
BAILLEUR ET LOCATAIRE D'UNE CHOSE IMMOBILIERE DANS L'EXECUTION FORCEE

par Pierre-Robert Gilliéron,

juge émérite au Tribunal cantonal vaudois,
professeur à l'Université de Lausanne

Sommaire

- I. Introduction

- II. Les modifications pertinentes en matière d'exécution forcée
 - A. Demeure et expulsion du locataire
 - B. Droit de rétention du bailleur
 - C. Sûretés fournies par le locataire
 - D. Changement de propriétaire ensuite d'expropriation dans une procédure d'exécution forcée
 - E. Prohibition de la renonciation préalable à la compensation

- III. Les procédures d'exécution forcée, compte tenu du nouveau droit du bail à loyer
 - A. Bailleur et locataire dans la poursuite requise par le bailleur
 - 1. La poursuite ayant pour objet une somme d'argent : le loyer
 - 2. La poursuite ayant pour objet des sûretés
 - 3. La poursuite en réalisation de gage mobilier

 - B. Bailleur et locataire dans la poursuite requise par un tiers
 - 1. La poursuite requise par un tiers contre le locataire
 - 2. La poursuite requise par un tiers contre le bailleur

- IV. Bibliographie

I. Introduction

La revision des dispositions concernant les baux d'habitations et de locaux commerciaux entraîne des modifications - explicites ou implicites - des dispositions applicables à la poursuite ayant pour objet une somme d'argent (en particulier, le loyer) ou des sûretés (en particulier, les sûretés à fournir par le locataire) et des dispositions applicables à la mise sous main de justice et/ou à la réalisation du droit de propriété sur un immeuble remis à bail.

II. Les modifications pertinentes en matière d'exécution forcée

A. Demeure et expulsion du locataire

1. Selon l'art. 282, al. 1^{er} anc. LP, lorsque la poursuite avait pour objet des loyers, le commandement de payer pouvait énoncer l'avis comminatoire prévu à l'art. 265 anc. CO et le bailleur pouvait requérir l'expulsion du locataire après l'expiration du délai légal. Le législateur a renoncé à lier la poursuite et la fixation du délai de paiement, car le locataire pouvait être induit en erreur dès lors qu'il pouvait être expulsé même s'il avait fait opposition au commandement de payer et indépendamment de l'issue de la procédure de mainlevée (ATF 70 I 138, JdT 1944 I 595; cf. JdT 1979 III 86 et RSJ 1991 395 sous ch. 2). Pour cette raison (FF 1985 I 1458 sous ch. 423), la commination de résiliation du bail et d'expulsion doit dorénavant être distincte de la poursuite ayant pour objet le loyer (art. 257d, al. 1^{er} CO), ce qui a pour conséquence que la procédure d'expulsion et celle de poursuite pour loyer sont indépendantes l'une de l'autre (erroné : Lachat/Micheli, p. 147 n. 21 et p. 150 sous ch. 6.4). De plus, selon l'art. 257d, al. 2 CO, le bailleur doit nécessairement donner congé après l'écoulement du délai comminatoire de paiement accordé au locataire. Le délai comminatoire de paiement accordé au locataire étant de dix jours au moins (art. 257d, al. 1^{er} dernière phrase CO), la réduction de ce délai prévue à l'art. 282, al. 2, anc. LP devenait superflue. L'expulsion du locataire n'étant plus réglée dans la LP, le ch. 2 de l'art. 23, al. 1^{er}, anc. LP devait être abrogé, les cantons désignant l'autorité compétente et réglant la procédure (art. 274 et 274g, al. 1 let. a CO).

2. Outre l'abrogation des art. 282 et 23, al. 1 ch. 2, anc. LP, la revision des dispositions concernant les baux d'habitations et de locaux commerciaux a entraîné l'élimination des formules n° 41b - poursuite pour loyers et fermages; commandement de payer avec menace d'expulsion - et 41c - poursuite pour loyers et fermages; commandement de payer avec menace d'expulsion (logement de famille) - (ATF 116 III 53). Le ch. 7 des explications de la formule n° 1 - réquisition de poursuite - a également été modifié en conséquence, sans pour autant que la let. d de l'art. 6, al. 2, et la let. e de l'art. 12, al. 1^{er} OCF I soient abrogées selon la procédure requise pour la modification d'une ordonnance du Tribunal fédéral (art. 11, al. 1 let. d OJ).

3. Le commandement de payer avec menace d'expulsion présentait deux avantages : une formulation claire (délai comminatoire, résiliation automatique) et un mode de communication sûr (acte instrumentaire notifié ouvert). A défaut de fixation préalable d'un délai de paiement assorti d'une menace de résiliation, qui doit être communiquée séparément au locataire et à son conjoint lorsque la chose louée sert de logement à la famille (art. 266n CO), le congé valablement donné pour non-paiement du loyer n'exclut pas une prolongation du bail par l'autorité de conciliation ou l'autorité compétente en matière d'expulsion (ATF 117 II 415 ss).

B. Droit de rétention du bailleur

1. Le droit de préférence "qui garantit au bailleur le paiement du loyer est né pour ainsi dire en même temps que le contrat de louage. Il n'existe que là et dès le moment où la force même des choses a obligé le législateur à garantir aux propriétaires le paiement de leurs créances résultant du loyer. C'est donc une raison essentiellement pratique qui a fait introduire dans de nombreuses législations ce principe témoignant d'un degré de civilisation déjà avancé" (Rey, p. 9; v. aussi Rossel, pp. 325 s.). A l'origine, le Code fédéral des obligations ne comportait pas de droit de suite (art. 294, al. 3 CO/1881); le droit de suite sera introduit par la LP (art. 284) et repris dans le Code des obligations révisé (art. 274, al. 2, anc. CO). Le projet du Conseil fédéral ne prévoyait plus de droit de rétention du bailleur (FF 1985 I 1438, ch. 421.115, et 1459); il a été maintenu par l'Assemblée fédérale pour le bailleur de locaux commerciaux (art. 268, 268a, 268b CO; 283, al. 1^{er} LP). Cette nouvelle réglementation est née de considérations pratiques et politiques et n'a pas été construite dogmatiquement (Hess-Odoni, p. 149, 2^{ème} colonne, D. 2).

2. Les modifications législatives ont entraîné une modification du ch. 7 des explications de la formule n° 1 - réquisition de poursuite - et des modifications des formules n° 39 - réquisition de prise d'inventaire - n^{os} 40 et 40a - procès-verbal de prise d'inventaire - (ATF 116 III 50 s.), sans pour autant que la let. d de l'art. 6, al. 2 OCF I soit modifiée selon la procédure requise pour la modification d'une ordonnance du Tribunal fédéral (art. 11, al. 1 let. d OJ).
3. Le législateur a introduit dans la loi fédérale, du 4 octobre 1985, sur le bail à ferme agricole un art. 25b mettant le bailleur, pour la garantie du fermage de l'année écoulée et de l'année courante, au bénéfice du même droit de rétention qu'en matière de bail à loyer portant sur des locaux commerciaux. En revanche, il n'a pas songé à préciser si le droit de rétention de la communauté des copropriétaires par étages pour garantir son droit aux contributions des trois dernières années, qui est le même que celui d'un bailleur, (art. 712k CC) restait valable pour des locaux utilisés et aménagés à des fins d'habitation ou était restreint à des locaux utilisés et aménagés à des fins commerciales. On peut soutenir que le droit de rétention de la communauté des copropriétaires par étages n'est pas touché par la révision des dispositions sur le bail à loyer (Walder, pp. 357 s.), ce d'autant que les formules n° 56 - procès-verbal de prise d'inventaire en application de l'art. 712k CC - et nos 57b - commandement de payer de la propriété par étages (PPE) selon art. 712k CC - et 57c - idem (pour le conjoint du débiteur) - n'ont pas été modifiées.
4. Le bailleur de locaux non commerciaux a, pour garantie du loyer échu antérieurement à l'entrée en vigueur des dispositions modifiées du CO sur le bail à loyer, un droit de rétention sur les meubles qui garnissaient les lieux loués avant l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions et qui servent soit à l'aménagement soit à l'usage de ces lieux et peut, postérieurement à l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions, requérir l'office des poursuites de le protéger provisoirement dans son droit de rétention conformément à l'art. 283 anc. LP (ATF 116 III 120 ss, JdT 1993 II 39 ss). En revanche, l'inventaire dressé antérieurement au 1^{er} juillet 1990 pour protéger provisoirement le bailleur de locaux non commerciaux dans son droit de rétention tombe dans la mesure où il servait de garantie pour des loyers échus après le 1^{er} juillet 1990 (Gmür, p. 15, éd. fr., p. 22).

C. Sûretés fournies par le locataire

1. Dans le domaine du bail à loyer de locaux d'habitations, les sûretés fournies par le locataire ont pris, avec la suppression de la poursuite pour loyers et fermages, de l'expulsion du locataire en demeure et du droit de rétention, une importance grandissante, car elles constituent la seule garantie du paiement du loyer - limitée à trois mois pour les locaux d'habitations - pour le bailleur (Usteri/Brunner/et al., p. 152; Lachat/Micheli, p. 161).
2. Le nouveau droit (art. 257e CO) s'inspire des réglementations adoptées par les cantons de Vaud, du Tessin et de Genève dans le cadre de l'art. 6 AMSL. Les sûretés fournies sous forme d'espèces ou de papiers-valeurs doivent être déposées auprès d'une banque - et non plus de la banque désignée par le droit cantonal - sur un compte d'épargne ou de dépôt au nom du locataire de locaux d'habitations ou commerciaux. Ce mode de garantie n'est pas exclusif et n'exclut notamment pas les garanties réelles ou personnelles fournies par un tiers.
 - a) Sous l'ancien droit du bail, la loi n'interdisait pas - sauf dans les cantons de Vaud, du Tessin et de Genève - au bailleur d'accepter les sûretés fournies en espèces ou sous forme de papiers-valeurs par le locataire, c'est-à-dire le dépôt en cautionnement, l'attribution fiduciaire ou Sicherheitsübereignung.
 - aa) Fournie en espèces, la garantie du loyer devait être considérée comme un gage irrégulier (Oftinger/Bär, Syst. Teil, N. 182 ss et 216, et N. 47 ad art. 884 CC) - qualification qui n'est qu'une échappatoire et un subterfuge (Cabrillic, p. 335) -, c'est-à-dire le transfert à fin de sûreté d'une certaine quantité de fongibles consommables au créancier qui, étant satisfait, doit rendre non les choses elles-mêmes, mais des espèces du même genre (Tercier, N. 3584 ss); la compensation n'était pas impossible (Von Tuhr/Escher, p. 199 note 67 et la réf.). La conséquence en était l'acquisition par le bailleur de la propriété des espèces par mélange vu l'art. 727 CC (ATF 47 II 271). Ainsi, dans une poursuite requise par un tiers contre le bailleur et continuée par voie de saisie, le locataire ne pouvait-il pas revendiquer son dépôt et, dans la faillite du bailleur, n'avait-il qu'une prétention personnelle en restitution de son dépôt et était-il colloqué en 5^{ème} classe.

En cas de "cession" du contrat de bail à loyer ou de cession des créances de loyer futures, les espèces dont la propriété avait été transférée à fin de sûreté restaient

dans le patrimoine du cédant, qui était seul tenu de les restituer, car le dépôt irrégulier n'est pas un droit accessoire au sens de l'art. 170 CO (Von Tuhr, p. 739; Von Tuhr/Escher, p. 355); de même en cas de réalisation forcée de l'immeuble loué, même si les conditions de vente obligeaient l'adjudicataire à reprendre les baux à loyer non annotés au registre foncier (art. 50, 102 et 130, al. 1^{er} ORI), les espèces déposées en cautionnement par le locataire demeuraient dans la masse active, où elles étaient tombées.

Si le locataire remettait au bailleur une somme d'argent scellée, close ou individualisée d'une autre manière, il s'agissait d'un dépôt régulier (art. 481, al. 2 CO a contrario). La cause du dépôt étant sans importance, le dépôt pouvait être fait dans l'intérêt du dépositaire, le bailleur, en garantie de sa créance de loyer contre le déposant, le locataire; il était alors soumis aux règles applicables au gage (ATF 51 II 280); or le contrat de gage mobilier n'est soumis à aucune forme. Dans ce cas, le locataire pouvait revendiquer, dans une procédure d'exécution forcée dirigée contre le bailleur, la propriété des espèces individualisées remises en garantie et le droit de gage était transféré avec la créance garantie.

- bb) Fournie par un versement ou un virement porté au crédit d'un compte courant non affecté spécialement, ouvert dans les livres d'un tiers au nom du bailleur, la garantie du loyer devait être considérée, cette sûreté conventionnelle apparaissant sous forme de monnaie scripturale - et non plus de monnaie fiduciaire -, comme un gage irrégulier, une sûreté-propiété (Cabrillac, p. 339). Le bailleur bénéficiaire avait l'entière disposition de la somme versée; le locataire constituant n'avait qu'une créance en remboursement, dont le terme était alternatif, contre le bailleur et était démuné dans l'exécution forcée dirigée contre le bailleur.

Versée ou virée sur un compte affecté spécialement - compte de garantie - ouvert au nom du bailleur dans les livres du tiers, la sûreté conventionnelle apparaissait sous forme de monnaie scripturale. Le bailleur bénéficiaire avait un droit de disposition restreint, pour autant que la convention de garantie fût portée à la connaissance du tiers, mais le locataire n'avait qu'une créance en remboursement, dont le terme était alternatif, contre le bailleur et était démuné dans l'exécution forcée dirigée contre le bailleur.

- cc) Fournie par la remise de papiers-valeurs, la garantie du loyer devait être considérée comme un gage sur les créances au sens de l'art. 37, al. 2 LP pour autant qu'il y ait remise au bailleur (titres au porteur, actions nominatives endossées en blanc : art. 901, al. 1^{er} CC) ou remise avec un endossement pignoratif ou une déclaration d'engagement (autres papiers-valeurs : art. 901, al. 2 CC; 1009, 1098 et 1152 CO); dans ce cas, le locataire pouvait revendiquer son droit de propriété dans une procédure d'exécution forcée dirigée contre le bailleur. Cependant, le bailleur pouvait se faire autoriser expressément à disposer des papiers-valeurs à lui remis (art. 481, al. 3 CO) et, pour les titres nominatifs ou à ordre, il y avait - faute de contrat de gage spécial en la forme écrite, d'endossement pignoratif ou de déclaration d'engagement - remise à fin de sûreté; le locataire était démuné en cas d'exécution forcée contre le bailleur.
- dd) C'est une vue de l'esprit de croire que l'attribution fiduciaire sous l'ancien droit de bail était la marque de la confiance que l'attribuant fiduciaire, le locataire témoignait, à l'attributaire fiduciaire, le bailleur (cf. Von Tuhr, pp. 181 s.; von Tuhr/Peter, pp. 205 s.).
- b) Le nouveau droit du bail prescrit impérativement l'interposition d'un tiers, une banque, teneur d'un compte spécial ou d'un dossier-titres spécial.

Fournies sous forme de monnaie fiduciaire ou scripturale, les sûretés fournies par le locataire sont créditées sur un compte d'épargne ou de dépôt ouvert par la banque au nom du locataire qui est titulaire d'une créance contre la banque. Le droit de disposer du compte est réglé par la loi (art. 257e, al. 3 CO).

Fournies sous forme de papiers-valeurs, les sûretés fournies par le locataire sont déposées dans un dossier-titres ouvert par la banque au nom du locataire, qui reste propriétaire des papiers-valeurs et titulaire des créances incorporées. Le droit de disposer du dépôt est réglé par la loi (art. 257e, al. 3 CO). Le bailleur doit agir par la voie judiciaire ou la poursuite en réalisation de gage mobilier, mode de poursuite que le locataire peut le contraindre de requérir par la voie de la plainte (art. 41 LP).

La loi impose donc la consignation à titre de sûreté (Bonnant; Tercier, N. 3539; ATF 102 Ia 232 ss, JdT 1978 II 49 ss) qui fait naître au bénéficiaire du bailleur un droit de gage au sens de l'art. 37 LP. Le droit réel restreint ré-

sulte du but de garantie de la consignation. Dans l'exécution forcée contre le locataire, le bailleur peut donc revendiquer un droit de préférence sur la créance en restitution de la monnaie du locataire contre la banque consignataire, ainsi que tant sur le droit de propriété des papiers-valeurs que sur la créance en restitution des-dits.

3. Dans quelle mesure le nouveau droit impose-t-il au bailleur de distraire de son patrimoine les sûretés fournies par le locataire sous l'ancien droit sous forme d'un transfert à fin de sûreté et de les consigner auprès d'une banque ? Lors même que l'art. 2 des dispositions finales du projet du Conseil fédéral, qui prévoyait un délai d'une année pour permettre l'adaptation au nouveau droit des contrats existants, n'a pas été retenu et que l'art. 3, al. 2 seconde phrase des dispositions finales de la modification du 23 mars 1962 du CO, qui prévoyait - à défaut d'adaptation - la caducité des ventes avec paiements préalables conclues avant le 1^{er} janvier 1963 et la remise à l'acheteur de son avoir intégral, ne soit pas sans autre applicable, tant l'importance fondamentale de la protection garantie par la loi aux personnes de bonne foi que les art. 34 et 35, al. 1^{er} tit. fin. CC permettent au locataire ayant opéré un transfert à fin de sûreté avant le 1^{er} juillet 1990 d'exiger soit le retransfert soit le dépôt auprès d'une banque à son nom (Gmür, p. 8; éd. fr., pp. 11 s.).
- D. Changement de propriétaire ensuite d'expropriation dans une procédure d'exécution forcée

1. L'abrogation du principe "vente passe louage" ne concerne-t-elle que les baux qui ne sont pas annotés au registre foncier et qui ne sont pas portés à l'état des charges dans une procédure d'exécution forcée - car les baux portés à l'état des charges sont délégués à l'adjudicataire ou à l'acheteur de gré à gré (Colombara, ch. 719 ss) si la charge n'a pas été radiée dans une procédure de double mise à prix (art. 812, al. 2 CC; 142 LP; 42, 56, 104, 116, 130 ORI) - ou concerne-t-elle aussi les baux annotés et portés à l'état des charges ? Autrement dit, l'annotation d'un bail en fait-elle un rapport d'obligation propter rem - en ce sens que le bailleur est désigné par son droit de propriété sur la chose immobilière - valable erga omnes - en ce sens que le droit du locataire à l'usage de la chose en conformité du bail est opposable à tout titulaire d'un droit réel restreint postérieurement acquis sur l'immeuble (art. 959, al. 2 CC) - ou n'a-t-elle pour effet que d'obliger tout nouveau propriétaire et tout

titulaire d'un droit réel restreint postérieurement acquis sur l'immeuble à laisser au locataire l'usage de l'immeuble en conformité du bail ?

La doctrine était divisée en ce qui concernait la portée de l'art. 260, al. 2, anc. CO (Colombara, ch. 323 ss et les auteurs cités en note 175). L'art. 261b, al. 2 CO paraphrase l'ancienne disposition. Par rapport à l'art. 259, al. 2, anc. CO, l'art. 261, al. 2 let. a CO renforce la protection du locataire : A un égard imposé par la loi (ATF 44 I 70, JdT 1919 I 445), la nouvelle disposition substitue un transfert légal du contrat (Wessner, p. 13 § 1 B, pp. 13 s. § 1 C). Il en résulte que l'acquéreur d'un immeuble dans une procédure d'exécution forcée se voit transférer le bail avec la propriété de la chose - par exemple, dès l'adjudication (art. 656, al. 2 CC) -, que le bail soit annoté ou non. L'acquéreur d'un immeuble dans une procédure d'exécution forcée dispose donc d'un droit de résiliation extraordinaire qui, si le bail porte sur des locaux d'habitations ou commerciaux, est subordonné à la condition du besoin urgent pour lui-même, ses proches parents ou alliés (art. 261, al. 2 let. a CO).

2. Dans deux cas, le droit de résiliation extraordinaire du nouveau propriétaire ensuite d'une procédure d'exécution forcée soit ne peut être exercé soit est inefficace :

- Lorsque l'immeuble fait l'objet de baux à loyer non annotés au registre foncier et que les conditions de vente obligent l'adjudicataire à reprendre ces contrats (art. 50, 102, 130, al. 1^{er} ORI), autrement dit à respecter le bail, car il y a là quelque chose d'analogue à une stipulation pour autrui parfaite en faveur des locataires (ATF 108 III 18 ss, JdT 1984 II 46 ss; Wessner, p. 14 et la réf.); il est vrai que cette condition de vente imposée par l'autorité n'est licite que s'il n'en résulte aucune atteinte aux intérêts légitimes des parties intéressées à la poursuite et qu'un besoin sérieux, actuel et immédiat des locaux loués est un intérêt légitime, mais l'adjudicataire n'est pas une "partie" intéressée à la poursuite;

- Lorsque le bail était annoté au registre foncier, a été porté à l'état des charges et n'a pas été radié après une procédure de double mise à prix, car l'acquéreur dans une procédure d'exécution forcée peut certes résilier le bail en invoquant un besoin propre, mais il reste tenu de laisser au locataire l'usage de l'immeuble en conformité du bail (art. 260, al. 2, anc. CO; 216b, al. 2 CO).

3. Le bail annoté au registre foncier et porté à l'état des charges est une charge dépréciative qui peut être radiée dans la procédure de double mise à prix (art. 812, al. 2 CC; 142, 156, 258, al. 2 LP; 42, 56, 104, 130, al. 1^{er} ORI).

En revanche, le transfert légal du contrat de bail à l'acquéreur de l'immeuble dans une procédure d'exécution forcée n'entraîne pas l'existence d'une charge dépréciative qui puisse être portée à l'état des charges et qui pourrait être radiée ensuite d'une procédure de double mise à prix (Colombara, ch. 720; Jent-Sörensen, pp. 410 ss; erroné: Hess-Odoni, pp. 145 ss). Les contrats de bail à loyer sont mentionnés dans le procès-verbal de saisie (art. 14, al. 1 dernière phrase ORI) ou de séquestre; dès réception de la réquisition de poursuite en réalisation de gage immobilier, l'office des poursuites s'informe des baux à loyer qui peuvent exister sur l'immeuble (art. 91, al. 1^{er} ORI); dans la faillite, l'inventaire indique si les immeubles ont été remis à bail (art. 26 OOF). Ces mesures sont destinées à permettre à l'office des poursuites et à l'administration de la faillite d'aviser les locataires, de percevoir les loyers, d'administrer et de gérer l'immeuble qui doit être réalisé. Mais les baux à loyer non annotés au registre foncier ne sont pas portés à l'état des charges, car, ne bénéficiant pas de la publicité tabulaire, ils ne sont pas opposables erga omnes.

E. Prohibition de la renonciation préalable à la compensation

L'interdiction faite au bailleur et au locataire par l'art. 265 CO de renoncer à l'avance à accomplir un acte de disposition portant sur les deux créances découlant du bail (la créance compensante, sa propre créance en qualité de créancier, et la créance compensable, celle de l'autre partie en raison d'un droit formateur résolutoire attaché à sa propre créance [Von Tuhr, pp. 583 s.; Von Tuhr/Escher, p. 191]), ne modifie pas les effets de la faillite quant aux droits des créanciers en matière de compensation (art. 213 et 214 LP). La créance du bailleur consiste en des prestations périodiques, répétées en principe régulièrement, du locataire; ces prestations périodiques sont exigibles à termes calendaires; il y a plusieurs créances portant chacune sur une seule prestation, encore qu'elles reposent toutes sur un même rapport d'obligation, le contrat de bail à loyer, et soient réunies de ce fait en une unité économique et juridique.

En cas de saisie (ou de séquestre) des créances futures de loyer ou en cas de faillite du bailleur, de même qu'en cas de poursuite en réalisation de gage immobilier comprenant les loyers, le bailleur n'a plus la faculté de disposer de ses créances portant sur des prestations périodiques pour la jouissance de son immeu-

ble qui soit sont soumises à un terme certain soit ne naissent qu'après la mise sous main de justice, et le locataire ne peut opposer au(x) créancier(s) saisissant(s) ou qui composent la masse passive un contrat préalable de compensation (ATF 115 III 67 s, JdT 1991 II 134, c. 3c).

Les créances découlant du bail que le locataire peut opposer en compensation aux créances de loyer saisies en mains du bailleur ou tombées dans sa masse en faillite sont les créances pour inexécution ou exécution imparfaite du contrat lors de la délivrance de la chose (art. 258 CO), en raison de défauts pendant le bail (art. 259a, al. 1 let. c et d, 259b, let. b, 259e CO), au cas où un tiers fait valoir sur la chose un droit incompatible avec celui du locataire (art. 259f CO), en cas de rénovation ou de modification de la chose (art. 260, al. 2, 260a, al. 3 CO), en cas de changement de propriétaire (art. 261a CO). Encore faut-il, en cas de faillite du bailleur, que ces créances soient nées avant l'ouverture de la faillite (art. 213, al. 2 ch. 1 LP) et que le locataire ne soit pas devenu débiteur du failli ou de la masse après l'ouverture de la faillite (art. 213, al. 2 ch. 2 LP).

III. Les procédures d'exécution forcée, compte tenu du nouveau droit du bail à loyer

A. Bailleur et locataire dans la poursuite requise par le bailleur

1. La poursuite ayant pour objet une somme d'argent : le loyer

a) Le bailleur peut, pour ses créances de loyer exigibles, requérir une poursuite ordinaire, qui se continuera par voie de saisie ou de faillite selon la qualité du locataire (art. 38, 39 et 42 LP).

aa) Le locataire qui a fourni des sûretés en espèces ou sous forme de papiers-valeurs, que le bailleur a déposées auprès d'une banque au nom du locataire (art. 257e, al. 1^{er} CO), peut, par la voie de la plainte (art. 17 ss LP), exciper du *bénéficium excussionis realis* (art. 41, al. 1^{er} LP) et contraindre le bailleur à requérir une poursuite en réalisation de gage mobilier (art. 151 ss LP). Le bailleur peut d'emblée requérir une poursuite en réalisation de gage mobilier pour ses créances de loyer exigibles. Le bailleur, qui n'est pas entièrement satisfait sur le produit de la réalisation des sûretés, obtiendra un certificat d'insuffisance de gage (art. 158 LP)

qui, s'il agit dans le mois de la délivrance de cet acte, le dispense de la poursuite préalable dans une nouvelle poursuite ordinaire et lui permet sans autre d'obtenir la saisie, de participer à une saisie en cours ou d'obtenir la notification d'une commination de faillite et qui, s'il agit après l'expiration du délai d'un mois dès la délivrance du certificat d'insuffisance de gage, vaut titre à la mainlevée provisoire dans la nouvelle poursuite préalable qu'il a requise (poursuite ordinaire). La banque doit "restituer" au bailleur les sûretés mobilières constituées par le locataire si le commandement de payer que le bailleur a fait notifier dans une poursuite en réalisation d'un gage mobilier n'a pas été frappé d'opposition par le locataire (art. 257e, al. 3 première phrase CO, cf. art. 22, al. 1 dernière phrase et al. 2, 46, al. 2 ORI); tel n'est pas le cas si le bailleur a fait notifier au locataire un commandement de payer dans une poursuite ordinaire par voie de saisie ou de faillite, car le locataire ne peut contester par une opposition motivée la validité et l'existence du droit de gage que si un commandement de payer dans la poursuite en réalisation de gage lui est notifié.

Lorsque des sûretés réelles ont été fournies au bailleur par un tiers, le locataire peut aussi exciper, par la voie de la plainte, du *beneficium excussionis realis* si le bailleur a requis contre lui une poursuite ordinaire pour ses créances de loyer exigibles, tout comme le bailleur peut d'emblée requérir une poursuite en réalisation de gage.

- bb) Le locataire de locaux commerciaux n'est pas fondé à exciper du *beneficium excussionis realis* à l'encontre d'une poursuite ordinaire, qui se continuera par voie de saisie ou de faillite, requise par le bailleur pour ses créances de loyer exigibles en invoquant le droit de rétention - droit de gage légal, latent ou actualisé par une prise d'inventaire pour le sauvegarder (ATF 76 III 28, JdT 1951 II 54, c. 2 in fine) -, car le bailleur ne peut être contraint d'user d'une faculté - celle de requérir la prise d'inventaire - que lui accorde la loi.

Le bailleur qui a renoncé à faire valoir son droit de rétention par la voie d'une poursuite en réalisation de gage mobilier peut, si sa poursuite ordinaire vient à concourir avec d'autres poursuites de tiers, revendiquer son droit de rétention par la procédure de tierce opposition, pour autant qu'il abandonne la poursuite ordinaire qu'il avait requise (ATF 76 III 28, JdT 1951 II 54 s., c. 3). Il sera alors traité comme un créancier gagiste.

- cc) Lorsque le locataire est déclaré en faillite à la requête du bailleur ou d'un tiers, le bailleur, s'il n'a pas résilié le bail, peut exiger que des sûretés pour les loyers à échoir lui soient fournies dans un délai convenable (art. 266h, al. 1^{er} CO). Si des sûretés ne sont pas fournies dans ce délai par le locataire ou l'administration de sa faillite, le bailleur peut résilier le bail avec effet immédiat (art. 266, al. 2 CO).
- b) Le bailleur (de locaux commerciaux) a, pour garantie du loyer de l'année écoulée et du semestre courant, un droit de rétention sur les meubles qui garnissent (se trouvent dans) les lieux loués et qui servent soit à l'aménagement, soit à l'usage de ceux-ci (art. 272, al. 1^{er}, anc. CO; art. 268, al. 1^{er} CO). Le bailleur ne peut requérir une prise d'inventaire pour sauvegarder son droit de rétention en garantie du loyer du semestre courant qu'en rendant vraisemblable l'existence d'un péril réel et immédiat (ATF 83 III 115, JdT 1957 II 114, c. 2), c'est-à-dire si le locataire veut déménager ou a l'intention d'emporter les objets garnissant les lieux loués (formule n° 39). Au loyer sont assimilées les créances résultant d'une prestation du bailleur (chauffage, eau chaude, indemnité pour remise en état des lieux, indemnité pour occupation des locaux après l'expiration du bail), ainsi que les frais de poursuite et de prise d'inventaire et les intérêts moratoires.

Le droit de rétention du bailleur grève aussi les meubles apportés par le sous-locataire dans la mesure nécessaire pour couvrir en capital, intérêts et frais la créance de loyer impayée du locataire contre son sous-locataire. (Le droit de rétention de la communauté des copropriétaires par étage grève aussi les meubles apportés par le locataire d'un étage dans la mesure nécessaire pour couvrir en capital, intérêts et frais la créance de loyer impayée du propriétaire d'étage contre le locataire [Friedrich, pp. 8 s.]).

- aa) Même sans poursuite préalable, le bailleur de locaux commerciaux peut requérir l'office des poursuites de le protéger provisoirement dans son droit de rétention en dressant l'inventaire des objets soumis à son droit de rétention (art. 283, al. 1 et 3 LP). Sinon, le bailleur qui veut exercer son droit de rétention doit simultanément à la réquisition de poursuite requérir la prise d'inventaire (formule n° 1, explications ch. 7) et mentionner sous "autres observations" l'objet du gage et le lieu où il se trouve (formule n° 1, explications ch. 5).

Lorsque l'inventaire a été dressé sans poursuite préalable ou concomitante, il doit être validé, dans un délai de dix jours imparti par l'office en communiquant le procès-verbal de prise d'inventaire, par une réquisition de poursuite en réalisation de gage pour le loyer échu et, pour le loyer courant, dans les dix jours dès son échéance ou dès l'échéance du dernier terme de la période pour laquelle le loyer est garanti (formule n° 40; ATF 105 III 86 s., JdT 1981 II 42 s., c. 2).

La procédure pour valider l'inventaire est calquée sur celle pour parfaire le séquestre réglée par l'art. 278, al. 2 LP (Circ. CPF n° 24, du 12.7.1909: FF 1911 IV 48). Si le locataire conteste la créance de loyer déduite en poursuite et/ou conteste le droit de rétention par une opposition motivée, le bailleur doit ouvrir action en reconnaissance de sa créance ou de son droit de rétention dans les dix jours ou requérir la mainlevée; si la mainlevée est refusée, le bailleur doit ouvrir action dans les dix jours (formule n° 40; ATF 102 III 48, JdT 1978 II 77, c. 3a). A ce défaut, les effets de l'inventaire tombent. Une poursuite ordinaire continuée par voie de saisie ou de faillite, introduite pour le loyer exigible au moment où elle a été requise et pendante lorsque l'inventaire est requis ou dressé, ne dispense pas le bailleur de valider l'inventaire par une poursuite en réalisation de gage; sinon, le locataire serait privé du droit de contester le droit de rétention par une opposition motivée.

- bb) Mesure conservatoire urgente au sens de l'art. 56 LP, l'inventaire échappe aux effets des fêtes et suspensions. Pour en permettre l'exécution et en garantir l'efficacité, le bailleur dispose d'un droit de suite. D'une part, le bailleur et l'office des poursuites peuvent requérir l'assistance de la force publique pour contraindre le locataire de laisser dans les lieux loués autant de choses mobilières qu'il est nécessaire pour garantir le loyer (art. 268b, al. 1^{er} CO; 283, al. 2 LP), l'inventaire devant être dressé dans les locaux donnés à bail. D'autre part, le bailleur peut, avec l'assistance de la force publique, faire réintégrer dans les lieux loués, les meubles que le locataire a emportés clandestinement ou avec violence, dans les dix jours de leur déplacement (art. 268b, al. 2 CO; 284 LP); lorsque le locataire a, sans droit, enlevé des objets inventoriés, le bailleur peut en tout temps requérir leur réintégration (ATF 98 III 80, c. 1a rés. JdT 1972 II 127).

cc) Pour dresser l'inventaire, l'office des poursuites procède comme en cas de saisie et peut requérir l'assistance de la force publique (art. 91, al. 2 LP). Les litiges relatifs à l'insaisissabilité des objets inventoriés sont tranchés par la voie de la plainte. Les litiges relatifs à la revendication d'un droit de distraction (objets faisant l'objet d'un pacte de réserve de propriété inscrit, choses perdues ou volées, choses louées, choses en copropriété des personnes faisant ménage commun) ou d'un droit de préférence sont tranchés dans la procédure de tierce opposition (art. 106 à 109 LP; formules n^{os} 22 et 22a: avis relatif à une revendication de propriété en conflit avec un droit de rétention), tandis que les droits que des tiers de bonne foi auraient acquis après l'enlèvement par le locataire doivent faire l'objet d'un procès, en procédure accélérée, ouvert par le bailleur (art. 283 LP; ATF 101 II 97, JdT 1976 I 626, c. 3; ATF 106 II 45 n^o 9, c. 2 rés. JdT 1982 II 31). La jurisprudence relative aux droits des tiers sur des choses inventoriées a été codifiée à l'art. 268a CO.

dd) Le locataire peut faire obstacle à la prise d'inventaire ou obtenir sa réintégration dans le pouvoir de disposer des objets inventoriés en consignat à l'office des poursuites une somme suffisante; le droit de rétention s'exerce alors sur la somme "déposée", qui sera affectée sans autre formalité au paiement de la créance du bailleur si ni le droit de rétention ni la créance ne sont contestés (ATF 83 III 137, JdT 1958 II 27 s.).

2. La poursuite ayant pour objet des sûretés : sûretés à fournir par le locataire

a) Lorsque le locataire d'habitations ou de locaux commerciaux s'est engagé à fournir personnellement des sûretés - quels qu'en soient le mode de prestation ou la nature (Gilliéron, p. 37) - pour garantir le paiement du loyer et qu'après la délivrance de la chose, il ne les a pas fournies, le bailleur ne peut que requérir une poursuite ordinaire, qui se continue par voie de saisie ou de faillite. Le bailleur ne peut pas requérir une prise d'inventaire pour sauvegarder son droit de rétention (ATF 111 III 72, JdT 1987 II 68, c. 2).

La poursuite en prestation de sûretés n'est pas un mode spécial de poursuite, mais une poursuite qui a un but spécial. Elle tend à assurer, garantir, l'exécution d'une prestation du locataire. Elle n'est pas destinée à satisfaire directement le bailleur, mais à lui garantir l'exécution de l'obligation dont il est créancier : le paiement du loyer et

des prestations assimilées. L'exécution forcée tendant à la fourniture de sûretés ne peut donc servir qu'à rendre efficace le droit du bailleur à ce que le locataire, pour garantir son obligation, fournisse une sûreté sur laquelle le bailleur puisse mettre la main s'il ne remplit pas son obligation (ATF 93 III 79, JdT 1967 II 119, c. 2b). Le produit de l'exécution forcée sera consigné (art. 82, al. 2 OOF), et le bailleur devra requérir une poursuite en réalisation de gage pour en obtenir l'attribution.

- b) Le bailleur qui entend intenter une poursuite en prestation de sûretés doit le mentionner dans sa réquisition de poursuite et doit indiquer en monnaie légale suisse la valeur des sûretés requises (art. 67, al. 1 ch. 3 LP). Le bailleur ayant l'obligation de déposer les sûretés fournies en espèces ou sous forme de papiers-valeurs auprès d'une banque au nom du locataire (art. 257e, al. 1^{er} CO), il devra indiquer dans sa réquisition de poursuite, sous "autres observations" (formule n° 1), la banque auprès de laquelle les sûretés doivent être déposées (cf. formules n°s 3f et 3g). Le commandement de payer reproduira ces indications (art. 69, al. 2 ch. 1 et 2 LP).
- c) Si le locataire verse des espèces à l'office des poursuites correspondant à la somme due à titre de sûretés ou à la valeur indiquée dans le commandement de payer, la poursuite s'éteint (art. 12 LP). Si le locataire fournit des sûretés réelles ou personnelles, le préposé doit en informer le bailleur. Si le bailleur conteste la conformité des sûretés fournies ou leur valeur avec les sûretés convenues, la question doit être tranchée par le juge, et le locataire peut demander l'annulation ou la suspension de la poursuite (art. 85, 172, ch. 3 LP). Si le bailleur accepte les sûretés fournies, la poursuite s'éteint.

3. La poursuite en réalisation de gage mobilier

- a) Que les sûretés réelles aient été constituées volontairement ou sous la contrainte d'une poursuite en prestation de sûretés, ou qu'elles consistent dans le produit d'une procédure d'exécution forcée consigné, le bailleur ne peut, à défaut de l'accord du locataire ou d'un jugement définitif les lui attribuant, pour être satisfait que requérir une poursuite en réalisation de gage, à moins qu'il ne se soit contractuellement réservé le droit de réaliser lui-même les choses mobilières remises en gage (art. 891, al. 1^{er} CC).

Le bailleur qui s'est contractuellement réservé le droit de réaliser la chose mobilière nantie ne peut l'exercer si le droit de propriété sur la chose est saisi ou séquestré dans

une poursuite dirigée contre le locataire (ATF 108 III 93 s., JdT 1985 II 57 s.) ou est tombé dans la masse en faillite du locataire; le bailleur doit revendiquer un droit de préférence en se fondant sur son droit de gage (art. 106 ss; 198, 219, al. 1^{er}, 232, al. 2 ch. 2 et 4 LP).

Lorsque le locataire a fourni des sûretés en espèces ou sous forme de papiers-valeurs que le bailleur a déposées auprès d'une banque, la banque ne peut restituer ces sûretés au bailleur, à défaut de l'accord du locataire ou d'un jugement exécutoire, que sur le vu d'un commandement de payer pour la poursuite en réalisation de gage mobilier non frappé d'opposition vu l'art. 257e, al. 3 CO; cette disposition est exorbitante du droit commun, car un commandement de payer non frappé d'opposition - ou dont l'opposition a été levée définitivement - n'est qu'un titre exécutoire qui permet de requérir la continuation de la poursuite pendante ou d'une nouvelle poursuite dans les six mois dès la délivrance d'un acte de défaut de biens définitif ou dans le mois dès la délivrance d'un certificat d'insuffisance de gage (cf. cependant l'art. 22, al. 1 dernière phrase et al. 2, et l'art. 46, al. 2 ORI). La restitution au bailleur par la banque des espèces fournies par le locataire à titre de sûretés vaut paiement libératoire; en revanche, la restitution au bailleur par la banque des papiers-valeurs nantis n'est pas une dation en paiement, sauf convention passée entre le bailleur et le locataire, et, à défaut du droit contractuel conféré au bailleur de réaliser lui-même les papiers-valeurs remis en gage, le bailleur devra requérir de l'office des poursuites la vente du gage mobilier.

- b) Si le bailleur de locaux commerciaux a fait dresser un inventaire pour sauvegarder son droit de rétention, il doit requérir une poursuite en réalisation de gage mobilier pour faire réaliser les objets inventoriés.

B. Bailleur et locataire dans la poursuite requise par un tiers

- 1.a.aa) Dans une poursuite requise par un tiers contre le locataire, les droits patrimoniaux de ce dernier constitués en gage en faveur du bailleur (par exemple: créances incorporées dans des papiers-valeurs déposés auprès d'une banque, droits de propriété sur ces papiers-valeurs, créance en restitution contre la banque; créance en restitution des espèces déposées auprès d'une banque) peuvent être saisis ou séquestrés. Il appartient au bailleur, créancier gagiste, de revendiquer son droit de préférence, fondé sur son droit de gage, dans la procédure de tierce opposition des art. 106 ss LP. Il en va de même si les droits patrimoniaux constitués en gage par le

locataire sont tombés dans sa masse en faillite (art. 232, al. 2 ch. 2, 219, al. 1^{er} LP; 56, al. 1^{er}, 58, al. 2 deuxième phrase OOF).

- bb) Dans une poursuite requise par un tiers contre le locataire et continuée par voie de saisie, les meubles qui se trouvent dans les locaux commerciaux loués et qui servent soit à l'aménagement soit à l'usage de ceux-ci, soumis au droit de rétention latent du bailleur ou inventoriés pour sauvegarder ce droit de rétention, peuvent être saisis. Il appartient au bailleur - si le locataire ne le fait pas - de revendiquer son droit de préférence dans la procédure de tierce opposition (art. 106 ss LP); si la revendication est contestée, il appartiendra toujours au bailleur d'ouvrir action en revendication. Il n'est pas certain que le principe de couverture (art. 126 LP) souffre une exception dans ce cas (ATF 89 III 74 ss, JdT 1963 II 105 ss, c. 1). Si le locataire est déclaré en faillite à la requête d'un tiers, ou du bailleur, ce dernier doit revendiquer son droit de préférence fondé sur son droit de rétention (art. 198, 219, al. 1^{er}, 232, al. 2 ch. 2 LP), sous réserve de l'art. 199, al. 1^{er} LP.
- b) Si le locataire est, après la délivrance de la chose, déclaré en faillite à la requête d'un tiers - ou à sa propre demande -, le bailleur peut exiger que des sûretés lui soient fournies pour les loyers à échoir soit par le failli soit par l'administration de sa faillite; si ces sûretés ne sont pas fournies dans un délai convenable, le bailleur peut résilier le bail avec effet immédiat (art. 266h CO).
2. a) Dans une poursuite requise par un tiers contre le bailleur et continuée par voie de saisie, les loyers peuvent être saisis séparément avant la saisie du droit de propriété sur l'immeuble conformément à l'ordre de saisie (art. 95, al. 1 et 2 LP). Les locataires sont invités à s'acquitter jusqu'à nouvel ordre en mains de l'office des poursuites, sous peine d'avoir à payer deux fois, et à adresser exclusivement à l'office les avis de congé et leurs réclamations (art. 99 LP; formule ORI n° 5). Les créanciers gagistes immobiliers en sont informés (art. 14, al. 2 ORI; 5 IORI; formule ORI n° 4) pour leur permettre, dès lors que l'assiette de leur gage comprend les loyers courants dès l'introduction d'une poursuite en réalisation de gage immobilier (art. 806, al. 1^{er} CC), de requérir une poursuite en réalisation de gage immobilier; les créanciers gagistes immobiliers doivent être avisés de la participation d'autres créanciers à la saisie (art. 6 IORI). L'office des poursuites pourvoit à l'encaissement des loyers échus (art. 100 LP).

- b) Dans une poursuite requise par un tiers contre le bailleur et continuée par voie de saisie, le droit de propriété sur l'immeuble remis à bail peut être saisi. La saisie de l'immeuble comprend de plein droit les loyers courants (art. 102, al. 1^{er} LP; 14, al. 1^{er} ORI). Le procès-verbal de saisie doit mentionner les baux à loyer (art. 14, al. 1^{er} ORI). Au plus tard le lendemain de l'exécution de la saisie, provisoire ou définitive, l'office des poursuites doit donner connaissance de la saisie aux locataires en les avisant qu'à l'avenir, les loyers ne pourront être payés valablement qu'en mains de l'office (art. 15, al. 1 let. b ORI; 7 IORI; formule ORI n° 5); en même temps, l'office doit adresser au propriétaire et bailleur un avis lui interdisant de percevoir les loyers et de disposer des créances de loyer sous menace de sanctions pénales (art. 8 IORI; formule ORI n° 6). Simultanément toujours, l'office doit donner connaissance aux créanciers gagistes immobiliers de la saisie en attirant leur attention sur les art. 102, al. 4, 94, al. 3 LP et 806, al. 1 et 3 CC (art. 15, al. 1 let. b ORI; 5 IORI; formule ORI n° 4); les créanciers hypothécaires devront être avisés de la participation d'autres créanciers à la saisie de l'immeuble (art. 6 IORI).
- aa) La saisie dessaisit le bailleur de son droit de propriété sur l'immeuble et de la titularité des créances de loyer en ce sens qu'il commet un acte illicite et pénalement punissable (art. 169 CP) s'il en dispose sans l'autorisation du préposé à l'office des poursuites (art. 96, al. 1^{er} LP), mais le bailleur reste propriétaire de l'immeuble et créancier des loyers jusqu'à l'adjudication de l'immeuble et jusqu'à la réalisation des créances. Ses actes de disposition ne sont pas opposables au(x) créancier(s) qui participe(nt) à la saisie dans la mesure où ils lèsent des droits que la saisie confère à ce(s) créancier(s) - droit de requérir la vente de l'immeuble dans l'état des droits figurant au registre foncier au moment de la saisie (art. 96, al. 2 LP) et d'être satisfait(s) sur le produit de l'encaissement des loyers. La présomption de bonne foi des tiers est supprimée par l'annotation au registre foncier d'une restriction du droit de disposer (art. 101 LP; 15, al. 1 let. a et al. 3 ORI).
- bb) La saisie rend le droit de propriété sur l'immeuble et les créances de loyer indisponibles en ce sens que le bailleur ne peut plus administrer, gérer et cultiver l'immeuble (art. 102, al. 3 LP), pas plus qu'il ne peut en disposer (art. 96, al. 2 LP), et ne peut plus recevoir le paiement des créances de loyer. Tant que la saisie est en force, l'office des poursuites pourvoit à la gérance ou à la culture de l'immeuble ou les confie à un tiers (art. 16 ss ORI). Il exerce les droits du bailleur en matière de résiliation des

baux, d'expulsion des locataires, de conclusion de nouveaux baux, de rentrée des loyers au besoin par voie de poursuite, d'exercice du droit de rétention du bailleur (art. 17 ORI), conformément aux dispositions du CO.

- cc) Si le produit net des fruits naturels et civils ne suffit pas à désintéresser intégralement les créanciers gagistes et saisissants (art. 22, al. 2 ORI) et qu'un créancier au bénéfice d'une saisie définitive requiert la vente du droit de propriété sur l'immeuble (art. 25 ORI), l'office requiert un extrait du registre foncier (art. 28 ORI), publie la vente (art. 29 ORI) et communique les avis spéciaux, notamment aux locataires dont le bail est annoté (art. 30 ORI), puis à l'expiration du délai de production, dresse l'état des charges (art. 33 ss ORI). Les baux annotés doivent être portés à l'état des charges sous la rubrique "autres charges" (Colombara, ch. 482 note 57; formule ORI n° 9 P); le bail passe à l'adjudicataire (art. 261, al. 1^{er} CO) et la charge (art. 261b, al. 2 CO) lui est déléguée: si elle n'a pas été radiée à la suite d'une procédure de double mise à prix et, au cas où elle a été annotée après la saisie sans l'autorisation du préposé, si le(s) créancier(s) participant à la saisie ont été entièrement désintéressés (art. 34, al. 2 dernière phrase ORI); autrement dit, la charge est opposable à l'adjudicataire et au titulaire de tous droits acquis sur l'immeuble postérieurement à l'adjudication. L'adjudication opère le transfert de propriété, mais l'adjudicataire ne peut disposer du droit de propriété sur l'immeuble qu'après son inscription au registre foncier (art. 656, al. 2 CC). Dès l'adjudication, les profits et les risques passent à l'adjudicataire, quand bien même l'immeuble doit être géré par l'office jusqu'à l'acquittement du prix lorsqu'un terme a été accordé à l'adjudicataire (art. 137 LP) - même si l'adjudicataire est inscrit à titre exceptionnel avant le paiement intégral des frais du transfert de propriété et du prix d'adjudication (art. 66, al. 3 ORI) - et, en cas de révocation de l'adjudication (art. 63 ORI), jusqu'au paiement du prix fixé lors des nouvelles enchères. L'office informe les locataires du transfert de propriété et leur indique la date dès laquelle l'acquéreur a le droit de percevoir les loyers, mais ne le fait, si un terme a été accordé à l'adjudicataire, qu'après que le prix de vente aura été payé (art. 70 ORI). Si les enchères n'ont pas eu de résultat, la poursuite tombe quant à l'immeuble saisi; le propriétaire et bailleur recouvre le droit de disposer de son droit de propriété et de percevoir les loyers; les locataires en sont immédiatement informés (art. 1, al. 3 ORI); le produit net des fruits naturels et civils de l'immeuble, notamment des

loyers, est attribué aux créanciers qui participaient à la saisie et aux créanciers gagistes qui ont requis une poursuite en réalisation de gage immobilier (art. 71, al. 2 ORI).

- b) Le séquestre étant exécuté comme une saisie (art. 275 LP) et le bailleur étant également dessaisi s'il ne fournit pas des sûretés pour recouvrer son droit de disposer (art. 277 LP), le séquestre séparé des loyers a les mêmes effets, tant qu'il est en force, qu'une saisie séparée des loyers (voir ci-dessus ch. 2 let. a), tandis que le séquestre du droit de propriété sur l'immeuble a les mêmes effets, tant qu'il est en force, qu'une saisie du droit de propriété sur l'immeuble et comprend donc les loyers (cf. d'une part, ATF 39 I 492 s., JdT 1913 II 153 s.; Jaeger, vol. II p. 447; et, d'autre part, ATF 83 III 109 ss, JdT 1957 II 110 ss; Fritzsche, vol. II p. 109; Dallèves, p. 18) (voir ci-dessus ch. 2 let. b).
- c) Dans une poursuite en réalisation de gage immobilier requise par un tiers contre le propriétaire d'un immeuble remis à bail, l'office des poursuites - à moins que, soit par une déclaration expresse contenue dans la réquisition de poursuite soit en omettant l'avance des frais à faire lors du dépôt de la réquisition (formule n° 1 : "frais de poursuite", ch. 2 in fine), le créancier poursuivant n'ait renoncé à l'extension de l'assiette du gage immobilier aux loyers (art. 806, al. 1^{er} CC) - s'informe, dès la réception de la réquisition de poursuite, des baux à loyer qui peuvent exister sur l'immeuble; sitôt après la notification du commandement de payer au propriétaire du gage, l'office invite les locataires à payer désormais en ses mains les loyers qui viendront à échéance en les avertissant que sinon ils seront exposés à payer deux fois (art. 91 ORI; 7 IORI; formule ORI n° 5) et informe le propriétaire du gage qu'il lui est interdit, avec sanction pénale, de percevoir les loyers et d'en disposer (art. 92 ORI; 8 IORI; formule ORI n° 6). Cette mesure demeure en force même si une opposition a été formée pour contester la créance en poursuite, le droit de gage ou l'extension du gage aux loyers, pour autant que le poursuivant agisse en temps utile (art. 93 ORI). L'office est tenu de prendre, en lieu et place du propriétaire - qui n'est dessaisi que des créances de loyer et non du droit de propriété sur l'immeuble -, toutes les mesures nécessaires pour garantir et opérer l'encaissement des loyers; il devra, notamment, intenter des poursuites à cet effet, exercer le droit de rétention du bailleur, résilier les baux, requérir l'expulsion et conclure de nouveaux baux (art. 94 ORI); l'office, ou le gérant qu'il désigne, ne peut prendre que des mesures d'administration urgentes et est tenu par des règles précises en ce qui concerne l'affectation des loyers perçus et le paiement d'acomptes aux créanciers (art. 94 et 95 ORI).

Dès que la vente a été requise et à moins que le créancier poursuivant ne déclare expressément y renoncer, l'office doit pourvoir à la gérance et à la culture de l'immeuble de la manière prévue en matière de poursuite continuée par voie de saisie, dès la date de la saisie (art. 101 ORI). La réalisation (actes préparatoires et procédure de vente) est réglée comme dans la poursuite continuée par voie de saisie, notamment en ce qui concerne les baux à loyer annotés (état des charges, épuration de l'état des charges, double mise à prix, poursuite infructueuse : art. 102, 104, 111 ORI). L'attribution du produit net des loyers perçus depuis la première réquisition de poursuite en réalisation de gage immobilier est réglée selon le principe prior tempore potior jure (art. 114 ORI).

Lorsque le propriétaire est déclaré en faillite avant la réalisation du droit de propriété sur l'immeuble, les loyers échus avant l'ouverture de la faillite et non encore distribués rentrent dans la masse, sous réserve des droits de préférence attribués par l'art. 806, al. 1^{er} CC aux créanciers gagistes poursuivants (art. 96 ORI).

La charge dépréciative résultant de baux annotés peut être radiée à la suite d'une procédure de double mise à prix (art. 104 ORI).

- d) En cas de faillite du propriétaire d'un immeuble, l'office des faillites doit indiquer dans l'inventaire si l'immeuble a été remis à bail et mentionner toutes indications utiles (art. 26, al. 2 OOF), notamment les sûretés fournies par les locataires, tandis que les loyers sont portés successivement dans l'inventaire sous un chapitre spécial (art. 33 OOF). Sitôt après avoir reçu communication du jugement de faillite, l'office des faillites avise par écrit les locataires et les invite à payer dorénavant en ses mains les loyers qui viendront à échéance s'ils ne veulent pas avoir à payer à double (art. 24 ORI; 7 IORI; formule ORI n° 5). L'administration de la faillite encaisse les loyers, au besoin par voie de poursuite (art. 243, al. 1^{er} LP). Les droits d'administration du failli sur l'immeuble sont exercés par l'administration de la faillite - ce qui n'est dit expressément qu'en ce qui concerne la part de copropriété que peut comprendre la masse en faillite (art. 130b, al. 3 ORI), mais va de soi (cf. 15 IORI) -, les art. 16 à 22 ORI étant applicables. Le failli reste propriétaire de l'immeuble et créancier des loyers jusqu'à la réalisation du droit de propriété sur l'immeuble, mais il est dessaisi et il lui est interdit de disposer du droit de propriété et des créances de loyer; la masse passive n'entre pas dans le contrat de bail et ne devient pas créan-

cière des loyers qui viennent à échéance après l'ouverture de la faillite (erroné : ATF 115 III 67, JdT 1991 II 133, c. 3b; cf. note P.-R.G. in JdT 1991 II 134 s., sous ch. 1, et Colombara, ch. 723; erroné également : ATF 117 III 66, JdT 1993 II 42, c. 2b; cf. ndr JdT 1993 II 143). Le cas visé par l'art. 211, al. 2 LP n'est réalisé que lorsqu'un contrat de bail a été conclu avant l'ouverture de sa faillite par le propriétaire de l'immeuble et que le bailleur n'avait pas encore exécuté son obligation de délivrer la chose louée au locataire (Colombara, eodem loco).

Afin de constater, conformément à l'art. 58, al. 2 OOF, les droits réels restreints et les charges dépréciatives (par exemple, les baux annotés) qui grèvent les immeubles dont le droit de propriété est compris dans la masse active, l'administration de la faillite doit dresser pour chaque immeuble un état des charges, qui fait partie intégrante de l'état de collocation (art. 125 ORI; 17 IORI; formule ORI n° 9 B F). Un exemplaire de la publication des enchères doit être adressé à chaque créancier hypothécaire au sens de l'art. 37, al. 1^{er} LP et aux tiers à qui un titre de gage immobilier a été remis à fin de sûreté par le propriétaire, dont le droit de gage immobilier prime, d'après l'état des charges, la charge dépréciative résultant de l'annotation d'un bail à loyer, pour les informer qu'ils peuvent exiger la double mise à prix prévue à l'art. 142 LP dans les dix jours, faute de quoi ils sont censés renoncer à ce droit (art. 257, al. 3 LP; 71, al. 1^{er} OOF; 129, al. 1^{er} ORI; formule 8a F). La charge dépréciative résultant de l'annotation d'un bail à loyer est déléguée à l'acquéreur si elle n'a pas été radiée à la suite d'une procédure de double mise à prix; autrement dit, elle lui est opposable, ainsi qu'à tout titulaire d'un droit acquis sur l'immeuble après l'adjudication ou la vente de gré à gré (art. 256, al. 2 LP).

- e) Les actes de disposition du bailleur sur des créances de loyer à futur, tels que cessions de créances futures, ne sont pas opposables au(x) créancier(s) saisissant(s) ou à la masse passive du bailleur (ATF 111 III 75 ss, JdT 1988 II 17 ss).

IV. Bibliographie

Bonnant Georges

Consignation en droit civil III.
Consignation à titre de sûreté
in : FJS N° 195, Genève, 1951.

- Cabrillac Michel Les sûretés conventionnelles sur l'argent
in : Les activités et les biens de
l'entreprise Mélanges offerts à Jean
Derruppé, Paris, 1991.
- Colombara Alain L'opposabilité aux tiers des droits
personnels annotés au registre foncier et
l'exécution forcée
Thèse Lausanne 1992
(édition commerciale : L'annotation au
registre foncier et la réalisation forcée
des immeubles, Lausanne, 1992).
- Dallèves Louis Le séquestre
in : FJS N° 740, Genève, 1983.
- Friedrich Hans Peter Propriété par étages III. Contenu de la
propriété par étages. La propriété par
étages comme objet de transactions
in : FJS N° 1303, Genève, 1968.
- Fritzsche Hans Schuldbetreibung und Konkurs nach
schweizerischem Recht, 2^e éd. Zurich,
1967-1968.
- Gilliéron Pierre-Robert Poursuite pour dettes, faillite et
concordat, 2^e éd. Lausanne, 1988.
- Gmür Roland Vom alten zum neuen Mietrecht
(Intertemporale Fragen), Fachheft Mietrecht
Nr 1, Zurich, 1990.

Edition française par Recordon Luc,
Chiffelle Pierre, Micheli Jacques, Nordmann
Philippe et Yersin Serge,
De l'ancien au nouveau droit du bail
(questions intertemporelles) Lausanne,
1990.
- Guinand Jean/Wessner Pierre Bail à loyer IV. Le changement de
propriétaire - La sous-location - Le
transfert du bail
in : FJS n° 360, Genève 1991.
- Hess-Odoni Urs Der Doppelaufwurf nach Art. 142 SchKG und
das neue Miet- und Pachtrecht
in : RSJ 1991 pp. 145 ss.

Wessner Pierre

Le nouveau droit du bail à loyer. Les
dispositions générales (suite)
in : 6^e Séminaire sur le droit du bail,
Neuchâtel, 1990.