



Chapitre d'actes

2006

Open Access

This version of the publication is provided by the author(s) and made available in accordance with the copyright holder(s).

La gérance d'immeubles, conventionnelle et légale

Marchand, Sylvain

How to cite

MARCHAND, Sylvain. La gérance d'immeubles, conventionnelle et légale. In: Séminaire sur le droit du bail. Wessner, Pierre (Ed.). Neuchâtel. Neuchâtel : Université de Neuchâtel, Faculté de droit et des sciences économiques, 2006. p. 1–24.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:10837>

La gérance d'immeubles, conventionnelle et légale

par **Sylvain Marchand**,
professeur aux Universités de Genève et Neuchâtel

Sommaire

	<u>Page</u>
I. Introduction	3
II. Sources et Typologie	3
1. Gérance conventionnelle	3
a. Définition et distinctions	3
b. Qualification du contrat	5
c. Conclusion du contrat	6
d. Droit public	6
2. Gérance légale	7
a. Principes directeurs	7
b. Typologie des gérances légales	7
c. Exceptions aux cas de gérance légale	9
d. Qualification de la gérance légale	10
e. Identité du gérant	10
III. Prétentions financières du gérant d'immeubles	12
1. Gérance conventionnelle	12
a. Droit à une rémunération	12
b. Détermination de la rémunération	12
c. Remboursement des avances et des frais	13
d. Rabais et escomptes obtenus de tiers	13
2. Gérance légale	13
a. Emolument légal	13
b. Augmentation du tarif	14
c. Paiement sur le produit de la gérance	14

IV. Obligations du gérant d'immeubles	14
1. Obligations du gérant conventionnel	14
a. L'obligation de diligence	14
b. Obligation de reddition de compte et restitution	16
c. La question de l'application de l'article 401 CO	17
2. Obligations du gérant légal	17
a. Le principe de nécessité	17
b. Actes en faveur du débiteur	19
c. Actes en faveur des créanciers	19
V. Responsabilité, Contentieux et Résiliation	20
1. Gérance conventionnelle	20
a. Principe de la responsabilité	20
b. Responsabilité pour les auxiliaires	20
c. Contentieux	21
d. Résiliation du contrat	21
2. Gérance légale	22
a. Responsabilité du canton	22
b. Plainte contre les actes du gérant	23
c. Fin de la gérance légale	23
VI. Conclusion	24

Annexes

- Extraits du Code des obligations : le mandat
- Extraits de l'Ordonnance du Tribunal fédéral sur la réalisation forcée des immeubles (ORFI)
- Code de déontologie des professions immobilières

I. Introduction

Dans les deux cas, l'activité est la même : il s'agit de gérer un immeuble, d'encaisser des loyers, de procéder aux réparations nécessaires, de payer le concierge, de répartir les frais de chauffage, bref de presser l'immeuble avec suffisamment de doigté pour en extraire le jus sans en altérer la substance.

Pourtant, la gérance conventionnelle et la gérance légale appartiennent à deux mondes différents, sinon par l'activité qu'elles impliquent, du moins par leurs cadres juridiques respectifs, par leurs buts, et par le statut du gérant. La gérance conventionnelle est une prestation de service en faveur du propriétaire de l'immeuble, dont les intérêts sont prépondérants. La relation entre le gérant et son client est imprégnée des principes du droit du mandat, et façonnée par le contrat librement passé entre les parties. La gérance légale au contraire est un acte de puissance publique, découlant du dessaisissement contre son gré du propriétaire de l'immeuble. L'activité du gérant légal est encadrée par la très technique Ordonnance du Tribunal fédéral sur la réalisation des immeubles¹.

Il peut arriver qu'une même régie assume à la fois des mandats de gérance conventionnelle et, par délégation, des activités de gérance légale². Elle aurait tort cependant de se laisser abuser par la similitude des activités, et de sous-estimer l'importance du cadre juridique de son intervention.

II. Sources et Typologie

1. Gérance conventionnelle

a. Définition et distinctions

Le contrat de gérance d'immeubles est un contrat conclu entre le propriétaire d'un bien immobilier et un prestataire de services indépendant, dont l'objet est l'exploitation rationnelle de l'immeuble par sa location ou son affermage. La gérance conventionnelle doit être distinguée des structures contractuelles ou corporatives suivantes :

- *Le gérant salarié*. Le propriétaire de l'immeuble peut engager un gérant sur la base d'un contrat de travail³. La relation se caractérise par la subordination du gérant au propriétaire, qui détermine ses horaires, le lieu et les modalités d'organisation du travail. La relation est soumise aux règles sur le contrat de travail, ce qui implique la protection du gérant salarié par de nombreuses dispositions impératives. La distinction entre le gérant salarié et le gérant indépendant n'a d'effet que dans les rapports internes entre le propriétaire de l'immeuble et le gérant, et non dans les rapports externes avec le locataire ou fermier : le propriétaire doit en effet se voir imputer les actes de son gérant selon l'article 101 CO, que celui-ci soit indépendant ou salarié.
- *L'administrateur d'une propriété par étages*. Une communauté de propriétaires par étages doit nommer un administrateur, dont les attributions sont définies par les articles 712s et 712t CC. Contrairement au gérant d'immeubles, l'administrateur de propriété par étages assume en

¹ Ordonnance du Tribunal fédéral sur la réalisation forcée des immeubles, du 23 avril 1920, RS 281.42, ci-après ORFI.

² Cf. infra II.2.e.

³ ATF 99 II 46, JT 1973 I 635.

premier lieu l'organisation des rapports internes entre les copropriétaires de l'immeuble, notamment par l'encaissement des contributions et la répartition des frais, la convocation de l'assemblée des copropriétaires⁴, et le respect du règlement⁵. A l'instar du gérant d'immeubles, l'administrateur a également un rôle de représentation des propriétaires à l'égard de tiers⁶, mais cette représentation se limite aux affaires qui relèvent de l'administration commune, rattachée à l'immeuble de base ou aux parties communes. Il n'est pas en charge de la gestion des parties privées, chaque propriétaire par étages pouvant par ailleurs confier la gestion de sa part d'étage à un gérant d'immeuble⁷.

- *L'administrateur d'une société immobilière ou d'une société coopérative d'habitation.* A l'instar de l'administrateur d'une propriété par étages, l'administrateur d'une société immobilière ou d'une société coopérative d'habitation est d'abord en charge du fonctionnement organique de la société, à travers notamment la convocation des assemblées générales et la gestion corporative de la société. Son rôle se rapproche cependant de celui d'un gérant d'immeubles en ce qu'il doit gérer les rapports entre le propriétaire de l'immeuble (la société) et des habitants qui, pour être actionnaires, n'en sont pas moins considérés comme des locataires⁸. Les sociétés immobilières d'actionnaires locataires se sont cependant raréfiées depuis l'entrée en vigueur en 1995 de l'art. 207 de la Loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct qui a permis aux actionnaires de reprendre les immeubles de la société en nom propre et de liquider la personne morale.
- *La clause de gérance.* La clause de gérance est une condition suspensive d'un contrat de vente, dont la réalisation implique que l'acheteur confie un mandat de gestion de l'immeuble au vendeur ou à un tiers désigné par le vendeur⁹. La réalisation de cette condition implique la conclusion d'un contrat de gérance d'immeubles. Il n'en reste pas moins que ce contrat peut être résilié en tout temps¹⁰. Cette résiliation ne saurait être à notre avis constituée en condition résolutoire du contrat de vente : une telle condition résolutoire conduirait à une restriction inadmissible du droit de révoquer le contrat de gestion au sens de l'article 404 CO. La clause de gérance n'offre donc au vendeur aucune garantie inscrite dans la durée, et n'engage que très faiblement l'acheteur.

La gestion d'immeubles peut recouvrir, selon le contrat, différentes activités, qui permettent de distinguer¹¹ entre :

⁴ Art. 712n CC.

⁵ Art. 712s al. 2 et 3 CC.

⁶ Art. 712t al. 1 CC.

⁷ Thévenoz, Le contrat de gérance d'immeuble, JDC 2003, p. 109-129 (ci-après Thévenoz), p. 110.

⁸ P.41/99 ; Meier-Hayoz/Rey, Commentaire bernois, Berne 1988, remarques préliminaires à propos des art. 712a à 712t CC, N. 10 ; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Berne 1996, § 62 ch. 134 ; Sur la société coopérative d'habitation, voir Ruedin, Société coopérative d'habitation et bail à loyer, 8^{ème} Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 1994, no 1, p. 1 ss.

⁹ ATF 83 II 525 ; Montavon, Les contrats de gérance d'immeubles, Lausanne 1991, (ci-après Montavon), p. 159 ; Thévenoz, p. 111.

¹⁰ Infra V.1.d.

¹¹ Cf. Notamment Montavon, p. 100 ss ; On trouve également une distinction plus affinée de ces différents services dans les tarifs de l'Union Neuchâteloise des professionnels de l'immobilier : <http://www.unpi.ch/honoraires.asp>, article 7 et chapitre IV.

- La *gestion ordinaire*, qui comprend l'ensemble des services usuels concernant la maintenance et la location d'immeubles, soit en particulier : l'établissement, l'adaptation et l'encaissement des loyers et charges, le choix et la recherche des locataires, l'établissement de l'état des lieux à chaque changement de locataire, le recouvrement des loyers impayés, l'établissement du règlement de maison, le paiement des dettes courantes d'exploitation, des intérêts hypothécaires et des impôts fonciers, la rémunération et l'instruction du concierge, la surveillance générale de l'immeuble et le suivi des contrats d'entretien, l'achat du combustible, la commande des petites réparations.
- La *gestion extraordinaire*, qui implique des services spéciaux concernant des situations litigieuses et des rénovations importantes, ainsi que l'ensemble des services tendant à une amélioration de la situation économique et fiscale de l'immeuble. Ces mesures de gestion extraordinaire comprennent notamment le traitement administratif et technique de projets de rénovation et d'agrandissement, la représentation du propriétaire devant les tribunaux des baux et loyers et des prud'hommes, la continuation d'une poursuite contre un locataire (mainlevée d'opposition, saisie ou mise en faillite), les démarches en vue de l'ouverture de crédits auprès d'une banque et l'étude économique et fiscale de financements immobiliers.

b. Qualification du contrat

Le contrat de gérance d'immeubles est un contrat de service qui doit être qualifié de mandat, ou en tous cas soumis à ses règles conformément au principe de l'application à titre résiduel des règles du mandat au contrat de service ne faisant pas l'objet d'autres dispositions légales¹². De nombreux auteurs ont tenté d'écarter l'application de ces règles, dans le but notamment d'éviter l'application de la règle impérative selon laquelle un contrat de mandat peut être révoqué en tout temps (art. 404 CO)¹³. Le Tribunal fédéral lui-même, dans un arrêt ancien¹⁴ qu'il a depuis contredit¹⁵, semble avoir opté pour le rattachement aux règles du contrat de travail, ou pour la qualification du contrat comme un contrat *sui generis* échappant aux règles du mandat, et en particulier à l'épouvantail de l'article 404 CO.

Ce débat relève à notre avis d'une confusion entre la cause et l'effet¹⁶. La qualification du contrat de gérance d'immeubles comme contrat de mandat, cause de l'application de l'article 404 CO, ne nous semble pas contestable. Elle autorise notamment l'application d'autres dispositions utiles du droit du mandat. En revanche, l'effet de cette qualification, qui est l'application impérative de l'article 404 CO, peut être discuté.

¹² Art. 394 al. 2 CO ; ATF 99 Ib 440 ; ATF 104 II 108 ; ATF 106 II 157 ; SJ 1989 521 ; ZR 1998 148 ; Tercier, Les contrats spéciaux, Zurich 2003, 3^{ème} éd. (ci-après Tercier), N. 4934 ; Thévenoz, p. 120.

¹³ Notamment Fischer, Der Liegenschaftsverwaltungsvertrag, PJA 2000, 397-412 ; Montavon, p. 141.

¹⁴ ATF 83 II 525, dans lequel le Tribunal fédéral a condamné le propriétaire de l'immeuble à indemniser le gérant du fait de la résiliation anticipée injustifiée du contrat.

¹⁵ Expressément in ATF 106 II 157.

¹⁶ Dont on se permettra de rappeler qu'elle est la première des erreurs conceptuelles, selon Nietzsche, Crépuscule des idoles, ou Comment philosopher à coups de marteau, Paris 1985.

De nombreux auteurs ont en effet plaidé pour une remise en cause de ce caractère impératif pour des mandats n'impliquant pas un rapport de confiance particulier¹⁷, non sans influence sur le Tribunal fédéral¹⁸ ou les tribunaux cantonaux¹⁹. En d'autres termes et pour conclure, le débat doit porter sur le caractère impératif de l'article 404 CO, et non sur la qualification du contrat de gérance d'immeubles²⁰.

c. Conclusion du contrat

La conclusion du contrat de gérance d'immeubles n'est soumise à aucune exigence de forme particulière²¹. L'accord doit porter sur les éléments essentiels du contrat, qui sont l'étendue du service, l'immeuble concerné, et le caractère onéreux du contrat. La rémunération du mandataire n'est cependant pas un élément essentiel du contrat, dans la mesure où la rémunération du gérant peut être déterminée selon les règles usuelles, en particulier les tarifs professionnels recommandés par les associations à leurs membres, exprimés en général en pourcentage de l'état locatif²².

Le contrat de gérance d'immeubles étant soumis aux règles sur le contrat de mandat, les gérants professionnels, ou qui offrent publiquement leurs services, sont soumis à la présomption d'acceptation du mandat selon l'article 395 CO. Cette présomption ne présente guère d'inconvénient pour les régies, tant que le caractère impératif de l'article 404 CO est maintenu. L'évolution de la jurisprudence à ce sujet devrait rendre les régies méfiantes à l'égard du risque de mandats inopportun.

d. Droit public

Selon l'article 53 lit. a ch. 4 de l'Ordonnance sur le Registre du Commerce, le gérant d'immeubles à titre professionnel doit être obligatoirement inscrit au Registre du Commerce, quel que soit le chiffre d'affaires réalisé. Il assume les obligations qu'impliquent cette inscription en termes de comptabilité²³, et les risques pénaux qui y sont attachés²⁴.

Les Cantons du Tessin et de Zurich soumettent l'activité des gérants d'immeubles à une autorisation administrative, et à des sanctions administratives spécifiques²⁵.

¹⁷ Werro, Le mandat et ses effets, Fribourg 1993, N. 269 ; Abravanel, L'empereur de chine et le grain de tabac, réflexion sur l'article 404 CO ; JT 1987 I 460 ; Gauch, art. 404 OR, Sein Inhalt, seine Rechtfertigung und die Frage seines zwingenden Charakters, recht 1992 ; Fellmann, Commentaire Bernois, Berne 1992, art. 404 CO, N. 115 ss ; Plus spécifiquement pour le contrat de gérance d'immeubles : Fischer, Der Liegenschaftsverwaltungsvertrag, PJA 2000, p. 397-412.

¹⁸ ATF 120 V 299 ; également, 4C.447/2004.

¹⁹ RJN 2001 119.

²⁰ Voir par ailleurs infra V.2.c.

²¹ ATF 106 II 157. Le Code de déontologie des professions immobilières, édition 2004, publié par la Société de Régisseurs de Genève (http://www.sr-ge.ch/pdf/code_deontologie.pdf ; ci-après le Code de déontologie GE) préconise, en son article 3.2, la conclusion d'un contrat écrit.

²² Montavon, p. 154-165 ; Thévenoz, p. 115.

²³ Art. 957 ss CO.

²⁴ Art. 166 CP.

²⁵ RS-TI 481 ; RS-ZH 935.41.

2. Gérance légale

a. Principes directeurs

A l'inverse de la gérance conventionnelle, la gérance légale ne découle pas de la volonté du propriétaire de l'immeuble. Elle est au contraire une mesure de puissance publique qui est imposée au propriétaire de l'immeuble comme conséquence de son dessaisissement en cas de saisie, poursuite en réalisation du gage ou faillite.

Le droit des poursuites prévoit en effet que lorsqu'un débiteur répond de ses dettes sur un immeuble, l'actif destiné à désintéresser le ou les créanciers comprend l'immeuble en tant que tel, mais aussi ses revenus, soit en particulier les loyers et fermages afférants à l'immeuble :

- *En cas de saisie* : l'article 102 LP prévoit que la saisie d'un immeuble comprend ses fruits et les autres produits. Les loyers perçus depuis la saisie servent donc au désintéressement du ou des créanciers saisissants.
- *En cas de poursuite en réalisation du gage* : l'article 806 al. 1 CC prévoit que le gage grevant un immeuble donné à bail comprend les loyers ou fermages qui ont couru depuis la poursuite en réalisation du gage commencée par le créancier²⁶. Pour bénéficier de l'article 806 al. 1 CC, le créancier doit requérir l'immobilisation des loyers lors de la réquisition de poursuite²⁷. L'immobilisation des loyers n'intervient qu'au moment de cette réquisition²⁸ mais au plus tard dès la réquisition de vente²⁹.
- *En cas de faillite* : l'article 197 al. 1 LP prévoit que tous les biens appartenant au failli à la date de la déclaration de faillite tombent dans la masse. Il est admis que s'il s'agit d'un immeuble, les revenus de l'immeuble depuis la déclaration de faillite tombent également dans la masse en cas de faillite³⁰.

L'application de ces principes impose que les autorités de poursuite prennent des mesures pour conserver l'actif destiné à désintéresser les créanciers. C'est dans ce cadre que s'inscrit la gérance légale, destinée à assurer la conservation de l'immeuble et de ses revenus depuis la date où ils bénéficient aux créanciers, jusqu'à la réalisation de l'immeuble.

b. Typologie des gérances légales

La particularité de l'article 806 CC, qui confère au créancier gagiste un droit aux loyers depuis la réquisition de poursuite, contrairement aux articles 102 LP ou 197 LP selon lequel le débiteur garde la

²⁶ Il s'agit cependant d'une disposition qui n'est pas impérative, le créancier pouvant renoncer à ce que son gage comprenne les loyers : ATF 38 I 261.

²⁷ Art. 152 al. 2 LP. La réquisition d'immobilisation des loyers est un acte irrévocable : ATF 130 III 720.

²⁸ ATF 121 III 187. Si la réquisition d'immobilisation n'est pas faite par le créancier simultanément à la réquisition de poursuite, elle n'a pas d'effet rétroactif. Le créancier gagiste n'a dès lors aucun droit sur les loyers encaissés entre la réquisition de poursuite et la réquisition d'immobilisation des loyers.

²⁹ ATF 71 III 153.

³⁰ Romy, Commentaire romand LP, art. 197 N. 13.

jouissance des loyers jusqu'à la saisie ou jusqu'au jugement de faillite, a conduit le Tribunal fédéral à distinguer entre deux types de gérance légale :

- *La gérance légale limitée.* Il s'agit d'une mesure de gérance légale mise en place dans le cadre d'une poursuite en réalisation du gage, entre la demande d'immobilisation des loyers par le créancier gagiste et le moment de la réquisition de vente. Cette gérance légale limitée est prévue à l'article 94 ORFI. Elle vise essentiellement l'encaissement des loyers et les réparations urgentes³¹. Mesure d'application de l'article 806 CC, la gérance légale limitée est exclue dans un cas où l'immeuble n'est pas loué ou affermé³².
- *La gérance légale ordinaire.* Il s'agit d'une mesure de gérance ordinaire mise en place dès le dessaisissement du débiteur. La gérance légale ordinaire implique la gérance et la culture de l'immeuble, au sens de l'article 17 ORFI³³. Elle comprend ainsi 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 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 poursuites³⁴. La gérance légale ordinaire est prononcée³⁵ dès la saisie (art. 16 ORFI), dès la déclaration de faillite (art. 124 ORFI)³⁶, ou dès la réquisition de vente dans une poursuite en réalisation du gage (art. 101 ORFI). Dans ce dernier cas, la gérance légale ordinaire se substitue à la gérance légale limitée.

La gérance légale ordinaire de l'immeuble est prononcée même si la saisie n'est que provisoire³⁷, c'est-à-dire après une mainlevée provisoire de l'opposition du débiteur. Ce principe confère au créancier un fort pouvoir de pression sur le débiteur, puisqu'il peut le priver de la gérance de son immeuble, et des revenus y afférents, sur la base d'un simple titre de mainlevée provisoire, avant tout contrôle judiciaire de la créance. La gérance légale prend fin si le débiteur obtient un jugement définitif de libération de dette. S'agissant d'une procédure ordinaire, son issue peut cependant prendre plusieurs années durant lesquelles l'office pourvoit à la gestion légale de l'immeuble. *De lege ferenda*, une réflexion devrait avoir lieu sur ce pouvoir de nuisance d'un créancier dont la créance n'est pas encore reconnue judiciairement.

Les règles sur la gérance légale ne sont pas applicables dans le cadre d'une procédure concordataire, même si certains de leurs principes peuvent être appliqués par analogie dans le cadre d'une gestion de

³¹ Voir par exemple JT 2005 II 41.

³² 5C.139/2004.

³³ Sur la différence entre la gérance limitée et la gérance ordinaire, cf. ATF 129 III 92.

³⁴ 5C.139/2004.

³⁵ Pour une analyse très fine du moment exact auquel commence la gérance légale, cf. Défago, L'immeuble dans la LP : indisponibilité et gérance légale, Collection genevoise, Zurich 2006 (ci-après Défago), p. 112-119.

³⁶ La base légale est moins claire en matière de faillite : l'article 124 ORFI ne mentionne pas expressément la gérance légale, mais uniquement l'avis aux locataires et aux fermiers de payer en mains de l'office. On admet cependant une application par analogie de l'article 16 ORFI : ATF 127 III 229 ; SJ 2001 I 389 ; ATF 117 III 63 ; RJN 1984 263 ; Défago, N. 332.

³⁷ Cf. art. 15 al. 1 ORFI, qui mentionne la saisie provisoire ou définitive, en rapport avec l'avis aux locataires et fermiers (art. 1 al. 1 let b ORFI), également Défago, N. 411 ; Jeandin/Sabeti, Commentaire romand LP, Bâle 2005, art. 102 N. 3.

l'entreprise confiée au commissaire par le juge en application de l'article 298 al. 1 LP, ou dans le cadre de la gestion des immeubles par les liquidateurs au sens de l'article 319 al. 3 LP³⁸. Un sursis concordataire n'interrompt pas une mesure de gérance légale prononcée avant l'octroi du sursis³⁹ : l'immeuble reste sous gérance légale pendant toute la durée du sursis concordataire. La continuation de la gérance légale dépend des circonstances :

- *Gérance prononcée dans le cadre d'une poursuite en réalisation du gage* : lorsque la gérance a été ordonnée dans le cadre d'une poursuite en réalisation du gage, elle continue après l'homologation du concordat puisque les créanciers gagistes ne sont pas soumis au concordat et que la poursuite en réalisation du gage continue après l'homologation⁴⁰.
- *Gérance prononcée dans le cadre d'une faillite ou d'une saisie* : Lorsque la gérance légale a été ordonnée dans le cadre d'une faillite ou d'une saisie, elle tombe en cas d'homologation d'un concordat dividende, puisque l'homologation éteint toutes les poursuites intentées à l'encontre du débiteur avant le sursis⁴¹. En cas d'homologation d'un concordat par abandon d'actif, la gérance de l'immeuble doit être transférée aux liquidateurs en application de l'article 319 al. 3 LP.

Enfin, en cas de séquestre de l'immeuble, l'article 275 LP renvoie aux règles sur la saisie, ce qui conduit à ce qu'une gérance légale se mette en place en cas de séquestre d'un immeuble comme en cas de saisie⁴².

c. Exceptions aux cas de gérance légale

La loi prévoit certaines situations dans lesquelles malgré une saisie, une poursuite en réalisation du gage ou une faillite, la gérance légale n'est pas prononcée :

- *En cas de saisie*, l'article 16 al. 1 ORFI exclut la gérance légale lorsque l'immeuble est en possession d'un tiers revendiquant. Compte tenu des règles sur la revendication dans la saisie, il faut comprendre cette exception comme correspondant au cas de l'article 108 LP, soit au cas où l'immeuble est inscrit au registre foncier au nom du tiers⁴³. Ce n'est qu'au terme de l'action en revendication intentée par le débiteur ou par le créancier saisissant⁴⁴ que la gérance légale peut être prononcée.
- *En cas de poursuite en réalisation du gage*, l'article 101 ORFI prévoit que le créancier peut renoncer à une mesure de gérance légale ordinaire. Cette renonciation doit être mise en relation avec la possibilité pour le créancier gagiste de renoncer au bénéfice de l'article 806 CC⁴⁵. La même réserve n'a pas été expressément mentionnée à l'article 94 ORFI mais le créancier peut

³⁸ A ce sujet, Défago, N. 356, 364.

³⁹ Art. 16 al.2 ORFI ; PKG 2002 p. 206.

⁴⁰ Art. 310 LP ; Marchand, La procédure concordataire, FJS 24, N. 81 ; PKG 1990 29 ; SJZ 74 24.

⁴¹ Art. 311 LP.

⁴² ATF 83 III 108 ; Reiser, Commentaire bâlois LP, Bâle 2003, art. 275. N. 84.

⁴³ Défago, N. 462.

⁴⁴ Art 108 LP.

⁴⁵ ATF 38 I 261.

néanmoins *de facto* renoncer à une mesure de gérance légale limitée en ne requérant pas l'immobilisation des loyers.

- *Renvoi de l'article 101 ORFI à l'article 16 ORFI?* Malgré le renvoi général de l'article 101 ORFI aux règles sur la saisie, l'exception de l'article 16 al. 1 ORFI ne s'applique pas en cas de poursuite en réalisation du gage⁴⁶ : le tiers propriétaire de l'immeuble est pleinement protégé par la possibilité de faire opposition au commandement de payer⁴⁷. Le fait qu'il ait accepté l'inscription au registre foncier d'une hypothèque au bénéfice d'un tiers débiteur l'expose à une mesure de gérance légale limitée. La gérance légale ordinaire ne peut par contre pas être prononcée tant que son opposition n'a pas été levée⁴⁸.
- *En cas de faillite.* L'exception de l'article 16 al. 1 ORFI s'applique en ce sens qu'un immeuble inscrit au nom d'un tiers ne peut faire l'objet d'une mesure de gérance légale qu'après son intégration dans la masse en faillite, soit au terme d'une action en revendication de la masse en faillite⁴⁹.

d. Qualification de la gérance légale

La gérance légale limitée ou ordinaire est un acte de puissance publique et non un mandat⁵⁰. Cette différence fondamentale avec la gérance légale conventionnelle se traduit par l'indépendance du gérant légal à l'égard des parties. Même si le gérant légal est amené à faire valoir, dans le cadre de la gérance légale, des prétentions de droit privé du débiteur contre un tiers (par exemple un locataire), le gérant n'est pas le représentant du débiteur, mais agit comme organe de l'Etat, « en vertu de sa souveraineté »⁵¹.

La situation est plus ambiguë en cas de faillite, puisque la gérance légale est assumée par l'administration de la faillite qui représente la communauté des créanciers⁵². Même dans ce cas, il ne s'agit cependant pas d'un mandat liant les créanciers et le gérant légal, mais d'un acte de puissance publique, en ce sens que le gérant légal inscrit ses actes dans le cadre des dispositions légales (et non contractuelles)⁵³, et qu'il assume une responsabilité de droit public⁵⁴.

e. Identité du gérant

La mission de la gérance légale est confiée par la loi à l'office des poursuites en cas de saisie ou de poursuite en réalisation du gage, et à l'administration de la faillite en cas de faillite. Ce principe suppose

⁴⁶ Défago, N. 468.

⁴⁷ Art. 153 al. 2 LP.

⁴⁸ Art. 101 al. 2 ORFI.

⁴⁹ Art. 242 LP ; Défago, N. 472.

⁵⁰ ATF 42 III 391 ; Défago, N. 400.

⁵¹ ATF 126 III 431.

⁵² Art. 240 LP ; sur le statut juridique de l'administration de la faillite, Jeandin/Fischer, Commentaire romand LP, Bâle 2005, art. 240, N. 1.

⁵³ Défago, N. 404.

⁵⁴ Infra V.2.a.

que ces autorités soient compétentes à raison du lieu. Il implique également la fin d'un éventuel mandat de gestion volontaire sur l'immeuble, et il est souvent réalisé en pratique par une délégation à un tiers, professionnel de la gestion d'immeubles.

- *Compétence ratione loci.* Si l'immeuble saisi ou faisant l'objet de la poursuite en réalisation du gage n'est pas dans l'arrondissement de l'office compétent pour la poursuite, celui-ci doit déléguer la gestion légale à l'office du lieu de situation de l'immeuble, compétent pour en opérer la saisie et la réalisation⁵⁵. Par contre, en cas de faillite, l'administration de la faillite est compétente pour procéder à la gestion légale des immeubles situés en Suisse hors du for de faillite⁵⁶.
- *Substitution du gérant volontaire par le gérant légal.* Si l'immeuble fait l'objet d'un contrat de gérance volontaire, celui-ci prend fin dès la mise en place de la gérance légale⁵⁷. La fin de ce mandat résulte de l'article 405 CO en cas de faillite, ou d'une révocation au sens de l'article 404 CO dans les autres cas. Là encore, une réflexion sur un assouplissement du caractère impératif de l'article 404 CO⁵⁸ devrait prendre en compte ce cas particulier de fin du mandat. Une rationalisation des coûts de gérance peut impliquer que la régie en charge de l'immeuble soit chargée de la gérance légale, par délégation. Cette solution prévaut dans le Canton de Genève⁵⁹. La régie dont la gestion conventionnelle est ainsi prolongée sous forme de gestion légale doit être consciente des changements fondamentaux qu'implique ce nouveau statut.
- *Délégation de la gérance légale.* Les articles 16 al. 3 et 94 al. 2 ORFI autorisent l'office ou, par analogie, l'administration de la faillite à déléguer la tâche de gérance légale ordinaire ou limitée à un tiers. Cette délégation comprend tous les actes de gestion de l'immeuble, à l'exclusion de tous les actes relevant de la gestion de la procédure de poursuite à l'égard des parties⁶⁰. Le gérant délégué doit être indépendant par rapport aux parties⁶¹, et doit être choisi en conformité avec les règles applicables aux marchés publics⁶². Sa relation avec le gérant légal est une relation de droit public⁶³, et ne relève donc pas de la gérance volontaire. Il est un auxiliaire de la puissance

⁵⁵ Art. 24 al. 3 ORFI et 75 al. 1 ORFI.

⁵⁶ Défago, N. 455 ; Roth, Commentaire bâlois LP, Bâle 2003, art. 4 LP, N. 8.

⁵⁷ Art. 16 al. 2 *ab initio* ORFI.

⁵⁸ Supra II 1 b.

⁵⁹ L'article 8 LALP (GE) prévoit que l'agence immobilière en charge de l'immeuble est chargée du mandat de gérance légale, moyennant l'accord du créancier poursuivant, et à condition qu'elle n'ait aucun conflit d'intérêts. On peut s'interroger sur la compatibilité de ce principe avec la loi fédérale sur les marchés publics.

⁶⁰ Ainsi des actes de procédure comme le versement d'acomptes aux créanciers (art. 22 al. 1 ORFI), ou le versement de la contribution d'entretien au débiteur (art. 103 al. 2 LP), restent de la compétence de l'office ou de l'administration de la faillite, et ne peuvent être délégués : Défago, N. 668 ss.

⁶¹ Art. 7b LALP (NE) : le gérant légal doit être indépendant du poursuivi ou du failli, ne pas agir comme mandataire de créanciers ou de débiteurs du poursuivi ou du failli. Egalement art. 8 LALG Genevoise : SJ 2000 II 223 (tiers partie à la procédure comme débiteur d'une cédula hypothécaire grevant l'immeuble. Il ressort du même arrêt qu'un locataire de l'immeuble, ou un tiers qui se prétend créancier du propriétaire, ne peut être gérant délégué) ; ATF 129 III 400 (accord financier entre le tiers et une partie à la procédure).

⁶² RDAF 2000 I 181 ; Défago, N. 680 ss ; Bovet, Concession et contrat de droit administratif, BR/DC 2001, p. 59.

⁶³ ATF 129 III 400 ; 127 III 229.

publique soumis à ce titre aux règles de récusation⁶⁴, à l'interdiction de conclure des affaires avec lui-même⁶⁵, et aux mesures disciplinaires émanant de l'autorité de surveillance⁶⁶. Ses actes engagent la responsabilité du Canton⁶⁷. Il est soumis au tarif de l'article 27 al. 2 OELP⁶⁸.

III. Prétentions financières du gérant d'immeubles

1. Gérance conventionnelle

a. Droit à une rémunération

Selon l'article 394 al. 3 CO, une rémunération est due au mandataire si la convention ou l'usage lui en assure une. Même si le contrat entre le propriétaire de l'immeuble et le gérant ne prévoyait pas expressément de rémunération, l'usage y suppléerait en ce sens que les services rendus par des mandataires exerçant une activité à titre professionnel sont réputés être rendus à titre onéreux⁶⁹.

b. Détermination de la rémunération

Cette rémunération peut être déterminée d'un commun accord, ou par renvoi aux tarifs professionnels publiés par les associations de régisseurs⁷⁰. Ces tarifs sont généralement exprimés en pourcentage de l'état locatif (de 3 à 6 % selon l'importance de l'état locatif)⁷¹. Ils peuvent être plus élevés suivant l'objet (de 10 à 12 % pour les villas et appartements meublés, tarif horaire pour l'état des lieux et les terrains, domaines, vignes et propriétés agricoles, selon le Tarif de l'union neuchâteloise des professionnels de l'immobilier⁷²).

Alors que la rémunération pour la gestion ordinaire peut être fixée à l'avance et de façon forfaitaire lors de la conclusion du contrat, au regard du caractère prévisible des activités de gérance ordinaire, la rémunération pour la gestion extraordinaire dépend du service rendu. Elle doit donc être convenue avant la réalisation de ce service spécifique, et faire l'objet d'un décompte détaillé permettant d'établir les activités effectivement réalisées par le gérant⁷³.

⁶⁴ Art. 10 LP.

⁶⁵ Art. 127 III 229 ; ATF 44 III 147.

⁶⁶ Art. 14 al. 2 LP ; ATF 6S.124/2004.

⁶⁷ Art. 5 LP ; Défago, N. 691.

⁶⁸ ATF 128 III 476-480 ; Défago, N. 699. En cas de contestation sur l'application de ce tarif, l'article 20 al. 2 ORFI prévoit que les autorités cantonales de surveillance sont compétentes.

⁶⁹ ATF 82 IV 145 ; RVJ 1980 253 ; RSJ 1983 310.

⁷⁰ Selon l'ATF 117 II 286, les tarifs autonomes, adoptés par les associations professionnelles et qui garantissent unilatéralement les intérêts de l'une des parties, ne peuvent cependant pas être considérés comme l'expression de la pratique commerciale. La claire référence des parties à ces tarifs est donc nécessaire à leur intégration dans le contrat.

⁷¹ Voir par exemple à Neuchâtel les tarifs proposés par l'Union neuchâteloise des professionnels de l'immobilier : [http : //www.unpi.ch/honoraires.asp](http://www.unpi.ch/honoraires.asp) (ci-après Tarif UNPI).

⁷² Art. 15, 16, 18 Tarif UNPI.

⁷³ Montavon, p. 200.

Une partie des honoraires du gérant est directement supportée par les locataires, lors du paiement des acomptes de charges, et par le paiement des indemnités de résiliation anticipée du contrat de bail⁷⁴. Les obligations des locataires sont régies par les règles protectrices du droit du bail⁷⁴. De façon générale, le gérant prélève lui-même ses honoraires sur les comptes dont il a la gestion, ce qui relève d'une compensation au sens de l'article 120 CO⁷⁵.

c. Remboursement des avances et des frais

Outre sa rémunération, le gérant bénéficie de l'article 402 CO, qui lui donne droit à un remboursement des avances et des frais générés par l'exécution régulière du mandat. Selon la même disposition, le gérant a droit d'être libéré par le client de toute obligation contractée en son propre nom pour le compte du client, ainsi qu'à une indemnisation pour les dommages causés par l'exécution du mandat. Il appartient aux parties de déterminer quels sont les frais courants compris dans la rémunération du gérant, et ceux qui font l'objet d'une facturation séparée, éventuellement forfaitaire⁷⁶.

d. Rabais et escomptes obtenus de tiers

En revanche, les rabais et escomptes obtenus des fournisseurs par le gérant doivent bénéficier au propriétaire de l'immeuble, et donc indirectement aux locataires⁷⁷, par application de l'article 400 CO⁷⁸.

2. Gérance légale

a. Emolument légal

En cas de gérance légale, l'émolument du gérant est prévu par l'article 27 al. 1 et 2 OELP⁷⁹, et s'élève à un montant de 5 % des loyers ou fermages perçus ou à percevoir, ou de 1 pour 1000 de la valeur d'estimation de l'immeuble si celui-ci n'est pas loué.

Cet émolument est applicable en cas de gérance d'immeubles par l'office des poursuites (soit en cas de saisie ou de poursuite en réalisation du gage). Il s'applique également par analogie à l'émolument de l'administration de la faillite pour la gérance légale d'un immeuble⁸⁰. Il s'applique enfin au tiers substitué, qui assume une gestion légale⁸¹.

⁷⁴ Art. 257b CO pour les charges, 267 al. 2 CO pour les indemnités de fin de bail.

⁷⁵ Montavon, N. 562.

⁷⁶ Voir par exemple art. 12 al. 3 et 4 du Tarif UNPI.

⁷⁷ Art. 257 b al. 1 CO qui pose le principe des coûts effectifs pour le calcul des charges.

⁷⁸ SJ 1980 p. 1, s'agissant d'un rabais sur le combustible. Dans le même sens également, art. 3.11 du Code de déontologie (GE).

⁷⁹ Ordonnance sur les émoluments, RS 281.35.

⁸⁰ Art. 46 al. 2 let a OELP.

⁸¹ ATF 128 III 476-480.

b. Augmentation du tarif

Ce tarif est exhaustif. Il ne peut être augmenté que par décision de l'autorité de surveillance⁸². Cette augmentation peut intervenir de cas en cas selon la complexité de la gestion, mais ne peut faire l'objet d'une règle générale édictée par le canton ou d'un usage cantonal⁸³.

L'article 27 al. 3 OELP prévoit que les dépenses effectives d'administration (débours, paiements comptants), ont valeur de frais, ce qui permet leur recouvrement par le gérant conformément aux principes de l'article 13 OELP.

c. Paiement sur le produit de la gérance

Emoluments et autres frais de la gérance légale sont payés en priorité sur le produit de la gérance (loyers et fermages encaissés)⁸⁴, le cas échéant sur le produit de réalisation de l'immeuble⁸⁵ ou de la masse en faillite⁸⁶. Lorsque les revenus de l'immeuble ne suffisent pas à garantir le paiement des émoluments et frais de gérance, l'office peut exiger du créancier qu'il fasse l'avance des frais⁸⁷.

IV. Obligations du gérant d'immeubles

1. Obligations du gérant conventionnel

a. L'obligation de diligence

Les obligations du gérant dépendent du contrat et de l'étendue du mandat au sens de l'article 396 CO. A défaut de convention claire, le mandat est réputé être un mandat de gestion ordinaire, la gestion extraordinaire supposant une instruction précise du client.

De façon générale, les obligations du gérant sont régies par les règles du droit du mandat, qui impliquent une obligation générale de diligence et de fidélité⁸⁸. Cette obligation comprend les aspects suivants :

- *Respect des règles de l'art.* L'obligation de diligence du gérant suppose le respect des règles de l'art. Le respect des règles déontologiques publiées par les associations des professionnels de l'immobilier⁸⁹ est un standard communément admis du respect des règles de l'art⁹⁰. Cela implique notamment que le gérant :

⁸² Art. 27 al. 3 OELP.

⁸³ ATF 128 III 476.

⁸⁴ Art. 22 al. 1 ORFI, 94 al. 1 ORFI.

⁸⁵ Art. 46 al. 1 et 113 al. 1 ORFI.

⁸⁶ Art. 262 LP.

⁸⁷ Art. 16 al. 4 ORFI ; 105 LP. Ce principe s'applique également par analogie en cas de gérance légale limitée (Défago, N. 601), mais pas en cas de faillite, sous réserve de l'article 169 LP.

⁸⁸ Art. 398 al. 2 CO.

⁸⁹ Voir par exemple le Code de déontologie GE (supra Note 21).

- Entreprenne des démarches raisonnables pour assurer l'occupation des locaux⁹¹.
 - Sélectionne les locataires en procédant aux vérifications usuelles quant à leur solvabilité, et quant aux garanties fournies (sûretés au sens de l'article 257e CO, garanties personnelles). Sauf convention contraire, le choix final revient néanmoins au propriétaire de l'immeuble⁹².
 - Procède de façon diligente au suivi des encaissements de loyer, à l'envoi de rappels et mises en demeure conforme à la loi (art. 257g CO), et à l'introduction de poursuites. Dans la mesure où il a procédé de façon diligente au choix du locataire, le gérant ne répond pas de sa solvabilité à l'égard du propriétaire⁹³.
 - Procède à l'entretien et à la surveillance de l'immeuble, de façon à éviter notamment une responsabilité du propriétaire à l'égard de tiers (art. 58 CO), et d'éventuelles prétentions de locataires (art. 259a à 259i CO)⁹⁴.
 - Surveille les travaux commandés au nom du propriétaire, et fasse l'avis des défauts nécessaire à la sauvegarde des droits du propriétaire à l'égard de l'entrepreneur (art. 370 CO)⁹⁵.
 - S'assure que les polices d'assurance usuelles sur l'immeuble existent et que les primes y afférents sont régulièrement payées⁹⁶.
- *Respect des instructions du mandant.* L'obligation de diligence implique également le respect des instructions du propriétaire de l'immeuble, conformément au principe de l'article 397 CO. Il ne peut s'en écarter que si le mandant ne peut être joint alors qu'une mesure s'impose. En cas d'instruction inopportune ou illégale⁹⁷, le gérant doit rendre le client attentif à ce fait, et le cas échéant révoquer le mandat⁹⁸ si le client persiste dans son intention.
- *Exécution personnelle.* L'article 398 al. 3 CO impose au gérant d'exécuter personnellement le mandat. Cette règle ne doit pas être appliquée strictement dans le cadre d'une gérance d'immeubles, le mandat ne reposant pas sur un rapport de confiance strictement personnel. Le recours à des auxiliaires est admissible, et entraîne la responsabilité du gérant du fait de ses

⁹⁰ Tercier, N. 4670 ; Werro, Commentaire romand CO, art. 398, N. 35 ; sur le principe, ATF 127 III 328.

⁹¹ Thévenoz, p. 120.

⁹² Thévenoz, p. 121 ; Montavon, p. 233.

⁹³ Thévenoz, p. 121.

⁹⁴ Thévenoz, p. 122.

⁹⁵ Thévenoz, p. 122. Montavon, p. 237. Le Code de déontologie GE prévoit en son article 3.8 que le professionnel de l'immobilier ne doit pas accepter d'établir une expertise qui dépasse le domaine de son expérience sans s'assurer le concours d'un spécialiste agréé par le client. La réception des travaux peut impliquer le recours à un tel spécialiste.

⁹⁶ Thévenoz, p. 123.

⁹⁷ Tel serait notamment le cas d'une instruction incompatible avec les règles de protection des locataires.

⁹⁸ Art. 404 CO. Là encore, une réflexion sur la question des instructions inopportunes devrait être menée si le caractère impératif de l'article 404 CO était remis en cause.

auxiliaires au sens de l'article 101 CO⁹⁹. Il est recommandé de prévoir dans le contrat le droit du gérant de recourir à des substituts, lorsque des opérations spécifiques impliquent le recours à des spécialistes¹⁰⁰. Dans ce cas, le gérant ne répond que de la façon dont il a choisi le substitut et donné ses instructions. Lorsqu'au contraire la substitution n'était pas autorisée par le contrat, le gérant répond des actes du substitut comme des siens. Dans les deux cas, le propriétaire de l'immeuble peut agir directement contre le substitut, en application de l'article 399 al. 3 CO.

- *Conflits d'intérêts.* Les conflits d'intérêts sont contraires au devoir de fidélité du gérant. De tels conflits peuvent résulter en particulier du fait que le gérant favorise certains locataires au détriment du propriétaire¹⁰¹, se loue à lui-même une partie des locaux, ou confie, dans le cadre d'une gérance extraordinaire, des travaux à un entrepreneur auquel il est lié¹⁰².
- *Devoir de discrétion.* Ce devoir de discrétion découle également des règles générales de diligence du mandataire. L'article 321a al. 4 CO, qui prévoit que pendant la durée du contrat, le travailleur ne doit pas utiliser ou révéler des faits destinés à rester confidentiels, et qu'il reste tenu au secret après la fin du contrat en tant que l'exige la sauvegarde des intérêts légitimes de l'employeur, s'applique par analogie aux rapports entre le gérant et le propriétaire de l'immeuble¹⁰³.

b. Obligation de reddition de compte et restitution

Conformément à l'article 400 CO, le gérant est également soumis à une obligation de reddition de compte et de restitution.

- *Devoir de reddition de compte.* Le gérant doit être en mesure d'informer en tout temps le propriétaire de sa gestion et de produire les pièces justificatives¹⁰⁴. De façon générale, tout mandat impliquant la gestion de valeurs financières comprend l'obligation du mandataire d'être en mesure de remettre en tout temps au mandant des décomptes détaillés avec les pièces justificatives¹⁰⁵.
- *Devoir de restitution.* Le gérant doit restituer au propriétaire tous les loyers et autres sommes encaissées dans le cadre de la gestion de l'immeuble selon la périodicité convenue, ou dès leur paiement, et remettre au propriétaire à la fin du mandat la totalité du dossier établi durant la gestion. Le gérant ne peut conditionner cette restitution à une décharge ni faire valoir un droit de rétention sur des pièces du dossier qui n'ont pas de valeur objective¹⁰⁶. Il peut par contre

⁹⁹ Montavon, N. 497.

¹⁰⁰ L'article 3.7 du Code de déontologie (GE) prévoit par exemple que le gérant doit recommander l'intervention d'un spécialiste (avocat, architecte, ingénieur, etc...) lorsque les intérêts de son client l'exigent.

¹⁰¹ Montavon, N. 525.

¹⁰² Art. 3.1 du Code de déontologie GE. Dans le même sens, l'article 3.9 du Code de déontologie GE, qui prévoit également que le professionnel de l'immobilier ne doit pas se charger de rendre une expertise, ou de fournir une consultation sur un objet dans lequel il a ou pourrait avoir un intérêt.

¹⁰³ Montavon, N. 526.

¹⁰⁴ Montavon, N. 532 et 535.

¹⁰⁵ ATF 112 III 90 ; 78 II 376 ; ZR 1995 195.

¹⁰⁶ ATF 122 IV 322.

procéder à des compensations¹⁰⁷, dans la mesure où la compensation n'est pas exclue par le contrat.

c. La question de l'application de l'article 401 CO

Lorsque le gérant dépose les loyers sur un compte bancaire à son nom, la question se pose de savoir si la créance contre la banque en restitution de ces montants est automatiquement cédée au propriétaire de l'immeuble, en application de l'article 401 al. 1 CO. Le Tribunal fédéral ne l'a pas admis, notamment en raison du fait que les sommes n'étaient pas individualisées au profit du propriétaire, mais se confondaient avec les autres avoirs du gérant¹⁰⁸. Le propriétaire de l'immeuble prend donc le risque de la faillite du gérant, dans laquelle il doit produire comme n'importe quel autre créancier, sans pouvoir agir directement contre la banque auprès de laquelle les loyers ont été déposés. Cette situation doit l'inciter à exiger régulièrement le disponible du compte de gérance¹⁰⁹, ou à requérir que les paiements de loyers soient versés sur un compte distinct des autres comptes du gérant, voire un compte ouvert au nom du propriétaire, pour parer l'objection du Tribunal fédéral à l'application de l'article 401 CO.

2. Obligations du gérant légal

a. Le principe de nécessité

Les actes devant être accomplis par le gérant légal sont exhaustivement décrits à l'article 17 ORFI en cas de saisie ou de faillite. En cas de poursuite en réalisation du gage, les actes de gestion sont énumérés à l'article 94 ORFI pour la gérance légale limitée, et à l'article 101 ORFI pour la gérance légale ordinaire. Ces actes peuvent être complétés par les mesures exceptionnelles prévues à l'article 18 ORFI.

Dans tous les cas, l'activité du gérant légal est régie par le principe de nécessité¹¹⁰.

- *Définition du principe de nécessité.* Selon le Tribunal fédéral : « un acte d'administration ne doit jamais dépasser l'entretien et le maintien en bon état de la chose, l'office des poursuites devant s'abstenir de toute modification de son usage ou de toute atteinte à sa substance, quelque judiciaires qu'elles puissent paraître du point de vue économique »¹¹¹.
- *Exemple d'actes interdits :* en application du principe de nécessité, il a par exemple été considéré qu'un remaniement parcellaire ou un parcellement de l'immeuble ne pouvait être décidé par le gérant légal, même avec l'autorisation de l'autorité de surveillance¹¹².

¹⁰⁷ Supra N. III.1.b.

¹⁰⁸ ATF 102 II 103 ; Sur cette question Thévenoz, p. 123.

¹⁰⁹ Selon l'article 3.6 du Code de déontologie GE, les montants revenant à la clientèle restent en tout temps à disposition des clients concernés.

¹¹⁰ ATF 120 III 152 ; 72 III 67 ; 58 III 6 ; Jaeger, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 4^{ème} éd., Zurich 1997, (ci-après Jaeger), ad art. 240 N. 4.

¹¹¹ JT 2005 II p. 121-124.

¹¹² JT 2005 II p. 121 ; ATF 120 III 138.

- *Instruction des parties.* En application du principe de nécessité et en raison de la nature de la gestion légale, le gérant légal n'est pas tenu de suivre les instructions du propriétaire de l'immeuble, contrairement au gérant conventionnel. Des instructions de tiers doivent néanmoins être prises en considération par le gérant dans trois hypothèses :
 - *Mesures exceptionnelles :* l'article 18 ORFI prévoit que des mesures exceptionnelles nécessaires à la bonne gestion, telles que le fait de faire un procès ou une mesure impliquant des frais considérables¹¹³, ne peuvent, sauf péril en la demeure, être décidées par le gérant légal qu'avec l'accord du créancier et du débiteur. A défaut d'accord, le gérant légal doit suivre les instructions de l'autorité de surveillance. Cette disposition s'applique également en cas de gérance légale limitée¹¹⁴. Elle n'est pas une exception au principe de nécessité, en ce sens que même les mesures exceptionnelles de l'article 18 ORFI doivent rester dans le cadre de la gestion de l'immeuble.
 - *Rapport du gérant légal avec les assemblées de créanciers :* en cas de gestion légale instituée dans le cadre d'une faillite, le gérant légal est l'administration de la faillite. Or, la loi confère aux assemblées des créanciers le droit de prendre des décisions qu'elles jugent nécessaires dans l'intérêt de la masse¹¹⁵. L'administration de la faillite est liée par ces décisions. Cependant, la souveraineté des assemblées de créanciers trouve ses limites dans la loi¹¹⁶, ce qui implique que même ces dernières sont liées par le principe de nécessité. Le gérant légal n'est pas autorisé à prendre des mesures qui dépasseraient les limites de ce principe, même s'il en reçoit l'instruction de l'assemblée qu'il représente¹¹⁷.
 - *En cas de gérance déléguée,* la régie en charge de la gérance légale est un auxiliaire de l'office des poursuites ou de l'administration de la faillite. Elle doit donc régulièrement tenir informés ces derniers de ses activités, et respecter les directives qui en émanent¹¹⁸. Il a cependant été jugé que la commination adressée par l'Office des poursuites et faillites au gérant délégué ne donne pas lieu à l'application de l'article 292 CP (insoumission à une décision de l'autorité)¹¹⁹.
- *Conflits d'intérêts.* En sa qualité d'auxiliaire des autorités de poursuite, le gérant légal est soumis à l'article 11 LP, selon lequel il est interdit aux préposés et employés de conclure pour leur propre compte une affaire touchant des créances en poursuite ou des objets à réaliser. Le Tribunal fédéral applique strictement cette règle puisqu'il considère que le gérant légal ne peut présenter une offre d'achat de l'immeuble émanant d'un tiers¹²⁰. Le principe est également repris en droit

¹¹³ Par frais considérables, il faut entendre des frais non couverts par les revenus de l'immeuble ou l'avance du créancier : Défago, N. 489.

¹¹⁴ 7B.32/2005 ; ATF 64 III 197.

¹¹⁵ Art. 253 al. 2 LP.

¹¹⁶ Jaeger, art. 253 LP, N. 5 et 6.

¹¹⁷ Défago, N. 407.

¹¹⁸ Voir notamment art. 8 al. 2 LALP (GE), sur l'obligation du gérant délégué de suivre les instructions de l'office, et l'art. 7b *in fine* LALP (NE), sur l'obligation du gérant délégué d'informer l'office.

¹¹⁹ ATF 131 IV 32-35.

¹²⁰ ATF 127 III 229 ; JT 2001 II 58.

cantonal neuchâtelois, qui prévoit que le gérant légal ne peut conclure dans le cadre de son mandat aucun contrat dans son propre intérêt directement ou indirectement¹²¹.

b. Actes en faveur du débiteur

Si le gérant légal n'est pas le mandataire du débiteur, il n'en est pas moins tenu à son égard des obligations légales d'entretien prévues aux articles 103 al. 2 LP en cas de saisie, et 229 al. 2 LP en cas de faillite. En cas de poursuite en réalisation du gage, les mêmes principes découlent de l'article 94 al. 1 ORFI pour la gérance légale limitée, et du renvoi de l'article 155 al. 1 LP aux règles de la saisie pour ce qui est de la gérance légale ordinaire. Les droits du débiteur présentent deux aspects :

- *Des contributions à son entretien*, prélevées sur le produit de la gérance légale. Ces contributions sont calculées selon les règles cantonales de détermination du minimum vital en cas de saisie ou de poursuite en réalisation du gage. Le même principe s'applique en matière de faillite, mais de façon plus restrictive puisque l'allocation n'est pas un droit du failli mais une décision discrétionnaire relevant de l'administration de la faillite¹²².
- *Le droit d'occuper l'immeuble jusqu'à sa réalisation, sans payer de loyer* (art. 19 ORFI). Le débiteur jouit de ce droit en cas de saisie ou de réalisation du gage, si l'immeuble lui sert de domicile ou de lieu de travail¹²³. Là encore, la situation du débiteur est moins favorable en matière de faillite, en ce sens que son droit d'occuper l'immeuble durant la liquidation, gratuitement ou de façon onéreuse, dépend du pouvoir discrétionnaire de l'administration de la faillite¹²⁴.

c. Actes en faveur des créanciers

De même, bien que le gérant légal ne soit pas le mandataire des créanciers, il peut être amené à verser à ces derniers des acomptes sur le produit de la gérance légale, après couverture des frais et dépenses de la gérance et des prestations d'entretien au débiteur. Les bases légales de ces paiements d'acomptes sont les articles 144 LP et 22 al. 1 ORFI (saisie), 157 LP, 95 al. 1 ORFI et 114 ORFI (poursuite en réalisation du gage), 266 al. 1 LP et 85 OAO (faillite). En cas de gérance déléguée, la décision de verser des acomptes revient à l'office des poursuites ou à l'administration de la faillite, et non au gérant délégué¹²⁵.

¹²¹ Art. 7b LALP (NE).

¹²² ATF 106 III 77 : l'allocation est conçue comme une contrepartie du fait que le failli reste à disposition de la masse durant la liquidation.

¹²³ PKG 1994 N. 28.

¹²⁴ Art. 299 al. 3 LP. Cette disposition prévaut sur l'article 109 ORFI : ATF 117 III 63.

¹²⁵ Il s'agit en effet d'une mesure verticale, ainsi que les définit Défago, N. 622-639 et 669. Dans le Canton de Genève, en cas de poursuite en réalisation du gage, c'est la caisse de consignation où doivent être versés les loyers qui verse directement des acomptes aux créanciers gagistes (art. 8 LALP (GE)). A notre sens, elle n'est pas autorité de poursuite et ne peut donc le faire que sur instruction de l'Office des poursuites. Quoi qu'il en soit, les autorités sont tenues au respect scrupuleux des dispositions légales, et ne jouissent d'aucun pouvoir d'appréciation : ATF 130 III 720.

V. Responsabilité, Contentieux et Résiliation

1. Gérance conventionnelle

a. Principe de la responsabilité

Le gérant conventionnel assume une responsabilité contractuelle à l'égard de son client en cas de violation fautive de ses obligations, singulièrement de son obligation de diligence, causant un dommage au client¹²⁶. Les obligations du gérant conventionnel sont des obligations de moyen¹²⁷, et non de résultat. Le simple fait que le produit locatif de l'immeuble soit moins important que prévu n'est pas de nature à engager la responsabilité du gérant, s'il a fait preuve de diligence dans la maximalisation de ce produit¹²⁸.

La détermination d'un éventuel manquement à la diligence due doit s'apprécier au regard des connaissances techniques nécessaires pour exécuter le mandat, et des aptitudes et qualités du gérant connues du propriétaire¹²⁹. Dans la mesure où le propriétaire s'adresse à une régie professionnelle, il doit s'attendre à un haut degré de qualification¹³⁰. Malgré l'absence de CFC des professions immobilières, les formations mises en place par l'Union Suisse des Professionnels de l'Immobilier¹³¹, qui comprennent notamment un brevet fédéral et un diplôme supérieur, garantissent la qualité de la formation de régisseurs d'immeubles en Suisse, et tendent donc à accroître les légitimes exigences des clients à l'égard du professionnalisme du gérant. Par principe, la régie ne devrait pas accepter la gérance d'un immeuble si elle n'a pas les connaissances techniques et commerciales nécessaires¹³². Dès lors, la barre permettant de déterminer le respect de l'obligation de diligence du gérant est assez haute.

b. Responsabilité pour les auxiliaires

Lorsque le gérant emploie, dans son propre intérêt, des auxiliaires ou des substituts indépendants, il répond de leurs actes comme s'ils étaient les siens¹³³. Par contre, lorsque le gérant recourt aux services d'un substitut dans l'intérêt et avec l'accord du client (par exemple lorsqu'une opération particulière requiert une compétence que ne possède pas le gérant¹³⁴), il ne répond que du soin avec lequel il a instruit et choisi le substitut¹³⁵.

¹²⁶ Art. 398 al. 2 CO.

¹²⁷ Montavon, p. 218 ; Thévenoz, p. 120.

¹²⁸ Thévenoz, p. 120 ; Montavon, p. 218.

¹²⁹ Art. 321e al. 2 CO applicable par le renvoi de l'article 398 al. 1 CO. Dubitatif à ce sujet : Tercier, N. 4664.

¹³⁰ L'article 1.5 du Code de déontologie GE prévoit que le professionnel de l'immobilier s'efforce d'élever le niveau de ses compétences en développant ses connaissances et celles de ses collaborateurs, et en encourageant la formation professionnelle continue.

¹³¹ <http://www.uspi.ch/>.

¹³² Sur le principe général Tercier N. 4669. Plus spécifiquement, art. 3.8 du Code de déontologie GE.

¹³³ Art. 101 CO.

¹³⁴ L'art. 3.7 du Code de déontologie GE prévoit ainsi que le gérant doit recommander l'intervention d'un spécialiste (avocat, architecte, ingénieur...) lorsque les intérêts de son client l'exigent.

¹³⁵ Art. 399 al. 2 CO.

Le concierge de l'immeuble n'est pas un auxiliaire du gérant, en ce sens que les activités de conciergerie ne font pas partie des obligations du gérant¹³⁶. Cependant, si le gérant a reçu mandat du propriétaire de conclure en son nom un contrat de travail avec un concierge, il assume une responsabilité personnelle s'il a violé son obligation de diligence en choisissant, en surveillant ou en instruisant le concierge¹³⁷.

c. Contentieux

Les rapports entre le propriétaire de l'immeuble et le gérant d'immeubles sont soumis au contentieux civil ordinaire.

Le conflit étant de nature patrimoniale, la cause peut faire l'objet d'un arbitrage interne, soumis actuellement au concordat sur l'arbitrage du 27 mars 1997, bientôt à la loi fédérale sur la procédure civile¹³⁸. Les professionnels de l'immobilier encouragent le recours à l'arbitrage, en particulier la société des régisseurs de Genève¹³⁹ qui a institué un tribunal arbitral de l'immobilier et un règlement d'arbitrage¹⁴⁰.

d. Résiliation du contrat

Le contrat de gérance d'immeubles peut être résilié en tout temps par les deux parties, indépendamment de tout motif de résiliation, et sous réserve d'une indemnité en cas de résiliation en temps inopportun : telle est la conséquence du caractère impératif de l'article 404 CO, qui fait du contrat de gérance d'immeubles une relation contractuelle très instable.

On peut certes s'interroger sur la légitimité de cette règle, ou du moins de son caractère impératif. On voit mal, par exemple, pour quelle raison un contrat d'agence pourrait être conclu pour une certaine durée¹⁴¹, mais pas un contrat de gérance d'immeubles : le niveau de confiance entre les partenaires est sensiblement le même. La doctrine plaide pour un assouplissement de l'application de l'article 404 CO¹⁴², et le Tribunal fédéral n'y est pas insensible¹⁴³.

Si cependant l'article 404 CO ne devait plus s'appliquer de façon impérative au contrat de gérance d'immeubles, certaines questions devraient être repensées :

- Le principe de l'acceptation tacite du mandat par un professionnel de l'immobilier¹⁴⁴ pourrait faire des dégâts, si le professionnel ne pouvait se départir en tout temps de ce mandat indésirable.

¹³⁶ Il ne s'agit donc pas non plus d'un substitut au sens de l'article 399 al. 2 CO, contrairement à ce que laisse entendre Montavon, p. 236.

¹³⁷ Montavon, p.237.

¹³⁸ Art. 343 LFPC.

¹³⁹ <http://www.sr-ge.ch/>.

¹⁴⁰ <http://www.sr-ge.ch/pdf/reglement.pdf>.

¹⁴¹ Art. 418p CO.

¹⁴² Fischer, Der Liegenschaftsverwaltungsvertrag, PJA 2000, 397-412.

¹⁴³ Supra II.1.b.

¹⁴⁴ Art. 395 CO, supra II 1. c.

- La clause de gérance¹⁴⁵ perdrait son aspect anecdotique pour devenir une véritable charge, sur le long terme, pour l'acheteur de l'immeuble. Se poserait alors la question de la responsabilité de l'acheteur en cas de revente de l'immeuble avant le terme du mandat de gestion.
- Le propriétaire d'immeuble qui aurait des doutes sur la solvabilité de la régie et qui craindrait de ne pouvoir récupérer les loyers déposés sur un compte bancaire de la régie (art. 401 CO)¹⁴⁶ ne pourrait plus simplement révoquer le mandat. Il devrait passer par une demande de garantie au sens de l'article 83 CO, ce qui pourrait donner lieu à d'interminables controverses sur l'état de solvabilité du gérant.
- Le dessaisissement du propriétaire de l'immeuble, impliquant l'instauration d'une gérance légale se substituant à la gérance conventionnelle¹⁴⁷, pourrait entraîner la responsabilité du propriétaire à l'égard du gérant d'immeubles et contribuer ainsi à empirer encore sa situation financière.
- Enfin, la situation du gérant serait intenable en cas d'instruction inopportune¹⁴⁸, puisqu'il n'aurait plus la possibilité de révoquer le mandat plutôt que de se plier à l'instruction.

2. Gérance légale

a. Responsabilité du canton

Les actes du gérant légal, fût-il l'office des poursuites, l'administration de la faillite, ou un gérant substitué, entraînent la responsabilité du canton au sens de l'article 5 LP¹⁴⁹. Les conditions de la responsabilité sont :

- *Un acte illicite d'une autorité de poursuite.* L'auteur de l'acte doit avoir violé un devoir essentiel de sa fonction¹⁵⁰, qui peut consister en une action ou une omission. En matière de gérance légale, l'obligation d'agir répond au principe de nécessité qui gouverne l'activité du gérant. Le fait que le gérant légal n'agisse pas contre un locataire défaillant peut être constitutif d'un acte illicite¹⁵¹.
- *Un dommage* qui peut être constitué par une perte de rentabilité de l'immeuble.
- *Un lien de causalité.* La jurisprudence rendue en matière de responsabilité civile est applicable à la responsabilité de l'Etat selon l'art. 5 LP¹⁵².

L'action se prescrit selon les principes de l'article 6 LP.

¹⁴⁵ Supra II 1 a.

¹⁴⁶ Supra IV 1 c.

¹⁴⁷ Supra II 2 e.

¹⁴⁸ Supra IV 1 a.

¹⁴⁹ Avant la modification de la LP en 1997, le gérant assumait une responsabilité directe. Sur le droit transitoire, cf. ATF 126 III 431.

¹⁵⁰ ATF 120 Ib 243.

¹⁵¹ RJN 2000 p. 218.

¹⁵² ATF 126 III 431.

Le principe général selon lequel le lésé doit diminuer le dommage implique que le lésé ait épuisé les voies de recours et de plainte contre les actes du gérant, au risque de perdre ses droits en responsabilité contre l'Etat¹⁵³.

Le gérant ne peut donc être directement assigné en responsabilité par le lésé¹⁵⁴. Le canton responsable peut cependant tenter une action récursoire contre le gérant, conformément au droit cantonal. A Neuchâtel, cette action récursoire est intentée même en cas de faute légère du gérant¹⁵⁵, alors qu'elle est en général limitée aux cas d'intention ou de négligence grave¹⁵⁶ du fonctionnaire.

b. Plainte contre les actes du gérant

Toute mesure¹⁵⁷ du gérant légal peut faire l'objet d'une plainte à l'autorité de surveillance au sens de l'article 17 LP. Tel est en particulier le cas de toutes les mesures qui ont pour destinataires les parties à la procédure (droit du débiteur d'occuper l'immeuble, droit des créanciers à des versements d'acomptes).

En ce qui concerne les mesures de gestion à proprement parler, la question de savoir si la passation de contrats avec des tiers par le gérant légal (un entrepreneur, un locataire) est soumise à la plainte est plus délicate. Le Tribunal fédéral considère que la passation d'un contrat par le gérant légal avec un tiers est une mesure susceptible de plainte pour autant toutefois que le contrat ne serve pas uniquement au maintien des biens de la masse¹⁵⁸. Dans sa thèse récente, Défago¹⁵⁹ va plus loin et démontre avec de bons arguments que tout acte qui affecte le compte de la gérance légale est une mesure qui doit être susceptible de plainte.

La plainte est ouverte aux parties à la procédure, à l'exclusion de tiers qui ne sont pas protégés par l'ORFI. Les rapports entre le gérant légal et les locataires ou l'entrepreneur mandaté pour les travaux relèvent des juridictions civiles ordinaires ou spécialisées (tribunaux des baux et loyers)¹⁶⁰.

c. Fin de la gérance légale

La gérance légale prend fin par la réalisation de l'immeuble, au terme de la procédure de saisie, de poursuite en réalisation de gage ou de faillite. La gestion est alors confiée à l'acquéreur de l'immeuble, dès son inscription au registre foncier.

¹⁵³ Défago, N. 662 ; ATF 5P.119/2000.

¹⁵⁴ Art. 5 al. 2 LP.

¹⁵⁵ Art. 7b al. 2 LALP (NE).

¹⁵⁶ Art. 4 al. 2 LALP (GE) ; art. 12 de la loi sur la responsabilité des collectivités publiques (NE).

¹⁵⁷ Sur la notion de mesure, cf. Cometta, Commentaire bâlois LP, Bâle 2003, art. 17 N. 19 ; Erard, Commentaire romand LP, Bâle 2005, art. 17, N. 10 ss.

¹⁵⁸ ATF 129 III 400.

¹⁵⁹ Défago, N. 638, 639.

¹⁶⁰ Défago, N. 653.

L'octroi d'un sursis concordataire ou d'un sursis à la réalisation ne met pas fin à la gestion légale¹⁶¹. En revanche, la révocation de la faillite¹⁶², la fin de la saisie par le paiement du débiteur ou la caducité de la poursuite¹⁶³ mettent fin à la gérance légale, le débiteur retrouvant la pleine gestion de l'immeuble. L'homologation d'un concordat implique le transfert de la gérance de l'immeuble au débiteur (en cas de concordat dividende) ou aux liquidateurs (en cas de concordat par abandon d'actifs comprenant l'immeuble). Cependant, si la gérance légale avait été prononcée dans le cadre d'une poursuite en réalisation du gage, elle demeure après l'homologation, puisque la poursuite peut reprendre¹⁶⁴.

L'office des poursuites ou l'administration de la faillite, mécontents des activités du gérant légal délégué, peuvent révoquer la délégation. Le gérant légal délégué peut se plaindre de cette révocation auprès de l'autorité de surveillance, si la mesure est injustifiée¹⁶⁵.

VI. Conclusion

Si cette contribution devait tenir en une phrase, elle serait la suivante : en cas de gérance conventionnelle, tout est dans le contrat ; en cas de gérance légale, tout est dans l'ORFI.

Le reste, la compétence du gérant, sa diplomatie, son sens des relations humaines, sa diligence, son sérieux, sa disponibilité, sont au cœur de la gestion d'immeuble, que la gérance soit légale ou conventionnelle. Mais ce reste, malgré son importance, ne peut être enfermé ni dans le texte d'un contrat, ni dans le texte d'une ordonnance.

¹⁶¹ Art. 16 al. 2 ORI.

¹⁶² Art. 195 LP.

¹⁶³ Par exemple art. 121 LP.

¹⁶⁴ Art. 311 LP.

¹⁶⁵ ATF 129 III 400.