

La dissociation de la qualité de créancier du loyer et de celle de bailleur

par

Denis Piotet

Professeur à la Faculté de droit, des sciences criminelles et
d'administration publique de l'Université de Lausanne

I. La cession des loyers	188
A. La créance de loyer en général.....	188
B. La cession de loyers futurs	191
C. Cessibilité des loyers.....	193
II. Les effets : la dissociation des droits du bailleur.....	193
A. Le principe	193
B. Droits accessoires à la créance de loyer.....	194
C. Imputation au bailleur des actes de son cessionnaire de loyer ?.....	196
D. La fixation du loyer.....	197
III. Conséquence de procédure.....	199
IV. La subrogation légale	200
V. Le nantissement du loyer.....	201
VI. La gérance légale de l'immeuble	202
A. Construction juridique	202
B. Effets matériels et de procédure	204
C. L'art. 806 al. 3 CC.....	205
VII. La révocation ou l'invalidation du droit du cessionnaire.....	206

1. La loi ou la convention peuvent attribuer la qualité de créancier du loyer à d'autres personnes que celle du bailleur. Cette dissociation pose des difficultés dans un système légal où la loi n'envisage que les effets entre parties au contrat du comportement respectif de chacune d'elles ; et le tiers doit le cas échéant également trouver sa place dans les contentieux qui peuvent afférer au contrat de bail.
2. Nous allons tenter dans cette contribution de systématiser ces dissociations, vue d'ensemble non réalisée dans les contributions existantes.

I. La cession des loyers

A. La créance de loyer en général

3. Le principal cas d'application de la dissociation entre la qualité de créancier du loyer et celle de bailleur est certainement constitué par la cession des créances de loyer.
4. Cette dissociation repose sur la convention : elle intervient entre bailleur, créancier originaire du loyer, et cessionnaire, créancier dérivé du loyer, selon la réglementation de la cession de créances des art. 164 ss CO.
5. La cession de créance a notamment une nature juridique abstraite ou causale controversée¹ : nous admettons quant à nous une nature causale, l'inefficacité du titre seul devant suffire à la priver

¹ Cf. notamment, T. PROBST, *in* : Commentaire romand, CO I, Bâle 2013, n. 6 *ad* 164 CO ; D. GIRSBERGER/J.L. HERMANN, *in* : Commentaire bâlois, OR I, Bâle 2019, n. 22 *ss ad* 164 CO et les références ; P. ENGEL, *Traité des obligations en droit suisse*, Berne 1997, p. 873 *ss* ; E. SPIRIG, *Commentaire zurichois*, Zurich 1993, n. 38 *ss ad* 164-174 CO ; H. OSER/W. SCHÖNENBERGER, *Commentaire zurichois*, Zurich 1929, n. 3 *ad* 164-174 CO ; P. GAUCH/W.R. SCHLUEP/J. SCHMID/S. EMMENEGGER, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Tome II*, Zurich 2014, n. 3514 *ss*, p. 291 *ss* ; E. BUCHER, *Allgemeiner Teil, Schweizerisches Obligationenrecht*, Zurich 1988, p. 554 ; question encore non résolue, TF du 13.08.2018, 4A_320/2016, cons. 4.2.2 ; TF du 15.01.2016, 4A_248/2015, cons. 5.1.

d'effets. Ce titre est en principe confondu avec l'acte de disposition du cédant, et doit être distingué de la promesse de céder, qui oblige la personne à la cession par acte de disposition (art. 165 al. 2 CO). Sauf promesse de donner la créance², l'acte obligatoire obligeant à disposer en faveur du cessionnaire n'a pas à reposer sur une forme légale (art. 165 al. 2 CO).

6. La cession de créance est soumise à une forme solennelle, à savoir la forme écrite (art. 165 CO) qui couvre à nos yeux non seulement l'acte de disposition mais également l'acte causal. Cela explique non seulement que le loyer ou les loyers cédés doivent être déterminés suffisamment précisément³, mais qu'en outre, la contreprestation éventuelle, ou le caractère gratuit de la cession⁴, doit aussi être couvert par la forme écrite. S'il y a cession future, l'accord sur la fiducie pour la période précédant le transfert reste en revanche un élément informel.
7. La doctrine admet que seul le cédant doit être amené à signer le texte écrit, étant seul protégé par l'exigence de la forme⁵. À notre avis, cela à tout le moins dans le cadre d'une cession à titre onéreux, la contreprestation ou d'autres points essentiels doivent également être couverts par la forme légale dans la conception d'une opération causale, protégeant également par-là le cessionnaire, comme la forme authentique de la vente immobilière protège aussi bien le vendeur que l'acheteur⁶.

² Forme écrite imposée par l'art. 243 al. 1 CO, cf. D. GIRSBERGER/J.L. HERMANN, cité note 1, n. 12 *ad* 165 CO et les références ; M. BADDELEY, *in* : Commentaire romand, CO I, Bâle 2013, n. 8 *ad* 243 CO et les références ; P. GAUCH/W.R. SCHLUEP/J. SCHMID/S. EMMENEGGER, cité note 1, n. 3411, p. 269.

³ TF du 13.9.2018, 4A_172/2018, et les références : selon cet arrêt, une méprise rédactionnelle ne met pas en soi en cause le contenu des points essentiels à couvrir par la forme.

⁴ ATF 105 II 104, JdT 1979 I 489.

⁵ E. SPIRIG, cité note 1, n. 43 *ad* 165 CO et les références ; cf. aussi TF du 03.06.2009, 4A_133/2009, cons. 2.4.

⁶ P. ENGEL, cité note 1, p. 881 s.

8. En toute hypothèse, le preneur à bail n'a pas à intervenir à l'acte de cession : son identité n'a au demeurant pas à être nécessairement mentionnée dans la cession : elle doit simplement pouvoir être déterminée par les parties⁷.
9. La cession de créance peut intervenir à plusieurs titres : elle intervient à titre de paiement (*Zahlungstatt*) lorsque, par cette cession, le bailleur s'acquitte de tout ou partie d'une dette envers le cessionnaire. Mais elle intervient très souvent à titre fiduciaire, et l'on retrouve ici la figure classique de la fiducie romaine. Une fiducie à titre d'encaissement (*fiducia cum procuratore*) se rencontre lorsque le bailleur n'entend pas procéder lui-même à l'encaissement et aux démarches procédurales nécessaires : le fiduciaire règle compte à l'issue de l'encaissement avec le fiduciaire : une fiducie peut également être conclue avec le créancier lui-même (*fiducia cum creditore*) du bailleur, afin qu'il encaisse par ses propres moyens les loyers, après décompte interne avec le bailleur, son débiteur. Très souvent, cette forme de fiducie avec le créancier est mise en œuvre selon le contrat, alors qu'il est déjà titulaire des loyers en cause, sans qu'il puisse encore exiger un paiement en ses mains, cela tant que le bailleur débiteur n'est pas en demeure de régler ce créancier cessionnaire⁸.
10. Mais dans tous les cas, la pleine titularité de la créance de loyer est sur la tête du cessionnaire, qu'il n'en soit que fiduciaire ou non : en soi, les rapports internes entre fiduciaire et fiduciaire ne peuvent pas être invoqués par le débiteur cédé qu'est le locataire. Cela n'est vrai, dans le cas de l'art. 401, al. 1 et 2, CO, que pour autant que la jurisprudence qui veut que la subrogation légale n'intervienne pas pour les créances transférées au fiduciaire par le fiduciaire ne soit pas renversée⁹.

⁷ Cf. aussi D. LACHAT, La cession des loyers, 11^e Séminaire du droit du bail, Neuchâtel 2000, p. 10-11 et les références.

⁸ C'est fréquemment le cas des établissements de crédit hypothécaire, cessionnaire de revenus locatifs, D. LACHAT, cité note 7, p. 3.

⁹ ATF 117 II 429 ; cf. D. OSER/R.H. WEBER, *in* : Commentaire bâlois, Bâle 2019, n. 5 ad 401 CO et les références.

B. La cession de loyers futurs

11. Il est rare qu'une seule créance de loyer soit cédée. Très souvent, le cessionnaire acquiert les créances de loyers futurs dont seront débiteurs un ou plusieurs locataires, d'un ou plusieurs immeubles déterminés.
12. La construction juridique de la cession de créance future est controversée, et les conséquences de cette construction ont d'importantes répercussions pratiques.
13. En soi, la cession de créance suppose le pouvoir de disposer de la créance de loyer, la cession n'étant efficace qu'à cette condition au jour de la cession. Mais qu'en est-il si, à ce moment de la conclusion de l'acte de cession, la créance en loyer n'a pas encore pleinement été constituée (soit que son expectative de droit n'est pas encore transformée en droit au paiement) ?
14. Selon une première théorie, celle de l'acquisition immédiate, l'expectative de droit est aussitôt acquise au cessionnaire, dans le patrimoine duquel elle va prendre naissance¹⁰.
15. Selon la seconde théorie, la créance naît, ne serait-ce qu'un instant intellectuel, dans le patrimoine du cédant, avant de passer au cessionnaire¹¹.
16. Après avoir opté pour la première construction¹², le Tribunal fédéral a rallié la seconde construction, dite du « passage »¹³.

¹⁰ H. BECKER, Commentaire bernois, Berne 1941, n. 16 *ad* 164 CO ; A. VON TUHR/A. ESCHER, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Zurich 1974, p. 349, note 72 ; D. GIRSBERGER/J.L. HERMANN, cité note 1, n. 48 *ad* 164 CO et les références ; H. OSER/W. SCHÖNENBERGER, cité note 1, n. 4 *ad* 164 CO.

¹¹ Théorie dite du passage : cf. P. GAUCH/W.R. SCHLUEP/J. SCHMID/S. EMMENEGGER, cité note 1, n. 3438 ss, p. 275 s. ; D. ZOBL/C. THURNHERR, Commentaire bernois, Berne 2010, n. 1571 *ad* Syst. Teil Art. 884 ff ZGB, et les nombreuses références ; A. STAEHELIN, Zur Abtretung künftiger Forderungen, Mélanges P. Engel, Lausanne 1989, p. 382 ss.

¹² ATF 61 II 330, JdT 1936 I 105 ; ATF 57 II 537 ; ATF 41 II 132, cons. 3.

¹³ ATF 111 III 73, JdT 1988 II 15 ; ATF 117 III 56, cons. 3a, JdT 1994 II 19 ; ATF 130 III 248, cons. 4.1.

Comme les arrêts fédéraux ici référés le confirment, cela a pour conséquence que les loyers nés après l'ouverture d'une faillite ou d'une exécution collective contre le bailleur ne sont pas acquis au cessionnaire, le cédant n'en pouvant disposer au moment intellectuel où ils naissent sur sa tête. Malgré cette conséquence, le Tribunal fédéral maintient que la saisie de tels loyers dans l'exécution individuelle ne l'emporte pas sur une cession antérieure à leur naissance¹⁴, seule faisant ici exception la règle de l'art. 806, al. 3 CC¹⁵.

17. La théorie dite du passage protège certes efficacement les créanciers, principalement chirographaires, du bailleur débiteur ; elle souffre cependant de vices logiques dirimants. L'expectative de droit est déjà un droit privé subjectif qui entre dans le patrimoine du cessionnaire avant la naissance de la créance définitive¹⁶, et l'on voit mal que ce droit repasse sur la tête du cédant ne serait-ce qu'un moment intellectuel pour revenir, le même moment intellectuel, sur la tête du cessionnaire. Et la doctrine favorable à cette construction reconnaît elle-même l'efficacité de la construction du passage immédiat en cas de pluralité de cessions de la même créance future, la priorité devant alors être fixée par la date des cessions¹⁷.
18. L'on voit que la cession de créances futures donne lieu à des solutions pragmatiques tirant parti des deux constructions juridiques, alors qu'à notre sens la théorie du transfert immédiat, qui tient compte de la nature de l'expectative de droit créée avant la naissance de la créance de loyer définitive, paraît être la plus solide sur le plan théorique.

¹⁴ ATF 95 III 9, cons. 1, JdT 1970 II 40 ; ATF 111 III 73, JdT 1988 II 15.

¹⁵ Cf. *infra*, VI/C.

¹⁶ Cf. par exemple ATF 94 II 240, JdT 1970 I 162 ; ATF 41 II 543, JdT 1916 I 177.

¹⁷ P. GAUCH/W.R. SCHLUEP/J. SCHMID/S. EMMENEGGER, cité note 1, n. 3440, p. 276 s. ; E. BUCHER, cité note 1, p. 546 ; A. STAEHELIN, cite note 11, p. 383.

C. Cessibilité des loyers

19. La dernière condition d'efficacité de la cession de créance est que la créance cédée soit cessible. L'art. 164 al. 1 CO réserve comme exception à la cessibilité le cas où y déroge une disposition légale, inexistante en ce qui concerne les loyers, la convention et la « nature de l'affaire ». Cette dernière dérogation paraît plutôt exceptionnelle en matière de bail : on peut envisager comme y entrant des baux entre proches à des conditions particulières (par ex., un bail entre cohéritiers d'un immeuble successoral) ou liés à des obligations éminemment personnelles du bailleur (par ex. la location d'un lieu proche de celui où le bailleur s'oblige à un spectacle).
20. Pour différents motifs¹⁸, le preneur à bail et le bailleur peuvent convenir d'une incessibilité de loyers. Le bailleur qui transgresserait cet engagement en cédant néanmoins la créance de loyers serait passible de dommages-intérêts, mais le cessionnaire de bonne foi resterait protégé selon l'art. 164 al. 2 CO.

II. Les effets : la dissociation des droits du bailleur

A. Le principe

21. Pour le preneur à bail, la cession dont il n'a pas de bonne foi pu prendre connaissance ne peut lui être opposée. Lorsqu'il en prend connaissance, il n'est alors plus autorisé à s'acquitter valablement du loyer au précédent ayant droit (art. 167 CO). Le preneur diligent doit, lorsqu'il apprend l'existence d'une cession de loyer, s'en faire confirmer l'existence auprès de son bailleur : si ce dernier ne la lui confirme pas, il est recommandable que le preneur procède à la consignation prévue à l'art. 168 CO.
22. À partir du moment où la cession est connue du preneur, les droits dérivant du bail sont dissociés : les créances de loyer cédées ont passé sur la tête du cessionnaire, alors que le bailleur reste

¹⁸ D. LACHAT, cité note 7, p. 7 et les références.

titulaire des (autres) droits et obligations inhérents au contrat de bail. Cette dissociation s'annonce clairement : mais elle pose des problèmes pratiques d'application suffisamment délicats pour que l'on s'y arrête ici.

23. Il n'est pas douteux que le droit de résilier le bail, que ce soit pour un congé extraordinaire ou un congé ordinaire, continue à appartenir au bailleur et ne puisse être exercé en vertu de la cession par le créancier du loyer, ce qui devrait également valoir en cas d'invalidation pour un vice de la volonté. C'est du moins l'opinion dominante, à notre avis justifiée, et la solution de la jurisprudence¹⁹. Elle a été contestée, en ce sens que le but de la cession peut impliquer aussi la cession du droit formateur fixant le sort du contrat²⁰ : il faut répondre à cela que les droits fixant l'efficacité du contrat sont certes cessibles en soi avec le rapport contractuel, mais que cela suppose alors l'accord de l'autre partie, soit du preneur à bail.
24. Il paraît ainsi nécessaire de distinguer entre, d'une part, les droits formateurs touchant au contrat, ainsi qu'à l'exercice d'autres prétentions contractuelles que le loyer, de ceux qui, d'autre part, touchent à la seule créance de loyer, qui sont alors cédés avec celle-ci au cessionnaire (art. 170 al. 1 CO) et qui font l'objet des développements suivants.

B. Droits accessoires à la créance de loyer

25. Tombent sous le coup de la cession, clairement, les droits liés à l'exercice de la créance (ainsi, la mise en demeure ou la

¹⁹ ATF 94 II 274, cons. 4, JdT 1970 I 50 ; ATF 84 II 355, cons. 3, JdT 1959 I 98 ; E. SPIRIG, cité note 1, n. 57 ss *ad* 170 CO ; D. LACHAT, cité note 7, p. 14 ; D. GIRSBERGER/J.L. HERMANN, cité note 1, n. 9 *ad* 170 CO ; T. PROBST, cité note 1, n. 10 *ad* 170 CO ; H. OSER/W. SCHÖNENBERGER, cité note 1, n. 9 *ad* 170 CO ; A. VON TUHR/A. ESCHER, cité note 10, p. 35 ; P. GAUCH/W.R. SCHLUEP/ J. SCHMID/S. EMMENEGGER, cité note 1, n. 3463 ss, p. 282 s. et les références.

²⁰ I. SCHWENZER, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 7^e éd., Berne 2016, n. 90.39, p. 590.

compensation), et les droits qui en sont des accessoires juridiques proprement dits, au sens de l'art. 114 CO, comme en particulier le droit de rétention légal en matière de bail commercial (art. 268 ss CO)²¹.

26. De toute évidence, les sûretés locatives (art. 257e CO) sont de purs accessoires de la créance de loyer : les prétentions du bailleur qui les concernent sont ainsi présumées incluses dans la cession du loyer. Cette cession n'est à notre avis clairement pas remise en question par le fait que les sûretés locatives servent aussi à garantir d'autres prétentions du bailleur que celles du seul paiement du loyer²². La cession des prétentions touchant aux sûretés n'est simplement pas exclusive de prétention du bailleur restant sur sa tête pour d'autres créances : cette solution n'est pas du tout atypique, et existe par exemple également en cas de vente à un tiers d'une partie seulement de l'immeuble loué (art. 261 CO). Bailleur et cessionnaire se retrouvent ainsi titulaires conjoints des droits touchant aux sûretés locatives, et non titulaires en solidarité active. Ils doivent s'entendre sur l'exercice de leurs droits à l'égard du preneur.
27. Plus exactement, l'exercice de la prétention dans l'année qui suit la fin du bail (art. 257e al. 3 CO) peut être le fait, individuellement, soit du bailleur (pour la restitution de la chose louée par exemple), soit du cessionnaire (pour le loyer). En revanche, la restitution ou l'annulation de la sûreté ne peut intervenir selon l'alinéa 3, 1^{ère} phrase, qu'avec l'accord du preneur et celui, cumulé, du bailleur et du cessionnaire. Il n'est possible de libérer les sûretés sans cela que par jugement exécutoire liant toutes ces parties, sauf dérogation prévue par le droit cantonal spécial²³.

²¹ D. GIRSBERGER/J.L. HERMANN, cité note 1, n. 8 *ad* 170 CO ; D. LACHAT, cité note 7, p. 13 ; P. GAUCH/W.R. SCHLUEP/J. SCHMID/S. EMMENEGGER, cité note 1, n. 3459, p. 280 et les références ; E. SPIRIG, cité note 1, n. 14 *ad* 170 CO.

²² Autre avis, D. LACHAT, cité note 7, p. 14.

²³ En Valais, on appliquera ainsi par extension la libération par un seul prévue à l'art. 191 al. 2 de la loi valaisanne d'application du code civil, du 24 mars 1998.

C. Imputation au bailleur des actes de son cessionnaire de loyer ?

28. En exerçant, le cas échéant en justice, sa créance en loyer contre le preneur, le cessionnaire ne représente pas le bailleur cédant : une représentation devrait résulter d'une stipulation expresse, qui ne peut être présumée, même en cas d'encaissement fiduciaire par le cessionnaire.
29. En d'autres termes, le comportement du cessionnaire dans l'exercice des créances cédées ne peut s'imputer automatiquement au cédant bailleur. Si le cessionnaire doit agir judiciairement pour recouvrer son loyer, cela n'autorise pas l'application de l'art. 270e CO, obligeant au maintien du bail sans changement pendant toute la durée de la procédure : le bailleur n'y est pas partie, et il n'est pas non plus représenté, pour le maintien du bail, par son cessionnaire, la seule limite entrant en ligne de compte ici étant celle de l'abus de droit de l'art. 2, al. 2 CC.
30. Dans la même veine, la protection contre les congés de l'art. 271a, al. 1, let. d et e CO, qui a pour but d'éviter le congé de repréailles, n'est pas applicable pour des procédures entre cessionnaire du loyer et locataire, dans toute la mesure où on ne peut en déduire, causalement, le lien vindicatif entre le congé donné par le bailleur et la procédure judiciaire de recouvrement engagée par le cessionnaire. L'abandon d'un droit par le cessionnaire du loyer ne permet certainement pas de faire disparaître le droit d'un tiers qu'est le bailleur, encore une fois en principe non représenté par le cessionnaire dans l'instance engagée.
31. Une solution contraire soulèverait ici une autre problématique : celle de la communication du congé pour cause de non-paiement du loyer, prévue à l'art. 257d al. 1 CO. Il faut tout d'abord rappeler que la résiliation du bail est d'une manière générale un droit formateur qui n'a pas été cédé avec le loyer²⁴. La question est ainsi de savoir si la menace de cette résiliation, et la fixation

²⁴ Cf. *supra* II/A.

d'un dernier délai suffisant, est un accessoire de la créance en paiement du loyer, passée en principe au cessionnaire, ou si au contraire elle se lie à la résiliation, soit à l'anéantissement du contrat générateur, droit formateur qui est resté comme on l'a vu sur la tête du cédant bailleur. La doctrine, rapprochant l'art. 257d al. 1 CO du mécanisme de la mise en demeure des art. 107 s. CO²⁵, admet une cession de la commination comme accessoire au sens de l'art. 170 CO²⁶. La question qui surgit alors est celle du délai incorrectement imparti qui pourrait être imputé au bailleur lorsque celui-ci exercera le congé, alors que ce dernier n'a pas été valablement représenté par le cessionnaire par hypothèse, comme nous l'avons rappelé initialement. On ne conçoit pas ici une dissociation du processus de l'art. 257d CO comme l'a déjà relevé à juste titre un arrêt genevois²⁷. En réalité la commination est à la fois un accessoire de la créance en encaissement de loyer et à la fois une condition d'efficacité du congé extraordinaire que peut donner le bailleur : il faut en déduire logiquement un accord entre cédant et cessionnaire sur cette commination, ou à défaut, la démonstration d'un véritable rapport de représentation volontaire de l'un par l'autre à cet effet. A ce défaut, l'art. 257d al. 1 CO ne peut s'appliquer pour un loyer cédé.

D. La fixation du loyer

32. Pour la doctrine, la notification de majoration de loyer appartient en principe au cessionnaire, du moins sur le principe (art. 269 CO) : de même en va-t-il de la fixation des échelonnements (art. 269c CO)²⁸. Logiquement, il en résulte que la demande de baisse de loyer, comme la contestation d'un loyer initial

²⁵ P. HIGI/A. BÜHLMANN, Commentaire zurichois, Zurich 2019, n. 31 *ad* art. 257d CO.

²⁶ P. GAUCH/W.R. SCHLUEP/J. SCHMID/S. EMMENEGGER, cité note 1, n. 3462, p. 281 ; D. LACHAT, cité note 7, p. 13 ; E. SPIRIG, cité note 1, n. 53 *ad* art. 170 CO.

²⁷ Cité par D. LACHAT, cité note 7, p. 13, note 49.

²⁸ Cf. D. LACHAT, cité note 7, p. 13.

(art. 270 CO), doit être dirigée contre le cessionnaire dont le preneur a reçu l'avis de la cession.

33. Le droit de bail présente ici la particularité de permettre la modification unilatérale de prétentions essentielles nées de l'accord de volontés qu'est le bail. Mais la cession de loyer n'emporte pas transfert de tous les loyers qui pourraient naître des rapports contractuels entre preneur et bailleur. Elle peut être limitée dans le temps, et, le plus fréquemment, limitée au recouvrement de ce qui est dû au créancier cessionnaire du bailleur.
34. Ainsi, si le loyer a été diminué ou augmenté unilatéralement en cas de bail avec le cessionnaire, cette augmentation ou cette diminution ne concerne que le loyer cédé et s'arrêtera lorsque la cession n'aura plus d'effet. Si le loyer a été diminué par le cessionnaire, il revient *ex lege* à son niveau antérieur lorsque le bailleur se retrouve créancier des loyers, sauf adhésion du preneur à une substitution de parties qui ne résulterait sans cela pas de la loi. Inversement, si le loyer a été augmenté, il reviendra *ex lege* au niveau antérieur lorsque le créancier du loyer sera à nouveau le bailleur et non plus le cessionnaire, sauf adhésion du bailleur (par encaissements répétés reçus sans réserve par exemple) au système antérieur moins élevé. C'est la conséquence inévitable du fait que le bailleur n'a pas été représenté en principe par le cessionnaire, et que ni la convention, ni la transaction, conciliation ou jugement, n'est opposable à celui qui n'en est pas partie.
35. Pour éviter de telles difficultés, il est naturellement recommandable pour le preneur d'adresser sa demande conjointement au cessionnaire dont il a appris l'existence et à son bailleur, et inversement recommandable au bailleur de procéder conjointement avec son cessionnaire autant que possible. L'intervention accessoire du bailleur dans le litige séparant son preneur d'avec son cessionnaire ne peut guère avoir pour objectif que de le lier au résultat de l'instance au-delà des loyers cédés.

III. Conséquence de procédure

36. La cession de loyer rendue efficace alors qu'une instance contentieuse est en cours sur le loyer ou ses accessoires (sûretés, droit de rétention) est un cas de substitution de partie au sens de l'art. 83, al. 1 et 2, CPC. Le cessionnaire peut, avec l'accord du preneur, et en devenant codébiteur des frais déjà engagés, prendre la place du bailleur dans le contentieux en cause. S'il ne le fait pas, le bailleur continue seul l'instance, comme si la cession n'avait pas été activée : si le preneur, par jugement ou transaction, est astreint au paiement, il ne peut consigner que s'il a connaissance de la cession, et cela alors même qu'il doit payer de façon exécutoire au bailleur qui l'a emporté à l'issue du procès.
37. Lorsque l'instance n'est engagée qu'après la cession du loyer, dans la mesure où il peut y avoir légitimation conjointe du bailleur et du cessionnaire²⁹, l'aboutissement de l'instance ne peut intervenir qu'en départissant les droits de chacun, ce qui implique à notre avis une consorité nécessaire à l'égard du preneur dans l'attente de ce partage, le preneur ne pouvant déterminer lui-même les quotes-parts revenant à chacun des deux cotitulaires. La consorité n'est que relativement nécessaire, dans la mesure où cessionnaire et bailleur peuvent agir indépendamment l'un de l'autre dans l'instance.
38. Quant au litige portant sur une modification du loyer, il faut admettre que la légitimation du cessionnaire est limitée par celle du bailleur au-delà de la cession activée. Le preneur a donc intérêt, pour une baisse durable des loyers ou la contestation du loyer initial, à s'en prendre aux deux parties conjointement : elles sont en consorité simple. L'inverse vaut aussi pour une hausse de loyer, si le bailleur entend se joindre au cessionnaire pour assurer cette hausse durablement et au-delà de la cession cas échéant.
39. Si seul le cessionnaire agit en justice, il faut admettre que le bailleur a un intérêt digne de protection, au moins factuel, à opérer une intervention accessoire pour soutenir les prétentions

²⁹ Par exemple, pour les prétentions relatives aux sûretés locatives, II/B.

élevées par son cessionnaire contre le locataire. Mais le loyer qui sera fixé par jugement ou transaction ne le sera que dans le cadre de l'exercice des droits du cessionnaire, soit dans les limites de la cession, et ne vaudra pas, sur le principe au moins, au-delà du cadre de cette cession. Il n'y a pas ici une situation de droit matériel qui aurait permis à l'art. 77 CPC de s'appliquer, et il y a encore moins d'autorité matérielle de la chose jugée à l'égard du bailleur³⁰. Certes, les critères de hausse ou de baisse de loyer et déterminés pendant l'instance où le bailleur n'a été qu'un intervenant accessoire des prétentions de son cessionnaire, pourront difficilement être contestés dans une instance ultérieure pour des loyers litigieux au-delà de la cession ; mais le principe n'en demeure pas moins, et il faut à cet égard distinguer le cas où le bailleur n'est qu'intervenant accessoire dans la contestation où la partie principale est son cessionnaire, du cas où le bailleur agit à titre principal, en consorité simple, pour les loyers au-delà de la cession.

IV. La subrogation légale

40. La subrogation légale est le cas principal de la cession légale, où un tiers satisfait le créancier et acquiert par-là, à concurrence, les droits de ce dernier à l'égard de son propre débiteur. En matière de bail, ce phénomène existe pour le loyer des colocataires solidaires (art. 149 CO) : mais il peut aussi résulter, du côté du bailleur, du mécanisme de l'art. 507 CO, lorsque les loyers sont déjà cédés à fin de paiement au créancier du bailleur.
41. Ainsi, lorsque le créancier du bailleur se fait à la fois céder les loyers futurs de l'immeuble à fins de garantie et qu'il obtient un cautionnement en faveur du bailleur comme garantie supplémentaire, le paiement par la caution entraîne le transfert des loyers cédés à concurrence du montant par lequel la caution a satisfait le créancier du bailleur (art. 507 CO). Ce mécanisme présente des analogies étroites avec la cession volontaire du loyer, de sorte qu'il est possible en principe de renvoyer à ce que

³⁰ ATF 142 III 140.

nous avons souligné jusqu'à présent. Lorsque la subrogation n'est que partielle, chaque loyer dû ne l'est qu'au prorata de la subrogation intervenue, la dette en argent étant divisible (art. 70 al. 1 CO inapplicable). La difficulté résulte, en cas de subrogation partielle, de l'exercice actif ou passif des droits à modifier le loyer, qui nous paraissent relever d'une communauté nécessaire imparfaite, où chacun doit être partie à l'instance tout en pouvant y procéder indépendamment.

V. Le nantissement du loyer

42. Si le bailleur peut céder – le plus souvent fiduciairement – la pleine titularité de ses loyers, il peut aussi ne les céder que partiellement, soit en conservant sa titularité et en n'en conférant qu'un droit de gage à son créancier (art. 899 CC). Si le créancier est aussi le créancier gagiste de l'immeuble du bailleur, l'obtention contractuelle d'un droit de garantie sur les loyers de l'immeuble grevé ne cède pas devant l'interdiction de l'antichrèse³¹. Les loyers – en tant qu'ils sont cessibles³² – relèvent alors de l'art. 900 CC en ce qui concerne les modalités de constitution du gage : le contrat de gage doit adopter la forme écrite (art. 900 al. 1 CC). La remise physique du titre qui porte reconnaissance de la dette de loyer est une modalité qui ne s'applique toutefois pas au contrat de bail écrit comme tel³³ : mais un décompte entre parties est une telle reconnaissance à remettre physiquement au créancier³⁴. Pour le surplus, le système de l'avis au débiteur (art. 900 al. 2 CC) ne diffère pas de celui de l'art. 167 CO, sauf que le paiement doit intervenir ici conjointement (art. 906, al. 2 et 3, CC).

³¹ D. DÜRR, Commentaire zurichois, Zurich 2009, n. 361 ss *ad* Syst. Teil art. 793 ss CC.

³² Cf. *supra*, I/C.

³³ D. ZOBL, Commentaire bernois, Berne 1996 n. 70 *ad* 900 CC ; K. OFTINGER/R. BÄR, Commentaire zurichois, Zurich 1981, n. 52 *ad* 900 CC ; B. FOËX, *in* : Commentaire romand, CC II, Bâle 2016, n. 22 *ad* 900 CC ; T. BAUER/C. BAUER, *in* : Commentaire bâlois, ZGB II, Bâle 2019, n. 5 *ad* 900 CC.

³⁴ Décompte faisant apparaître un solde de loyer, ATF 52 II 434, JdT 1927 I 138.

43. On soulignera également que la problématique de la cession de loyers futurs³⁵ est identique pour la mise en gage aujourd'hui de loyers futurs, notamment pour ce qui concerne la constitution du droit réel limité à chaque naissance de créance de loyer.
44. Les effets du nantissement du loyer diffèrent cependant de la cession simple de celui-ci. Le bailleur est en effet seul légitimé à mettre en demeure et à procéder au recouvrement du loyer³⁶. Cela implique en particulier que le bailleur agit seul dans les procédures de modification du loyer, quitte à devoir en rendre compte, à titre interne, à l'égard de son créancier. On peut admettre donc que le nantissement de loyer n'a, pour le locataire, que des conséquences liées aux paiements ensuite des notifications à lui faites du nantissement.

VI. La gérance légale de l'immeuble

A. Construction juridique

45. Sans pouvoir, dans la présente contribution, réexposer les différents mécanismes de gérance légale de l'immeuble dans l'exécution forcée, l'on rappellera préliminairement qu'existe une gérance légale « limitée » dès réquisition de poursuite et permettant l'encaissement des loyers par l'office³⁷ et que, dès exécution de la saisie de l'immeuble ou ouverture de la faillite (ou d'homologation du concordat), la gérance légale ordinaire de l'immeuble a le même résultat pour les loyers et fermages³⁸. Le droit exercé par l'office sur les loyers et fermages diffère sensiblement du cas de figure de la cession volontaire et de la subrogation légale. L'office, exerçant les droits du ou des créanciers sur l'immeuble, n'est pas le successeur, à titre particulier ou universel, du propriétaire saisi ou failli : ce dernier est en revanche dessaisi, soit privé de l'exercice de son droit de propriété, pour tout ce qui a trait aux fruits de l'immeuble, ce qui

³⁵ Cf. *supra*, I/B.

³⁶ Art. 906 al. 1 CC ; ATF 128 III 366, JdT 2002 I 554.

³⁷ Art. 806 al. 1 CC ; cf. art. 94 al. 1 ORFI.

³⁸ Art. 102 LP ; art. 14, 16 ss ORFI ; art. 221 s. LP.

autorise ainsi l'office à exercer, au nom du ou des créanciers, les droits dérivant du bail, ainsi que, dans la gérance légale ordinaire, du droit de conclure un bail ou, si l'on préfère, les droits dérivant d'un bail sur l'immeuble peuvent être exercés par l'office alors que le propriétaire en est toujours titulaire, mais qu'il n'en a légalement plus l'exercice.

46. Logiquement dès lors, si l'office, dans le cas de la gérance légale, modifie le bail avec un preneur, par exemple s'agissant du montant du loyer, cette modification s'impose au propriétaire bailleur à la fin de la gérance légale, notamment également après réalisation forcée (art. 261 al. 1 CO).
47. Face à un bail préexistant à la gérance, il résulte du système légal, et notamment indirectement de l'art. 261 al. 1 CO comme des dispositions contenues aux art. 17, 50 (130 al. 1) et 94 ORFI, que ce rapport de droit lie l'office. Comme la protection de l'art. 261 al. 1 CO ne dépend pas d'une prise de possession des lieux par le preneur³⁹, l'office ne peut refuser l'exécution en nature, soit soumettre en cas de faillite à la loi du dividende l'obligation de remise de la possession dérivant du bail⁴⁰.
48. L'office peut également avoir à conclure des baux nouveaux dans le cadre d'une gérance ordinaire. Dans le cas de la gérance limitée de l'art. 806 al. 1 CC, le créancier gagiste de l'immeuble en revanche n'a pas de droit légal à obtenir la conclusion d'un bail pour assurer le versement de loyers futurs sur lesquels il pourra exercer son droit⁴¹; à l'inverse, en présence d'un bail préexistant, la loi lui donne directement un droit à la perception des fruits par l'intermédiaire de l'office, et s'il y renonce dans un premier temps (lors de la réquisition de poursuite), cette renonciation

³⁹ TF, *in* : MP 2019, p. 237 ss ; D. PIOTET, Le principe « la vente ne rompt pas le bail » et le système général des droits réels, Berne 1993, n. 40 ss, p. 36 et les références.

⁴⁰ *Contra* V. DEFAGO GAUDIN, L'immeuble dans la LP, indisponibilité et gérance légale, thèse, Genève 2006, p. 141 ; l'actuel art. 50 ORFI (130 al. 1 ORFI) renvoie depuis 1997 à l'art. 261 al. 1 CO.

⁴¹ ATF 131 III 141, JdT 2008 II 125.

n'est pas censée être définitive pour autant⁴². On rappellera enfin que, dans la faillite ou le concordat du propriétaire, le créancier gagiste mobilier sur le droit de gage immobilier (art. 904 CC) a la position, par simplification, du créancier gagiste immobilier⁴³.

B. Effets matériels et de procédure

49. Alors que le jugement de faillite est réputé connu de tous au jour de son prononcé⁴⁴, la gérance légale ne s'impose au preneur à bail que dès sa notification⁴⁵.
50. Les droits du preneur à bail sont affectés en particulier par la faillite du propriétaire bailleur : au vu de l'art. 213 al. 2 ch. 2 LP, il ne peut plus compenser sur les loyers exigibles dès la faillite ses prétentions existantes contre le bailleur. Et les obligations personnelles accessoires ne sont pas toutes couvertes par le maintien du bail qui résulte de l'art. 261 CO : la consignation de sûretés reçues peut ainsi tomber dans la masse en faillite⁴⁶.
51. L'office, de son côté, a la qualité pour exercer, le cas échéant pour partie, les droits dérivant du bail. Il peut ainsi agir en majoration de loyer, ou au contraire défendre à une requête de baisse de loyer ou de contestation du loyer initial. Il en va de même pour les résiliations et prolongations du bail⁴⁷. Tous ces contentieux relèvent de la voie judiciaire et non de la voie de la plainte selon les art. 17 ss LP⁴⁸.

⁴² ATF 145 III 495.

⁴³ ATF 132 III 437.

⁴⁴ ATF 55 III 169 ; l'absence de mention de la faillite au registre foncier (art. 176 al. 2 LP) ne permet pas d'en tirer des droits de bonne foi.

⁴⁵ Art. 102 al. 2 LP, art. 15 al. 2 let. b ORFI et 124 ORFI ; pour l'art. 806 al. 2 CC, où il est question de « publication », la question est discutée, cf. D. DÜRR, Commentaire zurichois, Zurich 2013, n. 164 *ad* 806 CC.

⁴⁶ ATF 127 III 273, cons. 2-5.

⁴⁷ MP 1997, p. 52 (GE) ; V. DEFAGO GAUDIN, cité note 40, n. 561 ss, p. 150 ss et les références.

⁴⁸ V. DEFAGO GAUDIN, cité note 40, n. 649, p. 173 ; par exemple, pour l'art. 806 al. 1 CC, TF, SJ 2016 I 233, cons. 2.3.

52. Cette dernière affirmation devrait peut-être être nuancée. Les notifications faites au preneur par l'office doivent pouvoir être revues en cas d'irrégularité formelle : ce ne sont que les questions de droit matériel qu'elles impliquent qui appartiennent au contentieux civil. Lorsque l'avis de l'art. 806 al. 2 CC est notifié au locataire, le bien-fondé de cette notification dépend de savoir si le loyer qui revenait jusque-là à l'usufruitier de l'immeuble doit désormais être versé à l'office. Cette question dépend de l'antériorité ou de la postériorité du droit de gage bénéficiant de l'art. 806 CC par rapport au droit d'usufruit ; si le rang départissant l'un de l'autre ne résulte pas clairement du registre foncier (notamment pour un gage existant avant l'usufruit, mais augmenté après sa création), le preneur à bail doit être autorisé en cas de doute à consigner en justice (art. 96 CO) malgré l'avis de l'office qui lui aurait été adressé.

C. L'art. 806 al. 3 CC

53. Il n'est pas rare qu'un bailleur en manque de liquidités propose à ses locataires de lui régler par avance des loyers non encore échus, moyennant un escompte plus ou moins attractif pour eux. Cette manière de procéder est très dangereuse pour les preneurs. Ils s'exposent en effet à payer deux fois puisque « les actes juridiques du propriétaire relativement à des loyers ou des fermages non échus (...) ne sont pas opposables au créancier qui a poursuivi en réalisation du gage avant l'époque où loyers et fermages sont devenus exigibles ».
54. L'autre hypothèse visée par l'art. 806 al. 3 CC est en principe sans conséquence pour le preneur à bail : elle vise des loyers qui ont été saisis par un autre créancier alors qu'ils revenaient, pour des échéances depuis l'ouverture de la procédure en réalisation forcée, au créancier gagiste. Ces conflits entre créancier gagiste et autres créanciers saisissants constituent un incident du droit des poursuites soumis au juge civil⁴⁹.

⁴⁹ ATF 42 III 111, JdT 1916 II 164.

55. Dans le cas d'un acte juridique portant sur des loyers non échus, passé par le preneur à bail, la conséquence du double paiement tient au fait que les loyers contractuels, non escomptés, devront être versés à l'office pour toutes les échéances postérieures à l'engagement de la poursuite ; ils ne peuvent que difficilement être récupérés d'un bailleur qui s'avérerait un débiteur insolvable, le cas échéant failli : d'où précisément la gravité du risque assumé alors par le locataire⁵⁰.
56. La question qui se pose est de définir exactement les termes très larges d'« acte juridique du propriétaire ». Le propriétaire qui accepte une baisse sensible du loyer requise unilatéralement par le preneur va naturellement affecter les loyers futurs qui seraient exigibles pendant la réalisation forcée éventuelle de son immeuble par un créancier gagiste : évidemment, cette diminution ne peut être visée par l'art. 806 al. 3 CC si elle était justifiée par des critères légaux de fixation du loyer. Mais, le créancier gagiste étant un tiers non lié par cette convention, il reste libre de démontrer que la baisse de loyer a été sensiblement accordée au-delà des critères légaux de fixation ; de même, il pourrait être démontré qu'une incombance pour le locataire n'a pas été respectée, par exemple celle de l'art. 270a al. 2 CO.
57. L'on doit bien admettre que l'épée de Damoclès du double paiement n'est pas très heureuse pour le preneur et devrait l'amener à ne pas transiger avec son bailleur en difficulté financière. La pratique n'ayant pas fourni à ce jour un cas choquant d'application de cette disposition, la règle n'a pas été remise en cause jusqu'ici.

VII. La révocation ou l'invalidation du droit du cessionnaire

58. Toutes les hypothèses qui ont été examinées jusqu'ici voient la titularité active de la créance en loyer passer d'un ayant droit à un autre. Il faut naturellement en distinguer les cas où le rapport de bail est anéanti, révoqué ou invalidé, la créance en paiement d'un

⁵⁰ H. LEEMANN, Commentaire bernois, Berne 1925, n. 56 *ad* 806 CC ; D. DÜRR, cité note 45 (2013), n. 191 *ad* 806 CC.

loyer étant alors anéantie *ex tunc*. On évoque ainsi le cas d'un bail conclu pour un loyer modeste et pour une longue durée, destiné à déprécier l'immeuble face à des créanciers du propriétaire, qu'il s'agisse d'un créancier gagiste, d'un créancier saisissant ou de créanciers devant constituer une masse en faillite : la position d'un tel locataire est réglée par l'art. 291 LP après révocation.

59. Mais qu'en est-il quant à l'invalidation ou la révocation portant sur la cession du loyer elle-même, et que celle-ci se trouve rétroactivement anéantie ? Il est certain que, lorsque le preneur à bail a été avisé de la cession, et qu'il s'est acquitté des loyers en fonction de cet avis, l'absence de cession valable ne lui retire pas la protection de sa bonne foi, l'idée de l'art. 167 CO devant ici s'appliquer par extension⁵¹. Plus exactement, la protection de la bonne foi du débiteur cédé doit s'imputer au comportement du cédant⁵². À notre avis, si le débiteur, ici le locataire, connaissait le vice de la prétendue cession, il n'est plus protégé s'il paie quand même en fonction de l'apparence⁵³.
60. Reste cependant encore la question de l'exercice des droits formateurs sur les créances cédées, notamment les notifications de demandes de baisse ou de hausse de loyer. Cette question n'est pas véritablement examinée par la doctrine, et l'on doit, dans un premier temps, se fixer sur les principes généraux.
61. D'un premier principe il résulte que la fixation du loyer par le cessionnaire, ensuite de notification unilatérale acceptée, dans le cadre d'une transaction, d'une conciliation ou d'un jugement, n'est pas opposable au cédant, y compris pour les loyers acquittés dans l'intervalle où la cession paraissait efficace. Mais, d'un autre côté, le bailleur cédant doit se voir imputer les paiements faits au cessionnaire apparent après notification de la cession par ses soins, et il peut être tenu de rendre la différence après changement

⁵¹ E. SPIRIG, cité note 1, n. 47 *ad* 167 CO.

⁵² D. GIRSBERGER/J.L. HERRMANN, cité note 1, n. 17 *ad* 167 CO ; T. PROBST, cité note 1, n. 10 *ad* 167 CO ; A. VON TUHR/H. PETER, cité note 10, p. 360.

⁵³ Il doit alors consigner, cf. art. 168 CO ; T. PROBST, cité note 1, n. 10 *ad* 167 CO ; D. GIRSBERGER/J.L. HERMANN, cité note 1, n. 17 *ad* 167 CO et les références.

du loyer, quitte à se retourner contre le prétendu cessionnaire qui a encaissé les loyers.

62. Mais ne faut-il pas étendre ici encore la portée de l'art. 167 CO en ce sens que si la notification de la cession en réalité inefficace est le fait du bailleur cédant, la négociation de bonne foi du preneur à bail avec le créancier, sur la contestation des loyers, respectivement la réquisition de bonne foi d'un prononcé judiciaire, ne devrait pas être imputable au cédant, en réalité seul titulaire pendant tout ce temps des créances de loyer ainsi négociées, respectivement fixées ?
63. Il faut déjà relever que l'extension de l'art. 167 CO ne tend qu'à protéger le débiteur cédé, et ne peut amener à favoriser le bailleur cédant en cas d'augmentation de loyer. Mais, même dans l'hypothèse d'une hausse de loyer, nous doutons que l'exercice d'un droit formateur notifié, même de bonne foi, au débiteur preneur, puisse s'imposer à ce véritable titulaire ayant légitimation à en accuser réception. Il faudrait sans doute une situation particulière, mettant en cause par exemple des comportements contradictoires, pour que l'on puisse étayer une solution contraire.
64. Il faut ici en particulier relever que si le prétendu cessionnaire a réduit les loyers pendant la prétendue cession, il doit en cas d'action révocatoire restituer les loyers non modifiés selon l'art. 291 al. 1 LP ; cela ne signifie pas que la baisse obtenue par le preneur soit infondée, mais que, pour la justifier à l'égard du véritable créancier, il doit encore en faire valoir le bien-fondé à l'égard de ce dernier. Là où existe une véritable lacune, c'est en ce qui concerne les délais et les incombances qui légitiment le preneur à la contestation : nous admettons qu'elles sont remplies si elles sont acquises ou respectées vis-à-vis du titulaire putatif : mais à notre avis, les actes de ce dernier ne peuvent s'imputer au véritable titulaire de la créance de loyer.