

N° 36/2024

Droit du bail

Publication annuelle
du Séminaire sur le droit du bail
Université de Neuchâtel

IMPRESSUM

Droit du bail

Publication annuelle du Centre Bail et PPE
Université de Neuchâtel
N° 36/2024

Edition et administration

Centre bail et PPE
Université de Neuchâtel
Avenue du 1^{er}-Mars 26
CH-2000 Neuchâtel
Téléphone +41 32 718 12 60
Courriel : seminaire.bail@unine.ch
Internet : www.bail.ch
Secrétaire : Sylvia STÄHLI

Parution

Dernier trimestre de chaque année. 1^{re} année : 1989

Abonnement

CHF 35.– par an. Sauf avis contraire avant le
15 septembre de chaque année, l'abonnement est
renouvelé sans formalité.

Manière de citer

[AUTEUR], [Titre], DB 2024 N 36

Reproduction

La reproduction de textes n'est admise qu'avec
l'autorisation expresse de l'éditeur et avec l'indication
exacte de la source.

Comité de rédaction

Présidence : François BOHNET, professeur et avocat spécialiste
FSA en droit du bail, Neuchâtel
Blaise CARRON, professeur, Neuchâtel, avocat
spécialiste FSA en droit du bail, Berne
Membres : Philippe CONOD, ancien professeur associé,
Neuchâtel, avocat spécialiste FSA en droit du
bail, Lausanne
Marie-Laure PERCASSI, docteure en droit
et collaboratrice scientifique, Neuchâtel,
avocate, Lausanne
Pierre WESSNER, professeur honoraire, Neuchâtel

Ont également collaboré à ce numéro :

Valérie DÉFAGO, professeure, Neuchâtel
Aurélié GANDOY, docteure en droit et avocate, chargée de
cours, Fribourg
Pascal JEANNIN, docteur en droit et avocat, Neuchâtel, greffier-
rédacteur au Tribunal du travail, Valais
Baptiste PIGNOLET, assistant-doctorant et titulaire du brevet
d'avocat, Neuchâtel
Placidus PLATTNER, avocat, Zurich (traductions en allemand)
Giuditta RAPELLI-AIOLFI, avocate et notaire, Lugano (traductions
en italien)
Valentin RÉTORNAZ, juge au Tribunal des districts d'Hérens et de
Conthey, Valais
Xavier RUBLI, avocat spécialiste FSA en droit du bail, Lausanne
Pierre STASTNY, avocat, Genève
Carole WAHLEN, avocate spécialiste FSA en droit du
bail, Lausanne
Yan WOJCIK, assistant-doctorant et titulaire du brevet
d'avocat, Neuchâtel

ISSN

1661-5409

Éditorial	2
Abréviations	3
Bibliographie	4
Jurisprudence	6
1. Dispositions générales	6
2. Protection contre les loyers abusifs	26
3. Protection contre les congés	39
4. Autorités et procédure	44
5. Divers	64
Actualité jurisprudentielle	81

L'année 2024 a débuté par le dépôt par l'ASLOCA, le 16 janvier 2024, de deux référendums relatifs à des modifications du Code des obligations en matière de bail à loyer. Le premier projet de loi visé avait pour but d'autoriser la sous-location uniquement avec le consentement écrit du bailleur et prévoyait également la possibilité de refuser une sous-location prévue pour plus de deux ans ou présentant des inconvénients majeurs pour le bailleur. Quant au deuxième projet de loi concerné, il avait pour objectif de simplifier les résiliations du bail pour besoin propre du bailleur, en assouplissant les conditions relatives à l'urgence. Les deux projets ont été rejetés lors de la votation populaire du 24 novembre 2024 (à 51,58 % pour le premier et à 53,83 % pour le deuxième).

Par ailleurs, la Commission des affaires juridiques du Conseil national a adopté deux projets, le premier visant à limiter les possibilités de contestation du loyer initial (initiative parlementaire 16.451) et le second à faciliter l'établissement de la preuve des loyers usuels dans la localité ou le quartier (initiative 17.493). Le Conseil national devrait traiter ces deux projets au printemps 2025. De son côté, le Conseil fédéral a procédé à une consultation concernant la révision de l'Ordonnance sur le bail à loyer et le bail à ferme d'habitations et de locaux commerciaux (OBLF). Les modifications ont pour but d'adopter des mesures rapidement applicables pour modérer la hausse des loyers et à simplifier les prescriptions de forme encadrant l'échelonnement des loyers. Mentionnons également le postulat « Décomptes des frais accessoires d'énergie et de chauffage. Transparence accrue pour les locataires et normalisation des décomptes pour les bâtiments publics et privés » (24.3571) déposé par le Conseiller national Bruno Storni, ainsi que la motion « Rattacher l'Office fédéral du logement au Département fédéral de l'intérieur et relancer un plan d'action pour des loyers abordables » (24.3402) déposée par le Groupe socialiste au Conseil national.

Enfin, la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel a organisé cette année le 23^e Séminaire sur le droit du bail, qui s'est tenu les 4 et 5 octobre 2024 ainsi que les 18 et 19 octobre 2024. Les sujets présentés lors de cette manifestation ont fait l'objet de six contributions écrites dans un ouvrage édité par François Bohnet et Blaise Carron, professeurs à l'Université de Neuchâtel.

Pour le Comité de rédaction

François Bohnet

Blaise Carron

Marie-Laure Percassi



AG	= SA	LDTR/GE	Loi sur les démolitions, transformations et rénovations de maisons d'habitation (mesures de soutien en faveur des locataires et de l'emploi) du 25 janvier 1996 (RS/VD L 5 20)
al.	alinéa(s)	LTF	Loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (RS 173.110)
AnwG/SG	Anwaltsgesetz du 11 novembre 1993 (RS/SG 963.70)	m²	mètre(s) carré(s)
art.	article(s)	mp	Mietrechtspraxis
ATF	Arrêts du Tribunal fédéral (recueil officiel)	MRA	MietRecht Aktuell
BJM	Basler juristische Mitteilungen	N	numéro marginal (numéros marginaux)
BK	Berner Kommentar	n°	numéro(s)
BSK	Basler Kommentar	nbp	note de bas de page
c.	considérant(s)	NE	Neuchâtel
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)	OBLF	Ordonnance du 9 mai 1990 sur le bail à loyer et le bail à ferme d'habitations et de locaux commerciaux (RS 221.213.11)
CdB	Cahiers du bail	op. cit.	<i>opus citatum</i> (œuvre citée)
cf.	<i>confer</i>	OR	= CO
ch.	chiffre(s)	p.	page(s)
CHF	franc(s) suisse(s)	p. ex.	par exemple
CHK	Handkommentar zum Schweizer Privatrecht	PBR/SG	Prüfungs- und Bewilligungsreglement für Rechtsanwälte und Rechtsagenten (RS/SG 963.73)
CIA	Concordat intercantonal sur l'arbitrage	PC CPC	Petit commentaire CPC
CO	Code des obligations du 30 mars 1911 (RS 220)	PJA	Pratique juridique actuelle
comp.	comparer, comparaison	RC	responsabilité civile
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0)	RDS	Revue de droit suisse
CPC	Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (RS 272)	RDTR/GE	Règlement d'application de la loi sur les démolitions, transformations et rénovations de maisons d'habitation du 29 avril 1996
CPra Bail	Commentaire pratique, Droit du bail à loyer et à ferme	réf. cit.	référence(s) citée(s)
CPra Actions	Commentaire pratique, Actions civiles	RJB	Revue de la Société des juristes bernois
CR	Commentaire romand	RO	Recueil officiel
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101)	RULV	Règles et usages locatifs du canton de Vaud
DB	Droit du bail	RS	Recueil systématique du droit fédéral
DK	Dike Kommentar	RS/[abr.]	Recueil systématique du canton concerné
éd.	édition	RSJ	Revue Suisse de Jurisprudence
édit.	éditeur(s)	RSPC	Revue suisse de procédure civile
ég.	également	s.	et suivant(e)
etc.	<i>et caetera</i>	SA	société anonyme
FF	Feuille fédérale	Sàrl	société à responsabilité limitée
FR	Fribourg	SG	Saint-Gall
GE	Genève	SJ	Semaine judiciaire
HG/ZH	Handelsgericht de Zurich	SK	Schulthess Kommentar
IPC	Indice des prix à la consommation	ss	et suivant(e)s
JdT	Journal des Tribunaux	SVITK	SVIT Kommentar
KG/SG	Kantonsgericht de Saint-Gall	TC/FR	Tribunal cantonal fribourgeois
KUKO	Kurzkommentar	TF	Tribunal fédéral
LBFA	Loi fédérale sur le bail à ferme agricole du 4 octobre 1985 (RS 221.213.2)	vol.	volume
let.	lettre	VD	Vaud
LN/NE	Loi sur le notariat du 26 août 1996 (RS/NE 166.10)	VS	Valais
LNo/VD	Loi sur le notariat du 29 juin 2004 (RS/VD 178.11)	ZGB	= CC
LN/VS	Loi sur le notariat du 15 décembre 2004 (RS/VS 178.1)	ZH	Zurich
LP	Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1889 (RS 281.1)	ZK	Zürcher Kommentar
LPAg/VD	Loi sur la profession d'agent d'affaires breveté du 20 mai 1957 (RS/VD 179.11)	ZMP	Zürcher Mietrechtspraxis
		ZPO	= CPC

Publications récentes

Etat au 28 octobre 2024

- BIBER I., Coworking : Was gibt es mietrechtlich zu beachten ?, Jusletter 18 mars 2024 (18 pages)
- BIBER I., Coworking : Eine mietrechtliche Einordnung, MRA 1/2024, p. 1-17 (17 pages)
- BIERI L., Le rendement net impliqué par le rendement brut des immeubles locatifs, PJA 11/2023, p. 1241-1246 (6 pages)
- BIERI L., Pluralité de victimes en cas de refus discriminatoire de conclure un bail, in : Meier/Tappy (édit.), *Jurisconsultus es, iuris nihil a te alienum putamus*, Berne 2023, p. 41-43 (2 pages)
- BIERI L., Présomption d'ignorance du locataire et formule officielle : un exemple de dialogue entre la doctrine et la jurisprudence, in : Peroz/Haldy/Piotet (édit.), *Du Plaict aux plaideurs : Mélanges en l'honneur du Professeur Denis Tappy*, Berne 2024, p. 37-40 (4 pages)
- BOHNET F., Les délais en droit du bail : 20 ans après, in : Bohnet/Carron (édit.), *23^e Séminaire sur le droit du bail*, Bâle/Neuchâtel 2024, p. 1-49 (49 pages)
- BRAUN A., Strom als Verbraucher- und Nebenkosten, mp 2/2024, p. 91-118 (28 pages)
- BRUTSCHIN S., Mietzinserhöhungen während eines hängigen Anfechtungsverfahrens, mp 1/2024, p. 7-22 (16 pages)
- CARRON B./CORTHAY G., L'enrichissement illégitime en droit du bail, in : Bohnet/Carron (édit.), *23^e Séminaire sur le droit du bail*, Bâle/Neuchâtel 2024, p. 51-114 (64 pages)
- DAÏNA N., La détermination du loyer admissible : La jurisprudence et l'économie évoluent-elles dans des mondes parallèles, ou se trouvent-elles à la croisée des chemins ?, Bâle 2023 (118 pages)
- DIETSCHY P., L'organisation judiciaire et la réalisation des droits en matière de bail, in : Bohnet/Carron (édit.), *23^e Séminaire sur le droit du bail*, Bâle/Neuchâtel 2024, p. 191-228 (38 pages)
- FUCHS N., Prozessuale Fallstricke des Mietersausweisungsverfahrens, RJB 159/2023, p. 727-759 (33 pages)
- GANDROY A., L'expulsion en matière de bail à loyer : éléments choisis de procédure au regard de la révision du Code de procédure civile entrant en vigueur le 1^{er} janvier 2025, RSPC 5/2024, p. 545-556 (12 pages)
- GANDROY A., La liquidation des rapports de bail à loyer : aspects de droit matériel et de procédure, Thèse Neuchâtel, Bâle/Neuchâtel 2024 (462 pages)
- GANDROY A., La liquidation des rapports de bail à loyer : la théorie au service de la pratique, in : Bohnet/Carron (édit.), *23^e Séminaire sur le droit du bail*, Bâle/Neuchâtel 2024, p. 265-309 (44 pages)
- GERMANN P., Lorsque la créance de loyer rencontre la procédure de poursuite, JdT 2024 II, p. 25-44 (20 pages)
- GRELL B., Anfangsmietzinsanfechtung : Wichtige prozessuale Weichenstellungen des Bundesgerichts, Jusletter 12 août 2024 (5 pages)
- GURBANOV T., VOLPER M., Les loyers du quartier : probatio diabolica, Revue de l'avocat 10/2023, p. 420-421 (2 pages)
- JAQUES C., Nature juridique des garanties locatives et des assurances de garantie de loyer, JdT 2024 II, p. 4-24 (21 pages)
- JAQUES M., Conclusion d'un nouveau bail. Une hausse de loyer au changement de locataire peut-elle être motivée par la méthode relative ? Une réserve de hausse peut-elle être constituée, dans la mesure où le bailleur n'appliquerait qu'une hausse partielle – voire aucune hausse – sur le nouveau loyer ?, CdB 1/2024, p. 1-4 (4 pages)
- LACHAT D., Geschäftsführung ohne Auftrag im Mietrecht, mp 3/2024, p. 183-215 (33 pages)
- LÉCHOT L., Droit du bail et pandémie : quels droits pour les cafetiers-restaurateurs ?, Genève/Zurich 2024, p. 1-57 (57 pages)
- MAGISTRINI L., Expulsion en cas clairs : plus rien n'est clair ?, Revue de l'avocat 10/2023, p. 413-416 (4 pages)
- PASQUIER B., ZERMATTEN L., Contrat de performance énergétique et droit du bail, Revue de l'avocat 11-12/2023, p. 502-509 (8 pages)
- PERCASSI M.-L., La Protection des données dans le domaine du bail à loyer, in : Bohnet/Carron (édit.), *23^e Séminaire sur le droit du bail*, Bâle/Neuchâtel 2024, p. 229-263 (35 pages)
- RUBLI X., Contestation de hausse de loyer : mode d'emploi, Revue de l'avocat 10/2023, p. 422-429 (8 pages)



- STASTNY P., La commission de conciliation en matière de baux et loyers : une institution à cultiver et à transmettre, in : Mirimanoff A. J. (dir.), Genève et la médiation : essor des modes amiables de prévention et de résolution des différends et d'autres approches de pacification sociale, Genève 2023 (21 pages)
- STASTNY P., L'usage de la chose louée, in : Bohnet/Carron (édit.), 23^e Séminaire sur le droit du bail, Bâle/Neuchâtel 2024, p. 115-187 (73 pages)
- WAHLEN C./BERNEY F., Un point de situation sur la dégradation des droits des locataires, Plaidoyer 4/2024, p. 24-29 (6 pages)
- WEBER R., Festsetzung und Anfechtung des Anfangsmietzinses, mp 4/2023, p. 247-280 (34 pages)
- WEINHOLD J., Überwälzbarkeit der Gebühren für Grüncontainer/Bioabfall, MRA 3/2023, p. 141-147 (7 pages)
- WEISSENBERGER K., Louer dans les règles de l'art : un guide pratique pour les propriétaires, Berne 2024 (36 pages)
- WEISSENBERGER K., Korrekt vermieten : ein Leitfaden für Eigentümerinnen und Eigentümer, Berne 2024 (24 pages)
- WEISSENBERGER K., Die Wohnungsübergabe : Ein Leitfaden für Eigentümerinnen und Eigentümer, Berne 2024 (28 pages)
- WYSSEN M., Dispense de frais en droit du bail : les résultats en pratique, Revue de l'avocat 10/2023 p. 417-419 (3 pages)

1. Dispositions générales

1

TF 4A_143/2023 (10.10.2023)

Xavier Rubli

Sous-location et double résiliation

Le Tribunal fédéral rappelle les principes applicables en matière de sous-location. Il confirme en outre sa jurisprudence autorisant la notification d'une résiliation anticipée, doublée d'une résiliation ordinaire, et valide le procédé consistant à adresser les congés simultanément et sous des plis séparés.

Art. 257f al. 3, 262 CO

Das Bundesgericht ruft die Grundsätze in Erinnerung, welche für Untermietverhältnisse gelten. Es bestätigt ferner seine Rechtsprechung, wonach es zulässig ist, eine vorzeitige Kündigung mit einer ordentlichen Kündigung zu verbinden und bestätigt auch, dass es zulässig ist, wenn die beiden Kündigungen gleichzeitig, aber mit separaten Sendungen zugestellt werden.

Art. 257f Abs. 3, 262 OR

Il Tribunale federale ricorda i principi applicabili in materia di sublocazione. Conferma inoltre la sua giurisprudenza che autorizza la notifica di una disdetta anticipata, accompagnata da una disdetta ordinaria, e valida la prassi di inviare entrambe le disdette contemporaneamente e in buste separate.

Art. 257f cpv. 3, 262 CO

1. En avril 1997, la locataire A. a loué un appartement de 2 pièces à Genève dans l'immeuble X. à la bailleuse B. SA. Quelques mois plus tard, les mêmes parties ont conclu un contrat de bail à loyer portant sur une place de parc.
2. Le 20 septembre 2019, une mise en demeure de réintégrer son logement dans un délai de 30 jours, sous peine de résiliation, a été adressée à la locataire, car elle le sous-louerait et occuperait l'appartement loué par sa sœur C. dans l'immeuble Y. Cet envoi a été retourné à la régie avec la mention « non réclamé ».
3. C. a aussi été mise en demeure de réintégrer son logement par courrier du même jour, la régie ayant appris qu'elle était officiellement domiciliée dans un autre logement de 6 pièces dans l'immeuble Z. dont elle était cotitulaire du bail avec son époux D. depuis 1994. Par courrier du 13 octobre 2019, C. a répondu qu'elle n'avait jamais sous-loué son logement de l'immeuble Y., joignant à son envoi une attestation officielle indiquant qu'elle y était domiciliée depuis le 9 octobre 2019.
4. B. SA a alors diligenté un enquêteur pour déterminer la domiciliation de A. et l'identité de la personne occupant le logement dans l'immeuble X. Du rapport de ce dernier, il est ressorti que l'adresse officielle de A. se situe dans l'immeuble X. depuis 2006 et qu'avant elle avait notamment été domiciliée dans le logement de l'immeuble Y. du 1^{er} janvier 1995 au 14 juin 2006. Par ailleurs, la locataire détenait une ligne téléphonique à l'appartement de l'immeuble Y., un abonnement auprès des services industriels pour celui de l'immeuble X. et une carte grise avec l'adresse de l'immeuble Y. ; elle recevait son courrier aux deux adresses. Enfin, à la suite de surveillances entre novembre et décembre 2019, l'enquêteur est arrivé à la conclusion que A. ne vivait pas dans l'immeuble X., mais occupait de manière permanente le logement de sa sœur dans l'immeuble Y., celle-ci habitant dans l'immeuble Z. La boîte aux lettres de l'appartement de l'immeuble X. était vidée une fois par semaine et le logement occupé de manière sporadique, quelques jours par mois. Le concierge a déclaré voir quelques fois par mois un homme d'une quarantaine d'années entrer et sortir du logement.
5. Par le biais d'envois séparés, sous plis simples et recommandés, tous datés du 18 février 2020, B. SA a résilié :
 - le bail de l'appartement de manière extraordinaire pour le 31 mars 2020 en application de l'art. 257f al. 3 CO au motif d'une sous-location non autorisée et de la non-réintégration de l'appartement malgré la mise en demeure ;
 - le bail de l'appartement de manière ordinaire pour le 30 juin 2020 ;
 - le bail de la place de parc de manière ordinaire pour le 30 juin 2020.
6. Le contrat de bail de C. portant sur le logement sis dans l'immeuble Y. a été résilié par avis du 18 février 2020 pour le 31 mars 2020 de manière extraordinaire et pour le même motif. Une résiliation ordinaire a en outre été envoyée le même jour.



7. Au mois d'octobre 2020, la locataire a appelé les pompiers à trois heures du matin en raison d'une inondation dans le logement sis dans l'immeuble Y. Personne ne leur a toutefois ouvert la porte une fois arrivés sur place. Le lendemain, A. a ouvert la porte à un pompier, expliquant avoir oublié de fermer un robinet ; elle était seule dans le logement.
8. Après l'échec de la conciliation devant l'autorité paritaire, A. a contesté les congés auprès du Tribunal des baux et loyers le 2 septembre 2020, concluant notamment à leur nullité, subsidiairement à leur annulation ou à leur inefficacité, et subsidiairement encore à ce qu'une prolongation de quatre ans lui soit accordée. Quant à la bailleuse, elle a en particulier conclu à la validation du congé anticipé et des congés ordinaires.
9. Par jugement du 10 décembre 2021, le Tribunal de première instance a déclaré la résiliation anticipée inefficace et annulé les congés ordinaires. Saisie par B. SA, la Chambre des baux et loyers de la Cour de justice genevoise a admis l'appel, déclaré efficace le congé extraordinaire, validé la résiliation ordinaire pour la place de parc et donné ordre à la locataire d'évacuer les locaux immédiatement.
10. La locataire A. a interjeté un recours auprès du Tribunal fédéral à l'encontre de l'arrêt cantonal, concluant au constat de la nullité des congés et au rejet de toutes les conclusions prises par la bailleuse.
11. Dans un premier grief (c. 3.2), A. soutient que le procédé consistant à adresser plusieurs résiliations sous plis distincts portant sur le même objet serait problématique, car il rendrait nébuleuse la volonté exprimée par le bailleur. Il aurait été « plus propice » d'adresser un seul avis de résiliation. Par ailleurs, le système de protection des locataires prohiberait les congés en cascade.
12. Les juges de Mon Repos rappellent (c. 4.1) qu'un arrêt publié en 2011 (ATF 137 III 389) a reconnu la possibilité de signifier simultanément une deuxième résiliation subsidiaire appelée à déployer ses effets uniquement si le premier congé n'était pas valable. Un tel procédé requiert toutefois que la manifestation de volonté du bailleur ne soit pas équivoque. Est restée indécise la question de savoir si le congé principal et la résiliation subsidiaire pouvaient être notifiés dans le même avis. Cela étant dit, notre Haute Cour relève que l'arrêt précité a été confirmé par plusieurs arrêts ultérieurs (TF, 31.03.2023, 4A_12/2023 ; TF, 18.09.2014, 4A_389/2014), ainsi que par la doctrine dominante.
13. Dans le cas d'espèce (c. 4.2), le Tribunal fédéral a rejeté le grief et retenu que B. SA avait, à bon droit, notifié simultanément une résiliation extraordinaire, motivée par la sous-location non autorisée, et une résiliation ordinaire, à titre subsidiaire, chacune sous plis séparés. Cette possibilité était en effet clairement reconnue par la jurisprudence constante. Du reste, A. a contesté tant le congé ordinaire que la résiliation extraordinaire, de sorte que la locataire avait compris la pluralité de ces résiliations et ne pouvait se plaindre d'avoir été induite en erreur.
14. Dans un second grief (c. 3.2), la locataire accuse la cour cantonale d'avoir violé les règles sur le fardeau de la preuve (art. 8 CC en lien avec l'art. 257f CO), en méconnaissant qu'il revenait à B. SA de prouver le motif du congé (la sous-location par A. de son logement), et d'avoir versé dans l'arbitraire (art. 9 Cst.) en appréciant les preuves dont elle disposait.
15. A ce propos, le Tribunal fédéral commence par rappeler le cadre légal (c. 5.1.1 et 5.1.2), dont la teneur de l'art. 262 CO et les possibilités d'application de l'art. 257f al. 3 CO (droit de résilier le bail de manière anticipée) en matière de sous-location, lorsque le locataire sous-loue sans requérir le consentement du bailleur, ceci à certaines conditions (l'envoi d'une mise en demeure de mettre un terme à la sous-location ou d'exiger les conditions de la sous-location ; la continuation de la sous-location malgré la sommation ; le caractère insupportable du maintien du contrat [lorsque l'un des motifs visés par l'art. 262 al. 2 CO est réalisé] ; la preuve par le bailleur de la réalisation des conditions de l'art. 257f al. 3 CO). Ici deux situations sont envisagées : soit le bailleur a refusé à bon droit le consentement, soit le locataire n'a pas sollicité l'autorisation de sous-louer et le bailleur disposait d'un motif valable de refuser.
16. Notre Haute Cour souligne ensuite (c. 5.1.3) qu'en cas de sous-location sans autorisation le bailleur peut résilier le bail de manière ordinaire s'il était en droit de refuser son consentement, si l'absence de demande d'autorisation anéantit le lien de confiance entre les parties ou en application de l'interdiction générale de l'abus de droit (art. 2 al. 2 CC).
17. Selon les juges, la sous-location est conçue pour le locataire qui n'a temporairement plus l'usage de la chose louée et qui le cède provisoirement à un tiers en ayant l'intention d'en jouir à nouveau dans un avenir prévisible (il ne doit pas s'agir d'une vague possibilité). S'il a perdu toute idée de réintégrer les locaux, procédant ainsi à une substitution de locataire, il y a abus de droit.
18. Le Tribunal revient enfin (c. 5.1.4) sur un certain nombre d'arrêts portant sur la question de la sous-location, dont il ressort en substance que :
 - la substitution de locataire, dénuée de toute intention de reprendre un jour l'usage de la chose, doit être prouvée par le bailleur et suppose que le locataire qui sous-loue ait entièrement perdu l'usage de la chose louée (TF, 15.12.2014, 4A_209/2014) ;

- il y a abus de droit à la sous-location lorsqu'il peut être démontré que l'intention du locataire est de procéder à un transfert à un tiers de son droit d'usage des locaux (TF, 06.10.1999, 4C.124/1999) ;
- le bailleur peut refuser son consentement à la sous-location et résilier un bail de manière ordinaire si le locataire s'établit à l'étranger et souhaite se réserver indéfiniment la vague possibilité d'utiliser les locaux à un loyer avantageux dans l'hypothèse où les aléas de la vie le conduiraient à se réinstaller en Suisse (TF, 03.05.2016, 4A_556/2015) ;
- il n'y a pas de substitution de locataire d'un père qui accueille durablement sa fille, le mari de celle-ci et leurs enfants tout en continuant de payer sa part de loyer et en occupant régulièrement le logement (TF, 03.01.2023, 4A_521/2021, commenté par RUBLI, Accueil des enfants du locataire en dehors de toute obligation légale d'entretien : hébergement, prêt à usage ou sous-location ?, Newsletter bail.ch février 2023).

19. En l'espèce, notre Haute Cour a jugé (c. 5.2) que la cour cantonale n'avait ni versé dans l'arbitraire ni violé les règles sur le fardeau de la preuve. Au contraire, c'est à bon droit qu'elle avait retenu que :

- A. n'occupait plus l'appartement loué dans l'immeuble X. et habitait l'appartement loué par C. dans l'immeuble Y., cette dernière vivant dans l'immeuble Z. ;
- un homme occupait l'appartement de l'immeuble X. quelques jours par mois ;
- A. n'avait aucune intention de réintégrer le logement précité et avait procédé à une substitution de locataire par la voie détournée de la sous-location ;
- malgré la mise en demeure qui lui a été adressée, la locataire n'a pas mis fin à cette situation.
- Par conséquent, selon le Tribunal fédéral, le congé extraordinaire signifié en application de l'art. 257f al. 3 CO était valable et le recours devait être rejeté.

■ **Note**

20. Le présent arrêt rappelle opportunément les principes applicables en matière de sous-location et du droit du bailleur de résilier à titre ordinaire ou extraordinaire.
21. Le Tribunal fédéral y confirme également sa jurisprudence autorisant le « fusil à deux coups ». Autrement dit, le bailleur peut notifier une résiliation anticipée, doublée d'une résiliation ordinaire dans l'hypothèse où la première ne serait pas valable (ATF 137 III 389, c. 8.4.2 ; CONOD, Double résiliation [arrêt TF 4A_189/2011], Newsletter bail.ch septembre 2011).
22. Cette possibilité est certes admise par la doctrine majoritaire, mais a été critiquée par d'autres, à nos yeux, à

juste titre (voir LACHAT, *Le bail à loyer*, Lausanne 2019, p. 868, nbp 22 et les auteurs cités). Parmi la doctrine minoritaire, KOLLER (in : RJB 2013 p. 37) relève, de manière convaincante, une contradiction entre la possibilité d'une double résiliation et la théorie des droits formateurs, selon laquelle le droit formateur s'épuise par son seul exercice, sans possibilité de rendre conditionnel l'exercice du droit formateur, la déclaration formatrice devant être claire et sans ambiguïté. Il estime par ailleurs que le droit formateur ne peut être utilisé que par son titulaire et qu'il n'appartient pas à une autorité judiciaire de se substituer au titulaire pour déterminer laquelle de ses déclarations formatrices serait valable. Surtout, KOLLER soutient que la possibilité d'une résiliation simultanée est contraire au système de protection du locataire, puisqu'elle permet au bailleur de faire fi des contraintes prévues par le législateur à l'article 271a al. 1 let. d et e CO, en adressant un congé extraordinaire, sans avoir à prendre le risque de s'exposer à un délai de protection si le congé est inefficace.

23. Le Tribunal fédéral, dans le présent arrêt, confirme donc une brèche dans la protection des locataires pour favoriser le bailleur, qui peut adresser deux congés pour éviter de s'exposer aux conséquences d'un congé qu'il aurait mal donné, alors même qu'il est le maître de la résiliation qui est un droit formateur.

24. Cela étant dit, pour admettre un congé alternatif, le bailleur doit exprimer sans ambiguïté sa volonté de signifier deux résiliations et le locataire doit comprendre qu'il peut (doit) s'opposer à l'un et à l'autre. C'est ainsi que, de manière convaincante, notre Haute Cour soutient la notification du congé extraordinaire et du congé ordinaire de manière simultanée et dans des plis séparés (LACHAT, *op. cit.*, p. 868 ; *contra* : CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY-MARTENET, 2^e éd., Bâle 2017, art. 266a CO N 45 qui estiment, à nos yeux à tort, que les deux congés peuvent figurer non seulement dans le même avis mais aussi dans le même formulaire officiel ; nuancé : WESSNER, DB 2012 N 10, qui admet l'envoi du double congé dans le même avis, mais considère, à juste titre, que l'utilisation de deux formules officielles [l'une pour le congé ordinaire, l'autre pour le congé anticipé] s'impose, notamment car l'échéance du bail peut différer, comme la faculté pour le locataire de solliciter une prolongation du contrat).

25. Pour conclure, permettons-nous une remarque sur la rédaction de l'arrêt qui, de notre point de vue, laisse à désirer. En effet, à sa seule lecture, il est bien difficile de comprendre comment et pourquoi les juges de Mon Repos sont arrivés à la conclusion que le recours devait être rejeté. Non seulement l'état de fait manque de clarté (on se perd régulièrement entre le logement loué par A., celui loué par C. et celui loué par C. et son époux), mais il est aussi par trop laconique sur les



preuves apportées par B. SA pour démontrer que A. avait procédé à une substitution de locataire et, par tant, que la bailleuse était fondée à résilier le bail. Si l'on se contente de l'état de fait de l'arrêt, le Tribunal fédéral aurait fondé sa conviction sur les déclarations de la régie (après « investigations » de cette dernière auprès de voisins et du concierge), sur le rapport d'un enquêteur diligenté par la gérance ayant entre autres recueilli les déclarations du concierge, selon lesquelles il voyait « de manière sporadique, quelques fois dans le mois », un homme sortir et entrer dans l'appartement. Cela paraît bien peu pour valider le congé.

26. C'est en prenant connaissance de la décision cantonale que tout devient plus clair, que cela soit tant sur les différents logements concernés que sur les motifs qui ont conduit les instances judiciaires à considérer que A. avait procédé à une substitution de locataire. L'arrêt de la cour cantonale comporte en particulier un résumé des auditions des témoins et de A., très instructives et qui ont sans doute contribué à la décision de valider le congé (par ex. le concierge de l'immeuble Y. déclare ne pas connaître C., pourtant censée y vivre et n'avoir eu depuis 2018 uniquement des contacts avec A. ; le concierge de l'immeuble X. affirme quant à lui que l'appartement est occupé par un homme d'une cinquantaine d'années très discret et qui « faisait demi-tour dès qu'il le voyait »).
27. Si l'on comprend que les arrêts de notre Haute Cour puissent être plus concis que les décisions des instances cantonales ou des tribunaux de première instance, il ne faudrait pas qu'ils en deviennent abscons.

2

ATF 150 III 103 ; arrêt également publié dans la newsletter bail.ch de décembre 2023

Xavier Rubli

La distinction entre baux d'habitations et de terrains nus, et la procédure applicable en cas de conclusions reconventionnelles en remise en état

Lorsqu'un bail porte sur un terrain et qu'une construction y est érigée (en l'espèce des chalets), il est nécessaire de déterminer si celle-ci doit être qualifiée de mobilière ou immobilière – au regard des règles des art. 667 et 642 CC – pour savoir si la protection contre les congés des art. 271 ss CO s'applique. En effet, si la construction est mobilière, alors le bail porte sur un terrain et ne bénéficie pas de cette protection.

L'art. 224 al. 1 CPC permet au défendeur de déposer une demande reconventionnelle uniquement si la prétention qu'il invoque est soumise à la même procédure que la demande principale. Ainsi, lorsque le locataire introduit une action en contestation de la résiliation portant sur

un bail d'habitations, le bailleur peut prendre dans la même procédure des conclusions reconventionnelles en expulsion des locataires, car les deux procédures sont soumises à la procédure simplifiée en vertu de l'art. 243 al. 2 let. c CPC. Il faut toutefois réserver le cas spécial de l'action en expulsion intentée par le bailleur selon la procédure de protection dans les cas clairs de l'art. 257 CPC, soumise à la procédure sommaire.
Art. 677 CC ; art. 267 al. 1, 271 ss CO ; art. 224 al. 1, 243 al. 2 let. c CPC

Wenn eine Liegenschaft gemietet und darauf eine Baute errichtet wird (vorliegend ein Chalet) muss – im Lichte der Regelungen gemäss Art. 667 und 642 ZGB – entschieden werden, ob es sich um eine Fahrnisbaute handelt oder nicht, damit klar wird, ob der Kündigungsschutz gemäss Art. 271 ff. OR anwendbar ist. Wenn es sich um eine Fahrnisbaute handelt, liegt eine Miete unbeweglicher Sachen vor und es besteht kein Kündigungsschutz.

Art. 224 Abs. 1 ZPO erlaubt dem Beklagten nur dann das Erheben einer Widerklage, wenn der geltend gemachte Anspruch in der gleichen Verfahrensart wie die Hauptklage zu beurteilen ist. Wenn also Wohnungsmieter Klage auf Anfechtung der Kündigung erheben, darf der Vermieter widerklageweise die Ausweisung der Mieter verlangen, weil auf beide Ansprüche, gemäss Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO, das vereinfachte Verfahren anwendbar ist. Vorbehalten bleibt indessen der Spezialfall, in welchem der Vermieter die Ausweisung im Verfahren betreffend Rechtsschutz in klaren Fällen gemäss Art. 257 ZPO verlangt, da diesfalls das summarische Verfahren anwendbar ist.

Art. 667 ZGB ; Art. 267 Abs. 1, 271 ff. OR ; Art. 224 Abs. 1, 243 Abs. 2 lit. c ZPO

Quando un contratto di locazione riguarda un terreno e che una costruzione viene eretta su di esso (nel caso in esame, degli chalet), è necessario determinare se tale costruzione debba essere qualificata come mobile o immobile – ai sensi degli art. 667 e 642 CC – per stabilire se si applichi la protezione contro le disdette prevista dagli articoli 271 segg. CO. Se la costruzione è mobile, allora il contratto riguarda esclusivamente il terreno e non beneficia di tale protezione.

L'art. 224 cpv. 1 CPC consente al convenuto di presentare una domanda riconvenzionale solo se la pretesa invocata è soggetta alla stessa procedura della domanda principale. Pertanto, quando il conduttore avvia un'azione di contestazione della disdetta relativa a un contratto di locazione abitativa, il locatore può chiedere nella stessa procedura lo sfratto dei conduttori, poiché entrambe le azioni sono soggette alla procedura semplificata ai sensi dell'art. 243 cpv. 2 lett. c CPC. Si deve tuttavia fare riserva per il caso speciale dell'azione di sfratto promossa dal locatore secondo la procedura di protezione in casi manifesti ai sensi dell'art. 257 CPC, soggetta alla procedura sommaria.

Art. 677 CC ; art. 267 cpv. 1, 271 segg. CO ; art. 224 cpv. 1, 243 cpv. 2 lett. c CPC

1. Entre 1961 et 1963, l'Etat de Vaud a loué des portions de terrain à quatre locataires. Chaque bail prévoyait la condition que les constructions installées par les locataires (des chalets) resteraient leur propriété et seraient enlevées en cas de résiliation du bail. En 1966 et 1967, des droits de superficie ont été constitués et prolongés jusqu'à fin décembre 2000. Après cette date, les locataires ont continué à occuper les terrains via des baux tacites.
2. Envisageant le reboisement des terrains, le Conseil d'Etat vaudois a décidé en 1994 de maintenir provisoirement les constructions jusqu'au décès des bénéficiaires actuels des chalets sous certaines conditions. En 2006, un Conseiller d'Etat a communiqué à la commune sur laquelle étaient situés les terrains que les chalets étaient au bénéfice d'une autorisation temporaire et à bien plaisir, les baux ayant été prolongés jusqu'au décès des actuels titulaires, et qu'ils seraient éventuellement démolis.
3. En juin 2019, l'Etat de Vaud a résilié les baux tacites pour le 1^{er} avril 2020, les locataires devant restituer les terrains à leurs frais. Ces derniers ont contesté les congés et/ou demandé que la nullité respectivement l'inefficacité des congés soient constatées, ainsi que, subsidiairement, la prolongation des baux pour une durée de quatre ans. L'Etat de Vaud a conclu au rejet des demandes et qu'il soit ordonné aux locataires non seulement de restituer les terrains, mais aussi de les remettre en état en enlevant les chalets, en évacuant les éventuels matériaux et gravats, et en remblayant les terrains.
4. Lors d'une audience en inspection locale, le Tribunal des baux a notamment constaté que les chalets reposaient sur des pilotis ou des semelles filantes. Les locataires ont profité de l'audience pour conclure à l'irrecevabilité des conclusions de l'Etat de Vaud en remise en état des biens-fonds.
5. Par décision du 19 novembre 2020, le Tribunal des baux a validé les congés et ordonné aux locataires d'enlever les chalets dans un délai de deux mois, d'évacuer les éventuels matériaux et gravats et de remblayer les terrains, l'Etat de Vaud étant autorisé, le cas échéant, à procéder en lieu et place des locataires et à leurs frais. Pour les premiers juges, les chalets consistaient en des constructions mobilières et éphémères, de sorte que les contrats de bail portaient uniquement sur des portions de terrain. Autrement dit, il ne s'agissait pas de baux d'habitations. Le Tribunal des baux a écarté l'application des art. 271 ss CO par analogie.
6. Dans un arrêt du 23 juin 2022, la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud a confirmé ce jugement.
7. C'est contre cet arrêt que les locataires ont interjeté un recours au Tribunal fédéral en août 2022. Le Tribunal fédéral a rejeté leur recours en date du 24 octobre 2023, dans la mesure de sa recevabilité.
8. Liminairement, le Tribunal fédéral confirme sa jurisprudence selon laquelle la question même de savoir si une cause a pour objet une habitation relève du droit du bail (ATF 135 III 483, c. 1.1.1).
9. Il examine ensuite les questions encore litigieuses, soit la validité des résiliations et, s'agissant de l'action reconventionnelle de l'Etat de Vaud, sa recevabilité.
10. Les juges de Mon Repos répondent en premier lieu à la question clé de savoir si les chalets sont des constructions mobilières (art. 667 CC) ou des constructions unies durablement au fond, autrement dit s'ils en sont des parties intégrantes (art. 642 CC). Cette distinction est importante non seulement pour déterminer la propriété des chalets, mais aussi pour définir si ces contrats sont soumis aux règles de protection contre les congés abusifs des art. 271 ss CO. Les juges fondent leur analyse sur les art. 642, 667 (principe de l'accession) et 677 CC.
11. L'art. 677 CC dispose que les constructions légères, telles que des chalets ou des baraques, élevées sur le fond d'autrui et érigées sans intention de les y établir de manière permanente, appartiennent aux propriétaires de ces choses. Selon la jurisprudence, une construction mobilière doit présenter deux éléments, soit l'intention des parties d'établir une relation temporaire entre la chose et le fond (élément subjectif) et un lien externe entre la chose et le fond qui doit être, dans une certaine mesure, reconnaissable extérieurement (élément objectif) (ATF 92 II 227, c. 2b). L'intention des parties revêt une importance particulière. Il s'agit du premier critère qui doit être apprécié au moment de la date de la construction des installations litigieuses, les documents contractuels sont à cet égard déterminants (ATF 100 II 8, c. 2b). Ainsi, ce n'est que si la construction a été solidement liée au sol dès le départ, au point de devenir un élément essentiel selon l'usage local, que l'intention initiale des parties n'est pas décisive.
12. La conclusion d'un droit de superficie n'est pas essentielle pour apprécier l'union de la construction avec le fond, puisqu'aucun droit de superficie ne peut et ne doit être constitué en présence de construction mobilière (ATF 98 II 199, c. 3).
13. En l'espèce, en se fondant sur l'intention des parties lors de la construction, notre Haute Cour confirme le jugement du Tribunal des baux et l'arrêt du Tribunal cantonal vaudois, estimant également que les chalets étaient des constructions mobilières. Pour les juges, il a toujours été prévu que les chalets seraient enlevés en cas de résiliation des baux portant sur les terrains.



Le grief de l'existence de droits de superficie est ainsi balayé d'un revers de main par le Tribunal fédéral selon lequel, si de tels droits avaient été inscrits, c'est parce que jusqu'à la jurisprudence publiée en 1972 aux ATF 98 II 199, la servitude de superficie était admise pour des constructions mobilières.

14. Les juges estiment qu'il n'y a pas lieu de favoriser le critère objectif dans cette affaire. Ils reprennent les constatations de faits du Tribunal des baux selon lequel le lien des constructions au sol était lâche, les chalets étant des constructions en bois ayant pour seule fondation des systèmes de poutraissons, leur excavation n'ayant par ailleurs pas nécessité de travaux particuliers et leurs dimensions demeurant modestes. Sur cette base, l'élément subjectif, soit l'intention des parties d'établir des chalets mobiliers à enlever à la fin du bail, ne peut pas être écarté par l'élément objectif, soit la façon dont les chalets ont été construits dans les années 60, qui en aurait d'emblée fait des parties intégrantes des terrains.
15. Dans un second temps, le Tribunal fédéral revient sur le grief soulevé par les locataires selon lequel les baux seraient de durée déterminée jusqu'au décès des actuels bénéficiaires. A ce propos, le raisonnement du Tribunal cantonal vaudois est validé, aucune volonté réelle des parties de conclure des baux à durée déterminée jusqu'au décès des bénéficiaires des chalets n'ayant été prouvée et les recourants n'ayant pas démontré que les bénéficiaires « actuels », soit en 1994-1995 et 2006, seraient encore en vie.
16. Les résiliations ne sont pas nulles en raison du fait que les signataires des résiliations n'auraient pas eu le pouvoir de les notifier, les locataires ne fournissant pas de preuves suffisantes pour contester la délégation de compétence donnée aux personnes signataires.
17. Dans la mesure où il a été jugé que les contrats portaient sur des terrains uniquement, les règles de protection contre les congés abusifs des art. 271 ss CO ne sont pas applicables puisqu'elles ne le sont que pour des baux d'habitations et des locaux commerciaux. Les locataires ne pouvaient donc pas prétendre à une protection contre les congés. Il n'y avait pas de place non plus pour une application par analogie des art. 271 ss CO, les contrats de bail des terrains prévoyant expressément qu'en cas de congé, les chalets devaient être enlevés, de sorte que les recourants ne pouvaient pas de bonne foi soutenir que l'Etat de Vaud leur avait fourni des assurances qu'ils pourraient demeurer de façon durable sur ces fonds et donc invoquer la protection des articles susmentionnés.
18. Enfin, le Tribunal fédéral se penche sur la demande reconventionnelle de l'Etat de Vaud qui a conclu à l'expulsion des locataires, qu'ordre leur soit donné de remettre en état les terrains en enlevant les chalets et tout autre objet et, en cas d'inexécution, que l'autorité compétente y procède à première demande. Les recourants ont contesté cette reconvention estimant qu'elle violait l'art. 224 al. 1 CPC aux termes duquel la demande reconventionnelle doit être soumise à la même procédure que la demande principale.
19. Le Tribunal fédéral donne raison aux recourants et estime, contrairement à la Cour cantonale, que les conclusions en évacuation et en remise en état sont des conclusions reconventionnelles et qu'il ne s'agit pas d'une action duplex, soit de conclusions résultant directement de celles en rejet de la demande en contestation de la validité de la résiliation. Lorsqu'il conteste un congé ou demande que sa nullité soit constatée, le locataire ne conclut pas lui-même à sa propre expulsion ; c'est bien le bailleur qui, le cas échéant, le fait à titre reconventionnel exigeant que le locataire lui restitue les locaux, ceci en se prévalant de l'art. 267 CO.
20. En vertu de l'art. 243 al. 2 let. c CPC, la procédure simplifiée s'applique, quelle que soit la valeur litigieuse, lorsque le litige porte notamment sur des baux à loyer d'habitations et de locaux commerciaux en ce qui concerne la protection contre les congés ou la prolongation du bail. Selon la jurisprudence bien établie, la notion de « protection contre les congés » doit être comprise dans une acception large, la règle ayant pour but la protection du locataire qui doit bénéficier d'une procédure moins formelle et plus rapide, comprenant une plus forte implication du juge par le biais de la maxime inquisitoire simple (ATF 142 III 690, c. 3.1 ; 142 III 402, c. 2). Autrement dit, un litige relève de la protection contre les congés « dès que le Tribunal doit se prononcer sur la fin du bail » (ATF 146 III 63, c. 4.2 ; 144 III 346, c. 1.2.2.1 ; 142 III 690, c. 3.1 ; 142 III 402, c. 2).
21. Ainsi, lorsqu'un locataire conteste une résiliation portant sur un bail d'habitations, le bailleur est autorisé dans la même procédure à prendre des conclusions reconventionnelles en expulsion des locataires, ceci également sans égard à la valeur litigieuse. L'action en expulsion intentée dans la procédure de protection dans les cas clairs de l'art. 257 CPC (procédure sommaire) est toutefois expressément réservée.
22. Dans le cas d'espèce, les juges de Mon Repos refusent de suivre les recourants lorsque ceux-ci soutiennent que les conclusions reconventionnelles de l'Etat de Vaud en expulsion seraient soumises à la procédure ordinaire.
23. Le but de l'art. 224 al. 1 CPC est d'empêcher qu'en l'occurrence le bailleur ne soit en mesure, avec une reconvention d'une valeur litigieuse supérieure à CHF 30'000.-, de provoquer un transfert de toute la cause devant un tribunal compétent pour la procédure ordinaire et ainsi faire perdre au locataire les

avantages de la procédure simplifiée (TF, 29.01.2021, 4A_534/2020, c. 2.1). Or en l'espèce, les locataires ne couraient pas ce risque, puisque le Tribunal des baux avait appliqué la procédure simplifiée, sans égard à la valeur litigieuse, en raison du fait que lesdits locataires avaient allégué bénéficier de baux d'habitations, non de baux de terrains nus, hypothèse qui ne pouvait pas être d'emblée écartée. Par ailleurs, les juges font application du principe de l'économie des procédures, estimant évident que les conclusions reconventionnelles en expulsion et en remise en état du terrain sont la conséquence de la fin du bail et lui sont connexes, de sorte que ces questions devaient être traitées au cours d'un même procès. Ils font également état du fait que les locataires ne se sont pas plaints d'avoir été désavantagés par l'application de la procédure simplifiée.

24. Au surplus, le Tribunal fédéral juge contradictoire (art. 2 al. 2 CC) la position des recourants selon laquelle l'action principale serait soumise à la procédure simplifiée parce qu'elle porterait sur des baux d'habitations, et que la reconvention serait soumise à la procédure ordinaire parce qu'elle ne porterait pas sur des baux d'habitations avec une valeur litigieuse supérieure à CHF 30'000.-.
25. Enfin, les juges fédéraux opposent au conseil des recourants sa position comme auteur de doctrine, estimant que ce dernier avait soutenu dans deux ouvrages qu'il serait contreproductif de soumettre l'expulsion à la procédure ordinaire, alors que la contestation du congé est soumise à la procédure simplifiée.

■ Note

26. Distinguer si l'on est en présence d'un bail portant sur une habitation, un local commercial ou un terrain nu est essentiel en matière de protection contre les congés des art. 271 ss CO. En effet, ces dispositions ne s'appliquent qu'aux logements et aux locaux commerciaux.
27. Dans cet arrêt (c. 5), le Tribunal fédéral rappelle que, conformément au principe de l'accession, les constructions qui s'élèvent sur un bien-fonds appartiennent en principe au propriétaire de l'immeuble sur lequel elles se trouvent (art. 642 et 667 CC ; sur le sujet, voir notamment STEINAUER, *Les droits réels*, Tome II, 5^e éd., Berne 2020, N 2254 ss). Encore faut-il que ces constructions soient durablement unies au fonds par les moyens de la technique, soit au-dessus, soit au-dessous du sol. Si tel n'est pas le cas, il s'agit en principe de constructions mobilières, à savoir des constructions légères élevées sur un terrain sans intention de les y établir à demeure, qui appartiennent au propriétaire de ces choses.
28. Pour déterminer si l'on est en présence d'une construction mobilière ou immobilière, la jurisprudence en

matière de droits réels a développé des critères. En substance, une construction est mobilière lorsqu'elle remplit deux conditions : les parties doivent avoir eu l'intention d'établir une relation temporaire entre la chose et le fonds (élément subjectif) et il ne doit pas exister un lien externe reconnaissable entre la chose et le fonds (élément objectif). Note Haute Cour retient par ailleurs que l'intention des parties revêt une importance particulière qui est décisive à moins qu'il soit démontré que la construction a dès le début été unie au sol de manière si intense, selon l'usage local, qu'elle en constitue un élément essentiel. Il n'y a pas lieu de favoriser le critère objectif au détriment du critère subjectif, comme le plaident les recourants, bien au contraire selon les juges de Mon Repos.

29. Sur cette base, le Tribunal fédéral a considéré que les chalets étaient des constructions mobilières. Compte tenu, somme toute, du peu d'informations données dans l'arrêt sur la construction des chalets, sur leur volume ou sur la manière dont ils sont liés au sol, il est difficile de juger si l'importance donnée au critère subjectif, soit l'intention des parties, se justifie, tout en relevant que la question du caractère mobilier ou immobilier d'une construction dépendra toujours de l'ensemble des circonstances, aucun schématisme n'étant possible, en particulier lorsqu'on sait qu'ont été considérées comme des constructions immobilières une piscine en kit, une cabane pour touristes en haute montagne ou une grange rattachée de façon lâche au sol, mais érigée en son temps avec l'intention de l'établir à demeure (voir STEINAUER, *op. cit.*, N 2271 et réf. cit.).
30. Reste la question de l'application par analogie des règles de protection contre les résiliations abusives (art. 271 ss CO) à un terrain sur lequel une construction mobilière aurait été érigée d'entente avec le propriétaire du fonds.
31. Selon la jurisprudence, le bail d'un terrain n'équivaut pas, d'ordinaire, à la mise à disposition de locaux, cela même si le locataire est autorisé à installer des constructions mobilières qui comporteront des volumes fermés (ATF 98 II 199, JdT 1973 I 166, c. 4). Autrement dit, la location d'un bien-fonds, afin de permettre au locataire d'y installer une construction mobilière d'habitation ne rend pas les règles de protection contre les résiliations pour autant applicables. Une application par analogie de ces règles protectrices n'est admise qu'à titre exceptionnel (*ibid.*, c. 4b : c'est le cas, par exemple, d'un bail conclu pour une durée indéterminée concernant un terrain non bâti, sur lequel le locataire a édifié, avec l'accord du bailleur, une construction mobilière coûteuse et alors qu'il pouvait compter que le contrat ne serait pas résilié pour une date prévisible).
32. En l'espèce, au vu des circonstances, les constructions ayant été érigées dans les années 60, étant liées au sol



(certes de manière lâche selon les constatations du Tribunal des baux), raccordées à l'électricité, à l'eau courante et aux égouts et ayant même bénéficié d'un droit de superficie, il n'aurait pas été choquant que le Tribunal fédéral estime qu'il s'agissait d'un cas où les art. 271 ss CO pouvaient s'appliquer de manière exceptionnelle. Toutefois, sur cette question de l'application par analogie, notre Haute Cour s'est contentée de déclarer irrecevable le grief des recourants, ces derniers ayant repris, à ses yeux, mot pour mot leur critique présentée devant le Tribunal cantonal.

33. Cela étant dit, *de lege ferenda*, il pourrait se justifier d'inclure dans la notion de bail d'habitations la location de terrains destinés à accueillir une construction mobilière à des fins d'habitation appartenant au locataire. En effet, qu'il s'agisse d'une habitation traditionnelle, de la location d'une construction mobilière durable, ou encore d'un terrain nu en vue d'y déposer une construction mobilière durable appartenant au locataire, le contrat de bail est conclu, dans chacun de ces cas, à des fins d'habitation.
34. S'agissant du volet procédural de l'arrêt (c. 8), le Tribunal fédéral a confirmé la recevabilité des conclusions reconventionnelles du bailleur en expulsion et en remise en état des biens-fonds, les locataires devant enlever les chalets, évacuer les éventuels matériaux et gravats, et remblayer les terrains. Autrement dit, la procédure simplifiée s'applique tant à la demande en contestation du congé qu'aux conclusions reconventionnelles en restitution des locaux (expulsion et remise en état).
35. Pour justifier leur décision, les juges de Mon Repos se sont fondés sur la jurisprudence bien établie en matière de baux d'habitations et de locaux commerciaux, aux termes de laquelle la notion de « protection contre les congés » doit être comprise selon une interprétation large, et comprendre tous les litiges où le juge doit se prononcer sur la fin du bail. Notre Haute Cour en a déduit que lorsqu'un locataire conteste un congé, le bailleur peut prendre des conclusions reconventionnelles en expulsion du locataire, sans égard à la valeur litigieuse, de sorte que la validité du congé et l'expulsion peuvent être traitées au cours d'un même procès en procédure simplifiée.
36. Dans le cas d'espèce, le Tribunal fédéral invoque également le principe de l'économie des procédures et ajoute que les locataires ne se sont pas plaints d'un quelconque désavantage. Enfin, il dénonce une attitude contradictoire, non seulement des locataires lorsque ceux-ci soutiennent que la reconvention serait soumise à la procédure ordinaire parce qu'elle ne porte pas sur des baux d'habitations et que la valeur litigieuse serait supérieure à CHF 30'000.- tout en ayant soutenu que la demande en contestation des congés serait soumise à la

procédure simplifiée sans égard à la valeur litigieuse, mais aussi de leur conseil, auteur de doctrine, qui aurait défendu la thèse selon laquelle l'expulsion ne devrait pas être soumise à la procédure ordinaire, alors que la procédure en contestation du congé est soumise à la procédure simplifiée.

37. Si, dans son résultat, la décision du Tribunal fédéral pourra être considérée comme pragmatique, au vu en particulier des circonstances du cas, sa motivation n'en reste pas moins hasardeuse à plusieurs égards.
38. En premier lieu, les juges de Mon Repos semblent oublier qu'ils ont eux-mêmes nié que les contrats litigieux étaient des baux d'habitations ; ils ont jugé qu'il s'agissait de baux de terrains nus. Or l'art. 243 al. 2 let. c CPC ne s'applique pas à de tels contrats.
39. Ainsi, même si la procédure simplifiée a été appliquée par le Tribunal des baux car les locataires ont allégué qu'ils bénéficiaient de baux d'habitations et que cette hypothèse n'a pas été d'emblée rejetée, tant le Tribunal des baux que le Tribunal cantonal et le Tribunal fédéral l'ont finalement écartée. Par conséquent, à la rigueur du droit, le procès aurait dû être soumis à la procédure ordinaire, y compris s'agissant des conclusions reconventionnelles du bailleur.
40. En deuxième lieu, dans une jurisprudence récente (TF, 11.09.2023, 4A_263/2023 ; voir BOHNET/WOJCIK, La procédure applicable aux prétentions formulées après la fin du bail [arrêt 4A_263/2023 destiné à la publication], Newsletter Bail.ch novembre 2023), notre Haute Cour a retenu qu'un litige qui concerne uniquement le paiement de loyers ne relève pas de la protection contre les congés, même si le tribunal saisi de la cause doit déterminer le moment de la fin du bail. Le besoin de protection du locataire dépend de l'enjeu du procès pour celui-ci. L'objet du litige relève de la protection contre les congés lorsqu'il implique pour le tribunal de déterminer si le locataire peut demeurer (ou non) dans la chose louée.
41. Quant à DIETSCHY-MARTENET (Bail à loyer et procédure civile, Bâle 2018, N 332), elle rappelle que le locataire n'a, en règle générale, pas d'intérêt à ce que la procédure d'expulsion se déroule rapidement et avec facilité, de sorte qu'à ses yeux il n'y a pas de besoin de protection du locataire dans une telle procédure ; elle ajoute que dans tous les cas « les éventuelles conclusions pécuniaires cumulées aux prétentions portant sur la fin du bail ne sont pas visées par l'art. 243 al. 2 let. c CPC et que la valeur litigieuse détermine le type de procédure applicable à leur égard ».
42. Il découle de ce qui précède que, si l'on peut admettre – au vu du but de la norme (art. 243 CPC) – que la procédure d'expulsion au sens strict (soit la libération des locaux loués) soit soumise également à la procédure

simplifiée, ceci pour des raisons de simplicité, d'économie de procédure et pour éviter qu'un locataire dont le bail a été valablement résilié puisse en tirer bénéfice pour jouir plus longtemps de la chose louée, il n'en va pas de même, à nos yeux, de la restitution de la chose louée en tant qu'elle porte sur sa remise en état.

43. En effet, dans une telle hypothèse, les prétentions du bailleur ne relèvent pas de la protection contre les congés, puisque la question du maintien du locataire dans les locaux n'est plus litigieuse. En sus, les prétentions du bailleur sont pécuniaires, dans la mesure où il exige en définitive que le locataire prenne en charge la remise en état et les frais y afférents. Or il peut s'agir de sommes importantes qui dépassent CHF 30'000.-, comme en l'espèce. Rien ne justifie dans de tels cas que le bailleur, qui doit prouver que le locataire doit remettre la chose louée en état, bénéficie d'une procédure moins formaliste, et imposant au juge d'établir les faits en application de la maxime inquisitoire sociale. Par conséquent, de notre point de vue, le Tribunal fédéral interprète de manière trop large l'art. 243 al. 2 let. c CPC.
44. En troisième lieu, il est pour le moins surprenant de « reprocher » aux recourants la position doctrinale adoptée par leur conseil, ce d'autant qu'en l'occurrence le Tribunal fédéral omet de relever que celle-ci a été émise en cas de baux d'habitations et de locaux commerciaux (non de terrains nus) et qu'il était question de la procédure d'expulsion au sens strict, pas de la procédure de remise en état de l'objet loué.

3

TF 4A_453/2022 (29.08.2023)

Marie-Laure Percassi

Transfert de bail commercial : caractère impératif et justes motifs de refus

Si les conditions de l'art. 263 CO sont remplies, le locataire initial a un droit subjectif à transférer son bail. Le bailleur ne peut refuser son consentement qu'en cas de justes motifs, par exemple l'insolvabilité du locataire reprenant ou le fait que le locataire initial et le locataire reprenant ont convenu d'un pas-de-porte. Les règles de l'art. 263 al. 1, 2, 3 et 4, première phrase CO sont absolument impératives.

Art. 263 CO

Die Übertragung des Geschäftsmietvertrages wird durch Art. 263 OR geregelt. Wenn die Übertragungsvoraussetzungen erfüllt sind, steht dem aktuellen Mieter ein subjektives Recht auf Übertragung des Mietverhältnisses zu. Der Vermieter darf seine Zustimmung nur aus wichtigem Grund verweigern, beispielsweise

wegen der Insolvenz des übernehmenden Mieters oder wenn der übertragende und der übernehmende Mieter ein Schlüsselgeld vereinbart haben. Die Regelungen gemäss Art. 263 Abs. 1, 2, 3 und 4 erster Satz OR sind absolut zwingend.
Art. 263 OR

Il trasferimento del contratto di locazione commerciale è disciplinato dall'art. 263 CO. Se le condizioni di tale disposizione sono soddisfatte, il conduttore iniziale ha un diritto soggettivo a trasferire il suo contratto di locazione. Il locatore può rifiutare il suo consenso solo in presenza di giusti motivi, come l'insolvenza del nuovo conduttore o il fatto che il conduttore iniziale e il nuovo conduttore abbiano concordato una somma per la cessione del contratto. Le norme dell'art. 263 cpv. 1, 2, 3 e 4, prima frase CO sono assolutamente imperative.
Art. 263 CO

1. Depuis le 1^{er} juillet 1986, B. et C. (ci-après : les locataires, les demandeurs ou les intimés) sont locataires d'une arcade destinée à l'usage commercial d'environ 55 m² et sise à Genève (ci-après : l'arcade). L'échéance du bail a été fixée au 31 mars 2013 avec un renouvellement ultérieur tacite de cinq ans en cinq ans. Le loyer annuel s'élève à CHF 13'220.-, hors charges. Depuis 2014, A. SA (ci-après : la bailleresse, la défenderesse ou la recourante) est la bailleresse de l'arcade.
2. Dans l'arcade, les locataires exploitent un salon de coiffure à l'enseigne « ... » (ci-après : le salon). Ils ont entièrement aménagé les locaux et réalisé les travaux d'entretien nécessaires depuis la conclusion du bail.
3. Par courrier du 27 septembre 2019, les locataires ont sollicité de la bailleresse l'autorisation de procéder au transfert de leur bail en faveur de D. (ci-après : le locataire reprenant). Ils ont joint à leur demande la convention de remise de commerce conclue entre le locataire reprenant et B., qui prévoyait un prix de vente du fonds de commerce de CHF 40'000.-. Sur demande de la régie, les locataires ont également fourni des documents complémentaires.
4. Par courrier du 12 novembre 2019, la bailleresse a refusé le transfert du bail au motif que les chiffres avancés n'étaient pas en adéquation avec la comptabilité résultant de l'activité du fonds de commerce, de sorte qu'elle considérait que le prix de CHF 40'000.- constituait un pas-de-porte.
5. Les locataires ont déposé une requête de conciliation et, après l'échec de la tentative de conciliation, ont déposé une demande devant le Tribunal des baux et loyers du canton de Genève le 10 juillet 2020, concluant en substance à ce que le tribunal constate que les motifs de refus de la bailleresse au transfert de bail ne sont pas justifiés et dise que le transfert du bail prendra effet au jour de l'entrée en force de la décision rendue.



6. Par jugement du 21 décembre 2021, le tribunal a autorisé le transfert du bail portant sur l'arcade en faveur du locataire reprenant à compter de l'entrée en force du jugement.
7. Par arrêt du 19 septembre 2022, la Chambre des baux et loyers de la Cour de justice du canton de Genève a rejeté l'appel formé par la bailleuse.
8. La bailleuse forme un recours en matière civile auprès du Tribunal fédéral contre cette décision.
9. Dans un premier moyen, la recourante reproche à la cour cantonale d'avoir violé son droit à la preuve (art. 8 CC) en refusant de mettre en œuvre l'expertise judiciaire qu'elle avait sollicitée. Le Tribunal fédéral rappelle que le droit à la preuve (découlant des art. 29 al. 2 Cst., 8 CC et 152 CPC) n'est pas violé lorsque le tribunal, par une appréciation anticipée, arrive à la conclusion que la mesure requise n'apporterait pas la preuve attendue, ou ne modifierait pas la conviction acquise sur la base des preuves déjà recueillies. Le recourant doit alors invoquer l'arbitraire (art. 9 Cst.) dans l'appréciation des preuves, en motivant son grief conformément aux exigences plus strictes de l'art. 106 al. 2 LTF (c. 3.1).
10. Dans le cas présent, le Tribunal fédéral retient que la recourante ne démontre pas l'arbitraire de l'appréciation anticipée des preuves effectuée par la cour cantonale et rejette donc ce grief (c. 3.4).
11. Dans un second moyen, la recourante invoque qu'elle disposait de deux motifs lui permettant de s'opposer au transfert du bail. Elle invoque une violation de l'art. 263 CO (c. 4).
12. Selon l'art. 263 CO, le locataire d'un local commercial peut transférer son bail à un tiers avec le consentement écrit du bailleur (al. 1). Le bailleur ne peut refuser son consentement que pour de justes motifs (al. 2). Si le bailleur donne son consentement, le tiers est subrogé au locataire (al. 3) et le locataire est libéré de ses obligations envers le bailleur (al. 4, première phrase). Ces règles sont absolument impératives (TF, 23.03.2021, 4A_30/2020, c. 3.1.1 ; 02.09.2015, 4A_130/2015, c. 4.1 ; 09.06.2015, 4A_75/2015, c. 3.1.1) (c. 4.1.1).
13. Le transfert du bail commercial est un accord tripartite : le locataire initial passe un contrat avec le locataire reprenant afin d'opérer un changement de locataire ; une fois que le bailleur a consenti au transfert, le locataire reprenant est subrogé aux droits du locataire initial et reprend l'ensemble des droits et obligations du locataire initial, c'est-à-dire prend sa place dans le contrat de bail (TF, 23.03.2021, 4A_30/2020, c. 3.1.1 ; 02.09.2015, 4A_130/2015, c. 4.1 ; 09.06.2015, 4A_75/2015, c. 3.1.1) (c. 4.1.1).
14. L'art. 263 CO confère un droit au transfert de bail au locataire si les conditions sont réunies et qu'il n'existe pas de juste motif de refus. Parmi les justes motifs que le bailleur peut avancer, citons notamment l'insolvabilité du locataire reprenant ou le fait que le locataire initial et le locataire reprenant sont convenus d'un pas-de-porte (*Schlüsselgeld*), soit une contre-prestation pour la seule cession du droit d'user des locaux (TF, 23.03.2021, 4A_30/2020, c. 3.1.1 ; 19.11.2018, 4A_175/2018, c. 3.3).
15. L'art. 263 CO limite ainsi la liberté contractuelle du bailleur en faveur du locataire de locaux commerciaux. Selon le Message du Conseil fédéral, l'intérêt du locataire à imposer au bailleur un nouveau locataire déterminé n'existe que dans le cas où, en plus du bail, il veut aussi faire reprendre le commerce avec une plus-value qu'il a conférée à la chose louée, par exemple sa clientèle ; un tel intérêt ou, par exemple, l'intérêt de vendre des stocks de marchandises à des conditions favorables n'existe donc que pour les baux de locaux commerciaux (FF 1985 I 1424 ch. 421.110). Dans un tel cas, le locataire a un intérêt légitime à imposer au bailleur, même contre sa volonté, la substitution d'un tiers déterminé (BARBEY, Le transfert du bail commercial, SJ 1992, p. 35). Etant donné que le bailleur n'est pas libre de s'opposer au transfert du contrat, l'art. 263 al. 4, deuxième phrase, CO prévoit en contrepartie que le locataire initial répond solidairement avec le locataire reprenant pendant une certaine durée (ATF 140 III 344, c. 5.1 ; TF, 23.03.2021, 4A_30/2020, c. 3.1.3 et réf. cit. ; 21.10.2013, 4A_155/2013, c. 2.6.2 et réf. cit.).
16. En l'espèce, la recourante considère que la cour cantonale a, à tort, jugé que le prix de la reprise de commerce de CHF 40'000.- n'était pas spéculatif et ne constituait pas un pas-de-porte. Selon elle, la valeur du fonds de commerce ne pouvait dépasser CHF 10'000.- ; le *goodwill* et les autres éléments immatériels n'avaient aucune valeur, de sorte que le montant de CHF 40'000.- convenu entre les locataires intimés et le locataire reprenant constituait un pas-de-porte.
17. A cet égard, le Tribunal considère que la recourante se contente de substituer son appréciation des différentes estimations à celle effectuée par la cour cantonale (qui a admis, en confirmant les faits retenus en première instance, que le prix de CHF 40'000.- était en adéquation avec le bien concerné). Elle n'allègue ni n'établit que celle-ci serait arbitraire.
18. La recourante reproche également à la cour cantonale d'avoir retenu que le fait que le locataire reprenant n'aurait pas de formation dans le domaine de la coiffure et qu'il ne compterait pas exploiter personnellement le salon n'était pas déterminant et ne constituait pas un juste motif de refus du transfert. La cour cantonale avait estimé que le locataire reprenant avait démontré qu'il entendait s'entourer de personnes compétentes pour la

tenu de son salon, qu'il avait une fibre entrepreneuriale et qu'il disposait donc de connaissances professionnelles suffisantes pour pouvoir exploiter et gérer le salon. En outre, le tribunal de deuxième instance a considéré que l'art. 6 du contrat de bail (indiquant que « la cession du bail ne sera autorisée que pour de justes motifs et seulement si le cessionnaire exerce la même activité que le locataire, et s'il possède les capacités morales, professionnelles et financières pour assurer la marche normale de l'entreprise »), pour autant qu'il impose des exigences supplémentaires quant aux qualifications du locataire reprenant, ne saurait être plus strict que le régime légal applicable, qui est de nature impérative.

19. Le Tribunal fédéral rejette également ce grief : d'une part, la recourante se fonde sur des suppositions et des faits qui n'ont pas été constatés par la cour cantonale et dont elle n'a pas valablement sollicité le complètement ; d'autre part, elle ne conteste pas que l'art. 263 CO est de droit impératif et qu'il s'oppose à la lecture qu'elle fait de l'art. 6 du contrat de bail dont elle se prévaut.

■ **Note**

20. L'arrêt résumé ci-dessus rappelle les principes essentiels qui s'appliquent en matière de transfert de bail à loyer commercial, en particulier la nature (impérative, semi-impérative ou dispositive) de l'art. 263 CO et les justes motifs permettant de refuser un transfert de bail.
21. S'agissant de la nature de l'art. 263 CO, le Tribunal fédéral relève que les al. 1, 2, 3 et 4, première phrase de cette disposition sont absolument impératifs. Dans l'arrêt présenté ici, il n'évoque pas la nature de l'art. 263 al. 4, deuxième phrase CO (qui prévoit que « [le locataire] répond toutefois solidairement avec le tiers jusqu'à l'expiration de la durée du bail ou la résiliation de celui-ci selon le contrat ou la loi mais, dans tous les cas, pour deux ans au plus »), ce qui pourrait laisser penser que cette règle est dispositive. Ce n'est toutefois pas le cas : dans un arrêt antérieur, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de préciser que l'art. 263 al. 4, deuxième phrase CO est relativement impératif (09.06.2015, 4A_75/2015 c. 3.1.1). Il est donc possible d'y déroger en faveur du locataire, en diminuant la durée de la solidarité ou en la supprimant totalement.
22. Quant aux justes motifs, le Tribunal fédéral indique qu'il peut s'agir de l'insolvabilité du locataire reprenant ou du fait que le locataire initial et le locataire reprenant ont convenu d'un pas-de-porte (*Schlüsselgeld*), soit une contre-prestation pour la seule cession du droit d'user des locaux (c. 4.1.2 ; TF, 23.03.2021, 4A_30/2020, c. 3.1.1 ; 19.11.2018, 4A_175/2018, c. 3.3 ; GROBET THORENS explique de façon très claire l'interdiction du pas-de-porte par la formule suivante : « le locataire

dispose au travers du droit au transfert de la possibilité de vendre son commerce mais non de vendre le bail » ; GROBET THORENS, La restitution anticipée et le transfert de bail, in : Bohnet/Carron [édit.], 22^e Séminaire sur le droit du bail, Bâle/Neuchâtel 2022, N 50).

23. Il résulte de l'arrêt ici commenté que le fait que le locataire reprenant ne souhaite pas exploiter personnellement le commerce, mais investir et engager du personnel, ne constitue pas en tant que tel un juste motif de refus. Le reprenant doit néanmoins pouvoir démontrer que son projet est fiable. Ainsi, dans le cas présent, la cour cantonale avait estimé que le reprenant avait prouvé « qu'il entendait s'entourer de personnes compétentes pour la tenue de son salon, qu'il avait une fibre entrepreneuriale et qu'il disposait donc de connaissances professionnelles suffisantes pour pouvoir exploiter et gérer le salon ». Dans la mesure où l'art. 263 al. 1, 2, 3 et 4, première phrase CO, est impératif, le Tribunal fédéral souligne également qu'une clause qui prévoirait que le locataire reprenant doit exploiter personnellement l'entreprise ne serait pas valable (c. 4.3.3).

4

TF 4A_22/2024 (20.03.2024)

Pierre Stastny

Reprise par le nouveau locataire d'installations fixes posées par le locataire précédent : formes, risques et licéité de semblable convention

Qualification juridique d'une convention passée entre le preneur actuel et le futur locataire par laquelle ce dernier s'engage, à condition qu'il signe effectivement un bail portant sur les locaux, à rémunérer le premier moyennant que celui-ci laisse en place les aménagements fixes garnissant les lieux. Tel contrat s'analyse comme une renonciation à titre onéreux à l'exercice d'un droit d'enlèvement (*ius tollendi*). Dans le cas d'espèce, il ne s'agit pas d'une transaction couplée nulle.

Art. 18, 20, 254, 260a CO ; art. 642 CC

Rechtliche Würdigung einer Vereinbarung zwischen dem aktuellen und dem künftigen Mieter, gemäss welcher letzterer sich verpflichtet, unter der Bedingung, dass er effektiv einen Vertrag betreffend die Mietübernahme unterzeichne, ersteren für die im Mietobjekt zurückgelassenen (fest installierten) Mieterausbauten zu entschädigen. Ein solcher Vertrag ist als entgeltlicher Verzicht auf die Ausübung des Wegnahmerechts (*ius tollendi*) zu qualifizieren. Vorliegend lag kein wichtiges Koppelungsgeschäft vor.

Art. 18, 20, 254, 260a OR ; Art. 642 ZGB

Qualificazione giuridica di un accordo stipulato tra il conduttore attuale e il futuro conduttore, secondo il quale quest'ultimo si impegna, a condizione di firmare effettivamente un



contratto di locazione per i locali, a compensare il primo conduttore affinché lasci in loco gli arredi fissi. Tale contratto è qualificato come una rinuncia onerosa all'esercizio del diritto di rimozione (ius tollendi). Nel caso di specie, non si tratta di un contratto nullo associato.

Art. 18, 20, 254, 260a CO ; art. 642 CC

1. B. Sàrl (intimée) a exploité jusqu'en 2012 une boutique de vêtements dans une arcade avec locaux annexes. Par la suite, les locaux ont été loués par A. Sàrl (recourante).
2. Dans la perspective du changement de locataire, les deux sociétés ont conclu en novembre 2012 un contrat intitulé « pré-contrat au contrat de bail », par lequel il était notamment convenu que pour le cas d'une prise effective à bail des locaux par A. Sàrl, celle-ci verserait CHF 72'500.- en faveur de B. Sàrl moyennant que cette dernière laisse en place les aménagements effectués par ses soins (revêtements de sol, tringles à habits, miroirs, luminaires, étagères, etc.).
3. Le préambule de la convention stipule que B. Sàrl est locataire de l'objet et qu'elle s'engage à favoriser la conclusion d'un bail par A. Sàrl, aux mêmes conditions que celles du bail actuel.
4. A. Sàrl a versé peu après la conclusion du contrat la somme de CHF 20'000.- d'acompte, puis n'a pas versé le solde, en dépit du fait qu'elle ait pris les locaux à bail.
5. B. Sàrl agit en paiement de CHF 52'500.- devant le Tribunal de commerce du canton de Zurich, qui fait droit à sa demande par jugement du 13.12.2023. A. Sàrl interjette un recours en matière civile et conclut à l'annulation du jugement et au rejet de la demande en paiement.
6. La recourante fait d'abord valoir qu'elle n'a appris qu'après la réception du jugement attaqué que B. Sàrl n'était pas locataire des locaux avant elle, loués en réalité par C., l'associé-gérant de B. Sàrl. Le Tribunal fédéral rappelle les conditions auxquelles des faits et moyens de preuves nouveaux peuvent être invoqués par devant lui en vertu de l'art. 99 al. 1 LTF. En particulier, cette disposition ne vise que les faux *nova*, à savoir les faits qui auraient déjà pu être invoqués devant l'autorité cantonale mais qui ne l'ont pas été, à l'exclusion des vrais *nova*, *i.e.* les faits survenus après qu'il ne soit plus possible de présenter de nouveaux faits et de nouvelles preuves devant l'instance précédente (c. 3.1). Il estime qu'en l'espèce ces conditions en sont pas réalisées (c. 3.2).
7. Quant à la formation et l'interprétation d'un contrat, c'est d'abord ce que les parties ont effectivement voulu, d'un commun accord, qui est déterminant. L'interprétation subjective prime sur celle objective (ATF 138 III 659, c. 4.2.1 ; 137 III 145, c. 3.2.1 ; 130 III 554, c. 3.1) (c. 4.1.1).
8. Selon l'art. 20 al. 1 CO, un contrat est nul s'il a pour objet une chose impossible. L'impossibilité au sens de cette disposition doit avoir existé dès le début : cela signifie que la prestation promise ne peut pas (et n'a jamais pu) être fournie pour des raisons de fait ou de droit (ATF 102 II 339, c. 3). L'impossibilité objective suppose que la prestation ne puisse être fournie par aucun débiteur, en l'état actuel de la science et de la technique. Si le contrat est nul, il est considéré comme n'ayant jamais déployé d'effets juridiques (*ex tunc*) (ATF 97 II 108, c. 4). La nullité ne doit pas être confondue avec les hypothèses où, en raison d'un manquement du débiteur, l'exécution du contrat est impossible ou imparfaite : ces situations sont régies par l'art. 97 al. 1 CO (c. 4.1.2).
9. Selon le principe d'accession applicable en matière de droits réels (art. 642 al. 1 CC), le propriétaire acquiert originairement et par accession la propriété de tout ce qui est uni à sa chose de manière à devenir une partie intégrante de celle-ci, tandis que les droits réels qui portaient sur l'objet devenu partie intégrante s'éteignent sans réserve. Dans le contexte du bail à loyer, le Tribunal fédéral a reconnu au locataire un droit d'enlèvement découlant des droits réels, appelé *ius tollendi*, lui permettant de s'approprier les aménagements qu'il a réalisés à la fin du contrat, pour autant que le bailleur ne verse pas d'indemnité en contrepartie (TF, 11.02.2021, 4A_305/2020, c. 5.4.1 et 5.4.2). Le locataire doit l'exercer de son propre chef et il doit avoir été exécuté avant la restitution de la chose, sous peine de déchéance (cf. art. 65 al. 2 CO et art. 939 al. 2 CC ; BIBER, Die Rohbaumiete, Zurich/Saint-Gall 2014, N 385 ss) (c. 4.1.3).
10. Selon l'art. 254 CO, une transaction couplée avec un bail d'habitations ou de locaux commerciaux est nulle lorsque la conclusion ou la continuation du bail y est subordonnée et que, par cette transaction, le locataire contracte envers le bailleur ou un tiers des obligations qui ne sont pas en relation directe avec l'usage de la chose louée. Cette norme vise à protéger les locataires, en empêchant le bailleur de profiter de leur intérêt à conclure ou à poursuivre un contrat de bail pour leur imposer contre leur gré d'autres actes juridiques étrangers au bail (cf. ATF 118 II 157, c. 3c). Il n'y a en revanche pas de transaction couplée abusive lorsque le contrat est directement lié à l'utilisation de la chose. S'il existe un intérêt propre du locataire à l'affaire, il convient de ne pas poser d'exigences trop sévères quant au caractère direct du lien avec l'usage de la chose louée. Ainsi, un lien suffisant est établi lorsque le locataire achète du mobilier ou du matériel pour l'exploitation d'un commerce dans les locaux loués. En revanche, indépendamment de toute connexité entre l'usage de l'objet et le contrat couplé, une disproportion manifeste entre les prestations constitue un indice

que la transaction a été imposée au locataire contre sa volonté (sur l'ensemble : TF, 17.11.2004, 4C.255/2004, c. 4.3) (c. 4.1.4).

11. L'autorité cantonale a retenu que B. Sàrl a effectué d'importants aménagements des locaux en vue de les exploiter comme boutique de vêtements, sous la forme d'installations fixes qui sont propriété du bailleur en tant que parties intégrantes de la chose louée. En conséquence, B. Sàrl disposait d'un droit à une indemnité pour la plus-value apportée aux locaux ou à défaut d'un droit d'enlèvement (*ius tollendi*). Le Tribunal de commerce zurichois a interprété le contrat liant les parties et est parvenu à la conclusion que celles-ci ont convenu que B. Sàrl renonçait à exercer son droit d'enlèvement contre rémunération. L'instance cantonale s'est fondée sur le texte et la systématique de la convention mais aussi sur le comportement des parties, notamment celui adopté par A. Sàrl postérieurement à la conclusion de celle-ci, qui a exploité les locaux en boutique et a conservé les aménagements fixes effectués par B. Sàrl (c. 4.2.2).
12. Le *Handelsgericht* a rejeté l'objection d'impossibilité initiale subjective articulée par A. Sàrl, au motif qu'il importait peu que B. Sàrl ait été propriétaire des aménagements, puisque le contrat conclu ne portait pas sur le transfert de la propriété d'objets mais sur la renonciation à un droit d'enlèvement. Il a aussi exclu l'existence d'une transaction couplée, nulle au sens de l'art. 254 CO, au motif que l'intimée avait un intérêt propre à l'affaire, vu l'utilité des aménagements pour l'exploitation de sa boutique, et parce qu'elle a échoué à en démontrer le caractère abusif (c. 4.2.3).
13. Le Tribunal fédéral fait siennes les considérations de l'instance cantonale, dont il n'est ni démontré le caractère arbitraire – pour ce qui est des faits retenus – ni le caractère contraire au droit fédéral (c. 4.3). En particulier, il relève que la recourante ne saurait rien tirer de son argument, invoqué pour la première fois dans la procédure de recours, basé sur le fait que B. Sàrl n'était pas locataire des locaux précédemment, puisqu'il n'est nullement prétendu que l'ancien locataire C. aurait par exemple revendiqué un droit d'enlèvement des installations, ce qu'il n'aurait en tous les cas pas pu faire après que son bail ait pris fin. Le *ius tollendi* appartient désormais à A. Sàrl en tant que locataire des locaux, tout comme il lui incombe en principe de remettre les locaux dans leur état initial à son départ (art. 260a al. 2 CO). Il est au demeurant incorrect de soutenir que seul celui qui a dès l'origine exécuté les aménagements pourrait disposer du droit d'enlèvement. Enfin, le Tribunal fédéral estime que A. Sàrl commet un abus de droit quand elle soutient n'avoir eu aucun avantage à l'affaire convenue, alors même qu'elle a tiré profit des installations au fil du bail qu'elle a conclu (c. 4.3.1).

14. Notre Haute Cour rejette par la suite les griefs tirés de l'existence d'une transaction couplée au sens de l'art. 254 CO. Aucun élément de l'état de fait du jugement cantonal ne permet d'établir une position de force de B. Sàrl à l'égard de la recourante. Au demeurant, ladite société n'était pas la bailleresse des locaux et n'avait aucune influence sur la conclusion d'un bail en faveur de A. Sàrl. Au surplus, œuvrer à semblable conclusion était l'intention des deux parties. Par ailleurs, l'instance cantonale a retenu que la recourante disposait d'un intérêt propre à la transaction couplée, ce que celle-ci ne critique pas sous l'angle de l'arbitraire. Au contraire, ses allégations liées à l'absence de toute utilité pour elle des aménagements litigieux sont démenties par l'utilisation qu'elle en a faite au fil des années. Enfin, rien ne permet de conclure que le prix des aménagements laissés en place serait surfait. La recourante n'amène à ce titre aucune preuve, si ce n'est une photo de mauvaise qualité, laissant d'ailleurs apparaître diverses installations. Sa requête d'expertise – sur la base de cette photo – est inapte à démontrer son fait (c. 4.3.2).

■ Note

15. L'arrêt commenté porte sur un état de fait qui ne ressortit qu'indirectement au droit du bail, les parties au contrat n'étant pas un locataire et un bailleur, mais un futur locataire (potentiel) et un locataire actuel, envisageant une reprise d'installations fixes financées initialement par ce dernier. Il permet de mettre en lumière quelques difficultés rencontrées dans la pratique, ainsi que la portée de débats doctrinaux qui ne sont pas purement théoriques, et de rappeler utilement quelques règles de prudence en matière de reprise d'installations par le nouveau locataire. Il autorise aussi un rappel concernant des institutions juridiques peu connues, comme le droit d'enlèvement et la transaction couplée.

a) Interprétation de la convention de reprise

16. L'arrêt illustre d'abord les difficultés qu'il peut y avoir à qualifier juridiquement une convention de reprise, par un successeur, d'aménagements des locaux effectués par un locataire précédent.
17. Au terme d'une interprétation subjective, qui reconstitue les volontés réelles des parties, le Tribunal de commerce zurichois a qualifié en l'espèce la convention de *sui generis*, *i.e.* d'accord qui comporte des obligations caractéristiques ne relevant d'aucun régime légal spécial (sur cette notion : CR CO I-THEVENOZ/DE WERRA, 3^e éd., Bâle 2021, Contrats innomés, p. 1485 ss N 12 s. ; BSK OR I-AMSTUTZ/MORIN, 7^e éd., Bâle 2020, Intro. art. 184 ss CO N 11). La convention ne ressortit pas à la vente (art. 184 CO), puisqu'elle exigerait alors un



transfert de propriété. Or, la propriété des agencements fixes financés par B. Sàrl est passée au bailleur, en tant qu'il est propriétaire des locaux, dont les aménagements fixes sont désormais partie intégrante (art. 642 CC). *In casu*, B. Sàrl renonce à son droit d'enlèvement des installations fixes qu'elle a financées, contre rémunération par A. Sàrl, à la condition que celle-ci signe effectivement un bail avec le bailleur des locaux (HG/ZH, 13.12.2023, HG210041-O, c. 3.4.6-3.4.8 ; raisonnement repris à son compte par le Tribunal fédéral, cf. arrêt commenté, c. 4.2.2 et 4.3).

18. Telle interprétation permet aux juridictions successives de désamorcer le grief de A. Sàrl selon lequel le contrat serait nul, puisque B. Sàrl se serait obligée à une prestation impossible *pour elle*, n'étant pas propriétaire des installations fixes. Au demeurant, telle objection est sans fondement, puisque l'art. 20 al. 1 CO ne vise que l'impossibilité initiale objective, et pas l'impossibilité subjective (arrêt commenté, c. 4.1.2).
19. Relevons ici néanmoins que selon certains auteurs, le locataire qui a entrepris des aménagements avec l'accord du bailleur, en dehors d'un accord de remise en état au sens de l'art. 260a al. 2 CO, reste propriétaire des installations fixes et est libre de les enlever, pour peu qu'il remette la chose en état, sans dommage pour le bailleur (à ce sujet : GANDROY, La liquidation des rapports de bail à loyer, Bâle 2024, N 606 ss qui cite également les opinions divergentes). En tel contexte, et à suivre cet avis, il serait parfaitement possible au locataire en place de vendre les aménagements fixes à un successeur, puisque la vente de parties intégrantes avant leur séparation est licite (art. 187 al. 2 CO). La vente porte alors sur des choses mobilières futures (CR CO I-VENTURI-ZEN-RUFFINEN, 3^e éd., Bâle 2021, art. 187 CO N 5), si bien que la forme notariée n'est pas nécessaire (BSK ZGB II-WOLF/WIEGAND, 6^e éd., Bâle 2019, art. 642 CC N 38).
20. A noter qu'il est aussi soutenu en doctrine que le *ius tollendi* est cessible à un tiers, si bien qu'il devrait être qualifié de « droit de disposition » (*Verfügungsrecht*) plutôt que d'enlèvement, puisque si le locataire suivant conserve les installations ainsi acquises il n'y a précisément pas d'enlèvement (en ce sens : BIBER, Die Rohbaumiete – ausgewählte Aspekte, Mietrechtspraxis 2015, p. 79 ss, N 73). L'arrêt commenté n'interdit pas telle lecture. Le Tribunal fédéral indique en effet que le droit d'enlèvement n'appartient pas au seul locataire à l'origine des installations, mais bien désormais à A. Sàrl (arrêt commenté, c. 4.3.1). A suivre cette thèse, il serait là encore envisageable de qualifier la reprise de vente au sens de l'art. 184 CO, les droits réels cessibles pouvant faire l'objet de tel contrat (CR CO I-VENTURI-ZEN-RUFFINEN, *op. cit.*, art. 184 CO N 8). La vente devrait naturellement intervenir avant la

restitution des locaux, puisque le *ius tollendi* s'éteint si elle survient (cf. N 26 ss ci-dessous).

b) Contexte multipartite de la reprise

21. Une reprise d'installations fixes par le nouveau locataire met en présence trois acteurs aux intérêts potentiellement divergents (locataire actuel, successeur et bailleur).
22. La situation est plus simple quand *le bailleur intervient à l'affaire*. Il peut indemniser *directement* le locataire à l'origine des installations pour qu'il n'exerce pas son droit d'enlèvement (cf. TF, 02.09.2009, 4A_211/2009, c. 3.3), ce qui revient au versement d'une indemnité au sens de l'art. 260a al. 3 CO. Il peut ainsi louer les locaux au locataire suivant à meilleur prix, en se prévalant de cet investissement. Ou le bailleur peut aussi s'engager auprès du locataire actuel à faire reprendre ses aménagements par le locataire suivant, de sorte à s'épargner d'avoir à verser lui-même une indemnité. En tel cas, tout droit d'enlèvement du locataire sortant est exclu (TF, 17.02.2005, 4C.457/2004, c. 5.1.1).
23. On ignore, en l'espèce, quelle était la nature et l'intensité de l'implication effective du bailleur des locaux dans les discussions entre les parties. La lecture du jugement cantonal ne renseigne pas plus avant sur la question, puisque les thèses des parties à ce propos étaient diamétralement opposées. A. Sàrl a allégué que le bailleur était non seulement au courant, mais directement intéressé à l'affaire, alors que B. Sàrl a soutenu au contraire qu'il n'avait rien à voir avec celle-ci. L'instance zurichoise conclut quant à elle que A. Sàrl échoue à démontrer toute implication (voire connaissance) du bailleur quant à cette transaction (HG/ZH, 13.12.2023, HG210041-O, c. 4.3.2.3.2). On peut penser toutefois que le bailleur a au moins toléré l'existence de l'accord, voire l'a encouragée, afin de pouvoir louer les lieux sans devoir entreprendre de travaux ni verser une indemnité.
24. La situation aurait probablement été plus claire en cas de transfert du bail au sens de l'art. 263 CO. Le bailleur intervient alors nécessairement à l'affaire, puisqu'il doit consentir au transfert. Le repreneur se voit transférer les droits (indemnité en fin de bail, à défaut droit d'enlèvement) et obligations éventuels du transférant (remise en état). Mais même en tel cas, mieux vaut pour le nouvel entrant se prémunir contre toute mauvaise surprise, en prévoyant un accord parallèle avec le bailleur (LCHAT/RUBLI, Le bail à loyer, Lausanne 2019, p. 1073) ou un accord tripartite (CPra Bail-AUBERT, 2^e éd., Bâle 2017, art. 260a CO N 45).
25. Signalons enfin qu'il faut distinguer le cas de la reprise proprement dite de celui où la remise en état des installations posées par un locataire est reportée sur le

locataire suivant. Dans cette hypothèse, qu'on pourrait qualifier de reprise improprement dite, le nouvel entrant convient avec le bailleur de remettre en état la chose louée à la fin du bail, ce qui libère son prédécesseur, lequel n'a au demeurant pas même à intervenir à tel accord (art. 176 CO ; à ce sujet : KG/SG, 02.06.2004, mp 2004, p. 153 ss).

c) Dernier moment utile pour l'exercice du droit d'enlèvement

26. Au considérant 4.3.1 de l'arrêt commenté, le Tribunal fédéral indique, au risque d'induire un lecteur inattentif en erreur, que le droit d'enlèvement doit s'exercer, à peine de se périmier, avant la fin du bail (« *nur bis zum Ende der Vertragsdauer* »). En revanche, au considérant 4.1.3, il mentionne une limite temporelle bornée par la restitution de la chose louée (« *vor Rückgabe der Sache* »).

27. La distinction n'est pas inutilement pointilleuse. La fin du bail peut en effet précéder la restitution de la chose. C'est par exemple le cas si (i) une procédure de contestation d'un congé a mis aux prises les parties et le juge valide le congé sans prolongation ou avec une prolongation déjà expirée à la date du jugement, (ii) le bailleur est en demeure d'accepter la remise des locaux ou (iii) le bien loué est simplement restitué tardivement (à ce sujet : ZK OR-HIGI/WILDISSEN, 5^e éd., Bâle/Genève 2020, art. 267 CO N 56 ss).

28. L'indication d'une limite à l'exercice du droit, jusqu'à la fin du bail, résulte à nos yeux d'une inadvertance, de sorte qu'il faut, avec une doctrine unanime, convenir que le *ius tollendi* se périmier avec la restitution de la chose (GANDROY, *op. cit.*, N 607 et les réf. cit. à la nbp 600).

d) Une transaction couplée nulle ?

29. L'arrêt permet enfin d'examiner la figure juridique de la transaction couplée nulle au sens de l'art. 254 CO, dans le contexte particulier d'une convention à laquelle le bailleur n'est pas directement partie. L'état de fait ne permet d'ailleurs pas même de conclure, de manière certaine, qu'il a eu connaissance de l'affaire (cf. N 23 ci-dessus).

30. Le jugement cantonal tirait notamment argument de l'absence de preuve d'un consentement du bailleur à l'affaire couplée pour exclure l'application de l'art. 254 CO (HG/ZH, 13.12.2023, HG210041-O, c. 4.3.2.3.2), par référence à la jurisprudence fédérale (TF, 26.09.2001, 4C.161/2001, c. 3). L'arrêt commenté ne reprend pas cet argument à son compte, et ne le mentionne d'ailleurs même pas au considérant topique rappelant l'argumentation de la juridiction cantonale (arrêt commenté, c. 4.2.3). Faut-il y voir une évolution de la jurisprudence et une ouverture vers l'opinion de la doctrine récente,

qui admet l'application de l'art. 254 CO en dépit du fait que le bailleur n'ait joué aucun rôle dans la conclusion de la transaction couplée (à ce sujet : LACHAT/STASTNY, *Le bail à loyer*, Lausanne 2019, p. 219 s. et réf. cit. à la nbp 17) ? L'avenir le dira.

31. Finalement, cette décision du Tribunal fédéral rappelle utilement qu'une reprise d'installations auprès de l'ancien locataire, en dépit d'un lien avec l'usage de la chose et d'un intérêt du reprenneur à l'affaire, qui pourra tirer avantage des aménagements, peut néanmoins consacrer une transaction couplée nulle si les prestations sont manifestement déséquilibrées, notamment parce que le montant demandé pour les agencements est surfait (arrêt commenté, c. 4.1.4, 4.2.3 et 4.3.2, qui réfute que cela soit le cas en l'espèce).

5

TF 4A_611/2023 (22.05.2024) ; arrêt également publié dans la newsletter bail.ch de septembre 2024

Blaise Carron

Résiliation du bail, théorie de la réception absolue et double représentation

Une résiliation est notifiée au moment où elle est parvenue dans la sphère d'influence du destinataire ou de son représentant, de manière qu'il soit à même d'en prendre connaissance en organisant normalement ses affaires. En cas d'absence involontaire, par exemple en cas de détention préventive, le destinataire supporte donc le risque qu'il ne prenne pas, ou tardivement, connaissance de la manifestation de volonté de l'expéditeur dès lors que le délai nécessaire pour organiser normalement ses affaires a expiré.

La double représentation (c'est-à-dire la situation où un même représentant agit pour les deux parties au contrat) recèle un risque de conflit d'intérêts. Elle est inadmissible, sous réserve de deux exceptions : (i) lorsque la nature même de l'affaire exclut tout risque de léser le représenté (ce qui est notamment le cas lorsque l'acte est conclu aux conditions du marché) ou (ii) lorsque le représenté a consenti par avance ou a ratifié l'acte. Ces principes valent aussi pour la représentation légale d'une société par ses organes.

Art. 32 ss, 257d, 273 al. 1 CO

Eine Kündigung gilt zu dem Zeitpunkt als zugestellt, in dem sie im Machtbereich des Empfängers oder seines Vertreters eingeht, womit er die Möglichkeit hat, davon Kenntnis zu nehmen, wenn er seine Geschäfte ordnungsgemäss organisiert. Im Falle von unwillentlicher Abwesenheit, beispielsweise im Falle von Untersuchungshaft, trägt der Empfänger folglich das Risiko, wenn er seine Angelegenheiten nicht innert nützlicher Frist ordentlich regelt und deshalb nicht oder verspätet von Willenserklärungen des Versenders Kenntnis erlangt.



Die Doppelvertretung (ein und derselbe Vertreter handelt für beide Vertragsparteien) birgt das Risiko von Interessenkonflikten. Sie ist, mit den beiden folgenden Ausnahmen, unzulässig: wenn (i) die Natur der Sache eine Schädigung des Vertretenen ausschliesst (was insbesondere der Fall ist, wenn ein Vertrag zu Marktbedingungen abgeschlossen wird) oder wenn (ii) der Vertretene vorgängig zugestimmt hat oder die Handlung nachträglich genehmigt. Diese Grundsätze gelten auch für die rechtliche Vertretung einer Gesellschaft durch ihre Organe.

Art. 32 ff., 257d, 273 Abs. 1 OR

Una disdetta è notificata nel momento in cui è pervenuta nella sfera d'influenza del destinatario o del suo rappresentante, in modo che questi possa prenderne conoscenza organizzando normalmente i propri affari. In caso di assenza involontaria, ad esempio in caso di detenzione preventiva, il destinatario sopporta quindi il rischio di non venire, o di venire a conoscenza tardivamente, della manifestazione di volontà del mittente dal momento in cui il termine necessario per organizzare normalmente i propri affari è scaduto.

La doppia rappresentanza (cioè la situazione in cui un medesimo rappresentante agisce per entrambe le parti del contratto) comporta un rischio di conflitto di interessi. Essa è inammissibile, salvo due eccezioni : (i) quando la natura stessa dell'affare esclude ogni rischio di ledere il rappresentato (come nel caso in cui l'atto sia concluso alle condizioni di mercato) oppure (ii) quando il rappresentato ha acconsentito preventivamente o ha ratificato l'atto. Questi principi valgono anche per la rappresentanza legale di una società da parte dei suoi organi.

Art. 32 seg., 257d, 273 cpv. 1 CO

1. Une société anonyme bailleuse a conclu un bail à loyer avec une société à responsabilité limitée locataire, portant notamment sur un hôtel. C. est à la fois administrateur unique de la bailleuse et co-associé-gérant de la locataire avec D.
2. Faisant suite à une demande de la locataire en ce sens, émise par D. (soit l'autre associé-gérant de cette société), la bailleuse – par la plume de C. – a accepté de différer le paiement du premier loyer, qui devait « entr(er) en vigueur dès la réalisation des travaux de rénovation de (sa) part et la mise en conformité du bâtiment ».
3. Lors d'une assemblée générale, la SA bailleuse a révoqué le mandat d'administrateur de C.
4. Par la suite, la bailleuse a mis la locataire en demeure de régler certains loyers, malgré la convention sur le report du paiement du premier loyer.
5. Dès le 5 décembre 2018, C. a été placé en détention préventive durant plusieurs mois, suite à une plainte pénale déposée par la bailleuse pour gestion déloyale et abus de confiance.

6. Par courrier recommandé du 26 décembre 2018 adressé à la locataire, la bailleuse a résilié le contrat de bail relatif à l'hôtel en raison de la demeure de la locataire. Le suivi postal de ce courrier indique qu'un avis de retrait a été déposé le 28 décembre 2018, mais que le pli n'a pas été retiré à l'issue du délai de garde.
7. Estimant que ce congé était nul, faute d'avoir été reçu par elle-même ou ses représentants, la locataire l'a contesté en saisissant le Tribunal des baux et loyers, puis la Cour de justice du canton de Genève. Suite au rejet de sa requête puis de son appel par les autorités précitées, la locataire exerce un recours en matière civile au Tribunal fédéral, concluant principalement à ce que le congé du 26 décembre 2018 soit déclaré nul, subsidiairement inefficace.
8. **Réception de la résiliation (c. 5).** Le premier grief de la locataire porte sur une appréciation arbitraire des faits entourant la validité du congé. En substance, elle soutient que la résiliation ne lui a pas été notifiée, puisque ses organes se trouvaient en détention lorsque le congé lui a été adressé sous pli recommandé, et considère ainsi que la décision attaquée est empreinte d'arbitraire, dès lors qu'elle retient que cette résiliation lui a valablement été notifiée.
9. Le Tribunal fédéral rappelle que la résiliation d'un contrat de bail est une manifestation de volonté unilatérale, soumise à la théorie de la réception absolue. Une résiliation est ainsi notifiée au moment où elle est parvenue dans la sphère d'influence du destinataire ou de son représentant, de manière qu'il soit à même d'en prendre connaissance en organisant normalement ses affaires. Lors d'une communication par courrier recommandé, si l'agent postal ne peut effectivement remettre le pli au destinataire ou à un tiers autorisé et qu'il laisse un avis de retrait dans sa boîte aux lettres, respectivement sa case postale, il est reçu soit exceptionnellement le même jour s'il peut être attendu du destinataire qu'il le retire aussitôt, soit en règle générale le lendemain de ce jour (c. 5.1).
10. Dans la décision attaquée, l'instance précédente avait considéré que la détention provisoire des gérants de la locataire n'excluait pas que d'autres personnes soient autorisées à relever la résiliation de bail, par exemple une employée.
11. En l'espèce, le Tribunal fédéral confirme que la détention des organes de la locataire, qui durait depuis une vingtaine de jours, n'empêchait pas que d'autres personnes, telle l'employée comptable de la société et mère de C., soient habilitées à recevoir le courrier recommandé, ou n'empêchait pas de conférer une procuration à des tiers pour des affaires déterminées, comme le retrait d'un pli recommandé. Il écarte ainsi le grief tiré de l'arbitraire invoqué par la locataire. Il s'appuie

en cela sur l'analyse de l'instance précédente qui a souligné que la détention provisoire durait depuis une vingtaine de jours, ce qui aurait dû permettre à la locataire et à ses organes de s'organiser pour réceptionner le courrier. A cela s'ajoute le fait que les représentants de la locataire devaient s'attendre à recevoir une résiliation pour non-paiement du loyer puisque la bailleuse avait adressé avant leur détention un avis comminatoire fixant un délai de 60 jours pour s'acquitter des loyers en retard. En outre, le Tribunal fédéral exclut qu'un courrier du conseil de la locataire, mandaté pour une autre affaire, puisse être interprété comme une procuration globale pour la représenter également dans la présente procédure. Enfin, le Tribunal fédéral écarte toute possibilité d'abus de droit de la part de la bailleuse qui aurait, selon la locataire, provoqué la détention des organes de la locataire pour résilier ensuite le bail. En conclusion, le Tribunal fédéral confirme ainsi la décision attaquée et écarte le grief tiré de l'arbitraire (c. 5.2).

12. **Double représentation (c. 6).** La locataire formule un second grief, tiré de la violation de l'art. 257d CO. Elle estime que le loyer pour le paiement duquel elle se trouvait prétendument en demeure n'était pas encore exigible. A l'appui de ce grief, elle avance que les parties avaient convenu de différer le paiement de ce loyer et que cet accord n'impliquait pas de double représentation, puisque la demande de report de la locataire émanait de l'autre associé-gérant de cette société. Elle ajoute en outre que l'acte en cause aurait été conclu aux conditions du marché, ce qui exclut tout risque de léser les intérêts de la bailleuse.
13. Le Tribunal fédéral rejette ce grief, après un rappel des principes en matière de double représentation. Cette situation, où un même représentant agit pour les deux parties au contrat, génère un risque de conflits d'intérêts. La jurisprudence fédérale juge ce type de contrat inadmissible (*unzulässig*) et dépourvu de validité (*ungültig*), sous réserve des deux exceptions suivantes : (1) si la nature de l'affaire exclut le risque de léser le représenté, soit notamment lorsque l'acte est conclu aux conditions du marché ; (2) si le représenté y a consenti par avance, ou s'il a ratifié l'acte. Ces principes s'appliquent également à la représentation légale d'une société par ses organes, laquelle est présumée exclure tacitement le pouvoir de représentation pour les actes comportant un risque de conflits entre ses intérêts et celui de son représentant. Une ratification (antérieure ou ultérieure) doit, cas échéant, émaner d'un organe de même rang ou supérieur à celui du représentant. D'un point de vue formel, la validité d'un contrat dans un cas où la société est représentée par la personne avec laquelle elle conclut le contrat est en outre subordonnée au respect de la forme écrite pour les affaires supérieures à CHF 1'000.- en vertu de l'art. 718b CO (c. 6.1).

14. En l'espèce, le Tribunal fédéral considère que la formulation par l'associé-gérant D. de la demande de report de délai de paiement visait uniquement à masquer l'existence d'une double représentation par C., soit à éviter l'interdiction de principe. Au demeurant, même s'il fallait reconnaître à l'intervention de D. une quelconque consistance, la situation recelait un conflit d'intérêts entre ceux de la bailleuse et ceux de C. qui la représentait, conflit d'intérêts parfaitement reconnaissable par la locataire qui agissait par D. Ce conflit limitait le pouvoir de représentation de C. pour la société bailleuse.
15. Le Tribunal fédéral souligne ensuite qu'aucune des exceptions faisant obstacle à l'interdiction de la double représentation n'est remplie. Il rejette en particulier l'argument de la locataire, selon lequel l'acte aurait été conclu aux conditions du marché. En effet, il relève que la convention en cause reportait le paiement des loyers *sine die*, c'est-à-dire jusqu'à ce que des travaux à l'ampleur indéterminée soient entrepris par la bailleuse, alors que cette prise en charge n'était pas prévue dans le contrat de bail original (c. 6.2).
16. Le Tribunal fédéral retient donc que la bailleuse n'était pas liée par les actes de C. et que la convention de report de loyer ne lui était pas opposable. Partant, il rejette le recours de la locataire.

■ Note

17. L'arrêt en question traite principalement de deux griefs invoqués par la locataire pour remettre en cause l'efficacité du congé. Ces griefs font écho à deux institutions de la partie générale du droit des obligations : (a) la théorie de la réception absolue et (b) la double représentation.

a) Congé en droit du bail et théorie de la réception absolue

18. L'arrêt commenté précise les contours de la théorie de la réception absolue en lien avec la communication d'un congé, en traitant de l'hypothèse où les organes de la locataire destinataire sont en détention provisoire. Il s'inscrit dans une **lignée de décisions** ayant déjà fait l'objet de commentaires dans la Newsletter bail.ch, dont nous résumons ci-après les enseignements :

- ATF 137 III 208, c. 3.1 (cf. ég. commentaire de DIETSCHY, Newsletter Bail.ch avril 2011). La théorie de la réception absolue s'applique à la communication de la résiliation du bail : le délai de congé court dès que la résiliation est parvenue dans la sphère d'influence du destinataire, de telle sorte qu'en organisant normalement ses affaires celui-ci soit à même d'en prendre connaissance. Lorsque l'agent postal n'a pas pu remettre le pli recommandé



contenant la résiliation et a laissé un avis de retrait, le pli est reçu dès que le destinataire est en mesure d'en prendre connaissance au bureau de poste selon l'avis de retrait, soit le jour même où l'avis de retrait est déposé dans la boîte aux lettres, sinon en règle générale le lendemain de ce jour.

- ATF 140 III 244, c. 5 (cf. ég. CARRON, Départ du délai pour contester un congé et théorie de la réception : une méthodologie [relativement] peu convaincante pour un résultat [absolument ?] convaincant, Newsletter Bail.ch juillet 2014). Le délai d'ouverture d'action de l'art. 273 al. 1 CO, à l'instar de tous les délais dans lesquels une action doit être introduite en justice, est un délai de droit matériel fédéral soumis à la théorie de la réception absolue. Dans un *obiter dictum*, le Tribunal fédéral laisse cependant entendre que le bailleur ne peut toutefois pas profiter de l'absence ou de l'indisponibilité de la locataire pour lui notifier un congé ; en effet, la communication serait considérée comme non avenue si l'auteur de l'envoi savait que le destinataire était en vacances ou absent.
- ATF 143 III 15, c. 4 (cf. ég. CARRON, Absence ou vacances du locataire et départ du délai pour contester le congé, Newsletter Bail.ch janvier 2017). Vu que la réception a lieu au moment où la résiliation du bail parvient dans la sphère d'influence (*Machtbereich*) du destinataire ou de son représentant, de telle sorte qu'en organisant normalement ses affaires, celui-ci est à même d'en prendre connaissance, le destinataire supporte le risque de ne pas prendre ou de prendre tardivement connaissance du pli, par exemple en cas d'absence ou de vacances. L'arrêt réserve toutefois le cas de la maladie.

19. Le présent commentaire est l'occasion de faire **quelques rappels** :

- Le principe de l'unité de l'ordre juridique impose d'appliquer les règles de droit matériel, à savoir la théorie de la réception absolue, pour fixer le moment de la réception d'une manifestation de volonté en lien avec le point de départ d'un délai de droit matériel, notamment celui de la contestation du congé (art. 273 al. 1 CO). Selon cette théorie, le moment de la réception d'un courrier recommandé non distribué, pour lequel l'agent postal a déposé un avis de retrait, a lieu dès que la locataire peut prendre connaissance du courrier au bureau de poste, soit en principe le lendemain du dépôt de l'avis de retrait. Les règles de procédure sur la notification ne sont pas pertinentes dans ce contexte. En particulier, la fiction de notification au 7^e jour du délai de garde (art. 138 al. 3 let. a CPC ; art. 44 al. 2 LTF) et le fait que cette fiction ne vaut que si le destinataire devait

s'attendre à recevoir une notification (art. 138 al. 3 let. a *in fine* CPC) ne sont pas applicables.

- En droit du bail, la jurisprudence a admis uniquement deux exceptions où la théorie de la réception relative s'applique à une communication faisant démarrer un délai de droit matériel : premièrement, la réception d'une annonce de majoration de loyer qui marque le point de départ du délai de 10 jours de l'art. 269d al. 1 CO (ATF 107 II 189) ; secondement, la réception de l'avis comminatoire de paiement qui constitue le *dies a quo* du délai de 10 ou 30 jours prévu par l'art. 257d al. 1 CO pour régler l'arriéré de loyer (ATF 119 II 147).
- En cas de vacances ou d'absence (volontaire) de la locataire, la théorie de la réception absolue s'applique pleinement à la notification d'un congé. Le test applicable est le suivant : le point de départ du délai correspond au moment où la résiliation du bail parvient dans la sphère d'influence du destinataire ou de son représentant, de telle sorte qu'en organisant normalement ses affaires, celui-ci est à même d'en prendre connaissance (ATF 143 III 14, c. 4.1). La solution retenue en matière de contrat de travail pour le congé adressé au travailleur pendant qu'il se trouve en vacances n'est à notre avis pas applicable en droit du bail : celle-ci prévoit que le congé adressé au travailleur à son domicile pendant ses vacances n'est censé reçu qu'à son retour, à moins qu'il ne soit resté chez lui pendant la période considérée, qu'il ait fait suivre son courrier à son adresse de vacances ou qu'il soit parti en vacances sans en informer son employeur (TF, 05.04.2000, 4P.307/1999, c. 3c). En effet, l'employeur doit escompter que le travailleur s'absentera de son domicile pendant ses vacances, de sorte qu'il est contraire au principe de la confiance d'admettre qu'un congé signifié au domicile du travailleur puisse déployer ses effets alors que celui-ci est en vacances au su de son employeur (TF, 04.05.2006, 4C.34/2006, c. 2.1). Cette solution particulière au droit du travail s'explique également par le fait que les vacances ont été instituées pour que le travailleur puisse se reposer sans plus penser à son travail et qu'il est donc exclu qu'il doive faire en sorte qu'une éventuelle lettre de résiliation de son contrat puisse lui parvenir ; elle découle également du fait que l'art. 329c al. 2 CO prévoit que c'est l'employeur qui fixe les dates des vacances du travailleur. Le droit du bail ne connaît pas d'institution comparable aux vacances. En cela, la formulation du Tribunal fédéral contenue dans l'*obiter dictum* de l'ATF 140 III 244 – qui ne distingue pas entre vacances, absence volontaire et absence involontaire – ne nous semble pas assez précise et différenciée (ATF 140 III 244, c. 5.2).

20. La **nouveauté** de l'arrêt commenté est qu'il précise le **régime applicable en cas d'absence involontaire** de la locataire, en l'espèce une détention provisoire des organes de celle-ci.
21. Le Tribunal fédéral (c. 5.2), à la suite de l'instance cantonale précédente (c. 4), s'attarde sur l'élément du test qui exige que la locataire puisse/doive organiser normalement ses affaires pour être à même de prendre connaissance des manifestations de volonté qui lui sont adressées. Le Tribunal fédéral est d'avis que les organes de la locataire ont bénéficié d'un délai suffisant pour s'organiser en vue de la réception du courrier de résiliation. Il constate d'abord que les organes de la locataire ont effectivement eu une vingtaine de jours depuis le début de leur détention provisoire. Il souligne ensuite que, même si les organes de la locataire sont détenus, cela n'exclut pas que d'autres personnes, tels des employés non-organes, soient habilitées à recevoir un courrier recommandé destiné à la locataire. Enfin, il nie un abus de droit du bailleur en lui reconnaissant le droit de déposer une plainte pénale conduisant à la détention préventive des organes et celui de résilier le contrat de bail pour défaut de paiement de loyer, tout en rejetant l'argument de la locataire que le bailleur aurait provoqué la détention pour profiter de cette situation et résilier le contrat de bail.
22. On peut faire à ce sujet les commentaires suivants :
- La *connaissance ou non par le bailleur* de l'absence de la locataire n'est en principe pas pertinente pour déterminer le moment de la réception. Cela découle de l'analyse du tribunal cantonal (c. 4 : « Certes, la bailleuse avait connaissance de la détention provisoire [...] »). Cela dit, le bailleur ne peut pas abuser de son droit (art. 2 al. 2 CC), en particulier lorsqu'il sait que la locataire n'est pas atteignable à l'adresse d'un bail d'habitations mais à une autre adresse de notification et que la locataire lui a communiqué cette autre adresse (TF, 08.04.2021, 4A_67/2021, c. 5.2). Pourrait aussi commettre un abus de droit le bailleur qui adresse un congé ordinaire à la locataire alors qu'il sait que celle-ci (qui ne lui a pas communiqué d'autre adresse) est absente pour une durée plus longue que le délai de garde par la poste, alors qu'il aurait pu encore le notifier à son retour en respectant les délai et terme applicables. En revanche, on ne devrait pas pouvoir lui faire ce type de reproche s'il s'agit d'une résiliation extraordinaire fondée sur la demeure de la locataire dans le paiement du loyer (art. 257d CO), comme dans l'arrêt commenté.
 - En cas d'*absence volontaire* de la locataire, la théorie de la réception absolue s'applique. En effet, la locataire peut (et doit) organiser à l'avance ses

affaires afin de s'assurer d'être à même de pouvoir prendre connaissance d'une communication du bailleur. Il en va de même si la locataire est une personne morale et que ce sont ses organes qui s'absentent. En effet, plusieurs solutions s'offrent à eux. Ils peuvent d'abord demander à un employé (qui n'a pas besoin d'être organe) de se trouver régulièrement dans les locaux de la personne morale pour réceptionner le courrier au moment où l'agent postal fait sa tournée. Ensuite, ils peuvent aussi charger un tiers de relever le courrier ou l'avis de retrait dans la boîte aux lettres ou la case postale et lui fournir, cas échéant, une procuration pour retirer le courrier recommandé. Une telle procuration peut être accordée par internet, en indiquant le numéro du pli figurant sur l'avis de retrait. Enfin, contre paiement d'une taxe modeste, les organes peuvent faire dévier pendant une période déterminée tout le courrier vers leur lieu de séjour ou vers un tiers de confiance.

- En cas d'*absence involontaire* de la locataire (ou de ses organes), le moment de la réception d'un congé consiste à déterminer si, en raison du caractère non planifiable de son absence, la locataire doit bénéficier d'un laps de temps pour organiser normalement ses affaires afin de pouvoir prendre connaissance d'une communication du bailleur. Dans un tel cas, la réception d'une résiliation n'aura lieu qu'à l'expiration de ce laps de temps jugé normal pour que la locataire puisse s'organiser. La durée va dépendre des causes et des modalités de l'absence involontaire. Elle ne devrait en général pas excéder quelques jours. Lors d'une détention provisoire, la personne détenue peut en effet organiser plus ou moins rapidement la réception d'une éventuelle manifestation de volonté du bailleur en faisant usage de sa liberté de communication avec son défenseur, de son droit à la correspondance ou de son droit d'être en contact avec ses proches (cf. notamment art. 235 CPP). Dans des situations exceptionnelles, par exemple si la locataire est incapable de discernement en raison d'une maladie ou d'un accident et donc privée de l'exercice de ses droits civils, le laps de temps normal pour organiser ses affaires sera plus long et une réception ne pourra pas avoir lieu avant l'expiration de celui-ci. Une solution digne d'intérêt proposée par une partie de la doctrine consiste à admettre que le bailleur, ayant adressé de bonne foi un congé à une locataire involontairement absente, puisse le renouveler ultérieurement, à un moment où celle-ci a (ou aurait) pu s'organiser. Dans une telle hypothèse, la locataire ne serait pas autorisée à invoquer une communication tardive du bailleur, en raison du premier envoi effectué dans les temps ; en revanche, le délai pour



agir en annulation du congé (art. 273 al. 1 CO) ne partirait pour la locataire qu'à la communication renouvelée (BOHNET, Les délais en droit du bail à loyer : vingt ans après, in : Bohnet/Carron [édit.], 23^e Séminaire sur le droit du bail, Bâle/Neuchâtel 2024, p. 12 ss, N 22).

b) Double représentation

23. Les art. 32 ss CO régissent la théorie générale de la représentation civile. Pour que l'effet de représentation se produise, l'art. 32 al. 1 CO pose deux conditions (ATF 126 III 59, c. 1b ; TF, 30.01.2019, 4A_487/2018, c. 5.2.1 ; ég. CARRON/WESSNER, Droit des obligations – Partie générale, Vol. I : les concepts généraux et la représentation – l'enrichissement illégitime – la relation précontractuelle, Berne 2022, N 809 ss, qui précisent que le représentant doit en outre disposer de la capacité de discernement) :

- **L'acte au nom du représenté.** Le représentant capable de discernement doit agir « au nom » du représenté. Cette condition est remplie dans trois cas de figure : premièrement, celui qui agit prend la qualité de représentant en se faisant connaître comme tel auprès du tiers ; deuxièmement, le représentant ne se fait pas connaître comme tel, mais le tiers doit inférer des circonstances que le représentant agit au nom d'une autre personne ; troisièmement, nonobstant le fait que le représentant ne s'est pas fait connaître comme tel et que le tiers ne pouvait pas inférer cette qualité des circonstances, il est indifférent au tiers de traiter avec le représentant ou le représenté (TF, 03.04.2012, 4A_757/2011, c. 2.2 ; cf. ég. CARRON/WESSNER, *op. cit.*, N 810 ss).
- **Les pouvoirs de représentation.** Le représentant doit être « autorisé », c'est-à-dire qu'il doit disposer des pouvoirs suffisants de représentation, accordés notamment sous forme de procuration par le représenté (ATF 146 III 121, c. 3.2.2. ; cf. ég. CARRON/WESSNER, *op. cit.*, N 841 ss). En cas de représentation sans pouvoirs (art. 38 ss CO), il n'y a en principe pas d'effet de représentation. Deux exceptions sont principalement envisageables. Premièrement, le pseudo-représenté peut ratifier l'acte du représentant, ce qui entraîne l'effet de représentation conformément à la volonté du représenté (art. 38 CO) (TF, 17.06.2016, 9C_495/2015, c. 5.2.2 ; CARRON/WESSNER, *op. cit.*, N 959 ss). Secondement, la loi protège le tiers de bonne foi à des conditions strictes et impose, cas échéant, un effet de représentation contre la volonté du représenté (art. 33 al. 3 et 34 al. 3 CO) (ATF 146 III 37, c. 7.1.2.1 ; CARRON/WESSNER, *op. cit.*, N 974 ss).

24. En présence d'une double représentation (mais également d'un contrat avec soi-même ; à ce sujet, cf. CARRON/WESSNER, *op. cit.*, N 879), le Tribunal fédéral a développé une pratique constante (ATF 144 III 388, c. 5.1, JdT 2019 II 322 ; 127 III 332, c. 2a, JdT 2001 I 258), reprise dans l'arrêt commenté : « un contrat conclu dans ce contexte est inadmissible (*unzulässig*) et dépourvu de validité (*ungültig*), sous réserve des deux exceptions suivantes : (1) Si la nature de l'affaire exclut le risque de léser le représenté, soit notamment lorsque l'acte est conclu aux conditions du marché ; (2) Si le représenté y a consenti par avance, ou s'il a ratifié l'acte » (c. 6.1).

25. Cette règle jurisprudentielle – qui se compose d'un principe et de deux exceptions, la seconde d'entre elles comprenant deux sous-hypothèses – semble à première vue constituer une *lex specialis* par rapport au système codifié des art. 32 ss CO (cf. notamment TF, 04.03.2022, 4A_488/2021, c. 5.3.2, qui précise que le droit suisse ne contient aucune règle à ce sujet). Le présent commentaire vise à démontrer qu'il n'en est rien et que les tribunaux pourraient se contenter d'appliquer la théorie générale.

26. Avant de procéder à cette démonstration, il convient de rappeler un axiome important, expressément rappelé dans l'arrêt commenté : « la personne [représentée] est présumée tacitement exclure le pouvoir de représentation pour tout acte comportant un risque de conflit entre ses propres intérêts et celui de son représentant » (c. 6 ; ég. ATF 144 III 388, c. 5.1, JdT 2019 II 322 ; CARRON/WESSNER, *op. cit.*, N 871 et réf. cit.).

27. Reprenons maintenant chacune des hypothèses prévues par la règle jurisprudentielle :

- Principe : « Un contrat conclu dans [le contexte de la double représentation] est inadmissible (*unzulässig*) et dépourvu de validité (*ungültig*) [...] » (c. 6.1). On se trouve dans la situation où le représentant a effectué une double représentation présentant un risque de conflit entre les intérêts de représenté et ceux du représentant. Dans ce cas, l'acte juridique conclu par le représentant au nom du représenté (première condition légale) n'est pas couvert par la procuration (deuxième condition légale). Il s'agit donc d'une représentation sans pouvoirs où aucune des exceptions prévues par le CO (ratification ou protection de la bonne foi du tiers) n'est remplie. L'effet de représentation ne se produit pas. Le contrat est nul en raison du vice de représentation et ne produit donc aucun effet juridique.
- Exception 1 : Un contrat conclu dans le contexte d'une double représentation est admissible et valide « (1) si la nature de l'affaire exclut le risque de léser le représenté, soit notamment lorsque l'acte est

conclu aux conditions du marché » (c. 6.1). On se trouve dans la situation où il n'y a pas de risque de conflit entre les intérêts du représenté et ceux du représentant, par exemple parce que l'acte est conclu aux conditions du marché. Dans ce cas, l'acte juridique conclu par le représentant au nom du représenté (première condition légale) est couvert par la procuration qui n'exclut tacitement que les actes comportant un risque de conflit entre les intérêts du représenté et ceux du représentant (deuxième condition légale). On précise que, par « conditions du marché », il faut entendre non seulement le prix du bien ou de la prestation convenue, mais aussi une quantité et des modalités raisonnables par rapport à la situation des parties à la transaction (dans ce sens, mais plus critique sur la formulation du Tribunal fédéral, NUSSBAUMER-LAGHZAOUÏ, Les conditions de validité de la double représentation et du contrat avec soi-même, LawInside du 3 août 2024). Par conséquent, les deux conditions légales de l'art. 32 al. 1 CO étant remplies, l'effet de représentation se produit.

- Exception 2, première hypothèse : Un contrat conclu dans le contexte d'une double représentation est admissible et valide « (2) si le représenté y a consenti par avance [...] » (c. 6.1). On se trouve dans la situation où le représenté a confié des pouvoirs au représentant en acceptant les risques de la double

représentation. Dans ce cas, l'acte juridique conclu par le représentant au nom du représenté (première condition légale) est couvert par la procuration expresse accordée en dépit du risque de conflit entre les intérêts du représenté et ceux du représentant (deuxième condition légale). Par conséquent, les deux conditions légales de l'art. 32 al. 1 CO étant remplies, l'effet de représentation se produit.

- Exception 2, deuxième hypothèse : Un contrat conclu dans le contexte d'une double représentation est admissible et valide « (2) si le représenté [...] a ratifié l'acte » (c. 6.1). On se trouve dans la situation où le représentant a agi sans pouvoirs, mais où ses actes juridiques sont ratifiés a posteriori par le représentant. Dans ce cas, l'acte juridique conclu par le représentant au nom du représenté (première condition légale) n'est pas couvert par la procuration (deuxième condition légale). Il s'agit donc d'une représentation sans pouvoirs. Toutefois, la ratification est une des exceptions prévues par l'art. 38 CO et l'effet de représentation se produit.
- Sur la base de ces réflexions et afin de maintenir la cohérence et l'ambition d'exhaustivité voulue pour la codification, il nous semble que le raisonnement d'un tribunal confronté à une double représentation gagnerait à appliquer directement la théorie générale des art. 32 ss CO plutôt que de légitimer l'utilisation de critères jurisprudentiels spécifiques.

2. Protection contre les loyers abusifs

6

ATF 150 III 71 ; arrêt également publié dans la newsletter bail.ch de janvier 2024

Aurélie Gandoy

Adaptation du loyer à l'expiration de la période d'indexation – point de référence temporel pour déterminer l'évolution du taux hypothécaire

L'art. 269b CO permet de conclure un contrat de bail avec loyer indexé en référence à l'indice des prix à la consommation pour une durée minimale de cinq ans. A l'échéance de ce bail, si le contrat est reconduit – expressément ou tacitement – en bail de durée indéterminée, il n'est plus indexé (sauf convention contraire). Si le locataire ou le bailleur souhaite demander une adaptation du loyer à l'échéance du bail à loyers indexés en raison d'une variation du taux hypothécaire de référence depuis le début de la période d'indexation, il doit le faire pour la fin de la période d'indexation en respectant le délai de résiliation convenu. A défaut, il faut considérer que les parties

acceptent le loyer payé jusqu'ici, et plus particulièrement les critères de fixation du loyer existants à ce moment-là. Si ce délai n'est pas respecté, le taux hypothécaire de référence déterminant sera celui en vigueur à la date à laquelle le bail aurait pu être résilié en respectant le délai de préavis.

Art. 269b, 269d, 270a CO

Der Art. 269b OR erlaubt den Abschluss eines – gemäss dem Landesindex der Konsumentenpreise – indexierten Mietvertrags, wobei die Mindestdauer fünf Jahre betragen muss. Wenn das Mietverhältnis über die Vertragsdauer hinaus unbefristet fortgesetzt wird, sei es ausdrücklich oder stillschweigend, ist es nicht mehr indexiert (sofern nicht anders vereinbart). Wenn der Mieter oder der Vermieter auf das Ende der Vertragsdauer hin eine Mietzinsanpassung aufgrund der Änderung des hypothekarischen Referenzzinssatzes seit dem Beginn der Indexperiode verlangen will, muss er dies per Ende der Indexperiode tun, unter Einhaltung der vereinbarten Kündigungsfrist. Andernfalls ist davon auszugehen, dass die Parteien den bisher bezahlten Mietzins, oder genauer die



dannzumal aktuellen Festsetzungskriterien, akzeptieren. Wird diese Frist nicht eingehalten, ist der hypothekarische Referenzzinssatz massgebend, der im Zeitpunkt gilt, wenn das Mietverhältnis, unter Einhaltung der Kündigungsfrist, hätte gekündigt werden können.

Art. 269b, 269d, 270a OR

L'art. 269b CO consente la stipula di un contratto di locazione con pigione indicizzata in riferimento all'indice dei prezzi al consumo per una durata minima di cinque anni. Alla scadenza di tale contratto, se il contratto è rinnovato – espressamente o tacitamente – come contratto di durata indeterminata, non sarà più indicizzato (salvo diverso accordo). Se il conduttore o il locatore desidera richiedere un adeguamento della pigione alla scadenza del contratto a pigione indicizzata a causa di una variazione del tasso ipotecario di riferimento rispetto all'inizio del periodo di indicizzazione, deve farlo entro la fine del periodo di indicizzazione rispettando il termine di disdetta convenuto. In mancanza di ciò, si presume che le parti accettino la pigione fino ad allora pagata, in particolare i criteri di determinazione della pigione esistenti in quel momento. Se il termine non è rispettato, il tasso ipotecario di riferimento determinante sarà quello in vigore alla data in cui il contratto avrebbe potuto essere disdetta rispettando il termine di preavviso.

Art. 269b, 269d, 270a CO

1. B. B. et C. B., locataires, ont conclu un contrat de bail avec l'entreprise A. SA, bailleresse, en date du 6 février 2015. Le bail portait sur un appartement de 5,5 pièces en attique avec comme début du bail le 1^{er} avril 2015. Les parties ont convenu d'un loyer mensuel net de CHF 3'500.- avec une clause d'indexation fondée sur l'indice des prix à la consommation et d'une durée de bail minimale de cinq ans, soit au moins jusqu'au 31 mars 2020.
2. Par avenant du 13 septembre 2019, les parties ont convenu de la possibilité de résilier le contrat avec un préavis de trois mois pour la fin d'un mois, à l'exception de celui de décembre, la première fois à l'expiration de la durée minimale arrivant à échéance le 31 mars 2020.
3. Le 2 juin 2017, les locataires ont requis une baisse de loyer au regard de la diminution du taux hypothécaire de référence. La bailleresse a refusé cette baisse au regard de la clause d'indexation convenue. Le 4 mars 2020, les locataires ont requis une nouvelle baisse de loyer fondée sur la diminution du taux hypothécaire de référence « pour le prochain terme de résiliation » (« *auf den nächsten Kündigungstermin* »).
4. Par requête du 17 avril 2020, les locataires ont saisi la commission de conciliation du canton de Bâle-Campagne afin de faire fixer le loyer dès le 1^{er} juillet 2020, au minimum à CHF 3'215.-, subsidiairement à CHF 3'402.-. Aucun accord n'a pu être trouvé et la bailleresse s'est opposée à la proposition de jugement formulée. A l'issue de la conciliation, la bailleresse a adapté le loyer à CHF 3'393.- à compter du 1^{er} juillet 2020.
5. Le 15 février 2021, la bailleresse a agi devant le Tribunal d'arrondissement de Bâle-Campagne Ouest en concluant au rejet de la demande des locataires, pour autant qu'elle soit recevable, puisque devenue sans objet par l'adaptation du loyer. Dans leur réponse du 7 septembre 2021, les locataires ont conclu au rejet de la demande de la bailleresse et, reconventionnellement, à ce que le loyer soit fixé, dès le 1^{er} avril 2020, subsidiairement le 1^{er} juillet 2020 au maximum à CHF 3'215.-. Par décision du 23 juin 2020, la Présidente du Tribunal d'arrondissement a admis la demande de la bailleresse et rejeté la demande reconventionnelle des locataires. Elle constate dans son dispositif que le loyer net est réduit à compter du 1^{er} juillet 2020 à CHF 3'393.-.
6. Les locataires ont recouru contre ce jugement auprès du Tribunal cantonal du canton de Bâle-Campagne, qui a admis le recours et annulé le jugement de première instance, fixant le loyer à CHF 3'215.- dès le 1^{er} juillet 2020. La bailleresse recourt au Tribunal fédéral contre ce jugement.
7. A la conclusion du contrat le 6 février 2015, le taux hypothécaire de référence était de 2 % et n'a cessé de baisser en cours de contrat. Le 3 mars 2020, il a été fixé à 1,25 %. Le Tribunal cantonal applique ce taux dès le 1^{er} juillet 2020, soit le prochain terme de résiliation qui suit la demande du 4 mars 2020. La recourante conteste cette appréciation, dès lors que la demande d'adaptation est intervenue tardivement, l'expiration de la période d'indexation ayant pris fin le 31 mars 2020. Selon la recourante, les intimés auraient dû demander la réduction du loyer pour cette date, en respectant le délai de résiliation. Cela n'a pas été fait, raison pour laquelle il est présumé qu'ils ont considéré le loyer fixé à l'époque comme approprié. Pour les modifications ultérieures du loyer, la recourante soutient qu'il convient donc de comparer les facteurs de coûts et donc le taux d'intérêt de référence au moment où le bail aurait pu être résilié pour l'expiration de la durée de l'indexation, et non le taux au début du bail. En l'occurrence, les locataires pouvaient mettre fin au contrat pour l'expiration de la période d'indexation au mois de décembre 2019. Depuis cette date, le taux d'intérêt de référence hypothécaire n'a toutefois baissé que de 0,25 point de pourcentage (de 1,5 % à 1,25 %), raison pour laquelle seule une réduction de loyer à CHF 3'393.- correspondait à l'adaptation selon les facteurs de coûts.
8. Le Tribunal fédéral relève que la question litigieuse est de déterminer – à l'expiration de la période d'indexation – le point de référence temporel sur lequel il faut se baser pour déterminer les modifications du taux hypothécaire.

9. Il rappelle que les parties d'un contrat de bail peuvent convenir d'un loyer indexé à condition que le contrat de bail soit conclu pour cinq ans au moins et que l'indice prévu soit l'indice suisse des prix à la consommation (art. 269b CO ; art. 17 OBLF). En l'espèce, les parties ont fait usage de cette possibilité, faisant dépendre le loyer uniquement de l'évolution de l'indice, sous réserve de la contestation du loyer initial et à l'exclusion notamment de la variation du taux hypothécaire (ATF 147 III 32, c. 3.3 ; TF, 02.11.2015, 4A_269/2015, c. 2.1).
10. A l'expiration de la durée d'indexation, et en cas de poursuite du bail pour une durée indéterminée, l'indexation devient caduque à moins que la partie bailleuse ne soit (à nouveau) également liée pendant au moins cinq ans (voir notamment ATF 124 III 57, c. 3b). A l'approche de l'expiration de la période d'indexation, les deux parties peuvent demander la modification du loyer en respectant le délai de résiliation : la partie bailleuse peut augmenter le loyer en vertu de l'art. 269d CO, et la partie locataire peut demander la réduction du loyer en vertu de l'art. 270a CO (adaptation « en cours de bail »), chaque fois pour le prochain terme de résiliation possible (TF, 02.11.2015, 4A_269/2015, c. 2.3). Ces demandes se fondent sur la méthode de calcul relative, à l'exclusion de la méthode de calcul absolue, et l'adaptation est notamment possible en fonction d'évolutions intermédiaires du taux hypothécaire de référence (ATF 147 III 32, c. 3.4.1 et 3.5).
11. Si les parties ne requièrent pas une telle modification pour la fin de la durée de l'indexation, elles donnent l'apparence de considérer le loyer actuel comme approprié. Une demande ultérieure de modification de loyer selon la méthode relative nécessitera alors de se baser sur l'indice existant à la fin de la période d'indexation comme base de comparaison. En d'autres termes, les coûts et la situation au moment où les parties auraient pu résilier le bail en respectant le délai de résiliation pour l'expiration de la durée d'indexation et demander ainsi une adaptation selon la méthode relative sont déterminants (voir notamment ATF 123 III 76, c. 4c ; TF, 06.01.2011, 4A_489/2010 et 4A_531/2010, c. 4.2 ; SVITK-ROHRER, art. 269b CO N 35 ; BSK OR I-WEBER, art. 269b CO N 7a). L'ATF 147 III 32 n'a pas changé ces principes, mais a uniquement précisé que la méthode de calcul absolue ne s'applique pas aux demandes de réduction de loyer à l'échéance de la durée de l'indexation (c. 3.4.1 et 3.5).
12. La dernière instance cantonale a invoqué l'art. 13 al. 4 OBLF pour justifier sa solution divergente, dispositions selon laquelle : « [I]ors d'une modification du loyer faisant suite à une variation du taux hypothécaire, il y a lieu de voir en outre si et dans quelle mesure les variations antérieures ont entraîné une modification du loyer ». Cette norme permet d'invoquer des modifications du taux hypothécaire depuis le moment où le loyer a été adapté pour la dernière fois en tenant compte du taux hypothécaire de référence, respectivement fixé à nouveau (voir notamment ATF 141 III 569, c. 2.1.1 ; 119 II 348, c. 4b/aa-dd). Le Tribunal cantonal en a déduit que les modifications du taux hypothécaire intervenues pendant la durée de l'indexation pouvaient encore être prises en compte après l'expiration de la durée de l'indexation. Il a retenu que le point de référence pour le nouveau calcul du loyer sur la base du taux hypothécaire de référence restait, dans tous les cas, le taux hypothécaire de référence en vigueur au début de la durée de l'indexation ou au début du bail, pour autant qu'aucune adaptation de loyer n'ait été effectuée entre-temps en se référant expressément au taux hypothécaire de référence.
13. Le Tribunal fédéral relève que l'art. 13 al. 4 OBLF ne s'applique pas à la situation d'espèce, puisque les parties poursuivent le bail au-delà de la durée de l'indexation en tant que bail à durée indéterminée, et omettent de demander une modification du loyer à la fin de la durée de l'indexation : en convenant d'un loyer indexé, les parties au contrat de bail excluent tous les autres motifs d'adaptation pour la durée de l'indexation, y compris le taux hypothécaire de référence. La seule exception est celle développée ci-avant. Le Tribunal fédéral n'a jamais appliqué l'art. 13 al. 4 OBLF à des demandes de réduction après l'expiration de la durée d'indexation (dans le même sens, TF, 06.01.2011, 4A_489/2010, c. 4.1-4.3).
14. Dans le cas d'espèce, les parties ont poursuivi le bail au-delà de la durée d'indexation de cinq ans en tant que bail à durée indéterminée, résiliable en tout temps et sans indexation. Les locataires et intimés n'ont pas demandé une correction de loyer pour la fin de la durée de l'indexation (31 mars 2020), mais seulement le 4 mars 2020 pour le 1^{er} juillet 2020. Par conséquent, pour l'adaptation du loyer dont il est question ici, il faut partir du taux hypothécaire de référence au moment où les intimés auraient pu résilier le bail dans les délais et demander une adaptation du loyer (décembre 2019). A l'époque, le taux d'intérêt de référence hypothécaire était de 1,5 %, avant de baisser en mars 2020 à 1,25 %. La partie bailleuse a répercuté ce changement et a baissé le loyer en conséquence. En admettant une autre base pour une baisse de loyer plus importante, le Tribunal cantonal a violé le droit fédéral. Le recours est donc admis.



■ Note

15. L'arrêt permet de rappeler que le régime de modification du loyer à l'issue de la période d'indexation est en lien avec les art. 269d et 270 CO.
16. Les parties peuvent convenir que l'augmentation ou la baisse du loyer se fera exclusivement en fonction de la fluctuation de l'indice des prix à la consommation (IPC) (art. 269b CO). Une telle convention n'est valable qu'à deux conditions : le bail est d'une durée minimale de cinq ans, à tout le moins en faveur de la partie locataire qui peut disposer d'un droit de résiliation (ATF 125 III 358, c. 1.b) et l'indice des prix à la consommation est l'indice de référence. L'indice de base est celui de la conclusion du contrat.
17. Durant la période d'indexation, les parties ne peuvent demander la modification du loyer que sur la base de la fluctuation de l'IPC, à l'exclusion notamment de l'évolution du taux hypothécaire de référence (ATF 147 III 32, c. 3.31). Sont réservées les adaptations fondées sur des prestations et charges supplémentaires de la partie bailleuse si les parties l'ont expressément prévu (CPra Bail-DIETSCHY-MARTENET, art. 269b CO N 28 s.).
18. A l'expiration de la durée initiale d'indexation se pose la question du sort de cette dernière. Si le bail se reconduit pour une durée indéterminée, respectivement inférieure à cinq ans (ATF 123 III 76, c. 4a), la clause d'indexation devient caduque. En revanche, si la période de reconduction est égale ou supérieure à cinq ans, à tout le moins en faveur de la partie locataire, la clause d'indexation demeure applicable (ATF 137 III 580, c. 2). En fonction de la reconduction ou non de la clause d'indexation, il faut envisager les possibilités d'adaptation du loyer.
19. En cas de reconduction de la clause d'indexation, les parties peuvent requérir une majoration ou diminution du loyer (indépendante de l'IPC) pour le prochain terme de résiliation, soit pour l'échéance du bail original ou reconduit, dans le respect du délai de résiliation (art. 269d et 270a CO en lien avec l'ATF 147 III 32, c. 3.4). L'indexation se calcule sur la base de l'indice au moment de la dernière fixation et non de la reconduction (ATF 137 III 580, c. 2). Outre cette possibilité, durant la période d'indexation, les parties peuvent demander l'adaptation du loyer sur la base de la clause d'indexation en fonction de la fluctuation de l'IPC (art. 269b CO).
20. En l'absence de reconduction de la clause d'indexation, les parties peuvent requérir une majoration ou une diminution du loyer pour la date d'échéance de la clause, soit la fin de la période d'indexation, en respectant toutefois le délai de résiliation. Par l'ATF 147 III 32 ainsi que par l'arrêt commenté, le Tribunal fédéral a apporté les deux précisions suivantes quant à cette demande d'adaptation du loyer.
21. Premièrement, la partie locataire qui agit en diminution du loyer pour la fin de la durée initiale du contrat ne peut se prévaloir que des facteurs relatifs, à l'exclusion des facteurs absolus (ATF 147 III 32, c. 3.5, commenté par BOHNET/CONOD, Modification du loyer à l'expiration de la durée initiale du bail indexé [arrêt TF 4A_86/2020], Newsletter bail.ch février 2020). Il devrait à notre sens en aller de même s'agissant d'une demande de majoration (en ce sens, DIETSCHY-MARTENET, Actualités en matière de loyers indexés et échelonnés, in : Bohnet/Carron [édit.], 22^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2022, p. 69 ss, N 15 ss), bien que la partie bailleuse puisse s'opposer à une demande de diminution en se référant à la méthode absolue (ATF 147 III 32, c. 3.5 et réf. cit.).
22. Secondement, la date de référence pour la variation du taux hypothécaire est celle de la conclusion du contrat **uniquement** en cas de demande d'adaptation pour la fin de la période d'indexation, dans le respect du préavis de résiliation (c. 3.3 et 3.4 de l'arrêt commenté). A défaut, les parties sont supposées être d'accord avec le loyer en vigueur au moment où elles auraient pu résilier le bail : une demande d'adaptation ultérieure se fonde sur le niveau des coûts, et notamment le taux hypothécaire de référence, du moment où les parties pouvaient résilier le bail pour la fin de la période d'indexation.
23. La solution retenue par le Tribunal fédéral dans l'arrêt commenté doit être approuvée. Elle confirme en effet la pratique existante (ATF 123 III 73, c. 4c ; TF, 06.01.2011, 4A_489/2010, c. 4 ; réf. cit. dans l'arrêt commenté). Une telle décision permet de distinguer les mécanismes de fixation du loyer au sens des art. 269d et 270a CO et les particularités de l'adaptation du loyer à l'expiration de la période d'indexation prévue par les parties. Admettre la possibilité de demander une adaptation du loyer ultérieure à la fin de la période d'indexation, mais en se fondant sur le taux hypothécaire du début de la période d'indexation, viderait de leur sens les exigences des art. 260d et 270a CO en lien avec la condition de l'art. 269b CO selon laquelle le seul indice pertinent durant la période d'indexation est celui de l'IPC, à l'exclusion du taux hypothécaire de référence.

ATF 150 III 123 ; arrêt également publié dans la newsletter bail.ch de février 2024

Pascal Jeannin

Caractère abusif du loyer initial d'un immeuble ancien : quelques précisions au sujet du renversement de la présomption

Lorsque le loyer initial d'un immeuble ancien a été augmenté massivement par rapport au loyer du précédent locataire, il existe une présomption que le loyer est abusif – présomption que le bailleur peut renverser en éveillant des doutes fondés quant à sa véracité (rappel de l'ATF 147 III 431). Pour ce faire, le bailleur peut présenter des statistiques qui ne satisfont pas entièrement aux critères de l'art. 11 al. 4 OBLF ; il peut également présenter des logements de comparaison, qui ne doivent pas être examinés avec la même rigueur que lorsqu'il s'agit réellement de prouver que le loyer se situe – ou pas – dans les limites des loyers usuels dans la localité ou dans le quartier. Ainsi, parmi les logements présentés, il suffit d'exclure ceux qui ne sont manifestement pas comparables avec l'objet de référence. Le fait que le bail précédent ait été de longue durée et que durant cette période, le niveau général des loyers ait augmenté peut également être pris en compte pour déterminer si le bailleur a réussi à éveiller des doutes fondés relatifs à la présomption.

Art. 269a let. a, 270 CO ; art. 11 OBLF

Wenn der Anfangsmietzins einer Altbaute gegenüber dem Mietzins des Vormieters massiv erhöht wurde, besteht die Vermutung eines missbräuchlichen Mietzinses, wobei diese Vermutung durch begründete Zweifel an ihrer Richtigkeit erschüttert werden kann (Verweis auf BGE 147 III 431). Um dies zu tun, kann der Vermieter Statistiken vorlegen, die den Vorgaben von Art. 11 Abs. 4 VMWG nicht vollständig genügen ; er kann auch Vergleichsobjekte anführen, welche aber nicht gleich streng zu beurteilen sind, wie wenn bewiesen werden muss, dass der Mietzins orts- und quartierüblich ist (oder eben nicht). Dementsprechend genügt es, von den angeführten Vergleichsobjekten diejenigen auszuschliessen, die klarerweise mit dem streitgegenständlichen Objekt nicht vergleichbar sind. Der Umstand, dass der vorherige Mietvertrag lange gedauert hat und dass in diesem Zeitraum das allgemeine Mietzinsniveau gestiegen ist, kann ebenfalls berücksichtigt werden, um zu beurteilen, ob es dem Vermieter gelungen ist, begründete Zweifel an der Vermutung zu wecken.

Art. 269a lit. a, 270 OR ; Art. 11 VMWG

Quando la pigione iniziale di un immobile datato è stata aumentata in misura considerevole rispetto a quella del precedente conduttore, vi è una presunzione che la pigione sia abusiva – presunzione che il locatore può ribaltare sollevando dubbi fondati sulla sua fondatezza (richiamo della

DTF 147 III 431). A tal fine, il locatore può presentare statistiche che non soddisfano completamente i requisiti dell'art. 11 cpv. 4 OLAL ; può anche presentare immobili di confronto, che non devono essere valutati con la stessa severità richiesta per dimostrare se la pigione rientri nei limiti delle pigioni usuali nella località o nel quartiere. Tra gli immobili presentati, è sufficiente escludere quelli che non sono manifestamente comparabili con l'oggetto di riferimento. Anche il fatto che la durata del contratto precedente fosse di lunga durata e che durante tale periodo il livello generale delle pigioni sia aumentato può essere considerato per stabilire se il locatore sia riuscito a sollevare dubbi fondati sulla presunzione. Art. 269a lett. a, 270 CO ; art. 11 OLAL

1. Par contrat de bail du 30 mars, respectivement du 4 avril 2017, A. a donné à bail à B., à compter du 16 avril 2017, un appartement de 2 pièces au 4^e étage d'un immeuble situé en ville de Zurich, dans le quartier d' « Aussersihl » (4^e arrondissement). Le loyer net convenu était de CHF 1'060.- par mois, avec, en sus, des montants de CHF 55.- à titre de frais de chauffage et d'eau chaude ainsi que de CHF 110.- à titre de frais d'exploitation. Le 30 mars 2017, la bailleuse a notifié à la locataire le formulaire de notification du loyer initial. Il en ressort que le loyer net du locataire précédent s'élevait à CHF 738.-, les montants des acomptes étant identiques. La bailleuse a indiqué comme motif de majoration du loyer une « adaptation aux loyers usuels de la localité et du quartier ».
2. Le 2 mai 2017, la locataire a contesté le loyer initial par-devant l'autorité de conciliation du district de Zurich, qui a rendu une proposition de jugement. La bailleuse s'est opposée à celle-ci et une autorisation de procéder lui a été délivrée. Cette dernière a dès lors agi le 14 septembre 2017 devant le Tribunal des baux du canton de Zurich et a conclu à la constatation du caractère non abusif du loyer net de CHF 1'060.- pour l'objet loué, subsidiairement à la fixation judiciaire du loyer, le tout avec suite de frais judiciaires et dépens. A l'appui de sa demande, la bailleuse a déposé une expertise privée et a indiqué 23 appartements dont, selon elle, la situation, la taille, l'année de construction, l'équipement et l'état étaient comparables à l'objet loué. Le loyer net de tous ces objets était plus élevé. La locataire a contesté le caractère comparable des objets indiqués par la bailleuse.
3. Par jugement du 26 août 2019, le Tribunal des baux du canton de Zurich a déclaré abusif le loyer net de CHF 1'060.- et l'a réduit de manière rétroactive, à compter du début du bail, à CHF 855.- par mois. Par arrêt du 2 mars 2020, l'Obergericht du canton de Zurich a rejeté un appel interjeté par la bailleuse contre ce jugement.
4. La bailleuse a saisi le Tribunal fédéral, qui a admis le recours contre cette décision par arrêt du 6 mai 2021



et renvoyé l'affaire à l'instance inférieure pour nouvelle décision (ATF 147 III 431, cf. Newsletter bail.ch juillet 2021). Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a essentiellement considéré qu'il existait une présomption du caractère abusif du loyer initial en cas d'augmentation massive du loyer d'un immeuble ancien par rapport au loyer précédent, mais non un renversement du fardeau de la preuve, et a indiqué de manière générale de quelle manière la présomption pouvait être renversée. Il a annulé l'arrêt précédent en considérant que l'autorité inférieure n'avait pas examiné s'il existait des doutes fondés susceptibles de renverser cette présomption.

5. Par arrêt du 4 août 2021, l'*Obergericht* du canton de Zurich a annulé le jugement du Tribunal des baux du 26 août 2019 et a renvoyé l'affaire à ce dernier pour nouveau jugement. Le 1^{er} septembre 2021, le Tribunal des baux du canton de Zurich a une nouvelle fois constaté le caractère abusif du loyer initial et a fixé le loyer initial net à CHF 855.- par mois. Le 17 janvier 2023, l'*Obergericht* du canton de Zurich a rejeté un appel dirigé contre le jugement de première instance du 1^{er} septembre 2022 (arrêt publié dans la revue ZMP 2023 n° 1). Il a confirmé l'appréciation de l'instance inférieure selon laquelle les indices apportés par la bailleuse n'étaient pas suffisants afin de renverser la présomption du caractère abusif du loyer initial. La bailleuse a fait recours auprès du Tribunal fédéral contre cette décision de dernière instance cantonale, demandant l'annulation du jugement précédent et la constatation que le loyer de CHF 1'060.- par mois pour l'objet loué n'était pas abusif.
6. Le Tribunal fédéral était donc amené à se prononcer sur la question suivante : est-ce à juste titre que les instances inférieures ont considéré que la bailleuse n'avait pas réussi à éveiller un doute fondé concernant le caractère abusif du loyer initial ? L'objet loué constitue, en l'occurrence, un « immeuble ancien » dont le loyer a augmenté « massivement » par rapport au loyer précédent pour lequel le caractère abusif du loyer initial était donc présumé. Ces points n'étaient pas contestés.
7. Dans son arrêt du 6 mai 2021 (ATF 147 III 431, c. 4.3.1), le Tribunal fédéral avait indiqué que la bailleuse pouvait renverser la présomption, en apportant par exemple des *statistiques*, même lorsqu'elles ne respectent pas les conditions de l'art. 11 al. 4 OBLF, ou seulement trois ou quatre *objets de comparaison* remplissant les critères de l'art. 11 al. 1 OBLF, complétés par des statistiques ou d'autres éléments qui permettent de conclure au caractère usuel du loyer dans la localité ou le quartier. De même, il ne convient pas d'appliquer les critères de l'art. 11 al. 1 OBLF avec la même rigueur que lorsqu'il s'agit d'apporter la preuve pleine. Une expertise privée peut éventuellement être utile à ce sujet. Dans ce contexte, il convient aussi de prendre en compte le fait

que *le bail précédent était de longue durée*. Il revient au juge cantonal d'apprécier les indices apportés par la bailleuse en conformité avec l'expérience générale de la vie et ses connaissances du marché local. Si, sur cette base, il arrive à la conclusion que la bailleuse a éveillé des doutes fondés concernant le caractère abusif du loyer initial, il incombe au locataire d'apporter la preuve pleine du caractère abusif du loyer au moyen de cinq objets comparatifs ou de statistiques officielles.

8. En l'occurrence, l'instance inférieure s'est fondée sur des *statistiques officielles* de la ville de Zurich pour l'année 2006 (« *Mietpreisstrukturerhebung* ») et a adapté les résultats au moyen de l'indice des loyers, également publié par la ville de Zurich (« *Mietpreisindex* »). Elle en a déduit qu'une majoration modérée du loyer aurait été admissible, mais d'un montant inférieur de CHF 200.- par rapport à celle appliquée par la bailleuse. Il s'agirait dès lors d'un indice confirmant le caractère abusif du loyer initial contesté. En ce qui concerne les *objets de comparaison*, seuls deux des 23 objets proposés auraient été à considérer comme comparables selon l'instance inférieure. Les autres objets ont été écartés en raison d'une différence relative à la situation géographique, à l'exposition au bruit des objets proposés ou en raison du défaut d'allégation des éléments déterminants par le bailleur. Seuls deux objets étaient comparables au logement litigieux, ce qui ne suffisait pas pour renverser la présomption. Le Tribunal de première instance avait complété d'office des informations relatives à l'exposition au bruit de deux objets supplémentaires. Si on les avait pris en compte, il y aurait eu quatre objets de comparaison et il en aurait résulté un loyer usuel de CHF 1'400.- par mois. Cependant, comme cette indication ne se fondait que sur quatre objets de comparaison, la présence d'autres éléments indiquant le caractère non abusif aurait été nécessaire afin de renverser la présomption. Ce n'était pas le cas en l'espèce, ce d'autant plus que les données statistiques auraient indiqué, elles, un abus. En ce qui concerne *la durée du bail précédent* – qui était de 20 ans environ – l'instance inférieure a considéré qu'elle n'était également pas suffisante pour renverser la présomption du caractère abusif du loyer initial. Le niveau général des loyers a certes augmenté durant cette période, ce qui parle en faveur de l'admissibilité d'une « certaine majoration » du loyer. Toutefois, l'admissibilité d'une majoration serait déterminée au moyen d'une comparaison concrète de l'objet loué, non rénové depuis plus de 20 ans et exposé au bruit, avec des objets comparables et non sur la base du niveau général des loyers. De plus, il n'aurait pas été possible de déterminer le montant de la majoration admissible (c. 4.1).
9. Dans son recours au Tribunal fédéral, la bailleuse invoque que l'instance inférieure aurait appliqué une échelle beaucoup trop stricte. La protection contre les loyers abusifs au sens de l'art. 109 Cst. n'aurait pas

- pour but de déterminer au centime près le loyer initial admissible, mais uniquement d'empêcher des abus. L'instance inférieure aurait perdu de vue ce principe dans son appréciation des indices dans le cas présent. Elle aurait apprécié les 23 *objets de comparaison* offerts en appliquant la même échelle que pour la preuve stricte des loyers usuels dans la localité ou le quartier (c. 4.2 et 4.4).
10. Le Tribunal fédéral précise à ce sujet qu'il s'agit, à ce stade du raisonnement, uniquement d'exclure des objets de comparaison qui, de façon évidente, ne sont pas comparables avec l'objet dont le loyer est contesté. En l'occurrence, l'instance inférieure a toutefois, selon le Tribunal fédéral, appliqué l'échelle relative à la preuve stricte du caractère usuel du loyer. Il en va en particulier ainsi en ce qui concerne la notion de « quartier ». Sur ce point, l'instance inférieure a retenu qu'en l'occurrence, le quartier dans lequel se trouvait l'objet considéré (i.e. le 4^e arrondissement de la ville de Zurich) constituait une entité historique et administrative. Une délimitation différente du « quartier » afin d'exclure des objets non comparables par rapport à la délimitation applicable pour la preuve stricte du loyer usuel ne serait dès lors pas possible sans tomber dans l'arbitraire. Aucun critère objectif ne permettrait de déterminer la zone géographique dans laquelle les objets sont considérés comme « comparables ». Elle a ainsi exclu de la comparaison un objet proposé par la bailleresse qui se trouve dans le 3^e arrondissement de la ville de Zurich, mais à la limite entre les deux arrondissements et qui avait encore été considéré comme « comparable » par le Tribunal de première instance. Le Tribunal fédéral retient que, sur ce point, l'instance inférieure n'a pas pris en compte qu'il s'agissait, à ce stade du raisonnement, uniquement de vérifier si le bailleur a réussi à générer des doutes quant au caractère abusif du loyer initial contesté. Sous cet aspect, il n'est pas compréhensible de savoir pour quelles raisons un objet dans un autre quartier, mais immédiatement à la frontière du quartier considéré ne pourrait pas être pris en compte (c. 4.4.1 - 4.4.2).
 11. L'instance inférieure a exclu un certain nombre d'objets de comparaison en raison de leur exposition au bruit, en se fondant sur la jurisprudence du Tribunal fédéral selon laquelle une différence d'exposition aux nuisances sonores exclut à elle seule toute comparaison selon le critère expressément consacré par l'art. 11 al. 1 OBLF (ATF 139 III 13, c. 3.3.2). Le Tribunal fédéral considère que cette jurisprudence se rapporte uniquement à la preuve stricte du loyer usuel et ne saurait être appliquée telle quelle au renversement de la présomption du caractère abusif du loyer initial. Il est dès lors admissible de procéder à une pondération de la situation des différents objets et de compenser des différences en fonction d'une appréciation d'ensemble (c. 4.4.3).
 12. En ce qui concerne *la durée du bail précédent*, l'instance inférieure avait retenu qu'il n'était pas contesté que le bail précédent avait duré 20 ans environ et que le loyer n'avait jamais été refixé selon la méthode absolue durant cette période. Le niveau des loyers a généralement augmenté durant cette période. Il aurait donc été possible que le loyer soit augmenté en application du critère des loyers usuels. L'on ne saurait en déduire, selon l'instance inférieure, que le loyer initial contesté ne serait pas abusif. Selon le Tribunal fédéral, l'instance inférieure applique à nouveau des exigences trop strictes quant aux indices apportés par la bailleresse. Celle-ci ne devait, à ce stade, précisément pas démontrer que le loyer initial n'était pas abusif. *A fortiori*, l'indice du caractère élevé de la durée du bail précédent ne saurait être balayé sous prétexte que l'on ignore quel était le montant admissible du loyer. La question de savoir si l'indice est propre à mettre en doute la présomption du caractère abusif du loyer initial est la seule question déterminante. Il n'est dès lors pas clair de savoir pourquoi la durée du bail de 20 ans ainsi que l'augmentation du niveau général des loyers durant cette période ne devraient pas éveiller des doutes relatifs à la présomption du caractère abusif du loyer initial (c. 4.5).
 13. Malgré le fait que l'instance inférieure ait appliqué des critères trop stricts, elle a considéré au moins deux – voire quatre – objets proposés par la bailleresse comme comparables. Il en résulte un loyer moyen de CHF 1'357.- par mois (respectivement, si l'on prend en compte les quatre objets, CHF 1'400.), ce qui est plus élevé que le loyer initial contesté de CHF 1'060.-. Au vu de ce qui précède, les objets de comparaison proposés par la bailleresse et considérés comme comparables par l'instance inférieure sont à considérer comme indices générant un doute fondé au sujet du caractère abusif du loyer initial. Il en va de même de *la durée – élevée – du bail précédent* (c. 5.1 et 5.2).
 14. En ce qui concerne *les statistiques officielles*, le Tribunal fédéral considère que celles-ci auraient également dû amener l'instance inférieure à douter du caractère abusif du loyer initial contesté, étant donné qu'elles indiquaient une augmentation du niveau général des loyers dans le quartier concerné. L'instance inférieure ne saurait attendre de la bailleresse que celle-ci prouve le montant exact de l'augmentation admissible, car il ne s'agit, à ce stade du raisonnement, précisément pas de fixer le loyer admissible (c. 5.3).
 15. Dès lors, la bailleresse a en l'occurrence généré des doutes fondés quant au caractère abusif du loyer initial. La présomption a dès lors été renversée et il incombe au locataire d'apporter la preuve stricte du caractère abusif du loyer initial en application du critère des loyers usuels dans la localité ou le quartier (c. 5.4).



16. Il convient dès lors d'examiner si le locataire a apporté la preuve stricte du caractère abusif du loyer initial contesté. Dans sa réponse au recours, la locataire aurait pu développer un argumentaire subsidiaire tenant à démontrer qu'elle avait offert, dans la procédure devant l'instance inférieure, cinq objets de comparaison répondant aux exigences de l'art. 11 al. 1 OBLF. Or elle n'a pas procédé ainsi et s'est uniquement fondée sur la présomption du caractère abusif du loyer initial. Il peut dès lors être renoncé à renvoyer l'affaire à l'instance inférieure pour vérifier si le caractère abusif du loyer initial a été démontré par preuve stricte (c. 6).
17. Le Tribunal fédéral admet dès lors le recours et dit que le loyer initial contesté de CHF 1'060.- n'est pas abusif (c. 7).

■ **Note**

18. Dans le présent arrêt, le Tribunal fédéral rajoute un épisode dans sa série des jurisprudences concernant les augmentations massives de loyers par rapport au loyer précédent dans des immeubles anciens, soit des objets pour lesquels le critère du loyer usuel (art. 269a lit. a CO) est prépondérant.

a) Rappel de la jurisprudence sur la présomption du caractère abusif du loyer initial

19. Dans l'ATF 139 III 13, le Tribunal fédéral a considéré que le fardeau de la preuve du caractère abusif du loyer initial incombait en principe au locataire. En l'occurrence, malgré le fait que le loyer contesté était de 43 % plus élevé que le loyer précédent alors que le taux hypothécaire de référence était passé de 4,5 % à 2,25 % depuis et que le renchérissement a été modeste, le Tribunal fédéral a estimé que le loyer initial était « très certainement abusif ». Il en a déduit qu'en vertu « du devoir de collaborer du bailleur à l'administration de la preuve », ce dernier aurait dû apporter la « contre-preuve ». Le Tribunal fédéral a précisé que ce devoir de collaborer « trouve tout son sens dans l'hypothèse où ce dernier [soit le bailleur], comme en l'espèce, a augmenté le nouveau loyer de plus de 10 % par rapport à l'ancien loyer ».
20. L'arrêt a provoqué une certaine confusion, car, à sa lecture, il n'était pas évident de savoir si l'allègement de la preuve en faveur du locataire d'un immeuble ancien face à une augmentation massive par rapport au loyer précédent introduit par le Tribunal fédéral constituait un renversement du fardeau de la preuve, une présomption ou devait être rattaché au devoir de collaborer du bailleur. Une partie de la doctrine avait estimé qu'avec l'ATF 139 III 13, le Tribunal fédéral avait introduit un tel renversement du fardeau de la preuve (ainsi CONOD, Contestation du loyer initial : fardeau de la preuve

lorsque le bailleur s'est prévalu des loyers usuels dans la formule officielle [arrêt 4A_491/2012], Newsletter bail.ch, février 2013, p. 3 s. ; ROHRER, Anfechtung des Anfangsmietzinses, MRA 2/2013, p. 24 ss).

21. Dans l'ATF 147 III 431 – qui concerne déjà la présente affaire – le Tribunal fédéral a précisé que sa jurisprudence devait se comprendre dans le sens où il existait, en cas de *contestation du loyer initial* d'un objet loué dans un *immeuble ancien*, une *présomption de fait* que le nouveau loyer est *abusif* s'il y avait une « *augmentation massive* » du loyer par rapport au loyer précédent. L'augmentation massive du loyer initial par rapport au loyer précédent pour un immeuble ancien fait donc présumer *de fait*, sur la base de l'*expérience générale de la vie*, le caractère abusif du loyer initial. Pour se défendre, le bailleur doit alors « créer un doute fondé quant à la présomption selon laquelle le loyer est abusif » (c. 4.2.), autrement dit *apporter la contre-preuve* (JEANNIN, La preuve en droit du bail – Loyers, défauts et résiliation de baux d'habitations et de locaux commerciaux à l'aune des questions probatoires, Thèse, Neuchâtel 2022, N 838). Pour que l'augmentation soit « massive », elle doit être nettement plus élevée que 10 %. Une augmentation de 44 % remplit en tout état de cause cette condition.
22. Dans l'ATF 148 III 209, le Tribunal fédéral a confirmé cette jurisprudence et a traité l'hypothèse dans laquelle le loyer initial est présumé abusif en raison d'une augmentation massive, le bailleur ne réussissant pas à renverser la présomption et les moyens de preuve à disposition ne permettant pas de fixer le loyer initial admissible (pour un résumé et un commentaire de cet arrêt, voir JEANNIN, Contestation du loyer initial d'un immeuble ancien : fixation du loyer admissible lorsque le caractère abusif du loyer est présumé [arrêt TF 4A_554/2022], Newsletter bail.ch juillet 2022).
- b) Précisions apportées par le présent arrêt**
23. Le présent arrêt amène quelques compléments intéressants sur la manière *d'apporter la contre-preuve*. Rappelons que la contre-preuve désigne le processus par lequel la partie apporte des éléments objectifs pour ébranler la conviction « provisoire » que le tribunal s'est forgée sur la base de la preuve apportée par la partie adverse (JEANNIN, Thèse, *op. cit.*, N 216 et réf. cit.). En l'occurrence, il s'agit donc de la destruction de la conviction provisoire du tribunal que le loyer est abusif, fondée sur l'augmentation « massive » du loyer initial par rapport au loyer précédent.
24. Dans l'ATF 147 III 431, le Tribunal fédéral a considéré que lorsqu'il s'agit de détruire la présomption du caractère abusif, il ne convenait pas d'appliquer les critères de l'art. 11 al. 1 OBLF avec la même rigueur que dans

le cadre de la preuve pleine, car l'opération se limite à générer des doutes quant à la présomption du caractère abusif du loyer. Dans le présent arrêt, notre Haute Cour, face à une interprétation discutable de ces considérations par les instances inférieures, procède aux précisions suivantes.

25. Il convient uniquement d'exclure des *objets de comparaison* qui, de façon évidente, ne sont pas comparables avec l'objet dont le loyer est contesté. Ce n'est en particulier pas le cas du simple fait qu'un objet ne se trouve pas dans la même circonscription administrative de la localité concernée ou que son exposition aux nuisances sonores est différente. Contrairement à ce qui prévaut pour la preuve directe du caractère usuel du loyer, les avantages et inconvénients que présente un objet de comparaison par rapport à l'objet dont le loyer est litigieux peuvent être pris en compte de manière circonstanciée et compensés.
26. Ces considérations se justifient à notre sens, car il s'agit de faire douter le tribunal de la conclusion « provisoire » du caractère abusif du loyer fondé sur la présomption – et donc sur l'expérience générale de vie et non à proprement parler sur les circonstances concrètes. Le tribunal est au demeurant libre dans l'appréciation de cette preuve (art. 157 CPC).
27. En ce qui concerne le critère de la *durée élevée du bail précédent*, les considérations du Tribunal fédéral apparaissent moins convaincantes. A bien les comprendre, le simple constat que le bail précédent était de longue durée et que le niveau général des loyers était en constante augmentation suffirait à renverser la présomption. Cela paraît passer à côté de l'idée de base de cette présomption, exprimée à l'ATF 139 III 13, c. 3.1.4. C'est en effet le décalage entre, d'un côté, l'évolution du loyer et, de l'autre, celle des critères cardinaux de sa fixation – soit le taux hypothécaire de référence et l'IPC – qui fait présumer son caractère abusif. A notre sens, si une augmentation, même importante, du loyer après un bail de longue durée ne permet pas en soi de présumer que le nouveau loyer est abusif, le fait que cette augmentation soit en décalage important par rapport à l'évolution des critères de fixation du loyer le permet bel et bien, peu importe la durée du bail précédent.

c) Appréciation

28. A la lecture du présent arrêt, il convient donc de constater qu'il est risqué, pour les locataires, de se fier à la présomption du caractère abusif du loyer en cas d'augmentation massive, les exigences pour renverser cette présomption n'étant pas particulièrement élevées. Le locataire qui conteste un loyer initial d'un immeuble ancien dont le loyer a augmenté « massivement » par rapport au loyer précédent a donc en tout état de cause

intérêt à tenter, subsidiairement, de présenter des objets de comparaison afin de prouver directement le caractère abusif du loyer initial.

29. Toutefois – et c'est le lieu de le rappeler – les exigences pour apporter la preuve stricte des loyers usuels sont très élevées et n'ont pas changé. Ces exigences sont telles que le critère des loyers usuels est de fait inapplicable, ce qui fait l'objet de critiques répétées par la doctrine (cf. à ce sujet JEANNIN, Fardeau de la preuve pour la contestation du loyer initial d'un immeuble ancien [arrêt TF 4A_183/2020], Newsletter bail.ch, juillet 2021, p. 6 et réf. cit.). Cela n'a pas échappé au Tribunal fédéral. Toutefois, comme une modification de l'art. 269a CO est en discussion devant les chambres (initiative parlementaire n° 17.493 « Loyers usuels dans la localité ou dans le quartier. Instaurer des critères à valeur probante »), il ne souhaite pas adapter sa jurisprudence afin d'éviter d'interférer dans le processus législatif (cf. TF, 15.08.2023, 4A_271/2022, c. 5.2.2). Cette initiative parlementaire a été déposée en 2017 et son traitement par le Conseil national est prévu pour fin 2024, avant sa transmission au Conseil des Etats. A ce stade, une seule chose est sûre : la contestation du loyer initial d'un immeuble ancien reste pour le locataire une action présentant des chances de succès limitées.

8

TF 4A_75/2022 (30.07.2024), destiné à la publication ; arrêt également publié dans la newsletter bail.ch d'octobre 2024

François Bohnet

Travaux à plus-value : taux de rendement admissible et opposabilité de critères relatifs en cas de bail indexé

Dans le cadre d'une hausse de loyer consécutive à une rénovation d'appartement, les investissements à plus-value sont rentés - pour les besoins du calcul - au même taux que celui défini dans le cadre du calcul du rendement net admissible (contrôle du loyer initial). Est ainsi autorisé un taux de rendement de 2 % en sus du taux hypothécaire de référence tant que celui-ci est égal ou inférieur à 2 %.

Art. 269a let. b, 270c CO ; art. 14 OBLF

Im Zusammenhang mit der Mietzinserhöhung infolge einer Erneuerung der Wohnung gilt für die wertvermehrenden Investitionen beziehungsweise für die Berechnung der Mietzinserhöhung derselbe Zinssatz wie bei der Berechnung der zulässigen Nettorendite (Überprüfung des Anfangsmietzinses). Zulässig ist demnach eine Rendite von 2 % über dem hypothekarischen Referenzzinssatz, solange dieser bei höchstens 2 % liegt.

Art. 269a lit. b, 270c OR ; Art. 14 VMWG



Nel contesto di un aumento della pigione a seguito della ristrutturazione di un appartamento, gli investimenti che comportano un incremento di valore sono remunerati - ai fini del calcolo - allo stesso tasso definito nell'ambito del calcolo del rendimento netto ammissibile (controllo della pigione iniziale). È pertanto autorizzato un tasso di rendimento del 2 % in aggiunta al tasso ipotecario di riferimento, fintanto che quest'ultimo è pari o inferiore al 2 %.

Art. 269a lett. b, 270c CO ; art. 14 OLAL

1. Les parties sont liées par un bail à loyers indexés pour cinq ans, renouvelable de cinq ans en cinq ans ; il est constant que la bailleuse s'est réservé le droit d'augmenter le loyer en cours de bail sur la base de l'exécution de prestations supplémentaires (c. 3).
2. La bailleuse a invoqué les travaux de rénovation entrepris pour augmenter le loyer, alors que les locataires se sont fondés sur la baisse du taux hypothécaire de référence pour en réclamer la réduction. Pour les départager, la cour cantonale a raisonné en trois temps (c. 3.1).
3. Elle a tout d'abord examiné si la bailleuse avait, par le biais des travaux entrepris, apporté une prestation supplémentaire (art. 269a let. b CO et art. 14 al. 1 OBLF) de nature à lui permettre d'augmenter le loyer, ou s'il s'agissait de travaux d'entretien courant selon l'art. 256 al. 1 CO, non répercutables. En s'aidant de la présomption posée à l'art. 14 al. 1 OBLF, selon laquelle les frais causés par d'importantes réparations sont considérés à raison de 50 à 70 % comme des investissements créant des plus-values, les juges cantonaux ont considéré que la moitié du coût des travaux entrepris correspondait à une plus-value.
4. Dans un deuxième temps, la cour cantonale a examiné, à l'aune de l'art. 14 al. 4 OBLF, si la hausse de loyer fondée sur ces investissements créant une plus-value était abusive. Pour ce faire, elle a additionné trois éléments sur une base annuelle : (1) l'intérêt du capital investi, compte tenu du taux hypothécaire de référence au moment de la notification de la hausse de loyer (1,5 %) majoré de 0,5 % et divisé par deux vu l'amortissement progressif dudit capital ; (2) l'amortissement du capital sur la durée de vie présumable des nouvelles installations, qu'elle a fixée à 23 ans étant donné la nature des travaux effectués et conformément à la table d'amortissement commune aux associations de bailleurs et de locataires ; (3) l'entretien à venir des nouvelles installations estimé à 10 % du total du poste « intérêts et amortissements ».
5. L'autorité précédente a rapporté le résultat de ce calcul à l'état locatif de l'immeuble avant travaux ce dont elle a déduit qu'une hausse de loyer de 17,1 % était justifiée.
6. Dans une ultime étape, la cour cantonale a examiné si les locataires pouvaient prétendre à une réduction de loyer fondée sur la baisse du taux hypothécaire de référence. S'agissant d'un bail indexé à l'IPC, lequel constituait le mode exclusif de fixation du loyer, aucune des parties ne pouvait revendiquer d'autres motifs de hausse ou de baisse du loyer, à moins que le bailleur ne se soit réservé le droit d'augmenter le loyer en cours de bail sur la base de l'exécution de prestations supplémentaires, ce qui était le cas en l'espèce. Cette prérogative était fondée sur un critère relatif de fixation du loyer, au même titre que l'adaptation à l'IPC ou à l'évolution des taux hypothécaires. Or, de tels critères pouvaient, de manière générale, être compensés entre eux. Partant, aucun motif ne justifiait de priver les locataires de la faculté d'invoquer la baisse du taux hypothécaire de référence pour compenser la hausse de loyer réclamée par la bailleuse, indépendamment du fait que le motif de cette hausse ne résidait pas dans une augmentation de l'IPC. *In casu*, le taux hypothécaire de référence avait évolué de la manière suivante : il se montait à 2,25 % lors de la dernière fixation du loyer en octobre 2012 et n'était plus que de 1,5 % le 1^{er} octobre 2019. Dès lors, les locataires pouvaient prétendre à une baisse de loyer de 8,26 %.
7. En définitive, la cour cantonale a opposé la hausse de loyer de 17,1 %, justifiée par les prestations supplémentaires de la bailleuse, à la baisse de loyer de 8,26 % réclamée légitimement par les locataires en raison de la diminution du taux hypothécaire de référence, ce qui l'a conduite à admettre une hausse de loyer de 8,84 %.
8. Il n'est pas contesté que les travaux ici en cause constituent d'importantes réparations, ni que la part de leur coût total, fixée forfaitairement à 50 %, représente un investissement à plus-value au sens de l'art. 14 al. 1 et 4 OBLF. Parmi les trois éléments de calcul de la majoration non abusive du loyer selon l'art. 14 al. 4 OBLF, l'amortissement sur 23 ans du capital investi ainsi que l'entretien à venir à hauteur de 10 % des intérêts et de l'amortissement ne sont pas non plus remis en cause. Seule la répercussion sur le loyer des intérêts du capital créateur de plus-value doit être examinée par la cour de céans (c. 4.2).
9. Selon la jurisprudence, le taux de rendement admissible correspond au taux hypothécaire de référence en vigueur au moment de la notification de la hausse de loyer, augmenté d'un certain pourcentage ; jusqu'à présent et de longue date, le Tribunal fédéral a jugé admissible un supplément de 0,5 %. Tout le capital investi est pris en compte, sans distinction entre fonds propres et fonds étrangers. Mais seule la part non amortie de l'investissement doit être rémunérée ; pour ce faire, il est possible d'appliquer le taux plein sur la moitié des investissements à plus-value ou, ce qui conduit au même résultat, de prendre en considération la totalité du capital à rémunérer, mais seulement la moitié du taux (ATF 118 II 415, c. 3c/aa).

10. Est litigieux le pourcentage en sus du taux hypothécaire de référence (c. 4.3).
11. La cour cantonale s'est référée au supplément de 0,5 % ressortant de l'ATF 118 II 415 susmentionné, qui arrêta finalement le taux d'intérêt applicable à (la moitié de) l'investissement à plus-value à 6,5 % (taux hypothécaire de référence de 6 % + 0,5 %) (c. 3c/aa). Alors que le taux hypothécaire de référence à la date déterminante est de 1,5 % en l'espèce, les juges précédents ont refusé d'appliquer la nouvelle jurisprudence – soit 2 % en sus du taux hypothécaire de référence lorsque celui-ci est égal ou inférieur à 2 % – fixant le rendement admissible des fonds propres réévalués lors d'un calcul du rendement net opéré dans le contexte d'une contestation du loyer initial (ATF 147 III 14, c. 8.4).
12. Ce dernier arrêt, rendu en 2020, modifie une jurisprudence remontant à 1986. A cette époque-là, un taux de 0,5 % en sus du taux hypothécaire de référence s'élevant alors à 5,5 % avait été jugé admissible pour le rendement des fonds propres (ATF 112 II 149), soit un supplément identique à celui appliqué en 1992 dans l'ATF 118 II 415 en matière d'investissements créateurs de plus-value, durant une période où le taux hypothécaire de référence était encore plus élevé. Plus de trente ans plus tard, pour justifier le taux de 2 % en sus du taux hypothécaire de référence lorsque celui-ci est égal ou inférieur à 2 %, le Tribunal fédéral a relevé que ce dernier taux avait continuellement baissé depuis 1995 jusqu'à atteindre 1,25 % à la date de son arrêt, de sorte que le rendement, calculé en ajoutant 0,5 % audit taux, aboutissait à un loyer qui n'était plus en rapport avec la mise à disposition de l'usage de l'habitation et qui se révélait insuffisant pour les caisses de pension devant servir des rentes à leurs assurés ainsi que pour les propriétaires immobiliers exposés aussi à des risques (défaut de paiement du loyer, locaux demeurant vides, etc.) (ATF 147 III 14, c. 8.4). Dans l'affaire en question, le taux hypothécaire de référence était de 1,5 % à la date déterminante, de sorte que le rendement admissible des fonds propres investis était de 3,5 % (c. 8.5) (c. 4.3.1).
13. A la suite de cet arrêt, la doctrine s'est demandée si la nouvelle jurisprudence devait être transposée au rendement du capital créateur de plus-value dans le calcul prescrit à l'art. 14 al. 4 OBLF.
14. Certains auteurs ont répondu par la négative. MONTALTO et RUBLI relèvent que, dans ce cas-là, le taux d'intérêt s'applique à l'intégralité du capital investi, sans distinction suivant qu'il s'agit de fonds propres ou de fonds étrangers, au contraire de ce qui se passe dans le calcul du rendement net où seuls les fonds propres sont rémunérés en ajoutant un pourcentage au taux hypothécaire de référence. Ils estiment également que le revirement de jurisprudence opéré par le Tribunal fédéral tend à éviter la fixation de loyers extrêmement

bas et, partant, à aider les propriétaires institutionnels qui financent leurs biens uniquement en fonds propres, et non à favoriser encore davantage les investissements créant des plus-values (MONTALTO/RUBLI, *Loyers abusifs et rendement net*, Revue de l'Avocat 2/2021 p. 59 ss). Un commentaire publié dans mp-flash 7/2020 (p. 3) souligne que l'intérêt sur le capital créateur de plus-value est fixé sur la (longue) période de l'amortissement dans le cadre de travaux de rénovation, ce qui serait incompatible avec le revirement de jurisprudence opéré dans l'ATF 147 III 14 lequel serait fondé sur de pures raisons conjoncturelles (période de taux bas). Pour sa part, STASTNY évoque, outre les motifs précités, encore d'autres arguments qui militeraient contre la transposition de l'ATF 147 III 14 aux rénovations. Cet auteur insiste notamment sur les différences entre les modes de calcul considérés, lesquelles justifieraient des taux de rendement distincts : le calcul de rendement net est actuel et concret en ce qu'il tend à définir la rentabilité de fonds propres effectivement investis, réévalués à un moment donné, et comporte ainsi une dimension conjoncturelle, alors que le calcul de répercussion sur le loyer de l'investissement à plus-value vise à fixer un taux de refinancement pour une dépense préfinancée par le bailleur et prend en compte des éléments standardisés (part des frais arrêtée dans la fourchette de l'art. 14 al. 1 OBLF, amortissement selon des tables de longévité, entretien futur capturé à un taux standard), que la conjoncture ne saurait influencer (STASTNY, *Travaux de rénovation de la chose louée ; quel taux d'intérêt pour le capital créateur de plus-value ?*, Plaidoyer 4/2022 p. 36 s. ; STASTNY, *Jurisprudence fédérale relative au rendement net de la chose louée*, Plaidoyer 1/2021 p. 26 s.) (c. 4.3.2).

15. A l'inverse, d'autres auteurs se sont prononcés en faveur d'une transposition de l'ATF 147 III 14 aux investissements créateurs de plus-values, soutenant pour l'essentiel qu'il n'y avait aucune raison d'avoir deux taux de rendement admissibles, l'un dans le cadre d'un calcul de rendement net des fonds propres et l'autre dans le cadre de travaux à plus-value (DAÏNA, *La détermination du loyer admissible*, Bâle 2023, n. 211 p. 39 [même si cet auteur prône une méthode fondée sur la valeur réelle des immeubles] ; ZK-HIGI/WILDISEN, 5^e éd., Zurich 2022, art. 269a CO N 379 et nbp 374 ; CONOD, *Protection contre les loyers abusifs*, DB 33, N 63 p. 48 ; CONOD, *Rendement net art. 269 CO ; réévaluation des fonds propres ; taux de rendement des fonds propres*, Newsletter Bail.ch décembre 2020 p. 7 ; ROHRER, *Konsequenzen aus der Änderung der Rechtsprechung des Bundesgerichts betreffend die zulässige Nettorendite*, MRA 3/21 p. 113 ss spéc. p. 122 [traduction en français CdB 2022 p. 34 ss spéc. p. 42] ; ROHRER, *Zulässige Nettorendite*, MRA 4/20 p. 181 ; nuancé, PIAGET, *Le rendement net de la chose louée*,



- 22^e Séminaire sur le droit du bail, Bâle/Neuchâtel 2022, N 62 à 64).
16. Selon l'arrêt attaqué, faute d'une volonté claire du Tribunal fédéral, l'ATF 147 III 14 n'a pas vocation à émettre une règle générale déterminant également le taux d'intérêt applicable en matière de prestations supplémentaires du bailleur, mais se limite à arrêter le rendement admissible des fonds propres dans le cadre de la fixation du loyer initial. Au demeurant, la cour cantonale est d'avis que, en cas d'investissements à plus-value, l'absence de clarté quant aux fonds visés (fonds propres ou non) ou l'existence d'une longue période d'amortissement possible s'opposent à la reprise de la nouvelle jurisprudence.
 17. Dans l'ATF 147 III 14 (c. 8.4), le Tribunal fédéral s'est prononcé sur le taux de rendement admissible d'un capital investi par le bailleur en portant de 0,5 à 2 le point de pourcentage en sus du taux hypothécaire de référence lorsque celui-ci est égal ou inférieur à 2 %.
 18. A priori rien ne justifie de ne pas appliquer cette nouvelle jurisprudence – sur laquelle il n'y a pas lieu de revenir ici – au rendement du capital créateur de plus-value lors du calcul de la majoration non abusive du loyer selon l'art. 14 al. 4 OBLF. En effet, qu'il s'agisse de la rémunération des fonds propres lors de la fixation du loyer selon la méthode absolue ou de celle de l'investissement à plus-value (à hauteur de la moitié) dans le cadre de la méthode relative, le Tribunal fédéral avait jugé admissible un taux de 0,5 % en sus du taux hypothécaire de référence à une période où celui-ci était élevé, ce qui correspondait alors à un rendement de 6 %, respectivement 6,5 % (c. 4.3 et 4.3.1 *supra*). Or, à cette époque-là, les deux calculs de rendement se distinguaient déjà par leurs méthodes et comportaient les mêmes différences qu'aujourd'hui dans les critères à prendre en compte (origine du montant à renter déterminante ou non, amortissement ou non). C'est dire que le parallélisme qui prévalait alors en matière de majoration du taux hypothécaire de référence reste logiquement valable après le changement de jurisprudence consacré à l'ATF 147 III 14 (c. 4.3.3).
 19. Cette conclusion est confortée par le fait que ce même taux de rendement avait été appliqué précédemment, dans le cadre d'un calcul de rendement net, y compris aux fonds propres affectés à des travaux à plus-value (cf. ATF 147 III 14, c. 7.2.1 ; 141 III 245, c. 6.5 *in initio*).
 20. A cet égard, il convient de souligner que, depuis la première définition donnée à la notion de loyer admissible, dans l'arrêt du Conseil fédéral du 9 avril 1920 concernant les baux à loyer et la pénurie des logements, le législateur n'a jamais opéré de distinction entre, d'une part, le capital utilisé pour le fonds et pour la construction, ou pour l'achat du bâtiment et, d'autre part, les sommes affectées aux transformations et rénovations (cf. rapport du Conseil fédéral du 18 mai 1920 à l'Assemblée fédérale sur l'arrêt en question, FF 1920 III 357 ss, p. 367), ce qui plaide contre un taux d'intérêt différencié selon le type d'investissement réalisé (DAÏNA, *op. cit.*, N 211 ; PIAGET, *op. cit.*, N 62).
 21. Sur le fond, il convient de se demander si un taux augmenté de 0,5 % à 2 % en sus du taux hypothécaire de référence lorsque celui-ci est égal ou inférieur à 2 % se justifie également pour le rendement du capital créateur de plus-value.
 22. L'art. 269a let. b CO et l'art. 14 OBLF tendent à favoriser les prestations supplémentaires du bailleur et singulièrement les améliorations créant des plus-values. Plus spécifiquement, par son caractère à la fois simplificateur et incitatif, la règle de l'art. 14 al. 1 2^e phrase OBLF, applicable en cas d'importantes réparations, vise à encourager les bailleurs à rénover les anciens bâtiments, ou du moins à ne pas les en dissuader. En arrêtant la part d'investissement à plus-value entre 50 % et 70 % du coût total des travaux, cette présomption (certes réfragable) évite au bailleur d'avoir à déterminer la part exacte des travaux à plus-value, ce qui lui sera souvent favorable, et l'encourage à entreprendre des travaux allant au-delà de l'entretien strictement nécessaire (ATF 118 II 415, c. 3a et 3b ; TF, 11.04.2017, 4A_531/2016, c. 3.1 ; 30.05.2012, 4A_102/2012, c. 2.3 ; 20.01.2011, 4A_495/2010, c. 6.1). C'est le lieu de souligner que l'idée à la base de l'art. 14 OBLF est d'inciter les bailleurs à réaliser régulièrement les travaux d'entretien intervenant selon des cycles longs et à procéder en même temps à des rénovations, les économies de coûts réalisées grâce aux synergies ainsi créées bénéficiant du reste également aux locataires (TF, 19.09.2023, 4A_409/2022, c. 7.3.2).
 23. Dans cette perspective, une augmentation du rendement possible en cas de travaux à plus-value est assurément de nature à inciter davantage les propriétaires bailleurs à entretenir leurs immeubles et à effectuer des travaux de rénovation. Elle apparaît ainsi conforme au but visé par le législateur. Par ailleurs, cette augmentation reste modérée si l'on admet un supplément de 2 % plutôt que de 0,5 % au taux hypothécaire de référence lorsque celui-ci est égal ou inférieur à 2 %, dès lors notamment que l'intérêt du capital investi pour les travaux à plus-value est divisé par deux dans le calcul fondé sur l'art. 14 al. 4 OBLF.
 24. Il s'ensuit que le taux de rendement jugé admissible dans l'ATF 147 III 14 dans le cadre d'un calcul de rendement net s'applique également dans le cadre du calcul visant à déterminer jusqu'à quel point le bailleur peut augmenter le loyer en raison de prestations supplémentaires.

25. Le second grief soulevé par la recourante pose la question de savoir si, en cours d'un bail à loyers indexés, lorsque le bailleur procède de manière autorisée à une hausse du loyer liée à des prestations supplémentaires, le locataire peut invoquer une baisse du taux hypothécaire de référence, c'est-à-dire un autre facteur relatif, pour réclamer une réduction de loyer (c. 5).
26. Conformément à l'art. 269b CO, les parties peuvent conclure un bail à loyers indexés, en convenant d'une clause d'indexation, à deux conditions : a) le bail est conclu pour cinq ans au moins ; b) la référence est l'indice suisse des prix à la consommation (IPC). Selon la jurisprudence, il est exclu de par la loi de prévoir d'autres facteurs d'adaptation du loyer, à moins que la majoration ne soit justifiée par des prestations supplémentaires du bailleur et que le contrat de bail n'ait réservé expressément cette possibilité (ATF 147 III 32, c. 3.1 ; 124 III 57, c. 3a ; 123 III 76, c. 4c) (c. 5.1).
27. Durant la durée fixe (d'au moins cinq ans) d'un bail à loyers indexés (« période d'indexation »), le loyer ne dépend, sous réserve d'une contestation du loyer initial, que de la variation de l'IPC (art. 270c CO) ; en particulier, l'évolution du taux hypothécaire de référence ne peut donner lieu à aucune adaptation du loyer (ATF 150 III 71, c. 3.1 ; 147 III 32, c. 3.2 et 3.3).
28. A l'expiration de la durée initiale (d'au moins cinq ans) d'un bail indexé, que celui-ci prévoit une reconduction tacite pour cinq ans ou pour une durée inférieure, chaque partie peut, en respectant le délai de résiliation, demander une adaptation du loyer en invoquant la méthode relative, en particulier une réduction (art. 270a CO) ou une augmentation (art. 269d CO) fondées sur la variation du taux hypothécaire de référence (ATF 150 III 71, c. 3.2 ; 147 III 32, c. 3.4 et 3.4.1).
29. Pour trancher la question spécifique posée dans le présent cas, il faut bien se représenter que, en cours d'un bail à loyers indexés, l'indexation à l'IPC est un mode exclusif de fixation du loyer. Les parties renoncent donc à se prévaloir d'autres facteurs, tels que l'évolution des charges, notamment financières, pendant toute la durée du bail. Ceci vaut autant pour le bailleur que pour le locataire. Il y a une exception dégagée par la jurisprudence : dans la mesure où les parties ont expressément prévu cette possibilité, le loyer peut être augmenté si le bailleur fournit une prestation supplémentaire (art. 269a let. b CO) ; tel est le cas de travaux à plus-value (art. 14 al. 1 OBLF). Cette exception n'équivaut toutefois pas à une brèche. Elle ne permet pas à tous les facteurs relatifs de s'engouffrer dans un système que le législateur a voulu calquer sur l'IPC seul (cf. art. 270c CO). En d'autres termes, le locataire peut parfaitement opposer au bailleur que la hausse de loyer liée à des prestations supplémentaires est abusive ; l'augmentation en cause (et l'augmentation seule) est alors scrutée pour déterminer si le rendement qu'en tire le bailleur est excessif, selon les principes dégagés ci-dessus (c. 4). En revanche, le locataire ne peut pas invoquer en réaction des facteurs relatifs tels que l'évolution du taux hypothécaire de référence pour réclamer une réduction de loyer compensant, voire dépassant la hausse querellée ; de telles adaptations, étrangères à l'IPC, ont été exclues par les parties lorsqu'elles ont convenu d'un bail à loyers indexés. C'est à l'expiration de la durée du bail indexé qu'une telle possibilité sera à nouveau ouverte aux parties. La doctrine ne semble d'ailleurs guère envisager les choses autrement, même si c'est plutôt le silence sur la possibilité querellée qui est éloquent (cf. entre autres CR CO-LACHAT/BOHNET, 3^e éd., Bâle 2021, art. 269b CO N 1 ; LACHAT/STASTNY, *Le bail à loyer*, Lausanne 2019, p. 644 ch. 2.1.4.) (c. 5.2).
30. En l'espèce, la bailleuse a notifié l'avis de majoration de loyer motivé par les travaux à plus-value en janvier 2019 avec effet au 1^{er} octobre 2019, soit pendant la deuxième période d'indexation du bail à loyers indexés reconduit pour cinq ans en octobre 2017. En réaction à cette hausse de loyer, les locataires ont invoqué la diminution du taux hypothécaire de référence depuis le 1^{er} octobre 2012 pour obtenir une baisse de loyer à partir du 1^{er} octobre 2019. Conformément aux principes rappelés plus haut, cette possibilité ne leur était alors pas ouverte. Ce n'est, le cas échéant, qu'au terme de la période d'indexation qu'ils disposeront de la faculté d'invoquer ce facteur relatif (c. 5.3).
31. Mis en avant par la cour cantonale, l'argument pris de l'égalité des parties n'est guère de nature à dicter une autre solution. Pas plus que les situations dépeintes par les locataires dans leur mémoire de réponse, notamment les baux de longue durée et la baisse du taux hypothécaire durant le bail indexé suivie d'une hausse à son terme. La situation contraire est tout aussi envisageable. L'injustice qu'ils décrivent n'a rien d'évident et, contrairement à ce qu'ils affirment, ils ne sont pas privés de tout argument face à une hausse de loyer motivée par des travaux à plus-value.
32. C'est donc à tort que la cour cantonale a compensé en partie la hausse de loyer justifiée par les travaux à plus-value entrepris par la bailleuse avec la baisse liée à la diminution du taux hypothécaire de référence. Le recours est fondé également sur ce point.
33. Sur le vu de ce qui précède, le recours doit être entièrement admis (c. 6).



■ Note

34. La solution retenue par le Tribunal fédéral a pour avantage sa simplicité : le même taux de rendement s'applique lors du calcul du rendement net des fonds propres investis et pour le rendement des fonds investis dans des travaux à plus-value, soit un taux de rendement de 2 % en sus du taux hypothécaire de référence tant que celui-ci est égal ou inférieur à 2 % (ATF 147 III 14, c. 8.4). Il est vrai que dans son ancienne jurisprudence, le Tribunal fédéral ne distinguait pas le taux de rendement dans ces deux hypothèses, si bien que les diverses théories prônées par la doctrine sensible aux intérêts des locataires et visant à les distinguer revenaient en fait à proposer un nouveau revirement de jurisprudence. Or le Tribunal fédéral n'était pas entré dans de fins débats à l'époque (ATF 112 II 149 pour le rendement net et ATF 118 II 415 pour les travaux à plus-value), si bien qu'il ne se justifiait sans doute pas de faire de profondes réflexions à ce stade. PIAGET relevait d'ailleurs que le législateur lui-même n'avait jamais fait de distinction entre le capital employé pour le fonds et pour la construction, ou pour l'achat du bâtiment, et les sommes affectées aux transformations (PIAGET, *op. cit.*, N 62). Dans ces conditions, le Tribunal fédéral avait de bons arguments pour maintenir sa ligne. Il pourra aussi échafauder une solution unique lorsque le taux

dépassera 2 %. A notre sens, le rendement admissible de 4 % devrait s'appliquer jusqu'à un taux de référence de 3.5 %, puis passer à 4.25 % si le taux devait atteindre 3.75 %, et à 4.5 % si le taux devait atteindre 4 %, et ainsi de suite (dans ce sens : PIAGET, *op. cit.*, N 37). Manifestement, au vu des motifs qu'il a avancés à l'appui de sa modification de la jurisprudence, le Tribunal fédéral n'a pas voulu d'un retour à un rendement admissible de 2.75 % en cas de taux hypothécaire de référence de 2.25 % (sur le calcul : PIAGET, *op. cit.*, N 37). On peut ainsi partir de l'idée que le Tribunal fédéral a considéré qu'au-delà d'un rendement des fonds propres investis de 4 %, il ne se justifiait plus de déroger à la jurisprudence antérieure.

35. Quant à la question de l'opposabilité de critères relatifs (en particulier l'évolution du taux hypothécaire) à l'augmentation de loyer fondée sur les travaux à plus-value dans un bail indexé, elle a été logiquement rejetée par le Tribunal fédéral, seul l'IPC et lesdits travaux (si le bail le prévoit ; ATF 124 III 57, c. 3a, SJ 1998 276) pouvant être invoqués durant la période d'indexation. Il est du reste évident que le locataire ne peut pas invoquer le taux hypothécaire en réaction à une adaptation fondée sur l'IPC dans un bail indexé (CR CO I-LACHAT/BOHNET, *op. cit.*, art. 269b N 1) et la logique est la même pour les travaux à plus-value.

3. Protection contre les congés

9

TF 4A_134/2023 (06.03.2024) ; arrêt également publié dans la newsletter bail.ch de mai 2024

Carole Wahlen

Disproportion des intérêts en présence : limite entre faits et droit

En cas de résiliation motivée par la volonté du bailleur d'occuper lui-même l'appartement litigieux, déterminer si le motif du congé est réel relève des constatations de fait ; en revanche, déterminer si la résiliation contrevient aux règles de la bonne foi, et consacre une disproportion des intérêts en présence, est une question de droit.

Art. 271 al. 1 CO

Wenn die Kündigung mit dem Eigenbedarf des Vermieters bezüglich der streitbetreffenden Wohnung begründet wird, ist es eine Tatfrage, ob effektiv ein Eigenbedarf besteht ; demgegenüber ist es eine Rechtsfrage, ob die Kündigung Treu und Glauben widerspricht und ob ein Missverhältnis der zu berücksichtigenden Interessen vorliegt.

Art. 271 Abs. 1 OR

In caso di disdetta motivata dalla volontà del locatore di occupare personalmente l'appartamento controverso, stabilire se il motivo della disdetta sia reale è una questione di fatto ; determinare invece se la disdetta contravvenga alle regole della buona fede e comporti una sproporzione degli interessi in gioco è una questione di diritto.
Art. 271 cpv. 1 CO

1. A. est locataire depuis 1990 d'un appartement à Genève, qu'il a sous-loué durant un certain nombre d'années, avant d'y vivre avec son épouse depuis 2012, puis seul après sa séparation. Le bail a été résilié par formule officielle du 21 août 2019 pour le 31 août 2020, sans indication de motif.
2. En procédure, les propriétaires et bailleurs ont motivé le congé en expliquant que la cobaillesse, âgée de 75 ans et domiciliée en Valais, souhaitait habiter cet appartement de deux pièces lorsqu'elle se rendait à Genève, quelques nuits par semaine, pour s'occuper de sa petite-fille. Elle était également propriétaire d'une maison à Chêne-Bourg et copropriétaire de deux autres immeubles dans la région genevoise, comprenant

plusieurs appartements, mais dont la typologie ne correspondait pas à ses besoins, selon ses explications.

3. De son côté, le locataire, âgé de 82 ans, qui affirmait vivre dans l'appartement litigieux, était usufruitier d'un chalet à Crans-Montana, où il se rendait de temps à autre.
4. Le Tribunal des baux, puis la Cour de justice, ont validé le congé et octroyé une prolongation de bail de quatre ans au locataire.
5. La Haute Cour rappelle tout d'abord que, sur le principe, le congé ordinaire donné par le bailleur pour occuper lui-même l'habitation n'est pas contraire à la bonne foi, même s'il entraîne des conséquences pénibles pour le locataire, ou que l'intérêt de celui-ci au maintien du bail paraît plus important que celui du bailleur à ce qu'il prenne fin (c. 3.2.1).
6. Déterminer quel est le motif du congé relève des constatations de faits (ATF 145 III 143, c. 3.1). Ainsi, les éléments retenus dans l'arrêt cantonal lient le Tribunal fédéral, qui ne peut s'en écarter que si le recourant démontre, en soulevant expressément le grief d'arbitraire et exposant de façon claire et détaillée (art. 106 al. 2 LTF) que l'autorité cantonale a constaté arbitrairement les faits et apprécié arbitrairement les preuves (art. 97 al. 1 LTF et 9 Cst.) (c. 3.3).
7. En l'espèce, la Cour cantonale avait retenu que le motif allégué à l'appui du congé était réel. Le recourant n'a pas démontré que cette autorité aurait versé dans l'arbitraire, de sorte que son grief était irrecevable (c. 4.2.1).
8. La question de savoir si la résiliation contrevient aux règles de la bonne foi est en revanche une question de droit, qui relève du pouvoir d'appréciation du juge (art. 4 CC), étant précisé que le Tribunal fédéral ne revoit qu'avec retenue la décision de dernière instance cantonale. Il n'y substitue son analyse que lorsque l'arrêt cantonal s'écarte sans raison des règles établies en matière d'appréciation des preuves, s'appuie sur des faits qui ne devaient pas jouer de rôle, ne tient pas compte de faits pertinents ou encore lorsque le résultat aboutit à une iniquité choquante (ATF 138 III 669, c. 3.1) (c. 3.3).
9. Dans le cas soumis au Tribunal fédéral, il s'agissait ainsi d'examiner, dans un second temps, si le congé contrevenait à l'art. 271 al. 1 CO, en raison d'une disproportion grossière des intérêts en présence. Le locataire étant en l'espèce usufruitier d'un chalet en Valais, la Haute Cour retient que l'appréciation de la cour cantonale n'aboutit pas à un résultat manifestement injuste ou une iniquité choquante et que la résiliation n'est dès lors pas contraire à la bonne foi, faute de disproportion grossière des intérêts en présence (c. 5.3).

Note

10. Cet arrêt du Tribunal fédéral a pour mérite de rappeler clairement l'articulation entre faits et droit, et la portée de cette distinction, dans le cadre de l'examen de la validité d'une résiliation de bail. Cette distinction prend tout son sens lorsqu'il s'agit de déterminer si le congé consacre une disproportion des intérêts en présence, ce qui constitue un cas particulier de violation des règles de la bonne foi, au sens de l'art. 271 al. 1 CO.
11. Le raisonnement s'effectue ainsi en deux temps : il s'agit tout d'abord, en faits, de déterminer si le motif invoqué à l'appui du congé est conforme à la réalité, ce qui a été retenu par les instances successives dans le cas d'espèce ; si le tribunal devait retenir que tel n'est pas le cas, mais qu'il s'agit d'un prétexte, le congé devrait être annulé à ce stade déjà (voir par exemple TF, 02.02.2011, 4A_623/2010 : besoin propre non établi, prise en compte de faits postérieurs au congé pour éclairer la volonté réelle du bailleur ; TF, 02.02.2011, 4A_629/2010 : faux motif invoqué à l'appui du congé ; TF, 09.12.2019, 4A_151/2019 : congé motivé par le fait que le locataire ne respecterait pas les règles portant sur le parcage des véhicules, alors qu'il a contesté à juste titre que la réduction du nombre de places à sa disposition constituait une modification du contrat de bail à son détriment qui ne respectait pas les formes).
12. Dans une seconde étape, si le motif invoqué est réel, en droit, il convient d'examiner si le congé contrevient aux règles de la bonne foi, en consacrant une disproportion des intérêts en présence. Dans le cas d'espèce, aussi improbable que typiquement genevois, où tant la bailleuse que le locataire disposent de résidences en Valais, la Haute Cour a considéré que tel n'était pas le cas. Il s'agit toutefois d'un cas de figure peu représentatif de la situation des locataires dans l'arc lémanique, pour lesquels la question du relogement constitue un véritable enjeu. Dès lors, il n'est pas aisé de déduire une règle de cet arrêt, dont l'état de fait est si spécifique qu'il ne saurait être répliqué à titre de généralité.
13. En effet, la situation particulièrement précaire des locataires et la situation plus favorable de la partie bailleuse constituent les éléments déterminants de l'appréciation du juge (pour des exemples casuistiques, voir CPra Bail-CONOD, 2^e éd., Bâle 2017, art. 271 CO N 26 ; LCHAT, Le bail à loyer, Lausanne 2019, p. 962, notamment : congé donné pour des broutilles ou dans un accès de mauvaise humeur ; TF, 21.11.2014, 4A_464/2014 : congé ordinaire notifié à une dame âgée et isolée, motivé par une violation du devoir de diligence, sans laisser la possibilité à la locataire de remédier à la problématique ; TF, 02.09.2010, 4A_300/2010 : congé donné en vue de la vente, par un bailleur professionnel de l'immobilier, à deux personnes âgées,



atteintes dans leur santé et en charge de leur fils majeur handicapé : TF, 06.10.2010, 4A_297/2010 : congé donné à une dame âgée, en raison de la volonté du fils du propriétaire de bénéficier d'un logement avec jardin pour le confort de son chien).

14. Ainsi, en règle générale, les tribunaux examinent les motifs invoqués à l'appui du congé (en faits) : leur caractère parfois confus ou fluctuant permet de douter de leur réalité, ce qui devrait déjà conduire à son annulation. Même si le motif est établi, il convient encore de mettre en parallèle les situations respectives des parties. La situation particulière du locataire (âge, état de santé, situation familiale) est à mettre en balance avec l'intérêt du bailleur à la résiliation du bail. En ce sens, la notion de disproportion des intérêts en présence peut être rattachée à l'interdiction d'user d'un droit de manière inutilement rigoureuse ou contradictoire, et c'est généralement pour ces motifs qu'un congé pourra être annulé.

10

TF 4A_500/2023 (11.04.2024)

Xavier Rubli

Résiliation extraordinaire (art. 257f al. 3 CO)

Un locataire qui, sur demande du bailleur, ne lui communique pas une attestation d'assurance RC commet une violation grave du contrat justifiant la notification d'un congé anticipé, sans qu'il ne soit nécessaire d'établir le caractère insupportable du maintien du bail (confirmation de jurisprudence).

Art. 257f al. 3, 271 et 271a CO

Wenn ein Mieter, dem Vermieter, auf dessen Verlangen hin, keine Bestätigung betreffend die vereinbarte Haftpflichtversicherung zukommen lässt, verletzt er den Vertrag in schwerwiegender Weise, was eine vorzeitige Kündigung rechtfertigt, ohne dass es erforderlich wäre, die Unzumutbarkeit der Weiterführung des Mietverhältnisses zu prüfen (Bestätigung der Rechtsprechung).

Art. 257f Abs. 3, 271 und 271a OR

Un conduttore che, su richiesta del locatore, non comunica un'attestazione di assicurazione di responsabilità civile commette una grave violazione del contratto che giustifica la notifica di una disdetta anticipata, senza necessità di dimostrare l'insostenibilità della continuazione del contratto (conferma della giurisprudenza).

Art. 257f cpv. 3, 271 e 271a CO

1. Le 12 juillet 2007, les locataires A.a. et C. ont conclu un contrat de bail à loyer avec B.c. et B.d. portant sur un appartement de 5 pièces de l'immeuble X. Par avenant du 15 février 2008, A.a. est devenu seul locataire avant

d'être rejoint par A.b. le 22 décembre 2017. Quelques années plus tard, en 2020, B.a. et B.b. sont devenus copropriétaires du logement, par donation.

2. Le 24 avril 2021, une altercation a eu lieu entre A.a. et le père des bailleurs, chacun déposant une plainte pénale.
3. Après avoir subi un incendie dans leur logement, les locataires se sont plaints, par lettre du 10 mai 2021, d'un certain nombre de défauts dont souffrait le logement, dont le système d'électricité de la cuisine qui serait à l'origine de l'incendie. Ils ont également menacé les bailleurs de consignation et réclamé une réduction de loyer depuis 2013.
4. Après avoir été mis en demeure par les bailleurs le 26 mai 2021 d'assurer l'entretien des fenêtres, les locataires les ont avisés d'autres défauts en juin 2021, en menaçant à nouveau de consigner leur loyer et en exigeant une réduction de loyer. Le 28 juillet 2021, A.a. et A.b. ont informé les bailleurs que le loyer d'août 2021 serait consigné. Une requête en validation de la consignation et en remise en état a été formée le 25 août 2021 par les locataires auprès de la commission de conciliation.
5. Dans l'intervalle, par courrier du 11 août 2021 (distribué le 13 août), les bailleurs ont notamment exigé des locataires qu'ils confirment avoir réalisé des travaux d'entretien des fenêtres et les ont sommés de leur remettre une attestation établissant l'existence d'une assurance RC, ceci d'ici au 1^{er} septembre 2021. Ils ont à cet égard indiqué aux locataires qu'ils avaient l'intention de procéder, auprès de leur assurance, au recouvrement d'un prétendu dommage survenu en 2018.
6. Le 6 septembre 2021, les bailleurs ont adressé à A.a. et A.b. des formules officielles de congé pour le 31 octobre 2021, sans indiquer de motif. Les locataires ont alors saisi la commission de conciliation le 1^{er} octobre 2021 puis le Tribunal des baux le 16 décembre 2021 en constatation de la nullité et de l'inefficacité de la résiliation, subsidiairement à son annulation et, plus subsidiairement, à une prolongation de quatre ans. Les bailleurs ont indiqué que le congé avait été signifié en application de l'art. 257f al. 3 CO après la sommation du 11 août 2021, à laquelle aucune suite n'avait été donnée. Lors de l'audience du Tribunal des baux du 28 juin 2022, A.a. et A.b. ont produit une attestation de leur assurance RC valable dès le 5 décembre 2011.
7. Par jugement du 28 juin 2022, « rectifié » le 29 décembre 2022, le Tribunal des baux a annulé la résiliation, avant que la Cour cantonale, le 7 septembre 2023, n'admette partiellement l'appel déposé par les bailleurs, déclarant valable et efficace le congé du 6 septembre 2021.



8. Les locataires ont interjeté un recours auprès du Tribunal fédéral à l'encontre de l'arrêt cantonal, concluant à sa réforme, principalement à ce que le congé soit déclaré inefficace, subsidiairement annulé, plus subsidiairement à l'annulation de la décision attaquée et au renvoi de la cause à l'autorité cantonale pour nouvelle décision.
9. Avant d'examiner les griefs des locataires sur le fond, le Tribunal fédéral évoque la position adoptée par les juges cantonaux. Ces derniers ont considéré que le congé était efficace : en premier lieu, les locataires avaient en effet l'obligation de contracter une assurance RC et d'en apporter la preuve au bailleur. Ne l'ayant pas fournie malgré une sommation, ils ont gravement violé le bail et se sont donc vu à bon droit notifier leur congé. En second lieu, une résiliation extraordinaire qui remplit les conditions de l'art. 257f al. 3 CO n'est pas annulable selon les art. 271 et 271a CO.
10. Les locataires dénoncent principalement une violation de l'art. 257f al. 3 CO. A leurs yeux, leur refus de fournir une attestation RC ne constitue pas une violation de leur devoir de diligence justifiant une résiliation anticipée. Par ailleurs, la mise en demeure du 11 août 2021 ne serait pas valable, manquant de clarté, ne comportant pas de menace de résiliation, étant envoyée en plein mois d'août et donnant un délai insuffisant aux locataires. A.a. et A.b. contestent avoir persisté à violer leur obligation contractuelle, n'ayant pas eu le temps de s'exécuter. Enfin, le Tribunal cantonal aurait à tort retenu que le maintien du bail était devenu insupportable pour les bailleurs, aucun sinistre récent ne justifiant en particulier qu'ils s'inquiètent de l'assurance RC des locataires.
11. Le Tribunal fédéral rappelle (c. 5.1) que la résiliation prévue à l'art. 257f al. 3 CO suppose la réalisation de cinq conditions cumulatives, à savoir une violation de son devoir de diligence par le locataire (a), un avertissement écrit préalable adressé au locataire par le bailleur (b), la persistance du locataire à violer son devoir (c), le caractère insupportable du maintien du bail pour le bailleur (d) et le respect d'un préavis de 30 jours pour la fin d'un mois (e) (TF, 09.02.2021, 4A_468/2020, c. 4.1 ; TF, 04.02.2014, 4A_457/2012, c. 2 et réf. cit.).
12. Il revient ensuite sur les conditions (a) à (d).
13. En premier lieu (c. 5.1.1), le locataire doit avoir violé son devoir de diligence ou usé de la chose en violant les stipulations du contrat (ATF 132 III 109, c. 5 ; 123 III 124, c. 2a) ; ce manquement doit revêtir une certaine gravité (ATF 134 III 300, c. 3.1). Les juges de Mon Repos relèvent à cet égard que, selon l'art. 5 RULV (applicable en l'espèce), le locataire doit contracter une assurance et que, corollaire de cette obligation, il est tenu d'en apporter la preuve en fournissant une attestation au bailleur (TF, 09.02.2021, 4A_468/2020, c. 4.1.1). Ils considèrent qu'un manquement à ces obligations expose le bailleur à un risque financier important, de telle sorte qu'une telle violation revêt un caractère grave justifiant l'application de l'art. 257f al. 3 CO, même si aucun dommage ne survient en raison de ce manquement (*ibid.*).
14. En deuxième lieu (c. 5.1.2), le bailleur doit avoir adressé un avertissement écrit au locataire afin que celui-ci rectifie son comportement (TF, 22.02.2018, 4A_655/2017, c. 3 ; TF, 20.09.2011, 4A_263/2011, c. 3.2).
15. En troisième lieu (c. 5.1.3), le locataire doit persister à ne pas respecter le contrat ou à violer son devoir de diligence.
16. Enfin (c. 5.1.4), le maintien du bail doit s'avérer insupportable pour le bailleur. Cette question est résolue en tenant compte de toutes les circonstances du cas d'espèce, antérieures au congé. Elle relève du pouvoir d'appréciation du juge (art. 4 CC), le Tribunal fédéral n'intervenant que si l'autorité a abusé de son pouvoir (ATF 136 III 65, c. 2.5). Citant deux arrêts, dont un publié (ATF 134 III 300, c. 3.1 ; TF, 09.02.2021, 4A_468/2020, c. 4.1.2), les juges estiment que lorsqu'une violation du contrat est grave, le maintien du bail est d'emblée insupportable pour le bailleur. Or, selon l'arrêt 4A_468/2020 précité, l'omission pour le locataire de contracter une assurance RC ou d'en transmettre une attestation au bailleur atteint le degré de gravité requis pour rendre le maintien du bail insupportable pour le bailleur, puisqu'il commet ainsi une violation grave du contrat.
17. En l'espèce (c. 5.2), les locataires étaient tenus de conclure une assurance RC et n'ont pas donné suite à la demande des bailleurs de leur présenter une attestation, si bien qu'ils ont violé gravement leur devoir de diligence.
18. Quant à l'avertissement du 11 août 2021, notre Haute Cour considère qu'il était suffisamment clair, les bailleurs désignant sans ambiguïté le document requis et le délai dans lequel il devait leur être remis. La sommation ne devait par ailleurs pas nécessairement contenir une menace de résiliation ou être précédée d'une autre mise en demeure (une nouvelle interpellation n'aurait rien changé aux yeux des juges, puisque les locataires ont attendu l'audience du 28 juin 2022 pour produire une attestation). L'envoi d'un avertissement au mois d'août (date à laquelle les locataires ont saisi l'autorité de conciliation) ne prête pas le flanc à la critique et le délai imparti (une vingtaine de jours) n'était pas trop court.
19. Enfin, le Tribunal fédéral confirme que la survenance d'un dommage n'est pas une condition d'application de l'art. 257f al. 3 CO (dans le cas présent, aucun sinistre n'était survenu récemment).



20. S'agissant de la violation des art. 271 et 271a CO soulevée par les locataires dans leur recours, notre Haute Cour (c. 6.2.1) contredit la cour cantonale (qui s'était à tort fondée sur l'arrêt du TF, 4A_468/2020 précité) et confirme qu'un congé extraordinaire fondé sur l'art. 257f al. 3 CO demeure annulable en application des dispositions précitées. Elle tempère cette possibilité en rappelant qu'il faut des circonstances particulières pour qu'un congé anticipé puisse être annulé et que pareille annulation ne sera que très rarement admise (TF, 10.04.2012, 4A_87/2012, c. 6.2).
21. En l'espèce (c. 6.3), le Tribunal fédéral s'estime lié par la constatation de la cour cantonale selon laquelle le congé a été donné non en raison des défauts dont se plaignaient les locataires, mais car ils n'ont pas produit une attestation de couverture RC. Cela exclut un congé donné en raison de prétentions émises par les locataires (art. 271a al. 1 let. a CO). Quant aux circonstances particulières qui justifieraient une annulation de la résiliation en vertu de l'art. 271 CO, les juges de Mon Repos se contentent d'affirmer qu'elles n'ont pas la consistance nécessaire.
22. Par conséquent, selon le Tribunal fédéral, le congé extraordinaire, signifié en application de l'art. 257f al. 3 CO, était valable et le recours devait être rejeté.
- **Note**
23. La présente décision confirme une précédente jurisprudence adoptée dans un arrêt du 9 février 2021 (4A_468/2020, commenté par TOURNAIRE, Le locataire refusant de produire sa police d'assurance RC s'expose à la résiliation extraordinaire de son bail, Newsletter bail.ch mars 2021). Se référant à sa décision de 2021, le Tribunal fédéral réaffirme que l'omission par un locataire de conclure une assurance RC ou même la simple non-communication d'une attestation de couverture RC constitue une violation suffisamment grave du contrat pour rendre la continuation du bail insupportable ; une telle violation justifie donc la sanction inscrite à l'art. 257f al. 3 CO, à savoir la résiliation anticipée du bail. Dans un tel cas, le bailleur est dispensé d'apporter la preuve que le maintien du contrat lui est insupportable.
24. Cette brèche dans l'application de l'art. 257f al. 3 CO trouve son origine dans l'arrêt de 2008 du Tribunal fédéral portant sur la résiliation anticipée du bail en raison d'un refus de communiquer les conditions d'une sous-location et d'un sous-loyer abusif (ATF 134 III 300, commenté par WESSNER, DB 2008 p. 22). Notre Haute Cour avait alors suivi une première ouverture sur cette question figurant dans une décision de 2006 – relative à la violation d'une clause d'affectation des locaux (ATF 132 III 109, DB 2006 p. 20) – en améliorant la position du bailleur lorsqu'il est confronté à des manquements d'une gravité telle qu'ils ruinent la confiance que se doivent les parties au contrat.
25. Le Tribunal fédéral répète pourtant systématiquement, y compris dans l'arrêt ici commenté, que le juge apprécie librement, selon les règles du droit et de l'équité (art. 4 CC), si la résiliation répond à un motif suffisamment grave et qu'à cette fin, il doit prendre en considération tous les éléments concrets du cas particulier (voir entre autres ATF 136 III 65, c. 2.5). La résiliation devant respecter les principes de proportionnalité et de subsidiarité, l'approche purement abstraite consistant à retirer toute portée propre au caractère insupportable du maintien du bail ne satisfait de toute évidence pas aux exigences d'une appréciation conforme à l'art. 4 CC et à l'art. 257f al. 3 CO.
26. C'est d'autant plus problématique dans le cas d'espèce que la violation considérée n'atteint pas, à nos yeux, le même degré de gravité que dans les arrêts de 2006 (utilisation de locaux loués à l'usage de bureaux comme salon de massages érotiques) et de 2008 (sous location non autorisée dont le sous-loyer était abusif). Dans ces deux situations, le résultat auquel était parvenu le Tribunal fédéral, même si l'on peut critiquer le chemin choisi pour y parvenir, n'était sans doute pas choquant.
27. Or, si l'on peut admettre que refuser de contracter une assurance RC revêt une certaine gravité, tel ne nous paraît pas le cas de l'omission de communiquer une attestation de l'assurance RC, *a fortiori* dans le contexte très particulier (voir ci-après N 29) dans lequel cette attestation a été demandée. Aussi, de notre point de vue, même en cas de violation grave, les juges ne devraient pas s'économiser d'examiner si le caractère insupportable du maintien du bail a été établi au regard de toutes les circonstances objectives et subjectives du cas. Il convient cependant de prendre acte, tout en le regrettant, que le Tribunal fédéral semble ne pas prendre cette direction et, bien plutôt, souhaite faciliter la sanction de l'art. 257f al. 3 CO contrairement à son texte pourtant clair.
28. Après avoir reconnu que la Cour cantonale avait fait fausse route en considérant qu'un congé donné en application de l'art. 257f al. 3 CO n'était pas annulable au sens des art. 271 et 271a CO, le Tribunal fédéral rejette en quelques phrases le grief soulevé par les locataires qui soutenaient que le congé était contraire à la bonne foi. Les circonstances particulières qui dénoteraient la mauvaise foi des bailleurs n'auraient pas « la consistance nécessaire » et il n'y aurait « rien dans les éléments de fait (...) qui aurait valeur d'exception et rendrait le congé abusif ». Dire que cette motivation nous laisse sur notre faim est un euphémisme.

29. L'issue de cette affaire paraît très sévère au vu de l'ensemble des circonstances. Le contexte particulier de ce dossier pouvait en effet objectivement faire douter des réelles intentions des bailleurs lorsqu'ils ont adressé leur sommation et, entre autres, exigé une attestation d'assurance RC près de 15 ans après le début du bail : jugement rendu en 2022 par le Tribunal des baux favorable aux locataires, suite à une demande de baisse de loyer (information ressortant de l'état de fait de l'arrêt du Tribunal cantonal) ; période de protection des locataires en raison de ce jugement et d'une autre procédure judiciaire en cours, à savoir la requête en constatation de la validité de la consignation et en remise en état de la chose louée ; plaintes des locataires en raison de

défauts et consignation ; altercation entre le père du bailleur et le locataire ; etc.). Ces circonstances avaient conduit le Tribunal des baux à annuler le congé et le Tribunal cantonal a précisé dans son arrêt qu'il ne pouvait « pas exclure que les bailleurs aient voulu se débarrasser des locataires ».

30. En balayant de manière aussi laconique le grief des locataires relatif à une violation de l'art. 271 CO, l'on peut craindre que les juges de Mon Repos aient l'intention de réduire à la portion congrue, voire d'empêcher *de facto* les locataires d'invoquer l'annulabilité d'un congé donné en application de l'art. 257f al. 3 CO.

4. Autorités et procédure

11

ATF 149 III 469 ; arrêt également publié dans la newsletter bail.ch de novembre 2023

Bohnet François/Wojcik Yan

La procédure applicable aux prétentions en loyer formulées après la fin d'un bail

Les prétentions en loyer formulées après la fin d'un bail – en dehors d'une procédure relative à la consignation des loyers, à la protection contre les loyers abusifs, à la contestation de la résiliation ou à la prolongation du bail – ne relèvent pas de la procédure simplifiée. Le fait que le tribunal doit statuer sur la fin du bail au titre de question préalable n'y change rien.

Art. 243 al. 2 let. c CPC

Für Mietzinsforderungen, welche – ausserhalb eines Verfahrens betreffend Mietzinshinterlegung, Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen, Anfechtung der Kündigung oder Mieterstreckung – nach Beendigung des Mietverhältnisses geltend gemacht werden, ist das vereinfachte Verfahren nicht anwendbar. Der Umstand, dass das Gericht vorfrageweise über das Mietende entscheiden muss, ändert daran nichts.

Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO

Le pretese relative alle pigioni presentate dopo la fine di un contratto di locazione – al di fuori di una procedura relativa al deposito delle pigioni, alla protezione contro le pigioni abusive, alla contestazione della disdetta o alla proroga del contratto – non rientrano nella procedura semplificata. Il fatto che il tribunale debba pronunciarsi sulla fine del contratto a titolo di questione preliminare non cambia nulla.

Art. 243 cpv. 2 lett. c CPC

1. Plusieurs procédures opposent deux sociétés. Ces procédures concernent un bail portant sur des surfaces commerciales sises à Zurich. Elles s'articulent autour de la fin du bail au 31 janvier 2014, respectivement quant à sa prolongation ou à son maintien. Les procédures se déroulent dans le canton de Zurich.
2. Dans la première procédure, la locataire dépose le 14 mars 2012, devant le tribunal des baux (« *Mietgericht* »), une demande en fixation du loyer pour la prolongation convenue du contrat de bail et en condamnation de la bailleuse à présenter une offre idoine pour le loyer dès le 1^{er} février 2014 et pour une durée de cinq ans au moins. Cette affaire fait l'objet de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_653/2018, 4A_657/2018 du 14 novembre 2019. En substance, cet arrêt annule la condamnation de la bailleuse à présenter l'offre précitée et constate que la bailleuse n'a pas respecté son obligation quant à la soumission d'une offre de poursuite du contrat aux conditions du marché (« *eine verbindliche Offerte zur Fortführung des Vertragsverhältnisses* »).
3. Parallèlement, en date du 1^{er} septembre 2014, la locataire ouvre une deuxième procédure et saisit le tribunal des baux d'une demande en prolongation du bail. La demande est déclarée irrecevable par décision du 26 janvier 2017. Le tribunal considère que la locataire disposait encore d'un droit à l'utilisation de la chose louée découlant du droit à l'exécution d'une offre de poursuite du bail, resté jusqu'ici inexécuté. Le 1^{er} septembre 2020, la Cour suprême (« *Obergericht* »), saisie d'un appel de la bailleuse, a classé la procédure à la suite de la libération des locaux par la locataire.
4. Le 15 septembre 2021, la bailleuse dépose, devant le tribunal de commerce (« *Handelsgericht* »), une



demande en paiement de CHF 44'805'529.- avec intérêts, introduisant ainsi une troisième procédure. Ce montant correspond à la différence entre le prix du marché et le montant payé par la locataire (à hauteur du loyer dû jusqu'au 31 janvier 2014 et des charges), pour la période jusqu'au 20 février 2020 (départ de la chose louée par la locataire). La locataire conclut à l'irrecevabilité de la demande en raison de l'incompétence matérielle du tribunal saisi et de l'autorité de la chose jugée. Par décision du 2 décembre 2021, la procédure est limitée à ces questions.

5. La locataire prétend que, dans le cadre de la deuxième procédure, la bailleuse avait déjà demandé l'adaptation du loyer à partir du 1^{er} février 2014 jusqu'à la restitution complète des choses louées. Cette prétention aurait été retirée sans réserve. Selon la locataire, la bailleuse fait ainsi valoir, pour les mêmes choses louées et la même période, un loyer supplémentaire similaire ou légèrement modifié. Le tribunal de commerce, par décision du 22 mars 2022, rend une décision d'irrecevabilité fondée sur l'autorité de chose jugée et l'absence d'intérêt digne de protection de la bailleuse en raison de l'effet contraignant de l'autorité de la chose jugée (art. 59 al. 2 let. a et e CPC). Ce jugement est annulé par l'arrêt 4A_197/2022 (25.11.2022, RSPC 2/2023, p. 141 ss), par lequel le Tribunal fédéral, saisi d'un recours de la bailleuse, renvoie la cause au tribunal de commerce. En substance, l'identité d'objets du litige retenue n'est pas conforme au droit fédéral (c. 2.6). Selon le Tribunal fédéral, on ne peut pas déterminer, à ce stade de la procédure, si le retrait de la conclusion susmentionnée emporte un effet préjudiciel ou contraignant dans la présente procédure (c. 2.7). Cet arrêt précise que la compétence matérielle du tribunal de commerce devra être examinée, en particulier, à l'aune de la jurisprudence fédérale rendue au sujet de l'art. 243 al. 2 let. c CPC (c. 3).
6. Par décision du 16 mars 2023, le tribunal de commerce a déclaré la demande irrecevable faute de compétence matérielle. La motivation de l'arrêt est reprise dans la partie en droit. La bailleuse saisit le Tribunal fédéral d'un recours en matière civile. Elle conclut à l'annulation de la décision et au renvoi de la cause à l'instance précédente. La locataire conclut au rejet du recours. Le tribunal de commerce ne se prononce pas.
7. L'arrêt débute par le rappel de l'interprétation jurisprudentielle des dispositions légales utiles au jugement de la cause et reprend plusieurs arrêts rendus au sujet de l'art. 243 al. 2 let. c CPC (a). Le Tribunal fédéral expose ensuite les motifs de la décision attaquée (b) puis les motifs qui conduisent à l'annulation de cette dernière (c).

a) Etat de la jurisprudence fédérale

8. En premier lieu, le Tribunal fédéral revient sur la compétence (actuelle) du tribunal de commerce en droit du bail. Les litiges qui découlent de la location d'immeubles commerciaux peuvent constituer des litiges commerciaux au sens de l'art. 6 al. 2 CPC. La réglementation du type de procédure prime néanmoins les règles relatives à la compétence matérielle du tribunal de commerce (art. 243 al. 3 CPC). Ce dernier n'est donc pas compétent pour statuer sur une prétention qui relève de la procédure simplifiée selon l'art. 243 al. 2 let. c CPC (ATF 139 III 457, c. 3.2 et 4) (c. 2.1).
9. En deuxième lieu, l'arrêt développe l'interprétation donnée à l'art. 243 al. 2 let. c CPC par plusieurs arrêts. L'ATF 142 III 402 retient une interprétation large de la notion de protection contre les congés, qui englobe les litiges relatifs à l'expulsion des locataires sans relever de la protection des congés au sens strict (annulation du congé ou prolongation du rapport de bail). La procédure simplifiée ainsi que la maxime inquisitoire sociale ont pour but de protéger le locataire, de sorte qu'il ne se justifie pas de traiter de manière différente le litige qui porte sur la nullité ou l'inefficacité du congé de celui qui porte sur l'annulation du congé. L'ATF 142 III 690 pose le principe selon lequel un litige relève de la protection contre les congés « dès que le tribunal doit se prononcer sur la fin du bail, que ce soit par exemple en raison d'un congé ordinaire ou extraordinaire ou en raison de l'inexistence d'un rapport contractuel ou de l'expiration d'un contrat de bail de durée déterminée ; peu importe que le juge ait été saisi par le locataire de conclusions en inefficacité, invalidité, nullité ou annulation à titre principal et/ou subsidiaire, respectivement en prolongation du bail, ou qu'il l'ait été par le bailleur de conclusions principales ou reconventionnelles en expulsion ou en constatation de la fin du bail ». La protection du locataire, but poursuivi par le législateur, ne justifie pas de traiter de manière différente la fin d'un bail à durée déterminée (c. 3.1 [pour la citation également]). En conséquence, la demande portant sur la « requalification du contrat de bail de durée déterminée en contrat de durée indéterminée » relève de la protection contre les congés (c. 3.2) (c. 2.2 § 1-2).
10. Plusieurs arrêts ont confirmé cette interprétation jurisprudentielle (tels que TF, 05.12.2016, 4A_547/2016, c. 2 s. ; 05.10.2016, 4A_300/2016, c. 2). Ainsi, l'action en constat de la poursuite du bail par l'exercice d'un droit d'option (TF, 24.07.2017, 4A_340/2017), l'action en fixation du loyer pour la prolongation du bail et la condamnation de la bailleuse à soumettre une offre pour la prolongation du bail (TF, 16.05.2018, 4A_359/2017) ainsi que l'annotation du bail au registre foncier (ATF 148 III 415) relèvent de la protection contre les congés au sens de l'art. 243 al. 2 let. c CPC (c. 2.2 § 3).

11. La notion de « consignation des loyers » au sens de l'art. 243 al. 2 let. c CPC est également, en référence à ce qui précède, interprétée de manière large. Cette notion couvre « tous les droits que l'art. 259a al. 1 CO confère en cas de défaut de la chose louée, invoqués par le locataire dans la procédure de consignation et pour lesquels la consignation lui fournit un moyen de pression » (ATF 146 III 63, registre et c. 4.4). Le Tribunal fédéral a également retenu qu'une action en constat de la nullité de l'augmentation de loyer relevait de la « protection contre les loyers et les fermages abusifs » (TF, 26.03.2014, 4A_1/2014, c. 2.3) (c. 2.2 § 4).
12. Le Tribunal fédéral constate que l'interprétation large de la notion de « protection contre les congés » a été expressément saluée par une partie de la doctrine, mais que des critiques ont toutefois été élevées en raison des nouvelles difficultés de délimitation induites par la séparation des notions procédurale et matérielle de la « protection contre les congés » (c. 2.3 § 1).
13. Il est essentiel que les dispositions sur la compétence et la procédure applicable soient le plus univoques possible, afin d'éviter tout doute pour la partie demanderesse quant au choix du tribunal et aux dispositions qui régissent la demande. Pour le litige du cas d'espèce, le Tribunal fédéral rappelle que l'art. 6 al. 2 let. d nCPC exclut de la compétence du tribunal de commerce les litiges relevant du droit du bail à loyer ou à ferme portant sur des habitations et des locaux commerciaux ou du droit du bail à ferme agricole (cf. FF 2023 786). La précision de la notion de protection contre les congés demeure toutefois pertinente pour la détermination de la procédure applicable (c. 2.3 § 2).

b) Motivation de l'arrêt cantonal

14. Le tribunal de commerce justifie l'application de la procédure simplifiée et, partant, son incompétence par la période pour laquelle les montants sont exigés. Cette période, qui s'étend du 1^{er} février 2014 à fin février 2020, était couverte par la litispendance de la procédure précédente en prolongation du bail et se recoupe, à quelques jours près (à l'exception des derniers jours en février 2020), avec la période pour laquelle le locataire avait demandé une prolongation de six ans. Accordant à la bailleuse qu'il n'y avait jamais eu de décision prolongeant le bail, puisque la procédure de prolongation est devenue sans objet en raison du départ de la locataire, le tribunal de commerce retient une « prolongation à froid » (« *"kalte" Erstreckung* ») dans la mesure où la locataire est restée dans l'objet loué durant la procédure de prolongation (ainsi que durant les procédures suivantes). L'arrêt cantonal ne se prononce pas sur l'application du principe prévu par l'art. 272c CO dans la décision entreprise, question qui doit être examinée dans la décision au fond. La juridiction cantonale

considère toutefois qu'il existe un lien étroit entre l'objet du litige de la présente procédure et la procédure de prolongation. Ce lien étroit se manifesterait déjà dans la décision de la Cour suprême dans la procédure précédente, dans la mesure où cette dernière juridiction avait retenu que le retrait de la demande d'adaptation du loyer par la bailleuse entraînait l'application des dispositions du contrat de bail pour la durée de la procédure de prolongation, ce qui impliquait l'absence d'intérêt à la poursuite de la procédure de prolongation. Le Tribunal de commerce considère, au vu des prétentions de la bailleuse, que la présente procédure implique d'examiner, à titre préalable, si la locataire aurait eu droit à la prolongation et si l'art. 272c CO s'appliquerait directement ou par analogie, ainsi qu'au fond, si le retrait des conclusions en adaptation par la bailleuse déploie un effet préjudiciel ou contraignant dans la présente procédure. Au vu de ce qui précède, l'instance précédente juge que la présente procédure s'articule essentiellement autour d'un litige relevant de la prolongation d'un bail commercial. A l'instar des notions de « protection contre les congés » et de « consignation des loyers » au sens de l'art. 243 al. 2 let. c CPC, celle de « prolongation » doit être interprétée de manière large, afin d'assurer la fonction protectrice de la norme juridique et d'éviter un fractionnement inutile et impraticable des procédures et des principes procéduraux. Le simple fait qu'il s'agisse d'une procédure séparée introduite en aval de la procédure de prolongation ne peut conduire à l'application d'un autre type de procédure. Les conséquences financières d'une prolongation sont d'une importance centrale (« *eine zentrale Frage des Erstreckungsrechts* ») et relèvent de la protection sociale des locataires, sans quoi l'institution de la prolongation serait vidée de son sens. Ainsi, les procédures qui concernent les conséquences financières d'une prolongation ou d'une « prolongation à froid », lors d'une procédure de prolongation pendante, relèvent de la procédure simplifiée indépendamment de leur valeur litigieuse. Le tribunal de commerce rejette l'argument tiré du fait que la locataire exploite une entreprise de commerce de détail avec un chiffre d'affaires de plusieurs milliards, qui n'a pas besoin de protection sociale, puisque l'application de la procédure simplifiée est indépendante d'un examen concret des parties à la procédure et de leurs situations économiques (c. 2.4).

c) Motivation du Tribunal fédéral

15. Le Tribunal fédéral retient que la notion de prolongation du bail à loyer et à ferme ne peut pas être délimitée, de manière utile, de l'acception large de la protection contre les congés. Toutefois, la protection contre les congés n'a concerné, sans exception, que des cas où les conclusions de la demande visaient – directement ou indirectement – à déterminer s'il existait un bail,



- et le cas échéant jusqu'à quelle date, respectivement, quand il prendrait fin au plus tôt, de telle sorte qu'il s'agissait de déterminer la date (future) de la fin du bail (c. 2.5 § 2).
16. Le Tribunal fédéral note qu'il n'y a pas lieu de déterminer dans le cas d'espèce si la locataire peut rester dans l'immeuble, puisque celle-ci a déjà quitté les lieux. La demande de la bailleresse a été déposée le 15 septembre 2021, soit plus d'un an après la restitution des choses louées en février 2020, et concerne une prétention pécuniaire (« *finanzielle Forderung* ») pour la période comprise entre le 1^{er} février 2014 et la date de la restitution (c. 2.5 § 3).
17. La prétention en cause ne relève pas de l'art. 243 al. 2 let. c CPC au sens de la jurisprudence mentionnée. Lorsque seules des prétentions pécuniaires qui découlent d'un contrat de bail terminé sont soulevées, il manque les deux éléments justifiant l'application de la procédure simplifiée, à savoir le rapport de force inégal entre les parties typique des litiges relatifs à la protection contre les congés et l'urgence temporelle de l'appréciation du juge. Le critère du rapport entre les créances invoquées et la fin du bail est impraticable, puisque la détermination de la compétence et du type de procédure impliquerait de statuer sur des questions qui ne peuvent être séparées de l'examen au fond. Cela se manifeste dans la décision entreprise, lorsqu'elle retient qu'il s'agit d'un litige sur les conséquences financières d'une prolongation et qu'il existe en tout cas un lien étroit entre le présent objet de litige et la procédure de prolongation. Ces éléments sont contestés dans le recours de la bailleresse et ne doivent pas être tranchés lors de l'examen de la compétence ou de la procédure applicable. Il en va de même de la question de l'application de l'art. 272c CO, de l'effet contraignant du retrait des conclusions par la bailleresse dans la procédure précédente ainsi que de la pertinence pour l'issue de la cause du manquement de la bailleresse de soumettre une offre ferme pour la poursuite du bail. Le traitement de ces questions par un tribunal de commerce correspond à la répartition actuelle des compétences (c. 2.5 § 4).
18. Le Tribunal fédéral retient ainsi que l'art. 243 al. 2 let. c CPC ne concerne pas les demandes qui portent sur des prétentions financières formulées après la fin du bail et en dehors d'une procédure relative à la consignation des loyers et des fermages, à la protection contre les loyers et les fermages abusifs, à la contestation de la résiliation ou à la prolongation du bail à loyer ou à ferme. Le fait que le tribunal doive, à titre préjudiciel, statuer sur le moment et la forme de la fin du bail n'y change rien. La décision d'irrecevabilité fondée sur l'incompétence matérielle du tribunal enfreint le droit fédéral (c. 2.6).
19. Le recours doit être admis et la décision attaquée de l'instance inférieure annulée. L'affaire doit être renvoyée à l'instance précédente pour traitement ultérieur. Compte tenu de l'issue de la procédure, l'intimée est tenue de payer les frais et dépens (art. 66 al. 1 et art. 68 al. 2 LTF) (c. 3).

■ Note

20. L'arrêt commenté complète la longue liste d'arrêts relative au champ d'application de la procédure simplifiée en droit du bail. Le Tribunal fédéral précise la portée de sa jurisprudence. Cette précision déploie des effets au-delà du simple objet de l'arrêt, à savoir la compétence du tribunal de commerce et l'application de la procédure simplifiée. L'art. 243 al. 2 let. c CPC détermine en effet, en partie, le champ d'application de la maxime inquisitoire sociale en droit du bail. Celle-ci se répercute aussi sur la possibilité d'alléguer des faits et proposer des preuves jusqu'aux délibérations (art. 229 al. 3 CPC ; cf. parmi d'autres, PC CPC-HEINZMANN/PASQUIER, Bâle 2021, art. 229 CPC N 11). La modification du champ des prétentions soumises par nature à la procédure simplifiée influence encore – certes indirectement par la condition de l'identité de procédure applicable – le cercle des prétentions susceptibles d'une action reconventionnelle (cf. CR CPC-TAPPY, 2^e éd., Bâle 2019, art. 224 CPC N 14, qui relève les difficultés auxquelles cette condition peut conduire en droit du bail).
21. Le Tribunal fédéral retient qu'un litige qui concerne uniquement le paiement de loyers ne relève pas de la protection contre les congés, quand bien même le tribunal saisi de la cause doit déterminer le moment de la fin du bail. Le Tribunal fédéral considère que le locataire ne présente pas un besoin suffisant de protection lorsqu'il est confronté à des prétentions pécuniaires du bailleur qui découlent d'un bail déjà terminé. Dans ce cas, il manque deux éléments pour que le litige relève de la protection contre les congés, à savoir le rapport de force inégal entre les parties, typique des litiges relatifs à la fin du bail, et l'urgence temporelle dans laquelle le tribunal est amené à statuer.
22. Comme le mentionne l'arrêt commenté, le besoin de protection du locataire dépend de l'enjeu du procès pour celui-ci. L'objet du litige relève de la protection contre les congés lorsqu'il implique pour le tribunal de déterminer si le locataire peut demeurer (ou non) dans la chose louée. Cette manière de concevoir la protection contre les congés est en harmonie avec l'ATF 142 III 690, c. 3.1 qui retenait un parallélisme entre la fin d'un bail de durée déterminée et celle d'un bail de durée indéterminée, fondé sur les conséquences similaires auxquelles font face lesdits locataires.

23. En conséquence, il ne suffit pas que le moment de la fin du bail constitue une question préalable au jugement au fond pour que la procédure simplifiée trouve à s'appliquer. Dans le même esprit, le tribunal de commerce zurichois a rendu, en date du 12 juin 2023, un arrêt dont la motivation est similaire à celle de l'arrêt commenté. Le procès portait, entre autres, sur des loyers impayés issus d'une relation de bail terminée. Le moment de la fin du bail était contesté entre les parties, puisque la locataire avait résilié les baux (bureaux et vitrine d'exposition), avant que la bailleuse n'en fasse de même, pour les bureaux, en raison des loyers impayés (art. 257d CO). Le tribunal de commerce note que la jurisprudence rendue au sujet de la « protection contre les congés » ne couvre pas les cas où la fin du bail doit être déterminée, lorsque seules les conséquences financières d'une résiliation doivent être jugées (HG/ZH, 12.06.2023, HG230009, c. 3.2.1, publié dans la revue ZR 122 N 41, p. 163). Le tribunal devait ainsi examiner, à titre de question préalable, le moment de la fin du bail pour déterminer le montant des loyers dus et non pas pour déterminer si la demanderesse devait quitter l'immeuble. Le moment de la fin du bail ne relève ainsi pas du noyau dur du droit du bail qui doit être tranché en procédure simplifiée sans égard pour la valeur litigieuse (*op. cit.*, c. 3.2.2, p. 164).

24. Si l'arrêt commenté retient que dans le cas d'espèce, il n'est pas nécessaire de déterminer jusqu'à quand la locataire peut demeurer dans la chose louée (c. 2.5 § 3), il ne se prononce toutefois pas sur les cas où le locataire affirme que le bail a pris fin. Il en va ainsi, par exemple, en cas de restitution anticipée, lorsque le bailleur conteste que les conditions de l'art. 264 CO sont remplies (cf. BOHNET, Bail et procédure simplifiée : où prend fin le domaine de la protection contre les congés ?, in : Bovey/Chappuis/Hirsch [édit.], Mélanges à la mémoire de Bernard Corboz, Genève/Zurich/Bâle 2019, N 18). Dans ce cas, l'enjeu du procès pour la partie locataire n'est plus le droit de demeurer dans la chose louée, mais bel et bien le risque de payer deux loyers pour un certain nombre de mois. Si la partie bailleuse dépose une demande en paiement de loyers, ou le locataire en inexistance de la dette, il faudra vraisemblablement, à l'aune de ce qui précède, retenir que la procédure simplifiée ne trouve pas à s'appliquer selon l'art. 243 al. 2 let. c CPC.

12

TF 4A_201/2023 (09.10.2023) ; arrêt également publié dans la newsletter bail.ch d'avril 2024

Marie-Laure Percassi

Comparution personnelle d'une personne morale en conciliation et représentation commerciale

En procédure de conciliation, les parties doivent comparaître personnellement (art. 204 al. 1 CPC). Pour ce faire, les personnes morales doivent être représentées par un organe ou par une personne au bénéfice d'une procuration commerciale portant sur la procédure et connaissant le litige, étant précisé que la représentation par un organe de fait n'est pas admissible. L'abus de droit est toutefois réservé.

Art. 204 et 206 CPC ; art. 462 CO ; art. 29 al. 1 Cst. ; art. 2 al. 2 CC

An der Schlichtungsverhandlung müssen die Parteien persönlich erscheinen (Art. 204 Abs. 1 ZPO). Entsprechend müssen juristische Personen durch ein Organ oder durch eine mit kaufmännischer Handlungsvollmacht für das Verfahren ausgestattete Person, welche mit dem Streitgegenstand vertraut ist, vertreten zu lassen. Demgegenüber ist die Vertretung durch ein faktisches Organ unzulässig. Rechtsmissbrauch bleibt indessen vorbehalten.

Art. 204 und 206 ZPO ; Art. 462 OR ; Art. 29 Abs. 1 BV ; Art. 2 Abs. 2 ZGB

Nella procedura di conciliazione, le parti devono comparire personalmente (art. 204 cpv. 1 CPC). A tal fine, le persone giuridiche devono essere rappresentate da un organo o da una persona munita di una procura commerciale che copre la procedura e che conosce la controversia, precisando che la rappresentanza da parte di un organo di fatto non è ammissibile. Resta riservato l'abuso di diritto.

Art. 204 e 206 CPC ; art. 462 CO ; art. 29 cpv. 1 Cost. ; art. 2 cpv. 2 CC

1. A. Sàrl (locataire et recourante) a conclu un contrat de bail avec B. (bailleuse et intimée) portant sur un magasin avec une pièce attenante situé à U. Par formule officielle du 29 juin 2020, la bailleuse a résilié le contrat de bail pour fin décembre 2021.
2. La locataire a contesté cette résiliation et une audience de conciliation s'est tenue le 5 mai 2021. La bailleuse s'y est rendue en personne et C., assisté d'un avocat, s'est présenté pour la locataire A. Sàrl. Suite à l'échec de la conciliation, l'autorité de conciliation a fait une proposition de jugement. La bailleuse B., désormais représentée par un avocat, s'y est opposée.
3. Après avoir reçu l'autorisation de procéder, la bailleuse a déposé une demande au fond devant le Tribunal civil de Bâle-Ville, concluant à ce qu'il soit constaté que la résiliation du bail était valable et que le contrat avait pris fin le 31 décembre 2021. Elle a également conclu à ce qu'aucune prolongation de bail ne soit accordée et à ce que la procédure soit dans un premier temps limitée à la question de la validité de la représentation de la locataire en audience de conciliation.



4. Par décision du 6 octobre 2021, la procédure a été limitée à la problématique de la représentation en procédure de conciliation.
5. Le 19 septembre 2022, le Tribunal civil a rendu son jugement et a constaté que le contrat de bail avait été résilié pour fin décembre 2021. Elle a considéré que la locataire A. Sàrl, lors de l'audience de conciliation, avait été représentée par C. Contrairement à ce que A. Sàrl avait affirmé, C. n'était pas au bénéfice d'une procuration commerciale au sens de l'art. 462 CO (ce qui aurait permis de remplir la condition de la comparution personnelle), mais uniquement d'une procuration au sens des art. 32 ss CO. De ce fait, elle n'avait pas valablement comparu et avait fait défaut. La conséquence devait par conséquent être celle de l'art. 206 al. 1 CPC, à savoir que la requête devait être considérée comme retirée et l'affaire devait être rayée du rôle. La locataire n'avait en outre plus la possibilité de renouveler sa requête de conciliation, vu que le délai pour contester la résiliation du contrat de bail était désormais dépassé.
6. Le 3 mars 2023, le Tribunal d'appel de Bâle-Ville a rejeté le recours de la locataire contre cette décision.
7. La locataire et recourante a formulé un recours en matière civile contre cette décision devant le Tribunal fédéral.
8. Le Tribunal fédéral expose que la question litigieuse, dans le cas présent, est celle de savoir si la locataire et recourante était valablement représentée par C. lors de l'audience de conciliation. Il n'est pas contesté que C. n'est ni organe ni fondé de procuration de la recourante. Celle-ci prétend en revanche que C. est son mandataire commercial (c. 3).
9. Selon l'art. 204 al. 1 CPC, les parties doivent comparaître personnellement à l'audience de conciliation. Cette obligation vaut également pour les personnes morales, qui la respectent si elles se font représenter à l'audience par un organe ou par une personne au bénéfice d'une procuration commerciale, autorisée à agir dans le procès et étant familiarisée avec l'objet du litige. La représentation par un organe de fait n'est en revanche pas autorisée (c. 3.1.1).
10. L'autorité de conciliation doit vérifier, à l'audience de conciliation, si les conditions de la comparution personnelle sont remplies. Si une partie ne comparaît pas personnellement – sans être au bénéfice d'un motif de dispense au sens de l'art. 204 al. 3 CPC – elle est défaillante. S'il s'agit de la partie demanderesse, la requête de conciliation sera considérée comme retirée et la procédure sera rayée du rôle (art. 206 al. 1 CPC) (c. 3.1.2).
11. Pour qu'une autorité de conciliation puisse vérifier rapidement et facilement si une personne morale comparait personnellement, les organes et les fondés de procuration doivent présenter un extrait du registre du commerce ; les mandataires commerciaux doivent présenter une procuration les autorisant à agir dans la procédure, conformément à l'art. 462 al. 2 CO (c. 3.1.3).
12. Dans le cas présent, l'instance précédente a considéré que la recourante n'avait pas allégué avoir présenté un titre de procuration commerciale (*Handlungsvollmacht*) à l'autorité de conciliation. Tout porte à croire que la recourante avait estimé qu'un titre de procuration simple était suffisant, car l'existence d'une procuration commerciale était évidente et claire à ses yeux. Cependant, selon la jurisprudence fédérale, la représentation commerciale requiert la production d'un titre de procuration commerciale écrit comprenant l'autorisation d'agir en procédure. L'autorité de conciliation n'avait pas à examiner d'autres circonstances qui auraient pu conduire à conclure qu'une procuration commerciale existait bien (c. 3.2). Le Tribunal fédéral relève que l'instance précédente a résumé correctement les principes applicables, issus de l'ATF 141 III 159, s'agissant de la représentation par un mandataire commercial devant l'autorité de conciliation (c. 3.3). La recourante ne conteste pas qu'un tel titre de procuration n'a pas été présenté. Il ressort uniquement du titre de procuration produit que C. avait les pouvoirs pour participer à la procédure de conciliation et transiger, mais pas qu'il possédait des pouvoirs de représentation commerciale. De ce point de vue, la recourante n'a pas respecté les règles sur la comparution personnelle (c. 3.4).
13. La recourante argumente que la jurisprudence fédérale précitée devrait être modifiée (c. 3.5). Le Tribunal fédéral rejette cet argument, considérant que les motifs invoqués par la recourante ne permettent pas de remettre en cause l'ATF 141 III 159 (c. 3.5.2).
14. La recourante invoque ensuite que la décision selon laquelle la preuve d'une procuration commerciale peut uniquement être apportée par un titre de procuration est constitutive de formalisme excessif dans le cas présent (c. 3.6). Après avoir rappelé la notion de formalisme excessif (c. 3.6.1), le Tribunal fédéral considère que ce grief est infondé. Il rejoint l'avis de l'instance précédente, qui avait considéré que la règle de forme posée par l'ATF 141 III 159 se fonde sur un intérêt digne de protection, à savoir l'intérêt à pouvoir examiner rapidement et facilement la comparution personnelle à l'audience de conciliation et à éviter que l'autorisation de procéder se révèle après coup invalide (c. 3.6.2).
15. La question de savoir si la partie adverse a adopté un comportement constitutif d'abus de droit se pose également (c. 4). Savoir s'il y a abus de droit (art. 2 al. 2 CC) s'apprécie au regard de l'ensemble des circonstances (c. 4.1). Dans le cas présent, la recourante allègue que

le comportement de l'intimée est abusif au sens d'un *venire contra factum proprium*. L'intimée avait eu des contacts avec C. pendant des années en lien avec le contrat de bail. Lors de l'audience de conciliation, elle ne s'était pas opposée à la représentation de la recourante par C. et n'avait soulevé ce grief qu'après avoir mandaté un avocat. En outre, dans une procédure précédente ayant eu lieu en décembre 2015 entre les mêmes parties, celles-ci avaient conclu un accord alors même que la recourante avait été représentée par C., l'intimée n'ayant pas élevé de contestation à cet égard (c. 4.3.2). Ces éléments ne sont pas contestés par l'intimée.

16. Le Tribunal fédéral relève que, dans les relations entre les parties relatives au contrat de bail, les contacts avaient toujours lieu entre l'intimée et C. Neuf jours après l'audience de conciliation, ces deux personnes avaient d'ailleurs échangé par WhatsApp. Dans ces circonstances, le Tribunal fédéral retient que l'intimée se comporte de façon abusive, en ayant eu, d'une part, des contacts réguliers avec C. au sujet du bail et, d'autre part, en alléguant après coup, après consultation d'un avocat, que C. ne pouvait pas représenter valablement la recourante à l'audience de conciliation. L'échange WhatsApp postérieur à l'audience démontre que l'intimée partait du principe que C. pouvait prendre des décisions pour la recourante. L'invocation du vice de comparution personnelle par l'intimée doit donc être qualifiée d'abus de droit dans le cas d'espèce (c. 4.3.4) et le recours est admis (c. 5).

■ Note

17. Les principes relatifs à la comparution personnelle des morales mentionnés dans l'arrêt 4A_201/2023 ne sont pas nouveaux. Comme indiqué dans cet arrêt, ils ont été posés par le Tribunal fédéral dans les ATF 141 III 159 141 III 80. Il convient de revenir sur les spécificités de cette jurisprudence.

a) Comparution personnelle d'une personne morale en conciliation

18. Selon l'art. 204 CPC, les parties doivent comparaître en personne à l'audience de conciliation (al. 1) et peuvent se faire assister (al. 2). Ce n'est que dans les situations mentionnées à l'art. 204 al. 3 CPC qu'elles peuvent se faire représenter.
19. Savoir si une personne physique comparaît personnellement est aisé : il suffit de vérifier si elle s'est rendue elle-même à l'audience. Pour une personne morale – qui agit toujours par l'intermédiaire de personnes physiques –, la réponse à cette question est moins évidente. Le Tribunal fédéral a ainsi posé les règles suivantes.
20. Premièrement, une personne morale comparaît personnellement si elle agit par l'intermédiaire d'un organe

(ATF 141 III 159, c. 1.2.2 ; 140 III 70, c. 4.3). Ce principe est logique, étant donné que les organes d'une personne morale exercent les droits civils de celle-ci et expriment sa volonté (ATF 141 III 80, c. 1.3). Le Tribunal fédéral a d'ailleurs précisé qu'une personne morale agissant par ses organes a la capacité d'ester en justice, qui est, en procédure, le corollaire de l'exercice des droits civils (ATF 141 III 80, c. 1.3). Il convient de souligner que la jurisprudence parle souvent de « représentation » dans ce cas (comme dans l'arrêt commenté ici), terme qui est cependant inadapté : les actes des organes sont réputés être ceux de la personne morale. Ainsi, une société agissant par un organe n'est pas représentée mais agit elle-même (ATF 146 III 37, c. 5.1.1 ; TF, 12.05.2023, 4A_488/2022, c. 4.3.2 ; BOHNET/JÉQUIER, L'entreprise et la personne morale en procédure civile in : Bohnet/Hari [édit.], La personne morale et l'entreprise en procédure, Bâle 2014, N 44 et 91).

21. Deuxièmement, une personne morale comparaît également personnellement lorsqu'elle agit par l'intermédiaire d'un·e représentant·e commercial·e, c'est-à-dire soit un·e fondé·e de procuration inscrit·e au registre du commerce (art. 458 CO), soit un·e mandataire commercial·e au bénéfice d'une procuration commerciale l'autorisant à agir en justice (art. 462 CO) (arrêt commenté, c. 3.1.1 et 3.1.3 ; ATF 141 III 159, c. 2.6 et 3.2). Certains arrêts du Tribunal fédéral précisent que cette personne doit en outre être familiarisée avec l'objet du litige (« *die überdies mit dem Streitgegenstand vertraut sei* ») (arrêt commenté, c. 3.1.1 ; ATF 141 III 159, c. 2.6 ; 140 III 70, c. 4.3). A noter que la comparution personnelle par l'intermédiaire d'un·e représentant·e commercial·e est également possible lorsque la partie est une personne physique qui est « chef d'une maison de commerce, d'une fabrique ou de quelque autre établissement exploité en la forme commerciale » au sens des art. 458 al. 1 et 462 al. 1 CO (BOHNET, Note relative à l'arrêt du TF 4D_2/2013, RSPC 4/2013, p. 296).
22. En revanche, à moins qu'un des motifs listés à l'art. 204 al. 3 CPC ne soit donné, une personne morale ne peut pas être représentée conventionnellement par l'une des personnes mentionnées à l'art. 68 al. 2 CPC à l'audience de conciliation (par exemple un·e avocat·e ; voir ATF 140 III 70, c. 4.3). Elle peut en revanche être assistée par une de ces personnes (art. 204 al. 2 CPC).

b) Représentation commerciale et représentation volontaire/conventionnelle

23. La jurisprudence sur la comparution personnelle des personnes morales donne lieu à un résultat pragmatique, car elle n'oblige pas les personnes morales à agir uniquement par le biais de leurs organes. Elle entraîne toutefois une distinction peu compréhensible entre la représentation commerciale et la représentation volontaire en procédure (voir PERCASSI, La représentation



conventionnelle en procédure civile suisse, Bâle/Neuchâtel 2024, N 193 ss) – distinction qui n'existe pas en droit matériel.

24. En droit matériel, la représentation commerciale et la représentation volontaire sont considérées par la doctrine comme étant similaires (voir notamment CR CO I-CHAPPUIS, 3^e éd., Bâle 2021, art. 458 CO N 2 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, 11^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2020, N 1453 et 1455). Elles se différencient uniquement par le fait que la représentation commerciale (i) est limitée aux affaires commerciales et (ii) se fonde sur des pouvoirs dont l'étendue est définie par la loi (CR CO I-CHAPPUIS, *op. cit.*, art. 32 CO N 5 ; FOURNIER, L'imputation de la connaissance, Thèse Fribourg, Genève/Zurich/Bâle 2021, N 124 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, *op. cit.*, N 1454). Les règles relatives à la représentation volontaire (art. 32 ss CO) sont d'ailleurs applicables à la représentation commerciale lorsqu'il n'existe pas de disposition spéciale (voir art. 40 CO ; CR CO I-CHAPPUIS, *op. cit.*, art. 458 CO N 2 ; FOURNIER, *op. cit.*, N 124).
25. Dans le contexte procédural, la représentation volontaire est appelée « représentation conventionnelle » (voir le titre marginal de l'art. 68 CPC). La représentation conventionnelle est une forme de représentation volontaire au sens des art. 32 ss CO (BOHNET/ECKLIN, La représentation en procédure civile suisse, RDS 2018/3, p. 329). En procédure, vu les principes exposés ci-dessus, la position d'un-e représentant-e commercial-e se rapproche plutôt de celle d'un organe. Le Tribunal fédéral a d'ailleurs affirmé dans un arrêt 4D_2/2013 que les personnes pratiquant la représentation commerciale en procédure n'ont pas la position de représentant-e-s conventionnel-le-s au sens de l'art. 68 al. 2 CPC (c. 2.2.1 ; au sujet de cet arrêt, voir BOHNET, *op. cit.*, p. 296).
26. En résumé, la représentation commerciale est assimilée à la représentation volontaire en droit matériel, mais pas en procédure.

c) Regard critique sur l'arrêt 4A_201/2023

27. Revenons à présent à l'arrêt 4A_201/2023. Le problème qui s'est posé dans ce cas était celui du titre de procuration : la recourante avait présenté une procuration autorisant C. à participer à la procédure de conciliation et à conclure une transaction, sans mentionner des pouvoirs de mandataire commercial. Autrement dit, sur la base de ce document, C. devait être considéré comme un représentant conventionnel au sens de l'art. 68 CPC (représentant véritablement la recourante, ce qui n'était pas admissible, car aucune des exceptions de l'art. 204 al. 3 CPC n'était remplie) et non
- un mandataire commercial au sens de l'art. 462 CO (par l'intermédiaire duquel la recourante aurait comparu personnellement).
28. Au final, la recourante a invoqué l'abus de droit de la partie adverse – celle-ci adoptant un comportement contradictoire en se prévalant de la non-comparution personnelle de la recourante par l'intermédiaire de C., alors qu'elle traitait régulièrement avec C. en lien avec le contrat bail – et a été suivie par le Tribunal fédéral sur ce point. L'autorisation de procéder devait donc être considérée comme valable. Toutefois, si cet argument n'avait pas été retenu, l'autorisation de procéder aurait été invalide et la résiliation du contrat de bail aurait été confirmée. La recourante et locataire n'aurait pas eu la possibilité de réintroduire une action en contestation de la résiliation du bail, celle-ci étant soumise à un délai de péremption de 30 jours (art. 273 al. 1 CO).
29. A notre sens, cette solution (qui avait été retenue par la première et la deuxième instance) aurait été excessivement sévère : le représentant, C., avait bien été autorisé par la recourante à agir en conciliation et à transiger. Cette condition est requise tant pour la représentation par un-e mandataire commercial-e en vertu de l'art. 462 al. 2 CO que pour la représentation par un-e mandataire « simple » en vertu de l'art. 396 al. 3 CO. De plus, le titre de procuration prouve que la recourante avait la volonté de permettre à C. d'agir en son nom et pour son compte lors de la conciliation. La représentation commerciale ne nécessite au surplus aucune qualification particulière, de sorte que C. aurait effectivement pu recevoir des pouvoirs de mandataire commercial. Ces pouvoirs auraient d'ailleurs pu être limités à la procédure de conciliation (voir art. 462 al. 1 CO). Enfin, on peut ajouter que, si des pourparlers avaient eu lieu hors procédure, cette procuration aurait été valable. Procéder à une distinction sur la mention – ou non – du caractère commercial de la procuration paraît ainsi assez artificiel.

d) Pistes de réflexion

30. L'arrêt commenté montre que la jurisprudence fédérale relative à la comparution personnelle des personnes morales n'est pas totalement satisfaisante. Pour plus de cohérence, la représentation commerciale et la représentation conventionnelle devraient à notre avis être traitées de la même façon. Deux approches seraient possibles.
31. D'une part, il serait envisageable d'appliquer à la représentation commerciale les règles valables pour la représentation conventionnelle (favorable à cette solution : BOHNET, *op. cit.*, p. 296 ; PERCASSI, *op. cit.*, N 196). Les deux types de représentation seraient uniquement admis dans les limites des art. 204 al. 3 CPC

et 68 al. 2 CPC et une personne morale ne pourrait plus comparaître personnellement par l'intermédiaire d'un·e représentant·e commercial·e ne figurant pas dans la liste de l'art. 68 al. 2 CPC. Cela permettrait de mettre les personnes physiques et morales sur un pied d'égalité : avec la solution actuellement appliquée, les personnes morales ont toujours la faculté d'agir par l'intermédiaire d'un·e représentant·e commercial·e en procédure de conciliation (qui peut être choisi·e librement), mais pas forcément les personnes physiques (car ce type de représentation n'est possible que si la partie est « chef d'une maison de commerce, d'une fabrique ou de quelque autre établissement exploité en la forme commerciale » selon les art. 458 al. 1 et 462 al. 1 CO) (voir KUKO ZPO-DOMEJ, 3^e éd., Bâle 2021, art. 68 CPC N 9a).

32. D'autre part, il serait possible de considérer qu'une personne morale comparait personnellement par l'intermédiaire d'un·e représentant·e commercial·e ou d'un·e représentant·e conventionnel·le. Cette solution reviendrait toutefois à vider de son sens l'exigence de comparution personnelle des personnes morales, car elles auraient la faculté d'être représentées par la personne de leur choix (y compris les personnes listées à l'art. 68 al. 2 CPC) dans tous les cas (critiques sur cette solution : BOHNET/JÉQUIER, *op. cit.*, N 90). On pourrait toutefois considérer que tel est déjà pratiquement le cas avec la jurisprudence actuelle, étant donné qu'une personne morale peut sélectionner qui elle veut pour la représenter commercialement (sauf, a priori, les personnes énumérées à l'art. 68 al. 2 CPC, car celles-ci doivent être considérées comme des représentant·e·s conventionnel·le·s).
33. Cependant, il est très peu probable que la jurisprudence relative à la comparution personnelle des personnes morales change prochainement : lors de la modification du CPC adoptée le 17 mars 2023, l'Assemblée fédérale a choisi d'introduire une phrase supplémentaire à l'art. 204 al. 1 CPC. Elle indique ce qui suit : « Lorsqu'une personne morale est partie au procès, doivent comparaître pour elle soit un organe soit une personne disposant de pouvoirs de représentation commerciaux qui incluent la faculté de plaider et de transiger et qui a une bonne connaissance du litige ». Par conséquent, la nouvelle version de l'art. 204 al. 1 CPC, qui entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2025, ancrera la jurisprudence fédérale dans le CPC. Le Parlement s'est donc rallié au Tribunal fédéral, ce qui met en évidence le fait qu'un changement de pratique n'est envisagé ni par la loi ni par la jurisprudence. On peut également se demander si la nouvelle formulation de l'art. 204 al. 1 CPC, qui fait spécifiquement référence aux personnes morales, empêchera une personne physique d'agir par l'intermédiaire d'un·e représentant·e commercial·e.

13

TF 4A_16/2023 (08.11.2023)

François Bohnet

Art. 63 al. 1 (et bientôt 143 al. 1^{bis}) CPC : qu'en est-il en matière d'arbitrage et de tribunal étranger ?

Une sentence arbitrale, qui retient que l'art. 63 al. 1 CPC n'est pas applicable par analogie lorsqu'une personne agit devant la justice étatique incompétente puis devant le tribunal arbitral compétent, n'est pas arbitraire au sens de l'art. 393 let. e CPC.

Art. 63, 361 al. 4, 393 let. e CPC

Ein Schiedsgerichtsurteil, das festhält, Art. 63 Abs. 1 ZPO sei nicht analog anwendbar, wenn eine Person vor einem unzuständigen staatlichen Gericht klage und anschliessend vor einem zuständigen Schiedsgericht, ist nicht willkürlich im Sinne von Art. 393 lit. e ZPO.
Art. 63, 361 Abs. 4, 393 lit. e ZPO

Una sentenza arbitrale, che stabilisce che l'art. 63 cpv. 1 CPC non è applicabile per analogia quando una persona agisce prima davanti alla giustizia ordinaria incompetente e successivamente davanti al tribunale arbitrale competente, non è arbitraria ai sensi dell'art. 393 lett. e CPC.
Art. 63, 361 cpv. 4, 393 lett. e CPC

1. En 2011, la commune de B., en Valais, a cédé l'usage de divers alpages à A. (fermier et recourant) en vertu d'un premier « bail à ferme pour parcelles ». Le 21 mai 2015, les parties ont conclu le même type de contrat prenant effet le 1^{er} janvier 2016 pour une durée initiale de six ans, renouvelable. Son chiffre 9 contenait une clause d'arbitrage et désignait comme procédure applicable celle du Concordat intercantonal sur l'arbitrage (CIA).
2. Par lettre du 5 octobre 2020, B. a informé A. que le conseil bourgeoisial avait décidé le 28 septembre 2020 de résilier le bail pour le 31 décembre 2021.
3. Le 29 novembre 2021, le fermier A. a saisi l'autorité valaisanne de conciliation en matière de bail à loyer dans le but de faire constater la nullité de la résiliation, subsidiairement d'obtenir une prolongation de bail. Ayant obtenu une autorisation de procéder, il a déposé une demande le 2 mars 2022 devant le Tribunal des districts de Martigny et Saint-Maurice. Parallèlement, le fermier a désigné Me D. en qualité d'arbitre unique par écriture du 7 mars 2022. La commune a donné son consentement.
4. Par décision du 16 août 2022, le tribunal de district a décliné sa compétence *ratione materiae* et déclaré la demande irrecevable. Cette décision est entrée en force.
5. Le 1^{er} septembre 2022, le fermier A. a soumis une requête d'arbitrage à l'arbitre D. S'agissant de la recevabilité, A. a demandé dans ses conclusions à faire



constater « qu'il réintroduit devant le Tribunal arbitral la procédure, dans le délai de l'article 63 CPC, en produisant à l'identique la Requête de conciliation (...) et la Demande adressée (...) le 2 mars 2022 » et « qu'il requiert du Tribunal arbitral qu'en application de l'article 63 CPC, il admette la recevabilité de la réintroduction (...) de la procédure (...) initialement introduite devant la Commission de conciliation en matière de bail à loyer et le Tribunal des districts de Martigny et St-Maurice ». Les conclusions au fond de la requête visaient – comme dans la requête de conciliation – à faire constater la nullité de la résiliation et le renouvellement du contrat de bail, subsidiairement à obtenir une prolongation de bail.

6. Par sentence du 12 décembre 2022, l'arbitre a déclaré irrecevable la requête d'arbitrage. D'une part, il a retenu que l'art. 63 al. 1 CPC ne s'appliquait pas à un tribunal arbitral. D'autre part, l'art. 63 al. 1 CPC exigeait de redéposer l'original de l'acte adressé au tribunal incompétent, condition qui n'avait pas été respectée – ainsi, même si cette disposition était applicable, la requête aurait quand même été irrecevable.
7. A. a déposé un recours en matière civile devant le Tribunal fédéral tendant à l'annulation de la sentence et à son renvoi devant l'arbitre unique.
8. Le Tribunal fédéral constate tout d'abord que la sentence arbitrale contestée, rendue après l'entrée en vigueur du CPC, est le résultat d'un arbitrage interne : il est implicitement admis que le siège du tribunal arbitral se situe en Suisse et l'on ne discerne aucun élément d'extranéité : les deux parties étaient domiciliées en Suisse au moment de conclure la clause d'arbitrage. De ce fait, la cause peut être portée devant le Tribunal fédéral par la voie d'un recours en matière civile, indépendamment de la valeur litigieuse, en respectant les conditions posées aux art. 389 à 395 CPC.
9. Le recours n'est recevable qu'après épuisement des voies arbitrales prévues dans la convention d'arbitrage (art. 391 CPC). Selon l'art. 390 al. 2 *in fine* CPC, les parties peuvent aussi expressément prévoir un recours devant le tribunal cantonal compétent en vertu de l'art. 356 al. 1 CPC, dont la décision sera définitive : elles peuvent ainsi substituer au Tribunal fédéral un tribunal supérieur servant d'instance unique de recours. Dans le cas présent, il n'existe pas d'accord imposant des voies de recours arbitrales ou désignant un tribunal cantonal en lieu et place du Tribunal fédéral. Le renvoi de la clause arbitrale au CIA ne saurait avoir une telle portée. Certes, la réglementation en vigueur jusqu'au 1^{er} janvier 2011 instaurait un recours en nullité au tribunal cantonal supérieur, pouvant être suivi d'un recours de droit public au Tribunal fédéral. Cette voie de droit cantonale a disparu et le système d'une double instance

judiciaire a été aboli – étant entendu que le CIA était déjà abrogé lorsque les parties s'y sont référées (c. 1).

10. Le Tribunal fédéral examine ensuite les relations qui liaient les parties et constate qu'elles avaient conclu un bail à ferme agricole, soumis aux dispositions de la LBFA (c. 3.1). Il souligne que, selon l'art. 354 CPC, est arbitral « toute prétention qui relève de la libre disposition des parties » et relève que la doctrine en déduit qu'il est possible de soumettre à la justice privée un différend sur un bail à ferme agricole, étant entendu qu'un litige relatif aux locaux d'habitation du fermier serait « arbitral » uniquement par l'autorité de conciliation en vertu de l'art. 361 al. 4 CO (c. 3.3).
11. Dans un premier grief, le recourant reproche à l'arbitre d'avoir omis de statuer sur un des chefs de sa demande (art. 393 let. c *in fine* CPC) en prononçant l'irrecevabilité totale de la requête d'arbitrage. Il considère que seule sa conclusion subsidiaire en prolongation de bail serait soumise à un délai d'ouverture d'action – pour laquelle la question de l'application de l'art. 63 CPC se poserait – et non sa conclusion en constatation de la nullité du congé et du renouvellement du contrat. Par la même occasion, la sentence serait arbitraire au sens de l'art. 393 let. e CPC (c. 4.1).
12. Le Tribunal fédéral rejette cet argument : il observe que, dans la requête d'arbitrage, le recourant avait développé tout un raisonnement axé sur l'art. 63 CPC, laissant ainsi visiblement entendre que ce remède devrait valoir pour toutes les conclusions formulées au terme de la requête, respectivement pour l'ensemble du litige soumis à l'arbitre. D'une part, le Tribunal fédéral considère que le recourant a adopté une attitude incompatible avec les règles de la bonne foi en faisant valoir, pour la première fois dans son recours en matière civile, que l'arbitre aurait dû procéder à un examen séparé de la recevabilité de chacune des conclusions. D'autre part, il constate que l'arbitre a déclaré irrecevables toutes les conclusions formulées par le recourant, de sorte qu'il n'y a pas de violation de l'art. 393 let. c CPC (c. 4. 2).
13. Dans un second grief, le recourant soutient que la décision d'« irrecevabilité » dénoterait une violation « caractérisée » de l'art. 63 CPC : l'arbitre aurait arbitrairement refusé d'appliquer cette disposition en arbitrage (c. 5).
14. Le Tribunal fédéral commence par rappeler qu'avec l'art. 63 CPC, le législateur veut éviter que l'introduction d'une action devant un juge incompétent (débouchant sur un refus d'entrée en matière) entraîne de façon inique la perte d'un droit par l'écoulement d'un délai, alors même que le créancier a affiché son intention de faire valoir sa créance, mais s'est trompé de juge (ATF 141 III 481, c. 3.2.4 ; 136 III 545, c. 3.1). L'art. 63 CPC a entraîné l'abrogation de l'ancien art. 139 CO et l'adjonction de l'art. 64 al. 2 CPC. La règle vise aussi

bien les délais de prescription que de péremption. Le Tribunal fédéral expose aussi que, pour comprendre cette problématique, il est nécessaire d'évoquer la distinction entre litispendance et ouverture d'action. La litispendance, notion de droit procédural, empêche de porter la même action devant une autre autorité ; elle fixe définitivement le for, l'objet du procès et les parties à celui-ci. La notion d'ouverture d'action – élaborée à l'époque où la procédure civile était réglée par les cantons – vise quant à elle l'acte introductif par lequel le demandeur s'adresse pour la première fois au juge, dans les formes légales, aux fins d'obtenir la reconnaissance ou la protection du droit qu'il invoque. L'ouverture de l'action permet d'interrompre la prescription et de sauvegarder le délai de péremption. Sous l'empire du CPC, litispendance et ouverture d'action coïncident. En matière d'arbitrage interne, l'art. 372 CPC traite de la litispendance et ne prévoit pas le pendant de l'art. 63 CPC. Se pose donc la question de savoir si l'art. 63 CPC est applicable par analogie dans une procédure arbitrale (c. 5.1.1).

15. En relation avec l'art. 139 aCO, une partie de la doctrine admettait l'application analogique de cette disposition pour autant qu'il s'agisse d'une action de droit fédéral. S'agissant de l'art. 63 CPC, les positions divergent : STACHER/WEHRLI avaient soutenu, avant l'entrée en vigueur de l'art. 63 CPC, que cet article vaudrait uniquement devant la juridiction interne, à l'exclusion des tribunaux étrangers et/ou arbitraux (STACHER/WEHRLI, *Postulat gegen die Streichung von Art. 139 OR, recht* 2008, p. 94 s.). Leur opinion avait été suivie par plusieurs autres auteurs. Depuis lors, un courant fortement majoritaire de la doctrine, menée par STACHER (BK ZPO-STACHER, Berne 2014, art. 372 CPC N 66 s.), prête à l'art. 63 CPC une nature hybride : cette règle procédurale régissant la litispendance comprend également un trait de droit matériel (qui ressort à l'art. 64 al. 2 CPC). Elle assure aussi le respect des délais de droit fédéral dans lesquels une action doit être intentée pour sauvegarder un droit. Aussi a-t-elle vocation à s'appliquer par analogie dans les causes d'arbitrage (c. 5.1.2).
16. Cette question n'a encore jamais été tranchée par la jurisprudence fédérale (c. 5.1.3) et la discussion tourne autour de la nature de l'art. 63 CPC et de son ancrage dans une loi régissant la procédure devant les tribunaux internes. Le Tribunal fédéral mentionne que l'interprétation historique atteste de la nature hybride de l'art. 63 CPC. Il relève également que, lue en conjonction avec l'art. 64 al. 2 CPC, cette règle fixe aussi la date d'ouverture d'action, déterminante pour la sauvegarde des délais de prescription et de péremption ; or, déterminer si le droit déduit en justice existe toujours ou s'il est prescrit/périmé est une question de droit matériel, relevant en droit international de la *lex causae*. En outre, en abrogeant l'art. 139 aCO, le législateur n'avait pas

l'intention de diminuer la protection entourant le respect des délais de prescription et de péremption (c. 5.2).

17. Le Tribunal fédéral considère toutefois que cette question n'a pas à être tranchée dans le cas présent. Certes, l'arbitre n'a pas suivi l'opinion doctrinale majoritaire et s'est appuyé sur un commentaire de BOHNET (BOHNET, CPC annoté, 2^e éd., Neuchâtel 2022, art. 63 CPC N 2) résumant des cas jugés par le Tribunal fédéral et duquel l'on ne peut rien en déduire quant à l'applicabilité de l'art. 63 CPC en arbitrage. Toutefois, l'arbitre unique était confronté à une question non tranchée par le Tribunal fédéral et tout de même discutée en doctrine, de sorte que le refus d'appliquer par analogie l'art. 63 CPC au litige ne saurait être qualifié d'arbitraire au sens de l'art. 393 let. e CPC (c. 5.3).

■ Note

18. L'abrogation de l'art. 139 CO (« Lorsque l'action ou l'exception a été rejetée par suite de l'incompétence du juge saisi, ou en raison d'un vice de forme réparable, ou parce qu'elle était prématurée, le créancier jouit d'un délai supplémentaire de soixante jours pour faire valoir ses droits, si le délai de prescription est expiré dans l'intervalle ») a entraîné diverses difficultés, car le mécanisme de l'art. 63 CPC n'est pas identique à celui de cette ancienne disposition de droit matériel, dont on admettait qu'elle s'imposerait également aux arbitres et aux juges étrangers. Dommage que la révision du CPC adoptée le 17 mars 2023 n'ait pas été l'occasion de clarifier cette question, ce d'autant que dès le 1^{er} janvier 2025, l'art. 143 al. 1^{bis} CPC prévoit que les actes remis dans les délais mais adressés par erreur à un tribunal suisse incompétent sont réputés remis en temps utile, le tribunal incompétent devant les transmettre d'office si un autre tribunal suisse est compétent. L'art. 143 al. 1^{bis} CPC assure-t-il comme tel le respect du délai même si le tribunal compétent n'est pas suisse ou non étatique et donc à défaut de transmission d'office ? Le Message, FF 2020 265, ne l'indique pas, et les débats parlementaires (BO CN 2022 N 670, 672) sont muets sur cette question. La même disposition de l'avant-projet était plus claire, car le texte ne comportait qu'une phrase, liant ainsi nécessairement le respect du délai et la transmission de l'acte. Il serait cependant surprenant que tel soit le cas (pour DIETSCHY, *La transmission d'office en cas d'incompétence*, in : Bohnet/Dupont [édit.], CPC 2025, Bâle/Neuchâtel 2024, N 23, les deux phrases sont intimement liées, si bien qu'en l'absence de transmission d'office, la sauvegarde du délai ne peut valoir que par application de l'art. 63 CPC), car la loi est muette sur le délai dans lequel le tribunal compétent étranger ou arbitral doit être saisi, à moins qu'il ne s'agisse dans un tel cas du délai d'un mois de l'art. 63 al. 1 CPC. Dans ce cas, la question reste entière. La doctrine majoritaire,



citée dans l'arrêt commenté, retient l'application par analogie (et non l'application directe comme semble le plaider SAVIAUX, L'art. 63 CPC et l'arbitrage, RSJ 2024, p. 893 ss) de l'art. 63 al. 1 CPC en matière d'arbitrage et de compétence d'un juge étranger. Des difficultés non négligeables existent cependant : compte tenu de la nature procédurale de cette disposition, comme l'attestent les exigences de forme pointilleuses établies par le Tribunal fédéral, qui exige le dépôt de l'acte original, le cas échéant avec une traduction (ATF 141 III 481, c. 3.2.4, RSPC 2016) pour éviter que le demandeur ne dispose d'une occasion supplémentaire pour modifier son acte, il semble difficile d'envisager le respect de ces règles devant une juridiction soumise à des règles de procédure tout autres.

14

TF 4A_189/2022 (22.05.2024), destiné à la publication ; arrêt également publié dans la newsletter bail.ch de juillet 2024

François Bohnet/Yan Wojcik

La protection contre les congés ne s'étend pas à la résiliation par le locataire

L'art. 243 al. 2 let. c CPC prévoit notamment que la procédure simplifiée s'applique aux litiges portant sur des baux à loyer ou à ferme d'habitations et de locaux commerciaux en ce qui concerne la protection contre les congés. La notion de « protection contre les congés » s'applique de manière large. Elle ne s'applique toutefois pas aux litiges faisant suite à une résiliation lorsque celle-ci émane du locataire lui-même, que le bail soit de durée déterminée ou indéterminée. Il ne s'agit pas pour le locataire d'obtenir, dans ce cas, une protection contre le congé, puisqu'il n'est pas exposé au risque de devoir quitter les locaux loués contre son gré dans un avenir proche ou plus lointain.

Art. 259b let. b CO ; art. 84, 227, 243 al. 2 let. c, 311 CPC

Der Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO sieht insbesondere vor, dass das vereinfachte Verfahren auf Streitigkeiten betreffend den Kündigungsschutz bei der Miete oder Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen anwendbar ist. Der Begriff des « Kündigungsschutzes » ist weit auszulegen. Er umfasst aber keine Streitigkeiten infolge einer Kündigung, die vom Mieter ausgeht, unabhängig davon, ob es sich um einen befristeten oder unbefristeten Mietvertrag handelt. Für den Mieter geht es diesfalls nicht darum, Kündigungsschutz zu erhalten, weil er gar nicht dem Risiko ausgesetzt ist, die Mieträume früher oder später gegen seinen Willen verlassen zu müssen.

Art. 259b lit. b OR ; Art. 84, 227, 243 Abs. 2 lit. c, 311 ZPO

L'art. 243 cpv. 2 lett. c CPC prevede che la procedura semplificata si applichi, tra l'altro, alle controversie relative a contratti di locazione o di affitto di abitazioni e di locali commerciali per quanto riguarda la protezione contro la disdetta. La nozione di « protezione contro la disdetta » deve essere intesa in senso lato. Tuttavia, non si applica alle controversie derivanti da una disdetta proveniente dal conduttore stesso, sia che il contratto sia di durata determinata o indeterminata. Non si tratta, in questo caso, per il conduttore di ottenere una protezione contro la disdetta, poiché non è esposto al rischio di dover lasciare i locali locati contro la propria volontà in un futuro prossimo o più lontano.

Art. 259b lett. b CO ; art. 84, 227, 243 cpv. 2 lett. c, 311 CPC

1. Le litige oppose deux sociétés au sujet d'un bail de durée déterminée portant sur des locaux commerciaux dans un centre commercial. Le bail est conclu pour la période du 15 septembre 2011 au 30 septembre 2021. Dès le 1^{er} octobre 2013, le loyer mensuel net se monte à 7 % du chiffre d'affaires de la locataire, mais au moins à CHF 10'463.-. Le contrat contient une clause pénale qui sanctionne l'obligation d'exploitation des locaux, qui comprend le respect des horaires d'ouverture du centre, par une peine conventionnelle de CHF 500.- par jour.
2. La locataire indique à la bailleuse que des défauts entachent la chose louée, à savoir le non-respect des horaires par d'autres locataires et de la longue vacance de certains locaux commerciaux du centre commercial, qui auraient entraîné une perte de fréquentation de celui-ci. La locataire met la bailleuse en demeure de remédier aux défauts, sans quoi le bail sera résilié avec effet immédiat. Une réduction du loyer de 25 % est en outre exigée.
3. Il s'en suit un échange de courriers. La bailleuse conteste l'existence de défauts, bien qu'elle concède avoir adressé des rappels à l'ordre à certains autres locataires qui ne respectaient pas les horaires d'ouverture. Elle déclare avoir entrepris des démarches pour accroître l'attractivité du centre commercial. La locataire fixe ensuite un dernier délai à la bailleuse pour remédier aux défauts invoqués, sans quoi le bail sera résilié avec effet immédiat.
4. Après que la bailleuse persiste dans sa contestation, la locataire résilie le bail de manière extraordinaire le 1^{er} décembre 2017 pour le 30 avril 2018. Cette dernière exploite les locaux commerciaux jusqu'au 1^{er} septembre 2018, puis quitte les locaux au 30 septembre 2018 tout en s'acquittant du paiement des loyers jusqu'à cette dernière date. En raison du refus de la bailleuse d'organiser un état des lieux de sortie et de libérer la locataire, cette dernière remet les clés par courrier recommandé du 4 octobre 2018.
5. La bailleuse saisit la Commission de conciliation en matière de bail à loyer pour le district de la Sarine le

- 3 janvier 2018. Une demande est déposée devant le Tribunal des baux de l'arrondissement de la Sarine le 18 mai 2018. La bailleresse conclut au constat que le bail est valable jusqu'au 30 septembre 2021 (« en tout état de cause ») ainsi qu'au constat de la nullité de la résiliation extraordinaire, respectivement de son inefficacité, à titre principal, et à son annulation à titre subsidiaire. La locataire conclut au rejet des conclusions de la demande et au constat que la résiliation est valable.
6. La bailleresse prend deux conclusions supplémentaires dans sa réplique du 27 septembre 2018, à savoir la condamnation de la locataire au paiement de la peine conventionnelle précitée pour la période du 1^{er} septembre 2018 au 30 septembre 2021 ainsi qu'au paiement de dommages et intérêts fondés sur le départ anticipé. La locataire conclut, dans sa duplique, au rejet de ces nouvelles conclusions dans la mesure de leur recevabilité.
 7. A l'issue d'une procédure ordinaire, le Tribunal des baux admet partiellement la demande. Il constate la nullité de la résiliation et la fin du bail au 30 septembre 2021 et condamne la locataire au paiement de la peine conventionnelle pour la période réclamée. La locataire (ci-après également : « la recourante ») recourt au Tribunal fédéral contre l'arrêt du Tribunal cantonal fribourgeois du 11 mars 2022 qui rejette l'appel qu'elle avait déposé. Le recours en matière civile conclut, à titre principal, à l'irrecevabilité de la demande complétée par la réplique et, à titre subsidiaire, au rejet dans la mesure de sa recevabilité, respectivement au caractère irrecevable de la conclusion en paiement d'une peine conventionnelle.
 8. **Etendue de la protection contre les congés (c. 3.2 ss).** Le premier grief formulé par la recourante porte sur la violation de l'art. 243 al. 2 let. c CPC par l'application des règles de la procédure ordinaire (c. 3.2). Le Tribunal fédéral rejette ce grief (c. 3.3).
 9. Le Tribunal fédéral rappelle que la protection contre les congés s'interprète, de jurisprudence constante (en se référant aux ATF 142 III 690 et 148 III 418), de manière large. Le Tribunal fédéral revient ensuite sur la précision apportée par l'ATF 149 III 469, qui retient en substance que l'art. 243 al. 2 let. c CPC ne s'applique pas aux « prétentions pécuniaires [...] élevées après la fin du bail et en dehors d'une procédure en consignation des loyers et fermages, en protection contre les loyers et fermages abusifs, en annulation du congé ou en prolongation du bail » (c. 3.2.1 *in fine* qui cite l'ATF 149 III 469, c. 2.6).
 10. La protection contre les congés s'étend ainsi aux litiges qui exposent le locataire « au risque de devoir quitter les locaux loués contre son gré dans un avenir proche ou plus lointain » (c. 3.2.2). Le litige qui survient à la suite d'une résiliation par le locataire ne concerne que les prétentions pécuniaires de ladite résiliation. La fin du bail constitue alors une question préjudicielle. Le locataire, qui met fin au bail et quitte les locaux, ne présente aucun besoin de protection, puisqu'il n'est pas exposé au risque susmentionné.
 11. Au vu de la cessation de l'exploitation du local commercial et de la fin du paiement des loyers à la suite de la résiliation par la locataire le tribunal ne devait se prononcer que sur les conséquences financières de la résiliation pour la période courant jusqu'à l'échéance du bail. Le bien-fondé de la résiliation est ainsi examiné à titre préjudiciel, de telle sorte que la procédure ordinaire trouvait à s'appliquer, puisque la valeur litigieuse dépassait le seuil fixé par l'art. 243 al. 1 CPC (c. 3.3).
 12. **Absence de modification de la demande (c. 3.4).** La recourante fait ensuite grief de la violation de l'art. 227 al. 1 CPC. Elle soutient que la conclusion en paiement de la réplique est irrecevable. Le Tribunal fédéral rejette ce grief.
 13. Selon notre Haute Cour, la bailleresse visait, dans un premier temps, à éviter la mise en œuvre du congé extraordinaire par la locataire. Dans un second temps, pour tenir compte de la cessation de l'exploitation du local commercial et la fin du paiement des loyers, la bailleresse pouvait adapter ses conclusions lors de sa réplique. Le Tribunal fédéral retient qu'il ne s'agit pas d'une modification de la demande (art. 227 al. 1 CPC). Le départ manifestement définitif de la locataire entraînait, pour la bailleresse, la perte de son intérêt au jugement de ses conclusions constatatoires et en annulation du congé. L'objet du litige était ainsi uniquement délimité par les conclusions condamnatoires, dont la validité de la résiliation constituait une question préjudicielle.
 14. **Chiffrage de la conclusion en paiement de la peine conventionnelle (c. 4 ss).** La recourante fait également grief de la violation de l'art. 84 al. 2 CPC. La conclusion en paiement de la peine conventionnelle serait irrecevable, faute d'être chiffrée (c. 4.1). Après le rappel des règles sur le chiffrage des conclusions et des motifs qui expliquent une telle exigence, le grief est rejeté (c. 4.2). Selon l'arrêt cantonal, « la conclusion litigieuse tendait au paiement d'une *peine conventionnelle de CHF 500.- par jour, à compter du 1^{er} septembre 2018 et jusqu'à ce que l'obligation d'exploitation telle que ressortant du contrat de bail du 9 juin 2011 soit respectée, mais au plus tard jusqu'au 30 septembre 2021* » (TC/FR, 11.03.2022, 102 2021 184, c. 4.2, mise en forme originale et reprise en substance au c. 4.2). Le Tribunal fédéral confirme que cette conclusion respecte les exigences topiques. La prétention, ainsi que la manière de la calculer, sont clairement indiquées.



15. Validité de la résiliation extraordinaire (c. 5 ss).

Après avoir rappelé les considérants du jugement de première instance et de l'arrêt cantonal (c. 5.1), le Tribunal fédéral déclare irrecevables les griefs de la locataire tirés de la violation de l'art. 259b let. a CO et de l'art. 311 CPC (c. 5.2). Le Tribunal fédéral constate en particulier, au sujet de la « revitalisation du centre », que l'existence d'une promesse de la part de la bailleuse n'avait pas été établie par les instances précédentes, puisque le fait en question avait été allégué par la locataire de manière tardive (soit en violation de l'art. 229 CPC). En ce qui concerne la violation des horaires d'ouverture par d'autres commerçants, le grief est irrecevable, car la recourante ne démontre pas suffisamment la gravité du défaut qui justifierait une résiliation extraordinaire du contrat de bail. Le Tribunal fédéral retient que les exigences de l'art. 42 al. 2 LTF ne sont pas atteintes pour la partie du grief lié à l'inoccupation de certains locaux commerciaux, que l'autorité cantonale n'avait pas examinés faute d'une motivation de l'appel suffisante sur ce point (art. 311 CPC).

16. Abus de droit à réclamer le paiement de la clause conventionnelle (c. 6 s.).

La recourante formule un grief tiré de l'interdiction des comportements contradictoires. La bailleuse n'aurait jamais exigé le paiement de la peine conventionnelle d'autres locataires qui n'auraient pas respecté les horaires d'ouverture du centre commercial et contre lesquels elle n'aurait du reste rien entrepris (c. 6).

17. Le Tribunal fédéral rejette ce grief, après un bref rappel des principes en matière d'abus de droit et des fonctions d'une clause pénale. La bailleuse peut exiger le paiement de la peine conventionnelle, puisque la locataire a cessé l'exploitation de son commerce en présence d'un congé extraordinaire injustifié. Il s'agit d'une restitution anticipée (art. 264 CO) et la locataire doit répondre « de l'inexécution totale de son obligation d'exploitation selon l'horaire convenu » (c. 6.1) entre la cessation de l'exploitation et l'échéance du bail. Le Tribunal fédéral retient l'absence manifeste d'abus de droit. Seuls les comportements contradictoires adoptés à l'égard d'une même personne peuvent fonder un abus de droit (même si les autres contrats de bail portant sur les locaux du centre commercial contenaient des clauses pénales similaires) et que le paiement de la peine conventionnelle exigé découle d'une violation grave de l'obligation d'exploitation durant 37 mois.

18. Caractère excessif de la peine conventionnelle (c. 6 et 6.2).

La recourante fait grief de la violation de l'art. 163 al. 3 CO, au motif que l'autorité cantonale n'a pas « examiné l'incidence de la différence d'environ CHF 75'000 – pourtant mise en évidence dans l'appel – entre la valeur litigieuse rapportée aux loyers et

celle liée à la peine réclamée, telles que calculées par le Tribunal des baux » (c. 6). Le grief est rejeté (c. 6.2).

19. Après avoir exposé le régime de l'art. 163 al. 3 CO et son caractère impératif, le Tribunal fédéral rappelle que le débiteur ne doit pas conclure spécifiquement à la réduction de la peine conventionnelle « lorsqu'il conclut au rejet total de la peine » (c. 6.2). Le débiteur supporte néanmoins les fardeaux objectifs de l'allégation et de la preuve quant aux faits qui fondent la réduction de la peine conventionnelle. Au vu de la nature de l'art. 163 al. 3 CO, les exigences d'allégation sont respectées s'il ressort des écritures du débiteur « qu'il conteste la peine conventionnelle en considérant que son montant est trop élevé » (c. 6.2).

20. Le Tribunal fédéral retient que la recourante ne prétend pas avoir allégué, en première instance, les éléments minimaux nécessaires à une contestation du montant de la peine conventionnelle. « [L]a différence importante entre le montant réclamé à titre de peine conventionnelle et le loyer qui aurait été perçu durant la même période » (c. 6.2) aurait été indiquée uniquement à l'autorité cantonale. C'est donc à bon droit que les juridictions précédentes ne se sont pas prononcées sur la question. Le Tribunal fédéral retient en outre que le montant de la peine conventionnelle (« rapporté au mois » [c. 6.2]) n'est pas excessif puisqu'il environne 110 % du loyer mensuel brut.

■ **Note**

21. La présente analyse se concentre sur les questions procédurales résolues par l'arrêt en question. L'analyse débute par l'examen de l'existence d'une modification de la demande et se poursuit par l'examen de la procédure applicable au litige lorsque la résiliation émane du locataire.

a) Modification de la demande

22. Selon l'art. 227 al. 1 let. a CPC, la demande peut être modifiée si la prétention nouvelle ou modifiée relève de la même procédure et que la prétention nouvelle ou modifiée présente un lien de connexité avec la dernière prétention. Par opposition à l'art. 230 CPC, l'art. 227 CPC trouve à s'appliquer avant la clôture de la phase d'allégation (KUKO ZPO-SOGO/NAEGELI, 3^e éd., Bâle 2021, art. 227 CPC N 20). Cette disposition vise la modification de l'objet du litige en cours d'instance (TF, 16.02.2015, 4A_439/2014, c. 5.4.3.1 ; PC CPC-HEINZMANN/CLÉMENT, Bâle 2021, art. 227 CPC N 1 ; CR CPC-SCHWEIZER, 2^e éd., Bâle 2019, art. 227 CPC N 9).

23. L'objet du litige se compose ainsi des conclusions et du complexe de faits invoqué sur lequel elles reposent

(ATF 144 III 452, c. 2.3.2, JdT 2019 II 161 ; 142 III 210, c. 2.1 ; 139 III 126, c. 3.2.3). La modification des conclusions suffit déjà pour fonder une modification de l'objet du litige (CR CPC-SCHWEIZER, *op. cit.*, art. 227 CPC N 14. Cf. ég. BSK ZPO-WILLISEGGER, 3^e éd., Bâle 2017, art. 227 CPC N 18). Une conclusion exprime la protection requise du tribunal par la partie qui la formule (BOHNET, Articulation et chiffrage des conclusions, in : Bohnet/Dupont [édit.], Les conclusions en procédures civile et pénale, Bâle/Neuchâtel 2021, N 11). Une conclusion se subdivise en deux éléments, à savoir l'affirmation d'une conséquence juridique (p. ex. la partie adverse doit le paiement d'un certain montant ou, autre exemple, une relation juridique n'existe pas) et une demande de protection de cette affirmation sous une forme condamnatoire, constatatoire ou formatrice (p. ex. la partie adverse doit être condamnée au paiement d'un certain montant ou, autre exemple, l'inexistence d'une relation juridique doit être constatée ; TF, 16.02.2015, 4A_439/2014, c. 5.4.3.1 et réf. cit.).

24. Dans le cas d'espèce, la demande de la bailleresse concluait à la constatation de la nullité ou de l'inefficacité de la résiliation, et subsidiairement, à l'annulation de la résiliation. Sa réplique conclut en outre à la condamnation de la locataire au paiement de la peine conventionnelle et au paiement d'éventuels dommages-intérêts fondés sur le départ anticipé de la locataire (cf. c. en fait B.a et 3.1). Les nouvelles conclusions diffèrent donc des conclusions initiales tant sur la conséquence juridique affirmée que sur la forme de la protection requise. Ces nouvelles conclusions condamnatoires étendent ainsi l'objet du litige (cf. HABSCHIED, Droit judiciaire privé suisse, 2^e éd., Genève 1981, p. 263), et ce faisant, leur recevabilité est soumise à l'art. 227 al. 1 CPC.
25. Le fait que la modification des conclusions repose sur de nouveaux faits qui relèveraient du même complexe pertinent ne suffit pas à écarter l'existence d'une modification de la demande au sens de l'art. 227 al. 1 CPC (cf. PC CPC-HEINZMANN/CLÉMENT, *op. cit.*, art. 227 CPC N 4. Cf. ég. CR CPC-SCHWEIZER, *op. cit.*, art. 227 CPC N 15). De même, le caractère « nécessaire » de la modification, en raison de la perte de l'intérêt de la bailleresse au jugement de ses conclusions initiales, ne permet pas de contourner les conditions posées par l'art. 227 CPC, dans la mesure où les conditions d'une action en constat ne sont pas remplies en raison de la possibilité de formuler une conclusion condamnatoire (cf. c. 3.4). L'art. 227 CPC constitue au contraire le remède à disposition du demandeur dont l'intérêt digne de protection disparaît pendant l'échange d'écritures (cf. TF, 10.06.2020, 5A_1036/2019, c. 4.4, RSPC 2020 516 avec note de BOHNET). La bailleresse a donc procédé, au stade de la réplique, à une modification de la demande, dont les conditions d'identité de la procédure

applicable et de connexité sont remplies. Il convient ainsi d'examiner plus précisément la procédure applicable aux conclusions initiales de la bailleresse.

b) Le champ d'application de la procédure simplifiée

26. **La procédure simplifiée applicable en raison de la nature de la prétention.** L'arrêt commenté rappelle que la notion de « protection contre les congés » sert la protection du locataire. Ce dernier présente un besoin de protection lorsqu'il est exposé au « risque de devoir quitter les locaux loués **contre son gré** dans un avenir proche ou plus lointain » (c. 3.2.2, mise en forme ajoutée). A défaut d'un tel besoin, la procédure simplifiée ne trouve pas à s'appliquer sans égard à la valeur litigieuse. Le Tribunal fédéral était déjà parvenu à cette conclusion dans un arrêt antérieur (ATF 149 III 469, c. 2.5 s. ; BOHNET/WOJCIK, La procédure applicable aux prétentions en loyer formulées après la fin d'un bail [arrêt 4A_263/2023 destiné à la publication], Newsletter Bail.ch novembre 2023).
27. Plusieurs avis ont été exprimés sur cette question. DIETSCHY-MARTENET considère que les litiges qui ont pour objet la validité d'une restitution anticipée de la chose (art. 264 CO) ou d'une résiliation du locataire devraient être soumis à la procédure simplifiée (DIETSCHY-MARTENET, Bail à loyer et procédure civile, Bâle 2018, N 332 ; cf. ég. note de DIETSCHY-MARTENET dans DB 2018 N 23, qui admet un besoin de protection du locataire en présence d'une résiliation extraordinaire en raison d'un défaut grave). Un besoin de protection du locataire a en revanche été nié par la jurisprudence vaudoise (TC/VD, 14.06.2017, CREC décision n° 219 [HC/2017/714], c. 2.4.1, JdT 2017 III 211, DB 2018 N 23 ; voir également BOHNET, Bail et procédure simplifiée : où prend fin le domaine de la protection contre les congés ? Plaidoyer pour une révision législative, in : Bovey/Chappuis/Hirsch [édit.], Mélanges à la mémoire de Bernard Corboz, Genève/Zurich/Bâle 2019, N 18 : tous les cas de « fin du bail » ne relèvent pas de la protection contre les congés ; cf. ég. CPra Actions-BOHNET, 2^e éd., Bâle 2019, Vol. 2, § 24, N 17 *in fine* ; BOHNET/WOJCIK, *op. cit.*, p. 6).
28. Le Tribunal fédéral rappelle « [qu'] un litige relève de la «protection contre les congés» dès que le tribunal est amené à se prononcer sur la fin du bail, que ce soit, par exemple, en raison d'un congé ordinaire ou extraordinaire ou en raison de l'inexistence d'un rapport contractuel ou de l'expiration d'un contrat de bail de durée déterminée ; peu importe que le juge ait été saisi par le locataire de conclusions en inefficacité, invalidité, nullité ou annulation à titre principal et/ou subsidiaire, respectivement en prolongation du bail, ou qu'il l'ait été par le bailleur de conclusions principales ou reconventionnelles en expulsion ou en constatation de la fin du



- bail » (c. 3.2.1, qui cite l'ATF 142 III 690, c. 3.1). Les cas qui sont ainsi mentionnés expriment le besoin précité de protection du locataire. Un tel besoin doit être nié lorsque l'autorité saisie doit se prononcer sur la fin du bail à titre de question préalable (ATF 149 III 469, c. 2.6). La conclusion de la bailleuse au paiement de la peine conventionnelle s'inscrit dans cette optique, puisque la question de la fin du bail (et par conséquent celle de l'obligation d'exploitation stipulée) constitue donc une question préalable (c. 3.3).
29. Aux yeux du Tribunal fédéral, un tel besoin de protection fait ainsi défaut lorsque le bailleur entend faire constater que le bail n'a pas pris fin mais que le locataire a déjà cessé d'occuper les locaux. Notre Haute Cour retient qu'en présence d'une résiliation émanant du locataire, l'autorité saisie ne doit se prononcer que sur les prétentions pécuniaires qui découlent de la résiliation et ne doit pas statuer sur le moment jusqu'auquel le locataire peut demeurer dans les locaux (c. 3.2.2). A notre sens, il en va de même lorsque les conclusions du locataire portent à titre principal sur le constat de la fin du bail et que le litige se fonde sur une résiliation émanant dudit locataire, p.ex. lorsqu'il entend faire constater la validité de la restitution anticipée de la chose, puisque le locataire n'est pas exposé au risque de devoir quitter l'objet loué contre son gré (BOHNET, Bail et procédure simplifiée, *op. cit.*, N 18).
30. Ainsi, un besoin de protection devait être refusé à la locataire dès le dépôt de la demande, bien qu'à l'origine la question de la fin du bail ne consistât pas en une question préalable. La demande de la bailleuse portait, à titre principal, sur le constat de la nullité, respectivement de l'inefficacité de la résiliation (cf. c. 3.1). Autrement dit, en raison des conclusions de la demande, l'objet du litige portait précisément sur la constatation de la fin du bail, à savoir ni au 30 avril 2018 ni au 30 septembre 2018, mais au 30 septembre 2021. La fin du bail ne constituait alors pas une question préalable (le Tribunal des baux a, du reste, constaté explicitement la nullité de la résiliation [c. en fait B.b ; TC/FR, 11.03.2022, 102 2021 184, c. en fait D]). L'objet du litige ne portait pas (encore) sur la condamnation de la locataire au paiement d'une somme d'argent. Les conclusions de la demande étaient d'ailleurs recevables jusqu'au moment du départ de la locataire et du dépôt des conclusions condamnatoires (cf. c. 3.4). Partant, le jugement des conclusions initiales était nécessairement soumis à l'une des procédures prévues par le CPC, ne serait-ce que pour aboutir à une décision d'irrecevabilité. La procédure n'exposait pas la locataire au risque de quitter l'objet loué contre son gré, puisqu'elle avait manifesté son intention de le quitter par le biais de la résiliation. Cet objet du litige était donc déjà soumis à la procédure ordinaire eu égard à sa valeur litigieuse.
31. Au sujet de la prétention d'un bailleur en constat de la nullité ou de l'inefficacité du congé, on remarquera que la situation du cas d'espèce est particulière, puisque la locataire s'est acquittée du paiement des loyers plusieurs mois après l'échéance du délai de résiliation et a continué d'exploiter les locaux commerciaux loués. D'ordinaire, lorsque le bailleur prétend que la résiliation est nulle ou inefficace, sa demande sera déclarée irrecevable, puisque, une fois passé le délai de résiliation, ce dernier peut réclamer le paiement des loyers topiques. Il ne dispose donc pas, en principe, d'un intérêt digne de protection suffisant au dépôt d'une conclusion en constat (art. 88 CPC ; cf. c. 3.4. Cf. toutefois TF, 25.07.2022, 4A_170/2022, c. 3.1 et réf. cit. : la recevabilité d'une action en constat n'est pas systématiquement niée lorsqu'une action condamnatoire est possible). La procédure applicable à ces différentes prétentions dépendra de la valeur litigieuse (voir ci-dessous).
32. La question se présente différemment pour le bailleur qui entend annuler une résiliation du locataire parce qu'il prétend que le congé est contraire à la bonne foi (art. 271 CO). Le Tribunal fédéral retient que l'action en annulation d'un congé est une action formatrice (ATF 140 III 598, c. 3.2), de telle sorte qu'une action doit être déposée pour contester la résiliation (CPra Bail-CONOD, 2^e éd., Bâle 2017, art. 271 CO N 2). Si l'hypothèse d'une action en annulation déposée par le bailleur semble essentiellement d'ordre théorique (cf. CPra Bail-CONOD, *op. cit.*, art. 271 CO N 10), l'arrêt commenté fournit ici un exemple concret. Dans le cas d'espèce, le Tribunal fédéral retient toutefois que la conclusion en annulation du congé formulée par la bailleuse est devenue irrecevable par le départ de la locataire et la formulation de conclusions condamnatoires (c. 3.4). L'irrecevabilité prononcée doit être dans ce cas circonscrite aux circonstances de la cause, à défaut de quoi un bailleur ne pourrait jamais procéder en annulation du congé lorsque le locataire quitte les locaux, ce contre quoi il cherche précisément à se prémunir, alors que le CO le prévoit expressément. La procédure applicable à une telle prétention devrait dépendre de la valeur litigieuse, puisque le locataire n'est pas exposé au risque de devoir quitter les locaux loués contre son gré, même si elle relève du titre huitième du CO (cf. c. 3.2.2, mise en forme ajoutée : « Le **locataire** mérite une protection procédurale [...] »).
33. Sur un plan davantage théorique, l'arrêt commenté met en lumière la mise en œuvre du droit matériel par le droit procédural. Si le second sert le premier, il n'en demeure pas moins indépendant. Ainsi, la notion de « protection contre les congés » du CPC n'est pas simplement étendue vis-à-vis de celle prévue par le CO. Il s'agit d'une notion autonome.

34. **La procédure simplifiée applicable en raison de la valeur litigieuse.** La procédure simplifiée peut néanmoins trouver à s'appliquer à une prétention dont la valeur litigieuse ne dépasse pas CHF 30'000.- (art. 243 al. 1 CO).
35. La jurisprudence s'est prononcée sur la valeur litigieuse lorsqu'un congé d'un contrat de durée indéterminée est contesté. Il convient de capitaliser les loyers pendant la période minimale pendant laquelle le contrat de bail persiste, en cas de succès de l'action, qui s'étend jusqu'au moment où un nouveau congé peut être prononcé. Lorsque le locataire est demandeur, il convient de tenir compte de la période de protection prévue par l'art. 271a CO (ATF 137 III 389, c. 1.1, DB 2012 N 10, au sujet de la valeur litigieuse pour le régime de la LTF ; cf. notamment BRIDEL, Les effets et la détermination de la valeur litigieuse en procédure civile suisse – Exemples choisis en droit du bail à loyer, Thèse, Genève/Zurich/Bâle 2019, N 731, qui reprend ce raisonnement pour le régime du CPC). Cette période ne doit être prise en compte ni lorsque le locataire conclut au constat de la nullité ou de l'inefficacité d'un congé (CPra Actions-BOHNET, *op. cit.*, Vol. 2, § 21, N 6 ; DIETSCHY-MARTENET, Bail à loyer et procédure civile, *op. cit.*, N 116) ni lorsque le locataire conclut au constat de la fin du bail (CPra Actions-BOHNET, *op. cit.*, Vol. 2, § 24, N 18) ni lorsque la résiliation émane du locataire (BRIDEL, *op. cit.*, N 738). Dans ces cas, la valeur litigieuse correspond uniquement aux loyers capitalisés pour la période qui s'étend jusqu'à la prochaine échéance du contrat de bail selon les termes et délais légaux ou contractuels (CPra Actions-BOHNET, *op. cit.*, Vol. 2, § 24, N 18 ; BRIDEL, *op. cit.*, N 738).
36. Lorsque le litige s'articule autour d'une résiliation extraordinaire d'un contrat de bail de durée déterminée, la valeur litigieuse s'élève au montant capitalisé des loyers pour la période entre l'échéance du délai de résiliation et l'échéance initialement convenue du contrat de bail (BRIDEL, *op. cit.*, N 727 et réf. cit.). C'est en application des règles ainsi exposées que la valeur litigieuse de la demande de la bailleuse doit être calculée. Le montant réclamé à titre de peine conventionnelle doit ensuite y être ajouté. En effet, lorsque la demande du bailleur conclut tant à l'annulation du congé qu'au paiement de loyers ou d'une peine conventionnelle, les valeurs litigieuses des différentes prétentions doivent être cumulées pour déterminer la procédure applicable, puisqu'il s'agit d'un cas de cumul objectif d'actions (cf. ATF 142 III 788, c. 4.2 ss).
37. Au vu de ce qui précède, il apparaît que la protection procédurale du locataire dépend de la valeur litigieuse, lorsque ce dernier est à l'origine de la résiliation. La détermination de la valeur litigieuse et la procédure applicable dépendront donc des circonstances du cas

d'espèce. Cette question demeurera, en particulier, pertinente pour le régime des novas (cf. art. 229 al. 3 *cum* 247 al. 2 CPC).

15

TF 4A_437/2023 (13.06.2024)

Marie-Laure Percassi

Mandataires professionnellement qualifiés et assistance judiciaire

Dans le cadre de l'assistance judiciaire, un mandataire professionnellement qualifié au sens de l'art. 68 al. 2 let. d CPC ne peut pas être commis en tant que « conseil juridique » au sens de l'art. 118 al. 1 let. c CPC. Art. 68 al. 2 let. d, 118 al. 1 let. c CPC

Im Rahmen der unentgeltlichen Rechtspflege kann ein beruflich qualifizierter Vertreter im Sinne von Art. 68 Abs. 2 lit. d ZPO nicht als « Rechtsbeistand » im Sinne von Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO bestellt werden. Art. 68 Abs. 2 lit. d, 118 Abs. 1 lit. c ZPO

Nell'ambito dell'assistenza giudiziaria, un rappresentante professionalmente qualificato ai sensi dell'art. 68 cpv. 2 lett. d CPC non può essere nominato come « patrocinatore d'ufficio » ai sensi dell'art. 118 cpv. 1 lett. c CPC. Art. 68 cpv. 2 lett. d, 118 cpv. 1 lett. c CPC

1. A. et B. sont colocataires d'un appartement sis à Y. Par avis officiel du 7 février 2023, leur bailleur a résilié le bail pour le 31 août 2023.
2. Par requête de conciliation du 7 mars 2023 formée auprès de la Commission de conciliation en matière de baux et loyers du canton de Genève, A. s'est opposé à ce congé et a en particulier conclu au constat de la nullité du congé, subsidiairement à son annulation, et à l'exécution de travaux. Plus subsidiairement, il a notamment conclu à la prolongation du bail.
3. Le 7 mars 2023, A. a requis l'octroi de l'assistance judiciaire pour la procédure de conciliation initiée par sa requête du 7 mars 2023. Il a proposé comme conseil juridique « C. (MPQ) ». Par décision du 12 avril 2023, la Présidence du Tribunal civil du canton de Genève a rejeté sa requête d'assistance judiciaire, au motif que l'assistance d'un avocat n'était pas nécessaire dans le cadre de ladite procédure de conciliation.
4. Par décision du 9 août 2023, la Vice-présidente de la Cour de justice du canton de Genève a rejeté le recours formé par A. contre la décision du 12 avril 2023.
5. Contre la décision du 9 août 2023, qui lui avait été notifiée le 14 août 2023, A. (ci-après : le recourant) a formé un recours en matière civile auprès du Tribunal fédéral le 11 septembre 2023.



6. Dans son recours, le recourant soutient essentiellement que l'autorité précédente s'est prononcée sur la question de savoir si la procédure de conciliation à laquelle il est partie nécessite l'assistance d'un avocat, tandis qu'il avait sollicité l'assistance d'un mandataire professionnellement qualifié (c. 3).
7. Le recourant invoque tout d'abord l'art. 12 du règlement du canton de Genève du 8 septembre 2021 sur l'assistance juridique et l'indemnisation des conseils juridiques et défenseurs d'office en matière civile, administrative et pénale (RAJ/GE ; RS/GE E 2 05.04), qui dispose que, dans ledit règlement, le conseil juridique peut être un avocat ou un mandataire professionnellement qualifié (c. 4).
8. A cet égard, le Tribunal fédéral expose que le CPC a introduit une réglementation fédérale unifiée en matière d'assistance judiciaire. Depuis son entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2011, les conditions et les conséquences de l'assistance judiciaire en matière civile sont exhaustivement réglées par les art. 117 ss CPC, sous réserve des domaines exclus du champ d'application du CPC et de la procédure devant le Tribunal fédéral (WUFFLI/FUHRER, *Handbuch unentgeltliche Rechtspflege im Zivilprozess*, Zurich/Saint-Gall 2019, p. 7 N 20 ; SK ZPO-EMMEL, 3^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2016, art. 117 CPC N 1 ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, *Zivilprozessrecht*, 3^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2019, p. 260 N 51 ; SUTTER-SOMM, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, 3^e éd., Zurich 2017, p. 178 N 671 ; CR CPC-TAPPY, 2^e éd., Bâle 2019, art. 117 CPC N 4 ; BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG, 3^e éd., Bâle 2017, art. 117 CPC N 2 ; SHK ZPO-KÖCHLI, Berne 2010, art. 117 CPC N 1). De ce fait, le droit cantonal ne peut plus prévoir des règles différentes s'agissant des conditions et des conséquences de l'assistance judiciaire (WUFFLI/FUHRER, *op. cit.* ; SK ZPO-EMMEL, *op. cit.* ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, *op. cit.*, p. 260 s. N 51 ; CR CPC-TAPPY, *op. cit.*, art. 117 CPC N 5 ; PC CPC-COLOMBINI, Bâle 2021, art. 117 CPC N 5 ; WUFFLI, *Die unentgeltliche Rechtspflege in der Schweizerischen Zivilprozessordnung*, thèse Berne, Zurich 2015, p. 11 N 20 ; SHK ZPO-KÖCHLI, *op. cit.*) (c. 4.1). Le grief du recourant doit donc être rejeté, dès lors que les conditions et les conséquences de l'assistance judiciaire sont en l'espèce exclusivement régies par les art. 117 ss CPC, à l'exclusion de dispositions de droit cantonal telles que celle invoquée par le recourant (c. 4.2).
9. Le Tribunal fédéral se penche ensuite sur la question de savoir si l'assistance judiciaire prévue par le CPC peut comprendre la commission, au titre de conseil juridique (art. 118 al. 1 let. c CPC), d'un mandataire professionnellement qualifié au sens de l'art. 68 al. 2 let. d CPC (c. 5).
10. L'art. 118 al. 1 let. c CPC prévoit que l'assistance judiciaire comprend la commission d'office d'un conseil juridique par le tribunal lorsque la défense des droits du requérant l'exige, en particulier lorsque la partie adverse est assistée d'un avocat ; l'assistance d'un conseil juridique peut déjà être accordée pour la préparation du procès. Quant à l'art. 68 al. 2 let. d CPC, il dispose que les mandataires professionnellement qualifiés sont autorisés à représenter les parties à titre professionnel devant les juridictions spéciales en matière de contrat de bail et de contrat de travail, si le droit cantonal le prévoit. Le canton de Genève a fait usage de cette faculté (art. 15 de la loi du canton de Genève du 11 octobre 2012 d'application du code civil suisse et d'autres lois fédérales en matière civile [LaCC/GE ; RS/GE E 1 05]) (c. 5.1).
11. Le Tribunal fédéral commence par définir la notion de « mandataire professionnellement qualifié ». Celle-ci se réfère essentiellement aux associations de locataires, de propriétaires immobiliers ou de gérants d'immeubles, ainsi que – en droit du travail – aux des syndicats et aux associations patronales (PC CPC-MAY CANELLAS, Bâle 2021, art. 68 CPC N 20 ; CR CPC-BOHNET, 2^e éd., Bâle 2019, art. 68 CPC N 22 ; BK ZPO-STERCHI, Berne 2012, art. 68 CPC N 9c ; BSK ZPO-TENCHIO, 3^e éd., Bâle 2017, art. 68 CPC N 13 ; GASSER/RICKLI, 2^e éd., Zurich/Saint-Gall 2014, art. 68 CPC N 7 ; cf. TF, 21.10.2010, 4A_268/2010, c. 6.2) (c. 5.4.1).
12. Le mandataire professionnellement qualifié doit être distingué de l'avocat.
13. La profession d'avocat est régie par la loi fédérale du 23 juin 2000 sur la libre circulation des avocats (LLCA ; RS 935.61). Son exercice requiert d'avoir suivi une formation spécifique et obtenu un brevet (art. 7 al. 1 LLCA), ainsi qu'une inscription dans un registre cantonal (art. 6 al. 1 LLCA). Cette inscription n'est possible qu'à certaines conditions, dont celle de ne pas faire l'objet d'une condamnation pénale pour des faits incompatibles avec la profession d'avocat ni d'un acte de défaut de biens. En outre, cette activité est soumise à des règles professionnelles, au secret professionnel et à la surveillance d'une autorité cantonale, qui possède la compétence de prononcer des mesures disciplinaires en cas de la violation de la LLCA (c. 5.4.2).
14. Quant au mandataire professionnellement qualifié, il doit faire preuve d'une certaine spécialisation dans un ou plusieurs des domaines visés par l'art. 68 al. 2 let. d CPC, mais il n'est pas soumis aux exigences applicables aux avocats (TF, 30.07.2019, 5A_279/2019, c. 4.3.2 et réf. cit. ; Chambre des prud'hommes de la Cour de justice du canton de Genève, 08.06.2023, CAPH/62/2023, c. 3.1.1 et réf. cit.). Il n'est pas tenu de suivre une formation juridique et de respecter certaines règles professionnelles et n'est pas sujet à la surveillance d'une

- autorité (cf. TF, 21.10.2010, 4A_268/2010, c. 6.2). Le droit cantonal genevois ne comporte du reste pas de règles relatives aux mandataires professionnellement qualifiés (Chambre des prud'hommes de la Cour de justice du canton de Genève, 12.02.2024, CAPH/16/2024, c. 3.3) (c. 5.4.2).
15. Le Tribunal fédéral examine ensuite si la notion de « conseil juridique » au sens de l'art. 118 al. 1 let. c CPC comprend les mandataires professionnellement qualifiés (c. 5.5).
 16. Sur le plan littéral et systématique, le Tribunal fédéral relève que la notion de conseil juridique (« *Rechtsbeiständin oder [...] Rechtsbeistan[d]* » ; « *patrocinatore d'ufficio* ») est également utilisée dans d'autres dispositions du CPC (cf. notamment art. 47 al. 1 let. b, art. 113 al. 1 et art. 204 al. 2 CPC). Les termes « juridique » et « *Rechts-* » impliquent une certaine formation juridique. Or les mandataires professionnellement qualifiés ne sont pas obligatoirement au bénéfice d'une formation juridique, de sorte que l'interprétation littérale de l'art. 118 al. 1 let. c CPC exclut les mandataires professionnellement qualifiés du champ d'application de cette disposition (c. 5.5.1).
 17. Sur le plan historique, le Message du Conseil fédéral (FF 2006 p. 6913) semble indistinctement parler de conseil juridique et d'avocat d'office, ce qui paraît indiquer que seul un avocat pourrait être commis en qualité de conseil juridique, à l'exclusion d'un mandataire professionnellement qualifié (c. 5.5.2).
 18. Sur le plan téléologique, au vu du but de l'assistance judiciaire – qui est de permettre à une partie indigente d'avoir accès à un tribunal et d'y défendre ses droits – il est nécessaire que les conseils juridiques qui leur sont commis présentent des garanties de connaissances juridiques et soient soumis à une surveillance disciplinaire permettant de s'assurer qu'ils satisfassent à leurs obligations professionnelles (dans ce sens : TF, 22.01.2015, 2C_835/2014, c. 6.3). De plus, lorsque la partie adverse est représentée par un avocat, l'égalité des armes ne permet pas la commission d'un mandataire professionnellement qualifié. Enfin, vu que l'Etat rémunère le conseil juridique commis d'office, l'intérêt public commande également que le service rémunéré soit de qualité et que le conseil juridique soit soumis à une autorité de surveillance (dans ce sens : TF, 22.01.2015, 2C_835/2014, c. 6.3) (c. 5.5.3).
 19. Le Tribunal fédéral procède ensuite à un état de la doctrine et relève que celle-ci est divisée. Une part minoritaire estime qu'un mandataire professionnellement qualifié peut être nommé en qualité de conseil juridique au sens de l'art. 118 al. 1 let. c CPC (CPC-TAPPY, *op. cit.*, art. 118 CPC N 18 ; PC CPC-COLOMBINI, *op. cit.*, art. 118 CPC N 25). Une paire d'auteurs ne se prononce pas clairement (BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG, *op. cit.*, art. 118 CPC N 13). La majorité de la doctrine estime néanmoins que seul·e un·e avocat·e inscrit·e à un registre cantonal peut être nommé·e comme conseil juridique (BK ZPO-BÜHLER, Berne 2012, art. 118 CPC N 64 ; DK ZPO-HUBER, 2^e éd., Zurich/Saint-Gall 2016, art. 118 CPC N 11 ; KUKO ZPO-JENT-SØRENSEN, 3^e éd., Bâle 2021, art. 118 CPC N 9 ; WUFFLI/FUHRER, *op. cit.*, p. 179 s. N 516 ; BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 10^e éd., Berne 2018, p. 213 N 95 ; WUFFLI, *op. cit.*, p. 181 N 433 ; BERGER/GÜNGERICH/HURNI/STRITTMATTER, Zivilprozessrecht, 2^e éd., Berne 2021, p. 314 N 1171). Le Tribunal fédéral considère que les arguments avancés par HUBER et WUFFLI – à savoir que, au vu notamment du rapport créé entre le conseil juridique et l'Etat, celui-ci doit pouvoir s'assurer de ce que le conseil juridique respecte ses obligations professionnelles – emportent la conviction et confirment les interprétations littérale, historique et téléologique de l'art. 118 al. 1 let. c CPC (c. 5.5.4). Ainsi, les mandataires professionnellement qualifiés ne peuvent pas être commis en tant que conseil juridique au sens de l'art. 118 al. 1 let. c CPC (c. 5.6).
 20. S'agissant des conditions permettant de bénéficier de l'assistance judiciaire, elles figurent à l'art. 117 CPC : la partie y a droit si elle ne dispose pas de ressources suffisantes (let. a) et si sa cause ne paraît pas dépourvue de toute chance de succès (let. b). Selon l'art. 118 al. 1 let. c CPC, l'assistance judiciaire comprend la commission d'office d'un conseil juridique lorsque la défense des droits du requérant l'exige, en particulier lorsque la partie adverse est assistée d'un avocat (c. 6.1.1).
 21. Selon la jurisprudence, il se justifie en principe de désigner un avocat d'office à l'indigent lorsque la situation juridique de celui-ci est susceptible d'être affectée de manière particulièrement grave. Lorsque, sans être d'une portée aussi capitale, la procédure en question met sérieusement en cause les intérêts de l'indigent, il faut en outre que l'affaire présente des difficultés en fait et en droit que le requérant ou son représentant légal ne peuvent surmonter seuls (ATF 144 IV 299, c. 2.1 ; 130 I 180, c. 2.2 ; 128 I 225, c. 2.5.2 ; TF, 07.09.2021, 4A_331/2021, c. 4.1 ; 06.08.2020, 4A_301/2020, c. 3.1 et réf. cit.). Outre la complexité des questions de fait et de droit, ainsi que les particularités que présentent les règles de procédure applicables, il faut également tenir compte des raisons inhérentes à la personne concernée, telles que l'âge, la situation sociale, les connaissances linguistiques et, en général, la capacité à s'orienter dans la procédure (ATF 128 I 225, c. 2.5.2 ; 123 I 145, c. 2b/cc ; TF, 07.09.2021, 4A_331/2021, c. 4.1 ; 06.08.2020, 4A_301/2020, c. 3.1 et réf. cit.). Le droit à la désignation d'un avocat d'office n'est pas exclu par principe lorsque la maxime d'office ou la maxime inquisitoire



est applicable ; cela justifie toutefois d'appliquer un critère restrictif dans l'appréciation de la nécessité d'un conseil d'office (ATF 125 V 32, c. 4b ; TF, 07.09.2021, 4A_331/2021, c. 4.1 ; 06.10.2020, 5A_508/2020, c. 4.3.3 ; 24.08.2018, 5A_242/2018, c. 2.2 et réf. cit.) (c. 6.1.1).

22. Un conseil juridique d'office peut également être octroyé dans le cadre d'une procédure de conciliation, lorsque le litige le justifie. Il y a toutefois lieu d'appliquer un critère restrictif et des exigences accrues s'agissant de la nécessité de la commission d'un avocat d'office. Les circonstances du cas concret demeurent ici aussi déterminantes (ATF 122 I 8, c. 2c ; 119 Ia 264, c. 4c ; TF, 07.09.2021, 4A_331/2021, c. 4.2 ; 26.03.2021, 4A_46/2021, c. 4.6 ; 06.08.2020, 4A_301/2020, c. 3.3 ; 10.10.2017, 4D_35/2017, c. 4. 2 ; 24.09.2015, 4A_384/2015, c. 4) (c. 6.1.2).
23. Le Tribunal fédéral retient que l'argumentation de la cour cantonale – qui avait estimé que, dans la mesure où l'autorité de conciliation donne des conseils juridiques aux parties dans les litiges relatifs aux baux et loyers et que la procédure devant elle est soumise à la maxime inquisitoire, la nomination d'un avocat ne pourrait se justifier que dans des circonstances particulières, tel n'étant pas le cas en l'espèce – n'est pas critiquable (c. 6.4).
24. En définitive, le recours est rejeté (c. 7).

■ Note

a) Le résultat de l'arrêt

25. L'arrêt 4A_437/2023 répond à une question importante et met ainsi fin à une controverse doctrinale : celle de savoir si les mandataires professionnellement qualifié-e-s au sens de l'art. 68 al. 2 let. d CPC peuvent être nommé-e-s comme conseils d'office selon l'art. 118 al. 1 let. c CPC dans le cadre de l'assistance judiciaire. Ce type de mandataires étant fréquemment rencontré dans les procédures en matière de droit du bail (il s'agissant notamment des représentant-e-s de l'ASLOCA), cet arrêt aura manifestement une incidence pratique.
26. Le résultat auquel parvient le Tribunal fédéral – à savoir que la notion de « conseil juridique » n'englobe pas les mandataires professionnellement qualifié-e-s – est convaincant. Il est en outre cohérent avec la solution retenue dans l'ATF 132 V 200, rendu en assurances sociales et dans lequel la même question s'était posée : dans cet ATF, il s'agissait de déterminer si l'art. 37 al. 4 de la Loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (RS 830.1 ; LPG), qui prévoit que « [I]orsque les circonstances l'exigent, l'assistance gratuite d'un conseil juridique est accordée au demandeur », réservait l'assistance judiciaire dans ce

domaine aux avocat-e-s. Le Tribunal fédéral a considéré que tel était le cas, car les membres de cette profession ont l'obligation d'accepter les mandats d'office et font l'objet d'une surveillance étatique (ATF 132 V 200, c. 5.1.4).

b) La notion de « conseil juridique » dans les autres dispositions du CPC

27. Dans l'arrêt résumé ci-dessus, le Tribunal fédéral évoque le fait que la notion de « conseil juridique » figure dans d'autres dispositions du CPC (art. 47 al. 1 let. b, 113 al. 1 et 204 al. 2 CPC), sans en tirer de conclusion. Il convient ici de relever qu'on ne saurait en déduire que la notion de « conseil juridique » doit être interprétée comme excluant les mandataires professionnellement qualifié-e-s dans toutes ces dispositions.
28. S'agissant de l'art. 47 al. 1 let. b CPC, il dispose que « [I]es magistrats et les fonctionnaires judiciaires se refusent dans les cas suivants : [...] ils ont agi dans la même cause à un autre titre, notamment comme membre d'une autorité, comme conseil juridique d'une partie, comme expert, comme témoin ou comme médiateur ». Dans ce cadre, l'expression « conseil juridique » doit comprendre les mandataires professionnellement qualifié-e-s, dans la mesure où c'est le fait d'avoir conseillé, assisté ou représenté la partie qui est déterminant pour la récusation (dans ce sens : PERCASSI, La représentation conventionnelle en procédure civile suisse, Bâle/Neuchâtel 2024, N 228).
29. Quant à l'art. 113 al. 1 CPC, il prévoit qu'« [i]l n'est pas alloué de dépens en procédure de conciliation. L'indemnisation par le canton du conseil juridique commis d'office est réservée ». Vu que cette disposition fait référence à l'assistance judiciaire, la notion de conseil juridique doit être interprétée comme celle de l'art. 118 al. 1 let. c CPC.
30. Enfin, l'art. 204 al. 2 CPC prévoit qu'en audience de conciliation, « [les parties] peuvent se faire assister d'un conseil juridique ou d'une personne de confiance ». Dans ce contexte, il est manifeste que la notion de conseil juridique englobe les mandataires professionnellement qualifié-e-s : si ces personnes peuvent représenter des parties dans la procédure au fond, elles doivent nécessairement être autorisées à assister des parties lors de l'audience de conciliation. Une grande partie de la doctrine considère d'ailleurs que la notion de conseil juridique au sens de l'art. 204 al. 2 CPC comprend l'ensemble des représentant-e-s au sens de l'art. 68 al. 2 CPC (voir notamment CR CPC-BOHNET, *op. cit.*, art. 204 CPC N 8 ; BOHNET/MARTENET, Droit de la profession d'avocat, Berne 2009, N 946 ; DK ZPO-EGLI, 2^e éd., Zurich/Saint-Gall 2016, art. 204 CPC N 12 ; SK ZPO-HONEGGER, 3^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2016, art. 204 CPC N 2).

c) Les autres représentant·e·s professionnel·le·s

31. L'arrêt 4A_437/2023 ne répond pas à la question de savoir si les autres types de personnes autorisées à pratiquer la représentation professionnelle – c'est-à-dire les agent·e·s d'affaires et les agent·e·s juridiques breveté·e·s (art. 68 al. 2 let. b CPC) et les représentant·e·s professionnel·le·s au sens de l'art. 27 LP (art. 68 al. 2 let. c CPC) – peuvent agir en tant que conseils juridiques dans le cadre de l'assistance judiciaire. A notre sens, il convient de retenir ce qui suit.
32. Pour ce qui est des agent·e·s d'affaires et les agent·e·s juridiques breveté·e·s, on les trouve dans trois cantons : les *Sachwalter-innen* dans le canton de Lucerne, les *Rechtsagent-inn-en* dans le canton de Saint-Gall et les agent·e·s d'affaires breveté·e·s dans le canton de Vaud. Dans les cantons de Lucerne et Vaud, ces professions nécessitent une formation juridique et sont soumises à la surveillance de l'Etat (voir art. 15 ss et 54 ss de la Loi sur la profession d'agent d'affaires breveté du 20 mai 1957 [LPAg/VD ; RS/VD 179.11] ; art. 1 al. 3 de l'Anwaltsgesetz du 11 novembre 1993 [AnwG/SG ; RS/SG 963.70] ; art. 7 du Prüfungs- und Bewilligungsreglement für Rechtsanwälte und

Rechtsagenten du 22 avril 1994 [PBR/SG ; RS/SG 963.73]). Vu les arguments retenus par le Tribunal fédéral dans l'arrêt 4A_437/2023, à savoir que le fait de posséder une formation juridique et d'être l'objet d'une surveillance étatique sont des critères déterminants pour la qualification de conseil juridique dans le cadre l'assistance judiciaire, les *Rechtsagent-inn-en* du canton de Saint-Gall et les agent·e·s d'affaires breveté·e·s du canton de Vaud doivent pouvoir agir en cette qualité (contrairement aux *Sachwalter-innen* du canton de Lucerne, qui ne sont pas soumis·es à ces exigences).

33. En ce qui concerne les représentant·e·s professionnel·le·s au sens de l'art. 27 LP, ces personnes n'ont besoin d'aucune formation pour pratiquer la représentation en justice (cf. art. 27 al. 1 LP) et ne sont soumises à aucune surveillance étatique (BSK SchKG I-WALTHER, art. 27 LP N 22 ; PERCASSI, *op.cit.* N 882). Au regard de l'arrêt 4A_437/2023, ces deux caractéristiques conduisent à exclure que les représentant·e·s professionnel·le·s au sens de l'art. 27 LP puissent être désigné·e·s comme conseils juridiques dans le cadre de l'assistance judiciaire.

5. Divers

16

TF 4A_418/2023 (12.01.2024)

Blaise Carron/Baptiste Pignolet-Marti

L'étendue du caput controversum en cas de révision d'une transaction judiciaire pour erreur essentielle

Dans le cadre d'une transaction judiciaire, une erreur essentielle peut porter sur des circonstances que les parties, ou l'une d'entre elles (mais de manière reconnaissable pour l'autre), ont – à tort – tenues pour certaines. En revanche, l'erreur ne peut pas concerner un point autrefois contesté, ayant définitivement été réglé par la transaction judiciaire conclue entre les parties (caput controversum).

Art. 23 et 24 al. 1 let. c CO ; art. 328 al. 1 let. c CPC

Im Rahmen eines gerichtlichen Vergleichs kann ein wesentlicher Irrtum Umstände betreffen, welche die Parteien, oder eine von ihnen (aber in für die andere erkennbarer Weise), unzutreffenderweise als gegeben betrachtet haben. Demgegenüber kann der Irrtum keinen vormalig strittigen Punkt betreffen, welcher durch den zwischen den Parteien abgeschlossenen, gerichtlichen Vergleich endgültig geregelt wurde (caput controversum).

Art. 23 et 24 Abs. 1 lit. c OR ; Art. 328 Abs. 1 lit. c ZPO

Nel contesto di una transazione giudiziaria, un errore essenziale può riguardare circostanze che le parti, o una di esse (ma in modo riconoscibile per l'altra), hanno – a torto – ritenuto certe. Tuttavia, l'errore non può riguardare un punto precedentemente contestato, che è stato definitivamente risolto con la transazione giudiziaria conclusa tra le parti (caput controversum).

Art. 23 e 24 cpv. 1 lett. c CO ; art. 328 cpv. 1 lett. c CPC

1. Un contrat de bail, conclu en 2008, contient une clause d'adaptation du loyer, selon laquelle il doit être adapté tous les dix ans au marché général des intérêts (« *dem allgemeinen Zinsmarkt* »). En 2019, le bailleur résilie le contrat de bail pour demeure de la locataire dans le paiement de ses loyers.
2. La locataire contestant cette résiliation, les parties – toutes deux représentées professionnellement – concluent une transaction lors de l'audience de conciliation, qui constate la validité du congé au 30 novembre 2019, tout en prévoyant une unique prolongation du contrat de bail jusqu'au 30 avril 2022. La locataire ne restituant pas l'appartement dans les délais, le bailleur requiert et obtient son expulsion.
3. Entre le moment de la requête d'expulsion et son exécution, la locataire dépose une demande de révision,



tendant à l'annulation de la transaction susmentionnée. Les autorités cantonales la rejettent. Contestant la validité de cette transaction, la locataire recourt au Tribunal fédéral.

4. **S'agissant de la procédure de révision fondée sur l'invalidité d'une transaction judiciaire (art. 328 al. 1 let. c CPC)**, le Tribunal fédéral souligne que la conclusion d'une transaction judiciaire met immédiatement fin à la procédure ; la décision de classement ne revêt alors qu'un effet déclaratoire. Les motifs de révision – les vices du consentement en premier lieu – visent ainsi l'acte ayant mis fin au procès tel que l'acquiescement, le retrait de la demande ou la transaction judiciaire. La décision de classement ne peut, quant à elle, pas être attaquée par un moyen de droit, notamment par la révision. En effet, le CPC n'a pas repris l'ancien modèle zurichois, selon lequel seule la décision de radiation ou l'ordonnance du tribunal mettaient fin au procès. L'objet de la révision réside ainsi dans l'acte ayant mis fin au procès, et non dans la décision de classement rendue par le tribunal. Le fait que cette décision soit indirectement contestée et doive être formellement annulée pour reprendre la procédure n'y change rien (c. 3.1.1).
5. **S'agissant de l'erreur essentielle (art. 23 et 24 CO)**, le Tribunal fédéral rappelle que la transaction judiciaire permet aux parties de mettre fin à un litige ou à une incertitude sur un rapport juridique en faisant des concessions réciproques. En tant que contrat de droit privé, la transaction judiciaire est soumise aux règles de l'erreur (art. 23 et 24 CO). Une erreur essentielle peut ainsi être invoquée par la partie qui s'est trompée sur un fait déterminé, qu'elle considère comme un élément nécessaire du contrat, et qui, selon la loyauté commerciale, constitue un élément essentiel du contrat (art. 24 al. 1 ch. 4 CO). Dans le cadre d'une transaction, le Tribunal fédéral relève qu'une telle erreur peut porter, selon l'art. 24 al. 1 ch. 4 CO, sur des circonstances que les parties ou l'une d'entre elles (mais de manière reconnaissable pour l'autre partie) ont, à tort, tenues pour certaines. En revanche, l'erreur essentielle ne peut pas concerner un point autrefois contesté, ayant définitivement été réglé par la transaction conclue entre les parties (*caput controversum*) ; toute solution contraire permettrait en effet de rouvrir les questions controversées pour lesquelles la transaction a été conclue (c. 3.1.2).
6. Devant les autorités cantonales, la locataire a indiqué qu'au moment de conclure la transaction, elle se croyait à tort en demeure pour le paiement de son loyer. En substance, elle a soutenu qu'une baisse de loyer aurait dû intervenir le 1^{er} mars 2014 selon la clause d'adaptation contenue dans le contrat de bail et qu'elle aurait ainsi payé CHF 1'471.15 de loyer en trop, contestant

ainsi tout retard dans le paiement de son loyer, sur lequel le bailleur s'était pourtant fondé afin de justifier cette résiliation. Ayant pris conscience de son erreur subséquemment, elle prétendait ainsi avoir signé la transaction en ignorant la situation réelle. Elle a de plus avancé que l'audience de conciliation portait uniquement sur la question du retard dans le paiement du loyer, à l'exclusion de son adaptation. Elle a ainsi soutenu que la transaction n'avait pas pour but de lever les incertitudes entourant la clause d'adaptation du loyer, contestant ainsi toute erreur sur les points controversés (*caput controversum*) (c. 3.2 et 3.3.1).

7. Interprétant la transaction litigieuse, l'instance précédente a considéré que les parties y ont admis la validité de la résiliation fondée sur la demeure de la locataire pour le 30 novembre 2019. Elle en a déduit que la transaction concernait, selon les règles de la bonne foi, toutes les circonstances susceptibles d'entraîner un retard de paiement de la part de la locataire (art. 257d CO). De plus, les parties étant toutes deux représentées professionnellement lors de la conclusion de cette transaction, elle a considéré qu'elles connaissaient l'existence de la clause d'adaptation et auraient dû être conscientes que cette stipulation pouvait s'opposer à un retard de paiement. L'instance inférieure a ainsi interprété la transaction litigieuse en ce sens que les parties souhaitaient éliminer les incertitudes entourant les arriérés de loyer de la locataire, y compris en ce qui concerne la clause d'adaptation (c. 3.3.2).
8. Sur cette question, le Tribunal fédéral estime d'une part que l'instance précédente n'a pas sombré dans l'arbitraire en retenant que la locataire, représentée professionnellement, devait connaître l'existence de la clause d'adaptation. Il relève d'autre part que la question de la demeure de la locataire constituait une incertitude, qui avait pour but d'être levée par la transaction litigieuse. Ce faisant, le Tribunal fédéral confirme la décision attaquée et retient que l'éventuelle erreur de la locataire portait sur un élément controversé (*caput controversum*) (c. 3.4).

■ Note

9. L'arrêt commenté apporte quelques précisions sur la procédure de révision introduite afin d'invalidier une transaction judiciaire pour cause d'erreur. Il rappelle d'une part l'acte contre lequel la demande de révision doit être dirigé (a.). Il précise d'autre part les principes applicables lorsqu'une partie invoque un vice du consentement suite à une transaction judiciaire (b.).

a) L'objet de la demande de révision en cas d'invalidité de la transaction judiciaire (art. 328 al. 1 let. c CPC)

10. Cet arrêt rappelle quelques principes relatifs à la procédure de révision fondée sur l'invalidité d'une transaction judiciaire. Selon l'art. 241 al. 2 CPC, une transaction judiciaire déploie les effets d'une décision entrée en force. Elle ne revêt toutefois pas la qualité d'une décision judiciaire, ce qui exclut toute possibilité de l'attaquer par un moyen de droit ordinaire. Ainsi, la transaction judiciaire met immédiatement fin à la procédure (ATF 139 III 133, c. 1.2, JdT 2014 II 268 ; TF, 25.09.2017, 4A_640/2016, c. 2.5 ; FREIBURGH/AUFHELDT, in : Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [édit.], ZPO Komm., 3^e éd., Zurich 2016, art. 328 N 6a). Le tribunal se limite à en prendre acte ; il ne rend pas de décision judiciaire mais classe la procédure selon l'art. 241 al. 3 CPC. Selon la jurisprudence, cette décision, dite de radiation, ne déploie qu'un effet déclaratoire (TF, 13.12.2022, 4A_432/2022, c. 3.3.2).
11. Dans l'hypothèse où cette transaction est entachée d'invalidité, l'art. 328 al. 1 let. c CPC permet aux parties de demander « la révision de la décision entrée en force » (« *die Revision des rechtskräftigen Entscheids verlangen* » ; « *la revisione della decisione passata in giudicato* »). Cette disposition ne permet pas de déterminer s'il faut diriger la demande de révision contre la décision de radiation ou la transaction judiciaire. Lors de l'entrée en vigueur du CPC, la doctrine était divisée sur cette question. Selon une première conception, s'appuyant sur le modèle zurichois et sur une interprétation littérale de la disposition précitée, la demande en révision devait être dirigée contre la décision de radiation (BERTI, Einführung in die Schweizerische Zivilprozessordnung, Bâle 2011, N 450 ; CR CPC-SCHWEIZER, 2^e éd., Bâle 2019, art. 328 CPC N 40). D'après un second avis, fondé sur le modèle bernois, l'objet de la demande de révision résidait dans l'acte interruptif d'instance et, partant, dans la transaction judiciaire conclue entre les parties (Message du 26 février 2020 relatif à la modification du code de procédure civile suisse, Amélioration de la praticabilité et de l'application du droit, FF 2020 2670 ; WILLISEGGER, Grundstruktur des Zivilprozesses, Grundlagen, Grundelemente, Gerichtsverfahren, Zurich/Bâle/Genève 2012, N 350 ; plus nuancé, BK ZPO-KILLIAS, Berne 2012, art. 241 CPC N 50 qui soutenait cependant que la transaction judiciaire devait être attaquée conjointement avec la décision de classement).
12. Le Tribunal fédéral profite du présent arrêt pour rappeler qu'il a opté pour la seconde conception. Il faut diriger la demande de révision contre l'acte mettant fin à la procédure, soit notamment la transaction judiciaire, qui est ainsi contestée sur le plan du droit civil (ATF 139 III 133, c. 1.2, JdT 2014 II

268 ; TF, 03.01.2023, 4A_463/2022, c. 3.1.1 et 3.1.2 ; TF, 24.12.2015, 4A_441/2015, c. 3.2 ; Message du 26 février 2020 relatif à la modification du code de procédure civile suisse, Amélioration de la praticabilité et de l'application du droit, FF 2020 2670).

13. Jugeant cette solution insatisfaisante, le Conseil fédéral a profité du projet de modification du code de procédure civile afin de proposer une modification de l'art. 241 al. 3 CPC et d'y introduire une voie de recours à l'encontre de la décision de radiation du rôle, en plus de la révision ouverte à l'encontre de l'acte équivalant à une décision. Il considérait en effet qu'une partie devait pouvoir attaquer la décision de radiation du rôle au moyen du recours, en invoquant les vices conduisant à la nullité de l'acte équivalant à une décision, comme le défaut de signature du procès-verbal (comp. art. 241 al. 1 CPC) ou la violation de dispositions impératives du droit civil (voir notamment art. 27 CC et 20 CO). Le Conseil fédéral estimait en particulier que l'institution de la révision était inadéquate pour ces cas de figure, cette procédure étant dépourvue d'effet dévolutif et la décision de radiation n'étant pas sujette à révision (Message du 26 février 2020 relatif à la modification du code de procédure civile suisse, Amélioration de la praticabilité et de l'application du droit, FF 2020 2670). Le législateur a toutefois écarté la solution proposée par le Conseil fédéral. Finalement, seule la formulation de l'art. 328 al. 1 let. c CPC sera actualisée, précisant que l'invalidité de l'acte ayant mis fin à la procédure peut résulter de vices matériels ou formels.
14. La tension entre les deux modèles précités et la proposition de réforme l'ayant entouré (*supra* N 17 à 19) s'explique par la difficulté d'appréhender la double nature juridique de la transaction judiciaire en procédure (ATF 110 II 44, c. 4, JdT 1985 I 155). Elle constitue d'une part un contrat de droit privé, par lequel les parties mettent fin à un procès par des concessions réciproques. Sous cet angle, les questions relatives à la conclusion, la validité et l'exécution de cette convention sont régies par les règles générales du droit des obligations (PLATZ, Der Vergleich im schweizerischen Recht, thèse Saint-Gall, Zurich/Saint-Gall 2014, p. 117 s.). La forme d'une transaction judiciaire relève cependant du droit de procédure, qui impose sa consignation au procès-verbal et sa signature par les parties (art. 241 al. 1 CPC ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, Unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts, 3^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2019, §23 N 26). Selon le Tribunal fédéral, elle jouit d'autre part du caractère d'un acte de procédure, mettant fin à la procédure et jouissant de la force de chose jugée (TF, 15.07.2008, 5A_337/2008, c. 4.1 ; cf. toutefois PERCASSI, Les actes des parties en procédure civile suisse : notion et destinataires à la lumière d'un arrêt récent du Tribunal fédéral,



RSPC 1/2022, p. 104, pour qui la transaction judiciaire doit être qualifiée d'acte juridique et non d'acte de procédure). En cela, elle constitue un succédané de décision judiciaire finale (ATF 139 III 133, c. 1.3, JdT 2014 II 268 ; TF, 17.09.2020, 4A_150/2020, c. 2.2 ; CR CPC-TAPPY, 2^e éd., Bâle 2019, art. 241 CPC N 17 s.).

b) La transaction judiciaire et l'erreur essentielle

15. Le champ d'application des règles du Code des obligations sur l'erreur essentielle (art. 23 ss CO) ne se limite pas aux contrats nommés, mais s'applique également aux contrats régis par d'autres lois spéciales (p.ex. ATF 132 II 161, c. 3 pour un contrat de travail relevant du droit public), aux contrats innommés (p.ex. ATF 130 III 49, c. 1.2, JdT 2005 I 17 pour une convention portant sur une indemnité d'assurance), et également à des actes juridiques unilatéraux (p.ex. ATF 100 II 278, c. 1 pour la reconnaissance d'un enfant).
16. Comme tout contrat de droit privé (*supra* N 20), la transaction judiciaire peut voir sa validité remise en cause en raison d'une erreur essentielle (p.ex. ATF 132 III 737, c. 1.3 relatif à la durée de la prolongation d'un bail résilié en raison du besoin du bailleur). La victime peut invoquer tant une erreur de déclaration qu'une erreur de base.
17. Il y a erreur de déclaration (art. 24 al. 1 ch. 1-3 CO) lorsque, en faisant une offre ou en communiquant son acceptation, la victime n'affirme pas ce qu'elle voulait, c'est-à-dire soit qu'elle ne voulait pas dire ce qu'elle a dit (erreur intervenant lors de l'acte de déclaration) soit qu'elle a attribué à sa manifestation de volonté une autre signification que celle que l'autre partie est en droit de retenir en vertu du principe de la bonne foi (erreur concernant le contenu de la déclaration ; ATF 57 II 284 ; CARRON/WESSNER, *Droit des obligations – Partie générale, Volume II : la formation du contrat – les conditions générales d'affaires – l'interprétation du contrat – l'exécution*, Berne 2024, N 2965 et réf. cit.).
18. Il y a erreur de base (art. 24 al. 1 ch. 4 CO) lorsque la victime se trompe sur des faits déterminés qui forment des éléments nécessaires du contrat pour elle (dimension subjective) et qu'un tiers de bonne foi, placé dans la même situation que la victime, aurait également renoncé à conclure le contrat ou à le conclure à ces conditions s'il avait connu la situation réelle (dimension objective ; ATF 136 III 528, c. 3.4.1, JdT 2014 II 438 ; CARRON/WESSNER, *op. cit.*, N 2991 ss et réf. cit.).
19. Selon le Tribunal fédéral, l'invocation d'une erreur dans le cadre d'une transaction judiciaire présente certaines particularités (arrêt commenté, c. 3.1.2).
20. D'abord, l'erreur essentielle doit concerner un élément de fait ou de droit que la victime de l'erreur, au vu et au

su de l'autre partie, ou les deux parties considéraient comme établi (ATF 132 III 737, c. 1.3 et réf. cit.). Avec une partie de la doctrine, nous sommes cependant d'avis qu'il n'est pas nécessaire que le caractère subjectivement essentiel soit reconnaissable par le cocontractant : la dimension subjective ne devrait se concentrer que sur le point de vue de la victime de l'erreur et la dimension objective que sur celui d'un tiers de bonne foi (CARRON/WESSNER, *op. cit.*, N 2996 ss et réf. cit. ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, Vol. I, 11^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2020, N 781).

21. Ensuite, l'erreur essentielle ne peut pas concerner un élément litigieux ayant fait l'objet du compromis transactionnel, que l'on désigne par l'expression latine « *caput controversum* » (arrêt commenté, c. 3.1.2 ; ég. ATF 142 III 518, c. 2.6.1 ; 130 III 49, c. 1.2, JdT 2005 I 17).
22. Savoir si un élément invoqué en tant qu'erreur essentielle fait ou non partie du *caput controversum* est une affaire d'interprétation. S'il n'est pas possible de déterminer le sens d'une transaction sur la base de la réelle et commune intention des parties (interprétation subjective ou empirique), le tribunal doit procéder à l'interprétation objective selon le principe de la confiance (interprétation normative ; CARRON/WESSNER, *op. cit.*, N 3199 ss et réf. cit.). Dans ce contexte, le tribunal doit dégager le sens que le destinataire d'une déclaration pouvait et devait raisonnablement lui attribuer selon les règles de la bonne foi, d'après le texte et le contexte, ainsi que les circonstances qui l'ont précédée ou accompagnée à l'exclusion des événements postérieurs (ATF 144 III 93, c. 5.2.3). Dans le cadre d'une transaction judiciaire, le Tribunal fédéral souligne dans l'arrêt commenté que le fait qu'une partie soit représentée professionnellement joue un rôle et permet au tribunal de retenir sans arbitraire que le *caput controversum* comprend l'ensemble des paramètres à l'origine du litige. Dans le cas d'espèce (c. 3.2 et c. 3.3), il s'agissait de toutes les circonstances ayant conduit à un retard de paiement de la locataire en vertu de l'art. 257d CO, y compris la clause d'adaptation au marché général des intérêts qui aurait pu conduire la locataire à réclamer une réduction de son loyer.
23. Cette décision est à saluer, car elle encadre strictement les moyens que peut faire valoir une partie, représentée professionnellement, pour remettre en cause le consentement qu'elle a exprimé lors de la résolution d'un litige par voie transactionnelle. Elle garantit en cela la sécurité des transactions judiciaires et met en lumière l'importance du travail préparatoire d'analyse et d'information des mandataires qui accompagnent une transaction, qui fait partie de leur devoir de diligence et de fidélité envers leur clientèle.

Tribunal cantonal neuchâtelois CACIV.2023.82 (11.12.2023) ; arrêt également publié dans la newsletter bail.ch d'août 2024

Pascal Jeannin

Le « codébiteur solidaire » du locataire dans un bail d'habitations : engagement solidaire ou cautionnement déguisé ?

Un tiers peut s'engager à payer le loyer d'un locataire par cautionnement, promesse de porte-fort ou engagement solidaire. Afin de protéger les particuliers contre des engagements inconsidérés, le cautionnement nécessite une déclaration revêtue de la forme authentique s'il est fait par une personne physique pour un montant supérieur à CHF 2'000.- (art. 493 al. 2 CO). Tel n'est pas le cas des deux autres formes de garantie. De ce fait, même si une personne déclare expressément qu'elle pourra être recherchée à la place du débiteur en tant que codébitrice solidaire au sens de l'art. 143 al. 1 CO, un engagement solidaire ne peut être admis qu'avec retenue.

Art. 18, 143, 493 CO

Ein Dritter kann sich mittels Bürgschaft, Garantieverprechen oder als Solidarschuldner verpflichten, den Mietzins zu bezahlen. Um Privatpersonen vor unüberlegt eingegangenen Verpflichtungen zu schützen, erfordert die Bürgschaft einer natürlichen Person, die den Betrag von CHF 2'000.- übersteigt, eine öffentlich beurkundete Willenserklärung (Art. 493 Abs. 2 OR). Für die beiden anderen Arten von Sicherheiten gilt dies nicht. Dementsprechend kann nur mit Zurückhaltung auf eine solidarische Verpflichtung erkannt werden, selbst wenn der Solidarschuldner, im Sinne von Art. 143 Abs. 1 OR, ausdrücklich erklärt, dass er gemeinsam mit dem Hauptschuldner solidarisch hafte.

Art. 18, 143, 493 OR

Un terzo può impegnarsi a pagare la pigione di un conduttore mediante fideiussione, promessa della prestazione di un terzo o impegno solidale. Al fine di proteggere le persone fisiche da impegni avventati, la fideiussione richiede una dichiarazione in forma autentica se fatta da una persona fisica per un importo superiore a CHF 2'000.- (art. 493 cpv. 2 CO). Ciò non si applica alle altre forme di garanzia. Di conseguenza, anche se una persona dichiara espressamente che può essere chiamata a rispondere in luogo del debitore come solidale ai sensi dell'art. 143 cpv. 1 CO, l'impegno solidale deve essere ammesso con cautela.

Art. 18, 143, 493 CO

1. Le 28 juillet 2017, X. SA, en qualité de bailleur (ci-après : l'appelante) et B., en qualité de locataire, ont conclu un contrat de bail à loyer portant sur un appartement. Le contrat de bail a également été signé par Y. (ci-après : l'intimé) en tant que « codébiteur(s) solidaire(s) ». B., qui dépend des services sociaux et a

fait l'objet d'une incarcération prolongée, est le fils de la compagne de l'intimé.

2. Dans une partie intitulée « dispositions spéciales », le contrat de bail prévoyait la clause suivante : « Y. a été rendu attentif à la portée de son engagement en application de l'article 143 du Code des obligations qui précise qu'il y a solidarité entre plusieurs débiteurs lorsqu'ils déclarent s'obliger de manière qu'à l'égard du créancier chacun d'eux soit tenu pour le tout ».
3. En septembre 2020, le bailleur a résilié le bail pour le 31 octobre 2020, en invoquant l'absence de paiement de certains loyers. Il s'est retourné contre Y. pour obtenir le paiement de ces loyers en souffrance. Après poursuites et avis de saisie, Y. a payé le montant de CHF 6'147.10 à l'Office des poursuites le 8 janvier 2021.
4. Après avoir obtenu une autorisation de procéder le 28 juin 2021, Y. a, le 16 août 2021, saisi le Tribunal civil d'une demande dirigée contre X. SA, en concluant en premier lieu à la condamnation de cette dernière à lui restituer la somme de CHF 6'147.10. Il faisait valoir, en résumé, que l'engagement qu'il avait pris en tant que codébiteur solidaire était en fait un « cautionnement déguisé, nul pour vice de forme », si bien que la bailleuse s'était enrichie illégitimement de CHF 6'147.10. X. SA, quant à elle, a conclu au rejet de la demande déposée par Y. et, reconventionnellement, à la condamnation de ce dernier à verser plusieurs montants totalisant CHF 15'020.60.
5. Une audience a eu lieu le 15 février 2023. A cette occasion, il a été procédé à l'interrogatoire de D. en qualité de témoin et Y. à titre de partie. En outre, le mandataire de X. SA a déclaré renoncer à l'audition des témoins E. et F.
6. Par jugement du 16 août 2023, le Tribunal civil a condamné X. SA à restituer à Y. la somme de CHF 6'147.10 avec intérêts à 5 % l'an dès le 15 février 2021, rejeté toute autre et plus ample conclusion, en particulier les conclusions reconventionnelles de la société X. SA. Celle-ci a fait appel de ce jugement en concluant principalement à l'annulation du jugement querellé, au rejet des conclusions formulées par Y. et à ce que ce dernier soit condamné à lui payer au total CHF 15'020.60 avec intérêts. Subsidièrement, elle conclut à l'admission de ses conclusions principales après audition de F. et de E. et, plus subsidiairement, au renvoi de la cause au Tribunal civil pour qu'il soit procédé à ces auditions.
7. Le Tribunal cantonal rappelle les possibilités de garantie pouvant être exigées par le bailleur pour limiter ses risques financiers en cas de violation par le locataire de ses obligations contractuelles : cautionnement (art. 492 ss CO), reprise cumulative de dette (art. 143 CO) et promesse de porte-fort (art. 111 CO).



8. En vertu de l'art. 493 al. 2 CO, une personne physique ne peut s'obliger par cautionnement qu'en émettant une déclaration revêtue de la forme authentique (si le cautionnement dépasse la somme de CHF 2'000.-), alors que la promesse de porte-fort ou l'engagement solidaire sont des actes qui ne supposent aucune forme particulière (art. 11 al. 1 CO). Dans sa jurisprudence, le Tribunal fédéral admet que, lorsqu'une personne promet explicitement un engagement solidaire – c'est-à-dire lorsqu'elle garantit le paiement promis par autrui en déclarant au créancier qu'elle pourra être recherchée au même titre et pour les mêmes prestations que le débiteur, ce dernier et le garant étant alors tenus solidairement selon l'art. 143 al. 1 CO (TF, 26.04.2007, 4C.24/2007, c. 5, SJ 2008 I p. 29) – « cette personne n'assume l'obligation correspondante que si, par suite de sa formation ou de ses activités, elle est rompue aux contrats de sûreté et connaît le vocabulaire juridique suisse usité dans ce domaine. Sinon, l'accord des parties doit attester que le garant connaissait réellement la portée de son engagement et l'accord doit aussi révéler les motifs qui ont détourné les parties de conclure un cautionnement. Outre ces hypothèses, l'engagement solidaire est encore admis lorsque le garant a un intérêt propre et marqué à l'exécution de l'obligation ou qu'il en retire un avantage, que le créancier a connaissance de cet intérêt et qu'il peut donc apercevoir le motif pour lequel le garant se déclare prêt à assumer une obligation identique à celle du débiteur » (TF, 03.08.2022, 5A_989/2021, c. 6 et réf. cit.). Il en va ainsi, notamment, lorsque le débiteur est lié au garant par un contrat de société et que l'affaire concourt à la réalisation de leur but commun. Ce n'est en revanche pas le cas lorsque le tiers veut simplement aider des parents ou des amis intimes, pour un logement qui n'est pas occupé ensemble ou pour une voiture qui n'est pas également utilisée par ce tiers. Si l'analyse des conditions qui viennent d'être évoquées conduit à interpréter la clause litigieuse comme un cautionnement, celui-ci peut être nul si la forme prévue – authentique lorsque le garant est une personne physique – n'a pas été respectée (c. 2.1).
9. En l'occurrence, la formation et l'expérience professionnelle de l'intimé (tapissier-décorateur et livreur) ne permettent à l'évidence pas de retenir qu'il serait rompu aux contrats de sûretés et qu'il aurait une connaissance particulière du vocabulaire juridique de ce domaine. Le fait que l'intimé ait signé un autre contrat comprenant un engagement en tant que codébiteur solidaire – comme le prétend l'appelante – n'y change rien (c. 2.5.1).
10. Le Tribunal cantonal vérifie dès lors si l'accord des parties atteste que le garant connaissait réellement la portée de son engagement et révèle les motifs qui ont détourné les parties de conclure un cautionnement.
11. En l'occurrence, le contrat reprend le texte de l'art. 143 CO et indique que l'intimé a été rendu attentif à la portée de son engagement. Selon le Tribunal cantonal, cette mention est, à elle seule, insuffisante, dès lors que l'intimé ne disposait justement pas des connaissances juridiques lui permettant de comprendre pleinement le sens et la portée de l'art. 143 CO.
12. Le Tribunal cantonal examine encore si l'attention de l'intimé a été attirée sur l'existence et la teneur de la clause litigieuse et, d'autre part, si l'intimé a obtenu une « explication orale » sur le sens et la portée de cette même clause et sur celle de son engagement en tant que « codébiteur solidaire ». Or, si l'appelante allègue que l'intimé aurait été « rendu attentif à la portée de son engagement et il lui a[vait] été expliqué les conséquences que pourrait avoir sa signature en cas de non-paiement du loyer par le locataire », le contenu précis de l'information prétendument donnée avant la signature du bail n'a pas été allégué en temps utile et la preuve de la fourniture d'une telle information n'a pas été apportée, l'appelante ayant renoncé à l'audition du témoin F., invoqué comme seul moyen de preuve à l'appui de son allégué précité, devant le Tribunal civil.
13. En ce qui concerne les motifs qui auraient détourné les parties de conclure un cautionnement, l'appelante avait allégué devant l'instance inférieure que l'intimé et B. auraient été rendus attentifs au fait que le cautionnement devait se faire devant le notaire, ce qui impliquait un certain coût, et que par conséquent ils ne souhaitaient pas procéder à cette démarche. Cet allégué n'a pas été prouvé, puisque l'appelante a renoncé aux auditions des témoins pertinents devant le Tribunal civil. Le Tribunal cantonal retient également que l'appelante aurait dû alléguer (et prouver) que la notion et la portée du cautionnement auraient été expliquées à l'intimé (c. 2.5.2).
14. Reste à examiner si l'intimé avait un intérêt direct et matériel à ce que l'affaire soit conclue entre le débiteur et le créancier, que ce dernier a connaissance de cet intérêt et qu'il peut donc apercevoir le motif pour lequel le garant se déclare prêt à assumer une obligation identique à celle du débiteur. L'appelante allègue sur ce point que l'intimé avait un intérêt propre à garantir un logement pour le fils de sa concubine. Or, l'aide apportée à un parent ou un ami pour un logement qui n'est pas occupé ensemble est précisément l'un des exemples mentionnés par la jurisprudence pour retenir l'absence d'intérêt direct et matériel dans l'affaire à conclure. L'intimé n'a jamais habité l'appartement concerné et l'appelante ne le conteste pas. En outre, l'appelante n'a pas allégué qu'elle aurait eu connaissance d'un intérêt direct et matériel à la conclusion de l'affaire (c. 2.5.3).
15. Au Tribunal cantonal de préciser que l'on ne saurait considérer que l'intimé commet un abus de droit en

invoquant sa méconnaissance des notions juridiques concernées. En réalité, selon le Tribunal cantonal, l'appelante ne peut s'en prendre qu'à elle-même de ne pas s'être assurée de la validité de l'engagement qu'elle a souhaité faire prendre à l'intimé, alors qu'elle est une professionnelle de l'immobilier et que les conditions de validité en question ont été posées par la jurisprudence il y a plus de vingt ans (c. 2.5.4).

16. Par conséquent, le Tribunal cantonal rejette l'appel dans la mesure de sa recevabilité de même que la demande reconventionnelle.

■ **Note**

17. L'engagement solidaire constitue la déclaration d'un tiers de répondre de la dette du débiteur de manière solidaire au sens des art. 143 ss CO au moment de la conclusion de l'engagement du débiteur. Lorsque le tiers se joint ultérieurement au débiteur « d'origine », l'on parle de reprise cumulative de dette. Le tiers devient codébiteur solidaire, ce qui signifie qu'il peut être recherché par le créancier de manière exclusive ou ensemble avec le (premier) débiteur (BOHNET/JEANNIN, *Codébiteurs solidaires et tiers garants en droit du bail*, in : Bohnet/Carron [édit.], 20^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2018, N 26 et réf. cit.).
18. Lors de la conclusion d'un bail d'habitations, il est fréquent pour le locataire de voir l'accord du bailleur soumis à la condition de présenter un « codébiteur solidaire » (ou « tiers garant »), en particulier lorsque le loyer dépasse le tiers du revenu du locataire. L'on pense par exemple aux cas où les parents s'engagent comme « garants » lorsque leur enfant majeur conclut le bail pour son premier appartement (voir BOHNET/JEANNIN, *op. cit.*, N 48). Dans le présent arrêt, il s'agit d'un beau-père qui voulait favoriser la recherche d'appartement du fils de sa compagne, en situation précaire.
19. En réalité, dans ces situations, le garant s'engage par altruisme (ou par pression sociale ou familiale) afin de permettre à un proche ou un membre de la famille la conclusion du bail, sans en tirer un bénéfice propre. Dans ce contexte, les personnes sont plus facilement amenées à prendre des risques mal calculés (BOHNET/JEANNIN, *op. cit.*, N 24 et réf. cit.).
20. C'est précisément ce type de situations que le législateur avait en tête lorsqu'il a légiféré sur le cautionnement (art. 492 ss CO) et les règles protectrices y relatives. Le législateur a en particulier introduit des exigences formelles strictes en la matière, dans le but de protéger les particuliers de prendre des engagements inconsidérés. Ainsi, si la caution est une personne physique et que la somme du cautionnement dépasse le montant de CHF 2'000.-, le cautionnement doit revêtir la forme authentique (art. 493 al. 2 *ab initio* CO).

21. Cette conception entre en collision avec le principe de la liberté contractuelle, qui assure que les parties puissent choisir d'un commun accord le type de sûreté qui leur convient le mieux. Elles peuvent donc sans autre éluder les règles protectrices du cautionnement en choisissant de conclure notamment un engagement solidaire, qui n'est soumis à aucune exigence de forme, et ce alors que le montant de l'engagement n'est pas spécifié et peut s'accumuler faute de paiement durant de nombreux mois. Le Tribunal fédéral parle à ce sujet d'une « incohérence de l'ordre juridique » (ATF 129 III 702, c. 2.2 et 2.3, JdT 2004 I 535 ; BOHNET/JEANNIN, *op. cit.*, N 49-50).

22. Comment sortir de cette impasse ? Selon la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, la distinction est faite au moyen de l'interprétation de la volonté des parties. En vertu de l'art. 18 CO, la réelle et commune intention des parties est déterminante si elle peut être établie. A défaut, les déclarations des parties sont interprétées selon le principe de la confiance. Afin d'éviter un contournement systématique des dispositions protégeant la caution, les exigences pour constater que la réelle et commune intention des parties était de conclure un engagement solidaire sont strictes. De même, lorsqu'il s'agit d'appliquer le principe de la confiance, l'engagement du tiers sera, dans le doute, considéré comme cautionnement et non comme engagement solidaire (BOHNET/JEANNIN, *op. cit.*, N 51 ss et 56 et réf. cit.). En substance, il ressort de cette jurisprudence que la qualification de l'engagement pris par un garant comme engagement solidaire entraînant la solidarité au sens de l'art. 143 CO suppose que :

- le tiers soit expérimenté en affaires, car il comprend alors (respectivement est censé comprendre) la portée de son engagement ou
 - si le tiers n'est pas expérimenté en affaires, il faut que
 - l'accord « atteste que le garant connaissait réellement » la portée de son engagement et
 - mentionne les motifs pour lesquels les parties n'ont pas conclu un cautionnement, mais un engagement solidaire ;
- ou
- que le tiers dispose d'un intérêt propre à la transaction et que
 - le créancier le sache.

23. Le présent arrêt peut servir tant de rappel de la problématique que d'illustration de l'application de cette jurisprudence au cas du bail d'habitations. Au vu de la formation et de la profession de l'intimé, il ne saurait être considéré comme « expérimenté en affaires ». Le simple fait que le texte de l'art. 143 CO avait été recopié dans le contrat signé n'était pas suffisant pour retenir



que l'engagement comme codébiteur solidaire correspondait à la réelle intention de celui-ci, car l'appelante n'a pas réussi à prouver que l'intimé comprenait réellement la portée de son engagement. L'appelante n'a pas non plus réussi à établir la raison pour laquelle les parties auraient renoncé à conclure un cautionnement. De plus, l'intention de l'intimé d'assurer à son beau-fils un logement ne constitue précisément pas un intérêt propre à ce que le bail soit conclu, mais rentre dans la configuration type que le législateur visait lorsqu'il a créé les règles relatives au cautionnement.

24. Le présent arrêt permet également quelques précisions intéressantes concernant le fardeau de l'allégation (art. 55 al. 1 CPC) supporté par le bailleur qui se retourne contre un « codébiteur solidaire ». Ainsi :

- Pour alléguer que le garant connaissait réellement la portée de son engagement, le bailleur doit alléguer précisément l'information qu'il prétend avoir donnée avant la signature du bail. L'allégué selon lequel il aurait « rendu [le garant] attentif à la portée de son engagement » et « lui a[vait] expliqué les conséquences que pourrait avoir sa signature en cas de non-paiement du loyer par le locataire » est insuffisant.
- Au sujet des motifs pour lesquels les parties n'ont pas conclu de cautionnement, mais un engagement solidaire, le bailleur doit en particulier alléguer qu'il a expliqué la *notion* et la *portée* du cautionnement. Il ne suffit pas de prétendre que le tiers garant aurait décidé en pleine connaissance de cause de renoncer à conclure un cautionnement.

25. Enfin, précisons à toutes fins utiles que la situation décrite ici ne doit pas être confondue avec celle des colocataires. Lorsque plusieurs personnes louent ensemble un appartement ou un local commercial puisqu'elles y vivent ou exercent une activité lucrative ensemble – l'on parle à ce sujet de « bail commun » – elles sont codébitrices solidaires de toutes les obligations découlant du contrat de bail au sens des art. 143 ss CO. Dans cette hypothèse, l'engagement solidaire n'a pas à proprement parler la fonction d'une sûreté : le bailleur doit l'exécution de son obligation contractuelle à tous les locataires communs (voir à ce sujet notamment : DIETSCHY-MARTENET, Les colocataires de baux d'habitations ou de locaux commerciaux, in : Bohnet/Carron [édit.], 19^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2016, p. 183 ss).

26. En résumé, dans la plupart des cas où un « codébiteur solidaire » s'oblige pour le locataire d'un bail d'habitations, les conditions pour qualifier cet engagement d'« engagement solidaire » ne sont pas réalisées et il sera considéré comme cautionnement. Le bailleur qui souhaite se retourner contre un « codébiteur solidaire »

prend dès lors souvent le risque de voir l'engagement de ce dernier considéré comme nul (faute de respect des exigences formelles fixées par les art. 492 ss CO) et, si tant est que le codébiteur paie, il peut récupérer cette somme comme enrichissement illégitime. Autrement dit : afin d'obtenir le paiement de ce qu'il réclame, le bailleur ne peut souvent qu'espérer que le « codébiteur solidaire » soit altruiste jusqu'au bout...

18

TF 4A_645/2023 (25.01.2024) ; arrêt également publié dans la newsletter bail.ch de mars 2024

Valentin Rétornaz

Mainlevée provisoire pour des loyers impayés et défauts de la chose louée : de l'angélisme à la preuve diabolique

Le contrat de bail signé constitue, en principe, une reconnaissance de dette (au sens de l'art. 82 al. 1 LP) et justifie la mainlevée provisoire de l'opposition pour le montant du loyer échû. En signant le contrat de bail, le locataire reconnaît son obligation de payer le loyer non seulement pour la durée d'occupation de l'objet loué, mais pour toute la durée contractuelle. Conformément à l'art. 82 al. 2 LP, le locataire poursuivi peut toutefois faire échec à la mainlevée en rendant immédiatement vraisemblable sa libération. Il peut ainsi faire valoir qu'il ne doit pas les loyers pour divers motifs (par exemple parce que le contrat a été résilié selon les art. 259b let. a ou 266g al. 1 CO ou parce qu'il existe une créance en compensation liée à des défauts de la chose louée). Art. 82 LP ; art. 259a al. 1 let. b et c, 259b let. a, 259d, 259e, 266g al. 1 CO

Der unterzeichnete Mietvertrag stellt grundsätzlich eine Schuldanerkennung (im Sinne von Art. 82 Abs. 1 SchKG) dar und rechtfertigt die provisorische Rechtsöffnung im Umfang der fälligen Mietzinse. Mit Unterzeichnung des Mietvertrages anerkennt der Mieter seine Pflicht zur Mietzinszahlung nicht nur für die Dauer des effektiven Verbleibs im Mietobjekt, sondern für die gesamte Vertragsdauer. Gemäss Art. 82 Abs. 2 SchKG kann der betriebene Mieter indessen die Rechtsöffnung verhindern, wenn er seine Befreiung von der Schuld sofort glaubhaft macht. Er kann also vorbringen, dass er den Mietzins – aus verschiedenen Gründen – nicht schulde (zum Beispiel, weil der Vertrag in Anwendung von Art. 259b lit. a oder 266g Abs. 1 OR gekündigt worden sei oder weil eine Verrechnungsforderung aufgrund von Mängeln an der Mietsache bestehe).

Art. 82 SchKG ; Art. 259a Abs. 1 lit. b und c, 259b lit. a, 259d, 259e, 266g Abs. 1 OR

Il contratto di locazione firmato costituisce, in linea di principio, un riconoscimento di debito (ai sensi dell'art. 82 cpv. 1 LEF) e giustifica la concessione del rigetto



provvisorio dell'opposizione per l'importo della pigione scadata. Firmando il contratto di locazione, il conduttore riconosce l'obbligo di pagare la pigione non solo per il periodo di occupazione dell'oggetto locato, ma per l'intera durata contrattuale. Tuttavia, ai sensi dell'art. 82 cpv. 2 LEF, il conduttore escusso può opporsi al rigetto rendendo immediatamente verosimile la propria liberazione. Può ad esempio sostenere che non è tenuto al pagamento della pigione per vari motivi (ad esempio perché il contratto è stato disdetto conformemente agli art. 259b lett. a o 266g cpv. 1 CO, o perché esiste un credito in compensazione legato a difetti della cosa locata).

Art. 82 LEF ; art. 259a cpv. 1 lett. b e c, 259b lett. a, 259d, 259e, 266g cpv. 1 CO

1. Sur réquisition de B. SA, l'office des poursuites du district de Nyon a notifié à A. SA trois commandements de payer concernant, le premier un arriéré de loyer pour la période allant du 1^{er} avril au 1^{er} juin 2020, le second les loyers dus du 1^{er} juillet au 1^{er} septembre 2020 et le troisième pour ceux dus du 1^{er} octobre 2020 au 1^{er} avril 2021.
2. Suite à l'opposition formée par A. SA, B. SA sollicite le prononcé de la mainlevée provisoire dans les trois poursuites. En réponse, A. SA invoqua systématiquement des « créances compensatoires supérieures au montant réclamé » et produisit plusieurs titres, notamment des photographies, des offres et des factures.
3. Par deux décisions du 25 avril 2022, la Juge de Paix du district de Nyon prononça la mainlevée provisoire à due concurrence des montants réclamés dans les deux poursuites. Il en alla de même par décision du 9 décembre 2022 pour la troisième poursuite. Les motifs étaient identiques dans les trois décisions. En substance, la Juge de Paix considéra que les titres produits n'avaient pas de « caractère probant s'agissant de l'existence et de la gravité des défauts en cause », si bien que « les créances invoquées en compensation » étaient dépourvues de toute consistance.
4. Statuant par un seul arrêt, après avoir prononcé la jonction des causes, la Cour des poursuites et faillites du Tribunal cantonal vaudois confirma intégralement les décisions de la juridiction de première instance. Un recours en matière civile a été rejeté par le Tribunal fédéral le 25 janvier 2024.
5. La question examinée par le Tribunal fédéral est de savoir si la société poursuivie pour des arriérés de loyers a rendu vraisemblables les créances qu'elle oppose en compensation. La juridiction suprême commence par rappeler que le contrat de bail vaut titre de mainlevée provisoire pour les loyers dus durant toute la durée contractuelle du bail, et non seulement pour la période au cours de laquelle le locataire a occupé les lieux (c. 3.1). Le locataire peut faire échec à la requête de mainlevée provisoire en rendant vraisemblable sa libération, notamment une exception de compensation (c. 3.2).
6. Rendre vraisemblable une exception signifie, tout d'abord, que le juge, sans être persuadé que les faits invoqués au soutien de l'exception sont avérés, a l'impression qu'ils se sont produits, sans exclure catégoriquement le contraire. Il s'agit d'une question d'appréciation des preuves que le Tribunal fédéral ne revoit qu'en cas d'arbitraire au sens de l'art. 9 Cst. (c. 3.2.1). Seuls les titres et les autres moyens de preuve « immédiatement disponibles » étant admissibles, la juridiction de première instance peut refuser d'entendre des témoins ou de se transporter sur les lieux (c. 4).
7. Au plan juridique, les défauts affectant la chose louée peuvent tout d'abord être considérés comme un motif de résiliation immédiate du bail au sens de l'art. 259b let. a CO. Pour cela, il faut que leur gravité rende insupportable la poursuite du bail et que dite résiliation ait été déclarée immédiatement après leur survenance. Lorsque le locataire se prévaut d'une déclaration de résiliation immédiate, il incombe au juge de la mainlevée de vérifier si le contrat a été valablement résilié et donc si les défauts et leur gravité ont été rendus vraisemblables (c. 5). On peut également voir dans les défauts de la chose louée le fondement d'une créance en réduction du loyer (art. 259a al. 1 let. b et 259d CO). Cette créance est opposable en compensation, pour autant que le locataire rende vraisemblables l'existence, le montant et l'exigibilité de ladite créance ainsi que le montant exact à concurrence duquel la dette serait éteinte. Il ne suffit pas qu'il se borne à établir que le bailleur est disposé à entendre ses doléances (c. 3.2.2).
8. Se tournant vers les circonstances concrètes du cas d'espèce, le Tribunal fédéral constate que tant dans l'hypothèse d'une résiliation immédiate du bail que dans celle de la compensation de l'arriéré de loyer avec une créance en réduction de ceux-ci, le locataire doit rendre vraisemblables les défauts affectant la chose louée (c. 6.1). Sur ce point, les critiques de la recourante étaient largement appellatoires, car elle se bornait à exposer une liste d'affirmations péremptoires assorties, sporadiquement, de renvoi aux pièces du dossier (c. 6.2.2). A cela venait s'ajouter le fait que les griefs relatifs à l'existence des défauts avaient déjà fait l'objet d'une précédente procédure devant le Tribunal fédéral, procédure qui s'était achevée en défaveur de la recourante (c. 6.2.3 et 6.2.4). Ses arguments furent donc rejetés. Dans la mesure où les défauts n'avaient pas été rendus vraisemblables, la résiliation immédiate devait être considérée comme étant dénuée d'effet, le contrat de bail conservant ainsi sa qualité de titre de mainlevée (c. 6.3).



9. Pour ce qui est de l'exception de compensation, vu le pouvoir d'examen limité de la juridiction suprême, le Tribunal fédéral écarte toutes les tentatives de la recourante de rendre vraisemblables les créances invoquées en compensation, soit parce que les titres produits ne relatent pas les faits qu'ils doivent rendre vraisemblables, soit parce que les faits rendus vraisemblables sont insuffisants pour fonder une quelconque créance de la recourante. Dans cette perspective, le Tribunal fédéral est amené à rappeler que la production d'un devis ne suffit pas à rendre vraisemblable l'exécution des travaux auxquels il se réfère (c. 7.1) ou qu'un courrier électronique de la bailleuse demandant à la locataire d'indiquer si le nettoyage devait avoir lieu avant ou après son emménagement ne rend pas vraisemblable le fait que cette dernière aurait dû procéder à ses propres frais audit nettoyage, cela d'autant plus que la facture produite concernait les frais encourus au moment où la locataire a quitté les lieux (c. 7.2). Finalement, concernant le montant des charges, le fait que la fiduciaire de la bailleuse ait proposé à la locataire de réduire le montant de l'avance mensuelle sur les charges avec effet au 1^{er} janvier 2019, les montants perçus du 1^{er} juillet 2017 au 31 décembre 2018 étant excessifs, ne permet pas de rendre vraisemblable le fait que les avances versées pour la période de mars à juin 2017 ne correspondaient pas aux « charges réelles ».
10. Sur le vu de ce qui précède, le Tribunal fédéral a donc rejeté le recours aux frais de la recourante, condamnée à s'acquitter d'un montant de CHF 5'000.- pour les frais judiciaires, la partie intimée ne se voyant allouer aucun dépens, faute pour elle d'avoir été invitée à déposer une réponse.

■ Note

11. La présente espèce porte sur une stratégie procédurale bien connue des praticiens du bail. Le locataire tente d'échapper par le biais de la compensation au paiement du loyer. En l'occurrence, l'exception de compensation a été invoquée au stade de la mainlevée provisoire, ce qui appelle certaines remarques concernant son traitement procédural particulier. Le caractère sommaire, pour ne pas dire expéditif, des procédures de mainlevée a pour conséquence que le juge doit naviguer entre deux écueils. Soit il fait preuve d'angélisme, et admet à la légère le caractère vraisemblable de la créance déduite en compensation, renvoyant sans raison valable le bailleur à agir devant le juge du fond ; soit, au contraire, il exige du locataire qu'il étaye son exception par tant d'éléments que la preuve de la vraisemblance se transforme en *probatio diabolica* impossible à rapporter. C'est dans cette perspective que nous reprendrons brièvement, pour apporter des précisions, les différentes exceptions et objections invoquées par le locataire.

a) Le contrat écrit de bail comme titre de mainlevée provisoire

12. Commençons, tout d'abord, par l'invocation du contrat écrit de bail comme titre de mainlevée provisoire. Il ne semble pas que la question ait été véritablement litigieuse dans l'arrêt commenté, le Tribunal fédéral rappelant sommairement, précédents à l'appui, que le contrat écrit ne perd pas sa qualité de titre de mainlevée du fait que le locataire n'occupe pas les lieux. Il n'y a rien à redire à ce raisonnement, si ce n'est que l'*exceptio non adimpleti contractus* de l'art. 82 CO demeure invocable en procédure de mainlevée provisoire (sur cette question : ABBET, La mainlevée provisoire et les contrats bilatéraux : développements récents, JdT 2021 II p. 4 ss). Dès lors, si le défaut d'occupation des lieux est imputable au bailleur, qui, par exemple, n'a pas remis les clés au locataire, ce dernier pourra faire obstacle à une requête de mainlevée provisoire en invoquant l'art. 82 CO. Pour cela, le locataire doit rendre vraisemblable sa contre-créance (TF, 12.10.2010, 4A_68/2010, c. 3.2.3), ce qui ne pose aucune difficulté particulière s'agissant de l'obligation de céder l'usage de la chose louée. Celle-ci constitue un des éléments essentiels d'un contrat de bail (cf. CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY-MARTENET, 2^e éd., Bâle 2017, art. 253 CO N 59 et l'arrêt cité) et ne manquera pas de faire partie des stipulations écrites. Il incombera donc au bailleur de rendre vraisemblable qu'il s'est acquitté de l'obligation de céder l'usage de la chose louée (ABBET, *op. cit.*, p. 6-7). On comprend ainsi que le contrat de bail écrit ne vaut titre de mainlevée provisoire que dans la mesure où la cession de l'usage a été exécutée, ou offerte de l'être, par le bailleur (cf. ATF 145 III 20, c. 3 et 4). La qualité de titre de mainlevée provisoire du contrat écrit de bail pour les loyers n'est donc pas dépourvue de limites.

b) L'invocation des défauts de la chose louée

13. Pour ce qui est de l'invocation des défauts de la chose louée au stade de la mainlevée provisoire, nous constatons que la question a déjà occupé à plusieurs reprises le Tribunal fédéral. Un des arrêts rendus par la juridiction suprême (TF, 09.03.2022, 5A_964/2021) concerne les mêmes parties et est d'ailleurs cité dans l'espèce commentée. Contrairement à un jugement au fond, les décisions de mainlevée provisoire n'ont d'autorité de la chose jugée que pour la poursuite à laquelle elles se rapportent (ABBET, in : ABBET/VEUILLET, La mainlevée de l'opposition, 2^e éd., Berne 2022, art. 84 LP N 127). Dès lors, le locataire peut se prévaloir des défauts de la chose louée à chaque nouvelle poursuite pour des loyers impayés, et ce même si son exception de compensation a déjà été écartée. Cela n'exclut toutefois pas que, par souci de cohérence, les tribunaux saisis fassent référence à des décisions précédemment

rendues, notamment lorsqu'aucun élément nouveau n'est invoqué. Après tout, les mêmes causes produisent invariablement les mêmes conséquences...

14. Cela rappelé, il faut ensuite soigneusement distinguer l'invocation des défauts de la chose louée de l'*exceptio non adimpleti contractus* que nous venons d'examiner. Dans un arrêt rendu en matière de poursuite en paiement du prix de vente, le Tribunal fédéral a jugé que l'acheteur ne peut se borner à invoquer les défauts de la chose vendue et à se réclamer l'art. 82 CO lorsqu'il opte en faveur de la réduction du prix de vente. Il lui incombe, dans ce cas, de rendre vraisemblable le défaut (TF, 21.03.2023, 5A_625/2023, c. 5.1). On sait que les notions de défaut et de garantie constituent des concepts communs tant au droit de la vente, du bail que du contrat d'entreprise (cf. ZEHNDER, *Die Mangelrüge im Kauf-, Werkvertrags- und Mietrecht*, RSJ 96 [2000], p. 545 ss). A notre avis, cela doit conduire à exclure également l'application de l'art. 82 CO lorsque le locataire se prévaut des défauts de la chose louée pour faire obstacle au paiement du loyer sans pour autant invoquer l'art. 259b let. a CO. Dans ce cas, il se trouve dans la même position que l'acheteur qui se prévaut d'une prétention minutoire au lieu de l'action réhibitoire.
15. L'invocation des défauts affectant la chose louée présuppose toujours que ceux-ci soient rendus vraisemblables selon les modalités probatoires propres à la procédure de mainlevée provisoire. Les moyens de preuve à disposition du locataire dépendent du caractère oral ou écrit de la procédure. Le choix est laissé à l'appréciation du juge (cf. art. 84 al. 2 LP et 256 al. 1 CPC), l'art. 6 § 1 CEDH n'obligeant pas le juge à tenir une audience publique dans les procédures de mainlevée provisoire (TF, 05.05.2020, 5A_394/2019, c. 2.2). Dans toutes les hypothèses, comme rappelé par le Tribunal fédéral dans l'arrêt commenté, les moyens de preuve sont limités à ceux immédiatement disponibles, ce qui exclut un renvoi d'audience en vue d'entendre des témoins, de solliciter l'avis d'un expert ou de mettre en œuvre une inspection au sens de l'art. 181 CPC.
16. Lorsque la procédure est conduite entièrement par écrit, le locataire n'a pas d'autre possibilité que de rendre le défaut vraisemblable par la production de titres, la notion retenue à l'art. 177 CPC étant plus large que celle figurant à l'art. 110 ch. 4 CP (ABBET, *op. cit.*, art. 84 LP N 58). Pour ce qui est plus spécifiquement des défauts, il peut, par exemple, produire un constat notarié (cf. art. 66 al. 1 LNo/VD, art. 96 al. 2 LN/VS, art. 54 al. 1 LN/NE) ou une expertise privée confirmant l'existence du défaut allégué. Concernant cette dernière, la jurisprudence restreignant sa force probante (ATF 141 III 433) n'enlève rien au fait qu'elle doit être considérée comme suffisante pour rendre vraisemblable le défaut et que le juge ne devrait, sauf complaisance manifeste,

s'en éloigner que moyennant une décision soigneusement motivée. L'arrêt commenté n'estime pas arbitraire d'écarter des photographies réalisées par le locataire. Cela ne signifie pas que cette catégorie de preuve ne puisse jamais être retenue. Si le défaut est manifeste, tel qu'un dégât d'eau massif ou la présence de taches importantes de moisissures, le juge devrait considérer, sous l'angle limité de la vraisemblance, que la production de photographies claires est suffisante, surtout lorsque le bailleur n'étaye pas sa contestation de leur force probante. D'ailleurs, dans une affaire relative à un contrat d'entreprise, le Tribunal fédéral n'a pas jugé arbitraire de retenir que les photographies envoyées par courrier électronique à l'entrepreneur rendaient vraisemblable le défaut affectant l'ouvrage (TF, 28.07.2020, 5D_179/2019, c. 3). Tout dépend donc de la qualité de celles-ci. Lorsque la procédure de mainlevée provisoire est orale, et que les parties sont personnellement présentes à l'audience, l'interrogatoire au sens de l'art. 191 CPC devrait être possible, tout comme l'audition d'un témoin amené par une partie (ABBET, *op. cit.*, art. 84 LP N 61). Le juge peut donc en audience confronter le bailleur aux pièces produites par le locataire et se faire une idée plus précise de la force probante de ces éléments. Cela nous paraît tout particulièrement important lorsque les titres produits sont de simples indices qui doivent encore être mis en relation avec le fait à prouver, soit le défaut.

17. Le fait que le défaut soit rendu vraisemblable ne suffit pas encore pour rejeter la requête de mainlevée. Le locataire doit rendre vraisemblable qu'il possède à l'encontre du bailleur une créance en réduction du loyer et que les conditions de la compensation sont réunies. En pratique, il est fréquent que le locataire limite ses efforts à la question du défaut sans examiner les autres conditions des art. 259a et d CO. Ce n'est pas suffisant. Tout d'abord, la réduction unilatérale du loyer sans autre avis n'est possible que si le locataire ne demande pas la réparation du défaut et que la consignation n'est pas possible (cf. CPra Bail-AUBERT, 2^e éd., Bâle 2017, art. 259d CO N 40). Dans l'écrasante majorité des cas, le locataire doit donc se prévaloir de la compensation, la consignation du loyer n'étant pas une condition de sa réduction (VEUILLET/ABBET, in : ABBET/VEUILLET, *La mainlevée de l'opposition*, 2^e éd., Berne 2022, art. 82 LP N 164a). S'il entend compenser le loyer échu avec une créance en réduction de celui-ci, le locataire doit rendre vraisemblable le montant de la réduction, en se référant au besoin aux tabelles (VEUILLET/ABBET, *op. cit.*, art. 82 LP N 164a) figurant dans les ouvrages de doctrine (pour un exemple : CPra Bail-AUBERT, *op. cit.*, art. 259d CO N 67). La déclaration de compensation doit être dépourvue d'équivoque et intervenir avant l'échéance du délai de grâce au sens de l'art. 257d CO (CPra Bail-AUBERT, *op. cit.*, art. 259d CO N 44). Le locataire ne peut donc



attendre la résiliation pour cause de demeure pour se prévaloir de la réduction du loyer, par hypothèse pour la première fois au stade de la mainlevée provisoire. C'est dire donc si la seule invocation du défaut et du fait qu'il « doit nécessairement conduire à la réduction du loyer », n'est pas suffisante. Il semble que la pratique ait été plus souple par le passé et n'ait pas toujours exigé du locataire qu'il rende vraisemblable le montant de la réduction du loyer (cf. KRAUSKOPF, La mainlevée provisoire : quelques jurisprudences récentes, JdT 2008 II p. 23, spécialement p. 36-37 et les arrêts cités). Vu la possibilité d'estimer forfaitairement la réduction du loyer au moyen des tables dont il vient d'être question, il ne nous semble pas que ce durcissement constitue une *probatio diabolica*, à la condition que dans l'appréciation, forcément sommaire, de l'impact du défaut sur l'usage de la chose, le juge fasse preuve de bienveillance à l'égard du locataire. Quoi qu'il en soit, il incombe au bailleur de rendre vraisemblable, par des moyens de preuve recevables, que le défaut est imputable au locataire et ne peut ainsi donner lieu à une réduction du loyer (CPra Bail-AUBERT, *op. cit.*, art. 258 CO N 56). Lorsque l'imputation du défaut au locataire n'est pas rendue vraisemblable, la réduction du loyer doit être admise, même si l'origine du défaut demeure incertaine (CPra Bail-AUBERT, *op. cit.*, art. 259d CO N 53). Ce cas de figure ne devrait pas être rare en procédure de mainlevée provisoire.

c) La compensation avec d'autres créances du locataire à l'encontre du bailleur

18. Dans l'espèce commentée, le locataire invoquait également la compensation avec d'autres créances que celle en réduction du loyer. Ces exceptions ont toutes été sommairement écartées, vu le pouvoir d'examen limité du Tribunal fédéral, et, pour cette raison, les motifs n'appellent aucune remarque particulière. Nous nous limiterons toutefois à rappeler que l'exception de compensation peut prospérer, même si le locataire n'est pas au bénéfice d'un titre de mainlevée provisoire pour la créance invoquée. Il suffit que le juge ait l'impression, sur la base des titres produits, que celle-ci existe sans totalement exclure le contraire (TF, 25.06.2019, 5A_139/2018, c. 2.6 et 2.7). Pour ce qui est des prétentions en dommages-intérêts, distinctes de la réduction du loyer (cf. art. 259a CO), la faute du bailleur est présumée, mais les nuisances d'un tiers sont généralement considérées comme excluant la faute du bailleur, circonstance que le juge de la mainlevée peut retenir pour écarter l'exception de compensation (cf. TF, 08.03.2018, 5A_833/2017, c. 2.2).

TF 1C_235/2023 (11.03.2024)

Valérie Défago, Professeure à l'Université de Neuchâtel
 Mise en location de logements ou exploitation d'une résidence meublée ? Documents internes ou pièces du dossier ?

Le Tribunal fédéral continue de contribuer à préciser les modalités de mise en œuvre de la législation genevoise destinée à assurer le maintien du parc locatif. Il précise également comment traiter, sous l'angle du droit d'être entendu, les documents internes contenus dans un dossier administratif.

Loi genevoise sur les démolitions, transformations et rénovations de maisons d'habitation du 25 janvier 1996 (LDTR/GE ; RS/GE L 5 20)

Das Bundesgericht trägt weiterhin zur Präzisierung der Anwendungsmodalitäten der Genfer Gesetzgebung zum Erhalt des Mietwohnungsbestands bei. Es präzisiert ebenfalls, unter dem Gesichtspunkt des rechtlichen Gehörs, wie interne Dokumente zu behandeln sind, welche in einem Dossier der Verwaltung enthalten sind.

Genfer Gesetz über den Abriss, die Umwandlung und die Erneuerung von Wohngebäuden vom 25. Januar 1996 (LDTR/GE ; RS/GE L 5 20)

Il Tribunale federale continua a contribuire a precisare le modalità di attuazione della legislazione ginevrina destinata a garantire il mantenimento del parco locativo. Chiarisce anche come trattare, dal punto di vista del diritto di essere sentiti, i documenti interni contenuti in un fascicolo amministrativo.

Legge ginevrina sulle demolizioni, trasformazioni e ristrutturazioni di case di abitazione del 25 gennaio 1996 (LDTR/GE ; RS/GE L 5 20)

1. L'arrêt a pour objet une décision cantonale ordonnant en substance la remise sur le marché locatif de plusieurs appartements d'un immeuble à Genève, mis à disposition comme résidences meublées, ainsi que les péripéties procédurales entourant la procédure.
2. En décembre 2020, le Département cantonal ordonne, en réservant des sanctions ultérieures, à une propriétaire d'immeuble de rétablir une situation conforme au droit dans un délai de 30 jours en procédant à la remise en location ordinaire de trois appartements de l'immeuble, en déposant une requête en autorisation de construire complémentaire afin de régulariser les modifications typologiques effectuées sans autorisation dans quatre autres appartements et interdisant avec effet immédiat d'exploiter des résidences meublées dans six de ces sept appartements.
3. La propriétaire forme recours auprès du Tribunal administratif de première instance contre cette décision. Dans le même temps, elle demande accès au rapport

établi par le Département sur la base duquel cette autorité fonde la suspicion d'infraction et la décision de décembre 2020. Le Département refuse cette demande et cette seconde décision fait également l'objet d'un recours auprès du Tribunal administratif de première instance de la part de la propriétaire.

4. En septembre 2022, le Tribunal administratif de première instance déclare irrecevable le recours formé contre la première décision du Département en tant qu'elle porte sur le dépôt d'une demande d'autorisation complémentaire en vue de régulariser les modifications typologiques des appartements et le rejette en tant qu'il porte sur l'ordre de remise en location ordinaire des appartements et sur l'interdiction d'exploiter les appartements avec effet immédiat. Le Tribunal raye en outre la cause du rôle dans la seconde procédure, retenant que la propriétaire a été en mesure de comprendre les faits reprochés et de se déterminer dans la première procédure.
5. La Cour de justice rejette les recours contre ces jugements en avril 2023 après avoir joint les causes.
6. En mars 2024, le Tribunal fédéral rejette le recours formé par la propriétaire contre l'arrêt de la Cour de justice.
7. Dans un considérant répondant à différents griefs de nature formelle en lien avec la procédure devant la Cour de Justice, le Tribunal fédéral rappelle que si, à l'aune de l'art. 111 LTF, les cantons demeurent libres de concevoir la qualité pour recourir de manière plus large que la qualité pour recourir devant le Tribunal fédéral, tel n'est pas le cas dans le canton de Genève ; la qualité pour recourir s'analyse sous l'angle de l'art. 89 al. 1 LTF (c. 3.2.1). De même, le Tribunal fédéral indique que c'est à juste titre que la Cour de justice a retenu que le second recours n'avait plus d'objet, dans la mesure où la propriétaire avait pu consulter le dossier de la procédure d'infraction et partant faire valoir ses droits dans la première procédure (c. 3.2.2).
8. Pour ce qui est de la portée du droit d'être entendu en lien avec l'accès aux documents internes de l'administration, le Tribunal fédéral rappelle que le droit de consulter le dossier s'étend à toutes les pièces décisives et garantit que les parties puissent prendre connaissance des éléments fondant la décision et s'exprimer à leur sujet. L'art. 29 al. 2 Cst. ne confère en revanche pas le droit de prendre connaissance de documents purement internes qui sont destinés à la formation de l'opinion et qui n'ont pas le caractère de preuves ; il n'est en effet pas nécessaire à la défense des droits des administrés que ceux-ci aient accès à toutes les étapes de la réflexion interne de l'administration avant que celle-ci n'ait pris une décision ou manifesté à l'extérieur le résultat de cette réflexion. Encore faut-il ne pas qualifier de notes internes des pièces ou le résultat de preuves déterminantes pour la prise d'une décision. En l'occurrence, dans la mesure où le Département a affirmé que le dossier remis à la propriétaire était complet et que rien ne permettait de mettre en doute cette affirmation, et que celle-ci avait pu prendre connaissance des éléments fondant la décision de décembre 2020 et s'exprimer à leur sujet, le Tribunal fédéral retient que le droit d'être entendu est respecté (c. 3.3).
9. Pour ce qui est de la question de fond en lien avec l'application de la LDTR/GE, le Tribunal fédéral rappelle le but de la loi et le régime applicable aux résidences meublées : la LDTR/GE a pour but de préserver l'habitat et les conditions de vie existants ainsi que le caractère actuel de l'habitat dans les zones visées à son article 2 (art. 1 al. 1 LDTR/GE). A cet effet, et tout en assurant la protection des locataires et des propriétaires d'appartements, elle prévoit notamment des restrictions à la démolition, à la transformation et au changement d'affectation des maisons d'habitation (al. 2). Par changement d'affectation, on entend toute modification, même en l'absence de travaux, qui a pour effet de remplacer des locaux à destination de logements par des locaux à usage commercial, administratif, artisanal ou industriel (art. 3 al. 1 LDTR/GE). Sont également assimilés à des changements d'affectation le remplacement de locaux à destination de logements par des résidences meublées ou des hôtels (art. 3 al. 3 let. a LDTR/GE). Sous réserve de l'art. 3 al. 4, nul ne peut, sauf si une dérogation lui est accordée au sens de l'art. 8, changer l'affectation de tout ou partie d'un bâtiment au sens de l'art. 2 al. 1, occupé ou inoccupé (art. 7 LDTR/GE). Enfin, selon l'art. 4 al. 1 du règlement d'application du 29 avril 1996 de la loi sur les démolitions, transformations et rénovations de maisons d'habitation (RDTR/GE ; RS/GE L 5 20.01), à l'exclusion des chambres meublées isolées, la résidence meublée est un logement qui est loué meublé à des fins commerciales dans une maison d'habitation. L'autorisation de remplacer des locaux à destination de logements par une résidence meublée est limitée à la durée maximum de dix ans ; elle est renouvelable (art. 4 al. 3 RDTR/GE) (c. 5.1).
10. Se référant à la doctrine et à la jurisprudence cantonale, le Tribunal fédéral retient que la distinction entre la location de logements et l'exploitation d'une résidence meublée ou d'un hôtel réside notamment dans la mise à disposition par l'exploitant, dans le second cas, d'un certain nombre de services, tels que nettoyage des chambres, réception centrale téléphonique, literie, téléphone dans les chambres, service de repas, etc. Les résidences meublées sont des établissements hébergeant principalement des hôtes en studios ou en appartements meublés. Leur exploitation est soumise à autorisation comme l'est celle des hôtels. Des services de nettoyage ou de ménage ne suffisent pas à eux seuls à qualifier de « résidences meublées » des chambres d'habitation, en particulier lorsque celles-ci ne sont pas louées sur une base journalière mais au moyen de baux d'habitations.



De telles prestations ne relèvent pas spécifiquement de l'hôtellerie, même si elles peuvent constituer un indice dans l'appréciation du caractère commercial et hôtelier de l'activité déployée. Si aucun service hôtelier n'est rendu et qu'en outre des baux d'une certaine durée ont été conclus avec les occupants des locaux, on se trouve en présence de logements meublés et non de résidences meublées ou d'hôtels (c. 5.3).

11. Le Tribunal fédéral met ainsi en évidence les éléments retenus par la Cour de justice. Tout d'abord la présence de porte-savons, de produits cosmétiques, de serviettes, de linges et de papier hygiénique, de même marque et identiques dans tous les logements visités ainsi que la présence à l'étage d'un chariot de recharge de ces produits, accompagné d'un sac de linge sale ; les juges cantonaux en ont déduit qu'un service dépassant largement celui d'un simple nettoyage des locaux était offert, lequel était d'ailleurs admis deux fois par semaine. Ensuite, le fait que six boîtes aux lettres de l'immeuble ne comportaient aucun nom, ce qui indiquait que les personnes ayant utilisé les locaux l'avaient fait de manière brève et temporaire et ne les avaient d'ailleurs a priori pas donnés comme adresse de correspondance. Ou encore le fait que la durée des séjours, telle qu'elle ressortait de la trentaine de contrats fournis par la propriétaire, était pour 21 d'entre eux inférieure ou égale à 31 jours ; le plus court séjour étant de sept jours ; il s'agissait de durées très inférieures à celles des baux usuels. Enfin le fait que les contrats produits étaient rédigés en anglais, tout comme les conditions générales qui les accompagnent et qu'ils contenaient des éléments qui ne correspondaient pas à ceux d'un contrat usuel de bail, mais bien plus à ceux d'une réservation de type hôtelière : prix de location donné par nuitée ; modalités de paiement différentes d'un loyer, notamment par l'absence de garantie de loyer ; inversement les baux produits d'autres logements de l'immeuble étaient complètement différents, rédigés selon la formule usuelle dans le canton, en français et accompagnés d'un avis de fixation du loyer en bonne et due forme (c. 5.4).
12. Pour sa part, le Tribunal fédéral retient trois éléments qu'il considère comme déterminants. D'abord, le critère de la durée des séjours telle qu'elle ressort de la trentaine de contrats fournis par la propriétaire est pour 21 d'entre eux inférieur ou égal à 31 jours. Cela suffit comme indice de bail de courte durée ; le fait que certains baux aient duré plus d'un mois, voire une année comme le fait valoir la propriétaire, ne suffit pas à rendre insoutenable l'appréciation de la cour cantonale. Ensuite, le prix de la location donné par nuitée (et variable) représente un autre indice ; s'y ajoutent l'absence de versement de garantie de loyer, l'absence d'avis de fixation du loyer obligatoire selon le droit cantonal genevois et la rédaction du contrat en anglais. Enfin, le fait qu'il ne figure aucun nom sur six boîtes aux lettres est également un indice. Sur la base de ces

éléments, le Tribunal fédéral retient que la Cour cantonale n'a pas appliqué le droit cantonal de manière arbitraire (c. 5.5).

13. Le Tribunal fédéral rejette les griefs de la violation de la primauté du droit fédéral (c. 6) et de la sécurité du droit (c. 7), d'une application arbitraire du principe de la proportionnalité (c. 8), d'une violation de la garantie de la propriété et de la liberté économique (c. 9).
14. Le Tribunal fédéral rappelle enfin que le fait de contraindre un constructeur à déposer une demande d'autorisation de construire complémentaire afin de régulariser des travaux exécutés qui s'écarteraient du permis de construire initial est une décision incidente non susceptible de recours immédiat : elle ne cause aucun préjudice irréparable de même que l'admission du recours ne conduirait pas immédiatement à une décision finale qui permettrait d'éviter une procédure probatoire longue et coûteuse (c. 10).

■ Note

15. Cet arrêt précise les critères permettant de distinguer entre une location – meublée – et une résidence meublée au sens de la LDTR/GE en confirmant la jurisprudence de la Cour cantonale. Le Tribunal fédéral identifie trois éléments qu'il juge déterminants dans le cas d'espèce. Premièrement, la courte durée des baux : la présence majoritaire de baux d'une durée inférieure à un mois constitue un indice de mise en location à des fins commerciales dans une maison d'habitation, même si certains baux dépassent cette durée. Deuxièmement, les modalités de fixation du prix de la location : un prix de location fixé par nuitées, et non au mois, constitue également un indice de mise en location à des fins commerciales. Enfin, troisièmement, l'absence de lieu de réception de correspondance, matérialisé par une boîte aux lettres sur laquelle figure le nom du locataire, doit également être prise en considération.
16. Ces trois éléments s'ajoutent au critère, déjà précisé dans la jurisprudence cantonale, portant sur la question des services hôteliers. La Cour de justice a, en effet, considéré par le passé que des services de nettoyage ou de ménage ne suffisent pas à eux seuls à qualifier de « résidence meublée » des chambres d'habitation, en particulier lorsque celles-ci ne sont pas louées sur une base journalière mais au moyen de baux d'habitations. En effet, il est usuel, pour les personnes privées comme pour les sociétés, de recourir aux services d'un concierge, d'une entreprise de nettoyage ou d'une femme de ménage, pour assurer l'entretien de leurs bâtiments ou de leurs logements. De telles prestations ne relèvent pas spécifiquement de l'hôtellerie, même si elles peuvent constituer un indice dans l'appréciation du caractère commercial et hôtelier de l'activité déployée (Cour de justice, du 16.10.2012, ATA/692/2012).

17. Il ressort de l'arrêt du Tribunal fédéral qu'est également important, si ce n'est déterminant, le fait que les contrats ne prévoient pas les clauses usuelles d'un contrat de bail, notamment la présence d'une garantie de loyer ou les mécanismes de protection des locataires contre les loyers abusifs. On précise à cet égard que la protection atténuée contre les résiliations figurant dans le CO ne concerne que les chambres meublées (art. 266e CO), non les logements meublés, auxquels les art. 266 s. CO s'appliquent.
18. La pratique et la jurisprudence continuent donc de préciser des indices, dont la réunion en faisceau permet la distinction entre logements loués et résidences meublées au sens de la LDTR/GE.
19. Pour ce qui est des mesures destinées à rétablir une situation conforme au droit, on rappelle que la loi ne permet pas d'assortir les loyers des appartements remis sur le marché du logement à la suite d'un tel changement d'affectation non autorisé d'un contrôle des loyers (Cour de justice du 24.05.2011, ATA/336/2011).
20. Si cet arrêt concerne un aspect de la réglementation typiquement genevois, on note que plus largement, la question de la mise en location d'appartements à des fins commerciales retient l'attention des autorités d'autres villes ou cantons. Outre Zurich récemment (Juris, Beschwerde gegen Zürcher Regelung zu Business Apartments hängig, in : Jusletter 12. August 2024), le Tessin, Vaud, ainsi que les villes de Lucerne et Berne disposent ou s'appêtent à se doter de réglementations dans ce sens, en réponse au développement de la location via les plateformes.
21. Enfin, dans son aspect procédural, cet arrêt rappelle utilement comment traiter les documents dits internes composant un dossier, sous l'angle du droit d'être entendu : d'une part, l'art. 29 al. 2 Cst. ne confère pas le droit de prendre connaissance de documents purement internes qui sont destinés à la formation de l'opinion et qui n'ont pas le caractère de preuve. D'autre part et en revanche, l'autorité ne doit pas qualifier de notes internes des pièces ou le résultat de preuves déterminantes pour la prise d'une décision. On peut, à ce propos, renvoyer à l'arrêt non publié TF 1C_159/2014 du 10 octobre 2014, c. 4.3, dans lequel le Tribunal fédéral, tenant compte des critiques de la doctrine et de l'évolution de la jurisprudence, a développé avec précision, exemples à l'appui, que ce n'est pas la qualification comme « acte interne à l'administration » qui importe au regard de l'exercice du droit d'être entendu, mais la signification objective de l'acte pour l'état de fait déterminant.

L'auteure remercie Monsieur Josua Robert-Nicoud, assistant-doctorant à l'Université de Neuchâtel, de sa contribution à cette note.

20

TF 4A_569/2022 (19.03.2024) ; arrêt également publié dans la newsletter bail.ch de juin 2024

Aurélié Gandoy

Domage consécutif à la fin prématurée du bail causée par la partie locataire

Le locataire qui a donné lieu, par sa faute, à la rupture prématurée du bail a l'obligation d'indemniser le bailleur pour le dommage qu'il lui a causé. Ainsi, le bailleur peut réclamer les loyers fixés contractuellement qu'il n'a pas perçus du fait de la rupture anticipée du bail. Le bailleur doit toutefois prendre des mesures pour pouvoir relouer rapidement les locaux, à défaut de quoi il s'expose à une réduction (voire un refus) des dommages-intérêts par le tribunal sur la base de l'art. 44 CO. En vertu de l'art. 8 CC, il doit alléguer et prouver que, malgré de réels efforts, il n'a pas été à même de relouer le logement aussitôt après la résiliation du bail.

Art. 44 al. 1, 97 al. 1, 257d CO

Wenn der Mieter verschuldeterweise für das vorzeitige Ende des Mietverhältnisses verantwortlich ist, muss er den Vermieter für den dadurch verursachten Schaden entschädigen. So kann der Vermieter die Zahlung der offenen, vertraglich vereinbarten Mietzinse verlangen, welche er infolge des vorzeitigen Mietendes nicht erhalten hat. Der Vermieter muss indessen Massnahmen treffen, um die Mietsache rasch wieder zu vermieten ; unterlässt er dies, riskiert er eine Reduktion (oder sogar eine Verweigerung) des Schadenersatzes durch das Gericht gestützt auf Art. 44 OR. Gemäss Art. 8 ZGB muss er behaupten und beweisen, dass er trotz ernsthafter Bemühungen nicht in der Lage war, die Wohnung unmittelbar nach der Kündigung des Mietvertrages wieder zu vermieten.

Art. 44 Abs. 1, 97 Abs. 1, 257d OR

Il conduttore che, per colpa sua, ha causato la risoluzione anticipata del contratto di locazione ha l'obbligo di risarcire il locatore per il danno che gli ha causato. Pertanto, il locatore può richiedere le pigioni contrattualmente previste che non ha percepito a causa della risoluzione anticipata del contratto di locazione. Il locatore è comunque tenuto ad adottare misure per poter riaffittare i locali in tempi brevi, altrimenti rischia una riduzione (o addirittura il rifiuto) del risarcimento del danno da parte del tribunale ai sensi dell'art. 44 CO. In virtù dell'art. 8 CC, spetta al locatore dimostrare che, nonostante i reali sforzi, non è stato in grado di riaffittare l'immobile subito dopo la risoluzione del contratto.

Art. 44 cpv. 1, 97 cpv. 1, 257d CO

1. Le 6 janvier 2006, C. SA, devenue par la suite A. SA, bailleresse, et B. SA, locataire, ont conclu un contrat de bail portant sur une place de parc sise au rez extérieur d'un immeuble pour une durée d'une année, du 1^{er} janvier 2006 au 31 décembre 2006, reconductible d'année en année. Le loyer a été fixé à CHF 70.- par mois. Le



- 22 mars 2013, les parties ont conclu un nouveau bail pour une arcade de 90 m², destinée à une agence de voyages. Le bail a été conclu pour une durée de cinq ans, du 1^{er} avril 2013 au 31 mars 2018, reconductible de cinq ans en cinq ans sauf résiliation donnée six mois avant son échéance. Le loyer annuel a été fixé à CHF 1'660.- par mois, charges de CHF 150.- par mois en sus.
2. Le 19 mai 2016, la locataire a requis l'intervention d'un technicien en raison de canalisations défectueuses rendant une des chambres inutilisable et a sollicité une réduction de loyer pour ces défauts. Le 2 juin 2016, le Service d'incendie et de secours du Département de l'environnement urbain et de la sécurité est intervenu en raison d'une inondation survenue dans un appartement au premier étage ainsi que dans l'agence de voyages exploitée par la locataire. Le 24 juin 2016, une entreprise mandatée par la régie a établi un rapport d'intervention constatant les dégâts. Le 2 décembre 2016, cette même entreprise a informé la régie qu'elle n'avait pas pu établir un devis avant le 18 novembre 2016 en raison de l'indisponibilité de la locataire. La locataire a demandé à compenser les loyers avec la perte de loyer liée aux inondations et à titre de dédommagement, ce que la bailleuse a refusé. Une nouvelle inondation est survenue en juillet 2017.
 3. Par avis de résiliation du 26 novembre 2018, la bailleuse a résilié les baux pour le 31 décembre 2018 pour défaut du paiement du loyer, malgré ses mises en demeure du 12 octobre 2018. Les congés n'ont pas été contestés et la partie locataire a restitué les locaux en mars 2019. Les travaux de réfection ont été effectués ultérieurement au départ de la locataire.
 4. En 2020, la propriétaire a requis devant l'autorité de conciliation un montant de CHF 34'558.50 pour occupation illicite et pour la perte locative due à la résiliation prématurée pour loyers impayés et dommages, montant porté à CHF 37'473.95 devant le tribunal de première instance. En mars 2022, ce dernier a fait suite à la demande de la partie bailleuse et a condamné la locataire à payer CHF 37'473.95. Sur appel de la partie locataire, la Cour de justice a réduit ce montant à CHF 1'273.65, ne retenant que l'indemnité pour occupation illicite de mars 2019. La bailleuse a recouru au Tribunal fédéral.
 5. Dans cette affaire, la cour cantonale a rejeté les autres prétentions de la bailleuse. Elle a retenu que si la locataire devait indemniser la bailleuse pour le dommage causé par sa faute en raison de la rupture prématurée du bail, il appartenait à la bailleuse de limiter au maximum son préjudice en agissant avec diligence pour relouer son bien. Or, la partie bailleuse avait certes allégué avoir déployé des efforts suffisants, mais ce fait étant contesté par la locataire, il lui appartenait d'en apporter la preuve. A cet égard, la cour cantonale a considéré que le fait de n'avoir publié qu'une annonce par mois jusqu'en octobre 2020 était insuffisant.
 6. Le Tribunal fédéral rappelle que le locataire qui cause, fautivement, la fin prématurée du contrat a l'obligation d'indemniser le bailleur pour le dommage causé (ATF 127 III 548, c. 5 ; CR CO I-LACHAT/BOHNET, 3^e éd., Bâle 2021, art. 257d CO N 11). Cette créance en réparation permet au bailleur de faire valoir, à titre de dommage, les loyers fixés contractuellement qu'il n'a pas perçus du fait de la rupture anticipée du bail couvrant la période entre la fin prématurée du contrat et le moment où la chose louée pouvait objectivement être relouée, mais au maximum la date d'échéance contractuelle ordinaire du bail.
 7. En vertu de l'art. 44 al. 1 CO par renvoi de l'art. 99 al. 3 CO, le juge peut réduire les dommages-intérêts ou renoncer à en allouer si le bailleur, par des faits dont il est responsable, a contribué à créer le dommage ou à l'augmenter, respectivement a aggravé la situation du débiteur. Par conséquent, le bailleur doit prendre des mesures raisonnables et aptes à contrecarrer la survenance du dommage ou son aggravation, notamment en proposant les locaux à des tiers (CR CO I-LACHAT/BOHNET, op. cit., art. 257d CO N 12).
 8. Conformément à l'art. 8 CC, il appartient au bailleur titulaire de la prétention en indemnisation d'alléguer et prouver son dommage, et notamment d'établir que, malgré de réels efforts, il n'a pas été à même de relouer le logement aussitôt après la résiliation du bail. Il supporte donc le fardeau de la preuve de la durée pendant laquelle l'objet remis à bail ne pouvait pas être reloué (ATF 127 III 548, c. 5).
 9. Dans le cas d'espèce, la cour cantonale a retenu que le fait de publier une annonce sur un seul et unique site internet, chaque mois jusqu'en octobre 2020 ne constituait pas des mesures suffisantes pour réduire ou empêcher la survenance du dommage. Le Tribunal fédéral relève ne pouvoir revoir cette appréciation qu'avec retenue, relevant en outre que, dans la situation d'espèce, les travaux nécessaires et entrepris après le départ de la locataire empêchaient probablement la relocation. Il relève du reste que l'art. 264 CO et les développements relatifs à cette disposition ne s'appliquent pas par analogie au cas d'espèce. Le Tribunal fédéral rejette donc le recours de la bailleuse.
- **Note**
10. Par son analyse, le Tribunal fédéral confirme sa pratique relative aux conséquences de la fin prématurée du contrat de bail par la faute de la partie locataire (ATF 127 III 548, DB 2001, N 5 ; TF, 17.03.2009, 4A_22/2009, DB 2010, N 9) : en cas de résiliation

extraordinaire du bail par la partie bailleuse, celle-ci peut prétendre à des dommages-intérêts lorsque la résiliation est consécutive à un comportement fautif de la partie locataire. Tel est notamment le cas pour les résiliations extraordinaires fondées sur les art. 257d CO et 257f CO.

11. Selon la jurisprudence et la doctrine majoritaire, la créance en réparation constitue des dommages-intérêts positifs (ATF 127 III 548, c. 5 ; voir notamment KOLLER, *Ausserordentliche Kündigung der Wohnungs- und Geschäftsmiete wegen vertragswidrigen Verhaltens des Mieters – Ungeschriebene Kündigungstatbestände und Rechtsfolgen einer ausserordentlichen Kündigung*, PJA 2010, p. 551 s. ; *contra* : WESSNER, DB 2001, N 5, qui critique cette appréciation et retient un dommage-intérêt négatif). Le Tribunal fédéral retient que le congé extraordinaire opère des effets *ex nunc* sur le contrat, de sorte que la partie bailleuse peut prétendre à une créance en réparation du dommage correspondant aux loyers fixés contractuellement non perçus du fait de la rupture anticipée du bail, soit pendant la période écoulée entre la fin prématurée du bail d'une part et le terme pour lequel la chose louée pouvait être objectivement relouée. La date de l'échéance contractuelle ordinaire du bail constitue la limite maximale. Une partie de la doctrine et de la jurisprudence considèrent en outre que le dommage de la partie bailleuse peut comprendre d'autres postes, tels que les frais d'annonce (SVITK-REUDT, 4^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2018, art. 257d CO N 63 ; HG/ZH, 30.01.2018, HG160271-O U/dz, c. 2.3). A notre sens, tel n'est le cas que si la résiliation extraordinaire rend nécessaires des frais d'annonce plus importants qu'en cas de relocation consécutive à une résiliation ordinaire.
12. Le fondement légal de la créance en réparation ne ressort pas directement de l'art. 257d CO ou de l'art. 257f CO. Il convient de se rapporter à l'art. 107 al. 2 CO (en ce sens, ATF 127 III 548) ou à l'art. 97 al. 1 CO (TC/VD, mp 2001, p. 198 ss). En tout état de cause, les dispositions générales du Code des obligations s'appliquent, et plus particulièrement les art. 41 ss CO par renvoi de l'art. 99 al. 3 CO.
13. Au regard de ces dispositions ainsi que de l'art. 8 CC relatif au fardeau de la preuve, il appartient à la partie bailleuse faisant valoir sa prétention en réparation d'alléguer et de prouver son dommage. Outre les loyers prévus contractuellement, elle doit par conséquent alléguer et prouver la durée durant laquelle la chose louée n'a pas pu être relouée. Dans ce cadre, elle doit démontrer que l'absence de relocation n'a pas été causée ou aggravée par son comportement, raison pour laquelle elle doit alléguer et prouver qu'elle a fourni des efforts suffisants pour relouer la chose louée. Bien que cette question relève de l'appréciation du tribunal,

il appartient à notre sens à la partie bailleuse de fournir les mêmes efforts qui auraient été les siens si la chose louée était innocupée en raison d'une résiliation ordinaire.

14. S'agissant d'autres postes du dommage, notamment les frais d'annonce, la partie bailleuse doit également alléguer et prouver que les frais sont causés par la fin prématurée du bail. La partie locataire pourrait contester le lien de causalité entre le dommage subi et la fin prématurée du bail si ces frais d'annonce sont nécessaires, indépendamment du caractère ordinaire ou extraordinaire de la résiliation.
15. Du reste, le Tribunal fédéral relève à juste titre que les développements relatifs à l'art. 264 CO, imposant uniquement à la partie bailleuse de collaborer à la recherche d'une nouvelle partie locataire, sont sans pertinence dans le cas d'espèce.



Liste des arrêts rendus par le Tribunal fédéral entre le 1^{er} octobre 2023 et le 30 septembre 2024

Référence	Date	Mots-clés	Commenté in DB 2024
-----------	------	-----------	---------------------

1. Dispositions générales

4A_453/2022	29.08.2023	Droit à la preuve ; transfert de bail commercial	N 3
4A_508/2022	03.10.2023	Interprétation des manifestations de volonté ; principe de la confiance	
4A_143/2023	10.10.2023	Calcul de la valeur litigieuse ; signification simultanée de résiliations extraordinaire et ordinaire ; résiliation avec effet immédiat ; absence de consentement à la sous-location	N 1
CACIV.2023.82	11.12.2023	Administration des preuves en procédure d'appel ; garanties en tant que co-débiteur solidaire ; cautionnement ; porte-fort ; engagement solidaire	N 17
4A_332/2023	11.01.2024	Résiliation pour défaut de paiement ; avis comminatoire ; indication des loyers impayés	
4A_418/2023	12.01.2024	Révision ; transaction judiciaire ; erreur essentielle	N 16
4A_569/2022	19.03.2024	Résiliation par la faute du locataire ; dommages et intérêts pour loyers non perçus ; réduction du dommage en raison du comportement du bailleur ; fardeau de la preuve	N 20
4A_22/2024	20.03.2024	Faits nouveaux devant le Tribunal fédéral ; interprétation selon le principe de la confiance ; nullité du contrat en raison d'une impossibilité ; <i>ius tollendi</i> ; transactions coupées	N 4
4A_178/2024	26.03.2024	Résiliation ordinaire et extraordinaire du contrat de bail ; violation du devoir de diligence du locataire ; rénovations ou modifications de la chose par le locataire	
4A_611/2023	22.05.2024	Résiliation du bail ; défaut de paiement ; nullité ; inefficacité ; théorie de la réception absolue ; double représentation	N 5
4A_24/2024	23.05.2024	Obligation de chiffrer les conclusions ; interprétation du contrat selon le principe de la confiance	
4A_271/2024	28.05.2024	Forme du congé donné par le bailleur ; absence d'exigence de date	

2. Protection contre les loyers abusifs

4A_409/2022	19.09.2023	Récusation ; juge exerçant également comme avocat ; hausse de loyer ; autorisation de procéder ; formule officielle ; prestations supplémentaires du bailleur	
ATF 150 III 71	24.10.2023	Bail avec loyer indexé ; adaptation du loyer à l'échéance du bail indexé	N 6
ATF 150 III 123	29.11.2023	Contestation du loyer initial ; hausse massive ; présomption du caractère abusif ; affaiblissement de la présomption ; logements de comparaison ; statistiques	N 7
4A_268/2023	20.02.2024	Contestation du loyer initial ; rendement brut ; ventilation	
4A_75/2022, destiné à la publication	30.07.2024	Loyers indexés ; hausse de loyer ; rénovations ; taux de rendement admissible ; invocation du critère du taux hypothécaire en réaction à la hausse	N 8
4A_241/2023	29.07.2024	Rendement net admissible ; éléments de calcul	
4A_255/2024	20.08.2024	Résiliation ; congé contraire à la bonne foi ; motivation du congé ; prolongation du bail	

Référence	Date	Mots-clés	Commenté in DB 2024
-----------	------	-----------	---------------------

3. Protection contre les congés

4A_134/2023	06.03.2024	Résiliation ordinaire ; besoin propre du bailleur ; congé contraire à la bonne foi	N 9
4A_431/2023	05.03.2024	Procuration au nom du canton ; congé contraire à la bonne foi ; congé prononcé parce que le locataire fait valoir de bonne foi des prétentions découlant du contrat de bail ; motivation du congé	
4A_500/2023	11.04.2024	Résiliation avec effet immédiat ; refus de transmettre une attestation d'assurance responsabilité civile ; avertissement du bailleur ; annulabilité du congé	N 10
4A_258/2024	24.05.2024	Maxime inquisitoire sociale ; devoir d'interpellation du tribunal ; pouvoir d'examen de l'instance d'appel ; prolongation du bail ; notion de « conséquences pénibles »	
4A_438/2023	09.01.2024	Arbitraire ; contestation de l'état de fait devant le Tribunal fédéral ; devoir de motivation qualifié ; congé annulable	
4A_63/2024	17.06.2024	Résiliation dans le but d'optimiser le rendement du bien ; bonne foi ; méthode absolue ; rendement net ; loyers du marché ; fardeau de la preuve	
4A_568/2023	10.07.2024	Congé contraire aux règles de la bonne foi ; motivation du congé ; résiliation pour les besoins d'un proche du bailleur	
4A_377/2024	12.07.2024	Protection dans les cas clairs ; résiliation pour défaut de paiement	
4A_70/2024	06.08.2024	Bail commercial ; résiliation pour besoin propre du bailleur ; congé contraire à la bonne foi ; prolongation du bail	
4A_178/2024	26.03.2024	Résiliation ordinaire et extraordinaire du contrat de bail ; violation du devoir de diligence du locataire ; rénovations ou modifications de la chose par le locataire	

4. Autorités et procédure

ATF 149 III 469	11.09.2023	Notion de « protection contre les congés »	N 11
ATF 150 III 103	24.10.2023	Qualification d'une construction (mobilière ou immobilière) ; notion de « protection contre les congés » au sens de l'art. 243 al. 2 let. c CPC ; demande reconventionnelle	N 2
4A_435/2023	29.09.2023	Caractère final ou incident d'une décision ; préjudice irréparable ; possibilité d'éviter une procédure probatoire longue et coûteuse	
4A_446/2023	19.10.2023	Irrecevabilité en raison d'un recours procédurier ou abusif	
4A_266/2023	11.10.2023	Faits de double pertinence ; erreur dans les voies de droit	
4A_201/2023	09.10.2023	Comparution personnelle en audience de conciliation ; changement de jurisprudence ; formalisme excessif ; abus de droit	N 12
4A_316/2023	09.10.2023	Caractère final ou incident d'une décision ; possibilité d'éviter une procédure probatoire longue et coûteuse	
4A_482/2023	31.10.2023	Devoir d'interpellation du tribunal	
4A_16/2023	08.11.2023	Arbitrabilité d'un litige portant sur un bail à ferme agricole ; réintroduction d'un acte introductif d'instance suite à une irrecevabilité pour cause d'incompétence ; application de l'art. 63 CPC en matière d'arbitrage	N 13
4A_556/2023	30.11.2023	Intérêt à consulter le dossier ; motivation du recours devant le Tribunal fédéral ; contestation de l'établissement des faits	
4A_586/2023	18.12.2023	Décision incidente ; conditions de recevabilité ; préjudice irréparable	
4A_551/2023	15.12.2023	Décision incidente ; conditions de recevabilité ; préjudice irréparable	
4A_553/2023	15.12.2023	Décision incidente ; conditions de recevabilité ; préjudice irréparable	
4D_53/2023	16.11.2023	Conclusions dans les recours au Tribunal fédéral ; recours constitutionnel subsidiaire	



Référence	Date	Mots-clés	Commenté in DB 2024
4A_480/2023	06.12.2023	Protection dans les cas clairs ; état de fait susceptible d'être immédiatement prouvé ; situation juridique claire ; droit d'être entendu	
4A_495/2023	05.12.2023	Résiliation du bail et expulsion du locataire ; calcul de la valeur litigieuse ; intérêt digne de protection ; appréciation des preuves ; droit à une décision motivée ; appréciation anticipée des preuves	
4A_592/2023	09.01.2024	Décision finale ou incidente ; préjudice irréparable	
4A_468/2023	09.01.2024	Décision de suspension de la procédure au sens de l'art. 85a al. 2 LP ; décision incidente ; préjudice irréparable	
4A_390/2023	22.11.2023	Motivation de l'appel ; maxime inquisitoire sociale	
4A_422/2023	05.12.2023	Conclusions du recours au Tribunal fédéral ; appréciation des preuves ; arbitraire	
4D_59/2023	09.01.2024	Recours constitutionnel subsidiaire ; contestation de l'état de fait	
4A_582/2023	12.01.2024	Contestation de l'état de fait ; maxime inquisitoire sociale ; examen d'office des conditions de recevabilité	
4A_579/2023	19.01.2024	Sûretés en garantie des dépens	
4A_453/2023	18.12.2023	Observation du délai de recours ou d'appel ; mémoire adressé à la mauvaise autorité	
4A_579/2023	18.01.2024	Intérêt digne de protection ; expulsion	
4A_548/2023	14.02.2024	Application du droit d'office ; devoir de motivation du recours ; contestation de l'état de fait	
4A_193/2024	12.04.2024	Décision d'exécution anticipée ; droit d'être entendu ; droit de répliquer ; obligation de motiver les décisions	
4A_86/2024	25.03.2024	Intérêt juridique à l'annulation du recours ; expulsion	
1C_235/2023	11.03.2024	Droit d'être entendu ; droit de proposer des preuves ; droit de consulter le dossier ; obligation de motiver les décisions ; changement d'affectation au sens de la LTDR/GE ; notion de résidence meublée	N 19
4A_161/2024	26.03.2024	Décision de renvoi pour complément d'instruction ; décision incidente ; recours dont l'admission peut conduire immédiatement à une décision finale permettant d'éviter une procédure probatoire longue et coûteuse	
4A_594/2023	29.02.2024	Exercice des droits civils ; curatelle de portée générale	
4A_596/2023	29.02.2024	Exercice des droits civils ; curatelle de portée générale	
4A_91/2024	22.04.2024	Intérêt juridique à l'annulation du recours ; expulsion ; répartition des frais	
4A_189/2022, destiné à la publication	22.05.2024	Notion de protection contre les congés au sens de l'art. 243 al. 2 let. c CPC ; chiffrage des conclusions ; clause pénale	N 14
4A_61/2024	17.05.2024	Question juridique de principe ; droit d'être entendu ; droit à une décision motivée	
4A_449/2023	02.05.2024	Notification ; adresse du destinataire ou d'un représentant ; fiction de notification ; bonne foi	
4A_211/2024	11.06.2024	Protection dans les cas clairs ; résiliation pour défaut de paiement ; déclaration de compensation	
4A_437/2023	13.06.2024	Décision incidente ; préjudice irréparable ; commission d'un conseil d'office dans le cadre de l'assistance judiciaire ; mandataire professionnellement qualifié	N 15
4A_305/2024	11.06.2024	Protection dans les cas clairs	
4A_322/2024	17.06.2024	Décision incidente	

Référence	Date	Mots-clés	Commenté in DB 2024
4A_512/2023	07.06.2024	Interprétation de la décision ; récusation	
4D_55/2024	18.06.2024	Avance de frais ; recours ; observation du délai de paiement	
2D_2/2024	26.07.2024	Obligation de transmettre d'office un acte adressé à la mauvaise autorité	
4D_125/2024	05.09.2024	Intérêt digne de protection à l'annulation ou la modification de la décision contestée ; mesures provisionnelles devant le Tribunal fédéral	
4A_251/2024	15.07.2024	Restitution de délai ; notion de défaut (au sens procédural) ; pacte d'emption ; conditions de forme	
4A_453/2022	29.08.2023	Droit à la preuve ; transfert de bail commercial	N 3
4A_409/2022	19.09.2023	Récusation ; juge exerçant également comme avocat ; hausse de loyer ; autorisation de procéder ; formule officielle ; prestations supplémentaires du bailleur	
ATF 150 III 123	29.11.2023	Contestation du loyer initial ; hausse massive ; présomption du caractère abusif ; affaiblissement de la présomption ; logements de comparaison ; statistiques	N 7
4A_497/2023	16.01.2024	Protection dans les cas clairs ; décision réformatoire ou cassatoire en deuxième instance	
4A_420/2023	09.01.2024	Valeur litigieuse du recours au Tribunal fédéral ; prolongation du bail à ferme agricole	
4A_418/2023	12.01.2024	Révision ; transaction judiciaire ; erreur essentielle	N 16
4A_258/2024	24.05.2024	Maxime inquisitoire sociale ; devoir d'interpellation du tribunal ; pouvoir d'examen de l'instance d'appel ; prolongation du bail ; notion de « conséquences pénibles »	
4A_438/2023	09.01.2024	Arbitraire ; contestation de l'état de fait devant le Tribunal fédéral ; devoir de motivation qualifié ; congé annulable	
4A_24/2024	23.05.2024	Obligation de chiffrer les conclusions ; interprétation du contrat selon le principe de la confiance	
4A_63/2024	17.06.2024	Résiliation dans le but d'optimiser le rendement du bien ; bonne foi ; méthode absolue ; rendement net ; loyers du marché ; fardeau de la preuve	

5. Bail à ferme

4A_497/2023	16.01.2024	Protection dans les cas clairs ; décision réformatoire ou cassatoire en deuxième instance	
4A_420/2023	09.01.2024	Valeur litigieuse du recours au Tribunal fédéral ; prolongation du bail à ferme agricole	
4A_392/2023	24.04.2024	Inspection de la chose affermée par le bailleur ; nécessité d'obtenir le consentement du bailleur pour entreprendre des travaux importants ; indemnité équitable pour améliorations	
2C_602/2023	21.05.2024	Droit de préemption du fermier	
4A_16/2023	08.11.2023	Arbitrabilité d'un litige portant sur un bail à ferme agricole ; réintroduction d'un acte introductif d'instance suite à une irrecevabilité pour cause d'incompétence ; application de l'art. 63 CPC en matière d'arbitrage	N 13

6. Divers

4A_645/2023	25.01.2024	Contrat de bail en tant que reconnaissance de dette ; mainlevée provisoire ; moyens libératoires du locataire	N 18
4A_82/2024	19.08.2024	Modification unilatérale du contrat de bail au détriment du locataire ; abus de droit	
4A_105/2024	19.08.2024	Modification unilatérale du contrat de bail au détriment du locataire ; abus de droit	



Référence	Date	Mots-clés	Commenté in DB 2024
ATF 150 III 103	24.10.2023	Qualification d'une construction (mobilier ou immobilier) ; notion de « protection contre les congés » au sens de l'art. 243 al. 2 let. c CPC ; demande reconventionnelle	N 2
1C_235/2023	11.03.2024	Droit d'être entendu ; droit de proposer des preuves ; droit de consulter le dossier ; obligation de motiver les décisions ; changement d'affectation au sens de la LDTR/GE ; notion de résidence meublée	N 19
4A_22/2024	20.03.2024	Faits nouveaux devant le Tribunal fédéral ; interprétation selon le principe de la confiance ; nullité du contrat en raison d'une impossibilité ; <i>ius tollendi</i> ; transactions coupées	N 4
4A_251/2024	15.07.2024	Restitution de délai ; notion de défaut (au sens procédural) ; pacte d'emption ; conditions de forme	



Séminaire sur le droit du bail

Avenue du 1^{er}-Mars 26 • CH-2000 Neuchâtel • Téléphone: +41 32 718 12 60
www.bail.ch • seminaire.bail@unine.ch