



PARTIE I : La récupération du gardien et du concierge

Les textes en application

Secteur privé décret n°87-713 du 26 août 1987

Secteur HLM décret n°82-955 du 9 novembre 1982

Décret n°2008-1411 du 19 décembre 2008

L'entretien des parties communes et l'élimination des rejets sont des services rendus aux locataires d'un immeuble. Ces services peuvent être réalisés de différentes manières; par l'appel d'une entreprise qui exécutera des prestations, comme le nettoyage des parties communes dans ce cas. Le coût des services assurés par le biais d'un contrat d'entreprise est récupérable sur le locataire dans sa totalité, toutes taxes comprises. Ces services peuvent aussi être effectués par le bailleur en régie, c'est-à-dire par le gardien, le concierge ou l'employé d'immeuble seul. Il n'était pas rare de constater que les prestations de nettoyage des parties communes étaient effectuées par le gardien, le concierge ou l'employé d'immeuble couplées avec une entreprise pour l'assister ou le seconder dans ses tâches, surtout dans les grands ensembles immobiliers où l'activité de gardien ou de concierge avait évolué vers d'autres tâches, telles que l'accueil des locataires ou la surveillance des entreprises qui interviennent dans l'immeuble.

En se fondant sur le décret de 1987 (avant la modification de 2008), les locataires qui contestaient cette pratique gagnaient auprès de la cour de cassation (Cass. Civ III : 7.5.02) et (Cass. Civ III : 27.9.06) qui avait pour ainsi dire créé une jurisprudence très défavorable aux bailleurs car, en vertu du décret du 26 août 1987 (art. 2-c et 2-d), la récupération de la rémunération du gardien à hauteur de 75% ou de l'employé d'immeuble à hauteur de 100% n'était possible que si l'un ou l'autre exerçait cumulativement les deux tâches : à savoir l'entretien des parties communes et l'élimination des rejets.

En effet, lorsque l'une de ces tâches était déléguée à une autre personne que le gardien, le bailleur se voyait donc refuser systématiquement la possibilité de récupérer une quelconque part de la rémunération du gardien, dès lors que ce dernier n'exerçait pas les deux tâches de manière cumulative (Cass. Civ III : 7.5.02) et exclusive (Cass. Civ III : 27.9.06).

Sous la pression des bailleurs, une modification du décret de 1987 a été faite.

C'est pour cela que le décret du 19 décembre 2008 a assoupli les modalités de récupération des frais de rémunération du gardien d'immeuble, lorsque celui-ci n'effectue pas cumulativement l'entretien des parties communes et l'élimination des rejets.

Le décret du 19 décembre 2008 a donc modifié le décret n° 82-955 du 9 novembre 1982 applicable au secteur HLM et celui du 26 août 1987 (l'article 2 du décret n° 87-713) pour le parc locatif privé, en fixant la liste des charges récupérables en ce sens qu'il existe désormais quatre taux de récupération applicables selon les cas, et sous certaines conditions à la rémunération du personnel de l'immeuble employé par le bailleur.

Le gardien ou le concierge assure cumulativement l'entretien des parties communes et l'élimination des rejets

Les dépenses liées à la rémunération et aux charges sociales et fiscales y afférentes sont toujours récupérables sur les locataires à hauteur de 75% lorsque le gardien ou le concierge assure cumulativement l'entretien des parties communes et l'élimination des rejets.

La nouveauté introduite par le décret de 2008 est que cette récupération reste possible même si un tiers intervient pendant ses repos hebdomadaires et ses congés, en cas de force majeure, d'arrêt de travail ou si le gardien ou le concierge est dans l'impossibilité matérielle ou physique temporaire d'effectuer seul les deux tâches. Les notions de "tiers" et "d'impossibilité matérielle ou physique temporaire d'effectuer seul les deux tâches" ne sont toutefois pas définies par le texte..

1 - Lorsqu'un tiers intervient pendant les repos hebdomadaires et les congés prévus dans les clauses du contrat de travail

Cette nouveauté a pour conséquence de permettre au locataire d'exiger la mise à disposition du contrat de travail afin de contrôler ce point. Par ailleurs, si le bailleur a recours à un couple de gardiens ou de concierges qui se partagent l'entretien des parties communes et l'élimination des rejets, le décret précise que ce couple qui assure les deux tâches au titre d'un contrat de travail commun sera assimilé à un personnel unique (un seul gardien).

2 - En cas de force majeure

Le décret introduit une notion juridique empruntée au droit de la responsabilité, qui a toujours suscité des controverses sur sa définition même et des appréciations différentes selon les tribunaux en fonction des circonstances. Traditionnellement, un événement revêt le caractère de force majeure lorsqu'il est extérieur à la personne, irrésistible (on ne peut l'arrêter) et imprévisible. Mais de plus en plus, seul le critère d'irrésistibilité est utilisé. Concrètement, pour le gardien ou le concierge, le recours à une entreprise extérieure sera admis lorsque les événements font qu'il n'est pas possible de faire autrement. Les tribunaux nous diront au fur et à mesure des contentieux quels sont les cas concernés.

3 - En cas d'arrêt de travail

Il s'agit des arrêts pour maladie ou accident entraînant la suspension du contrat de travail

4 - En raison de l'impossibilité matérielle ou physique temporaire pour le gardien ou le concierge d'effectuer seul les deux tâches
Le caractère "temporaire" ne concerne que l'impossibilité physique, l'impossibilité matérielle pouvant, elle, être définitive ou temporaire. Il semble indispensable d'exiger, pour que la dépense de personnel soit récupérable malgré le recours à un tiers, que le salarié, placé dans un cas d'impossibilité matérielle ou physique, accomplisse effectivement un peu des deux tâches cumulativement.

En clair, l'impossibilité du gardien ou concierge doit être partielle (à distinguer de temporaire). Autrement dit, le salarié doit au moins pouvoir faire un peu des deux tâches pour que la dépense soit récupérable.

Si l'impossibilité est totale, en ce cas, le pourcentage de récupération correspondant doit être appliqué. S'il est impossible de faire même un peu l'une des deux tâches, la récupération passe à 40%. S'il est impossible de faire même un peu de ces deux tâches, il est impossible de récupérer la dépense de personnel.

Le gardien ou le concierge n'assure que l'une ou l'autre des deux tâches

Le texte introduit une possibilité de récupération partielle de la rémunération du gardien ou du concierge, alors qu'auparavant, la jurisprudence ne l'admettait pas (Cass. Civ III : 7.5.02). Les dépenses liées à sa rémunération et aux charges sociales et fiscales y afférentes sont désormais récupérables sur les locataires à hauteur de 40%, y compris lorsqu'un tiers intervient pendant ses repos hebdomadaires et ses congés, ou en cas de force majeure, d'arrêt de travail ou si le gardien/concierge est dans l'impossibilité matérielle ou physique temporaire d'effectuer seul les deux tâches.

PARTIE II : La récupération de l'employé d'immeuble et le personnel d'encadrement technique

Secteur privé décret n°87-713 du 26 août 1987

Secteur HLM décret n°82-955 du 9 novembre 1982

Décret n°2008-1411 du 19 décembre 2008

L'employé d'immeuble

Alors que dans son ancienne rédaction, le décret prévoyait que l'employé d'immeuble devait assurer l'entretien des parties communes et l'élimination des rejets pour que la récupération puisse avoir lieu, l'article 2-d du décret du 26 août 1987 modifié prévoit désormais qu'il peut alternativement exercer l'une ou l'autre tâche. La condition d'exercice cumulatif des deux tâches a été supprimée.

Le coût des prestations de ou des employés d'immeuble est intégralement récupérable (100%) dès lors qu'ils assurent l'entretien des parties communes «ou» l'élimination des rejets (et non pas les deux cumulativement comme dans la rédaction antérieure).

Le coût récupérable des services assurés en régie et le personnel d'encadrement technique

Le décret de 2008 a ajouté une nouvelle série de charges récupérables : les dépenses de personnel d'encadrement technique chargé du contrôle direct du gardien, du concierge ou de l'employé d'immeuble lorsque les services sont assurés en régie. Ces dépenses d'encadrement sont récupérables sur les locataires à concurrence de 10% de leur montant. Il doit s'agir d'un encadrement technique, de contrôle direct qui doit consister exclusivement en des tâches de supervision et de contrôle du travail effectué. Cela suppose que ce personnel d'encadrement soit sur le terrain et en lien direct avec la personne qu'il est chargé de contrôler, donc sans intermédiaire.

Quant aux personnes encadrées, il doit s'agir du gardien, du concierge, du ou des employés d'immeubles. Cela exclut la possibilité pour le bailleur de pouvoir récupérer le salaire du personnel d'encadrement qui ne fait que contrôler les entreprises extérieures par exemple. Cela exclut aussi la récupération lorsque le contrôle porte sur d'autres personnels du bailleur.

Plusieurs questions d'interprétation restent en suspens. Ainsi, que se passe-t-il si le personnel qu'il s'agit de contrôler n'effectue aucune tâche récupérable ?

Quant au montant de la récupération, "les dépenses d'encadrement sont exigibles au titre des charges récupérables à concurrence de 10% de leur montant". Sur ce point également, les difficultés d'interprétation foisonnent.

En effet, le décret parle de "dépenses d'encadrement". Or, on sait que l'encadrement peut être une partie seulement des tâches effectuées par la personne. Elles apparaissent d'ailleurs dans les différentes conventions collectives applicables aux personnels d'immeuble aux côtés d'autres tâches (administratives, entretien). Dès lors, en faisant porter le pourcentage de récupération sur les "dépenses d'encadrement", le décret semble nous dire que le pourcentage de récupération n'est pas à appliquer sur l'ensemble de la rémunération, mais uniquement sur les dépenses d'encadrement.

Il faudrait donc, si l'on s'en tient à la lettre du décret, calculer d'abord la part de la dépense d'encadrement dans la rémunération, et ensuite lui affecter le pourcentage. En pratique, le calcul n'est pas compliqué puisque ces tâches sont traduites en cotations et unités de valeur dans les conventions collectives et dans les contrats de travail. Même si cette solution ne semble pas correspondre à l'esprit du texte, il faut bien reconnaître que le décret est mal rédigé sur ce point.

Autre point d'interprétation possible : le décret reprend l'expression ambiguë "à concurrence de". Or, cette expression est parfois interprétée comme introduisant un nombre fixe ou déterminé, mais elle est également interprétée à l'inverse, comme fixant un plafond (voir notamment en ce sens : Paris, 6^{ème} ch., 18 juillet 2008 Croissance Pierre II c/ Association des locataires de croissance Pierre II).

Dès lors, on pourrait tout à fait lire le texte de la manière suivante : concernant le personnel d'encadrement, le pourcentage de la personne récupérable correspond à la part de la rémunération portant sur les tâches d'encadrement, sans que cette part ne puisse dépasser 10% de la rémunération totale.

Enfin, la dernière interprétation possible est celle qui s'inspire de l'esprit du texte, qui consiste à dire que la rémunération du personnel d'encadrement est récupérable pour 10% de son montant. Trois interprétations pour un texte aussi important, qui se doit donc d'être clair, ça n'est pas satisfaisant.

Le texte ne dit rien sur la nature des dépenses à prendre en compte. Il faut donc se référer au b) du décret qui pose le principe de la récupération de la rémunération et des charges sociales et fiscales. Notons encore une fois que le décret est mal rédigé sur le point de savoir si la liste des éléments qui ne sont pas retenus dans les dépenses récupérables (mentionnée au c) de l'article 2 du décret s'applique aussi aux dépenses du personnel d'encadrement. En effet, l'alinéa 7 de l'article 2 du décret précise : "les éléments suivants ne sont pas retenus dans les dépenses mentionnées dans les deux premiers alinéas". Or, les deux premiers alinéas du décret incluent bien les dépenses du personnel d'encadrement, mais n'incluent pas la rémunération du gardien ou du concierge. Cette lecture du texte est incohérente, mais elle est pourtant bien dictée par la lettre du décret qui a confondu les deux premiers alinéas de l'article avec les deux premiers alinéas du c) de l'article.

On a donc bien une mauvaise rédaction du texte qui aurait dû, s'il avait voulu viser uniquement les dépenses liées aux gardiens et concierges, employer la formule : "les éléments suivants ne sont pas retenus dans les dépenses mentionnées dans les deux alinéas précédents". Encore une fois, il faudra choisir entre la lettre du texte et son esprit : ce qui risque de faire naître des contentieux.

Les dépenses de personnel à prendre en compte

Le décret n'a pas été modifié sur un point. Ce sont donc les notions de rémunération, de charges sociales et fiscales qui doivent être prises en compte, sauf exceptions mentionnées aux c) et d) du décret.