

# LA FAILLITE DU BAILLEUR

---

par **Michel Bise**,  
avocat à Neuchâtel

## Sommaire

	<u>Page</u>
<b><u>Introduction</u></b>	<b>3</b>
<b><u>Chapitre I</u></b> : <b><u>La réglementation dans le droit du bail</u></b>	<b>4</b>
1.1 La faillite du locataire (art. 266h CO)	4
1.2 La faillite du bailleur (art. 261 CO)	4
<b><u>Chapitre II</u></b> : <b><u>Les effets généraux de la faillite</u></b>	<b>5</b>
<b><u>Chapitre III</u></b> : <b><u>Les effets de l'ouverture de la faillite sur le contrat de bail</u></b>	<b>6</b>
3.1 Faillite prononcée avant la remise des locaux	7
3.2 Faillite prononcée après la remise des locaux	8
<b><u>Chapitre IV</u></b> : <b><u>De quelques effets sur les rapports de bail</u></b>	<b>8</b>
4.1 La gérance de l'immeuble	8
a) Le loyer	9
b) La résiliation du bail	9
c) L'entretien de l'objet loué	10
d) Les tâches courantes	11

4.2	La compensation	11
4.3	Les procès en cours	12
4.4	Le cas particulier de l'indemnité pour travaux à plus-value	13
<b><u>Chapitre V</u></b>	<b><u>La saisie, la poursuite en réalisation de gage et le séquestre</u></b>	<b>14</b>
<b><u>Chapitre VI</u></b>	<b><u>La réalisation de l'immeuble</u></b>	<b>16</b>
6.1	Le transfert du bail (art. 261 al. 1 CO)	16
	a) Le transfert des droits et obligations	16
	b) Le sort des sûretés	17
	c) Le sort des procès en cours	18
	d) La modification du loyer après le transfert de l'immeuble	18
6.2	La résiliation extraordinaire du bail (art. 261 al. 2 CO)	18
	a) L'absence d'annotation au registre foncier	18
	b) Le moment et l'échéance du congé	19
	c) Le besoin urgent	20
	d) Les moyens de défense du locataire	20
<b><u>Chapitre VII</u></b>	<b><u>La double mise à prix</u></b>	<b>22</b>
7.1	Le principe	22
7.2	Le problème et la solution du Tribunal fédéral	23
7.3	Les conséquences de la jurisprudence du Tribunal fédéral et sa portée pratique	25
<b><u>Annexes</u></b>	<b>: - Articles 812 et 959 CC - Articles 142, 211 et 213 LP - Articles 16 à 22 ORFI</b>	

## **Introduction :**

Avec la crise immobilière du début des années 90, le nombre des faillites de personnes physiques ou morales propriétaires d'immeubles et des procédures en réalisation de gage immobilier a considérablement augmenté. A défaut de statistique au niveau fédéral, l'évolution du nombre des poursuites en réalisation de gage enregistrées depuis 1988 dans le canton de Neuchâtel suffit à le démontrer et à mesurer l'ampleur du phénomène. De 35 en 1988, le nombre de ces poursuites, portant sur un ou plusieurs immeubles, est ainsi passé à 913 en 1998<sup>1</sup>.

La multiplication des procédures d'exécution forcée aboutissant à la réalisation d'immeubles a par la force des choses révélé toute une série de problèmes, qui peuvent intervenir du prononcé de la faillite ou de l'exécution de la saisie jusqu'après l'adjudication de l'immeuble. Quelques-uns de ces problèmes, auxquels la doctrine s'est plus ou moins intéressée depuis et dont certains ont été tranchés par la jurisprudence, sont complexes. Cela s'explique par le fait que leur solution dépend le plus souvent à la fois du droit du bail et du droit des poursuites, quand ce n'est pas encore des droits réels et de la procédure civile. Le propos de cet exposé n'est pas d'aborder tous ces problèmes, ni de trancher d'ailleurs les querelles doctrinales qui subsistent encore parfois à leur sujet. Plus modestement, nous nous limiterons donc à essayer de déterminer et à analyser les incidences qu'une procédure d'exécution forcée dirigée contre un bailleur peut avoir sur les baux que celui-ci a conclus. Les problèmes relevant spécifiquement de l'application de la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1889 (!) (LP) ne seront ainsi au mieux qu'effleurés<sup>2</sup>. Le cadre dans lequel s'inscrit cet exposé justifie ce parti pris.

Par ailleurs, le bailleur perdant pratiquement toute maîtrise sur les baux auxquels il est partie dès le moment où il est en faillite ou l'objet d'une poursuite qui conduit à la saisie de son immeuble, c'est principalement par rapport à la situation du locataire, soit en d'autres termes, à travers ses yeux, que la matière sera examinée.

---

<sup>1</sup> Dans le détail, les chiffres, tirés du rapport de gestion annuel du Département de la justice, de la santé et de la sécurité, sont les suivants: 1988: 35 poursuites; 1989: 37; 1990: 17; 1991: 26; 1992: 100; 1993: 121; 1994: 211; 1995: 361; 1996: 315; 1997: 940; 1998: 913.

<sup>2</sup> L'Ordonnance sur l'administration des offices de faillites (ci-après OAOF) du 13 juillet 1911 et l'Ordonnance sur la réalisation forcée des immeubles (ORFI) du 23 avril 1920 ne seront pas davantage étudiées. Il n'est pas pensable en effet de se livrer dans le cadre de cet exposé à l'exégèse de ces textes très techniques et touffus, dont le second contient à titre d'exemples pas moins de 148 articles traitant de la procédure et des conditions de réalisation des immeubles !

## **Chapitre I : La réglementation dans le droit du bail**

### **1.1 La faillite du locataire (art. 266h CO)**

Le titre huitième du Code des obligations, relatif au droit du bail à loyer, contient une réglementation sur la faillite du locataire en son art. 266h, dont c'est d'ailleurs la note marginale. Cette réglementation, qui est absolument impérative, est en bref la suivante<sup>3</sup>:

- Si après la délivrance de la chose, le locataire tombe en faillite, le bailleur peut impartir par écrit à ce dernier, de même que séparément à son conjoint et à l'administration de la faillite, un délai convenable (de deux semaines minimum à trois semaines) pour que soient fournies des sûretés (garantie bancaire, caution, gages, reprise de dette cumulative, dépôt en espèces ou de papiers-valeurs) pour les loyers à échoir, soit les loyers jusqu'à l'échéance du contrat s'il s'agit d'un bail à durée déterminée ou jusqu'au premier terme pour lequel il pourrait être résilié dans le cas d'un bail à durée indéterminée;
- Faute de recevoir les sûretés exigées dans le délai fixé, le bailleur est habilité à résilier le bail avec effet immédiat.

La faculté accordée au bailleur de résilier ainsi de manière anticipée à certaines conditions le bail a pour but de lui permettre de se garantir contre l'insolvabilité du locataire. Comme c'était le cas de l'art. 266 anc. CO, l'art. 266h CO constitue donc une disposition spéciale de l'art. 83 CO<sup>4</sup> (exception d'insolvabilité)<sup>5</sup>. Il va sans dire en outre que compte tenu des considérations qui ont conduit à l'adoption de cette disposition, le locataire qui se voit donner valablement son congé en application de l'article 266h CO ne peut pas en obtenir l'annulation, ni même se voir accorder une simple prolongation de bail (art. 271a al. 3 lettre f, 272a al. 1 lettre c et 274g al. 1 lettre d CO).

### **1.2 La faillite du bailleur (art. 261 CO)**

En cas de faillite du bailleur, l'art. 266h CO n'a pas de pendant. Aucune disposition dans le CO ne traite en effet directement de cette situation. Comme nous le verrons ci-dessous (chapitre VI), seules les conséquences sur le bail de la vente (aux enchères ou de gré à gré) de la chose louée dans le cadre d'une poursuite pour dettes ou d'une faillite ont en effet été prévues. Ces conséquences sont déterminées à l'art. 261 CO, qui régit le changement de propriétaire ensuite de l'aliénation de la chose louée. Cela signifie donc que la faillite du bailleur ne représente pas en tant que telle un motif de résiliation anticipée du bail par le locataire et, encore moins, une cause d'extinction de celui-ci. Il est vrai que lorsqu'il s'est déjà vu délivrer l'objet loué, le locataire ne risque pas d'être privé de la contre-prestation du bailleur du fait de sa faillite. Même si dans les faits, cette situation peut lui occasionner

---

<sup>3</sup> Sur la faillite du locataire, voir en plus des ouvrages classiques, Franco Lorandi, Mietverträge im Konkurs des Mieters in MP 1998, p. 1 ss.

<sup>4</sup> Mess. 1985, FF 1985 I p. 1433.

<sup>5</sup> Pierre Engel, Traité des obligations en droit suisse, 2<sup>ème</sup> éd., Berne 1997, p. 658-660.

quelques problèmes, notamment en relation avec l'exécution de travaux d'entretien auxquels il pourrait prétendre, ses droits ne sont donc pas véritablement mis en péril. Il va sans dire par ailleurs que, comme c'est également le cas de la saisie ou du séquestre de la chose louée, la faillite du bailleur ne répond pas à la définition des "justes motifs" de l'art. 266g CO, autre cas de congé extraordinaire<sup>6</sup>.

Il est par contre envisageable, au regard du principe de la liberté contractuelle, que les parties insèrent dans leur contrat une clause prévoyant l'extinction automatique du bail en cas de faillite du bailleur ou accordant dans cette hypothèse au locataire un droit de résiliation anticipée<sup>7</sup>.

## **Chapitre II : Les effets généraux de la faillite**

Avant de se pencher sur quelques conséquences spécifiques à la faillite du bailleur, il paraît utile d'en rappeler déjà brièvement quelques effets généraux<sup>8</sup>.

- Au moment de l'ouverture de la faillite, tous les biens saisissables du failli forment une seule masse, la masse active (art. 197 LP), qui servira au paiement des créanciers. Les biens du failli grevés d'un droit de gage, comme c'est généralement le cas des immeubles, font partie de cette masse (art. 198 LP). Le produit de la réalisation du gage servira toutefois à désintéresser le créancier gagiste, qui bénéficie d'un droit de préférence et dont la créance est colloquée en conséquence (art. 219 al. 1 LP).
- La communauté des créanciers qui se forme avec la faillite est également qualifiée de masse. Il est question dans ce cas de masse des créanciers, de masse en faillite ou de masse passive. Sans avoir la qualité de personne morale, cette masse a, aux fins de la liquidation, la capacité d'ester en justice (art. 250 al. 1 et 260 LP) et, en tant que telle, d'acquiescer des droits et d'assumer des obligations.
- En raison de la faillite, le failli perd le pouvoir d'exercer ses droits patrimoniaux et d'en disposer (art. 204 à 207 LP). C'est ce que l'on nomme le dessaisissement, lequel intervient au profit de la masse, agissant par ses organes.

---

<sup>6</sup> Il n'en est en tout cas pas question dans la doctrine; il n'existe par ailleurs à notre connaissance aucune jurisprudence confirmant ou au contraire infirmant cette thèse.

<sup>7</sup> Franco Lorandi, Mietverträge im Konkurs des Vermieters in MP 1998, p. 111 ss (ci-après, Lorandi II), considère que cela est également possible en faveur du bailleur en cas de faillite du locataire, à tort selon nous, puisque l'article 266h CO est une norme absolument impérative (Roncoroni, Zwingende und dispositive Bestimmungen im revidierten Mietrecht, in MP 1990, p. 82).

<sup>8</sup> Pour un exposé complet, voir entre autres Pierre-Robert Gilliéron, Poursuite pour dettes, faillite et concordat, 3<sup>ème</sup> éd., Lausanne 1993, p. 277 ss (ci-après, Gilliéron I) et Kurt Amonn/Dominik Gasser, Grundriss des Schuldbetreibungs und Konkursrechts, 6<sup>ème</sup> éd., Berne 1997, p. 313 ss.

- En plus de certains droits propres (par exemple l'action révocatoire des art. 285 ss LP), la masse en faillite exerce tous les droits du failli et assume toutes ses obligations eu égard à la mainmise qu'elle possède sur son patrimoine en vue de sa réalisation.
- L'administration de la faillite est chargée des intérêts de la masse et doit assumer toutes les activités nécessaires à la liquidation de la faillite. Pour ce faire, elle représente si nécessaire la masse en justice (art. 240 LP).
- Les droits des créanciers diffèrent selon qu'ils sont titulaires d'une prétention contre le failli (créance de faillite, Konkursforderung) ou contre la masse en faillite (créance contre la masse, Massaforderung). Les créances contre la masse correspondent aux dettes de la masse. Il s'agit notamment de toutes celles que la masse contracte par voie de convention, en raison de ses opérations ou des biens en sa possession, par exemple pour sauvegarder ou entretenir un bien appartenant aux actifs de la faillite. Ces dettes tirent donc leur source d'un fait postérieur à l'ouverture de la faillite<sup>9</sup>. Cette distinction a des conséquences importantes, notamment pour le locataire dont le bailleur est déclaré en faillite. Produites dans la faillite, les créances dirigées contre le failli ne bénéficient en effet d'aucun privilège et sont ainsi colloquées en troisième classe (art. 219 al. 4 LP), ce qui revient pratiquement à dire qu'elles ne sont pas ou peu couvertes. A l'inverse, les dettes de la masse, comme les frais mentionnés à l'art. 262 LP, sont payées sur le produit brut de la vente des biens, avant toute répartition aux créanciers. Sauf circonstances extraordinaires, ces dettes sont donc intégralement couvertes.

### **Chapitre III : Les effets de l'ouverture de la faillite sur le contrat de bail**<sup>10</sup>

Selon la doctrine majoritaire, il convient de faire une distinction selon que la faillite intervient avant ou après la délivrance de l'objet loué au locataire<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> ATF 106 III p. 118, 124.

<sup>10</sup> Voir plus particulièrement : Lorandi II, p. 115 à 119 ; Thomas Pietruszak/Jörg Zachariae, Der Schutz des Mieters von Wohn- und Geschäftsräumen in der Zwangsverwertung, p. 41 ss ; Peter Amberg, Der Konkurs des Vermieters : Folgen für den Vermieter ; Auswirkungen auf den Mietvertrag, in Schuldbetreibung und Konkurs im Wandel, Festschrift 75 Jahre Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz, Bâle, Genève, Munich 2000, p. 173 ss.

<sup>11</sup> Higi, die Miete, in Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Teilband 2 b (ci-après, Higi), N. 12 et 65 ad art. 261-261a CO, pour qui l'article 261 CO, nonobstant son texte (« si après la conclusion du contrat... »), ne trouve également application que lorsque l'usage de la chose a déjà été cédé au locataire. S'il n'est pas unanimement partagé, cet avis est celui de la majorité des auteurs, par exemple : Jolanta Kren, Konkursöffnung und schuldrechtliche Verträge, Berne 1989, p. 45 ss ; Lorandi II, p. 115 à 119 ; Pietruszak/Zachariae, op. cit., p. 44 ; Commentaire bâlois, N. 3 ad art. 261 CO et Schmid, Commentaire zurichois, N. 39 ad art. 259 anc. CO. Contra : Denis Piotet, Le bail en conflit avec des droits réels restreints sur la chose louée ou affermée, in Semaine judiciaire 1997, p. 676, qui estime que ce traitement différencié du preneur en cas de faillite du bailleur ne repose sur aucune distinction légale.

### 3.1 Faillite prononcée avant la remise des locaux

Dans cette hypothèse, le locataire ne peut pas exiger l'exécution du contrat. A teneur de l'art. 211 al. 1 LP, sa réclamation se transforme en une créance de valeur équivalente. Il devient ainsi titulaire d'une créance en dommages-intérêts pour inexécution (dommages-intérêts positifs) contre le bailleur, à produire dans la faillite<sup>12</sup>. S'il le préfère, le locataire peut se prévaloir de l'art. 83 CO (exception d'insolvabilité) et se départir du contrat. Son intérêt à agir de la sorte n'est toutefois pas évident, puisqu'il perd alors le droit de réclamer des dommages-intérêts<sup>13</sup>.

Pour ce qui est de la masse, elle peut avoir intérêt à maintenir le contrat dans le but d'encaisser des loyers. Il lui est ainsi loisible de décider de l'exécuter à la place du failli, décision à laquelle le locataire ne peut pas s'opposer<sup>14</sup>, sauf circonstances tout à fait exceptionnelles<sup>15</sup>.

Si le bail est défavorable et risque de ce fait d'être résilié de manière anticipée ultérieurement par l'acquéreur de l'immeuble, la masse devra se garder par contre d'entrer dans le contrat, comme l'article 211 al. 2 LP l'y autorise. La créance en dommages-intérêts que le locataire pourrait faire valoir en raison de cette résiliation (art. 261 al. 3 CO, chapitre VI, 6.2.d) ci-dessous) constitue en effet alors une dette de la masse<sup>16</sup>.

La masse n'a par contre pas d'alternative lorsqu'avant l'ouverture de la faillite, le bail a été annoté au Registre foncier (art. 959 CC et 261b CO). Par l'annotation du bail, l'efficacité des droits personnels du locataire est renforcée en ce sens que ces derniers peuvent être invoqués non seulement contre la personne primitivement obligée, mais aussi à l'égard des tiers qui acquièrent par la suite des droits sur l'immeuble<sup>17</sup>. L'art. 211 al. 2 LP est dès lors inapplicable et l'administration de la faillite tenue par le bail conclu par le bailleur avant sa faillite. Cas échéant, le locataire pourra donc agir en exécution contre la masse en faillite<sup>18</sup>.

---

<sup>12</sup> Hans Fritzsche/Hans Ulrich Walder-Bohner, *Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht*, Tome II, 3<sup>ème</sup> éd., Zürich 1993, p. 159 ; Emile Taillens, *Des effets de la faillite sur les contrats du débiteur*, thèse, Vevey 1950, p. 181.

<sup>13</sup> Engel, *op. cit.*, p. 660.

<sup>14</sup> Gilliéron I, p. 305.

<sup>15</sup> On peut songer au cas rarissime en pratique du contrat qui aurait été conclu « intuitu personae » ; cela permettrait au locataire d'invoquer l'art. 68 CO.

<sup>16</sup> ATF 106 III p. 124 : « ... la masse s'oblige directement lorsqu'elle accepte d'exécuter en nature une dette du failli (art. 211 al. 2 LP)... ». Fritzsche/Walder-Bohner, *op. cit.*, p. 160.

<sup>17</sup> La jurisprudence du Tribunal fédéral sur le contenu et les effets des droits personnels annotés a évolué et a fini par substituer au concept de droit relatif renforcé celui de « droit réel accessoire ». Ce concept est critiqué, notamment par Engel, *op. cit.*, p. 25, de même que par Pierre-Robert Gilliéron, dans une note relative à l'ATF 114 III p. 118, in JT 1990 II p. 62. Il est pour ces deux auteurs incompatible avec le principe du *numerus clausus* des droits réels.

<sup>18</sup> Lorandi II, p. 117, considère que cette conclusion découle déjà du fait que selon l'art. 45 al. 1 lettre a ORFI, l'immeuble doit être vendu avec toutes les charges le grevant d'après l'état des charges, soit entre autres les droits personnels annotés. Voir également, Pietruszak/Zachariae, *op. cit.*, p. 53 et Amberg, *op. cit.*, p. 178.

### 3.2 Faillite prononcée après la remise des locaux

La faillite du bailleur après l'entrée en jouissance du locataire ne touche pas en principe le rapport d'obligation entre bailleur et locataire en tant que tel. Le bail subsiste et doit être assumé par l'administration de la faillite. La continuation du bail ne nécessite aucune déclaration de sa part, au sens de l'art. 211 al. 2 LP<sup>19</sup>. Enfin, dans la mesure où la prestation essentielle du bailleur a déjà été exécutée, le locataire ne peut pas prétendre que ses droits sont mis en péril. Ce dernier ne peut donc pas se départir du contrat, en se réclamant des dispositions de l'art. 83 CO<sup>20</sup>.

## Chapitre IV : De quelques effets sur les rapports de bail

Il n'est bien évidemment pas sans intérêt de savoir si les immeubles tombés dans la faillite ont été remis à bail. L'inventaire des biens du failli (art. 221 à 229 LP), qui comporte un chapitre pour les immeubles dressé sur la base d'un extrait du registre foncier, doit ainsi fournir toutes les indications utiles sur les baux existants<sup>21</sup>. Toutes ces indications aideront notamment à la gestion de l'immeuble.

### 4.1 La gérance de l'immeuble

A l'inverse de ce qu'elle fait pour le cas de la saisie<sup>22</sup>, de la poursuite en réalisation de gage<sup>23</sup>, ou même du séquestre<sup>24</sup>, la LP ne mentionne pas expressément que le failli perd tout droit d'administrer son ou ses immeubles et que ce droit sera exercé dorénavant par l'administration de la faillite<sup>25</sup>. Compte tenu des effets généraux de la faillite et des fonctions

---

<sup>19</sup> ATF 115 III p. 65, JT 1991 I p. 130, et 117 III p. 63, JT 1993 II p. 143, tous deux suivis d'une note de Pierre-Robert Gilliéron qui critique la jurisprudence du Tribunal fédéral en tant qu'elle considère que la masse passive « entre » dans le contrat de bail. Selon cet auteur, le failli reste propriétaire de l'immeuble et créancier des loyers jusqu'à la réalisation de l'immeuble, mais est simplement dessaisi de son droit de propriété et de la titularité des créances de loyers, de sorte qu'il lui est interdit d'en disposer. La masse passive ne deviendrait donc pas créancière des loyers venant à échéance après l'ouverture de la faillite. Voir également, Pierre-Robert Gilliéron, Bailleur et locataire d'une chose immobilière dans l'exécution forcée, in 7<sup>ème</sup> Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 1992, p. 22 et 23 (ci-après Gilliéron II).

<sup>20</sup> Lorandi II, p. 118 et 119.

<sup>21</sup> Selon l'art. 26 al. 2 OAO, il s'agit de l'identité des locataires, de la durée des contrats, du montant des loyers et de la date de leur échéance. Si un bail est annoté au registre foncier, il en sera fait en plus mention, comme c'est le cas de tous les droits grevant l'immeuble, dans l'état des charges qui fait partie intégrante de l'état de collocation (art. 125 ORFI).

<sup>22</sup> L'art. 102 al. 3 LP institue une gérance légale, en stipulant que l'office pourvoit à la gérance et à l'exploitation de l'immeuble.

<sup>23</sup> A teneur de l'art. 155 LP, l'art. 102 al. 3 LP s'applique par analogie au gage dont la réalisation est requise.

<sup>24</sup> L'art. 275 LP renvoie aux art. 91 à 109 relatifs à la saisie.

<sup>25</sup> L'ORFI le fait par contre, mais uniquement pour les parts de copropriété ou les unités de PPE du failli (art. 23c ORFI).



que la loi attribue à l'administration de la faillite, il ne pourrait toutefois en aller autrement<sup>26</sup>. L'administration de la faillite, qui confie toutefois le plus souvent cette tâche à un tiers, soit à une régie immobilière, doit veiller dans ce cadre à entretenir et maintenir en bon état l'immeuble. Les mesures de gérance à prendre ne doivent pas aller au-delà<sup>27</sup>. Ces mesures sont donc celles énumérées dans l'ORFI, sous le titre « Administration »<sup>28</sup>. Les principales peuvent être classées en quatre catégories.

#### *a) Le loyer*

La prétention du bailleur en paiement du loyer ne constitue pas une créance prenant naissance au moment de la conclusion du contrat pour toute la durée du bail et qui se décomposerait simplement en plusieurs acomptes. La créance de loyer se renouvelle au contraire à l'échéance ou au début de chaque période de paiement<sup>29</sup>. L'ouverture de la faillite a donc pour conséquence que le loyer courant devient une créance de la masse. Le locataire ne doit ainsi plus s'acquitter de son loyer auprès du failli, lequel ne peut d'ailleurs plus recevoir aucun paiement à partir de l'ouverture de la faillite (art. 205 LP). A teneur de l'art. 124 ORFI, l'office doit de ce fait immédiatement inviter par écrit le locataire à payer dorénavant en ses mains, ou le plus souvent en celles de la gérance chargée d'administrer, les loyers qui viendront à échéance, sous peine d'avoir à payer deux fois. Si nécessaire, l'administration de la faillite peut engager des poursuites ou exercer le droit de rétention du bailleur pour encaisser les loyers (art. 17 ORFI).

Même si le failli est dessaisi de son droit de propriété, on ne peut considérer que la chose louée a changé de mains. Pendant la faillite, le loyer pourra donc être modifié, à la hausse ou à la baisse, selon les règles habituelles, sous réserve de celles spécifiquement applicables en cas de changement de bailleur.

#### *b) La résiliation du bail*

Le failli étant déchu du droit de résilier les baux, ce droit ne peut plus être exercé que par l'administration de la faillite, qui n'est pas autorisée à mettre fin de manière anticipée à un bail du seul fait de la faillite. Elle peut par contre le résilier normalement pour son échéance contractuelle. Si les conditions en sont remplies, elle peut également donner un congé extraordinaire, par exemple pour retard dans le paiement du loyer (art. 257d al. 2 CO) ou violation du devoir de diligence du locataire (art. 257f al. 3 CO). Dans l'un et l'autre cas, le locataire peut naturellement contester le congé reçu selon les règles des articles 271 à

---

<sup>26</sup> Le chiffre 15 des Instructions de la Chambre des poursuites et des faillites du Tribunal fédéral au sujet des formulaires et autres pièces concernant la réalisation forcée des immeubles (IORI) du 7 octobre 1920 (modifiées les 29 novembre 1976 et 22 juillet 1996), qui concerne la tenue du compte des recettes et des dépenses de l'administration (art. 21 ORFI), contient ainsi des renvois à l'OAOF.

<sup>27</sup> ATF 120 III p. 138, JT 1997 II p. 43, qui a trait à une poursuite en réalisation de gage.

<sup>28</sup> Même sans renvoi exprès, les art. 16 à 22 ORFI, qui traitent de l'administration dans la saisie, sont en effet applicables à la faillite (Gilliéron II, p. 22).

<sup>29</sup> ATF 115 III p. 65, JT 1991 II p. 130.

273 CO<sup>30</sup>, en agissant contre la masse en faillite. Si cela s'avère nécessaire, l'administration de la faillite peut également requérir l'expulsion d'un locataire récalcitrant. A relever encore qu'à l'inverse, si cela est dans l'intérêt de la masse, l'administration de la faillite est habilitée à conclure de nouveaux baux<sup>31</sup>.

### c) *L'entretien de l'objet loué*

Pour maintenir en bon état d'entretien l'immeuble du failli, l'administration va cas échéant devoir effectuer des travaux. A cet égard, la position du locataire n'est pas modifiée par la faillite, ce qui revient à dire qu'il peut en cas de défaut faire valoir à l'encontre de la masse tous les droits que confèrent les art. 259a ss CO<sup>32</sup>. Même si le défaut dont il se plaint est préexistant à la faillite et qu'il en avait déjà demandé l'élimination auprès du failli, le locataire peut exiger de la masse l'exécution des travaux nécessaires pour y remédier. Sa réclamation ne se transforme pas en effet dans ce cas en une créance de valeur équivalente aux travaux à exécuter qui serait à produire dans la faillite, conformément à l'art. 211 al. 1 LP. Cela découle du fait que le bail est un contrat de durée, ayant pour objet en tant que telle une dette durable, qui ne s'éteint pas une fois pour toute par l'exécution d'une prestation unique<sup>33 34</sup>. A teneur de l'art. 256 CO, le bailleur est tenu d'ailleurs de délivrer la chose dans un bon état d'entretien et de la maintenir en cet état durant tout le contrat. Si ses réclamations ne sont pas satisfaites, le locataire pourra, en prenant toutes les précautions qui s'imposent, remédier lui-même aux frais de la masse au défaut qui diminue la jouissance de la chose louée<sup>35</sup>. Il doit dans ce cas payer la facture des travaux, mais peut se rembourser en en déduisant le montant sur le loyer, par compensation (ci-dessous 4.2).

Cette situation ne devrait en principe pas se produire, tant il est vrai que l'administration de la faillite n'a a priori aucun intérêt à s'opposer aux prétentions justifiées d'un locataire. Elle pourrait toutefois avoir quelques réticences à exécuter des travaux importants dont le coût est élevé et le financement en conséquence difficile à assumer<sup>36</sup>. Lorsqu'il y a d'importants

---

<sup>30</sup> Chap. III : Protection contre les congés concernant les baux d'habitation et de locaux commerciaux.

<sup>31</sup> Toutes ces tâches sont prévues à l'art. 17 ORFI, qui énumère les mesures ordinaires de gérance.

<sup>32</sup> Il pourra ainsi, alternativement ou simultanément, demander l'exécution de travaux, une réduction de loyer, des dommages-intérêts et consigner le loyer.

<sup>33</sup> Pour la distinction entre prestation simple et continue, cf. Engel, op. cit., p. 79.

<sup>34</sup> La situation est différente par exemple dans le contrat d'entreprise, lorsque le maître de l'ouvrage réclame des travaux de garantie pour un ouvrage qui a été exécuté dans le cas d'espèce avant la publication du sursis concordataire. ATF 107 III p. 106, dont les principes s'appliquent par analogie à la faillite.

<sup>35</sup> A ce sujet et s'agissant notamment des mesures de précaution à prendre, qui varient selon que le défaut est de moyenne importance ou grave, cf. David Lachat, *Le bail à loyer*, Lausanne 1997, p. 167 (ci-après, Lachat I).

<sup>36</sup> Le Tribunal fédéral a tenu compte de cette problématique dans le cadre de la saisie aux art. 17 et 18 ORFI, en distinguant les petites réparations des autres. Alors que les petites réparations peuvent être commandées et payées sans autre formalité par la gérance légale, à mesure qu'elles font partie des « mesures ordinaires » de l'article 17 ORFI, les travaux entraînant « des frais considérables » entrent eux dans les « mesures exceptionnelles » de l'art. 18 ORFI et ne peuvent être exécutés qu'avec l'accord des créanciers et du débiteur, hormis les cas où il y a péril en la demeure. Lorsqu'il est à prévoir que les revenus de l'immeuble ne suffiront pas à couvrir les frais de conservation des biens saisis, le créancier peut en outre être tenu d'en faire l'avance (art. 105 LP et 16 al. 4 ORFI).

travaux à exécuter, cela concerne pour l'essentiel soit des immeubles vétustes, soit des immeubles neufs dont la construction n'a pas pu être complètement achevée avant le prononcé de la faillite du propriétaire. Si quelqu'un s'intéresse à l'acquisition d'un tel immeuble, il est raisonnablement permis de présumer que son intention est de procéder rapidement à une rénovation dans le premier cas et de terminer les travaux dans le second cas. Il paraît dès lors légitime de se demander si dans pareilles hypothèses, l'administration de la faillite ne pourrait pas valablement refuser d'engager des frais importants dans des travaux, en invoquant leur caractère disproportionné<sup>37</sup>. Dans cette hypothèse, le locataire ne pourrait donc obtenir qu'une réduction de loyer, dont le pourcentage devrait alors être plus important à notre avis que dans un cas normal. Les désagréments causés par un défaut sont en effet ressentis avec plus d'intensité si l'on sait qu'il ne pourra pas y être remédié.

#### *d) Les tâches courantes*

L'administration de la faillite ou la régie immobilière qui s'en est vue confier la gérance doit enfin bien évidemment assumer toutes les tâches relevant de l'administration courante d'un immeuble : conclure et renouveler les assurances usuelles, payer les redevances courantes pour le gaz, l'eau, l'électricité, etc.

## **4.2 La compensation<sup>38</sup>**

Le nouvel art. 265 CO, qui échappe à la disposition des parties<sup>39</sup>, fait interdiction au bailleur et au locataire de renoncer à l'avance au droit de compenser les créances découlant du bail. La portée de cet article, qui a été adopté pour mettre un terme à la situation choquante d'avant 1990, où la plupart des baux types interdisaient au seul locataire d'opérer compensation, est fortement limitée en cas de faillite par l'art. 213 al. 2 LP. Cette disposition exclut en effet en son chiffre 2 que le locataire puisse compenser les loyers échus après l'ouverture de la faillite avec une créance qu'il détient contre le failli. Pour ce qui est de son chiffre 1, il exclut pour sa part que le locataire oppose à une dette de loyer antérieure à la faillite, une créance compensatoire née après<sup>40</sup>. Cela revient à dire qu'un locataire ne peut en fin de compte exciper de la compensation avec une créance qu'il détient contre le failli que pour autant qu'il ait accumulé un arriéré de loyer avant la faillite ou pour les loyers échus après la faillite, s'il devient créancier de la masse.

---

<sup>37</sup> Lachat I p. 167; Higi, N. 11 ad art. 259b CO.

<sup>38</sup> Sur ce thème, qui soulève des questions extrêmement complexes, lire : Henri-Robert Schüpbach, Compensation et exécution forcée, in *Schuldbetreibung und Konkurs im Wandel*, Festschrift 75 Jahre Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz, Bâle, Genève, Munich 2000, p. 135 ss.

<sup>39</sup> Roncoroni, op. cit., p. 80 ss.

<sup>40</sup> Gilliéron I, p. 307 ss et II p. 10 ; Lachat I, p. 204 ss ATF 115 III p. 65, JT 1991 II p. 130 : un bail prévoyant que le locataire est autorisé à compenser les loyers durant toute la durée du contrat n'est pas opposable à la masse en faillite, le bailleur n'ayant pas le pouvoir de disposer de ses créances de loyers futurs au-delà de l'ouverture de la faillite.

### 4.3 Les procès en cours<sup>41</sup>

Hormis les cas d'urgence, les procès civils auxquels le failli est partie sont suspendus<sup>42</sup>, mais pour autant seulement que leur issue influe sur la composition de la masse active ou de la masse passive (art. 207 LP). Dans la mesure où les litiges relevant du droit du bail à loyer ont le plus souvent un enjeu financier, cela sera le cas de pratiquement toutes les procédures pendantes devant l'autorité de conciliation ou devant le juge. On peut citer comme exemples d'exceptions à cette règle les procédures en annulation d'un congé et en prolongation de bail (art. 271 ss CO)<sup>43</sup>, celles portant sur le consentement que doit donner le bailleur en vue d'une sous-location (art. 262 CO) ou d'un transfert de bail (art. 263 CO), celles ayant pour objet de trancher la question de savoir si des travaux de rénovation ou de modification peuvent raisonnablement être imposés au locataire (art. 260 CO), celles concernant la nullité d'une transaction couplée (art. 254 CO), visant à contraindre le bailleur à déposer les sûretés sur un compte bancaire (art. 257e CO), à obtenir l'autorisation d'effectuer de grands travaux aux frais du bailleur récalcitrant et, enfin, une partie des procédures ayant trait à une modification unilatérale de contrat (art. 269d al. 3 et 270b al. 2 CO). Toutes ces procédures se poursuivent donc normalement.

C'est la deuxième assemblée générale des créanciers (art. 253 al. 2 LP), exceptionnellement la première en cas d'urgence (art. 238 al. 1 LP), qui décide du sort des procès civils suspendus. En cas de liquidation sommaire (art. 231 LP), cette compétence appartient toutefois à l'administration de la faillite. Il peut être décidé de reprendre le procès, qui sera alors continué au nom de la masse<sup>44</sup>, ou au contraire d'y renoncer. Dans ce cas, chaque créancier peut demander à se faire céder les droits de la masse (art. 260 LP). Si le procès a pour objet une créance du locataire contre le failli et qu'il n'est continué ni par la masse, ni par les créanciers individuellement à teneur de l'art. 260 LP, la créance du locataire sera considérée comme reconnue. D'abord simplement mentionné pour mémoire à l'état de collocation comme litigieuse, cette créance sera alors considérée comme reconnue et admise<sup>45</sup>. Dans ce contexte, on peut encore relever que selon que l'objet du litige porte sur une prestation unique ou continue, la créance reconnue au locataire par jugement, par transaction judiciaire ou par renoncement de la masse à continuer le procès, sera produite dans la faillite en totalité ou en partie seulement. Elle le sera intégralement s'il s'agit par exemple d'une créance en remboursement d'une ristourne de chauffage ou de travaux effectués aux frais du bailleur. Par contre, s'il s'agit d'une créance en remboursement de montants trop perçus sur des loyers, résultant d'une baisse accordée pour défaut (art. 259d CO) ou rendement excessif (art. 270a CO), seule la part de cette créance couvrant la période antérieure au prononcé de la faillite sera colloquée en troisième classe. Le locataire sera en revanche totalement désintéressé du montant qui lui est dû depuis lors (Massaforderung)<sup>46</sup>.

<sup>41</sup> Pour un aperçu complet de la réglementation, Gilliéron I, p. 295 ss et Amonn/Gasser, op. cit., p. 329 et 330.

<sup>42</sup> L'art. 207 al. 4 énumère quelques exceptions qui ne concernent pas le domaine du bail à loyer.

<sup>43</sup> Cahiers du bail, 1997, p. 123.

<sup>44</sup> En son art. 26, le Code de procédure civile neuchâtelois du 30 septembre 1991 parle en cas de faillite de substitution de parties de plein droit.

<sup>45</sup> Art. 63 OAOF.

<sup>46</sup> La ristourne est une créance du locataire qui prend naissance et devient exigible au moment de l'établissement du décompte de charges. La ristourne due pour les périodes échues ou résultant de décomptes

#### 4.4 Le cas particulier de l'indemnité pour travaux à plus-value (art. 260a CO)<sup>47</sup>

Lorsqu'avec l'accord écrit du bailleur, le locataire a rénové ou modifié la chose et qu'elle présente de ce fait une plus-value considérable à la fin du bail, celui-ci peut exiger en principe une indemnité. La nature de cette prétention du locataire n'est pas aisée à qualifier. A notre avis, il ne s'agit en tout cas pas d'une créance à terme ou d'une créance conditionnelle que le locataire devrait produire dans la faillite du bailleur (Konkursforderung), dans le premier cas en application du principe contenu à l'art. 208 al. 1 LP (la faillite rend les dettes exigibles) et conformément à l'art. 210 LP dans le second<sup>48</sup>. La créance en indemnisation du locataire découlant de l'art. 260a al. 3 CO n'entre pas en effet dans la définition de ces notions. La loi conçoit la condition comme une modalité de l'obligation. Contrairement à ce que peut laisser penser le texte de l'art. 151 al. 1 CO, l'obligation existe donc, mais ses effets sont subordonnés à l'avènement d'une condition, soit d'un événement incertain<sup>49</sup>. Il en est de même pour l'obligation à terme. Une obligation assortie d'un terme existe donc elle aussi, seule son exigibilité étant différée dans le temps. Ses effets sont en quelque sorte suspendus<sup>50</sup>. Par rapport à ces définitions et à supposer que les conditions de l'art. 260a al. 1 CO sont réalisées, il paraît inconcevable d'admettre qu'au moment où le bailleur serait déclaré en faillite, ce qui peut intervenir plusieurs années avant l'échéance contractuelle du bail, il existerait une créance en indemnisation en faveur du locataire. Une telle créance ne prend en effet naissance et devient simultanément exigible qu'à la fin du bail. La fin du bail est ainsi le moment déterminant pour apprécier s'il y a une plus-value et en fixer cas échéant l'étendue. C'est elle qui donne aussi naissance à la prétention en indemnisation du locataire, qui peut seulement alors être chiffrée<sup>51</sup>. Avant, la créance du locataire est non seulement indéterminée, mais indéterminable. Dans la mesure où ce moment est inconnu, il se peut même que le locataire ne devienne jamais titulaire d'une créance. Ce sera le cas si en fin de bail, les travaux qu'il a effectués ne laissent subsister aucune plus-value. Des considérations qui précèdent, on peut déduire que l'obligation d'indemniser découlant de l'art. 260a al. 3 CO fait partie des obligations qui sont transférées à l'acquéreur de l'immeuble (Infra, chapitre VI, 6.1 a)). Dans la mesure où il est admis que les art. 260 et 260a CO constituent une *lex specialis* primant les règles de droit réels (art. 671 et 672 CC) et de l'enrichissement illégitime (art. 62 CO)<sup>52</sup>, il s'agit en quelque sorte d'une obligation quasi-réelle<sup>53</sup>.

---

établis après le prononcé de la faillite constitue donc une dette de la masse. Le locataire peut ainsi en exiger le remboursement de la masse ou invoquer compensation avec le loyer.

<sup>47</sup> Lachat I, p. 534 ss.

<sup>48</sup> Selon cet article, la créance subordonnée à une condition suspensive peut être produite intégralement dans la faillite. Le créancier n'en perçoit toutefois le dividende que lorsque la condition est réalisée.

<sup>49</sup> Engel, op. cit., p. 846.

<sup>50</sup> Engel, op. cit., p. 623.

<sup>51</sup> Higi, N. 47 et 73, ad art. 260a CO.

<sup>52</sup> Pierre Engel, *Contrats de droit suisse*, 2<sup>ème</sup> éd., Berne 2000, p. 162 ; Mess. 1985, FF 1985 I p. 1421.

<sup>53</sup> Le § 571 BGB (Veräusserung bricht nicht Miete) prévoit sur le principe que les droits et obligations découlant du bail passent à l'acquéreur de la chose louée. Les conséquences attachées à l'art. 261 al. 1 CO sont très proches de la réglementation de cette disposition du BGB, dont il est précisément admis qu'il donne au locataire « eine quasi-dingliche Stellung » (BGB annoté, édité par le Prof. Dr. h. c. Othmar Jauernig, 8<sup>ème</sup> éd., Munich 1997, p. 570). Dans l'ATF 124 III p. 37, le Tribunal fédéral considère d'ailleurs le locataire comme étant « bénéficiaire d'un rattachement réel limité à la chose ».

A juste titre selon nous, une partie toujours plus importante de la doctrine considère que l'art. 260a al. 3 CO est de droit dispositif et qu'il est ainsi possible d'y déroger par une convention écrite, non seulement en faveur du locataire, en prévoyant une indemnité plus élevée que celle de l'art. 260a al. 3 CO, mais également en sa défaveur, en prévoyant une indemnité inférieure, voire aucune indemnité<sup>54</sup>. La plupart des conventions établies dans ce domaine prévoient toutefois une indemnisation, tout en arrêtant les modalités. Elles prévoient en règle générale une indemnité dégressive, correspondant au coût des travaux, déduction faite d'un pourcentage de vétusté par année d'occupation des locaux, qui est fixé en fonction de la nature et l'importance des rénovations ou modifications exécutées par le locataire (par exemple 10 % par an pour des travaux simples). Comme le relève fort justement David Lachat<sup>55</sup>, la convention pourra également prévoir une indemnité même en l'absence d'une plus-value considérable, une indemnité excédant la plus-value ou sans relation avec elle, ou même, enfin, une indemnité payable en cours de bail. Dans chacun des cas envisagés, la convention passée s'écarte de la réglementation légale, en ce sens que l'indemnisation du locataire ne dépend plus de l'existence en fin de bail d'une plus-value considérable, qui peut être constatée objectivement et chiffrée sur la base de critères plus ou moins fixés. La créance en indemnisation du locataire n'est pas dans ce cas totalement aléatoire et est donc d'une autre nature. Elle existe par ailleurs dès la conclusion de la convention, puisqu'elle est sinon déterminée, du moins déterminable. Dans le cas classique de l'indemnité dégressive avec les années, il s'agit ainsi selon nous d'une créance à la fois à terme (même s'il en existe plusieurs envisageables alternativement) et conditionnelle, la condition consistant à ce que la fin du bail intervienne à un moment qui n'est pas postérieur au dernier terme prévu, dont le dépassement supprimerait toute créance. Cela signifie donc que selon nous, lorsqu'il existe une convention fondée sur l'art. 260a al. 3 2<sup>ème</sup> phrase CO, le locataire doit produire sa créance dans la faillite de son bailleur (art. 208 et 210 LP).

## **Chapitre V : La saisie, la poursuite en réalisation de gage et le séquestre**

Ne serait-ce que pour démontrer que la situation est proche de celle sur laquelle débouche la faillite, il paraît utile de donner un très bref aperçu de quelques conséquences de l'introduction contre un bailleur des autres procédures d'exécution forcée.

L'art. 102 LP qui, par renvoi de l'art. 275 LP s'applique par analogie au séquestre, prévoit en son alinéa premier que la saisie de l'immeuble comprend de plein droit les loyers et les fermages courants « sans préjudice des droits attribués aux créanciers garantis par gage immobilier ». Cette réserve implique que les créanciers hypothécaires sont à même de soustraire les loyers et fermages à la saisie de l'immeuble, en introduisant une poursuite en réalisation de gage immobilier et en exigeant que celle-ci s'étende précisément aux loyers et fermages (art. 152 al. 2 LP et 91 à 96 ORFI). L'office doit ainsi aviser de la saisie les créanciers hypothécaires inscrits au registre foncier (art. 102 al. 2 LP et 15 ORFI). Il doit également en donner connaissance aux locataires, qui doivent dès ce moment s'acquitter du loyer en ses mains, sous peine de devoir le payer deux fois (art. 102 al. 2 LP, 15 et 91 al. 1

<sup>54</sup> Voir notamment Lachat I, p. 543 et Higi, N. 5 ad art. 260a CO.

<sup>55</sup> Lachat I, p. 543

ORFI). Pour ce faire, les contrats de bail à loyer ou à ferme seront mentionnés dans le procès-verbal de saisie (art. 14 ORFI).

A teneur de l'art. 102 al. 3 LP, l'office doit enfin pourvoir à la gérance de l'immeuble. L'office peut toutefois confier cette gérance légale à un tiers, sous sa responsabilité (art. 16 al. 3 ORFI). Les tâches comprises dans cette gérance sont définies aux art. 17 et 18 ORFI et classées en « mesures ordinaires » et « en mesures exceptionnelles »<sup>56</sup> <sup>57</sup>. En dépit de cette distinction, ces tâches relèvent toutes de la compétence exclusive de l'office des poursuites qui, dans la mesure où elles lui sont assignées par le droit de l'exécution forcée, a la qualité pour agir dans l'intérêt des poursuivants, des créanciers hypothécaires ayant introduit une poursuite en réalisation de gage immobilier et du poursuivi. Pour ne citer qu'un exemple, les requêtes d'expulsion de locataires rentrent ainsi dans la compétence exclusive de l'office des poursuites<sup>58</sup>. De la même manière, si le locataire conteste un congé, l'office est seule partie à la procédure, à l'exclusion du bailleur<sup>59</sup>.

Les loyers encaissés par l'office servent en premier lieu à couvrir les frais et dépenses d'administration (art. 22 ORFI).

D'après l'art. 155 al. 1 LP, en cas de poursuite en réalisation de gage, la gérance légale de l'art. 102 al. 3 LP s'instaure dès le moment où la réalisation du gage est requise (art. 101 ORFI). Jusque-là, mais dans les cas seulement où le créancier gagiste a exigé avec sa poursuite l'immobilisation en sa faveur des loyers (art. 806 al. 2 CC), l'office doit aviser de la poursuite les locataires et les inviter à payer en ses mains les loyers venant à échéance

---

<sup>56</sup> Voir chapitre 4.1 ci-dessus. Se référer également à Gilliéron II, en prenant garde toutefois au fait que depuis la publication de cet exposé, la LP, comme l'OAOF et l'ORFI ont subi quelques modifications mineures. Voir enfin et surtout Pierre-Robert Gilliéron, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Lausanne 2000, tome II (art. 89-158), p. 242 à 252 relatives à l'art. 102 LP.

<sup>57</sup> Les charges qui échoient après l'ouverture de la faillite sont des dettes de la masse (ATF 106 III p. 118), qui doivent donc dans tous les cas être réglées. Il n'en va pas de même en cas de saisie ou de poursuite en réalisation de gage immobilier lorsque l'immeuble est inoccupé. Le dessaisissement du débiteur poursuivi n'étant pas analogue à celui du failli, les redevances courantes de l'art. 17 ORFI, de même que les autres frais d'exploitation de l'immeuble (notamment ceux énumérés à l'art. 712h CC) ne peuvent pas être considérés comme une dette de la gérance légale dans cette hypothèse, où seule une gérance minimale d'entretien et de surveillance est instaurée. Jacques Reymond (Le nouveau droit de la poursuite, in Les gages immobiliers, constitution volontaire et réalisation forcée, édité par Michel Hottelier et Bénédicte Foëx, Bâle, Genève, Munich 1999, p. 201, 213), qui tire ces considérations d'un récent arrêt du Tribunal fédéral du 12 février 1998, en conclut que l'office des poursuites n'a pas à régler les charges courantes lorsqu'il est appelé à gérer un appartement inoccupé.

<sup>58</sup> ATF 109 III p. 45 pour une poursuite en réalisation de gage.

<sup>59</sup> MP 1997, p. 53, qui concerne également une poursuite en réalisation de gage. La qualité pour agir et pour défendre (Prozessführungsbefugnis), notion procédurale, découle en principe de la légitimation active et passive, notion de droit matériel. En général, c'est en effet le sujet du droit ou du rapport juridique allégué qui a qualité pour agir en justice. Il est des cas toutefois où la qualité pour agir ou pour défendre est retirée au sujet de droit et attribuée à un tiers à titre exclusif (Walther J. Habscheid, Droit judiciaire privé suisse, 2<sup>ème</sup> éd., Genève 1981, p. 184 ss.). La gérance légale est précisément l'un de ces cas, de sorte qu'il convient de différencier la légitimation de la qualité pour agir. Le défaut de qualité pour agir constitue une fin de non-recevoir qui doit être constatée d'office en tout temps. La requête dirigée contre le débiteur saisi doit ainsi être déclarée irrecevable (Communications de l'office fédéral du logement concernant le droit du loyer 31, n° 3, p. 9, qui concerne un arrêt de la Cour de justice de Genève du 11 janvier 1999).

(art. 152 al. 2 LP et 91 ORFI)<sup>60</sup>. Selon l'art. 94 ORFI, l'office des poursuites ou le gérant désigné par lui a pour tâche exclusive d'encaisser les loyers, au besoin par le biais de poursuites ou en exerçant le droit de rétention du bailleur, de résilier les baux et requérir l'expulsion des locataires, cas échéant de conclure de nouveaux baux, d'ordonner les réparations urgentes<sup>61</sup>, de payer les redevances courantes, etc. Ce sont les loyers perçus qui servent à couvrir ces dépenses. Si le créancier gagiste renonce à ce que la saisie s'étende aux loyers, les art. 91 et 94 ORFI ne s'appliquent pas<sup>62</sup>.

## **Chapitre VI : La réalisation de l'immeuble**

Lorsque l'immeuble loué est vendu aux enchères<sup>63</sup> ou de gré à gré<sup>64</sup> dans le cadre d'une saisie, d'une procédure en réalisation de gage, d'une faillite ou d'un concordat par abandon d'actifs visant le bailleur<sup>65</sup>, il est prévu à l'art. 261 al. 1 CO<sup>66</sup> que le bail passe à l'acquéreur avec la propriété de la chose. Comme en cas de vente, de donation, d'échange ou de constitution d'un droit réel limité (art. 261a CO), un transfert légal du bail de l'aliénateur à l'acquéreur s'opère. Ce sont des considérations sociales qui ont conduit à l'adoption de cette réglementation, dont le but est de protéger dans le domaine immobilier la partie réputée faible. Ce principe n'est toutefois pas absolu, puisque l'art. 261 al. 2 CO octroie à l'acquéreur de l'immeuble le droit de résilier à certaines conditions les baux existants avant terme<sup>67</sup>.

### **6.1 Le transfert du bail (art. 261 al. 1 CO)**

#### ***a) Le transfert des droits et obligations***

En prenant la place du vendeur dans le contrat de bail, l'acquéreur de l'immeuble reprend tous les droits et obligations qui en découlent au moment du transfert de propriété<sup>68</sup>. S'il ne fait

---

<sup>60</sup> ATF 117 III p. 33.

<sup>61</sup> C'est très certainement ce qui distingue le plus cette « petite » gérance légale, pour reprendre l'expression de David Lachat (La résiliation du bail en cas d'aliénation de l'immeuble et d'insolvabilité du bailleur, in Cahiers du bail, 1999, p. 65 ss, 77, ci-après : Lachat II), de la gérance légale des art. 17 et 18 ORFI.

<sup>62</sup> ATF 121 III p. 187, JT 1997 II p. 139.

<sup>63</sup> Art. 125, 133 ss, 156 al. 1, 256, 322 ss LP.

<sup>64</sup> Art. 130, 143b, 156 al. 1, 256, 322 ss LP.

<sup>65</sup> L'art. 261 CO ne s'applique que si le vendeur est également bailleur (MRA 1996, p. 172).

<sup>66</sup> L'art. 261 CO traite du changement de propriétaire résultant de l'aliénation de la chose. Pour une présentation générale et détaillée de cet article, voir Lachat II, p. 65 à 72.

<sup>67</sup> De ce fait, on ne peut pas considérer que l'art. 261 CO a complètement inversé le principe « Kauf bricht Miete » de l'ancien droit. A ce sujet, voir Walter Ott/Roland Verardo, Kauf bricht (nicht) Miete ?, Gedanken zu Art. 259a OR und Art. 261 OR, in Revue de droit suisse, 1996, p. 29 ss et Christoph Lüscher, art. 261 OR, Eine besondere Kollisionsnorm, namentlich im Hinblick auf die Haftung des Vermieters gegenüber dem Mieter beim Verkauf vermieteter Wohnliegenschaften ?, in PJA 1997, p. 947 ss.

<sup>68</sup> Jean Guinand/Pierre Wessner, Fiches juridiques suisses 360 (FJS), Bail à loyer IV, p. 2.



pas usage du droit de résiliation extraordinaire que lui accorde l'art. 261 al. 2 CO, l'acquéreur va donc devoir respecter le bail pendant toute sa durée.

Pour ce qui est du vendeur, il est, dès le moment du transfert de propriété, libéré de toute obligation, hormis celle d'indemniser cas échéant le locataire en cas de résiliation prématurée de l'acquéreur (ci-dessous, chapitre VI, 6.2 d))<sup>69</sup>.

Le vendeur reste toutefois débiteur, respectivement responsable, des dettes et obligations accessoires qui ont pris naissance avant le transfert de propriété (obligation d'établir et remettre un décompte de charges, de payer une ristourne résultant d'un décompte de charges, de rembourser des loyers versés en trop ou le coût de travaux d'entretien, etc.)<sup>70</sup>. S'il a de telles prétentions, le locataire doit donc les faire valoir dans la faillite (Konkursforderung).

Pour ce qui est enfin des créances du bailleur, notamment de loyer, elles ne passent à l'acquéreur qu'à partir du transfert de propriété. Si donc un locataire a pris du retard dans le paiement de son loyer avant l'adjudication de l'immeuble, les montants qu'il doit, soit entreront dans la masse active, soit seront à payer à la masse en faillite depuis le prononcé de celle-ci. Cette solution se justifie ne serait-ce que parce que l'entrée de l'acquéreur dans le rapport de bail ne produit pas d'effet rétroactif<sup>71</sup>.

#### ***b) Le sort des sûretés***

Lorsque les sûretés sont déposées auprès d'une banque, sur un compte d'épargne ou de dépôt au nom du locataire, comme la loi l'impose (art. 257e CO), cela fait naître au bénéfice du bailleur un droit de gage au sens de l'art. 37 LP<sup>72</sup>. Dans la faillite du bailleur, les sûretés restent donc dans le patrimoine du locataire, de sorte que seul le droit de réalisation sur ces sûretés va passer à l'acquéreur de l'immeuble<sup>73</sup>. Lorsque les sûretés n'ont pas été déposées selon les exigences légales et que le bailleur en faillite les a conservées, le locataire a une créance en restitution contre celui-ci qui devient exigible et doit partant être produite dans la faillite. Le locataire va ainsi presque assurément perdre le montant de sa garantie. Contrairement à l'avis défendu par Ziegler<sup>74</sup>, il ne peut pas par contre selon nous être tenu à reverser des sûretés au nouveau propriétaire. Comme cela ressort du texte même de l'art. 257e CO, l'obligation de déposer les sûretés concerne le bailleur exclusivement<sup>75</sup>. La seule obligation du locataire consiste donc à les fournir. Or, il s'agit d'une obligation simple, qui une fois exécutée, n'a pas à être répétée.

<sup>69</sup> Higi, op. cit., N. 26 ad art. 261 CO ; Lüscher, op. cit., p. 951 et 953.

<sup>70</sup> Higi, op. cit., N. 27 ad art. 261 CO ; Pietruszak/Zachariae, op. cit., p. 50.

<sup>71</sup> Arrêt du Tribunal d'appel de Bâle-Ville du 8 février 1998, in BJM 1998 p. 308 et MRA 1998 p. 135, suivi d'une note de Reto Ziegler.

<sup>72</sup> Gilliéron II, p. 7.

<sup>73</sup> Higi, op. cit., N. 9 ad art. 257e CO ; Lachat I, p. 238.

<sup>74</sup> Cet avis, figurant dans le commentaire cité ci-dessus (note 71) est repris tel quel dans une note in DB 1999, p. 11.

<sup>75</sup> Dans ce sens, Higi, op. cit., N. 24 ad art. 257e CO.

*c) Le sort des procès*

Dans les faits, il est peu probable qu'un immeuble se vende aux enchères ou de gré à gré, alors qu'un procès est pendan. L'administration de la faillite s'efforcera en effet de vider dans toute la mesure du possible les litiges avant de passer à la phase de réalisation de l'immeuble. Si le transfert de propriété intervient néanmoins alors qu'une procédure est en cours devant l'autorité de conciliation ou le juge, l'acquéreur prend la place du vendeur dans le procès. Ce changement ne vaut toutefois que pour les procès dont l'objet peut avoir des effets postérieurs au transfert de propriété (hausse de loyer, élimination d'un défaut, prolongation de bail, etc.). Il n'y a donc substitution de parties que dans ces cas<sup>76</sup>.

*d) La modification du loyer après le transfert de l'immeuble*

Il est admis aujourd'hui que l'acquéreur d'un immeuble peut majorer le loyer des baux en cours en recourant à la méthode absolue, soit en invoquant le rendement insuffisant<sup>77</sup>. En cas de vente d'un immeuble dans une procédure de faillite, cette situation ne devrait jamais se présenter. Les immeubles acquis dans ce cadre l'étant à des conditions plutôt favorables, le rendement de l'immeuble deviendra en effet au contraire le plus souvent excessif. La question qui se pose est dès lors de savoir si le locataire peut obtenir une baisse de son loyer en invoquant l'art. 269 CO. Selon nous, il doit être répondu par l'affirmative à cette question. A défaut, cela reviendrait en effet à admettre que le principe de l'égalité de traitement ou des armes entre bailleur et locataire peut souffrir d'exceptions qui le vident pratiquement de sa substance<sup>78</sup>.

## **6.2 La résiliation extraordinaire du bail (art. 261 al. 2 CO)**

Pour les habitations et les locaux commerciaux, le nouveau propriétaire de l'immeuble s'est vu accorder le privilège de pouvoir résilier le bail avant terme<sup>79</sup>. Ce droit, comme son exercice, dépendent toutefois de plusieurs conditions.

*a) L'absence d'annotation au registre foncier*

Comme il en a déjà été question (supra, chapitre III, 3.1 et note 16), l'annotation du bail au registre foncier renforce le droit personnel du locataire en le rendant opposable à l'acquéreur de l'immeuble (art. 261b CO et 959 CC). Dans ce cas, le contrat ne peut donc pas être résilié

---

<sup>76</sup> Voir notamment Lachat I, p. 436 et 516.

<sup>77</sup> ATF 116 II p. 594, JT 1991 p. 299 ; voir aussi MP 1993, p. 93 et MP 1994 p. 123.

<sup>78</sup> Dans ce sens, voir un jugement du tribunal des baux du canton de Vaud du 15 septembre 1995, in Cahiers du bail, 1996, p. 58.

<sup>79</sup> Lachat II, p. 66. Selon cet auteur, ce privilège tient à des raisons historiques (l'ancienne réglementation) et à des raisons économiques, en ce sens que le législateur n'a pas voulu entraver les transactions immobilières au-delà de la mesure nécessaire à la sauvegarde des intérêts du locataire.

de manière anticipée en vertu de l'art. 261 al. 2 CO. Il en va ainsi pour l'adjudicataire, à moins que par le biais d'une double ou triple mise à prix, le créancier gagiste obtienne la radiation de l'inscription du bail au registre foncier (ci-dessous, chapitre VII).

Dans une vente ordinaire, il se peut que l'acquéreur s'engage à reprendre le bail. Le vendeur peut d'ailleurs y avoir intérêt, puisque cela le met à l'abri de toute prétention en dommages-intérêts du locataire dont le bail serait résilié prématurément (art. 261 al. 3 CO; cf. ci-dessous, chapitre VI, 6.2 d)). On se trouve alors en présence d'une stipulation pour autrui parfaite en faveur du locataire (art. 112 al. 2 CO), qui permet à ce dernier d'exiger de l'acquéreur la continuation du contrat jusqu'à son échéance contractuelle<sup>80</sup>. A notre avis, rien ne pourrait faire obstacle à ce que dans la faillite, l'acquéreur de l'immeuble prenne spontanément un tel engagement vis-à-vis de l'office, notamment lorsque la vente intervient de gré à gré. Autre est par contre la question de savoir s'il est possible d'imposer à l'acquéreur la reprise des baux par le biais des conditions de vente (art. 45 ORFI). Avec quelques auteurs<sup>81</sup>, nous sommes enclin à penser que cela n'est pas envisageable, notamment en raison du nouveau libellé de l'art. 50 ORFI, qui a supprimé cette possibilité<sup>82</sup>.

On peut encore relever que l'acquéreur ne peut fonder un congé sur l'art. 261 CO au cours d'une prolongation de bail qui aurait été accordée au locataire avant le transfert de propriété. Entre autres justifications, cela tient au fait que l'autorité de la chose jugée produit ses effets à l'égard des successeurs juridiques des parties<sup>83</sup>. Enfin, l'acquéreur peut résilier un bail de manière anticipée, même si le vendeur l'avait déjà fait pour son échéance<sup>84</sup>.

### ***b) Le moment et l'échéance du congé***

Le congé ne peut être donné par l'acquéreur que lorsque celui-ci est devenu propriétaire, ce qui entraîne le transfert du bail. En cas de vente aux enchères, le transfert de propriété résulte de l'adjudication<sup>85</sup>. Comme c'est le cas du principe applicable en cas de vente ordinaire<sup>86</sup>,

---

<sup>80</sup> FJS n° 360, p. 3.

<sup>81</sup> Voir notamment, Lachat II, p. 75 et Jacques Lüthi, Commentaire de l'ATF 124 III p. 37 in PJA 1998, p. 1119 ss, 1122. Cet auteur estime également (op. cit., p. 1123) qu'une reprise de bail est possible en cas de vente de gré à gré, puisqu'il faut alors l'accord de toutes les personnes concernées et que le prix offert doit au moins être celui de l'estimation de l'expert. Contrairement à l'art. 50 ORFI, l'art. 143b LP laisse en outre un certain pouvoir d'appréciation à l'office.

<sup>82</sup> Avant la révision du 5 juin 1996 (ROLF 1996 p. 2900 ss), l'art. 50 ORFI prévoyait en effet expressément cette possibilité pour autant « qu'il n'en résulte aucune atteinte aux intérêts légitimes des parties intéressées à la poursuite ». Or, aujourd'hui, cet article se borne à renvoyer à l'art. 261 CO.

<sup>83</sup> Cahiers du bail 1995, p. 127, et USPI, Commentaire du droit suisse du bail à loyer, p. 298, qui précise que cette règle vaut également en cas de transaction judiciaire. Dans le même sens, Higi, N. 39 ad art. 261-261a CO.

<sup>84</sup> Higi, N. 40 ad art. 261 CO.

<sup>85</sup> Art. 66 ORFI ; ATF 117 III p. 39 et Cahiers du bail 2000, p. 31.

<sup>86</sup> ATF 118 II p. 119 ; cet arrêt confirme que la résiliation peut intervenir dès le moment où la réquisition d'inscription du transfert de propriété a été portée dans le journal du registre foncier. Pour une critique de ce principe, cf. notamment DB 1993, p. 8 ss.

cette solution ne paraît pas forcément heureuse, puisque si des problèmes surviennent ultérieurement, il se peut que l'adjudication soit annulée ou révoquée (art. 143 LP)<sup>87</sup>.

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral<sup>88</sup>, rendue il est vrai sous l'ancien droit, il faut en cas de vente de gré à gré (art. 256 LP) la double condition de l'acte authentique (art. 216 al. 1 CO) et de l'inscription dans le journal du registre foncier de la réquisition de transfert de propriété, comme pour une vente intervenant hors procédure d'exécution forcée. La doctrine récente, encore minoritaire apparemment<sup>89</sup>, remet toutefois en question cette jurisprudence, considérant que depuis l'entrée en vigueur du nouvel art. 143b LP, il n'est plus nécessaire de procéder par un acte authentique<sup>90</sup>.

D'après l'art. 261 al. 2 CO, l'acquéreur peut résilier le bail en observant le délai de congé légal pour le prochain terme légal. Pour être précis, cela signifie que la validité du congé est subordonnée à la condition que le congé soit donné impérativement pour la première échéance légale possible suivant la date du transfert de propriété. A défaut, le congé est nul et l'acquéreur tenu en conséquence d'assumer le contrat jusqu'à son échéance contractuelle. Cette règle est interprétée strictement<sup>91</sup>.

### *c) Le besoin urgent*

Le droit de résiliation est enfin subordonné à une condition personnelle : L'acquéreur doit prouver un besoin urgent pour lui-même ou ses proches parents ou alliés. Ce besoin doit au regard de l'ensemble des circonstances être sérieux, concret et actuel<sup>92</sup>. L'absence de besoin urgent rend le congé inefficace.

### *d) Les moyens de défense du locataire*

Lorsqu'il reçoit un congé fondé sur l'art. 261 al. 2 CO, le locataire peut agir devant l'autorité de conciliation pour cas échéant en faire constater l'inefficacité. Sa requête sera admise s'il apparaît au cours des débats que l'une ou l'autre des conditions d'application de cet article

---

<sup>87</sup> La vente de gré à gré, comme l'adjudication, peut faire l'objet d'une plainte LP (art. 17) conduisant à son annulation. Des problèmes survenant ultérieurement, par exemple le refus de l'autorisation exigée par la Loi fédérale sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger du 16 décembre 1983 (LFAIE), peuvent en outre empêcher que l'acquéreur ou l'adjudicataire ne devienne réellement propriétaire, inscrit dans le grand livre du registre foncier. Si dans cette hypothèse, le congé a néanmoins déjà été donné dans l'intervalle au locataire, ce congé est à notre avis nul (Higi, op. cit, N. 29, ad art. 261-261a CO).

<sup>88</sup> ATF 106 III p. 85, JT 1982 II p. 44 et ATF 112 II p. 110, JT 1986 I p. 589.

<sup>89</sup> Pour une présentation complète des camps opposés, cf. Lorandi II, p. 121.

<sup>90</sup> Dans une décision du 31 octobre 1997, la « Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion » du Canton de Berne a fait sienne cette thèse, selon nous avec raison (BLSchK 1999 p. 18).

<sup>91</sup> Lachat II, p. 70.

<sup>92</sup> Au sujet de cette notion, voir l'arrêt topique, ATF 118 II p. 50. Voir également la note parue à son sujet in DB 1993 p. 27, selon laquelle « le refus du droit d'habiter son propre logement ou sa propre maison doit avoir des conséquences intolérables pour le propriétaire ».

n'est pas réalisée<sup>93</sup>. Il peut également agir en annulation du congé, s'il a des raisons de penser que celui-ci contrevient aux règles de la bonne foi<sup>94</sup>. Le locataire peut enfin solliciter une prolongation de bail qui, si elle lui est accordée, sera forcément de très courte durée<sup>95</sup>.

Dans ce contexte, il convient de rappeler encore qu'à teneur de l'art. 271 al. 3 lettre d CO, le locataire ne peut pas en cas d'aliénation de la chose louée se prévaloir des périodes de protection contre les congés (Sperrfrist) instituées par ce même article, aux lettres d et e du premier alinéa<sup>96</sup>. S'il reprend le bail, par exemple en ne le résiliant pas de manière anticipée, l'acquéreur pourra par contre lors d'une résiliation ordinaire donnée ultérieurement se voir opposer le comportement du vendeur. La protection contre les congés lui devient alors opposable<sup>97</sup>.

L'art. 261 al. 3 CO prévoit que dans les cas où malgré les démarches accomplies en vue de la défense de ses intérêts<sup>98</sup>, le locataire doit néanmoins libérer les locaux avant l'échéance contractuelle, le vendeur répond de tous ses dommages. Les dommages-intérêts à fixer correspondent à l'intérêt positif qu'avait le locataire à la poursuite du bail jusqu'à la date où le contrat pouvait être résilié. Compte tenu de la définition plutôt large donnée au dommage que subit le locataire dans ce cas, il peut s'agir de montants très élevés<sup>99</sup>. Cela ne constitue toutefois qu'une maigre consolation pour le locataire, ce d'autant plus que sa prétention en dommages-intérêts constitue une créance contre le failli (Konkursforderung), qu'il doit produire dans la faillite jusqu'à sa clôture (art. 251 LP) et qui sera colloquée en troisième classe<sup>100</sup>. Autant donc dire que dans la très grande majorité des cas, il ne lui restera plus que les yeux pour pleurer !

---

<sup>93</sup> Il va sans dire que si les règles formelles des art. 266l et m CO ne sont pas respectées, le congé est nul, conformément à l'art. 266o CO. Comme la nullité peut être invoquée en tout temps et qu'elle doit être constatée d'office par le juge (Lachat I, p. 407), le locataire n'est pas tenu de la faire constater par l'autorité de conciliation. Il pourrait même n'y avoir aucun intérêt, puisqu'en agissant de la sorte, il pourrait risquer encore de donner la possibilité à l'acquéreur de résilier valablement son bail pour le plus prochain terme légal !

<sup>94</sup> Cette situation est toutefois difficile à envisager, puisque les rares cas qui viennent à l'esprit supposent que l'acquéreur agisse contre ses intérêts également (voir par exemple, Lachat II, p. 71, qui reprend un exemple du SVIT Kommentar Mietrecht.).

<sup>95</sup> Higi, op. cit., N. 44 et 45 ad art. 261-261a CO. Pour un exemple de refus, MP 1991, p. 150.

<sup>96</sup> Procédure antérieure ou pendante avec le vendeur.

<sup>97</sup> ATF 110 II p. 309, JT 1985 II p. 15 ; RJN 1992 p. 80 ; Lachat I, p. 480, note 138.

<sup>98</sup> Lachat II, p. 72, relève à juste titre que le locataire qui ne se serait pas défendu, contre un congé ne remplissant par exemple pas les conditions légales, pourrait dans le cadre de ses prétentions en dommages-intérêts se voir reprocher de n'avoir pas assumé son obligation de limiter le dommage (art. 44 CO, par renvoi de l'art. 99 al. 3 CO).

<sup>99</sup> Pierre-André Rognon, L'aliénation de l'immeuble et ses effets sur le bail, in 5<sup>ème</sup> Séminaire sur le bail à loyer, Neuchâtel 1988, p. 10. Ce dommage comprend ainsi l'éventuelle différence de loyer, l'intégralité des frais de déménagement (DB 1990 p. 10, n° 12), la perte de gain commerciale, etc.

<sup>100</sup> Lorandi II, p. 122 ; Lachat I, p. 440 ; Lachat II, p. 75. Si la masse est entrée dans le contrat, l'indemnité de l'art. 261al. 3 CO constitue par contre une dette de la masse (supra, chapitre III, 3.1, p. 7).

## **Chapitre VII : La double mise à prix**

Après les dernières révisions du droit du bail et de la LP de 1994<sup>101</sup>, plusieurs articles consacrés à la double mise à prix ont été publiés. Le problème crucial dont tous ces articles traitaient a été tranché depuis sur l'essentiel par le Tribunal fédéral, dans deux arrêts publiés récemment, qui ont à leur tour suscité un grand nombre de commentaires complets, et souvent fort savants. Nous nous contenterons en conséquence de faire une brève présentation de l'état de la question, en renvoyant pour le surplus les lecteurs intéressés aux nombreuses publications sur le sujet.

### ***7.1 Le principe***

L'art. 812 al. 1 CC reconnaît au propriétaire d'un immeuble déjà constitué en gage le droit de le grever d'autres droits réels. En son alinéa 2, cet article consacre toutefois la primauté du droit de gage sur les servitudes ou charges foncières « dont l'immeuble serait grevé postérieurement sans que le créancier en eût permis la constitution ». Cette règle de la priorité du gage est reprise dans le droit des poursuites à l'art. 142 LP, qui prévoit précisément la procédure de la double mise à prix, applicable aussi bien en cas de saisie de l'immeuble ou de procédure en réalisation de gage, que lors de la faillite du bailleur<sup>102</sup>. Destinée à protéger le gagiste, l'art. 142 al. 1 LP est ainsi libellé :

*« Lorsqu'un immeuble a été grevé d'une servitude, d'une charge foncière ou d'un droit personnel annoté sans le consentement d'un créancier gagiste de rang antérieur et que le rang antérieur du droit de gage résulte de l'état des charges, le créancier gagiste peut demander, dans les 10 jours à compter de la notification de l'état des charges, que l'immeuble soit mis aux enchères avec ou sans la charge ».*

Cette procédure d'enchères en deux temps doit permettre au créancier gagiste d'éliminer les droits réels restreints constitués et les droits personnels annotés postérieurement, lorsque ces droits diminuent la valeur de son gage. Elle est dans ces grandes lignes décrite à l'art. 142 al. 3 LP, dont la teneur est la suivante :

*« Si le prix offert pour l'immeuble mis aux enchères avec la charge ne suffit pas à désintéresser le créancier, ce dernier peut requérir la radiation de la charge au registre foncier dès lors que l'immeuble ainsi dégrevé devient réalisable à un prix supérieur ... ».*

En d'autres termes, l'immeuble est d'abord mis aux enchères avec la charge (servitude, charge foncière ou droit personnel annoté). Si le prix offert suffit à couvrir le gage, l'immeuble est adjudgé alors avec la charge, que l'acquéreur devra assumer.

---

<sup>101</sup> Adoptée par les Chambres fédérales le 16 décembre 1994, la LP révisée est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1997.

<sup>102</sup> L'art. 142 LP, auquel renvoient déjà les art. 156 al. 1 LP, 258 al. 2 LP et 129 ORFI, est complété à l'art. 56 ORFI pour la réalisation par voie de saisie et à l'art. 104 ORFI pour celle dans la poursuite en réalisation de gage. L'art. 130 ORFI déclare pour sa part applicable par analogie à la faillite l'art. 56 ORFI.

Lorsqu'au contraire, l'offre faite ne suffit pas à désintéresser le créancier gagiste, l'immeuble est mis à prix une seconde fois sans la charge. Si l'offre faite lors de cette seconde enchère n'est pas supérieure à la première, cela démontre que la charge n'est pas dépréciative et l'immeuble sera donc adjugé à la personne qui a offert le prix le plus élevé lors de la première mise à prix (art. 56 lettre c ORFI). A l'inverse, si cette seconde mise à prix amène une offre supérieure, la charge sera radiée au registre foncier et l'immeuble adjugé sans elle au dernier enchérisseur (art. 56 lettre b ORFI).

A ce stade, on peut encore relever que lorsque l'offre faite lors de la première mise à prix est insuffisante pour désintéresser le créancier gagiste, le titulaire de la charge dépréciative peut, pour éviter une deuxième mise à prix, payer le découvert (art. 56 lettre a ORFI). Ce faisant, il évitera donc la radiation de sa charge<sup>103</sup>.

## 7.2 *Le problème et la solution du Tribunal fédéral*

Dans la mesure où elle est expressément prévue à l'art. 142 al. 1 LP en cas d'annotation d'un droit personnel, la procédure de double mise à prix s'applique aux baux qui ont été annotés au registre foncier postérieurement au gage, sans l'accord du créancier gagiste (art. 261b CO ; supra VI, 6.2 b)). Dans ce cas, si l'immeuble est adjugé à l'occasion de la seconde mise à prix, l'annotation du bail sera donc radiée au registre foncier, ce qui signifie que l'adjudicataire pourra le résilier de manière anticipée, en application de l'art. 261 al. 2 CO, en se prévalant d'un besoin urgent (supra, VI, 6.2)<sup>104</sup>.

Il est parfaitement concevable que même non annoté au registre foncier, un bail dévalorise un immeuble déjà gagé au moment de sa conclusion. Quelques exemples de ce genre se sont ainsi présentés, qui ont finalement amené le Tribunal fédéral à devoir trancher la question alors controversée en doctrine de savoir si un bail non annoté peut être soumis à la procédure de double mise à prix, à la requête du créancier gagiste, dont le gage est antérieur et qui n'a pas consenti à sa conclusion. Le Tribunal fédéral avait en quelque sorte à choisir quelle règle primait entre celle de l'art. 261 CO, disposition de droit social protégeant les besoins fondamentaux du locataire, et celle des art. 812 CC et 142 LP, dispositions protégeant les intérêts économiques des créanciers gagistes<sup>105</sup>. Pour l'aider dans cette tâche, le Tribunal fédéral disposait de l'avis de nombreux auteurs, répartis en deux camps inégaux<sup>106</sup>. Dans

---

<sup>103</sup> Le découvert que paierait le locataire n'entre pas dans la définition du dommage de l'art. 261 al. 3 CO et ne peut donc pas être produit dans la faillite (Pietruszak/Zachariae, op. cit., p. 52).

<sup>104</sup> Voir Lachat II, p. 78, ainsi qu'à la même page, les références citées note 51.

<sup>105</sup> Lüthi, op. cit., p. 1120.

<sup>106</sup> Pour la double mise à prix : Urs Hess-Odoni, Der Doppelaufwurf nach Art. 142 SchKG und das neue Miet- und Pachtrecht, in RSJ 1991, p. 145 ss ; Denis Piotet, Le principe « la vente ne rompt pas le bail » et le système général des droits réels, Berne 1993 ; Pierre Tercier/Pascal Pichonnaz, note concernant un arrêt du Tribunal cantonal fribourgeois du 28 novembre 1994, in RFJ 1995, p. 29 ss ; Jacques Meyer, La fin du bail lors de la double mise à prix, in RFJ 1996, p. 10 ss. Contre la double mise à prix : Ingrid Jent-Sörensen, Das neue Mietrecht und seine Zwangsvollstreckungsrechtlichen Konsequenzen, in RSJ 1991, p. 410 ss ; Gilliéron II, p. 10 ; Jürgen Brönnimann, Zwangsvollstreckungsrechtliche Risiken bei Grundpfandrechten, Berne 1996, p. 133 ss.

deux arrêts successifs<sup>107</sup>, le Tribunal fédéral s'est rallié à la doctrine majoritaire et a jugé en conséquence que la double mise à prix est admissible aussi bien pour les baux de longue durée annotés que pour ceux qui ne le sont pas. Les considérations qui l'ont conduit à cette solution peuvent être brièvement résumées de la manière suivante :

- Lorsqu'il a adopté l'art. 261 CO et instauré par là même le principe du transfert légal du bail à l'acquéreur, le législateur a voulu protéger de manière pragmatique le locataire, sans prendre la peine de mesurer toutes les conséquences de cette nouvelle règle ;
- L'examen des travaux préparatoires et parlementaires démontre que le rapport entre l'art. 261 CO et le problème particulier de l'exécution forcée n'a jamais été évoqué, que ce soit lors de la révision du droit du bail ou de la LP ;
- Aucun élément ne permet ainsi de penser que dans le cadre de l'exécution forcée, on aurait voulu favoriser les locataires par rapport aux créanciers gagistes;
- Il ne serait pas logique de privilégier le locataire, qui a un rattachement réel limité à la chose, par rapport au titulaire d'un véritable droit réel, tel par exemple un droit d'habitation, un droit de superficie ou un usufruit.

Des considérations qui précèdent, le Tribunal fédéral en a déduit que le législateur ne s'est pas rendu compte qu'il remettait en question la cohérence du concept de la double mise à prix de l'art. 142 al. 1 LP. Le Tribunal fédéral a en conséquence considéré que l'on n'était pas en présence d'un silence qualifié du législateur, mais d'une lacune de la loi, à combler selon l'art. 1 CC, par analogie au modèle de l'art. 812 CC et des dispositions correspondantes du droit des poursuites.

Concrètement, cette jurisprudence a pour conséquence qu'en présence d'un bail à loyer de longue durée, même non annoté au registre foncier, le créancier gagiste peut requérir une double mise à prix. Dans ce cas, la première enchère a lieu avec le bail et la seconde, si elle s'avère nécessaire, sans le bail.

Reste encore à déterminer ce qu'il advient dans cette seconde hypothèse, soit lorsque l'immeuble est adjudgé sans le bail à l'issue de la double mise à prix. Entre plusieurs solutions préconisées par la doctrine<sup>108</sup>, le Tribunal fédéral s'est rallié à celle considérant que le bail est alors transféré à l'adjudicataire comme prévu à l'art. 261 al. 1 CO, mais que la portée de cette disposition est par contre limitée, en ce sens que le bail peut être résilié pour le plus prochain terme légal, même sans besoin urgent. L'art. 261 al. 2 lettre a CO ne s'applique ainsi qu'à moitié<sup>109</sup>.

---

<sup>107</sup> ATF 124 III p. 37 du 7 janvier 1998, qui concernait un bail à ferme, mais dont les principes valent également pour les baux d'habitation ; ATF 125 III p. 123 du 16 février 1999, SJ 1999 p. 477.

<sup>108</sup> Pour une synthèse de ces solutions, voir Lachat II, p. 81 et 82.

<sup>109</sup> Au lieu d'invoquer un besoin urgent, le propriétaire peut donc se contenter de motiver son congé en faisant référence à la procédure de double mise à prix qui a conduit à l'adjudication.



### 7.3 Les conséquences de la jurisprudence du Tribunal fédéral et sa portée pratique

La jurisprudence du Tribunal fédéral a été approuvée dans ses grandes lignes par la très grande majorité des auteurs<sup>110</sup>. Des questions et certaines divergences subsistent par contre sur quelques-unes de ses conséquences<sup>111</sup>.

Lorsqu'un bail est annoté au registre foncier, il semblerait logique que le créancier gagiste puisse requérir non pas seulement une double mise à prix, mais éventuellement une triple<sup>112</sup>. Dans ce cas, l'immeuble est mis aux enchères d'abord avec l'annotation, puis sans elle, si l'offre faite ne suffit pas à désintéresser le créancier gagiste. Si la seconde offre reste insuffisante, une troisième mise à prix est alors proposée, sans le bail. En réalité, cette situation ne doit pas se présenter dans ce cas de figure seulement, mais à chaque fois qu'il y a pluralité de droits réels (art. 812 CC), de droits personnels annotés (art. 142 LP), ou de baux de longue durée<sup>113</sup>.

---

<sup>110</sup> C'est le cas expressément ou implicitement, avec parfois quelques réserves, de : Jean-Jacques Lüthi, *op. cit.*, p. 1119 ss ; Franco Lorandi, note in PJA 1998, p. 843 (ci-après, Lorandi III) ; Henri-Robert Schüpbach, in DB 1998, n° 30, p. 34 et DB 1999, p. 28, n° 28, note reprise et complétée in RJN 1999, p. 291 ; Thomas Probst, Analyse critique à partir d'un arrêt du 14 juillet 1999 de l'autorité cantonale de surveillance du canton de Neuchâtel et de la jurisprudence du Tribunal fédéral, in RJN 1999, p. 285 ; J-P. Tschudi, Bemerkungen zur Rechtschlagung vor und nach der Entscheidungen des Bundesgerichtes BGE 124 III 37 und 125 III 123, in MRA 1999, p. 114 ss ; Alexander Dubach, Zur Anwendbarkeit des Doppelaufrufs bei Miet- und Pachtverhältnissen, in BLSchK 1999, p. 41 ss ; Pietruszak/Zachariae, *op. cit.*. Cette jurisprudence est par contre critiquée par Paul Piotet, Réalisation du gage sur un immeuble loué (ou affermé), in JT 1999 I p. 347, pour qui toute cette question constitue un faux problème. Cet auteur, à qui Philippe Richard a depuis emboîté le pas (Le conflit entre les droits du locataire et les droits du créancier gagiste à l'occasion de la réalisation forcée de l'immeuble, in Cahiers du bail, 1999, p. 85 ss) considère ainsi que lorsque le bail est postérieur au gage, l'art. 261 al. 2 CO ne s'applique tout simplement pas. Faute de transfert légal du bail, l'adjudicataire peut donc, comme dans le système de l'ancien droit, donner au locataire son congé pour le prochain terme légal, sans double mise à prix. Charles Jacques, L'opposabilité des baux aux titulaires de droit de gage, in RSJ 2000, p. 79 ss, est lui aussi d'avis que la double mise à prix n'est pas nécessaire, mais considère néanmoins juste dans son résultat la solution du Tribunal fédéral. Enfin, Denis Piotet, in PJA 1999, p. 1342 ss, approuve la solution de la double mise à prix, tout en critiquant que cette solution conduise au transfert du bail à l'adjudicataire. Plusieurs auteurs jugent néanmoins insatisfaisante la situation et considèrent ainsi que le Tribunal fédéral devrait réviser certaines dispositions de l'ORFI, à tout le moins l'art. 50, auquel pourrait être ajouté un deuxième alinéa qui, selon Henri Schüpbach (DB 1998, p. 34, n° 30), aurait la teneur suivante : « Les baux non annotés, conclus postérieurement à un droit de gage, sont soumis à la procédure de double mise à prix... ». Dans le même sens, mais sans proposition concrète, Lüthi, *op. cit.*, et Denis Piotet, *op. cit.*

<sup>111</sup> Nous nous abstenons d'aborder ici les conséquences sur la procédure de poursuite. Sur ce sujet, voir notamment, Lachat II, p. 80 et 81 ; Lorandi III, p. 845 et Pietruszak/Zachariae, *op. cit.*, p. 48 ss.

<sup>112</sup> Cette déduction semble avoir été tirée simultanément par Henri-Robert Schüpbach, in DB 1998 p. 34, n° 30 et Lüthi, *op. cit.*, p. 1122. Elle est suivie aujourd'hui par d'autres auteurs, notamment Lachat II, p. 81, et Denis Piotet, PJA 1999, p. 1341 et 1342.

<sup>113</sup> Comme le relève Denis Piotet, *op. cit.*, p. 1342, le texte de l'art. 142 LP (« double mise à prix ») ne doit pas être pris à la lettre. En réalité, il doit y avoir autant de mise à prix que de droits distincts susceptibles d'entamer le droit réel antérieur. Pour un exemple pouvant déboucher sur cinq mise à prix, construit à partir de trois baux, dont deux annotés, tous conclus sans l'accord du gagiste, cf. Henri-Robert Schüpbach, RJN 1999, p. 292. Selon cet auteur, la triple mise à prix peut devenir quadruple, quintuple, etc., selon le nombre de droits gênants.

A relever encore que lorsqu'une résiliation intervient à la suite d'une deuxième ou d'une troisième mise à prix et que grâce à cette procédure, il subsiste après complet désintéressement du créancier gagiste un solde sur le prix de vente, ce solde doit profiter au locataire dont le bail est radié du registre foncier ou « modifié », jusqu'à concurrence de la valeur de la charge ou du contrat (art. 812 al. 3 CC ; 142 al. 3 LP, et 116 ORFI)<sup>114</sup>. Le locataire sera ainsi mieux désintéressé que dans les cas où il doit produire l'intégralité de sa créance résultant de l'art. 261 al. 3 CO dans la faillite de son bailleur (supra, chapitre VI, 6.2 d).

S'il est arrivé à la conclusion qu'en cas de mise à prix sans le bail, l'adjudicataire peut le résilier de manière anticipée, sans se prévaloir d'un besoin urgent, le Tribunal fédéral n'a pas abordé la question de savoir si en pareille hypothèse, le locataire peut solliciter une prolongation de bail. Quelques rares auteurs sont d'avis que cela n'est pas le cas<sup>115</sup>. Juridiquement, cette position paraît toutefois indéfendable. Dès le moment où en application de l'art. 261 al. 1 CO, le bail subsiste et est transféré à l'adjudicataire, ce contrat reste en effet soumis à toutes les dispositions des art. 253 ss CO, et notamment à celles sur la protection contre les congés. Même s'il n'approuve pas la solution du Tribunal fédéral, Denis Piotet<sup>116</sup> admet ainsi logiquement avec d'autres<sup>117</sup> que cette solution assujettit le congé de l'adjudicataire non seulement aux délais légaux et à la formule officielle, mais encore au grief d'annulabilité ainsi qu'à la prolongation de bail. Seule une révision législative, par l'adjonction par exemple d'un nouveau cas à l'art. 272a CO permettrait donc d'exclure toute prolongation de bail en faveur du locataire. Cela pourrait toutefois conduire à des résultats choquants, notamment lorsque la procédure de double ou triple mise à prix est menée à d'autres fins que celle pour laquelle elle est prévue.

Dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral a par contre précisé sa jurisprudence sur un point important, en donnant la définition du bail de *longue durée* qui peut être soumis à la procédure de double mise à prix<sup>118</sup>. Selon le Tribunal fédéral, le critère déterminant pour le

---

<sup>114</sup> Lüthi, op. cit., p. 1120 ; Lachat II, p. 78 et 81.

<sup>115</sup> C'est ce que préconisait en 1995 Pierre Tercier, op. cit., p. 33, à partir d'une argumentation quelque peu contradictoire. Cette thèse est aujourd'hui celle d'Alexander Dubach, op. cit., p. 48, qui craint qu'à défaut, la durée des prolongations de bail supprimerait pratiquement les effets de la double mise à prix. Jean-Jacques Lüthi et Beat Zirlick, Die ausserordentliche Kündigung des Mietvertrages infolge Doppelaufrufs, PJA 1999 p. 1328 ss, sont du même avis.

<sup>116</sup> Denis Piotet, op. cit., p. 1341.

<sup>117</sup> Voir notamment Tschudi, op. cit., p. 115 et 116, qui objecte à Dubach que les intérêts de l'adjudicataire sont de toute manière pris en considération dans la pesée des intérêts imposée par l'art. 272 al. 2 CO. Voir également une note de Heinz Ottiger, in Plädoyer, 1999, p. 61.

<sup>118</sup> Arrêt de la Chambre des poursuites et des faillites du 14 avril 2000, en la cause A. contre un arrêt du 10 février 2000 rendu par l'autorité cantonale de surveillance des offices des poursuites et des faillites du canton de Neuchâtel ; le Tribunal fédéral a ainsi répondu à une interrogation de Thomas Probst, op. cit., p. 289. Le Tribunal fédéral a encore rendu un autre arrêt ayant pour objet la vente aux enchères d'un immeuble construit avec l'aide fédérale selon la loi du 4 octobre 1974 encourageant la construction et l'accession à la propriété de logements (LCAP). Dans cet arrêt (ATF 125 III p. 295), le Tribunal fédéral est arrivé à la conclusion que les nouvelles dispositions des art. 18 et 18a OLCAP doivent être considérées comme nulles en tant qu'elles prévoient la reprise obligatoire de la « dette relative aux avances courues au titre de l'abaissement de base » ou « des droits et obligations liées à la LCAP » de façon générale. Pour une analyse de cet arrêt, voir Thomas Koller, Die von der Wohnbau- und Eigentumsförderung des Bundes

créancier gagiste est celui de la durée résiduelle du bail. Il a ainsi considéré dans cet arrêt que tout bail d'une durée résiduelle supérieure au délai légal de congé de trois mois (habitation) ou six mois (local commercial) fixé par les art. 266c et 266d CO est éventuellement susceptible de dévaluer l'objet du gage et donc de faire l'objet d'une double mise à prix.

Le débat sur la double mise à prix n'est très certainement pas clos. Si ce débat est d'un grand intérêt au niveau de la théorie du droit, sa portée pratique ne doit toutefois pas être surestimée. Il ne peut en effet y avoir conflit entre les droits d'un créancier gagiste et ceux d'un locataire au bénéfice d'un bail de longue durée non annoté que si ce bail porte sur une maison individuelle d'habitation ou un appartement en PPE<sup>119</sup>, ou alors dans le cas d'un contrat de faveur, conclu peu avant l'ouverture de la procédure d'exécution forcée et dans lequel le loyer est dérisoire<sup>120</sup>. Dans ce dernier cas, le locataire ne mérite bien évidemment aucune protection, de sorte que la double mise à prix ne peut déboucher sur une polémique. Il paraît en outre possible de remédier à la situation ainsi créée frauduleusement autrement que par une procédure de double mise à prix, par exemple en invoquant la nullité du contrat pour illicéité (art. 164 CP et 20 CO) ou abus de droit (art. 2 al. 2 CC)<sup>121</sup>, son inefficacité pour simulation (art. 18 CO)<sup>122</sup>, ou, encore, en agissant en révocation (art. 285 ss LP)<sup>123</sup>.

---

grundverbilligten Liegenschaften in der Betreuung auf Grundpfandverwertung und im Konkurs, in PJA, 1999, p. 1249 ss.

<sup>119</sup> Richard, op. cit., p. 85.

<sup>120</sup> Lüthi, op. cit., p. 1120. Pour quelques exemples de ce genre, cf. par ailleurs Dubach, op. cit, p. 44.

<sup>121</sup> Pour un exemple où l'office des poursuites a exigé qu'une maison soit libérée avant sa vente, en contestant la validité d'un bail conclu par le débiteur avec son épouse (art. 19 ORFI), cf. BLSchK 1995, p. 239.

<sup>122</sup> Lachat II, p. 83.

<sup>123</sup> Encore que cette voie soit elle aussi compliquée et n'aboutisse pas forcément au même résultat. Voir sur la question Henri-Robert Schüpbach, Droit et actions révocatoires, commentaire des art. 285-292 LP, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1997, spécialement p. 44 à 48.