

Séminaire sur le droit du bail

Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel

20^e SEMINAIRE SUR LE DROIT DU BAIL

20^e SEMINAIRE SUR LE DROIT DU BAIL

Edité par
François Bohnet et Blaise Carron

Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel
Helbing Lichtenhahn



UNIVERSITÉ DE
NEUCHÂTEL

FACULTÉ DE DROIT
www.unine.ch/droit

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek

La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie ; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Tous droits réservés pour tous pays. L'œuvre et ses parties sont protégées par la loi. Toute utilisation en dehors des limites de la loi est strictement interdite et requiert l'accord préalable écrit des éditeurs.

ISBN 978-3-7190-4132-8

© 2018 Helbing Lichtenhahn, Bâle, Séminaire sur le droit du bail, Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, Neuchâtel

www.helbing.ch

www.bail.ch

Préface

Le présent ouvrage est publié à l'occasion du 20^e Séminaire sur le droit du bail de l'Université de Neuchâtel, organisé pour la première édition les 5 et 6 octobre 2018, pour la seconde les 19 et 20 octobre 2018.

L'ouvrage recueille six contributions traitant de manière approfondie divers thèmes d'actualité en droit du bail.

Le Séminaire sur le droit du bail remercie les auteurs de leur contribution enrichissante à la pratique de la location immobilière, la maison d'édition Helbing Lichtenhahn, qui s'associe à la diffusion commerciale de l'ouvrage, ainsi que ses collaboratrices et collaborateurs ayant contribué à l'élaboration de l'ouvrage, en particulier Mme Sylvia Staehli, secrétaire.

François Bohnet et Blaise Carron
Codirecteurs du Séminaire sur le droit du bail
de l'Université de Neuchâtel

Neuchâtel, septembre 2018

Sommaire

FRANÇOIS BOHNET et PASCAL JEANNIN Codébiteurs solidaires et tiers garants en droit du bail	1
CAROLE AUBERT Droit du bail et plateformes d'hébergement	35
BLAISE CARRON Le bail de locaux nus ou bruts (<i>Rohbaumiete</i>)	81
LAURENT BIERI La protection des locataires contre les discriminations	161
PIERRE STASTNY La détermination du loyer initial en cas de nullité ou de contestation ..	187
PHILIPPE CONOD Loyers, rendements, travaux à plus-value	239

Abréviations

ACJ	Arrêt de la Cour de Justice (Genève)
al.	alinéa(s)
AMSL	Arrêté fédéral instituant des mesures contre les abus dans le secteur locatif du 30 juin 1972 (RO 1972 II 1531)
art.	article(s)
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
BK	Berner Kommentar
BSK	Basler Kommentar
CACI	Cour d'appel civile
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)
CCR	Contrat-cadre romand de baux à loyer du 12 décembre 2007 (FF 2008 5291)
CdB	Cahiers du bail
cf.	confer
ch.	chiffre(s)
cit.	cité(e)(s)
CL	Convention de Lugano (RS 0.275.12)
CO	Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse (Livre cinquième : droit des obligations) (RS 220)
cons.	considérant(s)
Co-SVIT	Commentaire SVIT
CPC	Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (RS 272)
CPra Bail	Droit du bail à loyer, Commentaire pratique
CR	Commentaire romand
CRB	Centre suisse d'études pour la rationalisation de la construction

Abréviations

CR-CO	Commentaire romand : Code des obligations
CREC	Chambre des recours civile
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101)
CVSE	Chauffage, ventilation, sanitaire, climatisation
DB	Droit du bail ; publication annuelle du séminaire sur le droit du bail, Université de Neuchâtel
éd.	Edition
édit.	Editeur
Eg./ég.	Egalement
et al.	Et alii (et autres)
FF	Feuille fédérale
GE	Genève
ibid.	Ibidem
IPC	Indice suisse des prix à la consommation
JdT	Journal des Tribunaux
KUKO	Kurzkomentar
LACC	Loi valaisanne d'application du code civil suisse (RSVS 211.1)
LAT	Loi fédérale du 22 juin 1979 sur l'aménagement du territoire (RS 700)
LDIP	Loi fédérale sur le droit international privé (RS 291)
LDTR	Loi sur les démolitions, transformations et rénovations de maisons d'habitation (RSG L 5 20)
let.	lettre
LGBL	Loi sur les garanties en matière de baux à loyer (RSV 221.307)
LGFL	Loi protégeant les garanties fournies par les locataires (RSG I 4 10)
LGVE	Luzerner Gerichts- und Verwaltungsentscheide
lit.	lettre(s)

Abréviations

LP	Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (RS 281.1)
LRS	Loi fédérale du 20 mars 2015 sur les résidences secondaires (RS 702).
MP	Mietrechtspraxis
MRA	Mietrecht Aktuell
n.	note
N	numéro(s)
nbp	note de bas de page
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OGer ZH	Obergericht des Kantons Zürich (Tribunal supérieur du Canton de Zurich)
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)
OFL	Office fédéral du logement
op. cit.	opus citatum (œuvre citée)
p.	page(s)
p. ex./p.ex.	par exemple
PJA	Pratique juridique actuelle
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal
RDS	Revue de droit suisse
RDTR	Règlement d'application de la loi sur les démolitions, transformations et rénovations de maisons d'habitation (L 5 20.01)
ref.	référence
RFJ	Revue fribourgeoise de jurisprudence
RJB	Revue de la Société des juristes bernois.
RJN	Recueil de jurisprudence neuchâteloise
RO	Recueil officiel du droit fédéral
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RSG	Recueil systématique genevois

Abréviations

RSVS	Recueil systématique des lois valaisannes
RSJ	Revue suisse de jurisprudence
RSPC	Revue suisse de procédure civile
RSV	Recueil systématique vaudois
RULV	Dispositions paritaires romandes et règles et usages locatifs du canton de Vaud du 31 janvier 2008 (FF 2008 5297)
SEFRI	Secrétariat d'Etat à la formation, à la recherche et à l'innovation
SIA	Société suisse des ingénieurs et architectes
SJ	Semaine judiciaire
s.	et suivant(e)
ss	et suivant(e)s
SUVA	Schweizerische Unfallversicherungsanstalt
SVIT	Schweizerischer Verband von Immobilienreuhänder (Association suisse de l'économie immobilière)
SVIT-K.	SVIT-Kommentar
TBx	Tribunal des baux
TC	Tribunal cantonal
TF	Tribunal fédéral
VD	Vaud
vol.	volume
ZGB	Zivilgesetzbuch
ZH	Zurich
ZMP	Zürcher Mietrechtspraxis
ZPO	Zivilprozessordnung
ZK	Zürcher Kommentar

Codébiteurs solidaires et tiers garants en droit du bail

par

François Bohnet*

Professeur à l'Université, Neuchâtel, avocat

et

Pascal Jeannin*

Doctorant à l'Université, Neuchâtel, avocat

I. Introduction	3
II. Généralités sur les sûretés	3
A. Sûretés réelles	4
B. Sûretés personnelles	5
1. Porte-fort	6
2. Cautionnement	10
3. Engagement solidaire et reprise cumulative de dette	13
III. Différentes sûretés dans les contrats de bail	16
A. Rappel des principes	16
B. Porte-fort	18
C. Cautionnement	21
D. Engagement solidaire	23

* Nous remercions chaleureusement Mme Patricia Dietschy-Martenet, collaboratrice scientifique du Séminaire et Chargée d'enseignement à la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, pour sa relecture critique et attentive de la présente contribution.

1. Colocataire	23
2. Garant	24
a) Principe	24
b) Délimitation avec le cautionnement	24
c) Réelle et commune intention des parties	25
d) Principe de la confiance	26
e) Exclusion à Genève	29
f) Solutions alternatives	30
IV. Conclusion	31
Bibliographie	32

I. Introduction

1. Un bail s'inscrit dans la durée. La relation bailleur-locataire peut rencontrer divers aléas et, en particulier à son terme, le bailleur peut se retrouver avec un arriéré de loyer ou un bien dégradé. Pour protéger leurs intérêts, les loueurs de biens immobiliers exigent ainsi pour la plupart « une garantie » du locataire. Il s'agit en principe du dépôt d'une somme d'argent, d'un montant maximum équivalant à trois loyers mensuels en matière de baux d'habitations et de locaux commerciaux, réglée à l'art. 257e CO. Lorsque le bailleur doute de l'assise financière du locataire, cette garantie-loyer est souvent complétée en pratique par l'engagement d'un « tiers garant » ou d'un « codébiteur solidaire » vers lequel le bailleur pourra se tourner si le locataire n'exécute pas ses obligations.
2. Les clauses contractuelles concernant ces tiers garant, en particulier la terminologie utilisée, ne permettent souvent pas de qualifier sans équivoque l'engagement du tiers et de le rattacher à l'une des formes de sûretés personnelles admises en droit suisse. La présente contribution propose un « tour d'horizon » des sûretés personnelles prévues par le droit suisse et leur application envisageable pour garantir les obligations découlant d'un contrat de bail. Sa finalité est de rendre attentif le lecteur aux pièges à éviter lors de l'engagement d'un tiers garant.

II. Généralités sur les sûretés

3. Toute personne qui se prétend titulaire d'une créance peut agir en justice pour faire condamner le débiteur récalcitrant à s'exécuter. Elle a droit à obtenir un jugement au fond sur le droit affirmé si cette affirmation est jugée digne de protection (action¹). Son droit reconnu, elle pourra demander l'exécution forcée sur tous les biens du

¹ FRANÇOIS BOHNET, Procédure civile, 2^e éd., Neuchâtel et Bâle 2014, p. 103 N 367 s.

débiteur². La loi permet aux parties de renforcer la position du créancier en prévoyant des sûretés³.

4. La notion de « sûretés » n'est pas définie par la loi. Il s'agit, selon la doctrine⁴ et la jurisprudence⁵, de l'ensemble des relations juridiques (légales ou conventionnelles) qui offrent une garantie au créancier pour l'exécution de la créance qu'il a, aura ou pourrait avoir à l'encontre d'un débiteur. La notion de sûreté embrasse toutes les garanties réelles ou personnelles procurant au créancier plus que le droit ordinaire sur l'ensemble des biens du débiteur. On distingue ainsi deux catégories de sûretés : les sûretés réelles et les sûretés personnelles.

A. Sûretés réelles

5. Par « sûretés réelles », on entend la garantie dont l'objet est une chose mobilière ou immobilière : le créancier acquiert un droit réel limité sur une chose déterminée du patrimoine du débiteur qui contient le droit de profiter de la valeur de la chose en priorité sur les autres créanciers si le débiteur ne respecte pas ses engagements⁶. Il s'agit notamment du nantissement (qui constitue un gage mobilier ; art. 889 ss CC) et de l'hypothèque (qui constitue un gage immobilier ; art. 842 ss CC). Dans ce domaine prévaut le *numerus clausus* : sont uniquement admis les types de sûretés réelles prévues par la loi⁷.
6. Dans les considérations qui suivent, nous nous concentrerons sur les sûretés personnelles ; les sûretés réelles ne sont pas détaillées. Notons

² Selon l'approche classique, TERCIER/BIERI/CARRON, § 6139 parlent d'une « garantie générale ».

³ TERCIER/BIERI/CARRON, § 6140.

⁴ TERCIER/BIERI/CARRON, § 6140 ss ; TERCIER/PICHONNAZ, N 1341 ss ; DEVELIOĞLU, N 22 ; CHRISTIAN BOVET, La garantie des créances dans la construction, in : Séminaire pour le droit de la construction, Journées du droit de la construction 1995, Volume II, p. 5.

⁵ ATF 106 II 161, cons. 2b ; 26 II 248, cons. 2.

⁶ TERCIER/PICHONNAZ, N 1345 ss ; DEVELIOĞLU, N 23 ; BOVET, op. cit., p.6.

⁷ PAUL-HENRI STEINAUER, Les droits réels, tome I, 4^e éd., Fribourg 2007, N 122 et tome III, 4^e éd., Fribourg 2012, N 2628 ; DEVELIOĞLU, N 23.

toutefois qu'il existe, dans le domaine du bail, une sûreté réelle particulière, à savoir le droit de rétention du bailleur de locaux commerciaux (art. 268 à 268b CO)⁸.

B. Sûretés personnelles

7. Par « sûreté personnelle », on entend l'engagement d'un tiers de garantir au créancier l'exécution de l'obligation du débiteur ; le créancier n'acquiert pas un droit réel, mais il peut, à certaines conditions, se retourner contre un tiers en cas de non-exécution du débiteur⁹.
8. La loi nomme expressément deux sûretés personnelles : le porte-fort (art. 111 CO) et le cautionnement (art. 493 ss CO). Il ne s'agit cependant pas d'un *numerus clausus* et l'on peut trouver d'autres formes de sûretés personnelles en pratique, notamment l'engagement solidaire (art. 143 CO)¹⁰.
9. Comme nous le verrons, il n'est pas toujours évident de déterminer si un accord entre les parties constitue un porte-fort, un cautionnement ou un engagement solidaire. Toutefois, ce point peut s'avérer d'une importance primordiale : le législateur a soumis le cautionnement à des exigences de forme (art. 493 CO), ce qui n'est pas le cas du porte-fort, ni des autres formes de sûreté personnelle. Il s'agit d'un domaine dans lequel les tribunaux doivent fréquemment procéder à l'interprétation des déclarations de volonté des parties conformément à l'art. 18 CO : le tribunal doit en premier lieu rechercher la réelle et commune intention des parties (*interprétation subjective*) ; si la volonté réelle des parties ne peut pas être établie ou si leurs volontés intimes divergent, le juge doit interpréter les déclarations faites et les comportements selon la théorie de la confiance ; il doit donc rechercher comment une déclaration ou une attitude pouvait être

⁸ Pour des développements : FOËX, p. 15 ss.

⁹ TERCIER/BIERI/CARRON, § 6146 ; DEVELIOĞLU, N 27.

¹⁰ ATF 106 II 161, cons. 2b.

comprise de bonne foi en fonction de l'ensemble des circonstances (*interprétation objective*)¹¹.

1. Porte-fort

10. Par « porte-fort » (art. 111 CO ; également appelé « promesse de porte-fort » ou « garantie »), l'on entend un contrat par lequel le garant promet au garanti le fait d'un tiers et s'engage à l'indemniser pour le cas où celui-ci n'exécuterait pas la prestation visée¹². Le « fait d'un tiers » doit être interprété d'une manière large : il peut s'agir « d'un fait quelconque de l'homme, positif ou négatif, d'une prestation au sens technique, d'un comportement, d'un geste, d'une présence, d'une absence, d'une action juridique, d'un acte juridique ou encore d'une décision, pourvu que l'accomplissement ne dépende ni seulement de la volonté du garant ni exclusivement du hasard, et qu'il présente un intérêt patrimonial pour le bénéficiaire »¹³. L'obligation du garant ne dépend pas de savoir si le tiers a commis une faute ; il suffit que « le fait du tiers » ne soit pas intervenu¹⁴.
11. Le porte-fort est un contrat *indépendant* de la relation juridique entre le garanti et le tiers ; la validité du porte-fort ne dépend aucunement de celle d'un éventuel contrat entre le garanti et le tiers¹⁵ ; il s'agit là de l'élément déterminant du porte-fort, qui le distingue de la caution¹⁶. Le porte-fort peut avoir précisément comme objet d'indemniser le garanti si le tiers ne prend pas l'engagement considéré¹⁷ ou que

¹¹ Sur le principe de l'interprétation des déclarations de volonté, voir p. ex. ATF 144 III 43, cons. 3.3 et 3.4 ; 142 III 239, cons. 5.2 ; 140 III 143, cons. 3.2 et 3.3.

¹² TERCIER/BIERI/CARRON, § 6514 ; BSK OR I-PESTALOZZI, art. 111 CO N 1 ; DEVELIOĞLU, N 71.

¹³ DEVELIOĞLU, N 76 ; voir aussi : BSK OR I-PESTALOZZI, art. 111 CO N 4.

¹⁴ KOLLER, N 72.02.

¹⁵ BSK OR I-PESTALOZZI, art. 111 CO N 1 s. ; EMMENEGGER, p. 563.

¹⁶ KOLLER, N 72.05 ; cf. ci-dessous, N 20 ; KLEINER/LANDOLT/GEMPERLI, § 5 N 6 ss.

¹⁷ ATF 111 II 276, cons. 2.

l'engagement s'avère nul ou annulable¹⁸. Est toutefois nul le porte-fort portant sur une prestation illégale ou contraire aux mœurs¹⁹.

12. L'on peut identifier deux catégories de portes-fort : le porte-fort « pur » (aussi appelé « garantie indépendante »), qui vise à garantir un fait d'un tiers avec lequel le garanti n'a pas de lien contractuel, et le porte-fort analogue au cautionnement, dont le but est – comme pour le cautionnement – de garantir l'exécution d'une prestation contractuelle²⁰.
13. Cela étant, le porte-fort est *subsidaire* à l'exécution du « fait du tiers » garanti : le garanti ne peut exiger la prestation du garant que lorsqu'il est clair que le tiers ne peut exercer la sienne, ou, s'il ne peut l'exercer que partiellement, dans quelle mesure²¹. A partir de quel moment exactement la prestation du garant est exigible dépend de l'accord entre les parties²². A défaut, la garantie est exigible dès que la prestation du tiers n'est pas effectuée au moment convenu. Le bénéficiaire de la promesse n'est pas tenu de mettre le tiers en demeure, ni de le rechercher²³. Sur ce point, il se distingue de l'engagement solidaire, respectivement de la reprise cumulative de dette.
14. Le porte-fort constituant une relation contractuelle indépendante de celle entre le garanti et le tiers, le garant ne peut se prévaloir des exceptions et objections que le tiers aurait envers le garanti²⁴. Il existe cependant des exceptions en vertu du principe de la bonne foi : si le garanti est en demeure du créancier (art. 91 ss CO) ou que la carence

¹⁸ EMMENEGGER, p. 563.

¹⁹ EMMENEGGER, p. 563, note 8.

²⁰ BSK OR I-PESTALOZZI, art. 111 CO N 21 ; DEVELIOĞLU, N 32 ss.

²¹ ATF 101 II 323, cons. 1c *in fine* : « Im übrigen ist selbst die Leistungspflicht des Garanten in dem Sinne subsidiär, als er erst in Anspruch genommen werden darf, wenn feststeht, ob und in welchem Umfang die Leistung des Dritten entfällt » ; EMMENEGGER, p. 563.

²² BSK OR I-PESTALOZZI, art. 111 CO N 11a ; CR CO I-TEVINI, art. 111 CO N 14 ; ATF 138 III 241, cons. 3.2.

²³ ATF 131 III 606, cons. 4.2.2 ; TF du 10.12.2007, 4A_290/2015, cons. 6.1.

²⁴ BSK OR I-PESTALOZZI, art. 111 CO N 14 ; CR CO I-TEVINI, art. 111 CO N 3 ; TF du 10.12.2007, 4A_290/2015, cons. 6.1.

du tiers est autrement imputable au garanti, il ne saurait faire appel au garant²⁵. Notons que le garant peut opposer au garanti des exceptions tirées du contrat de garantie lui-même²⁶.

15. Le garant ne dispose d'aucun droit de recours contre le tiers (le recours en vertu de l'art. 110 CO est exclu, le garant exécutant une obligation propre) et ne peut exiger du garanti une cession des droits de ce dernier contre le tiers²⁷. Cela étant, le garant et le garanti peuvent convenir, par disposition expresse contraire, d'une cession de créance (art. 164 ss CO)²⁸. En outre, un droit de recours peut résulter d'une relation juridique entre le tiers et le garant, tel qu'un mandat²⁹.
16. La loi ne prévoit pas de conditions de forme pour la conclusion d'un porte-fort³⁰. Il peut donc être conclu par écrit, par oral ou par acte concluant. En pratique, la conclusion par acte concluant est même fréquente. Le garant s'engage souvent sans exiger de contre-prestation. Il procède alors fréquemment par « déclaration de garantie », qui constitue juridiquement parlant une offre au sens des art. 3 ss CO³¹. Puisqu'il s'agit d'une offre qui n'engage pas le destinataire, cette situation constitue une « affaire de nature spéciale » au sens de l'art. 6 CO pour lequel l'offre est acceptée tacitement si le destinataire ne s'y oppose pas³². De plus, dans le commerce international, l'acceptation tacite de garanties bancaires (qui peuvent constituer un porte-fort au sens de l'art. 111 CO) est la règle³³.
17. Constituent notamment des porte-fort au sens de l'art. 111 CO la plupart des « garanties bancaires »³⁴. L'on entend par garantie

²⁵ CR CO I-TEVINI, art. 111 CO N 14 ; TF du 10.12.2007, 4A_290/2015, cons. 6.1.

²⁶ BSK OR I-PESTALOZZI, art. 111 CO N 14 ; CR CO I-TEVINI, art. 111 CO N 17.

²⁷ BSK OR I-PESTALOZZI, art. 111 CO N 14.

²⁸ CR CO I-TEVINI, art. 111 CO N 15.

²⁹ ATF 120 III 34 ; CR CO I-TEVINI, art. 111 CO N 17.

³⁰ BSK OR I-PESTALOZZI, art. 111 CO N 7 ; BK OR-WEBER, art. 111 CO N 123 ; KLEINER/LANDOLT/GEMPERLI, § 21 N 3.

³¹ KLEINER/LANDOLT/GEMPERLI, § 21 N 2.

³² BSK OR I-ZELLWEGE-GUTKNECHT/BUCHER, art. 6 CO N 12 .

³³ KLEINER/LANDOLT/GEMPERLI, § 21 N 2.

³⁴ TERCIER/BIERI/CARRON, § 6552.

bancaire l'engagement irrévocable pris par un établissement bancaire ou une autre institution analogue de fournir au bénéficiaire une prestation en espèces au cas où un tiers ne respecterait pas les obligations qu'il a envers lui³⁵. En fonction de la manière dont le bénéficiaire peut obtenir le paiement de la somme garantie, les garanties bancaires peuvent être soit « à première demande », soit « documentaires »³⁶. Dans la garantie à première demande, la simple déclaration du bénéficiaire suffit pour que le garant soit obligé de payer l'intégralité de la somme prévue. Le garant doit honorer son engagement, sans égard à un éventuel litige relatif au contrat de base, aussitôt après l'appel du bénéficiaire³⁷. Afin de limiter le risque d'abus par le garanti, les garanties à première demande sont souvent munies d'une clause dite « d'effectivité », selon laquelle la banque verse la somme garantie à première demande, mais à condition qu'un cas de garantie se soit réalisé. Cette clause implique que le bénéficiaire de la garantie procède à une déclaration écrite selon laquelle le risque garanti s'est réalisé³⁸.

18. Quant à la garantie documentaire, celle-ci ne peut être mise en œuvre que par la présentation par le bénéficiaire d'un ou de plusieurs documents mentionnés dans le contrat de garantie³⁹. Il peut s'agir de documents émanant du bénéficiaire de la garantie, de tiers indépendants, ou encore d'un jugement ou d'une sentence arbitrale⁴⁰. Ceux-ci sont censés attester du fait que la prestation garantie n'a pas été exécutée ou qu'elle l'a été de manière défectueuse. La garantie documentaire limite par conséquent sensiblement le risque d'abus⁴¹.

³⁵ TERCIER/BIERI/CARRON, § 6552 ; BK OR-WEBER, art. 111 CO N 21.

³⁶ ATF 119 II 132, cons. 5a/aa ; KLEINER/LANDOLT/GEMPERLI, § 21 N 7.

³⁷ ATF 138 III 241, cons. 3.2 et 3.3 ; 119 II 132, cons. 5a/aa ; TERCIER/BIERI/CARRON, § 6589 ; KLEINER/LANDOLT/GEMPERLI, § 21 N 13 s ; DEVELIOĞLU, N 108.

³⁸ ATF 119 II 132, cons. 5a/bb ; TERCIER/BIERI/CARRON, § 6561 ; DEVELIOĞLU, N 113.

³⁹ ATF 119 II 132, cons. 5a/bb ; TERCIER/BIERI/CARRON, § 6587 ; KLEINER/LANDOLT/GEMPERLI, § 21 N 8 ss ; DEVELIOĞLU, N 123.

⁴⁰ ATF 119 II 132, cons. 5a/bb ; DEVELIOĞLU, N 123.

⁴¹ DEVELIOĞLU, N 123.

19. Les garanties bancaires ne sont de manière générale pas soumises à des conditions matérielles, les banques ne procédant en principe pas à des « enquêtes » en dehors de leur domicile, nécessaires afin d'établir les faits⁴². Même la garantie documentaire n'est pas soumise à une condition matérielle, la banque doit vérifier la régularité formelle des documents, mais n'est pas tenue de vérifier qu'ils soient matériellement exacts⁴³.

2. Cautionnement

20. Contrairement au porte-fort, le cautionnement fait l'objet d'une réglementation légale détaillée, aux art. 492-512 CO. Selon l'art. 492 al. 2 CO, le cautionnement est « un contrat par lequel une personne s'engage envers le créancier à garantir le paiement de la dette contractée par le débiteur ». Le cautionnement constitue un engagement *accessoire* et *subsidaire* : il est accessoire, car il ne donne pas naissance à une dette indépendante, mais ne fait qu'en assurer une autre⁴⁴, et subsidiaire, car le créancier ne peut agir contre la caution qu'après avoir agi en vain contre le débiteur principal⁴⁵.
21. Le cautionnement peut se présenter sous *différentes formes*. Il peut notamment être simple (art. 495 CO) ou solidaire (art. 496 CO), selon que le créancier peut se retourner contre la caution uniquement après avoir agi en vain contre le débiteur principal (ce dernier étant parti à l'étranger, déclaré en faillite, ayant obtenu un sursis concordataire ou des poursuites contre lui intentées par le créancier ayant abouti à la délivrance d'un acte de défaut de biens définitif ; art. 495 al. 1 CO) ou déjà avant de rechercher le débiteur et de réaliser ses gages immobiliers, à condition que le débiteur soit en retard dans le paiement de sa dette et qu'il ait été sommé en vain de s'acquitter ou

⁴² KLEINER/LANDOLT/GEMPERLI, § 21 N 8.

⁴³ TERCIER/BIERI/CARRON, § 6587 et les réf. citées.

⁴⁴ ATF 129 III 702, cons. 2.1 ; TERCIER/BIERI/CARRON, § 6173 ; EMMENEGGER, p. 562 ; TF du 08.05.2018, 4A_624/2017, cons. 3.1.2.

⁴⁵ EMMENEGGER, p. 562 ; voir aussi : Tribunal supérieur du canton de Lucerne, arrêt du 09.03.2009, 11 08 130, cons. 6, LGVE 2009 N 12.

que son insolvabilité soit notoire (art. 496 al. 1 CO). Sans autre indication, un cautionnement est présumé simple⁴⁶. Le cautionnement peut être individuel ou plural selon qu'il existe une seule ou plusieurs cautions⁴⁷.

Il convient de distinguer le *cautionnement solidaire* (art. 496 CO) de l'*obligation solidaire* (art. 143 ss CO). Le cautionnement solidaire ne fonde pas d'obligation solidaire. Le créancier principal peut certes dans les deux cas réclamer l'entier de sa créance aux deux débiteurs, mais la caution peut se prévaloir des exceptions des art. 502, 503 et 509 CO alors que le codébiteur solidaire a à sa disposition les exceptions des art. 145-147 CO⁴⁸.

22. Contrairement à ce qui prévaut pour le porte-fort, la caution a le droit et même l'obligation d'opposer au créancier toutes les *exceptions* qui appartiennent au débiteur ou à ses héritiers et qui ne résultent pas de l'insolvabilité du débiteur (art. 502 al. 1 CO). Une fois qu'elle s'est acquittée du montant réclamé par le créancier, la caution acquiert un droit de recours contre le débiteur principal à concurrence de la somme qu'elle a déboursée (art. 507 al. 1 CO). Si elle a manqué à son obligation d'opposer les exceptions appartenant au débiteur, elle est déchue de ce droit de recours, à moins qu'elle prouve qu'elle les ignorait sans sa faute (art. 502 al. 3 CO).

L'art. 121 CO précise que la caution peut refuser de payer le créancier, en tant que le débiteur principal a le droit d'invoquer la compensation. La créance que le débiteur peut invoquer en compensation est indépendante de la créance garantie par cautionnement, raison pour laquelle la caution ne peut pas la déclarer à la place du débiteur. Dès lors, la caution pourrait être tenue de payer la dette garantie, même si le débiteur pourrait y opposer la compensation. Le législateur a dès lors mis expressément la caution au bénéfice de l'exception dilatoire de l'art. 121 CO⁴⁹.

23. Un élément particulièrement important dans les contrats de cautionnement constitue la question des *conditions de forme*. Sur ce point, l'art. 493 CO prévoit une réglementation différenciée en

⁴⁶ TERCIER/BIERI/CARRON, § 6199 ; BSK OR I-PESTALOZZI, art. 495 CO N 1.

⁴⁷ TERCIER/BIERI/CARRON, § 6196 et 6209.

⁴⁸ TERCIER/BIERI/CARRON, § 6208.

⁴⁹ BSK OR I-PESTALOZZI, art. 502 CO N 7.

fonction du montant du cautionnement et de la personne de la caution : le cautionnement est soumis à la forme écrite simple si la caution est une personne morale, une société collective ou une société en nom collectif (art. 493 al. 1 CO). Si la caution est une personne physique et que le montant du cautionnement ne dépasse pas CHF 2'000.-, il est soumis à la forme écrite qualifiée : le montant maximal du cautionnement doit être noté sur l'acte de manière olographe, de même que, le cas échéant, le caractère solidaire du cautionnement (art. 493 al. 2, 2^e hypothèse CO). 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). De plus, selon l'art. 494 CO, une personne mariée (al. 1) ou en partenariat enregistré (al. 4) ne peut cautionner valablement qu'avec le *consentement écrit de son conjoint* donné préalablement ou au plus tard simultanément dans l'espèce, à moins que les époux ne soient séparés de corps par jugement.

24. Les exigences formelles ont pour but de protéger les particuliers de prendre des engagements inconsidérés⁵⁰. Dans l'idée du législateur, le cautionnement est un acte altruiste pris par un proche ou un membre de la famille du débiteur afin de lui permettre la conclusion d'une affaire⁵¹. La constitution d'une sûreté au profit d'un membre de la famille ou d'un autre proche ne suit pas une logique économique, mais sociale ; dans ce contexte, les personnes sont plus facilement amenées à prendre des risques mal calculés⁵².
25. L'acte de cautionnement doit contenir l'indication du *montant maximal* à concurrence duquel la caution peut être tenue (art. 493 al. 1 CO). La mention du montant de la caution n'est pas seulement une exigence de forme, mais également une condition à la *validité*

⁵⁰ ATF 129 III 702, cons. 2.2, JdT 2004 I 535.

⁵¹ CHRISTIANA FOUNTOLAKIS, Bürgschaftsrecht – von den Hoffnungen des Gesetzgebers und was davon übrig bleibt, PJA 2010, p. 423 ss ; OGer ZH, arrêt du 22.10.2012, NG120015, cons. 2.2.1.

⁵² EMMENEGGER, p. 576.

matérielle du cautionnement⁵³. Un simple renvoi à un autre texte ne suffit pas à la validité de forme⁵⁴. Faute de respect de cette exigence, le cautionnement est nul⁵⁵. L'indication numérique étant un élément objectivement essentiel au contrat, la conséquence est une nullité absolue⁵⁶. Celle-ci sera en principe totale, à une exception près : si la caution note à la main la somme maximale du cautionnement, mais que celle-ci est supérieure à CHF 2'000.-, le cautionnement est néanmoins valable jusqu'à concurrence de CHF 2'000.-, mais nul au-delà⁵⁷. En aucun cas, la caution peut être tenue d'un montant supérieur au montant total indiqué dans l'acte de cautionnement (art. 499 al. 1 CO). Ce montant peut toutefois être fixé à un montant supérieur à la dette garantie, afin de tenir compte par exemple des intérêts⁵⁸.

3. Engagement solidaire et reprise cumulative de dette

26. La pratique a développé une multitude d'autres formes de sûretés personnelles. La plus fréquente (et la plus controversée) pour le droit du bail est sans doute l'*engagement solidaire*, respectivement la *reprise cumulative de dette*. Il s'agit d'une déclaration d'un tiers de répondre de la dette du débiteur de manière solidaire au sens des art. 143 ss CO⁵⁹. Si elle intervient au moment de la conclusion de l'engagement du débiteur, il s'agit d'un engagement solidaire ; lorsque le tiers se joint ultérieurement au débiteur « d'origine », l'on parle de reprise cumulative de dette⁶⁰. Le tiers devient codébiteur

⁵³ ATF 117 II 490, cons. 3, JdT 1993 I 312 ; TERCIER/BIERI/CARRON, §§ 6265 ss et 6273.

⁵⁴ TC FR, RFJ 1999 240, cons. 2a/aa ; TERCIER/BIERI/CARRON, § 6273 ; CR CO I-MEIER, art. 493 N 4.

⁵⁵ ATF 111 II 276, cons. 2d ; PIERRE ENGEL, Contrats de droit suisse, 2^e éd., Berne 2000, p. 643.

⁵⁶ BSK OR I-PESTALOZZI, art. 493 N 7 et 10 ; TERCIER/BIERI/CARRON, §§ 6265 ss ; CR CO I-MEIER, art. 493 N 7.

⁵⁷ TERCIER/BIERI/CARRON, §§ 6265 ss.

⁵⁸ BSK OR I-PESTALOZZI, art. 499 CO N 1 ; TF du 29.01.2009, 4A_530/2008, cons. 5.2.5.

⁵⁹ EMMENEGGER, p. 562.

⁶⁰ TF, SJ 2008 I 29, cons. 5 ; TF du 01.05.2013, 4A_656/2012, cons. 2.4 ; TERCIER/BIERI/CARRON, § 6181.

solidaire, ce qui signifie qu'il peut être recherché par le créancier de manière exclusive ou ensemble avec le (premier) débiteur, ou, comme le dit la loi : « le créancier peut, à son choix, exiger de tous les débiteurs solidaires ou de l'un d'eux l'exécution intégrale ou partielle de l'obligation » (art. 144 al. 1 CO). Par sa déclaration, le tiers fonde une obligation propre qui s'ajoute à celle du débiteur d'origine ; il reprend ainsi personnellement et directement la dette du débiteur d'origine⁶¹.

27. Contrairement à la caution, l'engagement solidaire respectivement la reprise cumulative de dette n'est *pas subsidiaire ni strictement accessoire* : le créancier peut directement attaquer le codébiteur solidaire et n'a pas besoin de s'en prendre en premier au débiteur d'origine⁶². Si l'extinction de la dette du débiteur d'origine ne libère pas nécessairement le codébiteur solidaire⁶³, son engagement, contrairement au porte-fort, suppose l'existence d'une dette⁶⁴.
28. Le codébiteur solidaire peut opposer au créancier les exceptions communes à tous les débiteurs (art. 145 al. 1 1^{ère} hypothèse CO ; p. ex. la mauvaise exécution du contrat conclu entre un créancier et plusieurs codébiteurs) et les exceptions personnelles envers le créancier (art. 145 al. 1 2^e hypothèse CO ; p. ex. la compensation avec une créance du codébiteur envers le créancier). Il a même l'obligation de faire valoir les exceptions communes et il répond envers les autres coobligés s'il l'omet (art. 145 al. 2 CO). En vertu de l'art. 148 CO, les codébiteurs sont présumés répondre à parts égales (al. 1) ; celui qui paie au-delà de sa part acquiert d'un droit de recours contre les autres (al. 2) et, dans cette mesure, les droits du créancier lui sont cédés (art. 149 al. 1 CO). L'engagement solidaire et la reprise cumulative de dette constituent des exceptions au principe de répartition par tête : le

⁶¹ EMMENEGGER, p. 562 ; TF du 26.10.2012, 4A_235/2012, cons. 2.1.

⁶² ATF 129 III 702, cons. 2.1 ; EMMENEGGER, p. 562.

⁶³ Le codébiteur solidaire est uniquement libéré si la dette du débiteur d'origine est éteinte par paiement ou par compensation, mais non si la libération résulte d'un autre fait extinctif (art. 147 CO), tel que la remise de dette ou la novation : BSK OR I-GRABER, art. 147 CO N 5.

⁶⁴ OGer ZH, arrêt du 22.10.2012, NG120015, cons. 2.2.1.

garant ne répond, dans les rapports internes, pas du tout de l'obligation⁶⁵. Il pourra dès lors recourir contre son coobligé sur l'entier de ce qu'il a payé.

29. Le paiement par un des coobligés de l'entier de la dette libère les autres à l'égard du créancier : l'engagement des coobligés envers le créancier prend fin (art. 147 CO)⁶⁶. Le créancier dispose d'une créance indépendante envers chaque coobligé. Il peut notamment disposer de chaque créance individuellement. La remise de dette envers un coobligé ne bénéficie pas aux autres. De même, si le créancier prononce p. ex. une résiliation, celle-ci n'a d'effet qu'envers le coobligé envers lequel elle a été prononcée⁶⁷.
30. En pratique, c'est toutefois la délimitation entre l'engagement solidaire ou la reprise cumulative de dette et le cautionnement qui est souvent problématique. Le Tribunal fédéral retient qu'en cas de cautionnement, l'obligation a pour cause la garantie que le débiteur principal est solvable alors qu'en cas de reprise de dette, la cause réside dans le désintéressement du créancier indépendamment du débiteur⁶⁸. Pour déterminer si l'on est en présence d'un cautionnement ou d'un engagement principal solidaire ou cumulatif, il faut ainsi faire appel au but du contrat et à l'intérêt propre de celui qui s'engage, une présomption existant en faveur du cautionnement⁶⁹. Contrairement à ce qui prévaut pour le cautionnement, qui, dans l'idée du législateur, est un acte altruiste, l'engagement solidaire, respectivement la reprise

⁶⁵ Dans ce sens aussi : ATF 110 II 340, cons. 2.

⁶⁶ ATF 129 III 702, cons. 2.1 ; BSK OR I-GRABER, art. 147 CO N 1 ; TF du 10/17.12.2002, 4C.154/2002, cons. 3.1.

⁶⁷ ATF 129 III 702, cons. 2.1 ; BSK OR I-GRABER, art. 147 CO N 1 ; BSK OR I-TSCHÄNI, art. 176 CO N 2 ; KLEINER/LANDOLDT/GEMPERLI, § 13 N 4 ; GEORGES SCYBOZ, Garantievertrag und Bürgschaft, in : Schweizerisches Privatrecht, tome VII/2, Bâle 1979, pp. 315 ss, 342 ; BK OR-GIOVANOLI, art. 492 N 2 CO ; TF du 10/17.12.2002, 4C.154/2002, cons. 3.1.

⁶⁸ ATF 129 III 702, cons. 2.2, JdT 2004 I 535, et les réf. ; TF du 08.05.2018, 4A_624/2017, cons. 3.1.3.

⁶⁹ ATF 129 III 702, cons. 2.5, JdT 2004 I 535 ; 113 II 434, cons. 2c, JdT 1988 I 185 ; 111 II 284, cons. 2 ; 111 II 276, cons. 2b ; 101 II 323, cons. 1 ; JdT 1976 I 537, cons. 1d.

cumulative de dette, suppose que le tiers dispose d'un intérêt direct et matériel à l'engagement⁷⁰. La sûreté elle-même ne constitue pas l'élément essentiel de la cause de l'obligation découlant de la reprise cumulative de dette, même si une telle reprise a toujours un certain effet de garantie⁷¹. Or il est rare que la volonté des parties soit absolument limpide à ce sujet⁷². La délimitation nécessite dès lors la plupart du temps une interprétation de la volonté des parties. Leurs déclarations doivent être interprétées selon le principe de la confiance⁷³.

31. Cette problématique peut en particulier se poser, comme nous le verrons ci-après (N 48 ss), lorsque le bailleur exige du locataire de locaux d'habitation la présentation d'un « tiers garant » ou d'un « codébiteur solidaire ».
32. Notons encore que la solidarité ne se présume pas. Dès lors, le créancier supporte le fardeau de la preuve de son existence⁷⁴.

III. Différentes sûretés dans les contrats de bail

A. Rappel des principes

33. Le bailleur peut exiger du locataire la fourniture de sûretés au moment de la conclusion du bail pour garantir ainsi l'exécution des obligations du locataire, en particulier celle de payer le loyer et les frais accessoires (art. 257-257b CO) et celle d'user de la chose avec le soin

⁷⁰ ATF 129 III 702, cons. 2.6, JdT 2004 I 535 et réf. citées ; TF du 08.05.2018, 4A_624/2017, cons. 3.1.3. Voir déjà TF, SJ 2000 I 305 : « intérêt propre et marqué à l'exécution de l'obligation » ou « qu'il en retire personnellement un avantage ». Pour un exemple : TF du 06.05.2015, 4A_660/2014, cons. 3 (engagement solidaire de l'administratrice présidente et de l'administrateur vice-président de la société en faveur d'une banque pour l'octroi d'un crédit à leur société).

⁷¹ ATF 129 III 702, cons. 2.3, JdT 2004 I 535 ; TF du 08.05.2018, 4A_624/2017, cons. 3.1.3 ; TF du 26.08.2016, 4A_312/2016, cons. 2.2 ; TF du 29.10.2015, 4A_310/2015, cons. 3.1.

⁷² Si la volonté est claire, nulle besoin d'interprétation : ATF 111 II 284, cons. 2.

⁷³ ATF 129 III 702, cons. 2.3, JdT 2004 I 535. Pour un exemple : TF du 01.05.2013, 4A_656/2012, cons. 2.4.

⁷⁴ BSK OR I-GRABER, art. 143 CO N 6.

nécessaire (art. 257f al. 1 CO). Pour les locaux commerciaux et d'habitations, l'art. 257e CO règle la constitution d'un dépôt à titre de sûreté sur une somme d'argent ou des papiers-valeurs⁷⁵. En pratique, l'on parle à ce sujet souvent de « garantie-loyer » ou de « caution ».

Le dépôt à titre de sûretés constitue une combinaison de nantissement sur la somme d'argent respectivement les papiers-valeurs et le contrat de dépôt. Si le locataire dépose une somme d'argent ou d'autres papiers-valeurs au porteur, la banque devient propriétaire des valeurs déposées et le locataire acquiert une créance en remboursement (dépôt irrégulier : art. 481 CO). Un droit de gage mobilier en faveur du bailleur est constitué sur cette créance. Si le locataire dépose des papiers-valeurs nominatifs, le bailleur acquiert un droit de gage sur ceux-ci ; la banque les conserve à titre de dépositaire (dépôt régulier, art. 472 ss CO)⁷⁶.

On a assisté, ces dernières années, à l'émergence d'*assurances de cautionnement*, qui viennent en aide au locataire ne disposant pas de suffisamment de liquidités pour constituer la « garantie-loyer ». Celles-ci ne seront pas abordées ici ; constatons néanmoins que le bailleur est libre d'accepter cette forme de sûreté ou non ; il ne saurait toutefois l'exiger d'un locataire, car ceci constituerait une transaction couplée (art. 254 CO) et serait donc nul⁷⁷.

34. Cela étant, en vertu de la liberté contractuelle, les parties peuvent convenir d'une autre forme de sûreté que celles prévues à l'art. 257e CO⁷⁸. Les autres formes de sûretés ne sont pas sujettes aux modalités prévues à cette disposition⁷⁹, en particulier pas à la limitation à la somme garantie à la hauteur de trois loyers mensuels. Le législateur cantonal peut toutefois, en vertu de la réserve de l'art. 257e al. 4 CO, exclure certaines formes de garantie ou en fixer les modalités⁸⁰. Ainsi,

⁷⁵ FOËX, p. 10 ; ZK OR-HIGI, art. 257e CO N 24.

⁷⁶ BSK OR I-WEBER, art. 257e CO N 4 ; FOËX, p. 10 ; ZK OR-HIGI, art. 257e CO N 24 s.

⁷⁷ DAVID LACHAT/PIERRE STASTNY, Le bail à loyer, à paraître au début 2019, Chap. 17 N 3.1 ; BSK OR I-WEBER, art. 254 CO N 3b.

⁷⁸ CPra Bail-MARCHAND, art. 257e CO N 1 et N 41 s.

⁷⁹ BSK OR I-WEBER, art. 257e CO N 2 ; STOLL, p. 66 ; SVIT-K., art. 257e CO N 7 ; ZK-HIGI, art. 257e CO N 22.

⁸⁰ CPra Bail-MARCHAND, art. 257e CO N 5 ; STOLL, p. 68 ; cet alinéa, à l'instar de l'art. 6 al. 2 AMSL, dont la teneur était quasi identique, permet en effet non seulement

le législateur genevois a élargi le champ d'application du plafonnement prévu à l'art. 257e al. 2 CO et y soumet également les autres formes de sûretés (art. 2 de la Loi protégeant les garanties fournies par les locataires, ci-après : LGFL⁸¹).

35. Dans les lignes qui suivent, nous analyserons les possibilités des parties de choisir comme sûreté le porte-fort, le cautionnement ou l'engagement solidaire, et les risques que présente ce choix. Notons que la constitution de sûretés n'est pas une affaire « à sens unique » : en particulier dans les baux de locaux commerciaux, il arrive que le bailleur fournisse une garantie pour ses obligations découlant du bail au locataire. Sur ce point, la loi est muette.

B. Porte-fort

36. Différentes formes de porte-fort trouvent fréquemment application dans des baux commerciaux. On rencontre ainsi des « déclarations de patronage » (aussi appelés « lettres de patronage » ou, en anglais, « letter of comfort ») de sociétés mères ou pour leurs sociétés-filles lorsque celles-ci concluent un bail commercial⁸². Peut ainsi être citée comme exemple d'un porte-fort la clause suivante :

« Nous nous engageons par la présente à votre égard, en relation à nos rapports de participations dans A. SA [locataire], à prendre les mesures nécessaires pour que A. SA remplisse entièrement l'ensemble de ses obligations découlant du contrat de bail susmentionné. Nous nous engageons, par la présente, dans l'hypothèse où celle-ci ne devait pas remplir entièrement ses obligations, à répondre nous-mêmes des obligations de A. SA »⁸³.

aux cantons d'édicter des dispositions complémentaires en ce qui concerne les sûretés fournies en espèces ou sous forme de papiers-valeurs, mais également d'exclure certaines garanties ou d'en fixer les modalités : ATF 102 Ia 372, cons. 3.

⁸¹ RSG I 4 10.

⁸² Par exemple, TF du 07.03.2012, 4A_719/2011.

⁸³ Exemple tiré et légèrement adapté de l'arrêt TF du 07.03.2012, 4A_719/2011, en fait, A.

37. Par cette clause, la société mère (garant) se porte fort vis-à-vis du bailleur (garanti) du fait que sa société-fille, avec laquelle le bailleur a conclu un contrat de bail, exécute ses obligations.
38. Il existe toutefois aussi des déclarations de patronage rédigées de manière plus abstraite par lesquelles le « garant » ne fait par exemple qu'assurer qu'il est « dans son intérêt » de procurer à sa société-fille les liquidités nécessaires lui permettant d'exercer ses obligations. Il ne s'agit pas d'une promesse de porte-fort puisque, en réalité, par ce genre de clauses, le « garant » ne s'engage à rien. Cela étant, il peut être recherché éventuellement par le biais de la responsabilité fondée sur la confiance⁸⁴. Lorsque le locataire présente au bailleur une déclaration de patronage, ce dernier est donc bien inspiré d'en analyser précisément la portée juridique⁸⁵.
39. On trouve également, dans des contrats de baux commerciaux, des garanties bancaires : une banque peut garantir que le locataire exécute ses obligations découlant du contrat de bail et qu'à défaut, elle verserait au bailleur une certaine somme déterminée à l'avance (à la première demande⁸⁶ ou sur présentation de documents déterminés). Contrairement à ce qui prévaut pour la « garantie-loyer », le bailleur peut faire appel à la garantie bancaire même si le locataire conteste la prétention du bailleur⁸⁷. Notons qu'à l'instar de la garantie-loyer, le locataire verse au moment de la conclusion de la garantie, une somme d'argent équivalant à la somme garantie. Le locataire qui considère que la dette garantie n'était en réalité pas due doit agir en enrichissement illégitime contre le bailleur (art. 62 ss CO). Ainsi, la garantie mène en fin de compte à un renversement du fardeau de la preuve⁸⁸.

⁸⁴ SYLVAIN MARCHAND, *Clauses contractuelles – du bon usage de la liberté contractuelle*, Bâle 2008, p. 56 s.

⁸⁵ DAVID LACHAT/PIERRE STASTNY, *Le bail à loyer*, à paraître au début 2019, Chap. 17 N 3.1 ; CPra Bail-MARCHAND, art. 257e CO N 45 .

⁸⁶ Comme p. ex. dans l'affaire ayant mené à l'arrêt TF du 01.12.2016, 4A_422/2016.

⁸⁷ TF du 01.12.2016, 4A_422/2016, cons. 4.1.

⁸⁸ TERCIER/BIERI/CARRON, § 6562.

40. Notons que dans le canton de Genève, le porte-fort est exclu pour garantir les obligations du locataire dans des baux d'habitation et de locaux commerciaux : l'art. 1 al. 1 LGFL nomme comme formes de sûreté la garantie sous forme de dépôt d'argent ou de valeurs mobilières ou le cautionnement. La Chambre d'appel en matière de baux et loyers estime que toute autre forme de garantie est exclue, étant donné qu'uniquement le cautionnement (simple) permet au locataire d'opposer ses droits découlant du contrat de bail⁸⁹. Dans le canton de Vaud, l'art. 1 al. 4 de la loi vaudoise du 15 septembre 1971 sur les dépôts de garanties en matière de baux à loyer (ci-après : LGBL)⁹⁰ a une teneur semblable ; elle prévoit que : « Pour les baux concernant des logements, seul le cautionnement simple est admissible, à la demande expresse du locataire ». Le Tribunal cantonal vaudois considère toutefois, contrairement aux juges genevois, qu'il faut comprendre cette disposition, en référence à l'al. 3 qui la précède, uniquement comme une exclusion de la caution solidaire et non comme exclusion de toute autre forme de garantie⁹¹. En ce qui concerne le Valais, l'art. 191 al. 1 de la loi d'application du Code civil suisse du 24 mars 1998 (ci-après : LACC⁹²) prévoit que « la garantie ne peut pas être fournie sous forme de cautionnement solidaire à peine de nullité » et ne saurait dès lors être interprété comme exclusion de toute autre forme de sûreté que le cautionnement.

La jurisprudence genevoise précitée n'a pas fait l'objet d'une contestation devant le Tribunal fédéral. Toutefois, ce dernier considérerait que l'art. 6 al. 2 AMSL, dont la teneur est quasi identique à l'art. 257e al. 4 CO, permet aux cantons d'édicter des dispositions complémentaires non seulement en ce qui concerne les sûretés fournies en espèces ou sous forme de papiers-valeurs, mais également pour les autres formes de sûreté⁹³. Dans cette mesure, la jurisprudence genevoise nous paraît difficile à contester.

⁸⁹ Chambre d'appel en matière de baux et loyers, arrêts du 27.05.1991, ACJ n° 157, et du 07.09.1998, ACJ n° 908 ; STOLL, p. 68.

⁹⁰ RSV 221.307.

⁹¹ TC VD, arrêt du 01.07.2010, ML/2010/230, cons. II d.

⁹² RSVS 211.1.

⁹³ ATF 102 Ia 372, cons. 3.

41. Cela étant, le porte-fort ne doit pas nécessairement servir à garantir les obligations du locataire envers le bailleur. Il existe d'autres situations dans lesquelles un porte-fort est imaginable. Ainsi, dans des contrats de baux commerciaux, il se peut que le bailleur ne se porte fort vis-à-vis du locataire sortant qu'à la fin du bail, le nouveau locataire reprenant les installations relatives à l'activité commerciale. En cas d'inexécution par le nouveau locataire, le bailleur doit réparer le dommage subi par le locataire sortant⁹⁴. L'on trouve dès lors ici le locataire sortant dans la position du garanti et le bailleur dans celle du garant.

C. Cautionnement

42. Le cautionnement est accessoire et subsidiaire. Dans l'idée du législateur, il a été conçu essentiellement pour l'hypothèse où un proche du débiteur, afin de faciliter les affaires de ce dernier, garantit au créancier le paiement de la dette du débiteur. Le cautionnement suppose la fixation d'un montant maximal jusqu'auquel la caution peut être tenue (art. 493 al. 1 CO), contrairement à l'engagement solidaire ou au porte-fort, où la responsabilité du garant n'est pas (nécessairement) limitée. Du point de vue du bailleur, le cautionnement n'est pas le type de sûreté idéal pour garantir les obligations du locataire, dès lors qu'il est difficile de connaître d'avance le montant pour lequel le locataire peut être tenu responsable et que les exigences de forme pour la conclusion d'un cautionnement sont assez strictes.
43. De plus, la caution peut invoquer des exceptions qui auraient appartenu au locataire (art. 502 al. 1 CO). Elle pourrait ainsi opposer par exemple à une prétention du bailleur en paiement du loyer que celle-ci est prescrite ou refuser de payer en alléguant que le locataire dispose d'une créance envers le bailleur (résultant par exemple du droit à la réduction du loyer en vertu de l'art. 259d CO ou à des dommages-intérêts selon l'art. 259e CO, à cause du caractère

⁹⁴ BLAISE CARRON, DB 2014 N 2 ; voir p. ex. : TF, arrêts du 01.07.2011, 4A_279/2011, cons. 4, et du 06.01.2014, 4A_180/2013, cons. 2.

défectueux de l'objet loué) et qu'il pourrait donc compenser (art. 121 CO).

44. Le recours à un cautionnement en bonne et due forme évite cependant les problèmes de qualification de la garantie et réduit le risque de contestation lorsque le bailleur fait appel à la garantie.
45. Genève connaît quelques restrictions pour le recours à la caution pour garantir les obligations du locataire. Ainsi, l'art. 1 al. 2 et 3 LGFL prévoit que, pour les baux de locaux d'habitation, uniquement le cautionnement simple est admis, à l'exclusion du cautionnement solidaire ; pour les baux de locaux commerciaux, les deux formes de cautionnement peuvent être utilisées. En outre, à l'instar de la garantie par le dépôt en espèces ou en valeurs mobilières, le cautionnement ne saurait porter sur une somme dépassant trois loyers mensuels pour les baux d'habitation (art. 2 LGFL). De plus, le locataire peut à tout moment requérir la « conversion » du cautionnement en dépôt (art. 1 al. 2 *in fine* LGFL). A l'instar du canton de Genève, dans le canton de Vaud, le cautionnement solidaire est uniquement admissible comme sûreté pour des baux commerciaux, à l'exclusion des baux d'habitations (art. 1 al. 3 LGBL). La même règle prévaut dans le canton du Valais (art. 191 LACC).

L'art. 257e al. 3 CO prévoit – à l'instar d'anciennes dispositions cantonales dont elle s'inspire⁹⁵ – que la banque ne peut restituer les sûretés qu'avec l'accord des deux parties ou sur la base d'un commandement de payer non frappé d'opposition ou d'un jugement exécutoire. L'al. 4 de la même disposition permet aux cantons d'édicter des dispositions complémentaires. L'art. 257e al. 3 CO vise entre autres à éviter que le locataire doive introduire une action judiciaire pour récupérer les sommes qui auraient été prélevées indûment sur ce montant. Or la conclusion d'un cautionnement bancaire solidaire (art. 496 CO), combinée avec une clause d'exonération de la caution et l'accord de blocage du compte en banque (en faveur de la caution), a pour effet de priver le locataire de la protection voulue par le législateur⁹⁶.

⁹⁵ Notamment la LGBL vaudoise la LGFL genevoise.

⁹⁶ ATF 102 Ia 372, cons. 4b.

Le Tribunal fédéral considère que le but des dispositions imposant l'accord du locataire afin de permettre au bailleur de profiter de la sûreté est d'intérêt public, au vu de la situation de dépendance qui en découle pour les locataires⁹⁷. Il a reconnu ce même caractère à l'art. 1 al. 2 et 3 LGFL en ce qu'il exclut le cautionnement solidaire, dont l'effet est de priver les locataires de la protection voulue par le législateur. Cette disposition ne viole donc pas le principe de la force dérogatoire du droit fédéral⁹⁸.

D. Engagement solidaire

1. Colocataire

46. En droit du bail, l'engagement solidaire se manifeste de *deux manières différentes*. 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 »⁹⁹ –, elles sont codébitrices solidaires de toutes les obligations découlant du contrat de bail au sens des art. 143 ss CO : le bailleur peut réclamer la totalité ou une partie d'une dette, par exemple du loyer, à l'un ou l'autre des locataires ou aux deux conjointement (art. 144 CO)¹⁰⁰. 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. Néanmoins, le bailleur est avantagé par rapport à la situation dans laquelle il n'y a qu'un locataire, puisqu'il peut réclamer l'exécution de l'*entier* de la dette à *chaque* colocataire.
47. Les baux communs – sujet très important en pratique – ont fait l'objet de multiples articles de doctrine, dont notamment celui de PATRICIA DIETSCHY-MARTENET à l'occasion du 19^e Séminaire sur le droit du bail¹⁰¹.

⁹⁷ ATF 98 Ia 497, cons. 3.

⁹⁸ ATF 102 Ia 372, cons. 4b.

⁹⁹ DIETSCHY-MARTENET, N 2 et les réf.

¹⁰⁰ DIETSCHY-MARTENET, N 21 et les réf. ; CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY-MARTENET, art. 253 N 28.

¹⁰¹ DIETSCHY-MARTENET, p. 183 ss.

2. Garant

a) Principe

48. Les mêmes mécanismes sont en principe applicables lorsqu'un tiers prend un engagement solidaire ou procède à une reprise cumulative des dettes du contrat de bail. Dans cette hypothèse, l'engagement solidaire ou la reprise cumulative de dette prend la fonction d'une sûreté : le codébiteur solidaire ne profite pas de la créance du bailleur envers le locataire, soit le droit d'occuper le local loué¹⁰². C'est de manière générale cette forme de sûreté qui est envisagée par les propriétaires d'appartements lorsque les locataires potentiels ne disposent pas d'un revenu dépassant trois fois le loyer net. 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. Notons que si le contrat de bail nomme deux personnes comme locataires, il y a en principe bail commun et non reprise cumulative de dette ; lorsqu'un des « locataires » allègue qu'en réalité il n'était que « garant », il lui incombe de le prouver¹⁰³.

b) Délimitation avec le cautionnement

49. C'est surtout la délimitation entre le cautionnement et l'engagement solidaire, respectivement la reprise cumulative de dettes, qui s'avère problématique. Comme expliqué, le cautionnement et l'engagement solidaire peuvent être utilisés afin d'atteindre le même but économique, mais la constitution du cautionnement est soumise à des exigences formelles très strictes, ce qui n'est pas le cas pour les deux autres formes de sûretés. Le Tribunal fédéral parle à ce sujet d'une « incohérence de l'ordre juridique »¹⁰⁴. Les exigences formelles ont

¹⁰² JACQUES MICHELI, Les colocataires dans le bail commun, in : 8^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 1994, p. 3 ; HANS SCHMID, Der gemeinsame Mietvertrag, RSJ 1991, p. 349 ; TF du 03.07.2006, 4C.103/2006, cons. 3.1, SJ 2007 I 1.

¹⁰³ TF du 03.07.2006, 4C.103/2006, cons. 3.2, SJ 2007 I 1 ; dans ce sens aussi : OGer ZH, arrêt du 22.10.2012, NG120015, cons. 2.2.1.

¹⁰⁴ ATF 129 III 702, cons. 2.2, JdT 2004 I 535.

pour but de protéger les particuliers contre les engagements inconsidérés¹⁰⁵.

50. Toutefois, en vertu de la *liberté contractuelle*, les parties peuvent choisir d'un commun accord le type de sûreté qui leur convient le mieux¹⁰⁶. Ils peuvent donc sans autre éluder les règles protectrices du cautionnement en choisissant de conclure un porte-fort ou un engagement solidaire¹⁰⁷. En même temps, il convient d'éviter que les règles protectrices soient systématiquement contournées¹⁰⁸.

c) Réelle et commune intention des parties

51. En vertu de l'art. 18 CO, la *réelle et commune intention des parties* est déterminante si elle peut être établie. Afin d'éviter un contournement systématique des dispositions protégeant la caution, les exigences pour constater que la réelle et commune intention des parties était l'engagement solidaire ou la reprise cumulative de dette sont strictes¹⁰⁹. Il faut que l'on puisse établir que la partie qui prend un engagement solidaire a compris la portée de son engagement. Cela pourrait résulter d'échanges entre les parties antérieures ou postérieures à la signature du contrat qui démontrent que l'intéressé *sait à quoi il s'est engagé*. Manifestement, cela suppose également que cette personne sache *pourquoi elle a opté pour cette forme de sûreté* plutôt qu'un cautionnement¹¹⁰. Ainsi, d'après le Tribunal fédéral, les parties peuvent choisir un acte consensuel par exemple dans le domaine du commerce international, ou « *pour éviter des frais de notaire, parce qu'il est urgent de conclure le contrat ou que le*

¹⁰⁵ Cf. ci-dessus, N 24.

¹⁰⁶ ATF 129 III 702, cons. 2.3, JdT 2004 I 535 ; PETER MAX GUTZWILLER, Die Wahlfreiheit zwischen Bürgschaft und Garantie, RDS 1984 I 123 s. et 130 s. ; dans ce sens aussi : RICHARD, p. 5, N 2.7 ss.

¹⁰⁷ ATF 129 III 702, cons. 2.3, JdT 2004 I 535 ; TERCIER/BIERI/CARRON, § 6182.

¹⁰⁸ ATF 129 III 702, cons. 2.4.2, JdT 2004 I 535.

¹⁰⁹ ATF 129 III 702, cons. 2.3, JdT 2004 I 535.

¹¹⁰ ATF 129 III 702, cons. 2.3, JdT 2004 I 535 ; CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY-MARTENET, art. 253 CO N 42 ; RICHARD, p. 5, N 2.7 ss et p. 8, N 1.14 ; TF du 26.04.2007, 4C.24/2007, cons. 5.

respect de la forme authentique est problématique en cas de contrats rédigés en langue étrangère, ou encore en raison des difficultés à indiquer numériquement dans l'acte même le montant total de l'engagement »¹¹¹.

d) Principe de la confiance

52. Faute de pouvoir établir la réelle et commune intention des parties, l'interprétation du contrat se fait selon le *principe de la confiance*¹¹². Il faut alors distinguer selon que la personne qui s'engage est ou non rompue aux affaires¹¹³.
53. Lorsque le tiers qui constitue la sûreté est un *professionnel* qui conclut fréquemment des actes d'intercession, tels qu'une banque, une entreprise internationale ou une entité de l'Etat, l'on considère qu'il n'y a pas de besoin particulier de protection. Il existe au contraire, dans le monde des affaires, un certain besoin de pouvoir conclure des sûretés facilement et rapidement. Par conséquent, si le contrat parle de reprise de dette ou d'engagement solidaire, on retiendra que c'est bien cette institution que les parties ont visée¹¹⁴. De même, l'utilisation du terme « personnel », dans ce contexte, permet de conclure que l'engagement est indépendant et non seulement accessoire, ce qui constitue un indice en faveur de l'engagement solidaire, respectivement la reprise cumulative de dette.¹¹⁵ A moins que la clause contractuelle prévoie expressément la constitution d'un cautionnement, le tribunal retiendra donc un engagement solidaire¹¹⁶.

¹¹¹ ATF 129 III 702, cons. 2.3, JdT 2004 I 535, qui se réfère à PETER MAX GUTZWILLER, Die Wahlfreiheit zwischen Bürgschaft und Garantie, RDS 1984 I 124 s.

¹¹² ATF 129 III 702, cons. 2.3, JdT 2004 I 535 ; TC VD du 24. 06. 2009, AP/2009/107, fiches juridiques Asloca n° 992.

¹¹³ ATF 129 III 702, cons. 2.3, JdT 2004 I 535 ; TC VD du 24. 06. 2009, AP/2009/107, fiches juridiques Asloca n° 992 ; CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY-MARTENET, art. 253 CO N 42.

¹¹⁴ ATF 129 III 702, cons. 2.3, JdT 2004 I 535 : « Une stricte interprétation littérale peut toutefois se justifier à l'égard de personnes versées dans les affaires et rompues à l'usage de notions techniques ».

¹¹⁵ TF du 08.05.2018, 4A_624/2017, cons. 3.3.2 et les réf. citées.

¹¹⁶ EMMENEGGER, p. 569 s.

Cela étant, le Tribunal fédéral a précisé qu'on ne saurait tenir pour « rompu aux affaires » un particulier du seul fait qu'il est inscrit au registre du commerce et possède la signature individuelle pour une petite entreprise qui n'a pas affaire à des actes d'intercession dans son activité quotidienne¹¹⁷. A notre sens, il devrait en aller de même pour une personne morale dont la conclusion d'actes d'intercession ne constitue pas l'activité quotidienne. Ainsi, si par exemple la boulangerie du quartier, constituée en la forme d'une Sàrl, s'engage comme codébitrice solidaire dans le bail d'habitation de l'un de ses employés, les tribunaux risqueraient tout autant de considérer qu'il s'agit d'un cautionnement déguisé.

54. Si le tiers est *inexpérimenté*, le seul fait que l'accord parle de reprise de dette, d'engagement solidaire ou d'une autre formule de ce type ne suffit pas. La volonté de souscrire un tel engagement « *suppose d'exposer dans le contrat même de manière clairement compréhensible pour elle, et non par des formules, qu'elle se rend compte de la portée de l'engagement pris, et d'indiquer les raisons pour lesquelles elle a renoncé à choisir la forme juridique du cautionnement* »¹¹⁸.
55. Dès lors, pour que le texte du contrat suffise à retenir un engagement solidaire, il faudrait à tout le moins que l'engagement en tant que tel, sa portée et la raison de l'engagement solidaire soient mentionnés de manière compréhensible pour les parties, et non seulement par l'utilisation de formules, dans le contrat lui-même¹¹⁹. L'on peut ainsi penser à une clause du type : « *M. A. signe le bail en qualité de codébiteur solidaire. Il déclare comprendre la portée de son engagement, à savoir qu'il est solidairement responsable au côté du locataire de toute dette relative au bail et jusqu'à l'échéance de celui-ci. Les parties ont renoncé à la forme du cautionnement pour éviter*

¹¹⁷ ATF 129 III 702, cons. 2.4.2.

¹¹⁸ ATF 129 III 702, cons. 2.3, JdT 2004 I 535 ; TF du 26.04.2007, 4C.24/2007, cons. 5.

¹¹⁹ ATF 129 III 702, cons. 2.3, JdT 2004 I 535 ; CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY-MARTENET, art. 253 CO N 42 ; RICHARD, p. 5 N 2.13 et p. 8 N 1.14.

les frais d'un acte notarié et parce qu'il n'est pas possible de mentionner ici un montant maximum pour l'engagement ».

56. Faute d'une telle clause, lorsque le « garant » constitue une personne proche, en principe inexpérimentée, son engagement sera, dans le doute, considéré comme *cautionnement* et non comme engagement solidaire¹²⁰, le but principal de l'engagement du tiers (proche) étant la constitution d'une sûreté afin de faciliter la conclusion d'une affaire. Le bailleur ayant conclu un contrat de bail avec comme sûreté un « codébiteur solidaire » ou un « garant » proche du locataire risque bien souvent de se voir opposer la nullité de la sûreté suite à un non-respect des conditions de forme du cautionnement. C'est d'autant plus évident lorsque le contrat a été rédigé par le bailleur¹²¹.
57. Lorsqu'en revanche le tiers dispose d'un *intérêt propre* à l'affaire garantie, la sûreté sera, en cas de doute, considérée comme engagement solidaire, respectivement comme reprise cumulative de dette. Il en va notamment ainsi lorsque la location du local sert à atteindre le but social d'une société simple dont le locataire et le tiers sont sociétaires¹²², ou d'une société anonyme locataire et que le tiers est un actionnaire détenant des parts importantes, le membre unique du conseil d'administration et son directeur¹²³. C'est également le cas de la location d'un logement occupé ensemble ou d'un crédit-bail portant sur une voiture également utilisée à des fins privées par le reprenant¹²⁴.
58. N'est pas un intérêt propre le fait de souhaiter qu'un proche puisse conclure un bail et ainsi de l'aider. Le Tribunal fédéral retient en effet qu'« *un vague avantage ne suffit pas. Le tiers doit manifestement vouloir s'engager en vertu de la même cause dans le contrat liant le*

¹²⁰ CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY-MARTENET, art. 253 CO N 27 et 42 ; RICHARD, p. 5 N 2.13 et p. 8 N 1.14 ; voir p. ex. TC VD du 24.06.2009, AP/2009/107, fiche juridique Asloca n° 992.

¹²¹ ATF 129 III 702, cons. 2.5, JdT 2004 I 535 ; CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY-MARTENET, art. 253 CO N 27 et 42 ; RICHARD, p. 6 N 2.15 et p. 8 N 1.14.

¹²² OGer ZH, arrêt du 22.10.2012, NG120015, cons. 2.2.1.

¹²³ TF du 08.05.2018, 4A_624/2017, cons. 3.2.

¹²⁴ ATF 129 III 702, cons. 2.6, JdT 2004 I 535.

débiteur principal »¹²⁵. Relevons encore que même si le tiers dispose d'un intérêt à la location, une clause contractuelle équivoque pourra uniquement être considérée comme engagement solidaire ou reprise cumulative de dette lorsque le tiers peut être considéré comme rompu à l'usage de ces termes en raison de la conclusion d'actes d'intercession dans sa pratique quotidienne¹²⁶.

e) Exclusion à Genève

59. Selon la jurisprudence de la Chambre d'appel en matière de baux et loyers du canton de Genève, l'art. 1 LGFL exclut « toutes formes de garanties données par le locataire et des tiers en faveur d'un bailleur, autres que les deux formes de garanties mentionnées, à savoir celles en espèces ou en valeurs fournies par le locataire lui-même ou par une tierce personne, ainsi que le recours au cautionnement simple »¹²⁷. A notre sens, l'engagement solidaire, respectivement la reprise cumulative de dette, conclus uniquement à titre de garantie, sont dès lors exclus dans ce canton. En revanche, dans le canton de Vaud, où l'art. 1 al. 4 LGBL a une teneur proche de l'art. 1 de la LGFL genevoise, mais que la jurisprudence interprète uniquement comme exclusion de la caution solidaire et non de toute autre forme de garantie¹²⁸, il n'y a à notre sens pas d'exclusion de l'engagement solidaire, respectivement de la reprise cumulative de dette¹²⁹.

¹²⁵ ATF 129 III 702, cons. 2.6, 2.8, JdT 2004 I 535.

¹²⁶ TC VD, arrêt du 07.10.2016, ML/2016/220, cons. II b ; dans ce sens aussi : ATF 129 III 702, cons. 2.4.2.

¹²⁷ Chambre d'appel en matière de baux et loyers, arrêt du 07.09.1998, ACJ n° 908 ; rappelons que pour les baux commerciaux, le cautionnement solidaire est admissible : art. 1 al. 3 LGFL.

¹²⁸ Cf. ci-dessus, N 40.

¹²⁹ Ainsi, dans l'arrêt précité AP/2009/107, le TC VD n'a pas considéré que l'engagement solidaire, respectivement la reprise cumulative de dettes, étaient inadmissibles pour des locaux d'habitation de par le droit cantonal, mais qu'en l'occurrence, il n'était pas possible de retenir que la codébitrice solidaire ait compris son engagement.

f) Solutions alternatives

60. Comme alternative à la conclusion avec des proches du locataire d'un engagement solidaire, une solution pourrait être de conclure le bail avec le proche lui-même, soit comme colocataire, soit comme seul locataire. Cela peut en particulier être le cas pour le bail d'un enfant majeur aux études. Comme les règles du bail n'imposent pas que le locataire occupe lui-même les locaux¹³⁰, cette solution n'est a priori pas critiquable. Si le proche est seul locataire, il n'y a pas d'équivoque possible, à tout le moins tant et aussi longtemps que les revenus de l'enfant majeur sont insuffisants pour le paiement du loyer et que c'est de toute manière le proche qui le paie. Par contre, si le proche se fait reverser le loyer par la personne qui occupe les lieux, il s'agit d'une sous-location (art. 262 CO), qui, selon la jurisprudence, est uniquement admissible si le sous-bailleur ne perd pas l'intention d'occuper lui-même les locaux dans un avenir prévisible¹³¹.
61. En cas de colocation, il faut à nouveau s'intéresser à la réelle et commune intention des parties et le cas échéant avoir recours au principe de la confiance. Si le proche n'a aucune intention d'occuper lui-même les locaux et que le but recherché est de fournir une garantie au bailleur, l'engagement pourrait là aussi être interprété comme un cautionnement¹³². Rappelons toutefois que si le contrat prévoit une colocation, il revient au « pseudo »-colocataire qui prétend qu'en réalité il n'est pas colocataire, de prouver qu'il n'utilise pas les locaux¹³³, ce qui ajoute déjà une complication supplémentaire si le « garant » conteste ses obligations.

¹³⁰ ATF 136 III 186, cons. 3.2.2 ; CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY-MARTENET, art. 253 N 61.

¹³¹ ATF 138 III 59, cons. 2.2.1 ; 134 III 446, cons. 2.4 ; TF du 09.09.2015, 4A_290/2015, cons. 4.3.1.

¹³² CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY-MARTENET, art. 253 N 27.

¹³³ Cf. ci-dessus, N 48.

IV. Conclusion

62. Les sûretés personnelles en droit suisse constituent un domaine souvent mal maîtrisé par les acteurs concernés, ce qui leur fait encourir certains risques. Vu que la délimitation entre les trois formes de sûretés personnelles utilisées le plus fréquemment en droit suisse est souvent difficile, mais que l'erreur sur le type de sûreté convenu peut entraîner sa nullité, les parties seront bien inspirées de procéder de manière consciencieuse à la rédaction des clauses contractuelles en lien avec la sûreté.
63. Cela étant, les points à observer diffèrent notablement en fonction de la personne du tiers garant. Ainsi, si la conclusion d'actes d'intercession ne fait pas partie de l'activité quotidienne du tiers qui s'engage (ce qui ne sera presque jamais le cas pour les baux de locaux d'habitation et de petits locaux commerciaux de style commerce de quartier), le contrat sera en principe considéré comme cautionnement. Le bailleur qui fait signer le contrat de bail, aux côtés du locataire, par un membre de la famille ou l'employeur du locataire à titre de « codébiteur solidaire », risque de se voir opposer, lorsqu'il recourt au « codébiteur », que l'engagement est en réalité un cautionnement, et partant nul pour vice de forme.
64. D'autres risques se présentent lorsque le tiers est rompu aux affaires. Ainsi, le bailleur qui se voit présenter une lettre de patronage sera bien inspiré de vérifier que celle-ci est rédigée de manière suffisamment précise pour constituer un porte-fort.
65. A l'inverse, le locataire aura tout intérêt à choisir une autre forme de sûreté que la garantie à première demande, puisque celle-ci affaiblit sa situation comme elle entraîne en fin de compte un renversement du fardeau de la preuve.

Bibliographie

BOHNET FRANÇOIS/CARRON BLAISE/MONTINI MARINO (édit.), Droit du bail à loyer, Commentaire pratique, 2^e éd., Bâle 2016 (cité : CPra Bail-AUTEUR)

DEVELIOĞLU HÜSEYİN MURAT, Les garanties indépendantes examinées à la lumière des règles relatives au cautionnement – Etude de droit suisse et de droit turc, thèse, Neuchâtel 2006

DIETSCHY-MARTENET PATRICIA, Les colocataires de baux d'habitations ou de locaux commerciaux, 19^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2016, p. 183 ss

EMMENEGGER SUSAN, Garantie, Schuldbeitritt und Bürgschaft – vom bundesgerichtlichen Umgang mit gesetzgeberischen Inkohärenzen, RJB 143 (2007), p. 561 ss

FOËX BÉNÉDICT, Les sûretés et le bail à loyer, 12^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2002

GIOVANOLI SILVIO, Die Bürgschaft, Spiel und Wette, Art. 492-515 OR, in : Meier-Hayoz Arthur (édit.), Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band VI : Das Obligationenrecht, 2. Abteilung, Teilband 7 : Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Berne 1978 (cité : BK OR-WEBER)

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (édit.), Basler Kommentar Obligationenrecht I, 6^e éd., Bâle 2015 (cité : BSK OR I-AUTEUR)

KLEINER BEAT/LANDOLT KASPAR/GEMPERLI DOMINIQUE, Bankgarantie – Die Garantie unter besonderer Berücksichtigung des Bankgarantiegeschäftes, 5^e éd., Zurich 2016

KOLLER ALFRED, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4^e éd., Berne 2017

RICHARD PHILIPPE, Les pièges de la colocation : bail commun, porte-fort, reprise cumulative de dette, cautionnement, CdB 2010, p. 1 ss

STOLL DANIEL, Sicherheitsleistungen der Mieterschaft vor dem Hintergrund kantonalrechtlicher Bestimmungen – eine Übersicht zu Art. 257e Abs. 4 OR, mp 2007, p. 65 ss

TERCIER PIERRE/BIERI LAURENT/CARRON BLAISE, Les contrats spéciaux, 5^e éd., Berne 2016

TERCIER PIERRE/PICHONNAZ PASCAL, Le droit des obligations, 5^e éd., Fribourg 2012

WEBER ROLF H, Beziehungen zu dritten Personen, Art. 110-113 OR, in : Hausheer Heinz (édit.), Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band VI : Das Obligationenrecht, 1. Abteilung, Teilband 5 : Allgemeine Bestimmungen, Berne 2000 (cité : BK OR-WEBER)

Droit du bail et plateformes d'hébergement

par

Carole Aubert

Avocate, DEA en droit, sécurité et criminalité des
nouvelles technologies, Neuchâtel

I. Introduction	37
A. Numérisation de la société	37
B. Nouveaux défis pour le politique	38
II. Economie de partage (<i>sharing economy</i>).....	41
A. Notion et rôle économique.....	41
B. Quels défis impliquent ces nouvelles formes économiques ?	43
C. Principaux modèles rencontrés.....	44
D. Impact des plateformes d'hébergement	47
1. Nouveau canal de distribution.....	47
2. Enjeux juridiques affectant les politiques publiques	47
III. Plateformes d'hébergement	52
A. Introduction.....	52
B. Fonctionnement d'Airbnb	53
C. Qualification des relations juridiques avec la plateforme	57
IV. Droit du bail	57
A. Relations juridiques entre hôte et voyageur.....	57
1. Qualification du contrat.....	57
2. Conclusion du contrat.....	60
3. Droit international privé	61
4. Droit impératif.....	62

B. Relations juridiques entre bailleur et locataire principal.....	63
1. Contrat de bail et sous-location.....	63
a) Autorisation préalable du bailleur	64
b) Droit du bailleur de refuser de donner son consentement	66
c) Conséquences en cas de refus du bailleur	69
aa) Refus du bailleur justifié	69
bb) Refus du bailleur injustifié.....	70
d) Retrait de l'autorisation	71
e) Action en remise du gain	72
2. Obligation de diligence	72
3. Dégâts provoqués par le sous-locataire	73
V. Conclusion.....	74
Bibliographie	76

I. Introduction

A. Numérisation de la société

1. Alors que l'objectif était principalement d'automatiser à l'aide des nouvelles technologies de l'information et de la communication (TIC) les processus opérationnels répétitifs (achats, planification de la production, applications bancaires de base, etc.), on a assisté à l'avènement du « tout numérique ». Les nouveaux développements technologiques, comme l'informatique en nuage (*cloud computing*), l'informatique mobile (*mobile computing*), les données massives (*big data*) et l'internet des objets (*Internet of things* ou *IoT*) ont donné naissance à de nouveaux produits, services et modèles d'affaires. Pour les consommateurs, ces nouveautés engendrent des offres supplémentaires et des formes d'interaction nouvelles avec les prestataires et les autres consommateurs.
2. L'essayiste américain JEREMY RIFKIN¹ estime que la conjonction des nouvelles technologies (Internet, énergies renouvelables, imprimantes 3D) et de l'économie collaborative (licences libres, *Fablabs*, financement participatif) pourrait même entraîner l'éclipse du capitalisme tel qu'il existe aujourd'hui. Selon RIFKIN, le capitalisme est voué à disparaître, poussé par l'essor d'un nouveau système économique parallèle où chacun peut devenir lui-même producteur d'un bien ou d'un service à un coût proche de zéro et ainsi « court-circuiter » les entreprises classiques. En réduisant quasiment à néant le coût marginal (c'est-à-dire le coût de production d'une unité supplémentaire), Internet change complètement la donne.
3. Un nouveau domaine de création de valeur reposant entièrement sur ces nouvelles technologies est en train d'émerger. Aujourd'hui, la tendance est à une plus forte individualisation et au développement de solutions sur mesure, les nouvelles technologies permettant une compréhension approfondie de segments de clients et de marchés géographiques spécifiques ainsi qu'une meilleure expérience

¹ JEREMY RIFKIN, *The Zero Marginal Cost Society*.

commerciale. Le développement des TIC qui sous-tend la numérisation a par conséquent un impact considérable sur la mutation structurelle et la croissance économique. Les réflexions de RIFKIN se sont confirmées, notamment la tendance à remplacer les travailleurs par les machines, en raison de l'essor de l'intelligence artificielle et de la robotique puisque l'on parle d'une nouvelle révolution industrielle, l'« Industrie 4.0 »².

4. Selon le Conseil fédéral³, la Suisse peut créer un environnement favorable à l'économie numérique grâce à des conditions-cadre économiques attrayantes que sont, par exemple, la grande liberté d'entreprendre, la sécurité juridique, une main-d'œuvre qualifiée, la flexibilité du marché du travail, la qualité des infrastructures, une politique fiscale durable, une charge fiscale relativement modérée, une base solide en matière de formation et de recherche et une qualité de vie élevée.

B. Nouveaux défis pour le politique

5. Un historique de la vie politique et juridique suisse permet de constater l'évolution récente mais intense des mentalités au fur et à mesure de l'impact mesurable de cette nouvelle économie dans notre pays. Dans sa réponse du 3 septembre 2014 à un postulat sollicitant un rapport⁴ sur le phénomène des services gratuits ou payants d'internaute à internaute, notamment en matière de logement et de transport, au niveau international et suisse, le Conseil fédéral estimait qu'il incombait en priorité aux secteurs concernés de dénoncer aux autorités compétentes les éventuelles infractions aux prescriptions régissant le commerce et la concurrence ou d'utiliser tous les outils juridiques existants à leur disposition pour prévenir ou faire cesser les pratiques illicites. Il a ajouté que les problèmes liés aux transports et

² Voir notamment le récent colloque « Révolution 4.0 et droits fondamentaux au travail, Un nouveau défi pour le droit social et le droit du travail », CERT, UNINE, 2018.

³ CF-Conditions-cadre, résumé, p. 1.

⁴ <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20143658>.

au logement relevaient en premier lieu des autorités communales et cantonales, qui avaient déjà pris des mesures dans ces domaines. Le Conseil fédéral relevait en outre que « dans l'ensemble, les plateformes Internet proposant en Suisse des services gratuits ou payants ont des effets qui restent pour l'heure mesurables et ne constituent guère une source d'inquiétude ». Le Conseil fédéral estimait donc qu'il n'était pas urgent de procéder à une analyse détaillée ni d'examiner l'opportunité de prendre des mesures sur le plan légal.

6. Le 24 février 2016, le Conseil fédéral relevait désormais l'importance de l'économie numérique notamment dans le cadre de sa stratégie pour une société de l'information suisse^{5,6}. Le Conseil fédéral mentionnait notamment que le phénomène de l'économie participative s'était rapidement développé au cours des dernières années⁷. « Nous devons certes protéger les acteurs actuels contre la concurrence déloyale injuste, mais nous devons aussi et surtout encourager les nouveaux modèles, s'ils profitent au consommateur. Ne régulons pas trop, encourageons l'innovation, mais protégeons le consommateur »⁸. La décision du Conseil fédéral de se pencher sur l'économie collaborative fait aussi suite à l'initiative du canton du Valais⁹ sur les nouvelles formes d'hébergement, qui demandait à établir un inventaire des normes fédérales incompatibles avec les nouvelles formes d'hébergement touristique organisées entre particuliers par l'intermédiaire de plates-formes Internet¹⁰.

⁵ <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefft?AffairId=20154250>.

⁶ Postulat DERDER 14.4296.

⁷ Postulat SOMMARUGA 14.3658, motion HESS 14.4269 ainsi que l'initiative parlementaire du canton du Valais 15.302.

⁸ <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=36588>.

⁹ <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefft?AffairId=20150302>.

¹⁰ <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefft?AffairId=20150302>.

7. Le Conseil fédéral a posé les principes de sa politique économique en matière de numérisation dans sa stratégie « Suisse numérique »¹¹ du 20 avril 2016. Il a approuvé ensuite le 11 janvier 2017 un rapport sur les principales conditions-cadre pour l'économie numérique, qui dresse un état des lieux très détaillé dans le cadre de cette stratégie « Suisse numérique ». Si notre gouvernement a estimé qu'il n'était pas nécessaire d'édicter de nouvelles lois pour les acteurs de l'économie de partage, il a jugé en revanche que certaines réglementations, devenues superflues en raison de l'évolution numérique, devaient être ponctuellement adaptées et les conditions-cadre continuellement optimisées. Il a confié des mandats d'examen notamment dans les domaines de l'hébergement, du droit de la concurrence, de la mobilité, ainsi que de la formation et de la recherche.
8. Le 8 novembre 2017, dans un rapport intitulé « Conséquences de la numérisation sur l'emploi et les conditions de travail : opportunités et risques »¹², le gouvernement a analysé l'émergence des modèles d'affaires innovants, notamment les plateformes numériques et les conséquences sur l'emploi et les conditions de travail en Suisse.
9. Le 15 novembre 2017¹³, le Conseil fédéral a adopté le rapport sur « [l]a réglementation dans le secteur de l'hébergement »¹⁴, qui examine les questions de réglementation en lien avec les plateformes en ligne dédiées à des services d'hébergement. Il apparaît que, d'une manière générale, la législation fédérale couvre les prestations d'hébergement via les plateformes en ligne. Seule l'ordonnance sur le bail à loyer et le bail à ferme d'habitations et de locaux commerciaux (OBLF) nécessite d'être adaptée.

¹¹ <https://www.uvek.admin.ch/uvek/fr/home/communication/suisse-numerique.html>.

¹² https://www.seco.admin.ch/dam/seco/fr/dokumente/Wirtschaft/Wirtschaftspolitik/digitalisierung/bericht_auswirkung_digitalisierung.pdf.download.pdf/bericht_auswirkung_digitalisierung_fr.pdf.

¹³ <https://www.seco.admin.ch/seco/fr/home/seco/nsb-news.msg-id-68804.html>.

¹⁴ <https://www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/50388.pdf>.

10. Le 14 février 2018, en réponse à une interpellation parlementaire¹⁵, le Conseil fédéral mentionne que le développement, la production et la distribution de nouveaux produits et services numériques doivent bénéficier en Suisse d'une marge de manœuvre aussi grande que possible, tout en garantissant l'égalité de traitement de toutes les entreprises (art. 8 al. 1 Cst.), tant dans l'élaboration que dans l'application du droit. Le Conseil fédéral a mandaté le DEFR (SEFRI) d'étudier une série de programmes nationaux de recherche (PNR) à caractère interdisciplinaire sur la thématique de la « mutation numérique de l'économie et de la société ».
11. Une consultation a été ouverte le 21 mars 2018 relativement à une modification de l'OBLF en relation avec les plateformes d'hébergement¹⁶. A l'heure du numérique, le Conseil fédéral entend compléter l'ordonnance sur le bail à loyer et le bail à ferme d'habitations et de locaux commerciaux.

II. Economie de partage (*sharing economy*)

A. Notion et rôle économique

12. L'économie collaborative est une activité humaine qui vise à produire de la valeur en commun et qui repose sur de nouvelles formes d'organisation du travail. Ce terme a été inventé en 1978 par FELSON et SPAETH¹⁷ pour désigner les « événements dans lesquels une ou plusieurs personnes consomment des biens ou des services économiques dans un processus qui consiste à se livrer à des activités communes »¹⁸. Elle s'appuie sur une organisation plus horizontale que verticale, la mutualisation des biens, des espaces et des outils, qui va

¹⁵ <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20174003>.

¹⁶ Voir *infra* N 64 ss.

¹⁷ FELSON MARCUS/SPAETH JOE L., « Community Structure and Collaborative Consumption : A routine activity approach », *American behavioral scientist*, vol. 21 N 4, 1978, p. 614–624.

¹⁸ https://fr.wikipedia.org/wiki/%C3%89conomie_collaborative.

traduire l'usage plutôt que la possession, l'organisation des citoyens en « réseau » ou en communautés et généralement l'intermédiation par des plateformes internet. L'idée repose sur le partage, autrement dit l'utilisation en commun, de véhicules ou de logements entre particuliers. L'idée de partager ce genre de ressources n'est pas nouvelle, puisque l'on utilise, loue ou prête collectivement depuis très longtemps¹⁹, comme le concept *Mobility* en Suisse depuis les années 80.

13. Ainsi, les développements de l'économie collaborative reposent sur des technologies qui multiplient les possibilités de connexion entre acteurs. De ces mises en connexion, auparavant aléatoires ou trop coûteuses, naissent de nouvelles possibilités d'usage, qui ne se cantonnent plus au niveau local.

Pour autant, ces technologies ne dictent pas les modèles économiques et les organisations sociales qui s'en saisissent. L'intensité du caractère collaboratif renverra alors à la création de contenus ou de possibilités nouvelles (économie générative), ou à la mutualisation de biens et services. Il n'existe donc pas de définition unanimement acceptée car la notion d'économie de partage est sujette à interprétation et aucun consensus ne s'est établi. Elle implique cependant toujours une transaction conclue de manière électronique qui n'entraîne pas de transfert de la propriété de la chose et une utilisation des ressources limitée dans le temps²⁰. La Commission européenne parle plus largement d'un « *écosystème complexe de prestations sur appel et de l'utilisation temporaire de biens par l'intermédiaire de plateformes d'échange en ligne* »²¹ et également de « *modèles économiques où des plateformes collaboratives qui créent un marché ouvert pour l'utilisation temporaire de biens et de services souvent produits ou fournis par des personnes privées facilitent des activités* »²².

¹⁹ CF-Conditions-cadre, p. 95.

²⁰ CF-Conditions-cadre, p. 96.

²¹ COMMISSION EUROPÉENNE, Améliorer le marché unique : de nouvelles opportunités pour les citoyens et les entreprises, COM(2015) 550, p. 4.

²² COMMISSION EUROPÉENNE, COM(2016) 356, p. 3.

B. Quels défis impliquent ces nouvelles formes économiques ?

14. Bien que ces nouvelles formes de collaboration sortent des cadres traditionnels de régulation, l'interdiction et la répression ne sont pas nécessairement les seules réponses adéquates. En effet, la demande pour des services de transport, d'hôtellerie, de restauration, de gardiennage, de petits travaux, etc. est bien réelle. Avec l'expansion continue des applications sur Internet et les plateformes spécialisées, ces formes d'échanges deviendront un pan important de l'activité économique. Si cette nouvelle forme d'activité suscite un tel débat, ce n'est pas parce qu'elle se trouve en zone de non-droit, mais bien parce que nombre de points juridiques – régulation, concurrence, responsabilité, fiscalité – soulevés par l'économie participative manquent de précision ou de réponses claires à ce jour. L'un des points de friction les plus sensibles réside incontestablement dans la législation du travail et celle de la concurrence²³.
15. Parmi les diverses formes d'économie collaborative, ce sont les *plateformes d'économie à la demande* qui posent problème, en raison des nouvelles formes de travail peu rémunérées ou des problèmes sociaux qu'elles engendrent. Aux États-Unis, ces plateformes se développent bien plus rapidement qu'en Europe et dans des secteurs variés de l'économie : on trouve ainsi non seulement de nombreux concurrents à *Uber* (p. ex. *Via*, *Lyft*, etc.) ou à *Airbnb* (p. ex. *Homeaway*), mais également des plateformes qui mettent en contact des personnes prêtes à effectuer toutes sortes de menus travaux (jardinage, entretien de la maison, plomberie, micro-tâches répétitives, etc.) et des personnes qui ont besoin de ces services. Ce type de plateformes commence à faire son apparition en Suisse également²⁴.
16. Pour les plateformes qui font appel à des prestataires de services, le problème ne naît donc pas tant du *business model* choisi mais de déterminer si ces « nouvelles entreprises » sont, comme elles le

²³ BLATTER, p. 378 ss ; MEIER ANNE, p. 109 ss.

²⁴ MEIER ANNE, p. 100.

prétendent, de simples plateformes mettant les consommateurs en contact avec les prestataires de service et de déterminer comment le droit de la concurrence appréhende ces prestataires de services²⁵. En effet, les marchés numériques sont souvent caractérisés par la domination de quelques-uns qui pourraient abuser de leur position particulièrement dominante sur le marché au détriment des consommateurs et des concurrents. Les fournisseurs traditionnels de produits et services déplorent de ne pas pouvoir se battre avec les mêmes armes contre les fournisseurs utilisant les canaux numériques, dans la mesure où ces derniers tentent d'échapper à toute régularisation et sont les champions de l'optimisation fiscale²⁶.

17. A l'inverse, les offres de l'économie de partage peuvent être utiles selon une perspective macroéconomique, car elles contribuent à une utilisation plus efficace des ressources. Des plateformes permettent de mieux tirer parti (temporairement) des appartements ou des chambres vides ou apporter des avantages écologiques (p. ex. covoiturage, réduction du parc automobile). Enfin, l'économie collaborative peut apporter aux prestataires un revenu additionnel pouvant être généré de manière flexible²⁷.
18. L'économie de partage remet ainsi fondamentalement en question les modèles traditionnels en mettant en difficulté les acteurs du marché établis et en les obligeant à repenser leur modèle d'affaires. Ce « potentiel de destruction créatrice » permet de rompre avec des structures obsolètes, mais aussi d'identifier et de reconsidérer des règles protectionnistes dépassées²⁸.

C. Principaux modèles rencontrés

19. La diversité des projets existants sous l'étiquette « économie collaborative » rend nécessaire de distinguer, de classer ceux-ci en

²⁵ MEIER ANNE, p. 111.

²⁶ Voir BLATTER MARC, Digitalisierung – Herausforderungen für die Wettbewerbspolitik, Sic! 2016, p. 378 ss.

²⁷ CF-Conditions-cadre, p. 99.

²⁸ CF-Conditions-cadre, p. 99.

fonction du type de rétribution prévalant à la transaction entre utilisateurs (dons, échange, vente), mais également de la manière dont chaque plateforme organise le partage de valeur avec sa communauté d'utilisateurs. La « rétribution » des plateformes elles-mêmes peut prendre des formes diverses : le bénévolat, le mécénat, l'abonnement à prix fixe (p. ex. *Homexchange*), la commission à la vente ou à l'insertion d'annonces par les utilisateurs (p. ex. *Ricardo.ch*), le financement par la publicité (p. ex. *Anibis.ch*) ou la vente d'options payantes au-delà d'une utilisation de base qui reste gratuite (p. ex. *Guest to Guest*).

20. Trois catégories se distinguent ainsi principalement :

- L'émergence directe des acteurs de l'économie du partage (échanges de particulier à particulier, sans poursuite de but lucratif) (p. ex. *pumpipumpe.ch*) ;
- les services à la demande, dans lesquels la plateforme propose un nouveau service, qu'elle définit, et par lequel elle apparie elle-même utilisateur professionnel (ou non) et consommateur (p. ex. *Uber* ; *Airbnb*, etc.) ;
- les places de marché, qui peuvent mettre en relation des particuliers comme des professionnels (p. ex. *eBay*, *Ricardo.ch*, *Aliexpress.com*, etc.).

21. D'ailleurs, l'on assiste sur toutes les plateformes à une évolution du type d'utilisateurs : les modèles professionnels prennent le pas sur les modèles dits « de pair à pair » (P2P) à mesure que le marché se développe²⁹. Même les plateformes qui s'étaient construites sur une mise en relation de particulier à particulier (P2P) se repositionnent sur un rôle d'intermédiation plus large et accueillent également des professionnels (pour élargir leur gamme de services). Ce phénomène, qui traduit l'interaction croissante entre économie classique et économie collaborative, accroît cependant le besoin de transparence

²⁹ SERVICE DE RECHERCHE DU PARLEMENT EUROPÉEN, *The Cost of Non-Europe in the Sharing Economy : Economic, Social and Legal Challenges and Opportunities*, janvier 2016.

sur la qualité des utilisateurs vis-à-vis des consommateurs. Il est désormais souvent difficile de procéder une délimitation précise entre les offres de particulier à particulier et les offres commerciales (déterminer p. ex. à partir de quel moment la location d'une chambre sur le site Airbnb présente un caractère commercial)³⁰.

22. Les plateformes numériques ont en commun le fait que leurs utilisateurs sont à l'origine de la création de valeur : ce sont eux qui proposent d'acheter ou de vendre un produit ou une prestation, qui finalisent le contact entre acheteur et vendeur, réalisent la vente ou la prestation et, enfin, l'évaluent. La plateforme n'offre que des services de support (affichage des offres et des demandes, service de communication par messagerie, sécurisation des paiements), qui, s'ils sont plus élaborés, peuvent faire l'objet d'options payantes. A défaut de faire des utilisateurs les détenteurs de la plateforme, le fait de les associer activement à son fonctionnement semble particulièrement adapté à un système dans lequel ils sont au cœur de la création de la valeur. Or, le choix du modèle économique de la plateforme appartient à ses créateurs et le modèle coopératif ne semble pas être, à ce jour, celui privilégié par les principaux leaders³¹.
23. Ainsi, les plateformes de type Airbnb ou Uber ne sont pas des entreprises d'hébergement, respectivement de transport, mais des **entreprises numériques**, qui ne créent pratiquement pas d'emplois directs. Contrairement aux acteurs traditionnels et notamment les hôteliers, les plateformes n'ont plus besoin d'acquérir des lieux d'hébergement ou encore de les louer, ni même de faire appel à du personnel qualifié pour assurer l'accueil, le service ou prendre la responsabilité des prestations vendues. La plateforme minimise ses coûts d'investissements et ses charges pour se rémunérer en capitalisant sur des actifs qui ne lui appartiennent pas et qu'elle aide à exploiter en prélevant une partie de la valeur qu'elle arrive à en tirer. Il s'agit d'une *économie extractive de valeur*, prélevant une commission sur la prestation (mise à disposition de biens : appartements, véhicules, et de services) qu'elle facilite et rend

³⁰ CF-Conditions-cadre, p. 96.

³¹ Rapport Terrasse, 2016.

attractive, *sans aucun caractère collaboratif*. Ces prestations réalisées à titre occasionnel ou régulier, par des particuliers autant que par des professionnels, élargissent l'offre et permettent de la proposer au plus près de son coût marginal. Dès lors, cette économie rentre dans le cadre du droit commercial et du droit social³². Mais les risques qu'elle comporte – travail dissimulé, évasion fiscale, dumping social ou distorsions de concurrence – sont réels³³.

D. Impact des plateformes d'hébergement

1. Nouveau canal de distribution

24. Les plateformes d'hébergement en ligne reposent sur le modèle traditionnel de la location d'appartements de vacances ou de chambres chez l'habitant. Le recours aux plateformes internet a engendré une baisse sensible des coûts de transaction et a permis aux acteurs de l'offre et de la demande de chambres ou d'appartements du monde entier de se rencontrer de manière beaucoup plus rapide et efficace³⁴. Ainsi, les modèles d'affaires basés sur l'internet n'ont en fait pas donné naissance à de nouvelles formes d'hébergement, mais à un *nouveau canal de distribution* permettant aux petits prestataires d'accéder au marché global. A la faveur des plateformes en ligne, une forme d'hébergement qui occupait jusqu'ici un marché de niche est devenue aujourd'hui un phénomène de grande ampleur.

2. Enjeux juridiques affectant les politiques publiques

25. Comme l'a souligné le Conseil fédéral³⁵, les enjeux relatifs aux plateformes d'hébergement ne se limitent pas à la thématique relative au droit du bail, mais touchent de nombreux domaines, relevant en particulier du droit public ou du droit administratif. Ils sont toutefois

³² Rapport Terrasse, 2016.

³³ PETITJEAN, 2016.

³⁴ CF-Conditions-cadre, p. 101.

³⁵ CF-Conditions-cadre, p. 103 ss ; CF-Hébergement, p. 11 ss.

mentionnés ici, car ils influencent aussi indirectement la situation du bailleur ou du locataire.

26. Plus particulièrement, le fait de mettre en location des appartements destinés principalement à l'habitation va remettre en cause la politique du logement de la collectivité publique, en particulier sous l'angle du changement d'affectation. La réaffectation du parc immobilier est insidieuse car elle n'est pas le fait d'une unique décision politique sujette à débat démocratique, mais d'une accumulation de milliers de décisions individuelles. Certaines villes disposent de lois limitant l'hébergement de voyageurs payants sur de courtes périodes³⁶. Certains types de réservations de courte durée peuvent être totalement interdits. Ces lois sont souvent inscrites dans les règlements d'urbanisme ou administratifs. Dans de nombreuses villes, les hôtes doivent se faire enregistrer, obtenir une autorisation ou une licence avant de proposer un bien ou d'accepter des voyageurs, sous menace de sanctions pénales ou administratives. En Suisse, le canton de Genève vient de faire le pas³⁷.
27. Il y avait en janvier 2018 en Suisse 92'315 lits disponibles sur Airbnb, répartis entre 32'761 objets³⁸. Ce sont les cantons touristiques, Valais en tête, suivi par les Grisons et Berne, qui comptent à eux seuls plus de 50% de l'offre nationale, suivis par les grands centres urbains (Genève, Zurich, Bâle-Ville) et le Tessin. Mise en rapport avec les

³⁶ Plusieurs villes européennes ont instauré des limites en termes de durée de location. Amsterdam : 60 jours par an. Paris : 120 jours par an. Berlin : la location d'habitations entières est interdite depuis mai 2018 et les appartements ne peuvent plus être transformés en chambres pour touristes, outre une obligation de disposer d'une licence.

³⁷ Depuis le 1^{er} avril 2018, l'art. 4^{bis} RDTR fixe à une durée maximale de soixante jours par année la possibilité de mettre à disposition un logement via de telles plateformes pour les locataires ou les propriétaires. Au-delà de cette durée, le canton considérera que le logement en question fait l'objet d'un changement d'affectation au sens de l'art. 3 al. 3 LDTR. Le contrevenant, propriétaire ou locataire, s'expose alors à des mesures et des sanctions administratives.

³⁸ OBSERVATOIRE VALAISAN DU TOURISME, HES-SO Valais, L'offre Airbnb en Suisse et Valais, 2018, <https://www.tourobs.ch/fr/articles-et-actualites/articles/id-6683-airbnb-co-l-engouement-des-acteurs-globaux-de-la-location-entre-particuliers-pour-le-mar-che-suisse/>.

chiffres de l'hôtellerie, la progression est frappante : entre 2014 et 2017, le nombre d'objets a progressé de 6'033 à 32'761, soit une hausse de 443%. Toutefois, ces chiffres montrent aussi que ce système contribue, dans les cantons touristiques comme le Valais, les Grisons ou le Tessin, de lutter contre les « lits froids » en permettant aux propriétaires de mettre à disposition leur résidence secondaire facilement.

28. Bien que la part de l'offre d'hébergements Airbnb par rapport à l'offre totale de logements puisse être considérée comme faible, ce pourcentage doit cependant être mis en relation avec le taux de vacance des logements, qui demeure très critique dans les villes suisses en particulier en 2017 (Zurich : 0,21% ; Bâle-Ville : 0,47% ; Genève : 0.57%)³⁹. Selon les estimations d'Inside Airbnb, les appartements destinés uniquement à l'hébergement commercial à Genève en août 2016 représentaient entre 0,3% et 0,7% de la totalité du parc de logements. Compte tenu du fait que plusieurs villes suisses ont un marché du logement précaire avec des taux de vacances inférieurs à 1% depuis des années, il faut se demander si le marché du logement peut fonctionner dans ces conditions et sans réglementation spécifique pour les plateformes d'hébergement⁴⁰. Selon le Conseil fédéral, les prestataires qui louent des logements à des tiers à titre professionnel dans les centres-villes sont au coeur de cette problématique et les prescriptions d'usage locales représentent pour les villes un instrument pouvant servir à se protéger des évolutions indésirables. Les particuliers qui sous-louent un logement qu'ils occupent eux-mêmes pour une courte durée (p. ex. pendant les vacances) n'ont pas d'effet sur l'offre de logements⁴¹.
29. Selon les règles d'aménagement du territoire, la location d'appartements de vacances ne constitue pas une activité commerciale au sens de l'art. 37a de la loi fédérale sur l'aménagement du territoire (LAT). La notion d'usage commercial en droit de l'aménagement du

³⁹ <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/construction-logement/logements/logements-vacants.assetdetail.3243386.html> [lien consulté le 17 juin 2018].

⁴⁰ DONATI/KLAUS, p. 55.

⁴¹ CF-Conditions-cadre, N 5.2.8, p. 121.

territoire diffère en effet de celle utilisée dans le cadre de la liberté économique, puisqu'elle a trait aux nuisances éventuelles découlant d'une activité particulière. Dans ce contexte, l'usage d'un appartement de vacances est identique à celui d'un appartement loué à longue durée. Le Tribunal fédéral rappelle qu'il en irait différemment d'une activité hôtelière sans toutefois préciser quels services devraient être fournis pour transformer la « simple mise à disposition d'un logement contre rémunération » en une activité qui constituerait un usage commercial au sens de la LAT⁴².

30. Selon l'art. 7 al. 2 de la loi fédérale sur les résidences secondaires (LRS)⁴³, « un logement est réputé affecté à l'hébergement touristique uniquement s'il est mis de manière durable à la disposition d'hôtes pour des séjours de courte durée, aux conditions usuelles du marché et conformes à l'usage local ». Ces conditions s'appliquent à deux cas prévus par la loi : les logements situés dans le même bâtiment que celui où le propriétaire a son domicile principal et les logements qui ne sont pas équipés en fonction des besoins personnels du propriétaire et qui sont mis sur le marché *dans le cadre d'un établissement d'hébergement organisé*. Lors des débats parlementaires, une troisième forme d'hébergement touristique n'a pas été retenue, soit les nouvelles résidences proposées sur une plateforme de placement exploitée commercialement (notamment sur des sites tels qu'Airbnb) dans une zone prévue par le plan directeur cantonal⁴⁴. Ainsi, dans les zones qui comptent une proportion de résidences secondaires supérieure à 20%, la construction de nouveaux logements ne peut être autorisée s'il est envisagé de mettre ceux-ci en location sur des plateformes de type Airbnb⁴⁵.

⁴² RDAF 2015 I p. 335, note de NESA ZIMMERMANN à l'ATF 140 II 509.

⁴³ Entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2016.

⁴⁴ BIANCHI, N 4.1.2, p. 304.

⁴⁵ En revanche, pour les logements créés *sous l'ancien droit*, une résidence principale peut devenir secondaire et être ensuite à nouveau utilisée comme résidence principale sans autre formalité, de sorte qu'elle peut ainsi librement être offerte sur Airbnb.

31. Des questions fiscales vont aussi se poser, notamment si les loueurs ne déclarent pas leurs revenus⁴⁶. Il est difficile de déterminer ce que cela peut représenter. Selon certaines études, 75% des hôtes gagneraient moins de 10'000 USD par an en louant leur logement⁴⁷. Il s'agit toutefois de chiffres moyens sur l'ensemble des pays couverts. Ceci étant, mis bout à bout, les revenus fiscaux sur ces locations ne sont pas négligeables si l'on regarde le nombre de nuitées qui ne cesse d'augmenter. En outre, ce modèle transfère les revenus issus des commissions en mains des sociétés basées à l'étranger, sans qu'aucun impôt ne soit payé sur ces revenus au niveau local. Enfin, la question du paiement des taxes de séjour a son importance, car cela permet aussi indirectement à l'autorité de surveiller l'ampleur de l'activité du loueur⁴⁸.
32. Enfin, de nombreuses controverses ont lieu en rapport avec l'applicabilité des normes relatives au secteur de l'hôtellerie, notamment en matière de sécurité ou d'hygiène (plan d'évacuation d'urgence, normes anti-incendie, denrées alimentaires), règles de police notamment sur l'identité de l'hôte, en vertu de l'accord de Schengen, etc. Il est proposé par exemple d'appliquer aux locations effectuées via Airbnb la même réglementation qu'aux chambres d'hôtes, voire des hôtels lorsqu'un immeuble entier est voué à ce type de location⁴⁹.

⁴⁶ Pour les aspects fiscaux, voir l'analyse détaillée du Conseil fédéral : CF-Conditions-cadre, N 5.2.9, p. 122-125. Airbnb transmet certaines informations fiscales directement au fisc américain : <https://fr.airbnb.ch/help/article/122/why-is-airbnb-requesting-my-taxpayer-information>.

⁴⁷ LearnAirbnb.com, 2016.

⁴⁸ A l'heure actuelle, seuls les cantons de Bâle-Ville et Zoug ont réussi à négocier le prélèvement direct des taxes de séjour par Airbnb mais d'autres cantons devraient suivre (<https://fr.airbnb.ch/help/article/653/in-what-areas-is-occupancy-tax-collection-and-remittance-by-airbnb-available#Switzerland>).

⁴⁹ Ainsi à Genève, depuis le 1^{er} avril 2018, les étrangers hébergés à titre lucratif doivent être déclarés à la police et aucune distinction n'existe plus entre le logeur professionnel et celui qui héberge de manière occasionnelle (mais plus de 60 jours par an).

33. La question de la responsabilité directe de la plateforme pour le non-respect par ses utilisateurs des règles de droit public se pose de plus en plus. En novembre 2016, Barcelone devient la première ville au monde à infliger une très lourde sanction de EUR 600 000 à Airbnb. La Ville de Paris a désormais également assigné en référé devant le Tribunal de grande instance de Paris les plateformes Airbnb et Widmu⁵⁰ pour ne pas avoir surveillé et retiré les offres de location non conformes à la législation en vigueur, notamment pour ne pas avoir publié le numéro de licence du loueur⁵¹.

III. Plateformes d'hébergement

A. Introduction

34. Même s'il existe de nombreuses plateformes d'hébergement, Airbnb dispose d'un certain monopole de fait et reste la plateforme communautaire la plus importante et la plus connue^{52,53}. Elle a été lancée en août 2008 par deux étudiants. Dénommée initialement AirBed&Breakfast – jeu de mots entre « airbed » (matelas gonflable) et « bedandbreakfast » (logement chez l'habitant) – leur service a connu des débuts difficiles, avant de changer de nom en « Airbnb » et de se professionnaliser. Pour montrer l'ampleur du phénomène, il existe un site⁵⁴ qui présente des cartes interactives montrant les offres Airbnb disponibles dans des grandes villes du monde et comment Airbnb affecte le voisinage. La carte interactive de Paris *intra muros* est particulièrement édifiante à cet égard⁵⁵.

⁵⁰ http://immobilier.lefigaro.fr/article/paris-veut-faire-condamner-airbnb-en-justice_5c327778-3e1d-11e8-89e9-6350770897d6/.

⁵¹ Une audience aura lieu le 12 juin 2018.

⁵² Février 2018 : 4,5 millions de logements dans 81 000 villes, <https://press.atairbnb.com/fr/airbnb-devoile-sa-strategie-pour-rendre-le-voyage-magique-pour-tous>. La part de marché d'Airbnb correspondrait à 1% de l'offre hôtelière mondiale et pourrait encore progresser jusqu'à atteindre 5%, CREDIT SUISSE, p. 19.

⁵³ Elle est active au niveau mondial sauf en Crimée, en Iran, au Soudan, en Syrie et en Corée du Nord.

⁵⁴ <http://insideairbnb.com/>.

⁵⁵ <http://insideairbnb.com/paris/>.

35. Il existe des dizaines d'autres sites de location en ligne d'hébergements entre particuliers comme Homelidays (créé en 1999), Housetrip (fondé en 2010 par des Suisses, mais désormais basé au Royaume-Uni), 9flats (2011) ou encore Wimdu (2011). HomeAway (racheté en 2015 par Expedia, qui possède aussi Abritel) fonctionne sur un mode quelque peu différent et vise surtout les locations de vacances.

B. Fonctionnement d'Airbnb

36. Comme toutes les plateformes Internet, il est nécessaire de s'inscrire préalablement pour pouvoir utiliser les services d'Airbnb⁵⁶, soit réserver un hébergement ou passer une annonce. Cela signifie notamment accepter toute une série de conditions : outre les Conditions générales, qui à elles seules font une quarantaine de pages (!), il faut encore accepter les « Conditions de service relatives aux paiements », la « Garantie Hôte », le « Remboursement du voyageur », la « Politique de non-discrimination », etc. Il existe au moins neuf conditions de services applicables différentes⁵⁷.
37. La plateforme exclut toute responsabilité par rapport au rôle qu'elle est amenée à jouer, en se présentant uniquement comme une place de marché en ligne, dotée d'une technologie adaptée permettant aux membres de se rencontrer en ligne et d'organiser des réservations d'hébergement directement entre eux⁵⁸. Les termes sont choisis puisqu'il est fait mention d'« Hôte » et de « Voyageur », mais nullement de bailleur ou de locataire. La plateforme exclut totalement

⁵⁶ Pour tous les utilisateurs domiciliés hors des USA, de la Chine et du Japon, le cocontractant est la filiale Airbnb Ireland.

⁵⁷ <https://fr.airbnb.ch/terms>.

⁵⁸ « Les Hôtes sont seuls responsables de leurs Annonces et Services proposés par l'Hôte. Lorsque des Membres font ou acceptent une réservation, ils concluent un contrat entre eux directement. Airbnb n'est pas et ne devient pas partie à un quelconque contrat passé entre des Membres, n'est pas impliquée dans la relation contractuelle entre des Membres et n'est ni courtier immobilier ni assureur. Airbnb n'agit pas en qualité de mandataire d'un quelconque Membre, sauf comme le prévoient les Conditions de paiement ».§

sa responsabilité, selon des termes qui vont certainement au-delà de ce qui est admissible en droit suisse et soumet les relations contractuelles entre ses membres et elle-même au droit irlandais⁵⁹.

38. A noter que l'offre doit porter sur un « hébergement ». Cette notion ne correspond pas exactement à celle d'habitation au sens des art. 253 ss CO. Airbnb ne donne qu'une définition négative, à savoir que sont exclus de la plateforme les lieux qui ne constituent pas une habitation (sans autre précision, mais l'exemple du matériel de camping est donné) ou qui ne sont pas un lieu fixe (p. ex. un bateau non amarré). Lorsqu'on recherche une annonce, les filtres indiquent toutefois qu'une yourte, une grotte, un camping-car, une caravane, un igloo ou une péniche amarrée sont en revanche admis puisque proposés. Et l'hôte doit offrir des équipements essentiels à savoir du papier toilette, du savon, du linge de maison, des draps, et au moins une serviette et un oreiller par voyageur. Sinon la plateforme distingue essentiellement entre logements entiers (comprenant « en général » une chambre, une salle de bain et une cuisine), chambres privées (les autres pièces peuvent être partagées) et chambres partagées (chambre ou espace commun partagé avec d'autres).
39. Le membre intéressé peut prendre contact avec l'auteur de l'annonce s'il souhaite plus d'informations et avoir un premier contact personnel avant une réservation. Puis celle-ci est faite en ligne via la plateforme, ce qui permet d'obtenir les coordonnées personnelles de l'hôte, respectivement du voyageur. Les conditions d'annulation ne dépendent pas directement d'Airbnb : chaque hôte fixe ses propres règles. Il en va de même pour la remise et la restitution des clés, tout comme les frais de nettoyage de départ (inclus ou en sus). Airbnb ne fixe **aucune règle sur le montant de la rémunération**, celle-ci étant fixée librement selon le marché⁶⁰. Le loueur peut aussi fixer un

⁵⁹ <https://fr.airbnb.ch/terms#sec21>, pour les utilisateurs domiciliés hors des USA, de la Chine et du Japon.

⁶⁰ Cependant, Airbnb « suggère » automatiquement un prix lors de la création de l'annonce en fonction de son emplacement et d'autres facteurs, grâce à un « outil de tarification intelligente ».

règlement intérieur qui doit être accepté. Le loueur dispose de 24 heures pour accepter ou refuser la demande⁶¹. L'hôte peut exiger une « procédure d'identification vérifiée » de la part des voyageurs^{62,63}.

40. Tous les paiements doivent obligatoirement être effectués directement via le site Airbnb. La plateforme intègre ainsi automatiquement ses propres frais à chaque transaction, parallèlement aux taxes obligatoires dans certains pays. Le voyageur paie au moment de la réservation et Airbnb débloque l'argent à l'hôte 24 heures après l'entrée dans les lieux du voyageur⁶⁴. Le site encaisse une commission correspondant en général à 3% du montant payé à l'hôte pour chaque réservation effectuée. Les frais de service facturés au voyageur varient entre 0 et 20% du sous-total de la réservation (hors TVA), selon des facteurs totalement opaques⁶⁵.
41. En cas de litige entre voyageur et hôte, Airbnb a mis en place un « Centre de Résolution des litiges » en particulier si l'hôte veut réaliser la caution. L'hôte doit effectuer en ligne une demande de retenue partielle ou totale sur la caution dans les 14 jours qui suivent la date de départ du voyageur ou avant l'entrée dans les lieux d'un nouveau voyageur, si celle-ci a lieu avant ce délai et Airbnb statuera de manière définitive. Il existe une « garantie de l'hôte », qui couvre

⁶¹ Si l'option d'acceptation automatique n'a pas été activée.

⁶² Soit la fourniture d'une photo de profil et d'une pièce d'identité officielle.

⁶³ Cette procédure n'a en soi pas grande valeur, la plateforme déclinant toute responsabilité quant à la véracité des informations transmises par le voyageur : « Cette procédure n'a pas valeur de cautionnement des hôtes ou des voyageurs, ne garantit pas l'identité des utilisateurs ni ne constitue une assurance quant à la sécurité des interactions. » La plateforme rajoute : « Bien que ces vérifications nous permettent de prévenir la fraude et les abus lors de l'utilisation de nos services, ils ne garantissent pas complètement la sécurité et l'absence de problèmes lorsque les personnes effectuent des réservations sur Airbnb. »

⁶⁴ Sauf pour les nouveaux loueurs.

⁶⁵ « Les frais de service voyageur sont calculés sur la base de nombreux facteurs, notamment mais sans s'y limiter, le sous-total de la réservation, la durée de la réservation et les caractéristiques du logement. En général, plus le montant du sous-total est élevé, plus le pourcentage est faible » (<https://fr.airbnb.ch/help/article/1857/what-are-airbnb-service-fees>).

les dommages causés par le voyageur aux biens personnels, appartement ou maison des hôtes jusqu'à CHF 900'000 et dans le monde entier. Certains objets de valeur (bijoux, œuvres d'art, etc.) ne sont couverts que de manière limitée. Là aussi, la procédure de mise en œuvre s'effectue en ligne et la voie de l'arbitrage doit être suivie. En outre, les hôtes de certains pays⁶⁶ – Suisse exclue – disposent depuis 2015 d'une responsabilité civile couvrant les dommages matériels et les dommages corporels causés à des tiers (voyageurs y compris) pendant un séjour dans leur hébergement, et ce jusqu'à un montant de EUR 800'000.-. Le chef de responsabilité est multiple, à mesure que cette assurance couvre à la fois les prétentions des voyageurs contre l'hôte en responsabilité civile, mais aussi les prétentions de tiers contre l'hôte en raison de dommages provoqués par le voyageur (p. ex. inondation dans la salle de bain provoquée par le voyageur, qui entraîne un préjudice dans l'appartement du dessous). En tout état de cause, ces garanties offertes par AirBnB ne dispensent nullement l'hôte de disposer d'une assurance responsabilité civile solide.

42. Comme la confiance des utilisateurs dans ces plateformes en ligne repose sur les évaluations des autres utilisateurs (comme p. ex. les plateformes de vente *Ricardo.ch* ou *Ebay*), Airbnb permet tant à l'hôte qu'au voyageur de laisser un avis à la fois sur le logement loué et sur le comportement du locataire. Airbnb a dû rédiger une charte spécifique pour éviter le « chantage à l'évaluation » de la part de ses utilisateurs. Enfin, les performances de l'hôte sont comparées à la moyenne de tous les hôtes sur Airbnb et, si les statistiques sont régulièrement inférieures à la moyenne, l'annonce peut faire l'objet de pénalités, voire être déclassée dans l'algorithme de ranking dans l'affichage des offres⁶⁷.

⁶⁶ <https://fr.airbnb.ch/host-protection-insurance> : Afrique du Sud, Allemagne, Australie, Autriche, Belgique, Canada, Chine, Croatie, Espagne, Etats-Unis, Finlande, France, Hongrie, Inde, Irlande, Israël, Italie, Japon, Nouvelle-Zélande, Norvège, Pays-Bas, Portugal, République tchèque, Royaume-Uni, Singapour et Suède ; les hôtes résidant en Suisse ne bénéficient pas à ce jour du programme.

⁶⁷ <https://fr.airbnb.ch/help/article/576/what-are-airbnb-s-basic-requirements-for-hosts>.

C. Qualification des relations juridiques avec la plateforme

43. Les problématiques avec les plateformes en ligne ont déjà été débattues par la doctrine lors de l'apparition des places de marché sur Internet de type eBay ou Ricardo, auxquelles on peut se référer⁶⁸. Le mécanisme instaure une **relation tripartite**. La plateforme n'intervient pas directement dans le contrat entre l'hôte et le voyageur, même si elle en définit largement les conditions applicables par le truchement du fonctionnement de la plateforme et de la conclusion du contrat.
44. Les relations contractuelles liant la plateforme aux autres parties sont en principe qualifiées de **contrat innommé de service**, que l'on apparente à une forme particulière de mandat⁶⁹. La clause d'élection du for ou de choix du droit applicable figurant dans les conditions générales d'Airbnb n'a aucun effet sur les relations contractuelles existant entre hôte et voyageur⁷⁰. Les consommateurs (que sont les hôtes d'Airbnb qui louent leur logement à des fins non commerciales) peuvent de toute façon faire valoir leurs éventuels droits contre Airbnb au lieu où ils sont domiciliés, malgré l'élection du for (art. 16 s. CL)⁷¹. Tel n'est pas le cas des hôtes qui louent un logement à des fins commerciales : ils doivent intenter leur action en Irlande.

IV. Droit du bail

A. Relations juridiques entre hôte et voyageur

1. Qualification du contrat

45. Techniquement, il y a mise à disposition de l'usage de la chose moyennant un loyer. Cependant, l'objectif fondamental de l'hôte n'est

⁶⁸ Voir notamment LANGER, 2009.

⁶⁹ TERCIER/BIERI/CARRON, p. 172 N 1246 et bibliographie spéciale.

⁷⁰ Cf. *infra* N 55 ss.

⁷¹ <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20164001>.

pas nécessairement de se défaire de la possession (même temporaire) mais plutôt d'en tirer un revenu pouvant dépasser le coût réel de l'usage auquel il renonce⁷². On peut ainsi légitimement se demander s'il ne s'agit pas d'un **contrat d'hébergement**. Dans le contrat d'hébergement (*Beherbergungsvertrag*), l'aubergiste s'engage à mettre à disposition de son hôte une ou plusieurs chambres meublées pendant une certaine durée, à titre professionnel et contre rémunération. L'offre de nourriture n'est pas nécessaire⁷³.

46. Le contrat d'hébergement est un **contrat innommé** comprenant des éléments du bail, de la vente, du mandat et du dépôt⁷⁴. Le contrat n'est pas un contrat de bail pur, car l'usage du gîte n'est en règle générale cédé que pour une courte période (plusieurs jours ou semaines), tandis que le bail sur un logement d'habitation est généralement conçu comme une relation durable⁷⁵. En plus, l'aubergiste est beaucoup plus proche de l'objet mis à disposition que le bailleur, de sorte que l'obligation d'entretien repose exclusivement sur l'aubergiste⁷⁶.
47. Cependant, l'hôtelier ou l'aubergiste doit accepter à **titre professionnel** et contre rémunération de loger des tiers pour que ces règles spécifiques s'appliquent et en particulier les règles sur la responsabilité causale (art. 487 CO)⁷⁷. L'application de l'art. 487 al. 1 CO présuppose toutefois que les effets du voyageur soient entrés dans la sphère d'autorité de l'hôtelier de sorte que celui-ci soit en mesure de les surveiller en exploitant son établissement.
48. A notre avis, **la qualification dépendra du profil de l'offreur** sur Airbnb. En effet, les différentes études publiées ont montré que, si un certain pourcentage d'utilisateurs géraient de multiples locations sur Airbnb et pouvaient donc en tirer un revenu principal, ils ne seraient

⁷² VISCHER, p. 480, qui parle même d'un nouveau modèle d'affaires.

⁷³ MÜLLER, N 3209 p. 681 ; HUGUENIN, N 1619 ; BSK OR I-KOLLER, art. 487 CO N 3.

⁷⁴ TF du 10.02.2017, 4A_341/2016, cons. 4.2 ; ATF 120 II 252, cons. 2a ; BSK OR I-AMSTUTZ/MORIN, Intro. aux art. 184 ss, N 292 ss ; HUGUENIN, N 1198.

⁷⁵ BSK OR I-AMSTUTZ/MORIN, Intro aux art. 184 ss, N 325 ; SPIRIG, N 9 ss.

⁷⁶ BSK OR I-AMSTUTZ/SCHLUEP, Intro aux art. 184 ss, N 325.

⁷⁷ BKomm-GAUTSCHI, art. 487 CO N 3a.

qu'une faible minorité en Suisse⁷⁸. Dans un tel cas, les règles du contrat d'hébergement s'appliqueraient à la relation qui se noue⁷⁹. Cela peut avoir de l'importance puisque la compétence des autorités en matière de baux et loyers a été niée pour une demande en paiement après conclusion d'un contrat d'hébergement dans un hôtel⁸⁰. Pour les utilisateurs « ordinaires » d'Airbnb, soit les hôtes occasionnels ou ne cherchant pas à en tirer un revenu à titre professionnel, les règles du contrat d'hébergement ne s'appliqueront pas.

49. Les dispositions du droit du bail sont applicables lorsque les services qui vont au-delà de la cession de l'usage ne sont pas déterminants (notamment au regard du prix)⁸¹. Il faut admettre que le cas ordinaire de contrat sur Airbnb constitue ainsi un **contrat de bail**⁸², voire un contrat innommé si des prestations accessoires sont incluses⁸³.
50. La cession de l'usage d'une ou plusieurs pièces peut être le fait du propriétaire ou du locataire. Lorsque le locataire cède l'usage du logement ou de parties du logement qu'il loue contre rémunération, il s'agit d'un **contrat de sous-location** au sens de l'art. 262 CO⁸⁴.
51. Enfin, la location d'appartements de vacances constitue clairement un contrat de bail (cf. art. 253a al. 2 CO). Tant que la mise en location n'excède pas trois mois, les dispositions concernant les baux d'habitation ne sont pas applicables. C'est la convention des parties et non l'usage effectif qui va déterminer s'il s'agit bien d'un logement de vacances. Ainsi, le locataire qui loue à plusieurs reprises le même logement pour des périodes inférieures à trois mois ne bénéficie pas

⁷⁸ OBSERVATOIRE VALAISAN DU TOURISME, HES-SO Valais, L'offre Airbnb en Suisse et Valais, 2017.

⁷⁹ SPIRIG, N 9 ss et réf. citées ; JUD/STEIGER N 11.

⁸⁰ MP 1/2007, p. 14.

⁸¹ CF-Conditions-cadre, ch. 5.2.6.1, p. 112.

⁸² JUD/STEIGER, N 19 (*in fine*) ; VISCHER, p. 479.

⁸³ CF-Hébergement, p. 112 ; SPIRIG, N 9 ss ; BSK OR I-AMSTUTZ/MORIN, Intro. aux art. 184 ss, N 292 ss ; CLAIRE HUGUENIN, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2014, N 1198.

⁸⁴ TF du 19.11.2014, 4A_518/2014 et 4A_520/2014 ; arrêt du 9 février 2017 du Mietgericht des Bezirks Zürich, DB 2017, p. 14, cons. V.2.1.1 ; CF-Conditions-cadre, N 5.2.6.1, p. 112.

de protection particulière⁸⁵. Manifestement le cas du logement loué à des fins professionnelles (notamment pour un voyage d'affaires ou p. ex. pour un travailleur détaché) ne devrait pas être considéré comme un appartement de vacances. Cette dernière utilisation ne tombe pas non plus à notre sens dans la catégorie de locaux commerciaux, car le but est bien d'octroyer un logement et non d'exercer une activité commerciale ou une profession. Le Conseil fédéral s'est toutefois aussi posé la question de la qualification du contrat en cas de cession répétée de l'usage des locaux pour une durée de moins de trois mois⁸⁶, mais cette question n'a volontairement pas été traitée dans le projet soumis à consultation pour éviter une possible contradiction avec l'art. 253a al. 2 CO⁸⁷.

2. Conclusion du contrat

52. Le contrat étant conclu sur Internet, celui-ci peut être rangé dans la catégorie des contrats conclus dans le commerce électronique⁸⁸. En principe, on considérera le plus souvent que la présentation sur un site internet de marchandises ou de services avec indication de prix devra être considérée comme une simple invitation à faire une offre⁸⁹. La manifestation de volonté servant à conclure le contrat ne requiert pas de forme particulière et peut donc s'exprimer au moyen d'un simple clic⁹⁰. Des conditions générales encadrent souvent le contrat et règlent alors la plupart des points essentiels⁹¹. En particulier, l'hôte devra insérer son offre en acceptant les conditions d'insertion d'Airbnb (dans un cadre formel technique préétabli) et n'aura qu'une marge de manœuvre se limitant à la description de l'objet loué, sa disponibilité

⁸⁵ ZK-HIGI, art. 253a-253b CO N 46.

⁸⁶ CF-Hébergement, p. 37 N 6.1.2 et 6.1.3.

⁸⁷ OFL-Rapport, p. 2.

⁸⁸ FAVRE-BULLE, p. 177.

⁸⁹ CR-MORIN, art. 7 CO N 5 ; MÉTILLE, p. 121.

⁹⁰ ANTREASYAN, p. 77.

⁹¹ MÉTILLE, p. 122.

et son prix. Le voyageur quant à lui n'aura pas plus de marge de négociation que sur une plateforme classique de réservation d'hôtels.

3. Droit international privé

53. L'immeuble étant en Suisse et la prestation caractéristique fournie par l'hôte, le contrat est en principe soumis au droit suisse, faute d'accord spécifique des parties (art. 119 al. 1 LDIP). En effet, les parties sont libres de choisir le droit qu'elles entendent appliquer à leur convention (art. 119 al. 2 LDIP)⁹². Les règles de droit international privé régissant les contrats conclus avec les consommateurs (art. 120 LDIP, art. 15 ss CL) ne sont en principe pas applicables aux contrats de bail sur un immeuble⁹³.
54. Il faut admettre que les conditions générales d'Airbnb ne sont pas d'une grande clarté et a priori, ne règlent le droit applicable que pour le règlement d'un litige entre la plateforme et l'utilisateur. En tout état de cause, les clauses d'ordre public s'appliquent d'office (art. 18 LDIP), en particulier les clauses relatives à la protection contre les loyers abusifs (art. 269 ss CO) et celles contre les congés (art. 271 ss CO), quel que soit le droit désigné⁹⁴.
55. Le for est fixé par les art. 112 et 113 LDIP, respectivement par l'art. 22 ch. 1 CL, soit l'État de situation de l'immeuble, respectivement le lieu d'exécution de la prestation caractéristique du contrat. La Suisse étant partie à la Convention de Lugano, celle-ci s'applique, même si les parties sont domiciliées dans un État tiers non contractant⁹⁵. L'art. 22 ch. 1 CL étant impératif, les parties ne peuvent y déroger, notamment par une clause d'élection de for (art. 23, ch. 5 CL)⁹⁶. L'art. 22 ch. 1 CL réserve le for du défendeur si celui-ci est (1) une personne physique, (2) que les parties sont domiciliées dans le même État (donc hors de Suisse) et (3) que le contrat a été conclu pour

⁹² MARTINEZ FAVRE/BURKHALTER, SVIT-K, art. 253-273c CO N 51.

⁹³ CPra Bail-GUILLAUME, Intro DIP N 7 et réf. citées.

⁹⁴ CPra Bail-GUILLAUME, art. 119 LDIP N 6.

⁹⁵ CPra Bail-GUILLAUME, art. 22 CL/112-113 LDIP N 6.

⁹⁶ CPra Bail-GUILLAUME art. 22 CL/112-113 LDIP N 22.

moins de six mois pour un usage personnel temporaire (la notion est plus large que l'appartement de vacances et comprend un séjour d'études, à des fins professionnelles, etc.).

56. Airbnb permet d'intégrer aux conditions de l'offre un « règlement intérieur » à savoir les conditions particulières posées par le loueur à la mise en location. Un examen des offres publiées en Suisse montre que certains loueurs bien avisés précisent à cette occasion que le contrat est soumis au droit suisse tout comme le for.

4. Droit impératif

57. Airbnb impose des conditions au contrat entre hôte et voyageur qui peuvent selon les cas violer le droit suisse impératif, en particulier si la location dépasse trois mois. Dans un tel cas, tant les règles de protection contre les congés que contre les loyers abusifs trouveront application⁹⁷. Tel est le cas de la caution, de la formule officielle de notification de loyer lors de la conclusion d'un nouveau bail dans les cantons qui l'ont imposée et les règles sur les congés. Plus particulièrement, comme la conclusion du contrat entre l'hôte et le voyageur est « encadrée » par Airbnb, la plateforme fixe les conditions d'annulation pour les contrats de longue durée, qui s'appliquent à toutes les réservations de 28 nuits et plus ; la plateforme prévoit un préavis de 30 jours pour mettre fin au bail. Pour mémoire, la loi suisse ne fait pas de distinction entre les logements meublés et non meublés, à l'exception de l'art. 266e CO s'agissant des termes et délai de congé d'une chambre meublée. Cette dernière est donc aussi soumise aux règles sur les loyers abusifs et la protection contre les congés. Il en découle que le délai de congé imposé par Airbnb est nul pour les logements mais est valable pour les chambres meublées.

⁹⁷ Avec les exceptions de l'art. 253b CO, à savoir les maisons familiales de luxe comprenant six pièces ou plus et les immeubles dont les loyers subventionnés sont soumis au contrôle d'une autorité. Cependant, le locataire d'un logement subventionné ne peut sans autre sous-louer son appartement.

B. Relations juridiques entre bailleur et locataire principal

1. Contrat de bail et sous-location

58. Si l'hôte est locataire, les relations avec son bailleur sont réglées par le droit du bail (art. 253 ss CO). Dans cette optique, le fait pour le locataire principal de proposer tout ou partie de son logement sur une plateforme d'hébergement relève du contrat de sous-location (art. 262 CO)⁹⁸.
59. La doctrine dominante⁹⁹ et la jurisprudence¹⁰⁰ considèrent que l'art. 262 CO est relativement impératif en faveur du locataire. Les parties peuvent compléter cette disposition, mais pas la modifier. Certains auteurs¹⁰¹ remettent en cause le droit impératif du locataire de sous-louer, en dehors de « vicissitudes de la vie » tels que mentionnées par le Tribunal fédéral¹⁰². Ce qui compte cependant, c'est que le locataire conserve la volonté de récupérer un jour l'appartement, le caractère provisoire de la sous-location étant appliqué de manière plus stricte par la jurisprudence ces dernières années¹⁰³. Sans intention de revenir occuper les lieux, le locataire abuse dans ce cas de son droit à la sous-location¹⁰⁴ (art. 2 al. 2 CC), car il a procédé en réalité à une substitution de locataires. Dans tous les cas, l'exigence du caractère provisoire constitue selon le Tribunal fédéral une caractéristique essentielle du contrat de sous-location puisqu'à défaut, le locataire ne saurait se prévaloir de son droit de sous-louer.

⁹⁸ *Supra* N 50.

⁹⁹ ZK-HIGI, art. 262 CO N 4 ; HUGUENIN N 2981, p. 880 ; JUD/STEIGER, N 19 et réf. citées ; CPra Bail-BISE/PLANAS, art. 262 CO N 3.

¹⁰⁰ Arrêt du 9 février 2017 du Mietgericht des Bezirks Zürich, DB 2017, p. 14.

¹⁰¹ ABEGG/BERNAUER, p. 86

¹⁰² ATF 138 III 59.

¹⁰³ CPra Bail-BISE/PLANAS, art. 262 CO N 3 et 18 ; TF du 03.05.2016, 4A_556/2015.

¹⁰⁴ ATF 138 III 59, cons. 2.2.1, JdT 2014 II 418, DB 2012, N 9.

a) Autorisation préalable du bailleur

60. Selon l'art. 262 CO, la sous-location ne peut intervenir qu'avec l'accord du bailleur. Même si la demande et l'autorisation ne doivent revêtir aucune forme particulière et peuvent même intervenir de manière tacite¹⁰⁵, le locataire a tout intérêt à l'obtenir par écrit pour des questions de preuve. Si le bail est soumis au contrat-cadre romand CCR ou aux « Dispositions paritaires romandes et règles et usages locatifs du canton de Vaud », la forme écrite est désormais impérative¹⁰⁶. Par conséquent, l'absence d'un consentement écrit est un motif de congé ordinaire valable, même si les conditions de l'art. 262 CO sont remplies.
61. Le bailleur doit en principe se prononcer dans un délai de 2 à 4 semaines (30 jours selon le contrat-cadre romand et les « Dispositions paritaires romandes et règles et usages locatifs du canton de Vaud »). L'absence de réponse ne saurait équivaloir à une autorisation tacite si la forme écrite a été réservée¹⁰⁷. L'autorisation du bailleur ne constitue pas une condition de validité du bail de sous-location¹⁰⁸. La problématique des plateformes d'hébergement provient du fait que l'hôte ne connaît pas à l'avance l'identité du sous-locataire et que, selon les conditions générales de la plateforme, il doit répondre aux offres des voyageurs dans les 24 heures.
62. L'interprétation littérale de l'art. 262 CO suggère que le bailleur doit donner son consentement à chaque sous-location. En cas de sous-location répétée, l'application de la disposition à la lettre pourrait s'avérer pénible tant pour le bailleur que pour le locataire¹⁰⁹. Un consentement général vis-à-vis de la personne du sous-locataire

¹⁰⁵ TF du 12.06.2008, 5A_184/2008, cons. 4.2.

¹⁰⁶ Le Tribunal fédéral a considéré que l'exigence de la forme écrite prévue à l'art. 22 RULV était impérative (TF du 10.03.2009, 4A_487/2008 consid. 2.6). Le Conseil fédéral a autorisé (FF 2014 5095) depuis le 1^{er} juillet 2014 l'art. 8 CCR à déroger à l'art. 262 CO. La solution en Suisse romande est ainsi désormais la même que celle qui prévalait déjà dans le canton de Vaud depuis le 1^{er} juillet 2008.

¹⁰⁷ TF du 19.05.2009, 4A_570/2008, cons. 3.3.3, SJ 2010 I 20 et les auteurs cités.

¹⁰⁸ ZK-HIGI, art. 262 CO N 49.

¹⁰⁹ OFL-Rapport, p. 3.

semble approprié, pour autant que les caractéristiques clairement formulées pour la sous-location soient remplies. Par souci de transparence, le locataire pourrait par exemple transmettre le lien de l'annonce sur Airbnb aux fins de vérification, puisque la doctrine admet qu'en principe le bailleur peut demander à recevoir une copie du contrat de sous-location. Airbnb invite ses utilisateurs à collaborer avec leur propriétaire pour définir des lignes directrices au sujet des périodes et des manières dont les voyageurs sont hébergés « pour [lui] montrer que vous êtes un hôte responsable et l'aider à se sentir plus à l'aise (*sic*) »^{110,111}.

63. Ainsi, le consentement à la sous-location peut figurer de manière générale et sans restrictions dans le contrat de location¹¹² ou par le biais d'un accord ultérieur : le locataire peut demander une autorisation générale et anticipée au bailleur, en stipulant les conditions de sous-location (durée, fréquence, loyer, partie du logement, nombre maximal d'hôtes, type de visiteurs, exemple d'annonce qui détaille le règlement intérieur applicable¹¹³, etc.) sans toutefois devoir préciser l'identité du sous-locataire¹¹⁴, qui n'est en général pas connue au moment où la décision de mettre une offre sur Airbnb est prise. Plus encore, l'identité exacte du sous-locataire dans

¹¹⁰ Voir <https://fr.airbnb.ch/help/article/806/how-should-i-talk-to-my-landlord-about-hosting-on-airbnb>. Voir aussi : « Si votre propriétaire refuse votre demande d'héberger des voyageurs sur Airbnb, n'ayez pas peur de lui demander pourquoi. Il se peut que vous puissiez répondre à ses inquiétudes, l'aider à en savoir plus sur Airbnb ou à l'encourager à s'associer avec vous via le 'Friendly Buildings Program' ».

¹¹¹ Airbnb donne de très nombreuses indications sur les restrictions et exigences applicables (tant sur le plan du droit privé que du droit public) sur le site dédié aux utilisateurs français et il est regrettable qu'une telle page n'existe pas pour les utilisateurs suisses : <https://www.airbnb.fr/help/article/1383/hbergement-responsable-en-france--mise--jour-novembre-2017>.

¹¹² SVIT-K, art. 262 CO N 1 s. ; ZK-HIGI, art. 262 CO N 31 et 33 ; TF du 17.12.2007, 4A_199/2007, cons. 4.3.1.

¹¹³ Quelques exemples tirés d'annonces réelles : « Non fumeur, Ne convient pas aux animaux, Pas de fête ni de soirée » ; « Non-fumeur à l'intérieur mais possibilité d'aller fumer dans le jardin » ; « pantoufles dans l'appartement » ; « Ne convient pas aux enfants (0-12 ans), un minimum de bruit dès 22h00 ».

¹¹⁴ CF-Hébergement, p. 2.

un tel cadre importe finalement assez peu, dans la mesure où il s'agit d'un séjour de courte durée, que les parties ne seront peut-être même pas amenées à cohabiter et que le loyer est payé d'avance sur la plateforme. Le locataire principal répond en outre vis-à-vis du bailleur des actes du sous-locataire comme de son auxiliaire, y compris le paiement du loyer¹¹⁵. En outre, le locataire n'aura aucun intérêt à accepter une demande de location d'un utilisateur mal noté dans les évaluations de ses locations précédentes, afin d'éviter des problèmes avec son bailleur.

64. Le Conseil fédéral a désormais mis en consultation une révision de l'OBLF (nouvel art. 8a OBLF) permettant au locataire de solliciter du bailleur, en vertu de l'art. 262 CO, un consentement général à la sous-location répétée de courte durée. Devront figurer dans la demande du locataire les conditions de sous-location, notamment le montant maximal du loyer, le nombre maximal de locaux concernés et l'occupation maximale (par exemple les périodes ou un nombre de jours par année). Le locataire peut aussi indiquer d'éventuelles prestations accessoires ou les courbes d'occupation des locaux. Le consentement général peut être limité dans le temps (à deux ans, par exemple) par le bailleur.

b) Droit du bailleur de refuser de donner son consentement

65. Le bailleur est en droit de refuser son autorisation à la sous-location dans l'une des trois hypothèses suivantes :
- Le locataire **refuse de communiquer les conditions** de sous-location (art. 262 al. 2 let. a CO). Etant donné que l'identité du sous-locataire n'est pas expressément mentionnée par la loi (en l'état actuel du droit) et qu'il ne s'agit pas d'une caractéristique essentielle dans le cadre des plateformes d'hébergement, on ne saurait reprocher au locataire de ne pas pouvoir transmettre l'identité du sous-locataire s'il fournit toutes les autres

¹¹⁵ CPra Bail-BISE/PLANAS, art. 262 CO N 65 ; DB 1992, N 11.

informations relatives à la publication de l'offre sur la plateforme Internet.

- Les **conditions** de la sous-location sont **abusives** (art. 262 al. 2 let. b CO). C'est le loyer de sous-location qui est visé notamment par comparaison avec le loyer principal¹¹⁶. On admet toutefois un supplément pour les prestations supplémentaires fournies (qui pourraient se rapprocher du contrat d'hébergement, tels que mobilier, services de restauration, nettoyage, risques à la chose louée, etc.). Il devrait également pouvoir comprendre les charges spécifiques à la sous-location supportées par le locataire principal, comme les frais d'annonces ou une prime de risques (contacts avec des voyageurs intéressés qui finalement ne réservent pas, etc.). En principe, on doit rester en deçà d'un supplément de l'ordre de 20%¹¹⁷. Le locataire n'a clairement **pas le droit de tirer un revenu de la sous-location**¹¹⁸. Il s'agit à notre sens d'un élément essentiel du système, permettant ainsi également de limiter les craintes souvent exprimées.
 - La sous-location présente des **inconvenients majeurs** (art. 262 al. 2 let. c CO). Cette clause générale est sans doute la plus problématique, car le bailleur pourrait refuser à la fois pour des questions liées à l'usage des locaux ou à la personne du sous-locataire.
66. S'agissant des inconvenients majeurs, on pense essentiellement à des motifs généraux liés à l'usage accru, à la suroccupation des lieux, aux risques avec le voisinage que le bailleur pourra invoquer¹¹⁹. La sous-location répétée de courte durée implique également la remise régulière des clés de l'objet ou d'un code d'accès à des inconnus. Le bâtiment peut, de par son standard de construction ou les besoins de

¹¹⁶ TF du 07.07.2016, 4A_211/2016.

¹¹⁷ 30 à 40% ayant été jugé abusif, CPra Bail-BISE/PLANAS, art. 262 CO N 40, ATF 199 II 353, cons. 5bb, DB 1994, N 10.

¹¹⁸ TF du 06.07.2009, 4A_504/2008, cons. 2.2 ; TF du 17.03.2005, 4C.331/2004, cons. 1.2.1.

¹¹⁹ CF-Hébergement, p. 46.

ses occupants, ne pas convenir à une sous-location répétée de courte durée (résidence de luxe ou logements pour personnes âgées). Une forte fluctuation de visiteurs peut, elle aussi, avoir des conséquences sur les locaux (usure), sur les parties communes d'un immeuble locatif et pour les autres locataires (p. ex. risque de nuisances)¹²⁰ et selon les circonstances, le bailleur pourra ainsi invoquer des inconvénients majeurs pour s'opposer à des sous-locations du type Airbnb.

67. Un parallèle peut être tiré notamment avec le droit du locataire de recevoir des visites à titre gracieux chez lui sans que le bailleur ne puisse l'interdire (aspect de sa liberté personnelle)¹²¹, à condition que cela reste dans le cadre d'un usage normal de la chose louée¹²². Dans le cas d'une location « classique » Airbnb, le locataire principal cherche en principe à faire occuper son logement uniquement pendant ses propres absences, par exemple en fin de semaine ou ses vacances, ce qui revient à quelques jours ou semaines de location par année, sans dénaturer la nature et la vocation principale de l'affectation à titre de logement.
68. Le bail principal peut aussi contenir des clauses spécifiques (notamment en cas d'occupation du logement d'un appartement subventionné ou de loyer fixé par des aides publiques) qui peuvent *de facto* interdire la sous-location sur des plateformes d'hébergement. La question se pose également pour des logements loués dans le cadre d'une coopérative d'habitation¹²³.
69. Ainsi, il faut admettre qu'un bailleur ne devrait **pas pouvoir refuser**, par principe, le droit à un locataire de mettre **occasionnellement** des offres sur Airbnb¹²⁴. Tout sera une question de mesure, à définir de cas en cas (p. ex. le nombre de locations et la durée totale cumulée par année¹²⁵). Les parties pourraient notamment s'entendre sur le contenu

¹²⁰ CF-Hébergement, p. 47.

¹²¹ ATF 136 III 186, DB 2010, N 11.

¹²² Raisonement identique en matière de PPE, voir WERMELINGER, p. 136.

¹²³ SCHOCH, MP 2/2017 p. 87 ss.

¹²⁴ SPIRIG, p. 20 ; WERMELINGER, p. 136 ; JUD/STEIGER, p. 11 s. ; BIERI, *passim*.

¹²⁵ JUD/STEIGER, p. 11 s.

du Règlement intérieur qui serait applicable au contrat de sous-location et dont le voyageur pourrait prendre connaissance avant de conclure le contrat.

70. Le projet de révision de l'OBLF ne fait que reprendre le droit actuel pour ce qui est des motifs de refus de la location de courte durée¹²⁶.
71. A noter qu'une problématique identique grandissante existe aussi dans le cas des appartements en **PPE**, relativement au changement de destination où des clauses spécifiques commencent à être introduites dans les règlements, voire les actes constitutifs¹²⁷. La jurisprudence retient un changement de destination de la PPE lorsque l'usage et l'affectation économique de l'objet sont modifiés de façon profonde et significative, de telle sorte que la destination actuelle de l'objet est reléguée au second plan¹²⁸.

c) Conséquences en cas de refus du bailleur

aa) Refus du bailleur justifié

72. Si le locataire passe outre le refus justifié du bailleur, ce dernier peut résilier le bail de manière anticipée pour violation du devoir de diligence au sens de l'art. 257f al. 3 CO. Il faudra toutefois une sommation préalable de mettre fin à la sous-location.
73. Si le locataire avait simplement oublié de solliciter l'autorisation, le bailleur peut soit exiger que les conditions lui soient transmises et, si les conditions de l'art. 262 CO sont remplies, valider *a posteriori* la sous-location ou, à défaut, enjoindre de mettre fin immédiatement à la sous-location, sous menace de résiliation anticipée du bail¹²⁹.
74. Le simple fait de ne pas requérir le consentement préalable du bailleur peut toutefois déjà suffire à anéantir le lien de confiance qui lie le

¹²⁶ « Le bailleur peut refuser son consentement général uniquement pour les raisons citées à l'art. 262, al. 2, CO, notamment si l'usage d'une plateforme de réservation ou les conséquences de cet usage présentent pour lui des inconvénients majeurs ».

¹²⁷ WERMELINGER, p. 136 ; VISCHER, p. 483.

¹²⁸ ATF 139 III 1, cons. 4.3.2 ; TF du 19.03.2009, 5A_428/2008, cons. 4.5.2.

¹²⁹ CPra Bail-BISE/PLANAS, art. 262 CO N 48 ss.

bailleur au locataire, de telle manière qu'un **congé ordinaire** n'apparaît pas contraire à la bonne foi. Les congés ordinaires requièrent en effet des conditions moins strictes que les congés extraordinaires et ne trouvent leurs limites que dans les règles en matière de bonne foi, le comportement du bailleur ne devant toutefois pas nécessairement constituer un abus manifeste au sens de l'art. 2 al. 2 CC¹³⁰. Une initiative parlementaire intitulée « empêcher les sous-locations abusives » a été déposée le 18 juin 2015 et pourrait, si elle venait à être acceptée, justifier un congé anticipé même si les conditions de fond de la sous-location étaient remplies¹³¹.

bb) Refus du bailleur injustifié

75. A l'inverse, si le locataire sollicite une autorisation et que celle-ci est refusée sans justes motifs, le locataire peut soit passer outre en prenant le risque de devoir se défendre en cas de résiliation du bail, soit saisir la Chambre de conciliation d'une requête tendant à faire constater son droit à obtenir l'autorisation de sous-location¹³², mais pour un cas précis et non pour poser une question juridique isolée, comme s'il sollicitait un avis de droit¹³³.
76. Le locataire pourra réclamer des dommages-intérêts (art. 97 ss CO) si le refus du bailleur lui occasionne un dommage¹³⁴.
77. L'initiative parlementaire « empêcher les sous-locations abusives »¹³⁵ a pour objectif que le bailleur puisse imposer une sanction efficace en cas de sous-location sans consentement ou pour laquelle le consentement aura été obtenu de mauvaise foi. Selon son auteur, la loi doit fixer clairement les conditions auxquelles le consentement à la

¹³⁰ ATF 138 III 59, DB 24/2012, N 9 et Newsletter Bail.ch mai 2012.

¹³¹ <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20150455>, voir *infra* N 77 s.

¹³² TF du 19.05.2009, 4A_570/2010, cons. 3.3.3, SJ 2010 I 20.

¹³³ ATF 135 III 378, cons. 2.2.

¹³⁴ CPra Bail-BISE/PLANAS, art. 262 CO N 46.

¹³⁵ <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20150455>.

sous-location doit être accordé et prévoir un droit de résiliation extraordinaire en faveur du bailleur en cas d'infraction commise par le locataire¹³⁶.

78. La proposition dispose que le locataire ne pourra sous-louer tout ou partie de la chose qu'avec le consentement écrit du bailleur (art. 262 al. 1 CO). La demande écrite de sous-location devra comprendre diverses indications (al. 2), dont le nom du sous-locataire. Le bailleur pourra refuser son consentement dans certains cas (al. 3), notamment, comme le précise expressément la proposition, lorsque la durée prévue pour la sous-location dépasse deux ans. Le bailleur pourra résilier le bail à certaines conditions (al. 5). Il ressort de ce qui précède que, si cette initiative devait être acceptée dans ces termes, les locations de courte durée de type Airbnb ne seraient pratiquement plus possibles, compte tenu de l'exigence de fournir l'identité du sous-locataire. Comme il s'agit d'une modification de l'art. 262 CO, celui-ci aurait en tout état de cause le pas sur l'art. 8a OBLF actuellement en consultation.

d) Retrait de l'autorisation

79. On rappellera qu'en cas d'abus ou d'aggravation, le bailleur peut toujours mettre le locataire en demeure, en particulier si les voyageurs se comportent mal et provoquent des nuisances pour le voisinage¹³⁷. Le bailleur ne peut toutefois revenir sur son accord à la sous-location elle-même sans passer par le retrait du consentement à l'aide de la formule officielle au sens de l'art. 269d al. 3 CO (nouvelle prétention)¹³⁸.

¹³⁶ Le Parlement a accepté de se saisir de cette initiative, qui sera vraisemblablement traitée en 2019.

¹³⁷ *Infra*, N 81 ss.

¹³⁸ CPra Bail-BISE/PLANAS, art. 262 CO N 30.

e) Action en remise du gain

80. Une sous-location non autorisée est une immixtion du locataire dans les affaires patrimoniales du bailleur. Pour autant que le locataire ait été de mauvaise foi, c'est-à-dire qu'il savait ou aurait dû savoir qu'il sous-louait en violation de ses obligations contractuelles et qu'il retirait de la chose un profit illégitime, le bailleur a le droit d'exiger **la restitution de ce profit** sur la base de l'art. 423 al. 1 CO ; à défaut, il peut le faire sur la base des règles sur l'enrichissement illégitime¹³⁹. Dans un arrêt zurichois, le juge s'est fondé notamment sur les annonces publiées et les commentaires des hôtes laissés sur la plateforme pour calculer le montant du profit illégitime¹⁴⁰. A noter que les tribunaux français ont également statué dans ce sens¹⁴¹.

2. Obligation de diligence

81. Le locataire-hôte risque de faire l'objet de plaintes des voisins auprès du bailleur si les voyageurs ne se comportent pas correctement (p. ex. nuisances nocturnes ou non-respect du règlement de maison)¹⁴². Dans un tel cas, le locataire risque, après une mise en demeure, une résiliation anticipée du bail (art. 257f al. 3 CO) pour violation du devoir de diligence¹⁴³. En effet, le locataire répond des actes de son sous-locataire¹⁴⁴.

¹³⁹ TF du 07.07.2016, 4A_211/2016, DB 2016, 16 ss ; ATF 129 III 422, cons. 4 ; TF du 18.04.2011, 4A_456/2010, cons. 4, JT 2012 II 116 ; TF du 19.11.2014, 4A_518/2014, cons. 3, CdB 2/2015 p. 33 ; ATF 126 III 69, cons. 2a et 2b ; JUD/STEIGER, p. 9.

¹⁴⁰ DB 2017, p. 14.

¹⁴¹ Par un arrêt du 5 juin 2018, la cour d'appel de Paris a condamné deux locataires à reverser à leur propriétaire les sommes perçues entre 2013 et 2015 pour la sous-location non autorisée de leur appartement parisien via la plateforme Airbnb à hauteur de 27'295 Euros. La Cour a ainsi précisé que les locataires d'un bien immobilier ne sont pas autorisés à le faire fructifier, cette prérogative étant celle du propriétaire (<https://www.legalis.net/jurisprudences/cour-dappel-de-paris-pole-4-ch-4-arret-du-5-juin-2018/>, lien consulté le 17 juin 2018).

¹⁴² CPra Bail-AUBERT, art. 257f CO N 23 ss.

¹⁴³ TF du 05.09.2017, 4A_227/2017, cons. 5.1.2.

¹⁴⁴ ATF 123 III 124, cons. 3, DB 1998, N 4 ; ATF 117 III 65, cons. 2, DB 1992, N 11.

82. A noter que les voisins des logements inscrits sur la plate-forme de location Airbnb peuvent se plaindre directement sur le site en raison de comportements inadéquats de voyageurs ou d'autres problèmes liés à une location Airbnb dans leur immeuble¹⁴⁵. Airbnb s'engage à étudier la plainte et prendre contact avec l'hôte (selon les conditions générales, cela peut aller jusqu'à la fermeture du compte sur la plateforme).

3. Dégâts provoqués par le sous-locataire

83. Le locataire peut retrouver le logement loué dans un mauvais état lors de la restitution par le sous-locataire. A cet égard, le voyageur peut avoir commis des dommages tant à l'immeuble qu'aux propres biens du locataire principal.
84. Par rapport au bailleur, le locataire demeure responsable des dégâts provoqués à la chose louée par son sous-locataire en vertu des art. 97 et 101 CO¹⁴⁶, notamment en raison d'une usure supérieure à la moyenne¹⁴⁷. Le bailleur pourrait aussi agir directement contre le voyageur sur la base des dispositions en matière d'acte illicite (art. 41 ss CO) et, suivant les cas, déposer éventuellement une plainte pénale pour dommage à la propriété selon la gravité des dégâts et l'intention (p. ex. graffitis dans la cage d'escaliers ou autres dégradations volontaires).
85. Outre la conclusion d'une assurance *ad hoc* par le locataire principal (qui ne couvrira toutefois en principe que les dommages à la chose louée principale, mais non p. ex. aux biens meubles du locataire ou aux espèces), il est possible de se prémunir d'éventuels dégâts en exigeant une garantie (« caution »).
86. Toutefois, la plateforme Airbnb précise que les cautions ne peuvent être gérées hors du site et en espèces, sous peine de violation des conditions contractuelles. Ainsi, la « caution » est obligatoirement

¹⁴⁵ <https://www.airbnb.fr/neighbors>.

¹⁴⁶ CPra Bail-AUBERT, art. 267 CO N 19 ss.

¹⁴⁷ CF-Hébergement, p. 48, qui cite les rayures des valises sur le parquet par exemple.

donnée par la carte de crédit du voyageur lors de la réservation. Lorsqu'une réservation est acceptée, les détails de la caution et les informations de paiement du voyageur sont stockés et provisionnés. L'hôte doit effectuer la demande de retenue sur caution dans les 14 jours qui suivent la date de départ du voyageur par le biais d'une déclaration *ad hoc* sur le site en ligne¹⁴⁸. En cas de litige, la plateforme intervient comme médiateur. Airbnb indique veiller à représenter les deux parties de façon équitable et à rassembler toutes les informations et les pièces nécessaires pour parvenir à une solution. Toutefois c'est Airbnb qui a le dernier mot et tranche sur la question de la caution : « S'il nous apparaît qu'une indemnisation est nécessaire au regard des informations et documents transmis par les deux parties, nous procéderons à une retenue sur la caution ».

87. Une question qui n'est pas abordée sur le site d'Airbnb et ses conditions générales, c'est l'éventuelle opposition du voyageur au débit de sa carte de crédit par Airbnb (« charge back »). Qui obtient gain de cause et sur quelles bases ?
88. Enfin, cette réglementation est contraire au droit suisse impératif si la location n'est pas une location de vacances ou si elle est conclue pour plus de trois mois (art. 257e CO qui prévoit que la caution doit être déposée sur un compte bloqué en Suisse au nom du locataire).

V. Conclusion

89. Compte tenu de l'évolution rapide des technologies numériques, il n'est pas souhaitable de modifier le Code des obligations et une simple révision de l'ordonnance (OBLF) nous paraît largement suffisante, le droit actuel permettant déjà de répondre aux questions qui se posent avec les plateformes d'hébergement. Il était toutefois indispensable d'étudier en profondeur les bases légales applicables et les implications plus larges provoquées par ces nouveaux modèles économiques, notamment en termes de politique du logement, de fiscalité, de concurrence, ou d'aménagement du territoire. Il est

¹⁴⁸ <https://fr.airbnb.ch/help/article/264/what-do-i-do-if-my-guest-breaks-something-in-my-place> (page consultée le 17 juin 2018).

cependant erroné à notre sens de penser que seule une législation plus restrictive en matière de sous-location résoudra le problème de fond, à mesure que l'impact le plus important concerne le parc locatif, voire immobilier, dans son ensemble et les politiques publiques en matière de logement.

Bibliographie

- ABEGG ANDREAS/BERNAUER CHRISTOF, Welchen neuen Regulierungsbedarf schaffen Airbnb, Uber & Co. ?, PJA 2018, p. 82 ss
- ANTREASYAN SEVAN, Réseaux sociaux et mondes virtuels, Contrat d'utilisation et aspects de propriété intellectuelle, Genève 2016
- BIERI LAURENT, Le comportement passé du locataire peut-il justifier d'interdire la sous-location à l'avenir ?, Jusletter du 15.01.2018
- BIANCHI FRANÇOIS, La loi sur les résidences secondaires : une première, RNRF 96/2015, p. 293 ss
- BLATTER MARC, Digitalisierung – Herausforderungen für die Wettbewerbspolitik, Sic! 2016, p. 378 ss
- COMMISSION EUROPÉENNE, COM(2015) 550, Améliorer le marché unique : de nouvelles opportunités pour les citoyens et les entreprises, 28 octobre 2015
- COMMISSION EUROPÉENNE, COM(2016) 356, Un agenda européen pour l'économie collaborative, 2 juin 2016
- CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport sur les principales conditions-cadre pour l'économie numérique, 11 janvier 2017 (CF-Conditions-cadre)
- CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport du Conseil fédéral, Conséquences de la numérisation sur l'emploi et les conditions de travail : opportunités et risques, 8 novembre 2017 (CF-Numérisation)
- CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport du Conseil fédéral, La réglementation dans le secteur de l'hébergement, 15 novembre 2017 (CF-Hébergement)
- CREDIT SUISSE, Die Sharing Economy : Neue Chancen, neue Fragen, Global Investor, no 2.15, novembre 2015
- DÉLÉTROZ NICOLAS/FAVRE PASCAL/LARPIN BLAISE/SCHEGG ROLAND, The Sharing Economy in the Swiss accomodation sector, Observatoire valaisan du Tourisme, HES-SO Valais 2015 [<https://www.slidesearch.net/slide/tpm2015-the-sharing-economy-in-the-swiss-accommodation-sector-study-results>] [consulté le 9 mai 2018]

DONATI STEFAN/KLAUS PHILIPP, Unterkunft-Vermittlungsplattformen : Effekte, Regulierungen, Erfahrungen, INURA Zürich Institut, 2017 [http://inura.ch/publikationen/INURA_Unterkunftvermittlungsplattformen.pdf]

FAVRE-BULLE XAVIER, Le contrat électronique, in : Le contrat dans tous ses états, Publication de la société genevoise de droit et de législation à l'occasion du 125^e anniversaire de la semaine judiciaire, François Bellanger, François Chaix, Christine Chappuis, Anne Héritier Lachat (édit.), Berne 2004, p. 175 ss

FELSON MARCUS/SPAETH JOE L., Community Structure and Collaborative Consumption : A routine activity approach, American Behavioral Scientist, Princeton 1978, 21 (March – April), p. 614 ss, [<https://doi.org/10.1177/000276427802100411>] [consulté le 21 juin 2018]

JUD DOMINIQUE/STEIGER ISABELLE, Airbnb in der Schweiz : Was sagt das Mietrecht ?, Jusletter du 30 juin 2014

KOLLER ALFRED, Rechtsbehelfe des Mieters bei Wegfall des Mietbedarfs, PJA 2018, p. 209 ss

LANGER DIRK, Les contrats dans le commerce électronique, in : Le droit de la consommation dans son contexte économique, Gilles Paisant, Ariane Morin, Andreas Heinemann, Dirk Langer (édit.), Centre du droit de l'entreprise de l'Université de Lausanne, Lausanne 2009, p. 63 ss

LEARNAIRBNB.COM, The State of Airbnb Hosting, 2016, <http://learnAirbnb.com/Airbnb-data/> [consulté le 9 mai 2018]

MÉTILLE SYLVAIN, Internet et droit. Protection de la personnalité et questions pratiques, Zurich 2017

MARGUCCIO ORLANDO, Airbnb et le droit du bail, Mémoire de Master en droit, Université de Neuchâtel, 2016

MEIER ANNE, Droit collectif du travail et droit de la concurrence, SJ 2017 II, p. 93 ss

MÜLLER CHRISTOPH, Contrats de droit suisse, Berne 2012

OFFICE FÉDÉRAL DU LOGEMENT (OFL), Rapport explicatif concernant la modification de l'ordonnance du 9 mai 1990 sur le bail à loyer et le bail à

ferme d'habitations et de locaux commerciaux (OBLF) (OFL-Rapport), <https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/51733.pdf> [consulté le 9 mai 2018]

OBSERVATOIRE VALAISAN DU TOURISME, HES-SO Valais, L'offre airbnb en Suisse et Valais, 2017, <https://www.tourobs.ch/fr/actualites-et-articles/articles/?id=5787> et https://www.tourobs.ch/media/268024/annexes_f_octobre2017.pdf, <https://www.tourobs.ch/fr/articles-et-actualites/articles/id-6683-airbnb-co-l-engouement-des-acteurs-globaux-de-la-location-entre-particuliers-pour-le-marche-suisse/> [consulté le 17 juin 2018]

PETITJEAN ALAIN, Economie collaborative : quels modèles économiques, pour quels modèles sociaux ?, Centre Etudes & Prospective Groupe Alpha, 2016

QUATTRONE GIOVANNI/PROSERPIO DAVIDE/QUERCIA DANIELE/CAPRA LICIA/MUSOLESI MIRCO, Who Benefits from the « Sharing » Economy of Airbnb ?, Proceedings of the 26th International ACM Conference on World Wide Web (WWW), 2016 [<https://arxiv.org/abs/1602.02238>] [consulté le 9 mai 2018]

RIEMER-KAFKA GABRIELA/STUDER VIVIANA, Digitalisierung und Sozialversicherung – einige Gedanken zum Umgang mit neuen Technologien in der Arbeitswelt, SZS 2017, p. 354 ss

RIFKIN JEREMY, La troisième révolution industrielle, Paris 2013

RIFKIN JEREMY, The Zero Marginal Cost Society : The internet of things, the collaborative commons, and the eclipse of capitalism, London 2014

SCHEGG ROLAND/LARPIN BLAISE/FAVRE PASCAL/DÉLÉTROZ NICOLAS/KAMBLI MICHAEL/HÉBERT EMELINE, Airbnb – une croissance dynamique en Valais et en Suisse, Résultats d'une analyse de l'offre Airbnb en Suisse Etat à fin juin 2016, HES-SO Valais, 2016, https://www.tourobs.ch/media/162596/ovt_f_airbnb_2016_13-sept.pdf [consulté le 17 juin 2018]

SCHEGG ROLAND, Transformation im Übernachtungsgewerbe, in : E-Commerce-Report Schweiz 2017, Fachhochschule Nordwestschweiz

FHNW, 2017, <https://www.e-commerce-report.ch/fr/e-commerce-report/etude/etudes-passees?CID=5497> [consulté le 17 juin 2018]

SCHOCH RUEDI, Spannungsfelder im genossenschaftsrechtlichen Mietverhältnis, MP 2017, p. 87 ss

SCHUSKA FREDEREK, Umsatzsteuerliche Fragen der Sharing Economy, Recht Innovativ (Ri) 2018, p. 39 ss

SIEBER-GASSER CHARLOTTE, Wirtschaften im rechtlichen Graubereich – Herausforderungen im Umgang mit Uber, Airbnb und Co., Zeitschrift für Europarecht (EuZ) 2017, p. 4 ss

SPIRIG IRÈNE, Grundsätze der Untermiete und Airbnb, MP 2015, p. 2 ss

TERCIER PIERRE/BIERI LAURENT/CARRON BLAISE, Les contrats spéciaux, 5^e éd., Zurich 2016

TERRASSE PAUL, Rapport au Premier Ministre sur l'Economie collaborative, Cabinet du Premier Ministre, France 2016, https://www.gouvernement.fr/sites/default/files/document/document/2016/02/08.02.2016_rapport_au_premier_ministre_sur_leconomie_collaborative.pdf [consulté le 17 juin 2018]

TSCHUDI MATTHIAS, Entwicklungen im Mietrecht/Le point sur le droit du bail, RSJ 2017, p. 319 ss

VISCHER MARKUS, Zivilrechtliche Schranken der Wohnungsvermietung über Airbnb, PJA 2017, p. 478 ss

VON STOKAR THOMAS/PETER MARTIN/ZANDONELLA REMO/ANGST VANESSA/PÄRLI KURT/HILDESHEIMER GABI/SCHERRER JOHANNES/SCHMID WILHELM, Sharing Economy – teilen statt besitzen, TA-SWISS, Fondation pour l'évaluation des choix technologiques (édit.), vdf Hochschulverlag an der ETH, Zurich 2018, <https://vdf.ch/sharing-economy-teilen-statt-besitzen-e-book.html> [consulté le 17 juin 2018]

WERMELINGER AMÉDÉO, Aktuelle Fragen und Probleme aus dem Stockwerkeigentum, in: Aktuelles zum Stockwerkeigentum, Wolf, Stephan (édit.), Berne 2017, p. 314 ss

WITZIG AURÉLIEN, L'uberisation du monde du travail, RDS 2016, p. 457 ss

ZOBRIST LUC/GRAMPP MICHAEL, L'économie du partage : partager et gagner de l'argent – quelle position pour la Suisse ?, Deloitte SA (édit.), 2015, <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/ch/Documents/consumer-business/ch-fr-cb-Leconomie-du-partage-partager-et-gagner-de-largent.pdf> [consulté le 17 juin 2018]

Le bail de locaux nus ou bruts (*Rohbaumiete*)

par

Blaise Carron*

Professeur à l'Université, Neuchâtel

Introduction	84
I. La notion	85
A. La définition.....	85
B. Les éléments constitutifs	87
1. La chose louée à l'état brut	87
a) La chose louée	87
b) L'état brut.....	88
2. La cession d'un usage à double composante.....	90
3. Le loyer	92
C. L'admissibilité du contrat de locaux nus.....	93
1. Par rapport à l'art. 256 CO	94
a) La question	94
b) Le débat jurisprudentiel et doctrinal.....	94
aa) La jurisprudence.....	94
bb) La doctrine	96
c) Une appréciation critique.....	99

* Je remercie Me Soop-Tzi Tang, titulaire du brevet d'avocat et collaboratrice scientifique de la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, pour l'aide précieuse qu'elle m'a apportée lors de la mise au point de ce texte. Je remercie également Madame Patricia Dietschy-Martenet, collaboratrice scientifique du Séminaire et Chargée d'enseignement à la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, pour sa relecture critique et attentive de la présente contribution.

2. Par rapport à l’art. 254 CO	103
a) La question	103
b) Le débat	103
c) Une appréciation critique.....	106
3. Par rapport à l’art. 262 CO	107
II. Le régime juridique au début du bail	108
A. Les aménagements	109
1. Les différentes catégories.....	109
a) Les aménagements de base et les aménagements du locataire.....	109
b) Le descriptif des travaux et le document d’interface.....	111
c) L’état final (les aménagements finaux)	111
2. L’exécution des aménagements du locataire.....	112
3. Les aspects financiers.....	117
a) Les coûts.....	117
b) Le financement.....	119
B. Les prétentions contre le locataire en raison des aménagements ..	121
C. Les garanties pour les aménagements	123
III. Le régime juridique pendant le bail.....	125
A. L’entretien	125
1. Généralités.....	125
2. L’entretien des locaux bruts	125
3. L’entretien des aménagements du locataire	127
B. Les rénovations et modifications pendant le bail	129
1. Les rénovations et modifications des aménagements du locataire	129
2. Les rénovations et modifications ne constituant plus des aménagement du locataire	130

C. Le régime en cas de défauts ou de malfaçons	131
1. Généralités.....	131
2. Les défauts des locaux bruts.....	132
3. Les malfaçons des aménagements du locataire	134
IV. Le régime juridique à la fin du bail	135
A. La restitution des locaux	136
1. Le régime applicable : l’art. 260a CO par analogie	136
2. Le sort des aménagements du locataire.....	138
a) La suppression conventionnelle des aménagements.....	138
b) Le régime par défaut : le maintien des aménagements et le droit du locataire d’en disposer	140
B. L’indemnisation du locataire.....	142
1. Le régime légal.....	142
2. Les solutions conventionnelles.....	145
C. Deux cas particuliers	148
1. La protection contre les congés	148
2. Le cas de la faillite	150
a) La faillite du bailleur	150
b) La faillite du locataire	151
Conclusion.....	152
Bibliographie	155

Introduction

1. Les baux de locaux nus sont un phénomène fréquent en pratique, en particulier pour les locaux commerciaux¹.
2. Ils répondent à des *attentes et intérêts légitimes* des deux parties² :
 - D'une part, le *bailleur* (et propriétaire)³ n'a pas besoin de procéder à des aménagements onéreux qui dépendent souvent des vœux du locataire actuel et qui ne sont pas nécessairement utiles au prochain⁴. En conservant le caractère neutre du local, il multiplie ensuite le nombre d'intéressés potentiels. Il augmente enfin la fiabilité de ses rendements en reportant certains frais variables sur son cocontractant (p.ex. l'entretien des aménagements du locataire)⁵.
 - D'autre part, le *locataire* profite d'un loyer inférieur à celui de locaux totalement aménagés puisque le bailleur ne peut pas inclure dans son calcul de rendement les coûts des travaux d'aménagement du locataire⁶. Il bénéficie en outre d'une flexibilité importante pour concevoir les locaux selon ses propres désirs, et obtient ainsi plus de droits qu'un simple locataire sans devoir devenir propriétaire⁷. Cette liberté s'avère aujourd'hui essentielle vu l'importance que revêt le design des locaux pour affirmer l'identité d'une entreprise (*corporate identity*)⁸. Il suffit d'entrer dans un magasin de prêt-à-porter, de parfumeries ou d'articles électroniques pour s'en convaincre.

¹ TF du 12.02.2016, 4A_208/2015, cons. 3.1. Eg. LACHAT/WYTTEBACH (2016), p. 904, N 32.9.1.

² CARRON, Bail et travaux de construction, N 23 ; BK-GIGER, art. 256 CO N 91 ; SCHUMACHER, p. 53.

³ Nous considérons dans ce travail que le bailleur est également propriétaire de la chose louée.

⁴ LACHAT/WYTTEBACH (2016), p. 904, N 32.9.1.

⁵ KUNZ, p. 1.

⁶ SCHUMACHER, p. 53.

⁷ BK-GIGER, art. 256 CO N 91 ; SCHUMACHER, p. 53 ; TSCHUDI, MRA 2/2008, p. 44.

⁸ BK-GIGER, art. 256 CO N 91 ; ZANETTI, p. 89.

3. En dépit de l'importance pratique et de l'utilité incontestée du bail de locaux nus, les subtilités juridiques de ce contrat restent *largement méconnues*. Il ne fait l'objet d'aucune règle légale⁹. La jurisprudence fédérale est quasi inexistante et l'activité des tribunaux cantonaux balbutiante. La doctrine s'y est intéressée¹⁰, au point que deux thèses de doctorat ont été publiées en allemand récemment¹¹. Au surplus, nous avons déjà abordé ce sujet sur quelques pages à l'occasion du 17^e Séminaire du droit du bail, dans notre article consacré aux relations entre bail et travaux de construction¹².
4. Dans la présente contribution, la première section précise la notion de bail de locaux nus (I). Par la suite, nous traitons successivement des particularités du régime juridique des baux de locaux nus en début du bail (II), pendant la relation contractuelle (III) et à la fin du contrat (IV).

I. La notion

A. La définition

5. Par *bail de locaux nus* (ou bruts), on entend un bail à loyer par lequel le bailleur cède au locataire l'usage d'une chose disposant d'aménagements de base (chose à l'état brut), usage comprenant non seulement le droit d'utiliser la chose conformément à la destination finale et aux modalités convenues, mais aussi le droit, voire

⁹ BK-GIGER, art. 256 CO N 90 ; TSCHUDI, MRA 2/2008, p. 45. Pour une réglementation *de lege ferenda*, PERMANN, PJA 2007, p. 1531 ; ZANETTI, p. 103, qui propose un nouvel art. 253c CO.

¹⁰ Cf. notamment KUNZ, p. 14 ss ; TSCHUDI, MRA 2/2008, p. 43 ss ; ZANETTI, p. 89 ss ; ZUCKER, Geschäftsmiete, p. 12 ss. Cf. ég. BK-GIGER, art. 256 CO N 90 ; LACHAT/WYTTEBACH (2016) qui, dans cette édition, ont introduit un sous-chapitre 32.9 destiné exclusivement à ce thème, encore inexistant dans l'édition précédente.

¹¹ BIBER, Rohbaumiete, *passim* ; VISCHER, *passim*. Ces études fouillées ont été des sources précieuses pour le présent travail.

¹² CARRON, Bail et travaux de construction, N 17 ss.

l'obligation du locataire de réaliser en son nom ses propres aménagements pour permettre une telle destination¹³.

6. Dans un *obiter dictum*, le Tribunal fédéral affirme qu'il s'agit d'un bail qui prévoit la remise par le bailleur des locaux à l'état brut, à charge pour le locataire d'effectuer les travaux d'aménagement nécessaires¹⁴. Il précise que ce bail est atypique dans la mesure où il constitue une exception au principe selon lequel la délivrance de la chose louée dans l'état approprié à l'usage convenu suppose que les locaux soient aménagés de manière à être utilisables par le locataire dans le but prévu par le contrat¹⁵.
7. Le bail de locaux nus est un *bail à loyer* – certes atypique – au sens des art. 253 ss CO¹⁶. Il s'agit donc d'un contrat nommé¹⁷, générateur d'obligations, synallagmatique, à titre onéreux et de durée¹⁸.
8. On le distingue du *bail à ferme* au sens des art. 275 ss CO, dans la mesure où le but contractuel réside uniquement dans la cession de l'usage de la chose louée et n'inclut pas la perception de fruits naturels ou civils¹⁹. L'objet du bail de locaux nus n'est ainsi pas nécessairement une chose productive²⁰.

¹³ Pour des définitions allant dans le même sens, cf. BIBER, Rohbaumiete, N 184 ; CARRON, Bail et travaux de construction, N 19 ; VISCHER, N 30.

¹⁴ TF du 12.02.2016, 4A_208/2015, cons. 3.2, qui précise que la question centrale de l'arrêt n'était pas de savoir si les parties étaient liées par un bail de locaux bruts.

¹⁵ TF du 12.02.2016, 4A_208/2015, cons. 3.1.

¹⁶ CARRON, Bail et travaux de construction, N 27 ; BK-GIGER, art. 256 CO N 90 ; VISCHER, N 51.

¹⁷ CARRON, Bail et travaux de construction, N 27 ; VISCHER, N 34. D'un autre avis, BK-GIGER, art. 253b CO N 28 qui parle de contrat innommé mixte à double nature (*doppeltypische Verträge*).

¹⁸ TERCIER/BIERI/CARRON, N 1623.

¹⁹ ATF 128 III 419, cons. 2.1. Eg. CPra Bail-CARRON, art. 275 CO N 1 ; LACHAT, p. 84, N 2.2.1. Pour une présentation détaillée des distinctions entre bail à loyer et à ferme, cf. CARRON, Bail à ferme, *passim*.

²⁰ Ce qui est le cas d'un bail à ferme. Cf. CPra Bail-CARRON, art. 275 CO N 29 s. et N 34 ss ; VISCHER, N 52 s.

B. Les éléments constitutifs

9. Outre l'accord entre les parties, le bail de locaux nus comprend nécessairement les éléments suivants : une chose louée à l'état brut (1), la cession d'un usage à double composante (2) et le paiement d'un loyer (3).

1. La chose louée à l'état brut

10. Le bail de locaux nus a pour objet une chose louée (a) à l'état brut (b).

a) La chose louée

11. Par *chose*, on entend une portion délimitée et impersonnelle de l'univers matériel, qui est susceptible d'une maîtrise humaine et n'est pas un animal²¹.
12. La chose louée appelle les *commentaires* suivants :
13. 1° Elle peut être *immobilière ou mobilière*²². Par exemple, il peut s'agir d'une surface dans un centre commercial (immeuble), mais aussi d'une caravane ou d'une cabane de marché (meuble).
14. 2° Elle peut avoir ou non le caractère d'une habitation ou de locaux commerciaux (au sens de l'art. 253a CO). Ainsi, une péniche amarrée n'est ni une habitation ni un local commercial, mais peut faire l'objet d'un bail de locaux nus si le locataire est autorisé à y faire certains aménagements (p.ex. installer un atelier de réparation)²³. Ceci dit, la majeure partie des baux de locaux nus concerne en pratique des locaux commerciaux²⁴.

²¹ STEINAUER, Tome I, N 60 ; BK-MEIER-HAYOZ, p. 68, N 115.

²² CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY-MARTENET, art. 253 CO N 63 ; LACHAT, p. 80, N 2.1.4.1.

²³ Cet exemple est inspiré de VISCHER, N 75.

²⁴ CARRON, Bail et travaux de construction, N 21 ; SCHUMACHER, p. 53. En revanche, les baux d'habitations ne sont pratiquement pas concernés (CARRON, Bail et travaux de construction, N 21 ; PERMANN, PJA 2007, p. 1525 ; ZANETTI, p. 94).

15. 3° La chose louée n'est *pas nécessairement un local au sens étroit*, contrairement à ce que peut laisser croire l'expression française « locaux »²⁵ nus. Le local implique, en droit du bail, l'existence d'un volume construit²⁶. Or un terrain boisé que le locataire peut aménager en parcours d'agilité dans les arbres (accrobranche²⁷) peut par exemple faire l'objet d'un bail de locaux nus, tout comme d'ailleurs un terrain non bâti destiné à accueillir un golf, comprenant greens, bunkers et plans d'eau²⁸.

b) L'état brut

16. La chose louée doit être à l'état brut, ce qui comporte au moins *deux aspects* :
17. 1° La chose louée doit être *apte à faire l'objet de travaux de construction*, qui formeront les aménagements du locataire (cf. N 74 ss, en particulier N 85 ss)²⁹.
18. 2° La chose louée ne se trouve *pas (encore) dans un état conforme à la destination finale* convenue par les parties³⁰. L'état brut se définit par opposition à l'état de la chose louée dans son état final. Il correspond à la différence entre cet état et les aménagements que le locataire est autorisé à – ou doit – effectuer selon la convention des parties.
19. On désigne souvent l'état brut en recourant à l'expression d'*aménagements de base* (*Grundausstattung* ou *Grundausbau*). Les

²⁵ L'expression allemande « Rohbaumiete » ne fait pas allusion aux locaux (« Räume »).

²⁶ CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY-MARTENET, art. 253a CO N 6 ss.

²⁷ Pour l'historique et une définition de cette activité, cf. <http://www.parcours-dans-les-arbres.com/parcours-acrobatiques.html> (consulté le 27.06.2018).

²⁸ Cet exemple est inspiré de VISCHER, N 77.

²⁹ Mietgericht ZH 02.10.2012, cons. 3.2.1, ZMP 2012 N 1 ; Obergericht ZH du 18.05.2012, PD120003, cons. 5.2 et réf. Eg. BIBER, Rohbaumiete, N 146 et 149 ; BK-GIGER, art. 256 CO N 95 ; TSCHUDI, MRA 2/2008, p. 48.

³⁰ Mietgericht ZH 02.10.2012, cons. 3.2.2, ZMP 2012 N 1. Eg. CARRON, Bail et travaux de construction, N 27.

aménagements de base peuvent se réduire à leur plus simple expression, voire être (quasi) inexistant³¹.

20. En pratique, il est judicieux de *définir exactement cet état dans le contrat*, vu le devoir d'entretien du bailleur qui ne concerne que les aménagements de base (N 125 ss) et vu les paramètres nécessaires à l'évaluation du caractère potentiellement abusif du loyer (N 30)³². De telles précisions se trouvent régulièrement dans une annexe au contrat sous forme de descriptif des travaux ou de document d'interface (N 79 ss). Le premier décrit de quoi se composent les aménagements de base et, éventuellement, les aménagements du locataire, le second précise qui est propriétaire, exploitant, responsable de l'entretien, des réparations et de la déconstruction des aménagements en question.
21. Eu égard à cette précision, le *Tribunal fédéral* va à notre avis trop loin lorsqu'il indique premièrement que le respect des exigences de sécurité appartient (toujours) à l'état approprié à l'usage convenu que le bailleur doit maintenir et, deuxièmement, qu'un locataire de locaux bruts doit pouvoir compter sur un aménagement de base, comportant par exemple les escaliers et les ascenseurs³³. A notre avis, la première affirmation n'est correcte que pour la sécurité des aménagements de base ; il est en revanche tout à fait imaginable que le locataire doive aussi intégrer des aspects de sécurité à ses propres aménagements (p.ex. les équipements de protection contre l'incendie tels que les installations de détection, d'extinction et d'évacuation des fumées qui se trouvent dans la surface louée se raccordent aux installations principales du bailleur). Quant à la seconde affirmation, elle n'est correcte que si les escaliers et les ascenseurs font partie de l'aménagement de base. En effet, tous les escaliers et les ascenseurs n'en font pas nécessairement partie, en particulier ceux qui se trouvent au sein d'une surface de location comportant plusieurs étages ; le

³¹ BK-GIGER, art. 256 CO N 91, parle de « *unausgebaute oder nicht voll ausgebaute Räumlichkeiten* ». Cf. toutefois LACHAT/WYTTEBACH (2016), p. 904, N 32.9.1 qui exigent des parois extérieures, un sol et un plafond ainsi que les raccordements d'infrastructure (p.ex. eau, chaleur, froid et courant électrique).

³² BIBER, *Rohbaumiete*, N 192 ; ZK-HIGI, art. 253a-253b CO N 9.

³³ TF du 12.02.2016, 4A_208/2015, cons. 3.2.

locataire peut vouloir décider à quel endroit connecter ses étages et quel type d'ascenseurs (p.ex. vitrés ou non) installer.

2. La cession d'un usage à double composante

22. Comme dans tout bail à loyer, le bailleur doit s'engager à *céder l'usage* de la chose louée au locataire. Le locataire devient alors possesseur de la chose et peut en faire une utilisation conforme à la convention des parties³⁴.
23. En dérogation à la conception du législateur historique, l'*usage des locaux nus* doit être compris de façon extensive. Bailleur et locataire ne conviennent pas uniquement de la délivrance de la chose dans un état immédiatement approprié à sa destination finale³⁵. Au contraire, les parties s'accordent sur le fait que l'usage convenu comprend *deux composantes* distinctes³⁶ :
24. 1° La première phase consiste dans l'*exécution des aménagements du locataire* pour que la chose louée passe de l'état brut à celui permettant une utilisation conforme à la destination finale de la chose³⁷. Il s'agit de travaux de construction que le locataire est autorisé à (faire) effectuer à ses propres risques et frais et qui sont utiles à la destination finale des locaux. Cette première composante comprend également le droit du locataire d'entretenir ces aménagements, voire de les rénover ou de les modifier (à ce sujet, cf. N 130 ss et 138 ss)³⁸.
25. Par *exemple*, le locataire est autorisé à faire usage de la chose louée à l'état brut en installant :

³⁴ Parmi d'autres, cf. CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY-MARTENET, art. 253 CO N 59 ss.

³⁵ BIBER, Aspekte, p. 83 ; CARRON, Bail et travaux de construction, N 20.

³⁶ BIBER, Rohbaumiete, N 21 et 177 ss.

³⁷ BK-GIGER, art. 256 CO N 94, N 96 et réf. citées ; TSCHUDI, MRA 2/2008, p. 48. D'un avis contraire, BSK-WEBER, art. 256 CO N 6a, qui considère que les aménagements du locataire n'ont rien à faire avec l'utilisation convenue.

³⁸ BIBER, Rohbaumiete, N 178. Les aménagements du locataire ne sont toutefois pas eux-mêmes des rénovations ou des modifications au sens de l'art. 260a CO (BK-GIGER, art. 256 CO N 90). Sur les notions de travaux d'entretien, de rénovation et de modification, cf. CARRON, Bail et travaux de construction, N 53 ss et N 108 ss.

- au sein de la surface de location : des parois intérieures non porteuses, des cloisons fixes ou mobiles, des fenêtres intérieures ;
 - des supports, tels qu'ossatures ou doublages, ainsi que les revêtements de sols, de parois et de plafonds, sur les surfaces à l'intérieur du local loué ;
 - des équipements fixes et dispositifs de protection tels que placards, agencements de cuisine, garde-corps, mains courantes ;
 - le mobilier spécifique, les luminaires mobiles, la signalétique au sein et à l'entrée de la surface de location,
 - des escaliers et des rampes au sein de la surface de location ;
 - des portes au sein de la surface de location hors murs extérieurs ;
 - des installations spécifiques telles que laboratoires, cuisines industrielles, installations de nettoyage ;
 - la distribution secondaire du courant électrique à partir de la distribution principale ;
 - l'éclairage, les enseignes lumineuses et l'éclairage de secours au sein de la surface de location ;
 - les installations incendie au sein de la surface de location (à partir d'une station de transfert définie) ;
 - la production, la distribution et l'émission affinée, au sein de la surface de location, de chaleur et de froid depuis un point de livraison défini ;
 - les installations de distribution d'eau au sein de la surface de location.
26. 2° La seconde phase de l'usage convenu, plus classique en droit du bail, revient à *utiliser la chose complètement aménagée* conformément à la destination finale et aux modalités convenues. Les locaux aménagés peuvent ainsi être affectés à des bureaux, à des surfaces commerciales, à un café-restaurant, aux loisirs en nature ou à la pratique du golf.

27. Par conséquent, la délivrance de la chose louée à l'état brut, tel que défini ci-dessus (N 16), ne constitue pas une diminution de la prestation du bailleur, mais représente un état approprié à l'usage pour lequel elle a été louée³⁹.

3. Le loyer

28. Le locataire doit payer un *loyer*, qui consiste en une contreprestation versée au bailleur, en principe en argent⁴⁰. Le loyer du bail de locaux nus rémunère la prestation principale du bailleur, à savoir la cession de l'usage de la chose à l'état brut avec les aménagements de base uniquement (N 16 ss)⁴¹.
29. Les parties sont *libres de fixer le montant du loyer* comme bon leur semble. Comme on l'expliquera ci-après (N 42 et 46 ss), le loyer ne doit à notre avis ni être réduit en raison des investissements liés aux aménagements du locataire ou d'une prestation diminuée du bailleur, ni comprendre une pleine compensation en faveur du locataire⁴².
30. Pour les baux d'habitation et de locaux commerciaux nus, les dispositions sur la *protection contre les loyers abusifs* (art. 269 ss CO) demeurent réservées et limitent la liberté des parties⁴³. Notons à ce sujet que les investissements effectués par le locataire pour ses propres aménagements ne peuvent pas être intégrés au calcul de rendement du bailleur⁴⁴. En effet, ces travaux n'appartiennent pas à la chose louée et l'art. 269 CO prévoit que seul « le rendement excessif de la chose

³⁹ BIBER, Aspekte, p. 87 s. et p. 90. Eg. *infra* N 47 ss.

⁴⁰ CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY-MARTENET, art. 253 CO N 65 ; TERCIER/BIERI/CARRON, N 1636.

⁴¹ BÄTTIG, MRA 5/2003, p. 178 ; BIBER, Rohbaumiete, N 182 ; BK-GIGER, art. 256 CO N 96 ; TSCHUDI, MRA 2/2008, p. 49.

⁴² BK-GIGER, art. 256 CO N 96.

⁴³ TSCHUDI, MRA 2/2008, p. 49. A ce sujet, cf. les commentaires de ces dispositions dans le CPra Bail-BOHNET/CARRON/MONTINI, art. 269 à 270e CO et le CR-CO I-LACHAT, Intro. art. 269-270e CO.

⁴⁴ Dans ce sens, Obergericht ZH du 18.05.2012, PD120003, cons. 5.2 et réf. Eg. BIBER, Rohbaumiete, N 318 ; BK-GIGER, art. 256 CO N 96 ; TSCHUDI, MRA 2/2008, p. 49 s.

louée » est pertinent pour évaluer le caractère abusif ou non d'un loyer⁴⁵.

31. En pratique, il est courant de fixer l'*exigibilité* du loyer uniquement après l'accomplissement des aménagements du locataire. Ceci n'empêche pas le contrat de bail de débiter avant, puisque les travaux effectués par le locataire constituent la première composante de l'usage de la chose louée (N 24)⁴⁶.
32. L'art. 257a al. 2 CO prévoit que les *frais accessoires* ne sont à la charge du locataire que si cela a été convenu spécialement. La jurisprudence requiert une convention particulière, indiquant de manière précise et aisément compréhensible les dépenses concernées⁴⁷. Cependant, les frais accessoires des aménagements du locataire sont à la charge de celui-ci, même si le bail ne le prévoit pas expressément⁴⁸. En effet, les charges relatives à l'usage des aménagements du locataire ne sont pas en lien avec la chose (à l'état brut) louée et la règle de l'art. 257a al. 2 CO ne trouve donc pas application. Par exemple, le locataire qui a installé des tapis roulants ou un monte-charge dans sa surface de location doit supporter les frais d'exploitation de ces installations, même si elles ne sont pas listées clairement et précisément dans la convention des parties.

C. L'admissibilité du contrat de locaux nus

33. En pratique, les baux de locaux nus concernent souvent des locaux commerciaux⁴⁹. Pour cette raison, il convient d'apprécier si le bail de locaux nus est admissible au regard de l'art. 256 al. 1 CO (1) et de l'art. 254 CO (2), deux dispositions impératives applicables aux baux

⁴⁵ TSCHUDI, MRA 2/2008, p. 49 s.

⁴⁶ P.ex. état de fait relaté dans l'arrêt du TF du 18.08.2005, 4C.97/2005, commenté in : MRA 1/2006, p. 24 ss. Eg. BIBER, Rohbaumiete, N 188.

⁴⁷ TF du 24.10.2006, 4C.224/2006, cons. 2.1. Eg. CPra Bail-BIERI, art. 257a/257b CO N 21 ss.

⁴⁸ BIBER, Rohbaumiete, N 324.

⁴⁹ TF du 12.02.2016, 4A_208/2015, cons. 3.1.

d'habitation et de locaux commerciaux. Nous examinerons également si un bail de locaux nus est compatible avec l'art. 262 CO (3).

1. Par rapport à l'art. 256 CO

a) La question

34. L'art. 256 al. 1 CO prévoit que le « bailleur est tenu de délivrer la chose [...] dans un état approprié à l'usage pour lequel elle a été louée [...] ». Si l'on se pose la question de l'admissibilité d'un bail de locaux nus, il s'agit de déterminer en premier lieu si un tel contrat constitue une dérogation aux obligations prévues à l'art. 256 al. 1 CO. Dans l'affirmative, il faut examiner en second lieu si les modalités du bail ont été convenues au détriment du locataire. Si tel est le cas, le bail est alors nul en vertu de l'art. 256 al. 2 CO⁵⁰.

b) Le débat jurisprudentiel et doctrinal

aa) La jurisprudence

35. La *jurisprudence fédérale* est maigre et se limite à quelques arrêts, dont le précurseur (*Urvater*⁵¹) est une décision de 1978 fondée sur les dispositions (art. 254 al. 1 aCO et art. 5 AMSL) reprises en 1989 à l'art. 256 CO⁵².
36. Dans cet ATF 104 II 202, le regeste affirme qu'« il n'est pas contraire à l'art. 5 AMSL [aujourd'hui : art. 256 CO] que des travaux de transformation et de rénovation soient assumés par le preneur, lorsqu'ils sont pris en considération dans la fixation du loyer »⁵³. Toutefois, une lecture plus précise du troisième considérant de l'arrêt

⁵⁰ CPra Bail-MONTINI/BOUVERAT, art. 256 CO N 69 ; CARRON, Bail et travaux de construction, N 24 ; ZK-HIGI, art. 256 CO N 74.

⁵¹ CARRON, Bail et travaux de construction, N 25 et les réf. citées ; TSCHUDI, MRA 2/2008, p. 46.

⁵² ATF 104 II 202, cons. 3, JdT 1979 I 25.

⁵³ ATF 104 II 202, ch. 1 du regeste, JdT 1979 I 25.

démontre que la motivation du Tribunal fédéral est plus subtile que ne laisse l'entendre ce regeste. Les juges y distinguent en effet le régime juridique applicable à chacune des deux catégories de travaux⁵⁴ :

- Pour les travaux de *transformation* (*Umbauarbeiten*) – dont il faut rapprocher les travaux d'aménagement du locataire de locaux nus – les juges précisent que le locataire ne peut d'emblée pas se fonder sur l'art. 5 AMSL [aujourd'hui : art. 256 CO] pour obtenir une compensation des coûts ou une indemnisation⁵⁵.
- En revanche, pour les travaux de *rénovation* (*Renovationsarbeiten*) – c'est-à-dire ceux qui consistent à supprimer les défauts de la chose louée et qui sont à la charge du bailleur –, le Tribunal fédéral laisse entendre que l'art. 5 AMSL [aujourd'hui : art. 256 CO] est applicable. Par conséquent, le fait de prévoir conventionnellement que le locataire prenne en charge les travaux de rénovation exige – au contraire des travaux de transformation – une compensation suffisante de la part du bailleur, afin d'empêcher que la convention ne soit au détriment du locataire (cf. art. 256 al. 2 CO)⁵⁶.

37. Dans un arrêt non publié de 2016, le TF s'est également prononcé sur les baux de locaux bruts⁵⁷. Il y affirme d'abord que le bail de locaux nus est « courant pour les locaux commerciaux » et qu'un tel contrat « prévoit la remise par le bailleur des locaux à l'état brut, à charge pour le locataire d'effectuer les travaux d'aménagement nécessaires »⁵⁸. Les juges ont rajouté ensuite qu'il s'agit d'un bail « atypique » (mais pas illicite) « dans la mesure où, en principe, la

⁵⁴ Dans ce sens, avec une motivation convaincante, BIBER, *Rohbaumiete*, N 83 ss, en particulier N 90 ss.

⁵⁵ ATF 104 II 202, cons. 3, JdT 1979 I 25: « Soweit es um Umbauarbeiten geht, kann [der Mieter] sich zum vorneherein nicht auf das Verbot des Art. 5 BMM berufen; mangels Zusage wurden [die Vermieter] so oder anders nicht zum Ersatz der Kosten oder zu einer Entschädigung verpflichtet, mögen sie die Umbauarbeiten auch bewilligt haben. ».

⁵⁶ Dans ce sens, ATF 104 II 202, cons. 3, JdT 1979 I 25.

⁵⁷ TF du 12.02.2016, 4A_208/2015, cons. 3.

⁵⁸ TF du 12.02.2016, 4A_208/2015, cons. 3.1.

délivrance de la chose louée dans l'état approprié à l'usage convenu suppose que les locaux soient aménagés de manière à être utilisables par le locataire dans le but prévu dans le contrat ». Le jugement n'évoque pas l'(in)compatibilité du bail de locaux nus avec l'art. 256 CO, mais on peut en déduire que le TF ne conteste pas le principe de l'admissibilité de tels baux.

38. Pour le reste, la jurisprudence fédérale traitant de baux de locaux nus n'a pas été rendue par la 1^{re} Cour civile dans le cadre de litiges contractuels, mais par la 2^e Cour de droit public en relation avec des dossiers fiscaux⁵⁹. Leur lecture nous enseigne que cette autre cour du TF ne remet pas non plus en cause l'admissibilité d'un bail de locaux nus.
39. La *jurisprudence cantonale* comporte un certain nombre d'arrêts, mais ceux-ci ne se déterminent souvent pas clairement sur les questions de principe relatives aux baux de locaux nus⁶⁰. Nous y ferons référence dans le texte en lien avec des problèmes particuliers.

bb) La doctrine

40. Alors que l'activité des tribunaux demeure modeste, la *discussion doctrinale* a été plus intense, en particulier en Suisse alémanique⁶¹.
41. Tous les auteurs s'accordent sur *l'admissibilité* du bail de locaux nus⁶². En revanche, le débat doctrinal porte sur le fait de savoir si un tel contrat constitue une dérogation à l'art. 256 al. 1 CO et, dans l'affirmative, s'il est au détriment du locataire, ce qui entraînerait sa

⁵⁹ P.ex. TF du 25.08.2015, 2C_817/2014, cons. 2.3.1.

⁶⁰ Pour des décisions récentes, cf. en particulier Kantonsgericht GR du 26.10.2017, cons. G ; Obergericht ZH du 01.06.2015, NG140011, cons. 2 ; Obergericht ZH du 01.12.2014, PD140013, cons. 4.2 ; Obergericht ZH du 18.05.2012, PD120003, cons. 5.2 et 5.3 ; Mietgericht ZH du 02.10.2012, ZMP 2012 N 1. Pour d'autres décisions, plus anciennes, cf. BIBER, Rohbaumiete, N 52 ss.

⁶¹ Deux thèses récentes ont en particulier été publiées et traitent de la compatibilité des baux de locaux nus avec l'art. 256 CO: BIBER, Rohbaumiete, N 41 ss ; VISCHER, N 112 ss. Pour un aperçu du débat avant la parution de ces thèses, CARRON, Bail et travaux de construction, N 26 ss.

⁶² LACHAT/WYTTEBACH (2016), p. 904, N 32.9.1.

nullité totale en vertu de l'art. 256 al. 2 CO⁶³. On distingue *deux courants* principaux parmi les auteurs⁶⁴ :

42. 1° *La théorie de la compensation*. Selon les auteurs défendant ce point de vue, le locataire de locaux nus doit obtenir une pleine compensation (*volle Entschädigung*) ou, au moins, une compensation suffisante (*zulänglicher Ausgleich*)⁶⁵ pour éviter que le bail ne soit nul parce qu'au détriment du locataire au sens de l'art. 256 al. 2 CO⁶⁶. La compensation peut prendre la forme d'un remboursement des frais consentis par le locataire, d'une réduction du loyer, voire d'une durée minimale du contrat permettant un amortissement total des aménagements effectués⁶⁷. Cette théorie se reflète dans une série de décisions cantonales, sans toutefois que celles-ci s'y réfèrent expressément⁶⁸.
43. Parmi ces auteurs, un premier groupe est d'avis que la chose louée doit être cédée avec des aménagements tels qu'elle soit immédiatement adaptée au but final pour lequel elle a été louée⁶⁹. Par conséquent, le bailleur de locaux nus ne délivre ni n'entretient la chose dans un état approprié, mais il transfère ce devoir au locataire chargé de finaliser l'aménagement des locaux : sa prestation principale est

⁶³ CARRON, Bail et travaux de construction, N 24. Eg. ZK-HIGI, art. 256 CO N 74 ; CPra Bail-MONTINI/BOUVERAT, art. 256 CO N 69.

⁶⁴ CARRON, Bail et travaux de construction, N 28 ss et réf. citées.

⁶⁵ Expression tirée de l'ATF 104 II 202, cons. 3, JdT 1979 I 25.

⁶⁶ GAUCH, RJB 1992, p. 195 ; CHK-HULLIGER/HEINRICH, art. 256 CO N 7 ; ZK-HIGI, art. 256 CO N 70 ss, N 73 ; HEUSI, Geschäftsmietvertrag, p. 62 ; LACHAT/WYTTEBACH (2016), p. 905, N 32.9.2 ; PERMANN, PJA 2007, p. 1525 ; SCHUMACHER, p. 58 ; BSK-WEBER, art. 256 CO N 6a. Pour d'autres références, cf. BIBER, Rohbaumiete, N 78 nbp 88.

⁶⁷ LACHAT/WYTTEBACH (2016), p. 906, N 32.9.3 ; PERMANN, PJA 2007, p. 1526 ; ZANETTI, p. 99.

⁶⁸ Mietgericht ZH du 03.05.1999, ZMP 1/03 N 4 15 ss ; Obergericht ZH du 22.02.2002, cons. 5.1, MRA 4/2002 156 ; Appellationsgericht BS du 09.08.1989, p. 62 ss, cité par ZUCKER, Geschäftsmiete, p. 10.

⁶⁹ GAUCH, RJB 1992, p. 194 ss ; HEUSI, Fragen, p. 4 s. ; LACHAT/WYTTEBACH (2016), p. 905, N 32.9.2 ; PERMANN, PJA 2007, p. 1525 ; SCHUMACHER, p. 52 ss ; BSK-WEBER, art. 256 CO N 6a. Cf. d'autres auteurs cités in : BIBER, Rohbaumiete, N 74 nbp 80.

ainsi réduite⁷⁰. Les aménagements du locataire ne font pas partie de l'usage convenu, mais ils permettent à la chose louée d'atteindre l'état approprié pour son usage⁷¹.

44. Pour un second groupe, la chose louée n'a pas besoin d'être déjà parfaitement aménagée⁷². Des locaux nus peuvent correspondre à l'usage convenu par les parties, de telle sorte que les aménagements du locataire et leur entretien font partie de la cession de l'usage prévue et se fondent sur une dérogation admissible aux règles d'entretien figurant à l'art. 256 al. 1 CO⁷³.
45. 2° *La théorie de l'usage (ou de l'aménagement du locataire en tant qu'usage)*. Selon les auteurs défendant ce point de vue, le bail de locaux nus est admissible sans que le locataire ne doive obtenir une quelconque compensation de la part du bailleur⁷⁴. Celui-ci exécute en effet pleinement son obligation principale, à savoir céder l'usage de locaux nus, sans que l'on puisse qualifier sa prestation de réduite ou diminuée. La chose louée est délivrée « dans un état approprié à l'usage » lorsqu'elle correspond à la convention des parties, même si cet état n'est pas celui correspondant à sa destination finale. Il y manque les travaux d'aménagement du locataire, dont la réalisation constitue la première phase de l'usage de la chose par le locataire autorisé par le bailleur (N 23 s.). Certaines décisions cantonales semblent adopter le point de vue de ce courant⁷⁵.

⁷⁰ KUNZ, p. 4 s., qui parle de « *Schmälerung der Hauptpflicht* ».

⁷¹ SCHUMACHER, p. 53 ; BIBER, Rohbaumiete, N 75 et réf.

⁷² ZK-HIGI, art. 253a-253b CO N 23.

⁷³ ZK-HIGI, art. 260a CO N 4 ; LACHAT/ROY (2009), p. 142, N 9/1.6 nbp 26, point de vue qui n'est plus reflété dans l'édition plus récente.

⁷⁴ BIBER, Rohbaumiete, N 81 ; BK-GIGER, art. 256 CO N 94 ss ; TSCHUDI, MRA 2/2008, p. 48 s. ; Co-SVIT, art. 256 CO N 32c.

⁷⁵ Obergericht ZH du 18.05.2012, PD120003, cons. 5.2 et 5.3, plutôt en faveur de la théorie de l'usage, même si les deux théories sont évoquées.

c) Une appréciation critique

46. Ainsi que nous l'avons déjà écrit⁷⁶, la théorie de la compensation et la théorie de l'usage reposent sur une interprétation différente de l'art. 256 CO. A notre avis, faute de clarification de la part du législateur, les deux conceptions restent *défendables*⁷⁷. La théorie de la compensation décrit le transfert conventionnel de l'aménagement des locaux bruts et de leur entretien au locataire comme une *dérogation* à l'art. 256 al. 1 CO, alors que la théorie de l'usage y voit un *cas d'application* dans la mesure où les locaux bruts correspondent à l'« état approprié à l'usage pour lequel la chose a été louée ». De manière conséquente, la première théorie impose une série de devoirs au bailleur visant à compenser le locataire de manière pleine ou suffisante, ce qui permet d'éviter la nullité du bail de locaux bruts en raison de son caractère désavantageux pour le locataire (art. 256 al. 2 CO). La seconde théorie considère que les aménagements en question doivent être traités de manière analogue aux transformations et rénovations effectuées par le locataire et s'appuie sur l'art. 260a CO⁷⁸.
47. A notre avis, les arguments suivants parlent plutôt en faveur de la *théorie de l'usage* :
48. 1° Contrairement à ce qu'affirment certains critiques de la théorie de l'usage⁷⁹, une *application par analogie de l'art. 260a CO à des travaux d'aménagement n'est pas exclue*. En effet, le Tribunal fédéral applique déjà l'art. 260a CO par analogie aux travaux d'aménagement effectués avant le début de bail par le bailleur, mais financés partiellement par le locataire⁸⁰.

⁷⁶ CARRON, Bail et travaux de construction, N 44 ss.

⁷⁷ Dans le même sens, ZUCKER, Geschäftsmiete, p. 14.

⁷⁸ Sur ce sujet, cf. CARRON, Bail et travaux de construction, N 119 ss. Dans ce sens, TF du 25.08.2015, 2C_817/2014, cons. 2.3.1.

⁷⁹ ZANETTI, p. 99 s.

⁸⁰ TF du 18.08.2005, 4C.97/2005, cons. 2.3, DB 2006 N 11. Eg. TF du 25.08.2015, 2C_817/2014, cons. 2.3.1, qui semble aller dans ce sens.

49. 2° La théorie de la compensation entraîne des *difficultés d'application* inconnues de la théorie de l'usage.

D'abord, la *théorie de la compensation*, qui se fonde avant tout sur l'art. 256 CO, ne peut pas totalement renoncer à l'application de l'art. 260a CO pour les travaux d'aménagement, non nécessaires à la destination convenue, mais découlant de vœux particuliers du locataire et constituant des travaux de rénovation ou de modification : dans ce cas uniquement, une éventuelle indemnité se calcule quand même selon l'art. 260a al. 3 CO appliqué par analogie⁸¹. En revanche, la *théorie de l'usage* présente l'avantage de recourir conséquemment à l'art. 260a CO par analogie pour l'ensemble des travaux d'aménagements. Or le fait de recourir d'une part à l'art. 256 CO pour compenser les aménagements nécessaires à l'usage et, d'autre part, à l'art. 260a CO pour les aménagements non nécessaires à l'usage est source d'insécurité juridique et de difficultés pratiques. Cela est d'autant plus vrai que la plupart des travaux combinent les deux types d'aménagement⁸². Pour illustrer l'impossibilité de distinguer précisément les aménagements nécessaires et superflus, il suffit de prendre l'exemple d'un système d'éclairage d'une qualité supérieure à celle requise par les locaux loués.

Ensuite, la *théorie de la compensation* exige du bailleur qu'il prenne en charge les frais d'entretien des aménagements nécessaires effectués par le locataire. Cette dichotomie entre investissement de base et frais d'entretien semble étrangère au système légal, notamment au regard du régime applicable aux travaux de rénovation ou de modification qui veut que le locataire qui a obtenu l'autorisation du bailleur de réaliser des travaux doit non seulement supporter ces frais, mais également les coûts d'entretien qui en découlent⁸³. De plus, si le bailleur supporte les travaux d'entretien pour des aménagements qu'il

⁸¹ CPra Bail-AUBERT, art. 260a CO N 10 ; KNOEPFLER/RUEDIN, p. 9 ; PERMANN, PJA 2007, p. 1527, qui cite l'Obergericht ZH du 22.02.2002, MRA 4/2002, p. 156 ; ZANETTI, p. 100.

⁸² Dans ce sens, SCHUMACHER, p. 58 s.

⁸³ Co-SVIT, art. 259 CO N 9 ; SCHUMACHER, p. 59.

n'a pas financés, il devrait pouvoir reporter leur coût sur le loyer, conformément à l'art. 269 CO⁸⁴, ce qui semble échapper aux défenseurs de cette théorie.

Enfin, la *théorie de la compensation* a pour corollaire qu'il faut fixer le « juste loyer » pour le bien parfaitement aménagé et la « juste réduction » résultant de la diminution des prestations du bailleur, ce qui est très complexe en pratique⁸⁵. Plutôt que de définir le prix pour la chose à l'état brut, il faut fixer la réduction de loyer, avec le risque de la nullité du contrat si elle n'est pas suffisante.

50. 3° La théorie de la compensation autorise un locataire, parfois plusieurs années après le début du bail, à faire constater la nullité d'une convention en invoquant une violation de l'art. 256 al. 2 CO. Si l'on admet que les baux de locaux bruts concernent en pratique exclusivement des baux commerciaux (à l'exclusion des baux d'habitation), une telle *insécurité juridique* est néfaste entre commerçants⁸⁶. Au contraire, la théorie de l'usage limite ce risque tout en autorisant une contestation initiale du loyer fondée sur un rendement trop élevé des locaux bruts, si les conditions de l'art. 270 CO sont remplies. Une telle contestation a l'avantage d'intervenir rapidement après la réception de la chose louée et garantit ainsi une meilleure sécurité du droit, tout en empêchant le bailleur d'exiger un loyer abusif pour des locaux bruts⁸⁷.
51. 4° Lorsque les défenseurs de la théorie de la compensation exigent une *compensation suffisante ou complète* sous forme de réduction de loyer, ils affirment que le loyer réduit devrait être calculé sur la base des locaux bruts⁸⁸. A notre avis, le loyer admissible selon la théorie

⁸⁴ Les frais d'entretien font en effet partie des charges immobilières pouvant être additionnées au rendement net admis afin de déterminer le loyer admissible de la chose (CPra Bail-BOHNET, art. 269 CO N 9).

⁸⁵ BIBER, Aspekte, p. 86.

⁸⁶ Dans ce sens, pour les baux triple net, SCHNYDER, MRA 4/2010, p. 152 ss.

⁸⁷ Cet instrument permet notamment d'éviter une tendance constatée par certains auteurs et consistant à transformer des locaux équipés en locaux bruts lors d'un changement de locataire ou d'une prolongation du bail.

⁸⁸ ZANETTI, p. 100.

de l'usage correspond très largement à ce point de vue. En effet, le système suisse du contrôle des loyers (art. 269 ss CO) autorise un loyer calculé sur le rendement net autorisé des fonds propres investis auquel s'ajoutent les charges immobilières, composées des charges financières, des frais d'exploitation et des frais d'entretien⁸⁹. Par conséquent, l'interdiction des loyers abusifs fondée sur la méthode absolue combinée à la possibilité pour le locataire de contester le loyer initial empêche le bailleur d'exiger autre chose qu'un loyer fondé sur les coûts des locaux bruts et les charges immobilières y relatives. A notre avis, le locataire (*a fortiori* le locataire commercial) est donc suffisamment protégé. Il ne se justifie pas de lui offrir, comme la méthode de la compensation le prévoit, un deuxième moyen en cours (voire en fin) de bail d'attaquer le bail de locaux bruts en invoquant sa nullité⁹⁰.

52. En pratique toutefois, il convient de tenir compte du fait que certains tribunaux cantonaux ont déjà rendu des jugements se rapprochant de la théorie de la compensation sans s'y référer toutefois de façon expresse⁹¹. Selon cette théorie, la validité du bail de locaux bruts dépend de l'existence d'une compensation suffisante (*zulänglicher Ausgleich*), voire pleine (*volle Entschädigung*) du locataire pour les différentes obligations du bailleur qui lui sont transférées (travaux d'aménagement, entretien, remise en état à la fin du bail). Par conséquent, le bailleur aurait donc intérêt à mentionner la compensation concrète accordée au locataire, par exemple en indiquant explicitement le loyer envisagé pour les mêmes locaux aménagés de façon standard pour la destination convenue. En cas de litige – qui peut survenir des années après la conclusion du contrat – le bailleur supporte en effet le fardeau de la preuve des faits établissant le caractère suffisant de la compensation, ce qui peut s'avérer extrêmement complexe sans une telle précaution. La détermination

⁸⁹ Pour plus de détails, CPra Bail-BOHNET, art. 269 CO N 6 ss et N 57 ss.

⁹⁰ Dans ce sens, pour les baux triple net, SCHNYDER, MRA 4/2010, p. 152 ss.

⁹¹ Mietgericht ZH du 03.05.1999, ZMP 1/03 N 4 15 ss ; Obergericht ZH du 22.02.2002, cons. 5.1, MRA 4/2002 156 ; Appellationsgericht BS du 09.08.1989, p. 62 ss, cité par ZUCKER, Geschäftsmiete, p. 10.

d'un loyer hypothétique peut certes être complexe⁹², mais elle n'est pas toujours exclue. Par exemple, le bailleur de locaux nus dans un centre commercial peut préciser combien il loue des locaux voisins totalement aménagés ayant une destination finale comparable en termes de loyer.

53. Dans tous les cas, les parties à un bail de locaux nus seront bien avisées de mentionner clairement dans leur document contractuel que la remise de locaux bruts résulte de la volonté commune des parties, en précisant que le bailleur ne doit céder la chose louée qu'à l'état brut défini dans le document d'interface (N 81) et que le loyer convenu représente la cession de l'usage de la chose à l'état brut, sans les aménagements du locataire.

2. Par rapport à l'art. 254 CO

a) La question

54. Il s'agit d'examiner ci-après si un bail de locaux nus et ses modalités peuvent constituer une *transaction couplée illicite*. L'art. 254 al. 1 CO prévoit qu'« une transaction couplée avec le bail d'habitation 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. »

b) Le débat

55. Par *transaction couplée*, il faut entendre tout accord dont l'objet est étranger au bail, mais dont celui-ci dépend selon la volonté des parties⁹³. Pour avoir une transaction couplée au sens de l'art. 254 CO,

⁹² Dans ce sens, ZUCKER, *Geschäftsmiete*, p. 14.

⁹³ TERCIER/BIERI/CARRON, N 1644.

il faut que, outre l'existence d'un bail d'habitation (y compris de luxe) ou d'un bail commercial, les *conditions* suivantes soient remplies⁹⁴ :

56. 1° Le locataire se voit subordonner la conclusion ou la continuation du bail à la conclusion d'un autre contrat. L'art. 254 CO ne s'applique pas lorsque le locataire propose lui-même le jumelage⁹⁵ ou lorsque le locataire a un intérêt propre (autre que la location de locaux) à la conclusion du contrat⁹⁶. Il faut également que la conclusion du contrat jumelé soit une condition *sine qua non* de la formation ou de la continuation du bail⁹⁷.
57. 2° L'obligation imposée par la transaction couplée et l'usage de la chose louée n'entretiennent *pas de rapport direct* ou, si elles entretiennent un rapport direct, il y a un *déséquilibre important* entre prestation et contre-prestation. Par exemple, il y a rapport direct entre le bail et la location de meubles se trouvant dans les locaux loués⁹⁸. Dans un tel cas, on pourrait admettre un déséquilibre important lorsque le bailleur pousse le locataire à louer ce mobilier à un prix ne correspondant pas à celui du marché.
58. Dans le cadre d'un *bail de locaux nus*, la question se pose en lien avec l'obligation imposée au locataire de recourir au bailleur ou à un tiers (architecte ou entrepreneur) pour effectuer ses propres aménagements. La jurisprudence, fédérale ou cantonale, ne traite pas en détail de la question. La doctrine est divisée :
59. VISCHER est d'avis qu'un bail de locaux nus ne constitue en principe pas une transaction couplée illicite⁹⁹. Parmi d'autres arguments, il indique que ce type de bail se rapproche de celui de conciergerie dont l'admissibilité n'est pas contestée¹⁰⁰. Il admet néanmoins certaines

⁹⁴ ZK-HIGI, art. 256 CO N 31, qui distingue plus finement 4 conditions.

⁹⁵ ZK-HIGI, art. 256 CO N 18.

⁹⁶ TF du 17.11.2004, 4C.255/2004, DB 2006 N 4 ; CPra Bail-MONTINI/BOUVERAT, art. 254 CO N 19.

⁹⁷ CPra Bail-MONTINI/BOUVERAT, art. 254 CO N 11 ; Co-SVIT, art. 254 CO N 15.

⁹⁸ TF du 13.01.1999, 4C.207/1998, DB 1999 N 3.

⁹⁹ VISCHER, N 80 ss.

¹⁰⁰ VISCHER, N 91, en critiquant l'ancienne édition du LACHAT/WYTTEBACH (2009).

limites au droit du bailleur de s'immiscer dans les décisions concernant les aménagements du locataire : si celui-ci ne devient plus qu'un simple exécutant de celui-là, on peut avoir affaire à une transaction couplée illicite¹⁰¹.

60. BIBER va dans le même sens, en fixant pour seule limite les obligations du locataire qui n'auraient pas de liens avec l'usage de la chose. Elle précise que ce n'est pas le cas pour des instructions concernant l'obligation de travailler avec certains entrepreneurs ou artisans, pour des instructions relatives à la qualité ou à la sécurité, ainsi que pour des exigences relatives à la fourniture de sûretés¹⁰².
61. ENGEL et HIGI semblent également admettre la licéité d'imposer une personne pour des travaux, en mentionnant l'exemple de l'obligation du locataire de prendre en considération le jardinier préféré du bailleur pour les travaux d'entretien du jardin devant être effectués par le locataire¹⁰³.
62. MICHELI et, à sa suite, MONTINI/BOUVERAT ne contestent pas la licéité de tous les locaux nus au regard de l'art. 254 CO¹⁰⁴. Ils admettent ainsi qu'un bailleur puisse exprimer des préoccupations relatives à la sécurité ou à l'unité esthétique des aménagements. En revanche, ils doutent de la validité d'une transaction où le bailleur imposerait à son locataire de recourir à un entrepreneur ou un mandataire déterminé, voire à lui-même, pour effectuer les travaux.
63. En revanche, LACHAT en 2008 et LACHAT/WYTTEBACH (dans son ancienne édition de 2009) semblent considérer que l'obligation de confier au bailleur ou à un tiers (p.ex. entrepreneur, architecte) l'aménagement des locaux nus est en principe nulle¹⁰⁵. Certes ces auteurs prennent le soin de préciser au début de leur propos qu'il faut

¹⁰¹ VISCHER, N 94 ss, en se référant à MICHELI, p. 21 et en faisant un parallèle pas toujours simple à suivre avec le droit du contrat de franchise et l'ATF 118 II 157, p. 161 et p. 164.

¹⁰² BIBER, Rohbau – Mieterausbau – Mieterbau, N 19.24.

¹⁰³ ZK-HIGI, art. 254 CO N 16 ; ENGEL, p. 144.

¹⁰⁴ MICHELI, p. 21 ; CPra Bail-MONTINI/BOUVERAT, art. 254 CO N 35.

¹⁰⁵ LACHAT, p. 554, N 22.2.5 ; LACHAT/WYTTEBACH (2009), p. 455, N 22.2.5.

que les conditions de l'art. 254 CO soient remplies, mais ils ne concrétisent pas cette exigence. A ce titre, il est intéressant de constater que la formulation de la nouvelle édition du LACHAT/WYTENBACH est plus précise : elle insiste désormais sur le fait que l'obligation doit avoir un caractère abusif, tel que l'application d'un prix différent de celui du marché¹⁰⁶.

c) Une appréciation critique

64. A notre avis, le bail de locaux nus ne constitue en soi *pas une transaction couplée illicite*, au moins pour les deux raisons suivantes. Premièrement, l'éventuelle obligation pour le locataire d'effectuer des aménagements propres n'appartient pas à un autre contrat que le bail, mais constitue uniquement la première phase de l'usage du contrat de bail (N 24). Deuxièmement, même si l'on devait admettre l'existence d'un contrat couplé pour les aménagements du locataire, cette convention serait en relation directe avec le bail (N 57), ce qui empêcherait l'illicéité de la transaction couplée.
65. De même, le bailleur ne viole pas non plus l'art. 254 CO s'il impose au locataire de locaux nus certaines *exigences en matière de sécurité et de qualité*, car les obligations ont un lien direct entre elles. En effet, pour les aspects techniques, le rattachement des aménagements du locataire à la chose brute louée, notamment du point de vue des droits réels, peut entraîner la responsabilité du bailleur en vertu de l'art. 58 CO (responsabilité extracontractuelle du propriétaire d'ouvrage). Pour les aspects qualitatifs, le bailleur a également le droit de s'assurer que les aménagements du locataire ne porteront pas atteinte aux aménagements de base et qu'ils ne diminuent pas son attractivité¹⁰⁷. On peut notamment penser aux aménagements d'un locataire dans un centre commercial, qui doivent correspondre à un certain standing pour ne pas porter préjudice aux autres surfaces commerciales louées.

¹⁰⁶ LACHAT/WYTENBACH (2016), p. 609, N 22.2.5.

¹⁰⁷ Les aménagements du locataire constituent souvent la partie la plus visible de la chose louée.

66. En revanche, l'obligation faite au locataire de *recourir à un entrepreneur ou à un architecte déterminé*, voire au bailleur lui-même, pour certains travaux, nous paraît *sujette à caution*. En effet, le bail est subordonné à la conclusion d'un contrat de construction pour les aménagements du locataire et il n'y a pas de lien direct, mais tout au plus indirect, entre l'identité du cocontractant et l'usage de la chose brute louée. Enfin, la création d'un monopole de fait découlant de l'obligation de contracter avec une seule personne est un indice fort du caractère abusif de l'obligation imposée au locataire.
67. Exceptionnellement, on peut imaginer que le choix du cocontractant soit objectivement justifié et que les conditions économiques convenues soient conformes au marché¹⁰⁸. Si un tel cas se présente, il nous semble opportun de mentionner expressément dans le document contractuel les arguments justifiant les obligations imposées au locataire.
68. Est aussi *problématique* et doit faire l'objet du même traitement l'obligation imposée à un locataire non seulement de louer des locaux bruts, mais aussi de *repandre des installations et des équipements déjà construits sous forme d'aménagements du locataire*. Même si l'on peut imaginer que les prestations combinées (bail de locaux bruts et acceptation d'aménagements du locataire déjà existants) ont un rapport direct entre elles, leur combinaison peut être constitutive d'une transaction couplée illicite, en particulier en cas de déséquilibre important entre les aménagements cédés et la contre-prestation fournie pour ceux-ci¹⁰⁹.

3. Par rapport à l'art. 262 CO

69. Il s'agit d'examiner ci-après quelles sont les implications d'un bail de locaux nus dans le contexte d'une *sous-location*. L'art. 262 CO

¹⁰⁸ Le régime applicable aux travaux concernant les aménagements du locataire ne peut être comparé à celui consacré aux travaux de rénovation ou de modification effectués par le locataire sur une chose louée complètement aménagée (cf. à ce sujet, CARRON, Bail et travaux de construction, N 127), ce que semble ignorer VISCHER, p. 46 nbp. 228.

¹⁰⁹ Dans ce sens, BIBER, Rohbaumiete, N 201 nbp. 286.

prévoit que le « locataire peut sous-louer tout ou partie de la chose avec le consentement du bailleur », qui « ne peut refuser son consentement que : a) si le locataire refuse de lui communiquer les conditions de la sous-location ; b) si les conditions de la sous-location, comparées à celle du contrat de bail principal, sont abusives ; c) si la sous-location présente pour le bailleur des inconvénients majeurs. »

70. Dans le cadre d'un bail de locaux bruts, on peut premièrement se demander *si un locataire peut conclure un contrat de sous-location*. La réponse est positive si les conditions de l'art. 262 al. 1 CO sont remplies¹¹⁰. En ce qui concerne les aspects financiers, le locataire doit être autorisé à exiger un sous-loyer tenant compte non seulement des aménagements bruts du bail principal, mais aussi de ses aménagements qu'il met à disposition du sous-locataire¹¹¹.
71. La seconde question concerne le *droit du sous-locataire de procéder aux aménagements* en lieu et place du locataire. Ceci est également admissible. En effet, le bail principal de locaux bruts prévoit l'usage conventionnellement autorisé que peut en faire le locataire principal, qui comprend l'exécution de certains aménagements (cf. N 86). Si le bailleur donne son consentement à la sous-location, il accepte également que le sous-locataire fasse lui-même usage de la chose louée, y compris l'exécution des travaux d'aménagement, dans la mesure où les exigences posées par le contrat principal sont respectées¹¹².

II. Le régime juridique au début du bail

72. Nous traiterons successivement des aménagements (A), des prétentions en découlant (B) et des garanties dans ce contexte (C).

¹¹⁰ Pour un exemple, Obergericht ZH du 01.06.2015, NG140011, cons. IV.A.

¹¹¹ ATF 119 II 353, cons. 5c ; TF du 07.07.2016, 4A_211/2016, DB 2017, p. 15 ; CPra Bail-BISE/PLANAS, art. 262 CO N 39 ss ; ZK-HIGI, art. 262 CO N 43 ss.

¹¹² BIBER, Rohbaumiete, N 223 ; HEINRICH, Untermiete, p. 119.

A. Les aménagements

1. Les différentes catégories

73. La distinction entre aménagements de base et aménagements du locataire (a) repose sur un descriptif des travaux et un document d'interface (b). La combinaison de ces aménagements constitue l'état final de la chose louée (c).

a) Les aménagements de base et les aménagements du locataire

74. En dépit de l'ambiguïté terminologique découlant de l'expression allemande « *Rohbaumiete* », le bail de locaux nus ne signifie pas nécessairement que la chose louée correspond aux catégories de gros œuvre I et II (*Rohbau* I et II) telles que définies dans le Code des frais de construction (CFC 21 et 22)¹¹³.
75. L'état « brut » comprend les *aménagements de base*, de sorte que le locataire soit à même d'effectuer ses propres aménagements. Pour le surplus, on renvoie à ce qui a déjà été dit sur les aménagements de base lors de la présentation des éléments constitutifs du bail (N 16 ss).
76. Les *aménagements du locataire* supposent en principe l'exécution de travaux de construction, c'est-à-dire ceux qui sont effectués dans le cadre d'un contrat d'entreprise visant la réalisation d'une construction immobilière, voire mobilière. Ils peuvent aussi comprendre des travaux de démolition¹¹⁴.
77. Les aménagements du locataire ne font *pas partie des éléments constitutifs* d'un bail de locaux nus¹¹⁵. En théorie, le locataire est autorisé à les exécuter, mais n'y est pas forcé, sauf convention contraire. En pratique toutefois, on ne peut que conseiller aux parties de ne conclure un contrat de bail de locaux nus qu'après avoir *convenu*

¹¹³ Ce code est édité par le Centre suisse d'études pour la rationalisation de la construction (CRB). A ce sujet, cf. CARRON, Bail et travaux de construction, p. 52 nbp. 25 et réf. contenues. Eg. BIBER, Aspekte, p. 82 ; ZANETTI, p. 92.

¹¹⁴ BIBER, Aspekte, p. 93.

¹¹⁵ TSCHUDI, MRA 2/2008, p. 49.

de l'obligation de réaliser les aménagements du locataire et après s'être entendues sur toutes les modalités – techniques, temporelles et financières – de leur exécution. Un tel procédé permet au bailleur de s'assurer que le locataire réalisera des aménagements conformes à ses exigences, avec des intervenants sérieux (architecte, ingénieur, entrepreneurs ; cf. N 85 ss), dans un délai acceptable, et qu'il sera en mesure de financer lesdits travaux (cf. N 95 ss). Il garantit également au locataire de pouvoir réaliser les aménagements qu'il souhaite, sans craindre que le bailleur s'y oppose une fois le bail conclu¹¹⁶.

78. Notons enfin que la qualification des travaux de construction *selon les droits réels* n'est pas pertinente pour distinguer les aménagements de base de ceux du locataire¹¹⁷. Les travaux réalisés par le locataire peuvent être des constructions aussi bien mobilières qu'immobilières. S'il s'agit d'une construction *mobilière* (p.ex. un pavillon installé qui équipe un terrain nu¹¹⁸), le locataire en demeure propriétaire en vertu de l'art. 677 CC¹¹⁹. En revanche, si le locataire érige une construction *immobilière* ou entreprend des travaux dont le résultat devient partie intégrante du fonds appartenant au bailleur (p.ex. des installations électriques, de chauffage ou de distribution d'eau, des revêtements de façade et de sols, des aménagements intérieurs qui sont raccordés à la structure brute du bâtiment), c'est le bailleur qui en est propriétaire en vertu du principe de l'accession (art. 667 al. 2 et 671 al. 1 CC)¹²⁰. Par conséquent, quelle que soit la qualification selon les droits réels, l'objet du bail reste la chose louée à l'état brut et les aménagements du locataire n'en font pas partie.

¹¹⁶ ZANETTI, p. 93.

¹¹⁷ BIBER, Rohbaumiete, N 176 ; TSCHUDI, MRA 2/2008, p. 50 et réf.

¹¹⁸ TF du 21.07.2014, 4A_165/2014, cons. 3 et 4.1.1 qui rapporte les opinions des tribunaux cantonaux.

¹¹⁹ STEINAUER, Tome II, N 1631 ; CR-CC II-MARCHAND, art. 677 CO N 1.

¹²⁰ STEINAUER, Tome II, N 1622 ss et N 1636 ss ; CR-CC II-MARCHAND, art. 667 CO N 18 ss et art. 671 CO N 1 ss.

b) Le descriptif des travaux et le document d'interface

79. Comme nous l'avons déjà indiqué (N 19), la façon usuelle en pratique de *délimiter* les aménagements de base des aménagements du locataire consiste à établir un descriptif des travaux et un document d'interface, annexés au document contractuel principal. S'il s'agit d'une relation contractuelle peu complexe, il est imaginable (mais pas conseillé) de se contenter d'une disposition contractuelle qui décrive en détail les aménagements de base – car ce sont eux qui font partie de l'obligation de cession de l'usage du bailleur – ainsi que la destination finale de la chose louée, laquelle permettra par interprétation de déterminer les aménagements du locataire autorisés.
80. Le *descriptif des travaux* (*Baubeschrieb*) détaille les aménagements de base et, s'ils sont précisés contractuellement, les aménagements du locataire.
81. Le *document d'interface* (*Schnittstellenliste*) précise, pour chaque équipement, qui – du bailleur ou du locataire – est propriétaire, qui en est l'exploitant, qui est responsable de l'entretien, des réparations et de la déconstruction des aménagements en question. Ce document peut se fonder sur le Code des frais de construction (CFC) mais aussi sur le Code des Coûts de la construction Bâtiment (eCCC-Bât), le second présentant l'avantage d'établir une subdivision selon les parties d'ouvrage¹²¹.

c) L'état final (les aménagements finaux)

82. L'*état final* est celui qui permet au locataire de faire usage de la chose louée conformément à sa destination finale. Il n'est souvent *pas décrit de manière directe* dans le document contractuel, mais se détermine indirectement à partir de la description de l'état brut, auquel on rajoute le descriptif des travaux à entreprendre par le locataire et du document

¹²¹ Ce code est édité par le Centre suisse d'études pour la rationalisation de la construction (CRB). Pour une comparaison entre le CFC et l'eCCC, cf. <http://www.crb.ch/crbOnline/fr/CRB-Standards/Baukostenplan.html> (consulté le 04.07.2018).

d'interface. Faute de description détaillée, il faut se fonder sur la destination finale figurant dans le bail pour en déduire l'état que la chose louée doit avoir en fin de compte (N 79 *in fine*).

83. L'état final correspond à la *somme des aménagements de base et de ceux du locataire*. En principe, seule une combinaison des aménagements permet d'atteindre un état approprié à la destination finale. Par exemple, une installation de chauffage complète dans un centre commercial comprend les aménagements de base du bailleur, à savoir ceux qui ont trait au stockage des combustibles, à la production de chaleur, à la distribution de chaleur via les conduites principales et à l'émission de chaleur dans les parties communes jusqu'au point de livraison défini à la limite de la surface louée, alors que d'autres aménagements, au nombre desquels l'émission de chaleur via une distribution affinée au sein de la surface de location, relèvent du locataire.
84. L'état final n'est souvent *pas un état définitif*, dans la mesure où, en cours de bail, la chose fait l'objet d'une usure normale, voire d'un entretien et de réparations en raison de défauts qui apparaissent ultérieurement ainsi que de travaux de modifications ou de rénovations par le bailleur (art. 260 CO) ou par le locataire (art. 260a CO)¹²².

2. L'exécution des aménagements du locataire

85. *Divers intervenants* peuvent planifier et réaliser les aménagements du locataire :
86. 1° Les travaux sont exécutés *par le locataire lui-même ou par ses auxiliaires*. Dans la seconde hypothèse, le locataire conclut en son propre nom et à son compte des contrats de construction ou de planification avec un tiers entrepreneur, architecte ou ingénieur. Comme nous l'avons déjà vu (N 65), le bail peut poser des exigences quant aux qualités requises de la part de celui qui exécute les travaux,

¹²² BIBER, Rohbaumiete, N 207.

si cela se justifie pour des raisons de sécurité ou d'esthétique. Le bailleur n'a pas le devoir de soutenir le locataire ni dans la conception des travaux ni dans le processus d'autorisation de construire¹²³.

87. *En pratique*, le locataire ne devrait pas conclure de bail avant d'être en possession des documents techniques, au moins au stade du projet d'exécution¹²⁴, y compris d'un devis estimatif des coûts contraignant (p.ex. une offre ferme du monteur en chauffage pour des équipements destinés à la distribution affinée au sein de la surface louée)¹²⁵. En outre, le locataire doit obtenir de la part des entrepreneurs la confirmation que les travaux à réaliser sont compatibles avec les aménagements de base (p.ex. l'équipement de chauffage pour les locaux bruts peut être raccordé sans difficulté au réseau principal). Enfin, le bail doit prévoir l'obligation du bailleur de remettre au locataire les procès-verbaux de réception relatifs aux contrats entre lui et les entrepreneurs ayant participé à la réalisation des aménagements de base (p.ex. le bailleur doit lui remettre les documents relatifs à la réception de toutes les installations relatives au chauffage, à savoir la production de chaleur, la distribution de chaleur et l'installation de l'émission de chaleur jusqu'au point de livraison défini à la limite des locaux bruts).
88. 2° Les travaux sont exécutés *par le bailleur ou par ses auxiliaires*, notamment lorsque les aménagements du locataire sont effectués en même temps que d'autres travaux plus importants de construction, de rénovation ou de modification réalisés sur la chose louée, voire sur l'ensemble bâti auquel elle appartient (p.ex. l'aménagement d'une boutique dans un nouveau centre commercial en construction)¹²⁶. Le locataire peut alors conclure un contrat d'entreprise générale ou totale avec le bailleur, qui se charge de la totalité de la construction, voire

¹²³ Obergericht ZH 01.06.2015, NG140011, cons. 2.2 ; Mietgericht ZH 02.10.2012, ZMP 2012 N 1.

¹²⁴ Phase sia 51. A ce sujet, cf. art. 3.2 Règlement SIA-102 (2014).

¹²⁵ BIBER, Rohbaumiete, N 216.

¹²⁶ Pour une affaire allant dans ce sens, cf. TF du 18.08.2005, 4C.97/2005, cons. A et 2, DB 2006 N 11.

de la planification et de la direction des travaux, y compris pour les aménagements du locataire.

89. Dans une telle hypothèse, il se justifie *en pratique* de conclure deux *contrats séparés* entre les mêmes parties¹²⁷ : d'une part, le bail de locaux nus et d'autre part un contrat d'entreprise et/ou de mandat pour les aménagements du locataire. Cette distinction permet d'abord de tenir compte des spécificités de chaque relation contractuelle, notamment d'intégrer les conditions générales typiques pour les prestations relevant de la construction (p.ex. règlement SIA-102 pour l'architecte, norme SIA-118 pour l'entrepreneur). Ensuite, une fois les travaux terminés, seules demeurent les dispositions du contrat de durée, soit le bail de locaux nus.
90. Ceci dit, il faut veiller à une *coordination étroite* du bail de locaux nus et du contrat d'entreprise, en particulier pour les aspects suivants :

Premièrement, du point de vue des *obligations de l'entrepreneur* (et bailleur), les travaux de construction doivent correspondre exactement aux aménagements du locataire convenus dans le contrat de bail. A cette fin, en sus des documents spécifiques au contrat d'entreprise (p.ex. plans, descriptif), on peut y annexer le document d'interface (N 81), afin de déterminer exactement ce qui relève des obligations du bailleur selon le bail de locaux nus (aménagements de base) et ce qui doit être aménagé par l'entrepreneur pour le locataire.

Deuxièmement, du point de vue des *obligations du maître d'ouvrage* (et locataire), il faut distinguer le montant du loyer (pour les locaux bruts) et la rémunération de l'entrepreneur (pour les aménagements du locataire). En outre, si les travaux s'inscrivent dans un projet plus large, il faut fixer la part des frais secondaires de construction (*Baunebenkosten*) imputables au maître d'ouvrage (et locataire) pour ses aménagements.

Troisièmement, il faut s'assurer que le maître d'ouvrage (et locataire) soit *informé régulièrement* de l'avancement des travaux. On peut fixer un calendrier prévoyant des étapes intermédiaires pour les

¹²⁷ Dans ce sens, BIBER, Rohbaumiete, N 219 s.

aménagements du locataire. Pour le cas où les travaux ne seraient pas terminés à temps, le bail doit prévoir des sûretés en faveur du locataire pour garantir son préjudice. En cas de retard important, il convient de coordonner le contrat de bail avec les conséquences du contrat d'entreprise (p.ex. le droit de se départir du contrat selon l'art. 366 al. 1 CO¹²⁸), en prévoyant notamment que le locataire puisse aussi sortir du bail avant que celui-ci n'ait débuté.

91. *Du point de vue temporel*, le locataire exécute en pratique ses aménagements souvent en début de bail. En théorie toutefois, il reste libre de les réaliser quand bon lui semble, voire de ne pas les effectuer du tout. Par conséquent, pour éviter des nuisances, il peut s'avérer judicieux de prévoir contractuellement la période pendant laquelle les travaux doivent être accomplis et de fixer un terme ou un délai pour l'achèvement de ceux-ci.
92. *Du point de vue qualitatif*, le « locataire est tenu d'user de la chose avec le soin nécessaire » (art. 257f al. 1 CO) et, s'« il s'agit d'un immeuble, d'avoir pour les personnes habitant la maison et les voisins les égards qui leur sont dus » (art. 257f al. 2 CO)¹²⁹. Par conséquent, le locataire qui effectue lui-même ou fait effectuer par des tiers des travaux d'aménagement doit agir avec la diligence nécessaire, en particulier en veillant à ce que ces tâches soient exécutées selon les règles de l'art et en faisant preuve d'égards vis-à-vis du bailleur et des autres locataires.
93. A ce titre, les parties peuvent convenir de *standards d'exécution*¹³⁰ :

¹²⁸ A ce sujet, cf. TERCIER/BIERI/CARRON, N 3741 ss.

¹²⁹ Pour des précisions sur ces dispositions, cf. CPra Bail-WESSNER, art. 257f CO N 15 ss et N 23 ss ; TERCIER/BIERI/CARRON, N 1831 ss.

¹³⁰ BIBER, Rohbaumiete, N 214 s.

Premièrement, le bailleur peut exiger que les travaux entrepris respectent les exigences découlant de *textes légaux*¹³¹ ou de *normes provenant d'associations professionnelles*¹³².

Deuxièmement, le contrat peut prévoir que le locataire obtienne pour les travaux projetés le *consentement du bailleur* ou de tiers spécialistes, après leur avoir présenté des documents de planification, un programme des travaux et un devis estimatif des coûts.

Troisièmement, les parties peuvent convenir que certains travaux (p.ex. l'électricité, le chauffage et la ventilation) doivent être *exécutés par des professionnels* certifiés, à l'exclusion du locataire lui-même¹³³.

Quatrièmement, si cela ne constitue pas une transaction couplée illicite (N 54 ss), le locataire peut se voir *imposer de travailler avec des planificateurs et entrepreneurs* déterminés. On pense notamment au cas où les aménagements de base et ceux du locataire sont effectués simultanément et que les entreprises exécutent des travaux relatifs à l'une et à l'autre des catégories d'aménagement (p.ex. la planification des installations de chauffage se fait jusqu'au moindre détail par un seul bureau d'ingénieurs CVSE)¹³⁴.

Cinquièmement et enfin, le locataire peut se voir *obliger de conclure un certain nombre de couvertures d'assurance* couvrant les éventuels préjudices du bailleur ou de tiers (p.ex. les autres locataires) causés par la réalisation de ses aménagements.

94. Le cas de la *reprise par le locataire d'aménagements déjà existants* mérite un développement particulier¹³⁵. Dans cette hypothèse, le bail distingue la chose à l'état brut et certains équipements que le locataire

¹³¹ Par exemple, le respect de règles communales, cantonales ou fédérales de droit public de la construction, de protection contre les incendies, de droit du travail ou de droit des assurances sociales.

¹³² Par exemple, le respect de normes de la SIA ou d'autres associations professionnelles, les prescriptions de la SUVA.

¹³³ SCHUMACHER, p. 56.

¹³⁴ SCHUMACHER, p. 56.

¹³⁵ Situation évoquée dans TF du 12.02.2016, 4A_208/2015, cons. 3.1 et réf citées.

reprend à titre d'aménagements du locataire¹³⁶. A notre avis, une telle solution peut être admissible, si elle ne viole pas l'interdiction des transactions couplées de l'art. 254 CO (à ce sujet, N 68). En particulier, le montant du loyer doit être fixé en relation avec l'état brut de la chose louée et les conditions appliquées au transfert des aménagements du locataire doivent être conformes aux conditions du marché et ne pas trahir de déséquilibre important entre prestation et contre-prestation. En revanche, il est erroné de considérer, comme une partie de la doctrine¹³⁷, qu'il s'agit d'emblée d'un bail de locaux nus fictif et donc illicite.

3. Les aspects financiers

95. Nous distinguerons d'une part les coûts, directs et indirects, des aménagements du locataire (a) et d'autre part le financement de tels travaux (b).

a) Les coûts

96. Le locataire doit supporter les *coûts directs* de ses aménagements¹³⁸. Ceux-ci comprennent les catégories suivantes :
97. 1° Les *frais de construction* proprement dits. Ceux-ci comprennent le prix des travaux de construction ainsi que les honoraires des mandataires (architecte, ingénieur) qui fournissent des prestations en lien avec lesdits travaux.
98. 2° Les *coûts accessoires* de construction. Ceux-ci incluent les frais relatifs à la procédure d'autorisation de construire, les frais relatifs au chantier (installations de chantier, surveillance du chantier), les frais d'expertise (technique, juridique, etc.), les différentes taxes de raccordement (eau, électricité, canalisation) et primes d'assurance

¹³⁶ BIBER, *Rohbaumiete*, N 201 ss ; TSCHUDI, MRA 2/2008, p. 45.

¹³⁷ ZUCKER, Newsletter 2011, p. 1, qui parle de *Gesetzesverletzung*.

¹³⁸ Dans ce sens, TF du 25.08.2015, 2C_817/2014, cons. 2.3.1 et réf. citées. Eg. TSCHUDI, MRA 2/2008, p. 45.

(assurance immobilière) dépendant de la valeur du bâtiment dans la mesure où les aménagements du locataire entraînent une augmentation de celle-ci¹³⁹.

99. Les *coûts indirects* des aménagements du locataire requièrent également une attention particulière de la part des parties lorsqu'elles concluent leur contrat. Font notamment partie de cette catégorie les frais découlant des immissions causées par les travaux commandés par le locataire, ainsi que ceux provenant des charges et conditions imposées dans l'autorisation de construire les aménagements du locataire.
100. Par *exemple*, l'installation des aménagements du locataire dans des locaux bruts (p.ex. un restaurant-cabaret de 150 personnes) peut exiger l'installation d'issues de secours, de systèmes anti-incendie ou le redimensionnement du système d'évacuation des fumées, qui requièrent tous une intervention dans les aménagements de base¹⁴⁰. Ces exigences peuvent être dues à une modification de l'affectation des locaux ou à un changement de législation. Elles figurent à titre de charges ou conditions dans l'autorisation de construire des travaux exécutés par le locataire ou dans l'autorisation administrative d'exploitation des locaux.
101. Dans ce cas, un *conflit* peut surgir quant à l'identité de celui qui doit supporter les coûts indirects. A notre avis, puisque ces coûts concernent les aménagements bruts (p.ex. une issue de secours supplémentaire à travers le gros œuvre, le système d'extraction des fumées situé au sommet des escaliers), ils doivent être supportés par le bailleur, faute de convention contraire entre les parties¹⁴¹. En effet,

¹³⁹ SCHUMACHER, p. 56 s. Si les frais doivent être répartis entre le bailleur et le locataire (p.ex. primes d'assurance bâtiment, taxes de raccordement, mais aussi frais communs pour un chantier exécuté simultanément par le bailleur et le locataire), il convient de prévoir conventionnellement à l'avance la clé de répartition de ces frais.

¹⁴⁰ Pour d'autres illustrations, cf. BIBER, Rohbaumiete, N 227 ss et les réf. citées, qui mentionne des retards dus à une découverte archéologique ou de l'amiante découverte dans un plafond devant être percé d'un escalier.

¹⁴¹ Dans le même sens, TF du 12.02.2016, 4A_208/2015, cons. 3.2 et réf. Eg. BK-GIGER, art. 256 CO N 95 et réf. citées.

le bailleur promet que la chose louée est dans un état approprié à l'usage convenu, qui inclut l'exécution des aménagements du locataire (N 24).

102. De plus, ainsi que l'affirment déjà certains auteurs¹⁴², les mesures qui découlent d'exigences légales ou de décisions administratives ne peuvent pas être mises à la charge du locataire, sous peine de violer l'art. 256 CO. En effet, une telle convention reviendrait à permettre au bailleur de délivrer la chose dans un état inapproprié à l'exécution des aménagements du locataire. Cela entraînerait la nullité (partielle) de la clause en question en vertu des art. 256 al. 2 CO et de l'art. 20 al. 2 CO¹⁴³. Par conséquent, c'est au bailleur d'assumer ces frais.

b) Le financement

103. En théorie, le financement des aménagements est *affaire du locataire* et le bailleur peut s'en désintéresser. En pratique, plusieurs *variantes* existent, qui peuvent être combinées¹⁴⁴ :
104. 1° Le *locataire* finance la totalité de ses aménagements. Les montants investis ne peuvent pas être pris en compte par le bailleur dans le calcul de rendement relatif au loyer. Notons encore que, pour financer ses travaux, le locataire ne peut pas grever les aménagements d'une sûreté réelle immobilière, dans la mesure où ils font partie intégrante du bien-fonds du bailleur en vertu des règles des droits réels (N 78)¹⁴⁵.
105. 2° Le *bailleur participe à fonds perdu* au financement des aménagements du locataire. Il investit une certaine somme, sans que le locataire ne doive lui restituer quoi que ce soit. Cette solution sert à attirer des locataires-clés (p.ex. un grand détaillant alimentaire dans un centre commercial). Les montants investis ne peuvent pas non plus être pris en compte par le bailleur dans le calcul de rendement relatif au loyer. On ne peut que conseiller aux parties de conclure une

¹⁴² BIBER, *Rohbaumiete*, N 233 s. et réf. citées.

¹⁴³ Sur les conditions de la nullité partielle, cf. TERCIER/PICHONNAZ, N 507 ss.

¹⁴⁴ BIBER, *Rohbaumiete*, N 236 ss, N 246.

¹⁴⁵ BIBER, *Rohbaumiete*, N 247.

convention séparée explicitant les conditions et les modalités d'une telle participation.

106. 3° Le *bailleur avance* tout ou partie du financement au locataire, à charge pour celui-ci de le restituer, avec paiement ou non d'un intérêt conventionnel¹⁴⁶. La combinaison de ces deux éléments, bail et prêt, constitue un contrat innommé dont il faut examiner la validité à l'aune de l'art. 254 CO (N 54 ss). A notre avis, la prestation couplée est en lien direct avec la chose louée, raison pour laquelle on peut admettre sa licéité si prestation (prêt) et contre-prestation (modalités du remboursement et intérêt applicable) ne sont pas disproportionnées.
107. Même si le fait de *rembourser le prêt au moyen d'un loyer majoré* pendant une période déterminée ne nous paraît théoriquement pas impossible, nous ne pouvons en pratique que déconseiller cette solution pour les raisons suivantes¹⁴⁷. D'abord, une résiliation extraordinaire anticipée du bail entraînerait la fin du remboursement du prêt ou, à tout le moins, des litiges possibles en lien avec ce remboursement dans le cadre des dommages-intérêts réclamés en lien avec la fin prématurée du contrat. Ensuite, en cas d'augmentation du loyer, la part relative au remboursement du prêt ne devrait pas pouvoir être augmentée, ce qui entraîne des complications inutiles pour le calcul de la majoration.
108. En définitive, il est plus efficace de *prévoir deux conventions séparées* – un bail et un contrat de prêt – qu'il faut prendre soin de coordonner¹⁴⁸. On peut ainsi convenir que la fin anticipée du bail entraîne l'obligation immédiate de rembourser le solde du prêt. On peut également s'accorder sur le fait que le paiement à temps des mensualités du prêt constitue un des aspects de l'obligation de diligence du locataire : si le locataire est en retard dans son remboursement, il viole alors l'art. 257f al. 1 CO. En cas de violation

¹⁴⁶ Si un tel intérêt est convenu, il doit être stipulé en matière civile et est dû même sans convention en matière commerciale (art. 313 CO). A ce sujet, cf. TERCIER/BIERI/CARRON, N 2540 ss.

¹⁴⁷ Dans ce sens, BIBER, Rohbaumiete, N 244.

¹⁴⁸ BIBER, Rohbaumiete, N 245.

grave et persistante, le bailleur pourrait recourir à la résiliation extraordinaire de l'art. 257f al. 3 CO ou, si les conditions strictes de la disposition précédente ne sont pas toutes remplies, à la résiliation pour justes motifs de l'art. 266g CO¹⁴⁹.

B. Les prétentions contre le locataire en raison des aménagements

109. Le locataire a l'obligation de réaliser ses aménagements avec le *soin nécessaire* et d'avoir pour les personnes habitant un immeuble et les voisins les *égards* qui leur sont dus (art. 257f al. 1 et 2 CO). S'il ne s'exécute pas correctement, autant le bailleur que des tiers peuvent faire valoir des prétentions à son encontre. Pour simplifier, nous nous concentrerons ci-après sur les prétentions du bailleur, à l'exclusion de celles des tiers¹⁵⁰.
110. Le bailleur peut subir les *préjudices suivants* en raison d'une exécution déficiente :
111. 1° Le préjudice découle *directement du comportement dommageable du locataire*. Celui-ci porte atteinte aux aménagements de base de la chose louée¹⁵¹. Par exemple, le locataire qui installe un réseau électrique inadapté peut endommager celui du propriétaire.
112. 2° Le préjudice provient du fait que *le bailleur doit répondre du comportement du locataire* vis-à-vis de tiers et leur devoir à ce titre des dommages-intérêts.
113. On peut penser d'abord aux *autres locataires* qui, en raison des immissions causées par les travaux d'aménagement, peuvent exiger

¹⁴⁹ Pour des développements sur l'art. 257f al. 3 CO et l'art. 266g CO, ainsi que sur leur interaction, cf. CPra Bail-WESSNER, art. 257f CO N 33 ss et art. 266g CO N 1 ss et N 44 ss.

¹⁵⁰ Les tiers peuvent en principe recourir aux mêmes instruments juridiques que le bailleur, sauf à ceux typiquement contractuels. Pour des développements détaillés à ce sujet, cf. BIBER, *Rohbaumiete*, N 487 ss.

¹⁵¹ VISCHER, N 267 ss.

du bailleur une réduction de loyer fondée sur l'art. 259d CO¹⁵² ou des dommages-intérêts consécutifs au défaut en vertu de l'art. 259e CO¹⁵³. Si l'on prend l'exemple d'une surface dans un centre commercial, il s'agira des commerçants voisins qui subissent les nuisances sonores ou la poussière dégagée par les travaux.

114. Il y a ensuite les *voisins* qui peuvent agir contre le propriétaire de la chose louée sur la base des art. 679 et 679a CC en lien avec l'art. 684 CC¹⁵⁴, ou encore sur la base de l'action possessoire de l'art. 928 al. 2 CC¹⁵⁵ pour obtenir la réparation de leur dommage. Si les travaux concernent une surface louée dans un centre commercial, ce seront les voisins, propriétaires ou autres ayants droit qui feront valoir ainsi leur dommage.
115. Enfin, si les aménagements du locataire constituent un *vice de construction* au sens de l'art. 58 CO¹⁵⁶, le bailleur en sera responsable, en raison du principe de l'accession qui a pour conséquence que les aménagements fixes du locataire deviennent partie intégrante de la chose louée, propriété du bailleur. En reprenant toujours le même exemple, on peut penser à un visiteur du centre commercial, qui n'a aucun lien contractuel avec le locataire et qui se blesserait en raison d'un éclairage mal aménagé par celui-ci.
116. 3° Le préjudice découle du fait que *le bailleur subit un manque à gagner* découlant d'une résiliation extraordinaire fondée sur l'art. 257f al. 3 ou 4 CO ou sur l'art. 266g CO qu'il a dû prononcer à

¹⁵² A ce sujet, cf. CPra Bail-AUBERT, art. 259d CO N 1 ss et N 23 ss ; LACHAT, p. 255 ss, N 11.3.3.

¹⁵³ A ce sujet, cf. CPra Bail-AUBERT, art. 259e CO N 1 ss ; Co-SVIT, art. 259e CO N 1 ss ; BSK-WEBER, art. 259e CO N 1 ss.

¹⁵⁴ A ce sujet, cf. STEINAUER, Tome II, N 1803 ss et N 1891 ss.

¹⁵⁵ A ce sujet, cf. CR-CC II-PICHONNAZ, art. 928 CC N 1 ss ; STEINAUER, Tome I, N 362 ss.

¹⁵⁶ Pour la définition de l'ouvrage et du défaut de l'ouvrage, cf. MÜLLER, Responsabilité civile, N 348 ss et 359 ss, et réf. citées ; CR-CO I-WERRO, art. 58 CO N 6 ss et 16 ss.

l'égard du locataire en raison de l'exécution déficiente de ses aménagements¹⁵⁷.

117. Pour obtenir la réparation de son dommage, le bailleur peut faire appel à différents *fondements* :
118. 1° Il peut invoquer une *violation contractuelle* du locataire, en particulier de son obligation de diligence découlant de l'art. 257f al. 1 et 2 CO et exiger la réparation du dommage qui en découle en se fondant sur l'art. 97 CO¹⁵⁸.
119. 2° Si les aménagements du locataire provoquent une atteinte illicite (p.ex. des lésions corporelles), le bailleur peut recourir à la *responsabilité extracontractuelle* aquilienne (art. 41 ss CO), voire à celle du propriétaire d'ouvrage (art. 58 CO) lorsque le locataire est demeuré propriétaire de ses aménagements, par exemple parce qu'ils constituent une construction mobilière (N 78)¹⁵⁹.
120. 3° On peut aussi imaginer que le bailleur forme une action négatoire (*Eigentumsfreiheitsklage*) fondée sur l'art. 641 al. 2 CC si le locataire porte une atteinte à la propriété du bailleur en allant au-delà de ce que le bail l'autorise à faire¹⁶⁰. Pour obtenir la réparation de son dommage, le bailleur doit ensuite recourir à l'action contractuelle (N 118) ou extracontractuelle (N 119).

C. Les garanties pour les aménagements

121. Lorsque des travaux d'aménagement de locaux bruts sont entrepris, autant le bailleur que le locataire ont de bonnes raisons d'obtenir de la

¹⁵⁷ Pour des développements sur l'art. 257f al. 3 CO et l'art. 266g CO, ainsi que sur leur interaction, cf. CPra Bail-WESSNER, art. 257f CO N 33 ss et art. 266g CO N 1 ss et N 44 ss.

¹⁵⁸ Sur le régime de l'art. 97 CO, cf. TERCIER/PICHONNAZ, N 1208 ss.

¹⁵⁹ Sur le régime de l'art. 41 CO, cf. MÜLLER, Responsabilité civile, N 234 ss et réf. citées. Sur le régime de l'art. 58 CO, cf. MÜLLER, Responsabilité civile, N 330 ss et réf. citées.

¹⁶⁰ Sur le régime de l'art. 641 al. 2 CC, STEINAUER, Tome I, N 1028 s. Eg. BOHNET, Actions civiles, § 40 N 1 ss.

part de leur cocontractant des sûretés pour *protéger leurs intérêts* respectifs.

122. Le *bailleur* peut requérir des *sûretés* pour garantir les coûts, directs et indirects, relatifs aux travaux ainsi que le risque de voir le locataire se désintéresser du projet et laisser la chose louée en chantier¹⁶¹. Il s'évite ainsi de devoir payer lui-même des travaux commandés par le locataire, de faire face à une *hypothèque légale* (art. 837 et 839 CC) déposée par un artisan ou un entrepreneur non rémunéré par le locataire¹⁶², ou de devoir réclamer dans une procédure longue et coûteuse des dommages-intérêts consécutifs à des défauts des aménagements du locataire¹⁶³. A cette fin, le bailleur peut exiger premièrement le dépôt d'un certain montant sur un compte bloqué avant le début des travaux, somme qui sera exclusivement destinée à payer les intervenants dans le processus de construction sur ordre de la direction des travaux¹⁶⁴. Deuxièmement, il peut exiger de la part du locataire une garantie bancaire à première demande, solution avantageuse pour lui, mais qui peut se révéler onéreuse pour le locataire¹⁶⁵. Une troisième solution pourrait consister à structurer la sûreté de l'art. 257e CO de telle sorte qu'elle couvre les coûts des aménagements du locataire non réglés par celui-ci¹⁶⁶.
123. Quant au *locataire*, il a avant tout intérêt à obtenir des sûretés lorsqu'il engage le bailleur en tant qu'entrepreneur général ou total pour réaliser ses aménagements. Le risque le plus fréquent est la demeure de l'entrepreneur, qui empêche le locataire de prendre possession des locaux ou qui crée un préjudice en raison des travaux encore à

¹⁶¹ FUTTERLIEB, p. 32, qui parle de *Bauruine*.

¹⁶² Pour une présentation générale de l'hypothèque légale des artisans et des entrepreneurs, cf. STEINAUER, Tome III, N 2855 ss ; ég. CARRON/FELLEY, *passim*. Pour une présentation détaillée de l'hypothèque légale en relation avec les baux de locaux nus, cf. BIBER, Rohbaumiete, N 255 ss ; VISCHER, N 342 ss.

¹⁶³ Pour une présentation générale des dommages-intérêts consécutifs aux défauts dans le contrat d'entreprise, cf. CARRON/FEROLLES, p. 101 ss.

¹⁶⁴ FUTTERLIEB, p. 32.

¹⁶⁵ FUTTERLIEB, p. 32. Pour une présentation générale de la garantie bancaire à première demande, cf. CR-CO I-TEVINI, art. 111 CO N 38a ss.

¹⁶⁶ BIBER, Rohbaumiete, N 252.

effectuer. Pour garantir ce risque, le locataire a intérêt à exiger une garantie bancaire de bonne exécution dans le cadre du contrat d'entreprise¹⁶⁷.

III. Le régime juridique pendant le bail

124. Pendant que dure un bail de locaux bruts, diverses questions se posent en lien avec l'entretien des locaux (A), les rénovations et modifications (B) ainsi que l'institution de la garantie pour les défauts (C).

A. L'entretien

1. Généralités

125. L'art. 256 al. 1 CO impose au bailleur d'entretenir la chose louée dans un état approprié à l'usage pour lequel elle a été louée. La définition de l'état approprié à l'usage, telle que nous l'avons précisée ci-dessus (N 23 ss), est donc décisive pour définir l'obligation d'entretien du bailleur. Nous distinguerons l'entretien des locaux bruts (2) de celui des aménagements du locataire (3).

2. L'entretien des locaux bruts

126. Conformément à la règle générale de l'art. 256 al. 1 CO, le *bailleur* est *en principe* responsable de l'entretien des locaux bruts, en particulier des aménagements de base¹⁶⁸. Il doit procéder aux réparations et au remplacement des éléments défectueux, de telle sorte que le locataire puisse en faire l'usage convenu, à savoir effectuer dans un premier temps ses propres aménagements et dans un second

¹⁶⁷ Dans ce sens, BIBER, *Rohbaumiete*, N 253 s.

¹⁶⁸ BK-GIGER, art. 256 CO N 100 ; TSCHUDI, MRA 2/2008, p. 50. Sur l'obligation d'entretien du bailleur en général, cf. CPra Bail-MONTINI/BOUVERAT, art. 256 CO N 46 ss.

temps utiliser la chose selon sa destination finale convenue (N 24 et 26).

127. Le locataire doit *exceptionnellement* prendre en charge l'élimination des défauts de faible importance qui peuvent être éliminés par les menus travaux de nettoyage ou de réparation indispensables à l'entretien normal de la chose (art. 259 CO)¹⁶⁹. Cette exception trouve rarement application dans le cadre d'un bail de locaux nus, car les interventions sur les aménagements de base nécessitent en principe l'intervention d'un spécialiste, ce qui exclut la qualification de défaut de faible importance¹⁷⁰. On peut tout de même imaginer une situation où les aménagements de base sont relativement importants (p.ex. ils comprennent sanitaires équipés), de telle sorte que le locataire peut devoir y effectuer de menues interventions (p.ex. changer une ampoule).
128. Si le locataire peut devoir tolérer des travaux d'entretien en vertu de l'art. 257h CO¹⁷¹, on peut se demander si un locataire peut aussi être *tenu d'adapter ses propres aménagements* après que le bailleur a remédié à des défauts ou a modifié ou rénové les aménagements de base. Par exemple, le bailleur pourrait ainsi être amené à assainir le système de chaleur, ce qui nécessiterait le démontage de conduites raccordant les installations du locataire aux aménagements de base.
129. L'art. 257h CO oblige certes le locataire à tolérer des travaux et à collaborer avec le bailleur en vertu de son devoir de diligence. En revanche, l'art. 257h CO n'exige pas que le locataire doive engager des frais importants. Le bailleur peut donc uniquement lui demander qu'il accomplisse personnellement certaines tâches, sans pouvoir

¹⁶⁹ Pour un commentaire plus détaillé de cette disposition, cf. CPra Bail-AUBERT, art. 259 CO N 1 ss et BSK-WEBER, art. 259 CO N 1 ss. Eg. CARRON, Bail et travaux de construction, N 35 nbp 67.

¹⁷⁰ CPra Bail-AUBERT, art. 259 CO N 13 s. ; Mietgericht ZH du 14.05.2007, cons. 4b, mp 2007 218.

¹⁷¹ La même réflexion s'applique selon nous aux travaux de rénovation et de modification effectués par le bailleur en vertu de l'art. 260 CO. Pour une présentation générale de ces travaux, cf. CARRON, Bail et travaux de construction, N 170 ss et réf. citées.

exiger qu'il fasse appel à un tiers pour cela¹⁷². Sauf convention contraire, le bailleur doit donc prendre en charge les éventuels frais liés à l'adaptation des installations du locataire si elle découle des travaux d'entretien, de modification ou de rénovation des aménagements de base¹⁷³.

3. L'entretien des aménagements du locataire

130. Le bailleur ne perçoit un loyer que pour la chose avec ses aménagements de base (N 28). Aucun montant n'est attribué à l'entretien et aux réparations des aménagements du locataire¹⁷⁴. Par conséquent, le locataire ne peut en principe *pas prétendre à ce que le bailleur prenne en charge l'entretien* de ses aménagements¹⁷⁵.
131. Le locataire a le *droit* (mais en principe pas l'obligation¹⁷⁶) de procéder à l'entretien de ses aménagements. Il n'a pas à requérir l'accord du bailleur, sauf si les travaux nécessitent une intervention allant au-delà de ses propres équipements ou entraînent une limitation des droits du bailleur ou d'un autre locataire¹⁷⁷.
132. *Exceptionnellement*, l'art. 257f al. 1 CO impose une *obligation* d'entretien lorsque l'état des aménagements porte atteinte aux aménagements de base de la chose louée ou à d'autres installations (ou menace de les endommager), telles que celles des locataires voisins¹⁷⁸. Si le locataire ne s'exécute pas, le bailleur peut alors invoquer les art. 97 ss CO, en particulier l'art. 98 CO en vue d'obtenir

¹⁷² TSCHUDI, MRA 4/2009, p. 120 s. ; ZK-HIGI, art. 259 CO N 21 ; CPra Bail-AUBERT, art. 259 CO N 8 et 13 ss.

¹⁷³ TSCHUDI, MRA 4/2009, p. 120. Du même avis, BIBER, *Rohbaumiete*, N 523. Soulignons toutefois que les représentants de la théorie de la compensation (N 42) n'admettent un entretien supporté par le locataire que si une compensation complète lui est accordée (p.ex. ZANETTI, p. 99).

¹⁷⁴ TSCHUDI, MRA 2/2008, p. 50.

¹⁷⁵ BK-GIGER, art. 256 CO N 100.

¹⁷⁶ TSCHUDI, MRA 2/2008, p. 50.

¹⁷⁷ BIBER, *Aspekte*, p. 95.

¹⁷⁸ A ce sujet, cf. CPra Bail-WESSNER, art. 257f CO N 15 ss ; TERCIER/BIERI/CARRON, N 1838.

du juge l'autorisation d'exécuter par substitution les travaux d'entretien, aux frais et aux risques du locataire¹⁷⁹. Le bailleur peut aussi se contenter de rappeler au locataire son obligation et, si les conditions de l'art. 257f al. 3 CO sont remplies, prononcer une résiliation extraordinaire¹⁸⁰.

133. En *pratique*, le bailleur a un intérêt compréhensible à ce que le locataire entretienne correctement les aménagements effectués. Il en va de même d'un locataire diligent. Par conséquent, nous conseillons de *prévoir conventionnellement* l'obligation pour le locataire de procéder aux travaux et réparations nécessaires, combinée avec la faculté conférée au bailleur de (faire) procéder à une exécution par substitution sans avoir besoin de requérir l'accord du juge, pour le cas où le locataire ne s'exécuterait pas. D'autres auteurs conseillent même de convenir que le locataire doit verser régulièrement, sur un compte bloqué, une somme destinée aux travaux d'entretien de ses propres aménagements, l'absence de paiement constituant un motif de résiliation extraordinaire en vertu de l'art. 257f al. 3 CO ou de l'art. 266g CO¹⁸¹. On peut néanmoins douter de la compatibilité d'une telle solution avec l'interdiction des transactions couplées (art. 254 CO)¹⁸².
134. Le principe selon lequel le locataire supporte les coûts d'entretien de ses propres aménagements connaît au moins deux *exceptions* :
135. 1° Si les aménagements du locataire nécessitent des réparations ou des travaux d'entretien *en raison d'aménagements de base défectueux*, le locataire peut recourir au mécanisme de la garantie pour les défauts (art. 259a ss CO). Le locataire peut alors d'une part exiger la suppression du défaut et la remise en état de la chose, en précisant

¹⁷⁹ Au sujet de l'exécution par substitution fondée sur l'art. 98 CO, cf. ATF 142 III 321, JdT 2017 II 450 cons. 4 ss. Eg. CARRON, L'exécution des obligations de faire, N 17 ss ; GAUCH/SCHLUEP, N 2507 ss.

¹⁸⁰ BIBER, Rohbaumiete, N 311, qui mentionne aussi la possibilité d'une résiliation ordinaire.

¹⁸¹ Dans ce sens, BIBER, Rohbaumiete, N 309 ; FUTTERLIEB, p. 32.

¹⁸² Au sujet de la compatibilité du bail de locaux nus avec l'art. 254 CO, cf. ég. N 54 ss.

bien que la chose défectueuse est le local à l'état brut. En revanche, le locataire ne peut pas exiger la réparation de ses propres aménagements, car ceux-ci n'appartiennent pas à la chose louée. Le locataire peut d'autre part exiger la compensation de son préjudice. Or les frais de réparation des aménagements du locataire constituent un poste du dommage consécutif au défaut de la chose brute. Le locataire peut donc en demander le remboursement aux conditions de l'art. 259e CO, qui est une concrétisation de l'art. 97 CO¹⁸³.

- 136.2° Si le *bailleur a exécuté* les travaux d'aménagement *en tant qu'entrepreneur général ou total* du locataire, le locataire peut agir en vertu des dispositions de la garantie pour les défauts du contrat d'entreprise (art. 367 ss CO) et faire valoir les droits figurant à l'art. 368 CO¹⁸⁴.

B. Les rénovations et modifications pendant le bail

137. Le locataire peut être amené à effectuer des rénovations et des modifications durant le bail. Il faut distinguer selon que ces travaux constituent encore des aménagements du locataire tels que définis dans le bail de locaux bruts (1) ou vont au-delà (2).

1. Les rénovations et modifications des aménagements du locataire

138. Le locataire a le *droit de rénover et modifier ses propres aménagements*. De tels travaux peuvent être justifiés par leur usure ou leur désuétude. Par exemple, un locataire décide, après quelques

¹⁸³ A ce sujet, cf. CARRON/FEROLLES, p. 107 s. ; CR-CO I-LACHAT, art. 259e CO N 4 ; TERCIER/BIERI/CARRON, N 1796 ss. Alternativement, si le défaut contractuel constitue également un vice de construction ou un défaut d'entretien au sens de l'art. 58 CO, le locataire peut aussi s'appuyer sur cette disposition, qui présente l'avantage d'être une responsabilité objective n'exigeant pas la faute du propriétaire d'ouvrage (à ce sujet, cf. MÜLLER, Responsabilité civile, N 330 ss ; CR-CO I-WERRO, art. 58 CO N 1 ss).

¹⁸⁴ A ce sujet, cf. GAUCH, Werkvertrag, N 1348 ss ; TERCIER/BIERI/CARRON, N 3753 ss.

années, de rénover ses bureaux en installant des faux plafonds avec un nouvel éclairage.

139. Les rénovations et modifications doivent *constituer des aménagements du locataire*, c'est-à-dire qu'elles doivent respecter les exigences fixées dans le bail, en particulier la destination finale de la chose louée, et ne pas porter atteinte aux aménagements de base. Ces travaux font partie de l'usage originellement convenu entre les parties et pour lequel la chose a été louée et le bailleur a déjà donné son accord dans le bail de locaux nus¹⁸⁵.
140. Si ces conditions sont remplies, le locataire peut procéder *en tout temps et sans autorisation* aux rénovations ou modifications en question¹⁸⁶. Ces travaux ne tombent pas sous le coup de l'art. 260a CO, car ils ne concernent pas la chose (brute) louée. Les parties sont toutefois libres de *prévoir conventionnellement* que le locataire doit quand même obtenir l'autorisation du bailleur pour rénover ou modifier ses aménagements : une telle exigence est utile, car elle permet au bailleur de prendre les éventuelles mesures de coordination qui s'imposent avec les autres locataires.

2. Les rénovations et modifications ne constituant plus des aménagements du locataire

141. Si les rénovations et des modifications envisagées ne constituent *plus un aménagement du locataire déjà autorisé* ou si, tout en restant dans le cadre contractuel originellement prévu, elles entraînent aussi une modification des aménagements de base, le régime applicable est différent. On peut par exemple imaginer une modification entraînant un changement d'affectation des locaux loués ou une rénovation qui requiert un redimensionnement des installations de base desservant le local brut loué.

¹⁸⁵ Appellationsgericht BS du 23.03.2010, cons. 2.2 et 2.3 ; BJM 6/2012, p. 307 ss.

¹⁸⁶ BIBER, Rohbaumiete, N 195.

142. La réalisation de ces travaux ne fait *pas partie de l'usage convenu* originellement dans le bail de locaux bruts¹⁸⁷.
143. Dans une telle situation, les travaux en question sont des *modifications ou des rénovations selon l'art. 260a CO*. Ce type de mesures a fait l'objet d'une présentation de notre part dans le cadre de ce séminaire en 2012¹⁸⁸. On se contentera de rappeler qu'à la différence de la catégorie précédente (N 140), le locataire doit obtenir ici le consentement écrit du bailleur.

C. Le régime en cas de défauts ou de malfaçons

144. Après la remise des locaux bruts, des défauts (au sens large) peuvent se présenter. Se pose alors la question de leur élimination ou du traitement du préjudice qu'ils causent. Après quelques généralités (1), nous distinguerons le régime applicable aux défauts touchant les aménagements de base (2) de ceux concernant les aménagements du locataire (3).

1. Généralités

145. Par *défaut* (au sens strict) de la chose louée, on entend l'absence de qualités promises par le bailleur ou attendues par le locataire¹⁸⁹.
146. *Seule la chose louée*, c'est-à-dire le local à l'état brut avec ses aménagements de base (N 10), peut être défectueuse au sens des art. 259 ss CO (ci-après N 147 ss)¹⁹⁰. En effet, les aménagements du locataire ne font pas partie des prestations échangées par les parties. Il n'empêche que les malfaçons touchant les aménagements du locataire peuvent aussi amener le bailleur à exiger leur suppression ou

¹⁸⁷ BIBER, *Rohbaumiete*, N 199 ; ZK-HIGI, art. 260a CO N 4 ; TSCHUDI, MRA 2/2008, p. 51.

¹⁸⁸ A ce sujet, cf. CARRON, *Bail et travaux de construction*, N 108 ss.

¹⁸⁹ A ce sujet, cf. notamment GAUCH, RJB 1992, p. 197 ; TERCIER/BIERI/CARRON, N 1748. Eg. ATF 135 III 345, cons. 3.2.

¹⁹⁰ Dans ce sens, BIBER, *Rohbaumiete*, N 333.

à demander des dommages-intérêts pour compenser son préjudice (ci-après N 156 ss).

2. Les défauts des locaux bruts

147. Le *bailleur* doit garantir que les locaux bruts soient non seulement dans un état approprié à l'usage pour lequel ils ont été loués (art. 256 al. 1 CO), mais aussi qu'ils remplissent l'ensemble des qualités promises contractuellement¹⁹¹. Par exemple, la chose louée peut devoir non seulement être équipée d'installations électriques permettant la réalisation des travaux d'aménagement (qualité attendue) mais aussi avoir été réalisée à partir de matériaux répondant à certains labels écologiques (qualité promise).
148. Le fait que l'usage de la chose brute louée comprenne *deux composantes* (N 23 ss) joue un rôle particulier dans l'identification des défauts potentiels. Premièrement, des locaux bruts seront défectueux s'ils ne permettent pas au locataire d'effectuer les travaux de construction nécessaires à ses propres aménagements¹⁹². Deuxièmement, les locaux bruts et leurs aménagements seront également défectueux s'ils ne permettent pas une utilisation conforme à la destination finale de la chose louée.
149. Par *exemple*, si un bail de locaux bruts prévoit l'exploitation d'un établissement public de 150 places, qu'une licence administrative délivrée par la suite n'autorise cependant que 50 places en raison de l'absence d'une deuxième issue de secours sous forme d'escalier soit à l'intérieur soit à l'extérieur sur la façade de l'immeuble, les locaux bruts présentent un défaut, car ils ne se trouvent pas dans un état approprié à la destination finale pour laquelle ils ont été loués¹⁹³. En effet, l'installation d'une sortie de secours n'implique pas uniquement une adaptation des aménagements du locataire, mais nécessite une modification des aménagements de base.

¹⁹¹ GAUCH, RJB 1992, p. 193 ; VISCHER, N 232 s.

¹⁹² Dans ce sens, BIBER, Rohbaumiete, N 339 ; TSCHUDI, MRA 2/2008, p. 48.

¹⁹³ TF du 12.02.2016, 4A_208/2015, état de fait et cons. 3.2.

150. Lorsque la chose louée avec ses aménagements de base présente des défauts (p.ex. des infiltrations d'eau se produisent par les fenêtres), le locataire peut invoquer les droits découlant des art. 259a ss CO¹⁹⁴. Il peut notamment requérir la remise en état de la chose (art. 259b CO)¹⁹⁵ ou une réduction de loyer (art. 259d CO)¹⁹⁶. Le locataire peut également
151. Si le défaut de la chose à l'état brut entraîne un dommage aux aménagements du locataire, il s'agit d'un *dommage consécutif au défaut*. Par exemple, les infiltrations d'eau endommagent les parquets posés par le locataire et une partie de la marchandise exposée en rayons, ce qui impose au locataire de fermer pendant deux jours son commerce. Le locataire peut alors exiger des dommages-intérêts en cas de faute du bailleur (art. 259e CO)¹⁹⁷.
152. Nous pouvons ajouter trois *commentaires* :
153. 1° Le fait que le *bailleur soit propriétaire* des aménagements du locataire en vertu du principe de l'accession (art. 667 al. 2 CC) ne change rien au droit du locataire d'actionner le bailleur sur la base de l'art. 259e CO. En effet, le locataire, qui supporte l'entretien de ses propres aménagements (N 130), subit un véritable préjudice.
154. 2° En principe, le locataire verra son préjudice compensé sous forme de *dommages-intérêts*. Toutefois, en vertu de l'art. 43 al. 1 CO, applicable par renvoi de l'art. 99 al. 2 CO, le juge détermine le mode de la réparation et il n'est pas exclu qu'il ordonne une *compensation*

¹⁹⁴ BAER/STATHAKIS, p. 52 s. ; VISCHER, N 251. Au lieu d'invoquer la garantie pour les défauts, le locataire peut aussi invalider le bail pour erreur essentielle (art. 23 s. et 31 CO) ou pour dol (art. 28 et 31 CO) si les conditions de ces dispositions sont remplies (à ce sujet, cf. TERCIER/PICHONNAZ, N 782 ss et N 822 ss; GAUCH/SCHLUEP, N 761 ss et N 854 ss).

¹⁹⁵ TSCHUDI, MRA 2/2008, p. 50. Pour le régime de la remise en état, cf. notamment CPra Bail-AUBERT, art. 259b CO N 28 ss ; BSK-WEBER, art. 259b CO N 10 ss.

¹⁹⁶ Pour le régime de la réduction de loyer, cf. notamment CPra Bail-AUBERT, art. 259d CO N 1 ss ; ZK-HIGI, art. 259d CO N 3 ss.

¹⁹⁷ TSCHUDI, MRA 2/2008, p. 51.

*en nature*¹⁹⁸. Dans ce cas, le bailleur pourrait être condamné à supprimer les dommages affectant les aménagements du locataire¹⁹⁹.

- 155.3° Les dispositions contractuelles de la garantie pour les défauts (art. 259a ss CO) peuvent *s'appliquer en concours* avec celle, extracontractuelle, de la responsabilité objective simple du propriétaire (art. 58 CO)²⁰⁰. Cette dernière présente l'avantage ne pas exiger la faute du propriétaire ; en revanche, elle nécessite que le défaut contractuel, déterminé en fonction de la convention des parties, réponde également à la définition objective du vice de construction ou du défaut d'entretien²⁰¹.

3. Les malfaçons des aménagements du locataire

156. Si les aménagements du locataire présentent des malfaçons, le locataire ne dispose *pas de la garantie pour les défauts*²⁰², puisque leur réalisation ne relève pas de la sphère de risques du bailleur, mais fait partie de l'usage de la chose cédée au locataire²⁰³.
157. Quant au bailleur, il ne peut pas faire valoir les droits des art. 259a ss CO, qui sont réservés au locataire²⁰⁴. Dès lors, le bailleur doit se contenter des *outils offerts par la partie générale* du Code des obligations. Si le locataire n'exécute pas les aménagements convenus ou les réalise en ne respectant pas les exigences techniques ou

¹⁹⁸ Cf. CPra Bail-AUBERT, art. 259e CO N 26, qui évoque les principes régissant la responsabilité extracontractuelle.

¹⁹⁹ Il s'agirait alors toujours d'une réparation du dommage consécutif au défaut en nature selon l'art. 259e CO, à l'exclusion d'une remise en état selon l'art. 259b CO s. CO. A ce sujet, cf. VISCHER, N 261 s.

²⁰⁰ ATF 60 II 341 cons. 1. Eg. CPra Bail-AUBERT, art. 259e CO N 39 ; BSK-WEBER, art. 259e CO N 3.

²⁰¹ Sur ces notions, cf. MÜLLER, Responsabilité civile, N 359 ss.

²⁰² Appellationsgericht BE du 30.10.1996, cons. 5, MRA 1998 70. Eg. CARRON, Bail et travaux de construction, N 37 ; Co-SVIT, art. 256 CO N 32b ; ZUCKER, Geschäftsmiete, p. 13.

²⁰³ BIBER, Rohbaumiete, N 343 ; TSCHUDI, MRA 1/2010, p. 5.

²⁰⁴ VISCHER, N 235 ss et 253. Eg. BAER/STATHAKIS, p. 51.

esthétiques, le bailleur peut d'abord intenter une action en exécution (en nature) pour imposer le respect des engagements pris²⁰⁵.

158. Si les malfaçons des aménagements du locataire entraînent un préjudice du bailleur, par exemple en endommageant les aménagements de base, le bailleur peut demander la réparation de son dommage aux conditions de l'*action générale de l'art. 97 CO*²⁰⁶. Si un terme a été convenu pour la réalisation des aménagements et que le locataire se trouve en demeure, le bailleur peut recourir aux instruments de la demeure simple (art. 102 ss CO) et qualifiée (art. 107 ss CO)²⁰⁷.
159. Notons enfin que, si la chose à l'état brut est un bien-fonds non construit et que le locataire est autorisé à effectuer des aménagements sous forme de constructions mobilières (N 76), alors le bailleur peut également invoquer l'art. 58 CO à l'appui de sa créance en réparation du préjudice à l'encontre du locataire. En effet, le locataire demeure propriétaire desdites constructions en vertu de l'art. 677 al. 1 CC et peut donc être recherché à titre de propriétaire d'ouvrage²⁰⁸.

IV. Le régime juridique à la fin du bail

160. La fin du bail de locaux nus soulève des problèmes spécifiques. Il faut d'abord déterminer dans quel état – brut ou équipé – les locaux doivent être restitués (A). Dans l'hypothèse où les aménagements du locataire ne sont pas enlevés, il faut ensuite identifier si celui-ci a droit ou non à une indemnisation (B). Nous aborderons enfin deux cas particuliers (C).

²⁰⁵ Sur l'action en exécution (en nature), cf. TERCIER/PICHONNAZ, N 1146.

²⁰⁶ Pour une description des conditions et conséquences de cette institution, cf. notamment GAUCH/SCHLUEP, N 2483 ss et 2615 ss ; TERCIER/PICHONNAZ, N 1208 ss.

²⁰⁷ Pour une description des conditions et conséquences de ces institutions, cf. notamment GAUCH/SCHLUEP, N 2656 ss ; TERCIER/PICHONNAZ, N 1279 ss et N 1299 ss.

²⁰⁸ Dans ce sens, VISCHER, N 271.

A. La restitution des locaux

161. L'art. 267 CO prévoit qu'« [à] la fin du bail, le locataire doit restituer la chose dans l'état qui résulte d'un usage conforme au contrat ».
162. Lorsque le bail concerne des locaux nus, il faut déterminer le régime applicable aux aménagements du locataire, faute de disposition légale spécifiquement pertinente (1). Une fois cette étape accomplie, il convient d'apprécier les conséquences de ce régime sur le sort des aménagements du locataire (2).

1. Le régime applicable : l'art. 260a CO par analogie

163. L'art. 260a CO s'applique directement aux travaux de rénovation et de modification effectués par le locataire et prévoit que celui-ci « n'a le droit de rénover ou de modifier la chose qu'avec le consentement écrit du bailleur » (al. 1).
164. En vertu de cette disposition, le droit du locataire d'effectuer des rénovations ou des modifications requiert la réunion des *trois conditions* cumulatives suivantes²⁰⁹. Premièrement, il faut un contrat de bail entre les parties. Deuxièmement, le locataire doit vouloir exécuter des travaux de rénovation ou de modification, c'est-à-dire des interventions dans la substance de la chose louée qui influencent son état et sont effectuées pendant la durée du bail²¹⁰. Troisièmement, il faut le consentement écrit du bailleur²¹¹.
165. Les travaux d'aménagements du locataire d'un bail de locaux nus *diffèrent des travaux de rénovation et de modification* à plusieurs égards. D'abord, contrairement aux premiers, les seconds ne sont pas compris dans l'usage pour lequel la chose a été louée au sens de

²⁰⁹ Pour une présentation détaillée, cf. CARRON, Bail et travaux de construction, N 123 ss et réf. citées.

²¹⁰ TF du 21.06.2005, 4P.122/2005, cons. 3.3.1 ; Co-SVIT, art. 260-260a CO N 16.

²¹¹ Sur les aspects temporel, formel et matériel de cet accord, cf. CARRON, Bail et travaux de construction, N 126 et réf. citées.

l'art. 256 al. 1 CO²¹². Ensuite, les rénovations et modifications ne visent pas toujours à réaliser (ou à entretenir) les aménagements nécessaires à la destination finale de la chose louée, telle que prévue par le bail²¹³. A cela s'ajoute le fait que le locataire n'a ni l'obligation ni le droit de réaliser des travaux de rénovation ou de modification et a besoin du consentement écrit du bailleur, alors que le bail de locaux nus autorise le locataire à effectuer ses propres aménagements (N 24), voire impose leur réalisation dans un délai convenu (N 77). Enfin, d'un point de vue temporel, le besoin d'effectuer des travaux de rénovation ou de modification au sens de l'art. 260a CO n'apparaît en règle générale qu'en cours de bail²¹⁴, alors que les aménagements du locataire sont en pratique plutôt effectués en début de bail.

166. Malgré ces différences, les aménagements du locataire de locaux nus et les travaux de rénovation et de modification au sens de l'art. 260a CO présentent des *caractéristiques communes* fondamentales²¹⁵. En particulier, dans les deux cas, les parties conviennent que le locataire prend en charge des travaux de construction, sans que cela ne modifie les prestations du bailleur. En ce sens, le bail de locaux nus soulève les mêmes difficultés que les travaux de rénovation ou de modification du locataire. Celles-ci portent notamment sur l'état dans lequel les locaux doivent être restitués (cf. art. 260a al. 2 CO ; ci-après N 168 ss) et sur l'indemnisation du locataire pour l'éventuelle plus-value résultant des travaux entrepris (cf. art. 260a al. 3 CO ; ci-après N 181 ss).
167. En vertu de ces similitudes, une partie de la doctrine, à laquelle nous nous rallions²¹⁶, s'exprime en faveur d'une *application par analogie*

²¹² BIBER, Rohbaumiete, N 198.

²¹³ Mietgericht Zurich du 03.05.1999, ZMP 1/03 N 4. Eg. BIBER, Rohbaumiete, N 199.

²¹⁴ Il n'est toutefois pas exclu que le locataire en fasse déjà la requête lors de la conclusion du contrat. A ce sujet, cf. BIBER, Rohbaumiete, N 350 nbp. 538 ; ég. CARRON, Bail et travaux de construction, N 110 et N 115.

²¹⁵ TSCHUDI, MRA 2/2008, p. 51.

²¹⁶ CARRON, Bail et travaux de construction, N 45.

de l'art. 260a CO aux aménagements du locataire²¹⁷. Il s'agit maintenant d'examiner plus en détail les implications de ce régime.

2. Le sort des aménagements du locataire

168. A la fin du contrat de bail, le sort des aménagements du locataire diffère selon que les parties ont convenu de l'obligation pour le locataire de supprimer les aménagements du locataire (a) ou que, faute de convention, le régime dispositif s'applique (b).

a) La suppression conventionnelle des aménagements

169. Alors que la jurisprudence ne s'est pas exprimée sur le sujet, la doctrine est divisée quant à l'admissibilité d'une *convention* imposant au locataire de supprimer ses aménagements à la fin du bail.
170. Les tenants de la *théorie de la compensation* affirment qu'une telle convention est nulle parce que contraire à l'art. 256 al. 2 CO²¹⁸, voire aussi à l'art. 267 al. 2 CO²¹⁹.
171. Les défenseurs de la *théorie de l'usage*, à laquelle nous nous rallions (N 47), considèrent qu'elle est valable, en vertu de l'art. 260a al. 2 CO appliqué par analogie²²⁰. Il semble en effet que, si un bail ordinaire

²¹⁷ Dans ce sens, BAER/STATHAKIS, p. 55 ; BIBER, Aspekte, p. 91 ; ZK-HIGI, art. 260a CO N 4 ; Co-SVIT, art. 260-260a CO N 57 et art. 256 CO N 32c ; TSCHUDI, MRA 2/2008, p. 52 ; ZEHNDER, p. 726 s. Eg. CPra Bail-AUBERT, art. 260a CO N 10 et 30. D'autres auteurs s'expriment plutôt en faveur d'une application directe de l'art. 260a CO : CHK- HULLIGER/HEINRICH, art. 260a CO N 3 ; BK-GIGER, art. 256 CO N 98 ; VISCHER, N 291 ss, N 295.

D'autres enfin rejettent l'application de l'art. 260a CO et s'appuient sur l'art. 256 CO : BSK-WEBER, art. 260a CO N 2 et art. 256a CO N 6 ; HEUSI, Fragen, p. 5 ss ; LACHAT/WYTENBACH (2016), p. 907, N 32.9.5 et N 32.9.6 ; PERMANN, PJA 2007, p. 1528 ; ZANETTI, p. 99.

²¹⁸ HEUSI, Fragen, p. 5 ; LACHAT/WYTENBACH (2016), p. 907 ss, N 32.9.6 ; BSK-WEBER, art. 256 CO N 6a ; ZANETTI, p. 100 s. Eg. CPra Bail-AUBERT, art. 260a CO N 23, qui exige une indemnisation.

²¹⁹ PERMANN, PJA 2007, p. 1530 s.

²²⁰ BAER/STATHAKIS, p. 54, sans mentionner l'art. 260a CO ; BIBER, Aspekte, p. 97, qui précise pourquoi l'art. 267 al. 2 CO n'est pas violé ; BK-GIGER, art. 256 CO N 102 ;

permet aux parties de convenir d'une telle obligation, rien ne s'oppose à ce que la même règle s'applique à un bail de locaux nus.

172. Cette convention de suppression des aménagements appelle les *commentaires* suivants :

173. 1° Du point de vue *matériel*, l'étendue de l'obligation de remise à l'état brut doit être précise et détaillée²²¹. En pratique, ces précisions se trouvent dans le document d'interface (N 81), qui traite également de l'étape de remise en état, parfois aussi appelée « déconstruction ». En outre, il n'est pas rare que la convention réserve un droit d'option au bailleur à la fin du contrat, à savoir celui d'exiger ou non la remise en état²²². Dans cette hypothèse, les parties doivent prévoir précisément les modalités d'exercice de ce droit d'option et, pour l'hypothèse où le bailleur n'exige pas la remise en état, l'éventuelle faculté du locataire de disposer de ses aménagements (N 180) ou le paiement d'une indemnité sur la base de l'art. 260a al. 3 CO (N 181 ss)²²³.

174. 2° Du point de vue *formel*, la convention doit revêtir la forme écrite (art. 260a al. 2 CO par analogie), c'est-à-dire que les deux parties doivent s'engager, par leur signature, à ce que le locataire rétablisse l'état brut de la chose louée²²⁴.

175. 3° Du point de vue *qualitatif et temporel*, la sécurité juridique peut commander de préciser la personne chargée de l'exécution de la

ZK-HIGI, art. 260a CO N 35 ; CHK-HULLIGER/HEINRICH, art. 260a CO N 3, qui appliquent directement l'art. 260a CO ; Co-SVIT, art. 260-260a CO N 57 et 71 et art. 267-267a CO N 12 et N 20 ; TSCHUDI, MRA 2/2008, p. 53 s. ; VISCHER, N 328.

²²¹ BIBER, Rohbaumiete, N 373 ; CARRON, Bail et travaux de construction, N 145 et réf. citées.

²²² MÜLLER, MRA 3/2003, p. 107.

²²³ BIBER, Rohbaumiete, N 374 et 415 ; TSCHUDI, MRA 2/2008, p. 53.

²²⁴ Voir cependant VISCHER, N 327, qui laisse entendre (à tort selon nous) qu'un tel accord conclu en cours de bail nécessiterait le respect de la forme prévue à l'art. 269d CO, soit la formule officielle. En effet, vu qu'il s'agit d'une modification conventionnelle, les règles sur une modification unilatérale au détriment du locataire ne s'appliquent pas. Il en irait bien sûr différemment d'une modification unilatérale.

remise en état ainsi que le fait que la remise en état doit être achevée à l'expiration du bail²²⁵.

176. 4° Du point de vue *financier*, il ne faut pas perdre de vue que les coûts d'une remise en état peuvent se révéler très importants et qu'au moment où ces frais interviennent, le locataire n'a en principe plus intérêt au maintien d'une bonne relation contractuelle. Cette situation peut justifier la création d'une sûreté pour garantir l'exécution de ces travaux²²⁶. En pratique, les parties conviennent parfois que le locataire verse régulièrement un certain montant sur un compte bloqué, destiné à couvrir tout ou partie des frais de remise en état à la fin du bail²²⁷.

b) Le régime par défaut : le maintien des aménagements et le droit du locataire d'en disposer

177. L'art. 267 al. 1 CO, applicable en fin de bail, prévoit que le locataire « doit restituer la chose louée dans l'état qui résulte d'un usage conforme au contrat ».
178. Si l'on admet que les aménagements du locataire font partie de l'usage convenu et conforme de la chose louée (N 24), ils *peuvent être maintenus* en fin de bail, sans que le locataire ne soit obligé de restituer la chose louée dans son état brut²²⁸. Le bailleur est donc en principe tenu d'accepter les locaux avec les aménagements du locataire, quel que soit leur état²²⁹. Seule exception, le cas où l'absence d'entretien constitue une violation de l'usage conforme de la chose à l'état brut selon l'art. 267 CO (N 132) : dans cette hypothèse, le bailleur pourrait exiger la réparation de son préjudice sur la base de l'art. 97 CO, en argumentant que l'état de la chose, y compris les

²²⁵ BIBER, Aspekte, p. 99, qui précise qu'une interpellation n'est pas nécessaire.

²²⁶ A ce sujet, cf. la contribution écrite de BOHNET FRANÇOIS, p. 1 dans le présent ouvrage.

²²⁷ BIBER, Rohbaumiete, N 251 et 375.

²²⁸ Dans ce sens, BIBER, Rohbaumiete, N 357 ; BK-GIGER, art. 256 CO N 102 ; TSCHUDI, MRA 2/2008, p. 53.

²²⁹ On rappelle que le locataire n'est en principe pas tenu d'entretenir ses aménagements (N 131).

aménagements du locataire, constitue un défaut dont celui-ci doit répondre (art. 267a al. 1 *in fine* CO)²³⁰. Le bailleur doit alors aviser immédiatement le locataire de l'existence du défaut pour éviter que son droit ne se périm²³¹.

179. Cette solution *correspond au régime de l'art. 260a CO*, applicable par analogie (N 163 ss). En effet, si le bailleur a consenti par écrit à des rénovations ou à des modifications et que rien n'a été convenu entre bailleur et locataire au sujet du sort de ces travaux à la fin du bail, l'art. 260a al. 2 CO présume que le locataire n'est pas obligé de remettre en état la chose louée²³².
180. Ceci dit, si la convention des parties ne prévoit rien quant à la remise en état et que le bailleur ne verse aucune indemnité au locataire – soit parce que la convention ne prévoit rien, soit parce que les conditions de l'art. 260a al. 3 CO par analogie ne sont pas remplies – le bailleur de locaux nus doit respecter la *faculté du locataire de disposer de ses propres aménagements*, notamment de les enlever²³³. Il s'agit, comme pour l'art. 260a CO, d'une exception au principe de l'accession qui vaut aussi bien pour les choses mobilières non rattachées à la chose louée que pour des aménagements devenus partie intégrante en vertu du principe d'accession²³⁴. Dans la mesure où la remise en état est faite selon les règles de l'art, le bailleur ne subit en effet aucun dommage²³⁵.

²³⁰ Sur le principe de l'invocation de l'art. 97 CO en lien avec l'art. 267 al. 1 CO, cf. TF du 30.08.2017, 4A_27/2017, cons. 4.1.4. Pour les baux de locaux nus, cf. BIBER, *Rohbaumiete*, N 359.

²³¹ CARRON, *Bail et travaux de construction*, N 143.

²³² CARRON, *Bail et travaux de construction*, N 145 et réf. citées.

²³³ En allemand, on parle de *Verfügungsrecht* et *Wegnahmerecht*.

²³⁴ TF du 02.09.2009, 4A_211/2009 cons. 3.3, qui renvoie à TF du 09.01.2006, 4C.345/2005, cons. 1.1. Eg. CARRON, *Bail et travaux de construction*, N 124 ; BSK-WEBER, art. 260a CO N 2. Pour un résultat semblable, avec un raisonnement légèrement différent, BIBER, *Aspekte*, p. 101 s. D'un avis différent, VISCHER, N 329 s.

²³⁵ CARRON, *Bail et travaux de construction*, N 150. D'un avis contraire, SCHUMACHER, p. 63.

B. L'indemnisation du locataire

181. Lorsque les parties ont convenu que le locataire n'a pas le droit de disposer de ses aménagements et n'ont pas exclu une indemnité pour la plus-value créée par le locataire, il faut apprécier s'il a effectivement droit à une telle indemnité. Nous analyserons successivement le régime légal (1) et les solutions conventionnelles (2).

1. Le régime légal

182. Les *points de vue diffèrent* selon les écoles doctrinales :
183. Selon la *théorie de la compensation* (N 42 ss), le bailleur aurait en principe l'obligation d'aménager totalement les locaux, dans la mesure où leur destination finale l'exige²³⁶. Par conséquent, le bailleur doit accorder au locataire une compensation suffisante, voire complète sur la base de l'art. 256 CO, de nature impérative²³⁷. En revanche, les travaux d'aménagement non nécessaires à l'affectation convenue, mais découlant de vœux particuliers du locataire constituent des travaux de rénovation et de modification. A ce titre, une éventuelle indemnité se calcule alors selon l'art. 260a al. 3 CO par analogie²³⁸.
184. Selon la *théorie de l'usage* (N 45 ss), à laquelle nous nous rallions, les aménagements dont le locataire n'a pas le droit de disposer ne lui confèrent pas nécessairement un droit à une indemnité. L'art. 260a

²³⁶ BSK-WEBER, art. 260a CO N 2 et art. 256 CO N 6a ; ZANETTI, p. 99 et les réf. citées.

²³⁷ VISCHER, N 305 ss, qui s'appuie également sur le contrat de franchise. Pour une présentation des méthodes de calcul d'indemnité, cf. CARRON, Bail et travaux de construction, N 33.

²³⁸ CPra Bail-AUBERT, art. 260a CO N 10 ; KNOEPFLER/RUEDIN, p. 9 ; PERMANN, PJA 2007, p. 1527 ; ZANETTI, p. 99 s.

al. 3 CO s'applique par analogie²³⁹. Sa nature dispositive²⁴⁰ autorise les parties à prévoir un autre régime (N 193).

185. Les *conditions* d'application (par analogie) de l'art. 260a al. 3 CO aux baux de locaux nus sont les suivantes²⁴¹ :

186. 1° Les travaux concernés sont *des aménagements du locataire admis par le bailleur et qui n'ont pas fait l'objet d'une remise en état ou d'un enlèvement*. Ils sont prévus ou, au moins, autorisés dans le bail de locaux nus. Si le locataire a effectué des aménagements dépassant ce qui a été convenu, il ne peut pas obtenir d'indemnité, même si le bailleur n'exige pas la remise en état et les conserve²⁴².

187. 2° La chose louée *présente une plus-value* à la fin du bail. Selon un arrêt récent du TF, la plus-value correspond à la valeur ajoutée à la chose louée à l'état brut, non encore amortie à la fin du bail ; elle s'apprécie objectivement, eu égard aux frais exposés par le locataire et à l'utilité des travaux pour le bailleur²⁴³. Ne constituent pas une plus-value les investissements ne répondant qu'aux besoins particuliers du locataire et ne représentant donc qu'une plus-value subjective²⁴⁴. Le TF mentionne les deux courants doctrinaux pour le calcul de la plus-value : le premier est fondé sur la valeur capitalisée de la différence de loyer que peut obtenir le bailleur grâce aux aménagements du locataire²⁴⁵, le second s'appuie sur la valeur

²³⁹ BIBER, *Rohbaumiete*, N 398 ; CARRON, *Bail et travaux de construction*, N 34 ; TSCHUDI, *MRA 2/2008*, p. 55 ; Co-SVIT, art. 260-260a CO N 57. Eg. VISCHER, N 302, qui soutient une application directe de l'art. 260a al. 3 CO.

²⁴⁰ ATF 124 III 149 cons. 5, JdT 1999 I 119, DB 1998 N 7. Eg. CPra *Bail-AUBERT*, art. 260a CO N 29 ; CARRON, *Bail et travaux de construction*, N 34 ; LACHAT, p. 834, N 32.4.9.

²⁴¹ TSCHUDI, *MRA 2/2008*, p. 55. Pour une présentation détaillée, cf. CARRON, *Bail et travaux de construction*, N 158 ss et réf. citées. Eg. BK-GIGER, art. 256 CO N 97 s.

²⁴² Dans ce sens, pour des travaux de rénovation ou de modification, Chambre d'appel en matière de baux et loyers GE du 09.09.1996, cons. 4, CdB 1997 79 et les réf. citées.

²⁴³ TF du 27.03.2015, 4A_678/2014, cons. 4.1.1 et réf. citées. Eg. BIBER, *Rohbaumiete*, N 418 ss.

²⁴⁴ TF du 27.03.2015, 4A_678/2014, cons. 4.1.1 ; ZK-HIGI, art. 260a CO N 51.

²⁴⁵ CARRON, *Bail et travaux de construction*, N 161 ; SCHUMACHER, p. 60 s. ; Co-SVIT, art. 260-260a CO N 80 ; TSCHUDI, *MRA 2/2008*, p. 55 s. ; WETZEL, p. 114 s. Eg. TF du 27.03.2015, 4A_678/2014, cons. 4.1.2.

objective, qui consiste à déduire des coûts d'investissement du locataire les amortissements ainsi que les autres diminutions de valeur comme les détériorations²⁴⁶. Les juges fédéraux n'ont pas rejeté la méthode de rendement utilisée par le Tribunal cantonal dans cette affaire, dans la mesure où une plus-value était exclue, quelle que soit la méthode retenue²⁴⁷.

188. 3° La plus-value est *considérable*. Une augmentation de valeur de peu d'importance ne suffit pas²⁴⁸. Il faut tenir compte du coût des travaux, du loyer payé par le locataire pour les locaux bruts et des avantages dont le bailleur pourra tirer profit²⁴⁹.
189. 4° Le locataire *réclame* l'indemnité pour la plus-value²⁵⁰. Il faut une manifestation de volonté de sa part en ce sens.
190. Si les conditions mentionnées ci-dessus (N 185 ss) sont remplies, le locataire pourra exiger le paiement d'une *indemnité*, en vertu de l'art. 260a al. 3 CO par analogie.
191. On peut formuler les *commentaires* suivants à ce sujet²⁵¹. Premièrement, il s'agit d'une créance conditionnelle – il faut une plus-value considérable – et exigible en fin de bail. Deuxièmement, le montant de l'indemnité ne correspond pas nécessairement à la plus-value²⁵² : après avoir calculé celle-ci selon la méthode explicitée ci-dessus (N 187 s.), on peut intégrer des éléments d'équité, tels que

²⁴⁶ ZK-HIGI, art. 260a CO N 52 ss ; ZEHNDER, p. 725 ; PERMANN, Mietrecht, art. 260a CO N 8 ; TF du 27.03.2015, 4A_678/2014, cons. 4.1.2. Le TF a retenu cette méthode dans deux arrêts : TF du 27.05.2003, 4C.393/2002, cons. 6.2 ; TF du 29.03.2006, 4C.18/2006, cons. 3.1.2.

²⁴⁷ TF du 27.03.2015, 4A_678/2014, cons. 4.1.3 et 4.1.4.

²⁴⁸ Une proposition formulée dans ce sens lors des débats parlementaires a été nettement rejetée (BO CN 1989, p. 502 s.).

²⁴⁹ TF du 29.03.2006, 4C.18/2006, cons. 3.1.1. Eg. BIBER, Rohbaumiete, N 426 ss ; SCHUMACHER, p. 60 ; VISCHER, N 303.

²⁵⁰ Pour plus de détails, CARRON, Bail et travaux de construction, N 164.

²⁵¹ Pour plus de détails, CARRON, Bail et travaux de construction, N 166 ss et réf. citées.

²⁵² Cf. le texte allemand de l'art. 260a al. 3 CO, qui parle d'une « *entsprechender Entschädigung* ».

l'utilité réduite des aménagements pour le bailleur ou les circonstances ayant mis un terme au bail²⁵³.

192. Vu les incertitudes résultant du régime légal dispositif, il nous semble judicieux que les parties fassent *usage de leur liberté contractuelle* et qu'elles prévoient en détail le principe et les modalités de l'indemnisation des aménagements du locataire²⁵⁴.

2. Les solutions conventionnelles

193. Nous l'avons dit (N 192), il est recommandé de régler conventionnellement la question de l'indemnité pour les aménagements et les investissements du locataire de locaux nus. Vu la nature dispositive de l'art. 260a al. 3 CO (N 184), les parties peuvent prévoir notamment les deux régimes suivants²⁵⁵, qui ne requièrent le respect d'aucune forme spécifique²⁵⁶ :

194. 1° Les parties conviennent que le locataire *dispose d'une créance en indemnité* contre le bailleur. Cette hypothèse s'applique lorsque le locataire parvient à faire prévaloir ses intérêts dans la négociation, lorsque le bailleur veut attirer un locataire important ou lorsqu'il est d'avis que les aménagements du locataire seront aisément réutilisables²⁵⁷. Une telle convention fait sens lorsque les parties ont exclu la faculté du locataire de disposer de ses propres aménagements, notamment de les enlever.

²⁵³ TF du 29.03.2006, 4C.18/2006, cons. 3.1.1, DB 2006 N 12. Pour l'appréciation en équité, TF du 18.08.2005, 4C.97/2005, cons. 2.8, CdB 2006 8, DB 2006 N 11 et les références contenues. Pour une liste des facteurs à prendre en considération, CPra Bail-AUBERT, art. 260a CO N 35. Pour les baux de locaux nus en particulier, BIBER, Rohbaumiete, N 429 ss.

²⁵⁴ Dans ce sens, BIBER, Rohbaumiete, N 434.

²⁵⁵ Cf., en lien avec une application directe de l'art. 260a al. 3 CO, TF du 17.04.2017, 4C_61/2007, cons. 5.

²⁵⁶ Pour le second type de convention, cf. Mietgericht ZH du 20.01.1997, MRA 3/1998, p. 94 ss, p. 97 cons. 2c, cité in : BIBER, Rohbaumiete, N 394.

²⁵⁷ BIBER, Rohbaumiete, N 394 ; ZANETTI, p. 93.

195. Si un nouveau locataire reprend les aménagements de son prédécesseur, il faut distinguer selon le type de reprise. En cas de transfert de bail (art. 263 CO²⁵⁸), les droits et les obligations du transférant, en particulier le droit à une indemnité, passent au repreneur²⁵⁹. Dans les autres situations (p.ex. une restitution anticipée de la chose selon l'art. 264 CO²⁶⁰), le nouveau locataire n'a ni le droit d'obtenir une indemnité ni d'ailleurs l'obligation de supprimer les aménagements du locataire (N 169 ss)²⁶¹.
196. 2° Les parties conviennent que le locataire n'a *pas de créance en indemnité* contre le bailleur²⁶². Cette solution fait notamment sens lorsque les aménagements du locataire sont à ce point particuliers qu'ils n'ont que peu d'utilité pour le bailleur ou un futur locataire²⁶³.
197. Lorsque le locataire renonce conventionnellement à toute indemnité, les parties prévoient souvent en pratique une *durée minimale du bail*, afin que le locataire puisse amortir ses aménagements²⁶⁴. L'existence d'une telle durée n'est toutefois pas une condition de validité de l'accord supprimant l'indemnité du locataire²⁶⁵.
198. Si le bail de durée déterminée est ensuite *résilié de manière extraordinaire*, on peut se demander si le locataire peut exiger du bailleur non pas une indemnité (qui a été écartée par convention) mais des *dommages-intérêts*. Il faut à nouveau distinguer :

²⁵⁸ Pour plus de détails, cf. CPra Bail-BISE/PLANAS, art. 263 CO N 1 ss ; ZK-HIGI, art. 263 CO N 3 ss.

²⁵⁹ LACHAT, p. 836, N 32.6.4. Eg. CARRON, Bail et travaux de construction, N 148. Voir aussi TF du 05.06.2000, 4C.87/2000, cons. 3, DB 2002 N 8.

²⁶⁰ Pour plus de détails, cf. CPra Bail-BISE/PLANAS, art. 264 CO N 1 ss ; ZK-HIGI, art. 264 CO N 3 ss.

²⁶¹ Tribunal cantonal VD du 08.03.1988, cons. 2b, DB 1989 N 34. Eg. LACHAT, p. 836, N 32.6.4. Eg. CARRON, Bail et travaux de construction, N 148.

²⁶² VISCHER, N 304.

²⁶³ Dans ce sens, pour l'art. 260a al. 3 CO, ATF 124 III 149, cons. 4.c, JdT 1999 I 119, DB 1998 N 7, qui explique que le bailleur n'accepterait aucune modification s'il n'avait pas la possibilité d'exclure l'indemnité. Eg. CARRON, Bail et travaux de construction, N 157.

²⁶⁴ BK-GIGER, art. 256 CO N 91.

²⁶⁵ BIBER, Rohbaumiete, N 401 ; TSCHUDI, MRA 2/2008, p. 57.

199. 1° Si les motifs de la résiliation sont *imputables au locataire* (p.ex. résiliation pour demeure dans le paiement du loyer selon l'art. 257d al. 2 CO²⁶⁶, résiliation fondée sur l'art. 257f al. 3 CO²⁶⁷ ou résiliation pour justes motifs due au locataire selon l'art. 266g CO²⁶⁸), celui-ci n'aura pas droit à des dommages-intérêts²⁶⁹.
200. 2° Si les motifs de résiliation ne sont *pas imputables au locataire*, la situation est différente²⁷⁰. Par exemple, si le locataire résilie le bail en raison d'un défaut grave auquel le bailleur ne remédie pas dans un délai convenable (art. 259b CO), il a droit à des dommages-intérêts aux conditions de l'art. 259e CO²⁷¹. Le fait de ne pas avoir pu utiliser la chose pendant toute la durée convenue contractuellement, en particulier le fait de ne pas avoir pu amortir ses aménagements, fait partie du préjudice que le locataire peut exiger du bailleur.
201. Il en va de même d'une résiliation fondée sur l'art. 261 al. 2 CO (aliénation de la chose)²⁷². Dans ce cas, le locataire peut exiger du premier bailleur la réparation de son dommage selon l'art. 261 al. 3 CO : le préjudice comprend l'utilisation raccourcie des aménagements du locataire²⁷³. Pour éviter une telle situation, bailleur et locataire de locaux nus peuvent convenir d'*annoter le bail* au registre foncier (art. 261b CO²⁷⁴) : l'annotation empêche le nouvel acquéreur de résilier le bail pour un besoin urgent, garantit en principe au locataire de pouvoir bénéficier de la chose louée pour la durée

²⁶⁶ Pour plus de détails, cf. notamment CPra Bail-WESSNER, art. 257d CO N 30 ss ; ZK-HIGI, art. 257d CO N 45 ss.

²⁶⁷ Pour plus de détails, cf. notamment CR-CO I-LACHAT, art. 257f CO N 9 ss ; ZK-HIGI, art. 257f CO N 62 ss.

²⁶⁸ Pour plus de détails, cf. notamment TERCIER/BIERI/CARRON, N 2017 ss ; BSK-WEBER, art. 266g CO N 1 ss.

²⁶⁹ TSCHUDI, MRA 2/2008, p. 59.

²⁷⁰ BIBER, Rohbaumiete, N 408 ss et réf. citées.

²⁷¹ Pour plus de détails, cf. notamment CPra Bail-AUBERT, art. 259e CO N 3 ss ; LACHAT/ROY (2016), p. 259 ss, N 11.5.1 ss.

²⁷² Pour plus de détails, cf. notamment CPra Bail-MARCHAND, art. 261 CO N 27 ss ; ZK-HIGI, art. 261-261a CO N 30 ss.

²⁷³ TSCHUDI, MRA 2/2008, p. 59.

²⁷⁴ Pour plus de détails, cf. notamment CPra Bail-MARCHAND, art. 261b CO N 1 ss ; ZK-HIGI, art. 261b CO N 3 ss.

originellement convenue et épargne à l'ancien bailleur de devoir payer des dommages-intérêts.

C. Deux cas particuliers

202. Deux situations particulières méritent encore un bref développement : la protection contre les congés en cas de bail de locaux nus (1.) et les conséquences de la faillite du bailleur ou du locataire sur un tel bail (2.)

1. La protection contre les congés

203. Les art. 271 ss CO accordent au locataire d'un local d'habitation ou d'un local commercial une *protection particulière en cas de résiliation*. Le locataire peut tenter d'obtenir soit l'annulation du congé (art. 271 s. CO), soit la prolongation du bail (art. 272 ss CO).
204. Sans présenter en détail cette institution²⁷⁵, il s'agit de déterminer si le locataire peut *invoquer les investissements consentis pour ses aménagements* afin d'établir le caractère contraire aux règles de la bonne foi du congé (art. 271 al. 1 CO) ou les conséquences pénibles de la fin du contrat non prolongé (art. 272 al. 1 CO).
205. A notre avis, le locataire de locaux nus peut le faire uniquement dans des *circonstances précises*²⁷⁶ :
206. 1° Les parties ont *exclu conventionnellement le paiement d'une indemnité pour plus-value considérable* selon l'art. 260a al. 3 CO (N 196). En effet, si le locataire peut revendiquer une telle indemnité, alors les investissements effectués par le locataire pour ses aménagements ne rendront ni le congé contraire aux règles de la bonne foi ni les conséquences de la fin du contrat suffisamment pénibles. Si le locataire est privé d'indemnité parce que la plus-value de ses aménagements n'est pas considérable, le congé ne sera pas

²⁷⁵ Pour plus de détails, cf. notamment CPra Bail-CONOD, art. 271 CO N 1 ss et art. 272 CO N 1 ss ; BSK-WEBER, art. 271/271a CO N 1 ss et art. 272 CO N 1 ss.

²⁷⁶ Dans ce sens, BIBER, Rohbaumiete, N 555 ss et réf. citées.

abusif, c'est-à-dire ni annulable ni prolongeable, précisément pour cette raison.

207. 2° Les aménagements du locataire ne doivent *pas être encore amortis*. Dans le cas contraire, la fin du contrat n'entraîne ni congé contraire aux règles de la bonne foi selon l'art. 271 al. 1 CO, ni conséquences pénibles au sens de l'art. 272 al. 1 CO²⁷⁷.
208. 3° Le locataire a effectué ses investissements *en raison de la confiance suscitée par le bailleur*. En se fondant sur le comportement ou les déclarations de celui-ci, le locataire comprend de bonne foi qu'il pourra bénéficier d'une longue durée contractuelle. Si le bail est ensuite résilié à plus ou moins brève échéance, le congé pourrait être annulable s'il contrevient aux règles de la bonne foi (art. 271 al. 1 CO)²⁷⁸. L'issue d'une demande en annulation du congé dépendra notamment de la durée d'amortissement à laquelle le locataire pouvait s'attendre, du motif de résiliation invoqué par le bailleur ainsi que du comportement adopté par le bailleur. La même solution s'applique en lien avec l'éventuelle prolongation du bail (art. 272 CO)²⁷⁹.
209. En revanche, si les parties ont *convenu d'une durée de bail déterminée*, le locataire doit planifier rationnellement ses investissements et ne peut pas invoquer un congé contraire à la bonne foi s'il n'a pas encore amorti ses investissements à l'expiration du contrat. De même, si le bail prend fin en vertu d'une résiliation extraordinaire imputable au locataire, celui-ci ne peut se plaindre d'un congé contraire aux art. 271 ss CO. En revanche, si la résiliation extraordinaire est imputable au bailleur, le locataire peut tenter d'obtenir l'annulation du congé ou la prolongation du bail, sans préjudice de son droit à des dommages-intérêts (N 200).

²⁷⁷ Dans ce sens, BIBER, *Rohbaumiete*, N 560.

²⁷⁸ BIBER, *Rohbaumiete*, N 558 ; THANET, *Fachheft*, p. 22 s.

²⁷⁹ BIBER, *Rohbaumiete*, N 561. *Contra* : Obergericht ZH du 22.02.2002, MRA 4/2002, p. 152 ss, p. 156, qui applique une réflexion proche de la théorie de la compensation (N 42 ss) et affirme donc que le locataire ne peut subir de « conséquences pénibles » au sens de l'art. 272 al. 1 CO car il a déjà été complètement indemnisé pour la réduction de la prestation du bailleur.

2. Le cas de la faillite

a) La faillite du bailleur

210. Si le bailleur fait faillite ou si la chose louée lui est enlevée dans la cadre de toute autre poursuite pour dettes et faillites (p.ex. une poursuite par voie de saisie), l'art. 261 al. 1 CO prévoit que le *bail passe à l'acquéreur* avec la propriété de la chose²⁸⁰. Par conséquent, le locataire de locaux nus peut faire valoir une indemnité fondée sur l'art. 260a al. 3 CO par analogie contre le nouveau propriétaire, à l'exclusion du bailleur failli²⁸¹.
211. En vertu de l'art. 261 al. 2 let. a CO, l'acquéreur des locaux nus loués peut, s'il s'agit d'un bail d'habitation ou de local commercial, résilier le bail en observant le délai de congé légal pour le prochain terme légal, s'il fait valoir un besoin urgent pour lui-même ou ses proches parents ou alliés. Dans ce cas, l'art. 261 al. 3 CO permet au locataire d'*agir contre l'ancien bailleur* (failli). La créance ne sera pas privilégiée dans l'état de collocation.
212. Si le bail est *annoté* selon l'art. 261b CO, le nouvel acquéreur ne peut pas résilier le bail, même en cas de besoin urgent²⁸². Toutefois, si des droits de tiers figuraient au registre foncier avant l'annotation du bail et que ceux-ci n'ont pas permis ladite annotation, alors ils peuvent demander la *double mise à prix*, c'est-à-dire avec et sans le bail, dans le cadre de la procédure de réalisation des immeubles (art. 142 LP)²⁸³. Le bail passe à l'acquéreur, mais celui-ci a le droit de le résilier conformément à l'art. 261 al. 2 lit. a CO, sans qu'il ait besoin de faire valoir un besoin urgent²⁸⁴. Si le nouvel acquéreur résilie le bail de locaux nus de manière anticipée, il ne reste au locataire plus que la

²⁸⁰ Pour plus de détails sur cette disposition, cf. notamment CPra Bail-MARCHAND, art. 261 CO N 1 ss.

²⁸¹ BIBER, Rohbaumiete, N 534 et les réf. citées.

²⁸² Pour plus de détails sur cette disposition, cf. notamment CPra Bail-MARCHAND, art. 261b CO N 10.

²⁸³ ATF 125 III 123, cons. 1c, JdT 2000 I 249.

²⁸⁴ ATF 125 III 123, cons. 1e, JdT 2000 I 249.

possibilité d'aller rechercher l'ancien bailleur en vertu de l'art. 261 al. 3 CO, sous forme de créance de faillite²⁸⁵.

b) La faillite du locataire

213. En cas de faillite du locataire, celui-ci ne peut en pratique plus s'acquitter de ses loyers et le bailleur peut vouloir résilier le bail de manière extraordinaire, même si les aménagements n'ont *pas encore été totalement amortis*. Dans un tel cas, le locataire subit un dommage dont la réparation dépend des circonstances :
214. 1° Si les créances impayées sont *nées avant l'ouverture de la faillite*, le bailleur peut résilier le bail vis-à-vis du locataire et de l'administration de la faillite en se fondant sur l'art. 257d CO. Vu que la résiliation du bail est imputable au locataire, celui-ci ne peut obtenir la réparation du dommage dû à la résiliation du bail avant l'amortissement de ses aménagements²⁸⁶. Si les conditions de l'art. 260a al. 3 CO (applicable par analogie) sont remplies, le locataire peut envisager requérir une indemnité pour la plus-value considérable résultant de ses aménagements ; toutefois, on tiendra compte, lors de la fixation de l'indemnité, de la cause de la fin du bail (N 191) et le bailleur pourra opposer à cette créance les loyers en souffrance ainsi que ses propres créances en dommages-intérêts, dont les montants seront en principe supérieurs à l'indemnité du locataire²⁸⁷.
215. 2° Si les créances impayées sont *nées après l'ouverture de la faillite*, le bailleur peut exiger des sûretés du locataire et de l'administration de la faillite en vertu de l'art. 266h CO. S'il n'obtient pas ces sûretés, il peut résilier le bail avec effet immédiat. Le locataire peut alors subir un dommage relatif à ses aménagements non amortis en raison de la résiliation anticipée du bail. La réparation de son dommage se

²⁸⁵ ZK-HIGI, art. 261-261a CO N 66 ; CPra Bail-MARCHAND art. 261 CO N 49 ss.

²⁸⁶ BIBER, Rohbaumiete, N 546 s.

²⁸⁷ BIBER, Rohbaumiete, N 549.

heurtera en principe aux mêmes difficultés que pour les créances nées avant l'ouverture de la faillite (N 214).

Conclusion

216. Arrivés au terme de ce panorama des particularités des baux de locaux nus relatives au régime juridique applicable au début (N 73 ss), pendant (N 124 ss) et à la fin (N 160 ss) de la relation contractuelle, nous pouvons faire le *constat* suivant.
217. On dit souvent du bail qu'il est un *contrat régulé*, parce qu'il fait l'objet d'une réglementation très détaillée et qu'il est caractérisé par une multitude de dispositions absolument et relativement impératives²⁸⁸. Par conséquent, les parties n'ont en pratique pas besoin de passer des conventions très détaillées, dans la mesure où les art. 253 ss CO règlent précisément nombre de situations se produisant lors de la conclusion, de l'exécution, de la fin et de la liquidation de leur relation contractuelle.
218. Le bail de locaux nus constitue une *exception* dans ce paysage. D'abord, il n'est pas réglé par le législateur. Ensuite, la pratique et, singulièrement la jurisprudence à son sujet, est balbutiante. Enfin, les problèmes concrets posés par ce type de bail sont nombreux et complexes.
219. Vu ces caractéristiques, les parties à un bail de locaux nus doivent faire usage de leur *liberté contractuelle* en accordant une attention toute particulière au local nu mis à disposition par le bailleur et aux aménagements du locataire.
220. A cette fin, les parties seront bien inspirées de *régler conventionnellement les points suivants* dans leur document contractuel :
221. 1° L'établissement d'un *document d'interface* (N 79 ss). Il s'agit du document-clé d'un bail de locaux nus, présenté souvent sous forme de tableaux et formant une annexe au document contractuel principal. Il

²⁸⁸ Dans ce sens, TERCIER/BIERI/CARRON, N 1603.

délimite d'une part les aménagements faisant partie de la chose à l'état brut et, d'autre part, les travaux constituant des aménagements du locataire autorisés par la convention des parties. Il permet aussi d'identifier si les locaux nus remis au locataire sont exempts de défauts. Enfin, il fixe qui, du bailleur ou du locataire, est propriétaire, exploitant, responsable de l'entretien, des réparations et de l'enlèvement des diverses parties.

222. 2° La *définition des locaux nus*, au moyen d'une annexe au contrat sous forme de descriptif des travaux ou d'un document d'interface (N 20), la précision que cet état correspond, selon la volonté des parties, à l'état approprié à l'usage pour lequel la chose a été louée (N 27 et 47 ss) et la spécification que le loyer fixé ne vaut que pour la cession de la chose à l'état brut (N 28).
223. 3° La *définition des aménagements du locataire*, au moyen non seulement du document d'interface mais aussi d'un projet d'exécution accepté par le bailleur, dont la compatibilité avec les aménagements de base a été confirmée par les exécutants (N 87), et *l'obligation de réaliser* lesdits aménagements selon des modalités techniques, temporelles et financières prédéfinies (N 65, 86 ss et 91 ss).
224. 4° La *coordination* entre le bail de locaux bruts et la réalisation des aménagements du locataire, aussi bien du point de vue technique que contractuel, en particulier si le bailleur exécute les travaux d'aménagements du locataire en tant qu'entrepreneur général (N 90 ss).
225. 5° L'existence de *garanties* destinées d'une part à assurer le respect par le bailleur de la date de mise à disposition des locaux nus et, d'autre part, à garantir une exécution correcte des aménagements du locataire ainsi que le paiement des entrepreneurs, de sorte à éviter notamment le dépôt d'une hypothèque légale (N 121 ss).
226. 6° L'obligation pour le locataire d'*entretenir ses propres aménagements* (N 133) et celle d'obtenir l'autorisation du bailleur pour des *travaux de rénovation et de modification* de ces aménagements (N 140).

227. 7° *Le sort des aménagements du locataire en fin de bail*, en particulier la faculté ou l'obligation du locataire de laisser ou de disposer de ses propres aménagements (N 168 ss), avec ou sans l'accord du bailleur, voire le droit d'option du bailleur en fin de contrat (N 173). Dans l'hypothèse où les parties conviennent de la non-suppression des aménagements, elles doivent déterminer si locataire a le droit ou non d'obtenir une indemnité pour plus-value et fixer les modalités pertinentes (N 193 ss)²⁸⁹.

²⁸⁹ Dans le même sens, BIBER, Rohbaumiete, N 392 s. ; VISCHER, N 331 s.

Bibliographie

BAER STEFAN/STATHAKIS PAVLO, Vermietung von Geschäftsräumen, Zurich 2013

BÄTTIG HANS, Bundesgerichtsentscheid vom 23. April 2003 (4C.39/2003) i.S. Pensionskasse X. ca. A. und B., MRA 5/2003, p. 174 ss (cité : BÄTTIG, 5/2003)

BIBER IRENE, Die Rohbaumiete, thèse, Zurich/St Gall 2014 (cité : BIBER, Rohbaumiete)

BIBER IRENE, Die Rohbaumiete – ausgewählte Aspekte, mp 2015, p. 79 ss (cité : BIBER, Aspekte)

BIBER IRENE, Rohbau – Mieterausbau – Mieterbau, in : Jürg P. Müller (édit.), Wohn- und Geschäftsraummiete, Beraten und Prozessieren im Immobiliarmietrecht, Zurich 2016, p. 711 ss (cité : BIBER, Rohbau – Mieterausbau – Mieterbau)

BOHNET FRANÇOIS, Actions civiles, Conditions et conclusions, Bâle 2014 (cité : BOHNET, Actions civiles)

BOHNET FRANÇOIS/CARRON BLAISE/MONTINI MARINO (édit.), Commentaire pratique de droit du bail à loyer, 2^e éd., Bâle 2010 (cité : CPra Bail-AUTEUR)

BURKHALTER R. PETER/MARTINEZ-FAVRE EMMANUELLE, Le droit suisse du bail à loyer : commentaire, Genève/Zurich/Bâle 2011 (cité : Co-SVIT)

CARRON BLAISE, Bail et travaux de construction : aménagement, entretien, rénovation et modification des locaux, in : François Bohnet (édit.), 17^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2012, p. 45 ss (cité : CARRON, Bail et travaux de construction)

CARRON BLAISE, Les spécificités du bail à ferme (art. 275 ss CO) – Une comparaison avec le bail à loyer (art. 253 ss CO), in : François Bohnet/Blaise Carron (édit.), 19^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2016, p. 121 ss (cité : CARRON, Bail à ferme)

CARRON BLAISE, L'exécution des obligations de faire dans la partie générale du CO, in : François Bohnet (édit.), Quelques actions en

exécution, Neuchâtel 2011, p. 1 ss (cité : CARRON, L'exécution des obligations de faire)

CARRON BLAISE/FELLEY MAUD, L'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs : ce qui change et ce qui reste, in : François Bohnet (édit.), Le nouveau droit de l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs, Neuchâtel 2012, p. 1 ss

CARRON BLAISE/FEROLLES YANN, Le dommage consécutif au défaut, in : Franz Werro/Pascal Pichonnaz (édit.), Le dommage dans tous ses états, sans le dommage corporel ni le tort moral, Berne 2013, p. 69 ss

ENGEL PIERRE, Contrats de droit suisse - Traité des contrats de la partie spéciale du Code des obligations, de la vente au contrat de société simple, articles 184 à 551 CO, ainsi que quelques contrats innommés, 2^e éd., Berne 2000

FUTTERLIEB RAOUL, Tücken des Mieterbaux, immobilia avril 2012, p. 30 ss

GAUCH PETER, Der Werkvertrag, 5^e éd., Zurich 2011 (cité : GAUCH, Werkvertrag)

GAUCH PETER, Mängelhaftung des Vermieters und mangelhafte Mietsache – einige Gedanken zum neuen Mietrecht, RJB 1992, p. 189 ss (cité : GAUCH, RJB 1992)

GAUCH PETER/SCHLUEP R. WALTER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, 10^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2014

GIGER HANZ, Die Miete, Art. 253-273c OR – Art. 256-259i OR, Berner Kommentar, Berne 2015 (cité : BK-GIGER)

GIGER HANZ, Die Miete, Art. 253-273c OR – Grundsatzanalyse, Vorbemerkung und Art. 253-255 OR, Berner Kommentar, Berne 2013 (cité : BK-GIGER)

HEINRICH PETER, Die Untermiete, thèse, Zurich 1999 (cité : HEINRICH, Untermiete)

HEUSI CLAUDIA, Ausgewählte Fragen zur Geschäftsmiete (2. Teil), mp 1/1999, p. 1 ss (cité : HEUSI, Fragen)

HEUSI CLAUDIA, Der Geschäftsmietvertrag, Zurich 1998 (cité : HEUSI, Geschäftsmietvertrag)

HIGI PETER, Zürcher Kommentar, Teilband V2b, Die Miete, Erste Lieferung – Art. 253-265 OR, Zurich 1994 (cité : ZK-HIGI)

HONSELL HEINRICH/VOGT P. NEDIM/WIEGAND WOLFGANG (édit.), Basler Kommentar Obligationenrecht I (Art. 1-529 OR), 6^e éd., Bâle 2015 (cité : BSK-AUTEUR)

KNOEPFLER FRANÇOIS/RUEDIN PIERRE-EMMANUEL, Regard circulaire sur le droit du bail commercial, in : 13^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2004, p. 1 ss

KUNZ TOBIAS, Rund um die Rohbaumiete, Séminaire du 20 mars 2012 de l'Europainstitut de l'Université de Zurich, Aktuelle Fragen zum Mietrecht II, non publié, 12 p.

LACHAT DAVID, Le bail à loyer, 2^e éd., Lausanne 2008

LACHAT DAVID ET AL., Mietrecht für die Praxis, 8^e éd., Zurich 2009 (cité : LACHAT/AUTEUR [2009])

LACHAT DAVID ET AL., Mietrecht für die Praxis, 9^e éd., Zurich 2016 (cité : LACHAT/AUTEUR [2016])

MEIER-HAYOZ ARTHUR, Das Eigentum, Art. 641-654 ZGB, Berner Kommentar, 5^e éd., Berne 1981 (cité : BK-MEIER-HAYOZ)

MICHELI JACQUES, Les transactions couplées avec le bail, in : 13^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2004, p. 1 ss

MÜLLER CHRISTOPH, La responsabilité civile extracontractuelle, Bâle 2013 (cité : MÜLLER, Responsabilité civile)

MÜLLER-CHEN MARKUS/HUGUENIN CLAIRE (édit.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht – Vertragsverhältnisse Teil 1 : Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe, 3^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2016 (cité : CHK-AUTEUR)

MÜLLER P. JÜRIG, Bundesgerichtsentscheid vom 4. September 2002 i.S. A. ca. B. (4C.1/2002), MRA 3/2003, p. 104 ss (cité : MÜLLER, MRA 3/2003)

PERMANN RICHARD, Kommentar zum Mietrecht, 2^e éd., Zurich 2007 (cité : PERMANN, Mietrecht)

PERMANN RICHARD, Nichtgeregeltes Sonderproblem Rohbaumiete bei Geschäftsräumlichkeiten, PJA 2007, p. 1525 ss (cité : PERMANN, PJA 2007)

PICHONNAZ PASCAL/FOËX BÉNÉDICT/PIOTET DENIS (édit.), Commentaire romand Code civil II, Bâle 2016 (cité : CR-CC II-AUTEUR)

SCHNYDER SIBYLLE, Double-net, Triple-net und andere besondere Regelungsformen von Unterhaltsverpflichtungen in Geschäftsmietverträgen, MRA 4/2010, p. 147 ss (cité : SCHNYDER, MRA 4/2010)

SCHUMACHER RAINER, Der Mieter und das Bauen : eine Gesamtschau - wichtige Einzelfragen, in : JDC, Fribourg 1993, p. 43 ss

STEINAUER PAUL-HENRI, Les droits réels, Tome I, 5^e éd., Berne 2012 (cité : STEINAUER, Tome I)

STEINAUER PAUL-HENRI, Les droits réels, Tome II, 4^e éd., Berne 2012 (cité : STEINAUER, Tome II)

STEINAUER PAUL-HENRI, Les droits réels, Tome III, 4^e éd., Berne 2012 (cité : STEINAUER, Tome III)

TERCIER PIERRE/BIERI LAURENT/CARRON BLAISE, Les contrats spéciaux, 5^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2016 (cité : TERCIER/BIERI/CARRON)

TERCIER PIERRE/PICHONNAZ PASCAL, Le droit des obligations, 5^e éd., Zurich 2012

THANEI ANITA, Die Erstreckung des Mietverhältnisses, Fachheft Mietrecht Nr. 2, Zurich 1990 (cité : THANEI, Fachheft)

THÉVENOZ LUC/WERRO FRANZ (édit.), Commentaire romand Code des obligations I, 2^e éd., Bâle 2012 (cité : CR-CO I-AUTEUR)

TSCHUDI JEAN-PIERRE, Die Rohbaumiete Location de locaux « crus », MRA 2/2008, p. 43 ss (cité : TSCHUDI, MRA 2/2008)

TSCHUDI MATTHIAS, Einige Gedanken zur Mitwirkungspflicht des Mieters bei der Mängelbehebung durch den Vermieter, MRA 4/2009, p. 117 ss (cité : TSCHUDI, MRA 4/2009)

TSCHUDI MATTHIAS, Wie zwingend sind die Mängelrechte des Mieters ?, MRA 1/2010, p. 1 ss (cité : TSCHUDI, MRA 1/2010)

VISCHER MORITZ, Die Rohbaumiete : Zulässigkeit und Grenzen, thèse, Zurich 2014

WETZEL A. THOMAS, Entschädigung für erheblichen Mehrwert i.S. von Art. 260a Abs. 3 OR, MRA 3/2006, p. 108 ss

ZANETTI F. GIANNI, Ausgewählte Aspekte der Rohbaumiete, mp 2/2011, p. 89 ss

ZEHNDER HANNES, Die Bestimmung der Mehrwertentschädigung bei Mieterbauten (Art. 260a Abs. 3 OR), PJA 1996, p. 725 ss

ZUCKER ARMIN, Fragen der Geschäftsmiete unter besonderer Berücksichtigung der Rohbaumiete, Fünfte Schweizerische Tagung der Schlichtungsbehörden in Mietsachen du 21 juin 2012 à Granges, non publié (cité : ZUCKER, Geschäftsmiete)

ZUCKER ARMIN, Taschenspielertrick mit fiktiver Rohbaumiete, Newsletter des Verbands der Geschäftsmieter, N° 107 septembre 2011 (disponible sous <http://www.zucker-legal.ch/de/publikation/newsletters/14-die-bemessung-der-mietzinsreduktion-bei-bauarbeiten-juni-2012>) (cité : ZUCKER, Newsletter 2011)

La protection des locataires contre les discriminations

par

Laurent Bieri*

Professeur à l'Université, Lausanne

I. Introduction.....	163
II. Le contexte.....	164
A. L'effet horizontal des droits fondamentaux	164
B. La protection pénale contre les discriminations (aperçu).....	165
III. La protection contre le refus de conclure	166
A. Le refus de conclure discriminatoire.....	166
B. Les conséquences d'un refus discriminatoire.....	169
1. Les actions défensives.....	169
2. La réparation du préjudice.....	171
IV. Le refus de consentir à la sous-location	172
A. L'existence d'un refus discriminatoire	172
B. Les conséquences d'un refus discriminatoire.....	174
1. La constatation du caractère injustifié du refus.....	174
2. La réparation du préjudice.....	174
3. La conclusion du contrat de sous-location	174

* Je remercie Madame Semsija Etemi, assistante diplômée à l'Université de Lausanne, et Monsieur Arnaud Blanchard, également assistant diplômé à l'Université de Lausanne, pour leur relecture attentive du manuscrit et leurs précieux commentaires.

V. La protection contre les actes d'autres locataires	175
A. Les discriminations émanant d'autres locataires.....	175
B. Les conséquences	175
1. Les droits spécifiques	175
2. La réparation du préjudice.....	177
VI. La protection contre les congés discriminatoires	178
A. L'existence d'un congé discriminatoire.....	178
B. Les conséquences d'un congé discriminatoire	179
1. L'annulation du congé.....	179
2. La réparation du préjudice.....	181
VII. Conclusion	181
Bibliographie	183

I. Introduction

1. De quelle protection bénéficient les locataires contre les discriminations ? Autrement dit, de quelle protection bénéficient les locataires qui subissent un traitement défavorable en raison de leur couleur de peau, de leur religion, de leur sexe, ou d'autres critères sensibles¹, sans qu'existe de justification ?
2. Trois limites de cette contribution méritent d'être mises en évidence. Premièrement, je me focaliserai sur la protection des locataires de baux d'habitations et de locaux commerciaux. Deuxièmement, je ne traiterai pas de la protection des locataires dans le contrat de conciergerie, qui pose trop de problèmes spécifiques (loi sur l'égalité entre femmes et hommes, loi sur le travail, accords bilatéraux). Troisièmement, je ne traiterai que des discriminations émanant de particuliers (plus précisément de personnes qui n'accomplissent pas « une tâche de l'Etat » au sens de l'article 35 alinéa 2 Cst., et qui ne sont par conséquent pas directement soumises aux droits fondamentaux)².
3. Après quelques remarques générales sur l'influence des droits fondamentaux et sur la protection pénale contre les discriminations (II.), cette contribution examine la protection des locataires contre les refus de conclure discriminatoires (III.), contre les refus discriminatoires de consentir à la sous-location (IV.), contre les actes discriminatoires émanant d'autres locataires (V.) et contre les résiliations discriminatoires (VI.). Pour conclure, quelques suggestions de réformes sont très brièvement évoquées (VII.).

¹ Les critères sensibles sont notamment ceux énoncés à l'article 8 alinéa 2 Cst., à savoir « l'origine », « la race », « le sexe », « l'âge », « la langue », « la situation sociale », « le mode de vie », « les convictions religieuses, philosophiques ou politiques », ainsi que « la déficience corporelle, mentale ou psychique ».

² La portée de l'article 35 alinéa 2 Cst. est très controversée. Pour une présentation récente, voir DUBEY, N 280 ss, et les nombreuses références citées. Sur les discriminations par des bailleurs publics, voir NAGUIB/FUCHS, N 438 ss.

II. Le contexte

A. *L'effet horizontal des droits fondamentaux*

4. Les droits fondamentaux – je pense ici en particulier à l'interdiction des discriminations figurant à l'article 8 alinéas 2 à 4 Cst. et dans divers traités internationaux – ne s'appliquent en principe pas directement aux relations entre particuliers³. La seule exception semble être la troisième phrase de l'article 8 alinéa 3 Cst., qui précise que « l'homme et la femme ont droit à un salaire égal pour un travail de valeur égale »⁴.
5. Mais lors de l'interprétation de dispositions régissant les relations entre les particuliers, les tribunaux doivent veiller, comme le précise l'article 35 alinéa 3 Cst., à ce que les droits fondamentaux, « dans la mesure où ils s'y prêtent, soient aussi réalisés dans les relations qui lient les particuliers entre eux ». C'est ce qu'on appelle l'effet horizontal *indirect* des droits fondamentaux⁵.
6. Cela signifie en particulier que lorsque les tribunaux doivent donner un sens à des concepts indéterminés (« droits de la personnalité », « bonne foi », etc.), ils doivent avoir à l'esprit que la protection contre les discriminations fait partie des valeurs de notre ordre juridique⁶.
7. Il ne faut toutefois pas surestimer l'importance de l'effet horizontal indirect des droits fondamentaux dans notre contexte⁷. En effet, le principe de la liberté contractuelle, qui entre bien souvent (toujours ?) en conflit avec le principe de l'interdiction des discriminations, est

³ S'agissant de l'article 8 alinéas 2 à 4 Cst. et des traités internationaux interdisant les discriminations, voir CR Constitution-MARTENET, art. 8 Cst. N 52 ss, et les références citées.

⁴ Voir par exemple DUBEY, N 146 ss, qui relève que d'autres droits fondamentaux pourraient éventuellement être cités, comme le droit de grève ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 680.

⁵ Voir, parmi d'autres, DUBEY, N 149 ss ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 677 ss ; HAUSHEER/JAUN, art. 1 CC N 175 ss ; MARTENET (Réalisation), p. 247 ss.

⁶ HAUSHEER/JAUN, art. 1 CC N 177 ss, et les références citées.

⁷ Voir par exemple HAUSHEER/JAUN, art. 1 CC N 179.

aussi de rang constitutionnel⁸. Il appartient alors aux tribunaux de pondérer les intérêts en présence afin de trouver une solution appropriée⁹.

B. La protection pénale contre les discriminations (aperçu)

8. Selon l'article 261^{bis} alinéa 5 CP, « celui qui aura refusé à une personne ou à un groupe de personnes, en raison de leur appartenance raciale, ethnique ou religieuse, une prestation destinée à l'usage public, sera puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire ».
9. Par « prestation destinée à l'usage public », il semble qu'il faut en réalité comprendre une « prestation destinée à l'usage *du* public »¹⁰. On vise les clients potentiels d'un restaurant, d'un magasin, d'un cinéma ou d'un théâtre, mais apparemment pas les personnes à la recherche d'un logement ou d'un local commercial¹¹.
10. Selon les circonstances, les actes discriminatoires peuvent en revanche être visés par d'autres dispositions pénales, notamment les articles 111 ss CP (infraction contre la vie et l'intégrité corporelle), les articles 173 ss CP (infraction contre l'honneur et contre le domaine secret ou le domaine privé), l'article 261^{bis} alinéas 1 à 4 CP (discrimination raciale) et les articles 325^{bis} et 326^{bis} CP (inobservation des prescriptions légales sur la protection des

⁸ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 680c et 1113 ; HAUSHEER/JAUN, art. 1 CC N 179. Sur les fondements constitutionnels de la liberté contractuelle, voir notamment MARTENET (Liberté contractuelle), p. 82 ss.

⁹ HAUSHEER/JAUN, art. 1 CC N 179. Voir aussi MARTENET (Protection), p. 252 s., qui présente des critères pour balancer les intérêts en présence.

¹⁰ Dans ce sens AUBERT, p. 1078 et notes 10 et 26, qui précise notamment que « le bailleur qui refuserait de louer un logement à un noir [ne violerait pas] le cinquième alinéa de l'art. 261^{bis} ». Voir aussi BESSON, N 1215.

¹¹ Dans ce sens AUBERT, p. 1078. Voir aussi BESSON, N 1215. Voir aussi CORBOZ (Infractions), N 36, qui relève que l'application de l'article 261^{bis} alinéa 5 CP suppose que la prestation soit normalement offerte « sans choisir individuellement le cocontractant ». Sur les controverses liées à la notion de « prestation destinée à l'usage public », voir aussi NIGGLI, N 1053 ss et STRATENWERTH/BOMMER, §39 N 41.

locataires d'habitations et de locaux commerciaux). Ces dispositions ne seront pas examinées dans cette contribution¹².

III. La protection contre le refus de conclure

A. Le refus de conclure discriminatoire

11. Un refus de conclure fondé sur la couleur de peau, la religion, le sexe, ou d'autres critères sensibles représente une atteinte illicite à la personnalité de la victime (art. 28 al. 1 CC), à moins qu'il existe un motif justificatif (art. 28 al. 2 CC)¹³.
12. A mon avis, il y a une atteinte à la personnalité même si l'utilisation d'un critère sensible se fonde sur des statistiques pertinentes¹⁴. Autrement dit, il peut y avoir une atteinte illicite à la personnalité même si l'utilisation d'un critère sensible est rationnelle¹⁵.

¹² Sur la protection pénale des locataires, voir notamment LCHAT (Bail à loyer), p. 841 ss.

¹³ Dans ce sens ARNETT, N 369 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1111 ; GÖKSU, N 328 ; KLETT, p. 178 ; MATTHEY/STEFFANINI, p. 44 ; NAGUIB/FUCHS, N 486. Voir aussi, s'agissant du refus de conclure un contrat de travail, Tribunal des prud'hommes de l'arrondissement de Lausanne du 01.06.2005, JAR 2006, p. 531 ss (refus d'engager une personne en raison de sa couleur de peau), Tribunal des prud'hommes de Zurich du 13.01.2006, JAR 2007, p. 509 ss (refus d'engager une personne originaire des Balkans) et WYLER/HEINZER, p. 55. L'offre de conclure discriminatoire ne représente en revanche pas une atteinte à la personnalité. Voir par exemple, s'agissant de l'offre de travail, WYLER/HEINZER, p. 883. Une telle offre peut en revanche constituer un indice d'un refus de conclure discriminatoire.

¹⁴ Dans ce sens WALDMANN, p. 68. D'un autre avis, notamment JAUN, p. 480 et NAGUIB/FUCHS, N 488 (qui relèvent que la question est controversée).

¹⁵ Pour une réflexion très approfondie sur la question des discriminations statistiques, voir en particulier SCHAUER, p. 1 ss, qui insiste notamment sur le fait que l'interdiction des discriminations ne doit pas se limiter à l'interdiction des comportements irrationnels (voir notamment p. 215).

13. Pour déterminer s'il existe un motif justificatif, il faut se fonder sur l'ensemble des circonstances¹⁶. Dans certains cas, un refus fondé sur un critère particulièrement sensible pourra être justifié.
14. Ainsi, un refus fondé sur l'origine d'un candidat peut à mon avis être justifié dans des situations très particulières, par exemple s'il s'agit d'éviter des conflits graves entre ressortissants provenant de pays en guerre¹⁷.
15. Il en va de même, à mon avis, d'un refus fondé sur le sexe d'un candidat, par exemple si le bailleur (ou le sous-bailleur) partage la salle de bain avec le locataire (ou le sous-locataire) potentiel¹⁸.
16. La question du refus de conclure avec des fumeurs doit probablement appeler une réponse nuancée¹⁹. Le refus ne semble en tout cas pas discriminatoire s'il vise à prévenir des conflits prévisibles avec d'autres locataires²⁰.
17. Un bailleur peut prévoir que le logement ne peut être occupé que par une famille avec enfants²¹, ou qu'un nombre maximal d'occupants ne doit pas être dépassé²². Le cas échéant, refuser de conclure avec des locataires qui ne remplissent pas les conditions n'est pas discriminatoire.

¹⁶ Selon le Tribunal fédéral, le bailleur peut légitimement essayer de « prévenir des conflits de voisinage » (ATF 132 III 109, cons. 5). Sur les motifs justificatifs en général, voir ARNETT, N 403 ss.

¹⁷ Dans ce sens NAGUIB/FUCHS, N 489.

¹⁸ NAGUIB/FUCHS, N 487. Voir aussi BESSON, N 1742 ss ; MARTENET (Protection), p. 447 et 456.

¹⁹ Voir CPra Bail-MONTINI/BOUVERAT, art. 256 CO N 34 ; PÜNTNER, p. 31 N 2.1.3.4.3 ; BSK-WEBER, art. 256 CO N 8. Voir aussi TF du 11.10.1994, SJ 1995 p. 227, cons. 5b, où le Tribunal fédéral semble admettre (en passant) la possibilité de limiter la location à des non-fumeurs.

²⁰ PÜNTNER, p. 31 N 2.1.3.4.3.

²¹ CPra Bail-BISE/PLANAS, art. 262 CO N 44 ; LACHAT (Bail à loyer), p. 570 s. N 2.2.1 ; TERCIER/BIERI/CARRON, N 1850.

²² Conseil fédéral, Rapport sur l'économie numérique, p. 117. Plus nuancé, LACHAT (Bail à loyer), p. 77, N 1.3.9, qui estime qu'il n'est pas possible de limiter *abusivement* le nombre d'occupants car cela contreviendrait à l'article 256 alinéa 2 CO.

18. Il semble que le bailleur peut en principe refuser la présence d'animaux dans les locaux, mais la question est assez controversée²³ ; il serait ainsi apparemment admissible de refuser de conclure avec des propriétaires de chats ou de chiens (aussi les chiens d'aveugles ?²⁴)²⁵.
19. Le refus de conclure avec des personnes handicapées peut représenter une atteinte illicite à la personnalité. La loi fédérale sur l'égalité pour les personnes handicapées ne s'applique aux prestations de particuliers que « dans la mesure où elles sont accessibles au public » (art. 3 let. e LHand). Savoir si des bailleurs privés d'habitations ou de locaux commerciaux fournissent des prestations « accessibles au public », et sont donc soumis à cette loi, n'est pas absolument clair²⁶. Quoi qu'il en soit, cette loi n'impose aux particuliers qu'une obligation de non-discrimination (art. 6 LHand)²⁷ ; elle ne leur impose pas de prendre des mesures pour assurer un usage des habitations ou des locaux commerciaux²⁸.

²³ TF, mp 4/95 p. 223 ss ; TF du 06.02.2001, 4C.226/2000, cons. 2d (un peu plus nuancé) ; ZK-HIGI, art. 257 CO N 12 ; ZIHLMAN, p. 25. Plus nuancés : Tribunal supérieur de Zurich du 16.06.2015, mp 2016 p. 20 ss ; LACHAT (Bail à loyer), p. 77 N 1.3.9 ; CPra Bail-MONTINI/BOUVERAT, art. 256 CO N 34 ; PÜNTNER, p. 28 ss N 2.1.3.4.2 ; BSK-WEBER, art. 256 CO N 10. Selon l'article 15 RULV, « [l]a détention de chiens, chats ou autres animaux est tolérée, à condition qu'ils ne gênent pas les autres locataires ou qu'ils ne provoquent ni dégâts, ni salissures à l'immeuble ou à ses abords ».

²⁴ S'agissant du droit public, voir CR Constitution-MARTENET, art. 8 Cst. N 22 (« une règle interdisant la présence d'animaux domestiques dans un bâtiment public ne sera sans doute pas appliquée au chien d'un aveugle »).

²⁵ LACHAT (Bail à loyer), p. 77 N 1.3.9, estime que le refus d'animaux domestiques doit reposer sur un juste motif (« allergie du bailleur qui habite dans l'immeuble » ; « location meublée, comportant des meubles et tapis de valeur »).

²⁶ Voir GROHSMANN, p. 46. NAGUIB/FUCHS, N 462, considèrent que la loi s'applique.

²⁷ Comme le relève à raison MARTENET (Protection), p. 425, la notion de discrimination est définie de manière trop restrictive à l'article 2 lettre d de l'ordonnance sur l'égalité pour les personnes handicapées (« toute différence de traitement particulièrement marquée et gravement inégalitaire qui a pour intention ou pour conséquence de déprécier une personne handicapée ou de la marginaliser »). Voir aussi ATF 138 I 475, cons. 3.

²⁸ KLEBER, p. 197 ; NAGUIB/FUCHS, N 467 ; SCHEFER/HESS-KLEIN, p. 301 ; TANQUEREL, p. 249 et 257. Sur les réglementations cantonales visant à protéger les personnes handicapées, voir NAGUIB/FUCHS, N 503 et SCHEFER/HESS-KLEIN, p. 303. Le bailleur

20. S'agissant d'une coopérative d'habitation, le fait de louer en priorité aux membres ne représente pas une discrimination. Mais les conditions pour devenir membre de la coopérative ne doivent (évidemment) pas être discriminatoires (art. 19/20 CO ; art. 52 al. 3 CC).
21. A noter que durant la procédure de sélection, le bailleur ne peut poser à un locataire potentiel que des questions qui sont pertinentes pour l'examen de la candidature (art. 28 CC ; art. 13 LPD)²⁹. Si le bailleur pose des questions qui sont – ou plutôt devraient être – sans pertinence, le locataire a le droit de mentir (légitime défense ; art. 52 CO)³⁰.

B. Les conséquences d'un refus discriminatoire

1. Les actions défensives

22. Selon l'article 28a alinéa 1 CC, la victime d'une atteinte illicite à sa personnalité peut requérir le juge « d'interdire une atteinte illicite, si elle est imminente » (action en prévention de l'atteinte, ch. 1), « de la faire cesser, si elle dure encore » (action en cessation de l'atteinte, ch. 2) ou « d'en constater le caractère illicite, si le trouble qu'elle a créé subsiste » (action en constatation de l'atteinte, ch. 3)³¹.

n'est pas totalement libre de refuser de consentir à une modification de la chose par le locataire (art. 2 CC ; art. 260a CO). Dans ce sens SCHEFER/HESS-KLEIN, p. 75 S.

²⁹ Voir LCHAT (Bail à loyer), p. 173 ss. Sur la collecte de données par le bailleur, voir aussi le site du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence : https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/fr/home/protection-des-donnees/wohnen-und-verkehr/Anmeldeformulare_Mietwohnungen.html. Voir aussi MEIER, N 1653 ss ; PROBST, p. 47 ss et NAGUIB/FUCHS, N 490 ss.

³⁰ KNOEPFLER, p. 6 ; LCHAT (Bail à loyer), p. 174 N 2.2 ; MEIER, N 1663. Pour le droit du travail, voir WYLER/HEINZER, p. 325 s., et les références citées.

³¹ Sur la protection de la personnalité en général, voir CPra Actions-BOHNET, §2 N 1 ss ; MEIER/DE LUZE, N 726 ss et STEINAUER/FOUNTOULAKIS, N 542 ss. Sur une éventuelle action des organisations fondée sur l'article 89 CPC, voir MATTHEY/STEFFANINI, p. 44 ; et plus généralement CPC-JEANDIN, art. 89 N 1 ss. Les actions défensives peuvent être exercées même si la loi sur l'égalité pour les personnes handicapées est

23. Selon l'article 28a al. 2 CC, le demandeur « peut en particulier demander qu'une rectification ou que le jugement soit communiqué à des tiers ou publié ».
24. Le fardeau de la preuve de l'atteinte à la personnalité (art. 28 al. 1 CC) incombe à la victime, alors que le fardeau de la preuve d'un motif justificatif (art. 28 al. 2 CC) incombe au bailleur³².
25. La victime d'un refus discriminatoire peut-elle agir en conclusion du contrat sur la base des actions défensives ? La question est controversée et il n'y a apparemment pas de jurisprudence³³.
26. A mon avis, un juge doit pouvoir imposer la conclusion d'un contrat sur la base d'une action en cessation de l'atteinte (art. 28a al. 1 ch. 2 CC), si cela paraît adapté au vu de l'ensemble des circonstances³⁴.
27. Par exemple, en cas de refus fondé sur la couleur de peau d'un locataire, qui devrait occuper une pièce dans l'appartement dans lequel vit aussi le bailleur, une obligation de conclure ne sera vraisemblablement pas adaptée (et probablement pas demandée par la victime)³⁵.

applicable (voir SCHEFER/HESS-KLEIN, p. 301). S'agissant des personnes handicapées, voir aussi l'article 9 LHand.

³² ARNETT, N 403 ; MEIER/DE LUZE, N 662 ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, N 557a.

³³ Voir toutefois ATF 86 II 365, cons. 3 (jurisprudence aujourd'hui dépassée sur le boycott) et RSJ 1991 p. 284 ss (exclusion d'un championnat de hockey). La question d'une obligation de conclure fondée sur une violation des droits de la personnalité est également évoquée dans l'ATF 129 III 35, cons. 6.

³⁴ Dans ce sens, par exemple ARNETT, N 418 ; BESSON, N1771 ss ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 680b et N 1111 ss ; GÖKSU, N 660 ss. D'un autre avis, notamment KLETT, p. 175 ss et MATTHEY/STEFFANINI, p. 44. Voir également MARTENET, Protection, p. 421 note 59, qui estime que fonder une obligation de conclure sur la base des articles 28 ss CC est une « thèse pour le moins audacieuse ». Sur l'exigence de proportionnalité de la mesure prononcée par le juge, voir HÜRLIMANN-KAUP/SCHMID, N 927 ; MEIER/DE LUZE, N 758 et 762 ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, N 591. Le législateur a renoncé à prévoir une obligation de conclure dans la loi fédérale sur l'égalité pour les personnes handicapées (art. 11 al. 2 LHand ; TF du 01.06.2006, 5P.97/2006, cons. 4.2 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1113a,b ; KOLLER, N 22.05). La loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes ne prévoit pas non plus une obligation de conclure (art. 5 al. 2 LEg).

³⁵ Dans ce sens BESSON, N 747.

28. En revanche, s'il s'agit d'un refus discriminatoire portant sur un local dans un centre commercial, une obligation de conclure pourrait être adaptée³⁶.
29. A noter qu'en règle générale, un contrat portant sur le logement ou le local commercial aura déjà été conclu avec un tiers ; il ne sera alors souvent pas adapté d'imposer la conclusion du contrat avec la victime de la discrimination³⁷.
30. Il semble également difficile d'obtenir la conclusion du contrat sur la base de l'action en prévention de l'atteinte (art. 28a al. 1 ch. 1 CC)³⁸. Quant à l'action en constatation de l'atteinte (art. 28a al. 1 ch. 1 CC), elle ne permet clairement pas d'obtenir la conclusion du contrat³⁹.
31. En cas de refus discriminatoire, l'existence d'une éventuelle obligation de conclure doit selon moi être traitée exclusivement sur la base des actions défensives (art. 28a al. 1 CC).
32. Par conséquent, les conditions posées par le Tribunal fédéral pour admettre une obligation de conclure sur la base de l'interdiction des comportements contraires aux bonnes mœurs n'ont pas besoin d'être réalisées (en particulier l'exigence d'une position dominante de la personne qui refuse de conclure)⁴⁰.

2. La réparation du préjudice

33. La victime d'une atteinte illicite à sa personnalité peut agir en réparation du préjudice (dommage et/ou tort moral) sur la base de règles générales de la responsabilité civile (art. 41 ss CO,

³⁶ Dans ce sens BESSON, N 747.

³⁷ Dans ce sens NAGUIB/FUCHS, N 482.

³⁸ ARNETT, N 419, considère que ce n'est jamais possible. Apparemment plus nuancée, BESSON, N 1767 ss.

³⁹ ARNETT, N 420.

⁴⁰ Sur l'obligation de conclure fondée sur l'interdiction des comportements contraires aux bonnes mœurs, voir ATF 129 III 35 et GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1114 ss.

éventuellement un cas de responsabilité objective, notamment art. 55 CO ; art. 28a al. 3 CC)⁴¹.

34. S'agissant de la réparation du préjudice, le fardeau de la preuve de l'atteinte à la personnalité (art. 28 al. 1 CC) incombe également à la victime, alors que le fardeau de la preuve d'un motif justificatif (art. 28 al. 2 CC) incombe au bailleur⁴². Pour le reste, les règles générales sur la preuve s'appliquent.

IV. Le refus de consentir à la sous-location

A. L'existence d'un refus discriminatoire

35. L'article 262 alinéa 1 CO prévoit que le locataire peut sous-louer tout ou partie de la chose à condition qu'il obtienne le consentement du bailleur⁴³.
36. Selon l'article 262 alinéa 2 CO, le bailleur ne peut refuser son consentement que dans trois cas : (1) si le locataire refuse de lui communiquer les conditions de la sous-location ; (2) si les conditions de la sous-location, comparées à celle du bail principal, sont abusives ; ou (3) si la sous-location présente pour le bailleur des inconvénients majeurs⁴⁴.

⁴¹ Sur la réparation du préjudice, voir MEIER/DE LUZE, N 771 ss ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, N 598 ss, et plus généralement WERRO, p. 1 ss. Des indemnités pour tort moral ont été attribuées par des tribunaux en raison de refus discriminatoires de conclure un contrat de travail. Voir en particulier Tribunal des prud'hommes de l'arrondissement de Lausanne du 01.06.2005, JAR 2006, p. 531 ss, et Tribunal des prud'hommes de Zurich du 13.01.2006, JAR 2007, p. 509 ss. L'indemnité pour tort moral se montait dans les deux cas à 5000 francs. Si la loi fédérale sur l'égalité pour les personnes handicapées est applicable, l'indemnité ne peut pas dépasser 5'000 francs (art. 8 al. 3 et 11 al. 2 LHand).

⁴² MEIER/DE LUZE, N 662 ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, N 557a.

⁴³ Sur la sous-location, voir TERCIER/BIERI/CARRON, N 1840 ss et les références citées.

⁴⁴ Le bailleur peut aussi refuser de donner son consentement si le locataire utilise la « sous-location » comme un moyen détourné pour transférer le bail (fraude à la loi). Voir ATF 138 III 59, cons. 2.2.1 ; ATF 134 III 446, cons. 2.4 ; TERCIER/BIERI/CARRON, N 1852. Il peut également exister des règles de droit public cantonal qui

37. Lorsque l'article 22 RULV est applicable, le bailleur peut aussi refuser son consentement s'il s'agit d'une sous-location de durée indéterminée portant sur l'entier de la chose⁴⁵.
38. Le bailleur ne peut en revanche pas refuser de consentir à la sous-location pour des motifs discriminatoires. Par exemple, la nationalité, l'origine, l'âge, le sexe ou la religion d'un sous-locataire ne sauraient être considérés comme des inconvénients majeurs, sauf circonstances très particulières⁴⁶.
39. En principe, le fait que le profil du sous-locataire ne correspond pas aux conditions posées dans le bail principal représente un inconvénient majeur⁴⁷.
40. Ce principe n'est toutefois pas absolu. Si la sous-location est de très courte durée, le fait que le locataire ne correspond pas au profil prévu dans le bail principal ne représente pas forcément un inconvénient majeur⁴⁸ ; par exemple, une sous-location pour un week-end à un couple sans enfant alors que le bail principal prévoit que seules les familles avec enfants peuvent l'occuper.
41. Par ailleurs, il faut également réserver le cas où la restriction posée dans le bail principal est illicite ou immorale (art. 19/20 CO) ; le bailleur principal ne saurait par exemple se prévaloir d'une clause interdisant les personnes de couleur.

limitent la possibilité de sous-louer. Voir par exemple FISCHER, p. 14 et 16 s., et les références citées.

⁴⁵ Arrêt du TF du 10.03.2009, 4A_487/2008, cons. 2.4.

⁴⁶ Voir LACHAT (Bail à loyer), p. 571 N 2.2.1.

⁴⁷ TF du 11.10.1994, SJ 1995 p. 227, cons. 5b ; CPra Bail-BISE/PLANAS, art. 262 CO N 42 ; LACHAT (Bail à loyer), p. 570 s. N 2.2.1 ; TERCIER/BIERI/CARRON, N 1850.

⁴⁸ Dans ce sens SPIRIG, p. 15, qui relève à raison que la durée de la sous-location est décisive. Apparemment d'un autre avis, notamment CPra Bail-BISE/PLANAS, art. 262 CO N 44 ; LACHAT (Bail à loyer), p. 570 s. N 2.2.1.

B. Les conséquences d'un refus discriminatoire

1. La constatation du caractère injustifié du refus

42. En cas de refus discriminatoire, le locataire peut demander au juge de constater le caractère injustifié du refus de la sous-location⁴⁹. Le constat du juge remplace le consentement du bailleur principal⁵⁰. Le sous-locataire n'a pas qualité pour agir⁵¹.

2. La réparation du préjudice

43. Le locataire peut également agir en réparation du préjudice (dommage et/ou tort moral) sur la base des règles générales de la responsabilité contractuelle (art. 97 ss CO)⁵².
44. S'agissant du sous-locataire, il ne semble pas exclu d'admettre qu'il subit une atteinte illicite injustifiée à sa personnalité (art. 28 CC), et qu'il peut par conséquent agir en réparation de son préjudice (dommage/tort moral) sur la base des règles générales sur la responsabilité civile (art. 41 ss CO ; art. 28a al. 3 CC).

3. La conclusion du contrat de sous-location

45. En cas de refus injustifié du bailleur, le locataire peut également prendre le risque de conclure le contrat de sous-location⁵³. Si en conséquence le bailleur résilie le bail, le locataire pourra obtenir l'annulation du congé (art. 271 ss CO)⁵⁴.

⁴⁹ CPra Bail-BISE/PLANAS, art. 262 CO N 46 ; CPra Actions-BOHNET, §71 N 1.

⁵⁰ CPra Actions-BOHNET, §71 N 1.

⁵¹ CPra Actions-BOHNET, §71 N 16 ; LACHAT (Bail à loyer), p. 575 N 2.2.12.

⁵² CPra Actions-BOHNET, §71 N 2 ; LACHAT (Bail à loyer), p. 575 N 2.2.12 ; TERCIER/BIERI/CARRON, N 1857.

⁵³ CPra Bail-BISE/PLANAS, art. 262 CO N 46 ; LACHAT (Bail à loyer), p. 575 N 2.2.12.

⁵⁴ CPra Bail-BISE/PLANAS, art. 262 CO N 46 ; LACHAT (Bail à loyer), p. 575 N 2.2.12.

V. La protection contre les actes d'autres locataires

A. Les discriminations émanant d'autres locataires

46. Il y a défaut lorsque la chose ne présente pas une qualité que le bailleur avait promise ou lorsqu'elle ne présente pas une qualité sur laquelle le locataire pouvait légitimement compter⁵⁵.
47. Le comportement d'autres locataires peut constituer un défaut⁵⁶. Ce sera par exemple le cas si un locataire est harcelé par d'autres locataires en raison de sa couleur de peau ou de sa religion⁵⁷.

B. Les conséquences

1. Les droits spécifiques

48. Le locataire victime d'actes discriminatoires émanant d'autres locataires peut exercer les droits spécifiques tirés de la garantie en raison des défauts (art. 259a-h CO)⁵⁸ ; ces droits peuvent se cumuler⁵⁹.
49. Le locataire peut exiger du bailleur qu'il remédie au défaut dans un délai convenable (art. 259b CO)⁶⁰. Il s'agira en général d'exiger du bailleur qu'il intervienne contre les autres locataires afin que ceux-ci

⁵⁵ ATF 135 III 345, cons. 3.2. Sur la notion de défaut, voir aussi TERCIER/BIERI/CARRON, N 1748 ss, et les références citées.

⁵⁶ TF du 25.09.2017, 4A_132/2017, cons. 9.1 ; TF du 26.11.2001, 4C.270/2001, cons. 3b/dd. Voir aussi CPra Bail-AUBERT, art. 258 CO N 32a ; HENSCH, p. 984 ss ; NAGUIB/FUCHS, N 521 ; TERCIER/BIERI/CARRON, N 1752. Selon les circonstances, le comportement du bailleur peut aussi constituer un défaut (TERCIER/BIERI/CARRON, N 1752).

⁵⁷ MATTHEY/STEFFANINI, p. 45 ; NAGUIB/FUCHS, N 517 ss.

⁵⁸ Sur les droits spécifiques lorsque le défaut provient du comportement d'autres locataires, voir en particulier HENSCH, p. 984 ss. Sur les aspects procéduraux, voir CPra Actions-BOHNET, §70 N 1 ss.

⁵⁹ La résiliation immédiate rend toutefois sans objet une demande de remise en l'état. Voir notamment CPra Bail-AUBERT, art. 259a CO N 11 ; LACHAT (Bail à loyer), p. 249 N 1.6 ; TERCIER/BIERI/CARRON, N 1764.

⁶⁰ CPra Bail-AUBERT, art. 259b CO N 1 ss ; HENSCH, p. 994 ss ; LACHAT (Bail à loyer), p. 250 ss.

respectent leurs obligations (art. 257f CO)⁶¹. Selon les circonstances, l'intervention du bailleur peut être assortie d'une menace de résiliation (art. 257f al. 3 CO)⁶².

50. Par ailleurs, selon l'article 259d CO, si un « défaut entrave ou restreint l'usage pour lequel la chose a été louée, le locataire peut exiger du bailleur une réduction proportionnelle du loyer à partir du moment où le bailleur a eu connaissance du défaut et jusqu'à l'élimination de ce dernier »⁶³.
51. Si le bailleur n'a pas remédié au défaut dans un délai convenable, le locataire peut aussi résilier le contrat avec effet immédiat si le défaut « exclut ou entrave considérablement l'usage pour lequel un immeuble a été loué » (art. 259b let. a CO)⁶⁴.
52. Si le défaut n'exclut pas ou n'entrave pas considérablement l'usage pour lequel l'immeuble a été loué, mais qu'il existe des éléments supplémentaires qui rendent la continuation du bail intolérable, le

⁶¹ LACHAT (Bail à loyer), p. 251 N 2.1.

⁶² Voir par exemple TF du 11.10.2017, 4A_173/2017 (résiliation du bail de locataires qui se plaignent constamment et de manière injustifiée du bruit des autres locataires, particulièrement ceux d'origine étrangère). Sur la réparation du préjudice subi par le bailleur, voir LACHAT (Bail à loyer), p. 683 N 3.2.3 ; CPra Bail-WESSNER, art. 257f CO N 51 ss

⁶³ CPra Bail-AUBERT, art. 259d CO N 1 ss ; LACHAT (Bail à loyer), p. 255 ss. Pour des exemples, voir en particulier HENSCH, p. 984. Sur le moment auquel doit intervenir la demande de réduction, voir ATF 142 III 557, cons. 8 et BIERI (Réduction), p. 1 ss. Si le locataire n'a pas encore payé le loyer, il ne doit payer que le montant réduit. S'il a déjà payé, il dispose d'une créance de nature contractuelle en remboursement (ATF 137 III 243, cons. 4.4, JdT 2014 II 443 ; ATF 130 III 504, cons. 6.5 et 6.6). Selon le Tribunal fédéral, la créance est soumise à un délai de prescription de cinq ans (art. 128 ch. 1 CO ; TF du 31.07.2012, 4A_222/2012, cons. 2.4 ; ATF 130 III 504, cons. 8.2), ce qui est contesté par certains auteurs, qui estiment qu'il faut appliquer le délai de prescription ordinaire de 10 ans (art. 127 CO). Sur cette controverse, voir TERCIER/BIERI/CARRON, N 1783, avec de nombreuses références.

⁶⁴ CPra Bail-AUBERT, art. 259b CO N 15 ss ; HENSCH, p. 995 ss ; LACHAT (Bail à loyer), p. 265 ss. Si les conditions d'application de l'article 259b lettre a CO sont réunies, le locataire ne peut pas résilier en se fondant sur l'article 266g CO. Voir CPra Bail-AUBERT, art. 259b CO N 25a et HENSCH, p. 996.

locataire peut résilier de manière anticipée en se fondant sur l'article 266g CO⁶⁵.

53. En vertu des articles 259g ss CO, le locataire (d'un immeuble) qui exige la réparation d'un défaut peut également consigner les loyers à échoir, afin de faire pression sur le bailleur⁶⁶.
54. Le locataire qui subit une atteinte illicite à sa personnalité peut aussi agir contre les autres locataires sur la base des actions défensives (art. 28a al. 1 CC)⁶⁷, ou éventuellement sur la base des actions protectrices de la possession (art. 926 ss CC)⁶⁸.

2. La réparation du préjudice

55. Le locataire peut agir contre le bailleur en réparation du préjudice (dommage et/ou tort moral) sur la base de l'article 259e CO, qui reprend le régime général de la responsabilité contractuelle (art. 97 ss CO)⁶⁹.
56. La responsabilité du bailleur suppose notamment un chef de responsabilité, soit une faute du bailleur ou un cas de responsabilité objective (en particulier une responsabilité fondée sur l'art. 101 CO).

⁶⁵ TF du 22.03.2006, 4C.384/2005 cons. 5 ; CPra Bail-AUBERT, art. 259b CO N 25a ; BSK-WEBER, art. 266g N 4, qui mentionne comme élément supplémentaire le cas où une résiliation ordinaire est exclue contractuellement durant une longue période. Voir aussi TF du 26.08.2014, 4A_162/2014 cons. 2.6.1, qui évoque « des violations contractuelles qui ne réalisent pas toutes les conditions d'une disposition spéciale, mais qui atteignent une gravité suffisante pour rendre intolérable la poursuite des relations, par exemple en raison de leur répétition constante ».

⁶⁶ Sur la consignation, voir CPra Bail-AUBERT, art. 259g ss CO N 1 ss et LCHAT (Bail à loyer), p. 273 ss.

⁶⁷ HENSCH, p. 999.

⁶⁸ HENSCH, p. 998 ; LCHAT (Bail à loyer), p. 246 N 1.2.4. Les actions du droit de voisinage (art. 679 ss CC) ne peuvent pas être intentées contre des locataires d'un même immeuble. Voir HENSCH, p. 998 ; LCHAT (Bail à loyer), p. 247 note 12 ; BSK-WEBER, art. 259a CO N 1a.

⁶⁹ Sur la réparation du préjudice consécutif au défaut, voir BIERI (Réparation), p. 59 ss ; LCHAT (Bail à loyer), p. 262 ss.

57. Le locataire qui a subi une atteinte illicite à sa personnalité (art. 28 CC) peut aussi envisager d'agir en réparation du préjudice contre les voisins (art. 41 ss CO ; art. 28a al. 3 CC ; art. 928 al. 2 CC)⁷⁰.

VI. La protection contre les congés discriminatoires

A. L'existence d'un congé discriminatoire

58. Le congé notifié à un locataire en raison de sa couleur de peau, de sa religion, de son sexe, ou d'autres critères sensibles contrevient aux règles de la bonne foi, à moins qu'il existe un motif justificatif (art. 271/271a CO)⁷¹.
59. Savoir si un congé est contraire aux règles de la bonne foi dépend de l'ensemble des circonstances. Ainsi, un congé notifié en raison de l'origine du locataire est en principe contraire à la bonne foi ; il n'est toutefois pas exclu que, dans des situations très particulières, un tel congé soit justifié, notamment s'il s'agit d'éviter des conflits graves entre locataires.
60. Le congé prononcé en raison de changements dans la situation familiale du locataire est contraire à la bonne foi, sauf si les changements entraînent des inconvénients majeurs pour le bailleur (art. 271a al. 1 let. f CO)⁷².
61. Savoir si l'on est en présence d'inconvénients majeurs dépend à nouveau de l'ensemble des circonstances. Il est par exemple largement admis qu'une suroccupation massive des locaux consécutive à l'agrandissement de la famille constitue un inconvénient majeur⁷³.

⁷⁰ Voir HENSCH, p. 998, et les références citées.

⁷¹ ATF 120 II 105, cons. 3a ; BESSON, N 758 ; LACHAT (Bail à loyer), p. 736 N 4.4 ; NAGUIB/FUCHS, N 527 ss ; BSK-WEBER, art. 271/271a CO N 4.

⁷² LACHAT (Bail à loyer), p. 754 ss.

⁷³ BOHNET/JEANNIN, p. 66 ; CPra Bail-CONOD, art. 271a CO N 58 ; LACHAT (Bail à loyer), p. 756 N 5.7.5 ; BSK-WEBER, art. 271/271a CO N 23.

B. Les conséquences d'un congé discriminatoire

1. L'annulation du congé

62. Le locataire peut obtenir l'annulation du congé discriminatoire (art. 271 ss CO)⁷⁴. Peu importe qu'il s'agisse d'un congé ordinaire ou d'un congé extraordinaire⁷⁵.
63. Il faut en revanche que le congé ne soit pas déjà frappé de nullité (art. 266o CO) ou d'inefficacité (congé extraordinaire pour lequel manque une condition matérielle)⁷⁶. Dans ce cas, le locataire doit agir en constatation⁷⁷.
64. Le locataire doit saisir l'autorité de conciliation dans les trente jours (délai de péremption) qui suivent la réception du congé (art. 273 al. 1 CO)⁷⁸. Si l'autorité n'est pas saisie dans ce délai, le congé est valable⁷⁹.
65. Si le bail porte sur un logement familial, le conjoint/partenaire enregistré du locataire peut aussi contester le congé (art. 273a al. 1 et 3 CO). Un colocataire peut agir seul, pour autant qu'il assigne aux côtés du bailleur les colocataires qui ne souhaitent pas contester le congé⁸⁰.

⁷⁴ ATF 120 II 105, cons. 3a. Pour juger si un congé est contraire à la bonne foi, il faut se placer au moment où le congé est donné (ATF 140 III 496, cons. 4.1 ; TERCIER/BIERI/CARRON, N 2232). Il n'est pas nécessaire que le congé soit *manifestement* abusif (ATF 136 III 190, cons. 2). Sur la distinction entre congé annulable et congé nul, voir notamment CORBOZ (Nullité), p. 33 ss. Sur le champ d'application des articles 271 ss CO, voir TERCIER/BIERI/CARRON, N 2214 ss.

⁷⁵ LACHAT (Bail à loyer), p. 725 N 1.5.

⁷⁶ Sur les congés nuls ou inefficaces, voir LACHAT (Bail à loyer), p. 726 ss.

⁷⁷ CPra Actions-BOHNET, §75 N 1 et §76 N 1 ; LACHAT (Bail à loyer), p. 726 ss ; TERCIER/BIERI/CARRON, N 2251.

⁷⁸ Application de la théorie de la réception absolue (ATF 140 III 244, cons. 5).

⁷⁹ Le locataire ne peut pas se prévaloir de l'article 2 alinéa 2 CC après l'expiration du délai légal (ATF 133 III 175, cons. 3, JdT 2008 I 314 ; CPra Bail-CONOD, art. 271 CO N 49 ; TERCIER/BIERI/CARRON, N 2211 ; voir cependant LACHAT (Bail à loyer), p. 728 N 2.6 ; PICHONNAZ, p. 167 ss ; BSK-WEBER, art. 271/271a CO N 29).

⁸⁰ ATF 140 III 598, cons. 3.

66. Le bailleur doit motiver le congé si le locataire le demande (art. 271 al. 2 CO)⁸¹. Si le bail porte sur un logement familial, le conjoint/partenaire enregistré peut aussi demander la motivation du congé⁸². La motivation n'est pas une condition de la validité du congé⁸³. L'absence de motivation ou une motivation erronée constitue toutefois un indice que le congé est contraire à la bonne foi⁸⁴.
67. Il appartient au locataire de prouver que le congé donné par le bailleur est fondé sur un critère sensible (art. 8 CC)⁸⁵ ; le bailleur doit cependant contribuer loyalement à l'administration de la preuve en fournissant tous les éléments en sa possession nécessaires à la vérification du motif qu'il a invoqué (art. 52 CPC)⁸⁶.
68. A mon avis, s'il est établi que le congé est fondé sur un critère sensible, le fardeau de la preuve d'un motif justificatif incombe au bailleur, par analogie avec les règles sur la protection de la personnalité (art. 28 ss CC).
69. S'il est prouvé que le congé a été donné en raison de changements dans la situation familiale du locataire (art. 271a al. 1 let. f CO), le fardeau de la preuve de l'existence d'inconvénients majeurs incombe au bailleur⁸⁷.
70. A noter que le locataire peut aussi renoncer à contester le congé discriminatoire, et requérir une prolongation. Il peut bien sûr aussi contester le congé, et requérir subsidiairement une prolongation (si le locataire ne requiert pas subsidiairement la prolongation, la question

⁸¹ S'agissant du moment de la motivation, voir ATF 143 III 344, cons. 5.3.

⁸² CPra Bail-CONOD, art. 271 CO N 34 ; LACHAT (Bail à loyer), p. 730 note 37 ; TERCIER/BIERI/CARRON, N 2229.

⁸³ Voir toutefois LACHAT (Bail à loyer), p. 662 N 1.6, qui relativise s'agissant des congés extraordinaires.

⁸⁴ ATF 143 III 344, cons. 5.3 ; ATF 125 III 231, cons. 4b, JdT 2000 I 194.

⁸⁵ TF du 02.02.2011, 4A_623/2010, cons. 2.3 ; ATF 135 III 112, cons. 4.1 ; ATF 120 II 105, cons. 3c. Voir aussi BOHNET/JEANNIN, p. 62 ; ZK-HIGI, art. 271 CO N 165.

⁸⁶ TF du 02.02.2011, 4A_623/2010, cons. 2.3 ; ATF 135 III 112, cons. 4.1 ; ATF 120 II 105, cons. 3c ; TERCIER/BIERI/CARRON, N 2236. Voir aussi BOHNET/JEANNIN, p. 19.

⁸⁷ BOHNET/JEANNIN, p. 66 ; CPra Bail-CONOD, art. 271a N 59.

est quand même examinée d'office par l'autorité compétente en application de l'article 273 alinéa 5 CO).

2. La réparation du préjudice

71. Si le congé est annulé, le locataire peut prétendre à la réparation du préjudice (dommage/tort moral) sur la base des règles générales (art. 97 ss CO)⁸⁸. Le locataire peut en particulier obtenir une indemnité pour tort moral si l'atteinte à sa personnalité est suffisamment grave (art. 49 CO ; art. 99 al. 3 CO)⁸⁹. C'est à mon avis aussi le cas si le locataire ne demande pas l'annulation du congé⁹⁰.

VII. Conclusion

72. Il n'est pas rare que des locataires soient victimes de discriminations. Pourtant, très peu de cas arrivent devant les tribunaux. Le problème principal provient vraisemblablement du fait qu'il est difficile de prouver l'existence d'une discrimination.
73. Beaucoup d'auteurs ont suggéré des modifications des règles de preuve⁹¹. C'est selon moi une piste qui mérite d'être étudiée, en évaluant tous les avantages et inconvénients engendrés par de telles modifications. A ma connaissance, il n'existe malheureusement pas encore d'études suffisamment approfondies pour se prononcer avec confiance sur ce sujet⁹². Il convient donc de rester prudent.
74. Mais l'approche la plus prometteuse pour protéger les locataires contre les discriminations – qui n'exclut pas d'éventuellement modifier les règles de preuve – me semble être une approche indirecte,

⁸⁸ LACHAT (Bail à loyer), p. 761 N 7.4 ; BSK-WEBER, art. 271/271a CO N 34.

⁸⁹ LACHAT (Bail à loyer), p. 761 N 7.4 ; BSK-WEBER, art. 271/271a CO N 34.

⁹⁰ Dans ce sens BSK-WEBER, art. 271/271a CO N 34, qui fait un parallèle intéressant avec la règle énoncée à l'article 31 alinéa 3 CO. Plus nuancés CPra Bail-CONOD, art. 271 CO N 50 ; ZK-HIGL, art. 271 CO N 100 ss ; LACHAT (Bail à loyer), p. 761 N 7.5 (« s'il apparaît ultérieurement que le motif était mensonger »).

⁹¹ Voir, parmi d'autres, MARTENET (Protection), p. 456.

⁹² Pour une analyse approfondie des effets d'un allègement du degré de la preuve, mais qui ne traite pas spécifiquement du problème de la protection contre les discriminations, voir en particulier KAPLOW, p. 738 ss.

à savoir la lutte contre la pénurie de logements et de locaux commerciaux. En l'absence de pénurie, les problèmes ne sont pas tous réglés, mais ils sont largement atténués.

75. Ayant traité ici du sujet très sensible de la protection des locataires contre les discriminations, je me permets de remettre à un autre jour une discussion sur le sujet – également très sensible – de la lutte contre la pénurie de logements et de locaux commerciaux.

Bibliographie

- ARNET RUTH, Freiheit und Zwang beim Vertragsabschluss, thèse d'habilitation Bâle, Berne 2008
- AUBERT JEAN-FRANÇOIS, L'article sur la discrimination raciale et la Constitution fédérale, Pratique juridique actuelle 1994, p. 1079 ss
- BESSON SAMANTHA, L'égalité horizontale : l'égalité de traitement entre particuliers, thèse Fribourg 1999
- BIERI LAURENT, Le droit à la réduction du loyer en cas de défaut de la chose louée, Jusletter 9 janvier 2017 (Réduction)
- BIERI LAURENT, La réparation du préjudice subi par le locataire en cas de défaut de la chose louée, 18^e séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2014, p. 59 ss (Réparation)
- BOHNET FRANÇOIS, Actions civiles – Conditions et conclusions, Bâle 2014 (CPra Actions-BOHNET)
- Bohnet François/Carron Blaise/Montini Marino (édit.), Droit du bail à loyer, 2^e éd., Bâle 2017 (CPra Bail-AUTEUR)
- Bohnet François/Haldy Jacques/Jeandin Nicolas/Schweizer Philippe/Tappy Denis (édit.), Code de procédure civile commenté, Bâle 2011 (CPC-AUTEUR)
- BOHNET FRANÇOIS/JEANNIN PASCAL, Le fardeau de la preuve en droit du bail, 19^e séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2016, p. 1 ss
- CONSEIL FEDERAL, Rapport sur les principales conditions-cadre pour l'économie numérique, Berne 2017 (Rapport sur les conditions-cadre)
- CORBOZ BERNARD, Les infractions en droit suisse – Volume II, 3^e éd., Berne 2010 (Infractions)
- CORBOZ BERNARD, La nullité du congé dans le nouveau droit du bail, Cahiers du bail 1994, p. 33 ss (Nullité)
- DUBEY JACQUES, Droits fondamentaux – Volume I : Notion, garantie, restriction et juridiction, Bâle 2018

- FISCHER SYLVIE, Conditions de la sous-location à l'heure d'Airbnb, Plaidoyer 06/2016, p. 14 ss
- GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG, Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil, vol. I, 10^e éd., Zurich 2014
- GÖKSU TARKAN, Rassendiskriminierung beim Vertragsabschluss als Persönlichkeitsverletzung, thèse Fribourg 2003
- GROHSMANN IRENE, Der Zugang zur Justiz in Diskriminierungsfällen – Teilstudie 4 : Behinderung – Juristische Analyse, Berne 2015
- HAUSHEER HEINZ/JAUN MANUEL, Die Einleitungsartikel des ZGB, Berne 2003
- HENSCH GABRIELA, Steitigkeiten zwischen Mietern, Pratique juridique actuelle 2013, p. 985 ss
- HIGI PETER, Zürcher Kommentar, Die Miete, Zurich 1994-1998 (ZK-HIGI)
- Honsell Heinrich/Vogt Nedim P./Wiegand Wolfgang (édit.), Basler Kommentar Obligationenrecht I (Art. 1-529 OR), 6^e éd., Bâle 2015 (BSK-AUTEUR)
- HÜRLIMANN-KAUP BETTINA/SCHMID JÖRG, Einleitungsartikel des ZGB und Personenrecht, 3^e éd., Zurich 2016
- JAUN MANUEL, Diskriminierungsschutz durch Privatrecht, Revue suisse de la Société des juristes bernois 2007, p. 457 ss
- KAPLOW LOUIS, Burden of Proof, Yale Law Journal 2012, p. 738 ss
- KLETT KATHRIN, Vertragsfreiheit und Kontrahierungszwang, Basler Juristische Mitteilungen 2005, p. 161 ss
- KNOEPFLER FRANÇOIS, Pourparlers précontractuels, promesse de conclure et droit d'option en matière de bail, 10^e séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 1998
- KOLLER ALFRED, Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil, 4^e éd., Berne 2017
- LACHAT DAVID, Le bail à loyer, 2^e éd., Lausanne 2008

MARTENET VINCENT, La réalisation des droits fondamentaux dans l'ordre juridique suisse, Revue de droit suisse 2011, p. 243 ss (Réalisation)

MARTENET VINCENT, La liberté contractuelle saisie par le droit de la concurrence, in : Martina Braun (édit.), Actualités du droit des contrats, Lausanne 2008, p. 79 ss (Liberté contractuelle)

MARTENET VINCENT, La protection contre les discriminations émanant de particuliers, Revue de droit suisse 2006, p. 419 ss (Protection)

Martenet Vincent/Dubey Jacques (édit.), Commentaire romand de la Constitution, à paraître (CR Constitution-AUTEUR)

MATTHEY FANNY/STEFFANINI FEDERICA, L'accès à la justice en cas de discrimination – Der Zugang zur Justiz in Diskriminierungsfällen – Partie 6 : Racisme – Analyse juridique, Neuchâtel 2015

MEIER PHILIPPE, Protection des données, Berne 2011

MEIER PHILIPPE/DE LUZE ESTELLE, Droit des personnes, Zurich 2014

NAGUIB TAREK/FUCHS TIZIANA, Wohnen, in : Tarek Naguib/Kurt Pärli/Eylem Copur/Melanie Studer (édit.), Diskriminierungsrecht, Berne 2014, p. 163 ss

NIGGLI MARCEL ALEXANDER, Discrimination raciale, Zurich 2000

PICHONNAZ PASCAL, L'abus de droit en droit du bail, 18^e séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2014, p. 143 ss

PROBST THOMAS, La protection des données en matière de bail, 15^e séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2008, p. 47 ss

PÜNTNER RICHARD, Definition des Mietvertrags ; Abgrenzung zu anderen Rechtsverhältnissen, in : Mietrecht für die Praxis, 9^e éd., Zurich 2016, p. 15 ss

SCHAUER FREDERICK, Profiles, Probabilities and Stereotypes, Cambridge/Londres 2003

SCHEFER MARKUS/HESS-KLEIN CAROLINE, Behindertengleichstellungsrecht, Berne 2014

SPIRIG IRÈNE, Grundsätze der Untermiete und Airbnb, mietrechtspraxis 2015, p. 1 ss

STEINAUER PAUL-HENRI/FOUNTOULAKIS CHRISTIANA, Droit des personnes physiques et de la protection de l'adulte, Berne 2014

STRATENWERTH GÜNTER/BOMMER FELIX, Schweizerisches Strafrecht – Besonderer Teil, 7^e éd., Berne 2013

TANQUEREL THIERRY, L'égalité des personnes handicapées face aux prestations offertes au public, in : François Bellanger/Thierry Tanquerel (édit.), L'égalité des personnes handicapées : principes et concrétisation, Genève/Zurich/Bâle 2017, p. 235 ss

TERCIER PIERRE/BIERI LAURENT/CARRON BLAISE, Les contrats spéciaux, 5^e éd., Genève/Zurich/Bâle 2016

WALDMANN BERNHARD, Nationalitätsbedingte Erhöhung der Autoversicherungsprämien, Responsabilité et assurances 2007, p. 65 ss

WERRO FRANZ, La responsabilité civile, 3^e éd., Berne 2017

WYLER RÉMY/HEINZER BORIS, Droit du travail, 3^e éd., Berne 2014

ZIHLMAN PETER, Das Mietrecht, 2^e éd., Zurich 1995

La détermination du loyer initial en cas de nullité ou de contestation

par

Pierre Stastny

Avocat, Genève

I. Introduction	191
II. Conditions déterminant la marge d'appréciation du juge	193
A. Remarques préliminaires.....	193
B. Une marge d'appréciation encadrée : les limites inférieures et supérieures	193
1. Limites supérieures	193
2. Limites inférieures.....	194
C. Une marge d'appréciation à géométrie variable : détermination du loyer admissible vs complètement du contrat	194
1. La diminution du loyer initial à un niveau non abusif.....	194
2. La fixation d'un loyer approprié par le juge.....	195
D. Une limite objective à la marge d'appréciation : l'âge de l'immeuble	197
1. Notion d'immeuble ancien	197
2. Notion de construction récente.....	198
3. Influence sur les débats de l'âge de l'immeuble	198
E. Une marge d'appréciation qui varie en fonction du comportement procédural des parties	199
1. Les conclusions des parties (art. 58 al. 1 CPC)	199
2. L'argumentation juridique des parties.....	199

a) Cas de la contestation du loyer initial fixé selon les règles prescrites	199
b) Cas du complètement du contrat lorsque le loyer est nul	200
3. La collaboration des parties à l’instruction	201
a) Cas de la contestation du loyer initial fixé selon les règles prescrites	201
aa) Généralités et principes	201
bb) Le devoir de collaboration du bailleur	202
cc) Le devoir de coopération du locataire	203
b) Cas du complètement du contrat par le juge	204
F. Synthèse.....	204
III. Eléments à prendre en considération pour déterminer le loyer initial	205
A. Remarques préliminaires.....	205
B. Premier cas de figure typique : un calcul de rendement est envisageable par le recours à des données abstraites.....	206
1. Généralités et principes	206
2. L’immeuble est une construction récente (art. 269a lit. c CO) ..	208
3. L’immeuble n’est plus d’une construction récente	209
C. Second cas de figure typique : aucun calcul de rendement n’est envisageable (recours à des statistiques de loyers).....	213
1. Les statistiques de loyers.....	213
a) Statistiques officielles vs statistiques privées	213
b) Le caractère notoire des statistiques officielles	214
c) Des statistiques insuffisamment détaillées	214
d) Où trouver des données statistiques ?.....	215
e) Les statistiques ne sont pas un oreiller de paresse	216
f) Valeur moyenne vs valeur médiane	216
g) Priorité à la statistique au m ² lorsqu’elle est disponible	217
h) Recours à une « moyenne consolidée » ?	217

i) Prise en compte de l'évolution récente des loyers	218
j) Gare aux frais accessoires plus étendus que le chauffage et l'eau chaude !	219
k) La pondération des résultats statistiques	220
aa) Généralités	220
bb) L'emplacement	221
cc) Le nombre de pièces.....	221
dd) La surface	221
ee) L'équipement et l'état d'entretien	222
ff) Les autres particularités de la chose.....	222
2. Autres données envisageables ?	223
D. Les autres éléments à prendre en considération pour détérminer le loyer.....	223
1. L'attitude du bailleur.....	223
a) Cas de la nullité du loyer initial.....	223
b) Cas de la contestation du loyer initial fixé selon les règles prescrites	224
2. Le loyer payé par le précédent locataire.....	224
3. Les prestations supplémentaires.....	225
a) Généralités	225
b) Les meubles.....	226
c) Les autres services.....	227
4. L'expérience du juge.....	228
IV. Cas particuliers	228
A. Le sous-loyer initial	228
1. Cas de la contestation du loyer initial fixé selon les formes prescrites	228
2. Cas de la nullité du loyer.....	230

B. Les loyers variables.....	230
1. Les loyers indexés.....	230
2. Les loyers échelonnés.....	231
a) Cas de la contestation du loyer initial valablement fixé.....	231
b) Cas du complètement du contrat (nullité du loyer)	233
V. Excursus : lésion, usure et vices du consentement	233
A. Généralités	233
B. La lésion et l'usure	234
C. Les vices du consentement.....	234
VI. Conclusion.....	235
Bibliographie	237

I. Introduction

1. Le titre de la présente contribution nécessite quelques explications. En vertu de l'article 270 al. 1 CO, le locataire qui estime le loyer abusif peut le contester sous 30 jours dès la réception de la chose louée et en demander la diminution auprès de l'autorité de conciliation, puis en agissant devant le juge. On parle alors de contestation (*Anfechtung*) du loyer initial. Dans ce contexte, le juge se borne, si les prétentions du locataire sont fondées, à diminuer le loyer à un niveau non abusif. L'article 270 al. 2 CO réserve la faculté aux cantons de soumettre, lorsqu'il y a pénurie de logements, la conclusion de tout nouveau bail à la condition que le bailleur remette au locataire une formule officielle de fixation du loyer initial. Lorsque la formule a été rendue obligatoire, mais n'a pas été remise au locataire à la conclusion du bail, lui a été remise tardivement ou n'a pas été remplie correctement, le loyer est nul. Le juge doit fixer le loyer et on parle alors de fixation judiciaire du loyer¹. Pour désigner ces deux opérations distinctes par un terme générique, nous parlons de « détermination du loyer initial ».
2. Les problèmes entourant la détermination du loyer initial occupent passablement les tribunaux, principalement en Suisse romande, et font l'objet d'une jurisprudence fédérale abondante. La jurisprudence fédérale concernant l'art. 270 al. 1 CO s'attache en particulier à préciser les contours des conditions de recevabilité de la contestation et de la preuve du caractère abusif du loyer initial. Celle relative à l'art. 270 al. 2 CO se focalise sur les modalités de notification de la formule officielle (remise et contenu), ainsi que sur les conséquences d'un vice dans la notification du loyer initial².
3. Tant la jurisprudence fédérale que la doctrine sont toutefois peu prolifiques concernant la manière dont le juge doit déterminer le loyer dans un cas concret. Or, comme le relève un auteur, constater que le loyer initial apparaît abusif (respectivement qu'il est nul pour n'avoir

¹ Voir sur l'ensemble de la question les contributions de FETTER et de SCHWAAB citées dans la bibliographie.

² A ce sujet : LACHAT (Trois ans de jurisprudence fédérale, p. 103 ss).

pas été valablement fixé) ne dit souvent pas grand-chose sur le montant auquel le juge est autorisé à fixer le loyer³. Une autre auteure observe un malaise du juge à ce stade de son raisonnement et un manque d'uniformité des solutions trouvées⁴.

4. Le praticien trouvera certes, dans la jurisprudence fédérale ainsi que dans la doctrine, de nombreuses réponses à ses questions sur les diverses étapes du « film procédural » relatif à la détermination du loyer initial, et leurs nombreuses péripéties. En revanche, s'agissant de la manière dont sera produite la dernière image du film, à savoir le loyer fixé dans le cas concret, il n'y trouvera souvent que des lignes directrices fixées par le Tribunal fédéral. La présente contribution a ainsi pour modeste ambition d'être une béquille pour le praticien, en présentant de manière systématique les éléments à prendre en compte lors de la détermination du loyer initial.
5. Il nous est apparu logique de limiter la présentation aux baux d'habitation. D'une part, il s'agit de l'immense majorité des cas présentés à l'autorité de conciliation et au juge. D'autre part, la problématique de la nullité du loyer initial ne concerne que les baux d'habitation, puisque les cantons ne peuvent pas prévoir une formule officielle obligatoire pour les locaux commerciaux⁵.
6. Afin de comprendre dans quelles conditions le juge peut produire la « dernière image du film procédural » en matière de loyer initial, il faut dans un premier temps examiner les conditions qui définissent la marge d'appréciation du juge pour ce faire (II.), avant de présenter les éléments que ce dernier peut prendre en considération pour déterminer le loyer initial (III.). Nous aborderons ensuite quelques cas particuliers (IV.). Enfin, nous traiterons brièvement d'une question voisine, celle de la fixation d'un loyer par le juge en cas de lésion (ou d'usure) et de vice du consentement (V.).

³ BÄTTIG, p. 9.

⁴ SALOMÉ DAÏNA, p. 102-103.

⁵ ATF 117 Ia 328, DB 1998, N 21.

II. Conditions déterminant la marge d'appréciation du juge

A. Remarques préliminaires

7. Tout procès est par nature marqué par de multiples aléas. Il n'en va pas différemment en matière de bail, ce qui est d'autant plus vrai lorsque le juge est amené à se prononcer sur un loyer, au vu des nombreux critères de fixation du loyer prévus par les articles 269 et 269a CO et des relations complexes qu'ils entretiennent⁶.
8. Les possibilités qu'a le juge de déterminer le loyer initial de manière plus ou moins précise, avec plus ou moins d'éléments en mains pour lui permettre de rendre sa décision, dépendent de plusieurs conditions variables (cf. N 9 ss). Celles-ci peuvent de surcroît se combiner de manière aléatoire, si bien qu'il serait compliqué, et de nature à perdre le lecteur, de suivre un plan ayant pour ambition de présenter toutes les situations envisageables. Il est apparu préférable à l'auteur de ces lignes de présenter, de manière systématique, les éléments qui conditionnent la marge d'appréciation du juge, de même que la quantité d'éléments à sa disposition, lorsqu'il lui faudra déterminer le loyer initial.

B. Une marge d'appréciation encadrée : les limites inférieures et supérieures

1. Limites supérieures

9. En toute hypothèse, le juge ne peut pas rendre une décision qui fixe le loyer initial à un niveau supérieur au loyer convenu entre les parties⁷. Cela peut apparaître trivial, mais doit être rappelé puisque lorsque le loyer initial est nul, il convient non pas de réduire celui-ci au niveau admissible, mais de refixer ce dernier (cf. N 15 ss).

⁶ Voir à ce propos : LACHAT (Bail à loyer), p. 523 ss (chapitre 21) ; CPra Bail-BOHNET, art. 269-270e CO N 10 ss.

⁷ ATF 124 III 62, cons. 2b, DB 1998, N 13.

10. Constitue également une limite supérieure, le loyer procurant un rendement admissible au bailleur au sens de l'art. 269 CO⁸.
11. Enfin, pour certains auteurs, le loyer payé par le précédent locataire est une limite supérieure pour le juge amené à compléter le contrat lorsque le loyer est nul (cf. N 112).

2. Limites inférieures

12. Il n'y a pas, du strict point de vue juridique, de montant minimal en dessous duquel le juge ne saurait fixer le loyer initial, et notamment pas, comme il sera vu ci-après, le loyer du précédent locataire (cf. N 110 ss). Bien entendu, aucune circonstance ne permet de réduire le loyer à néant, ce qui ferait d'ailleurs perdre au contrat un élément constitutif obligatoire, l'élément onéreux (cf. art. 253 CO).
13. En toute hypothèse, le loyer devra assurer au minimum la couverture des charges du bailleur (cf. N 62 s. et 64 ss).
14. Enfin, les conclusions prises par le locataire forment une limite inférieure indépassable pour le juge (cf. N 30).

C. Une marge d'appréciation à géométrie variable : détermination du loyer admissible vs complètement du contrat

15. La situation se présente différemment, suivant que l'on est en présence d'un loyer initial valablement fixé qui est contesté, ou que l'objet de la procédure est la fixation d'un loyer nul en raison d'un vice dans la notification du loyer initial.

1. La diminution du loyer initial à un niveau non abusif

16. D'emblée, on doit souligner que l'art. 270 al. 1 CO ne règle que les conditions formelles de la contestation du loyer initial. Lorsque le

⁸ BSK-WEBER, art. 270 CO N 12. Toutefois : TC FR, CACI 102 2016 71 du 30.10.2017, cons. 3.3 (fixation en équité d'un loyer supérieur à celui issu du calcul de rendement).

loyer a été fixé, selon les formes prescrites, le caractère abusif de celui-ci s'examine uniquement au regard des critères des articles 269 et 269a CO⁹.

17. Le rôle du juge consiste ici à examiner le caractère abusif du loyer et à le réduire, le cas échéant, dans la mesure admissible¹⁰. A cet effet, le juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation¹¹.
18. Dans ce contexte, la méthode absolue a la priorité, singulièrement le critère du *rendement net* des fonds propres, qui prime sur tout autre critère¹², lorsqu'il a été invoqué (cf. N 31 ss) et que sa détermination n'est pas rendue impossible par l'ancienneté de l'immeuble (cf. N 23 ss et 28 s.). La détermination du loyer peut également, à certaines conditions, trouver son fondement dans un calcul de *rendement brut* (cf. N 27 s.). Hormis ces cas, c'est l'autre critère absolu, celui du loyer usuel du quartier ou de la localité, qui sert en principe à déterminer le loyer initial. Toutefois, si le juge ne dispose pas de cinq éléments de comparaison présentant des caractéristiques semblables¹³, il doit néanmoins déterminer un loyer, sous peine de commettre un déni de justice. Le juge peut alors s'inspirer d'autres éléments, comme des statistiques officielles¹⁴ lorsqu'elles sont disponibles (cf. N 73 ss), ou du loyer payé par le précédent locataire (cf. N 110 ss).

2. La fixation d'un loyer approprié par le juge

19. Lorsque le loyer initial n'a pas été fixé dans les formes prescrites par la loi, parce que la formule rendue obligatoire par le canton n'a pas été remise, a été remise tardivement ou n'a pas été remplie selon les

⁹ ATF 136 III 82, cons. 3.3, DB 2010, N 21 ; BSK-WEBER, art. 270 CO N 1 et 8.

¹⁰ TF du 10.06.2008, 4A_129/2008, cons. 2.3, DB 2009, N 21 ; ZK-HIGI, art. 270 CO N 57.

¹¹ ATF 139 III 13, cons. 3.5.1, DB 2013, N 13.

¹² ATF 142 III 568, cons. 2.1, DB 2016, N 19 ; 124 III 310, cons. 2b et 2c, DB 1999, N 14.

¹³ ATF 123 III 317, cons. 4a, DB 1998, N 16.

¹⁴ TF du 28.08.2012, 4A_250/2012, cons. 2.4.

réquisits légaux et jurisprudentiels, le contrat est nul sous l'angle du loyer, et il appartient au juge de le compléter¹⁵. Il doit alors, en se fondant sur l'ensemble des circonstances du cas, fixer un loyer approprié, sans être limité par les règles des articles 269 et 269a CO. Le juge jouit dans ce cadre d'un pouvoir d'appréciation plus étendu que dans le cas de la contestation du loyer initial fixé selon les règles prescrites¹⁶.

20. Le juge doit prendre en compte l'ensemble des circonstances, notamment¹⁷ :
 - Le montant admissible selon l'art. 269 CO.
 - Les loyers non abusifs du quartier (art. 269a lit. a CO).
 - Le loyer payé par le précédent locataire (cf. N 110 ss).
 - Les valeurs abstraites à sa disposition (cf. N 54 ss, N 62 ss et N 73 ss).
 - La faute du bailleur (cf. N 108 ss).
21. L'expérience du tribunal spécialisé peut être convoquée, dans une certaine mesure, pour déterminer le loyer initial (cf. N 122).
22. Dans sa prise en considération de l'ensemble des circonstances, le juge ne doit toutefois pas opérer un calcul proportionnel entre le loyer admissible selon l'art. 269 CO, la moyenne des loyers du quartier et le loyer payé par le précédent locataire¹⁸. Il lui appartient, dans ce contexte également, d'appliquer la méthode absolue, en donnant la priorité au critère du rendement¹⁹. Il peut néanmoins corriger à la baisse un loyer procurant au bailleur un rendement admissible, mais supérieur au loyer usuel du quartier²⁰.

¹⁵ ATF 121 III 56, cons. 2c, DB 1995, N 24 ; 120 II 341, cons. 5b-5d, DB 1995, N 23.

¹⁶ ATF 124 III 62, cons. 2a et 2b, DB 1998, N 13.

¹⁷ ATF 124 III 62, cons. 2b, DB 1998, N 13.

¹⁸ TF du 11.10.2011, 4A_276/2011, cons. 5.2.2, DB 2012, N 14.

¹⁹ BSK-WEBER, art. 270 CO N 12.

²⁰ TF du 02.02.2015, 4A_517/2014, cons. 5.1.1, DB 2015, N 16.

D. Une limite objective à la marge d'appréciation : l'âge de l'immeuble

1. Notion d'immeuble ancien

23. Un immeuble ancien, au sens de la jurisprudence du Tribunal fédéral, n'est pas synonyme d'un vieil immeuble au sens du langage courant.
24. Un immeuble est ancien lorsqu'il n'est plus d'une construction ou d'un achat récents²¹. Pour les constructions anciennes, il est en effet pratiquement impossible de connaître le capital initial entrant dans le calcul du loyer et les pièces comptables n'existent parfois plus ou font apparaître des montants sans commune mesure avec la réalité économique actuelle (p. ex., un montant si bas qu'il est manifeste qu'il couvre à peine les charges du bailleur).
25. Le bailleur diligent devrait néanmoins conserver soigneusement les documents comptables. A partir de décembre 1980, les professionnels de l'immobilier devaient connaître l'importance accordée au calcul de rendement net dans la fixation du loyer et, partant, devaient conserver les documents comptables même au-delà de la durée de dix ans prévue par l'art. 958f al. 1 CO²². De nos jours, compte tenu des possibilités de numérisation des documents, on ne devrait pas admettre aisément qu'un professionnel de l'immobilier ne conserve pas les pièces comptables.
26. En définitive, savoir si un immeuble est ancien s'examine de cas en cas, au vu de l'ensemble des circonstances²³. Néanmoins, une construction ou une acquisition au cours des 30 dernières années, à compter à rebours depuis la conclusion du bail²⁴, puisqu'il s'agit de

²¹ ATF 140 III 433, cons. 3.1, JdT 2016 II 363, DB 2014, N 13.

²² ATF 140 III 433, cons. 3.1, JdT 2016 II 363, DB 2014, N 13. La date de décembre 1980 est celle de l'ATF 106 II 356 qui posait les principes en matière de calcul de rendement net de la chose louée.

²³ Voir le commentaire de KOLLER relatif à l'ATF 140 III 433, in : RJB 2016, p. 1 ss, p. 31.

²⁴ TF du 12.09.2016, 4A_147/2016, cons. 2.3. La conclusion du bail doit ainsi intervenir dans les trente années après l'acquisition du bien, respectivement après la

déterminer un loyer initial, devrait en principe suffire à exclure que l'immeuble soit qualifié d'ancien.

2. Notion de construction récente

27. Une construction récente au sens de l'art. 269a lit. c CO est un immeuble construit au cours des dix dernières années, à compter ici à rebours depuis la conclusion du contrat²⁵, car il s'agit de déterminer le loyer initial²⁶.

3. Influence sur les débats de l'âge de l'immeuble

28. Si l'immeuble est une *construction récente* au sens qui précède, le loyer initial peut être fixé selon le critère du rendement brut (art. 269a lit. c CO) ; à défaut, les parties et le juge ne sont pas autorisés à y recourir²⁷. Cette limite temporelle reste-t-elle de mise, en toute hypothèse, notamment lorsque le loyer est nul (cf. N 72) ?
29. Lorsque *l'immeuble est ancien*, cela fait obstacle à la détermination du loyer initial au moyen d'un calcul de rendement²⁸. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, la hiérarchie des critères absolus (primauté du rendement sur le critère des loyers usuels) est alors renversée, si bien que le critère des loyers usuels doit être examiné en priorité, lorsqu'il est invoqué par une partie²⁹.

construction. Par construction, il faut entendre la date de réception de l'ouvrage par son propriétaire : ZK-HIGI, art. 269a CO N 147, par analogie. Cet auteur propose aussi de ne pas compter, dans le calcul du délai, l'année au cours de laquelle survient l'évènement déclencheur. Exemple: que l'immeuble soit acquis (ou construit) en mars ou en septembre 1988, la conclusion du bail en décembre 2018 demeure dans les trente années consécutives, si bien que l'immeuble n'est pas ancien.

²⁵ Pour la computation du délai : cf. note de bas de page précédente.

²⁶ CPra Bail-BOHNET/BROQUET, art. 269a CO N 101 ; plus large : Co-SVIT, art. 269a N 88 (15 ans).

²⁷ FETTER, N 485.

²⁸ D'un autre avis : SCHWAAB, N 127 (le juge peut recourir à une expertise de la valeur intrinsèque).

²⁹ ATF 139 III 13, cons. 3.1.2, DB 2013, N 13.

E. Une marge d'appréciation qui varie en fonction du comportement procédural des parties

1. Les conclusions des parties (art. 58 al. 1 CPC)

30. Le juge est lié par les conclusions du locataire et ne peut pas lui octroyer plus que ce à quoi il prétend (art. 58 al. 1 CPC). Il ne peut ainsi fixer un loyer inférieur à celui invoqué dans les conclusions du locataire, quand bien même le résultat obtenu par un calcul de rendement le suggérerait³⁰.

2. L'argumentation juridique des parties

a) Cas de la contestation du loyer initial fixé selon les règles prescrites

31. Lorsque le juge est amené à fixer le loyer initial dans le cadre d'une contestation du loyer initial, il fonde son examen sur les seuls motifs invoqués par les parties et ne peut donc pas, de sa propre initiative, déborder du cadre des débats³¹.
32. C'est le bailleur qui, par ses indications, fixe le cadre du débat judiciaire³². Lorsque la formule officielle n'a pas été rendue obligatoire par le canton, le bailleur doit indiquer à l'autorité de conciliation, puis au juge, s'il se prévaut de la méthode absolue ou de la méthode relative pour fonder ses prétentions³³. En cas de formule officielle obligatoire, la motivation du loyer initial devra figurer sur

³⁰ CPra Bail-DIETSCHY-MARTENET, art. 270 CO N 57.

³¹ FETTER, N 499.

³² ATF 139 III 13, cons. 3.1.2, DB 2013, N 13 ; *contra* : FETTER, N 466 ss.

³³ LACHAT (Bail à loyer), p. 394.

celle-ci³⁴. Le bailleur est lié par les motifs dont il se prévaut en début de procédure ou qui sont indiqués sur la formule officielle³⁵.

33. Le locataire peut décider de faire porter l'examen du loyer initial sur d'autres motifs que ceux invoqués par le bailleur³⁶, en respectant les limitations posées par les règles relatives à la hiérarchie des critères³⁷. S'il se contente de contester le loyer initial, mais ne précise pas les motifs sur lesquels il se fonde, il faut considérer que ce sont ceux invoqués par le bailleur qui sont contestés³⁸. Ainsi, si le bailleur a invoqué la méthode relative pour fonder le loyer initial³⁹ et que le locataire critique simplement l'application de cette méthode, le juge ne peut pas de son propre mouvement faire application du critère du rendement net⁴⁰. Comme le bailleur, le locataire est également lié par les critères dont il se prévaut, au début la procédure devant le tribunal⁴¹. Les motifs invoqués en conciliation par le locataire n'ont par contre pas d'effet contraignant.
34. En pratique, le juge examinera le loyer d'abord à l'aune des critères dont se prévaut le locataire, puis prendra en considération ceux invoqués par le bailleur comme moyens de défense⁴².

b) Cas du complètement du contrat lorsque le loyer est nul

35. Lorsque le contrat est nul sous l'angle du loyer, le juge a l'obligation de compléter le contrat, sans égard aux arguments des parties. Il n'est donc pas limité aux seuls facteurs avancés par celles-ci⁴³.

³⁴ LACHAT (Bail à loyer), p. 394. La question de la motivation obligatoire est controversée lorsque le loyer est inchangé ou diminué par rapport à celui du précédent locataire. Voir à ce sujet la contribution de BOHNET citée dans la bibliographie.

³⁵ LACHAT (Bail à loyer), p. 535.

³⁶ ATF 139 III 13, cons. 3.1.2, DB 2013, N 13.

³⁷ A ce sujet : LACHAT (Bail à loyer), p. 536-538.

³⁸ FETTER, N 472.

³⁹ Exceptionnellement, le bailleur peut le faire : ATF 121 III 364, cons. 4b, DB 1996, N 19.

⁴⁰ FETTER, N 482.

⁴¹ FETTER, N 473.

⁴² FETTER, N 484.

⁴³ FETTER, N 558.

3. La collaboration des parties à l’instruction

a) Cas de la contestation du loyer initial fixé selon les règles prescrites

aa) Généralités et principes

36. Le lecteur ne devra pas s’étonner que les considérations qui suivent portent principalement sur la problématique des éléments probants permettant au juge de calculer le rendement net de la chose louée. C’est le critère central, parce qu’il est praticable, au contraire du critère des loyers usuels, qui relève de la preuve impossible, si ce n’est pour le bailleur, en tous les cas pour le locataire. Par ailleurs, lorsque le taux hypothécaire de référence annoncé par l’Office fédéral du logement est bas, le taux de rendement qui en dépend l’est également, et c’est logiquement ce critère qui sera le plus souvent invoqué par le locataire lors de l’examen du loyer initial, si l’immeuble n’est pas ancien (cf. N 23 ss).
37. C’est en fonction des faits apportés au procès et des documents probants produits, que le juge aura plus ou moins d’éléments en main pour déterminer le loyer à la fin du procès. Les causes concernant la protection contre les loyers abusifs sont soumises à la procédure simplifiée (art. 243 al. 2 lit. c CPC) et le juge doit établir les faits d’office (art. 247 al. 2 lit. a CPC). La maxime inquisitoire sociale prévaut⁴⁴. En vertu de celle-ci, le juge est soumis à une obligation d’interpellation accrue des parties. Il appartient toutefois toujours à celles-ci de recueillir elles-mêmes les éléments du procès. Le tribunal ne leur vient en aide qu’en posant des questions adéquates, afin de s’assurer du caractère complet des allégués et des offres de preuves. Il ne se livre pas à des investigations d’office.
38. Lorsqu’une partie est représentée par un avocat ou un mandataire professionnellement qualifié, le tribunal doit faire preuve de retenue, comme dans le cadre d’un procès en procédure ordinaire, si bien que

⁴⁴ Sur l’ensemble de la question : ATF 141 III 569, cons. 2.3.1, DB 2016, N 27.

la maxime inquisitoire sociale aura en pareille hypothèse une portée limitée.

39. Enfin, si une partie ne coopère pas comme on pourrait l'attendre d'elle à l'administration des preuves, cette dernière peut être close, sans que le juge ne doive instruire « jusqu'à l'infini ».

bb) Le devoir de collaboration du bailleur

40. S'il est en possession des documents probants, le bailleur doit les transmettre à l'autorité judiciaire (art. 160 al. 1 lit. b CPC). C'est en particulier vrai s'agissant des pièces pour établir le calcul du rendement net de la chose louée (acte d'acquisition ou récapitulatif du prix de revient de l'immeuble ; justificatifs des remboursements et des frais hypothécaires actuels ; comptes des charges immobilières sur trois années au minimum ; dernier état locatif de l'immeuble, avec indication du nombre de pièces total), qui ne sont pas en possession du locataire. Le tribunal informe le bailleur de son devoir de coopérer à la constatation des faits et à l'administration de la preuve⁴⁵.
41. Le bailleur devra ainsi, à tout le moins, produire l'acte de vente, puisqu'on peut difficilement penser qu'il ne soit pas en sa possession ; ce devoir de transmission reste de mise, même si le locataire peut solliciter une copie de ce dernier auprès du registre foncier⁴⁶.
42. Le Tribunal fédéral, faisant une lecture très stricte de l'obligation de coopération des parties, considère en revanche que le bailleur n'a pas à se procurer des pièces auprès de tiers pour les mettre à disposition du locataire et du juge⁴⁷. A juste titre, la doctrine critique cette approche limitative de l'obligation de collaboration du bailleur, car elle favorise le bailleur négligent⁴⁸ : il ne dispose pas des pièces utiles à, au minimum, déterminer le loyer couvrant ses coûts. Le bailleur

⁴⁵ ATF 141 III 569, cons. 2.3.2, DB 2016, N 27.

⁴⁶ TF du 07.09.2017, 4A_17/2017, cons. 2.2.2 (« der Vermieter grundsätzlich nur die Unterlagen zu edieren hat, die er besitzt »).

⁴⁷ ATF 142 III 568, cons. 2.2, DB 2016, N 19.

⁴⁸ HERZOG, N 24.

diligent, lui, possède les documents probants et doit donc les produire. A tout le moins, le devoir de collaboration du bailleur devrait-il permettre d'exiger du bailleur qu'il s'exprime sur les documents probants qui ne sont pas en sa possession, et sur l'identité des personnes susceptibles de pouvoir les transmettre au tribunal⁴⁹.

cc) Le devoir de coopération du locataire

43. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral rappelée à la section précédente, il appartient au locataire de faire le nécessaire afin de se procurer les pièces auxquelles il peut avoir accès, comme l'acte d'acquisition disponible auprès du registre foncier, ou encore l'arrêté gouvernemental de mise en location (lorsque l'immeuble a précédemment été soumis à un contrôle de l'autorité). Il lui appartient également de requérir du juge, par des demandes d'actes d'instruction, la production de toutes pièces utiles au calcul de rendement par des tiers qui sont susceptibles de les avoir en leur possession (gérant d'immeuble, fiduciaire, réviseur de comptes, notaire, etc.)⁵⁰. Si le locataire n'est pas assisté par un mandataire, le juge devrait l'interpeler afin de l'amener à formuler précisément ses requêtes de preuves (cf. N 37 s.).
44. Une fois en possession des éléments de calculs produits par le bailleur ou des tiers, le locataire ne doit pas rester inactif, mais doit indiquer au juge les éléments du calcul du bailleur qu'il conteste⁵¹.
45. Lorsque l'immeuble est ancien (cf. N 23 ss), le locataire sera bien inspiré de solliciter que le tribunal fasse une inspection locale dans l'immeuble considéré, vu l'importance qu'auront les constatations concrètes pour déterminer le loyer initial en pareille hypothèse (cf. N 97 ss et 115 ss).

⁴⁹ Ibidem.

⁵⁰ ATF 142 III 568, cons. 2.1, DB 2016, N 19 ; RUBLI, p. 45-46.

⁵¹ LACHAT (Bail à loyer), p. 428 ; FETTER, N 515.

b) Cas du complètement du contrat par le juge

46. Selon FETTER, la maxime inquisitoire impose au juge, en cas de nullité du contrat sous l'angle du loyer, d'ordonner de son propre mouvement un calcul de rendement au bailleur et la production des pièces y relatives, lorsque le calcul est possible⁵². Cette différence, par rapport à ce qui prévaut dans le cadre d'une contestation du loyer initial, se justifie par le pouvoir plus étendu laissé au juge par la jurisprudence du Tribunal fédéral (cf. N 31 ss). Nous nous rallions à cette opinion.
47. Au demeurant, il est permis de se demander si le bailleur n'a pas un devoir de coopération accru lorsque le loyer est nul, en tant qu'il supporte le fardeau de la preuve de la quotité de sa créance de loyer⁵³.

F. Synthèse

48. Il résulte des sections qui précèdent (cf. N 9 ss) que de nombreux facteurs peuvent conditionner la marge de manœuvre du juge (limites, pouvoir d'appréciation plus ou moins grand, possibilité d'effectuer un calcul de rendement au vu de l'âge de l'immeuble, conclusions des parties, invocation par ces dernières du critère du rendement et enfin, collaboration des parties à l'instruction). Tous ces éléments peuvent se combiner de manière aléatoire, si bien qu'un procès ne ressemble jamais à un autre.
49. Il existe certes des cas simples. On pense, en premier lieu, au cas d'un litige portant sur le loyer initial d'un logement situé dans un immeuble qui n'est pas ancien, lorsque les parties ont porté les débats sur le critère du rendement net et collaboré à l'instruction, de manière que le juge dispose de tous les éléments permettant de calculer le loyer initial selon ce critère. On peut également penser au cas où le bailleur fonde le loyer initial sur des critères relatifs, sans que le locataire

⁵² FETTER, N 571.

⁵³ C'est semble-t-il l'avis des juges vaudois : CREC I du 03.11.2010, CdB 2011 49 ; TC VD, CACI 04.05.2017/348.

n'élargisse le cadre du débat judiciaire. Il suffit alors au juge d'appliquer la méthode relative.

50. Toutefois, la tactique procédurale (principalement le refus de collaboration du bailleur qui ne souhaite pas se « tirer une balle dans le pied » en produisant les éléments permettant de calculer le rendement), les lacunes dans la coopération du locataire (qui par exemple ne formule pas de requête en vue de la production des pièces permettant d'établir le calcul du rendement), et les limites objectives liées à l'âge de l'immeuble, rendent rarement envisageable un scénario idéal. Le praticien doit alors composer.

III. Eléments à prendre en considération pour déterminer le loyer initial

A. Remarques préliminaires

51. Comme nous venons de le voir dans la première partie de la présente contribution, le juge n'aura pas toujours les mêmes éléments à disposition, lorsqu'il parviendra à la dernière étape de son raisonnement consistant à déterminer le montant du loyer initial. En pratique, deux situations typiques se présentent fréquemment, selon que le juge aura la possibilité ou non de déterminer le loyer initial sur la base d'un calcul de rendement (brut ou net).
52. Partant, nous limiterons les considérations qui suivent à l'examen de deux cas de figure :
- L'immeuble n'est pas ancien et le locataire a invoqué le critère du rendement ; seuls certains éléments de preuve sont disponibles pour établir un calcul de rendement net de la chose louée, parce que le bailleur, respectivement les tiers interpellés par le juge, n'ont pas souhaité ou pu collaborer à la preuve (cf. N 54 ss).
 - Pour toute autre raison, le calcul de rendement (brut ou net) est impraticable : l'immeuble est ancien ; l'omission par le locataire d'invoquer le critère du rendement (net ou brut) ; le défaut de collaboration du bailleur ou des tiers dans l'administration de la

preuve ; la carence du locataire qui a omis de faire état d'un minimum d'éléments ou d'en solliciter la production par des tiers ; etc. En pareil cas de figure, le juge devra recourir à des données abstraites (principalement des statistiques) (cf. N 73 ss) et/ou à d'autres « sources d'inspiration » (cf. N 108 ss).

53. On ne doit toutefois pas perdre de vue que théoriquement, le critère des loyers usuels est également d'une importance primordiale, mais qu'en raison des difficultés de preuve liées à celui-ci, il est assez peu utilisé en pratique, sous la forme orthodoxe de la production de cinq exemples comparatifs⁵⁴.

B. Premier cas de figure typique : un calcul de rendement est envisageable par le recours à des données abstraites

1. Généralités et principes

54. En raison du paysage économique de taux d'intérêt bas, joint à une surchauffe du marché immobilier dans les centres urbains, le locataire a intérêt à voir le loyer initial être basé sur les coûts, et le bailleur a peu d'intérêt à coopérer à l'administration de la preuve du loyer lui procurant un rendement admissible, car il a avantage à ce que le loyer obéisse à des règles de marché⁵⁵. Ses partenaires contractuels, qui détiennent des pièces utiles à l'exécution du calcul de rendement, seront également peu enclins à compromettre les relations nouées avec lui en donnant suite aux requêtes du juge⁵⁶. Il en résulte donc régulièrement une carence d'éléments probants pour exécuter le calcul du rendement.
55. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, si le bailleur s'abstient de coopérer et omet de produire les pièces (ou certaines d'entre elles)

⁵⁴ Sur la preuve en matière de loyers usuels (art. 269a lit. a CO) : ATF 141 III 569, cons. 2.2.1, DB 2016, N 27 ; 139 III 13, cons. 3.3.1, DB 2013, N 13 ; 136 III 74, cons. 3.1, DB 2010, N 18 ; 123 III 317, cons. 4a, DB 1998, N 16.

⁵⁵ LACHAT (Bail à loyer), p. 524.

⁵⁶ Ces tiers s'exposent néanmoins aux sanctions listées à l'art. 167 al. 1 CPC. Les juges sont peu enclins à faire usage de celles-ci.

permettant l'établissement du calcul de rendement, le juge en tient compte dans l'appréciation des preuves⁵⁷ et peut conclure que le bailleur masque ainsi un rendement abusif de la chose louée⁵⁸.

56. Le Tribunal fédéral ajoute que, s'il dispose de données statistiques cantonales ou communales, même si elles ne sont pas suffisamment différenciées au sens de l'art. 11 al. 4 OBLF, le juge ne peut se contenter de tirer les conséquences du refus du bailleur, mais doit faire intervenir ces données dans le cadre de l'appréciation globale des preuves, puisque ces données statistiques constituent, *faute de mieux*, un repère objectif pouvant être pris en compte pour fixer le loyer admissible⁵⁹.
57. Nous comprenons cette jurisprudence du Tribunal fédéral comme suit. Face à un échec de la preuve résultant d'un refus ou d'une négligence⁶⁰ du bailleur dans l'administration de la preuve (*Beweisvereitelung*), le juge peut autoriser la partie locataire, chargée du fardeau de la preuve, à recourir à des *données abstraites* (i.e. des données générales d'expérience qui ne sont pas déduites des pièces produites), en lieu et place des éléments concrets de preuve (comme les documents comptables propres à l'immeuble en question)⁶¹.

⁵⁷ ATF 142 III 568, cons. 2.1, DB 2016, N 19.

⁵⁸ TBx de la Sarine du 05.09.2013, RFJ 2013 126, cons. E.a) ; FETTER, N 517 ; CPra Bail-BOHNET, art. 269 CO N 75 et les réf. citées.

⁵⁹ ATF 142 III 568, cons. 2.1, DB 2016, N 19.

⁶⁰ KUKO ZPO-SCHMID, art. 157 CPC, N 11 : pareille négligence peut être consacrée par un acte qui précède le début du procès. Il en va ainsi à notre avis d'un bailleur qui ne conserverait pas des pièces utiles au calcul du rendement de la chose louée.

⁶¹ KUKO ZPO-SCHMID, art. 157 N 12 ; BSK-ZGB I-LARDELLI, art. 8 CC N 81 : en présence d'un échec de la preuve lié à un comportement obstructionniste d'une partie en possession d'éléments probants, mais refusant de les produire, le juge peut mettre la partie ainsi défavorisée au bénéfice d'un allègement de la preuve (p. ex. : recours à des données abstraites, comme un indice boursier, pour calculer la valeur d'un dépôt).

58. Un allègement similaire de la preuve, permettant de recourir à des données abstraites, découle de l'application analogique de l'article 42 al. 2 CO⁶².
59. Une certaine abstraction est au demeurant fréquente en matière de fixation du loyer⁶³. Et le Tribunal fédéral autorise le recours à des données abstraites, lorsque le bailleur connaît des difficultés dans la preuve de l'évolution des charges d'entretien et d'exploitation de son immeuble⁶⁴.
60. A notre avis, le recours suggéré ci-après (cf. N 62 ss) à d'autres données abstraites que les statistiques est autorisé par la jurisprudence du Tribunal fédéral, qui indique bien que ces dernières ne sont qu'un pis-aller, sur lequel il convient de se baser uniquement « faute de mieux ». La méthode proposée évite également de permettre à une partie ne collaborant pas à l'administration de la preuve de bénéficier d'une « prime à l'abus »⁶⁵.
61. La solution ci-après dessinée n'est par ailleurs pas préjudiciable à l'excès au bailleur, ce dernier conservant la possibilité de se soustraire à un calcul de rendement basé sur des éléments abstraits, en produisant les pièces probantes en sa possession.

2. L'immeuble est une construction récente (art. 269a lit. c CO)

62. Il peut arriver que le locataire qui conteste son loyer initial ou sollicite la fixation judiciaire du loyer, soit preneur d'un logement situé dans une construction récente, à savoir un immeuble construit il y a dix

⁶² A propos de l'application de l'art. 42 al. 2 CO dans l'ensemble des domaines du droit privé : PASQUIER, N 360 ss.

⁶³ Le rendement brut (art. 269a lit. c CO) est calculé au moyen d'un taux qui tient compte des coûts supportés par le propriétaire, établis en fonction de données générales et abstraites : Co-SVIT, art. 269a CO N 87. Autres exemples de recours à des données abstraites en matière de bail : SPIRIG/WETTSTEIN, p. 173-174.

⁶⁴ TF du 17.07.2013, 4A_88/2013, cons. 4.1, CdB 2013 114.

⁶⁵ Critique quant à la jurisprudence du Tribunal fédéral qui privilégierait pareille prime à l'abus : CPra Bail-DIETSCHY-MARTENET, art. 270 N 64.

années au plus. En pareille hypothèse, un calcul de rendement brut est permis (cf. N 27 s.).

63. Le juge peut y recourir, notamment lorsque le bailleur ne collabore pas à la preuve, pour peu que le locataire y conclue et amène des éléments probants permettant d'établir le coût de revient. Dans une affaire genevoise⁶⁶, le Tribunal des baux et loyers a ainsi déterminé le loyer initial sur la base du coût de construction de l'immeuble, que les locataires avaient pu établir au moyen d'une publication sur le site internet « *architectes.ch* », ainsi que sur la base du prix du terrain allégué par le propriétaire. Les locataires avaient également produit un état locatif mensuel de l'immeuble qui leur avait été remis par la régie.

3. L'immeuble n'est plus d'une construction récente

64. Plusieurs situations peuvent se présenter dans ce contexte.
65. Il peut advenir qu'au cours des débats, le bailleur allègue des données utiles au calcul du rendement, sans les étayer par des documents. De tels éléments, en dépit d'une éventuelle contestation du locataire, peuvent servir de base à la décision du juge sur le loyer initial, « faute de mieux ». Bien entendu, le juge ne devrait pas fixer le loyer initial sur la base d'éléments allégués et contestés, en dehors d'un examen fondé sur des repères objectifs. Toutefois, si pareille mise en perspective des résultats du calcul de rendement est possible, le juge ne devrait pas y renoncer. Pareille situation peut être illustrée par une affaire vaudoise⁶⁷, où les juges ont déterminé le loyer initial sur la base d'un calcul de rendement, établi au moyen d'allégués non prouvés par les bailleurs. Les premiers juges ont pris la peine de confronter le résultat du calcul de rendement net avec les valeurs d'expérience connues de leur tribunal spécialisé et paritaire. Ce mode de faire a été confirmé par la Cour d'appel.

⁶⁶ Arrêt de la Cour de justice du 16.01.2017 (ACJC/53/2017) qui a donné lieu à l'arrêt TF du 21.09.2017, 4A_93/2017.

⁶⁷ TC VD, CACI 04.05.2016/434 ayant donné lieu à l'arrêt TF du 18.04.2017, 4A_513/2016.

66. Il peut également arriver que les parties, ou les tiers invités à collaborer à la preuve, produisent des éléments probants lacunaires. A notre avis, le juge peut compléter un calcul de rendement au moyen de données abstraites. Il en va ainsi lorsque seul manque pour parfaire le calcul le montant des charges d'exploitation et d'entretien.
67. Celles-ci peuvent être établies sur la base de données forfaitaires. La doctrine⁶⁸ cite pour un immeuble d'habitation, un pourcentage de l'état locatif variant entre 15% et 20% des recettes locatives, à l'exclusion des montants payés au titre des frais accessoires usuels (frais de production du chauffage et de l'eau chaude). Il en va de même des manuels d'estimation immobilière⁶⁹.
- D'autres auteurs⁷⁰ estiment les charges d'exploitation et d'entretien en utilisant des pourcentages appliqués au coût de construction du bâtiment, de l'ordre de 1,5 à 1,75%.
68. L'exemple suivant illustre la possibilité pour le juge de recourir à pareille valeur forfaitaire :
- Prenons le cas d'un locataire ayant contesté le loyer initial de son logement et sollicité auprès du registre foncier une copie de l'acte de vente. Il ressort de ce dernier que l'acquisition a été intégralement faite en fonds propres⁷¹. Le bailleur ou sa régie a produit l'état locatif de l'immeuble (ou la surface en m² totale des logements résulte de l'acte de vente).
 - Le juge dispose ici des données lui permettant de calculer le rendement des fonds propres (par réévaluation du montant indiqué dans l'acte de vente). Il n'y a pas de charges financières, compte tenu du mode de financement.

⁶⁸ WALZ, N 192.

⁶⁹ FIERZ, p. 765 (ce qui inclut 3-5% de frais de gestion et 10-12% de frais d'exploitation).

⁷⁰ GRATZ, p. 30.

⁷¹ SPIRIG/WETTSTEIN, p. 172 : ce cas de figure n'est pas rare dans le paysage économique actuel, les bailleurs institutionnels, notamment, ayant fréquemment des liquidités en abondance à investir.

- Le juge ne peut pas faire abstraction des charges d'exploitation et d'entretien⁷². Toutefois, dans la mesure où il dispose de l'état locatif, il lui sera possible de tenir compte des charges d'exploitation et d'entretien, à concurrence d'un montant maximal de 20% des recettes locatives (frais accessoires de chauffage/eau chaude exclus). Il pourra alternativement appliquer un pourcentage de 1,5% à 1,75% au prix d'acquisition, ce qui d'ailleurs s'avère favorable au bailleur, puisque ce prix tient également compte des coûts du terrain, qui n'a pas besoin d'être entretenu.
69. Lorsqu'il ressort de l'acte de vente, que le locataire s'est procuré auprès du registre foncier, que le financement n'a pas été fait intégralement en fonds propres, il est également possible de considérer la structure de financement (fonds propres/fonds étrangers) telle qu'elle ressort de l'acte de vente (charge au bailleur d'en indiquer les modifications s'il souhaite collaborer à la preuve). Les fonds propres pourront être réévalués selon les règles usuelles, et des charges financières prises en considération au taux de référence annoncé par l'Office fédéral du logement. Les charges d'exploitation et d'entretien pourront être déterminées comme indiqué ci-dessus.
70. Lorsque le loyer est nul, le pouvoir d'appréciation du juge est plus étendu (cf. N 19 ss). En pareille hypothèse, il se justifie de permettre au juge de prendre en considération des valeurs abstraites pour établir le *prix de revient* de l'immeuble⁷³ (p.ex. : la valeur de l'assurance incendie). Dans une affaire neuchâteloise⁷⁴, le locataire se prévalait de la valeur de l'assurance incendie pour calculer le rendement ; le bailleur avait fourni un contrat constitutif d'hypothèque. En dépit de savoir si le prêt avait vraiment servi au financement de l'immeuble, le juge a pris ce dernier en considération, pour établir le montant des fonds propres, après réévaluation de la valeur de l'assurance incendie.

⁷² TC VD CACI du 10.02.2014/93, cons. 5.c).

⁷³ Le recours à des valeurs objectivées est en principe expressément prohibé par la jurisprudence du Tribunal fédéral pour établir le prix de revient : ATF 122 III 257, cons. 3b/bb, JdT 1997 I 595, DB 1997, N 15.

⁷⁴ TC NE, CACIV 2015 27, RJN 2016 164.

Le montant des charges financières ressortait quant à lui du contrat constitutif produit par le bailleur. Les charges d'exploitation ont été établies sur la base de forfaits.

71. Ce jugement, que nous approuvons sur le principe, souffre toutefois de plusieurs défauts, qui peuvent être aisément corrigés.

- En premier lieu, la valeur de l'assurance incendie ne prend pas en compte la valeur du terrain⁷⁵. Par contre, s'agissant d'une valeur à neuf, elle prend en compte des coûts de construction actualisés, ce qui est favorable au bailleur. Il aurait toutefois été possible de reconstituer le coût de revient (terrain inclus) en partant de la valeur d'assurance⁷⁶. La pratique immobilière considère que la valeur de l'immeuble et celle du terrain s'établissent dans une proportion 70/30. On peut donc retenir la formule suivante pour reconstituer le coût de revient :

Valeur d'assurance + (valeur d'assurance/70 x 30).

- Exemple :

La valeur d'assurance incendie de l'immeuble s'établit à CHF 1'250'000.-.

Le prix de revient sera calculé comme suit :

$$1'250'000.- + (1'250'000.-/70 \times 30) = \text{CHF } 1'785'700.-^{77}.$$

- En second lieu, les juges ont mal estimé les charges d'exploitation et d'entretien. En effet, le jugement a considéré des charges courantes et d'entretien à concurrence de 1,5% de l'état locatif, en se basant sur un ouvrage de doctrine qui évoquait une variation *relative*, soit une évolution des coûts annuels. Comme indiqué ci-dessus, il aurait fallu tenir compte d'une quotité de 15% à 20% de l'état locatif.

⁷⁵ GRATZ, p. 32 et 186.

⁷⁶ Voir à ce propos GRATZ, p. 32.

⁷⁷ L'exemple est tiré de GRATZ, p. 32.

Quoi qu'il en soit, ce cas illustre à nos yeux la très large marge d'appréciation dont dispose le juge pour fixer un loyer initial nul, et doit être approuvé dans la démarche.

72. Nous sommes enfin favorables à la possibilité pour le juge, dans le cadre de sa très large marge d'appréciation lorsqu'il lui appartient de compléter le contrat, de recourir à un calcul de rendement brut, même si l'immeuble a été bâti il y plus de dix ans (cf. N 27 s.).

C. Second cas de figure typique : aucun calcul de rendement n'est envisageable (recours à des statistiques de loyers)

1. Les statistiques de loyers

a) Statistiques officielles vs statistiques privées

73. Seul le recours à des statistiques officielles est autorisé par la jurisprudence du Tribunal fédéral⁷⁸. L'art. 11 al. 4 OBLF est à cet égard limpide (« statistiques officielles »).
74. Par ailleurs, comme le relève la doctrine⁷⁹, seules ces dernières bénéficient de la neutralité suffisante, étant précisé que les statistiques peuvent refléter l'avis de celui qui les produit. Il n'est ainsi pas farfelu de craindre que des statistiques privées puissent être biaisées à la hausse⁸⁰.
75. Au demeurant, seules les statistiques officielles peuvent être considérées comme notoires (cf. N 77 s.).
76. La jurisprudence du Tribunal fédéral a admis le recours à des statistiques communales vaudoises⁸¹ et à l'annuaire statistique du

⁷⁸ ATF 142 III 568, cons. 2.1 (statistiques cantonales ou communales), DB 2016, N 19. *Contra* : BLUMER, N 446 ; Co-SVIT, art. 269a CO N 30.

⁷⁹ ZK-HIGI, art. 269a CO N 62.

⁸⁰ Voir à ce sujet : NZZ du 22.07.2013, *Mehr Schein als Sein an der Bahnhofstrasse* (cas d'un groupe de location ayant délibérément produit des statistiques biaisées pour justifier des locations à un prix au m² exagéré).

⁸¹ TF du 15.02.2016, 4A_461/2015, cons. 4.2, DB 2016, N 18.

canton de Fribourg⁸². Le Tribunal fédéral a également, à réitérées reprises, admis le recours aux statistiques établies par l'office cantonal genevois⁸³.

b) Le caractère notoire des statistiques officielles

77. Seules les statistiques officielles, bénéficiant d'une empreinte officielle, peuvent être considérées comme notoires, puisque facilement accessibles et provenant de sources non controversées⁸⁴.
78. Les statistiques officielles disponibles sur le site internet du canton ou de la commune n'ont ainsi pas besoin d'être alléguées ou prouvées⁸⁵.

c) Des statistiques insuffisamment détaillées

79. Lorsque le juge est amené à déterminer le loyer initial, il peut recourir à des statistiques officielles, même insuffisamment détaillées, tant dans le cadre d'une contestation d'un loyer initial fixé selon les règles prescrites, que dans celui d'un complètement du contrat partiellement nul⁸⁶.
80. Il n'y a pas en Suisse de statistiques suffisamment détaillées au sens de l'art. 11 al. 4 OBLF. Ce n'est notamment pas le cas des statistiques officielles des cantons de *Bâle-Ville et Genève*. Celles-ci ont pourtant expressément pour ambition de servir de repères aux autorités de conciliation de ces cantons, et sont établies sur la base de milliers d'observations, effectuées périodiquement par les offices statistiques de ces cantons, selon des critères divers⁸⁷. Les données disponibles pour la plupart des *autres cantons* sont beaucoup plus parcimonieuses,

⁸² TF du 11.04.2014, 4A_623/2013, cons. 2.2.3.

⁸³ ATF 142 III 568, cons. 2.1, DB 2016, N 19. Sur la statistique genevoise, comparée avec la statistique cantonale bâloise des loyers : TF du 11.03.2008, 4A_472/2007, cons. 2.2 et 2.4.

⁸⁴ ATF 143 IV 380, cons. 1.2.

⁸⁵ Arrêt de la Cour de justice du 15.06.2015 (ACJC/690/2015), cons. 5.1.

⁸⁶ ATF 142 III 568, cons. 2.1, DB 2016, N 19.

⁸⁷ Voir à propos des statistiques de Bâle-Ville : Mietpreisraster, Basel-Stadt, Februar 2018, disponible sur le site www.statistik.bs.ch.

puisqu'issues du relevé structurel de l'Office fédéral de la statistique. Cette enquête observe les structures socioéconomiques de la population suisse, et n'a pas vocation à établir une statistique spécifique à l'attention des autorités de conciliation.

d) Où trouver des données statistiques ?

81. Pour la Suisse romande, on peut trouver des statistiques officielles sur les sites internet suivants, notamment :

- Office fédéral de la statistique :
 - www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/construction-logement.html
- Genève :
 - www.ge.ch/statistique/prestations/calcul_loyer.asp
- Neuchâtel :
 - www.ne.ch > Autorités > DEAS > Service de la statistique > Tous les domaines > 09.Construction et logement
- Vaud :
 - www.scris.vd.ch > Statistiques par domaine > 09.Construction et logement > Conditions d'habitation > Tableaux
 - www.lausanne.ch/officiel/statistique/themes/09-Construction-logement.html
- Fribourg :
 - www.fr.ch/sstat/files/pdf96/annuaire_internet_2018.pdf
- Jura :
 - www.jura.ch > Autorités > Chancellerie d'Etat > information et communication > service statistique > site de la statistique publique > statistiques > prix et loyers.

e) Les statistiques ne sont pas un oreiller de paresse

82. Comme relevé par la jurisprudence du Tribunal fédéral, les statistiques insuffisamment différenciées ne sont qu'un pis-aller⁸⁸. Le juge n'est ainsi pas autorisé à faire abstraction, par commodité, d'éléments comparatifs ou permettant de calculer le rendement de la chose louée, en recourant sans autre à des données statistiques⁸⁹.

f) Valeur moyenne vs valeur médiane

83. Il arrive (rarement) que les statistiques disponibles permettent de recourir à une valeur médiane plutôt qu'une valeur moyenne. La valeur médiane et la valeur moyenne sont deux valeurs qui donnent une indication de la valeur centrale des observations ayant permis de construire la statistique.
84. La moyenne se définit comme le rapport entre la somme des loyers et le nombre de logements observés. C'est la notion la plus commune. Elle est toutefois très influencée par les observations extrêmes et peut être, selon les cas, tirée vers le haut ou vers le bas⁹⁰.
85. La médiane correspond à la valeur pour laquelle la moitié des données lui sont inférieures, l'autre moitié supérieure. Le loyer médian n'est pas influencé par des observations anormalement grandes ou anormalement petites. Pour cette raison c'est la valeur la plus significative, lorsqu'on dispose d'assez d'observations et qu'elles ne sont pas trop éparpillées⁹¹.

⁸⁸ ATF 142 III 568, cons. 2.1, DB 2016, N 19.

⁸⁹ TF du 23.09.2013, 4A_674/2012, cons. 3, DB 2014, N 14.

⁹⁰ Le niveau des loyers à Genève, p. 8 ; Arrêt de la Cour de justice du 12.02.2018, CdB 2018 61, cons. 4.2.

⁹¹ Ibidem.

86. La valeur médiane devrait être privilégiée quand elle est connue⁹²⁻⁹³. Eloignée des extrêmes, elle est plus indiquée pour tenter de capturer le loyer usuel (art. 269a lit. a CO)⁹⁴.

g) Priorité à la statistique au m² lorsqu'elle est disponible

87. Les logements plus grands étant notoirement plus chers que les logements plus petits, la statistique au m², lorsqu'elle est disponible, doit être utilisée en priorité⁹⁵.

h) Recours à une « moyenne consolidée » ?

88. Il peut arriver que les statistiques officielles fournissent de nombreuses données : loyer moyen mensuel par pièce ou par m², selon le quartier, selon l'ancienneté de la location, etc.
89. La Cour de justice genevoise recourt parfois à plusieurs valeurs statistiques (médianes ou moyennes), puis établit une sorte de « moyenne consolidée » de celles-ci. Dans d'autres domaines que les loyers, le Tribunal fédéral a proscrit pareille « moyenne de moyennes »⁹⁶. A juste titre, car la méthode de la « moyenne des moyennes » confine parfois au byzantinisme, tant elle est compliquée⁹⁷.

⁹² ZK-HIGI, art. 269a CO N 73 souligne à juste titre que pour recourir à une valeur moyenne, il faut disposer de statistiques lissées, pour éliminer les biais induits par les observations très élevées ou très petites.

⁹³ Arrêt de la Cour de justice du 28.09.2015 (ACJC/1150/2015), cons. 5.4.2 ; TBx de la Sarine du 05.09.2013, cons. E.a), RFJ 2013 126. Dans le registre voisin des statistiques salariales, le Tribunal fédéral a estimé que la valeur médiane devait avoir la préférence, puisque plus représentative de la réalité : TF du 08.09.2014, 4A_260/2014, cons. 5.4 et ATF 142 V 178, cons. 2.5.7.

⁹⁴ BSK-WEBER, art. 269a CO N 2d : le loyer usuel du quartier est l'indicateur d'une tendance. Il ne saurait équivaloir à la moyenne de différentes observations comportant de très grands écarts : cf. ATF 123 III 317, cons. 4c/bb, DB 1998, N 16.

⁹⁵ SCHWAAB, N 134.

⁹⁶ ATF 142 V 178, cons. 2.5.7.

⁹⁷ Voir par exemple : Arrêt de la Cour de justice du 09.04.2018 (ACJC/418 2018) où la Cour genevoise se livre à une démonstration basée sur des observations statistiques

90. En réalité, une observation moyenne est toujours différente d'une autre, car les effectifs (*i.e.* le nombre d'observations faites pour établir la moyenne) ne sont pas similaires. Partant, si une valeur moyenne est obtenue par 500 observations, et une autre par un nombre considérablement plus grand (p. ex. : 1500), et qu'on établit une « moyenne de moyennes », on donne un poids équivalent aux deux valeurs moyennes utilisées, alors même que l'une d'elles est basée sur un nombre d'observations bien plus important⁹⁸.
91. La méthode de la « moyenne de moyennes » nous apparaît compliquée à l'excès et peu fiable. Il semblerait plus opportun d'identifier une valeur statistique proche du cas et l'adapter au vu des circonstances. Par exemple, en présence d'un appartement comportant une demi-pièce ou au contraire de grands espaces (cf. N 101), il faut recourir à une statistique au m² si elle existe, plutôt que de mixer des données de deux sortes de logements différents ; à défaut de données par m², le juge peut tenir compte de la surface, en majorant ou en réduisant le loyer issu de la statistique (cf. N 103).

i) Prise en compte de l'évolution récente des loyers

92. La statistique genevoise, mais également certaines statistiques privées, tiennent compte des loyers des locataires entrés au cours des 12 derniers mois. Cette statistique est dite des « nouveaux baux ». Elle est notamment utilisée par la Cour de justice genevoise pour censément illustrer la tendance du marché locatif⁹⁹.

portant sur des 5 pièces, des 6 pièces, un loyer au m², et ce pour les locataires entrés au cours des douze derniers mois et pour les baux en cours, établissant ainsi une moyenne tenant compte de pas moins de 6 valeurs statistiques différentes. Les populations statistiques (*i.e.* ce qui est observé) ne sont parfois pas les mêmes (des 5 pièces, respectivement des 6 pièces).

⁹⁸ Les statisticiens recommandent, pour éviter pareil biais méthodologique, d'effectuer une moyenne pondérée par les effectifs. Cela semble complexe à l'extrême pour déterminer un loyer initial.

⁹⁹ Cf. note de bas de page 97. Voir aussi : Arrêt de la Cour de justice du 12.02.2018, CdB 2018 61, cons. 4.2.

93. Cette méthode nous semble critiquable. Si le Tribunal fédéral prescrit certes d'utiliser des statistiques détaillées prenant en compte « l'évolution récente des loyers »¹⁰⁰, dite évolution n'est pas illustrée par les loyers des seuls locataires qui ont pris à bail leur logement récemment. En ce sens, le loyer issu de la statistique des « nouveaux baux » n'a rien d'usuel. Par ailleurs, une tendance de marché, comme celle que consacre la notion de « loyers usuels », ne peut s'examiner sur 12 mois, mais sur un laps de temps suffisamment long pour être statistiquement significatif¹⁰¹. A défaut, la statistique est marquée par trop d'aléas, et il est difficile de savoir si elle illustre une tendance durable.
94. Pour illustrer l'évolution des loyers, il serait préférable de recourir à l'indice des loyers, en examinant son évolution sur une période statistiquement significative, par exemple de 5 à 7 ans¹⁰², et en adaptant le loyer statistique utilisé en conséquence. Tous les cantons disposent d'un indice des loyers, puisque les offices cantonaux communiquent cette donnée à l'Office fédéral de la statistique, pour calculer l'indice suisse des prix à la consommation¹⁰³. La méthode suggérée ici permettrait d'uniformiser la pratique entre cantons, tout en évacuant le biais méthodologique déjà évoqué (cf. N 88 ss) d'une « moyenne des moyennes ».

j) Gare aux frais accessoires plus étendus que le chauffage et l'eau chaude !

95. Les statistiques de loyer font état d'un loyer incluant l'intégralité des frais accessoires, hormis le chauffage et l'eau chaude. En revanche, de nombreux baux sortent du loyer net une liste de frais accessoires

¹⁰⁰ ATF 141 III 569, cons. 2.2.1, DB 2016, N 27.

¹⁰¹ ATF 118 II 130, cons. 3b, DB 1993, N 11.

¹⁰² Ibidem.

¹⁰³ Les données cantonales réunies sous forme de tableau se trouvent dans l'Encyclopédie statistique de la Suisse : T.05.04.1.09.

plus étendus que les seuls frais de production du chauffage et de l'eau chaude.

96. Il convient d'y être attentif si l'on recourt à une valeur statistique pour déterminer le loyer initial. Il faudra en effet déduire du loyer, au minimum, le montant de l'acompte payé par le locataire en vertu du bail pour ces « frais accessoires plus étendus »¹⁰⁴.

k) La pondération des résultats statistiques

aa) Généralités

97. Les statistiques cantonales et communales existantes ne sont pas suffisamment détaillées (cf. N 80), car elles ne contiennent pas des données établies en tenant compte de l'emplacement, la dimension, l'équipement et l'état de la chose louée et de la période de construction¹⁰⁵. Il appartient au juge de pondérer les résultats obtenus en fonction des circonstances du cas d'espèce.
98. Dans ce contexte, une inspection locale effectuée au préalable apparaît indispensable. Elle permet, mieux qu'à l'aide de photos et de plans, de se faire une image d'ensemble de la surface des locaux, de l'état d'entretien et de l'équipement de la chose louée, et de ses éventuelles particularités (vue, nuisances, etc.).
99. La marge de pondération des résultats statistiques par le juge n'est pas illimitée. Il lui appartient de justifier soigneusement un écart important par rapport aux repères statistiques, de manière objective¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Pour un exemple : TF du 10.06.2008, 4A_129/2008, cons. 2.4 et 2.5, DB 2009, N 21.

¹⁰⁵ ATF 123 III 317, cons. 4a, DB 1998, N 16.

¹⁰⁶ Voir par exemple : TC VD, CACI du 16.02.2018/168. Arrêt de la Cour de justice du 07.12.2015 (ACJC/1503/2015), cons. 5.4 : un écart d'environ 20% du loyer ressortant des statistiques est une importante adaptation, qu'il faut motiver soigneusement, par référence aux caractéristiques de l'objet loué.

bb) L'emplacement

100. La statistique la plus ciblée géographiquement doit être privilégiée. Il faut préférer une statistique établie par communes, voire par quartiers, à celle du loyer moyen dans le canton. A défaut de statistique ciblée, le juge tiendra compte dans sa pondération du fait que les loyers sont plus élevés dans les zones urbaines et à leurs périphéries et plus faibles dans les zones rurales¹⁰⁷.

cc) Le nombre de pièces

101. Comme les statistiques sont établies par nombre de pièces, il est important de bien définir ce qu'on entend par « pièce ». Les définitions peuvent varier selon les cantons. Grossièrement, on entend par pièce un local d'au moins 9 à 12 m², comportant un jour vertical¹⁰⁸. C'est la surface habitable qui est le critère déterminant. Une petite surface inférieure à 9m² sera comptée comme une demi-pièce ; un vaste salon pourra être compté pour plus d'une unité¹⁰⁹.

dd) La surface

102. La surface est notoirement un élément qui influence beaucoup le prix. C'est pourquoi lorsque des statistiques tenant compte des m² sont disponibles, il est utile d'y recourir (cf. N 87).
103. En l'absence de statistiques au m², il faut tenir compte, à l'occasion de la pondération du loyer statistique utilisé, de la surface moyenne d'un logement dans le canton considéré. L'Office fédéral de la statistique fournit à cet égard un tableau des surfaces moyennes des logements selon le nombre de pièces, par canton¹¹⁰. Lorsque la surface constatée de l'objet s'écarte considérablement de la surface moyenne,

¹⁰⁷ Voir à ce sujet la contribution de GERHEUSER citée dans la bibliographie.

¹⁰⁸ CPra Bail-MONTINI/WAHLEN, art. 253b CO N 11.

¹⁰⁹ Ibidem.

¹¹⁰ Encyclopédie statistique de la Suisse, T 09.03.01.14. Cette statistique est également disponible sur internet sur le site de l'Office fédéral de la statistique.

le juge en tiendra compte, à la hausse ou à la baisse, pour ajuster le loyer statistique. Une surface sous les combles conduira à un abattement du loyer statistiquement observé¹¹¹.

ee) L'équipement et l'état d'entretien

104. Le juge tiendra logiquement compte de l'absence d'équipements standards ou au contraire de la présence d'équipements de standing, pour ajuster le loyer.
105. Un point mérite d'être souligné. Le critère de l'équipement doit être examiné avec une attention particulière pour les petits logements (en bonne partie les studios). L'équipement (installations de cuisine et sanitaires) est en effet presque aussi complet pour un petit logement que pour un logement plus spacieux. Le coût de ces installations y exerce donc un effet plus important sur le loyer exprimé en francs/m² que dans des logements plus grands. Aussi, en présence d'appartements de petite taille avec peu d'équipements, si le juge recourt à une statistique par m², il sera attentif à ménager un facteur d'abattement sur le loyer statistique¹¹².

ff) Les autres particularités de la chose

106. Il peut arriver que le juge se trouve en présence d'une chose louée très particulière. Il en va notamment ainsi s'il est amené à déterminer le loyer d'une villa. La jurisprudence genevoise a ainsi pu s'écarter considérablement d'un loyer mensuel moyen pour un appartement de 7 pièces, en ajoutant un montant forfaitaire mensuel de CHF 1'000.-, pour prendre en compte que le logement litigieux était une villa contiguë disposant d'un jardin¹¹³.

¹¹¹ En ce sens : Arrêt de la Cour de justice du 29.02.2016 (ACJC/264/2016), cons. 2.6.

¹¹² A propos de la sensibilité du niveau des loyers par m² à l'équipement lorsque le logement est petit : Surfaces et loyers, p. 15-16.

¹¹³ Arrêt de la Cour de justice du 16.02.2015 (ACJC/158/2015), cons. 6.2.

2. Autres données envisageables ?

107. A notre sens, il n'y a pas à considérer d'autres données que les statistiques officielles. Le Tribunal fédéral a pu à tout le moins indiquer que les annonces de location (qui ne sont certainement pas évocatrices du loyer usuel dans un quartier, car il s'agit de « loyers de l'offre ») n'étaient pas un élément à prendre en compte¹¹⁴. Il n'y a pas lieu non plus de prendre en considération des données issues d'études tirées de magazines¹¹⁵.

D. Les autres éléments à prendre en considération pour déterminer le loyer

1. L'attitude du bailleur

a) Cas de la nullité du loyer initial

108. La jurisprudence du Tribunal fédéral tient expressément compte de la violation intentionnelle et abusive par le bailleur des règles formelles valables au début du bail, notamment lorsque délibérément il ne remet pas la formule obligatoire prévue par le canton pour fixer le loyer initial, dans l'objectif de s'éviter une contestation dudit loyer¹¹⁶. En pareille hypothèse, le juge peut sanctionner cela lors de la fixation du loyer. Par exemple, il peut tenir compte du dernier loyer, particulièrement lorsque le nouveau loyer a été considérablement augmenté. A nos yeux, si un calcul de rendement basé sur des valeurs abstraites (cf. N 54 ss) conduit à un loyer plus bas, le juge peut aussi y avoir recours. Si, par contre, la nullité du loyer est induite par une carence dans la motivation, en soi moins condamnable, le juge peut se montrer moins rigoureux, par exemple en tenant compte, en plus du dernier loyer, d'éventuelles prestations à plus-value du bailleur¹¹⁷.

¹¹⁴ ATF 141 III 569, cons. 3.2.2, DB 2016, N 27.

¹¹⁵ TF du 11.04.2014, 4A_623/2013, cons. 2.2.3 ; *contra* : BSK-WEBER, art. 270 N 12 qui fait une lecture différente de l'arrêt précité.

¹¹⁶ ATF 120 II 341, cons. 6c, DB 1995, N 23.

¹¹⁷ BSK-WEBER, art. 270 N 12.

b) Cas de la contestation du loyer initial fixé selon les règles prescrites

109. L'attitude du bailleur n'est pas sans pertinence dans le cadre de l'art. 270 al. 1 CO. Il ne s'agit toutefois plus de son attitude lors de la conclusion du bail, comme dans la section précitée, mais plutôt de celle affichée au cours de la procédure. S'il se montre obstructionniste et de mauvaise foi dans la phase d'administration de la preuve, notamment parce qu'il se refuse obstinément à ne pas collaborer à la preuve du rendement de la chose louée, le juge devrait allouer au locataire le plein de ses conclusions, pour peu que celles-ci ne s'avèrent pas farfelues (les statistiques cantonales ou communales peuvent ici servir de points de repères)¹¹⁸.

2. Le loyer payé par le précédent locataire

110. D'emblée, il faut relever que le loyer du précédent locataire n'est pas un oreiller de paresse permettant de fixer le loyer à ce niveau-là. Cela demeure vrai en toute hypothèse, que le juge soit lié par les critères des articles 269 et 269a CO ou qu'il doive fixer un loyer convenable parce que le loyer est nul¹¹⁹.
111. Le dernier loyer n'est en tout cas pas un point de référence infranchissable, si le locataire soutient que l'ancien loyer était abusif et que l'immeuble n'est *pas ancien*¹²⁰. Le loyer du précédent locataire est en revanche une limite inférieure *de facto* dans le cas suivant : l'immeuble est *ancien* et le bailleur a augmenté le loyer de plus de 10%, mais il ne parvient pas à renverser la présomption que le loyer initial serait abusif¹²¹. Le cadre des débats est borné par l'examen du loyer usuel dans le quartier (cf. N 28 s.). Dans ce contexte, le recours à des statistiques insuffisamment différenciées ne permet pas au locataire de démontrer que le dernier loyer serait déjà abusif, si bien

¹¹⁸ FETTER, N 517 ; ZK-HIGI, art. 270 CO N 86 ; BSK-WEBER, art. 269 CO N 12a.

¹¹⁹ TF du 17.11.2006, 4C.281/2006, cons. 2 ; TF du 28.08.2012, 4A_250/2012, cons. 2.4.

¹²⁰ TF du 28.02.2011, 4A_3/2011, cons. 5.2.

¹²¹ ATF 139 III 13, cons. 3.1.4-3.2-3.3, DB 2013, N 13.

que dans les faits, il constitue une limite inférieure infranchissable¹²², sauf si le locataire amenait cinq exemples comparatifs.

112. Lorsque le loyer n'a pas été valablement fixé (nullité), d'aucuns estiment que le loyer du précédent locataire constitue alors une limite supérieure, au-delà de laquelle le juge ne saurait fixer le loyer¹²³. Nous abondons en ce sens, tout au moins en cas d'omission délibérée de remise de la formule obligatoire prévue par le canton.
113. En outre, certains estiment qu'il convient de faire réagir le loyer du précédent locataire à l'évolution des critères relatifs (par exemple une baisse du taux hypothécaire depuis l'époque de la fixation du précédent loyer). Cela n'est possible à nos yeux que dans l'hypothèse où le loyer est nul, vu la large marge d'appréciation dont bénéficie le juge et le fait qu'il n'est pas tenu par les arguments juridiques des parties¹²⁴. Par contre, il ne peut en aller de même lorsque le loyer a été valablement fixé selon les règles prescrites, car cela reviendrait à faire « comme si » le bailleur avait invoqué la méthode relative pour fixer le loyer initial, même lorsque cela n'est pas le cas¹²⁵.
114. En définitive, le loyer du précédent locataire est surtout une béquille pour le juge, lorsque le loyer est nul et qu'il ne dispose d'aucun autre élément lui permettant de déterminer le loyer initial.

3. Les prestations supplémentaires

a) Généralités

115. Cette problématique se présente principalement lorsque le juge est amené à déterminer le loyer initial dans le cadre d'une sous-location (cf. N 123 ss). Par « prestations supplémentaires », l'on pense alors surtout à des éléments mobiliers, plus rarement des services.

¹²² TF du 06.12.12, 4A_475/2012, cons. 2.4.3.

¹²³ HULLIGER/HEINRICH, art. 270 CO N 7.

¹²⁴ En ce sens : FETTER, N 564.

¹²⁵ En ce sens : TBx de la Sarine 05.09.2013, RFJ 2013 126, cons. E.e).

116. Il appartient au bailleur qui se prévaut de prestations supplémentaires d'alléguer et de démontrer les montants liés à ses investissements (art. 8 CC). Lorsque pareils investissements doivent être considérés dans le cadre d'un calcul de rendement net, il faut en tenir compte en réévaluant les fonds propres (si les travaux ont été financés par des fonds propres) ou dans l'augmentation des charges financières (lorsque les travaux ont été financés par un emprunt).

b) Les meubles

117. Il arrive souvent que les parties aient signé un contrat de bail et une *convention séparée sur les meubles*. Le fait que le contrat portant sur les meubles soit distinct du bail ne permet pas d'échapper à un contrôle du loyer global, compte tenu de l'art. 253a al. 1 CO, qui prévoit que les dispositions concernant les baux d'habitation s'appliquent aussi aux choses dont l'usage est cédé avec celles-ci¹²⁶. Il faut néanmoins réserver la possibilité que les parties aient décidé de soumettre les deux conventions à un sort juridique différent (tel sera le cas si la convention sur les meubles peut être résiliée indépendamment du bail). A défaut, les contrats seront intimement liés et il convient de considérer le loyer de l'appartement et celui visant les objets mobiliers comme un tout¹²⁷.
118. Pour déterminer la valeur des prestations supplémentaires, il convient idéalement d'effectuer un calcul de rendement tenant compte de la valeur des meubles, et d'un amortissement de ces derniers¹²⁸. Si le bailleur ne démontre pas la date d'acquisition des meubles, ainsi que leur prix, il ne saurait prétendre à cet égard à un complément sur le loyer fixé par le juge. Lorsque selon les circonstances, il pourra apparaître acceptable qu'il n'ait pas conservé les justificatifs des investissements (p. ex., en cas de location par quelqu'un qui n'est pas

¹²⁶ TF du 10.01.2012, 4A_490/2011, cons. 4.1, DB 2012, N 12.

¹²⁷ Ibidem.

¹²⁸ TF du 04.07.2016, 4A_607/2015, cons. 5 pour un exemple.

professionnel de l'immobilier), on pourra recourir à un montant forfaitaire *en francs*, qui est préférable à un pourcentage du loyer.

119. On constate en effet, en pratique, une tendance des tribunaux à considérer que le loyer peut être majoré de 15% à 20% lorsqu'un logement est loué meublé¹²⁹. Pareil automatisme perd de vue que ce pourcentage de 20% a été utilisé par le Tribunal fédéral dans un tout autre contexte, consistant à dire si une sous-location pouvait être refusée¹³⁰, et non pas pour fixer un loyer conforme aux art. 269 et 269a CO.
120. Un montant forfaitaire *en francs* est en revanche admissible. Il n'y a en effet pas de raison de faire dépendre la valeur du mobilier du loyer du logement ; le loyer du mobilier varierait à la hausse ou à la baisse suivant l'importance du loyer, pour des meubles au demeurant identiques. En conséquence, un montant mensuel de CHF 30.- à CHF 50.- devrait être admis pour des meubles sans qualités particulières, montant qui devrait être modulé à la hausse selon la quantité et le standing des éléments mobiliers mis à disposition par le bailleur. En revanche, la mise à disposition d'un simple lit, ou d'un guéridon sur le balcon, ou encore d'une table et de quelques chaises, ne devrait justifier aucun supplément, lorsqu'il s'agit d'éléments mobiliers sans qualités particulières.

c) Les autres services

121. Si le bailleur met à disposition du locataire d'autres services, par exemple un service de nettoyage¹³¹ ou une connexion internet, il faut tenir compte de la valeur usuelle de ces services¹³² et majorer le loyer à due concurrence. En revanche, lorsque des services standards (comme une conciergerie ou un service de nettoyage de l'immeuble)

¹²⁹ Voir pour la jurisprudence genevoise, Arrêt de la Cour de justice du 19.09.2016 (ACJC/1219/2016), cons. 4.2 et les réf. citées.

¹³⁰ Le Tribunal fédéral a estimé que dans ce cadre, le recours à un pourcentage schématique était admissible : ATF 119 II 353, cons. 5c, DB 1994, N 10.

¹³¹ ZMP 2017 N 2, DB 2017, N 4.

¹³² ZK-HiGI, art. 269 N 308.

font défaut, le juge en tient compte par un facteur d'abattement sur le loyer envisagé.

4. L'expérience du juge

122. Le Tribunal fédéral estime, à juste titre, qu'en dernière analyse, le juge est autorisé à se baser sur son expérience, pour moduler un loyer initial déterminé au moyen d'autres repères objectifs, notamment lorsque le canton a prévu une juridiction spécialisée et paritaire¹³³. L'expérience du juge est particulièrement importante dans les cantons qui ne connaissent pas de statistiques relativement détaillées. On constate ainsi fréquemment un recours à l'argument d'expérience dans la jurisprudence vaudoise¹³⁴. Il convient toutefois de prévoir des limites à l'argument d'expérience : en aucun cas, pas même lorsque le loyer est nul et que le juge bénéficie d'une large marge d'appréciation, le juge ne saurait fixer le loyer purement en équité, sans justifier son raisonnement par le recours à des éléments objectifs.

IV. Cas particuliers

A. Le sous-loyer initial

1. Cas de la contestation du loyer initial fixé selon les formes prescrites

123. Soulignons d'emblée que les praticiens des cantons qui ont rendu obligatoire la formule officielle de notification du loyer initial rencontrent beaucoup plus fréquemment des cas de nullité du loyer (cf. N 126 ss) que de contestation du loyer initial. Ceci, bien sûr, en raison de l'absence de remise de ladite formule (le sous-bailleur est de toute évidence moins outillé qu'un professionnel de l'immobilier et omet très fréquemment cette formalité).

¹³³ TF du 17.07.2014, 4A_198/2014, cons. 4.5 ; par analogie : TF du 04.03.2003, 4C.382/2002, cons. 2.2, DB 2004, N 9.

¹³⁴ Parmi d'autres : TC VD, CACI du 11.06.2014/478.

124. Un sous-loyer initial est susceptible d'être contesté de la même manière que le loyer initial dans la relation de bail principal. Le cadre de l'examen du sous-loyer initial valablement fixé, mais contesté, a quelque chose de contre-intuitif. Contrairement à l'examen effectué dans le cadre de l'article 262 al. 2 lit. b CO ou de l'art. 270 al. 2 CO, le juge ne doit pas examiner le caractère abusif du sous-loyer, en le comparant au loyer principal, mais doit examiner le sous-loyer *pour lui-même*¹³⁵. Il doit l'examiner comme si c'était le loyer principal, à l'aune du rendement de la chose louée prévu par l'art. 269 CO, et le réduire le cas échéant à un niveau admissible, avant de l'adapter en fonction d'éventuelles prestations supplémentaires du sous-bailleur¹³⁶. Le locataire principal qui n'a pas contesté son loyer initial, alors que le sous-locataire fait usage de son droit de contestation quant à lui, s'expose donc au risque suivant : devoir payer au bailleur principal un montant de loyer supérieur à celui qui lui est payé par le sous-locataire¹³⁷ !
125. Si dogmatiquement cette solution est impeccable, elle a néanmoins quelque chose qui heurte le bon sens. Elle induit le risque que le sous-bailleur ne couvre pas même ses charges (cf. N 13). A juste titre, FETTER relève que si cette solution n'était pas retenue, et que le sous-loyer initial était examiné systématiquement en comparaison avec le loyer principal, cela ouvrirait la porte à l'utilisation de la figure juridique de la sous-location dans le but d'éluder une partie de la protection contre les loyers abusifs¹³⁸. Vu l'importance pratique de la « vraie sous-location », faite par des locataires peu informés des règles formelles, et pas dans le but d'éluder les règles de protection contre les loyers abusifs, il nous semble que la solution dessinée par la jurisprudence du Tribunal fédéral devrait être réservée à des cas patents d'abus. Dans la majorité des cas, la détermination du loyer initial devrait se faire par référence au loyer principal (cf. N 126 ss).

¹³⁵ ATF 124 III 62, cons. 2b, DB 1998, N 13.

¹³⁶ FETTER, N 497 ; CPra Bail-DIETSCHY-MARTENET, art. 270 CO N 67.

¹³⁷ FETTER, N 495.

¹³⁸ FETTER, N 496.

2. Cas de la nullité du loyer

126. Dans les cantons qui ont rendu obligatoire la formule officielle de notification du loyer initial, et compte tenu du fait que la sous-location est pratiquée plutôt par des personnes peu informées des règles de fixation du loyer initial, le sous-loyer est très fréquemment nul, faute de remise du formulaire. Il n'appartient alors pas au juge d'examiner le caractère abusif du sous-loyer, mais de fixer un sous-loyer initial approprié, selon les circonstances du cas (cf. N 19 ss).
127. La comparaison avec le loyer principal est dans ce contexte centrale. L'examen du juge se limite en règle générale à vérifier si les prestations supplémentaires, apportées par le sous-bailleur au sous-locataire, justifient une différence entre le sous-loyer et le loyer de la location principale (cf. N 115 ss).
128. Pour une partie de la doctrine, une prime de risque se justifie en outre¹³⁹. Si tel devait être le cas, elle ne devrait pas dépasser 3% du loyer principal net, mais au maximum un montant de CHF 100.- par mois¹⁴⁰.

B. Les loyers variables

1. Les loyers indexés

129. Le locataire d'un bail à loyer indexé peut contester le montant du loyer initial, comme le rappelle expressément l'art. 270c CO. La contestation peut porter sur le montant du loyer initial, mais également, à notre avis, sur le principe et le contenu de la clause d'indexation¹⁴¹. C'est pourquoi d'ailleurs la clause d'indexation doit

¹³⁹ Celle-ci est prise en compte, lorsque le loyer principal est fixé sur la base d'un calcul de rendement, par le taux de rendement admissible : ATF 120 II 100, cons. 6b/bb, DB 1994, N 12.

¹⁴⁰ ZMP 2017 N 2, cons. 2.2.4 non traduit in : DB 2017, N 4.

¹⁴¹ CPra Bail-DIETSCHY-MARTENET, art. 270c CO N 3 et 4 ; *contra* : ZK-HIGI, art. 270c-270d CO N 16 ; FETTER, N 313.

être mentionnée, à peine de nullité, dans l'avis de fixation du loyer initial, lorsque le canton l'exige pour les habitations¹⁴².

130. Il est extrêmement rare en pratique, lorsque le loyer initial est contesté, que la clause d'indexation le soit également, puisque les parties acceptent assez bien le *deal* consistant à permettre au bailleur d'indexer le loyer au coût de la vie, en échange d'une durée du bail minimale de 5 ans.
131. Lorsque seule la clause d'indexation ne figure pas sur la formule officielle obligatoire qui a été remise au locataire, la clause est nulle et le juge ne peut y suppléer. Il n'est en effet autorisé qu'à le constater, mais ne peut modifier autre chose que le montant du loyer¹⁴³.

2. Les loyers échelonnés

a) Cas de la contestation du loyer initial valablement fixé

132. Lorsqu'il figure dans le bail initial, le locataire peut contester l'échelonnement dans les 30 jours suivant la délivrance de la chose louée (art. 270d CO). La contestation peut porter sur le principe de l'échelonnement et/ou sur la quotité de l'un ou l'autre échelon¹⁴⁴.
133. L'opportunité de l'échelonnement du loyer peut être remise en cause par le locataire, encore que cela dépende des circonstances du cas, eu égard aux motifs de l'échelonnement¹⁴⁵.
134. Si l'échelonnement a été convenu par les parties seulement dans le but d'*étaier dans le temps une hausse du loyer* (et pas pour anticiper une évolution des coûts), le locataire est libre de contester l'échelonnement. Le juge maintiendra le principe de l'échelonnement ou pas, au cas par cas :

¹⁴² TF du 26.01.2012, 4A_647/2011, cons. 2.1 par analogie, DB 2010, N 18 ; CPra Bail-DIETSCHY-MARTENET, art. 269b CO N 5a.

¹⁴³ En ce sens : CPra Bail-DIETSCHY-MARTENET, art. 270 CO 70.

¹⁴⁴ ATF 121 III 397, cons. 2b/aa, DB 1996, N 17 ; TF du 07.05.2015, 4A_689/2014, cons. 2, DB 2015, N 14.

¹⁴⁵ FETTER, N 529 et 532-533 ; *contra* : ZK-HIGI, art. 270c-270d CO N 34.

- Par exemple, si le loyer auquel il parvient, au terme de son raisonnement, est plus élevé que l'un ou l'autre échelon convenu, celui-ci sera conservé, puisque le loyer convenu constitue une limite supérieure (cf. N 9).
- Par ailleurs, si le loyer initial a été déterminé par le juge au moyen d'un calcul de rendement, l'échelonnement sera le plus souvent aboli : le loyer procurant un rendement net admissible au bailleur est une limite inférieure, puisque le bailleur doit pouvoir au moins couvrir ses coûts (cf. N 10). On ne peut donc pas échelonner le loyer vers pareille cible, sauf à considérer que les parties avaient convenu semblable cadeau.
- Si en revanche le loyer, réduit à l'admissible par le juge sur la base de statistiques, consacre toujours une hausse sensible par rapport au précédent loyer, le juge peut maintenir un étalement progressif jusqu'au loyer fixé, en respectant les proportions choisies par les parties dans leur convention.

135. Lorsque l'échelonnement résulte d'une *anticipation des coûts* (pari sur l'évolution des coûts), une partie de la doctrine estime que le principe de l'échelonnement n'est pas contestable¹⁴⁶ : le juge, une fois le loyer initial déterminé, devrait alors faire évoluer le loyer initial fixé dans les proportions convenues par les parties. A nos yeux, l'échelonnement peut être remis en question par le locataire qui porte les débats sur ce terrain-là, s'il démontre que l'évolution des coûts prévisible est nettement moindre que celle anticipée par la clause contestée. Pour en juger, le juge doit se placer au moment de la conclusion de la clause d'échelonnement (et non pas au moment où il rend sa décision, sinon il n'évalue pas un pari, mais l'évolution réelle des coûts survenue depuis la conclusion)¹⁴⁷. Si le juge se convainc que l'anticipation convenue est excessive, il doit adapter le loyer initial, selon l'évolution des coûts jugée vraisemblable.

¹⁴⁶ FETTER, N 529.

¹⁴⁷ FETTER, N 530.

b) Cas du complètement du contrat (nullité du loyer)

136. Dans les cantons, qui ont rendu obligatoire le formulaire de notification du loyer initial, la clause d'échelonnement doit être mentionnée sur le formulaire¹⁴⁸. La motivation de l'échelonnement doit également y figurer selon nous, de manière à permettre au locataire de comprendre la justification de l'échelonnement¹⁴⁹.
137. A défaut de formulaire officiel ou de motivation suffisante, l'échelonnement est nul, tout comme le loyer. Il est permis de postuler qu'en présence d'un loyer échelonné nul (par exemple, parce qu'il n'y a pas eu de remise de la formule officielle), le juge est autorisé à refixer le loyer de manière échelonnée, vu la marge de manœuvre plus étendue du juge en pareil cas. Les principes qui viennent d'être rappelés valent alors par analogie (cf. N 132 ss).

V. Excursus : lésion, usure et vices du consentement

A. Généralités

138. La question de l'invocation alternative de la lésion ou des vices du consentement, respectivement de l'article 270 CO¹⁵⁰, fait l'objet d'une controverse doctrinale. Certains auteurs y sont favorables et d'autres estiment au contraire que l'article 270 CO est un cas particulier d'application de l'article 21 CO, si bien que cette dernière disposition ne peut pas servir à remettre en cause le loyer initial¹⁵¹.
139. Quant à l'usure, un loyer usuraire est nul¹⁵² (art. 20 al. 1 CO) et doit être refixé (art. 20 al. 2 CO).

¹⁴⁸ TF du 26.01.2012, 4A_647/2011, cons. 2.1, DB 2012, N 18.

¹⁴⁹ BSK-WEBER, art. 270c-270d CO N 2. La motivation permet de comprendre ce qu'ont voulu les parties (anticipation des coûts, étalement d'une hausse dans le temps, autres motifs).

¹⁵⁰ Il n'est logiquement pas possible de cumuler les deux : si le locataire conteste le loyer initial, il ratifie par la même occasion le contrat.

¹⁵¹ Pour l'état des positions : CPra Bail-DIETSCHY-MARTENET, art. 270 CO N 84.

¹⁵² Cas d'usure nié : TF du 20.01.2000, 4C.420/1999, cons. 2d.

140. Le contexte du raisonnement juridique n'est pas celui des règles de protection des locataires contre les loyers abusifs (art. 269 ss CO)¹⁵³. Le juge n'est d'aucune manière tenu par les principes consacrés par ces dispositions, pas même pour s'en inspirer comme lorsque le loyer est nul, faute de notification valable selon les formes prescrites.
141. En pratique, les cas de lésion, d'usure ou de vice du consentement, se rencontrent dans le cadre de sous-location effectuées par des sous-bailleurs peu scrupuleux, ou dans le cadre de baux de locaux commerciaux. Pour les premiers cas (sous-location), lorsque le canton a prescrit le formulaire officiel de notification du loyer initial, et que celui-ci n'a pas été remis, il va de soi que les règles sur la lésion, l'usure ou le vice du consentement ne sont d'aucune utilité.

B. La lésion et l'usure

142. Lorsque le contrat est partiellement invalidé (en cas de lésion), ou nul (en cas d'usure) sous l'angle du loyer, il appartient au juge de refixer le loyer en tenant compte du « prix du marché »¹⁵⁴. Il n'est ainsi pas même tenu de s'inspirer du critère des loyers usuels du quartier. Dans ce contexte, les éventuelles statistiques relatives au loyer de locataires entrés au cours des 12 derniers mois (« nouveaux baux », cf. N 92 ss) trouveraient utilement à s'appliquer.

C. Les vices du consentement

143. Lorsque son consentement est vicié, le locataire a la possibilité d'invalidier partiellement le contrat afin de faire corriger le loyer, dans la mesure du vice du consentement invoqué.
144. Le cas d'école est celui du sous-locataire d'un canton qui ne prévoit pas la remise de la formule officielle obligatoire et qui réalise en cours de bail que le loyer principal n'est pas celui indiqué par le sous-

¹⁵³ ATF 123 III 292, cons. 6-8, JdT 1998 I 586, DB 1998, N 1.

¹⁵⁴ ATF 123 III 292, cons. 6b, JdT 1998 I 586, DB 1998, N 1 (*marktübliche Preis*).

bailleur (erreur essentielle, voire dol)¹⁵⁵. Les cas d'erreur sur la surface de la chose louée (inférieure à celle annoncée) se rencontrent également assez fréquemment dans la pratique¹⁵⁶.

145. Dans ces contextes, le juge n'est pas tenu non plus par les règles des art. 269 et 269a CO. Dans le cas de la sous-location, le juge s'inspirera du loyer principal « caché », mais aussi de la mesure dans laquelle le sous-locataire était disposé à voir le loyer principal majoré, et adaptera celui-ci aux circonstances, notamment en fonction d'éventuelles prestations supplémentaires. En cas d'erreur sur la surface, les règles sur la réduction de loyer (art. 259d CO) s'appliqueront par analogie : le loyer sera réduit en proportion de la différence de surface.

VI. Conclusion

146. Au terme de notre analyse, l'on constate que la mesure dans laquelle le juge peut déterminer le loyer initial, avec plus ou moins de précision, dépend grandement des arguments des parties et de leur collaboration à l'administration de la preuve. On ne peut que vivement recommander aux bailleurs et aux locataires d'être assidus au cours des débats, et d'invoquer précisément leurs arguments, tout en collaborant activement à l'administration de la preuve, par des requêtes d'offres de preuves ciblées, côté locataire, et par la transmission diligente des éléments comptables, côté bailleur.
147. A notre avis, pour ne pas prêter le bailleur collaborant, qui produit comme il se doit les documents en sa possession et invite les tiers qui lui sont liés à en faire de même, le juge devrait se montrer strict en présence de comportements obstructionnistes ou négligents dans l'administration de la preuve du calcul du rendement. La prise en considération de calculs de rendement « imparfaits » (cf. N 54 ss), même lorsque le loyer n'est pas nul, devrait être ainsi priorisée, par rapport à un recours immédiat à des données statistiques, souvent plus favorables au bailleur. Récompenser la partie réfractaire à la

¹⁵⁵ BSK-WEBER, art. 270 CO N 1c.

¹⁵⁶ CPra Bail BOHNET/DIETSCHY-MARTENET, art. 253 CO N 64.

collaboration n'apparaît en effet pas être dans l'intérêt d'une saine administration de la justice.

148. Par ailleurs, en comparant les solutions retenues par les tribunaux, eu égard à l'exercice par le juge de sa large marge d'appréciation, il est parfois difficile de délimiter ce qui différencie l'exercice par le juge de sa large marge d'appréciation et celui de sa « marge d'appréciation plus étendue » (lorsque le loyer est nul). Concrètement, l'impact est important en ce qui concerne l'invocation par les parties de leurs arguments et les offres de preuve du locataire, puisque le juge peut s'en défaire lorsque le loyer est nul. Pour le reste, l'observateur a bien souvent le sentiment qu'en pratique, la détermination du loyer par le juge se fait en fonction de l'ensemble des circonstances, en toute hypothèse.
149. En définitive, il nous semble primordial qu'en l'absence de critères objectifs, comme un calcul de rendement ou d'hypothétiques statistiques détaillées au sens de l'art. 11 al. 4 OBLF, le juge prenne grand soin de motiver précisément le raisonnement présidant à la détermination du loyer initial. Il serait bienvenu que le jugement indique quels éléments ont été pris en compte pour déterminer le loyer initial et dans quelle mesure, tout en sélectionnant au préalable les plus pertinents et en les utilisant à bon escient. Nous espérons que la présente contribution, qui se veut moins un catéchisme inflexible qu'un livre de recettes, pourra être utile aux praticiens confrontés à la tâche difficile de dire le montant du loyer initial.

Bibliographie

- BÄTTIG HANS, Anfangsmietzins, MRA 2017, p. 1 ss
- BLUMER MAJA, Schweizerisches Privatrecht, Band VII/3, Gebrauchsüberlassungsverträge (Miete/Pacht), Bâle 2012
- BOHNET FRANÇOIS, Un loyer identique à celui payé par le précédent locataire doit-il être motivé sur la formule utilisée à la conclusion d'un nouveau bail ?, CdB 2017 p. 33 ss
- BOHNET FRANÇOIS/CARRON BLAISE/MONTINI MARINO (édit.), Droit du bail à loyer et à ferme, Commentaire pratique, 2^e éd., Bâle 2017 (Cité : CPra Bail-AUTEUR)
- BURKHALTER PETER R./MARTINEZ-FAVRE EMMANUELLE (trad.), Commentaire SVIT du droit du bail à loyer, Zurich 2011 (Cité : Co-SVIT)
- FETTER SÉBASTIEN, La contestation du loyer initial. Etude de l'art. 270 CO, Berne 2005
- FIERZ KASPAR, Economie immobilière et valeur des biens-fonds (avec un examen plus approfondi du marché immobilier suisse), Zurich 2015
- GERHEUSER FROHMUT, Logement et conditions d'habitation. Evolution de 1990 à 2000, recensement fédéral de la population 2000. Office fédéral de la statistique, Neuchâtel 2004
- GRATZ ELMAR, Mietzinsgestaltung, Zurich 1995
- HERZOG JULIAN, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Mietvertragsrecht im Jahr 2016, in : Jusletter du 28 mai 2018
- HIGI PETER, Zürcher Kommentar, Das Obligationenrecht, Art. 269-270e OR, Band V/2b/3, 4^e éd., Zurich 1998 (Cité : ZK-HIGI)
- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/GEISER THOMAS (édit.), Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, 5^e éd., Bâle 2014 (Cité : BSK ZGB I-AUTEUR)
- HULLIGER URBAN/HEINRICH PETER, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht [Müller-Chen M./Huguenin C. (édit)], Achter Titel : Die Miete, art. 253-274g CO, 3^e éd., Zurich 2016 (Cité : HULLIGER/HEINRICH)

LACHAT DAVID, *Le bail à loyer*, 2^e éd., Lausanne 2008

LACHAT DAVID, *Trois ans de jurisprudence fédérale sur les loyers : 2013-2016*, CdB 2016 p. 101 ss

OBERHAMMER PAUL/DOMEJ TANJA/HAAS ULRICH (édit.), *Schweizerische Zivilprozessordnung*, 2^e éd., Bâle 2014 (Cité : KUKO ZPO-AUTEUR)

OCSTAT, *le niveau des loyers à Genève, statistiques des loyers de mai 2016, novembre 2016*, hors collection

OCSTAT, *Surfaces et loyers des logements dans le canton de Genève, Communications statistiques n° 25*, mai 2006

PASQUIER BRUNO, *Die Schätzung nach gerichtlichem Ermessen-unmittelbare und sinngemässe Anwendung des Art. 42 Abs. 2 OR*, Zurich 2014

RUBLI XAVIER, *Jurisprudence choisie en matière de droit du bail, plaidoyer 2/16*, p. 42 ss

SALOMÉ DAÏNA ISABELLE, *Le caractère abusif du loyer initial : qui doit prouver quoi ?*, CdB 2009, p. 97 ss

SCHWAAB JEAN JACQUES, *La fixation et la contestation du loyer initial*, in : 15^e séminaire du droit du bail, Neuchâtel 2008, p. 1 ss

SPIRIG IRENE/WETTSTEIN CARMEN, *Nettorendite als Massstab der Missbräuchlichkeit*, MP 2017, p. 169 ss

WALZ ULF, *Die Renditebezogene Missbrauchskontrolle nach Art. 269 OR*, Zurich 2001

WEBER ROGER, *Die Miete, Art. 253-274g*, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I [Honsell H./Vogt N. P./Wiegand W./Watter R. (édit.)], 6^e éd., Bâle (Helbing Lichtenhahn) 2015 (Cité : BSK-WEBER)

Loyers, rendements, travaux à plus-value

par

Philippe Conod

Avocat, Professeur associé à l'Université, Lausanne et Neuchâtel

I. Introduction	241
II. Méthode absolue, méthode relative / Application des méthodes.....	242
A. Les loyers abusifs.....	242
1. Article 269 CO – loyers abusifs	242
2. Article 269a CO – loyers non abusifs	243
B. Rapport entre les articles 269 et 269a CO.....	243
C. Méthode absolue, méthode relative / Application des méthodes ..	245
III. Loyers du quartier.....	248
A. Les loyers usuels (art. 269a lit. a CO).....	248
B. Requiescat in pace (RIP)	249
IV. Rendement brut pour les constructions récentes (art. 269a lit. c CO)	258
A. Principe	258
B. Une construction récente	258
C. Rendement admissible	259
V. Prestations supplémentaires du bailleur (art. 269a lit. b CO).....	261
A. Définition	261
B. Les améliorations énergétiques	263
C. Présomption de l'art. 14 al. 1 OBLF	264

D. Calcul de la hausse	265
1. Les intérêts	265
2. L'amortissement.....	266
3. L'entretien	266
E. Entrée en vigueur de la hausse	267
F. Formule officielle	267
G. Répartition des frais entre les locataires.....	268
VI. Rendement net (art. 269 CO)	269
A. Principe	269
B. Méthode de calcul	269
C. Une méthode à réévaluer ?	272
VII. Rendement net et travaux à plus-value	274
A. Une jurisprudence à facettes	274
B. ATF 141 III 245	276
C. L'auberge espagnole	277
VIII. Conclusion	279
IX. Exemples	280
A. Méthode relative	280
B. Méthode absolue du rendement net.....	282
Bibliographie générale.....	292

I. Introduction

1. En introduction de sa contribution au 15^e Séminaire sur le droit du bail sur la fixation et la contestation du loyer initial, JEAN-JACQUES SCHWAAB se référait à la pénurie toujours croissante de logements, en particulier en Suisse romande¹.
2. La tendance s'est inversée récemment vu le nombre de logements neufs mis sur le marché. C'est ainsi que le district d'Aigle dans le canton de Vaud ne peut plus être considéré comme un district où la pénurie sévit.
3. Ainsi, si l'augmentation de logements vacants sur le marché ne peut être que saluée, la thématique de la fixation du loyer reste source de litiges et, par conséquent, de disputes doctrinales, voire d'arrêts de principe.
4. La forte tendance des bailleurs à justifier le loyer initial par « les loyers du quartier » a donné pour résultat de voir le Tribunal fédéral signer, en quelque sorte, l'arrêt de mort ou, à tout le moins, de consacrer l'inapplicabilité du critère absolu de l'art. 269a lit. a CO.
5. Le nombre toujours en augmentation d'objets locatifs neufs mis sur le marché permet aux tribunaux d'appliquer le critère du rendement brut de l'art. 269a lit. c CO. Enfin, que ce soit dans le cadre d'une contestation du loyer initial ou d'une demande de baisse de loyer, le troisième critère absolu, soit celui du rendement net de l'art. 269 CO, a donné l'occasion au Tribunal fédéral de rendre quelques arrêts de principe, dont l'un a particulièrement attiré notre attention.
6. Ainsi, dans un arrêt du 7 juillet 2015², le Tribunal fédéral s'est penché sur la question de la prise en compte d'importants travaux effectués par le bailleur dans l'immeuble et sur la manière de tenir compte de ces travaux dans le cadre d'un calcul de rendement.

¹ SCHWAAB JEAN-JACQUES, La fixation et la contestation du loyer initial, in : 15^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2008, p. 3.

² ATF 141 III 245.

7. Cet arrêt et la problématique ainsi soulevée ont fait l'objet d'une contribution dans le cadre du congrès de la Fédération Suisse des Avocats 2017³.
8. J'avais illustré ma contribution d'un certain nombre d'exemples chiffrés.
9. Dans le cadre de son mémoire de master, Mme CATY PINTO traitait de la question des travaux de rénovation de la chose louée entrepris par le bailleur en cours de bail et leur répercussion sur les loyers⁴.
10. Mme PINTO a repris les exemples et les a développés dans le cadre de son mémoire. C'est ainsi tout naturellement que cette dernière a été associée à la présente contribution.

II. Méthode absolue, méthode relative / Application des méthodes

A. Les loyers abusifs⁵

1. Article 269 CO – loyers abusifs

11. Selon l'art. 269 CO, sont considérés comme abusifs les loyers qui procurent au bailleur un rendement excessif ou qui résultent d'un prix d'achat manifestement exagéré.

³ CONOD PHILIPPE, La prise en compte des travaux à plus-value des importants travaux de rénovation dans le cadre d'un calcul de rendement (art. 269 CO) ou l'art de se compliquer les choses, La pratique de l'avocat 2017, Congrès Fédération Suisse des Avocats, Lucerne 2017.

⁴ PINTO CATY, Les travaux de rénovation ou de modification de la chose louée entrepris par le bailleur en cours de bail et leur répercussion sur les loyers, mémoire de Master, Université de Neuchâtel, 2017. Outre les exemples chiffrés qu'elle a à nouveau revus et réactualisés, Mme PINTO s'est également attachée à traiter de la question des loyers du quartier ainsi qu'à une relecture complète et attentive de la présente contribution.

⁵ CONOD PHILIPPE et BROQUET JULIEN, La pratique récente en matière de loyers et de frais accessoires, in : BOHNET/WESSNER (édit.) 16^e Séminaire sur le droit à bail, Neuchâtel 2010, p. 221 ss.

2. Article 269a CO – loyers non abusifs

12. En règle générale, ne sont pas abusifs les loyers qui sont justifiés dans les cas énumérés par l'art. 269a CO, soit :
- les loyers qui se tiennent dans les limites des loyers usuels dans la localité ou le quartier ;
 - les loyers qui sont justifiés par des hausses de coût ou par des prestations supplémentaires du bailleur ;
 - les loyers qui se situent, lorsqu'il s'agit de constructions récentes, dans les limites du rendement brut permettant de couvrir les frais ;
 - les loyers qui ne servent qu'à compenser une réduction du loyer accordée antérieurement grâce au report partiel des frais usuels et sont fixés dans un plan de paiement connu du locataire à l'avance ;
 - les loyers qui ne font que compenser le renchérissement pour le capital exposé aux risques ;
 - les loyers qui n'excèderaient pas les limites recommandées dans les contrats-cadres conclus entre associations de bailleurs et de locataires.

B. Rapport entre les articles 269 et 269a CO

13. Les art. 269 et 269a CO font donc référence à des critères qui sont soit relatifs, soit absolus.
- Critères absolus
 - loyers usuels du quartier : art. 269a lit. a CO ;
 - rendement net : art. 269 CO ;
 - rendement brut : art. 269a lit. c CO.
 - Critères relatifs
 - hausse des coûts (variation du taux d'intérêt hypothécaire, charges financières et non financières) : art. 269a lit. b CO ;

- prestations complémentaires du bailleur : art. 269a lit. b CO ;
 - compensation du renchérissement (IPC) : art. 269a lit. e CO.
14. A moins que les paramètres permettant de fixer le loyer ne varient, le dernier loyer est censé procurer au bailleur un rendement suffisant, soit rentabiliser équitablement le capital investi et/ou de correspondre aux loyers du quartier.
 15. La jurisprudence a distingué deux méthodes d'examen du loyer, à savoir la méthode relative et la méthode absolue.
 16. Lorsque l'on parle de méthode absolue, on entend une méthode de calcul basée sur l'art. 269 CO, qui consiste à apprécier le loyer pour lui-même, soit en analysant la situation financière de l'immeuble, respectivement le logement, à un moment donné en fonction des coûts d'exploitation, des capitaux à emprunter et de l'investissement du bailleur existant à ce moment ; on parle alors de rendement net. On parle également de rendement brut lorsqu'il s'agit d'une construction récente au sens de l'art. 269a lit. c CO ; cette méthode doit prendre en compte l'investissement du bailleur (prix d'acquisition, coût de construction de l'immeuble) mis en rapport avec l'état locatif de l'immeuble. Un troisième et dernier critère absolu vise le loyer qui se tient dans les limites du loyer usuel dans la localité ou dans le quartier (art. 269a lit. a CO), soit la méthode dite « des loyers comparatifs ».
 17. Le loyer peut être fixé sur la base de critères relatifs. Lorsque l'on parle de la méthode relative, il s'agit alors, en quelque sorte, d'examiner le loyer en fonction de l'évolution dans le temps de ces critères. Comme ces paramètres évoluent sur une certaine période, on peut parler d'une vidéo du loyer.
 18. En revanche, les critères absolus déterminent un loyer à une date déterminée, que ce loyer soit basé sur le rendement brut ou net de l'objet ou sur des loyers comparatifs. C'est en quelque sorte une photographie instantanée du loyer à un moment précis.

**C. Méthode absolue, méthode relative /
Application des méthodes**

19. On ne peut pas parler de hiérarchie proprement dite entre méthode relative et méthode absolue. La jurisprudence a cependant déterminé le champ d'application de ces méthodes. Ainsi, une demande de baisse de loyer en cours de bail ou une notification de hausse de loyer ne peuvent s'apprécier qu'avec la méthode relative. Ce sont donc des critères que l'on peut qualifier d'offensifs. Pour contrer une demande de baisse de loyer, le bailleur peut invoquer défensivement d'autres critères relatifs ou alors des critères absolus. De même, un locataire pourra à titre défensif contester la hausse de loyer basée par exemple sur des travaux à plus-value en contestant le critère ou en invoquant la variation à la baisse du taux de l'intérêt hypothécaire ou invoquer des critères absolus.
20. Ainsi, la méthode absolue s'applique, en principe, à titre défensif uniquement.
21. Ce n'est dès lors qu'exceptionnellement que la méthode absolue peut être invoquée offensivement, que ce soit par le bailleur ou par le locataire. Celle-ci peut être exceptionnellement invoquée dans les cas suivants⁶ :
- contestation du loyer initial⁷ ;
 - réserve formulée par le bailleur au moment de la conclusion du bail, réserve fondée sur un facteur absolu ;
 - possibilité pour le bailleur de majorer le loyer à la sortie du contrôle cantonal du loyer⁸ ; dans un arrêt du 22 août 2016, le

⁶ CONOD PHILIPPE/BOHNET FRANÇOIS (édit.), Droit du bail, fond et procédure, Bâle/Neuchâtel 2014, N 359, p. 86 ; CPra Bail-BOHNET, intro art. 269-270e CO N 14 et 18.

⁷ ATF 121 III 364.

⁸ ATF 123 III 171, cons. 6a.

Tribunal fédéral a toutefois laissé ouverte la question de la méthode applicable, relative ou absolue⁹ ;

- réadaptation du loyer à l'échéance d'un bail échelonné¹⁰ ou indexé¹¹ ;
- vente de l'immeuble¹². Dans cet arrêt le Tribunal fédéral a précisé que la reprise par fusion de l'ancienne société par une nouvelle n'équivalait pas à une vente de l'immeuble. A la différence du nouvel acquéreur, le Tribunal fédéral n'admet toutefois que le locataire puisse se prévaloir de la méthode absolue que pour autant que la vente entraîne une notable modification des bases de calcul¹³ ;
- longue période qui s'est écoulée depuis la dernière fixation du loyer. Le Tribunal fédéral a admis l'application de la méthode absolue comme correctif dans le cadre de rapports de longue durée et lorsque le bailleur ne parvient pas à obtenir un rendement équitable après avoir épuisé tous les facteurs relatifs de hausse¹⁴. Pour le Tribunal fédéral, l'écoulement d'une période de 8 ans depuis la dernière fixation du loyer ne permet pas au locataire d'invoquer la méthode absolue¹⁵ ; certains auteurs admettent le principe d'une durée plus courte¹⁶ ; LACHAT par exemple considère qu'une période de 5 ans est un minimum ;
- hausse de loyer en cours de bail admise sur la base des loyers comparatifs. Les statistiques bâloises (Mietpreisraster) peuvent être admises avec quelques correctifs. Dans cet arrêt toutefois, le

⁹ ATF 142 III 568, cons. 1.3.

¹⁰ ATF 121 III 397, cons. 2b / bb, p. 404 ou indexé 123 III 76, cons. 2c.

¹¹ ATF 123 III 76, cons. 2c.

¹² CdB 2002, p. 135, avec note CONOD, p. 143 et 144.

¹³ DB 2002 N 18.

¹⁴ CdB 2002, p. 135.

¹⁵ CdB 2007, p. 75.

¹⁶ CPra Bail-BOHNET/BROQUET, art. 269a CO N 9 et les références citées ; LACHAT, Bail à loyer, p. 540.

Tribunal fédéral a considéré qu'une période entre 3 et 7 ans suffisait¹⁷.

22. Rappelons que les critères relatifs peuvent être cumulés ou compensés. En revanche, les critères absolus sont antinomiques. Il n'est dès lors pas possible de s'opposer à une demande de baisse de loyer par exemple en invoquant plusieurs critères absolus.
23. En revanche, le bailleur pourra toujours motiver une hausse de loyer sur la base d'un critère relatif et proposer une motivation subsidiaire par un second critère cette fois, absolu. Pour l'exemple, le Tribunal fédéral a considéré comme nulle la motivation de la hausse suivante dans le cadre d'une contestation du loyer initial : « *Adaptation du loyer aux loyers usuels de la localité ou du quartier (art. 269a lit. a CO). En outre, l'appartement a fait l'objet de travaux pour fr. 30'000.- environ* ». Ces critères ont été jugés antinomiques¹⁸.
24. Le tribunal a dégagé une certaine hiérarchie dans l'application des critères absolus¹⁹. Ainsi, dans l'application de la méthode absolue, le rendement net de la chose louée et le rendement brut l'emportent sur les loyers usuels. Le Tribunal fédéral a toutefois renversé la hiérarchie des critères absolus lorsqu'il s'agit d'un immeuble ancien. « *Pour ce type de bien, il peut être difficile, voire impossible, de reconstituer le capital propre investi, soit que les pièces comptables manquent, soit qu'elles laissent apparaître après indexation des montants économiquement irréalistes* »²⁰.
25. Aussi, la jurisprudence admet que s'agissant d'immeubles anciens la hiérarchie entre les critères absolus est inversée par rapport à celle prévalant pour les immeubles dits récents²¹.

¹⁷ TF du 28.04.2011, 4A_669/2010.

¹⁸ DB 2012 N 14.

¹⁹ ATF 124 III 310, cons. 2 b.

²⁰ TF du 01.10.2011, 4A_276/2011, cons. 5.2.3, Newsletter bail.ch, décembre 2011.

²¹ ATF 124 III 310 ; 140 III 433.

26. Par immeuble ancien, il faut entendre un immeuble construit ou acquis il y a plusieurs décennies et qui se trouve toujours en mains du même bailleur depuis de longue date²².
27. Le Tribunal fédéral a reconnu le caractère ancien des immeubles construits il y a 33 ans²³, 32 ans²⁴, voire même 27 et 28 ans²⁵.
28. Le caractère ancien n'a en revanche pas été retenu pour un immeuble vieux de 26-27 ans détenu par une grande assurance à titre professionnel, notre Haute Cour estimant que l'on peut raisonnablement attendre d'une telle bailleresse qu'elle conserve les pièces justificatives permettant d'effectuer un calcul de rendement²⁶.

III. Loyers du quartier

A. Les loyers usuels (art. 269a lit. a CO)

29. Selon l'art. 269a lit. a CO, les loyers qui se situent dans les limites des loyers usuels dans la localité ou dans le quartier ne sont, en règle générale, pas abusifs. L'art. 11 al. 1 OBLF précise que les loyers déterminants pour le calcul des loyers usuels au sens de cette disposition sont les loyers des logements et des locaux commerciaux comparables à la chose louée quant à l'emplacement, la dimension, l'équipement, l'état et l'année de construction. S'agissant des locaux commerciaux, la comparaison peut être opérée sur la base du prix au mètre carré usuel dans le quartier pour des objets semblables (art. 11 al. 2 OBLF).
30. Ce critère absolu conduit ainsi à l'application de la méthode dite des loyers comparatifs, qui requiert une comparaison entre le loyer de l'objet loué litigieux et le loyer d'autres objets loués comparables,

²² ATF 124 III 310, cons. 2b ; 140 III 433, cons. 3.1.1, p. 435.

²³ DB 2005 N 17.

²⁴ TF du 12.09.2016, 4A_147/2016.

²⁵ ATF 112 II 149, cons. 3d.

²⁶ ATF 140 III 433, Newsletter bail.ch, août 2014, commentaire BROQUET JULIEN.

situés dans la même localité ou quartier et reposant sur les mêmes critères.

31. Celle-ci s'applique notamment dans le cadre de la fixation du loyer initial ou lorsqu'il s'agit d'un immeuble ancien, soit d'un immeuble acquis ou construit il y a plusieurs décennies (renversement de la hiérarchie des critères absolus)²⁷.

B. Requiescat in pace (RIP)

32. En pratique, ce critère des loyers usuels pose toutefois d'importants problèmes d'application. En effet, bien qu'il paraisse couramment appliqué en Suisse alémanique, il n'en va pas de même en Suisse romande. De plus, rares sont les bailleurs ou les locataires qui peuvent se prévaloir d'un jugement qui leur aura donné raison sur la base des loyers usuels²⁸.
33. Dans un arrêt de principe rendu en 1997, rappelé à maintes reprises, le Tribunal fédéral a en effet retenu que les éléments de comparaison devaient être au minimum de cinq et présenter, pour l'essentiel, les mêmes caractéristiques que le logement litigieux quant à l'emplacement, la dimension, l'état et l'année de construction²⁹.
34. Cet arrêt a ainsi dégagé un certain nombre de critères admissibles qui ont depuis lors été précisés d'une telle manière que l'on peut se demander si cette méthode est encore applicable. L'on peut ainsi relever ce qui suit :
- Le juge doit procéder à une comparaison concrète, une simple inspection ou impression d'ensemble n'étant pas suffisante³⁰.

²⁷ CPra Bail-BOHNET/BROQUET, art. 269a CO N 6 ss ; TF du 08.12.2015, 4A_211/2015, cons. 3.1 ; TF du 12.09.2016, 4A_147/2016, cons. 2.3, DB 2017 N 13.

²⁸ CONOD/BROQUET, N 40, p. 235.

²⁹ ATF 123 III 317 ; voir également 141 III 569, cons. 2.2.1, DB 2016 N 27 ; TF du 18.04.2017, 4A_513/2016, cons. 4.2.3.

³⁰ TF, SJ 1998 218, cons. 4b et 5 ; TF du 29.11.2016, 4A_295/2016, cons. 5.2, DB 2017 N 13 ; ATF 141 III 569, cons. 2.2.1, DB 2016 N 27.

- Les logements de comparaison doivent appartenir à des propriétaires différents³¹. En effet, ne peuvent pas entrer en ligne de compte des loyers qui découlent du fait qu'un bailleur ou un groupe de bailleurs domine le marché (art. 11 al. 3 OBLF). Ces logements peuvent néanmoins être administrés par la même gérance ou se situer dans un même immeuble pour autant que les propriétaires de chaque logement soient différents³². A noter qu'il est tout à fait conforme d'écarter un élément de comparaison parce que l'identité de son propriétaire n'est pas connue³³.
- Les loyers de logements subventionnés ainsi que les loyers eux-mêmes abusifs du fait qu'ils n'ont pas été adaptés à l'évolution du taux hypothécaire ne sont pas comparables au loyer litigieux ; dans cette dernière hypothèse, les loyers de comparaison devront être adaptés en conséquence, ce qui est de nature à compliquer encore plus l'application du critère des loyers usuels³⁴.
- Lors de l'examen de la conformité d'un loyer litigieux aux loyers usuels du quartier, il faut aussi prendre en compte des baux de référence conclus postérieurement au bail litigieux, en tout cas pendant une période de quelques mois³⁵.
- S'agissant de la dimension, il faut connaître principalement le nombre de pièces et la surface, l'étage n'étant en principe pas déterminant³⁶. Le critère de la surface prédomine toutefois sur le nombre de pièces lorsque l'objet est de grande dimension : les

³¹ TF du 01.04.2009, 4A_43/2009, cons. 4.

³² TF du 24.04.2009, 4A_573/2008, DB 2009 N 22 ; CPra Bail-BOHNET/BROQUET, art. 269a CO N 13.

³³ TF du 21.10.2009, 4A_379/2009, cons. 2.4.2 et 3.2.1.

³⁴ TF du 29.11.2016, 4A_295/2016, cons. 5.2.2, DB 2017 N 13 ; ATF 149 III 569, cons. 2.2.1, DB 2016 N 13 ; ROHRER BEAT, Urteil 4A_179/2015 vom 16. Dezember 2015 (auszugsweise publiziert als BGE 141 III 569 ff., Originaltext französisch, Übertragung ins Deutsche durch den Kommentator), in : MRA 2016, p. 73 ; CPra Bail-BOHNET/BROQUET, art. 269a CO N 13 et les références citées.

³⁵ TC VD du 23.04.2008, CdB 2009 16 : 2 à 7 mois.

³⁶ ATF 123 III 317, cons. 4b/bb ; CONOD/BROQUET, N 41 p. 235.

objets de surface presque identique à l'objet litigieux, mais qui comportent une pièce supplémentaire, conservent leurs caractéristiques d'éléments de comparaison avec l'objet litigieux³⁷. Un écart de surface trop important, dont la limite peut être fixée à 20%, exclut la comparaison³⁸.

- Il est conforme d'écarter un élément de comparaison au motif qu'il se situe dans un environnement calme alors que l'objet litigieux se situe dans un environnement bruyant, par exemple sur un axe routier³⁹.
- Il serait trop absolu de postuler de manière arbitraire qu'un restaurant situé dans un immeuble locatif occasionne par principe, à tous les occupants dudit immeuble, où qu'ils se trouvent, des nuisances particulières excluant aussitôt toute comparaison avec un immeuble dépourvu de restaurant⁴⁰.
- S'agissant de la notion d'équipement, il faut comprendre les installations à disposition des locataires d'un logement ou d'un local commercial, telles que l'équipement d'une cuisine (p. ex. lave-vaisselle ou non), salle de bain, sanitaire, système de chauffage, installation électrique, ascenseur, place de stationnement⁴¹. L'équipement considéré ne se limite pas à l'objet loué, mais porte également sur les installations communes à disposition des locataires (p. ex. lessiverie), dont l'accès offert et la fréquence d'utilisation doivent être pris en considération. Pour être comparables, les locaux doivent comprendre des

³⁷ ATF 123 III 317, cons. 4b/bb ; 149 III 569, cons. 2.2.3, DB 2016 N 27 ; TF du 16.01.2001, 4C.265/2000, cons. 4b/bb ; TC VD du 23.04.2008, CdB 2009 16 : comparaison d'appartements de 4 pièces avec un appartement de 3½ pièces dont la surface était presque identique (entre 100 m² et 106 m²) ; CONOD PHILIPPE, Les loyers abusifs : Principes et jurisprudence récente du Tribunal fédéral, in : FSA La pratique de l'avocat 2013, p. 419 (CONOD, Les loyers abusifs).

³⁸ ATF 141 III 569, cons. 2.2.3, DB 2016 N 27.

³⁹ TF du 06.10.2009, 4A_341/2009, cons. 3.2.

⁴⁰ TF du 16.05.2013, 4A_58/2013, cons. 4.2.1.

⁴¹ TF du 01.02.2010, 4A_448/2009, cons. 2.3 ; CONOD, Les loyers abusifs, p. 419.

équipements qui soient proches par leur qualité et par leur nombre⁴².

- Il faut tenir compte des avantages similaires (p. ex. vue, ensoleillement, environnement naturel et social, proximité des transports publics et des parkings) et des inconvénients comparables (p. ex. nuisances sonores, voisinage, pollution de l'air)⁴³.
- Il est possible de procéder à une compensation entre différentes caractéristiques (avantages ou inconvénients) des objets à comparer pour autant que les différences soient minimales⁴⁴.
- S'agissant des locaux commerciaux, il y a lieu de tenir compte du type de local commercial concerné (p. ex. bureaux, entrepôts, garages ou surfaces commerciales) et de leur emplacement : les locaux qui se situent dans une rue commerçante ne sont pas comparables à ceux qui se situent dans une impasse inconnue du grand public⁴⁵.
- S'agissant de la notion d'état, il s'agit de l'état d'entretien de la chose louée. Il faut dès lors prendre en considération l'état des sols, murs, plafonds, de vétusté de l'équipement, mais également les travaux d'entretien et de rénovation qui ont été entrepris par le bailleur ; l'impression d'ensemble est déterminante⁴⁶.
- S'agissant de l'année de construction, il y a lieu de prendre en compte l'année de construction à proprement parler ou l'année de rénovation lorsque l'immeuble en question a été entièrement rénové⁴⁷. Pour classer deux immeubles dans la même période de construction, respectivement de rénovation, un écart de plus ou

⁴² CPra Bail-BOHNET/BROQUET, art. 269a CO N 20 et les références citées.

⁴³ CPra Bail-BOHNET/BROQUET, art. 269a CO N 15.

⁴⁴ Ogr UR, arrêt du 20.12.2005, OFL, Communication concernant le droit du loyer, N 42, p. 20.

⁴⁵ CPra Bail-BOHNET/BROQUET, art. 269a CO N 16 ; LACHAT, Bail à loyer, p. 458.

⁴⁶ CPra Bail-BOHNET/BROQUET, art. 269a CO N 23 et les références citées.

⁴⁷ CPra Bail-BOHNET/BROQUET, art. 269a CO N 24.

moins 5 ans est admissible⁴⁸. Pour les immeubles anciens, un écart de 10 ans, voire plus, se justifie toutefois⁴⁹. Dans ce dernier cas de figure, l'écart ne saurait cependant excéder 20 ans ; le Tribunal fédéral a dès lors fixé une période de 40 ans, soit les 20 ans précédents et les 20 ans suivants la construction de l'immeuble en cause⁵⁰.

- S'il s'agit de contrer une baisse de loyer (critère invoqué à titre défensif), les loyers de comparaison doivent eux-mêmes avoir été adaptés selon les critères du contrat⁵¹.

35. S'agissant des places de stationnement pour voiture, le Tribunal fédéral a retenu que lorsqu'il est question de comparer de tels objets, il est nécessaire de relativiser certains des critères prévus par l'art. 11 OBLF et de prendre en considération, comme éléments déterminants, la situation géographique de la place ainsi que son emplacement intérieur ou extérieur. L'année de construction et l'état de la surface de stationnement ne sont, en revanche, généralement pas pertinents⁵².
36. Pour être comparables, les exemples de loyers doivent être situés dans la même localité ou, si celle-ci ne présente pas une certaine homogénéité, dans le même quartier⁵³. La notion de quartier, qui joue dès lors un rôle primordial pour l'application de ce critère, n'a toutefois pas été définie par le législateur, respectivement par le Tribunal fédéral, qui se contente de donner quelques pistes. Le Tribunal fédéral intervient en effet avec retenue, car il considère que les autorités cantonales, de par leurs connaissances locales, sont plus aptes à cerner un quartier dans une situation donnée⁵⁴. En tous les cas,

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ ATF 123 III 317, cons. 4b/aa ; TF du 15.12.2009, CdB 2010 60.

⁵⁰ TF du 15.06.2001, 4C.40/2001, cons. 5c/bb ; TF du 05.01.2010, 4A_507/2009, cons. 1.3 ; TF du 01.02.2010, 4A_448/2009, cons. 2.3.

⁵¹ CONOD, Les loyers abusifs, p. 419.

⁵² TF du 09.02.2012, 4A_675/2012, Newsletter bail.ch, avril 2012, DB 2012 N 16 ; CdB 2012 66.

⁵³ CPra Bail-BOHNET/BROQUET, art. 269a CO, N 14.

⁵⁴ TF du 15.12.2009, 4A_412/2009, cons. 2.2.1 ; CONOD/BROQUET, N 43, pp. 236 ss ; CONOD, Les loyers abusifs, p. 420.

il est impossible de donner une définition claire et fixe de cette notion de quartier étant donné que la délimitation du territoire à prendre en considération dépend essentiellement de la situation de fait et de l'histoire des lieux⁵⁵. L'on peut toutefois relever les éléments suivants :

- Un quartier forme un ensemble sur le plan historique, géographique, sociologique ou administratif et suppose une étendue qui doit être déterminée dans chaque cas d'espèce⁵⁶.
- Les immeubles peuvent faire partie du même quartier bien qu'ils soient situés dans des secteurs d'une ville ayant des codes postaux différents⁵⁷.
- Le quartier ne peut être restreint à un périmètre réduit, tel que seuls quelques immeubles ou pâtés de maisons, au seul motif que le secteur voisin présente un tissu urbain trop différent⁵⁸.
- Les Tribunaux peuvent se référer à des listes établies par les Municipalités ou Services cantonaux (p. ex. Service cantonal de recherche et d'informations statistiques du canton de Vaud) pour définir l'étendue d'un quartier⁵⁹.

37. En vertu de l'art. 11 al. 4 OBLF, les statistiques officielles doivent également être prises en considération. Pour cela, elles doivent toutefois contenir des données chiffrées, suffisamment différenciées et dûment établies sur l'emplacement, la dimension, l'équipement, l'état, l'année de construction et tenir compte de l'évolution récente des loyers⁶⁰. Le Tribunal fédéral considère que les statistiques

⁵⁵ TF du 19.02.2013, 4A_612/2012, cons. 3.2 ; CONOD, Les loyers abusifs, p. 420.

⁵⁶ TF du 19.02.2013, 4A_612/2012, cons. 3.2 ; CONOD/BROQUET, N 43 p. 236 ; CONOD, Les loyers abusifs, p. 420.

⁵⁷ ATF 123 III 317, cons. 4b/ee.

⁵⁸ ATF 136 III 74 ; TF du 15.12.2009, 4A_412/2009, cons. 2.2.1 ; voir également : CONOD, Les loyers abusifs, p. 420 : appartement situé entre un quartier résidentiel et un quartier populaire.

⁵⁹ TBx VD du 29.11.2011, XA11.0117651.

⁶⁰ TF du 29.11.2016, 4A_295/2016, cons. 5.2.1, DB 2017 N 13 ; BURKHALTER PETER R./MARTINEZ-FAVRE EMMANUELLE, Le droit suisse du bail à loyer, Genève 2011, art. 269a CO N 30, p. 503 et les références citées (BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE).

genevoises sont incomplètes et ne peuvent donc pas être utilisées à l'appui d'un calcul fondé sur les loyers usuels⁶¹. Notre Haute Cour a toutefois admis que les statistiques bâloises, qui sont plus détaillées, pouvaient être appliquées avec quelques correctifs⁶². Certains auteurs, qui n'ont à ce jour pas été suivis par le Tribunal fédéral, considèrent qu'il devrait également être possible de prendre en considération des statistiques privées, suffisamment distinctes et différenciées, qui auraient été sérieusement recueillies par des experts de la branche⁶³.

38. C'est à la partie qui se prévaut des loyers usuels de produire les cinq exemples de comparaison avec tous les renseignements nécessaires requis (emplacement, dimension, équipement, état d'entretien et année de construction). Elle doit alors requérir en temps utile les pièces nécessaires pour procéder au calcul du loyer usuel⁶⁴. La partie qui ne fournit que cinq exemples de comparaison, qui au final ne se révèlent pas probants, ne peut exiger de pouvoir fournir des exemples complémentaires⁶⁵. En revanche, conformément à la maxime inquisitoire sociale, le juge doit impartir un délai à la partie qui fournit un nombre d'exemples de comparaison insuffisant afin que celle-ci puisse compléter ses exemples et produire ses pièces justificatives⁶⁶.
39. Depuis plusieurs années, la doctrine critique l'application stricte du critère des loyers comparatifs et met en garde contre le risque de procéder à une comparaison trop pointilleuse des appartements et immeubles, car une telle pratique pourrait conduire, au final, à une négation de ce critère pourtant retenu dans la loi⁶⁷. A noter d'ailleurs

⁶¹ ATF 123 III 317 ; TF du 27.01.2012, 4A_645/2011, Newsletter bail.ch, mai 2012 avec BROQUET JULIEN ; TF du 29.11.2016, 4A_295/2016, cons. 5.2.3, DB 2017 N 13.

⁶² TF du 28.04.2011, 4A_669/2010.

⁶³ ROHRER, pp. 72 s. ; ZK-HIGI, art. 269a CO N 62 ; contra : ATF 141 III 569, cons. 3.2, DB 2016 N 27.

⁶⁴ TF du 08.12.2015, 4A_211/2015, cons. 6.1.

⁶⁵ ATF 141 III 569, cons. 2.3.2, DB 2016 N 27 ; CJ GE du 03.11.2008, CdB 2010 44.

⁶⁶ TF du 12.11.2007, 4A_214/2007, cons. 5 ; TF du 08.12.2015, 4A_211/2015, cons. 6.1 ; ATF 149 III 569, cons. 2.3 et 3.1, DB 2016 N 27.

⁶⁷ BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE, art. 269a CO N 15 p. 555 et N 23 p. 559 ; LACHAT, Bail à loyer, p. 459 : une certaine souplesse est nécessaire dans la comparaison des

que, à l'art. 11 al. 1 OBLF, le législateur n'exige pas que les logements soient identiques, mais uniquement comparables ; il commande en outre que la comparaison soit effectuée sur la base de critères relativement larges, soit l'emplacement, la dimension, l'équipement, l'état et l'année de construction⁶⁸.

40. Le Tribunal fédéral a lui-même reconnu qu'en pratique il est souvent difficile de fournir cinq exemples d'objets comparatifs⁶⁹. Dans un arrêt de 2004, dite Autorité laissait alors un espoir de voir les critères requis pour les exemples comparatifs assouplis dans certaines circonstances (p. ex. en cas de différence flagrante entre les loyers présentés et le loyer litigieux)⁷⁰.
41. Malgré cela, dans des arrêts récents⁷¹, notre Haute Cour a confirmé que, s'agissant des cinq logements de comparaison, il s'imposait de se montrer particulièrement strict dans l'admissibilité des logements comparatifs, de procéder à une comparaison systématique des logements, et a précisé que le degré de preuve des loyers usuels était la preuve stricte, autrement dit le juge doit acquérir, en se fondant sur des éléments objectifs, la conviction de l'existence du loyer usuel. En effet, selon le Tribunal fédéral, dès lors qu'on ne se trouverait pas dans un cas dans lequel, au vu de sa nature, une preuve certaine est objectivement impossible à apporter ou ne peut pas être raisonnablement exigée, une réduction du degré de la preuve n'entrerait pas en considération. Partant, en lieu et place d'assouplir les critères requis pour les loyers comparatifs, le Tribunal fédéral a purement et simplement confirmé la rigueur et le schématisme avec

équipements ; HIGI, art. 269a CO N 87 ; DIETSCHY-MARTENET PATRICIA, Loyer initial et fardeau de la preuve, in : Newsletter bail.ch janvier 2017 ; ROHRER, pp. 70 s.

⁶⁸ CONOD/BOHNET, N 438, p. 106.

⁶⁹ TF du 16.05.2013, 4A_58/2013 ; TF du 29.11.2016, 4A_295/2016, cons. 5.3.2, DB 2017 N 13.

⁷⁰ TF du 22.12.2004, 4C.343/2004, cons. 3.1 ; voir également TF du 08.12.2015, 4A_211/2015, cons. 6 et réf. citées.

⁷¹ ATF 141 III 569, cons. 2.2.1 et 2.2.3 ; TF du 29.11.2016, 4A_295/2016, cons. 5.2.2.

lesquels ce critère doit être appliqué, faisant fi des nombreuses critiques et confirmant ainsi les craintes de la doctrine⁷².

42. Au vu de la rigueur de cette méthode, plusieurs auteurs ont toutefois proposé des solutions. L'on peut notamment citer ROHRER, qui propose de modifier presque entièrement l'article 11 OBLF en assouplissant certaines exigences et en accordant une certaine marge d'appréciation aux tribunaux. Il pourrait également être envisagé, dans l'hypothèse où la partie se trouve dans l'impossibilité objective, sans sa faute, de fournir les cinq exemples de comparaison, et qu'elle le démontre, d'assouplir les critères requis pour les loyers comparatifs et le degré de preuve requis, par exemple en admettant que le tribunal tienne compte de statistiques qui ne seraient peut-être pas suffisamment différenciées, statistiques qu'il s'agirait néanmoins de pondérer en fonction des caractéristiques concrètes de l'appartement litigieux⁷³.
43. Enfin, il convient de s'attarder sur la qualification même du critère des loyers usuels, sur laquelle le Tribunal fédéral ne s'est jamais prononcé. Certains auteurs qui se sont penchés sur cette question considèrent qu'en parlant de loyer usuel à l'art. 269a lit. a CO, le législateur a simplement voulu renvoyer à un usage⁷⁴. Or, lorsqu'un usage est applicable suite à un renvoi de la loi, il s'agit d'un droit indirectement codifié que le tribunal doit appliquer d'office⁷⁵. Ce faisant, bien que les parties aient l'obligation de collaborer en présentant les objets aptes à établir le loyer usuel pour les objets semblables aux locaux litigieux, il est au final de la responsabilité du tribunal d'établir le loyer usuel en prenant en considération tous les

⁷² ROHER, pp. 70 ss ; Voir notamment les critiques SOMMER MONIKA, in : MRA 2/2013, p. 62 ; CONOD PHILIPPE, DB 2013 N 28 et DB 2016 N 12 ; JEANNIN PASCAL, DB 2016 N 27 et les références citées.

⁷³ TF du 08.12.2015, 5A_211/2015, DB 2016 N 12, Note de CONOD PHILIPPE.

⁷⁴ JEANNIN PASCAL, Le loyer usuel – un usage pas comme les autres ? in : Newsletter bail.ch, janvier 2016 et les références citées.

⁷⁵ ATF 94 II 157, cons. 4b, JdT 1969 I 538 ; ATF 90 II 92, cons. 4, JdT 1965 I 37 ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (n. 3), § 18 N 9 ; HASENBÖHLER FRANZ, Das Beweisrecht der ZPO, Band 1, Zurich 2015, N 1.14 ; CR CC I-PIOTET, art. 8 CC N 13.

moyens à sa disposition. A la lumière de ce qui précède, le tribunal ne saurait dès lors, contrairement à sa pratique actuelle, imputer à la partie se prévalant des loyers usuels l'insuffisance, tant quantitative que qualitative, des objets fournis pour la débouter, mais devrait au contraire, comme le relève JEANNIN, intervenir pour fixer concrètement le cadre de ce qui est comparable dans le cas donné et charger la partie de trouver des objets comparables dans ces limites⁷⁶. Il sera dès lors intéressant d'examiner, à l'avenir, si notre Haute Cour va se positionner sur cette question de la qualification du loyer usuel comme usage et quelles en seront les conséquences sur l'application de la méthode des loyers comparatifs.

IV. Rendement brut pour les constructions récentes (art. 269a lit. c CO)

A. Principe

44. Selon l'art. 269a lit. c CO, ne sont pas abusifs les loyers qui se situent dans les limites du rendement brut permettant de couvrir les frais lorsqu'il s'agit de construction récente.
45. Il s'agit par cette méthode de permettre au bailleur d'obtenir un rendement supérieur à celui autorisé par les autres critères légaux et cela notamment afin d'encourager la construction de nouveaux logements⁷⁷. Il s'agit ainsi d'une exception au rendement net prévu à l'art. 269 CO ; le loyer d'une construction récente peut donc être supérieur aux loyers comparatifs.

B. Une construction récente

46. Selon la doctrine, il faut entendre par là un immeuble construit il y a une dizaine d'années environ⁷⁸. Une partie de la doctrine considère

⁷⁶ JEANNIN, p. 4.

⁷⁷ LACHAT, Bail à loyer, p. 488 ; TF du 01.03.2016, 4A_465/2015, cons. 5.6.1.

⁷⁸ CPra Bail-BOHNET/BROQUET, art. 269a N 101 et la doctrine et jurisprudence citées.

cependant qu'un immeuble ne nécessite quasiment pas de travaux considérables d'entretien les dix premières années et que dès lors une construction est récente lorsqu'elle n'a pas plus de 15 ans d'âge⁷⁹.

47. Est également visé par cette notion l'immeuble rénové de fond en comble⁸⁰.

C. Rendement admissible

48. Le prix de revient correspond aux investissements consentis par le bailleur, soit les frais d'investissement au sens de l'art. 15 al. 1 OBLF.
49. Il s'agit du prix du terrain, du coût de la construction, des frais liés soit à la mutation et honoraires du notaire, intercalaires qui comprennent la construction, taxes payées par le propriétaire, coût de démolition d'un précédent immeuble en cas de procédure liée à la construction de l'immeuble⁸¹.
50. Selon l'art. 15 al. 2 OBLF, il n'est pas possible de prendre en compte le prix du terrain et les frais de construction et d'acquisition si ceux-ci sont manifestement exagérés. Si le locataire estime que le prix d'acquisition ou de construction est manifestement exagéré, il en supporte le fardeau de la preuve. Pour déterminer le caractère excessif du prix de revient et ses composants, il convient de comparer le prix de revient effectif de l'immeuble et le coût usuel des terrains dans le quartier, majoré du prix de construction du moment pour des objets comparables à leur valeur intrinsèque⁸². Une marge de 10% supplémentaire sur le prix ainsi calculé est admise⁸³. En principe, à la

⁷⁹ BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE, p. 527.

⁸⁰ CPra Bail BOHNET/BROQUET, art. 269a CO N 101 ; LACHAT, Bail à loyer, p. 489.

⁸¹ Voir LACHAT, Bail à loyer, p. 429 et 430, notamment note 45 qui admet les frais des éventuelles procédures liées à la construction de l'immeuble lorsque le propriétaire ne les a pas suscités par sa négligence.

⁸² LACHAT, Bail à loyer, p. 491 mais ce dernier relève néanmoins que le taux doit être apprécié de cas en cas, notamment en fonction de la situation de l'immeuble et de la qualité de sa construction.

⁸³ BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE, art. 269a CO N 94a, p. 529 ; HIGI, art. 269a CO N 178.

différence du calcul de rendement net, le montant de l'investissement du bailleur n'est pas différencié entre fonds propres et fonds empruntés et ce montant n'a pas à être indexé⁸⁴.

51. Le rendement admissible correspond au taux hypothécaire de référence majoré de 2 à 2.5%⁸⁵. Logiquement, les milieux pro-locataires⁸⁶ s'en tiennent à un taux de 2%, admis par deux fois par le Tribunal fédéral⁸⁷. Dans un autre arrêt, le Tribunal fédéral a relevé qu'un taux de 2.5% de plus que le taux de référence retenu par l'instance précédente pourrait être admissible⁸⁸. Dans les premières années, le bailleur n'a que peu de frais d'entretien à prendre en charge. Il en va différemment les années suivantes et plus l'on s'approche de la durée de 10 ans, plus le montant des frais d'entretien augmente. Dans ces conditions, il convient de prendre en compte le taux de 2.5% pour les dernières années de la période de 10 ans, voire pour les quelques années suivantes. Pour LACHAT, plus le prix du terrain est élevé, plus il convient d'en rester au taux de 2%,⁸⁹ mais celui-ci précise cependant que le taux doit être apprécié de cas en cas, en fonction de la situation de l'immeuble et de la qualité de sa construction.
52. Comme déjà relevé, la doctrine admet l'application d'un calcul de rendement brut lorsque l'immeuble a fait l'objet d'une rénovation complète.
53. La question est intéressante si l'immeuble a été acquis il y a de nombreuses années et a fait l'objet par la suite d'une rénovation complète. Comment faut-il pratiquer ? Il faut prendre en compte le coût de la rénovation et y ajouter une part qui correspond à la valeur de l'immeuble, respectivement de la parcelle s'il s'agit de la

⁸⁴ *Contra* BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE, p. 528.

⁸⁵ CPra Bail-BOHNET/BROQUET, art. 269a CO N 106 et la doctrine et jurisprudence citées.

⁸⁶ LACHAT, Bail à loyer, p. 490, note 236 et la doctrine citée ; BRUTSCHIN SARAH, Mietrecht für die Praxis, 9^e éd., Zurich 2016, p. 535.

⁸⁷ ATF 118 II 124, cons. 5 ; MRA 1998 1 ss.

⁸⁸ mp 1996 159 ; BÄTTIG HANS, Wohn- und Geschäftsraummiere, Beraten und Prozessieren im Immobiliarmietrecht, Bâle 2016, p. 10.

⁸⁹ LACHAT, Bail à loyer, p. 491.

démolition d'un immeuble et d'une reconstruction complète. Or, il n'est pas possible de prendre en compte une répartition entre fonds indexés et fonds empruntés, respectivement d'indexer les fonds propres. Dans ces conditions, le plus simple serait de déterminer par expertise la valeur du terrain, respectivement la valeur de l'immeuble. A notre connaissance, pareil cas n'a jamais été tranché par la jurisprudence. Spécifiquement, si le bailleur a acquis la parcelle il y a plus de 17 années puis y a fait construire un immeuble il y a moins de 10 ans, il faut tenir compte du coût de construction de l'immeuble et déterminer la valeur de la parcelle par expertise au jour de la construction. Il n'est en effet pas possible de prendre en compte le prix d'achat de la parcelle indexée puisqu'il s'agit là de critère entrant uniquement dans le cadre d'un calcul de rendement net.

V. Prestations supplémentaires du bailleur (art. 269a lit. b CO)

A. Définition

54. Les prestations supplémentaires du bailleur correspondent à des investissements qui aboutissent à des améliorations créant des plus-values, un agrandissement de la chose louée, des prestations accessoires supplémentaires ou à des améliorations énergétiques⁹⁰.
55. L'article 269a lit. b CO est complété par l'article 14 OBLF qui précise ce que l'on entend par « prestations supplémentaires ».
56. Il s'agit de travaux qui augmentent la valeur de la chose louée ou qui apportent un avantage supplémentaire au locataire.

⁹⁰ Voir l'excellente contribution de feu M. le Juge fédéral CORBOZ BERNARD, Les travaux de transformation et de rénovation de la chose louée entrepris par le bailleur et leur répercussion sur les loyers, in 12^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2002, pp. 17 s. ; CONOD/BOHNET, N 390 ss, pp. 94 ss ; PINTO, pp. 49 ss ; CPra Bail-BOHNET/BROQUET, art. 269a CO, N 58 à 80.

57. Les travaux de réparation ou d'entretien ne sont pas visés par l'art. 14 OBLF et ne permettent donc pas de justifier une augmentation de loyer en se prévalant de prestations supplémentaires du bailleur.
58. Le Tribunal fédéral admet en effet que les frais consentis pour l'entretien extraordinaire (remplacement d'installations telles que chaudière, ascenseur, toiture, prises d'eaux) doivent être répartis sur plusieurs exercices en fonction de la durée de vie des installations concernées. La quote-part correspondante est intégrée chaque année dans les charges d'entretien jusqu'à amortissement complet⁹¹.
59. En revanche, les frais engendrés par ces travaux de réparation et d'entretien peuvent éventuellement justifier une hausse de loyer sous l'angle de l'art. 269a lit. b CO.
60. L'art. 14 al. 1 OBLF distingue ainsi 4 hypothèses de prestations supplémentaires, à savoir :
- Les améliorations créant des plus-values⁹² :
On peut penser au remplacement d'un lave-vaisselle par un lave-vaisselle plus performant et plus économe en énergie. BOHNET/BROQUET donnent également l'exemple d'une cuisinière électrique traditionnelle remplacée par une cuisinière vitrocéramique avec four multifonctions (chaleur tournante, grill, vapeur, etc.).

La détermination de la part à plus-value dans de tels cas est délicate. Certains auteurs préconisent d'apprécier la plus-value en équité⁹³. D'autres reprennent la règle de la plus-value créée lors d'importantes réparations, soit l'art. 14 al. 1 *in fine* OBLF et retiennent une plus-value entre 40% et 80% de la valeur de la nouvelle installation⁹⁴.

⁹¹ TF du 08.12.2015, 4A_211/2015.

⁹² Voir CONOD/BOHNET, N 392, p. 95-95 et N 403 et 404 ; pour une analyse complète et détaillée des prestations supplémentaires, PINTO, p. 50 à 55.

⁹³ BSK OR WEBER ROGER, art. 269a CO, N 11, p. 1538.

⁹⁴ SIEGRIST ROBERT, Der missbräuchliche Mietzins, Regel und Ausnahmen (Art. 269 und 269a OR), thèse, Zurich 1997, p. 101.

Une troisième solution serait de considérer la plus-value comme étant la différence entre le prix effectivement payé par le bailleur et le prix du marché d'un équipement neuf de standard équivalent à l'ancienne installation⁹⁵.

- L'agrandissement de la chose louée.
- Les prestations accessoires supplémentaires :
C'est le coût effectif du service nouveau qui devrait être pris en compte et non pas la valeur usuelle sur le marché de la prestation accessoire supplémentaire⁹⁶.
- Importantes réparations :
Celles-ci se caractérisent par le fait qu'elles dépassent les travaux d'entretien courants et qu'elles affectent en principe les parties essentielles de l'immeuble afin généralement d'en augmenter la durée de vie, les adapter aux conditions modernes et dont le coût est élevé par rapport à l'état locatif de l'immeuble⁹⁷.

61. Ces importantes réparations ont un caractère mixte dans la mesure où elles recouvrent tant des travaux d'entretien que des travaux de rénovation ou de modification. Des travaux de modification au sens de l'art. 260 CO peuvent théoriquement appartenir à toutes ces catégories de prestations supplémentaires⁹⁸.

B. Les améliorations énergétiques

62. Selon l'art. 14 al. 2 OBLF, sont réputées « prestations supplémentaires », certaines améliorations énergétiques apportées à la chose louée :

⁹⁵ HIGI N 363 ss ; CPra Bail-BOHNET/BROQUET, art. 269a N 66 CO.

⁹⁶ CORBOZ, Les travaux, p. 18 ; PINTO, p. 53 qui précise toutefois que le coût effectif du service nouveau ne doit pas être manifestement exagéré.

⁹⁷ ATF 118 II 415, cons. 3a ; PINTO, p. 54.

⁹⁸ CARRON BLAISE, Bail et travaux de construction : aménagement, entretien, rénovation et modification des locaux, in : 17^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2012, p. 106.

- Mesures destinées à réduire les pertes énergétiques de l'enveloppe du bâtiment (art. 14 al. 2 lit. a).
 - Mesures visant à une utilisation rationnelle de l'énergie (art. 14 al. 2 lit. b).
 - Mesures destinées à réduire les émissions sur les installations techniques (art. 14 al. 2 lit. c).
 - Mesures visant à utiliser les énergies renouvelables (art. 14 al. 2 lit. d).
 - Remplacement d'appareils ménagers à forte consommation d'énergie par des appareils à faible consommation (art. 14 al. 2 lit. e).
63. Précisons que la seule mise en conformité d'une installation à la législation sur la protection de l'environnement ne rentre pas dans le cadre d'une amélioration énergétique, mais vise simplement à supprimer un défaut.
64. C'est le surcoût des travaux engendré par les améliorations énergétiques qui peut être pris en totalité comme une plus-value et répercuté sur les loyers⁹⁹.

C. Présomption de l'art. 14 al. 1 OBLF

65. Dans le cadre d'importantes réparations, il y a toujours une part de travaux d'entretien. Il est dès lors difficile de faire la distinction entre les travaux d'entretien et ceux créant des plus-values.
66. Comme déjà relevé, les importantes réparations se distinguent des réparations habituelles de l'entretien courant d'un point de vue essentiellement quantitatif. Elles se caractérisent par le fait qu'elles touchent de nombreuses parties de l'immeuble et qu'elles génèrent un

⁹⁹ CPra Bail-BOHNET/BROQUET, art. 269a CO N 80 ; ANSERMET JACQUES, L'incidence sur les loyers des mesures visant à des améliorations énergétiques selon l'art. 14 al. 2 et 3 OBLF, CdB 2008, p. 2.

coût considérable par comparaison avec l'état locatif de l'immeuble¹⁰⁰.

67. L'art. 14 al. 1, 2^e phrase OBLF pose dès lors la présomption selon laquelle les frais causés par d'importantes réparations sont considérés à raison de 50 à 70% comme des investissements créant des plus-values.
68. Il s'agit de ne pas décourager le bailleur d'entreprendre à temps les travaux d'entretien nécessaires¹⁰¹ et de faciliter la tâche du juge puisque la distinction n'est pas toujours évidente¹⁰².
69. Sur le principe, il n'y a pas lieu d'appliquer la présomption si la distinction entre les importantes réparations et les travaux à plus-value peut être faite sans difficulté¹⁰³ mais celle-ci peut être renversée (supérieure à 70% (création d'un ascenseur) ou inférieure à 50% : essentiellement travaux d'entretien).

D. Calcul de la hausse

70. Selon l'art. 14 OBLF, une hausse de loyer fondée sur des investissements créant des plus-values et sur les améliorations énergétiques est réputée non abusive lorsqu'elle ne sert qu'à recouvrir équitablement les frais d'intérêts, d'amortissement et d'entretien résultant de l'investissement.

1. Les intérêts

71. Le bailleur a droit à l'intérêt du capital investi dans les travaux à plus-values. Celui-ci correspond au taux de l'intérêt hypothécaire de référence au moment de la notification de la hausse de loyer augmenté d'un demi-pourcent. Selon le Tribunal fédéral, comme le capital

¹⁰⁰ TF du 20.01.2011, 4A_495/2010.

¹⁰¹ CdB 2012, p. 79.

¹⁰² Admissible de se baser sur un contrat d'entreprise générale et donc pas besoin de reconstituer le décompte détaillé du coût de construction, BezGer Meilen, A c B arrêt du 21.12.2007 ; CONOD/BOHNET, Droit du bail, p. 96.

¹⁰³ CdB 2012, p. 82.

investi sera progressivement amorti et partant, le capital à rémunérer diminué progressivement, il faut diviser le taux de l'intérêt pris en compte par deux. Il faut également prendre l'intérêt calculé en plein sur le capital plus-value divisé par deux, ce qui revient au même.

2. L'amortissement

72. L'art. 14 OBLF prévoit que l'amortissement de l'investissement peut être répercuté sur les loyers. Celui-ci est calculé en fonction de la durée de vie présumable des nouveaux agencements. Le juge doit tenir compte du matériel utilisé, la qualité de l'exécution des travaux. Le juge peut s'inspirer des tables, indications délivrées par l'architecte ou même ordonner cas échéant une expertise.

3. L'entretien

73. Comme le bailleur ne peut constituer de provision, le loyer doit permettre au bailleur de financer l'entretien des nouvelles installations¹⁰⁴.
74. Le Tribunal fédéral a d'abord validé la méthode dite « Fracheboud » soit la méthode qui retient comme frais d'entretien le 10% de la somme additionnée des intérêts de l'amortissement¹⁰⁵.
75. Cette méthode est surtout appliquée en Suisse romande.
76. Dans un arrêt du 18 février 2010, le Tribunal fédéral a également validé la méthode qui admettait que les frais d'entretien pouvaient être fixés de manière forfaitaire à 1% du coût total de l'investissement des travaux assimilés à une plus-value, méthode appelée « méthode SVIT ». Le Tribunal fédéral a en effet considéré que ce mode de faire correspondait à la doctrine dominante et à la jurisprudence¹⁰⁶.

¹⁰⁴ CONOD/BOHNET, N 407, p. 98.

¹⁰⁵ ATF 118 II 415, cons. 3 c/cc, CdB 1993, p. 18.

¹⁰⁶ CdB 2010 p. 81 ; LACHAT, Bail à loyer, p. 484 ; BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE, art. 269a CO N 76, p. 522.

77. Le Tribunal fédéral n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer sur une méthode préconisée par l'association des propriétaires suisse alémanique, méthode dite « HEV Hauseigentümerverband Schweiz » qui propose de calculer les frais d'entretien à raison de 1.5% du coût total des travaux assimilés à une plus-value.

E. Entrée en vigueur de la hausse

78. Les travaux doivent dès lors être terminés et le bailleur disposer des pièces justificatives, soit des factures.
79. Selon la doctrine majoritaire, il n'est pas nécessaire que toutes les factures aient été payées¹⁰⁷.
80. Selon l'art. 14 al. 5 *in fine* OBLF, pour les travaux d'envergure, le bailleur peut procéder à des hausses de loyer échelonnées en proportion des paiements déjà effectués par le bailleur.
81. Dans un tel cas, les travaux doivent non seulement avoir été achevés et facturés, mais également payés pour que la hausse puisse être notifiée¹⁰⁸.

F. Formule officielle

82. Ensuite de la modification de l'OBLF entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2014, le bailleur doit indiquer sur la formule officielle s'il a obtenu, du fait des travaux à plus-value, un subventionnement¹⁰⁹.

¹⁰⁷ CARRON, N 218 p. 107 ; CONOD/BOHNET, N 408 p.100 ; LACHAT, Bail à loyer, p. 487 ; *contra* : PINTO, p. 62, qui estime que les factures doivent également être payées, à défaut de quoi, le bailleur pourrait notifier une hausse de loyer sans avoir encore effectué de dépenses effectives, ce qui serait difficilement soutenable.

¹⁰⁸ CONOD/BOHNET, p. 101 ; LACHAT, Bail à loyer, p. 487 ; *contra* : ROHRER BEAT, Änderungen der Verordnung über die Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen (VMWG) vom 26.6.1996, in Kraft seit 1. August 1996, in : MRA 1996, p. 145 ss.

¹⁰⁹ Art. 19 al. 1 ch. 5 OBLF.

83. Le montant du subside obtenu alors pour des améliorations à plus-value doit être déduit du montant pris en compte pour le calcul de la répercussion des travaux sur les loyers (art. 14 al. 3^{bis} OBLF).
84. Enfin, le bailleur n'a pas à détailler la hausse de loyer ensuite d'investissement à plus-value. Une formulation telle que « investissement à plus-value suite à la rénovation totale » a été considérée comme suffisante par le Tribunal fédéral.
85. Celui-ci a en effet considéré qu'un locataire raisonnable et correct était en mesure de comprendre clairement sur quel motif d'augmentation le bailleur se fondait et le bailleur n'avait dès lors pas l'obligation de se référer aux décomptes des frais de construction¹¹⁰.
86. Le bailleur doit naturellement user de la formule officielle et notifier la hausse de loyer pour le prochain terme de résiliation.
87. L'avis de majoration du loyer qui doit indiquer les motifs de la hausse doit parvenir au locataire 10 jours au moins avant le début du délai de résiliation.

G. Répartition des frais entre les locataires

88. Le bailleur a un large pouvoir d'appréciation quant à la clé de répartition qu'il souhaite appliquer pour répartir la hausse de loyer possible entre les locataires.
89. Le juge n'interviendra que si la méthode adoptée est insoutenable¹¹¹.
90. Il n'y a pas de système parfait et la ventilation peut s'opérer selon la surface des appartements, au prorata du nombre de pièces par logement, en fonction du pourcentage qui représente l'investissement à plus-value ou même selon la clé de répartition applicable en propriété par étage.

¹¹⁰ ATF 142 III 375.

¹¹¹ ATF 139 III 209, cons. 2.1, CdB 2013, p. 93.

VI. Rendement net (art. 269 CO)

A. Principe

91. La méthode du rendement net est une méthode de calcul basée sur les coûts, qui va permettre de déterminer le rendement net des fonds propres investis par le bailleur. Le rendement net correspond au rapport entre les loyers nets après déduction de toutes les charges du bailleur, et son investissement personnel, soit ses fonds propres. L'art. 269 CO réserve toutefois le cas du prix d'achat manifestement exagéré¹¹².
92. Le loyer doit ainsi, d'une part, offrir un loyer raisonnable par rapport aux fonds propres investis et, d'autre part, couvrir les charges immobilières¹¹³.
93. Selon le Tribunal fédéral, le rendement net des fonds propres investis est admissible lorsqu'il n'excède pas d'un demi-pourcent le taux d'intérêt hypothécaire de référence fixé périodiquement en application de l'art. 12a OBLF¹¹⁴.

B. Méthode de calcul

94. Il s'agit de déterminer un état locatif admissible et de le comparer à l'état locatif réel de l'immeuble, à savoir la somme des loyers annuels dus. Lorsque le premier est moins élevé que le second, aucune hausse de loyer par exemple n'est justifiée. En principe, il convient de prendre en considération le seul rendement de l'objet loué en cause. Le loyer admissible peut dès lors être calculé en fonction d'une clé de répartition telle que la surface habitable, du volume (sans tenir compte du volume des communs) ou du nombre de pièces selon une clé de répartition applicable en propriété par étage.

¹¹² Sur la notion, voir LACHAT, Bail à loyer, p. 437 à 440.

¹¹³ ATF 141 III 245, cons. 6.3, p. 252 et les références citées.

¹¹⁴ ATF 141 III 245, cons. 6.3 ; ATF 120 II 100, cons. 6b ; CONOD/BOHNET, N 475 p. 115 ; CPra Bail-BOHNET, art. 269 CO N 8, p. 910.

95. Pour effectuer le calcul, il faut dès lors déterminer d'une part les charges immobilières supportées par le bailleur, soit les frais d'exploitation, d'entretien ordinaires ou extraordinaires et les charges financières, et d'autre part, déterminer le rendement net admissible des fonds propres réévalués investis par le bailleur, puis additionner ces deux éléments.
96. Les frais d'exploitation et les frais d'entretien sont pris en considération dans le calcul à leur montant effectif. Cela étant, pour éviter de trop importantes variations annuelles, la jurisprudence impose de se baser sur une moyenne des montants correspondant aux trois à cinq années précédentes¹¹⁵.
97. Par frais d'exploitation¹¹⁶, il faut entendre impôt foncier, primes d'assurances liées à l'immeuble, honoraires de gérance, conciergerie, frais d'électricité des espaces communs, abonnements d'entretien des ascenseurs, chaudières, cheminées, etc.
98. Bien évidemment, ces frais ne peuvent être pris en compte que pour autant qu'ils ne soient pas facturés au locataire sous la forme de frais accessoires.
99. Par charges d'entretien, il faut entendre les frais supportés par le bailleur dans le cadre de l'entretien de son immeuble.
100. Si ces frais sont élevés comme le remplacement d'une chaudière, il faut dès lors procéder à un amortissement de 0.5% sur la moitié du solde des travaux non encore amortis¹¹⁷.
101. Pour déterminer le rendement net admissible des fonds propres réévalués investis par le bailleur, il convient de déterminer le prix de revient de l'immeuble et de déduire de ce prix les fonds étrangers. Le prix de revient correspond au coût du terrain ou à celui de la construction ou encore au prix d'achat de l'immeuble déjà construit, auquel s'ajoutent encore les droits de mutation, honoraires du notaire,

¹¹⁵ CONOD/BOHNET, N 455 p. 110.

¹¹⁶ Pour une information plus détaillée, voir CONOD/BOHNET, p. 109 ss ; CPra Bail-BOHNET, art. 169 N 57 ss ; LACHAT, Bail à loyer, p. 441 ss.

¹¹⁷ CPra Bail-BOHNET, art. 269 CO N 67 et la jurisprudence et doctrine citées.

taxes payées, frais intercalaires du crédit de construction, voire éventuellement le coût des travaux de démolition nécessaires à la nouvelle construction, les bénéfices et honoraires du promoteur dans la limite du raisonnable.

102. Une marge promoteur-vendeur de 11.14% du prix de revient de l'immeuble n'est pas excessive eu égard notamment au risque attaché à une opération immobilière portant sur plus de CHF 14'000'000.-¹¹⁸.
103. On peut également y ajouter les frais de dépollution ou de décontamination du sol si ceux-ci ne doivent pas être mis à charge du pollueur ainsi que tout autre frais lié aux procédures en lien avec le chantier (frais de justice, dépens, honoraires d'avocat, expertise)¹¹⁹.
104. Par prix d'acquisition, rappelons qu'il s'agit du prix effectivement payé par le bailleur et non pas de la valeur actuelle de construction, une valeur vénale intrinsèque ou fiscale¹²⁰.
105. Dans le cadre d'une donation ou d'une donation mixte, ou d'un partage d'une succession, le bailleur peut se fonder sur le prix effectif du marché au moment de l'acquisition¹²¹.
106. Une fois les fonds propre investis initiaux déterminés, il convient également de prendre en considération leur évolution, soit un éventuel amortissement de la dette hypothécaire ou encore des travaux dans la chose louée.
107. Le montant des coûts d'investissement financier par le bailleur déterminé, ceux-ci peuvent être réévalués en fonction de l'indice suisse des prix à la consommation (IPC) étant précisé que le montant objet de la réévaluation ne peut dépasser le 40% du prix de revient de

¹¹⁸ ATF 117 II 77, cons. 3a/bb ; CPra Bail-BOHNET, art. 269 N 27 ; LACHAT, Bail à loyer, p. 429.

¹¹⁹ LACHAT, Bail à loyer, p. 429 N 41.

¹²⁰ CONOD/BROQUET, La pratique récente en matière de loyers et de frais accessoires, in : 16^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2010, p. 231 ; ATF 122 III 257 ; CPra Bail-BOHNET, art. 269 CO N 37 et la jurisprudence du Tribunal fédéral citée.

¹²¹ TF du 17.07.2014, 4A_198/2014, cons. 4.4 ; TF du 18.01.2006, 4C.285/2005, cons. 2.5 ; TF du 06.12.1944, 4C.234/1994, cons. 3a ; CONOD/BOHNET, N 407 p. 98.

l'immeuble¹²². Ainsi, si la chose louée a été financée entièrement par des fonds propres, le bailleur ne pourra indexer que le 40% de ce montant¹²³.

108. Une fois que les fonds propres investis réévalués sont connus, il suffit d'y appliquer le taux hypothécaire de référence majoré de 0.5%, pour déterminer le rendement net admissible. Après avoir additionné le rendement net admissible aux charges immobilières et financières, il faut comparer le résultat à l'état locatif réel afin de constater ou non son caractère abusif.

C. Une méthode à réévaluer ?

109. A l'heure où le taux hypothécaire se situe à un niveau historiquement très bas, certains ont remis en cause la jurisprudence du Tribunal fédéral selon laquelle le rendement est admissible lorsqu'il n'excède pas de plus d'un demi-pourcent le taux hypothécaire de référence¹²⁴.
110. Dans un arrêt rendu le 1^{er} mars 2016, le Tribunal fédéral confirme sa jurisprudence¹²⁵ et relève que certes le taux hypothécaire de référence est bas, mais qu'il n'y a aucune raison de procéder différemment. Le Tribunal fédéral considère que les variations du rendement qui pourraient résulter de la variation du taux hypothécaire de référence finalement correspondent à la logique du système des loyers calculés sur la base des coûts que le législateur a mis sur pied, le Tribunal fédéral mentionne également le Message du 27 mars 1985 concernant l'initiative populaire « pour la protection des locataires », la révision du bail à loyer et du bail à ferme dans le Code des obligations¹²⁶.

¹²² ATF 123 III 171, cons. 6a.

¹²³ ATF 120 II 110, cons. 5, p. 101 ss.

¹²⁴ Voir BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE, p. 474.

¹²⁵ ATF 141 III 245, cons. 3.7 ; TF du 17.07.2014, 4A_198/2014 ; TF du 18.02.2010, 4A_470/2009, cons. 6.

¹²⁶ FF 1985/1369 chiffre 525, p. 1469.

111. Enfin, le Tribunal fédéral se réfère également à la réponse donnée par le Conseil fédéral à l'interpellation du conseiller national HUGUES HILTPOLD déposée le 12 décembre 2014¹²⁷.
112. En tout état de cause, le Tribunal fédéral relève qu'une modification du système actuel « *présupposerait une intervention sur le plan législatif* »¹²⁸. Ainsi, au niveau jurisprudentiel, le dossier est clos si l'on peut dire.
113. Sur le plan législatif, un certain nombre de motions, initiatives ou postulats tendent à remettre en cause la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral dans le cadre de l'art. 269 CO qui devrait être à cet effet modifié.
114. Il s'agit soit de permettre une application facilitée d'une méthode évoluée des loyers comparatifs¹²⁹, soit de faciliter le calcul de rendement¹³⁰.
115. Selon l'initiative FELLER, les fonds propres seraient indexés en totalité sur la base de l'IPC et le rendement des fonds propres ainsi indexé serait excessif lorsque celui-ci dépasserait le taux hypothécaire de référence majoré de 2%¹³¹.
116. Enfin, une troisième initiative parlementaire déposée également en 2017 doit permettre de mettre sur le même pied les critères d'examen du caractère abusif des loyers visés aux articles 269 et 269a CO. Ainsi, selon l'initiant FÄSSLER si le loyer n'est pas abusif selon l'un de ces

¹²⁷ Initiative parlementaire HILTPOLD HUGUES 14.4246, *Suppression de la prise en compte du taux hypothécaire de référence dans le cadre du calcul de rendement admissible*.

¹²⁸ TF du 01.03.2016, 4A_465/2015, cons. 5.6.3.

¹²⁹ Initiative parlementaire EGLOFF HANS 17.493 du 29.09.2017 ; voir KÄGI ADRIEN et WIRZ STEFAN, *Mietrecht Entwicklungen* 2017, p. 24 ss.

¹³⁰ Initiative parlementaire FELLER OLIVIER 17.491 du 29.09.2017 ; voir KÄGI ADRIEN et WIRZ STEFAN, *Mietrecht Entwicklungen* 2017, p. 18 ss.

¹³¹ Initiative parlementaire FELLER OLIVIER 17.491 du 29.09.2017 ; voir KÄGI ADRIEN et WIRZ STEFAN, *Mietrecht Entwicklungen* 2017, p. 18 ss.

critères, il serait alors exclu de faire valoir le critère abusif du loyer sur la base d'un autre critère¹³².

117. A noter que depuis l'intégration en 1990 de l'AMSL dans le Code des obligations, toute tentative pour modifier le droit du bail en profondeur a échoué.
118. Comme le marché du logement se détend quelque peu, il n'est pas irréal de penser que toute tentative de modifier le système de fixation des loyers en droit suisse a de fortes chances de s'enliser à petit feu.

VII. Rendement net et travaux à plus-value¹³³

A. Une jurisprudence à facettes

119. Si la question de la prise en compte des travaux à plus-value dans le cadre du calcul de rendement est délicate, elle n'a guère occupé les tribunaux ou, à tout le moins, les tribunaux supérieurs. Dans un arrêt du 24 janvier 2001, le Tribunal fédéral a considéré qu'il fallait ajouter la part de plus-value au coût de revient et déterminer, par conséquent, si cette part était payée par le biais de fonds propres ou d'emprunts. Concernant la part dévolue à l'entretien extraordinaire, soit la part qui dépasse de manière considérable l'entretien annuel, celle-ci doit être amortie sur la durée de vie des installations et soumise à un taux de 5% par année¹³⁴.
120. Les Tribunaux vaudois se sont ralliés à l'argumentation développée par GUT¹³⁵ qui paraissait particulièrement bien étayée¹³⁶ et ont inclus

¹³² Initiative parlementaire FÄSSLER DANIEL du 29.09.2017, 17.492 ; voir KÄGI ADRIEN et WIRZ STEFAN, *Mietrecht Entwicklungen* 2017, p. 21 ss.

¹³³ CONOD PHILIPPE, La prise en compte des travaux à plus-value des importants travaux de rénovation dans le cadre d'un calcul de rendement (art. 269 CO) ou l'art de se compliquer les choses, *La pratique de l'avocat* 2017, Congrès Fédération Suisse des Avocats, Lucerne 2017.

¹³⁴ MRA 401, p. 116 et ss.

¹³⁵ GUT BEAT, *Angemessenen Ertrag* in MP 1996, p. 177 ss.

¹³⁶ CONOD PHILIPPE, La prise en compte des travaux à plus-value et importants travaux de rénovation, *CdB* 2010, p. 11 ss.

la totalité des travaux dans l'investissement du bailleur, sans déterminer quelle part de l'investissement représentait une plus-value et quelle part constituait l'entretien. La seule question importante était de savoir comment le bailleur avait financé ses travaux, soit par des fonds propres, soit par des fonds empruntés¹³⁷.

121. Le Tribunal des baux de la République et du canton de Genève a également suivi cette pratique alors que la Chambre d'appel considèrerait, elle, qu'il aurait fallu, dans le cadre du calcul de rendement, déterminer la part à plus-value et ne retenir que celle-ci¹³⁸.
122. Tout en admettant la solution du Tribunal fédéral sur le principe, certains auteurs ont considéré que le taux de 5% retenu par le Tribunal fédéral était par trop élevé et qu'il fallait, pour calculer les frais extraordinaires d'entretien, s'inspirer de la méthode instituée par l'art. 14 OBLF¹³⁹.
123. Considérant que le taux de 5% ne pouvait être admis comme intérêt moyen et généralement applicable, le Tribunal cantonal du Canton de Berne s'en est tenu pour calculer l'intérêt à la moitié du taux sur la totalité du capital investi augmenté de 0.5%.
124. Le Tribunal fédéral a confirmé la méthode suivie par les juges bernois¹⁴⁰ et a considéré qu'il n'avait pas indiqué précédemment, notamment dans l'arrêt de 2001, les motifs pour lesquels il avait appliqué un taux de 5% pour les frais d'entretien extraordinaires. Vraisemblablement, cela provenait du fait que les parties n'avaient pas contesté l'application de ce taux. Or ce taux était proche du taux de référence de l'époque. Ainsi, il faut en réalité prendre en compte les frais d'entretien extraordinaires et pour rémunérer le capital

¹³⁷ TBx VD, arrêt du 01.05.2007, confirmé par TC VD arrêt du 02.06.2008, XA.0528792.

¹³⁸ TF du 26.11.2007, 4A_219/2007 ; voir également le calcul de rendement tel qu'établi par le Tribunal des baux genevois in : CPra Bail-BOHNET, art. 269 CO N 76.

¹³⁹ BSK OR 2011-WEBER ROGER N 11a.

¹⁴⁰ ATF 140 III 433 ; JAKES MARTINE, Répercussion des travaux d'entretien extraordinaire sur le loyer : Panorama en méthode absolue et relative à l'aune de l'arrêt du TF du 08.07.2014, 4A_565/2013, CdB 2014, pp. 97 ss.

investi, tenir compte du taux hypothécaire de référence majoré de 0.5% et appliquer ledit taux pour tenir compte de l'amortissement du capital investi à la moitié du capital.

125. Rejoignant là également la solution préconisée notamment par LACHAT¹⁴¹, le Tribunal fédéral tient ainsi compte de la durée de vie des installations concernées dans le cadre de frais d'entretien extraordinairement élevés. Relevons que pour les frais d'entretien courant, seule la moyenne des trois, ou plutôt des cinq dernières années des montants desdits frais peut être prise en compte dans le cadre du calcul.

B. ATF 141 III 245

126. Dans un arrêt du 7 juillet 2015, le Tribunal fédéral a encore été plus loin dans l'affirmation du principe. Il s'agissait d'une affaire vaudoise où tant le Tribunal des baux du canton de Vaud que la Cour d'appel avaient pris en compte, dans le cadre du calcul de rendement, la totalité des travaux à plus-value et non pas seulement la part à plus-value, étant précisé que les bailleurs avaient alors payé la totalité des travaux par leurs fonds propres. Le Tribunal fédéral a admis le recours du locataire, écartant le modèle vaudois. Pour le Tribunal fédéral, la distinction entre coûts d'investissement (coûts de revient) et charges est essentielle dans le modèle du rendement net. Il faut donc déterminer dans quelle proportion les fonds propres investis dans les travaux apportent une plus-value à la chose louée, respectivement servent à son entretien. Les fonds propres qui servent à la plus-value de l'objet sont pris en compte indéfiniment dans le temps. Ils sont indexés partiellement. Les frais d'entretien sont intégrés dans les charges et l'on prend en compte une moyenne des charges sur les cinq ans précédant le calcul de rendement. S'il s'agit d'importants travaux de rénovation, il convient de distinguer entre frais d'entretien extraordinaires et frais d'entretien courant pratiqués, de la même manière que dans le cadre d'un investissement à plus-value¹⁴². Pour

¹⁴¹ LACHAT DAVID et al., *Mietrecht* 2009, p. 331.

¹⁴² ATF 118 II 415, cons. 3.

les frais d'entretien extraordinaires, il convient de pratiquer de la même manière que dans le cadre de la prise en compte de travaux à plus-value en méthode relative. Ainsi, dans le calcul, il faut prendre le taux correspondant au taux hypothécaire de référence augmenté de 0.5%, divisé par deux pour tenir compte du fait que ce taux s'applique au capital investi non encore amorti. Enfin, il faut encore répartir ces frais d'entretien extraordinaires sur plusieurs exercices, en fonction de la durée de vie des installations concernées.

C. L'auberge espagnole

127. Pour certains auteurs, la solution adoptée par le Tribunal fédéral, suivant en cela l'avis d'une partie de la doctrine, a le mérite de la simplicité¹⁴³. En réalité, comme l'a parfaitement démontré notre confrère BÄTTIG¹⁴⁴, c'est en quelque sorte perdre de vue le principe même du rendement net qui est une photo d'un loyer à un moment donné. Pour ce faire, il convient uniquement de distinguer les investissements du bailleur, ses fonds propres et/ou les fonds empruntés.
128. Avec la méthode du Tribunal fédéral, plus la part à plus-value est réduite, et par conséquent celle des frais d'entretien extraordinaire est importante, plus la répercussion sur le loyer est importante. Ainsi, la part d'entretien extraordinaire est mieux « rentée ». Sur des travaux à plus-value de 1 million de francs, payés en fonds propres, la part à répercuter sur les loyers se serait élevée à CHF 20'000.- selon la méthode vaudoise [$1'000'000 \times (1.5\% + 0.5\%)$]. Selon la méthode retenue par le Tribunal fédéral, en admettant, pour favoriser le

¹⁴³ BROQUET JULIEN, Calcul de rendement net de la chose louée et coût d'investissement, Newsletter bail.ch août 2015 ; BROQUET JULIEN, Loyer admissible suite à d'importantes réparations – notion d'immeuble ancien, calcul de rendement net, Newsletter bail.ch août 2014.

¹⁴⁴ BÄTTIG HANS, Urteil 4A_606/2014 vom 7. Juli 2015 (ATF 141 III 245) MRA p. 201 ; voir également très critiques MARTINE JACQUES, Répercussion des travaux d'entretien extraordinaires sur le loyer panorama en méthode absolue et relative à l'aune de l'arrêt du TF du 08.07.2014, 4A_565/2013, CdB 2014, p. 97 ss ; PINTO, p. 70 à 72.

locataire, que la part à plus-value est de 50%, le calcul donnerait les chiffres suivants :

Rendement des fonds propres admissibles

$$[500'000 \times (1.5\% + 0.5\%)] = \text{CHF } 10'000.00$$

+ Entretien extraordinaire

$$[500'000 \times (1.5\% + 0.5\%)] / 2 = \text{CHF } 5'000.00$$

+ Amortissement (durée de vie 25 ans), soit 4%

$$500'000 \times 4\% = \text{CHF } 20'000.00$$

Total CHF 35'000.-

129. Le résultat parle de lui-même. Ainsi, le rendement est bien meilleur pour le bailleur avec cette méthode, mais à l'échéance de la durée d'amortissement, il ne pourra plus répercuter la part d'entretien extraordinaire sur le loyer, ce qui pourrait lui amener quelques déconvenues, même si la durée d'amortissement terminée, de nouveaux travaux d'entretien, plus ou moins extraordinaires, auront remplacé les précédents.
130. La grande difficulté du système, soi-disant simple, intervient si le calcul du rendement est effectué alors que les travaux sont anciens dans la détermination de la part à plus-value. Ainsi, en 2018, le juge devrait déterminer quelle était la part à plus-value des travaux alors que ceux-ci ont eu lieu en 1992, par exemple. Le Tribunal fédéral a certes vu les difficultés, mais estime que le juge peut tenir compte de la présomption de l'art. 14 al. 4 OBLF, voire même de sa propre appréciation en équité. D'un calcul rigoureux, on passe ainsi, en quelque sorte, à une auberge espagnole.
131. Autre critique, si le bailleur procède à de gros travaux à plus-value puis vend peu de temps après l'immeuble, il tient bien évidemment compte du coût des travaux dans la fixation du prix de vente. Si le nouveau bailleur a financé la totalité de son acquisition par des fonds propres, le montant des travaux extraordinaires est inclus dans le calcul. Il pourra néanmoins y ajouter la part d'entretien des frais extraordinaires puisque ces travaux ne seront pas encore amortis. Cela

péjore la situation du locataire¹⁴⁵. Notre Haute Cour, dans un tel cas, admet cependant qu'il s'agirait d'une situation spéciale qui appellerait un traitement particulier.

132. Enfin, un bailleur peut avoir notifié une hausse de loyer pour travaux à plus-value, laquelle détaille très expressément les travaux et la part à plus-value. Cette hausse n'a pas été contestée à l'époque. Quinze ans plus tard, alors qu'il y a eu une contestation du loyer initial, la part à plus-value alors admise de part et d'autre, pourrait-elle être contestée par le nouveau locataire qui aurait tout intérêt à faire admettre par le juge qu'elle était bien plus importante que celle admise alors puisque cela le favorise dans le calcul ?

VIII. Conclusion

133. En conclusion, dans ces deux arrêts récemment publiés, le Tribunal fédéral nous paraît avoir, en quelque sorte, compliqué le calcul d'un loyer admissible selon l'art. 269 CO. De même que pour les loyers comparatifs, les tribunaux vont rencontrer de grandes difficultés à obtenir les pièces justificatives. Il paraît difficilement admissible qu'un juge puisse, une vingtaine d'années plus tard, déterminer quelle était la part à plus-value pour des travaux réalisés alors.
134. Bizarrie suprême, selon cette méthode, plus la part des travaux d'entretien extraordinaire est importante, plus ses répercussions sur le loyer des locataires seront importantes alors que dans le cadre d'un calcul du loyer selon la méthode relative, c'est plutôt l'inverse.

¹⁴⁵ CONOD PHILIPPE, La prise en compte des travaux à plus-value et importants travaux de rénovation selon la méthode absolue (art. 269 CO), in : CdB 2010 p. 12.

IX. Exemples¹⁴⁶

A. Méthode relative

Données de base :

Investissement :	CHF	150'000.-
Importants travaux assimilés à des travaux à plus-values = 60 % :	CHF	90'000.-
Surface totale des appartements :	750 m ²	
Surface de l'appartement de Monsieur X : (= 20% de la surface totale)	150 m ²	

La clé de répartition de la hausse entre les locataires est la surface (m²)

Le calcul se fait ainsi :

1) Intérêt

Taux d'intérêt hypothécaire de référence (mai 2018) = 1.5%
Majoration de 0,5% = 2%
Division du taux par deux = 1%

Taux d'intérêt multiplié par le capital investi pour les travaux assimilés à
une plus-value = 1% x CHF 90'000.- = CHF 900.-

2) Amortissement

Durée de vie des installations : 20 ans
Amortissement sur 20 ans à un taux de 5%
(100% : 20 ans = 5% par an) = 5% x CHF 90'000.- = CHF 4'500.-

¹⁴⁶ Avec la collaboration de Mme CATY PINTO (N 4).

3) Frais d'entretien

Selon la méthode Fracheboud (1)

= 10% multiplié par les deux postes précédents

= 10% x (CHF 900.- + CHF 4'500.-) = CHF 540.-

Selon la méthode SVIT (2)

= 1% multiplié par le capital investi pour les travaux assimilés à une plus-value

= 1% x CHF 90'000.- = CHF 900.-

Selon la méthode HEV (3)

= 1.5% multiplié par le capital investi pour les travaux assimilés à une plus-value

= 1.5% x CHF 90'000.- = CHF 1'350.-

4) Total de la hausse de loyer annuelle admissible

(1) CHF 900.- + CHF 4'500.- + CHF 540.- = CHF 5'940.-

(2) CHF 900.- + CHF 4'500.- + CHF 900.- = CHF 6'300.-

(3) CHF 900.- + CHF 4'500.- + CHF 1'350.- = CHF 6'750.-

5) Hausse de loyer annuelle admissible imputable à Monsieur X

(1) 20% x CHF 5'940.- = CHF 1'188.-

(2) 20% x CHF 6'300.- = CHF 1'260.-

(3) 20% x CHF 6'750.- = CHF 1'350.-

6) Hausse de loyer mensuelle admissible imputable à Monsieur X

(1) CHF 1'188.- / 12 = CHF 99.-

(2) CHF 1'260.- / 12 = CHF 105.-

(3) CHF 1'350.- / 12 = CHF 112.50

B. Méthode absolue du rendement net1) Données

Immeuble de 5 appartements d'une surface équivalente de 170 m².
 Il ressort de la formule officielle de fixation du loyer initial remise à Monsieur X que le loyer est passé de CHF 1'200.- à CHF 1'600.-.
 Monsieur X conteste le loyer initial.

Achat de l'immeuble :

Immeuble acheté le 17 octobre 1992

Prix d'achat de l'immeuble	CHF	1'440'000.-
Frais de mutation	CHF	22'000.-
Frais de notaire	CHF	38'000.-

Financement de l'achat

Fonds propres d'origine investis	CHF	1'050'000.-
Fonds étrangers investis	CHF	450'000.-

Travaux de rénovation et de modification

Travaux achevés en décembre 1992

Prix des travaux de rénovation et de modification	CHF	500'000.-
---	-----	-----------

Financement des travaux de rénovation et de modification

Fonds propres investis	CHF	500'000.-
------------------------	-----	-----------

Mois de la contestation de loyer initial	mai 2018
Hausse de l'IPC entre oct. 1992 (85.8) et mai 2018 (102.1)	18.99%
Hausse de l'IPC de déc. 1992 (86.6) à mai 2018 (102.1)	17.89%
Taux hypothécaire de référence en mai 2018	1.5%
Taux hypothécaire selon contrat	2.5%
Amortissement de la dette hypothécaire à hauteur de 2% par an dès janvier 1993	26 ans
Hausse de l'IPC de janvier 1993 (87) à mai 2018 (102.1)	17.35%

2) Selon la méthode vaudoise

Le calcul se fait ainsi :

a) Détermination des fonds propres investis réévalués

– Réévaluation des fonds propres d'origine investis pour l'achat	
o Fonds propres d'origine investis	CHF 1'050'000.-
o Réévaluation de 18.99 % du 40 % des fonds d'origine investis = (40 % x CHF 1'500'000.-) x 18.99 %	<u>CHF 113'940.-</u>
o Total après réévaluation	CHF 1'163'940.-
– Réévaluation des fonds propres investis dans les travaux de rénovations et modification	
o Fonds propres investis dans les travaux de rénovation et modification	CHF 500'000.-
o Réévaluation de 17.89 % du 40 % des fonds investis = (40 % x CHF 500'000.-) x 17.89 % =	<u>CHF 35'780.-</u>
o Total après réévaluation	CHF 535'780.-
– Amortissement de la dette hypothécaire et réévaluation des fonds amortis	
o Amortissement contractuel de la dette hypothécaire = 26 ans x (2 % X CHF 450'000.-)	CHF 234'000.-
o Réévaluation de 17.35 % de la moitié du 40 % de l'amortissement = <i>in casus</i> pas autorisée car le plafond de 40% des fonds propres a déjà été atteint ci-dessus	
o Total des nouveaux fonds propres investis après réévaluation de l'amortissement	CHF 234'000.-
o Total des fonds propres investis réévalués = (CHF 1'163'940.- + CHF 535'780.- + CHF 234'000.-)	CHF 1'933'720.-

b) Rendement admissible des fonds propres investis réévalués

- Taux de rendement admissible
= 1.5% + 0.5% 2%
- **Rendement admissible**
= CHF 1'933'720.- x 2% **CHF 38'674.40**

c) Détermination des charges immobilières

- Charges financières
= (CHF 450'000.- - CHF 234'000.-) x 2.5% CHF 5'400.-
- Moyenne des 5 dernières années des frais d'exploitation CHF 18'625.-
- Moyenne des 5 dernières années des frais d'entretien CHF 14'000.-
- **Total des charges immobilières** **CHF 38'025.-**

d) Etat locatif admissible

Rendement des fonds propres investis réévalués + charges immobilières

$$= \text{CHF } 38'674.40 + \text{CHF } 38'025.- \quad \text{CHF } 76'699.40$$

$$e) \quad \text{Etat locatif réel au 1}^{\text{er}} \text{ mai 2018} \quad \text{CHF } 96'000.-$$

f) Loyer admissible

Le rendement de l'immeuble étant excessif à hauteur de 20.10% [(CHF 76'699.40 – CHF 96'000.-) / CHF 96'000.- x 100], le loyer initial est abusif.

En utilisant la surface des appartements (m²) comme clé de répartition, l'on parvient à déterminer le loyer admissible par appartement :

$$\text{Loyer admissible au m}^2 = 76'699.40 / 850 \quad \text{CHF } 90.23$$

Aussi, pour un appartement de 170 m², le loyer annuel admissible s'élève à : CHF 90.23 x 170 m² = **CHF 15'339.10**

Ce qui correspond à un loyer mensuel de :
CHF 15'339.10 / 12 mois = **CHF 1'278.25**

Il faudra alors comparer ce résultat avec le loyer actuel, afin de savoir si une adaptation est nécessaire. En l'espèce, le loyer initial est abusif à hauteur de : CHF 1'600.- – CHF 1'278.25 = **CHF 321.75**

3) Selon la méthode préconisée par le Tribunal fédéral

Prix des travaux de rénovation et de modification	CHF	500'000.-
Part à plus-value = 50% = CHF 500'000.- / 2 =	CHF	250'000.-
Part de gros travaux d'entretien = 50%		
= CHF 500'000.- / 2 =	CHF	250'000.-

Hypothèse 1 : Amortissement des frais d'entretien extraordinaire non écoulé (amortissement sur 30 ans)

Le calcul se fait ainsi :

a) Détermination des fonds propres investis réévalués

– Réévaluation des fonds propres d'origine investis pour l'achat

o Fonds propres d'origine investis	CHF	1'050'000.-
o Réévaluation de 18.99% du 40% des fonds d'origine investis		
= (40% x CHF 1'500'000.-) x 18.99%	CHF	<u>113'940.-</u>
o Total après réévaluation	CHF	1'163'940.-

– Réévaluation des fonds propres investis dans les travaux de rénovations et modification correspondant à de la plus-value

- o Fonds propres investis dans les travaux de rénovation et modification correspond à de la plus-value CHF 250'000.-
- o Réévaluation de 17.89% du 40% des fonds investis
= (40% x CHF 250'000.-) x 17.89% CHF 17'890.-
- o Total après réévaluation CHF 267'890.-

– Amortissement de la dette hypothécaire et réévaluation des fonds amortis

- o Amortissement contractuel de la dette hypothécaire
= 26 ans x (2% X CHF 450'000.-) CHF 234'000.-
- o Réévaluation de 17.35% de la moitié du 40% de l'amortissement
= *in casu* pas autorisée car le plafond de 40% des fonds propres a déjà été atteint ci-dessus
- o Total des nouveaux fonds propres investis après réévaluation de l'amortissement CHF 234'000.-
- o **Total des fonds propres investis réévalués**
= (CHF 1'163'940.- + CHF 267'890.- + CHF 234'000.-)
CHF 1'665'830.-

b) Rendement admissible des fonds propres investis réévalués

- Taux de rendement admissible = 1.5% + 0.5% 2%
- **Rendement admissible**
= CHF 1'665'830.- x 2% CHF 33'316.60

c) Entretien extraordinaire

– Frais d’entretien extraordinaire		
= [CHF 250’000.- x (1.5% + 0.5%)] / 2 =	CHF	2’500.-
– Amortissement sur 30 ans		
= CHF 250’000.- x 3.33%	CHF	8’333.33
– Total des frais d’entretien extraordinaire		
= CHF 2’500.- + CHF 8’333.33	CHF	10’833.33

d) Détermination des charges immobilières

– Charges financières		
= (CHF 450’000.- - CHF 234’000.-) x 2.5%	CHF	5’400.-
– Moyenne des 5 dernières années des frais d’exploitation		
	CHF	18’625.-
– Moyenne des 5 dernières années des frais d’entretien		
	CHF	14’000.-
– Total des charges immobilières	CHF	38’025.-

e) Etat locatif admissible

Rendement des fonds propres investis réévalués + entretien extraordinaire
+ charges immobilières
= CHF 33’316.60 + CHF 10’833.33 + CHF 38’025.- **CHF 82’174.93**

f) Etat locatif réel au 1^{er} mai 2018 **CHF 96’000.-**

g) Loyer admissible

Le rendement de l’immeuble étant excessif à hauteur de 14.40%
([CHF 82’174.93 – CHF 96’000.-] / CHF 96’000.- x 100), le loyer initial
est abusif.

En utilisant la surface des appartements (m²) comme clé de répartition, l'on parvient à déterminer le loyer admissible par appartement :

Loyer admissible au m² = 82'174.93 / 850 CHF 96.67

Aussi, pour un appartement de 4.5 pièces de 170 m², le loyer annuel admissible s'élève à : CHF 96.67 x 170 m² = **CHF 16'433.90**

Ce qui correspond à un loyer mensuel de :

CHF 16'433.90 / 12 mois = **CHF 1'369.49**

Il faudra alors comparer ce résultat avec le loyer actuel, afin de savoir si une adaptation est nécessaire. En l'espèce, le loyer initial est abusif à hauteur de : CHF 1'600.- - CHF 1'369.49 = **CHF 230.51**

Hypothèse 2 : Amortissement des frais d'entretien extraordinaire écoulé (amortissement sur 25 ans)

Dans l'hypothèse où la part des travaux d'entretien extraordinaire a d'ores et déjà entièrement été amortie, le calcul se fait ainsi :

a) Détermination des fonds propres investis réévalués

– Réévaluation des fonds propres d'origine investis pour l'achat

o Fonds propres d'origine investis	CHF	1'050'000.-
o Réévaluation de 18.99% du 40% des fonds d'origine investis		
= (40% x CHF 1'500'000.-) x 18.99%	CHF	113'940.-
o Total après réévaluation	CHF	1'163'940.-

– Réévaluation des fonds propres investis dans les travaux de rénovation et modification correspondant à de la plus-value

o Fonds propres investis dans les travaux de rénovation et modification correspondant à de la plus-value	CHF	250'000.-
o Réévaluation de 17.89% du 40% des fonds investis		
= (40% x CHF 250'000.-) x 17.89%	<u>CHF</u>	<u>17'890.-</u>
o Total après réévaluation	CHF	267'890.-

– Amortissement de la dette hypothécaire et réévaluation des fonds amortis

- o Amortissement contractuel de la dette hypothécaire
= 26 ans x (2% X CHF 450'000.-) CHF 234'000.-
- o Réévaluation de 17.35% de la moitié du 40% de l'amortissement
= *in casu* pas autorisée car le plafond de 40% des fonds propres a déjà été atteint ci-dessus
- o Total des nouveaux fonds propres investis après réévaluation de l'amortissement CHF 234'000.-
- **Total des fonds propres investis réévalués**
= (CHF 1'163'940.- + CHF 267'890.- + CHF 234'000.-)
CHF 1'665'830.-

b) Rendement admissible des fonds propres investis réévalués

- Taux de rendement admissible = 1.5% + 0.5% 2%
- **Rendement admissible**
= CHF 1'665'830.- x 2% CHF 33'316.60

c) Entretien extraordinaire CHF 0.-
Travaux d'entretien extraordinaire entièrement amortis en 25 ans

d) Détermination des charges immobilières

- Charges financières
= (CHF 450'000.- - CHF 234'000.-) x 2.5% CHF 5'400.-
- Moyenne des 5 dernières années des frais d'exploitation CHF 18'625.-
- Moyenne des 5 dernières années des frais d'entretien CHF 14'000.-
- Total des charges immobilières** CHF 38'025.-

e) Etat locatif admissible

Rendement des fonds propres investis réévalués + charges immobilières

= CHF 33'316.60 + CHF 38'025.- **CHF 71'341.60**

f) Etat locatif réel au 1^{er} mai 2018 **CHF 96'000.-**

g) Loyer admissible

Le rendement de l'immeuble étant excessif à hauteur de 25.68% ([CHF 71'341.60 – CHF 96'000.-] / CHF 96'000.- x 100), le loyer initial est abusif.

En utilisant la surface des appartements (m²) comme clé de répartition, l'on parvient à déterminer le loyer admissible par appartement :

Loyer admissible au m² = 71'341.60 / 850 **CHF 83.93**

Aussi, pour un appartement de 4.5 pièces de 170 m², le loyer annuel admissible s'élève à : CHF 83.93 x 170 m² = **CHF 14'268.10**

Ce qui correspond à un loyer mensuel de :

CHF 14'268.10 / 12 mois = **CHF 1'189.-**

Il faudra alors comparer ce résultat avec le loyer actuel, afin de savoir si une adaptation est nécessaire. En l'espèce, le loyer initial est abusif à hauteur de :

CHF 1'600.- – CHF 1'189.- = **CHF 411.-**

4) Résumé comparatif

	Méthode préconisée (méthode vaudoise)	Méthode du Tribunal fédéral (amortissement des frais d'entretien extraordinaire non écoulé)	Méthode du Tribunal fédéral (amortissement des frais d'entretien extraordinaire écoulé)
Loyer admissible pour un appartement de 170 m² (par mois)	CHF 1'278.25	CHF 1'369.49	CHF 1'189.-

Bibliographie générale

ANSERMET JACQUES, L'incidence sur les loyers des mesures visant à des améliorations énergétiques selon l'art. 14 al. 2 et 3 OBLF, in : CdB 2008, pp. 1 ss

BÄTTIG HANS, Urteil 4A_606/2014 vom 7. Juli 2015 (auszugsweise publiziert in BGE 141 III 245, Originaltext französisch, Übertragung ins Deutsche durch den Kommentator), in : MRA 2015, pp. 183 ss

BOHNET FRANÇOIS/CARRON BLAISE/MONTINI MARINO (édit.), Commentaire pratique, Droit du bail à loyer et à ferme, 2^e éd., Bâle 2017 (cité : CPra Bail-[AUTEUR])

BROQUET JULIEN, Calcul de rendement net de la chose louée et coût d'investissement, in : Newsletter bail.ch, août 2015

BROQUET JULIEN, Loyer admissible suite à d'importantes réparations – notion d'immeuble ancien, calcul de rendement net, in : Newsletter bail.ch août 2014

BURKHALTER PETER R./MARTINEZ-FAVRE EMMANUELLE, Le droit suisse du bail à loyer, Genève 2011 (BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE)

CARRON BLAISE, Bail et travaux de construction : aménagement, entretien, rénovation et modification des locaux, in : Bohnet (édit.), 17^e Séminaire sur le droit du bail, Bâle/Neuchâtel 2012, pp. 45 ss

CONOD PHILIPPE, La prise en compte des travaux à plus-value et importants travaux de rénovation selon la méthode absolue (art. 269 CO), in : CdB 2010, pp. 10 ss

CONOD PHILIPPE, La prise en compte des travaux à plus-value des importants travaux de rénovation dans le cadre d'un calcul de rendement (art. 269 CO) ou l'art de se compliquer les choses, La pratique de l'avocat 2017, Congrès Fédération Suisse des Avocats, 2017 Lucerne

CONOD PHILIPPE, les loyers abusifs : Principes et jurisprudence récente du Tribunal fédéral, in : FSA La pratique de l'avocat 2013 (CONOD, les loyers abusifs)

CONOD PHILIPPE/BOHNET FRANÇOIS, Droit du bail : fond et procédure, Bâle/Neuchâtel 2014 (CONOD/BOHNET)

CONOD PHILIPPE/BROQUET JULIEN, La pratique récente en matière de loyers et de frais accessoires, in : Bohnet/Wessner (édit.), 16^e Séminaire sur le droit à bail, Neuchâtel/Berne 2010, p. 221 ss (CONOD/BROQUET)

CORBOZ BERNARD, Les travaux de transformation et de rénovation de la chose louée entrepris par le bailleur et leur répercussion sur les loyers, in : 12^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2002 (CORBOZ)

DIETSCHY-MARTENET PATRICIA, Loyer initial et fardeau de la preuve, in : Newsletter bail.ch janvier 2017

FETTER SÉBASTIEN, La contestation du loyer initial : Etude de l'article 270 CO, thèse, Berne 2005

GRATZ ELMAR, Mietzinsgestaltung, Zurich 1995

GUT BEAT, Angemessener Ertrag, in : MP 1996, pp. 177 ss

Handbuch für die Anwaltspraxis, Wohn- und Geschäftsraummmiete, Beraten und Prozessieren im Immobiliarmietrecht, édité par Jürg P. Müller, (HAP Immobiliarmietrecht-Autor/in, N...)

HIGI PETER, Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Teilband V2b, Die Miete, Erste Lieferung, Art. 253-265 OR, Dritte Lieferung, Art. 269-270e OR, Zurich 1994 – 1998 (ZK-HIGI)

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM P./WIEGAND WOLFGANG (édit.), Basler Kommentar Obligationenrecht I (Art. 1-529 OR), 6^e éd., Bâle 2015 (cité : BSK OR I-[AUTEUR])

JAQUES MARTINE, Répercussion des travaux d'entretien extraordinaires sur le loyer : panorama en méthodes absolue et relative à l'aune de l'ATF 4A_565/2013 du 8 juillet 2014, in : CdB 2014 pp. 97 ss

JEANNIN PASCAL, Le loyer usuel – un usage pas comme les autres ? in : Newsletter bail.ch janvier 2016

KÄGI ADRIAN/WIRZ STEFAN, Mietrecht, Entwicklungen 2017, Berne 2018

LACHAT DAVID, Le bail à loyer, 4^e éd., Lausanne 2008 (LACHAT, Bail à loyer)

LACHAT DAVID et al., Mietrecht für die Praxis, 8^e éd., Zurich 2009 (Mietrecht 2009)

LACHAT DAVID et al., Mietrecht für die Praxis, 9^e éd., Zurich 2016 (Mietrecht 2016)

PINTO CATY, Les travaux de rénovation ou de modification de la chose louée entrepris par le bailleur en cours de bail et leur répercussion sur les loyers, mémoire de Master, Université de Neuchâtel, 2017 (PINTO)

PICHONNAZ PASCAL/FOËX BENEDICT (édit.), Commentaire romand, Code Civil I. (art. 1-359 CC), Bâle 2010 (cité : CR CC I-[AUTEUR])

ROHRER BEAT, Urteil 4A_179/2015 vom 16. Dezember 2015 (auszugsweise publiziert als BGE 141 III 569 ff, Originaltext französisch, Übertragung ins Deutsche durch den Kommentator), in : MRA 2/2016 pp. 61 ss (cité : ROHRER)

ROHRER BEAT, Änderungen der Verordnung über die Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen (VMWG) vom 26.6.1996, in Kraft seit 1. August 1996, in : MRA 1996, p. 145 ss

SCHWAAB JEAN-JACQUES, La fixation et la contestation du loyer initial, in : 15^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2008, pp. 1 ss

SIEGRIST ROBERT, Der missbräuchliche Mietzins, Regel und Ausnahmen (Art. 269 und 269a OR), thèse, Zurich 1997

THÉVENOZ LUC/WERRO FRANZ (édit.), Commentaire romand Code des obligations I (art. 1-529 CO), 2^e éd., Bâle 2012 (cité : CR CO I-[AUTEUR])