, sämtliche Konsequenzen, die die Unterstellung der Vermögenswerte des Schuldners unter die amtliche Beschlagnahme nach sich zieht, zu erfassen.

719. Im ersten Teil der Dissertation erörtert die Autorin die Tragweite, die die staatliche Einflussnahme gestützt auf das Zwangsvollstreckungsrecht auf das Vermögen des Schuldners hat. Dabei stellt sie nicht die Person des Schuldners in den Mittelpunkt ihrer Überlegungen, sondern dessen Vermögenswerte. Der Verlust der Zuständigkeit des Schuldners über seine Vermögenswerte führt zu einem Vorrecht der Behörde. Wird dieser Sichtweise Rechnung getragen, ist nicht die Stellung des Schuldners, sondern sind die Frage von Interesse, die sich in Bezug auf die Nichtverfügbarkeit der unter der behördlichen Gewalt stehenden Vermögenswerte stellen.

720. Die Autorin weist mit Hinweis auf die gesetzlichen Grundlagen, die die Verfügbarkeit der Vermögenswerte des Schuldners betreffen, nach, dass sich die Thematik zur Nichtverfügbarkeit in sämtlichen Verfahren der Zwangsvollstreckung auf die gleichen Prinzipien stützen. Die Nichtverfügbarkeit wirkt sich in zwei Punkten aus: im Verlust der Verfügungsmacht und in der Unwirksamkeit der durch den Schuldner vorgenommenen Rechtsgeschäfte. Der Schuldner verliert somit einerseits die Verfügungsmacht über seine Vermögenswerte; mit der Folge, dass allfällig vorgenommene Verfügungshandlungen nichtig sind. Andererseits sind die vom Schuldner vorgenommenen Rechtsgeschäfte unwirksam gegenüber seinen Gläubigern. Diese beiden Folgen der Nichtverfügbarkeit werden unterschiedlich ausgedrückt in allen Typen betreibungsrechtlichen Zwangsvollstreckung. Die Interpretation der in Kraft stehenden Normen zeigt ein kohärentes System auf. Allerdings ist

es notwendig auf die Lückenfüllung zurückzugreifen, um ein generelles Regime der Unwirksamkeit in die Spezialexekution einzuführen. Dieses Regime trägt der Entstehung, Übertragung sowie Erlöschung der Rechts gemäss dem Kausalitätsprinzip Rechnung, das ebenfalls zweistufig ist.

721. Die amtliche Verwaltung sowie die Ausdehnung der Pfandhaft auf die Mietzinsforderungen gestützt auf Art. 806 ZGB finden ihren Platz in dieser Systematik. Die amtliche Verwaltung ist insofern ein besonderer Bestandteil, als dass sie die Quelle des Verlusts der Verfügungsmacht ist, wenn die Bestimmungen betreffend die Nichtverfügbarkeit es nicht vorsehen. Mit der weiten Aussage der Rechtsgeschäfte, die sie berührt, verlangt sie ebenfalls ein generelles System der Unwirksamkeit aufzustellen. Was Art. 806 ZGB angeht, hat er, am Anfang der Betreibung auf Pfandverwertung, eine konstitutive Tragweite : solange seine Bedingungen nicht erfüllt sind, können die Verfügbarkeit der Mietzinsen sowie der Grundstücke betreffenden Normen nicht angewandt werden.

722. Der zweite Teil der Arbeit betrifft die amtliche Verwaltung von Grundstücken. Die Normen dafür finden sich zu einem überwiegenden Teil in der Verordnung des Bundesgerichts vom 23. April 1920 über die Zwangsverwertung von Grundstücken (VZG). Den Gerichten wurden Fragen betreffend die gesetzliche Verwaltung von Grundstücken indessen insbesondere auch vor dem Inkrafttreten der genannten Verordnung unterbreitet. Ein erneutes Ansteigen der Streitfälle in diesem Gebiet ist in den letzten Jahren erfolgt. Der Grund liegt in der Immobilienkrise der 90iger Jahre des letzten Jahrhunderts. Anzuführen ist, dass in der Lehre die in diesem Teil untersuchte Thematik bis zum Erscheinen der vorliegenden Dissertation wenig Beachtung fand.

723. Die Untersuchung der amtlichen Verwaltung hebt eine kohärente Institution hervor, geleitet durch das sogenannte Notwendigkeitsprinzip, das einerseits als Motor und andererseits als Hüter der Tätigkeit des Verwalters dient. Mit Hilfe dieses Prinzips lassen sich zudem die Mehrheit der Fragen, die sich dem Verwalter stellen können, zu beantworten. Der Schutz, der dieses Prinzip den Parteien zukommen lässt, kommt jedoch nicht zur Anwendung, wenn die Behörde Massnahmen zur Wertsteigerung des Grundstückes mit Blick auf dessen Verwertung trifft. In einem solchen Fall sollte die Behörde in einem formalisierten Verfahren, wie dies bei der amtlichen Verwaltung beim Ergreifen von ausserordentlichen Massnahmen vorgesehen ist, die beteiligten Parteien konsultieren.

724. Die Überlegungen der Autorin zum Verfahrensrecht öffnen die Tür zu einem unterschiedlichen Ansatz betreffend die Kontrolle der Tätigkeit der Behörde. In der Tat trifft die amtliche Verwaltung als staatlicher Eingriff den Kern der privatrechtlichen Beziehung zwischen dem Schuldner und dem

Gläubiger. So ist die Rolle des Verwalters eine zweifache: einerseits handelt er mit staatlicher Gewalt, in dem er gestützt auf das Betreibungsrecht entsprechende Massnahmen und Verfügungen trifft. Andererseits tritt er anstelle des Schuldners in die privatrechtlichen Beziehung zu Dritten.

725. Damit der Rechtsschutz der Parteien im Verfahren gewährleistet ist, muss der genannte zweite Aspekt der Tätigkeit des gesetzlichen Verwalters ebenfalls vom Verfahrensrecht des Betreibungsrechts erfasst werden, auch wenn die vom Verwalter ergriffenen Massnahmen in Anwendung des Privatrechts erfolgen. Um dies zu erreichen, schlägt die Autorin vor, dass der im Verwaltungsrecht bekannte Mechanismus des „*acte détachable*“ auch im Betreibungsrecht zur Anwendung kommt. Dies hätte zur Folge, dass die Rechtsgeschäfte der Behörde, die die Parteien in ihren Rechten berühren, der Kontrolle der Aufsichtsbehörde unterstehen, auch wenn diese Rechtsgeschäfte aus dem Privatrecht hervorgehen.

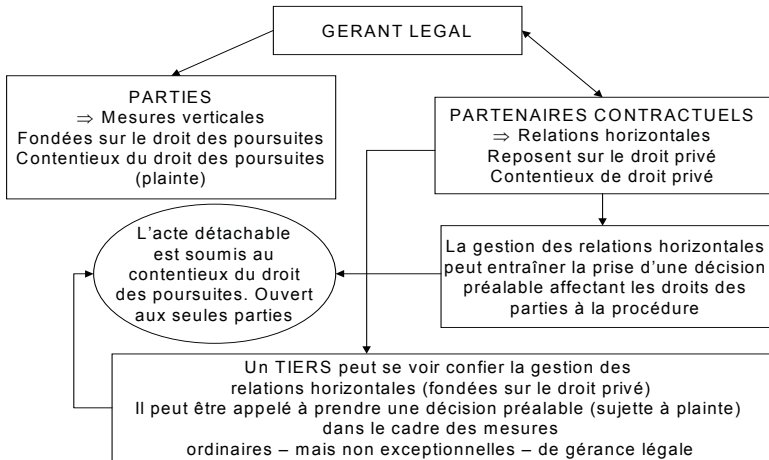
726. Schliesslich hebt die Autorin den Einfluss der allgemeinen und spezifischen Rechtsprinzipien des öffentlichen Rechts hervor. Unter anderem weist sie, in Bezug auf die Frage der Übertragung der Aufgaben des gesetzlichen Verwalters auf eine Drittperson, auf die im öffentlichen Beschaffungswesen geltenden Prinzipien hin.

Annexes

Annexe I : L'indisponibilité de l'immeuble

	SAISIE	PRG avant (réqu. vente) après		FAILLITE
Injonction d'interdiction	96 I LP	92 I ORFI	-	-
Perte du pouvoir de disposer	- 96 II LP par l'énonciation de la nullité des actes de disposition - 17-18 ORFI par le transfert exclusif des pouvoirs d'administration à l'office, lorsque des mesures de GL consistent en des actes de disposition	- pas d'énonciation expresse - 94 ORFI par le transfert exclusif des pouvoirs de GL (limitée) à l'autorité, lorsque des mesures de GL consistent en des actes de disposition	- pas d'énonciation expresse - 101 I/17-18 ORFI par le transfert exclusif des pouvoirs d'administration à l'office, lorsque des mesures de GL consistent en des actes de disposition	- énonciation tirée de la note marginale de 204 LP - 240 LP par le transfert exclusif des pouvoirs d'administration, lorsque les mesures consistent en même temps en des actes de disposition
Inopposabilité	101 I LP, par la présence de l'annotation : ne bloque pas le RF mais a pour effet de rendre l'acquisition ultérieure inopposable aux saisissants	pas de régime général 806 III CC pour les actes juridiques pour les loyers futurs	pas de régime général 806 III CC pour les actes juridiques pour les loyers futurs	régime général, 204 LP : par l'énonciation de la nullité à l'égard des créanciers
	=> Régime général à instaurer			
Transfert des pouvoirs	17-18 ORFI par la GL ordinaire	94 ORFI par la GL limitée	101 I ORFI par la GL ordinaire	- 240 LP transfert général - 17-18 ORFI seulement comme lignes directrices

Annexe II : Le droit applicable aux relations juridiques du gérant légal



Annexe III : Les états locatifs déclenchant les règles relatives au droit des marchés publics

				AMP
	AIMP-2			
	de gré à gré	sur invitation	ouverte/sélective	ouverte/ sélective
valeur-seuil (en CHF)	< 150'000.-	150'000.- - 250'000.-	250'000.- - 383'000.-	> 383'000.-
état locatif mensuel (en CHF)	< 62'500.-	62'500.- - 104'167.-	104'167.- - 159'583.-	> 159'583.-

Liste des ouvrages

Baddeley, Margareta 1994

L'association sportive face au droit

Les limites de son autonomie

Baddeley, Margareta (éd.) 1999

La forme sociale de l'organisation sportive

Questions de responsabilité

Actes de la Journée de Droit du sport de la Faculté de droit de l'Université de Genève 25 mars 1999

Bellanger, François (éd.) 2000

L'Etat face aux dérives sectaires

Actes du colloque du 25 novembre 1999

Cattaneo, Daniele 1992

Les mesures préventives et de réadaptation de l'assurance-chômage

Prévention du chômage et aide à la formation en droit suisse, droit international et droit européen

Chaix, François 1995

Le contrat de sous-traitance en droit suisse

Limites du principe de la relativité des conventions

Chappuis, Christine 1991

La restitution des profits illégitimes

Le rôle privilégié de la gestion d'affaires sans mandat en droit privé suisse

Chatton, Gregor T. 2005

Die Verknüpfung von Handel und Arbeitsmensenrechten innerhalb der WTO

Politisches Scheitern und rechtliche Perspektiven

Chavanne, Sylvie 1993

Le retard dans l'exécution des travaux de construction

Selon le Code des obligations et la norme SIA 118

Currat, Philippe 2006

Les crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale

Défago Gaudin, Valérie 2006

L'immeuble dans la LP: Indisponibilité et gérance légale

Ducrot, Michel 2005

La procédure d'expulsion du locataire ou du fermier non agricole: quelques législations cantonales au regard du droit fédéral

Dunand, Jean-Philippe 2000

Le transfert fiduciaire:

«Donner pour reprendre»

Mancipio dare ut remancipetur

Analyse historique et comparatiste de la fiducie-gestion

Dupont, Anne-Sylvie 2005

Le dommage écologique

Le rôle de la responsabilité civile en cas d'atteinte au milieu naturel

Favre-Bulle, Xavier 1998

Les paiements transfrontières dans un espace financier européen

Foëx, Bénédicte 1997

Le contrat de gage mobilier

Gafner d'Aumeries, Sonja 1992

Le principe de la double incrimination

En particulier dans les rapports d'entraide judiciaire internationale en matière pénale entre la Suisse et les Etats-Unis

Garrone, Pierre 1991

L'élection populaire en Suisse

Etude des systèmes électoraux et de leur mise en œuvre sur le plan fédéral et dans les cantons

Gerber, Philippe 1997

La nature cassatoire du recours de droit public

Mythe et réalité

de Gottrau, Nicolas 1999

Le crédit documentaire et la fraude

La fraude du bénéficiaire, ses conséquences et les moyens de protection du donneur d'ordre

Grant, Philip 2000

La protection de la vie familiale et de la vie privée en droit des étrangers

Guibentif, Pierre 1997

La pratique du droit international et communautaire de la sécurité sociale

Etude de sociologie du droit de la coordination, à l'exemple du Portugal

Hack, Pierre 2003

La philosophie de Kelsen

Epistémologie de la *Théorie pure du droit*

Henzelin, Marc 2000

Le principe de l'universalité en droit pénal international

Droit et obligation pour les Etats de poursuivre et juger selon le principe de l'universalité

Hottelier, Michel 1990

L'article 26 CEDH et l'épuisement des voies de recours en droit fédéral suisse

Hottelier, Michel 1995

Le Bill of Rights et son application aux Etats américains

Etude de droit constitutionnel des Etats-Unis avec des éléments comparatifs de droit suisse

Jeanneret, Yvan 2002

La violation des devoirs en cas d'accident

Analyse critique de l'article 92 LCR

Jeandin, Nicolas 1994

Le chèque de voyage

Junod Moser, Dominique 2001

Les conditions générales à la croisée du droit de la concurrence et du droit de la consommation

Etude de droit suisse et de droit européen

Junod, Valérie 2005

Clinical drug trials

Studying the safety and efficacy of new pharmaceuticals

Kastanas, Elias 1993

Les origines et le fondement du contrôle de la constitutionnalité des lois en Suisse et en Grèce

- Lampert, Frank 2000
Die Verlustverrechnung von juristischen Personen im Schweizer Steuerrecht unter besonderer Berücksichtigung des DBG und StHG
- Languin, Noëlle/ 1994
 Liniger, Miranda/Monti, Brigitte/
 Roth, Robert/Sardi, Massimo/
 Strasser, François Roger
La libération conditionnelle: risque ou chance?
 La pratique en 1990 dans les cantons romands
- Languin, Noëlle/Kellerhals, Jean/ 2006
 Robert, Christian-Nils
L'art de punir
 Les représentations sociales d'une «juste» peine
- Manai, Dominique 1999
Les droits du patient face à la médecine contemporaine
- Mandofia Berney, Marina 1993
Vérités de la filiation et procréation assistée
 Etude des droits suisse et français
- Marchand, Sylvain 1994
Les limites de l'uniformisation matérielle du droit de la vente internationale
 Mise en œuvre de la Convention des Nations Unies du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises dans le contexte juridique suisse
- Martenet, Vincent 1999
L'autonomie constitutionnelle des cantons
- Morand, Charles-Albert (éd.) 1991
Les instruments d'action de l'Etat
- Morand, Charles-Albert (éd.) 1992
Droit de l'environnement: mise en œuvre et coordination
- Morand, Charles-Albert (éd.) 1992
La légalité: un principe à géométrie variable
- Morand, Charles-Albert (éd.) 1995
Aménagement du territoire et protection de l'environnement: la simplification des procédures
- Morand, Charles-Albert (éd.) 1996
La pesée globale des intérêts
 Droit de l'environnement et de l'aménagement du territoire
- Moreno, Carlos 2002
Legal Nature and Functions of the Multimodal Transport Document
- Morin, Ariane 2002
La responsabilité fondée sur la confiance
 Etude critique des fondements d'une innovation controversée
- Oberson, Xavier 1991
Les taxes d'orientation
 Nature juridique et constitutionnalité
- Papaux van Delden, Marie-Laure 2002
L'influence des droits de l'homme sur l'osmose des modèles familiaux
- Peter, Henry 1990
L'action révocatoire dans les groupes de sociétés
- Pont Veuthey, Marie-Claire 1992
Le pouvoir législatif dans le canton du Valais
- Scartazzini, Gustavo 1991
Les rapports de causalité dans le droit suisse de la sécurité sociale
 Avec un aperçu des différentes théories de la causalité

Schneider, Jacques-André 1994

**Les régimes complémentaires de
retraite en Europe: Libre circulation et
participation**

Etude de droit suisse et comparé

Stieger-Chopard, Arlette 1997

**L'exclusion du droit préférentiel de
souscription dans le cadre du capital
autorisé de la société anonyme**

Etude de droit allemand et de droit suisse

Tanquerel, Thierry 1996

**Les voies de droit des organisations
écologistes en Suisse et aux Etats-Unis**

Tevini Du Pasquier, Silvia 1990

Le crédit documentaire en droit suisse

Droits et obligations de la banque
mandataire et assignée

Trigo Trindade, Rita 1996

**Le conseil d'administration de la
société anonyme**

Composition, organisation et
responsabilité en cas de pluralité
d'administrateurs

Voïnov Kohler, Juliette 2006

**Le mécanisme de contrôle du respect
du Protocole de Kyoto sur les
changements climatiques: entre
diplomatie et droit**

Vulliétty, Jean-Paul 1998

**Le transfert des risques dans la vente
internationale**

Comparaison entre le Code suisse des
Obligations et la Convention de Vienne
des Nations Unies du 11 avril 1980

Werly, Stéphane 2005

La protection du secret rédactionnel

Wisard, Nicolas 1997

**Les renvois et leur exécution en droit
des étrangers et en droit d'asile**

Recueils de textes

(anciennement «Série rouge»)

Auer, Andreas/ 2001

*Delley, Jean-Daniel/Hottelier,
Michel/Malinverni, Giorgio (éd.)*

Aux confins du droit

Essais en l'honneur du
Professeur Charles-Albert Morand

Dufour, Alfred/Rens, Ivo/ 1998

*Meyer-Pritzl, Rudolf/
Winiger, Bénédicte (éd.)*

Pacte, convention, contrat

Mélanges en l'honneur du Professeur
Bruno Schmidlin

Foëx, Bénédicte/Thévenoz, Luc (éd.) 2000

**Insolence, désendettement et
redressement**

Etudes réunies en l'honneur de Louis
Dallèves, Professeur à l'Université de
Genève

Kellerhals, Jean/ 2002

Manai, Dominique/Roth, Robert (éd.)

Pour un droit pluriel

Etudes offertes au Professeur
Jean-François Perrin

Knapp, Blaise/Oberson, Xavier (éd.) 1997

**Problèmes actuels de droit
économique**

Mélanges en l'honneur du Professeur
Charles-André Junod

Reymond, Jacques-André 1998

De l'autre côté du miroir

Etudes récentes

Schönle, Herbert 1995

Droit des obligations et droit bancaire

Etudes

Ouvrages collectifs

Présence et actualité de la constitution dans l'ordre juridique

Mélanges offerts à la Société suisse des juristes pour son congrès 1991 à Genève. 1991

Problèmes actuels de droit fiscal

Mélanges en l'honneur du Professeur Raoul Oberson 1995

Démocratie directe

Arx, Nicolas von 2002

Ähnlich, aber anders

Die Volksinitiative in Kalifornien und in der Schweiz

Auer, Andreas (éd.) 1996

Les origines de la démocratie directe en Suisse / Die Ursprünge der schweizerischen direkten Demokratie

Auer, Andreas (éd.) 2001

Sans délais et sans limites?

L'initiative populaire à la croisée des chemins

Ohne Fristen und Grenzen?

Die Volksinitiative am Scheideweg

Auer, Andreas/ 2001

Trechsel, Alexander H.

Voter par Internet

Le projet e-voting dans le canton de Genève dans une perspective socio-politique et juridique

Delley, Jean-Daniel (éd.) 1999

Démocratie directe et politique étrangère en Suisse/

Direkte Demokratie und schweizerische Aussenpolitik

Schuler, Frank 2001

Das Referendum in Graubünden

Entwicklung, Ausgestaltung, Perspektiven

Trechsel, Alexander/Serdült, Uwe 1999

Kaleidoskop Volksrechte

Die Institutionen der direkten Demokratie in den schweizerischen Kantonen 1970–1996

Trechsel, Alexander 2000

Feuerwerk Volksrechte

Die Volksabstimmungen in den schweizerischen Kantonen 1970–1996

Droit et Histoire

(anciennement «Droit et Histoire», «Les grands jurisconsultes» et «Grands textes»)

Dufour, Alfred/Roth, Robert/ 1994

Walter, François (éd.)

Le libéralisme genevois, du Code civil aux constitutions (1804–1842)

Dufour, Alfred 1998

Hommage à Pellegrino Rossi (1787–1848)

Genevois et Suisse à vocation européenne

Dufour, Alfred (éd.) 2001

Rossi, Pellegrino

Cours d'histoire suisse

Dufour, Alfred 2003

L'histoire du droit entre philosophie et histoire des idées

Dunand, Jean-Philippe 2004

Keller, Alexis (éd.)

Stein, Peter

Le droit romain et l'Europe

Essai d'interprétation historique,
2^{ème} éd.

Manai, Dominique 1990

Eugen Huber

Jurisconsulte charismatique

Monnier, Victor (éd.) 2002

Bonaparte et la Suisse

Travaux préparatoires de l'Acte de
Médiation (1803)
(Préfacé par Alfred Kölz)

Monnier, Victor 2003

Bonaparte, la Suisse et l'Europe

Colloque européen d'histoire
constitutionnelle pour le bicentenaire
de l'Acte de médiation (1803–2003)

Reiser, Christian M. 1998

Autonomie et démocratie dans les communes genevoises

Schmidlin, Bruno/ 1991

Dufour, Alfred (éd.)

Jacques Godefroy (1587–1652) et

l'Humanisme juridique à Genève

Actes du colloque Jacques Godefroy

Winiger, Bénédicte 1997

La responsabilité aquilienne romaine

Damnum Iniuria Datum

Winiger, Bénédicte 2002

La responsabilité aquilienne

en droit commun

Damnum Culpa Datum

Droit de la propriété

Hottelier, Michel/ 1999

Foëx, Bénédicte (éd.)

Les gages immobiliers

Constitution volontaire et réalisation
forcée

Hottelier, Michel/ 2001

Foëx, Bénédicte (éd.)

L'aménagement du territoire

Planification et enjeux

Hottelier, Michel/ 2003

Foëx, Bénédicte (éd.)

La propriété par étages

Fondements théoriques et questions
pratiques

Hottelier, Michel/ 2005

Foëx, Bénédicte (éd.)

Protection de l'environnement et immobilier

Principes normatifs et
pratique jurisprudentielle

Droit administratif

Bellanger, François/ 2002

Tanquerel, Thierry (éd.)

Les contrats de prestations

Tanquerel, Thierry / 2002

Bellanger, François (éd.)

L'administration transparente

Droit de la responsabilité

*Chappuis, Christine/
Winiger, Bénédic (éd.)*

2005

Le préjudice

Une notion en devenir

(Journée de la responsabilité civile 2004)

La procédure d'exécution forcée régie par la Loi sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP) entraîne la mainmise de l'autorité sur les biens du débiteur afin d'en distribuer le produit de réalisation aux créanciers. Les biens sous mainmise officielle deviennent indisponibles. Lorsqu'il s'agit d'immeubles, ceux-ci font l'objet d'une gérance légale, en application directe ou analogique des règles de l'Ordonnance sur la réalisation forcée des immeubles (ORFI).

En première partie de travail, l'auteur démontre que l'indisponibilité, bien qu'exprimée de manière variée dans la loi, repose sur deux axes communs à chaque procédure d'exécution forcée: perte du pouvoir de disposer et inopposabilité. L'institution de la gérance légale est une composante essentielle du mécanisme, en tant que source de la perte du pouvoir de disposer. L'extension du gage aux loyers prévue à l'article 806 du Code civil (CC) a également une portée constitutive, certaines normes affectant la disponibilité des loyers et de l'immeuble ne pouvant être mises en œuvre que si les conditions de son application sont réalisées.

Avec l'étude de la gérance légale en seconde partie de travail, l'auteur met en lumière l'importance du principe dit de la nécessité, qui sert tant de moteur que de garde-fou à l'activité du gérant légal. Elle souligne également l'impact essentiel de principes et règles du droit public sur la mise en œuvre des dispositions du droit des poursuites en matière de contentieux et de transfert de la tâche de gérance légale à un tiers.