

GE_GERICHTE DCSO/45/2021 vom 4. Februar 2021

GE Cour de justice, 2021-02-04, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_DCSO_45_2021

FR: GE_GERICHTE DCSO/45/2021 du 4 février 2021

IT: GE_GERICHTE DCSO/45/2021 del 4 febbraio 2021

Erwägungen

E. 1.1

La décision sur l'avance des frais peut faire l'objet d'une plainte pour un abus du pouvoir d'appréciation, notamment par le recours à des critères d'évaluation non pertinents ou que des circonstances pertinentes ont été omises (ATF 130 III 520 consid. 2.2; arrêt du Tribunal fédéral 7B.116/2004, 21.07.04 consid. 2.1; RUEDIN, Commentaire Romand, Poursuite et faillite, 2005, n° 26 ad art. 68 LP).

- 13/29 -

A/4386/2019-CS

Déposées en temps utile (art. 17 al. 2 LP) et dans les formes prévues par la loi (art. 9 al. 1 et 2 LALP; art. 65 al. 1 et 2 LPA, applicables par renvoi de l'art. 9 al. 4 LALP), auprès de l'autorité compétente pour en connaître (art. 6 al. 1 et 3 LALP; art. 17 al. 1 LP), à l'encontre d'une mesure de l'Office pouvant être attaquée par cette voie (art. 17 al. 1 LP) et par une partie lésée dans ses intérêts (ATF 138 III 219 consid. 2.3; 129 III 595 consid. 3; 120 III 42 consid. 3), les plaintes sont donc recevables.

E. 2

L'Office du lieu de situation de l'immeuble est seul compétent pour exercer sa gérance légale en application de l'art. 4 LP. Lorsque l'Office qui conduit la poursuite ou administre la faillite est situé dans un autre ressort que celui du lieu de situation de l'immeuble saisi, gagé ou tombé dans la masse en faillite, l'Office en charge de la poursuite ou de la faillite délègue la gérance légale à l'Office du lieu de situation de l'immeuble. Si l'Office délégataire exécute la gérance, sa direction reste de la compétence de l'Office délégant. Ce dernier est notamment responsable de l'utilisation des revenus du bien en gérance ainsi que du produit de sa réalisation. Il est également toujours compétent pour requérir l'avance de frais du créancier poursuivant ou du créancier gagiste; si l'Office délégataire souhaite bénéficier d'une avance de frais, il doit la requérir auprès de l'Office déléguant qui la répercutera sur le créancier; le premier ne peut la requérir directement auprès du créancier; l'Office délégataire peut d'ailleurs faire dépendre son activité du versement de l'avance qu'il a requise de l'Office déléguant. L'autorité de surveillance de l'Office délégataire est compétente pour statuer sur des plaintes concernant l'activité de ce dernier dans le cadre de l'exécution de la gérance légale uniquement (art. 24 al. 1 ORFI; ATF 145 III 487 consid. 3.4.1 et 3.4.2 ZOPFI, Commentaire ORFI, Conférence des préposés aux poursuites et faillites suisses, 2012, n° 1 et ss ad art. 24 ORFI).

En l'espèce, les plaintes portent sur des décisions de l'Office genevois fixant des avances de frais à charge de la créancière. Cet Office était compétent pour rendre ces décisions et la Chambre de céans est compétente pour en connaître sur plainte. L'Office vaudois estime

que la fixation de l'émolument de gérance légale relève de sa compétence et que seule son autorité de surveillance peut connaître d'une plainte portant sur cet objet, lequel est contesté par la plaignante. En l'occurrence, les conclusions des plaintes visent spécifiquement les décisions d'avance de frais rendues par l'Office genevois et non pas le montant de l'émolument de gérance, lequel n'est discuté qu'en tant qu'élément participant à l'estimation de l'avance de frais. Il ne ressort que d'un décompte des frais de gestion légale de l'Office genevois, sans que l'on sache s'il s'agit d'une estimation ou d'un émolument formellement arrêté, ni par qui. L'éventuelle décision fixant le montant de l'émolument de gérance – dont l'existence, l'auteur, la date et la notification ne sont par ailleurs ni allégués ni établis – n'appartient donc pas à l'objet du litige. Dans la mesure utile à sa solution, la Chambre de surveillance examinera ci-après

- 14/29 -

A/4386/2019-CS la pertinence du montant de l'émolument de gérance figurant dans le décompte de l'Office genevois.

E. 3

En vertu de l'article 70 de la loi sur la procédure administrative (ci-après LPA), applicable à la procédure devant la Chambre de surveillance en vertu des art. 9 al. 4 de la loi d'application de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (ci-après LaLP) et 20a al. 3 de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (ci-après LP), l'autorité peut, d'office ou sur requête, joindre des procédures se rapportant à une situation identique ou à une cause juridique commune.

En l'espèce, les parties aux procédures A/4386/2019 et A/1_____/2020 sont identiques. Les problématiques soulevées et les principes juridiques permettant de les résoudre sont similaires et s'intègrent dans un état de fait commun. La jonction des causes précitées sera par conséquent ordonnée.

E. 4

La plaignante agit contre deux décisions de l'Office mettant à sa charge des frais ou avance de frais fondées sur des normes différentes mais s'inscrivant dans un contexte factuel unique et mettant en œuvre des principes similaires.

La Chambre de surveillance exposera par conséquent dans un premier temps l'ensemble des normes applicables aux deux décisions (chiffres 4.1), puis examinera ensuite chacune des deux décisions successivement au regard des griefs soulevés par la plaignante (chiffres 4.2.1 et 4.2.2).

4.1.1 La gérance légale est une institution à laquelle les autorités de poursuite se trouvent confrontées lorsque l'exécution forcée porte sur un immeuble, qu'il s'agisse d'une saisie, d'une réalisation de gage ou d'une faillite.

L'activité du gérant consiste globalement à gérer un immeuble se trouvant sous la mainmise de l'Office, avec tout ce que cela comporte comme activités de la part du gérant : encaisser les loyers, procéder aux réparations nécessaires, payer les différents intervenants (concierges, jardiniers, etc.), répartir les frais de chauffage. L'idée consiste à tirer de l'immeuble le plus de revenus possibles tout en conservant la substance afin d'assurer une réalisation forcée aux meilleures conditions possibles. Contrairement à une gérance conventionnelle, exercée en faveur du propriétaire de l'immeuble (dont les intérêts sont

prépondérants), la gérance légale est issue d'un acte relevant de la puissance publique sans rapport avec la volonté du propriétaire (dessaisissement du débiteur) et dont les contours n'ont rien de contractuel mais sont fixés pour l'essentiel par la LP et l'ORFI (JEANDIN, La gérance légale d'immeuble, in B1SchK 2015, p. 82 et la référence).

En cas de faillite, la gérance légale d'un immeuble par l'Office commence au prononcé de la faillite et perdure jusqu'à ce que la faillite soit révoquée conformément à l'art. 195 LP, jusqu'à ce que le bien immobilier soit réalisé dans

- 15/29 -

A/4386/2019-CS la liquidation ordinaire ou sommaire de la faillite ou jusqu'à ce que la faillite soit suspendue faute d'actifs au sens de l'art. 230 LP; il n'y a pas d'instauration, ni de réglementation expresse de la gérance légale en cas de faillite car elle fait implicitement partie des tâches de l'Office et de l'administration de la faillite (DEFAGO GAUDIN, op. cit., n° 324 ss et 403).

Lorsque la faillite est suspendue, le créancier gagiste, notamment hypothécaire, peut demander la réalisation du gage en application de l'art. 230a al. 2 LP qui constitue une exécution spéciale (réalisation du gage), menée dans le cadre d'une exécution générale (faillite). Par économie de procédure, cette exécution spéciale n'est toutefois pas transmise à l'Office des poursuites et reste en mains de l'Office des faillites qui exerce donc la gérance légale pendant les opérations de réalisation (ATF 97 III 34, 38, JdT 1972 II 2; ATF 56 III 121; VOUILLOZ, Commentaire Romand, Poursuite et faillite, 2005, n° 25 ad art. 230 LP; VOUILLOZ, La suspension de la faillite faute d'actifs, in : Jusletter du 28 octobre 2019, p. 20 ss). 4.1.2 Les actes de gérance légale sont décrits aux art. 17 et 18 ORFI relatifs à la saisie, applicables également par analogie à la réalisation de gage (art. 101 al. 1 ORFI) et à la faillite (DEFAGO GAUDIN, op. cit., n° 510 et 511). Il s'agit de mesures ordinaires et de mesures exceptionnelles. A teneur de l'art. 17 ORFI, les mesures ordinaires sont toutes celles nécessaires pour entretenir l'immeuble en bon état de rendement ainsi que pour la perception des fruits et autres produits, soit notamment la commande et le paiement de petites réparations, les ensemencements et plantations, la conclusion et le renouvellement des assurances usuelles, la résiliation des baux, l'expulsion des locataires, la conclusion de nouveaux baux, la récolte et la vente des fruits, la rentrée des loyers et fermages au besoin par voie de poursuite, l'exercice du droit de rétention du bailleur, le paiement des redevances courantes (pour le gaz, l'eau, l'électricité, etc.). Cette liste n'est pas exhaustive; il faut notamment y ajouter les primes d'assurances incendie et dégâts d'eau (DEFAGO GAUDIN, op. cit., n° 483). Par contre, les intérêts hypothécaires qui viennent à échéance pendant la durée de la gérance ou qui étaient déjà échus auparavant ne peuvent pas être payés (art. 17 ORFI in fine). Il en va de même de l'impôt foncier (DEFAGO GAUDIN, op. cit., n° 546 et ss). Les mesures impliquant des frais considérables ou autres mesures exceptionnelles (art. 18 ORFI), soit notamment intenter des procès, ne peuvent être entreprises par le gérant légal, s'il n'y a pas péril en la demeure, qu'après avoir consulté les créanciers et le débiteur en leur proposant des solutions précises et en leur fixant un délai pour se prononcer; en l'absence d'accord, le gérant légal demandera à l'autorité de surveillance de trancher. S'il y a péril en la demeure, le gérant légal pourra agir de son propre chef, mais il devra en informer immédiatement les créanciers poursuivants, y compris les créanciers gagistes qui ont intenté des

- 16/29 -

A/4386/2019-CS poursuites, ainsi que le débiteur, en leur indiquant qu'ils peuvent déposer plainte auprès de l'autorité de surveillance. Les mesures qui impliquent des "frais considérables" sont celles dont le coût dépasse les revenus de l'immeuble ou, en l'absence de revenu, dépasse l'avance de frais requise du créancier poursuivant, soit, en résumé, les frais qui excèdent les moyens dont dispose le gérant légal. Les "autres mesures exceptionnelles" sont des réparations que les moyens à disposition permettraient certes d'assumer, mais qui ne sauraient être qualifiées de petites (DEFAGO GAUDIN, op. cit., n° 489 et 490).

4.1.3 D'une manière générale, tout acte de gérance légale doit respecter le critère de nécessité : qu'elles tendent à l'entretien de l'immeuble ou à la perception de ses fruits, les mesures de gérance légale doivent, compte tenu de la fin poursuivie, s'avérer nécessaires. Ce critère peut être compris dans son sens consacré en droits réels : sont nécessaires des mesures indispensables au maintien de la valeur ou de l'utilité de la chose sur laquelle elles portent. Elles ne doivent pas dépasser l'entretien et le maintien de la chose en bon état. Les mesures nécessaires se distinguent des autres mesures, utiles ou somptuaires, qui auraient pour but d'améliorer ou de modifier, peu ou prou, l'utilité ou le rendement de la chose, même si ces mesures peuvent paraître judicieuses du point de vue économique. Des mesures utiles ou somptuaires ne peuvent donc pas être accomplies au titre de la gérance légale (ATF 120 III 152; DEFAGO GAUDIN, op. cit., n° 478, 481, 482 et les références). En substance, ce sont trois activités principales qu'impliquent les mesures de gérance : la préservation de la valeur de l'immeuble en soi, la préservation des capacités productives et de rendement de l'immeuble et la perception des fruits et des autres produits de l'immeuble. Si ce sont essentiellement des mesures qui évitent que l'immeuble ne se dégrade qui sont admises, il peut être envisagé des mesures telles que la remise en état et l'entretien d'un jardin à l'abandon pour faciliter la vente ou en améliorer le produit, dans la mesure où les coûts sont faibles proportionnellement au gain escompté. Les mesures qui sortent de ce cadre doivent être refusées par le gérant, même si les intéressés se mettent d'accord pour le dépasser (ZOPFI, Commentaire ORFI, Conférence des préposés aux poursuites et faillites de Suisse, n° 5, 7 ad art. 17 ORFI, n° 6 ad art. 18 OELP).

4.1.4 Les charges et les frais de l'administration des parties communes d'une PPE – de nature réelle et obligatoire pour les copropriétaires dans la proportion de leur quote-part de copropriété – appartiennent à l'administration normale de l'immeuble dans son ensemble (frais d'entretien courant, de réparation et de rénovation du bâtiment, frais d'administration, primes d'assurances, abonnements ou taxes – chauffage, électricité, gaz, eau – et contributions assises sur l'immeuble dans son ensemble) et sont propres à en conserver la valeur; dès le prononcé de la faillite du propriétaire de l'immeuble, ces charges deviennent des dettes de la masse et, dans la mesure où elles répondent à leur définition restrictive, s'intègrent

- 17/29 -

A/4386/2019-CS aux frais de gestion légale. Ainsi, par exemple, les contributions au fonds de rénovation pour les parties communes appartiennent aux dettes de la masse, mais elles ne font pas partie des charges de gestion légale, car elles constituent des provisions pour charges futures et ne servent pas seulement à conserver la valeur de l'immeuble mais à l'améliorer; elles ne sont donc pas nécessaires pour l'entretien et l'administration de l'immeuble au sens déterminé ci-dessus; le gérant légal n'a par conséquent pas à les honorer de manière privilégiée par rapport aux dettes de la masse, même si les améliorations qu'elles permettent autoriseraient une meilleure réalisation. Par ailleurs, les frais de chauffage des parties communes appartiennent aux dettes de la masse sans restriction et, dans la mesure

où ils sont nécessaires, aux frais de gérance; en revanche, les frais de chauffage des lots inutilisés sous gestion légale n'appartiennent aux dettes de la masse et, partant, aux frais de gestion légale, que dans la mesure où ils sont nécessaires au maintien en bon état du lot (ATF 106 III 118; DEFAGO GAUDIN, op. cit., n° 540 ss; ZOPFI, op. cit., n° 12 ad art. 17 OELP). 4.1.5 Dans son activité, le gérant légal est appelé à percevoir des fonds et à effectuer des paiements. Il est dès lors indispensable que ces opérations financières soient consignées de manière stricte et soient reconnaissables comme telles. Les règles relatives à la comptabilité se situent aux art. 20 et 21 ORFI pour l'exécution spéciale (saisie, réalisation de gage), et aux art. 16 ss OAOF pour l'exécution générale (faillite). Dans l'exécution spéciale (saisie et poursuite en réalisation de gage), les art. 20 et 21 ORFI imposent à l'office de tenir un compte séparé des frais de la gérance (art. 20 al. 1, ORFI), respectivement un compte détaillé des dépenses et recettes de celles-ci (art. 21 al. 1 ORFI). Dans l'exécution générale (faillite), l'Office doit inscrire toutes les opérations pour le compte de la faillite dans le livre de caisse (art. 16 OAOF) et le grand livre (art. 17 OAOF), ainsi que tenir un compte des opérations avec la caisse de consignation (art. 18 OAOF). Les opérations relatives à la gérance légale sont comptabilisées selon ces principes (DEFAGO GAUDIN, op. cit., n° 610 ss). 4.1.6 Le gérant légal est avant tout l'Office des poursuites ou des faillites, lequel intervient ex lege comme organe étatique en charge de l'exécution forcée, sans que le débiteur n'ait son mot à dire (en particulier, l'Office n'a aucune instruction à recevoir du débiteur). Le gérant légal n'est pas le mandataire du débiteur; il assume les tâches que lui assigne la loi. Il en découle une situation quelque peu délicate puisque le gérant légal prend des dispositions qui touchent les droits du débiteur poursuivi tout en agissant avant tout dans l'intérêt du créancier poursuivant (soit le créancier gagiste s'il s'agit d'une poursuite en réalisation gage) ou encore de la masse en faillite (JEANDIN, op. cit., p. 83 et les références). La tâche de gérance légale peut être transférée par l'Office à un tiers, sous la responsabilité de l'Etat (art. 16 al. 3 ORFI). Dans ce cas, le tiers doit présenter les qualifications professionnelles nécessaires, disposer d'une organisation lui

- 18/29 -

A/4386/2019-CS permettant d'assumer le mandat et présenter des garanties d'impartialité et ne doit donc pas être en relation financière ou contractuelle avec l'une ou l'autre des parties à la poursuite, notamment être créancier du propriétaire de l'immeuble (DEFAGO GAUDIN, L'immeuble dans la LP : indisponibilité et gérance légale, 2006, n° 676 et ss). 4.1.7 Le coût global de la gérance légale est composé de deux éléments : l'émolument de gérance légale destiné à rémunérer le gérant légal pour son activité, calculé conformément à l'art. 27 al. 1 et 2 OELP et les frais entraînés par la gérance légale (art. 27 al. 3 OELP) exercée conformément aux principes exposés aux considérants précédents. Ces dispositions, applicables à la gérance légale dans la saisie et la réalisation de gage le sont également à la faillite par renvoi de l'art. 46 al. 2 let. a OELP. Le coût de la gérance est assumé par le produit de réalisation de l'immeuble objet de la gérance, prioritairement au désintéressement du créancier gagiste et aux autres dettes de la masse (DEFAGO GAUDIN, op. cit., n° 588 et 589, pour la faillite; art. 144 al. 3 LP pour la saisie; art. 157 al. 1 LP et art. 113 al. 1 ORFI pour la poursuite en réalisation de gage). Le paiement par préférence des frais relevant de la gérance légale est une atteinte au principe d'égalité des créanciers et représente une exception aux règles ordinaires de collocation. Il se justifie par le maintien de l'immeuble en bon état d'entretien et de rendement, ce qui implique un certain nombre de frais permettant l'occupation de l'immeuble par des locataires ou le propriétaire. Les art. 17,

18, 94 et 95 ORFI fixent les limites de ce privilège (DEFAGO GAUDIN, op. cit., n° 533 et ss).

4.1.7.1 L'émolument pour la gérance légale couvre toutes les opérations de l'Office en relation avec la gérance administrative de l'immeuble et représente la rémunération exhaustive pour la gérance légale. Considéré comme frais de la gérance, il est prélevé, à l'instar de ceux-ci, en priorité sur le produit de la réalisation de l'immeuble (DEFAGO GAUDIN, op. cit., n° 604, 607 et 609).

L'émolument pour la gérance légale d'un immeuble qui n'est pas utilisé et ne produit donc pas de loyers ou de fermage est d'un pour mille de sa valeur d'estimation (art. 27 al. 2 OELP).

Si la gérance est externalisée par l'Office, les honoraires du gérant externe ne sont pas des frais de gérance supplémentaires, ils doivent être payés au moyen de l'émolument (art. 16 al. 3 ORFI; ATF 128 III 476; BOESCH, Commentaire LP OELP, Conférence des préposés aux poursuites et faillites de Suisse, n° 8 ad art. 27 OELP).

4.1.7.2 La couverture des frais de gérance pendant le processus d'exécution forcée est généralement assurée par les revenus de l'immeuble, soit les loyers et fermages. Si ceux-ci sont inexistantes ou n'y suffisent pas, l'Office peut avoir

- 19/29 -

A/4386/2019-CS recours à des avances de la part du créancier poursuivant qui lui seront remboursées au moyen du produit de la réalisation de l'immeuble.

Le système des avances requises du créancier est différent si la gérance légale s'inscrit dans (a) une exécution spéciale (saisie ou réalisation de gage) ou si elle s'inscrit dans (b) une exécution générale par voie de faillite ou encore si elle vise (c) la réalisation d'un gage au profit du créancier gagiste qui l'a requise suite à la suspension de la faillite au sens de l'art. 230a al. 2 LP :

a) dans la saisie ou la poursuite en réalisation de gage, le créancier poursuivant ou le créancier gagiste peut être tenu d'avancer les sommes nécessaires à la couverture des frais permettant la sauvegarde des biens saisis que les produits de l'immeuble ne suffisent pas à financer (art. 105 LP pour la saisie et art. 16 al. 4 ORFI pour la saisie et la réalisation de gage; DEFAGO GAUDIN, op. cit., n° 601; JEANDIN/SABETI, Commentaire Romand, Poursuite et faillite, 2005, n° 2 ad art. 105 LP; GILLIERON, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite II, n° 6 ad art. 105 LP);

b) dans la faillite, en application de l'art. 169 al. 1 LP, celui qui la requiert répond des frais jusqu'à et y compris la suspension des opérations faute d'actifs (art. 230 LP) ou jusqu'à l'appel aux créanciers (art. 232 LP); lorsque le bien est grevé d'un gage – ce qui est le cas en l'espèce – les frais résultant de la gérance légale des immeubles engagés sont normalement couverts par les produits qu'ils engendrent, chaque immeuble engagé supportant uniquement les frais de sa gestion grâce à ses loyers et fermages et au produit de sa réalisation (art. 262 al. 2 LP); en cas d'insuffisance des produits de l'immeuble ou de liquidités, voire de biens rapidement et facilement réalisables dans la masse en faillite, une avance peut être exigée du créancier ayant requis la faillite sur la base de l'art. 169 al. 2 LP pour la couverture des coûts engendrés par la gérance légale; si le juge de la faillite n'a pas ordonné l'avance des frais, l'Office peut l'exiger et encore l'augmenter ultérieurement (DEFAGO GAUDIN, op. cit., n° 588 ss, 602 et 603; COMETTA, Commentaire Romand,

Poursuite et faillite, 2005, n° 3 et 4 ad art. 169 LP; NORDMANN, Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II, n° 6 ad art. 169 LP);

c) si la faillite est suspendue faute d'actifs et que le créancier gagiste requiert la réalisation de l'immeuble engagé en application de l'art. 230a al. 2 LP, l'Office des faillites exigera de lui une avance de frais (art. 68 al. 1 LP) dans un certain délai; si le créancier laisse expirer le délai, il abandonne tacitement son droit de gage; le silence du créancier gagiste entraîne en effet la perte de son unique droit d'exiger la réalisation du gage au sens de l'art. 230a LP – le droit de gage demeurant, le créancier peut toutefois encore introduire une poursuite en réalisation de gage au sens des art. 151 et ss LP (ATF 71 III 168; VOUILLOZ, Commentaire Romand, Poursuite et faillite, 2005, n° 29 ad art. 230a LP);

- 20/29 -

A/4386/2019-CS VOUILLOZ, La suspension de la faillite faute d'actif, in : Jusletter du 28 octobre 2019, p. 22).

En vertu de l'art. 68 LP, applicable de manière générale aux avances de frais, le montant de l'avance, évalué par l'Office des poursuites, doit permettre de couvrir les frais de chaque acte de poursuite requis; il est rectifié si un nouvel examen démontre qu'il n'est pas suffisant pour couvrir les dépenses en vue. L'Office dispose d'une marge d'appréciation pour fixer l'avance dans le cadre des règles posées par l'OELP. Le montant de l'avance doit notamment être détaillé en application de l'art. 3 OELP et ne concerner que les frais effectifs engendrés par les opérations de l'Office; s'ils ne sont pas encore effectifs, les frais présumés sont comptabilisés dans l'avance. L'obligation de verser une avance de frais par le créancier a dans une certaine mesure un but dissuasif, permettant à celui-ci d'évaluer l'opportunité de continuer une poursuite compte tenu des enjeux (ATF 130 III 520 consid 2.1, 2.2 et 2.4; ATF 85 III 81 consid. 3 = JdT 1959 II 89, 93; RUEDIN, Commentaire Romand, Poursuite et faillite, 2005, n° 1, 19 et 21 ad art. 68 LP).

4.1.7.3 Les émoluments perçus par les autorités de poursuite en application de l'OELP, notamment ceux calculés en pourcentage de la valeur d'estimation ou de réalisation d'un bien saisi, sont soumis au principe d'équivalence qui découle du principe de proportionnalité et d'interdiction de l'arbitraire. Ainsi, si le calcul de l'émolument au prorata de cette valeur, sans plafonnement, conduit à un montant manifestement disproportionné avec la valeur objective de la prestation fournie par l'Office, ce dernier doit pratiquer une adaptation de l'émolument (ATF 142 III 648 consid. 3.2 = JdT 2018 II 379; ATF 130 III 225 consid. 2.3 = JdT 2005 II 3).

4.2.1 En l'espèce, la première décision, du 18 novembre 2019, consiste en une demande adressée à la plaignante de payer les frais de la faillite pour la période allant du 1er janvier 2019 au 30 octobre 2019, soit jusqu'à la décision de suspension faute d'actifs, y compris les frais de gérance légale des immeubles gagés en faveur de la plaignante, en 834'427 fr. 38 (8'927 fr. 38 de frais de l'Office genevois + 828'500 fr. de frais de l'Office vaudois).

Cette demande en paiement de frais est fondée sur l'art. 169 al. 1 LP qui prévoit que le requérant en faillite peut être tenu pour responsable des frais de la faillite.

La plaignante ne conteste pas le principe d'assumer les frais de la faillite pour la période susmentionnée, mais le montant requis. Elle ne conteste notamment pas les frais de l'Office genevois, ni d'ailleurs ceux de l'Office vaudois en tant qu'il s'agit de ses propres émoluments, hormis celui de gérance légale.

La plaignante reproche à l'Office d'avoir introduit des frais de gérance légale alors que l'immeuble concerné n'est pas de rendement; de surcroît les frais facturés

- 21/29 -

A/4386/2019-CS indistinctement par l'Office vaudois n'étaient ni effectifs, faute d'avoir été réglés, ni nécessaires au sens des art. 17 et 18 ORFI. Certains devaient par ailleurs être relatifs à des périodes antérieures au prononcé de la faillite, ce qui était toutefois impossible à vérifier, faute de décompte précis et documenté. Finalement l'émolument de gérance légale de 95'907 fr. 01 ne correspondait pas à la valeur des parts de copropriété de la faillie.

4.2.1.2 Contrairement à ce que soutient la plaignante, il découle des développements qui précèdent (supra chiffres 4.1.3, 4.1.4 et 4.1.5) que la gérance légale et les frais qui en découlent ne doivent pas porter uniquement sur des mesures concernant un immeuble de rendement et à en assurer les revenus. La gérance légale doit également garantir le bon état de l'immeuble, le maintien de son utilité et de sa valeur, même s'il n'est pas utilisé et ne génère pas de rendement. Le but est de lui conserver sa valeur de réalisation. Preuve en est d'ailleurs que l'art. 27 al. 2 OELP prévoit un émolument de gérance légale non seulement pour un immeuble de rendement, mais également pour un immeuble non utilisé.

4.2.1.3 L'Office vaudois a requis le paiement d'un montant, sans en donner le détail. Ce n'est qu'ultérieurement, dans le cadre de la présente procédure, qu'il a produit des budgets et décomptes de frais de la PPE qu'il utilise pour établir les frais de gérance. Il n'explique toutefois pas comment il passe de ces budgets et décomptes de PPE aux frais de gérance tels qu'introduits dans le décompte de l'Office genevois, puis au montant finalement imputé à la plaignante dans la décision litigieuse. Cette dernière ne mentionne aucun détail.

Or, le montant requis en l'occurrence sur la base de l'art. 169 LP concerne une période déterminée et échue, pour laquelle un décompte précis des frais de gérance et de liquidation de la faillite peut être établi. Par ailleurs, si l'Office a produit une bonne partie des pièces justificatives à l'appui des décomptes et budgets de PPE – mais en vrac et sans établir le lien avec les rubriques des décomptes et budgets –, il est difficile de vérifier si les frais portent bien sur la période pertinente. L'Office a certes expliqué, tant dans la présente procédure qu'antérieurement lors de séances avec la communauté des propriétaires de la PPE et avec la plaignante, qu'il n'avait introduit que des frais postérieurs à la faillite dans les décomptes de gérance légale, voire même uniquement ultérieurs au 1er janvier 2019; il n'en demeure pas moins que la plaignante, en sa qualité de créancière tenue d'assumer les frais de la faillite, est en droit de disposer d'informations précises et doit pouvoir consulter les pièces justificatives si elle a des doutes (cf. supra chiffre 4.1.6).

En tout état, les décomptes et budgets produits portent sur l'entier des frais de PPE et non pas sur la partie imputable aux seuls lots de la plaignante. Or, l'Office ne

- 22/29 -

A/4386/2019-CS précise pas s'il a bien réduit à la quote-part pertinente le montant mis à la charge de la plaignante.

4.2.1.4 Cette dernière considère également que les frais mis à sa charge ne sont pas effectifs parce que non payés par l'Office. L'effectivité des frais ne découle pas de leur paiement, mais du fait qu'ils ont été réellement exposés, ce qui est le cas des frais allégués par l'Office. Que les frais n'aient pas été payés faute pour l'Office de disposer de liquidités n'est pas pertinent. Le grief est par conséquent sans substance.

4.2.1.5 La plaignante évoque encore le fait que les mesures entreprises et facturées par le gérant légal ne seraient pas "nécessaires" dans le sens déterminé supra sous chiffre 4.1.4, notamment les frais de maintien en fonction de l'intégralité des services hôteliers et techniques pour l'ensemble des bâtiments alors qu'un seul appartement de la résidence est habité à l'année par une famille copropriétaire.

Les Offices vaudois et genevois sont partis du principe que toutes les charges de PPE au sens des art. 712h al. 2 ch. 1 et 3 CC devaient être admises au titre de frais de gestion légale.

La position adoptée par les Offices ne peut être appliquée au cas d'espèce sans nuance. En l'occurrence, la nature et le fonctionnement très spécifiques de la PPE impliquent que des dépenses considérables et non nécessaires sont incorporées dans les charges de PPE, de surcroît pour le maintien en état de marche d'installations somptuaires quasiment inutilisées. Ainsi, le maintien d'un SPA, de deux piscines et de toutes les installations techniques des bâtiments entraîne des factures d'eau et d'électricité, voire de chauffage très élevées et dont l'intégralité ne peut être imputée aux mesures de gérance légale et reportée dans les frais à charge du créancier ayant requis la faillite. En l'état, la Chambre de surveillance ne dispose pas des données suffisantes pour chiffrer la part que l'on peut imputer à la gérance légale et se limitera par conséquent à poser les principes de ce qui doit être retenu ou écarté dans le but que l'Office rende une nouvelle décision.

Sur la base du décompte de charges de PPE des 12 novembre 2019 et 17 février 2020 qui a servi de base à la décision dont est recours (supra B.e et E.a), la Chambre de surveillance considère que les rubriques suivantes font partie de l'entretien et des abonnements ordinaires et nécessaires, d'ailleurs pour des montants peu élevés, et peuvent être admises, dans la proportion des lots de la faillie : G_____, arrosage, jardin, support informatique, vitrerie, réparation boîte- aux-lettres, réparation dalles et chapes, géométrie, vélocité, poulie H_____, plateforme coupe-feu, climatisation, énergie solaire, chauffage, divers, portail automatique, désinfection, fuite d'eau, assèchement, entretien onduleur, sanitaire, extincteurs, taxe déchets, ramonage, nettoyage des parties communes et entretien extérieurs. Les primes d'assurance bâtiment et ECA font également partie des

- 23/29 -

A/4386/2019-CS charges nécessaires et ordinaires, nonobstant leur coût élevé, qui est fonction de la nature particulière du bâtiment assuré.

S'agissant de la fourniture en eau, électricité et combustible pour le chauffage, qui fait également indéniablement partie des frais nécessaires et ordinaires sur le principe, elle pose problème car son caractère nécessaire fait partiellement défaut en l'espèce puisqu'elle a en partie pour but de chauffer à plein régime des parties inoccupées des bâtiments ou de fournir eau et énergie aux piscines, au SPA et à des installations techniques inutilisées ou inutilement coûteuses qu'il conviendrait de désactiver. Il appartiendra à l'Office de déterminer la part des frais à imputer à la gérance légale compte tenu des données qu'il pourra récolter et permettant de déterminer une clé de répartition aussi satisfaisante que possible.

La présence d'un concierge-manager à plein temps sur site contre un salaire très élevé est également incompatible avec la notion de charge ordinaire et nécessaire au sens de l'art. 17 ORFI. Ce d'autant plus que la fonction exacte et le cahier des charges de cette personne n'est pas bien déterminée, alors que son salaire est assumé par les charges de copropriété, sans

qu'il soit certain qu'il déploie réellement, partiellement ou exclusivement, une activité pour celle-ci. En réalité, E_____ semble avoir été engagé pour suppléer à l'absence d'instauration de la structure voulue par l'art. 27 du règlement de copropriété. Concrètement et selon la compréhension de la Chambre de surveillance, il occupe une sorte de fonction d'intendant de l'Hôtel et s'occupe d'un peu tout sur place. A ce titre, il remplit des tâches qui relèvent de l'administration de la PPE, de la gérance technique, voire administrative de l'immeuble; il n'est pas clair de savoir si ses tâches se limitent aux parties communes de la PPE ou si elles s'étendent aussi aux lots représentant les installations communes, propriété de la faillie, ainsi qu'aux lots représentant des appartements, qu'ils soient propriété de tiers ou de la faillie; vraisemblablement, il s'occupe de l'ensemble. Ainsi, dans la mesure où le concierge-manager assume des tâches de gérance, administrative ou technique, qui sont en lien avec les lots de la faillie sous gérance légale, sa rémunération doit être déduite de l'émolument de gérance légale, s'agissant d'une délégation implicite d'une tâche de gérance légale que l'Office devrait effectuer. Dans la mesure où le concierge-manager assume des tâches de gérance administrative ou technique en lien avec les lots de propriétaires tiers, la rémunération de E_____ n'a pas à figurer dans les frais de gérance, ni d'ailleurs de copropriété, mais devrait être facturée à ces propriétaires. Finalement, ce n'est que la rémunération de E_____ pour les tâches techniques en lien avec les parties communes au sens des art. 712h et 712s CC – l'administration de ces parties communes de la PPE étant assumée par F_____ SA – qui devrait rester à charge de la copropriété et donc être introduite dans les frais de gérance à raison de 84.55 %. L'Office sera ainsi invité à déterminer en fonction de ces principes la part de la rémunération de E_____ qui peut être répercutée dans les charges de gérance légale ou compensée avec l'émolument de gérance légale. A priori, au vu des principes qui

- 24/29 -

A/4386/2019-CS viennent d'être posés et de la compréhension de la fonction du concierge-manager par la Chambre de surveillance, seule une très petite part de cette rémunération pourra apparaître directement dans les frais dont l'avance sera requise de la plaignante, la majeure partie devant être vraisemblablement compensée avec l'émolument de gérance ou facturée aux autres copropriétaires.

La Chambre de surveillance émet également quelques doutes quant au rigoureux partage des tâches – et des frais – entre la gérance légale des lots de la faillie – dont il est rappelé qu'ils portent notamment sur des installations communes – et l'administration de la PPE par F_____ SA qui se limite à la gestion des parties communes de la PPE. A l'instar de ce qui a été dit plus haut concernant le concierge-manager, dans la mesure où F_____ SA aurait déployé une activité dépassant celle de l'administrateur de la PPE au sens des art. 712h et 712s CC et relevant en réalité de la gérance légale, elle doit être rémunérée au moyen de l'émolument de gérance légale et ne peut l'être par le compte des frais de gérance légale à charge de la plaignante.

L'Office relève que les copropriétaires ayant acquis des appartements seraient en droit d'exiger la fourniture de toutes les prestations prévues par le règlement de PPE et pourraient agir en responsabilité en cas d'interruption, raison pour laquelle l'intégralité des installations communes et des services hôteliers doit être maintenue en état de marche aux frais de la gérance légale. Il s'agit d'une affirmation qui n'est pas étayée. Il n'est pas prévu que les prestations de base telles que la fourniture en eau, électricité et chauffage ne soient pas prises en charge par la gérance légale si bien que les occupants de l'immeuble n'ont en

principe pas à subir de dommage à cet égard. S'agissant des installations communes sportives et récréatives, elles sont propriété de la faillie qui n'est pas censée en fournir l'usage à la PPE sans rémunération en contrepartie selon le règlement de PPE. Or, le système de rémunération et le règlement n'ont pas vu le jour. En outre, si des dispositions réglementaires en vigueur dans la PPE prévoient en effet un droit d'usage de ces installations – ce qui n'est pas clairement établi en l'état – l'Office est vraisemblablement en mesure, grâce à la majorité des voix dont il dispose, de faire modifier ces dispositions réglementaires devenues totalement inadéquates en raison de l'absence de succès de la commercialisation des appartements de l'Hôtel. En sa qualité de gérant légal, il est en effet autorisé à exercer les droits de copropriétaire de la faillie (art. 23c al. 1 ORFI; art. 712g al. 3 CC). La Chambre de surveillance ne voit donc pas de limite à la possibilité de modifier les charges de copropriété et des frais de fonctionnement de l'Hôtel afin d'en réduire les coûts au vu de sa situation économique catastrophique.

4.2.1.6 La plaignante considère que l'Office s'est trompé dans le calcul de l'émolument de gérance légale car il aurait utilisé la valeur totale de l'Hôtel et non pas uniquement la valeur des lots dont la faillie est propriétaire.

- 25/29 -

A/4386/2019-CS Or, contrairement à ce que soutient la plaignante, l'Office a bien effectué le calcul de l'émolument sur la base de la seule valeur des parts de copropriété de la faillie, étant précisé que l'expertise du 23 mai 2019 ne porte bien que sur les lots de cette dernière, qu'elle estime à 95'775'000 fr. En fixant l'émolument à 95'907 fr. 01, l'Office est bien à proximité du un pour mille de 95'775'000 fr. sans que l'on comprenne toutefois pourquoi il n'a pas retenu 95'775 fr., faute d'explication du montant ci-dessus. Dans ses observations du 20 janvier 2020 (all. 2), l'Office évoque une valeur de l'immeuble sous gérance de 152'000'000 fr. Il doit s'agir d'une erreur, car ce montant ne trouve aucun appui dans la procédure. Enfin, la plaignante considère que l'émolument de gérance légale, calculé au prorata de la valeur très importante de l'immeuble, est d'un montant exorbitant qui n'est plus conforme au principe d'équivalence. A cet égard, la comparaison qu'effectue la plaignante entre l'émolument de gérance légale et les honoraires facturés par F_____ SA en tant qu'administrateur de la PPE (25'784 fr. 55 du

E. 7

février au 12 novembre 2019, dont le 84.55 % 21'800 fr. 83 est imputé à la faillie) n'est pas pertinente. Comme cela a été exposé plus haut, l'activité de F_____ SA est en définitive relativement restreinte (administration des parties communes), au contraire de celle de gérance légale qui doit s'occuper de la plus grande partie des lots de la PPE, soit ceux de la faillie, dont ceux sur lesquels sont sises les infrastructures sportives et de loisir de l'Hôtel, ainsi que les installations logistiques. Eu égard aux enjeux de la gérance légale, à la nature et à la valeur très spéciales de l'immeuble concerné, un montant de l'ordre de 95'000 fr. n'est pas excessif. Il le sera encore moins lorsque l'Office aura procédé aux adaptations demandées plus haut par la Chambre de surveillance qui impliqueront que l'émolument sera utilisé pour rémunérer en partie E_____ et vraisemblablement F_____ SA, si bien qu'une bonne partie des montants qui se cumulaient dans l'ancien décompte de l'Office se compenseront dans le nouveau décompte.

4.2.1.7 En résumé, s'agissant de la décision du 18 novembre 2019, l'Office sera invité à recalculer les frais mis à la charge de la plaignante en application de l'art. 169 LP

conformément aux principes posés dans les considérants qui précèdent.

4.2.2 La seconde décision visée par la plainte, du 19 décembre 2019, consiste dans une demande adressée à la plaignante d'avancer les frais de réalisation du gage immobilier (gérance légale pendant les opérations de réalisation, frais de vente, etc.) en 500'000 fr. L'Office soutient que les charges des lots de PPE de la faillie s'élèvent à 71'045 fr. par mois.

Cette demande d'avance est fondée sur l'art. 68 LP qui prévoit que le créancier en fait l'avance et que l'Office peut différer toute opération dont les frais n'ont pas été

- 26/29 -

A/4386/2019-CS avancés, appliqué dans le contexte de la réalisation du gage requise par le créancier gagiste lorsque la liquidation de la faillite est suspendue faute d'actifs (art. 230a LP).

La plaignante reproche à l'Office d'avoir articulé le montant de l'avance de frais, en 500'000 fr. sans procéder à aucune estimation de ceux-ci et sans expliquer le montant requis. Or, ce montant devait sans doute inclure des charges qui n'étaient pas nécessaires aux opérations de réalisation. Par ailleurs, l'avance de frais par le créancier au sens de l'art. 169 LP était subsidiaire à l'utilisation des fonds tirés de la réalisation du bien engagé pour régler les frais de réalisation et de gérance légale. Enfin, la plaignante contestait que l'Office puisse la menacer de ne pas procéder à la réalisation si aucune avance de frais n'était versée car elle conservait le droit d'intenter une poursuite en réalisation de gage.

4.2.2.1 C'est avec raison que la plaignante reproche à l'Office de ne pas avoir procédé à une évaluation plus fine et mieux motivée de l'avance de frais requise. Il est en effet tenu de le faire selon les principes rappelés plus haut (chiffres 4.1.7.2 et 4.1.7.3). L'Office sera par conséquent invité à détailler et justifier le montant de l'avance qu'il demande.

S'agissant des principes devant guider l'Office dans l'estimation de l'avance, il est renvoyé à ce qui a été dit supra sous chiffres 4.2.1.4 et ss, les mêmes principes prévalant, mutatis mutandis, s'agissant des mesures nécessaires de gérance légale pendant les opérations de réalisation.

4.2.2.2 La plaignante se trompe en revanche lorsqu'elle invoque l'art. 169 LP comme base légale à l'avance des frais en matière de réalisation du gage au sens de l'art. 230a LP. Cette disposition est réservée à l'avance des frais de la faillite jusqu'à la suspension faute d'actif comme elle l'indique expressément. C'est donc la norme générale en matière d'avance de frais en matière de poursuite qui s'applique, soit l'art. 68 LP.

La plaignante considère qu'il ne se justifiait pas en l'espèce de fixer une avance de frais dès lors que le produit de la réalisation de l'immeuble serait sans doute suffisant pour couvrir les frais de réalisation et de gérance légale durant les opérations de réalisation. En tout état, l'avance de frais est subsidiaire à la couverture des frais par la réalisation de l'objet gagé.

L'auteur DEFAGO GAUDIN, (op. cit., n° 601 et ss) semble en effet limiter la possibilité de demander une avance des frais de gérance légale au créancier, que ce soit dans le cadre de la faillite, de la saisie ou de la réalisation de gage, au financement anticipé de mesures exceptionnelles de gérance, le coût des mesures ordinaires de gérance devant être en principe réglé sur le produit de la réalisation du bien sous gérance et donc avancé par l'Office jusqu'à la réalisation.

- 27/29 -

A/4386/2019-CS

Rien ne permet toutefois de le soutenir dans le texte légal ou dans d'autres sources. Une avance a justement pour fonction de couvrir provisoirement des frais exposés par l'Office, alors qu'il ne dispose pas de liquidités et que l'objet à réaliser ne l'est pas encore et n'a donc pas encore permis de dégager des liquidités. C'est d'ailleurs ce qu'exposent la doctrine et la jurisprudence cités supra sous chiffre 4.1.7.2.a et § suivant).

L'Office était ainsi en droit d'exiger une avance comme il l'a fait et aux conditions énoncées dans sa décision du 19 décembre 2020, sous réserve de la motivation du montant de l'avance de frais requise.

4.2.2.3 La plaignante considère finalement qu'elle ne peut être contrainte à fournir l'avance de frais exigée, sous peine de perte de son droit à requérir la réalisation, puisqu'elle peut toujours requérir la poursuite en réalisation de gage contre B_____ SA au sens des art. 151 et ss LP.

S'il est correct que la plaignante conserve la possibilité de requérir en tout temps la poursuite en réalisation de gage, cela n'empêche pas l'Office, dans le cadre d'une requête en réalisation du gage au sens de l'art. 230a LP, d'imposer des conditions telles que celles de l'espèce. En effet, cette dernière disposition offre au créancier gagiste, lorsque la faillite est suspendue faute d'actif, le privilège de procéder immédiatement à la réalisation du gage, sans la faire précéder d'une poursuite complète en réalisation de gage. Il s'agit donc d'un mode de réalisation spécifique, avantageux pour le créancier, mais qui répond à un régime qui lui est propre, impliquant qu'il soit conditionné au versement d'une avance.

4.2.3 En conclusion, la Chambre de surveillance annulera les deux décisions attaquées et invitera l'Office à rendre de nouvelles décisions dans le sens des considérants de la présente décision. 5. La procédure de plainte est gratuite (art. 20a al. 2 ch. 5 LP; art. 61 al. 2 let. a OELP) et ne donne pas lieu à l'allocation de dépens (art. 62 al. 2 OELP). * * * * *

- 28/29 -

A/4386/2019-CS

PAR CES MOTIFS, La Chambre de surveillance :

A la forme : Déclare recevables les plaintes des 28 novembre 2019 et 2 janvier 2020 contre les décisions de l'Office des 18 novembre et 19 décembre 2019 rendues dans le cadre de la faillite de B_____ SA. Ordonne la jonction des causes A/4386/2019 et A/1_____/2020 sous numéro de cause A/4386/2019. Au fond : Annule lesdites décisions. Invite l'Office à rendre de nouvelles décisions dans le sens des considérants.

Siégeant : Monsieur Jean REYMOND, président; Madame Natalie OPPATJA et Monsieur Mathieu HOWALD, juges assesseurs; Madame Christel HENZELIN, greffière.

Le président :

Jean REYMOND

La greffière :

Christel HENZELIN

- 29/29 -

A/4386/2019-CS Voie de recours : Le recours en matière civile au sens de l'art. 72 al. 2 let. a de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110) est ouvert contre les décisions prises par la Chambre de surveillance des Offices des poursuites et des faillites, unique autorité cantonale de surveillance en matière de poursuite pour dettes et faillite (art. 126 LOJ). Il doit être déposé devant le Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, dans les dix jours qui suivent la notification de l'expédition complète de la présente décision (art. 100 al. 1 et 2 let. a LTF) ou dans les cinq jours en matière de poursuite pour effets de change (art. 100 al. 3 let. a LTF). L'art. 119 al. 1 LTF prévoit que si une partie forme un recours ordinaire et un recours constitutionnel, elle doit déposer les deux recours dans un seul mémoire. Le recours doit être rédigé dans une langue officielle, indiquer les conclusions, en quoi l'acte attaqué viole le droit et les moyens de preuve, et être signé (art. 42 LTF). Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.