

Séminaire sur le droit du bail

Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel

19^e SEMINAIRE SUR LE DROIT DU BAIL

19^e SEMINAIRE SUR LE DROIT DU BAIL

Edité par
François Bohnet et Blaise Carron

Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel
Helbing Lichtenhahn



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 978-3-7190-3871-7

© 2016 Helbing Lichtenhahn, Bâle, Séminaire sur le droit du bail, Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, Neuchâtel

www.helbing.ch

Préface

Le présent ouvrage est publié à l'occasion du 19^e Séminaire sur le droit du bail de l'Université de Neuchâtel, organisé pour la première édition les 7 et 8 octobre 2016, pour la seconde les 21 et 22 octobre 2016.

L'ouvrage recueille six contributions touchant 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 2016

Sommaire

| | |
|---|-----|
| FRANÇOIS BOHNET et PASCAL JEANNIN Le fardeau de la preuve en droit du bail | 1 |
| JEAN-MARC SIEGRIST Quelques loyers variables et variations de loyer | 77 |
| BLAISE CARRON Les spécificités du bail à ferme (art. 275 ss CO) - Une comparaison avec le bail à loyer (art. 253 ss CO) | 121 |
| PATRICIA DIETSCHY-MARTENET Les colocataires de baux d'habitations ou de locaux commerciaux | 183 |
| JEAN-LUC COLOMBINI Pratique récente en matière de résiliation de bail | 221 |
| DAVID LACHAT La résolution amiable des conflits locatifs (petit guide de la bonne transaction) | 287 |

Abréviations

| | |
|-------------|---|
| 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 |
| BaKomm | Basler Kommentar |
| 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 |
| CEDH | Convention européenne des droits de l'homme |
| cf. | confer |
| ch. | chiffre(s) |
| Ch. App. GE | Chambre d'appel Genève |
| cit. | cité(e)(s) |
| 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 (Association suisse de l'économie immobilière) |
| CPC | Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (RS 272) |
| CPra Bail | Droit du bail à loyer, Commentaire pratique |
| CR | Commentaire romand |
| CR-CO | Commentaire romand : Code des obligations |
| CREC | Chambre des recours civile |

Abréviations

| | |
|---------|---|
| Cst. | Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101) |
| 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) |
| FamPra | Die Praxis des Familienrechts |
| FF | Feuille fédérale |
| FJS | Fiches juridiques suisses |
| GE | Genève |
| ibid. | Ibidem |
| JBl | Juristische Blätter (Autriche) |
| JdT | Journal des Tribunaux |
| KUKO | Kurzkommentar |
| LBFA | Loi fédérale du 4 octobre 1985 sur le bail à ferme agricole (RS 211.213.2) |
| LDIP | Loi fédérale sur le droit international privé (RS 291) |
| let. | lettre |
| LF | Loi fédérale |
| LGVE | Luzerner Gerichts- und Verwaltungsentscheide |
| lit. | lettre(s) |
| LOJ GE | Loi genevoise sur l'organisation de la Justice |
| LP | Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (RS 281.1) |
| LTF | Loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (Loi sur le Tribunal fédéral ; RS 173.110) |
| MP | Mietrechtspraxis |
| MRA | Mietrecht Aktuell |
| n. | note |
| N | numéro(s) |

Abréviations

| | |
|----------|---|
| 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) |
| OCBD | Ordonnance du 31 janvier 1996 sur les contrats-cadres de baux à loyer et leur déclaration de force obligatoire (RS 221.213.151) |
| OFL | Office fédéral du logement |
| op. cit. | opus citatum (œuvre citée) |
| p. | page(s) |
| p. ex. | par exemple |
| PJA | Pratique juridique actuelle |
| Praxis | Die Praxis |
| 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 |
| RS/GE | Recueil systématique genevois |
| 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) |
| RVJ | Revue valaisanne de jurisprudence |
| SJ | Semaine judiciaire |
| s. | et suivant(e) |
| ss | et suivant(e)s |
| SVIT | Schweizerischer Verband von Immobilienreuhänder |
| TA | Tribunal administratif |
| TBx | Tribunal des baux |
| TC | Tribunal cantonal |
| TF | Tribunal fédéral |

Abréviations

| | |
|-------|---|
| TG | Thurgovie |
| TI | Ticino |
| VD | Vaud |
| vol. | volume |
| VS | Valais |
| wbl | Wirtschaftsrechtliche Blätter (Autriche) |
| wobl | Wohnrechtliche Blätter (Autriche) |
| ZGB | Zivilgesetzbuch |
| ZH | Zurich |
| ZKomm | Commentaire zurichois (Zürcher Kommentar) |
| ZMP | Zürcher Mietrechtspraxis |
| ZPO | Zivilprozessordnung |
| ZK | Zürcher Kommentar |

Le fardeau de la preuve en droit du bail

par

François Bohnet
Professeur à l'Université, Neuchâtel, avocat

et

Pascal Jeannin
Doctorant à l'Université, Neuchâtel, avocat

| | |
|---|----|
| I. Introduction..... | 4 |
| II. Droit de la preuve et fardeau de la preuve..... | 4 |
| A. Objet de la preuve | 4 |
| 1. Faits pertinents et contestés..... | 4 |
| 2. Usage, usage local, droit étranger | 5 |
| B. Conviction du tribunal (degré de preuve) | 6 |
| C. La situation de la pénurie de preuves (« non liquet ») | 8 |
| D. Les règles de répartition du fardeau de la preuve en droit suisse..... | 9 |
| 1. Règle expresse de droit matériel | 9 |
| 2. Règle générale et subsidiaire de l'art. 8 CC..... | 10 |
| a. Faits générateurs | 12 |
| b. Faits dirimants | 13 |
| c. Faits extinctifs..... | 14 |
| E. Exceptions et allègements | 15 |
| 1. Renversement du fardeau de la preuve et les présomptions..... | 15 |
| 2. Fictions..... | 17 |
| 3. Réduction du degré de la preuve | 18 |
| 4. Devoir de collaborer..... | 19 |

| | |
|---|----|
| III. Droit du bail et fardeau de la preuve | 20 |
| A. Fardeau de la preuve et fixation du loyer..... | 20 |
| 1. La fixation du loyer en droit suisse | 20 |
| 2. Contestation du loyer initial | 21 |
| a. Généralités | 21 |
| b. Faits générateurs | 21 |
| aa) <i>Conditions formelles</i> | 21 |
| bb) <i>Conditions matérielles</i> | 23 |
| cc) <i>Atténuation(s) du fardeau de la preuve</i> | 26 |
| c. Faits dirimants..... | 28 |
| d. Faits extinctifs..... | 31 |
| 3. Contestation de l'augmentation du loyer | 32 |
| a. Généralités | 32 |
| b. Faits générateurs..... | 33 |
| aa) <i>Conditions formelles</i> | 33 |
| bb) <i>Conditions matérielles</i> | 34 |
| c. Faits dirimants..... | 37 |
| 4. Diminution du loyer | 38 |
| a. Faits générateurs | 39 |
| aa) <i>Conditions formelles</i> | 39 |
| bb) <i>Conditions matérielles</i> | 40 |
| b. Faits dirimants | 41 |
| B. Fardeau de la preuve et défaut..... | 42 |
| 1. Action en remise en état..... | 43 |
| a. Faits générateurs | 43 |
| b. Faits dirimants | 46 |
| c. Faits extinctifs..... | 47 |
| 2. Action en réduction du loyer..... | 50 |
| a. Faits générateurs | 50 |
| b. Faits dirimants | 51 |
| c. Faits extinctifs..... | 51 |

| | |
|---|----|
| 3. Action en dommage-intérêts | 52 |
| 4. Action en validation de la consignation | 52 |
| a. Faits générateurs | 53 |
| b. Faits dirimants et extinctifs..... | 55 |
| C. Fardeau de la preuve et résiliation..... | 56 |
| 1. Constatation de la nullité de la résiliation | 56 |
| a. Faits générateurs et dirimants | 57 |
| aa) <i>Conditions de recevabilité</i> | 58 |
| bb) <i>Conditions de droit de fond</i> | 59 |
| b. Faits extinctifs..... | 60 |
| 2. Annulation du congé | 60 |
| a. Faits générateurs | 61 |
| b. Faits dirimants | 64 |
| c. Faits extinctifs..... | 67 |
| 3. Prolongation du bail | 67 |
| a. Faits générateurs | 68 |
| b. Faits dirimants | 70 |
| c. Faits extinctifs..... | 71 |
| IV. Conclusions..... | 72 |
| Bibliographie..... | 74 |

I. Introduction

1. La réglementation du droit de la preuve est centrale pour la consécration du droit matériel et la réalisation des droits subjectifs des parties. Qui doit apporter la preuve ? De quel élément ? Quelles sont les conséquences de l'absence de preuves ? La présente contribution se penche plus spécifiquement sur cette dernière question, celle du « fardeau de la preuve ».
2. Le fardeau de la preuve est régi par l'art. 8 CC. Cette disposition postule que chaque partie doit, si la loi ne prescrit le contraire, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit. A première vue, ce concept paraît évident et simple, mais lorsque l'on tente de l'appliquer, en particulier dans le domaine du droit du bail, l'on se rend vite compte des difficultés qu'il suscite.
3. Les développements qui suivent portent sur les bases dogmatiques du fardeau de la preuve et proposent une analyse de la répartition de ce fardeau dans les différentes actions de droit du bail.

II. Droit de la preuve et fardeau de la preuve

A. *Objet de la preuve*

1. Faits pertinents et contestés

4. Selon l'art. 150 al. 1 CPC, la preuve a pour objet les faits pertinents et contestés. Est pertinent le fait « dont l'élucidation est de nature à exercer une influence sur la décision de fond ou de procédure »¹ ; autrement dit, un fait est pertinent si, en sa présence, le tribunal pouvait juger différemment qu'en son absence².

¹ Message CPC, FF 2006 6841, p. 6921.

² En substance, ZK ZPO-HASENBÖHLER, art. 150 CPC N 12 ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 18 N 4 ; MAX KUMMER, Grundriss des Zivilprozessrechts – Nach den Prozessordnungen des Kantons Bern und des Bundes, 4^e éd., Berne 1984, p. 122 ; SIEGRIST, p. 94.

5. Sont considérés comme contestés les faits allégués par une partie dont l'autre nie l'existence de façon explicite et claire ou implicitement, en alléguant des faits qui contredisent ceux allégués par la première partie. Si la partie ne conteste pas de façon explicite un fait, ce dernier est considéré comme contesté si on peut déduire du comportement de la partie dans la procédure qu'elle le conteste³. Si la partie adverse ne se manifeste pas, les faits en question sont considérés comme admis et lient le tribunal⁴. La simple manifestation par la partie adverse qu'elle n'admet pas un fait n'est cependant pas suffisante. Elle doit contester les faits allégués par la première partie de façon suffisamment précise pour permettre à celle-ci de déterminer, lesquels de ses allégués exactement sont contestés (« *substantiiertes Bestreiten* »)⁵. Une prise de position claire sur la justesse d'une affirmation particulière et concrète est exigée⁶.

2. Usage, usage local, droit étranger

6. Selon l'art. 150 al. 2 CPC, la preuve peut également porter sur l'usage, les usages locaux et, dans les litiges patrimoniaux, le droit étranger.
7. Est considéré comme *usage*, respectivement *usage local*, une règle de conduite généralement reconnue et suivie dans certains domaines du commerce respectivement dans une région géographique donnée⁷. Les usages et les usages locaux sont de nature hybride, intermédiaire entre le fait et le droit⁸.
8. En principe, si une partie se base sur un usage ou un usage local, son existence doit être alléguée et prouvée (art. 150 al. 2 CPC). Un usage ou un usage local peut toutefois constituer un fait notoire qui ne nécessite ni

³ DOLGE, p. 20.

⁴ BOHNET/JEANNIN, p. 242.

⁵ ATF 117 II 113 ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 18 N 6 ; BK ZGB I-BRÖNNIMANN, art. 150 CPC N 13 ; BSK ZPO-GUYAN, art. 150 CPC N 4. Pour un exemple frappant sous l'empire du CPC, voir TF du 29.07.2015, 4A_178/2015, cons. 5, SJ 2015 I 273.

⁶ ATF 141 III 433, RSPC 2016 33.

⁷ HASENBÖHLER, N 1.14. ; BK ZPO II-BRÖNNIMANN, art. 150 CPC N 20.

⁸ BK ZPO II-BRÖNNIMANN, art. 150 CPC N 20 ; Message CPC, FF 2006 6841, p. 6921.

allégation, ni preuve⁹. Lorsque la loi renvoie à l'usage ou l'usage local, ceux-ci perdent leur nature hybride et accèdent au statut de droit, ce qui signifie qu'ils n'ont pas besoin d'être prouvés¹⁰.

9. En tant qu'il porte sur la preuve du droit étranger, l'art. 150 al. 2 CPC doit être lu en parallèle avec l'art. 16 al. 1 LDIP selon lequel le contenu du droit étranger est établi d'office, mais que la collaboration des parties peut être requise à cet effet et que la preuve peut être mise à la charge des parties en matière patrimoniale. Même en matière patrimoniale, il ne s'agit pas d'une preuve au sens strict du terme. Il s'agit, en bref, d'indiquer au tribunal les sources du droit étranger, soit les textes légaux, la doctrine et la jurisprudence potentiellement applicables¹¹.

B. Conviction du tribunal (degré de preuve)

10. « Prouver » n'est autre que le processus par lequel se forge la conviction du tribunal quant à l'existence du fait allégué¹². Ce processus se fait, schématiquement, à l'aide de moyens de preuve que les parties soumettent au tribunal (lorsque la maxime des débats est applicable) ou que le tribunal découvre lui-même (en application de la maxime inquisitoire). La loi connaît trois « degrés de preuve », c'est-à-dire trois degrés d'intensité de la conviction du tribunal¹³.
11. En règle générale, la preuve est considérée comme apportée lorsque le tribunal est convaincu de l'exactitude d'un allégué¹⁴. Il ne saurait cependant s'agir d'une certitude absolue, et le fait que « ne conçoive plus de doute sérieux quant à l'existence du fait allégué, ou que les doutes subsistants apparaissent faibles » est suffisant à cet égard¹⁵. La *certitude* est

⁹ HASENBÖHLER, N 1.14. ; BK ZPO II-BRÖNNIMANN, art. 150 CPC N 20.

¹⁰ HASENBÖHLER, N 1.14.

¹¹ Pour des développements, voir BSK IPRG-MÄCHLER-ERNE/WOLF-METTIER, art. 16 LDIP N 10 ; BSK ZGB-WALTER, art. 8 CC N 112 ; ZK IPRG-GIRSBERGER/KELLER, art. 16 LDIP N 37 ss ; ATF 119 II 93, cons. 2a/bb, JdT 1994 I 45.

¹² En substance, HASENBÖHLER, N 0.2 et les réf. cit.

¹³ BOHNET, Procédure civile, N 1368 ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 18 N 30 ; SUTTER-SOMM, N 897.

¹⁴ BOHNET, Procédure civile, N 1369.

¹⁵ ATF 130 III 321, cons. 3.2, JdT 2005 I 618 ; voir aussi : TF du 19.11.2013,

le degré de preuve ordinaire qui est requis à moins que la loi en prévoie un autre¹⁶.

12. Dans certaines hypothèses, la loi réduit en effet le degré de la preuve. Contrairement au renversement du fardeau de la preuve¹⁷, une réduction du degré de preuve peut également résulter de la jurisprudence¹⁸. Dans les cas où une preuve stricte n'est pas possible ou ne peut raisonnablement être exigée, la loi ou la jurisprudence admettent la *vraisemblance prépondérante*¹⁹. La doctrine germanophone utilise à ce sujet le terme de « *Beweisnot* » (« état de nécessité en matière de preuve »)²⁰. Cela étant, les difficultés d'une partie à rapporter la preuve dans un cas d'espèce ne suffisent pas pour un allègement du degré de preuve exigé²¹.
13. Il y a vraisemblance prépondérante lorsque « d'un point de vue objectif, des motifs importants plaident pour l'exactitude d'une allégation, sans que d'autres possibilités revêtent une importance significative ou n'entrent raisonnablement en considération »²².

Exemple. Selon la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, le degré de preuve est celui de la vraisemblance prépondérante pour la preuve du lien de causalité naturelle dans les cas de responsabilité civile²³.

14. Certaines dispositions de la loi exigent qu'un fait soit rendu *vraisemblable*²⁴. Un fait est déjà établi comme vraisemblable lorsque certains éléments parlent en faveur de son existence, même si le tribunal

4A_310/2013, cons. 2 ; ATF 133 III 153, cons. 3.3 ; ATF 130 III 321, cons. 3.2, JdT 2005 I 618.

¹⁶ BOHNET, Procédure civile, N 1371 ; SUTTER-SOMM, N 900.

¹⁷ Ci-après, N 36 s.

¹⁸ ATF 132 III 715, cons. 3.1.

¹⁹ BOHNET, Procédure civile, N 1372.

²⁰ SUTTER-SOMM, N 900 ; pour plus de développements, voir ci-dessous, N 45 ss.

²¹ ATF 130 III 321, cons. 3.2, JdT 2005 I 618.

²² ATF 133 III 81, cons. 4.2.2 ; ATF 130 III 321, cons. 3.3, JdT 2005 I 618 ; ATF 128 III 271, cons. 2b/aa, JdT 2003 I 606.

²³ ATF 130 III 321, cons. 3.3, JdT 2005 I 618.

²⁴ P. ex. art. 261 CPC.

tient encore pour possible qu'il ne se soit pas produit²⁵. Ce degré est atteint si l'existence du fait considéré est plus vraisemblable que son inexistence²⁶.

15. Le degré de la preuve ne doit pas être confondu avec l'appréciation des preuves. Le tribunal apprécie librement les preuves (art. 157 CPC), c'est-à-dire qu'il détermine librement si un moyen de preuve emporte sa conviction quant à la survenance d'un fait donné. Seule la mesure nécessaire de sa conviction est déterminée par les règles concernant le degré de la preuve applicable²⁷.

C. La situation de la pénurie de preuves (« non liquet »)

16. Il se peut que la conviction du tribunal quant à la survenance ou la non-survenance d'un fait pertinent et contesté ne puisse être emportée par les moyens de preuve qui sont à sa disposition. Cette situation est désignée par le terme de « pénurie de preuve » ou, en latin, « non liquet » (littéralement : « pas liquide »). Elle ne doit pas être confondue avec l'« état de nécessité en matière de preuve » (« *Beweisnot* »), mentionné ci-dessus²⁸.
17. Il se pose la question de savoir ce qui se passe dans une telle situation. Alors qu'en droit romain, le juge qui ne pouvait pas se forger une conviction au sujet de l'état de fait pertinent pouvait refuser de statuer, cette possibilité n'est plus admise dans le droit actuel, puisqu'elle constituerait un déni de justice²⁹. Un « non liquet » au sujet d'un fait pertinent ne saurait entraîner un « non liquet » au sujet de la question de droit posée dans le procès³⁰. Le procès doit forcément mener à une décision au fond, même si l'état de fait n'est pas clair. En outre, le tribunal ne saurait simplement considérer comme ne correspondant pas à la réalité un allégué dont il n'est pas convaincu³¹.

²⁵ ATF 130 III 321, cons. 3.3, JdT 2005 I 618 ; ATF 120 II 393, cons. 4c, JdT 1995 I 571 ; ATF 104 Ia 408, cons. 4 ; 88 I 11, cons. 5a, JdT 1962 I 590.

²⁶ SUTTER-SOMM, N 900.

²⁷ BOHNET, Procédure civile, N 1379 et 1380.

²⁸ N 14.

²⁹ BK ZGB-WALTER, art. 8 CC N 28.

³⁰ ROSENBERG, p. 14 ; LEO ROSENBERG/KARL HEINZ SCHWAB/PETER GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, 17^e éd., Munich 2010, p. 644 s.

³¹ ROSENBERG, p. 14.

18. C'est ici que l'on entre dans le domaine du fardeau de la preuve. Les règles au sujet du fardeau de la preuve permettent au tribunal de rendre un jugement qui admet la prétention du demandeur ou la rejette même en l'absence de conviction concernant un fait pertinent³². Il désigne, quelle partie supporte le risque de perdre le procès si la conviction du tribunal de la survenance d'un fait pertinent ne peut pas être emportée³³. Les règles au sujet du fardeau de la preuve doivent avoir comme but de faire supporter le risque d'un jugement erroné suite à la constatation incomplète de l'état de fait pertinent, due à l'absence de preuve le concernant, à celle des parties à qui cela paraît le moins injuste³⁴.

D. Les règles de répartition du fardeau de la preuve en droit suisse

19. Quelles sont les règles que connaît le droit suisse à ce sujet ?

1. Règle expresse de droit matériel

20. Il se peut que le droit matériel contienne une disposition qui règle expressément la question³⁵. Ainsi l'art. 97 al. 1 CO attribue au débiteur le fardeau de prouver qu'aucune faute ne lui est imputable si le créancier n'a pas pu obtenir l'exécution de l'obligation ou n'a pu obtenir qu'une exécution imparfaite. Des règles semblables qui attribuent directement le fardeau de la preuve à une des parties sont fréquentes en droit suisse³⁶. Ces hypothèses seront abordées ci-après aux nos 36 ss.

³² ROSENBERG, p. 2.

³³ BK ZGB-KUMMER, art. 8 CC N 20 ; ZGB-WALTER, art. 8 CC N 28 ; BSK ZGB-LARDELLI, art. 8 CC N 4 ; BOHNET, Procédure civile, N 1168 ; SUTTER-SOMM, N 900 ; ATF 129 III 18, cons. 2.6 ; 127 III 519, cons. 2a.

³⁴ BK ZGB-KUMMER, art. 8 CC N 124 ; BSK ZGB I-LARDELLI, art. 8 CC N 39.

³⁵ SUTTER-SOMM, N 850 ; BK ZGB-KUMMER, art. 8 CC N 126 ; BK ZGB-WALTER, art. 8 CC N 362.

³⁶ P. ex. art. 3 al. 1, 32, 193 al. 2, 260b, 333 al. 1, 479 al. 2 CC ; art. 8 al. 2, 40e al. 3, 42 al. 1, 54 al. 2, 55 al. 1, 56 al. 1, 103 al. 2, 106 al. 1, 204 al. 2, 222 al. 1 et 2, 1043 al. 2 CO ; BK ZGB-WALTER, art. 8 CC N 363.

2. Règle générale et subsidiaire de l'art. 8 CC

21. Pour les cas qui ne tombent pas sous l'une des hypothèses précitées, la loi pose une règle générale³⁷ : l'art. 8 CC. Cette disposition prévoit que chaque partie doit, si la loi ne prescrit pas le contraire, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit. Selon le TF, en absence de règle spéciale, cette disposition répartit le fardeau de la preuve pour toutes les prétentions fondées sur le droit fédéral et détermine, sur cette base, laquelle des parties doit assumer les conséquences de l'échec de la preuve³⁸.
22. La règle n'est pas suffisamment précise pour en déduire une conclusion pour chaque cas d'espèce³⁹. Il faut concrétiser cette règle en gardant à l'œil le but que doit avoir une règle de répartition du fardeau de la preuve, à savoir faire supporter le risque d'un jugement matériellement erroné suite à la constatation incomplète de l'état de fait pertinent, due à l'absence de preuve le concernant, à celle des parties à l'égard de laquelle cela paraît le moins injuste⁴⁰. Dans cette démarche, il faut tenir compte des difficultés effectives à apporter la preuve dans l'instance, de la nature de la prétention déduite en justice, des caractéristiques des preuves entreprises ou litigieuses, tout en veillant au respect de l'égalité de traitement des parties au procès⁴¹.
23. Cette concrétisation se fait à l'aide de la « théorie des normes » (*Normentheorie*), développée par le professeur allemand LEO ROSENBERG (« jede Partei hat die Voraussetzungen der ihr günstigen Norm [...] zu beweisen »)⁴², et déjà reprise en Suisse par MAX GMÜR en 1910⁴³. Le point de départ du raisonnement est le suivant : le demandeur qui invoque une

³⁷ BSK ZGB I-LARDELLI, art. 8 CC N 38.

³⁸ ATF 139 III 7, cons. 2 ; 129 III 18, cons. 2.6 ; 127 III 519, cons. 2a.

³⁹ BK ZGB-KUMMER, art. 8 CC N 127 ; BSK ZGB I-LARDELLI, art. 8 CC N 38.

⁴⁰ BK ZGB-KUMMER, art. 8 CC N 134 ; BSK ZGB I-LARDELLI, art. 8 CC N 39.

⁴¹ CR CC I-PIOTET, art. 8 CC N 30 et les réf.

⁴² Dans son fameux ouvrage, *Die Beweislast*, 5^e éd., Munich 1965, p. 98 s. ; à l'origine, il s'agissait de sa thèse de doctorat, publiée en 1900 (*Die Beweislast nach der Zivilprozessordnung und dem bürgerlichen Gesetzbuche*) ; ROSENBERG avait alors 21 ans.

⁴³ *Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht*, Band 1, 1^{ère} éd., Berne 1910, art. 8 CC N 3, 10 ss.

prétention en justice doit présenter au tribunal et prouver les faits sur lesquels il fonde sa prétention, c'est-à-dire les faits de l'existence desquels découlent, selon une règle juridique, les conséquences juridiques qu'il souhaite⁴⁴, autrement dit : le fardeau de la preuve pour un fait déterminé incombe à celle des parties à laquelle la présence du fait est favorable⁴⁵. Il s'agit d'une règle « ancienne et évidente »⁴⁶. Elle remonte en effet au droit romain⁴⁷.

24. La théorie des normes propose de déterminer quelle règle est favorable à quelle partie, en passant par l'interprétation des dispositions de droit matériel et des liens entre elles ; selon cette théorie, les différentes règles de droit se complètent, s'excluent ou alors se trouvent sans aucun lien direct entre elles⁴⁸. Sur cette base, il est possible de classer les règles en règles génératrices, dirimantes et extinctives selon qu'elles fixent les conditions de la naissance d'un droit, de l'empêchement de sa naissance ou de son extinction⁴⁹.
25. Par conséquent, les faits qui entraînent, selon une règle génératrice, la naissance d'un droit sont nommés faits générateurs, ceux qui empêchent, selon une règle dirimante, la naissance d'un droit, faits dirimants (ou libératoires) et ceux qui, en vertu d'une règle extinctive, entraînent l'extinction d'un droit, faits extinctifs⁵⁰. La règle générale peut donc être

⁴⁴ BOHNET, Procédure civile, N 1287 ; CPC-SCHWEIZER, art. 150 CPC N 9 ; EDGAR SIEGRIST, Grundfragen aus dem Beweisrecht des Zivilprozesses, thèse, Berne 1938, p. 85 ; TF du 27.11.2014, 4A_195/2014, 4A_197/2014, cons. 7.3.2 (non publié in : ATF 140 III 602) ; TF du 19.07.2012, 4A_229/2012, cons. 4.

⁴⁵ ROSENBERG, p. 98 s.

⁴⁶ BK ZGB-KUMMER, art. 8 CC N 146.

⁴⁷ Dig. 22.3.2 : « Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat » ; voir aussi C.I.C 4.19.23 : « Actor quod adseverat probare se non posse profitendo reum necessitate monstrandi contrarium non adstringit, cum per rerum naturam factum negantis probatio nulla sit ».

⁴⁸ ROSENBERG, p. 99 ss ; SUTTER-SOMM, N 851.

⁴⁹ ROSENBERG, p. 105 s. ; BK ZGB-KUMMER, art. 8 CC N 134 ss ; BSK ZGB I-LARDELLI, art. 8 CC N 38 ; SUTTER-SOMM, N 851.

⁵⁰ CR CC I-PIOTET, art. 8 CC N 31 ; BOHNET, Procédure civile, N 1170 ss ; cela étant, les notions de « rechtsbegründende Tatsachen », « rechtshindernde Tatsachen » et « rechtsaufhebende Tatsachen » sont antérieures à ROSENBERG ; elles ont déjà été utilisées bien auparavant, p. ex. par OSKAR BÜLOW, *Gemeines deutsches Zivilprozessrecht, Vorlesung 1868/1869*, édité par Johann Braun, Tübingen 2003, p. 182. ROSENBERG est surtout parvenu à échafauder une théorie complète sur ce thème,

précisée dans le sens de dire que la partie demanderesse porte le fardeau de la preuve des faits générateurs et la partie défenderesse celui des faits extinctifs et dirimants⁵¹. La théorie des normes est suivie par la plupart des auteurs suisses⁵² et par le Tribunal fédéral⁵³.

a. Faits générateurs

26. Les faits générateurs représentent l'ensemble des faits qui sont, en règle générale, nécessaires à la naissance du droit invoqué⁵⁴.

Exemple. Le demandeur qui réclame la restitution de l'objet loué en application de l'art. 267 al. 1 CO doit prouver l'existence d'un contrat de bail entre les parties au sens de l'art. 253 CO, la remise des objets loués au locataire et la résiliation du contrat de bail, laquelle fonde l'obligation de restitution⁵⁵.

27. Il revient au demandeur de les alléguer et de les prouver. Le demandeur peut se contenter d'alléguer les faits qui établissent le droit dans des circonstances normales⁵⁶. Cette limitation est nécessaire puisqu'autrement,

voir pour des développements ULRIKE GRÄFE, Leo Rosenberg – Leben und Wirken (1879-1963), Berlin 2011, 141 s. Le Tribunal fédéral se réfère déjà à ces notions en 1892, voir ATF 18 295 c. 2, 299, en renvoyant au célèbre *Handbuch* de WACH. ANDREAS VON TUHR a également importé ces notions en Suisse : après avoir rédigé son commentaire de la partie générale du BGB (Der allgemeine Teil des Deutschen bürgerlichen Rechts, vol. 1, Leipzig 1910, p. 288 et vol. 2, p. 10), il s'est attaqué à la partie générale du Code des obligations : Partie générale du Code fédéral des Obligations, traduit par DE TORRENTÉ MAURICE/EMILE THILO, vol. I, Lausanne 1929, p. 22 ; à ce sujet, voir FRANÇOIS BOHNET, Les exception en procédure civile suisse, in : François Bohnet (édit.), Procédure civile suisse – les grands thèmes pour les praticiens, Neuchâtel 2010, p. 141 ss, N 13, notes 16 et 29.

⁵¹ ROSENBERG, p. 106.

⁵² BOHNET, Procédure civile, N 1168 ss ; CR CC I-PIOTET, art. 8 CC N 31 ; BK ZGB-KUMMER, art. 8 CC N 129 ss ; BK ZGB-WALTER, art. 8 CC N 169 ; *contra* : ZK ZGB-EGGER, art. 8 CC N 9 ; SUTTER-SOMM, N 852 ss. Pour une critique en Allemagne, voir DIETER LEIPOLD, Beweismass und Beweislast im Zivilprozess, p. 17 ss.

⁵³ Pour des exemples récents, voir ATF 139 III 13, cons. 3.1.3.1 ; 130 III 321, cons. 3.1 ; 128 III 271, cons. 2a.

⁵⁴ BOHNET, Procédure civile, N 1170.

⁵⁵ TF du 27.04.2011, 4A_41/2011, cons. 2.2.

⁵⁶ BOHNET, Procédure civile, N 1174.

le demandeur devrait prouver une infinité de faits positifs et négatifs⁵⁷, p. ex., en matière contractuelle, la capacité de discernement, l'absence d'erreur, de dol, de crainte fondée, etc. Ainsi, il suffit que le demandeur ait prouvé que les faits qui fondent le droit ont existé et que le droit invoqué a pris naissance. Il n'a pas besoin de prouver que les faits qui fondent son droit existent toujours au moment où il l'exerce⁵⁸.

b. Faits dirimants

28. Les faits dirimants sont les faits qui empêchent ou retardent la naissance du droit découlant des faits générateurs⁵⁹. Les faits dirimants se trouvent avec les faits générateurs dans une relation de règle à exception : une règle de droit fixe qu'en présence de certains faits supplémentaires aux faits générateurs, le droit découlant des faits générateurs ne prend exceptionnellement pas naissance⁶⁰.

Exemples. En cas de légitime défense au sens de l'art. 52 CO, le droit de l'agresseur à des dommages-intérêts pour les dommages causés par l'agressé ne prend pas naissance, même si toutes les conditions de l'art. 41 CO sont remplies.

Le droit du locataire à la remise en l'état de l'objet défectueux selon les art. 259a al. 1 et 259b CO ne prend pas naissance si le bailleur démontre que la remise en l'état est objectivement impossible⁶¹.

29. Il en découle que les faits dirimants doivent survenir en même temps que les faits générateurs⁶² et qu'elles empêchent la naissance du droit *ab initio*.
30. En application de la maxime des débats, il incombe à la partie défenderesse d'invoquer et de prouver la survenance des faits dirimants⁶³. La solution

⁵⁷ BOHNET, Procédure civile, N 1169 ; BK ZGB-KUMMER, art. 8 CC N 165.

⁵⁸ BK ZGB-KUMMER, art. 8 CC N 156.

⁵⁹ BK ZGB-KUMMER, art. 8 CC N 164.

⁶⁰ ROSENBERG, p. 124 ; BOHNET, Procédure civile, N 1174 ; dans ce sens aussi : SCHWEIZER/BOHNET, RJN 1999, p. 20.

⁶¹ Cf. ci-dessous, N 98.

⁶² ROSENBERG, p. 122.

⁶³ BOHNET, Procédure civile, N. 1174.

contraire mènerait, comme mentionné ci-dessus⁶⁴, à ce que le demandeur devrait prouver une infinité de faits positifs et négatifs.

31. Si la distinction entre les faits générateurs et les faits dirimants paraît claire en théorie, il n'existe en pratique souvent pas de réponse immédiate à la question de savoir si une norme déterminée définit des faits générateurs ou dirimants⁶⁵.

c. Faits extinctifs

32. Les faits extinctifs sont les faits dont la survenance entraîne l'extinction d'un droit. Contrairement aux faits dirimants, les faits extinctifs surviennent postérieurement aux faits générateurs et n'empêchent pas la naissance du droit découlant des faits générateurs, mais entraînent son extinction⁶⁶.

Exemple. La compensation entraîne l'extinction d'une dette à certaines conditions (art. 120 CO). Les faits qui permettent au débiteur de compenser sont des faits extinctifs.

33. L'identification des règles extinctives est relativement aisée : l'extinction d'un droit suppose que toutes les conditions pour sa naissance aient été réalisées par le passé. La terminologie et la systématique de la loi permettent la plupart du temps de distinguer les règles génératrices des règles extinctives : le texte légal les sépare clairement⁶⁷. Ainsi, le Code des obligations suisse contient un titre intitulé « de l'extinction des obligations » (art. 114 ss CO). De plus, pour indiquer une règle extinctive, la loi utilise souvent que la dette ou l'obligation « s'éteint » ou « est éteinte » (p. ex. art. 118 al. 1, 119 al. 1, 124 al. 2 CO). Cela étant, la plupart du temps, une obligation s'éteint par son *exécution* (art. 68 ss CO)⁶⁸.
34. A l'instar des faits dirimants, il revient au défendeur d'invoquer et de prouver les faits extinctifs et non au demandeur de prouver que son droit

⁶⁴ N 27.

⁶⁵ BK ZGB-KUMMER, art. 8 CC N 166 ; ROSENBERG, p. 123.

⁶⁶ ROSENBERG, p. 119.

⁶⁷ ROSENBERG, p. 119 s.

⁶⁸ BSK OR I-LEU, intro art. 68-74 CO N 2 et les réf. cit.

n'est pas éteint⁶⁹. Au demeurant, en droit français et italien, cette règle est statuée expressément dans la loi⁷⁰.

35. La *prescription* constitue un cas particulier de règle extinctive, puisqu'elle ne met pas fin à la créance en soi, mais uniquement à la possibilité de faire valoir la créance contre la volonté du débiteur⁷¹. Le défendeur qui invoque la prescription d'une créance (par le biais d'une exception de droit civil péremptoire) doit invoquer et prouver toutes les conditions auxquelles la loi attache comme conséquence la prescription, soit les moments du début (art. 130 ou 131 CO) et de la fin (art. 127 et 128 CO) du délai de prescription.

E. Exceptions et allègements

1. Renversement du fardeau de la preuve et les présomptions

36. Il a déjà été question des règles de droit matériel qui distribuent expressément le fardeau de la preuve⁷². Certaines d'entre elles renversent le fardeau de la preuve par rapport à la règle générale de l'art. 8 CC, c'est-à-dire que le fardeau de la preuve incombe à celle des parties qui, selon l'art. 8 CC, ne le supporterait pas et que celle à qui le fardeau incomberait selon l'art. 8 CC en est libérée⁷³.

Exemple. L'art. 97 al. 1 CO attribue au débiteur le fardeau de prouver qu'aucune faute ne lui est imputable si le créancier n'a pas pu obtenir l'exécution de l'obligation ou n'a pu obtenir qu'une exécution imparfaite. Selon la règle générale, il incomberait au créancier de prouver que le débiteur est fautif.

37. Procéder à un renversement du fardeau de la preuve est réservé au législateur. Le tribunal n'y est pas autorisé⁷⁴.

⁶⁹ BOHNET, Procédure civile, N 1175.

⁷⁰ Art. 1315 al. 2 CCFr. et 2697 al. 2 CCI.

⁷¹ BOHNET, Procédure civile, N 582.

⁷² Ci-dessus, N 20.

⁷³ BK ZGB-WALTER, art. 8 CC N 368.

⁷⁴ CR CC I-PIOTET, art. 8 CC N 51 ; BK ZGB-WALTER, art. 8 CC N 466 ; ATF 132 III 715, cons. 3.2.2, JdT 2009 I 138 ; ATF 80 II 338, cons. 2a.

38. Les *présomptions* sont les conséquences que la loi ou le tribunal font découler de la présence d'un fait connu (*factum probans* ; fait-indice ; prémisses) sur l'existence d'un fait inconnu (*factum probandum*)⁷⁵. Elles permettent de déduire un fait d'un autre fait⁷⁶. Si la loi introduit une présomption, elle force le juge à considérer comme avéré un fait directement pertinent si un autre fait, qui n'est pas directement pertinent, est avéré⁷⁷. Si la partie à qui incombe le fardeau de prouver le *factum probans* réussit à prouver ce dernier, le tribunal doit constater d'office la présence du *factum probandum*, à moins que la partie adverse ne prouve l'absence du *factum probandum*⁷⁸.
39. La présomption constitue la conséquence statulée par la loi d'une vraisemblance qui résulte de l'expérience générale de la vie⁷⁹.
40. Dans certaines hypothèses, la loi attache à la présence d'un *factum probans* non pas seulement la présomption que le *factum probandum* s'est réalisé, mais également l'existence d'un droit ou d'un rapport juridique⁸⁰.

Exemple. Selon l'art. 262 al. 1 CC, la paternité est présumée lorsque, entre le trois centième et le cent quatre-vingtième jour avant la naissance de l'enfant, le défendeur a cohabité avec la mère. Si la cohabitation entre la mère et le défendeur durant la phase déterminante est établie, la loi en déduit que le défendeur en est le géniteur (*factum probandum*) et en indique la conséquence juridique, soit sa paternité⁸¹.

41. La doctrine majoritaire distingue entre le renversement du fardeau de la preuve et la présomption. Elle considère que le mode de fonctionnement des règles de répartition du fardeau de la preuve se distingue de celui des présomptions. Alors que la règle de répartition du fardeau de la preuve

⁷⁵ BK ZGB-KUMMER, art. 8 CC N 318 ; BK ZGB-WALTER, art. 8 CC N 387 ; ROSENBERG, p. 203 ; voir également art. 2727 CC-It.

⁷⁶ BOHNET, Défenses, p. 311.

⁷⁷ BK ZGB-KUMMER, art. 8 CC N 318 ; BK ZGB-WALTER, art. 8 CC N 387.

⁷⁸ BK ZGB-KUMMER, art. 8 CC N 319.

⁷⁹ BK ZGB-WALTER, art. 8 CC N 387.

⁸⁰ CR CC I-PIOTET, art. 8 CC N 41 ; BK ZGB-KUMMER, art. 8 CC N 324 ; BK ZGB-WALTER, art. 8 CC N 404 ; BSK ZGB I-LARDELLI, art. 8 CC N 68.

⁸¹ BK ZGB-WALTER, art. 8 CC N 405.

indique la conséquence de la survenance d'un *non liquet*, la présomption empêche la survenance d'un *non liquet* au sujet du *factum probandum* (fait à prouver)⁸². Elle n'empêche cependant pas la survenance d'un *non liquet* au sujet du *factum probans* (fait-indice); les règles concernant la répartition du fardeau de la preuve s'appliquent à son sujet⁸³.

42. Toutefois, selon BOHNET et SCHWEIZER, toute inversion du fardeau de la preuve implique une présomption. Selon ces auteurs, si la preuve d'un fait générateur est apportée, l'absence de fait dirimant ou extinctif est présumée⁸⁴. Même s'il n'est pas toujours facile à déterminer, il est possible de dégager un fait-indice dans toutes les situations de renversement du fardeau de la preuve⁸⁵.
43. La question est en réalité plutôt terminologique et n'a pas de portée pratique. En effet, la distinction entre renversement du fardeau de la preuve et présomption ne porte à aucune conséquence pour les plaideurs. Lorsqu'un fait est présumé, la partie adverse doit apporter la preuve que le fait présumé (*factum probandum*) n'existe pas, ce qui revient à dire que le fardeau de la preuve pour l'inexistence du fait présumé lui incombe.

2. Fictions

44. Par moment, la loi exclut, en présence d'un *factum probans*, la preuve de la non-survenance du *factum probandum*. Il s'agit d'une présomption irréfragable, également appelée fiction⁸⁶. La partie adverse peut donc uniquement empêcher la constatation du *factum probandum* en apportant la preuve que le *factum probans* n'existe pas⁸⁷, mais ne saurait se libérer en prouvant la non-survenance du *factum probandum*.

Exemple. Selon l'art. 970 al. 4 CC, nul ne peut se prévaloir de ce qu'il n'a pas connu une inscription portée au registre foncier.

⁸² ROSENBERG, p. 203 ss.

⁸³ BK ZGB-KUMMER, art. 8 CC N 352 ; BK ZGB-WALTER, art. 8 CC N 391.

⁸⁴ SCHWEIZER/BOHNET, RJN 1999, p. 16 s. ; BOHNET, Défenses, p. 312.

⁸⁵ SCHWEIZER/BOHNET, RJN 1999, p. 18.

⁸⁶ CR CC I-PIOTET, art. 8 CC N 42 ; BK ZGB-KUMMER, art. 8 CC N 344 ; BK ZGB-WALTER, art. 8 CC N 438 ; BSK ZGB I-LARDELLI, art. 8 CC N 70.

⁸⁷ BK ZGB-WALTER, art. 8 CC N 438.

Autrement dit : du fait qu'une certaine information est inscrite au registre foncier (*factum probans*), la loi déduit qu'elle est connue par tout sujet de droit (*factum probandum*).

3. Réduction du degré de la preuve

45. Comme mentionné ci-dessus⁸⁸, la preuve est en principe considérée comme apportée lorsque le tribunal est convaincu de l'exactitude d'un allégué. Il s'agit du degré de preuve ordinaire, applicable à moins que la loi n'en prévoie un autre. Cette règle est également déduite de l'art. 8 CC⁸⁹.
46. Il y a toutefois des situations dans lesquelles la partie à qui incombe le fardeau de la preuve ne pourra que très difficilement apporter la certitude d'un fait pertinent. Par moment une preuve stricte n'est pas possible par la nature même de l'affaire, ou n'est pas raisonnablement exigible, en particulier lorsque les faits allégués par la partie qui supporte le fardeau de la preuve ne peuvent être établis qu'indirectement et par des indices⁹⁰. L'on parle à ce sujet d'« état de nécessité en matière de preuve » (« Beweisnot »). Maintenir le degré de preuve ordinaire sans exception reviendrait à faire échouer la mise en œuvre du droit dans certaines situations dans lesquelles des difficultés probatoires se présentent de façon typique⁹¹. Il est admissible de réduire le degré de la preuve et de n'exiger que la vraisemblance prépondérante⁹², pour éviter de faire échouer la mise en œuvre du droit dans ces cas⁹³.
47. La réduction du degré de la preuve ne constitue pas un renversement du fardeau de la preuve. Le fardeau incombe toujours à la même partie, mais les exigences quant à l'établissement d'un fait sont assouplies. En présence d'une réduction du degré de la preuve, un *non liquet* peut toujours se

⁸⁸ N 11.

⁸⁹ BOHNET, Procédure civile, N 1371 ; ATF 130 III 321, cons. 3.1-3.2, JdT 2005 I 618.

⁹⁰ ATF 130 III 321, cons. 3.2, JdT 2005 I 618.

⁹¹ ATF 130 III 321, cons. 3.2, JdT 2005 I 618 ; ATF 128 III 271, cons. 2b/aa, JdT 2003 I 606.

⁹² Pour la notion de « vraisemblance prépondérante », cf. ci-dessus, N 13.

⁹³ ATF 130 III 321, cons. 3.2, JdT 2005 I 618.

produire, si l'existence d'un fait n'est pas rendue vraisemblable de façon prépondérante⁹⁴.

4. Devoir de collaborer

48. Le TF a déduit du principe de la bonne foi un devoir général du défendeur de collaborer loyalement à l'administration des preuves et de fournir les éléments qu'il est seul à détenir⁹⁵. La violation de ce devoir par le défendeur peut être considérée comme un indice de l'exactitude de l'allégation avancée par celui auquel incombe la preuve⁹⁶. Le TF estime que ce devoir ressortit exclusivement de l'art. 2 CC et « ne touche pas au fardeau de la preuve et n'implique nullement un renversement de celui-ci »⁹⁷.
49. Ce devoir de collaborer s'applique en particulier pour la preuve de faits négatifs. Pendant longtemps, l'on estimait que la preuve de faits négatifs (donc de l'absence d'un certain fait) n'était pas possible et que partant, la partie qui invoquait un fait négatif ne supportait pas le fardeau pour la preuve de ce dernier⁹⁸. Toutefois, aujourd'hui, l'on considère que lorsqu'un fait déterminant est un fait négatif, le fardeau de la preuve n'est pas renversé⁹⁹, mais en application des règles de la bonne foi, le défendeur est obligé à coopérer à la procédure probatoire, notamment en offrant la preuve du contraire, faute de quoi, au stade de l'appréciation des preuves, le tribunal pourra considérer l'absence de preuve du contraire comme un indice de l'exactitude de l'allégation avancée par le demandeur¹⁰⁰.

⁹⁴ BK ZGB-WALTER, art. 8 CC N 466.

⁹⁵ ATF 119 II 305, cons. 1 b/aa, JdT 1995 II 125 ; 106 II 29, cons. 2, JdT 1980 I 354 ; TF du 15.02.2016, 4A_461/2015, cons. 3.2 ; TF du 19.02.2009, 4A_576/2008, cons. 2.4, DB 2009 N 25 ; CPra Bail-DIETSCHY, art. 270 CO N 63 ; DAÏNA, p. 100.

⁹⁶ ATF 119 II 305, cons. 1 b/aa ; 98 II 231, cons. 5, JdT 1974 I 80.

⁹⁷ ATF 119 II 305, cons. 1 b/aa.

⁹⁸ ROSENBERG, p. 330 s.

⁹⁹ CR CC I-PIOTET, art. 8 CC N 53.

¹⁰⁰ ATF 119 II 305, cons. 1 b/aa, JdT 1995 II 125 ; 106 II 29, cons. 2, JdT 1980 I 354 ; à distinguer des faits négatifs déterminés, voir 4C.344/2006 c. 2.1.2, RSPC 2007 273.

III. Droit du bail et fardeau de la preuve

A. Fardeau de la preuve et fixation du loyer

1. La fixation du loyer en droit suisse

50. Le principe de la liberté contractuelle est applicable en droit du bail¹⁰¹. Le bailleur et le locataire fixent librement le montant du loyer. Toutefois, ce mécanisme ne fonctionne que lorsque les parties au contrat se trouvent dans un rapport de force égal. La pénurie chronique de logements et de locaux commerciaux renforce la position du bailleur et crée un déséquilibre¹⁰². Cette constatation n'est pas nouvelle, elle a en effet amené le législateur à intervenir déjà peu après l'entrée en vigueur du CO en 1912¹⁰³.
51. Sur la base du mandat constitutionnel adopté en 1972¹⁰⁴, le législateur a créé un système qui a pour but de combattre les abus dans le domaine du droit du bail, notamment les loyers abusifs. Le système vise à protéger le locataire, qui est considéré comme partie faible du contrat de bail¹⁰⁵, et lui met notamment à disposition des moyens pour attaquer un loyer qu'il considère comme abusif. Le locataire peut contester, à certaines conditions, le loyer initial de son bail (art. 270 CO) ; il peut également contester une augmentation du loyer (art. 270b CO) et demander une baisse de loyer lorsque, par suite de modification de certains facteurs, le loyer est devenu abusif (art. 270a CO). Ces possibilités sont ouvertes à tous les locataires de locaux commerciaux et de locaux d'habitation, sauf s'il s'agit d'appartements ou de maisons de luxe, comprenant six pièces ou plus (art. 253b al. 2 CO). Les dispositions s'appliquent également aux baux à ferme non agricoles et aux autres contrats qui visent principalement la

¹⁰¹ ZK OR-HIGI, intro art. 253-274g CO N 6 et intro art. 269-270e CO N 75 ; LACHAT, p. 371.

¹⁰² LACHAT, p. 371.

¹⁰³ ZK OR-HIGI, intro art. 253-274g CO N 25 : c'est uniquement entre 1912 et 1914 ainsi qu'entre 1926 à 1935 que la liberté contractuelle n'était pas limitée par des dispositions de droit public.

¹⁰⁴ Art. 34^{septies} aCst. féd. ; art. 109 Cst. féd.

¹⁰⁵ CPra Bail-BOHNET, intro art. 269-270e CO N 2.

cession à titre onéreux de l'usage d'habitations ou de locaux commerciaux (art. 253b al. 1 CO).

52. Lorsque le bailleur veut augmenter le loyer, il doit faire parvenir au locataire un avis de majoration du loyer, avec indication des motifs, sur la formule officielle, sous peine de nullité (art. 269d CO). En cas de pénurie de logements, les cantons peuvent rendre obligatoire, sur tout ou partie de leur territoire, l'usage de la formule officielle mentionnée à l'art. 269d CO pour la conclusion de tout nouveau bail (art. 270 al. 2 CO). A ce jour, cette mesure a été prise par les cantons de Fribourg, Genève, Neuchâtel et Vaud ainsi que par Zoug, Nidwald et Zurich¹⁰⁶.

2. Contestation du loyer initial

a. Généralités

53. L'art. 270 CO permet au locataire d'attaquer le loyer initial s'il l'estime abusif au sens des art. 269 et 269a CO, dans les 30 jours dès la réception de la chose louée. Nous trouvons donc ici le locataire dans le rôle du demandeur et le bailleur dans celui du défendeur¹⁰⁷.
54. Le loyer est « initial » lorsque le bail a été conclu pour la première fois, autrement dit qu'il n'y a pas déjà un contrat entre les mêmes parties ou, si tel est le cas, que le contrat ne porte pas sur le même objet¹⁰⁸.

b. Faits générateurs

aa) Conditions formelles

55. Pour que le locataire puisse attaquer le loyer initial, il faut, en plus du caractère abusif du loyer, qu'une des deux conditions suivantes soit réalisée :
- Le locataire a été contraint de conclure le bail par nécessité personnelle ou familiale ou en raison de la situation sur le marché

¹⁰⁶ ZAHRADNIK, note 72.

¹⁰⁷ CPra Actions-BOHNET, § 73 N 17 ss.

¹⁰⁸ CPra Bail-DIETSCHY, art. 270 CO N 4 ss ; SCHWAAB, N 53.

local de logements ou locaux commerciaux (art. 270 al. 1 lit. a CO). La contrainte en raison de la situation familiale est une question d'appréciation et doit être interprétée largement, consistant à examiner dans quelle mesure on peut exiger du locataire qu'il renonce à signer le contrat parce qu'il estime le loyer trop élevé¹⁰⁹. Le critère de la contrainte suite à la situation sur le marché locatif vise l'hypothèse de la pénurie du logement, soit un taux de locaux vacants inférieur à 1.5%¹¹⁰. La pénurie de logements est une des conditions pour que le canton puisse déclarer obligatoire l'usage de la formule officielle (art. 270 al. 2 CO), c'est-à-dire que si l'usage de la formule officielle est obligatoire, il y a forcément pénurie de logements. Dans ce cas, la contrainte ne nécessite pas de preuve¹¹¹.

- Le bailleur a sensiblement augmenté le loyer initial par rapport au loyer dû par le locataire précédent (art. 270 al. 1 lit. b CO). L'augmentation est considérée comme sensible lorsqu'elle excède 10%¹¹².

56. Ces deux éléments constituent des faits générateurs (alternatifs). En effet, la présence d'un de ces éléments est nécessaire pour que le droit du locataire de demander la réduction du loyer initial prenne naissance. Le fardeau de la preuve pour ces éléments incombe donc au locataire¹¹³. Cela étant, lorsque la pénurie est constatée par le gouvernement cantonal, sur la base d'une étude statistique sérieuse, le locataire n'a pas besoin de la prouver¹¹⁴. Dans cette hypothèse, la pénurie est un fait notoire. De plus, une fois que la pénurie est établie, le locataire n'a pas besoin de prouver une contrainte concrète¹¹⁵.

¹⁰⁹ CPra Actions-BOHNET, § 73 N 4 ; SCHWAAB, N 87 ; SVIT-K, art. 270 CO N 10.

¹¹⁰ CPra Actions-BOHNET, § 73 N 4 ; SCHWAAB, N 89 ss.

¹¹¹ Ci-dessous, N 56.

¹¹² ATF 136 III 82, cons. 3.4. ; cette position est critiquée par une partie de la doctrine, qui estime que le loyer précédent doit préalablement être adaptée aux bases de calcul : CPra Bail-DIETSCHY, art. 270 CO N 46 ; certains tribunaux cantonaux suivent cet avis, p. ex. ceux de Neuchâtel (DB 1996 N 20) et de Vaud (voir FETTER, N 416 et note 931).

¹¹³ ZK OR-HIGI, art. 270 CO N 79.

¹¹⁴ ATF 136 III 82, cons. 2 ; CPra Actions-BOHNET, § 73 N 6.

¹¹⁵ TF du 18.05.16, 4A_691/2015, cons. 3.1.4 (destiné à la publication) ; BSK OR I-WEBER, art. 270 CO N 4 ; CPra Bail-DIETSCHY, art. 270 OR N 36 ; CR CO-LACHAT, art. 270 CO N 5 ; FETTER, N 381 ; LACHAT, p. 390 ; ZAHRADNIK, p. 277.

57. La requête en contestation du loyer initial doit être déposée par le locataire dans les 30 jours dès la réception de la chose louée. Il s'agit d'un délai de péremption¹¹⁶. Lorsque la loi prévoit qu'un droit peut uniquement s'exercer durant un certain délai, faute de quoi il est périmé, le respect de ce délai de péremption est un fait générateur¹¹⁷. Le respect du délai de saisine de l'autorité de conciliation se détermine selon l'art. 143 al. 1 CPC. L'acte par lequel le demandeur conteste le loyer doit être remis au plus tard le dernier jour du délai soit directement au tribunal soit à l'attention de ce dernier, à la poste suisse ou à une représentation diplomatique ou consulaire suisse. Dans les faits, la preuve du respect du délai revient à prouver *le moment de la réception de la chose louée* ainsi que celle du *dépôt de l'acte à la poste ou directement à l'autorité de conciliation*¹¹⁸. Ces éléments constituent des faits générateurs, pour lesquels le fardeau de la preuve incombe au locataire. Le non-respect de ce délai doit être constaté d'office par le juge¹¹⁹, ce qui, toutefois, n'a aucune influence sur le fardeau de la preuve.

bb) Conditions matérielles

58. Les dispositions concernant la protection contre les loyers abusifs sont uniquement applicables *aux baux de locaux d'habitation ou de locaux commerciaux*¹²⁰. Sont considérés comme logements les locaux loués pour y habiter, soit accomplir les actes essentiels de la vie privée¹²¹ ; le local commercial constitue un local destiné à l'exploitation d'une entreprise ou l'exercice d'une activité lucrative¹²². Le fait que l'objet loué le soit à titre de local d'habitation ou commercial constitue à notre avis un fait générateur du droit du locataire à la réduction du loyer initial ; en effet, si l'objet loué n'est pas un local commercial ou d'habitation, le droit du

¹¹⁶ ATF 131 III 566, cons. 3.2 ; CPra Bail-DIETSCHY, art. 270 CO N 51.

¹¹⁷ BK ZGB-WALTER, art. 8 CC N 624 ; BSK ZGB I-LARDELLI, art. 8 CC N 53.

¹¹⁸ Pour un exemple de preuve du moment du dépôt de l'acte, cf. Cour suprême du Canton de Berne, décision du 05.11.2012, ZK 12 268.

¹¹⁹ ATF 131 III 566, cons. 3.2 ; CPra Bail-DIETSCHY, art. 270 CO N 51.

¹²⁰ CPra Bail-BOHNET, intro art. 269-270e N 4 ; BSK OR I-WEBER, art. 269 CO N 3.

¹²¹ LACHAT, p. 116.

¹²² LACHAT, p. 123.

locataire ne prend pas naissance. Il devrait dès lors supporter le fardeau de la preuve du fait que l'objet loué remplisse un des deux critères¹²³.

59. En ce qui concerne *le caractère abusif du loyer*, celui-ci constitue également un *fait générateur*¹²⁴. Il revient en principe au locataire de prouver le caractère abusif de ce loyer¹²⁵ et il subit les conséquences de l'absence de preuve sur ce point. Il est à noter à ce stade que l'examen du caractère abusif du loyer initial se fait en principe selon la *méthode absolue*¹²⁶, soit selon les méthodes du rendement net de la chose louée (art. 269 CO), du rendement brut (art. 269a lit. c CO) ou des loyers usuels de la localité et du quartier (art. 269a lit. a CO)¹²⁷.
60. A l'instar de FETTER¹²⁸, nous sommes de l'avis que le caractère abusif du loyer s'analyse en premier lieu à l'aune des critères invoqués par le locataire et non selon les critères invoqués par le bailleur pour augmenter le loyer¹²⁹; ceux-ci sont pris en compte dans un second temps, comme moyens de défense. Ainsi posés, les faits dont le locataire déduit le caractère abusif du loyer sont des faits générateurs. Le locataire invoquera le caractère excessif du rendement net ou le dépassement des loyers usuels de la localité ou du quartier. Le bailleur peut se défendre en contestant les arguments du locataire ou en invoquant une autre méthode de calcul, en observant la hiérarchie des critères¹³⁰; si l'utilisation de la formule est

¹²³ Cf. ci-dessus, N 26 ss.

¹²⁴ *Contra* : ATF 139 III 13, cons. 3.2.3.2, qui considère qu'il s'agit de faits dirimants; voir ci-dessous, N 68.

¹²⁵ Message du 27 mars 1985 concernant la révision du droit du bail à loyer et du bail à ferme, FF 1985 I 1473; ATF 139 III 13, cons. 3.1.3.2; CPra Bail-DIETSCHY, art. 270 CO N 63; LACHAT, p. 394; DAÏNA, p. 99; ZK OR-HIGI, art. 270 CO N 79; BSK OR I-WEBER, art. 270 CO N 8.

¹²⁶ CPra Bail-BOHNET, intro art. 269-270e CO N 14; FETTER, N 476; ZK OR-HIGI, art. 270 N 59; ATF 121 III 364, cons. 2b.

¹²⁷ FETTER, N 479.

¹²⁸ FETTER, N 484.

¹²⁹ Comme semble le faire LACHAT, p. 535 ss.

¹³⁰ Cf. ci-dessous N 72.

obligatoire¹³¹, le bailleur ne saurait se baser sur une méthode autre que celle indiquée dans la formule¹³².

61. Le *rendement net* constitue le rapport des fonds propres investis dans la chose remise à bail et le loyer, déduction faite des charges d'exploitation et des intérêts débiteurs sur les capitaux empruntés, garantis ou non par hypothèque ; il est abusif s'il est supérieur au taux d'intérêt hypothécaire de référence augmenté de 0,5 pour cent¹³³. Démontrer que le rendement net est abusif suppose donc la preuve des éléments suivants¹³⁴ :
- Le prix d'achat de l'objet loué, respectivement les frais de sa construction.
 - Le montant des fonds propres investis par le bailleur.
 - Le montant des fonds étrangers empruntés par le bailleur.
 - Le montant des frais d'exploitation et d'entretien.
 - Les charges financières, soit le montant de l'intérêt sur les fonds empruntés.
 - Le loyer.
62. La preuve de ces éléments incombe au locataire ; toutefois, ce dernier ne sera que rarement en mesure de tous les apporter, puisqu'il s'agit essentiellement d'informations détenues par le bailleur uniquement. Pour cette raison, la jurisprudence a atténué le fardeau de la preuve de ces éléments, il en sera question ci-dessous¹³⁵.
63. Le calcul suppose de plus la connaissance du taux hypothécaire de référence ainsi que de l'index suisse des prix à la consommation ; il s'agit là de faits notoires que le tribunal doit prendre en compte d'office¹³⁶.

¹³¹ Cf. ci-dessus, N 52.

¹³² ATF 139 III 13, cons. 3.1.2 ; LACHAT, p. 535 ; DAÏNA, p. 100.

¹³³ ATF 141 III 245, cons. 3.7 ; TF du 01.03.2016, 4A_465/2015, cons. 4.5 ; TF du 17.07.2016, 4A_198/2014, cons. 4.4 ; TF du 18.02.2010, 4A_470/2009, cons. 6.

¹³⁴ Pour une démonstration plus détaillée, voir CPra Bail-BOHNET, art. 269 CO N 6 ss.

¹³⁵ N 66 ss.

¹³⁶ LACHAT, p. 418.

64. Pour ce qui est du *loyer usuel de la localité et du quartier* (art. 269a al. 1 lit. a CO), le locataire devra démontrer que le loyer attaqué le dépasse. Le loyer usuel est calculé sur la base des 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 (art. 11 al. 1 OBLF). Peuvent uniquement entrer en ligne de compte les objets qui sont comparables *sur tous les points*. Une pesée des avantages et des inconvénients est uniquement possible dans ce cadre¹³⁷. La partie qui se prévaut du loyer usuel devra donc prouver le loyer usuel en fournissant au minimum cinq¹³⁸ exemples d'immeubles ainsi que des détails nécessaires pour chacun d'eux s'agissant de l'emplacement, la dimension, l'équipement, l'état et l'année de construction¹³⁹.
65. Si le locataire se prévaut de ce que le loyer initial dépasse le loyer usuel, il lui incombera donc de prouver le loyer usuel¹⁴⁰. Ici également, il se heurtera régulièrement à des problèmes pratiques, dès lors qu'il ne dispose souvent pas des données nécessaires. Il pourra également profiter des atténuations instituées par la jurisprudence dont il sera question ci-après¹⁴¹.

cc) Atténuation(s) du fardeau de la preuve

66. Le fardeau de la preuve du caractère abusif du loyer est quelque peu atténué par plusieurs éléments. Comme nous l'avons vu¹⁴², la jurisprudence a déduit du principe de la bonne foi un devoir du bailleur de collaborer à l'administration de la preuve, en particulier lorsqu'il est seul à détenir les pièces utiles¹⁴³. Ainsi, lorsque le locataire invoque un rendement excessif de la chose louée, le bailleur doit fournir les documents compatibles

¹³⁷ TF du 16.12.2015, 4A_179/2015, cons. 2.2.3.

¹³⁸ ATF 136 III 74, cons. 3.1, p. 80 ; 123 III 317, cons. 4a, p. 319 et cons. 4d, p. 325 ; TF du 16.12.2015, 4A_179/2015, cons. 2.2.1.

¹³⁹ CPra Bail-BOHNET/BROQUET, art. 269a CO N 26.

¹⁴⁰ TF du 28.01.2008, 4A_421/2007, cons. 4.

¹⁴¹ N 67.

¹⁴² Ci-dessus, N 48 ss.

¹⁴³ TF du 15.02.2016, 4A_461/2015, cons. 3.2 ; TF du 19.02.2009, 4A_576/2008, cons. 2.4, DB 2009 N 25 ; CPra Bail-DIETSCHY, art. 270 CO N 63 ; DAÏNA, p. 100.

nécessaires au calcul de rendement¹⁴⁴. Dès lors que le bailleur détient seul les documents permettant un calcul de rendement, on peut attendre de lui qu'il les produise¹⁴⁵. Si le bailleur refuse de produire les pièces nécessaires, le tribunal peut en déduire que le loyer est en réalité abusif¹⁴⁶. Formellement, ce correctif ne renverse pas le fardeau de la preuve¹⁴⁷, puisque c'est toujours le locataire qui perd le procès si la preuve échoue. Il intervient à un stade antérieur, à savoir au niveau de l'appréciation des preuves¹⁴⁸. Dans deux arrêts récents, le TF a précisé la conséquence de cette différence : si aucun document n'est remis au tribunal, ou si les pièces fournies sont insuffisantes pour établir le rendement net, le tribunal doit statuer en procédant à une appréciation globale des preuves à disposition ; à l'occasion de celle-ci, il doit en particulier tenir compte de l'attitude du bailleur dans la procédure et des éventuelles statistiques remises par les parties¹⁴⁹. Notons à ce sujet qu'en pratique, la plupart du temps uniquement le bailleur dispose des éléments nécessaires au calcul du loyer ; l'importance de cette jurisprudence ne doit donc pas être sous-estimée.

67. Le TF a jugé que ce devoir de collaborer est également applicable lorsque le litige porte sur le critère des loyers usuels, à partir du moment où le loyer *augmente de plus de 10%* par rapport au loyer précédent¹⁵⁰. Concrètement, la question se pose en premier lieu en présence d'un appartement « ancien » - soit un appartement qui a trente ans ou plus - pour lequel le calcul du rendement net ne l'emporte pas¹⁵¹.

¹⁴⁴ ATF 139 III 13, cons. 3.1.3.2 ; TF du 15.02.2016, 4A_461/2015, cons. 3.2 ; TF du 19.02.2009, 4A_576/2008, cons. 2.4, DB 2009 N 25.

¹⁴⁵ TF du 27.05.2005, 4C.61/2005, publié in SJ 2006 I p. 34, cons. 4.3.2.

¹⁴⁶ TF du 19.02.2009, 4A_576/2008, cons. 2.4, DB 2009 N 25 ; ATF 122 III 257, cons. 4b ; LACHAT, p. 428 ; FETTER, N 517 ; ZK OR-HIGI, art. 270 CO N 86.

¹⁴⁷ Cf. ci-dessus, N 36 ss.

¹⁴⁸ TF du 19.02.2009, 4A_576/2008, cons. 2.4, DB 2009 N 25 ; ATF 122 III 257, cons. 4b ; LACHAT, p. 428 ; FETTER, N 517 ; ZK OR-HIGI, art. 270 CO N 86.

¹⁴⁹ TF du 01.03.2016, 4A_465/2015, cons. 4.5 ; TF du 15.02.2016, 4A_461/2015, cons. 3.3 ; à ce sujet, voir aussi : PATRICIA DIETSCHY-MARTENET, Fixation du loyer initial admissible lorsque le bailleur ne fournit pas les pièces nécessaires au calcul de rendement net (arrêt 4A_461/2015), Newsletter Bail.ch avril 2016.

¹⁵⁰ ATF 139 III 13, cons. 3.2.

¹⁵¹ LACHAT, p. 537 ; FETTER, N 486.

68. Le TF a considéré que le caractère abusif du loyer constituait un *fait dirimant*. Il s'agit, selon le TF, d'une forme d'abus de droit. Le fardeau de la preuve d'un abus de droit incombe à la partie adverse du titulaire du droit dont l'abus est allégué, soit, dans le cadre de la contestation du loyer, au locataire¹⁵². Le raisonnement nous semble sur ce point dogmatiquement erroné puisque, dans la procédure en contestation du loyer initial, les faits générateurs ne doivent pas être prouvés par le bailleur. En effet, il convient de comprendre la requête en contestation du loyer initial comme une demande de baisse de loyer (et non comme une contestation de hausse de loyer¹⁵³). Dans ce cas, le caractère abusif du loyer ne constitue pas un fait dirimant, mais un fait générateur¹⁵⁴. Cette constatation ne change toutefois rien à la question du fardeau de la preuve : si le caractère abusif du loyer constitue un fait générateur, le fardeau de la preuve incombe également au locataire.
69. Il convient de préciser que, lorsque l'utilisation de la formule officielle selon l'art. 270 al. 2 CO est obligatoire, le bailleur doit informer le locataire d'une éventuelle augmentation du loyer par rapport au loyer précédent et indiquer ses motifs. Le bailleur est lié par les motifs indiqués¹⁵⁵. En cas de contestation du loyer initial, le bailleur ne peut pas se prévaloir d'autres arguments. Toutefois, la formule officielle n'a pas d'influence sur le fardeau de la preuve. Elle impose seulement au bailleur l'obligation de motiver une éventuelle augmentation du loyer initial par rapport au loyer précédent, non pas de prouver que l'augmentation ne rend pas le loyer abusif¹⁵⁶. Cette obligation ne relativise donc pas le fardeau de la preuve.

c. Faits dirimants

70. Quels éléments le bailleur pourra-t-il faire valoir lorsque le locataire conteste le loyer initial ? Il pourra invoquer que le bail dont le loyer est

¹⁵² ATF 139 III 13, cons. 3.1.3.2.

¹⁵³ Sur ce thème, voir ci-dessous, N 76 ss.

¹⁵⁴ Dans ce sens aussi : LAURENT BIERI, Tribunal fédéral, I^{re} Cour de droit civil, 6 décembre 2012, 4A_491/2012 = ATF 139 III 13, H. X. et F. X. c. Z. SA., PJA 2014 1398, p. 1400.

¹⁵⁵ ATF 139 III 13, cons. 3.1.2 ; LACHAT, p. 535 ; DAÏNA, p. 100.

¹⁵⁶ DAÏNA, p. 100.

litigieux n'entre pas dans le champ d'application des dispositions concernant la protection contre les loyers abusifs, donc que l'objet loué constitue un *objet de luxe* (art. 253b al. 2 CO). A notre sens, il s'agit d'un fait dirimant : le législateur a formulé l'art. 253b al. 2 CO négativement, si bien qu'on peut considérer qu'il s'agit de conditions négatives supplémentaires qui empêchent la naissance du droit du locataire à la réduction du loyer initial¹⁵⁷.

71. Le caractère luxueux du logement mérite quelques remarques. Selon l'art. 253b al. 2 CO constituent des objets de luxe les « appartements et de maisons familiales de luxe comprenant six pièces ou plus (cuisine non comprise) ». Le nombre minimum de pièces et le caractère luxueux de ces logements constituent des conditions cumulatives¹⁵⁸. Leurs loyers suivent les seules lois du marché¹⁵⁹. La notion de « luxe » du logement doit s'interpréter de manière restrictive ; elle suppose que la mesure habituelle du confort soit clairement dépassée, l'impression générale étant décisive à cet égard¹⁶⁰. Ainsi, constituent des indices de « luxe » la présence de marbre à l'entrée de l'immeuble, une piscine et/ou un sauna, des sanitaires en surnombre, une surface totale et des pièces particulièrement grandes, un jardin spacieux, un environnement très protégé. La présence d'un seul ou de quelques-uns seulement de ces indices ne suffit pas ; il faut que le luxe se dégage de l'ensemble¹⁶¹. Comme mentionné ci-dessus¹⁶², les éléments dont découle le caractère luxueux du logement constituent à notre sens des faits dirimants dont le fardeau de la preuve incombe au bailleur.

¹⁵⁷ Cf. ci-dessus, N 28 ss.

¹⁵⁸ TF du 11.01.2016, 4A_257/2015, cons. 3.1 ; TF du 16.03.2004, 4C.5/2004, cons. 4.1, SJ 2004 I 385, DB 2005 N 7 ; BSK OR I-WEBER, art. 253a/253b CO N 6 ; CR CO I-LACHAT, art. 253b CO N 5 ; ZK OR-HIGI, art. 253a-253b CO N 66.

¹⁵⁹ TF du 11.01.2016, 4A_257/2015, cons. 3.1 ; TF du 16.03.2004, 4C.5/2004, cons. 4.1, SJ 2004 I 385, DB 2005 N 7 ; BSK OR I-WEBER, art. 253a/253b CO N 6 ; ZK OR-HIGI, art. 253a-253b CO N 66.

¹⁶⁰ TF du 11.01.2016, 4A_257/2015, cons. 3.1 ; TF du 16.03.2004, 4C.5/2004, cons. 4.2, SJ 2004 I 385, DB 2005 N 7 ; BSK OR I-WEBER, art. 253a/253b CO N 7 ; CPra Bail-MONTINI/WAHLEN, art. 253b CO N 10 ; CR CO I-LACHAT art. 253b CO N 5 ; ZK OR-HIGI, art. 253a-253b CO N 75.

¹⁶¹ TF du 11.01.2016, 4A_257/2015, cons. 3.1 ; TF du 16.03.2004, 4C.5/2004, cons. 4.2, SJ 2004 I 385 ; CPra Bail-MONTINI/WAHLEN, art. 253b CO N 10 ; LACHAT, p. 80 ; ZK OR-HIGI, art. 253a-253b CO N 76.

¹⁶² N 70.

72. Les critères pour déterminer le caractère excessif ou non du loyer se trouvent entre eux dans une hiérarchie. En principe, le critère du rendement net est prépondérant¹⁶³. Si le locataire invoque que le rendement net est abusif, la seule solution pour le bailleur est en principe de le contester. Cette règle souffre toutefois de certaines exceptions. En effet, dans diverses hypothèses, le rendement net n'est pas prépondérant par rapport à d'autres critères, ce qui offre au bailleur la possibilité de faire valoir des faits dirimants pour contrer les arguments du locataire. Ainsi :

- Lorsque le locataire invoque que le rendement net réalisé par le bailleur est abusif, le bailleur peut faire valoir que *l'immeuble a moins de dix ans* ; dans ce cas, le loyer est uniquement abusif s'il dépasse les limites du rendement brut permettant de couvrir les frais¹⁶⁴. Le rendement brut non abusif est donc, dans cette hypothèse, un fait dirimant, une objection qui s'oppose au droit du locataire à une baisse de loyer en présence d'un rendement qui excède d'un demi-pour cent le taux d'intérêt hypothécaire de référence. Pour le calcul du rendement brut, les éléments sont identiques aux éléments nécessaires pour le rendement net¹⁶⁵, à l'exception des charges financières ; celles-ci ne sont pas prises en compte dans le calcul du rendement brut, il s'agit précisément de l'élément qui distingue le rendement brut du rendement net¹⁶⁶.

Dès lors, le seul élément pour lequel le bailleur supporte effectivement le fardeau de la preuve dans cette situation est l'âge de l'immeuble. Le fardeau de la preuve pour les éléments du calcul de rendement incombe au locataire¹⁶⁷. Toutefois, en vertu du devoir de collaboration¹⁶⁸, le bailleur devra mettre à disposition du locataire les éléments qu'il détient seul, ce qui est typiquement le cas pour les éléments nécessaires au calcul de la valeur de rendement.

- Si l'immeuble est âgé de plusieurs décennies, le bailleur peut objecter que le loyer est conforme aux loyers pratiqués dans la localité ou le

¹⁶³ ZAHRADNIK, p. 282 ; ATF 124 III 310, cons. 2b ; TF du 11 octobre 2011, 4A_276/2011, cons. 5.4.

¹⁶⁴ FETTER, N 485.

¹⁶⁵ Voir ci-avant, N 61 ss.

¹⁶⁶ CPra Bail-BOHNET, art. 269 CO N 5.

¹⁶⁷ Cf. ci-dessus, N 61.

¹⁶⁸ Cf. ci-dessus, N 66 ss.

quartier (art. 269a lit. a CO)¹⁶⁹. Le critère de l'immeuble âgé est applicable, selon la jurisprudence du TF, aux immeubles qui ont environ 30 ans¹⁷⁰. Dans cette hypothèse, si le locataire invoque le caractère excessif du rendement net, *l'âge de l'immeuble et les loyers usuels de la localité ou du quartier*¹⁷¹ sont les éléments dirimants que le bailleur devrait à notre avis invoquer et prouver.

73. Le locataire peut non seulement se fonder sur le rendement net, mais également sur les loyers usuels de la localité ou du quartier. Dans ce cas, le bailleur peut invoquer qu'il réalise un rendement insuffisant¹⁷². Dans cette hypothèse, le fait que le rendement net ne dépasse pas d'un demi-pour cent le taux d'intérêt hypothécaire de référence est un fait dirimant dont la preuve incombe au bailleur.
74. Comme expliqué ci-dessus¹⁷³, dans les cantons qui ont rendu obligatoire l'utilisation de la formule officielle, le bailleur est lié par les motifs indiqués sur le formulaire officiel. Cela signifie à notre avis qu'il ne pourra invoquer comme faits dirimants que les motifs indiqués sur le formulaire¹⁷⁴.

d. Faits extinctifs

75. Les faits extinctifs entraînent l'extinction du droit créé par les faits générateurs. Ils surviennent postérieurement aux faits générateurs et dirimants¹⁷⁵. Pour ce qui est de l'action en contestation du loyer initial, le fait que le bailleur baisse le loyer à un montant qui ne lui permet pas de réaliser un rendement excessif constitue à notre avis un fait dirimant. En effet, si l'on considère que le locataire dispose d'une prétention en réduction du loyer lorsque ce dernier permet au bailleur de réaliser un rendement excessif, la renonciation du bailleur à augmenter le loyer

¹⁶⁹ FETTER, N 485.

¹⁷⁰ TF du 08.07.2014, 4A_565/2013, cons. 3.1.2.

¹⁷¹ Pour la manière dont il convient de prouver le loyer usuel de la localité ou du quartier, cf. ci-dessus, N 64.

¹⁷² FETTER, N 486.

¹⁷³ N 69.

¹⁷⁴ Dans ce sens aussi : FETTER, N 484.

¹⁷⁵ Cf. ci-dessus, N 32 ss.

constitue un cas d'exécution¹⁷⁶. Le fardeau de la preuve pour la baisse de loyer incombe au bailleur.

3. Contestation de l'augmentation du loyer

a. Généralités

76. L'art. 269d CO accorde au bailleur le droit d'augmenter unilatéralement le montant du loyer ou de modifier d'autres paramètres du contrat au détriment du locataire s'il respecte certaines conditions. Le locataire peut contester la modification du bail à son détriment dans les 30 jours suivant la réception dudit avis auprès de l'autorité de conciliation, s'il estime que la modification du contrat rend le loyer abusif. Si les parties ne trouvent pas d'accord durant la conciliation, le bailleur qui maintient sa position recevra l'autorisation de procéder (art. 209 al. 1 lit. a CPC). *La charge du contentieux lui incombe et il doit intenter l'action au fond.* Au stade de la conciliation, le locataire est demandeur et le bailleur défendeur, durant la procédure au fond, les rôles sont inversés¹⁷⁷. Toutefois, l'autorité de conciliation dispose de la possibilité de rendre une proposition de jugement (art. 210 al. 1 lit. b CPC) qui entre en force si aucune des parties ne s'y oppose dans un délai de 20 jours (art. 211 al. 1 CPC). En cas d'opposition, l'autorisation de procéder est délivrée à la partie qui s'oppose à la proposition de jugement (art. 211 al. 2 lit. a CPC). Dès lors, si le locataire s'oppose à la proposition de jugement, il aura le rôle de demandeur dans la procédure au fond.
77. La distribution de la charge du contentieux n'a cependant aucune influence sur le fardeau de la preuve. Il incombe toujours au bailleur pour les faits dont il déduit son droit à augmenter le loyer¹⁷⁸.

¹⁷⁶ Cf. ci-dessus, N 33.

¹⁷⁷ CPra Actions-BOHNET, § 74 N 17.

¹⁷⁸ LACHAT, p. 409 ; CPra Bail-BOHNET/BROQUET, art. 269a N 56 s. ; CPra Actions-BOHNET, § 74 N 18.

b. Faits générateurs

aa) Conditions formelles

78. Selon l'art. 269d CO, le droit du bailleur d'augmenter le loyer, respectivement modifier autrement les prestations au détriment du locataire, suppose d'abord le respect de certaines conditions formelles, à savoir :
- La notification de l'augmentation sur formule officielle ; le contenu de cette formule officielle est précisé à l'art. 19 OBLF.
 - L'indication des motifs précis justifiant la hausse, respectivement la modification du contrat ; lorsque la hausse repose sur plusieurs motifs, les montants correspondant à chacun d'entre eux sont à détailler (art. 19 al. 1 lit. a ch. 4 OBLF).
 - Le respect de l'échéance contractuelle.
 - Le respect du délai de notification.
79. La violation de ces conditions de forme entraîne la nullité de la majoration du loyer (art. 269d al. 2 CO).
80. Ces éléments sont des faits générateurs. Ils constituent des conditions à la naissance du droit d'augmenter le loyer. Le bailleur supporte le fardeau de la preuve pour ces éléments. En particulier, il incombe au bailleur de prouver la date de réception du pli contenant la formule officielle par le locataire¹⁷⁹.
81. L'art. 269d CO permet au bailleur d'augmenter le loyer, mais il doit justifier la majoration. Les motifs qu'il indique sur la formule officielle doivent être clairs et véridiques¹⁸⁰. Ils lient le bailleur¹⁸¹.

¹⁷⁹ CPra Bail-MARCHAND, art. 269d CO N 29 ; TF du 09.05.2007, 4A_39/2007, cons. 4, DB 2008 N 6.

¹⁸⁰ ZK OR-HIGI, art. 269d CO N 84.

¹⁸¹ BSK OR I-WEBER, art. 269d CO N 3 ; LCHAT, p. 402 ; ZK OR-HIGI, art. 269d CO N 94 s.

bb) Conditions matérielles

82. La condition matérielle qui doit être remplie en cas de majoration du loyer est que cette majoration ne doit pas mener à un loyer abusif, à savoir ne pas permettre au bailleur de réaliser un rendement excessif¹⁸².
83. Toutefois, pour pouvoir valablement augmenter le loyer, il faut qu'un contrat de bail entre les parties existe ; il faut de plus que l'objet du bail ait déjà été remis au locataire¹⁸³. Ces éléments sont des faits générateurs. En l'absence de contrat de bail, le « bailleur » ne peut pas exiger du « locataire » le versement d'un loyer et partant ne peut pas non plus augmenter ce dernier. Cela va de soi. L'art. 270 al. 1 CO prévoit que la contestation du loyer initial peut uniquement se faire à partir du moment de la remise de l'objet ; logiquement, l'augmentation « en cours de bail » ne saurait survenir auparavant¹⁸⁴.
84. Le bailleur doit en principe se fonder sur des *critères relatifs* et le tribunal fixera le loyer en application de la *méthode relative*¹⁸⁵, faute de quoi le bailleur pourrait conclure des baux en offrant un loyer avantageux pour le locataire et augmenter le montant du loyer immédiatement après la conclusion du contrat¹⁸⁶. Cela signifie qu'en plus des conditions formelles mentionnées ci-avant, le bailleur devra invoquer un des éléments suivants, pour lequel il supportera le fardeau de la preuve :
- *La hausse des coûts* (art. 269a lit. b CO), soit du taux hypothécaire ou des autres charges courantes et d'exploitation, par rapport au moment de la dernière fixation du loyer¹⁸⁷. Pour cette hypothèse, l'art. 20 OBLF précise que le locataire peut exiger que le bailleur motive l'augmentation du loyer en fournissant des chiffres précis (al. 1) et qu'au cours de la procédure de conciliation, le locataire peut exiger la présentation des pièces justificatives pour tous les motifs que le bailleur fait valoir (al. 2).

¹⁸² CPra Bail-MARCHAND, art. 269d CO N 2.

¹⁸³ ZK OR-HIGI, art. 269d CO N 65.

¹⁸⁴ ZK OR-HIGI, art. 269d CO N 65.

¹⁸⁵ LACHAT, p. 538 ; ZK OR-HIGI, art. 269 CO N 505 ss ; ATF 123 III 171, cons. 6a.

¹⁸⁶ LACHAT, p. 528 et 538.

¹⁸⁷ CPra Bail-BOHNET/BROQUET, art. 269a CO N 30 ss.

- *La fourniture de prestations supplémentaires par le bailleur* (art. 269a lit. b CO). Sont réputés prestations supplémentaires du bailleur les investissements qui aboutissent à des améliorations créant des plus-values, l'agrandissement de la chose louée ainsi que les prestations accessoires supplémentaires (art. 14 al. 1 OBLF). La prestation est supplémentaire lorsqu'elle n'a pas été convenue entre les parties lors de la conclusion du bail¹⁸⁸. Pour cette hypothèse également, l'art. 20 OBLF précise que le locataire peut exiger que le bailleur motive l'augmentation du loyer en fournissant des chiffres précis (al. 1) et qu'au cours de la procédure de conciliation, le locataire peut exiger la présentation des pièces justificatives pour tous les motifs que le bailleur fait valoir (al. 2). La notion de « prestations supplémentaires » couvre les hypothèses suivantes :
 - *Les améliorations créant des plus-values* consistent en des travaux et des installations nouvelles qui accroissent la valeur de la chose louée en l'améliorent la qualité, l'adaptent au goût du jour¹⁸⁹. Il peut s'agir de remplacement d'équipements ou d'importantes réparations. Le simple remplacement d'un objet ou d'une installation ne constitue pas une prestation supplémentaire¹⁹⁰. Souvent le remplacement d'une installation devenue vétuste par une nouvelle, plus performante, crée néanmoins une plus-value partielle ; dans ce cas, il convient 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 équivalant à l'ancienne installation¹⁹¹.

Si le bailleur procède à d'importants travaux de réparation, il est *présumé* que 50%-70% des frais qui en résultent sont des investissements créant une plus-value (art. 14 al. 1 *in fine* OBLF) qui peuvent donc être récupérés par une augmentation du loyer. La disposition a pour but de faciliter la preuve¹⁹² : le bailleur peut se limiter à prouver le montant total investi¹⁹³ (en fournissant des chiffres précis et des pièces justificatives : art. 20 OBLF), alors que, selon la règle de l'art. 8 CC, le fardeau de la preuve pour le taux lui incomberait et l'échec de cette preuve amènerait le tribunal à constater qu'il s'agit de simples travaux d'entretien au sens de l'art. 256 CO qui ne justifient pas l'augmentation du loyer. Le bailleur peut prouver qu'une part supérieure à 70% est affectée

¹⁸⁸ CPra Bail-BOHNET/BROQUET, art. 269a N 62.

à des investissements créant des plus-values et le locataire que la part est inférieure à 50%. Il s'agit donc d'une présomption¹⁹⁴, non d'une fiction¹⁹⁵.

Si le locataire souhaite renverser la présomption, il doit prouver que les plus-values sont inférieures à 50% du montant investi¹⁹⁶. Il en supporte le fardeau. Le bailleur est obligé, en vertu du principe de la bonne foi¹⁹⁷, de fournir au locataire toutes les pièces nécessaires à l'appréciation du litige¹⁹⁸. Toutefois, le mode de facturation (sommaire) appliqué par l'entrepreneur rend souvent impossible la preuve et le locataire échoue dans le renversement de la présomption¹⁹⁹. Dans cette situation, le locataire peut demander une expertise²⁰⁰. Cela étant, la preuve que le taux est inférieur est la plupart du temps difficile, voire impossible à rapporter²⁰¹.

- *L'agrandissement de la chose louée* : il s'agit d'une augmentation de la surface louée²⁰². A noter que, dans cette hypothèse, l'augmentation du loyer possible se calcule sur les investissements

189 CPra Bail-BOHNET/BROQUET, art. 269a N 64 ; LACHAT, p. 478 ; ZK OR-HIGI, art. 269a CO N 336 ss.

190 CPra Bail-BOHNET/BROQUET, art. 269a CO N 63 et 66 ; TF du 26.11.2008, 4A_413/2008, cons. 4.2.

191 CPra Bail-BOHNET/BROQUET, art. 269a N 66 ; ZK OR-HIGI, art. 269a CO N 363 ss.

192 CPra Bail-BOHNET/BROQUET, art. 269a CO N 92 ; LACHAT, Bail à loyer, p. 480.

193 CPra Bail-BOHNET/BROQUET, art. 269a CO N 92.

194 Cf. ci-dessus, N 36 ss.

195 Cf. ci-dessus, N 44.

196 CPra Bail-BOHNET/BROQUET, art. 269a CO N 95.

197 Cf. ci-dessus, N 48 ss.

198 Dans ce sens aussi : CPra Bail-BOHNET/BROQUET, art. 269a CO N 93.

199 CPra Bail-BOHNET/BROQUET, art. 269a CO N 95 ; voir p. ex. Tribunal du district de Meilen, arrêt du 21.12.2007, MA060007, MRA 2009, p. 66 ss.

200 CPra Bail-BOHNET/BROQUET, art. 269a CO N 95 ; pour un exemple d'expertise, voir Tribunal du district de Laupen, arrêt du 12.06.2006, Z 05 1051, MRA 2009, p. 57 ss.

201 HANS BÄTTIG, La répercussion des coûts de réparations importantes sur le loyer, MRA 2009, p. 1 ss, p. 36. ; voir aussi : Tribunal du district de Laupen, arrêt du 12.06.2006, Z 05 1051, MRA 2009, p. 57 ss.

202 CPra Bail-BOHNET/BROQUET, art. 269a CO N 74 ; ZK OR-HIGI, art. 269a N 353 ss.

nécessaires pour procéder à l'agrandissement et non par une augmentation proportionnelle à l'agrandissement de la surface²⁰³.

- *Les prestations accessoires supplémentaires* constituent des services nouveaux qui sont mis à disposition du locataire, tel l'engagement d'un concierge, d'un jardinier ou d'un service de nettoyage ou de déneigement²⁰⁴.
- L'art. 14 al. 2 OBLF précise que *les améliorations énergétiques* constituent également des prestations supplémentaires.
- *Le renchérissement pour le capital exposé aux risques* (art. 269a lit. e CO) ; une augmentation du loyer pour ce motif ne peut dépasser 40% de la hausse de l'indice suisse des prix à la consommation (art. 16 OBLF). L'indice suisse des prix à la consommation est un fait notoire qui n'a pas besoin d'être prouvé²⁰⁵.

c. Faits dirimants

85. Le locataire peut opposer au bailleur les arguments suivants :

- *La menace de résiliation donnée par le bailleur* : selon l'art. 269d al. 2 lit. c CO, une augmentation de loyer est nulle si elle est assortie d'une résiliation ou d'une menace de résiliation. Il s'agit de l'autre volet du principe selon lequel le bailleur n'a pas droit de prononcer un congé dans le but d'imposer une modification unilatérale du bail défavorable au locataire ou une adaptation de loyer : l'art. 271a al. 2 lit. b CO déclare nuls de tels congés, l'art. 269d al. 2 lit. c CO l'augmentation de loyer obtenue au moyen de la menace de résiliation²⁰⁶, ce qui empêche que le droit du bailleur à l'augmentation du loyer prenne naissance.
- *Le fait que le contrat de bail a été conclu pour une durée déterminée* : les baux à durée déterminée ne peuvent pas être modifiés

²⁰³ CPra Bail-BOHNET/BROQUET, art. 269a CO N 74 ; BERNARD CORBOZ, Les travaux de transformation et de rénovation de la chose louée entrepris par le bailleur et leur repercussion sur le loyer, 12^e séminaire de droit du bail, Neuchâtel 2002, p.18.

²⁰⁴ CPra Bail-BOHNET/BROQUET, art. 269a CO N 75 ; LACHAT, p. 480 ; BERNARD CORBOZ, Les travaux de transformation et de rénovation de la chose louée entrepris par le bailleur et leur repercussion sur le loyer, 12^e séminaire de droit du bail, Neuchâtel 2002, p. 18.

²⁰⁵ CPra Bail-BOHNET/BROQUET, art. 269a CO N 123.

²⁰⁶ CPra Bail-MARCHAND, art. 269d CO N 41.

unilatéralement par les parties en cours de bail, ce qui exclut que le bailleur augmente le loyer de manière unilatérale. Une modification des conditions est uniquement possible par un accord des deux parties²⁰⁷. La loi part du principe qu'un bail est conclu à durée indéterminée (art. 255 al. 3 CO)²⁰⁸. La présence d'un bail à durée déterminée constitue donc à notre avis une exception ; il s'agit d'un fait dirimant pour lequel le fardeau de la preuve incombe au locataire.

- *Une convention entre les parties qui supprime le droit du bailleur de majorer le loyer*²⁰⁹ : les parties au contrat peuvent convenir d'exclure le droit du bailleur d'augmenter le loyer²¹⁰. Il s'agit d'une exception et donc d'un fait dirimant : le locataire devra démontrer l'existence d'une commune et réelle intention des parties de renoncer au droit du bailleur de majorer le loyer²¹¹.
- *Le rendement abusif selon la méthode absolue*²¹² : le locataire peut invoquer que le rendement net de la chose louée (art. 269 CO), le rendement brut (art. 269a lit. c CO) ou les loyers usuels de la localité et du quartier (art. 269a lit. a CO) permettent de constater que le loyer augmenté est abusif même si selon la méthode relative l'augmentation est admissible²¹³. Les éléments dont découle le caractère abusif du loyer doivent être prouvés par le locataire.

4. Diminution du loyer

86. Selon l'art. 270a al. 1 CO, le locataire peut contester le montant du loyer et en demander la diminution pour le prochain terme de résiliation, s'il a une raison d'admettre que la chose louée procure au bailleur un rendement excessif au sens des art. 269 et 269a CO.

²⁰⁷ LACHAT, p. 604.

²⁰⁸ CPra Bail BOHNET/DIETSCHY, art. 255 CO N 3.

²⁰⁹ ZK OR-HIGI, art. 269d CO N 74.

²¹⁰ Pour des exemples, voir : ZK OR-HIGI, art. 269d CO N 75.

²¹¹ Pour les éléments à prouver pour démontrer la commune et réelle intention des parties voir ci-dessous, N 97.

²¹² CPra Bail-BOHNET, intro art. 269-270e CO N 14 ; ZK OR-HIGI, art. 269 CO N 480.

²¹³ Voir ci-dessus, N 58.

a. Faits générateurs

87. Pour demander avec succès la baisse du loyer en cours de bail, le locataire devra démontrer le caractère abusif du loyer, autrement dit le caractère excessif du rendement réalisé par le bailleur, et cela suite à une modification notable des bases de calcul depuis la dernière fixation du loyer. Cette dernière condition vise à empêcher une remise en cause tardive du loyer initial en cours de bail²¹⁴ et implique que le locataire ne pourra en principe invoquer que des critères relatifs et donc que la méthode relative trouvera application²¹⁵, mais est sans portée matérielle propre²¹⁶. Le locataire supporte le fardeau de la preuve pour les motifs qu'il invoque à l'appui de sa demande de diminution du loyer²¹⁷.

aa) Conditions formelles

88. Selon l'art. 270a al. 2 CO, le locataire doit adresser par écrit sa demande de diminution au bailleur, qui a un délai de 30 jours pour se déterminer. Si le bailleur ne donne pas suite à la demande, qu'il ne l'accepte que partiellement ou qu'il ne répond pas dans le délai prescrit, le locataire peut saisir l'autorité de conciliation dans un délai de 30 jours. Le respect de cette disposition constitue une condition de recevabilité de la demande de diminution du loyer, à moins que le bailleur n'ait fait savoir précédemment qu'il s'opposerait à toute demande de diminution de loyer²¹⁸. Il incombe au locataire de prouver qu'il a adressé une demande de diminution du loyer ou que le bailleur a exprimé avant l'introduction des démarches qu'il s'opposerait à toute demande de diminution. Il s'agit de faits générateurs

²¹⁴ CPra Bail-DIETSCHY, art. 270a CO N 11 ; BSK OR I-WEBER, art. 270a CO N 1b ; CR CO I-LACHAT, art. 270a CO N 1 ; ZK OR-HIGI, art. 270a CO N 44.

²¹⁵ CPra Bail-DIETSCHY, art. 270a CO N 15 ; TF du 09.07.2002, 4C.291/2001, cons. 2a, DB 2003 N 16 ; ATF 126 III 124, cons. 2a ; 124 III 67, cons. 3, JdT 1999 I 111 ; 121 III 163, cons. 2d/bb, JdT 1996 I 71.

²¹⁶ CPra Bail-DIETSCHY, art. 270a CO N 11 ; BSK OR I-WEBER, art. 270a CO N 1b ; *contra* : ZK OR-HIGI, art. 270a CO N 44.

²¹⁷ LACHAT, p. 418 ; BSK OR I-WEBER, art. 270a CO N 1b ; ZK OR-HIGI, art. 270a CO N 109.

²¹⁸ ATF 132 III 702, JdT 2007 I 47, DB 2007 N 16 ; CPa Bail-MONTINI/WAHLEN, art. 270a CO N 9 ; BSK OR I-WEBER, art. 270a N 5b.

de droit puisqu'en leur absence le droit du locataire à la baisse de loyer ne prend pas naissance²¹⁹.

bb) Conditions matérielles

89. Comme mentionné, les dispositions portant sur la protection contre les loyers abusifs sont uniquement applicables aux baux de locaux d'habitation ou commerciaux. Le locataire devra dès lors prouver que tel est bien le cas pour le bail dont le loyer est litigieux²²⁰.
90. Le locataire devra en outre prouver que la modification notable des bases de calcul permet au bailleur de réaliser un rendement excessif. Il pourra se fonder sur des critères relatifs, soit :
- *La baisse des coûts* (art. 269a lit. b CO), soit du taux hypothécaire ou des autres charges courantes et d'exploitation, par rapport au moment de la dernière fixation du loyer²²¹. La baisse du taux hypothécaire est le cas d'application le plus fréquent. Elle est notable lorsqu'elle est de 0.25% au minimum²²² ; l'art. 13 al. 1 OBLF indique de combien de pour cent le loyer doit être réduit en cas de réduction du taux hypothécaire (art. 13 al. 1 2^e phrase OBLF). Il convient de noter que le taux hypothécaire de référence constitue un fait notoire dont le tribunal tiendra compte d'office et que le locataire n'aura pas besoin de prouver²²³. Pour ce qui est de la baisse des charges, le fardeau de la preuve incombe au locataire²²⁴. A cette fin, il aura souvent besoin de

²¹⁹ Une partie de la doctrine considérait que les conditions de l'art. 270a CO n'étaient que des prescriptions d'ordre (p. ex. PETER NIDERÖST, Auf welchem Hypothekarzinsstand basiert der nicht oder nur teilweise gesenkte Mietzins ?, MP 1996 47, p. 48 s.) ; cet avis se fondait sur l'ATF 122 III 20, cons. 4c, JdT 1996 I 601, DB 1996 N 21 ; toutefois, dans l'ATF 132 III 702, précité, le TF a clairement précisé que la prise de contact préalable avec le bailleur était une condition nécessaire à la saisine de l'autorité de conciliation.

²²⁰ Cf. ci-dessus, N 58.

²²¹ CPra Bail-MONTINI/WAHLEN, art. 270a CO N 13 ; BOHNET/BROQUET, art. 269a CO N 30 ss.

²²² CPra Bail-MONTINI/WAHLEN, art. 270a CO N 15 ; LACHAT, p. 413 ; ZK OR-HIGI, art. 270a CO N 59.

²²³ LACHAT, p. 418.

²²⁴ CPra Bail-MONTINI/WAHLEN, art. 270a CO N 16.

documents en main du bailleur ; ce dernier devra les mettre à sa disposition dans le cadre de son devoir de collaboration²²⁵.

- *Le renchérissement négatif*: l'indice suisse des prix à la consommation est un fait notoire qui n'a pas besoin d'être prouvé²²⁶.

91. L'augmentation des prestations justifie une augmentation du loyer, par conséquent, lorsque le bailleur diminue les prestations (p. ex. réduction de la surface louée, suppression de prestations accessoires), le locataire a en principe droit à une diminution du loyer. La situation est toutefois quelque peu particulière dans cette hypothèse puisque, selon l'art. 269d al. 3 CO, le bailleur doit notifier sur formule officielle les diminutions de prestations, sous peine de nullité ; l'art. 270b al. 3 CO indique que, dans ces cas, le locataire devra agir comme en cas d'augmentation du loyer²²⁷. A notre avis, le locataire qui considère que le bailleur devrait réduire le loyer suite à une diminution des prestations ne devrait pas agir par l'action en diminution du loyer, mais par la contestation de l'augmentation du loyer²²⁸.
92. Selon une partie de la doctrine, il est également possible que le locataire invoque la baisse du loyer usuel de la localité et du quartier pour justifier une baisse de loyer²²⁹. Ce point de vue n'est toutefois pas partagé par tous les auteurs²³⁰.

b. Faits dirimants

93. Le bailleur peut opposer au locataire les arguments suivants :
- *Le fait qu'il s'agit d'un logement de luxe* : à ce sujet, nous renvoyons à ce qui a été expliqué au sujet de la contestation du loyer initial²³¹.

²²⁵ CPra Bail-MONTINI/WAHLEN, art. 270a CO N 16 ; TF du 18 avril 1996, MP 1996 165, cons. 2b ; pour le devoir de collaboration, cf. ci-dessus, N 66 ss.

²²⁶ CPra Bail-BOHNET/BROQUET, art. 269a CO N 123.

²²⁷ Cf. ci-dessus, N 76 ss.

²²⁸ Pas clair : LCHAT, p. 412 ; PETER ZIHLMANN, Das Mietrecht, 2^e éd., Zurich 1995, p. 189.

²²⁹ LCHAT, p. 413.

²³⁰ Contra : SVIT-K., N 5 ad art. 270a CO.

²³¹ Cf. ci-dessus, N 70 ss.

- *Le caractère non abusif du loyer sur la base de la méthode absolue, soit en application des critères du rendement²³² (net ou brut) ou du loyer usuel de la localité ou du quartier²³³. Pour le rendement net ainsi que le loyer usuel, les éléments à démontrer ont été énumérés ci-dessus²³⁴ : il convient de les reprendre, mais cette fois-ci, il revient au bailleur de les prouver. Pour le calcul du rendement brut, les éléments sont identiques aux éléments nécessaires pour le rendement net, à l'exception des charges financières ; celles-ci ne sont pas prises en compte dans le calcul du rendement brut²³⁵ ; le bailleur devra prouver que son immeuble est « récent », soit qu'il a moins de dix ans²³⁶.*
- *Le fait que le contrat de bail a été conclu pour une durée déterminée : comme mentionné ci-dessus²³⁷, une modification unilatérale du loyer est uniquement possible pour un contrat conclu à durée indéterminée. Une action en diminution du loyer pour un bail conclu pour une durée déterminée est donc exclue²³⁸. La présence d'un bail à durée déterminée constitue à notre avis une exception ; il s'agit d'un fait dirimant pour lequel le fardeau de la preuve incombe au bailleur.*

B. Fardeau de la preuve et défaut

94. Selon l'art. 256 al. 1 CO, le bailleur a l'obligation de remettre au locataire l'objet du bail dans un état approprié à l'usage pour lequel il a été loué, et de l'entretenir dans cet état. Il s'agit d'une obligation principale du bailleur²³⁹. Constitue un défaut tout ce qui s'écarte de cet état « approprié »²⁴⁰. Pour déterminer si un objet est défectueux, il convient de

²³² ATF 121 III 163, cons. 2d/bb, JdT 1996 I 71.

²³³ ATF 122 III 257, cons. 4a, JdT 1997 I 595.

²³⁴ N 61 ss pour le rendement net et N 64 ss pour le loyer usuel.

²³⁵ CPra Bail-BOHNET, art. 269 CO N 5.

²³⁶ Cf. ci-dessus, N 70.

²³⁷ N 85.

²³⁸ LACHAT, p. 414.

²³⁹ ZK-HIGI, art. 256 N 4.

²⁴⁰ CPra Bail-MONTINI/BOUVERAT, art. 256 CO N 1 ; LACHAT, p. 216.

comparer l'état réel de cet objet avec l'état qui est convenu ou promis²⁴¹ ou auquel le locataire peut raisonnablement s'attendre²⁴².

95. La notion de défaut est relative²⁴³ : savoir si l'objet loué présente un défaut dépend de l'usage convenu entre les parties, ou, à défaut, de l'usage que chacun ferait habituellement d'une chose du genre de celle de l'objet loué aux circonstances données²⁴⁴. L'objet doit être dans un état qui permet objectivement de servir à cet usage²⁴⁵.
96. Si tel n'est pas ou plus le cas, le bailleur viole une obligation principale du contrat. Dans ce cas, les art. 258 et 259 ss CO mettent à disposition du locataire plusieurs moyens, à savoir le droit à la remise en état de la chose (art. 259a al. 1 lit. a et 259b CO), la réduction du loyer (art. 259 al. 1 lit. b et 259d CO) et les dommages-intérêts (art. 259a al. 1 lit. c et 259e CO) en cas de défaut matériel ; de plus, le locataire dispose d'un droit à ce que le bailleur prenne en charge le procès si un tiers fait valoir des droits incompatibles avec ceux du locataire (défaut juridique ; art. 259a al. 1 lit. d et 259f CO).

1. Action en remise en état

a. Faits générateurs

97. Pour l'action en remise en état selon l'art. 259a al. 1 et 259b CO, les faits générateurs sont les suivants :
- *Conclusion d'un contrat de bail*²⁴⁶ : sans contrat de bail entre les parties sur l'objet prétendument défectueux, il ne peut y avoir de droit à l'élimination du défaut allégué.
 - *Les faits dont on peut déduire l'existence d'un défaut*²⁴⁷ : la « preuve du défaut » pose des questions épineuses de délimitation entre les faits

²⁴¹ LACHAT, p. 216 ; TF du 17.08.2001, 4C.168/2001, cons. 4a, MP 2003, p. 56.

²⁴² CPra Bail-MONTINI/BOUVERAT, art. 256 CO N 20 ; LACHAT, p. 217 ; ZK-HIGI, art. 256 CO N 13.

²⁴³ LACHAT, p. 219 ; ZK-HIGI, art. 258 CO N 28.

²⁴⁴ ZK-HIGI, art. 256 CO N 23.

²⁴⁵ CPra Bail-MONTINI/BOUVERAT, art. 256 CO N 35.

²⁴⁶ CPra Actions-BOHNET, § 70 N 28.

et le droit. Savoir si un certain état est défectueux ou non est une question de droit²⁴⁸. Le locataire ne porte dès lors pas à proprement parler « le fardeau de la preuve du défaut », mais bien *le fardeau de la preuve des faits dont on peut déduire l'existence d'un défaut*²⁴⁹. Quels sont donc ces faits ? Le défaut – nous l'avons vu²⁵⁰ – suppose que l'état de la chose louée s'écarte de celui promis ou auquel le locataire peut raisonnablement s'attendre pour l'usage convenu ou habituel et qu'il restreint l'utilisation de la chose louée. Dès lors, le locataire devra prouver les éléments suivants :

- Dans tous les cas, le locataire devra démontrer *l'état réel* de la chose qu'il considère ne pas correspondre à l'état convenu (p. ex. dans un logement, l'infiltration d'eau²⁵¹, ou la présence de parasites²⁵²).
- *L'état, respectivement l'usage convenu*, découle en premier lieu de l'accord des parties²⁵³. Ils sont à constater par l'interprétation des volontés des parties selon la méthode de l'art. 18 CO. Le locataire doit donc prouver *la commune et réelle intention* des parties au sujet de l'état, respectivement l'usage, de l'objet loué qu'il allègue²⁵⁴. Si la preuve de la commune intention des parties échoue, le tribunal examinera sous l'angle de la bonne foi comment chaque partie pouvait et devait raisonnablement interpréter les déclarations de l'autre (théorie de la confiance)²⁵⁵. L'application de la théorie de la confiance est une question de droit que le Tribunal fédéral peut examiner librement (art. 106 al. 1 LTF) ; cependant, pour trancher cette question, il doit se fonder sur le contenu de la manifestation de volonté et sur les circonstances,

247 TF du 31.07.2009, 4A_281/2009, cons. 2.1 ; CPra Actions-BOHNET, § 70 N 28 ; CPra Bail-MONTINI/BOUVERAT, art. 256 CO N 55 ; ZK OR-HIGI, art. 256 CO N 42.

248 ATF 135 III 345, cons. 3.2.

249 TF du 31.07.2009, 4A_281/2009, cons. 2.1.

250 Cf. ci-dessus, N 94 ss.

251 Voir p. ex. TF du 23.02.2016, 4D_54/2015.

252 Pour d'autres exemples, voir LACHAT, p. 225 ss.

253 TF du 18.06.2014, 4A_159/2014, cons. 4.1 ; ZK OR-HIGI, art. 258 N 28.

254 TF du 18.06.2014, 4A_159/2014, cons. 4.4.

255 TF du 18.06.2014, 4A_159/2014, cons. 4.4.

dont la constatation relève du fait²⁵⁶. Si le locataire se fonde sur l'*usage* (et non sur l'usage convenu), il devra en principe prouver que l'usage allégué correspond à celui que chacun ferait habituellement d'une chose du genre de celle de l'objet loué aux circonstances données²⁵⁷.

- *La restriction de l'usage* : le locataire devra démontrer que l'état réel le prive de l'usage convenu ou auquel il pouvait raisonnablement s'attendre ou restreint cet usage²⁵⁸. En fonction de ce critère, la loi distingue entre les défauts graves, les défauts de moyenne importance et les menus défauts, les premiers étant ceux qui excluent ou entravent considérablement l'usage de l'objet loué²⁵⁹, les derniers ceux qui n'affectent que très peu, voire pas du tout, l'usage convenu²⁶⁰. Il s'agit de situations dans lesquels le défaut peut être réparé sans dépenses excessives (la doctrine mentionne souvent un montant de l'ordre de CHF 150.- comme limite ; au-delà la dépense doit être considérée comme excessive²⁶¹) ou par le locataire lui-même²⁶². Le défaut de moyenne importance constitue une catégorie « tampon » entre les deux²⁶³. Le seuil du défaut de moyenne importance est atteint s'il engendre une diminution de la qualité de l'objet louée, quantifiable en argent²⁶⁴.

Notons que le locataire dispose, en cours de bail, uniquement d'un droit à l'élimination du défaut lorsque ce dernier est grave ou de moyenne intensité. Il est obligé d'éliminer lui-même les menus défauts, dans le cadre de son devoir d'entretien (art. 259 CO)²⁶⁵. Il

²⁵⁶ ATF 135 III 410, cons. 3.2.

²⁵⁷ ZK OR-HIGI, art. 256 N 24 et 26.

²⁵⁸ P. ex. TF du 31.05.2002, 4C.65/2002, cons. 3 a-c : dans ce cas, le bruit de la chaudière a troublé le sommeil du locataire.

²⁵⁹ CPra Bail-AUBERT, art. 258 CO N 40 ; LACHAT, p. 225 ; ZK OR-HIGI, art. 258 CO N 43.

²⁶⁰ CPra Bail-AUBERT, art. 258 CO N 42 ; LACHAT, p. 226 s. ; ZK OR-HIGI, art. 258 CO N 39.

²⁶¹ BSK OR I-WEBER, art. 259 CO N 2 ; CR CO I-LACHAT, art. 259 CO N 3.

²⁶² CPra Bail-AUBERT, art. 259 CO N 8.

²⁶³ CPra Bail-AUBERT, art. 258 CO N 41 ; ZK OR-HIGI, art. 258 CO N 40.

²⁶⁴ LACHAT, p. 226 ; TF du 17.03.2005, cons. 2.1, CdB 2005, p. 87 ss.

²⁶⁵ CPra Bail-AUBERT, art. 258 CO N 42 ; LACHAT, p. 240 ss.

dispose en revanche du droit à l'élimination des menus défauts dont est atteint l'objet loué au moment de sa remise (art. 258 al. 3 CO). Dans ce cas, il incombe à notre sens au locataire le fardeau de prouver que le défaut existait au moment de la remise de la chose.

- *Connaissance du défaut par le bailleur* : pour que le bailleur soit obligé de remettre en l'état l'objet loué, il doit avoir connaissance de l'existence du défaut²⁶⁶. Il incombe au locataire le fardeau de prouver que le bailleur est informé du défaut²⁶⁷.

b. Faits dirimants

98. En présence des faits générateurs présentés ci-avant, le bailleur peut démontrer l'inexistence du droit du locataire à la remise en l'état en invoquant et démontrant les éléments suivants :

- *Impossibilité objective de la remise en l'état* : lorsque la remise en état de l'objet loué est objectivement impossible (p. ex. si la chose louée est détruite ou que le défaut constitue en des nuisances causées par un chantier sur lequel le bailleur n'a aucune influence), l'obligation de remise en état ne prend pas naissance²⁶⁸.
- *Imputabilité du défaut au locataire* : l'art. 259a CO libère le bailleur de son obligation de remédier au défaut si ce dernier est imputable au locataire. Il s'agit d'un cas de responsabilité contractuelle du locataire aux conditions de l'art. 97 CO, soit la violation du contrat, le préjudice causé au bailleur ainsi que le lien de causalité entre ces deux éléments. Si les conditions sont réalisées, la faute du locataire est présumée²⁶⁹. La violation du contrat la plus fréquente est l'usage autre que celui pour lequel le bail a été conclu²⁷⁰.

Si le bailleur fait valoir que le défaut est imputable au locataire, cet élément est également une *exception à la règle* ; les conditions de l'art. 97 CO constituent dans cette hypothèse des faits dirimants dont

²⁶⁶ CPra Actions-BOHNET, § 70 N 28 ; CPra Bail-AUBERT, art. 259b CO N 4.

²⁶⁷ CPra Bail-AUBERT, art. 259b CO N 4.

²⁶⁸ ZK OR-HIGI, art. 259b CO N 10 ; SVIT-K., art. 259g CO N 8b.

²⁶⁹ ZÜST, N 149.

²⁷⁰ ZÜST, N 70.

la preuve incombe au bailleur-défendeur²⁷¹. En pratique, le bailleur devra prouver *les faits dont on peut déduire la violation du contrat* (typiquement un usage par le locataire autre que celui prévu par le contrat) ainsi que *le lien de causalité naturel* entre la violation du contrat et le défaut²⁷² ; le préjudice du bailleur correspond au défaut allégué par le locataire.

- *Existence d'une convention spéciale* : En principe, le locataire peut renoncer à ses droits en cas de défaut par convention spéciale avec le bailleur. Toutefois, pour protéger le locataire – partie faible au contrat – le législateur a restreint cette possibilité ; elle est nulle lorsqu'elle est prévue dans des conditions générales préimprimées ou qu'elle concerne un contrat de bail de locaux commerciaux ou d'habitations (art. 256 al. 2 CO).

En dehors de ces hypothèses, une renonciation du locataire lors de la conclusion du contrat de bail fait que son droit à la remise en l'état ne prend jamais naissance. Il s'agit donc d'un fait dirimant. Le fardeau de la preuve pour l'existence d'une telle convention spéciale, c'est-à-dire pour l'existence d'une réelle et commune intention des parties sur ce point²⁷³, incombe au bailleur.

c. Faits extinctifs

99. Les éléments suivants permettent au bailleur de faire éteindre le droit du locataire à la remise en l'état :
- *Elimination du défaut* : si le bailleur reconnaît l'existence du défaut, il peut faire valoir que le défaut a été éliminé. Si le bailleur élimine le défaut, son obligation de remise en l'état est éteinte *par exécution*, fait

²⁷¹ BSK OR I-WEBER, art. 259a CO N 4 ; Tribunal supérieur du canton de Bâle-Campagne, BJM 2000, p. 141 ss, cons. 3b.

²⁷² Voir p. ex. Tribunal supérieur du Canton de Zurich, arrêt du 22.10.2015, NG150005, cons. 3.2 : dans cette affaire, les locataires avaient résilié le bail avec effet immédiat pour défauts graves et le bailleur s'y est opposé en invoquant l'imputabilité du défaut au locataire ; le bailleur a échoué dans la preuve du lien de causalité entre le comportement des locataires et le défaut.

²⁷³ Pour les éléments à prouver pour démontrer la conclusion d'un contrat, cf. ci-dessus, N 98.

extinctif typique²⁷⁴. Le fardeau de la preuve pour l'élimination du défaut incombe au bailleur²⁷⁵.

- *Fin du contrat de bail* : si l'une des parties a mis valablement fin au contrat de bail et que ce dernier s'éteint entre le moment de la survenance du défaut et du dépôt de l'action en remise en l'état, le droit du locataire à l'élimination du défaut de l'objet loué s'éteint également. La fin du contrat constitue donc un fait extinctif, puisque le droit a existé, mais n'existe plus au moment où le demandeur le fait valoir²⁷⁶. Comme mentionné²⁷⁷, il revient au défendeur d'invoquer et de prouver les faits qui entraînent l'extinction d'un droit et non au demandeur de prouver que son droit n'est pas éteint. Par conséquent, le fardeau de la preuve de la fin du contrat de bail incombe au bailleur.
- *Remplacement de la chose* : selon l'art. 259c CO, le locataire ne peut pas exiger la remise en l'état si le bailleur remplace la chose louée, dans un délai convenable, par une chose sans défaut. Même si cela ne ressort pas expressément du texte français de la loi, l'objet de remplacement doit être *exempt de défauts* et en plus être *équivalent*²⁷⁸ : le texte allemand et italien de l'art. 259c CO nomme expressément cette condition (« vollwertiger Ersatz » ; « cosa equivalente »). La disposition a été conçue pour les baux d'objets mobiliers, son champ d'application a été étendu aux baux immobiliers par le parlement²⁷⁹. Alors que le remplacement de meubles de genre (p. ex. télévision, voiture) ne pose que guère de problèmes, la disposition s'applique à des baux immobiliers²⁸⁰ : l'équivalence suppose que l'objet de remplacement soit comparable²⁸¹ en ce qui concerne le nombre de pièces, la surface, la situation géographique et fiscale, l'état d'entretien, la période de construction, les commodités,

²⁷⁴ Cf. ci-dessus, N 33.

²⁷⁵ CPra Bail-AUBERT, art. 258 CO N 56.

²⁷⁶ Cf. ci-dessus, N 32.

²⁷⁷ Ci-dessus, N 33.

²⁷⁸ CPra Bail-AUBERT, art. 259c CO N 3.

²⁷⁹ CPra Bail-AUBERT, art. 259c CO N 1 ; ZK OR-HIGI, art. 259c CO N 7.

²⁸⁰ CPra Bail-AUBERT, art. 259c CO N 6 s.

²⁸¹ ZK OR-HIGI, art. 259c CO N 17.

etc.²⁸², et cela pour un loyer identique²⁸³. En pratique, l'application de cette disposition est uniquement envisageable lorsque le bailleur dispose d'un appartement dans le même immeuble ou le même groupe d'immeubles²⁸⁴. En plus d'un appartement remplissant ces critères, l'équivalence suppose que le bailleur indemnise le locataire pour les frais de déménagement²⁸⁵. Le délai convenable correspond à celui dont il aurait besoin pour remédier au défaut, soit celui de l'art. 259b CO²⁸⁶.

La mise à disposition par le bailleur d'un objet de remplacement sans défauts et équivalent constitue un fait extinctif. Si le locataire accepte l'objet de remplacement, il y a novation²⁸⁷; celle-ci constitue un fait extinctif²⁸⁸ pour lequel le fardeau de la preuve incombe au bailleur²⁸⁹. Cela étant, il suffit que le bailleur prouve qu'il a offert un objet exempt de défauts et équivalent; il doit également prouver le délai dans lequel il a soumis l'offre. Le locataire a une incombance (mais non une obligation) d'accepter l'objet de remplacement qui remplit tous les critères prévus par la loi, c'est-à-dire que son droit à la remise en l'état *s'éteint* dans cette hypothèse²⁹⁰. L'offre d'un objet de remplacement remplissant les critères de l'art. 259c CO constitue donc un *fait extinctif*²⁹¹: le droit du locataire à la remise en l'état a pris naissance, mais s'éteint par l'offre d'un objet de remplacement.

282 CPra Bail-AUBERT, art. 259c CO N 7.

283 CPra Bail-AUBERT, art. 259c CO N 9; ZK OR-HIGI, art. 259c CO N 21.

284 CPra Bail-AUBERT, art. 259c CO N 7.

285 CPra Bail-AUBERT, art. 259c CO N 9; ZK OR-HIGI, art. 259c CO N 21-22.

286 CPra Bail-AUBERT, art. 259c CO N 19.

287 CPra Bail-AUBERT, art. 259c CO N 12.

288 FRANÇOIS BOHNET, YVAN JEANNERET, Preuve et vérité en procédures pénale et civile suisses, in: Alain Thévenaz (édit.), Les preuves – Travaux du groupe suisse de l'Association Henri Capitant, Vol. III, Berne 2016, p. 67 ss, p. 81.

289 CPra Bail-AUBERT, art. 259c CO N 4; ZK OR-HIGI, art. 259c CO N 35.

290 CPra Bail-AUBERT, art. 259c CO N 16; ZK OR-HIGI, art. 259c CO N 30.

291 Voir ci-dessus, N 32.

2. Action en réduction du loyer

a. Faits générateurs

100. Selon l'art. 259d CO, 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, à condition que le défaut entrave ou restreint l'usage pour lequel la chose a été louée. Dès lors, si le locataire agit en réduction du loyer, il devra démontrer :
- Tous les éléments mentionnés au N 97 ci-dessus.
 - *Proportion de la réduction du loyer* : pour déterminer la réduction à laquelle le locataire a droit, il convient de comparer la valeur objective de la chose sans défaut à la valeur objective de la chose défectueuse. Le loyer est réduit dans la même proportion²⁹². En principe, le locataire devrait donc apporter la preuve de ces deux éléments. Cependant, ce calcul proportionnel n'est pas toujours aisé, notamment lorsque les défauts sont nombreux et affectent l'usage de l'objet loué pendant des périodes différentes se chevauchant en partie. Dans ce cas, une appréciation en équité (art. 4 CC), par référence à l'expérience générale de la vie, au bon sens et à la casuistique, est admise²⁹³.
 - *Date d'information du bailleur* : comme mentionné ci-dessus²⁹⁴, les droits du locataire en cas de défauts de la chose louée prennent naissance uniquement à condition que le bailleur soit informé de l'existence du défaut. Contrairement au droit à la remise en l'état, le moment de l'information du bailleur a une influence sur *la durée* du droit du locataire à la réduction du bail : celui-ci dure du moment de l'information du bailleur jusqu'au moment de l'élimination du défaut ou la fin du bail²⁹⁵. Dès lors, il incombe au locataire non seulement de

²⁹² CPra Bail-AUBERT, art. 259d CO N 18 ; BSK OR I-WEBER, art. 259d N 6 ; LACHAT, p. 257 ; ATF 130 III 504, cons. 4.1 ; TF du 21.01.2010, 4A_565/2009, cons. 3.2.

²⁹³ CPra Bail-AUBERT, art. 259d CO N 19 ; BSK OR I-WEBER, art. 259d N 6 ; ATF 130 III 504, cons. 4.1 ; TF du 21.01.2010, 4A_565/2009, cons. 3.2 ; TF du 29.05.1997, 4C.527/1996, cons. 4a et les réf. cit., SJ 1997 p. 661 ; TF du 28.10.2003, 4C.97/2003, cons. 3.5.

²⁹⁴ N 97.

²⁹⁵ CPra Bail-AUBERT, art. 259d CO N 15.

prouver que le bailleur a connaissance du défaut, mais également le moment auquel le bailleur a été informé.

b. Faits dirimants

101. Les faits dirimants que peut faire valoir le bailleur contre une demande de réduction du loyer sont identiques à ceux avec lesquels il peut s'opposer à une action en remise en l'état²⁹⁶.

c. Faits extinctifs

102. Pour les faits qui mettent fin au droit du locataire à une réduction du loyer, ceux-ci sont également identiques à ceux qui mettent fin au droit à la remise en l'état²⁹⁷. En effet, le droit à la réduction du bail prend fin lorsque le bail lui-même arrive à son terme, que le défaut cesse d'exister²⁹⁸ ou que le bailleur remplace la chose louée par une chose équivalente²⁹⁹. Toutefois, cela ne signifie pas qu'au-delà de cette date le locataire ne pourra plus demander une réduction rétroactive du montant du loyer pour la période durant laquelle l'objet loué était défectueux³⁰⁰.
103. Comme autres faits extinctifs entrent également en compte les faits extinctifs de la partie générale du CO, en particulier la remise de dette (art. 115 CO), l'impossibilité objective subséquente de l'élimination du défaut (art. 119 CO), la compensation (art. 120 ss CO) ainsi que la prescription (art. 127-128 CO)³⁰¹.

²⁹⁶ Cf. ci-dessus, N 98.

²⁹⁷ N 99.

²⁹⁸ LACHAT, p. 260 ; ZK OR-HIGI, art. 259d CO N 19.

²⁹⁹ ZK OR-HIGI, art. 259d CO N 19.

³⁰⁰ ATF 130 III 504, cons. 5.1 : cela suppose néanmoins que le bailleur connaissait le défaut, car le droit à la réduction du loyer prend naissance uniquement à partir du moment où le bailleur apprend l'existence du défaut : cf. ci-dessus, N 100.

³⁰¹ LACHAT, p. 262 et note 116 ainsi que réf. cit. : en l'occurrence, la prescription quinquennale trouve en principe application : art. 128 CO, à moins que les parties ont convenu le versement d'un loyer unique, auquel cas la prescription est de dix ans : art. 127 CO.

3. Action en dommage-intérêts

104. L'art. 259e CO prévoit que le locataire qui a subi un dommage suite à un défaut peut attaquer le bailleur en dommage-intérêts. Il s'agit en fait d'une action en dommage-intérêts au sens des art. 97 et 101 CO qui ne contient aucun élément spécifique au droit du bail³⁰².
105. Pour attaquer avec succès le bailleur en dommage-intérêts, le locataire devra démontrer les éléments suivants :
- *Les faits générateurs de l'action en remise en état*³⁰³, soit la conclusion d'un contrat de bail, les faits dont découle l'existence d'un défaut ainsi que la connaissance du défaut par le bailleur.
 - L'existence d'un préjudice³⁰⁴.
 - L'existence d'un lien de causalité entre le défaut et le préjudice³⁰⁵.
106. La faute est présumée respectivement constitue un fait dirimant³⁰⁶ ; il incombera donc au bailleur de prouver qu'il n'en a pas commis. Mise à part la notion du défaut, développée ci-dessus³⁰⁷, l'action ne pose pas de problèmes spécifiques au droit du bail. Nous nous permettons dès lors de renvoyer à la doctrine – abondante – au sujet de la responsabilité contractuelle³⁰⁸.

4. Action en validation de la consignation

107. L'art. 259g CO accorde au locataire d'un immeuble le droit de consigner auprès d'un office désigné par le canton les loyers à échoir si le bailleur ne procède pas à l'enlèvement du défaut après un délai raisonnable. Ce moyen

³⁰² CPra Bail-AUBERT, art. 259e CO N 3.

³⁰³ Cf. ci-dessus, N 97.

³⁰⁴ CPra Bail-AUBERT, art. 259e CO N 3.

³⁰⁵ CPra Bail-AUBERT, art. 259e CO N 3.

³⁰⁶ Pour la question de la différence entre le renversement du fardeau de la preuve et la présomption, cf. ci-dessus, N 36 ss.

³⁰⁷ N 94 ss.

³⁰⁸ P. ex. BSK OR I-WIEGAND, ad art. 97 ss CO ; BK OR-WEBER, ad art. 97 ss CO ; CR CO I-THÉVENOZ, ad. art. 97 ss CO ; CLAIRE HUGUENIN, Schweizerisches Obligationenrecht, allgemeiner und besonderer Teil, 2^e éd., Zurich 2014, N 857 ss.

sert à garantir le droit à la réparation des défauts ; il s'agit d'un moyen de pression mis à disposition du locataire afin d'obtenir l'exécution de son droit à la réparation du défaut³⁰⁹, et cela sans tomber en demeure³¹⁰. Le locataire doit toutefois saisir, dans les 30 jours dès l'échéance du premier loyer versé sur le compte de consignation, l'autorité de conciliation d'une requête dans laquelle il fait valoir ses prétentions (art. 259h CO).

a. Faits générateurs

108. Pour pouvoir demander la constatation de la validité de la consignation, le locataire devra prouver que les conditions pour procéder à la consignation sont remplies, à savoir :

- *La demande de réparation* : le locataire doit avoir demandé au bailleur la réparation du dommage, et cela par écrit³¹¹.
- *La fixation d'un délai* : la demande de réparation doit être assortie d'un délai pour éliminer le défaut allégué³¹². Selon le texte de la loi, le délai doit être raisonnable ; toutefois, nous considérons que le caractère déraisonnable d'un délai doit être invoqué par le bailleur³¹³ ; ainsi, à notre avis, la fixation du délai constitue un fait générateur, alors que son caractère déraisonnable constitue un fait dirimant.
- *La menace de consignation* : il incombe au locataire de démontrer qu'il a menacé le bailleur de consigner le loyer faute de réparation dans le délai imparti³¹⁴.
- *L'avis de consignation* : le locataire devra démontrer qu'à l'échéance du délai, il a annoncé au bailleur qu'il procèdera à la consignation³¹⁵.

³⁰⁹ CPra Bail-AUBERT, art. 259g CO N 1 ; LACHAT, p. 273 ; ZK OR-HIGI, art. 259g CO N 9 ; ATF 124 III 201, cons. 2d, DB 1999 N 10.

³¹⁰ CPra Bail-AUBERT, art. 259g CO N 3 ; arrêt de la Cour d'Appel du Canton de Berne du 13.07.1993, RJB 1994, p. 92.

³¹¹ CPra Bail-AUBERT, art. 259g CO N 25 ; WEY, N 295 ss.

³¹² CPra Bail-AUBERT, art. 259g CO N 25 ; WEY, N 302.

³¹³ Cf. ci-dessous, N 111.

³¹⁴ CPra Bail-AUBERT, art. 259g CO N 32 ; WEY, n 320 ss.

³¹⁵ WEY, N 333 ss, en particulier N 337.

- *La consignation* du loyer auprès d'un établissement désigné par le canton de situation de l'immeuble à cet effet. Cette condition n'est pas nommée expressément par la doctrine, mais il s'agit d'une évidence : le locataire ne peut pas demander la validation d'une consignation à laquelle il n'a pas procédé.
 - *Le respect du délai de 30 jours dès l'échéance du loyer consigné* : le locataire devra démontrer qu'il a saisi l'autorité de conciliation dans les 30 jours dès l'échéance du loyer qu'il a consigné³¹⁶. Cela signifie que le locataire devra démontrer la date de l'échéance du loyer, élément qui découlera la plupart du temps du contrat de bail, ainsi que la date à laquelle il a saisi l'autorité de conciliation.
 - *Qualification de l'objet loué* : le locataire devra prouver que l'objet loué constitue un immeuble³¹⁷.
109. Lorsqu'il apparaît à l'évidence que les démarches du locataire seront sans effet, ce dernier peut se dispenser d'impardir au bailleur un délai raisonnable pour réparer le défaut et de le menacer de consigner le loyer ; il s'agit d'un cas d'application par analogie de l'art. 108 ch. 1 CO³¹⁸. La mise en demeure apparaît superflue lorsque le bailleur a clairement manifesté, par son comportement, sa ferme intention de ne pas accomplir son obligation³¹⁹. Il faut que le refus du bailleur de s'exécuter apparaisse clair et définitif³²⁰. Le locataire qui entend faire l'économie des démarches formelles prescrites par l'art. 259g al. 1 CO devra donc démontrer ces éléments, pour lesquels il supporte le fardeau de la preuve³²¹.
110. En plus des conditions précitées, le locataire devra prouver les faits dont découle sa prétention au fond, soit la remise en l'état de la chose et la

³¹⁶ CPra Bail-AUBERT, art. 259h-259i CO N 34.

³¹⁷ CPra Bail-AUBERT, art. 259g CO N 4.

³¹⁸ CPra Bail-AUBERT, art. 259g CO N 30 ; TF du 21.01.2010, 4A_565/2009, cons. 4.2 ; TF du 03.12.2003, 4C.264/2003, cons. 3.1.

³¹⁹ TF du 21.01.2010, 4A_565/2009, cons. 4.2 ; ATF 94 II 32.

³²⁰ TF du 21.01.2010, 4A_565/2009, cons. 4.2 ; ATF 110 II 144.

³²¹ TF du 21.01.2010, 4A_565/2009, cons. 4.2 ; TF du 03.12.2003, 4C.264/2003, cons. 3.2.1.

réduction du loyer³²². On pense bien évidemment en première ligne aux *faits dont découle l'existence d'un défaut*.

b. Faits dirimants et extinctifs

111. Comme mentionné ci-dessus³²³, le bailleur peut s'opposer à l'action en constatation de la validité de la consignation en invoquant le caractère déraisonnable du délai. Le caractère raisonnable du délai sera déterminé en fonction des circonstances du cas d'espèce ; les éléments entrant en ligne de compte sont notamment l'importance des travaux nécessaires pour remédier aux défauts, la gravité du défaut, le degré d'urgence, le temps nécessaire pour obtenir les éventuelles autorisations administratives³²⁴. Si le bailleur estime le délai trop court, il lui incombe alors de l'indiquer au locataire et d'entreprendre les travaux dans un délai considéré comme raisonnable³²⁵. Toutefois, la consignation est exclue lorsqu'il devait être reconnaissable pour le locataire que le délai imparti au bailleur était inapproprié pour remédier aux défauts³²⁶.
112. Partant, *les éléments dont on peut déduire que le délai est trop court* (p. ex. le fait que les travaux nécessaires pour enlever le défaut prennent beaucoup de temps) constituent à notre sens des faits dirimants que le bailleur devra démontrer. Il lui incombe de plus de prouver *qu'il n'a pas accepté le délai*, respectivement qu'il était reconnaissable pour le locataire que le délai était inapproprié.
113. De plus, comme le droit à la consignation du loyer suppose le droit du locataire à la remise en l'état, le bailleur peut faire valoir les faits dirimants

³²² Cf. ci-dessus N 97 et 100.

³²³ N 108.

³²⁴ CPra Bail-AUBERT, art. 259g CO N 31.

³²⁵ CPra Bail-AUBERT, art. 259g CO N 29 ; TF du 21.01.2010, 4A_565/2009, cons. 4.2 ; WEY, N 313 ; ZÜST, N 268.

³²⁶ BSK OR-WEBER, art. 259g CO N 6 et les réf. cit. ; ZK OR-HIGI, art. 259g CO N 28 ; PETER ZIHLMANN, *Das Mietrecht*, 2^e éd., Bâle 1995, p. 79 ; WEY, N 313 ; TF du 21.01.2010, 4A_565/2009, cons. 4.2.

qui empêchent la naissance du droit du locataire à la remise en l'état³²⁷, respectivement les faits extinctifs qui y mettent fin³²⁸.

C. Fardeau de la preuve et résiliation

1. Constatation de la nullité de la résiliation

114. Le Code prévoit aux art. 266l à 266n CO un certain nombre de prescriptions de forme et de fond qui doivent être respectées pour résilier un contrat de bail. L'art. 266o CO statue que le congé qui ne satisfait pas à ces conditions est nul. Le congé nul ou inefficace³²⁹ ne déploie aucun effet. Il est juridiquement inexistant³³⁰. Les intéressés peuvent s'adresser en tout temps au juge pour faire constater la nullité ou l'inefficacité du congé³³¹.
115. Le Code prévoit expressément trois causes de nullité aux art. 266l et 266n CO :
- *Le non-respect des prescriptions de forme pour le congé* : selon l'art. 266l CO, le congé des baux d'habitations et de locaux commerciaux doit être donné par écrit (al. 1) ; le bailleur doit donner le congé en utilisant une formule agréée par le canton et qui indique au locataire la manière dont il doit procéder s'il entend contester le congé ou demander la prolongation du bail (al. 2). L'art. 9 al. 1 OBLF précise le contenu de ce formulaire officiel. L'application de cette règle suppose donc que le bail (pseudo-)résilié porte sur un local commercial ou d'habitation.
 - Non-notification de la résiliation ou de la menace de résiliation au conjoint ou partenaire enregistré pour la résiliation d'un logement de famille : selon l'art. 266n CO, le congé donné par le bailleur ainsi que la fixation d'un délai de paiement assorti d'une menace de résiliation doivent être communiqués séparément au locataire et à son conjoint ou à son partenaire enregistré. Un logement remplit le critère de

³²⁷ Cf. ci-dessus, N 98.

³²⁸ Cf. ci-dessus, N 99 et 103.

³²⁹ Pour la différence entre nullité et inefficacité, voir LACHAT, p. 729 ; retenons ici que l'inefficacité est une forme de nullité.

³³⁰ Dans ce sens : CPra Bail-MONTINI, art. 266o CO N 6 ; ZK OR-HIGI, art. 266o CO N 6.

³³¹ Dans ce sens : CPra Actions-BOHNET, § 76 N 1 ; CPra Bail-MONTINI, art. 266o CO N 6.

« logement de famille » s'il s'agit d'un local d'habitation dans lequel les époux vivent en commun avec leurs éventuels enfants et où ils ont choisi d'établir durablement leur communauté conjugale³³².

- *Absence de consentement de l'époux ou du partenaire enregistré* : selon l'art. 266m CO, un époux ou partenaire enregistré ne peut résilier le bail sans le consentement exprès de son conjoint lorsque la chose louée sert de logement à la famille. Cette disposition permet au bailleur ainsi qu'au conjoint ou partenaire enregistré de faire constater la nullité d'une résiliation du logement de famille prononcée par le locataire sans le consentement de son conjoint ou partenaire enregistré.

116. En plus des motifs de nullité susmentionnés, d'autres motifs, non expressément nommés par la loi, sont envisageables, tels que le congé donné par un tiers, le congé d'une relation contractuelle qui n'a jamais existé ou qui a déjà pris fin ou le congé jamais notifié³³³.

a. Faits générateurs et dirimants

117. A notre avis, l'action en constatation de la nullité de la résiliation est une action en constatation négative (comme par exemple l'action visant à faire constater l'inexistence d'une créance en argent), visant à faire déclarer que les conditions de la résiliation n'étaient pas réunies. Comme les règles habituelles en matière de fardeau de la preuve s'appliquent indépendamment du rôle procédural des parties³³⁴, il incombera au bailleur de prouver les faits générateurs, même s'il se trouve dans le rôle du défendeur. Il incombera en revanche au locataire de prouver les conditions de recevabilité de l'action en constatation de la nullité, puisque le fardeau de la preuve de ces conditions incombe néanmoins au demandeur³³⁵. Dans l'hypothèse où un congé donné par le locataire est contesté par le bailleur, le bailleur supportera le fardeau de la preuve pour les conditions de

³³² CPra Bail-BARRELET, art. 266m CO N 4 ; LACHAT, p. 121 ; dans ce sens aussi : ZK OR-HIGI, art. 253-274g CO N 128.

³³³ Pour des hypothèses, voir CPra Bail-MONTINI, art. 266o CO N 29 ss.

³³⁴ TF du 08.12.2011, 4A_569/2015, cons. 1 ; ATF 118 II 521, cons. 3b ; BK ZGB-KUMMER art. 8 CC N 215.

³³⁵ BK ZGB-KUMMER, art. 8 CC N 216.

recevabilité de l'action et le locataire celui des faits dont on peut déduire que sa résiliation est valable.

118. Il est à noter que la nullité est constatée d'office par le tribunal³³⁶, ce qui n'a toutefois aucune incidence sur le fardeau de la preuve³³⁷.

aa) Conditions de recevabilité

119. L'action en constatation de la nullité est une action en constat au sens de l'art. 88 CPC³³⁸. Toute action suppose un *intérêt digne de protection* (art. 59 al. 2 let. a CPC), mais cette condition se révèle souvent problématique pour une action en constat³³⁹. L'intérêt du demandeur à la constatation de droit doit être important et immédiat, ce qui est en principe le cas si le demandeur est menacé par l'incertitude concernant ses droits ou ceux d'un tiers et que la constatation judiciaire pouvait éliminer celle-ci et qu'une action condamnatoire n'est pas possible. Il faut de plus qu'en se prolongeant, cette incertitude entrave la liberté d'action du demandeur et lui soit insupportable³⁴⁰. Tous ces éléments doivent être invoqués et prouvés par le demandeur qui dépose une action en constatation de la nullité du congé. En leur absence, le droit du demandeur à faire constater la nullité ou l'inefficacité du congé ne prend pas naissance. Cela étant, si le demandeur et le défendeur sont effectivement liés par un contrat de bail, et qu'il existe une controverse sur la poursuite du bail, cette condition est généralement remplie.
120. De plus, le demandeur devra alléguer et prouver qu'une (pseudo-) résiliation lui a été notifiée, faute de quoi l'action est sans objet.

³³⁶ CPra Bail-MONTINI, art. 266o CO N 6 ; LACHAT, p. 727 ; TF du 04.01.1994, DB 1995 N 9.

³³⁷ BOHNET/JEANNIN, p. 244 et 245 ; SABINE ASPRION STÖCKLIN, *Die Verhandlungsmaxime im schweizerischen Zivilprozessrecht de lege lata und de lege ferenda*, thèse, Bâle 2008, p. 1.

³³⁸ CPra Actions-BOHNET, § 76 N 3.

³³⁹ CPC-BOHNET, art. 88 CPC N 5 ; TF du 26.05.2003, 4C.7/2003, cons. 5.

³⁴⁰ CPC-BOHNET, art. 88 CPC N 6 ; ATF 131 III 319, cons. 3.5, SJ 2005 I 449 ; 123 III 414, cons. 7b, JdT 1999 I 251 ; 120 II 20, cons. 3a, JdT 1995 I 30.

bb) Conditions de droit de fond

121. Les faits générateurs (à prouver par le défendeur) et dirimants (à prouver par le demandeur) varient en fonction de la cause de nullité invoquée par le demandeur :

- *Motif de l'art. 266l CO* : si le locataire introduit l'action, le bailleur portera le fardeau de la preuve pour la notification du congé sur la formule officielle ; si le bailleur intente l'action, le locataire portera le fardeau de la preuve de la notification du congé par écrit.

L'art. 266l CO est uniquement applicable si *l'objet loué constitue un local commercial ou d'habitation*³⁴¹. Il s'agit de faits dirimant à prouver par le demandeur.

- *Motif de l'art. 266n CO* : la constatation de la nullité du congé fondée sur cette disposition suppose deux éléments : le caractère de logement familial ainsi que la non-notification de la résiliation ou de la menace de résiliation au conjoint ou partenaire enregistré du locataire.

Le fardeau de la preuve de la notification du congé ou de la menace de résiliation incombe, en conformité avec les règles au sujet de la notification de manifestations de volonté³⁴², au bailleur³⁴³ ; il s'agit d'un fait générateur. En revanche, le fardeau de la preuve que le logement doit être qualifié de logement familial incombe au locataire³⁴⁴ ; il s'agit d'un fait dirimant.

122. Selon l'art. 266m CO, un époux ou partenaire enregistré ne peut résilier le bail sans le consentement exprès de son conjoint lorsque la chose louée sert de logement à la famille. Cette disposition permet au bailleur ainsi qu'au conjoint ou partenaire enregistré de faire constater la nullité d'une résiliation du logement de famille prononcée par le locataire sans le consentement de son conjoint ou partenaire enregistré. Dans cette situation, il incombe à notre sens au défendeur (qui est dans tous les cas le locataire) de prouver que son conjoint ou partenaire enregistré a donné le consentement à la résiliation (fait générateur) ; il revient au demandeur de

³⁴¹ CPra Actions-BOHNET, § 75 N 19 ; pour les notions de « local commercial » et « local d'habitation », cf. ci-dessus, N 58.

³⁴² A ce sujet, voir p. ex. ATF 137 III 208, cons. 3.1.2 ; 118 II 42, cons. 3b.

³⁴³ Ainsi CPra Bail-BARRELET, art. 266n CO N 7 ; ZK OR-HIGI, art. 266m-266n CO N 35.

³⁴⁴ CPra Bail-BARRELET, art. 266n CO N 4.

prouver qu'il s'agit d'un logement de famille (fait dirimant). Selon la jurisprudence du TF, le locataire peut uniquement exciper d'un vice de forme s'il n'est pas de mauvaise foi. En effet, le principe de la bonne foi, ancré à l'art. 2 al. 1 CC, s'applique à l'ensemble des domaines du droit. L'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi (art. 2 al. 2 CC)³⁴⁵. Dès lors, le défendeur pourra invoquer que le demandeur commet un abus de droit en essayant d'exciper de la nullité du congé. Il lui incombe le fardeau de prouver *les circonstances dont il déduit la mauvaise foi du demandeur*. Il s'agit de faits dirimants³⁴⁶.

b. Faits extinctifs

123. Comme fait extinctif entre en considération la résiliation ultérieure non affectée de motifs de nullité. Il faut toutefois que la « réparation » intervienne dans le délai légal pour procéder à l'acte concerné (soit la résiliation), et surtout avant que le locataire ne saisisse l'autorité de conciliation en déclaration de la nullité de la résiliation. En effet, une fois la procédure en cours, une nouvelle résiliation est annulable en vertu de l'art. 271a al. 1 let. d CO³⁴⁷.

2. Annulation du congé

124. Selon l'art. 271 al. 1 CO, le congé est annulable lorsqu'il contrevient aux règles de la bonne foi. L'art. 271a al. 1 et 2 CO contient une liste d'hypothèses dans lesquels le congé prononcé par le bailleur est considéré comme étant contraire à la bonne foi et partant annulable³⁴⁸. L'art. 271a al. 3 CO prévoit des exceptions dans lesquelles un congé présumé contraire à la bonne foi selon l'art. 271a al. 1 ou 2 CO est néanmoins admissible³⁴⁹. Cela étant, l'annulation du bail n'est pas réservée au locataire : le bailleur peut également demander l'annulation d'un congé donné de façon contraire

³⁴⁵ ATF 137 III 208, cons. 2.5.

³⁴⁶ BK ZGB-KUMMER, art. 8 CC N 177.

³⁴⁷ ATF 131 III 33, cons. 3.

³⁴⁸ CPra Bail-CONOD, art. 271a CO N 1 ; LACHAT, p. 739.

³⁴⁹ CPra Bail-CONOD, art. 271a CO N 60.

aux règles de la bonne foi par le locataire³⁵⁰. Cette possibilité est toutefois théorique et, pour les développements qui suivent, nous supposons que le locataire attaque un congé donné par le bailleur.

125. Il est possible de demander autant l'annulation d'un congé donnée pour l'échéance contractuelle que d'un congé anticipé³⁵¹.

a. Faits générateurs

126. Pour pouvoir demander l'annulation d'une résiliation, le locataire devra démontrer les éléments suivants :

- *Existence d'un contrat de bail portant sur un local commercial ou d'habitation* : les dispositions des art. 271 ss CO ne s'appliquent qu'aux baux de locaux commerciaux et d'habitations : cela ressort du titre du chapitre III du titre huitième du CO et non des dispositions légales elles-mêmes³⁵². Le fait que l'objet loué constitue un local commercial ou d'habitation constitue une condition à la naissance du droit du locataire à l'annulation de la résiliation ; il s'agit d'un fait générateur ; il incombe donc au locataire de prouver que le contrat porte sur un tel local³⁵³.
- *Résiliation par le défendeur* : le but de l'action est l'annulation du congé ; la prononciation d'une résiliation est une condition *sine qua non* pour que prenne naissance le droit du demandeur à l'annulation de la résiliation³⁵⁴. Partant, il incombe au demandeur de démontrer que le défendeur lui a effectivement notifié la résiliation du bail.

Il convient de préciser que le tribunal peut constater d'office la nullité d'un congé³⁵⁵ ; si le congé attaqué est en réalité nul et, partant, inexistant, le constat de nullité se fait à titre préalable par le juge. En

³⁵⁰ CPra Actions-BOHNET, § 75 N 20 ; CPra Bail-CONOD, art. 271a CO N 5 ; LACHAT, p. 724.

³⁵¹ LACHAT, p. 725.

³⁵² ZK OR-HIGI, intro art. 271-273c CO N 3.

³⁵³ Voir p. ex. TF du 12.06.2006, 4C.128/2006, cons. 2.

³⁵⁴ Dans ce sens : ZK OR-HIGI, art. 271 CO N 34.

³⁵⁵ CPra Actions-BOHNET, § 76 N 1 ; CPra Bail-MONTINI, art. 266o CO N 6.

pratique, l'action en constatation de la nullité du congé³⁵⁶ et celle en annulation du congé sont souvent intentées en même temps.

- *Saisine de l'autorité de conciliation dans les 30 jours* : selon l'art. 273 al. 1 CO, la partie qui veut contester le congé doit saisir l'autorité de conciliation dans les 30 jours qui suivent la réception du congé. Comme mentionné ci-dessus³⁵⁷, lorsque la loi prévoit qu'un droit peut uniquement s'exercer durant un certain délai, le respect de ce délai constitue un fait générateur ; le locataire devra prouver *le moment de la réception du congé* ainsi que *le moment du dépôt de l'acte à la poste ou directement à l'autorité de conciliation*³⁵⁸. Le respect ou le non-respect du délai doit être constaté d'office par l'autorité³⁵⁹.
- *Violation du principe de la bonne foi* : la notion de « bonne foi » de l'art. 271 al. 1 CO correspond à celle de l'art. 2 al. 2 CC (dont l'art. 271 al. 1 CO exclut l'application)³⁶⁰ ; toutefois, contrairement à l'art. 2 al. 2 CC, l'abus de droit n'a pas besoin d'être manifeste pour permettre l'action en annulation du congé³⁶¹.

Est contraire au principe de la bonne foi toute résiliation qui ne repose sur aucun intérêt digne de protection, qui consacre une attitude déloyale, qui résulte d'une disproportion manifeste entre les intérêts en présence ou dont le motif est manifestement un prétexte³⁶².

Le fait que le congé a été donné de manière contraire à la bonne foi est l'élément crucial de l'action. En son absence, le droit du demandeur à l'annulation du congé ne prend pas naissance. *Les faits dont découle la mauvaise foi du défendeur* constituent donc des faits générateurs ; le fardeau de la preuve de leur existence incombe au demandeur³⁶³.

Il ressort de la liste de l'art. 271a al. 1 et 2 CO que le législateur considère comme abusifs les « congé-vengeance », « congé-pression »

³⁵⁶ Cf. ci-dessus, N 114 ss.

³⁵⁷ N 57.

³⁵⁸ Cour suprême du Canton de Berne, décision du 05.11.2012, ZK 12 268.

³⁵⁹ CPra Actions-CONOD, art. 273 CO N 9 ; BSK OR I-WEBER, art. 273 CO N 3.

³⁶⁰ ATF 133 III 175, cons. 3.3.4, JdT 2008 I 314.

³⁶¹ BSK OR I-WEBER, art. 271/271a CO N 3.

³⁶² LACHAT, p. 733 s. ; CPra Actions-CONOD, art. 273 CO N 9.

³⁶³ ZK OR-HIGI, art. 271 CO N 165.

et « congé-modification »³⁶⁴. La disposition légale précitée dresse une liste des comportements du bailleur dont on peut déduire, selon l'avis du législateur, que le motif de congé est abusif³⁶⁵. Pour ce qui est des hypothèses de l'art. 271a al. 1 let. b et c CO, il s'agit de *fictions*³⁶⁶. La mauvaise foi du bailleur constitue le *factum probandum* qui est considéré comme établi si les faits-indices de l'une des hypothèses sont établis, sans que le bailleur puisse prouver qu'il est néanmoins de bonne foi. Quant aux hypothèses de l'art. 271a al. 1 let. a, d, e et f, celles-ci fondent des *présomptions réfragables*³⁶⁷ : si le locataire prouve les éléments y prévus, le bailleur peut s'opposer en invoquant certains motifs nommés par la loi³⁶⁸.

- Pour la let. a constituent des faits générateurs : une prétention du locataire qui découle du bail, la revendication de cette prétention par le locataire ainsi que le lien de causalité naturelle entre ces éléments et la résiliation³⁶⁹ ; le fardeau de la preuve pour ces éléments incombe au locataire³⁷⁰.
- Les faits générateurs selon la let. b sont *la modification unilatérale du contrat par le bailleur, au détriment du locataire*, ainsi qu'un *lien de causalité naturelle* entre ces éléments et la résiliation³⁷¹ ; le fardeau de la preuve pour ces éléments incombe également au locataire³⁷².
- En ce qui concerne la let. c, les faits générateurs sont *l'intention du bailleur d'amener le locataire à acheter l'objet loué*, le fait que *l'objet loué soit un local d'habitation* et le *lien de causalité* entre

³⁶⁴ ZK OR-HiGI, art. 271a CO N 12.

³⁶⁵ ZK OR-HiGI, art. 271a CO N 13.

³⁶⁶ ZK OR-HiGI, art. 271a CO N 15 et 16, qui considère toutefois que les let. a et f constituent également des fictions ; toutefois, les let. a et f permettent au bailleur de détruire la présomption ; cf. ci-dessus, N 44.

³⁶⁷ ZK OR-HiGI, art. 271a CO N 19 ; voir aussi p. ex. TF du 31.03.2016, 4A_447/2015, cons. 5.2.1 ; TF du 27.03.2006, 4C.17/2006, cons. 3.1 ; TF du 09.06.2015, 4A_52/2015, cons. 2.2.

³⁶⁸ Cf ci-dessous, N 127.

³⁶⁹ ZK OR-HiGI, art. 271a CO N 20 ss.

³⁷⁰ ZK OR-HiGI, art. 271a CO N 66.

³⁷¹ ZK OR-HiGI, art. 271a CO N 74 ss.

³⁷² ZK OR-HiGI, art. 271a CO N 90.

l'intention du bailleur et la résiliation ; le fardeau de la preuve pour ces éléments incombe également au locataire³⁷³.

- Pour les let. d et e, ainsi que l'art. 271a al. 2 CO, les éléments constitutifs sont *un différend entre le locataire et le bailleur*, que ce différend se trouve *en rapport avec le bail* ainsi que *le moment de la résiliation* (durant le différend pour la let. d, dans les trois ans suivant le différend dans la let. e resp. l'al. 2)³⁷⁴. Le fardeau de la preuve pour ces éléments incombe au locataire³⁷⁵.
- Pour la let. f, les faits générateurs sont *la situation familiale du locataire, sa modification*, ainsi qu'un *lien de causalité naturelle* entre ces deux éléments et la résiliation³⁷⁶. Le locataire supporte le fardeau de la preuve pour ces éléments³⁷⁷.

Il convient de noter que, pour la preuve du lien de causalité naturelle, uniquement le degré de la vraisemblance prépondérante est exigé³⁷⁸.

b. Faits dirimants

127. Le bailleur peut s'opposer aux motifs d'annulation du congé avancés par le locataire par différents arguments ; ceux-ci varient en fonction des motifs avancés par le locataire.
- Si le locataire invoque le motif de l'art. 271a al. 1 let. a : *la mauvaise foi du locataire*³⁷⁹ : le simple fait que les prétentions invoquées par le locataire soient infondées ne suffit pas ; en revanche, est de mauvaise foi le locataire qui sait ses prétentions injustifiées et qui les émet uniquement pour se prévaloir ultérieurement de l'annulabilité du congé³⁸⁰. Les faits dont on peut déduire un comportement contraire à la bonne foi par le locataire sont des faits dirimants qui s'opposent à

³⁷³ CPra Bail-CONOD, art. 271a CO N 20 ss ; ZK OR-HIGI, art. 271a CO N 100 ss.

³⁷⁴ ZK OR-HIGI, art. 271a CO N 180.

³⁷⁵ ZK OR-HIGI, art. 271a CO N 263.

³⁷⁶ ZK OR-HIGI, art. 271a CO N 127 ss.

³⁷⁷ ZK OR-HIGI, art. 271a CO N 173 ; voir aussi : CPra Bail-CONOD, art. 271a CO N 59.

³⁷⁸ CPra Bail-CONOD, art. 271a CO N 67 ; pour les différents degrés de preuve, cf. ci-dessus, N 10 ss.

³⁷⁹ CPra Bail-CONOD, art. 271a CO N 11.

³⁸⁰ LACHAT, p. 741 ; ATF 114 II 79, cons. 3a.

la naissance du droit à l'annulation du congé par le locataire ; le fardeau de la preuve pour ces éléments incombe au bailleur³⁸¹.

- Si le locataire invoque le motif de l'art. 271a al. 1 let. d et e, respectivement de l'art. 271a al. 2 CO, le bailleur peut se défendre en invoquant que le congé a été donné pour l'une des raisons indiquées à l'art. 271a al. 3 CO. Alors que les let. a et d de l'art. 271a al. 3 CO parlent du besoin propre urgent, les let. b, c, e et f de cette disposition nomment les motifs de résiliation extraordinaires. Ainsi, les motifs que le bailleur peut invoquer sont :
 - *Besoin urgent pour lui-même ou sa famille* : ce motif est à disposition du bailleur lorsqu'il est propriétaire de l'objet loué depuis un certain temps (art. 271a al. 3 let. a CO) ou lorsqu'il vient d'en acquérir la propriété (art. 271a al. 3 let d et art. 261 al. 2 CO). Le besoin du propriétaire doit être propre, c'est-à-dire que l'utilisation des locaux doit lui être nécessaire pour lui-même ou pour l'un de ses proches parents ou alliés³⁸². Ce besoin personnel sera toujours considéré comme acquis lorsqu'on ne peut exiger du bailleur qu'il renonce – pour des raisons économiques ou pour d'autres raisons – à utiliser le logement ou la maison loué, autrement dit lorsqu'on ne peut exiger de lui qu'il attende l'échéance contractuelle pour résilier le bail, tout en respectant le délai de congé contractuel. Le besoin urgent doit être immédiat (*unmittelbar*), réel (*tatsächlich*) et actuel (*aktuell*)³⁸³. Les motifs invoqués doivent revêtir objectivement une certaine importance³⁸⁴.
Savoir si le bailleur a un besoin propre urgent pour lui-même ou sa famille est une question d'appréciation³⁸⁵. Il incombe au bailleur de démontrer le besoin propre urgent³⁸⁶. Il devra donc invoquer les circonstances dont, selon lui, on peut déduire un besoin propre urgent pour lui-même ou un membre de sa famille. Il supporte le fardeau de la preuve pour ces éléments³⁸⁷.
 - *Causes de résiliation extraordinaire* : les motifs nommés à l'art. 271a al. 3 let. b, c, d et f CO correspondent aux causes permettant au bailleur de mettre fin au bail de manière anticipée (257d, 257f al. 3 et 4, 266g et 266h CO). Dans la mesure où il s'agit de motifs qui permettent au bailleur de résilier le bail de

381

CPra Bail-CONOD, art. 271a CO N 11 ; LACHAT, p. 741 ; ZK OR-HIGI, art. 271a CO N 67 ; ATF 114 II 79, cons. 3a.

façon anticipée, il est logique que le locataire ne puisse pas bénéficier de la période de protection³⁸⁸. Cela étant, le bailleur peut, en présence de ces éléments, résilier le bail pour l'échéance contractuelle ; une résiliation immédiate n'est pas exigée³⁸⁹.

En général, lorsque le bailleur invoque un motif de résiliation, il en supporte le fardeau de la preuve³⁹⁰ ; en l'occurrence, cela signifie que le bailleur devra prouver les éléments factuels sur lesquels il se fonde pour justifier son congé extraordinaire.

- Si le locataire invoque l'art. 271a al. 1 let. f CO : *les inconvénients majeurs*. Il s'agit de circonstances dans lesquels la résiliation est compréhensible pour toute personne raisonnable³⁹¹. L'on pense en particulier à la situation de la mise en cause de l'intérêt financier du bailleur, notamment lorsque la solvabilité du locataire est atteinte, p. ex. par un divorce³⁹². Des hypothèses souvent citées sont également la sur- ou sous-occupation importante des locaux loués³⁹³.

Savoir si une certaine situation constitue un inconvénient majeur pour le bailleur au sens de l'art. 271a al. 1 let. f CO est une question d'appréciation. Le fardeau de la preuve pour les éléments dont le bailleur déduit son inconvénient majeur incombe au bailleur³⁹⁴.

382 ATF 132 III 737, cons. 3.4.3 ; TF du 31.03.2016, 4A_447/2015, cons. 5.2.2.

383 ATF 132 III 737, cons. 3.4.3 ; ATF 118 II 50, cons. 3d, JdT 1993 I 290 ; TF du 31.03.2016, 4A_447/2015, cons. 5.2.3.

384 ZK OR-HIGI, art. 271a CO N 197.

385 ZK OR-HIGI, art. 271a N 204 ; ATF 118 II 50, cons. 3d, JdT 1993 I 290.

386 CPra Bail-CONOD, art. 271a CO N 64 ; TF du 12.06.2008, 4A_85/2008, cons. 3.1 ; TF du 27.03.2006, 4A_17/2006, cons. 3.1.

387 ZK OR-HIGI, art. 271a N 204.

388 CPra Bail-CONOD, art. 271a CO N 67.

389 CPra Bail-CONOD, art. 271a CO N 66 ; LACHAT, p. 747.

390 ZK OR-HIGI, art. 271a CO N 229.

391 ZK OR-HIGI, art. 271a CO N 155.

392 CPra Bail-CONOD, art. 271a CO N 57 ; ZK OR-HIGI, art. 271a CO N 161.

393 BSK OR I-WEBER, art. 271-271a CO N 23 ; CPra Bail-CONOD, art. 271a N 58 ; ZK OR-HIGI, art. 271a CO N 161.

394 SVIT-K., art. 271a CO N 66 ; ZK OR-HIGI, art. 271a N 173 s.

128. Les éléments cités constituent des faits dirimants : leur présence empêche la naissance du droit du locataire à l'annulation du loyer.

c. Faits extinctifs

129. A notre avis, la conclusion d'un nouveau contrat aux mêmes conditions que celui résilié et dont la résiliation a été attaquée met fin au droit du locataire d'attaquer cette résiliation, puisqu'il ne dispose plus d'intérêt digne de protection à faire annuler la résiliation. L'intérêt digne de protection est une condition de la recevabilité de l'action (art. 59 al. 1 let. a CPC)³⁹⁵. Notons que la résiliation est un acte formateur qui ne saurait en principe être révoqué. Cependant, rien n'empêche les parties de conclure un nouveau contrat aux mêmes conditions³⁹⁶.
130. Dès lors, les faits dont on peut déduire la conclusion d'un nouveau contrat, c'est-à-dire la réelle et commune intention des parties de conclure un nouveau contrat aux mêmes conditions (art. 18 CO), constituent à notre sens des faits extinctifs. Pour mettre fin au droit du locataire à l'annulation de la résiliation, le bailleur devra donc prouver ces faits, en vertu des principes expliqués ci-dessus³⁹⁷.

3. Prolongation du bail

131. Si le contrat de durée déterminée arrive à échéance ou que le bailleur résilie le contrat de durée indéterminée et que la résiliation n'est pas annulée, le locataire peut, en vertu des art. 272 CO, demander la prolongation du bail, à moins qu'une des conditions de l'art. 272a CO soit remplie. A l'échéance de la durée de la prolongation, le locataire peut demander, à des conditions plus restrictives, une deuxième prolongation du bail. Toutefois, la durée maximale de la prolongation du bail est de quatre ans pour les locaux d'habitation et de six ans pour les locaux commerciaux (art. 272b CO).

³⁹⁵ CPC-BOHNET, art. 59 CPC N 88 ss.

³⁹⁶ TF du 04.02.2014, 4A_499/2013, cons. 3.2 ; BSK OR I-WEBER, art. 266a N 1 ; LACHAT, p. 641 ; SVIT-K., intro art. 266-266o CO N 9 ; ZK OR-HIGI, intro art. 266-266o CO N 44.

³⁹⁷ N 32 ss.

132. Cette institution a pour but de remédier aux conséquences pénibles que la fin du bail aurait pour le locataire et les membres de sa famille³⁹⁸.

a. Faits générateurs

133. Le tribunal peut accorder au locataire la prolongation de son bail aux conditions suivantes :
- *Contrat de bail de locaux commerciaux ou d'habitations* : comme pour les dispositions concernant l'annulation du congé, celles au sujet de la prolongation du bail se trouvent dans le chapitre III du titre huitième, qui s'applique uniquement aux baux de locaux commerciaux et d'habitations³⁹⁹.
 - *Fin du contrat de bail* : la prétention du locataire en prolongation du bail prend uniquement naissance lorsque le contrat a pris fin soit par résiliation (valable) du bailleur, soit si le contrat de durée indéterminée arrive à échéance⁴⁰⁰.
 - *Le dépôt d'une demande dans les délais* : selon l'art. 273 al. 2 CO, le demandeur qui souhaite demander la prolongation du bail doit déposer une requête devant l'autorité de conciliation dans les 30 jours dès la réception de la résiliation respectivement dans les 60 jours avant l'expiration de la durée fixe du contrat. Comme mentionné ci-dessus⁴⁰¹, lorsque la loi prévoit qu'un droit peut uniquement s'exercer durant un certain délai, faute de quoi il est périmé, le respect de ce délai de péremption est un fait générateur, le fardeau de la preuve pour cet élément incombe au locataire ; l'objet de la preuve est en fait le moment du dépôt de l'acte à la poste ou directement à l'autorité de conciliation.
 - *Conséquences pénibles et caractère non prépondérant des intérêts du bailleur* : constituent des conséquences pénibles les circonstances qui rendent impossibles ou difficiles la recherche de locaux de

³⁹⁸ CPra Actions-BOHNET, § 75 N 2 ; CPra Bail-CONOD, art. 272 CO N 20 ; LACHAT, p. 765.

³⁹⁹ ZK OR-HIGI, art. 272 CO N 3 ; voir aussi : CPra Bail-CONOD, art. 272 CO N 2 ss ; cf. ci-dessus, N 126.

⁴⁰⁰ TF du 14.04.2016, 4A_270/2015, cons. 4.2 destiné à la publication ; ZK OR-HIGI, art. 272 CO N 53 s.

⁴⁰¹ N 57 et 126.

remplacement dans le temps disponible jusqu'à la fin du bail⁴⁰². Toutefois, le tribunal appelé à statuer dispose d'un large pouvoir d'appréciation. Il n'existe dès lors pas de liste de conséquences pénibles qui impliqueraient automatiquement la prolongation du bail⁴⁰³. Parmi les circonstances susceptibles d'être considérées comme pénibles figurent notamment l'âge avancé ou l'invalidité du locataire lorsqu'il s'agit de locaux d'habitation⁴⁰⁴; pour les locaux commerciaux, l'on se trouve en présence de circonstances pénibles lorsque l'existence de l'entreprise qui les exploite est mise en péril⁴⁰⁵.

En plus des circonstances pénibles, il faut que les intérêts du bailleur ne soient pas prépondérants. Le tribunal décide en procédant à une pesée entre les intérêts du locataire touché par des circonstances pénibles et les intérêts du bailleur. L'art. 272 al. 2 CO indique au tribunal des circonstances qui devraient être prises en considération afin de procéder à la pesée des intérêts. En réalité, il est difficile de séparer les circonstances qui sont « pénibles » de celles qui sont prises en compte pour la pesée des intérêts.

Le locataire porte le fardeau de la preuve *pour les circonstances qui rendent, selon lui, difficile la recherche de locaux de remplacement*⁴⁰⁶. Pour le locataire, entrent en compte en particulier les critères nommés à l'art. 272 al. 2 let. a à c et e CO. Le locataire devra en plus démontrer les efforts entrepris pour trouver un local de remplacement⁴⁰⁷.

- Si le locataire demande une deuxième prolongation : *toutes les démarches qui pouvaient raisonnablement être exigées de lui afin de remédier aux conséquences pénibles du congé*. Le locataire doit procéder à des recherches systématiques et régulières dès la réception du congé et en particulier durant la première prolongation. On peut attendre de lui qu'il s'inscrive par écrit auprès de gérances de la place, qu'il consulte régulièrement les annonces et réponde aux annonces

402 CPra Bail-CONOD, art. 272 CO N 8 ; BSK OR I-WEBER, art. 272 CO N 3 ss ; LACHAT, p. 771 ; ZK OR-HIGI, art. 272 CO N 83.

403 CPra Bail-CONOD, art. 272 CO N 10 ; ZK OR-HIGI, art. 272 CO N 89.

404 BSK OR I-WEBER, art. 272 CO N 3.

405 BSK OR I-WEBER, art. 272 CO N 3a ; LACHAT, p. 773.

406 BSK OR I-WEBER, art. 272 CO N 13 ; ZK OR-HIGI, art. 272 CO N 251.

407 CPra Bail-CONOD, art. 272 CO N 22.

intéressantes, s'inscrive auprès de services de location de sa localité ou de son canton⁴⁰⁸, voire qu'il fasse paraître lui-même des annonces⁴⁰⁹.

Le fardeau de la preuve pour ces éléments incombe au locataire. Il en apportera la preuve en déposant les copies de ses démarches⁴¹⁰. Si le locataire n'a pas procédé ainsi, le tribunal refuse en règle générale la prolongation ; si les démarches sont insuffisantes, il en réduira en principe la durée⁴¹¹.

b. Faits dirimants

134. Pour s'opposer à la prolongation, le bailleur dispose de deux possibilités principales : il peut invoquer qu'il dispose d'intérêts prépondérants qui justifient de ne pas accorder de prolongation malgré la présence de circonstances pénibles pour le locataire ou il peut invoquer la présence d'une cause excluant la prolongation selon l'art. 272a CO.
135. En ce qui concerne ses intérêts (potentiellement) prépondérants, l'on pense en particulier au besoin urgent propre (art. 272 al. 2 let. d CO). La notion correspond à celle de l'art. 271a al. 3 let. a CO⁴¹². Le besoin propre et urgent lors du transfert du bail (art. 261 al. 2 let. a et 271a al. 3 let. a CO) influe directement sur la validité de la résiliation et ne suppose pas de pesée entre les intérêts du nouveau bailleur et du locataire, comme c'est le cas pour statuer sur la prolongation du bail (art. 272 al. 2 let. d CO)⁴¹³.
136. En vertu de l'art. 272a CO, le bailleur peut, pour s'opposer à la prolongation du bail, invoquer les éléments suivants :

⁴⁰⁸ BSK OR I-WEBER, art. 272 N 17 ; LACHAT, p. 785.

⁴⁰⁹ LACHAT, p. 785 ; SVIT-K., art. 272 CO N 61 ; ZK OR-HIGI, art. 272 CO N 244 ;
contra : BSK OR I-WEBER, art. 272 N 17.

⁴¹⁰ LACHAT, p. 785.

⁴¹¹ BSK OR I-WEBER, art. 272 N 17 ; LACHAT, p. 786.

⁴¹² Cf. ci-dessus, N 127.

⁴¹³ TF du 31.03.2016, 4A_447/2015, cons. 5.2.1.

- *Des causes de résiliation extraordinaire* (art. 272a al. 1 lit. a à c CO) : à l'instar de l'annulation de la résiliation du bail⁴¹⁴, la présence de ces éléments exclut également la prolongation.
 - Si, en prévision d'une transformation ou d'une démolition, le contrat de *bail a expressément été conclu pour une période expirant au début des travaux* ou à la réception de l'autorisation requise (art. 272a al. 1 lit. d CO).
 - *L'offre d'un local de remplacement équivalent* : pour être équivalent, le local doit disposer des mêmes caractéristiques que le local résilié. Pour l'équivalence, il peut être renvoyé aux développements au sujet de l'art. 259c CO⁴¹⁵. L'offre n'exclut cependant pas la prolongation dans tous les cas ; le locataire peut faire valoir des circonstances particulières rendant objectivement intelligible sa décision de refuser l'offre⁴¹⁶. Il supporte le fardeau de la preuve pour ces circonstances⁴¹⁷.
137. Il s'agit de circonstances qui empêchent que le droit du locataire à la prolongation du bail prenne naissance⁴¹⁸ ; ce sont donc de faits dirimants⁴¹⁹. Le bailleur en supporte le fardeau de la preuve⁴²⁰.

c. Faits extinctifs

138. Le droit à la prolongation du bail prend fin lorsque le locataire peut emménager dans un local équivalent⁴²¹. En effet, à partir de ce moment-là, son droit à la prolongation s'éteint, puisque le locataire ne dispose plus d'un intérêt à la prolongation du bail existant.

⁴¹⁴ Cf. ci-dessus, N 99.

⁴¹⁵ Cf. ci-dessus, N 99.

⁴¹⁶ ZK OR-HiGI, art. 272a CO N 82 s.

⁴¹⁷ ZK OR-HiGI, art. 272a CO N 90.

⁴¹⁸ ZK OR-HiGI, art. 272 CO N 61 et art. 272a CO N 90.

⁴¹⁹ Cf. ci-dessus, N 28 ss.

⁴²⁰ ZK OR-HiGI, art. 272 CO N 254 s.

⁴²¹ Au sujet du critère de l'équivalence, cf. ci-dessus, N 98.

IV. Conclusions

139. La répartition du fardeau de la preuve en droit du bail est complexe. Cela est principalement dû à deux éléments : premièrement, le législateur a créé un système compliqué de règles et d'exceptions, et parfois d'exceptions aux exceptions, notamment en matière de fixation du loyer. La même règle peut se présenter sous forme de règle génératrice dans une situation et sous forme de règle dirimante dans une autre. Ainsi, le locataire peut opposer au bailleur la méthode absolue lorsque le bailleur se fonde, pour augmenter le loyer, sur la méthode relative. Il peut également se baser sur la méthode relative pour demander une baisse de loyer, auquel cas le bailleur peut lui opposer la méthode absolue. Dès lors, le fardeau de la preuve des éléments factuels nécessaires à l'application d'une seule et même méthode de calcul du loyer incombe parfois au locataire, parfois au bailleur.
140. Cette solution ne saurait correspondre au but principal des règles de la répartition du fardeau de la preuve. Elles visent à faire supporter le risque d'un jugement erroné suite à la constatation incomplète de l'état de fait pertinent, due à l'absence de preuve le concernant, à celle des parties à qui cela paraît le moins injuste. L'on conçoit mal, en quoi il est juste de faire supporter le fardeau de la preuve des mêmes faits au locataire ou au bailleur selon la situation, tout en sachant qu'en réalité, la plupart du temps seul le bailleur dispose des éléments nécessaires au calcul du loyer (p. ex. le prix d'achat, respectivement de construction, de l'objet loué ou le décompte des frais de travaux de rénovation).
141. Peu fondée du point de vue dogmatique, la solution se révèle également insatisfaisante en pratique, puisque, appliquée de façon stricte, elle entraînerait systématiquement l'échec du locataire. Le TF tente d'équilibrer les positions respectives des parties par sa jurisprudence consacrée au devoir de collaboration du bailleur, déduit du principe de la bonne foi. Elle impose au bailleur de mettre à disposition du locataire les éléments nécessaires à la preuve des faits nécessaires à la défense de ses droits et permet de prendre en considération un refus du bailleur au stade de l'appréciation des preuves. Le TF ne manque cependant aucune occasion de souligner que cette jurisprudence n'a aucune influence sur le fardeau de la preuve.
142. Le deuxième élément qui rend complexe la répartition du fardeau de la preuve en bail est l'étendue du pouvoir d'appréciation fréquemment

attribué au tribunal. Qu'il s'agisse de « défaut de la chose louée », de « chose de remplacement équivalent » ou de « besoin urgent », ces notions juridiques indéterminées ont en commun que l'objet de la preuve est difficile à définir précisément. La partie à laquelle incombe le fardeau de la preuve devra prouver les faits dont on peut déduire que la situation dans le cas d'espèce correspond à celle que le législateur voulait régler par la norme en question. Or savoir si les faits allégués et prouvés remplissent effectivement cette condition est largement dans le pouvoir d'appréciation du tribunal.

Bibliographie

- BOHNET FRANÇOIS, Procédure civile, 2^e éd., Neuchâtel 2014 (cité : Procédure civile)
- BOHNET FRANÇOIS, Les défenses en procédure civile, RDS 2009 II, p. 185 ss (cité : Défenses)
- BOHNET FRANÇOIS/JEANNIN PASCAL, La maxime inquisitoire sociale sous l'empire du CPC, RDS 134 I, p. 223 ss
- BOHNET FRANÇOIS/MONTINI MARINO (édit.), Droit du bail à loyer, commentaire pratique, Bâle 2010 (cité : CPra-AUTEUR)
- BOHNET FRANÇOIS/HALDY JACQUES/JEANDIN NICOLAS/SCHWEIZER PHILIPPE/TAPPY DENIS, Code de procédure civile commenté, Bâle 2011 (cité : CPC-AUTEUR)
- BRÖNNIMANN JÜRGEN C., art. 150 ZPO, in : Alvarez Cipriano et al., Berner Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung II, Berne 2012 (cité : BK ZPO II-BRÖNNIMANN)
- DAÏNA SALOMÉ ISABELLE, Le caractère abusif du loyer initial : qui doit prouver quoi ?, Cahiers du Bail 2009, p. 97 ss
- DOLGE ANNETTE, Substantiieren und Beweisen – Praktische Probleme, Zurich 2013
- FETTER SÉBASTIEN, La contestation du loyer initial, thèse, Berne 2005
- GULDENER MAX, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3^e éd., Berne 1979
- HASENBÖHLER FRANZ, Das Beweisrecht der ZPO, Band 1 : Allgemeine Bestimmungen, Mitwirkungspflichten und Verweigerungsrechte, Zurich 2015
- HIGI PETER, Zürcher Kommentar, Teilband V2b, Die Miete, 4 Lieferungen, Zürich 1994-1998
- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/GEISER THOMAS (édit.), Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, 5^e éd., Bâle 2014 (Cité : BSK ZGB I-AUTEUR)

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/SCHNYDER ANTON K./BERTI STEPHEN V. (édit.), *Basler Kommentar Internationales Privatrecht*, 3^e éd., Bâle 2013 (cité : BSK IPRG-AUTEUR)

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

JEANNIN PASCAL/BOHNET FRANÇOIS, *Les pièges du fardeau de l'allégation en procédure civile suisse*, in : *Jusletter* du 16 novembre 2015

KUMMER MAX, Art. 8 ZGB, in : *Liver Peter et al., Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band I: Einleitung und Personenrecht, 1. Abteilung : Art. 1-9 ZGB*, Berne 1966 (cité : BK ZGB-KUMMER)

LACHAT DAVID, *Le droit du bail à loyer*, 9^e éd., Lausanne 2008

ROSENBERG LEO, *Die Beweislast*, 6^e éd., Munich 1965

SCHWAAB JEAN JACQUES, *La fixation et la contestation du loyer initial*, in : *15^e séminaire du droit du bail*, Neuchâtel 2008, p. 1 ss

SCHWEIZER PHILIPPE/BOHNET FRANÇOIS, *Les défenses au fond, spécialement en procédure civile neuchâteloise*, RJN 1999, p. 11 ss

SIEGRIST EDGAR, *Grundfragen aus dem Beweisrecht des Zivilprozesses*, thèse, Berne 1938

SPÜHLER KARL/TENCHIO LUCA/INFANGER DOMINIK (édit.), *Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung*, 2^e éd., Bâle 2013 (cité : BSK ZPO-AUTEUR)

STAEHELIN ADRIAN/STAEHELIN DANIEL/GROLIMUND PASCAL, *Zivilprozessrecht - Unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts*. 2^e éd., Berne 2013

SUTTER-SOMM THOMAS, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, 2^e éd., Bâle 2011

WALTER HANS-PETER, Art. 8 ZGB, in : *Caroni Pio et al., Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band I: Einleitung und Personenrecht, 1. Abteilung : Art. 1-9 ZGB*, Berne 2012 (cité : BK ZGB-WALTER)

WEBER ROLF H., Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109 OR, in : Heinz Hausheer (édit.), Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band VI : Das Obligationenrecht, 1. Abteilung, Teilband 5 : Allgemeine Bestimmungen, Berne 2000 (cité : BK OR-WEBER)

WEY RENATE, La consignation du loyer – étude des art. 259*g-i* CO, thèse, Lausanne 1995

ZAHRADNIK PETER, Fragen im Zusammenhang mit der Anfechtung der Anfangsmiete und der Formularpflicht, mp 2014, p. 267 ss

ZÜST MARTIN, Die Mängelrechte des Mieters von Wohn- und Geschäftsräumen, thèse, St-Gall 1992

Quelques loyers variables et variations de loyer

par

Jean-Marc Siegrist

Avocat, Genève

| | |
|--|-----|
| I. Introduction..... | 79 |
| II. Le loyer proportionnel au chiffre d'affaires (ou au bénéfice) du locataire..... | 82 |
| A. Le cadre juridique | 82 |
| 1. La situation sur le plan légal | 82 |
| 2. Le cadre jurisprudentiel | 83 |
| 3. La doctrine | 88 |
| B. En pratique | 90 |
| 1. Les normes contractuelles..... | 90 |
| 2. Les pourcentages applicables..... | 96 |
| C. Les perspectives | 97 |
| III. Le loyer proportionnel au revenu du locataire | 98 |
| A. Le cadre juridique | 98 |
| 1. La situation sur le plan légal | 98 |
| 2. Le cadre jurisprudentiel | 98 |
| a. Locaux commerciaux..... | 98 |
| b. Locaux d'habitation..... | 100 |
| 3. La doctrine | 103 |
| B. La pratique | 104 |
| C. Les perspectives | 108 |
| IV. Le rabais provisoire de loyer..... | 109 |
| A. Lors de la conclusion du bail | 109 |
| B. En cours de bail..... | 110 |

| | |
|---|-----|
| V. La fixation du nouveau loyer applicable à l'échéance d'un bail de longue durée..... | 112 |
| A. Le cadre général..... | 112 |
| B. En particulier..... | 113 |
| VI. Le bail comportant un échelonnement et une indexation du loyer ou vice-versa..... | 114 |
| A. Le cadre général..... | 114 |
| B. Le cadre jurisprudentiel..... | 114 |
| VII. Conclusion..... | 118 |
| Bibliographie..... | 119 |

I. Introduction

1. Le titre du présent exposé nécessite indubitablement quelques explications.

En effet, les contrats de bail à loyer portant sur des biens immobiliers lient généralement leurs parties pour de nombreuses années, soit parce qu'ils sont conclus pour de longues durées, soit parce que leurs parties les ont renouvelés à répétées reprises.

Dans ce contexte général, le montant du loyer est appelé à être modifié, à la hausse ou à la baisse, au cours du temps, pour tenir compte de l'évolution de la conjoncture.

Ainsi et hormis dans quelques cas particuliers (bail de très longue durée prévoyant un loyer fixe, par exemple), les loyers des baux immobiliers sont, par essence, variables.

Les art. 269 et ss CO, certaines dispositions de l'OBLF et les différentes normes de droit cantonal applicables aux loyers contrôlés ont précisément été mis en place pour régler les modalités dans lesquelles les changements de montant du loyer peuvent intervenir.

Ce ne sont évidemment pas de ces réglementations dont il sera question ci-après.

2. L'expression de « loyers variables » figure comme titre de l'un des sous-chapitres de l'ouvrage « Les contrats spéciaux »¹.

Selon les auteurs de cet ouvrage, répondent à la définition de « loyers variables » ceux qui sont susceptibles d'être modifiés en cours de bail, pour une autre date que le prochain terme de résiliation.

Ces auteurs citent trois types de contrats qui permettent une variation du loyer en cours de bail, soit le bail comportant une clause d'indexation, le bail contenant une clause d'échelonnement et le bail partiaire.

3. Les loyers indexés et les loyers échelonnés ont d'ores et déjà donné lieu à de très nombreuses contributions ou exposés.

¹ TERCIER/FAVRE/BUGNON (in Tercier/Favre), p. 385.

L'utilisation de l'indexation ou d'un échelonnement ne s'avère, en général, pas problématique.

Les seules questions que ces deux genres de fixation du loyer ont posées portaient sur la fixation du loyer à l'échéance de la durée contractuelle prévue ; elles ont été résolues par le Tribunal fédéral dans des arrêts anciens². La solution adoptée par le Tribunal fédéral a consisté à admettre qu'à l'échéance d'un bail indexé ou échelonné, chacune des parties peut demander la révision du loyer en se fondant, à son choix, sur la méthode absolue ou sur la méthode relative³.

Cette solution n'est pas remise en cause, aujourd'hui, pour ce qui concerne le bail échelonné.

En revanche, cette solution fait parfois l'objet de critiques, voire de contestations, pour le bail indexé, en particulier lorsqu'en raison de longues périodes de renouvellement convenues, la clause d'indexation du loyer reste applicable pendant toute la durée effective de la relation contractuelle des parties.

Certains auteurs estiment que la solution retenue par le Tribunal fédéral dans son arrêt de principe⁴ était justifiée parce que, dans le cas jugé, le contrat, d'une durée initiale de 10 ans, se prolongeait ensuite d'année en année. La clause d'indexation du loyer prévue lors de la conclusion du bail n'était donc plus applicable dans le rapport contractuel des parties dès la fin de sa durée initiale. Le Tribunal fédéral devait donc statuer sur la méthode de calcul applicable pour juger de l'admissibilité d'une modification du loyer requise pour la date d'échéance de la clause d'indexation.

Ces auteurs soutiennent que, dans la mesure où la clause d'indexation demeure applicable (parce que le contrat le prévoit et que sa durée de tacite reconduction le permet), il n'y a alors pas lieu de permettre l'adaptation du loyer selon la méthode relative ou absolue à chaque échéance⁵.

² Pour un bail prévoyant un loyer indexé : ATF 123 III 76, cons. 2c ; pour un bail comportant un loyer échelonné : ATF 121 III 397, cons. b/bb.

³ LACHAT (Bail à loyer), p. 513 N 2.2.12 et p. 519 N 3.2.6.

⁴ ATF 123 III 76.

⁵ Co-SVIT, art. 269b CO, N 32 ; ZK-HIGI, art. 269b CO, N 115 qui énonce que « si le

Il convient toutefois de relever que jusqu'à ce jour, le Tribunal fédéral a maintenu sa jurisprudence sans faire de nuance selon que la clause d'indexation reste ou non applicable après le renouvellement du contrat.

Par souci de concision, l'auteur du présent exposé ne s'attardera donc pas plus, ici, sur les contrats de bail prévoyant des loyers indexés ou échelonnés.

4. En revanche, il a semblé important, dans la présente contribution, de traiter du thème du loyer partiaire – plus précisément du loyer proportionnel au chiffre d'affaires du locataire – qui n'a plus été abordé, pour lui-même, dans le présent séminaire depuis plus de 20 ans⁶ et qui n'est que rarement évoqué par la doctrine.

En effet, ce mode de fixation de loyer a connu un développement certain au cours de ces dernières années, car il est fréquemment utilisé non seulement dans les baux portant sur les établissements publics (cafés, restaurants, hôtels, dancings, etc.), mais également pour les boutiques en tout genre établies dans les aéroports internationaux, dans certaines gares et dans la plupart des grands centres commerciaux suisses, qui ont eux-mêmes connu un essor considérable durant la même période.

C'est le lieu de relever que, parfois – mais beaucoup plus rarement – les loyers peuvent également être fixés en fonction du bénéfice net réalisé par le locataire de locaux commerciaux⁷. Ceci étant et sous réserve de l'adaptation des normes contractuelles, les solutions adoptées ne devraient pas différer sensiblement que le loyer soit fixé en fonction du chiffre d'affaires ou selon le bénéfice réalisé par le locataire, de sorte que ce dernier mode de détermination du loyer ne fera pas l'objet d'une analyse spécifique ci-après.

5. Le loyer fixé en fonction du revenu obtenu par le locataire est une autre forme connue de loyer variable.

bail continue à être indexé, les bases de loyer demeurent les mêmes » ; BSK-WEBER, art. 269b CO, N 7.

⁶ RAYMOND JEANPRÊTRE, « Le loyer proportionnel au chiffre d'affaires du locataire (le bail partiaire) », 3^e séminaire sur le bail à loyer – Neuchâtel – 20 octobre 1984.

⁷ RICHARD BARBEY, L'arrêt fédéral instituant des mesures contre les abus dans le secteur locatif, Payot, Lausanne 1984, p. 111 N 1.

Cette méthode est rarement employée pour la location de locaux commerciaux.

Pour ce qui concerne les baux d'habitations, ce mode de fixation du loyer est parfois appliqué par des collectivités publiques poursuivant un objectif de politique sociale du logement⁸.

D'emblée, il faut relever que ce mode de fixation du loyer n'a pas donné lieu à de nombreux cas de jurisprudence ni à de nombreux avis de doctrine.

Son examen n'est toutefois pas sans intérêt.

6. S'agissant de la question des variations de loyer, il est a priori intéressant de se pencher sur les situations suivantes :
 - Le rabais provisoire de loyer.
 - La fixation du nouveau loyer applicable à l'échéance du bail de longue durée.
 - Le bail comportant un échelonnement et une indexation du loyer ou vice-versa.

II. Le loyer proportionnel au chiffre d'affaires (ou au bénéfice) du locataire

A. Le cadre juridique

1. La situation sur le plan légal

7. Aucune disposition du droit suisse ne règle le sort du loyer fixé en fonction du chiffre d'affaires ou du bénéfice net réalisé par le locataire.
8. Toutefois, dans le dernier projet de révision du Code des obligations établi par le Conseil fédéral dans la perspective de modifier les dispositions du Code des obligations se rapportant à la protection contre les loyers abusifs⁹, il avait été décidé de prendre en compte l'existence des contrats de bail à loyer partiaires.

Plusieurs dispositions légales avaient donc été prévues à cet effet.

⁸ LACHAT (Bail à loyer), p. 501 N 10.2.

⁹ FF 2009 311 ss.

Ainsi, l'art. 269c lit. c du projet prévoyait-il que :

« Une augmentation du loyer en cours de bail n'est pas abusive si :

a. ...

c. Elle est fondée, dans le cas d'un bail commercial, sur une convention prévoyant que le loyer est fixé entièrement ou partiellement en fonction du chiffre d'affaires de l'entreprise ».

Quant à l'article 269h du projet, il retenait

- En son 2^e alinéa que :

« ² La modification (du loyer – c'est l'auteur des présentes qui ajoute cette précision) prend effet, sous réserve de l'art. 269d al. 5 :

a. ...

d. Dans le cas d'un loyer échelonné ou fixé en fonction du chiffre d'affaires : au terme convenu. ».

- Et en son alinéa 5 que :

« ⁵ Lorsque le loyer est augmenté selon un échelonnement convenu ou en fonction d'un chiffre d'affaires, une communication écrite suffit. ».

En bref, ces normes devaient codifier la jurisprudence du Tribunal fédéral (examinée ci-après, ad B.).

9. Les Chambres fédérales ont accueilli le projet de révision du Code des obligations précité très fraîchement (pour d'autres motifs que l'introduction, dans le Code des obligations, des normes précitées). A deux reprises, le Conseil national a refusé d'entrer en matière sur ce projet de modification du CO qui, du coup, a été abandonné¹⁰.

2. Le cadre jurisprudentiel

10. Le Tribunal fédéral ne s'est prononcé qu'à une seule reprise, en 1990, à propos d'un contrat prévoyant la combinaison d'un loyer minimal fixe (en

¹⁰ HELEN ROHRBACH, L'évolution du droit du bail en Suisse de 1911 à nos jours, Office fédéral du logement OFL – Mai 2014, p. 17 N 7.5.

réalité, indexé à l'indice suisse des prix à la consommation ISPC) et d'un loyer proportionnel au chiffre d'affaires¹¹.

11. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a pris en considération les dispositions de l'AMSL et non celles du droit en vigueur aujourd'hui.

Ceci étant et dans la mesure où ni les dispositions de l'AMSL, ni celles du droit en vigueur aujourd'hui ne régissent le cas du loyer fixé proportionnellement au chiffre d'affaires du locataire, les solutions retenues par le Tribunal fédéral demeurent parfaitement pertinentes et valables aujourd'hui.

12. Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt en cause, la locataire prétendait que la disposition prévoyant la fixation de son loyer en fonction du chiffre d'affaires qu'elle avait réalisé durant l'année écoulée s'avérait contraire aux dispositions impératives de l'AMSL protégeant les locataires contre les loyers abusifs.

A cet égard, le Tribunal fédéral a retenu que :

« b) Contrairement à ce que soutient la recourante, la clause de loyer proportionnel au chiffre d'affaires ne tombe pas sous le coup des art. 267e al. 2 CO et 11 AMSL. En effet, si ces dispositions prohibent les modifications de loyer par déclarations unilatérales du bailleur, elles ne visent, en revanche, pas les clauses prévoyant ou des modifications du contrat ou la façon dont doit être calculée ou exécutée une prestation à des conditions arrêtées par les cocontractants (cf. ATF 109 II 58 cons. 2b, JEANPRÉTRE, op.cit., p. 2-3, 5 ; BARBEY, L, arrêté fédéral...p. 112 et Vom Umsatz...p. 94).

Or, en l'espèce, la clause litigieuse ne confère pas à la bailleuse le droit d'augmenter le loyer en cours de bail selon son bon plaisir ; elle se réfère, au contraire, à une donnée objective – celle du chiffre d'affaires – qui doit nécessairement être respectée et prise en considération. »¹².

¹¹ ATF 116 II 587=SJ 1991 129 = (rés.) JdT 1991 I 191.

¹² ATF 116 II 587, 590, cons. 2b).

En adoptant ce principe, le Tribunal fédéral a expressément reconnu la faculté aux parties d'un contrat de bail commercial de prévoir l'adaptation du loyer en fonction du chiffre d'affaires réalisé par le locataire.

13. Un tel loyer n'échappe cependant pas totalement à la protection découlant des art. 269 et ss CO et 1 et ss OBLF.

Dans l'arrêt déféré au Tribunal fédéral, qui a donné lieu à la jurisprudence susvisée, la Cour cantonale avait retenu la solution selon laquelle les loyers fixés d'après le chiffre d'affaires échappaient totalement aux protections instaurées, à l'époque, par les art. 267e CO et les normes de l'AMSL protégeant les locataires contre les loyers abusifs :

« Le principe de la soumission à l'AMSL du loyer proportionnel au chiffre d'affaires ne saurait être nié. Sont en effet soumis à cet arrêté d'une manière toute générale les loyers abusifs (art. 1^{er} AMSL) et les baux relatifs à l'usage de logements et de locaux commerciaux (art. 1^{er} al. 1 OSL). Aucune disposition légale n'aménage une exception pour les baux, commerciaux ou non, qui prévoient un loyer proportionnel au chiffre d'affaires. »¹³

14. Ceci étant, le Tribunal fédéral s'est ensuite penché sur la question de savoir si le loyer fixé en application d'un pour cent du chiffre d'affaires peut être contesté en cours de bail ou non.

Examinant la doctrine de l'époque, le Tribunal fédéral avait constaté que certains auteurs soutenaient que le locataire disposait du droit de s'opposer aux majorations d'un loyer fixé en fonction de son chiffre d'affaires et, le cas échéant, faire examiner si le pourcentage convenu entre ce chiffre d'affaires et le loyer est ou non abusif¹⁴.

Le Tribunal fédéral a écarté une telle solution assez sèchement :

« On ne voit pas sur quelle disposition légale, ni sur quel principe juridictionnel, les auteurs cités et la Cour cantonale genevoise peuvent se fonder pour admettre la contestation en cours de bail d'un loyer qui n'est ni indexé, ni échelonné. Dès lors qu'elle résulte expressément

¹³ ATF 116 II 587, 591, cons. 3.

¹⁴ RICHARD BARBEY, op.cit. p. 113 et 114 ; plus hésitant DAVID LACHAT/JACQUES MICHELLI, Le nouveau droit du bail, Lausanne 1990, p. 240.

d'une clause contractuelle, la méthode de fixation du loyer proportionnelle au chiffre d'affaires est une expression de la volonté commune des parties. En principe valable pour toute la durée du contrat, elle permet de fixer, en vertu d'un calcul fixe et précis, le loyer de l'année écoulée sur la base du résultat comptable de l'activité économique exercée par le locataire pendant ce laps de temps. Ainsi, contrairement à la clause d'indexation, le loyer proportionnel au chiffre d'affaires s'applique sans référence aucune à un loyer antérieur et reste même sans effet sur l'avenir du loyer. »¹⁵

Admettant qu'un tel loyer puisse, en quelque sorte, être assimilé à un loyer fixe, arrêté d'un commun accord par les parties lors de la conclusion du bail, le Tribunal fédéral en est arrivé à la conclusion, dans le même considérant de son arrêt, que :

« Par conséquent, le loyer proportionnel au chiffre d'affaires, et notamment le pourcentage convenu, ne peut pas être contrôlé, ni attaqué en cours de contrat. Tel ne pourra être le cas que dans les 30 jours dès la signature du contrat ou lors d'une éventuelle reconduction du bail, en application de l'art. 19 AMSL ou en vertu de l'art. 18 AMSL si la clause de loyer est modifiée à la hausse. »

Et le Tribunal fédéral de rajouter que :

« Dans cette dernière hypothèse seulement, le bailleur devra faire usage de la formule officielle. » (ibid).

15. Finalement, toujours dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a admis que la seule contestation ouverte au locataire dont le loyer est fixé en fonction du chiffre d'affaires est celle qui porte sur la manière dont le loyer a été calculé. A cet égard, le Tribunal fédéral a toutefois précisé :

« Une telle contestation est cependant étrangère à l'application de l'AMSL. Il s'agit d'un pur litige contractuel fondé sur l'exécution ou l'interprétation du contrat. »¹⁶

¹⁵ ATF 116 II 587, 592-593, cons. 3 b).

¹⁶ ATF 116 II 587, 593, cons. 5.

16. Les principes qui peuvent être déduits de cet arrêt sont les suivants :

- Les parties à un contrat de bail à loyer commercial peuvent valablement convenir que le loyer dû sera fixé en fonction du chiffre d'affaires réalisé par le locataire ou au moyen d'une combinaison prévoyant, en outre, un loyer minimal, lui-même indexé.
- En cours de bail, la détermination du loyer dû ne peut pas être remise en cause, sauf si elle résulte d'une erreur dans l'application de la formule mathématique choisie par les parties.
- La fixation du loyer déterminée en fonction de la règle adoptée par les parties ne suppose pas l'emploi d'une formule officielle.
- Dans le respect des conditions posées par l'art. 270 al. 1 CO, le locataire peut, dans les 30 jours qui suivent la réception de la chose louée, contester le loyer proportionnel au chiffre d'affaires, notamment le pourcentage convenu. Il peut en faire de même à l'occasion des échéances contractuelles, aux conditions de l'art. 270a CO. De son côté, le bailleur peut lui aussi solliciter une modification du pourcentage convenu, aux conditions posées par l'art. 269d CO, soit notamment en utilisant une formule officielle.

17. Dans un arrêt qu'il a rendu le 25 juin 1992¹⁷ dans une cause se rapportant à un contrat de bail commercial qui ne prévoyait pas la fixation du loyer en fonction du chiffre d'affaires réalisé par le locataire, le Tribunal fédéral a encore émis le principe suivant :

« Le preneur a l'obligation d'entretenir la chose et de la préserver contre les détériorations, mais, en général, pas celle d'en faire usage (SCHMID, Commentaire zurichois, 1997, no 9 ad art. 261a CO). Toutefois, une obligation d'usage peut être expressément prévue dans le contrat, ou résulter tacitement de celui-ci (par exemple d'une clause fixant le loyer d'après le chiffre d'affaires) ou encore s'avérer être une obligation contractuelle accessoire en vertu du principe de la confiance. C'est dans cette direction que la doctrine et la jurisprudence ont développé des règles particulières pour les baux commerciaux. Partant de l'idée qu'une activité commerciale apporte une clientèle et donc une valeur d'exploitation, le TF a reconnu au bailleur un intérêt propre, digne de protection, à ce que soit évitée toute diminution de

¹⁷ CdB 1/93, p. 21-23.

clientèle par suite d'une mauvaise exploitation de l'entreprise ou de la cessation de son activité ; corollairement, il a affirmé une obligation contractuelle du locataire d'exploiter l'entreprise (ATF 103 II 254, 68 II 239 cons. 2). La doctrine dominante partage cette opinion. ».

Le locataire de locaux commerciaux qui accepte que son loyer soit fixé en fonction de son chiffre d'affaires assume donc une obligation d'usage de ses locaux, qui le contraint à exercer régulièrement ses activités, plus spécialement à maintenir son commerce ouvert durant les horaires usuellement applicables à la branche commerciale à laquelle il appartient.

18. Bien qu'établis depuis plus de 25 ans, ces différents principes n'ont jamais été ni revus ni remis en cause.

3. La doctrine

19. La faculté pour les parties à un contrat de bail commercial de prévoir que le loyer sera établi en fonction du chiffre d'affaires réalisé par le locataire n'est pas critiquée par la doctrine.
20. En se fondant sur l'indication figurant dans l'arrêt précité du Tribunal fédéral, selon laquelle la fixation du loyer en fonction du chiffre d'affaires n'équivaut pas à une indexation, certains auteurs ont postulé que la clause d'indexation n'impose pas aux parties de conclure un bail d'une durée minimale de 5 ans¹⁸.

D'autres auteurs soutiennent qu'à défaut d'être contestée, la clause prévoyant la fixation du loyer en fonction du chiffre d'affaires subsiste en demeurant valable pendant la période de tacite reconduction du bail, quelle que soit la durée de cette période¹⁹.

21. S'agissant de la contestation du loyer pour l'échéance initiale du contrat ou l'une de ses échéances de renouvellement, DAVID LACHAT préconise la solution permettant aux parties de se prévaloir, à leur choix, de la méthode absolue ou de la méthode relative de fixation des loyers. Il propose ainsi

¹⁸ PETER HIGI, Zürcher Kommentar, Die Miete, art. 269-270e OR, 2^e éd., Zurich 1995, art. 269 CO N 320 ; ROBERT SIEGRIST, Der missbräuchliche Mietzins, Regel und Ausnahmen, 1997, p. 76-77.

¹⁹ Co-SVIT, art. 269a CO, N 35.

une application par analogie des principes applicables, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, à la fixation des loyers au terme d'une période d'échelonnement ou d'indexation²⁰.

Cette solution correspond probablement à celle qui serait adoptée si le cas venait à se produire.

A titre personnel, l'auteur du présent exposé ne partage pas l'opinion émise par DAVID LACHAT rappelée ci-dessus.

En effet, lorsque les parties à un contrat de bail s'accordent à fixer le loyer en fonction du chiffre d'affaires réalisé par le locataire, elles adoptent délibérément un mode de règlement « participatif » de la créance du bailleur. Ce faisant, elles se prononcent sur un élément essentiel du contrat – certes, sans tenir spécifiquement compte des dispositions légales régissant la matière – en se fondant sur des critères objectifs et licites. Dans ce contexte général, permettre à l'une ou à l'autre des parties de remettre en cause le principe même de la rémunération convenue paraît exorbitant.

Par ailleurs, si les autorités judiciaires devaient être habilitées à revoir la clause fixant le loyer en fonction du chiffre d'affaires, notamment le pourcentage retenu par les parties, encore faudrait-il que des critères précis leur soient donnés pour se déterminer.

Au vu de ces complications, il semble préférable, en l'état, de laisser aux parties le soin de négocier sur ces questions.

Le très faible contentieux existant en cette matière laisse présumer que les solutions mises en pratique, en règle générale, ne posent pas particulièrement de problème.

22. A juste titre, a priori, DAVID LACHAT recommande aux parties à un contrat dans lequel le loyer est fixé en fonction du chiffre d'affaires, de préciser clairement en quoi consiste cette dernière notion, ceci dans la perspective d'éviter les conflits²¹.

Un cas illustrant cette problématique s'est récemment produit dans un des grands centres commerciaux de Suisse romande, qui pratique des loyers fixés en fonction du chiffre d'affaires. Le commerçant concerné, vendeur

²⁰ LACHAT (Bail à loyer), p. 561 N 10.1.8.

²¹ LACHAT (Bail à loyer), p. 501 N 10.1.9.

d'appareils de téléphonie mobile et d'autres objets analogues a, après quelques exercices très fructueux, soudainement fait état d'un chiffre d'affaires calamiteux, ramenant son dû au montant du loyer minimal indexé convenu. L'examen des documents produits par ce commerçant montra qu'il avait pris le parti de considérer que les abonnements des opérateurs de téléphonie mobile qu'il vendait dans ses locaux ne faisaient pas (en réalité plus) partie de son chiffre d'affaires. Au fond, ce commerçant prétendait être subitement devenu un distributeur de téléphones gratuits. Cependant, la clause qui définissait le chiffre d'affaires permettant de fixer le loyer dû mentionnait clairement que celui-ci comportait notamment « *les recettes provenant de commandes passées dans les locaux loués pour des prestations qui sont livrées et/ou facturées ailleurs par le locataire ou par l'intermédiaire d'une filiale ou, encore, par des partenaires de ce dernier.* ».

Ainsi, ce locataire a-t-il été amené à reconsidérer sa position et à en revenir à l'élaboration de son chiffre d'affaires telle qu'il l'avait effectuée jusqu'à ce dernier exercice.

23. Enfin, il faut relever que certains auteurs soutiennent le principe retenu par le Tribunal fédéral selon lequel en adoptant ce mode de fixation du loyer, le locataire se voit imposer implicitement l'obligation d'exploiter ses locaux (aux heures d'ouverture habituelles)²².

Il est vrai qu'à la limite, si les locaux n'étaient jamais exploités par le locataire, ce dernier ne réaliserait aucun chiffre d'affaires et son loyer serait donc réduit à zéro, si le bail ne prévoit aucun « loyer plancher » ou au loyer minimum de base, ce qui, a priori, ne correspond pas à la logique même du contrat prévu par les parties.

B. En pratique

1. Les normes contractuelles

24. Il a paru intéressant à l'auteur du présent exposé de présenter quelques-unes des clauses principales figurant dans les contrats prévoyant la

²² Co-SVIT, art. 257fCO, N 14.

combinaison entre un loyer minimal et un loyer proportionnel au chiffre d'affaires.

25. La première de ces dispositions est la suivante :

« **Principes**

Le loyer dû par le locataire est le loyer de base annuel, déterminé ci-dessous sous lettre A ou le loyer en pourcentage tel que défini ci-dessous sous lettre B au cas où ce dernier est plus élevé que le loyer annuel de base. »

Le loyer annuel de base correspond à un montant fixe, en général, indexé à l'évolution de l'indice officiel suisse des prix à la consommation, conformément à l'art. 269b CO. Pour que l'indexation du loyer soit possible, il faut évidemment que le bail des parties soit conclu pour une durée minimale de 5 ans. Si les parties veulent que ce loyer de base reste indexé au renouvellement du contrat, celui-ci doit également être prévu pour une durée minimale de 5 ans.

Quant au loyer calculé en fonction du chiffre d'affaires, il fait l'objet de la disposition suivante :

« **B. Loyer calculé en fonction du chiffre d'affaires**

Le loyer dû par le locataire correspond à ... % (pourcents) de son chiffre d'affaires annuel, tel que défini ci-après, réalisé entre le 1^{er} janvier et le 31 décembre ».

26. Comme déjà précisé, la définition du chiffre d'affaires est évidemment extrêmement importante. De nombreuses versions de normes différentes existent, parmi lesquelles figurent les suivantes :

- Pour la plus simple :

« Est considéré comme chiffre d'affaires l'ensemble des recettes réalisées sur toutes les ventes effectuées dans les locaux loués (y compris les ventes par correspondance, les ventes à crédit et à tempérament ; pour ces dernières, le montant intégral est pris en compte), hors TVA, déduction faite des rabais éventuels accordés et des marchandises en retour. »

- Pour l'une des plus complexes :

« Il est précisé que le terme « chiffre d'affaires » utilisé dans le présent contrat correspond au prix de vente total, hors TVA, de tous biens, objets ou marchandises vendus ainsi que tous services fournis dans les locaux loués par le locataire ou par ses partenaires. Les ventes effectuées et les services fournis à crédit ou en compte sont notamment inclus dans le chiffre d'affaires sans égard à leur encaissement. En revanche, les ventes annulées ou les marchandises rendues sont déduites du chiffre d'affaires. Cependant, sont également considérées comme faisant partie du chiffre d'affaires les recettes provenant de commandes passées dans les locaux loués pour des prestations qui sont livrées et/ou facturées ailleurs, par le locataire, par l'intermédiaire d'une de ses filiales ou par ses partenaires. Dans l'hypothèse où le bailleur met une surface annexe à disposition du locataire (par exemple, pour des soldes d'hiver ou d'été), les recettes réalisées dans cette surface annexe font également partie du chiffre d'affaires au sens du présent contrat. Font encore partie du chiffre d'affaires les frais d'assurances payés par l'acheteur ou exigés de lui ainsi que les taxes de vente. »

27. Naturellement, le chiffre d'affaires obtenu par le locataire doit être communiqué au bailleur :

« Pour établir le loyer dû en fonction du chiffre d'affaires, le locataire fournit, au plus tard le 1^{er} février de chaque année, un relevé exact du chiffre d'affaires qu'il a réalisé du 1^{er} janvier au 31 décembre de l'année écoulée. »

Dans certains cas, le bailleur exige que ce chiffre d'affaires soit certifié par l'organe de révision du locataire.

28. Naturellement, le bailleur peut vouloir contrôler les indications communiquées par le locataire pour s'assurer de leur exactitude.

En général, la procédure se passe en deux temps. D'abord, le bailleur peut exiger des pièces et des renseignements complémentaires du locataire :

« Si le bailleur n'est pas satisfait du relevé annuel fourni, il doit en informer le locataire par écrit dans un délai de 30 jours dès sa remise, en invitant ce dernier à fournir toutes explications ou pièces estimées nécessaires par le bailleur. »

29. Puis, si le locataire ne fait pas suite aux demandes du bailleur ou si les explications qu'il donne ne sont pas convaincantes, un expert peut être nommé. Dans la plupart des clauses contractuelles, il est prévu que cet expert est désigné par le bailleur :

« Le bailleur pourra exiger qu'une enquête et un rapport soient confiés à un expert (société fiduciaire ou expert-comptable) de son choix. Le locataire devra fournir à l'expert tous les renseignements désirés et lui donner libre accès à sa comptabilité dans toute la mesure nécessaire à l'exécution de son mandat. »

Ceci étant, il pourrait être judicieux de prévoir que l'expert soit nommé d'entente entre les parties ou, à défaut, qu'il soit désigné par une autorité judiciaire.

En effet, dans les contrats usuellement rencontrés, figure le principe selon lequel :

« Le chiffre d'affaires ainsi établi par l'expert ne pourra être contesté ni par le locataire, ni par le bailleur. »

A priori, cette solution est compatible avec le droit suisse. En effet, d'une part, les litiges se rapportant à des baux commerciaux peuvent être soumis à un arbitrage conforme aux art. 357 et ss CPC²³. D'autre part, l'art. 189 CPC institue également la faculté, pour les parties à une procédure, de recourir à l'expertise-arbitrage²⁴. Les parties confient alors à un tiers-expert la mission de procéder à la constatation des faits, de manière obligatoire et contraignante pour elle²⁵.

La détermination du chiffre d'affaires réalisé par le locataire constitue l'une des missions qui peuvent être confiées à un expert-arbitre.

Encore faut-il, à mon avis, que cet expert-arbitre ait été librement choisi par les deux parties (et non nommé par le bailleur exclusivement).

²³ DAVID LACHAT, La procédure civile en matière de baux et loyers, Lausanne 2011, p. 78 ss N 11.6-11.9.

²⁴ 21 ATF 141 III 201=JdT 2015 II 369. Cet arrêt rappelle les principes applicables en ce qui concerne l'arbitrabilité des litiges relatifs aux baux à loyers ou à ferme d'habitation.

²⁵ DAVID LACHAT, La procédure civile en matière de baux et loyers, op.cit. N 11.10.

30. Reste encore à savoir laquelle des parties devra assumer les frais et honoraires de l'expert. A cet égard, les dispositions couramment employées prévoient que :

« Les frais de cette expertise seront à la charge du locataire si le chiffre d'affaires déterminé par l'expert est différent de ... (1 à 3)% à celui annoncé par le locataire. Dans le cas contraire, ils seront à la charge du bailleur. »

31. Le chiffre d'affaires du locataire étant désormais connu, son loyer au pourcentage peut alors être établi aisément.

Durant l'exercice considéré, le locataire aura, en général, payé des acomptes mensuels ou trimestriels de loyer, représentant le 12^e ou, respectivement, le quart du loyer dû pour l'exercice précédent.

Plusieurs situations peuvent alors se produire :

- Le chiffre d'affaires réalisé par le locataire au cours des derniers exercices est insuffisant pour que son loyer au pourcentage soit dû. Dans ce cas de figure, le locataire règle le loyer minimal convenu et aucun solde n'est dû par l'une des parties à l'autre.
- Au cours des derniers exercices, le loyer dû par le locataire était fixé en fonction de son chiffre d'affaires, car il s'avérait supérieur au loyer minimal.
 - Le chiffre d'affaires obtenu par le locataire au cours du dernier exercice s'est avéré supérieur à celui qu'il avait fait au cours du précédent exercice. Le loyer dû est ainsi plus élevé que la totalité des acomptes payés et le locataire doit alors payer la différence au bailleur.
 - Le chiffre d'affaires du locataire au cours du dernier exercice est inférieur à celui de l'exercice précédent. Dans ce cas, c'est le bailleur qui doit rembourser au locataire le trop-perçu.

Ces principes sont résumés par les dispositions suivantes :

« Les acomptes (mensuels ou trimestriels) de loyer dus sont calculés pour chaque année sur la base du loyer effectivement dû pour l'année précédente. »

Si le loyer en pourcentage reste inférieur ou égal au loyer de base, le locataire est réputé s'être définitivement acquitté de son loyer pour la période envisagée par le versement des acomptes.

Tout solde de loyer en faveur du bailleur ou du locataire doit être réglé dans les 30 jours suivant la communication du bailleur au locataire du loyer effectivement dû ».

Dans la pratique, certains contrats prévoient aussi que le locataire est tenu, durant l'exercice en cours, de verser le loyer minimal prévu. Le supplément dû, le cas échéant, en fonction de son chiffre d'affaires lui est alors facturé par le bailleur et il est payable dans les 30 jours :

« Si le loyer calculé au taux du chiffre d'affaires réalisé au cours de l'exercice écoulé dépasse le loyer annuel de base (adapté le cas échéant en fonction de l'évolution de l'indice officiel suisse des prix à la consommation), la différence doit être payée par le locataire dans les 30 jours suivant la facture émise par le bailleur. »

32. Evidemment, dans ce système, le bailleur connaît la marche des affaires de son locataire.

Dans la mesure où, de son côté, le locataire n'a certainement pas intérêt à ce que le bon ou le mauvais fonctionnement de son entreprise soit divulgué à des tiers, les contrats comportent généralement des clauses de confidentialité, à charge du bailleur :

« Le bailleur s'engage à respecter une absolue confidentialité sur les éléments d'information communiqués par le locataire et à les conserver de manière à ce qu'aucune personne non autorisée n'y ait accès. »

Il faut cependant préciser que, dans la plupart des centres commerciaux, les bailleurs sont soucieux de connaître régulièrement l'évolution globale des affaires de leurs locataires. Pour ce motif, ils exigent de leurs locataires qu'ils leur communiquent leurs chiffres d'affaires mensuels (non certifiés) dans la perspective d'en tirer des données statistiques. Les contrats de bail à loyer de tels centres commerciaux comportent souvent des normes du genre des suivantes :

« Le bailleur se réserve le droit d'exiger du locataire qu'il lui communique son chiffre d'affaires mensuel au 4 du mois suivant, ceci pour lui permettre de suivre la marche des affaires du centre.

Le bailleur se réserve également la faculté de communiquer au locataire des informations relatives à la marche générale des affaires dans le centre (taux de progression, notamment) établies sur la base des renseignements obtenus de l'ensemble des locataires du centre, sans toutefois dévoiler les chiffres d'affaires annoncés en vertu de la présente disposition. »

2. Les pourcentages applicables

33. Les taux applicables à la fixation du loyer en fonction du chiffre d'affaires sont extrêmement variables, non seulement suivant les branches d'activités considérées, mais également en fonction du lieu et de la dimension du commerce.

34. En ce qui concerne le taux applicable en fonction de l'activité déployée par le locataire, il existe quelques références dans les ouvrages de doctrine²⁶.

Selon les enseignements que j'ai pu tirer de mon expérience, ces taux s'échelonnent entre 2 et 12, voire 15%.

Pour les commerces d'habits (confections, chaussures, etc.), ces taux s'établissent, en général, entre 5 et 8%.

En ce qui concerne les commerces qui vendent des denrées alimentaires, les écarts sont plus importants : les taux peuvent en effet varier entre 3 et 9%.

Quant aux surfaces de restauration installées dans les centres commerciaux, leurs exploitants peuvent assumer des taux variant entre 3 et 10%, voire 15%²⁷.

35. En ce qui concerne l'incidence du lieu sur les pourcentages applicables, il n'existe pas de règle précise.

Toutefois, l'expérience montre que les proportions sont, de manière générale, plus élevées dans les gares et les aéroports que dans les « centres commerciaux privés ». Cette différence s'explique peut-être en partie par le

²⁶ GRATZ ELMAR, Mietzinsgestaltung, 1995, p. 125 ; LACHAT (Bail à loyer) p. 499 N 10.1, note no 277.

²⁷ DAVID LACHAT, « Le bail des cafés et des restaurants », 18^e séminaire sur le bail à loyer – Neuchâtel – 2014, p. 248, N. 58.

fait que les horaires d'ouverture des commerces sont plus étendus dans les deux premiers cas que dans le dernier.

36. La grandeur des locaux loués exerce, elle aussi, une influence sur le pourcentage applicable. Dans les centres commerciaux qui accueillent plusieurs tea-rooms, ceux dont les surfaces sont petites se voient, en général, appliquer des pourcentages de leur chiffre d'affaires plus élevés que ceux qui occupent de grandes surfaces.
37. Parfois, les parties retiennent que le taux applicable évolue lui-même en fonction du chiffre d'affaires réalisé par le locataire. Dans ce cas, elles adoptent des normes dans leur contrat, du genre de la suivante :

« Le loyer en pourcentage est fixé en fonction du chiffre d'affaires (hors TVA) réalisé par le locataire, multiplié par le taux de

- 6% lorsque le chiffre d'affaires est inférieur ou égal à CHF 600'000.-,
- 5.5% pour la tranche du chiffre d'affaires de CHF 601'000.- à CHF 700'000.-,
- 5% pour la tranche du chiffre d'affaires de CHF 701'000.- à CHF 800'000.- et
- 4,5% pour le chiffre d'affaires excédant CHF 801'000.-. »

Dans l'exemple figurant ci-dessus, le taux diminue en fonction de l'augmentation du chiffre d'affaires réalisé par le locataire. Il serait toutefois possible d'imaginer une solution inverse, par exemple pour tenir compte des frais d'investissement et de lancement que le locataire doit assumer durant les premiers exercices de ses activités.

C. Les perspectives

38. Il n'est pas certain que la prise en compte de l'évolution du chiffre d'affaires réalisé par le locataire connaisse, à l'avenir, le même essor que celui qu'il a eu au cours de ces 20 dernières années.

En effet, les pratiques commerciales évoluent considérablement et de plus en plus rapidement.

Le « e-commerce » connaît notamment un développement considérable. Or, par ce moyen, notamment, un commerçant peut présenter sa

marchandise à ses clients dans l'un des locaux loués, puis la lui vendre – le cas échéant, avec un léger rabais – et la lui livrer par des « canaux » tellement variés que son bailleur ne parviendra jamais à démontrer la réalisation d'un quelconque chiffre d'affaires sur place.

Au demeurant, dans ce contexte, ce n'est pas seulement le commerçant qui cherche à réduire son loyer, mais également la clientèle qui, pour des raisons variées, préfère se faire livrer ses achats que les emporter avec elle.

39. A priori, cette méthode de fixation de loyer restera probablement utile pour les lieux dans lesquels les gens se rendent pour consommer (tels que les établissements publics, les boulangeries-pâtisseries (et encore), les cinémas, etc.) ou pour recevoir des services précis (cordonnerie, ongles, etc.).

III. Le loyer proportionnel au revenu du locataire

A. Le cadre juridique

1. La situation sur le plan légal

40. Aucune disposition du droit suisse ne règle le sort des loyers fixés en fonction du revenu du locataire.
41. Ce mode de fixation du loyer n'avait pas été appréhendé par le Conseil fédéral dans le dernier projet de révision du Code des obligations qu'il a établi dans la perspective de modifier la protection des locataires contre les loyers abusifs.

2. Le cadre jurisprudentiel

a. Locaux commerciaux

42. Les exemples sont peu fréquents.

On peut toutefois retenir l'arrêt rendu le 18 juin 2007 par le Tribunal fédéral dans un cas où le contrat de bail des parties portait sur l'exploitation d'une école hôtelière et dans lequel le loyer convenu avait

été fixé à CHF 20.- par élève et par jour (plus précisément : par élève et par nuitée)²⁸.

Dans cette affaire, le locataire avait résilié son bail par anticipation. Il avait alors pris la décision de recentrer ses activités dans un autre lieu et il s'était abstenu, bien avant la fin du bail, de loger les étudiants de son école dans les locaux loués. Le bailleur s'en était plaint et avait requis le paiement du loyer estimé pour la période pendant laquelle les locaux étaient demeurés vides.

Le Tribunal fédéral a donné raison au bailleur.

Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a rappelé le principe jurisprudentiel qu'il avait émis le 25 juin 1992²⁹ selon lequel, lorsque les parties à un bail prévoient que le loyer est fixé d'après le chiffre d'affaires réalisé par le locataire, ce dernier assume une obligation d'usage des locaux qui le contraint à les exploiter régulièrement.

43. L'état de fait ayant donné lieu à l'arrêt rendu par le Tribunal fédéral le 18 mars 2002³⁰ portait aussi sur un cas dans lequel le loyer était fixé en fonction des revenus du « locataire-commerçant ».

Dans cette affaire, le locataire était un professeur de tennis qui, pour bénéficier des infrastructures de son bailleur (une association exploitant un centre sportif) devait lui ristourner le montant de CHF 20.- pour chaque heure d'utilisation d'un court, durant les « heures de pointe » (soit entre midi et 14 heures), ramené à CHF 15.- pendant les « périodes creuses »(soit toutes les autres heures).

44. Ce genre de fixation de loyer s'apparente à celui déterminé en fonction du chiffre d'affaires du locataire.

Cependant, il s'en distingue par le fait que c'est un (ou plusieurs) élément spécifique des revenus bruts du locataire qui est (ou sont) pris en considération à l'exclusion de tous autres, pour établir le loyer dû. Ainsi, dans les exemples qui précèdent, le fait que l'établissement scolaire vende des livres de cours ou offre des repas contre rémunérations à ses élèves est

²⁸ DB N 20/2008, N 3, pp. 15-17.

²⁹ CdB 1/93, p. 21 et s.

³⁰ 4P.328/2001, rés. in DB N 15/2003 N 1, p. 5.

sans incidence sur le montant du loyer, même s'il s'agit là des éléments qui contribuent le plus à la réalisation de son bénéficiaire. De même, dans le second exemple, si le professeur de tennis fournit des raquettes et des balles contre paiement à ses élèves, ces ventes n'ont pas la moindre incidence sur le loyer dû.

b. Locaux d'habitation

45. Comme déjà précisé, ce mode de fixation du loyer est rarement employé. Quand il l'est, c'est par des collectivités publiques ou semi-publiques qui poursuivent un objectif de politique sociale du logement.
46. Cette méthode de détermination du loyer n'a donné lieu qu'à un seul arrêt du Tribunal fédéral³¹.

Les faits pertinents de ce cas peuvent être résumés comme suit :

- La Fondation (communale) A avait remis à bail aux époux C un logement de 3 pièces moyennant un loyer annuel de CHF 6'600.-.
- Le 17 mars 1987, la Fondation A a notifié aux époux C un avis officiel de majoration destiné à porter leur loyer à CHF 8'400.- par an dès le 1^{er} juillet 1987.

A l'appui de cette prétention, la Fondation A a invoqué l'« adaptation à la valeur objective des locaux, selon l'art. 15a AMSL (application du règlement de la Fondation HLM de la Ville de Genève) ». La Fondation a, par ailleurs, expliqué qu'elle s'était dotée d'un nouveau règlement comportant notamment les clauses suivantes :

« 1. Le loyer sera fixé en tenant compte du salaire du locataire, auquel sera ajouté le salaire des personnes cohabitant avec lui. Il ne devra pas dépasser dans la règle 15% du revenu ci-dessus défini.

2. L'évolution dudit revenu sera prise en considération, à concurrence de 15%.

3. Pour ce faire, chaque année, 4 mois avant l'échéance du bail, la situation financière du locataire sera revue par le bailleur, aux fins de réadapter les conditions du bail à son échéance.

³¹ ATF 116 II 184.

4. *Le comité de la Fondation se réserve le droit de déroger aux règles susmentionnées après examen de cas particuliers où l'application desdites règles serait problématique. »*

- Les époux C ont contesté cette majoration.
- Les autorités judiciaires cantonales compétentes ont débouté les époux C de toutes leurs prétentions.
- En particulier, la Cour cantonale a, tout en admettant que les dispositions légales protégeant les locataires contre des loyers abusifs restaient applicables, retenu une tout autre solution :

« Mais, “dans le cas des immeubles sociaux où les loyers sont fixés en fonction d'un pourcentage des revenus des locataires”, elle a adopté une jurisprudence propre tout à fait différente, voire contraire. Dans ces cas, elle se réfère au rendement de l'immeuble entier “afin de corriger et de compenser les éventuelles pertes de rendement résultant de l'application des mêmes critères de fixation des loyers à d'autres locataires disposant de revenus plus modestes”. Et elle justifie sa solution par un souci de solidarité entre divers preneurs, les uns devant s'acquitter d'un loyer dépassant le montant nécessaire à renter équitablement le montant des fonds propres, afin que les autres, compte tenu de leurs faibles moyens, puissent bénéficier de logements à des prix particulièrement bas (elle se réfère à cet égard à un de ses arrêts publiés in MP-Mietrechtspraxis-, 1988, p. 149 ss., et à BARBEY, Vom Umsatz oder Einkommen des Mieters abhängige Mietzinse, in MP 1989, p. 93). Toutefois, elle limite l'application de sa solution au cas où le pourcentage du revenu consacré au loyer reste dans les proportions usuelles (comme dans le cas de la Fondation qui applique généralement la règle du 15%); les “dérapages” seraient ainsi évités. »³²

47. Le Tribunal fédéral a assez sèchement infirmé l'arrêt de l'Instance supérieure cantonale.

Il l'a d'abord déclaré contraire à l'art. 14 al. 1 AMSL (qui correspond à l'actuel art. 269 CO) en rappelant que cette norme prévoit un examen du bénéfice net que le bailleur tire du loyer au regard non pas de l'entier de

³² ATF 116 II 184, 187, cons. 3 aa).

son investissement, mais de la part de celui-ci dans les locaux qui font l'objet du contrat :

« Selon le texte même de l'art. 14 al. 1 AMSL, le caractère admissible ou excessif d'un loyer ne s'apprécie qu'au regard du local pris à bail par le preneur partie à la procédure ; le fait que le rendement du reste de l'immeuble soit insuffisant ou abusif n'a aucune incidence sur l'issue du litige. »³³

48. Le Tribunal fédéral a même indiqué que la solution retenue par l'autorité judiciaire cantonale supérieure était non seulement infondée « de lege lata », mais qu'elle était, en outre, « difficilement concevable de lege ferenda ». En effet, selon le Tribunal fédéral, cette méthode permettrait de fixer, en fonction des revenus du locataire, des loyers identiques pour des locaux loués aussi différents qu'un studio ou un logement de 5 pièces³⁴.
49. Finalement, le Tribunal fédéral a conclu que :

« Cette différence de traitement ne saurait être justifiée par le fait que, dans le même immeuble social, d'autres locataires bénéficient de meilleures conditions. La notion de solidarité entre locataires, sur laquelle se fonde la jurisprudence cantonale, est totalement étrangère à l'AMSL. Aussi, la perte que peut subir le bailleur qui accepte, pour des motifs sociaux, de fournir à bas prix des locaux aux personnes à bas revenus, doit-elle être couverte par des ressources ad hoc, émanant d'offices, de personnes ou d'autorités agissant précisément dans le but social ainsi recherché ; elle ne peut l'être par le biais de l'augmentation, à la charge de locataires plus favorisés quant aux revenus, de loyers allant au-delà d'un rendement convenable du local loué. »³⁵

³³ ATF 116 II 184, 186, cons. 3 a).

³⁴ ATF 116 II 184, 187-188, cons. 3 bb).

³⁵ ATF 116 II 184, 188, cons. 3bb).

3. La doctrine

50. Les avis ne sont pas très nombreux.

Deux auteurs ont toutefois assez vigoureusement critiqué l'arrêt du Tribunal fédéral susmentionné.

JAKOB TRÜMPY³⁶ a qualifié le raisonnement tenu par le Tribunal fédéral de « juridiquement peu convaincant ». En substance, il a relevé que les statuts ou règlements régissant les entités qui souhaitent pratiquer ce mode de fixation du loyer garantissent déjà qu'aucun montant excessif ne sera tiré de leurs biens immobiliers. En effet, ces entités ne poursuivent pas de but lucratif. Dès lors, elles devraient pouvoir percevoir des ressources déterminées en fonction de l'entier de leur parc immobilier. Une telle possibilité devrait, en outre, être conforme à l'art. 269a CO, puisque les diverses hypothèses retenues par cette disposition ne constituent pas un catalogue exhaustif. A cet égard, il a soutenu que la prise en compte des organisations qui renoncent à rechercher un profit a certainement été oubliée par le législateur ; or, elle aurait vraisemblablement été favorable au locataire.

FRITZ NIGG³⁷ a partagé les points de vue de JAKOB TRÜMPY en précisant que les principes émis par le Tribunal fédéral constituent une « occasion manquée pour la solidarité ». Il a, en outre, critiqué l'avis du Tribunal fédéral selon lequel, en cas d'insuffisance de revenus, l'entité qui pratique la fixation des loyers selon les revenus de ses locataires doit se procurer d'autres ressources ad hoc, en soulignant que, dans les faits, ces ressources manquent bien souvent. Ainsi, pour cet auteur, un engagement social privé devrait pouvoir être institué, à côté de celui des collectivités publiques. Il admet toutefois qu'une fixation de loyer qui se fonderait exclusivement sur le revenu des locataires s'avèrerait certainement contraire à d'autres préoccupations sociales. Le but visé par l'entité pratiquant un tel mode de fixation de loyer devrait surtout consister à permettre l'abaissement des charges des personnes nécessiteuses au moyen d'un supplément obtenu de celles disposant de revenus plus importants.

³⁶ MP 1990, p. 143.

³⁷ MP 1990, p. 143-145.

51. DAVID LACHAT ne critique pas le système. Il le résume comme suit :

« ... Le loyer lié au revenu du locataire est doublement plafonné. D'une part, il ne peut être supérieur au montant découlant de la clause contractuelle (x % du revenu déterminant). D'autre part, si ce revenu est élevé, le loyer ne peut excéder – en cas de contestation – le montant nécessaire à couvrir les charges et à renter équitablement les fonds propres investis dans l'appartement. »³⁸

52. En se fondant sur l'arrêt précité du Tribunal fédéral, DAVID LACHAT retient que les adaptations du loyer doivent être notifiées au locataire sur formule officielle, de sorte que ce dernier puisse les contester.

Il affirme que :

« Les clauses liant le loyer au revenu ne permettent en règle générale pas une majoration du loyer en cours de bail, compte tenu du caractère impératif de l'art. 269d al. 1 CO. »³⁹

L'auteur de la présente contribution ne partage pas ce point de vue. En effet, à moins que l'on cherche à mieux défendre le locataire de locaux d'habitation que le locataire-commerçant, rien n'explique pourquoi le loyer de ce dernier pourrait être adapté n'importe quand – soit en dehors de toute échéance contractuelle – en fonction de son chiffre d'affaires, malgré le caractère impératif de l'art. 269d al. 1 CO, alors qu'il ne serait pas possible d'en faire de même à l'égard du locataire d'un logement dont le revenu servirait de base à la détermination du loyer dû. Au demeurant, ce que le Tribunal fédéral a voulu, dans son arrêt susvisé, c'est éviter que le loyer perçu par le bailleur, fixé selon le revenu de son locataire, soit abusif ; il devrait donc être suffisant, pour les parties, de prévoir que le loyer effectivement dû ne dépassera en aucun cas le loyer maximum licite en regard des art. 269 et ss CO.

B. La pratique

53. Nonobstant la jurisprudence relativement sévère du Tribunal fédéral sus-rappelée, certaines collectivités publiques (en particulier genevoises) ont

³⁸ LACHAT (Bail à loyer), p. 501 N 10.2.3.

³⁹ LACHAT op.cit., p. 502 N 10.2.2 et note 290.

persisté dans le système de la fixation des loyers de leurs locataires en fonction des revenus réalisés par ceux-ci.

Evidemment, elles ont adapté les règlements qu'elles avaient mis en place, pour que ceux-ci soient conformes à l'état du droit.

Les principales normes de leurs règlements et contrats sont du genre des suivantes :

54. Tout d'abord et pour ce qui relève des principes :

« **Principes**

Le loyer (...) ne peut en règle générale pas excéder le pourcentage du revenu familial (taux d'effort) fixé ci-après par l'article ...

Par loyer au sens de la présente norme et des art. ... ci-après, on entend le loyer net, frais accessoires (notamment chauffage, eau chaude) exclus.

Le loyer minimum des logements (...) ne peut être inférieur à CHF 300.- par mois.

Le loyer résultant du revenu déterminant (art. ...) multiplié par le taux d'effort (art. ...) ne peut pas dépasser le loyer admissible au sens du Code des obligations. »

La dernière des règles susmentionnées correspond précisément aux exigences que le Tribunal fédéral a émises dans sa jurisprudence précitée. En aucun cas, la collectivité publique ne doit obtenir un loyer lui procurant un rendement excessif en regard de l'objet spécifique loué. En règle générale, le loyer maximum dû pour le logement considéré est précisé dans le contrat de bail, ce qui permet au locataire de savoir à quelle charge maximale il s'expose, le cas échéant.

55. Les taux d'effort pris en considération pour fixer le loyer varie en fonction du revenu réalisé. Plus le revenu est élevé, plus le taux augmente. Ces principes sont exprimés de la manière suivante :

« Sous réserve du loyer minimum prévu par l'art. ..., le loyer net (...) n'excédera pas :

- *12% du revenu familial annuel s'il est égal ou inférieur à CHF 20'999.-,*
- *12,1% du revenu familial annuel s'il est égal ou inférieur à CHF 21'999.-,*

Au-delà de CHF 21'999.-, le taux d'effort de 12,1% précité est majoré de 0,1% par tranche de revenu familial annuel de CHF 1'000.-, et ce jusqu'à un revenu familial annuel de CHF 119'999.-.

A partir d'un revenu familial de CHF 120'000.-, le loyer net des logements à caractère social n'excédera pas 22% de ce revenu. »

56. Pour être complet, il faut encore relever que, dans les cas examinés par l'auteur du présent exposé, les taux applicables peuvent être augmentés lorsque le locataire se trouve en sous-occupation, soit

« Si le nombre de pièces excède :

- *une pièce de plus que le nombre d'occupants lorsque l'appartement est occupé par un couple ;*
- *deux pièces de plus que le nombre d'occupants lorsque l'appartement est occupé par une famille. »*

57. Evidemment, la notion de « revenu familial » fait l'objet de plusieurs dispositions qui la précisent :

« Revenu familial

Le revenu familial déterminant pour la fixation du loyer (...) est :

a) Le revenu annuel brut de l'ensemble des personnes habitant dans le logement. Sont notamment considérés comme des éléments du revenu brut, le salaire, le revenu d'une activité indépendante, les pensions reçues, les revenus locatifs, les indemnités de chômage et de pertes de gains, les rentes des assurances sociales fédérales et cantonales et les allocations familiales, ainsi que les prestations sociales.

b) Au revenu annuel brut, selon la lit. a ci-dessus, il est ajouté 1/15^e de la fortune imposable de l'ensemble des personnes habitant dans le logement.

c) Sont déduits du revenu familial déterminant :

- *les 8% du revenu liés au salaire, aux revenus de l'activité indépendante, aux indemnités de chômage et de perte de gains ;*
- *une déduction correspondant au montant des allocations familiales, par an et par charge de famille.*

Par charge de famille, on entend les enfants mineurs ou majeurs qui font ménage commun avec le locataire ou pour lesquels celui-ci s'acquitte effectivement d'une pension alimentaire.

Constitue également une charge de famille l'obligation légale du locataire, effectivement assumée, de venir en aide à des ascendants en ligne directe, qu'il s'agisse de personnes occupant le logement avec lui, ou non.

d) Lorsque le locataire accueille de manière durable un rentier, ne sont pas retenues dans le revenu familial les rentes SPC, AVS et AI de ce dernier.

e) Pour les personnes ayant une activité indépendante, le revenu de la personne concernée déterminant est au moins équivalent au montant de la rente AVS individuelle maximale. Les cas de rigueur demeurent réservés. »

Renseignements pris auprès des personnes en charge de l'application de ces dispositions, il semble qu'elles ne donnent que très rarement lieu à des problèmes ou des contestations.

58. Pour pouvoir mettre en œuvre ce système, la collectivité bailleuse doit naturellement être dûment informée des ressources et de la situation patrimoniale de son locataire et de celles des autres occupants du logement loué.

Ainsi, les règles suivantes sont intégrées au rapport contractuel :

« Le revenu familial tel que défini ci-dessus (...) est déterminé à la conclusion du bail et une fois l'an sur la base de la taxation ICC du dernier exercice, de la dernière déclaration fiscale ou de tout autre document probant.

Le locataire a l'obligation de fournir, sur simple demande de la Fondation, tous les renseignements probants permettant de déterminer

le revenu et la fortune du ménage et le nombre de personnes faisant ménage commun avec lui. Toute modification du revenu familial ou du nombre d'occupants du logement doit être immédiatement annoncée (...) et documentée. »

C. Les perspectives

59. Un assouplissement de la jurisprudence du Tribunal fédéral serait certainement bienvenu.

En effet, il n'est pas exclu d'imaginer, par exemple, que des sociétés coopératives d'habitation entendent adopter des statuts qui prévoient que tout ou partie des loyers dus par leurs membres soit fixé en fonction des revenus respectifs de ceux-ci. Le cas échéant, un loyer maximum pourrait être également prévu, mais qui ne correspondrait pas nécessairement à celui résultant de l'application des art. 269 et ss CO, et pourrait même dépasser le plafond résultant de l'application de ces dispositions. Une telle idée n'est pas nécessairement saugrenue. Elle vise à mettre en œuvre une solidarité qui tienne compte des revenus, à l'instar de ce qui se pratique dans bien d'autres domaines de la vie courante (imposition/frais de garderie d'enfants/etc.).

60. En l'état du droit, une telle fixation devrait être admise, mais à concurrence du montant correspondant au loyer admissible pour chaque objet (habitation) considéré, en regard des art. 269 et ss CO. Or, la société coopérative qui voudrait pratiquer ce mode de fixation des loyers serait exposée à d'intenses difficultés, puisqu'elle ne pourrait, au mieux, que parvenir à couvrir ses charges (en particulier dans l'hypothèse – fréquemment rencontrée – où elle n'a pratiquement pas investi de fonds propres lors de l'acquisition ou de la construction de ses bâtiments). Au pire, elle ne pourrait, à terme, que s'endetter et s'exposer, dès lors, à un risque d'insolvabilité.

Une telle solution n'est évidemment pas satisfaisante.

61. Les sociétés coopératives d'habitation pourraient également songer à facturer, à côté des loyers dus par leurs membres, une cotisation fixée en fonction de leurs revenus respectifs. Cependant, en cas de litige, une telle solution serait probablement qualifiée de transaction couplée au sens des art. 254 CO et 3 OBLF, le paiement de la cotisation étant une condition de

la qualité de membre, et cette dernière, elle-même, la condition nécessaire pour l'obtention et le maintien d'un contrat de bail. Le système pourrait donc être attaqué devant les autorités judiciaires compétentes en matière de baux et loyers par n'importe quel coopérateur, avec cette conséquence que la cotisation pourrait être qualifiée de transaction couplée et taxée de nullité.

Il n'existe donc pas, en l'état, de possibilité permettant de mettre valablement en place un système de solidarité entre locataires, même consentants.

IV. Le rabais provisoire de loyer

A. Lors de la conclusion du bail

62. Cette situation ne présente pas de complexité particulière, pour autant que les parties soient d'accord de conclure un bail d'une durée minimale de 3 ans⁴⁰. En effet, dans ce cas, elles peuvent prévoir toutes solutions conformes à l'art. 269c CO qui traite des loyers échelonnés.

Les parties à un tel contrat doivent cependant être conscientes qu'elles s'exposent à ce que leur loyer soit revu fondamentalement à sa première échéance conventionnelle⁴¹.

63. Il arrive que des parties à un bail commercial ne souhaitent pas se lier pour une durée minimale de 3 ans. C'est le cas, par exemple, pour les stands d'exposition mis à disposition par des « grandes surfaces » pour des horlogers ou des vendeurs de parfums. Dans de tels cas, il faut recommander aux parties d'essayer de résoudre leur problématique sans passer par une solution qui puisse être qualifiée d'échelonnement du loyer. Les parties au contrat pourraient éventuellement songer à recourir à une sorte de « variante » du loyer fixé en fonction du chiffre d'affaires réalisé par le locataire. Elles pourraient convenir d'un loyer mensuel minimum dû tant et aussi longtemps que le chiffre d'affaires mensuel du locataire n'atteint pas un certain niveau. Puis, lorsque le chiffre d'affaires mensuel obtenu par le locataire atteint ou dépasse le seuil retenu, le loyer alors dû

⁴⁰ LACHAT (Bail à loyer), p. 517 N 3.2.3.

⁴¹ ATF 121 III 397.

s'établit à un montant supérieur, le cas échéant lui aussi défini ou bloqué à un montant maximum. Naturellement, pour éviter toute difficulté d'interprétation, les loyers arrêtés par les parties devraient correspondre à un pourcentage effectif du chiffre d'affaires.

Exemple :

- Le loyer mensuel minimal dû par le locataire, tant et aussi longtemps que ce dernier n'obtient pas un chiffre d'affaires mensuel de CHF 20'000.-, est de CHF 1'000.-.
- Le loyer mensuel variable dû par le locataire représente 5% de son chiffre d'affaires mensuel.
- Le loyer mensuel maximum dû par le locataire ne peut dépasser CHF 2'000.-.

B. En cours de bail

64. Dans un arrêt non publié rendu le 22 septembre 1992, dans une cause SI Rue X. contre G., le Tribunal fédéral a retenu que :

« Il n'est pas arbitraire d'assimiler aux baux échelonnés ceux prévoyant un rabais temporaire sur le loyer convenu, hormis les cas où la réduction de loyer est consentie temporairement en raison d'un usage amoindri de la chose louée. »

Pour respecter ce principe, la clause que des parties peuvent adopter en vue de concéder un rabais provisoire au locataire doit donc respecter les conditions de l'art. 269c CO.

L'accord des parties doit porter sur une durée de 3 ans, au minimum, le rabais consenti devant s'étaler au minimum sur une durée de 12 mois. La remise à niveau du loyer à son montant précédent implique la notification par le bailleur au locataire de l'avis officiel prévu par l'art. 19 al. 2 OBLF ou, pour les cantons qui l'ont décrété, l'envoi de la copie de la convention, au plus tôt 4 mois avant la date de la modification du loyer.

65. Lorsque la clause est nulle (par exemple lorsqu'elle prévoit plus d'une variation du loyer par année ou lorsque la diminution, respectivement l'augmentation est prévue sur une période plus courte qu'une année), le contrat des parties est frappé de nullité partielle, au sens de l'art. 20 al. 2 CO. Dans une telle hypothèse, la jurisprudence admet que le juge peut

cependant convertir la disposition nulle en une clause valable en se fondant sur la volonté hypothétique des parties⁴².

Cette dernière solution doit effectivement être saluée. S'en tenir à une nullité absolue pourrait avoir pour résultat absurde que le rabais consenti soit lui-même déclaré nul et que le locataire doive alors payer le loyer convenu, sans la réduction.

66. D'autres solutions sont-elles envisageables ?

On pourrait imaginer, par exemple, que, dans la perspective de tenir compte de la mauvaise conjoncture, un bailleur renonce à facturer à son locataire tout ou partie du loyer dû pour le dernier mois de l'année ou pour le dernier trimestre de l'année. Mais si les parties s'accordent sur un tel système, ne doit-on pas considérer qu'elles se retrouvent, en réalité, liées par un bail échelonné, avec toutes les restrictions qu'une telle solution implique (durée de 3 ans/validité de l'échelon admis eu égard à sa durée/nécessité de notifier l'échelon/etc.) ?

En irait-il de même si, au lieu de lui consentir un rabais de loyer, le bailleur faisait un don à son locataire (situation que l'on rencontre finalement assez fréquemment, lorsqu'à l'occasion du renouvellement d'un bail de longue durée, le locataire décide de réaliser des travaux dans ses locaux et reçoit une participation financière de son bailleur) ?

A ma connaissance, les cas de ce genre n'ont jamais été tranchés par les autorités judiciaires compétentes.

Suivant les solutions qui leur seraient, le cas échéant, données, l'on pourrait probablement soutenir qu'elles dépasseraient la saine protection des intérêts bien compris des locataires. En effet, si les bailleurs devaient se trouver confrontés à des difficultés, quelles qu'elles soient, après avoir essayé de mettre en place une solution provisoire favorable à leurs locataires, ils y renonceraient purement et simplement.

Finalement, il faut bien admettre que le système légal en place ne pousse pas les bailleurs à envisager des rabais provisoires de loyer, alors même

⁴² LACHAT (Bail à loyer), p. 517 N 3.2.2 ; CPra Bail-PATRICIA DIETSCHY, art. 269c CO N 15.

que les soubresauts conjoncturels de ces dernières années auraient pu en justifier et en favoriser l'emploi.

V. La fixation du nouveau loyer applicable à l'échéance d'un bail de longue durée

A. Le cadre général

67. En matière de location commerciale, il arrive assez fréquemment que des baux de longue durée – 20 ans ou plus – soient conclus, notamment pour tenir compte des investissements opérés initialement par le locataire.

Ce genre de situation se rencontre, en particulier, pour des bâtiments industriels et pour des établissements publics.

Dans certains cas, les parties à ces contrats souhaitent, lors de leur conclusion, d'ores et déjà anticiper le loyer qui pourra être appliqué dans la perspective où le contrat viendrait à se renouveler lors de sa lointaine échéance.

68. Ces cas s'apparentent aux situations dans lesquelles les parties se lient par un droit de superficie, un usufruit ou un droit d'habitation coûteux. Dans ces derniers cas, les parties cherchent, elles aussi, à prévoir le mode de fixation de la redevance due dans la perspective du renouvellement éventuel de leur convention.

Dans la mesure où, a priori, ces situations ne réalisent pas les conditions pour être qualifiées « d'autres contrats » selon l'art. 253b al. 1 CO, les parties à des droits de superficie, des usufruits et des droits d'habitation peuvent librement convenir des règles déterminant le montant de la redevance due en cas de renouvellement de la durée de leurs droits réels.

La pratique montre que de très nombreuses dispositions conventionnelles, du genre des suivantes, existent :

« A l'échéance du droit de superficie et – si ce dernier est prolongé – lors de chaque renouvellement ultérieur, le montant de la redevance sera adapté à la valeur moyenne des immeubles au moment de l'échéance ou du renouvellement. Cette valeur moyenne est établie par comparaison avec des immeubles dont la situation, l'équipement et l'affectation sont analogues.

Cette valeur est fixée d'accord entre les parties. A défaut d'un tel accord, elle est déterminée par le Tribunal arbitral prévu dans les dispositions figurant ci-dessous. »

Ou, également

« La rente de superficie est révisable fondamentalement tous les 25 ans selon les prix du marché et l'évolution des coûts de la construction, étant précisé que la modification de la rente ne peut pas dépasser 25% en plus ou en moins de la valeur qu'elle aura au jour où la révision fondamentale intervient. »

B. En particulier

69. De tels dispositifs devraient pouvoir être transposés dans un bail de longue durée, d'une part, parce qu'ils sont compatibles sinon avec la teneur précise, du moins avec l'esprit général des art. 269 et ss CO et, d'autre part, parce que dans la mesure où l'objet loué est commercial, l'arbitrage demeure possible (art. 361 al. 4 CPC a contrario).
70. Il est cependant douteux, en l'état de la jurisprudence, que les parties puissent s'entendre d'avance sur une hausse ou une réduction maximale du loyer, intervenant à l'occasion du renouvellement de leur contrat. Le Tribunal fédéral estime, en effet, que les parties ne peuvent pas convenir d'un loyer minimal qui empêcherait le locataire d'obtenir un loyer inférieur, en raison d'une diminution qui serait justifiée en regard des art. 269 et ss CO⁴³.

En outre, comme le rappelle FRANÇOIS BOHNET :

« Notre Haute Cour considère que des règles visant à protéger les locataires contre les loyers abusifs auxquelles les cocontractants pourraient déroger par un simple accord n'auraient que peu de sens. Pour le TF, il n'est pas possible d'abandonner aux parties au contrat le soin de décider à quelles conditions un loyer peut être considéré ou non comme abusif, sans égard aux présomptions établies par le législateur fédéral (ATF 133 III 61, c. 3.2.2.2, DB 2008 N 15).

⁴³ ATF 125 III 358, DB 2000 N 19.

Toujours selon le TF, la nécessité de protéger le locataire contre les loyers abusifs exclut que l'on tolère la création d'un droit conventionnel parallèle qui viendrait concurrencer la législation ad hoc, fruit d'un long processus d'élaboration ayant débouché sur un compromis entre les intérêts antagonistes des bailleurs et des locataires. »⁴⁴

Ainsi et quand bien même les solutions évoquées ci-dessus semblent éprouvées en ce qui concerne les situations dans lesquelles les parties se sont entendues sur un droit réel au terme duquel l'une d'entre elle a reçu l'usage d'un bien en échange d'une redevance, il faut probablement déconseiller leur utilisation lorsque les parties à une relation identique, sur le plan pratique, n'entendent être liées que par un rapport contractuel.

VI. Le bail comportant un échelonnement et une indexation du loyer ou vice-versa

A. Le cadre général

71. Les art. 269*b* et 270*c* CO régissent les loyers indexés.

Les loyers échelonnés sont soumis aux art. 269*c* et 270*d* CO.

La mise en œuvre de ces dispositions légales ne pose guère de problème particulier.

Lorsque les parties à un contrat de bail utilisent l'une ou l'autre de ces méthodes de fixation du loyer, leur marge de manœuvre pour contester l'application qui en résulte est extrêmement limitée.

La situation est donc claire.

B. Le cadre jurisprudentiel

72. En matière d'emploi simultané de l'indexation et de l'échelonnement du loyer, les cas litigieux ont été rares.

⁴⁴ CPra Bail-FRANÇOIS BOHNET, art. 269-270*e* CO N 8 et 9.

Le Tribunal fédéral a toutefois rendu un arrêt de principe à ce sujet, le 17 novembre 1997⁴⁵.

Les faits de ce cas peuvent être résumés comme suit :

- Les parties ont conclu un contrat pour une durée initiale courant du 16 février 1991 au 31 mars 1996. Ce contrat pouvait être résilié moyennant un délai de congé de 7 mois. Il était d'ores et déjà prévu que le locataire bénéficie d'une option de prolongation du bail d'une durée de 5 ans à l'échéance de la durée contractuelle ; le cas échéant, le locataire devait faire valoir son droit avant le 31 mars 1995.
- Alors que le loyer annuel permettant (prétendument) de couvrir les charges s'élevait lors de la conclusion du bail à CHF 589'740.-, les parties sont convenues que celui-ci serait réduit à CHF 383'220.- « par générosité exceptionnelle du bailleur envers le locataire ».
- Le loyer pouvait toutefois être adapté aux modifications de l'indice suisse des prix à la consommation.

Il a ainsi été modifié à diverses reprises ; la dernière fois, il a été porté à CHF 442'494.- avec effet au 1^{er} janvier 1995.

- Dans l'hypothèse où la locataire exercerait son droit d'obtenir une prolongation du contrat, le loyer alors dû serait celui permettant de couvrir les coûts, de CHF 589'740.-, « adapté aux modifications de l'indice des prix entrées en vigueur depuis le 30 juin 1990 ».
- Le locataire n'a pas fait usage de son droit d'obtenir une prolongation du bail. Toutefois, les parties se sont entendues sur une prolongation du contrat pour une durée indéterminée.
- Le bailleur a alors, par lettre et sur formule officielle, communiqué au locataire que le loyer annuel se monterait, dès le 1^{er} avril 1996, à CHF 693'152.-.
- Le locataire a contesté l'augmentation de son loyer auprès des autorités judiciaires compétentes.
- Après l'échec de la conciliation, le bailleur a saisi les autorités cantonales qui l'ont débouté, de même que le Tribunal fédéral.

⁴⁵ ATF 124 III 57=JdT 1999 I 19.

Dans son arrêt, le Tribunal fédéral a rappelé que lorsque les parties sont liées par un contrat prévoyant une indexation du loyer, le bailleur ne peut invoquer aucun autre motif de majoration :

« C'est pourquoi, dans un contrat avec loyer indexé, il est exclu de prévoir d'autres facteurs de majoration que la hausse de l'indice suisse des prix à la consommation, à moins que la majoration soit justifiée par des prestations supplémentaires correspondantes du bailleur et que le contrat de bail ait envisagé expressément cette possibilité (...) ».

Revenant au cas d'espèce, le Tribunal fédéral a relevé que c'était à juste titre, en l'occurrence, que les tribunaux cantonaux avaient qualifié le contrat des parties de « convention d'échelonnement » puisqu'il prévoyait un loyer annuel initial de CHF 383'220.- pendant 5 ans, indexable, puis de CHF 589'740.- dès la 6^e année.

Le Tribunal fédéral a déclaré à ce sujet qu'il était sans conséquence qu'une seule adaptation ait été prévue, ni que le loyer initial ait été qualifié de « réduction ».

Puis, rappelant sa considération citée ci-dessus, le Tribunal fédéral a retenu que :

« Si le contrat prévoit une clause d'indexation et que cette clause a fondé une adaptation du loyer, il ne reste en principe plus de place, comme on l'a vu (c. 3a ci-dessus), pour une clause d'échelonnement ni du reste pour d'autres facteurs de hausse. La juridiction cantonale n'a donc pas violé le droit fédéral en déclarant que, vu le cumul avec l'indexation, la majoration de loyer reposant sur la clause d'échelonnement n'était pas admissible. »

73. De cet arrêt, l'on a retenu le principe suivant :

« Le cumul d'une clause d'indexation et d'une clause d'échelonnement dans le même contrat de bail n'est pas possible. »⁴⁶

⁴⁶ *Ibidem* ; LACHAT (Bail à loyer), p. 510 N 2.2.7 ; CPra Bail–PATRICIA DIETSCHY, art. 269c CO N 33 ; LAURA JACQUEMOUD-ROSSARY, « L'évolution récente de la jurisprudence en matière de loyer », 11^e séminaire sur le bail à loyer – Neuchâtel – 2000, p. 18.

74. En revanche, il est couramment admis que le loyer puisse être successivement échelonné, puis indexé, ou l'inverse⁴⁷.

PATRICIA DIETSCHY ajoute à cet égard que :

*« En cas de clause d'indexation successive à un loyer échelonné, l'indice de base pour le calcul du nouveau loyer doit être, sauf exception (N 38), celui en vigueur à l'échéance de la clause d'échelonnement et non celui de la conclusion du bail (Ch. app. GE, CdB 1997 60 ; cf. N 38). Si le bail prévoit la date de la conclusion du contrat comme date déterminante pour la prise en compte de l'indice, il est partiellement nul et il doit être modifié en conséquence par le juge (art. 20 al. 2 CO ; Ch. app. GE, CdB 1997 60). »*⁴⁸

75. La pratique admet qu'une durée de 5 ans suffit pour prévoir un bail comportant un échelonnement et une indexation. L'exemple le plus couramment cité est donc celui d'un contrat qui comporte un loyer initial valable une année et deux échelons successifs eux-mêmes également valables une année chacun, puis une indexation du loyer prenant effet durant les deux dernières années restant à courir.

Ceci étant, dans une affaire que j'ai eu à traiter il y a quelques années, un de mes confrères, représentant les locataires, m'avait laissé entendre que ses clients envisageaient de plaider la nullité de la fixation de leur loyer en prétendant que, pour que les deux systèmes puissent être employés dans le même contrat, il convenait qu'après la période des échelonnements prévus, s'étalant sur une durée minimale de 3 ans, la période pendant laquelle le loyer pourrait être indexé s'étende, elle-même, sur une période minimale de 5 ans. Selon ce confrère, le système consistant à prévoir un contrat d'une durée maximale de 5 ans prévoyant à la fois un échelonnement (sur 3 ans) et une indexation (sur 2 ans seulement) contrevenait à l'art. 269b CO.

Le bailleur et le locataire de ce dossier étant parvenus à résoudre leur litige à l'amiable, cette question n'a jamais été tranchée.

⁴⁷ LACHAT, *Ibidem* ; PATRICIA DIETSCHY, *Ibidem*.

⁴⁸ *Ibidem*.

A ma connaissance, personne d'autre ne l'a non plus soumise à l'appréciation des autorités judiciaires compétentes.

Il m'apparaît toutefois que, l'interprétation littérale des dispositions légales concernées, les art. 269*b* et 269*c* CO, permet de confirmer que la pratique consistant à convenir d'un contrat d'une durée de 5 ans comportant un échelonnement du loyer durant les 3 premières années, puis une indexation du loyer durant les 2 dernières années suivantes (en réalité : restantes) est licite, chacune des durées minimales imposées par la loi étant respectée.

VII. Conclusion

76. Parvenu au terme de l'examen des différentes situations sus-évoquées, il apparaît qu'il reste encore un peu de place, dans le domaine de la fixation du loyer, pour l'originalité.

Dans certaines situations particulières, les normes applicables sont, à mon avis, trop contraignantes, ce qui dessert les intérêts de chacune des parties.

Peut-être faudrait-il profiter de la prochaine révision des règles légales applicables à la fixation des loyers pour revoir certains principes (autres que celui qui lie l'évolution du loyer à celle du taux applicable aux prêts – qui ne semble plus correspondre tout à fait aux réalités actuelles) de manière à permettre à des personnes majeures et vaccinées – en particulier les commerçants rompus aux « bonnes » affaires – de trouver ou d'imaginer des solutions adaptées à leurs situations et à leurs intérêts.

Bibliographie

BARBEY RICHARD, L'arrêté fédéral instituant des mesures contre les abus dans le secteur locatif, Payot, Lausanne 1984

BOHNET FRANCOIS/MONTINI MARINO (édit.), Droit du bail à loyer, Commentaire pratique, Bâle 2010 (CPra Bail-AUTEUR)

Bohnet Francois/Haldy Jacques/Jeandin Nicolas/Schweizer Philippe/Tappy Denis, CPC Code de procédure civile commenté, Bâle 2011 (CPC-AUTEUR)

BURKHALTER PETER/MARTINEZ-FAVRE EMMANUELLE, Commentaire SVIT du droit du bail à loyer, Lausanne 2011 (Co-SVIT)

ENGEL PIERRE, Contrat de droit suisse, Stämpfli éditions SA, Berne 2000

JACQUEMOUD-ROSSARI LAURA, Le transfert du bail commercial, 8^e séminaire, Neuchâtel 1994

JACQUEMOUD-ROSSARI LAURA, L'évolution récente de la jurisprudence en matière de loyer, 11^e séminaire, Neuchâtel 2000

JEANPRÊTRE RAYMOND, Le loyer proportionnel au chiffre d'affaires du locataire (le bail partiaire), 3^e séminaire, Neuchâtel 1984

KNOEPLER FRANCOIS/RUEDIN PIERRE-EMMANUEL, Regard circulaire sur le droit du bail Commercial, 13^e séminaire Neuchâtel 2004

LACHAT DAVID, Le bail à loyer, 2^e éd., Lausanne 2008

LACHAT DAVID/MICHELI JACQUES, Le nouveau droit du bail, Lausanne 1990

LACHAT DAVID, La procédure civile en matière de baux et loyers, Lausanne 2011

LACHAT DAVID, Le bail des cafés et des restaurants, 18^e séminaire, Neuchâtel 2014

MARCHAND SYLVAIN/CHAPPUIS CHRISTINE/HIRSCH LAURENT (édit.), Recueil de contrats commerciaux, Bâle 2013

Message concernant l'initiative populaire « pour la protection des locataires », la révision du droit du bail à loyer et du bail à ferme dans le

Code des obligations et la loi fédérale instituant des mesures contre les abus dans le secteur locatif du 27 mars 1985, Fondation Edmond J. Safra 1985 I 1369 ss (Message)

MICHELI JACQUES, Les transactions couplées avec le bail, 13^e séminaire, Neuchâtel 2004

SAVIAUX NICOLAS, Sous-location et usage de la chose : le point de la situation, CdB 2012, p. 45 ss (SAVIAUX, Sous-location)

TERRAPON PASCAL, Transfert du bail commercial et restitution anticipée de la chose louée, 17^e séminaire, Neuchâtel 2012, p. 151 ss

TERCIER PIERRE/FAVRE PASCAL G., Les contrats spéciaux, 4^e éd., Genève/Zurich/Bâle 2009 (in : Tercier/Favre/Auteur)

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

THEVENOZ LUC/WERRO FRANZ (édit.), Commentaire romand Code des obligations I, 2^e éd., Bâle 2012 (CR-AUTEUR)

Les spécificités du bail à ferme (art. 275 ss CO) Une comparaison avec le bail à loyer (art. 253 ss CO)

par

Blaise Carron*

Professeur à l'Université de Neuchâtel, avocat

| | |
|--|-----|
| Introduction, conventions linguistiques et plan..... | 123 |
| I. Présentation générale | 124 |
| A. Sources légales..... | 124 |
| B. Notions | 127 |
| 1. Définitions..... | 128 |
| 2. Caractéristiques communes..... | 128 |
| 3. Eléments spécifiques..... | 129 |
| a. Objet du bail..... | 129 |
| b. But du bail | 131 |
| 4. Qualification de quelques baux particuliers..... | 132 |
| a. Locaux commerciaux..... | 132 |
| b. Restaurants, bars et cafés..... | 133 |
| c. Locaux situés dans un centre commercial | 135 |
| C. Formation du contrat..... | 139 |
| II. Obligations contractuelles | 140 |
| A. Obligation commune d'inventaire | 140 |
| B. Obligations du bailleur..... | 141 |

* Ce texte se fonde sur une présentation effectuée le 26 juin 2014 à Granges lors de la Conférence des autorités de conciliation en matière de bail à loyer. Il a été révisé et mis à jour. Je remercie Madame Christelle Froidevaux, collaboratrice scientifique à la Chaire d'introduction générale au droit et de droit des obligations, de l'aide qu'elle m'a apportée dans la mise au point de la nouvelle version. Je tiens également à remercier le Prof. Helmut Böhm, de l'Université de Salzbourg, pour ses précieuses informations concernant les développements récents en droit autrichien, ainsi que Me David Lachat pour sa relecture critique d'un premier projet.

| | |
|---|-----|
| 1. Etat de la chose lors de la délivrance | 141 |
| 2. Entretien de la chose | 143 |
| 3. Réparation des défauts | 143 |
| C. Obligations du fermier | 144 |
| 1. Usage de la chose..... | 144 |
| a. Obligation de diligence..... | 144 |
| b. Obligation d’entretien de l’usager | 147 |
| c. Rénovations et modifications par le fermier..... | 151 |
| 2. Rémunération..... | 153 |
| a. Terme de paiement..... | 153 |
| b. Délai de paiement en cas d’arriérés..... | 155 |
| III. Fin du contrat | 157 |
| A. Causes ordinaires | 157 |
| 1. « Fin » d’un contrat de durée déterminée par reconduction tacite.. | 157 |
| 2. Fin du bail de durée indéterminée..... | 158 |
| a. Termes et délais | 158 |
| b. Logement de famille..... | 159 |
| B. Causes extraordinaires..... | 161 |
| 1. Faillite de l’usager..... | 161 |
| 2. Décès de l’usager | 164 |
| C. Liquidation du bail | 166 |
| 1. Restitution de la chose | 166 |
| a. Etat de la chose | 166 |
| b. Indemnité en faveur du fermier | 168 |
| 2. Remplacement des objets portés à l’inventaire..... | 169 |
| IV. Questions particulières..... | 171 |
| A. Changement de parties..... | 171 |
| 1. Sous-contrat | 171 |
| 2. Transfert ensuite de restitution anticipée | 175 |
| B. Procédure..... | 177 |
| Bibliographie..... | 179 |

Introduction, conventions linguistiques et plan

1. Dans le texte original du Code des obligations de 1911 (CO), le bail à loyer et le bail à ferme appartenaient tous deux au Titre huitième¹. Ce n'est que lors de la *révision totale du droit du bail de 1989* que le législateur a introduit un nouveau Titre huitième^{bis}, consacré spécifiquement au bail à ferme². En dépit de cette émancipation formelle, les deux réglementations demeurent proches l'une de l'autre³.
2. La présente contribution expose de manière systématique les spécificités du bail à ferme par rapport au bail à loyer *dans le CO*. Elle ne traite pas de la loi fédérale sur le bail à ferme agricole (LBFA)⁴. Cette loi spéciale régit les baux à ferme portant sur l'usage et l'exploitation d'un immeuble ou d'une entreprise à des fins agricoles⁵.
3. Les *conventions linguistiques* suivantes, relatives aux parties et à l'objet du contrat, veulent faciliter une lecture efficace de la présente contribution :
 - Lorsque l'on évoque indistinctement bail à loyer et bail à ferme, les parties au contrat sont appelées « bailleur » et « usager » et les prestations échangées portent sur un « objet cédé » ou « objet du contrat » en contrepartie d'une « rémunération ».
 - Si l'on ne parle que du bail à loyer, il unit un « bailleur (à loyer) » et un « locataire », et porte sur l'usage d'une « chose louée » contre le paiement d'un « loyer ».
 - Si l'on traite du bail à ferme, il met en relation un « bailleur (à ferme) » et un « fermier », la prestation du premier est la cession de

¹ Message, FF 1985 I 1391 ; CR-CO I-RONCORONI, Intro. art. 275-304 N 2. Il en allait d'ailleurs de même pour l'ancien Code des obligations de 1881. Pour plus de détails sur les développements historiques, cf. ZKomm-HIGI, Vorbemerkungen zum 8. Titel^{bis} (Art. 285-304), N 4 ss.

² Message, FF 1985 I 1391.

³ CPra Bail 2-CARRON, art. 275 N 8 ; TERCIER/FAVRE/BUGNON, N 2791.

⁴ RS 221.213.2.

⁵ CPra Bail 2-CARRON, art. 276a N 3 ss ; TERCIER/FAVRE/BUGNON, N 2872. A ce sujet, cf. STUDER BENNO/HOFER EDUARD, Das landwirtschaftliche Pachtrecht – Kommentar zum Bundesgesetz über die landwirtschaftliche Pacht vom 4. Oktober 1985, 2^e éd., Brugg 2014.

l'usage et de la jouissance d'un bien productif ou d'un droit productif (« chose affermée ») et celle du second le paiement d'un « fermage ».

4. Après une présentation générale (I.), nous traiterons des obligations contractuelles (II.) et de la fin du contrat (III.). Nous aborderons enfin les questions particulières du changement de parties et de procédure (IV.).
5. Chaque spécificité du bail à ferme analysée fera en principe l'objet du traitement suivant :
 - L'exposé débutera par la présentation de la *solution* du bail à loyer et du bail à ferme, en mentionnant les dispositions légales applicables, en précisant leur nature (dispositive ou impérative) et en décrivant brièvement le régime juridique. L'accent est mis sur les spécificités du bail à ferme, les règles du bail à loyer ne faisant l'objet que de renvois, parce que supposées mieux connues du lecteur⁶.
 - L'exercice consistera ensuite à apprécier les conséquences d'une qualification du contrat *divergente*, c'est-à-dire l'hypothèse où les parties ont des points de vue opposés quant à la qualification du contrat, l'une retenant un bail à ferme et l'autre un bail à loyer.
 - Enfin, l'analyse portera sur les conséquences d'une *confusion*, c'est-à-dire le cas où les deux parties supposent à tort avoir affaire à un bail à ferme alors qu'il s'agit d'un bail à loyer (et vice-versa).

I. Présentation générale

6. La première partie, consacrée à des considérations générales, aborde successivement les sources légales (A.), les notions de bail à ferme et de bail à loyer (B.), ainsi que la formation du contrat (C.).

A. Sources légales

7. Le *bail à loyer* est régi par les art. 253 ss CO, complétés par l'Ordonnance sur le bail à loyer et à ferme d'habitations et de locaux commerciaux (OBLF)⁷. De plus, la loi fédérale sur les contrats-cadres de baux à loyer et

⁶ Les sources citées dans les notes de bas de page devraient néanmoins permettre au lecteur de retrouver les détails concernant chacune des institutions.

⁷ RS 221. 213.11.

leur déclaration de force obligatoire générale (LCBD)⁸ permet l'adoption de contrats-cadres par des associations de bailleurs et de locataires (art. 1) et prévoit que le Conseil fédéral puisse déclarer certains contrats-cadres de force obligatoire (art. 4 ss)⁹. C'est notamment le cas pour le Contrat-cadre romand (CCR) et les Règles et usages locatifs du canton de Vaud (RULV)¹⁰.

8. Le *bail à ferme non agricole* est régi par les art. 275 ss CO. L'OBLF est également applicable à ce type de bail¹¹.
9. Même si la présente contribution vise à mettre en évidence les spécificités du bail à ferme, il serait malhonnête d'occulter la *grande ressemblance* du régime du bail à ferme avec celui du bail à loyer.
10. Sur les trente-sept dispositions consacrées au bail à ferme (art. 275 à 304 CO), au moins neuf d'entre elles contiennent un *renvoi direct* aux art. 253 ss CO¹² :
 - l'art. 281 al. 2 CO renvoie à l'art. 257a CO ;
 - l'art. 287 al. 3 i.f. CO renvoie aux art. 259d et 259e CO ;
 - l'art. 288 al. 1 CO renvoie aux art. 258 et 259a à 259i CO ;
 - l'art. 289 al. 2 CO renvoie aux art. 259d et 259e CO ;
 - l'art. 290 CO renvoie aux art. 261-261b CO ;
 - l'art. 292 CO renvoie à l'art. 263 CO ;
 - l'art. 294 CO renvoie à l'art. 265 CO ;
 - l'art. 299c CO renvoie aux art. 268 à 268b CO ;
 - l'art. 300 al. 1 CO renvoie aux art. 271 à 273c CO.

⁸ RS 221.213.15.

⁹ CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY, Intro. gén., N 8.

¹⁰ CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY, Intro. gén., N 9 s.

¹¹ Aucun contrat-cadre ne concerne actuellement le bail à ferme. A notre avis et conformément à son titre, la loi fédérale sur les contrats-cadres de baux à loyer et leur déclaration de force obligatoire générale ne s'applique pas au bail à ferme. Cf. toutefois, RONCORONI qui admet l'application de la loi fédérale et de son ordonnance (OCBD : RS 221.213.151) au bail à ferme non agricole, à condition qu'il porte sur des habitations et/ou des locaux commerciaux (CR-CO I-RONCORONI, Intro art. 275 ss N 12).

¹² Eg. RONCORONI, FJS 832, p. 3.

11. Par ailleurs, au moins dix-huit dispositions ont un *contenu proche* de celles du bail à loyer¹³ :
- l'art. 276 CO correspond à l'art. 253*b* al. 1 CO ;
 - l'art. 278 al. 2 et 3 CO correspond aux art. 256*a* I et I CO ;
 - l'art. 280 CO correspond à l'art. 256*b* CO ;
 - l'art. 283 CO correspond à l'art. 257*f* al. 1 et 2 CO ;
 - l'art. 285 CO correspond à l'art. 257*f* al. 3 CO ;
 - l'art. 286 al. 2 CO correspond à l'art. 257*g* al. 2 CO ;
 - l'art. 287 al. 2 et 3 CO correspond à l'art. 257*h* al. 2 et 3 CO ;
 - l'art. 288 al. 2 CO correspond à l'art. 256 al. 2 CO ;
 - l'art. 289 al. 1 et 2 CO correspond à l'art. 260 CO ;
 - l'art. 289*a* al. 2 CO correspond à l'art. 260*a* al. 2 CO ;
 - l'art. 291 al. 3 CO correspond à l'art. 262 al. 1 CO ;
 - l'art. 293 CO correspond à l'art. 264 CO ;
 - l'art. 295 al. 1 CO correspond à l'art. 266 al. 1 CO ;
 - l'art. 296 al. 3 CO correspond à l'art. 266*a* al. 2 CO ;
 - l'art. 297 CO correspond à l'art. 266*g* CO ;
 - l'art. 298 CO correspond à l'art. 266*l* CO ;
 - l'art. 299 al. 4 CO correspond à l'art. 267 al. 2 CO ; et
 - l'art. 299*a* CO correspond à l'art. 267*a* CO.
12. En outre, l'art. 253*b* al. 1 CO prévoit que les *dispositions sur la protection contre les loyers abusifs* (art. 269 à 270*e* CO¹⁴) s'appliquent par analogie aux baux à ferme non agricoles concernant des habitations et des locaux commerciaux. L'absence de cette mention dans les art. 275 ss CO procède

¹³ Eg. TERCIER/FAVRE/BUGNON, N 2825.

¹⁴ La version légale française mentionne uniquement « art. 269 et s. », ce qui pourrait restreindre le renvoi aux deux art. 269 et 269*a* CO (par opposition à l'abréviation « ss » qui renverrait clairement aux art. 269 CO et suivants). Toutefois, la version allemande mentionne « art. 269 ff. », ce qui indique à raison que tous les articles du chapitre II (art. 269-270*e* CO) font l'objet du renvoi.

d'un oubli du législateur de la révision de 1989, tout comme celle des dispositions concernant l'interdiction des transactions couplées (art. 254 CO), de la définition des frais accessoires (art. 257b CO) et de la fourniture de sûretés par le locataire (art. 257e CO) dans les baux d'habitations et de locaux commerciaux¹⁵.

13. Enfin, l'OBLF traite aussi bien des baux à loyer que des baux à ferme, comme l'indique son titre. Même si aucune des dispositions de cette ordonnance ne mentionne explicitement le bail à ferme, elles peuvent néanmoins être pertinentes en raison des renvois existants. Par exemple, l'art. 3 OBLF concernant les transactions couplées est applicable à un bail à ferme.

B. Notions

14. La frontière entre bail à loyer et à ferme étant souvent ténue¹⁶, la *qualification* du contrat doit s'opérer en fonction des prestations concrètes convenues par les parties, et non pas selon les expressions ou dénominations inexactes dont elles ont pu se servir¹⁷. Lorsque les parties qualifient erronément leur contrat, ou lorsqu'elles divergent quant à sa nature, l'autorité saisie d'un litige doit vérifier d'office la qualification du contrat et lui appliquer le régime pertinent¹⁸.
15. Pour attribuer au bail un caractère locatif ou fermier, il faut connaître les définitions (1.), les caractéristiques communes (2.) et les éléments spécifiques (3.) de ces deux contrats. La qualification de certains baux (4.) justifie une analyse approfondie.

¹⁵ CR-CO I-RONCORONI, Intro art. 275 ss N 5 et 6. D'un avis contraire, mais erroné, TF du 20.01.2000, 4C.420/1999, cons. 2b, qui semble nier l'application par analogie des art. 269 ss CO.

¹⁶ ATF 103 II 247, cons. 2b, JdT 1978 I 504 (la remise de locaux commerciaux à titre onéreux est un contrat « souvent à la limite du bail à loyer et du bail à ferme »). Cf. déjà ATF 28 II 239, cons. 4 (« Fälle derartiger Vermietung grenzen enge an die Pacht »).

¹⁷ TF du 21.05.2001, 4C.43/2000, cons. 2b, selon lequel « il ne suffit donc pas que le contrat parle de 'gérance' pour conclure nécessairement à l'existence d'un bail à ferme ». Eg. TF du 02.11.2005, 4C.198/2005, cons. 2.

¹⁸ TERCIER/FAVRE, N 262.

1. Définitions

16. Selon l'art. 253 CO, le *bail à loyer* (Miete, locazione) est le contrat par lequel le bailleur s'oblige à céder au locataire l'usage d'une chose pour une certaine durée, moyennant le versement d'une rémunération appelée loyer¹⁹.
17. Selon l'art. 275 CO, le *bail à ferme* (Pacht, affitto) est le contrat par lequel le bailleur s'oblige, pendant une certaine durée, à céder au fermier l'usage d'un bien productif ou d'un droit productif et à lui en laisser percevoir les fruits et/ou les produits, moyennant le versement d'une rémunération appelée fermage²⁰.

2. Caractéristiques communes

18. Les baux à ferme et à loyer présentent les *caractéristiques communes* suivantes :
19. **1°** Des contrats *nommés*. Le bail à loyer et le bail à ferme sont deux contrats faisant l'objet d'une réglementation spécifique dans la partie spéciale du CO²¹. Le premier est régi par les art. 253 ss CO, le second par les art. 275 ss CO.
20. **2°** Des contrats *synallagmatiques*. Dans le bail à loyer comme dans le bail à ferme, les parties s'échangent des prestations²² : l'usage de la chose louée contre un loyer dans le bail à loyer, l'usage et la jouissance de la chose affermée contre un fermage dans le bail à ferme.
21. **3°** Des contrats de *durée*. Les baux à loyer et à ferme sont des contrats conclus pour une certaine durée, déterminée ou indéterminée. Les obligations des parties (cession de l'objet et rémunération) se prolongent dans le temps²³.

¹⁹ CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY, art. 253 N 1 ss ; LACHAT, N 1.1 p. 70.

²⁰ BaKomm OR I-STUDER/KOLLER, art. 275 N 1 s. ; CR-CO I-RONCORONI, Intro. art. 275-304 N 1-4 ; CPra Bail 2-CARRON, art. 275 N 1 ss.

²¹ TERCIER/FAVRE, N 314.

²² TERCIER/FAVRE, N 346.

²³ TERCIER/FAVRE, N 380.

22. **4° Des contrats d'usage.** Le bail à loyer vise à fournir temporairement l'usage d'une chose au locataire. De même, le bail à ferme vise à fournir l'usage et la jouissance d'une chose productive et/ou d'un droit productif au fermier²⁴.
23. **5° Des contrats onéreux.** Les contrats de bail à loyer et de bail à ferme comprennent tous deux une rémunération en contrepartie de l'objet cédé²⁵. Le loyer et le fermage peuvent être fixés selon des modalités semblables et sont partiellement régis par les mêmes dispositions du CO²⁶.

3. Eléments spécifiques

24. Le bail à ferme et le bail à loyer se distinguent principalement par leur objet (a.) et par leur but (b.).

a. Objet du bail

25. Le critère de distinction principal est *l'objet* du contrat, soit ce qui fait l'objet de la cession.
26. Le *bail à loyer* prévoit la cession de l'usage d'une chose (art. 253 CO)²⁷. Il ne peut donc porter que sur une *chose mobilière ou immobilière*, sans égard à sa productivité éventuelle²⁸.
27. En revanche, le *bail à ferme* a pour objet l'usage et la jouissance d'un bien productif et/ou d'un droit productif (art. 275 CO). Le bien productif peut être une chose immobilière ou mobilière : un local occupé par une entreprise dans un immeuble, mais aussi des carrières, des gravières, des mines ou des tourbières²⁹, appartiennent à la première catégorie, alors que

²⁴ TERCIER/FAVRE, N 430.

²⁵ TERCIER/FAVRE, N 444. Cela les différencie du prêt à usage qui est un contrat gratuit (art. 305 CO).

²⁶ P.ex. l'art. 253b al. 1 CO qui prévoit l'application par analogie au bail à ferme des art. 269 ss CO sur la protection contre les loyers abusifs de baux (à loyer) portant sur des habitations ou locaux commerciaux.

²⁷ CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY, art. 253 N 59.

²⁸ ATF 103 II 247, cons. 2b, JdT 1978 I 504. Eg. CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY, art. 253 N 63.

²⁹ ATF 50 II 79, cons. 2, JdT 1924 I 403 ; ATF 81 II 351, cons. 1, JdT 1956 I 109 ; ATF

du bétail³⁰, ou encore un restaurant exploité sur un bateau³¹ ou dans un wagon³², font partie de la seconde. Quant aux droits productifs pouvant faire l'objet d'un bail à ferme, il peut s'agir de droits de propriété immatérielle au sens large (y compris le goodwill, le know-how ou la clientèle³³), d'usufruits ou de créances³⁴.

28. L'objet du bail à ferme est d'une part, *plus large*, car il comprend non seulement les biens, mais aussi les droits et, d'autre part, *plus étroit*, car l'objet du contrat doit être impérativement productif³⁵.
29. Deux illustrations :
30. 1° Si un bail porte non seulement sur des locaux, mais aussi sur l'entreprise (avec ses aménagements) exploitée en leur sein, il s'agit d'un bail à ferme³⁶. En effet, la cession d'une entreprise comprend un ensemble de droits et d'obligations productifs exploités en la forme commerciale (stocks, personnel, fournisseurs, clientèle, goodwill, marques et autres droits de propriété intellectuelle).
31. 2° La cession de locaux vides, voire de locaux aménagés mais encore jamais exploités, ou de locaux dont l'inventaire ne permet pas immédiatement d'exploiter une entreprise ou devient la propriété de l'usager, ne peut pas faire l'objet d'un bail à ferme, faute pour l'objet du contrat d'avoir en soi un caractère productif³⁷.

86 I 229, cons. 2, JdT 1961 I 461 ; KGer SG, RSJ 1983 375 s. ; TC VD, RSJ 1976 360. Eg. RONCORONI, FJS 833, p. 1.

³⁰ On parle alors de bail à cheptel (cf. art. 302 ss CO).

³¹ ATF 48 II 249, cons. 1, JdT 1922 I 472.

³² ZKomm-HIGI, art. 275 N 29.

³³ ATF 131 III 257, cons. 3, SJ 2005 I 382. Eg. LINDENMEYER, p. 29.

³⁴ RONCORONI, FJS 833, p. 2. S'il s'agit d'un contrat de licence, pourtant très proche du bail à ferme, on ne lui applique pas les dispositions des art. 275 ss CO (ATF 92 II 299, cons. 3a).

³⁵ ATF 128 III 419, cons. 2.1. Eg. KNOEPFLER/RUEDIN, p. 14.

³⁶ ATF 128 III 419, cons. 2.1 ; TF, SJ 2001 I 541, cons. 2b ; TF du 31.07.2012, 4A_222/2012, cons. 2.1 ; TF du 08.10.2002, 4C.167/2002, cons. 2.3 ; BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE, Rem. prélim. art. 253-273c N 26.

³⁷ RONCORONI, FJS 833, p. 5.

b. But du bail

32. Les baux à loyer se distinguent non seulement par leur objet, mais aussi par leur but.
33. Le but du *bail à loyer* est la cession de l'usage d'une chose (art. 253 CO). Le locataire peut faire usage de l'objet³⁸, mais n'est en principe pas à même d'en percevoir (directement) les fruits ou les produits³⁹. S'il perçoit (indirectement) des fruits, cela découle avant tout de son activité⁴⁰.
34. En revanche, le *bail à ferme* vise non seulement la cession de l'usage, mais aussi celle de la jouissance de la chose affermée (art. 275 CO)⁴¹. Le fermier a la faculté supplémentaire d'exploiter la chose affermée en retirant ses fruits et ses produits, naturels ou civils⁴². Au contraire du bail à loyer, la perception des fruits découle donc avant tout de l'usage de la chose⁴³.
35. En principe, l'objet remis à bail sert un *seul but*, le rendant apte soit à l'usage uniquement (p.ex. un cheval de trait), soit à l'usage et à l'exploitation (p.ex. une vache laitière).
36. Certains objets peuvent toutefois remplir *plusieurs finalités*. Par exemple, un jardin peut faire l'objet d'un bail à loyer s'il est cédé pour des activités récréatives, alors qu'il s'agit d'un bail à ferme si l'usager l'utilise pour y récolter les fruits et les légumes qui y poussent⁴⁴. Dans ce cas, le contenu de la convention des parties, en particulier les droits conférés à l'usager, est déterminant pour qualifier le contrat.

³⁸ ATF 103 II 247, cons. 2b, JdT 1978 I 504.

³⁹ KNOEPFLER/RUEDIN, p. 14.

⁴⁰ ATF 103 II 247, cons. 2b, JdT 1978 I 504 ; ATF 93 II 453, cons. 1.

⁴¹ CR-CO I-RONCORONI, art. 275 N 2-3.

⁴² L'exploitation est même une obligation du fermier (cf. CR-CO I-RONCORONI, art. 275 N 5). A ce sujet, cf. N 79 ss.

⁴³ RONCORONI, FJS 833, p. 4 et les réf. cit.

⁴⁴ Eg. KNOEPFLER/RUEDIN, p. 14 ou RONCORONI, FJS 833, p. 4, qui évoquent la cession de l'usage d'un pré servant à l'équitation (bail à loyer) ou à ramasser du foin (bail à ferme).

4. Qualification de quelques baux particuliers

a. Locaux commerciaux

37. La délimitation entre bail à loyer et à ferme est délicate lorsqu'un *local commercial* fait l'objet d'un contrat de cession à titre onéreux⁴⁵.
38. Selon le TF, si le bailleur remet uniquement les locaux, même avec les installations, il s'agit d'un bail à loyer ; en revanche, si les locaux sont remis avec le matériel nécessaire à l'exploitation de l'entreprise ainsi qu'avec la clientèle, de sorte que le contrat se rapporte à un ensemble de droits productifs, il s'agit d'un bail à ferme⁴⁶.
39. Le fait que le fermier puisse *exploiter des relations d'affaires préexistantes sans effectuer d'investissement ou d'apports supplémentaires* dans l'entreprise est caractéristique du bail à ferme (N 27 ss). Par conséquent, la qualification de bail à ferme est exclue dans les cas suivants :
40. 1° Les locaux commerciaux n'étaient pas exploités sous la même forme avant la conclusion du contrat⁴⁷. Dans ce cas, le nouvel exploitant, qui crée une entreprise d'un nouveau type, ne reprend pas les relations d'affaires préexistantes.
41. 2° Les locaux commerciaux sont modifiés ou réaménagés par l'utilisateur à ses frais dès son arrivée.
42. 3° Les installations existantes ne suffisent pas pour exploiter l'entreprise ou sont rachetées par le nouvel usager⁴⁸.
43. Dans ces deux dernières situations, même si l'utilisateur reprend certaines relations d'affaires préexistantes, il doit effectuer un apport personnel prépondérant dans l'entreprise (rachat de matériel, nouvelles installations, travaux d'aménagement) avant que celle-ci ne puisse produire des fruits.

⁴⁵ ATF 93 II 453, cons. 4.

⁴⁶ ATF 128 III 419, cons. 2.1 ; ATF 103 II 247, cons. 2b, JdT 1978 I 504. Eg. CR-CO I-RONCORONI, art. 275 N 9.

⁴⁷ CR-CO I-RONCORONI, art. 275 N 10.

⁴⁸ CR-CO I-RONCORONI, art. 275 N 10.

44. Dans la pratique, les relations suivantes ont été qualifiées de *bail à loyer commercial*⁴⁹ : un bureau, un local de magasin ou un atelier⁵⁰, un motel nouvellement construit avec l'équipement nécessaire à son exploitation et des locaux annexes à construire⁵¹, une boulangerie⁵², les locaux destinés à une droguerie⁵³, les locaux affectés à l'exploitation d'une boutique de confection pour dames⁵⁴, un magasin faisant partie d'une galerie marchande et exploité en tant que galerie de prêt-à-porter féminin⁵⁵, une pharmacie, un théâtre, un cinéma ou un bureau⁵⁶, et un immeuble commercial sans les relations d'affaires mais avec vente de l'inventaire au locataire⁵⁷.
45. Ont notamment été qualifiées de *bail à ferme*⁵⁸ : la cession d'une laiterie avec son inventaire et sa clientèle⁵⁹ et la cession de l'exploitation d'une entreprise et de l'usage d'une marque⁶⁰.

b. Restaurants, bars et cafés

46. Les locaux servant à l'exploitation d'un restaurant, d'un bar ou d'un café sont des *locaux commerciaux*. Les critères développés ci-dessus – liés à l'objet et au but du contrat (N 25 ss) – s'appliquent à la qualification des contrats de cession concernant de tels locaux.
47. Plus concrètement si, à son arrivée, le gérant d'un restaurant doit aménager les locaux à ses frais pour les rendre exploitables, ou s'il rachète le matériel

⁴⁹ Ces exemples sont partiellement tirés de KNOEPFLER/RUEDIN, p. 15 ; RONCORONI, FJS 833, p. 4 s.

⁵⁰ ATF 103 II 247, cons. 2b, JdT 1978 I 504.

⁵¹ ATF 97 II 58, cons. A (qui précise qu'il s'agit d'une construction nouvelle) et 1a.

⁵² ATF 33 II 603, cons. 3.

⁵³ ATF 68 II 237, cons. 2, JdT 1943 I 9 (sans développement sur la qualification du contrat).

⁵⁴ ATF 116 II 587, cons. 2a (sans développement sur la qualification du contrat).

⁵⁵ DB 1990, n° 15, p. 12.

⁵⁶ POLIVKA, MRA 2002, p. 79.

⁵⁷ ATF 103 II 247, cons. 2c et 2d, JdT 1978 I 504 ; ég. Rep. 1985, p. 323.

⁵⁸ Ces exemples sont partiellement tirés de KNOEPFLER/RUEDIN, p. 15.

⁵⁹ RSJ 1969, n° 43, p. 98.

⁶⁰ ATF 50 II 79, cons. 2, JdT 1924 I 403.

appartenant à l'usager précédent, il s'agit plutôt d'un bail à loyer. Il en va de même lorsque l'usager réaménage les locaux, avec l'autorisation du bailleur, pour créer un restaurant d'un style distinct du précédent⁶¹.

48. En revanche, si le bailleur remet une entreprise entièrement équipée et aménagée⁶², déjà exploitée sans que l'usager n'ait à effectuer de dépense significative supplémentaire, il s'agit d'un bail à ferme⁶³.
49. Dans la pratique, les contrats suivants ont été qualifiés de *bail à loyer commercial*⁶⁴ : un restaurant⁶⁵, des locaux au rez-de-chaussée et au sous-sol d'un immeuble en vue de l'exploitation d'un restaurant et d'une boîte de nuit⁶⁶, les locaux nus d'un café-restaurant avec une enseigne imposée non utilisé pendant deux ans en raison de la démolition et de la reconstruction du bâtiment qui l'abritait⁶⁷, un restaurant avec son inventaire⁶⁸, un restaurant que le bailleur n'avait jamais exploité personnellement⁶⁹, un salon de jeu avec débit de boissons situé dans un restaurant⁷⁰, l'exploitation d'un café-restaurant dont l'aménagement a été modifié, avec l'accord du bailleur, aux frais du locataire⁷¹, un bar à champagne transformé par un preneur en restaurant espagnol⁷².

⁶¹ TF, SJ 2001 I 541, cons. 2b.

⁶² ATF 128 III 419 c. 2.1 ; TF du 02.12.2011, 4A_379/2011, cons. 2.1 ; TF, SJ 2001 I 443, cons. 3a.

⁶³ Un local cédé avec toutes les installations ne constitue pas un bail à ferme. En effet, il faut plus que des locaux, le TF parle d'une « entreprise » entièrement équipée (TF du 31.07.2012, 4A_222/2012, cons. 2.1).

⁶⁴ Ces exemples sont partiellement tirés de KNOEPFLER/RUEDIN, p. 15, RONCORONI, FJS 833, p. 4 s., et de LACHAT, Le bail à loyer des cafés et des restaurants, 18^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2014.

⁶⁵ ATF 36 II 183, cons. 1 (sans développement sur la qualification du contrat).

⁶⁶ ATF 103 II 247, cons. 2, JdT 1978 I 504.

⁶⁷ ATF 93 II 453, cons. A et 1.

⁶⁸ BJM 1984, p. 72, cons. 6.

⁶⁹ RJN 1982 p. 38, cons. 2.

⁷⁰ ATF 116 II 512, cons. 1, JdT 1991 I 309 (sans développement sur la qualification du contrat).

⁷¹ SJ 2001 I 541, cons. 2b.

⁷² TF du 21.05.2001, 4C.43/2000, cons. 2b, SJ 2001 I 541.

50. Ont notamment été qualifiés de *bail à ferme*⁷³ : un hôtel⁷⁴, un hôtel-restaurant avec son inventaire et l'obligation de respecter des jours et des horaires d'ouverture⁷⁵, le restaurant d'un hôtel avec son inventaire⁷⁶, un restaurant équipé⁷⁷, la gérance libre d'un café⁷⁸, d'un bar⁷⁹ ou d'un café-restaurant entièrement équipé⁸⁰, le restaurant d'une installation sportive⁸¹, une cantine avec ses installations et ses clients⁸², l'exploitation d'un service de restauration sur les bateaux d'une compagnie de navigation⁸³.

c. Locaux situés dans un centre commercial

51. Lorsque l'on analyse la *jurisprudence récente du TF*, la plupart des décisions relatives aux baux concernant un local situé dans un centre commercial qualifient le contrat de bail à loyer, sans toutefois discuter ce point en détail⁸⁴. Une exception notable figure à l'arrêt 4C.420/1999 du 20 janvier 2000, qui concerne une sous-location en vue d'exploiter une boulangerie-pâtisserie : le TF y exprime ses doutes quant à la qualification du contrat mais n'approfondit pas la question ; il se contente de mentionner

⁷³ Ces exemples sont partiellement tirés de KNOEPFLER/RUEDIN, p. 15.

⁷⁴ TF du 14.11.1996, 4C.217/1996, cité dans CR-CO I RONCORONI, art. 275 N 12.

⁷⁵ LGVE 2000 I N° 17, cons. 2.2.

⁷⁶ RSJ 1972, n° 102, p. 222.

⁷⁷ SJ 2001 I 541, cons. 2b.

⁷⁸ SJ 1979, p. 365, cons. 2.

⁷⁹ SJ 1985, p. 237, cons. 2 (sans développement sur la qualification du contrat).

⁸⁰ ATF 128 III 419, cons. 2.1 ; TF du 30.04.2014, 4A_71/2014, cons. 1.1.

⁸¹ RB-TG 1985, p. 67, cons. 3.

⁸² RFJ 1993, p. 61, cons. 2.

⁸³ RJN 2001, p. 79, cons. 2b. Eg. pour un bateau destiné à la restauration : ATF 48 II 249, cons. 1.

⁸⁴ P.ex. TF du 16.06.2004, 4P.18/2004, cons. 2.2. (pas de discussion détaillée mais on parle de loyer et pas de fermage) ; TF du 16.11.2006, 4C.280/2006, cons. 3 (pas de discussion détaillée mais on parle de bail à loyer) ; TF du 16.06.2004, 4C.56/2004, cons. 1.2 (bail pour une salle de cinéma ; pas de discussion détaillée mais évocation de l'art. 266 CO) ; TF du 16.11.2001, 4C.190/2001, cons. 2 (bail pour un supermarché et on parle de « bail à loyer ») ; TF du 19.03.2001, 4C.1/2001, bail à loyer (café et défaut car autre café à proximité) ; TF du 16.01.2007, 4C.365/2006, cons. 3.2 (bail à loyer pour un pressing) ; TF du 27.11.2006, 4C.53/2006, cons. 1, (bail à loyer pour une papeterie).

qu'aucune des parties ne prétend qu'il s'agit d'un bail à ferme et que les constatations cantonales ne permettent pas de conclure dans ce sens⁸⁵. Les *contributions doctrinales* suisses demeurent succinctes, malgré l'importance économique et le développement important de ce type de structures.

52. La qualification d'un bail pour un local situé dans un centre commercial suscite d'importants débats doctrinaux et jurisprudentiels dans d'autres ordres juridiques, qui connaissent des régimes légaux différents selon la qualification du contrat, notamment en matière de protection contre les congés. C'est le cas de l'Autriche, qui a inspiré les réflexions suivantes⁸⁶.
53. Avant de présenter les enjeux de la qualification, il convient de définir la *notion de centre commercial*. Il s'agit d'une unité physique de vente, organisée et gérée en tant qu'entreprise par un exploitant, qui comporte plusieurs commerces de détail appartenant à des branches variées et offrant un large assortiment de marchandises⁸⁷. Cette définition n'inclut pas (à dessein) toutes les structures s'autoproclamant « centre commercial ». En particulier, si le bailleur se contente de mettre à disposition des usagers des locaux dans une galerie marchande et d'en gérer les aspects administratifs, cela ne suffit pas. Il en va de même lorsque le bailleur offre, en plus, des services de facility management (nettoyage, surveillance, assistance technique,...). Il est nécessaire que le centre commercial (sans les commerces) constitue lui-même une unité organisée et gérée de façon centrale, qui offre aux commerçants un concept soutenant leur activité lucrative. Un tel prérequis suppose une planification adaptée du centre, la mise en place et le maintien d'une infrastructure de base, et surtout une activité dépassant la simple administration des locaux et consistant à mettre

⁸⁵ TF du 20.01.2000, 4C.420/1999, cons. 2b (bail à loyer pour une boulangerie-pâtisserie).

⁸⁶ A ce sujet, cf. notamment BÖHM, wobl 2012, p. 272 ss ; BÖHM, Festschrift Huwiler, p. 69 ss ; BYDLINSKI, JBl 2007, p. 273 ss ; GRUBER, wbl 2008, p. 114 ss ; GRUBER, JBl 2010, p. 409 ss ; VONKILCH, wobl 2010, p. 57 ss ; VONKILCH, wobl 2009, p. 151 ss.

⁸⁷ Cette définition est inspirée de l'art. 24 al. 1 de l'Ordonnance sur les constructions du Canton de Berne mais ne prend en considération que les unités de vente comprenant plusieurs magasins. Sur la pertinence de ne pas reprendre telle quelle des définitions tirées du droit public, VONKILCH, wobl 2010, p. 61, qui critique également une définition proposée par GRUBER, tirée de la littérature économique.

sur pied et à développer des mesures organisationnelles garantissant une fréquentation du centre commercial (concept entrepreneurial)⁸⁸.

54. Le bail d'un local situé dans un centre commercial présente un certain nombre de *spécificités* influençant potentiellement sa qualification juridique. Premièrement, les locaux cédés sont souvent bruts, et l'utilisateur est libre de les aménager pour qu'ils puissent refléter au mieux son identité (corporate identity)⁸⁹. Deuxièmement, les obligations de l'utilisateur sont particulières⁹⁰. Outre l'obligation d'exploiter, l'utilisateur doit s'intégrer dans l'infrastructure générale du centre commercial. Il est en principe tenu d'exercer un type défini d'activité et parfois même d'offrir un assortiment spécifique. Il doit respecter les horaires d'ouverture. Il a le droit et/ou le devoir de participer aux actions publicitaires communes. Une partie de la rémunération due au bailleur dépend souvent du chiffre d'affaires. Troisièmement, l'utilisateur ne bénéficie pas seulement de l'usage de son local. Sans que cela ne figure toujours explicitement dans les contrats de bail, il profite des prestations supplémentaires fournies par l'exploitant, notamment d'un concept entrepreneurial qui lui assure une fréquentation importante en raison des activités commerciales diversifiées et attrayantes offertes dans le centre. Bon nombre de clients fréquentent en effet les locaux de l'utilisateur, alors qu'ils s'étaient prioritairement déplacés pour effectuer d'autres achats ou parce qu'ils apprécient justement de bénéficier d'un ensemble de produits et services en un même lieu.
55. Se fondant sur ces spécificités, plusieurs auteurs avancent que, dans un centre commercial, l'intérêt du commerçant de disposer de locaux physiques pour son activité s'efface au profit de la possibilité de profiter des droits productifs (goodwill) rattachés au centre commercial lui-même⁹¹. Par conséquent, le contrat conclu entre l'exploitant et l'utilisateur est un *bail à ferme* dont l'objet est l'entreprise du bailleur, c'est-à-dire le centre

⁸⁸ Dans ce sens, BÖHM, Festschrift Huwiler, p. 90.

⁸⁹ A ce sujet, cf. CARRON, Travaux de construction, N 52 ss et les réf. cit.

⁹⁰ Cf. BÖHM, Festschrift Huwiler, p. 82.

⁹¹ Dans ce sens, BÖHM, Festschrift Huwiler, p. 84. Pour une liste d'auteurs parvenant à la même qualification, cf. BÖHM, wobl 2012, p. 276. La jurisprudence autrichienne retenait également cette qualification jusqu'à la fin des années 90 (BÖHM, wobl 2012, p. 276).

commercial, et pas l'entreprise que le fermier exploitera ensuite dans les locaux affermés⁹².

56. Un autre courant doctrinal rejette cette théorie et qualifie le contrat de *bail à loyer commercial*⁹³. Ces auteurs réfutent d'abord le fait que le centre commercial puisse être l'objet du contrat. Si tel était le cas, l'utilisateur devrait percevoir les fruits du centre commercial, c'est-à-dire une part des revenus locatifs générés par celui-ci. Le véritable objet contractuel reste le local (souvent brut) mis à disposition par le bailleur. Ensuite, le caractère productif du local découle davantage des investissements et des apports du locataire que de son emplacement dans le centre⁹⁴.
57. A notre avis, il n'est pas possible de qualifier abstraitement un bail pour des locaux situés dans un centre commercial, sans tenir compte des *circonstances concrètes*. En effet, il faut déterminer dans chaque cas si la surface commerciale et les éventuels droits cédés à l'utilisateur ont, en tant que tels, une nature productive. Ce sera notamment le cas lorsque les locaux sont entièrement équipés et ont déjà fait l'objet d'une exploitation par le bailleur ou par un locataire précédent (N 38) ; il s'agit alors d'un bail à ferme. En revanche, la mise à disposition de locaux non équipés constitue un bail à loyer. Les droits cédés par l'exploitant du centre commercial, notamment l'usage de la marque ou de l'enseigne du centre ainsi que la participation à des efforts de marketing ou de publicité communs, favorisent certes la productivité de l'activité du locataire, mais ne constituent pas à eux seuls des droits productifs permettant de qualifier la relation de bail à ferme.

⁹² On parle de « Zwei-Unternehmens-Lehre ». A ce sujet, cf. GRUBER, JBI 2010 413 ; VONKILCH, wobl 2010, 58.

⁹³ Avant tout, VONKILCH, wobl 2010, p. 57 ss ; VONKILCH, wobl 2009, p. 151 ss. Pour une liste d'auteurs parvenant à la même qualification, cf. BÖHM, wobl 2012, p. 277 note 55. La jurisprudence autrichienne a évolué dès 2006 pour parvenir à ce résultat, sans véritablement discuter la question (à ce sujet, cf. BÖHM, wobl 2012, p. 277). Pour un arrêt récent, cf. celui du 6^e Senat de l'Oberster Gerichtshof du 18 septembre 2009, 6 Ob 141/09t.

⁹⁴ VONKILCH, wobl 2010, p. 58 s.

C. Formation du contrat

58. La formation du contrat est *semblable* pour le bail à loyer et le bail à ferme⁹⁵. La conclusion d'un bail (à loyer ou à ferme) suppose un échange de manifestations de volonté concordantes des parties portant au moins sur les éléments objectivement essentiels du contrat, à savoir l'objet cédé et la rémunération⁹⁶. Pour qu'un bail existant produise des effets juridiques, il doit en outre respecter les conditions générales de validité, notamment celles relatives à l'objet du contrat (art. 19 s. CO) et au consentement (art. 23 ss CO).
59. La conclusion des baux n'est en principe soumise à aucune *forme*. L'art. 270 al. 2 CO permet toutefois aux cantons de rendre obligatoire, en cas de pénurie de logements l'usage d'une formule officielle pour la conclusion de tout nouveau bail à loyer portant sur des logements⁹⁷. La formation du bail est alors soumise à une forme spéciale. C'est actuellement le cas dans les cantons de Fribourg, Genève, Neuchâtel, Nidwald, Vaud, Zoug et Zurich⁹⁸. En raison du renvoi de l'art. 253b al. 1 CO, les cantons devraient aussi pouvoir exiger, en cas de pénurie, l'usage de la formule officielle pour la conclusion de nouveaux baux à ferme non agricole portant sur un logement⁹⁹. On peut néanmoins douter de la pertinence d'une telle règle, car un bail à ferme d'habitation ne peut à notre avis que difficilement exister en pratique¹⁰⁰.

⁹⁵ TERCIER/FAVRE/BUGNON, N 2822.

⁹⁶ Pour le bail à loyer : CPra Bail-BIERI, art. 257 N 6 ; pour le bail à ferme : TERCIER/FAVRE/BUGNON, N 2807.

⁹⁷ LACHAT, N 2.4.1 p. 395.

⁹⁸ CPra Bail-DIETSCHY, art. 270 N 78 ; CARRON, Valorisation immobilière, N 199 (qui omettait Nidwald).

⁹⁹ RONCORONI, FJS 832, p. 4. Si certaines lois cantonales actuelles n'englobent clairement pas les baux à ferme (p.ex. ZH, cf. Beschluss des Regierungsrates über die Formularpflicht beim Abschluss eines neuen Mietvertrags du 11 septembre 2013, RS-ZH 235.41, qui ne parle que de *Mietvertrag* à l'exclusion d'un *Pachtvertrag*), d'autres sont moins précises sur ce point (p.ex. FR ; Ordonnance du 26 novembre 2002 concernant l'usage de la formule officielle pour la conclusion d'un nouveau bail à loyer, RS-FR 222.3.12, dont le préambule et l'art. 1 parlent de conclusion d'un nouveau bail).

¹⁰⁰ Dans le même sens, ZKomm-HIGI, art. 270 N 59 s.

II. Obligations contractuelles

60. La deuxième partie traite des obligations contractuelles, en distinguant l'obligation commune d'inventaire (A.), les obligations du bailleur (B.) et du fermier (C.).

A. Obligation commune d'inventaire

61. La conclusion d'un *bail à ferme* entraîne la naissance d'une obligation commune spécifique : la rédaction d'un *inventaire en début de contrat*. En effet, les parties doivent établir par écrit un document détaillant les ustensiles, le bétail et les provisions compris dans le bail et contenant une estimation de leur valeur (art. 277 CO)¹⁰¹. L'inventaire constitue une preuve que les objets consignés ont été transférés au fermier au début du contrat et qu'ils avaient la valeur estimée¹⁰².
62. L'obligation d'établir un inventaire est de nature *dispositive*. Les parties peuvent y renoncer expressément ou tacitement¹⁰³. La constitution de l'inventaire n'est donc pas une condition de validité du bail à ferme, mais une obligation accessoire des parties¹⁰⁴. Si une partie refuse de participer à l'inventaire ou de le signer, ou si les parties ne s'accordent pas sur le contenu de l'inventaire ou sur la valeur des objets, on peut solliciter l'intervention du juge¹⁰⁵.
63. L'obligation d'inventaire n'existe *pas dans le droit du bail à loyer*. Le CCR (art. 3) et les RULV (art. 1 et 7) rendent néanmoins obligatoire un état des lieux d'entrée, dans le cadre duquel les parties établissent une sorte d'inventaire comprenant la liste et l'état, mais pas la valeur, des accessoires de la chose louée.
64. Lorsque les parties *divergent* sur la qualification du contrat, en particulier en début de bail, la partie soutenant qu'il s'agit d'un bail à ferme peut saisir

¹⁰¹ CPra Bail 2-CARRON, art. 277 N 1. Les parties peuvent également inventorier les autres objets compris dans le bail à ferme, mais cela est facultatif (CR-CO I-RONCORONI, art. 277 N 4).

¹⁰² RONCORONI, FJS N 838, p. 9.

¹⁰³ CR-CO I-RONCORONI, Intro. art. 275-304 N 17 et art. 277 N 5.

¹⁰⁴ CR-CO I-RONCORONI, art. 277 N 1.

¹⁰⁵ BaKomm OR I-STUDER/KOLLER, art. 277 N 3 ; CR-CO I-RONCORONI, art. 277 N 1.

la justice pour demander un inventaire officiel, et contraindre l'autre partie à y participer¹⁰⁶. Si l'on se trouve effectivement en présence d'un bail à ferme, un inventaire officiel sera dressé. En revanche, si le juge considère qu'il y a bail à loyer, il rejettera cette demande.

65. En cas de *confusion* sur la nature du contrat (bail à ferme alors qu'il s'agit d'un bail à loyer), les parties dresseront un inventaire non obligatoire, mais pas interdit par les art. 253 ss CO. Cela n'entraînera en principe aucune difficulté juridique.
66. En revanche, lorsque les parties croient (à tort) se trouver en présence d'un bail à loyer alors qu'il s'agit d'un bail à ferme, elles violeront une obligation accessoire. Vu qu'il s'agit de droit dispositif, le bail à ferme reste valable. A la fin du bail, les parties devront se restituer les éléments qui auraient dû figurer dans l'inventaire (art. 299 al. 1 CO ; cf. N 194 ss) : faute d'inventaire et conformément à l'art. 8 CC, la partie se prévalant de l'existence ou de la valeur d'un objet en début de bail devra prouver le fait en question¹⁰⁷.

B. Obligations du bailleur

1. Etat de la chose lors de la délivrance

67. Les *conditions de délivrance* de la chose diffèrent selon qu'on se trouve en présence d'un bail à loyer ou d'un bail à ferme :
68. Le *bailleur à loyer* a l'obligation de délivrer la chose dans un état approprié à « l'usage pour lequel elle a été louée » (art. 256 al. 1 CO)¹⁰⁸. Il engage sa responsabilité contractuelle si la chose louée ne présente pas les qualités spécialement promises, ou auxquelles le locataire peut

¹⁰⁶ CR-CO I-RONCORONI, art. 277 N 1.

¹⁰⁷ CR-CO I-RONCORONI, art. 277 N 2.

¹⁰⁸ CPra Bail-MONTINI/BOUVERAT, art. 256 N 1. Sur la question spécifique des locaux nus ou bruts, cf. CARRON, Travaux de construction, N 17 ss ; ég. BIBER IRENE, Die Rohbaumiete, thèse, Zurich 2014 ; VISCHER MORITZ, Die Rohbaumiete : Zulässigkeit und Grenzen, thèse, Zurich 2014.

raisonnablement s'attendre au vu de l'usage pour lequel la chose a été louée¹⁰⁹.

69. Pour le *bail à ferme* en revanche, le bailleur doit délivrer la chose dans un état approprié à « l'usage et à l'exploitation pour lesquels elle a été affermée » (art. 278 al. 1 CO)¹¹⁰. Il ne doit pas seulement garantir un état permettant un usage convenable, mais aussi le caractère productif de la chose affermée¹¹¹. Si le bailleur promet en outre une certaine quantité de fruits et de produits, il engage sa responsabilité sur ce point¹¹².
70. Les dispositions précitées sont de nature *impérative*¹¹³.
71. En cas de *divergence* entre les parties sur la nature du contrat, il faut distinguer deux situations :
72. 1° Le bailleur considère à tort qu'il s'agit d'un bail à loyer et le fermier soutient à raison qu'il s'agit d'un bail à ferme. Le bailleur pense ne devoir garantir que l'usage de la chose alors qu'il doit également assurer la perception des fruits. Si l'objet cédé n'est pas apte à l'exploitation, par exemple si certains droits affermés n'existent pas (p.ex. un droit à la marque), il y a un défaut originaire de la chose affermée. On applique alors l'art. 288 al. 1 let. a CO, qui renvoie aux dispositions du bail à loyer (art. 258 et 259a à 259i CO). Le fermier peut notamment demander la remise en état de la chose, de manière à ce qu'elle puisse être exploitée, voire mettre fin au contrat en cas de défaut grave dont les coûts de réparation ne peuvent pas raisonnablement être imposés au bailleur¹¹⁴.
73. 2° Les autres hypothèses ne posent en principe pas de problème. En effet, si le bailleur considère à tort qu'il s'agit d'un bail à ferme¹¹⁵, il assurera le caractère exploitable de l'objet cédé alors que l'art. 256 CO ne l'exige pas.

¹⁰⁹ CPra Bail-MONTINI/BOUVERAT, art. 256 N 52-53.

¹¹⁰ Mise en évidence par l'auteur. Les locaux bruts ou nus connaissent le même régime qu'en droit du bail (sur ce sujet, cf. CARRON, Travaux de construction, N 17 ss).

¹¹¹ CR-CO I-RONCORONI, art. 278 N 1.

¹¹² CR-CO I-RONCORONI, art. 278 N 2.

¹¹³ Pour le bail à loyer : BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE, art. 256 N 1 ; pour le bail à ferme : ZKomm-HIGI, art. 278 N 5.

¹¹⁴ CR-CO I-RONCORONI, art. 288 N 7 ; ég. CPra Bail 2-CARRON, art. 288 N 14.

¹¹⁵ L'usager pense à raison qu'il s'agit d'un bail à loyer.

Si le bailleur considère à raison qu'il s'agit d'un bail à loyer¹¹⁶, le juge ne lui reprochera pas non plus l'absence de caractère exploitable de l'objet cédé.

74. En cas de *confusion* par les deux parties, il faut également distinguer :
75. 1° Si les parties pensent (à tort) avoir conclu un bail à loyer alors qu'il s'agit d'un bail à ferme, le juge protégera le fermier alléguant un défaut, même s'il considère qu'il s'agit d'un défaut d'exploitation, et appliquera l'art. 278 CO et le régime prévu par l'art. 288 CO qui est relativement impératif en faveur du fermier lorsqu'il s'agit de baux à ferme d'habitations ou de locaux commerciaux, mais dispositif lorsqu'il s'agit d'autres baux, à condition que ceux-ci ne fassent pas l'objet de conditions générales préimprimées (cf. art. 288 al. 2 CO)¹¹⁷.
76. 2° Si les parties pensent (à tort) avoir affaire à un bail à ferme alors qu'elles ont en fait conclu un bail à loyer et que le locataire se plaint du caractère non exploitable de l'objet cédé, le juge doit qualifier le contrat de bail à loyer et ne pas admettre de violation contractuelle si l'objet loué est « dans un état approprié à l'usage pour lequel il a été loué » (art. 256 al. 1 CO).

2. Entretien de la chose

77. Le bailleur n'a pas les mêmes obligations d'entretien selon qu'il s'agit d'un bail à loyer ou à ferme. Par effet miroir, il en va de même de l'usager. Ces différences font l'objet de développements ci-dessous auxquels nous renvoyons (N 91 ss).

3. Réparation des défauts

78. L'étendue de l'obligation de réparer les défauts en cours de bail dépend de l'obligation d'entretien du bailleur. En effet, lorsqu'il viole son obligation de maintenir la chose dans un état approprié à l'usage – et, le cas échéant à

¹¹⁶ Cela signifie que l'usager considère (à tort) qu'il s'agit d'un bail à ferme.

¹¹⁷ CR-CO I-RONCORONI, art. 288 N 10 ; ég. CPra Bail 2-CARRON, art. 288 N 2 *contra* : BaKomm OR I-STUDER/KOLLER, art. 288 N 1 qui considèrent que l'art. 288 CO est impératif.

l'exploitation – convenu, elle devient défectueuse. On peut donc également renvoyer aux développements ci-dessous (N 91 ss).

C. Obligations du fermier

1. Usage de la chose

a. Obligation de diligence

79. Au contraire du locataire¹¹⁸, le fermier a l'obligation d'« *exploiter* la chose affermée avec le soin nécessaire, conformément à l'usage auquel elle est destinée » et notamment d'en « *maintenir la productivité à long terme* » (art. 283 al. 1 CO)¹¹⁹. Par exemple, si le contrat prévoit le maintien d'un certain chiffre d'affaires, le fermier a l'obligation de l'atteindre¹²⁰.
80. Cette obligation – *spécifique au bail à ferme* – implique le respect des règles professionnelles pertinentes et des méthodes et procédés reconnus pour obtenir les fruits naturels ou civils de la chose affermée¹²¹. En effet, l'absence d'exploitation d'une chose affermée ou l'exploitation non diligente entraîne régulièrement des effets négatifs se prolongeant après la fin du bail¹²². En cas d'affermage d'une entreprise, la non-exploitation de celle-ci peut par exemple occasionner une perte de productivité¹²³.
81. En cas de *non-respect* de l'obligation d'exploiter, le bailleur a le droit de résilier le bail à ferme de manière anticipée au sens de l'art. 285 CO, moyennant un avertissement avec menace de résiliation¹²⁴. Il peut aussi exiger la réparation de son dommage (art. 97 CO) ainsi qu'une exécution

¹¹⁸ ZKomm-HIGI, art. 283 N 27.

¹¹⁹ Mise en évidence par l'auteur. Cf. ATF 26 II 85, cons. 2.

¹²⁰ TF du 10.02.2012, 4A_644/2011, cons. 3.2.

¹²¹ CR-CO I-RONCORONI, art. 283 N 2.

¹²² Ce n'est pas toujours le cas. Par exemple, un bail portant sur une carrière n'oblige pas le fermier à exploiter la chose. L'obligation d'exploiter n'est donc pas un élément essentiel du bail à ferme.

¹²³ CR-CO I-RONCORONI, art. 283 N 1 et 3.

¹²⁴ TF du 10.02.2012, 4A_644/2011, cons. 3.1. L'art. 285 CO, de nature absolument impérative (CR-CO I-RONCORONI, art. 285 N 3), correspond à l'art. 257f III et IV CO dans le droit du bail à loyer.

par substitution (art. 98 al. 1 CO) ou la suppression de ce qui a été fait en violation du contrat aux frais du débiteur (art. 98 al. 3 CO)¹²⁵.

82. L'art. 283 CO est de nature *relativement impérative* en faveur du fermier, c'est-à-dire que les parties peuvent convenir qu'il n'a pas l'obligation d'exploiter la chose affermée avec le soin nécessaire¹²⁶.
83. Notons toutefois que, pour un *bail à loyer* de locaux commerciaux, le TF a parfois admis une obligation d'exploiter à charge du locataire, même en l'absence de convention expresse ou tacite, en se fondant uniquement sur les règles de la bonne foi¹²⁷. Les juges avancent que, lorsque le bail porte sur des locaux commerciaux avec affectation particulière, la valeur, notamment le goodwill, serait réduite en cas d'interruption de l'exploitation ou de mauvaise gestion. Cette jurisprudence est contestable, car la nature du bail à loyer de locaux commerciaux veut que les locaux eux-mêmes n'aient pas de valeur productive directe, mais que celle-ci dépende de l'activité de chaque locataire (N 32 s.)¹²⁸. En l'absence de clause contractuelle expresse ou tacite¹²⁹, un bail à loyer ne devrait donc pas entraîner d'obligation d'exploiter pour le locataire.
84. Si les parties *divergent* au sujet de la nature du contrat, les scénarios suivants sont envisageables :
85. 1° L'usager pense (à tort) avoir affaire à un bail à loyer. Par conséquent, il ne se conforme pas à l'obligation d'exploiter la chose avec soin¹³⁰. Le bailleur peut alors réclamer des dommages-intérêts aux conditions de l'art. 97 al. 1 CO, en particulier si l'inexécution du fermier lui cause un dommage¹³¹. Le bailleur peut également résilier le bail de manière

¹²⁵ ZKomm-HIGI, art. 283 N 24.

¹²⁶ CR-CO I-RONCORONI, art. 283 N 6.

¹²⁷ ATF 103 II 247, cons. 2c et les réf. cit., JdT 1978 I 504. Eg. TF du 18.06.2007, 4C.426/2006, cons. 2.2.

¹²⁸ Du même avis, RONCORONI, FJS N 833 p. 6.

¹²⁹ Une clause tacite peut notamment être admise lorsque le loyer est fixé en fonction du chiffre d'affaires (cf. TF du 18.06.2007, 4C.426/2006, cons. 2.2).

¹³⁰ Cf. toutefois la jurisprudence – critiquable – qui impose au locataire de locaux commerciaux de respecter l'obligation d'exploiter (N 83).

¹³¹ CR-CO I-RONCORONI, art. 285 N 2. Pour une description des conditions de la responsabilité fondée sur l'art. 97 CO, cf. TERCIER/PICHONNAZ, N 1208 ss.

anticipée en respectant les conditions de l'art. 285 CO, notamment après avoir adressé un avertissement assorti d'une menace de résiliation¹³².

86. 2° Le bailleur considère (à tort) être lié par un bail à ferme. Il exige en vain de l'usager le respect de l'obligation d'exploiter. Si le bailleur résilie le bail selon l'art. 285 CO, une des conditions matérielles fera défaut, à savoir l'absence de violation grave d'un devoir lié à l'obligation de diligence. Le congé sera inefficace, c'est-à-dire qu'il ne produira pas d'effets¹³³.
87. 3° Les situations où l'usager considère (à tort) avoir affaire à un bail à ferme et où le bailleur considère (à tort) qu'il s'agit d'un contrat de bail à loyer ne posent pas de difficulté particulière. En effet, cette erreur de qualification sera à l'avantage du cocontractant. Dans la première situation, l'usager respectera le devoir d'exploiter, alors qu'il n'en a pas l'obligation ; dans la seconde, le bailleur n'exigera pas du fermier qu'il exploite le bien affermé alors qu'il y serait autorisé.
88. En revanche, lorsque les parties *confondent* la nature du contrat, les conséquences sont les suivantes :
89. 1° Si les deux parties considèrent (à tort) avoir affaire à un bail à loyer, cela ne pose en principe pas de problème, car elles n'évoquent pas l'obligation d'exploiter. Toutefois, conformément à la jurisprudence (contestable, cf. N 83) du TF¹³⁴, il n'est pas exclu qu'un juge admette qu'un locataire de local commercial ait l'obligation de l'exploiter, même si le contrat reste muet à ce sujet.
90. 2° Lorsque les deux parties qualifient (à tort) le contrat de bail à ferme, il n'y a pas de problème si elles sont d'avis que le locataire se conforme à l'obligation – juridiquement inexistante – d'exploiter. Si le bailleur allègue la violation de cette obligation (inexistante) dans un procès pour faire valoir les droits qui en découlent (p.ex. la résiliation selon l'art. 285 CO), le juge n'est pas lié par la qualification proposée par les parties (N 14). Il doit conclure à l'existence d'un bail à loyer, à l'inapplicabilité de l'art. 283

¹³² ZKomm-HIGI, art. 285 N 9. Eg. CR-CO I-RONCORONI, art. 285 N 1, CPra Bail 2-CARRON, art. 285 N 3, qui renvoient tous deux à la jurisprudence et à la littérature consacrées à la réglementation analogue en droit du bail à loyer (art. 257f al. 3 et 4 CO).

¹³³ Cf. ég. CPra Bail-WESSNER, art. 257f N 47 et les réf. cit.

¹³⁴ ATF 103 II 247, cons. 2c, JdT 1978 I 504.

CO, et donc rejeter la demande du bailleur, faute de violation d'un devoir contractuel.

b. Obligation d'entretien de l'usager

91. Aussi bien dans le bail à loyer que dans le bail à ferme, le bailleur et l'usager partagent l'*obligation d'entretenir* l'objet cédé et de réparer les défauts. Dans les deux cas toutefois, l'importance des défauts détermine quelle partie doit assumer l'entretien¹³⁵.
92. Le droit du bail à loyer distingue *trois catégories de défauts* :
- Les défauts graves, qui excluent ou entravent considérablement l'usage de la chose louée (art. 258 al. 1 et 259b let. a CO)¹³⁶.
 - Les défauts de moyenne importance, qui restreignent l'usage de la chose louée sans l'exclure ni l'entraver considérablement (art. 258 al. 3 let. a et 259b let. b CO)¹³⁷.
 - Les menus défauts, qui peuvent être éliminés par les menus travaux de nettoyage ou de réparation indispensables à l'entretien normal de la chose (art. 259 CO)¹³⁸.
93. L'obligation d'entretien *incombe principalement au bailleur* qui doit maintenir la chose louée dans un état approprié (art. 256 CO). Le locataire n'est tenu que des menus travaux de nettoyage ou de réparation indispensables à l'entretien normal de la chose (art. 259 CO). Par conséquent, la suppression des conséquences négatives de l'usage normal, qui représentent des défauts de moyenne importance¹³⁹, est à la charge du bailleur (art. 256 al. 1 et 259a CO)¹⁴⁰.
94. En revanche, dans le *bail à ferme*, c'est le fermier qui pourvoit au bon entretien de la chose (art. 284 al. 1 CO) : il doit effectuer les travaux

¹³⁵ Pour le bail à loyer : CPra Bail-AUBERT, art. 258 N 39. Pour le bail à ferme : TERCIER/FAVRE/BUGNON, N 2833 s.

¹³⁶ CPra Bail-AUBERT, art. 258 N 40.

¹³⁷ CPra Bail-AUBERT, art. 258 N 41.

¹³⁸ CPra Bail-AUBERT, art. 258 N 42.

¹³⁹ RONCORONI, FJS 834, p. 3.

¹⁴⁰ CPra Bail-AUBERT, art. 258 N 2.

périodiques (p.ex. peinture des locaux, nettoyage des conduites,...) et les autres travaux d'entretien (p.ex. réparation de robinets, de serrures, travaux d'étanchéité,...)¹⁴¹. Cette obligation va plus loin que celle de l'art. 259 CO¹⁴². Elle s'explique par le fait que le fermier a plus de droits que le locataire, notamment celui de recueillir les fruits de la chose affermée¹⁴³. En outre, conformément à l'usage local, le fermier doit « effectuer les petites réparations et remplacer les ustensiles et outils de peu de valeur qui ont péri par l'usage ou par suite de vétusté » (art. 284 al. 2 CO). Le devoir prévu à l'art. 284 CO est donc plus étendu que celui du locataire d'éliminer les menus défauts. Inversement, l'obligation du bailleur est moins étendue : il ne doit effectuer à ses frais que les « grosses réparations » (art. 279 CO)¹⁴⁴.

95. Les dispositions sur l'obligation de l'entretien de la chose louée ou affermée par le bailleur sont de nature *relativement impérative*. Les parties ne peuvent donc pas y déroger au détriment du locataire ou du fermier (art. 256 al. 2 CO pour les baux à loyer d'habitations et de locaux commerciaux¹⁴⁵ ; art. 279 CO pour le bail à ferme¹⁴⁶).
96. Lorsque les parties *divergent* quant à la nature de leur relation contractuelle, les hypothèses sont les suivantes :
97. 1° Si le bailleur estime avoir conclu un bail à loyer alors que l'usager qualifie le contrat de bail à ferme, cela ne pose en principe pas de problème¹⁴⁷. Quelle que soit la partie qui a raison, l'usager renoncera – à

¹⁴¹ RONCORONI, FJS 835, p. 4.

¹⁴² Selon STUDER et KOLLER, cela correspond aux réparations d'une valeur supérieure ou égale à CHF 1000.- et au remplacement d'ustensiles d'une valeur ne dépassant pas CHF 50.- (BaKomm OR I- STUDER/KOLLER, art. 284 N 3 s.) Pour plus de détails sur l'étendue de l'obligation d'entretien du fermier, cf. CPra Bail 2-CARRON, art. 284 N 8 ss.

¹⁴³ ZKomm-HIGI, art. 279 N 9.

¹⁴⁴ RONCORONI, FJS 834, p. 5, précise que les réparations doivent pouvoir être imposées raisonnablement au bailleur, faute de quoi il n'est pas obligé de réparer ni de payer les frais d'exécution par substitution.

¹⁴⁵ BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE, art. 256 N 1.

¹⁴⁶ CR-CO I-RONCORONI, art. 279 N 5 ; ZKomm-HIGI, art. 279 N 5.

¹⁴⁷ On peut néanmoins imaginer le cas où un bailleur, pensant d'abord avoir affaire à un bail à loyer, réalise ensuite qu'il s'agit d'un bail à ferme. S'il a éliminé des défauts de moyenne importance, qui auraient dû être pris en charge par le fermier, il pourra se faire

juste titre s'il s'agit effectivement d'un bail à ferme (art. 284 CO), à tort s'il s'agit d'un bail à loyer (art. 259 CO) – à demander au bailleur de procéder aux travaux d'entretien et aux réparations des défauts de moyenne importance¹⁴⁸.

98. 2° Si le bailleur considère avoir conclu un bail à ferme alors que l'usager pense que c'est un bail à loyer, le second va exiger du premier qu'il répare les défauts de moyenne importance et procède au bon entretien de la chose, ce qu'il devrait en principe refuser de faire.

Si l'usager a raison (le contrat est un *bail à loyer*), il peut recourir aux remèdes prévus aux art. 258 al. 3 CO et 259a ss CO, notamment procéder à une exécution par substitution en effectuant les réparations aux frais du bailleur (art. 259b let. b CO)¹⁴⁹.

Si le bailleur a raison (le contrat est un *bail à ferme*), le bon entretien de la chose est à la charge du fermier (art. 284 CO). Si celui-ci ne l'effectue pas, il y a inexécution contractuelle. Le bailleur peut alors procéder à une exécution par substitution aux conditions de l'art. 98 al. 1 CO¹⁵⁰. Il peut également obtenir la condamnation du fermier au paiement de dommages-intérêts pour le dommage consécutif au défaut non réparé (art. 97 et 98 al. 1 i.f. CO), par exemple si la non-réparation de tuiles cassées endommage des meubles ou des installations de la chose affermée¹⁵¹. L'art. 285 al. 1 et 2 CO permet enfin au bailleur de résilier le bail de manière anticipée après avertissement lorsque le fermier ne respecte pas ses devoirs contractuels, dont l'obligation d'entretien de l'art. 284 CO fait partie¹⁵².

rembourser par le fermier, de manière analogue à ce qui est prévu en droit du bail à loyer lorsque le bailleur prend à sa charge l'élimination de menus défauts, qui aurait dû être payée par le locataire (cf. CPra Bail-AUBERT, art. 259 N 17).

¹⁴⁸ Nous admettons que le bailleur ne se plaindra pas de la prise en charge par le locataire de réparations qu'il aurait dû prendre en charge selon sa propre conception.

¹⁴⁹ CPra Bail-AUBERT, art. 259b N 28.

¹⁵⁰ Pour des développements plus avancés sur le principe général de l'exécution par substitution prévu à l'art. 98 al. 1 CO, cf. CARRON, Obligations de faire, N 75 ss.

¹⁵¹ Pour des développements généraux sur le dommage consécutif au défaut, cf. CARRON/FÉROLLES, N 1 ss.

¹⁵² ZKomm-HIGI, art. 285 N 8-9. Selon le TF, il s'agit d'une institution reprise du bail à loyer (art. 257f al. 3 et 4 CO), et l'on peut par conséquent lui appliquer la jurisprudence correspondante (TF du 10.02.2012, 4A_644/2011, cons. 3.1).

99. En cas de *confusion* relative à la nature du contrat, les conséquences sont les suivantes :
100. 1° Si les deux parties croient (à tort) avoir affaire à un bail à ferme, si le défaut est de moyenne importance, et si le locataire prend dans un premier temps à sa charge sa suppression, il faut se demander s'il peut réclamer au bailleur le remboursement de ces frais d'entretien dans un second temps, en invoquant les règles du bail à loyer. L'art. 259*b* CO ne s'applique que si le bailleur a connaissance du défaut. Le locataire voulant exiger du bailleur la suppression du défaut de moyenne importance doit en principe effectuer un avis préalable¹⁵³. Ce n'est que si le bailleur ne répare pas le défaut dans un délai convenable que le locataire peut se charger de la réparation, aux frais du bailleur sans autorisation du juge (art. 259*b* let. b CO). Dans notre hypothèse, le locataire n'annonce pas préalablement le défaut au bailleur. Si le bailleur ne ratifie pas ultérieurement les mesures d'entretien effectuées, les règles de la gestion d'affaires sans mandat entrent en considération¹⁵⁴. Si les travaux sont effectués dans l'intérêt unique du locataire, il s'agit d'une gestion d'affaires imparfaite (art. 423 CO). Si, au contraire, le locataire veut agir dans l'intérêt du bailleur, la gestion est parfaite (art. 422 CO) et peut être soit régulière (si elle est effectivement dans son intérêt), soit irrégulière (si elle n'est pas justifiée par cet intérêt, voire si elle est contraire à la volonté du maître)¹⁵⁵.
101. Si le locataire, sans remettre en question la qualification erronée du contrat, refuse de supprimer le défaut en affirmant qu'il nécessite une grosse réparation au sens de l'art. 279 CO, le juge doit qualifier le contrat de manière autonome et constater qu'il s'agit d'un bail à loyer. Il doit ensuite déterminer la catégorie du défaut : en cas de défaut de moyenne importance, il doit protéger le locataire dans la mesure où ses conclusions correspondent à l'un des remèdes prévus aux art. 259*a* ss CO et où l'état de fait permet de constater que les conditions de la disposition légale applicable sont remplies.
102. 2° Si les deux parties sont (à tort) d'avis qu'il s'agit d'un bail à loyer, le fermier ne prendra pas à sa charge l'élimination des défauts de moyenne

¹⁵³ CR-CO I-LACHAT, art. 259*b* N 3.

¹⁵⁴ RVJ 2014, p. 166, cons. 9 (dans une affaire de bail à ferme agricole).

¹⁵⁵ RVJ 2014, p. 166, cons. 9.2.

importance, contrairement à ce que prévoit l'art. 284 CO, et exigera la remise en état de la chose par le bailleur en vertu de l'art. 259b CO. Si le bailleur, sans remettre en question la qualification erronée, conteste la catégorie du défaut en alléguant qu'il est menu (au sens de l'art. 259 CO), le juge devra d'abord déterminer qu'il s'agit d'un bail à ferme, puis définir la catégorie du défaut et n'imposer une remise en état au bailleur que s'il s'agit d'une grosse réparation au sens de l'art. 279 CO.

c. Rénovations et modifications par le fermier

1° Modification du mode d'exploitation

103. Aussi bien le *bail à loyer* que le *bail à ferme* interdisent à l'usager de rénover ou de modifier l'objet du contrat, sauf autorisation écrite du bailleur (art. 260a al. 1 et art. 289a al. 1 let. b CO¹⁵⁶). Ces dispositions sont *impératives*¹⁵⁷.
104. Toutefois, on peut relever la *différence* suivante. Dans le *bail à ferme*, l'interdiction de modification s'étend au mode d'exploitation. Le consentement du bailleur est nécessaire lorsque le fermier souhaite, même sans modifier la chose affermée, apporter des changements essentiels à la manière de l'exploiter, si les effets peuvent persister après la fin du bail (art. 289a al. 1 let. a CO)¹⁵⁸. Cette disposition est impérative¹⁵⁹.
105. Par *exemple*, si le fermier décide de transformer le concept d'un hôtel familial en établissement pour célibataires ou pour une clientèle plus raffinée, hostile au bruit provoqué par les enfants, il a besoin du consentement écrit du bailleur¹⁶⁰. En effet, ce changement d'exploitation

¹⁵⁶ Pour le bail à loyer : CARRON, Travaux de construction, N 126 ; CPra Bail-AUBERT, art. 260a N 12. Pour le bail à ferme, CR-CO I-RONCORONI, art. 289a N 1 à 3.

¹⁵⁷ Pour le bail à loyer : BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE, art. ²⁶⁰-260a N 7 ; pour le bail à ferme : CR-CO I-RONCORONI, art. 289a N 7 ; les délais de résiliation prévus à l'art. 289a al. 3 CO sont en revanche de nature relativement impérative en faveur du fermier (CPra Bail 2-CARRON, art. 289a N 3).

¹⁵⁸ ZKomm-HIGI, art. 289a N 7 s. ; CR-CO I-RONCORONI, art. 289a N 2.

¹⁵⁹ ZKomm-HIGI, art. 289a N 5.

¹⁶⁰ Exemple inspiré de ZKomm-HIGI, art. 289a N 14.

est essentiel et aura des répercussions sur le type de clientèle au-delà de la durée du bail¹⁶¹.

106. En cas de changement du mode d'exploitation selon l'art. 289a al. 1 let. a CO non autorisé par écrit par le bailleur, celui-ci bénéficie d'un *droit de résiliation extraordinaire* si le fermier ne rétablit pas l'ancien mode d'exploitation dans un délai convenable (art. 289a al. 3 CO)¹⁶². A la différence de l'art. 285 CO et de l'art. 257f al. 3 CO, cette disposition n'exige pas que le bail soit devenu insupportable pour le bailleur.
107. Si les parties *divergent* quant à la qualification du contrat et qu'un fermier, considérant à tort être locataire, modifie le mode d'exploitation sans demander l'autorisation écrite du bailleur¹⁶³, le bailleur peut se fonder sur l'art. 289a al. 3 CO pour exiger une « remise en état », c'est-à-dire une reprise de l'ancien mode d'exploitation, dans un délai convenable. Si le fermier refuse de s'exécuter, le bailleur peut résilier le bail aux conditions de l'art. 289a al. 3 CO.
108. En cas de *confusion* par les deux parties, le juge doit qualifier le contrat de manière autonome, puisque les dispositions pertinentes sont de nature impérative. Si le juge constate que le conflit des parties concerne une modification du mode d'exploitation (et pas des travaux de rénovation ou de modification de la chose dépassant le bon entretien de celle-ci), il l'autorisera ou l'interdira selon qu'il qualifiera le contrat de bail à loyer ou à ferme.

2° Indemnité en fin de bail

109. A la fin du bail, les *deux contrats* prévoient que l'usager a droit, à certaines conditions, à une indemnité pour l'accomplissement des travaux de rénovation et de modification autorisés (art. 260a al. 3 et art. 299 al. 2 CO). La réglementation légale est *dispositive*¹⁶⁴.

¹⁶¹ Un retour au concept familial nécessiterait en effet des moyens financiers importants.

¹⁶² Cf. la version allemande qui utilise l'expression « rückgängig machen ». Eg. ZKomm-HIGI, art. 289a N 29 ss.

¹⁶³ La situation inverse où le locataire pense être fermier et s'abstient d'une modification du mode d'exploitation ne pose en principe pas de problème.

¹⁶⁴ Pour le bail à loyer : CARRON, Travaux de construction, N 157 et les réf. cit. Pour le bail

110. Les deux régimes présentent la *différence* suivante. Alors que le *locataire* n'a droit à une telle indemnité que si la rénovation ou la modification a apporté une « plus-value considérable » à la chose louée (art. 260a al. 3 CO)¹⁶⁵, le *fermier* a déjà droit à une indemnité pour toute « amélioration » résultant de rénovations ou de modifications qui dépasse le bon entretien de la chose (art. 299 al. 2 CO)¹⁶⁶. Cette différence entre les deux régimes est atténuée par le fait que le fermier a une obligation d'entretien plus étendue que le locataire (N 94) et que les travaux d'entretien ne justifient aucune indemnité sur la base de l'art. 299 al. 2 CO¹⁶⁷.
111. Lorsque les parties *divergent* quant à la nature du contrat et que l'usager affirme qu'il s'agit d'un bail à ferme¹⁶⁸, un conflit peut surgir à la fin du bail lorsque la plus-value découlant des rénovations ou de modifications n'est pas considérable. Dans un tel cas, le juge doit qualifier le contrat, appliquer le régime pertinent et accorder ou non l'indemnité en question.
112. Une *confusion* quant à la nature du bail ne pose pas de problème particulier. En effet, les deux dispositions relatives aux conditions d'octroi de l'indemnité étant dispositives (N 109), les parties peuvent convenir, même tacitement, d'un autre régime que celui prévu par la loi.

2. Rémunération

a. Terme de paiement

113. Le jour où le versement de la rémunération est dû *diffère* selon que les parties ont conclu un bail à loyer ou à ferme.

à ferme : ATF 93 II 97, cons. 5 ; Message, FF 1985 I 1457 ; ZKomm-HIGI, art. 299 N 10, qui réserve à raison l'hypothèse (peu probable) d'une convention dérogeant à l'art. 299 al. 2 CO mais violant l'art. 299 al. 4 CO. Eg. CPra Bail 2-CARRON, art. 299 N 3. D'un avis apparemment différent, CR-CO I-RONCORONI, art. 299 N 7.

¹⁶⁵ CPra Bail-AUBERT, art. 260a N 28.

¹⁶⁶ BaKomm OR I-STUDER/KOLLER, art. 289a N 2a ; CR-CO I-RONCORONI, art. 299 N 3, qui mentionne à raison la précision découlant de l'art. 289a al. 1 let. b CO.

¹⁶⁷ Dans ce sens, ZKomm-HIGI, art. 299 N 36.

¹⁶⁸ Lorsque le bailleur affirme (à tort ou à raison) que c'est un bail à ferme, il ne devrait pas y avoir de problème, car l'usager ne verra aucun inconvénient à obtenir une indemnité même si la plus-value de ces rénovations ou modifications n'est pas considérable.

114. Les dispositions applicables sont toutefois de droit *dispositif*¹⁶⁹ et réservent, en outre, l'usage local¹⁷⁰. Par conséquent, une convention prévoyant notamment le paiement du loyer ou du fermage à l'avance est valable¹⁷¹.
115. Pour le *bail à loyer*, le terme de paiement du loyer et des frais accessoires est à la fin du mois pour le mois en cours, ou au plus tard à la fin du bail (art. 257c CO).
116. S'agissant du *bail à ferme*, la loi fixe le terme de paiement du fermage et des frais accessoires à la fin de chaque année de bail, mais au plus tard à la fin du bail (art. 281 al. 1 CO).
117. Une *divergence* des parties quant à la nature du contrat de bail ne pose en principe pas de problème, dans la mesure où elles ont fixé conventionnellement le jour du paiement ou lorsque l'usage local prévoit un terme identique. En revanche, lorsque l'usage local n'est pas le même pour les baux à loyer ou à ferme ou lorsque le régime légal s'applique, il faut considérer les hypothèses suivantes :
118. 1° Si l'usager pense (à tort) avoir affaire à un bail à ferme alors qu'il s'agit d'un bail à loyer¹⁷², il payera son loyer en retard (fin de l'année au lieu de fin du mois). Il sera alors en demeure et le bailleur pourra résilier le bail conformément à l'art. 257d CO.
119. 2° Si le bailleur considère (à tort) qu'il s'agit d'un bail à loyer, il risque de résilier le bail dès le non-paiement de la rémunération à la fin d'un mois de bail, en croyant que l'usager est en demeure. Ce congé sera inefficace, car

¹⁶⁹ BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE, art. 257c N 3 (bail à loyer) ; CR-CO I-RONCORONI, art. 281 N 1 (bail à ferme).

¹⁷⁰ BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE, art. 257c N 2. Pour les baux à loyer, l'art. 1 CCR et l'art. 7 RULV prévoient un terme de paiement par mois d'avance et ces règles sont relativement impératives (cf. CPra Bail-BISE/PLANAS, art. 257c N 27).

¹⁷¹ BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE, art. 257c N 3 (bail à loyer) ; CR-CO I-RONCORONI, art. 281 N 2 (bail à ferme).

¹⁷² La situation inverse (usager pensant à tort avoir affaire à un bail à loyer alors qu'il s'agit d'un bail à ferme) ne pose en principe pas de problème, car le fermier paiera son fermage à la fin de chaque mois, ce dont le créancier ne se plaindra pas en principe, étant précisé que le bailleur pourrait refuser un paiement partiel conformément à l'art. 69 CO (cf. CR-CO I-HOHL, art. 69 N 4).

une condition matérielle de l'art. 282 CO – le non-respect du terme de paiement de l'art. 281 al. 1 CO – ne sera pas remplie¹⁷³.

120. Une *confusion* des parties quant à la qualification du contrat ne pose en principe pas de problème, car les termes et délais de paiement sont de droit dispositif. Les parties peuvent déroger au système légal, y compris de manière tacite.

b. Délai de paiement en cas d'arriérés

121. Dans les deux contrats, lorsque l'usager est en demeure pour le paiement de la rémunération ou des frais accessoires, le bailleur peut lui fixer un délai de paiement avec menace de résiliation de bail en cas de non-exécution. Ce délai *diffère* selon la nature du contrat :
122. Pour le *bail à loyer*, ce délai est de 30 jours au moins pour les habitations ou les locaux commerciaux, et de 10 jours au moins pour les autres types de baux à loyer (art. 257d al. 1 CO).
123. Pour le *bail à ferme*, le délai minimal est plus long : il se monte à 60 jours (art. 282 al. 1 CO)¹⁷⁴.
124. En cas de non-paiement à l'échéance du délai, le bailleur peut *résilier le contrat avec effet immédiat*, quelle que soit la nature du bail (art. 257d al. 2 et 282 al. 2 CO). Si le contrat a pour objet des habitations ou des locaux commerciaux, le délai de résiliation est toutefois de 30 jours pour la fin d'un mois.
125. Les art. 275d et 282 CO sont *absolument impératifs*¹⁷⁵. Les parties ne peuvent par exemple pas convenir d'une fin automatique du bail en cas de non-paiement de la rémunération¹⁷⁶. Les délais comminatoires de paiement

¹⁷³ CR-CO I-RONCORONI, art. 282 N 1 qui renvoie à l'art. 257d CO. Cf., pour la disposition correspondante en droit du bail, CPra Bail-WESSNER, art. 257d N 40 s.

¹⁷⁴ RONCORONI, FJS 835, p. 2. Pour une illustration, cf. ATF 103 II 247, cons. 2a, JdT 1978 I 504.

¹⁷⁵ Pour le bail à loyer : CPra Bail-WESSNER, art. 257d N 40 s. Pour le bail à ferme : CR-CO I-RONCORONI, art. 282 N 3.

¹⁷⁶ BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE, art. 257d N 4 (bail à loyer) ; CR-CO I-RONCORONI, art. 282 N 3 (bail à ferme).

et de résiliation peuvent néanmoins être prolongés en faveur du fermier. En ce sens, lesdites dispositions sont *relativement impératives*¹⁷⁷.

126. En cas de *divergence* sur la nature du contrat, il faut distinguer les hypothèses suivantes :
127. 1° Si le bailleur croit (à tort) être lié par un bail à loyer, il risque d'imposer un délai de paiement trop court (30 jours au lieu de 60). Dans ce cas, la menace de résiliation ne produit aucun effet, c'est-à-dire que le congé prononcé après ce délai est inefficace¹⁷⁸.
128. 2° Si le bailleur pense (à tort) être lié par un bail à ferme, il fixera un délai comminatoire de 60 jours, soit supérieur à 30 jours. Cela ne pose en principe pas de problème, car l'art. 257d CO est relativement impératif et n'interdit pas au bailleur d'accorder un délai plus long.
129. 3° Si le fermier pense (à tort) avoir affaire à un bail à ferme, il considérera (à tort) que le congé donné par le bailleur à l'issue du délai comminatoire de 30 jours est inefficace, alors que celui-ci produira ses effets.
130. 4° Si le locataire considère (à tort) avoir affaire à un bail à loyer, cela ne pose en principe pas de problème, car il interprétera le délai comminatoire de 60 jours fixé par le bailleur comme une dérogation admissible au délai minimum de l'art. 257d al. 1 CO.
131. En cas de *confusion*, deux situations sont imaginables :
132. 1° Si les deux parties considèrent (à tort) que leur contrat est un bail à ferme, il n'y a en principe pas de problème. En effet, le bailleur fixera un délai comminatoire de 60 jours, qui est admissible vu le caractère relativement impératif du délai fixé dans l'art. 257d CO.
133. 2° Si, en revanche, les parties retiennent (à tort) un bail à loyer, si le bailleur fixe un délai comminatoire de 30 jours et si une contestation naît ensuite quant à la validité du congé, toute autorité amenée à s'exprimer sur ce point, y compris l'autorité d'expulsion, devra d'abord qualifier la convention de bail à ferme, ensuite vérifier le respect de l'art. 282 CO et

¹⁷⁷ BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE, art. 257d N 5 (bail à loyer) ; CR-CO I-RONCORONI, art. 282 N 3 (bail à ferme).

¹⁷⁸ CR-CO I-RONCORONI, art. 282 N 2. Cf. CPra Bail-WESSNER, art. 257d N 41, valable pour le bail à loyer.

finale­ment constater d'office l'inefficacité du congé, faute pour le bailleur d'avoir fixé un délai comminatoire d'au moins 60 jours¹⁷⁹.

III. Fin du contrat

134. La troisième partie traite successivement des causes ordinaires (A.) et extraordinaires (B.) mettant fin au contrat, avant d'aborder les questions relatives à la liquidation du bail (C.).

A. Causes ordinaires

1. « Fin » d'un contrat de durée déterminée par reconduction tacite

135. Quelle que soit la nature du bail, un contrat de durée déterminée reconduit tacitement se transforme en bail de durée indéterminée (art. 266 al. 2 CO et art. 295 al. 2 et 3 CO)¹⁸⁰.
136. Toutefois, les régimes diffèrent quant aux *termes de résiliation* applicables :
137. Lorsqu'un *bail à loyer* de durée déterminée est reconduit tacitement, on présume qu'il se transforme en bail à durée indéterminée (art. 266 al. 2 CO)¹⁸¹. Le bail peut être alors résilié selon les délais et termes de congé légaux, c'est-à-dire pour la fin d'un semestre, d'un trimestre ou d'un mois de bail, selon l'objet du bail (cf. art. 266a ss CO).
138. Lorsqu'un *bail à ferme* de durée déterminée est reconduit tacitement, il se renouvelle d'année en année, sous réserve d'une convention contraire (art. 295 al. 2 CO)¹⁸². Les parties peuvent alors résilier le bail renouvelé en

¹⁷⁹ CR-CO I-RONCORONI, art. 282 N 2. Eg. CPra Bail-WESSNER, art. 257d N 40 s., valable pour le bail à loyer.

¹⁸⁰ Pour le bail à loyer : CR-CO I-LACHAT, art. 255 N 5. Pour le bail à ferme : ZKomm-HIGI, art. 295 N 27.

¹⁸¹ Les parties peuvent renverser cette présomption et prouver qu'elles ont eu tacitement l'intention de prévoir la reconduction tacite du bail pour une durée déterminée. (BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE, art. 266 N 2 ; CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY, art. 266 N 6).

¹⁸² CR-CO I-RONCORONI, art. 295 N 2 s.

observant le délai de congé légal de six mois pour la fin d'une année économique de bail (art. 295 al. 3 et 296 CO).

139. Le régime légal est de nature *dispositive* dans les deux contrats¹⁸³.
140. En cas de *divergence* entre les parties ou de *confusion* de leur part quant à la nature du bail, l'une ou les deux appliqueront (à tort) l'art. 266 al. 2 CO ou l'art. 295 CO. Si l'une des parties résilie ensuite le contrat en se fondant sur les dispositions du mauvais contrat et que ce congé est contesté, le juge doit commencer par qualifier la relation contractuelle. Si le congé donné ne respecte pas le terme prévu aux art. 266a ss CO (en cas de bail à loyer) ou à l'art. 295 al. 3 CO (en cas de bail à ferme), le juge doit reporter ses effets au prochain terme pertinent (congé reportable ; art. 266a al. 2 et art. 296 al. 3 CO).

2. Fin du bail de durée indéterminée

a. Termes et délais

141. En cas de bail de durée indéterminée, les *délais et termes* de congé diffèrent selon le contrat envisagé :
142. Dans le *bail à loyer*, terme et délai de congé dépendent de l'objet loué (art. 266b ss CO). Pour les habitations, il faut observer un délai de congé de trois mois pour le terme fixé par l'usage local ou, à défaut, pour la fin d'un trimestre de bail (art. 266c CO). Pour les locaux commerciaux, il est de six mois pour le terme fixé par l'usage local ou, à défaut, pour la fin d'un trimestre de bail (266d CO). Le délai est de deux semaines pour la fin d'un mois de bail pour les chambres meublées, les places de stationnement et les autres installations analogues (art. 266e CO). Pour les autres immeubles et constructions mobilières, le délai de congé est de trois mois pour le terme fixé par l'usage local ou, à défaut, pour la fin d'un semestre de bail (art. 266b CO). La résiliation d'un bail de choses mobilières doit respecter un délai de trois jours pour n'importe quel terme (art. 266f CO).
143. S'agissant des *baux à ferme*, la distinction repose aussi sur l'objet affermé (art. 296 CO). Pour des habitations ou des locaux commerciaux, le délai de

¹⁸³ Pour le bail à ferme, cf. RONCORONI, FJS 832, p. 10. Nous présenterons les situations fondées sur le régime légal uniquement.

résiliation est d'au minimum six mois pour le terme fixé par l'usage local ou, à défaut pour la fin d'un trimestre de bail (art. 296 al. 2 CO). Pour les autres baux, le délai reste de six mois, mais il n'y a pas de terme défini, sous réserve d'une convention des parties, de l'usage local ou si la nature de la chose laisse présumer une autre volonté des parties (art. 296 al. 1 CO)¹⁸⁴.

144. Les dispositions relatives à la fixation d'un *terme* sont de droit *dispositif* (art. 266a al. 1 CO et art. 296 al. 1 et 2 CO)¹⁸⁵. Pour les *délais* de résiliation, les règles sont *relativement impératives* pour les baux d'habitations et de locaux commerciaux : les parties peuvent convenir de délais de préavis plus longs et qui peuvent différer selon la partie qui résilie (art. 266a al. 1 CO et art. 296 al. 2 CO)¹⁸⁶. Pour les autres baux à ferme, l'art. 296 al. 1 CO est de droit *dispositif* et autorise les parties à fixer un délai de congé plus court (ou plus long) que six mois¹⁸⁷.
145. Pour les *divergences* ou *confusions* quant à la qualification du contrat, l'on peut appliquer par analogie les développements consacrés à la reconduction tacite d'un contrat de bail à durée déterminée (cf. N 140 ss).

b. Logement de famille

146. Dans le cadre du *bail à loyer*, les art. 266m à 266o CO instaurent un régime de protection pour le logement de famille. Lorsqu'un seul des époux est partie au contrat, il ne peut pas le résilier sans l'accord exprès de son conjoint ou de son partenaire enregistré (art. 266m al. 1 et 3 CO)¹⁸⁸. De plus, le congé donné par le bailleur ainsi que la menace de résiliation en cas de demeure du locataire doivent être notifiés séparément au locataire et à son conjoint ou à son partenaire enregistré (art. 266n CO)¹⁸⁹. Si ces

¹⁸⁴ La nature de la chose concerne notamment les immeubles agricoles de petite étendue non soumis à la LBFA et pour lesquels les termes de printemps et d'automne s'appliquent (Message, FF 1985 I 1455).

¹⁸⁵ CPra Bail-MONTINI, art. 266 N 4.

¹⁸⁶ Le délai à respecter par le bailleur doit être plus long que celui du locataire (ATF 114 II 339, cons. 2a, JdT 1989 I 174). Eg. CPra Bail-MONTINI, art. 266 N 4).

¹⁸⁷ CR-CO I-RONCORONI, art. 296 N 5 ; CPra Bail 2-CARRON, art. 296 N 2.

¹⁸⁸ CPra Bail-BARRELET, art. 266m N 16.

¹⁸⁹ CPra Bail-BARRELET, art. 266n N 5 ss.

dispositions ne sont pas respectées, le congé est nul (art. 266o CO). En outre, l'art. 273a al. 1 et 3 CO permet au conjoint ou au partenaire enregistré du locataire d'exercer les droits du locataire en cas de congé, en particulier, de contester le congé et de demander la prolongation du bail.

147. Ces dispositions sont de nature *impérative*¹⁹⁰.
148. Le *bail à ferme* ne prévoit aucune disposition équivalente. L'art. 300 al. 2 CO exclut même expressément l'application de l'art. 273a CO au bail à ferme. Par conséquent, le conjoint ou le partenaire enregistré du fermier ne peut pas contester le congé, ni demander la prolongation du contrat, ni exercer un des autres droits conférés au fermier par le CO, même si l'objet affermé comprend des locaux destinés au logement de la famille du fermier¹⁹¹.
149. La *différence* entre les deux régimes découle du fait que l'objet principal du bail à ferme n'est pas l'usage d'un logement de famille, mais l'exploitation par le fermier de l'objet affermé¹⁹².
150. En cas de *divergence* quant à la nature du contrat, les hypothèses suivantes sont envisageables :
151. 1° Si l'usager pense (à tort) avoir conclu un bail à ferme, il résiliera le bail sans présenter l'accord écrit de son conjoint. De même, si le bailleur juge (à tort) être lié par un bail à ferme, il notifiera la résiliation uniquement au locataire, à l'exclusion du conjoint. Vu la violation des art. 266m ou 266n CO, le congé sera nul, conformément à l'art. 266o CO.
152. 2° Si le fermier ou le bailleur croit (à tort) avoir affaire à un bail à loyer, la situation ne posera pas de problème. En effet, les parties respecteront les prescriptions des art. 266m ss CO, bien que cela ne soit pas nécessaire. L'information du conjoint ou l'accord écrit de celui-ci n'affecteront pas la validité du congé. Précisons que, même dans ce cas, le juge devra rejeter, faute de légitimation active, l'action du conjoint du fermier qui conteste le congé ou demande la prolongation du bail, puisque l'art. 273a CO ne s'applique pas au bail à ferme (art. 300 al. 2 CO).

¹⁹⁰ Pour le bail à loyer : CPra Bail-BARRELET, art. 266m N 1, art. 266n N 1. Pour le bail à ferme : CR-CO I-RONCORONI, art. 300 N 4.

¹⁹¹ CR-CO I-RONCORONI, art. 300 N 2.

¹⁹² CR-CO I-RONCORONI, art. 300 N 3.

153. En cas de *confusion*, la situation est la suivante :
154. 1° Si les deux parties pensent (à tort) être liées par un bail à ferme, le congé ne respectera pas les prescriptions des art. 266*m* s. CO. Par conséquent, le congé sera nul (art. 266*o* CO). La nullité peut être constatée d'office et en tout temps par toute autorité compétente pour examiner les effets du congé¹⁹³.
155. 2° Si les deux parties pensent (à tort) qu'il s'agit d'un bail à loyer et respectent les formes de congé des art. 266*m* ss CO (en l'occurrence inapplicables), un problème se pose si le conjoint du fermier, qui n'est pas partie au bail, conteste le congé ou demande la prolongation du bail. Dans un tel cas, le juge devra qualifier le contrat de bail à ferme, constater que le conjoint n'a pas la légitimation active et rejeter sa demande.

B. Causes extraordinaires

1. Faillite de l'usager

156. Le droit du bail à loyer et celui du bail à ferme prévoient *tous deux* un mécanisme de fin de contrat en cas de faillite de l'usager, postérieure à la délivrance de la chose. Ils *diffèrent* toutefois en ce sens que le bail à loyer autorise le bailleur à signifier un congé au sens propre du terme, alors que le bail à ferme prévoit en principe la fin automatique du contrat¹⁹⁴.
157. Selon le *bail à loyer*, le bailleur peut exiger par écrit, du locataire en faillite ou de l'administration de la faillite, la fourniture de sûretés dans un délai convenable¹⁹⁵, pour garantir les loyers et frais à échoir (art. 266*h* al. 1 CO). Le montant des sûretés doit couvrir le loyer et les frais accessoires jusqu'à la fin du contrat de durée déterminée ou jusqu'à la première échéance de résiliation pour un contrat de durée indéterminée¹⁹⁶. Si les sûretés ne sont pas fournies, et seulement dans ce cas, le bailleur peut résilier le bail avec

¹⁹³ CPra Bail-BARRELET, art. 266*o* N 6 et les réf. cit.

¹⁹⁴ RONCORONI, FJS 838, p. 4.

¹⁹⁵ CPra Bail-BISE/PLANAS, art. 266*h* N 15 et les réf. cit., selon qui le délai est d'une à deux (voire trois) semaines.

¹⁹⁶ CR-CO I-LACHAT, art. 266*h* N 3.

effet immédiat (art. 266h al. 2 CO). Si le bailleur n'exige pas de sûretés selon les formes prescrites, le congé donné ultérieurement est inefficace¹⁹⁷.

158. Le droit du *bail à ferme* prévoit un mécanisme différent. Le contrat prend en principe fin automatiquement à l'ouverture de la faillite du fermier (art. 297a al. 1 CO)¹⁹⁸. Toutefois, si des sûretés suffisantes sont fournies, le bailleur doit laisser subsister le contrat jusqu'à la fin de l'année de bail¹⁹⁹ (art. 297a al. 2 CO)²⁰⁰. Le montant des sûretés doit couvrir le fermage, les frais accessoires et l'état contractuel de l'inventaire jusqu'à la fin de l'année de bail²⁰¹. En contrepartie, le bailleur n'a pas de prétention envers le fermier fondée sur l'inexécution du contrat²⁰². De plus, l'administration de la faillite ne peut succéder au fermier qu'avec le consentement du bailleur, car les compétences personnelles et professionnelles du fermier sont déterminantes pour la continuation du bail²⁰³.
159. En cas de *divergence* entre les parties, il faut distinguer les situations suivantes :
160. 1° Le bailleur se fonde (à tort) sur les dispositions du bail à loyer. Il demandera des sûretés au locataire et à l'administration de la faillite, conformément à l'art. 266h al. 1 CO (pourtant inapplicable). Si les sûretés ne sont pas fournies dans un délai raisonnable, le bailleur résiliera le bail avec effet immédiat. En cas de contestation, le juge qualifiera le contrat de bail à ferme et constatera que, faute de fourniture de sûretés par le fermier, le contrat a pris fin *ex lege* lors de l'ouverture de la faillite (art. 297a al. 1 CO). En cas de fourniture de sûretés, le bail à ferme ne sera prolongé *ex lege* que jusqu'à la fin de l'année de bail. Toutefois, le bailleur, se fondant (à tort) sur les dispositions du bail à loyer, tolérera certainement le fermier au-delà de ce terme. Le comportement des parties pourrait alors

197 ATF 121 III 156, cons. 1c ; CPra Bail-BISE/PLANAS, art. 266h N 13.

198 CR-CO I-RONCORONI, art. 297a N 1 ; ROBERT-TISSOT, N 1223.

199 Le contrat prend fin automatiquement à la fin de l'année, sans que le bailleur ne doive effectuer un acte juridique quelconque.

200 CR-CO I-RONCORONI, art. 297a N 2, qui indique deux semaines en se référant à la doctrine concernant l'art. 266h CO pour le bail à loyer.

201 CPra Bail 2-CARRON, art. 297a N 20 ; ZKomm-HIGI, art. 297a, N 17.

202 RONCORONI, FJS 838, p. 4.

203 CR-CO I-RONCORONI, art. 297a N 4.

être interprété comme la conclusion tacite d'une convention pour un nouveau bail à ferme.

161. 2° Si le bailleur applique (à tort) les dispositions du bail à ferme, il informera l'usager (ou l'administration de la faillite) de la fin *ex lege* du contrat de bail sans avoir exigé de sûretés. Ce procédé violera l'art. 266h CO et le bail restera valable. Le bailleur pourra soit reprendre la procédure de l'art. 266h CO et demander des sûretés²⁰⁴, soit résilier le bail de manière ordinaire.
162. 3° Si l'usager (ou l'administration de la faillite) se fonde (à tort) sur les dispositions du bail à ferme, il fournira spontanément des sûretés s'il souhaite faire prolonger son bail jusqu'à la fin de l'année de bail, cela sans attendre que le bailleur lui en fasse la demande. Vu les sûretés fournies, le bailleur, considérant à juste titre avoir affaire à un bail à loyer, ne pourra pas résilier le contrat sur la base de l'art. 266h CO.
163. 4° Si l'usager applique (à tort) les dispositions du bail à loyer, il ne proposera pas de sûretés de manière à prolonger le contrat jusqu'à la fin de l'année de bail. Il commettra l'erreur d'attendre que le bailleur lui demande des sûretés²⁰⁵. Dans ce cas, le bail prendra fin *ex lege*, faute pour le fermier d'avoir fourni des sûretés à temps selon l'art. 297a al. 2 CO.
164. En cas de *confusion* quant à la nature du contrat, on peut envisager les scénarios suivants :
165. 1° Si les deux parties croient (à tort) avoir affaire à un bail à loyer, le bailleur demandera des sûretés. Si les sûretés ne sont pas fournies dans le délai fixé, le bailleur résiliera le bail avec effet immédiat selon l'art. 266h CO (pourtant inapplicable). Cela ne pose pas de problème en pratique, car le bail aura de toute manière pris fin *ex lege* lors de l'ouverture de la faillite (art. 297a al. 1 CO). Si les sûretés sont fournies en suffisance, le bailleur ne résiliera pas le bail, ce qui n'empêchera pas le bail de prendre fin automatiquement à la fin de l'année de bail (art. 297a al. 2 CO). Une fois l'année de bail écoulée, si le bailleur tolère toujours l'usager et que celui-ci

²⁰⁴ L'art. 266h CO peut être invoqué tant que la faillite est en cours (TF, SJ 1975 28, p. 31).

²⁰⁵ Il n'est pas nécessaire que le bailleur fixe un délai, le fermier doit s'exécuter de lui-même (ZKomm-HIGI, art. 297a, N 20).

continue à s'acquitter de la rémunération, le comportement des parties pourrait alors justifier la conclusion tacite d'un nouveau bail à ferme.

166. 2° Si les parties pensent (à tort) qu'il s'agit d'un bail à ferme, le bailleur considérera (à tort) que le bail a pris fin *ex lege* à l'ouverture de la faillite et ne demandera pas de sûretés ni à l'usager ni à l'administration de la faillite. Or, une demande de sûretés est nécessaire avant de pouvoir résilier le bail selon l'art. 266*h* CO. Faute de respecter cette condition, le congé sera inefficace²⁰⁶. Toutefois, si ni l'usager ni l'administration de la faillite ne veulent poursuivre l'exécution du contrat, le comportement conjugué de toutes les parties correspondra à un contrat résolutoire mettant fin conventionnellement au bail.

2. Décès de l'usager

167. Les *deux types de baux* précisent qu'en cas de décès de l'usager, ses héritiers peuvent mettre fin au bail pour les prochains terme et délai de congé légaux, au cas où le contrat prévoirait une échéance plus éloignée (art. 266*i* et art. 297*b* CO). Ces dispositions ont une nature *relativement impérative*²⁰⁷.
168. Le droit du *bail à ferme* va toutefois plus loin et offre également cette possibilité au *bailleur*, qui doit alors observer le délai de congé légal de six mois pour le prochain terme légal (art. 297*b* CO)²⁰⁸. Cette différence s'explique par le fait que les qualités et compétences personnelles et professionnelles du fermier sont déterminantes pour la bonne exécution du bail à ferme, en particulier pour l'exploitation de l'objet du contrat²⁰⁹. La règle est de nature *relativement impérative*²¹⁰.
169. Le *bail à loyer* n'autorise pas le bailleur à résilier le contrat de façon anticipée selon l'art. 266*i* CO. Néanmoins, à certaines conditions, le décès

²⁰⁶ CPra Bail-BISE/PLANAS, art. 266*h* N 23.

²⁰⁷ CR-CO I-LACHAT, art. 266*i* N 6.

²⁰⁸ Faute de résiliation respectant ce terme, le droit prévu par l'art. 297*b* CO s'éteint et le bail à ferme se poursuit (cf. RONCORONI, FJS 838, p. 5 s., avec des détails sur le calcul du délai).

²⁰⁹ CR-CO I-RONCORONI, art. 297*b* N 1.

²¹⁰ RONCORONI, FJS N 832, p. 10.

du locataire peut représenter un juste motif autorisant une résiliation selon l'art. 266g CO, c'est-à-dire à n'importe quel moment, mais en respectant le délai de congé légal²¹¹.

170. Une *divergence* entre les parties quant à la nature du contrat pose les problèmes suivants :
171. 1° Si le bailleur pense (à tort) être lié par un bail à ferme, il risque de résilier le bail, alors que seuls les héritiers du locataire disposent de ce droit²¹². Le congé sera inefficace, faute de remplir toutes les conditions matérielles de l'art. 266i CO. En outre, un congé extraordinaire donné pour un certain motif ne peut être converti en un autre congé²¹³.
172. 2° Si les héritiers pensent (à tort) qu'il s'agit d'un bail à loyer alors que le bailleur a résilié (à juste titre) le bail à ferme sur la base de l'art. 297b CO, les locataires perdront tout procès visant à faire constater la nullité du congé (effectivement valable).
173. En cas de *confusion*, les hypothèses suivantes sont dignes d'intérêt :
174. 1° Si les deux parties appliquent (à tort) les règles du bail à loyer, le bailleur ne résiliera pas le bail de manière anticipée en cas de décès du fermier, alors même qu'il en aurait la faculté. Cela ne pose pas de problème.
175. 2° Si les deux parties appliquent (à tort) les règles du bail à ferme et que le bailleur résilie (à tort) le contrat sur la base de l'art. 297b CO, le congé sera inefficace. Il s'agit d'un vice que devra soulever d'office toute autorité examinant la validité du congé. Si, malgré l'inefficacité du congé, les héritiers acceptent de restituer la chose louée pour le prochain terme légal en observant le délai légal, le comportement des parties pourrait indiquer que le bail a pris fin par contrat résolutoire.

²¹¹ CR-CO I-LACHAT, art. 266i N 7 et les réf. cit.

²¹² Si le bailleur pense (à tort) être lié par un bail à loyer, il ne résiliera pas le contrat sur la base de l'art. 297b CO, ce qui ne posera pas de problème.

²¹³ ATF 135 III 441, cons. 3.3.

C. Liquidation du bail

1. Restitution de la chose

a. Etat de la chose

176. A la fin du *bail à loyer*, le locataire doit restituer la chose « dans un état qui résulte d'un usage conforme au contrat » (art. 267 al. 1 CO). Cette disposition tient compte de l'usure normale de la chose louée, qui ne doit donc pas être restituée dans le même état qu'au premier jour du bail²¹⁴. Si les dégradations dépassent l'usure normale de la chose (art. 267 al. 1 CO a contrario), le bailleur peut demander une indemnité en respectant les conditions de l'art. 267a CO²¹⁵.
177. Dans le *bail à ferme*, le fermier doit rendre la chose et les objets portés à l'inventaire « dans l'état où ils se trouvent » (art. 299 al. 1 CO). On tient alors compte de l'usure normale de la chose et d'une perte normale de substance résultant de l'exploitation²¹⁶. Le bailleur peut exiger une indemnité pour les dégradations que le fermier aurait pu prévenir par une administration diligente (art. 299 al. 3 CO), ce qui inclut notamment le mauvais entretien (art. 284 al. 1 CO) et la perte de productivité de l'exploitation que le fermier a provoquée par une violation de son obligation d'exploiter la chose²¹⁷. Le bailleur peut également demander une indemnité pour les dégradations que le fermier aurait pu prévenir par une administration diligente de la chose affermée.
178. L'art. 267 al. 1 CO et l'art. 299 al. 3 CO sont *relativement impératifs* en faveur de l'usager²¹⁸. Quant à l'art. 299 al. 1 CO (pour ce qui est du devoir de restitution du fermier), il est de nature *impérative*²¹⁹.

²¹⁴ BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE, art. 267 N 19.

²¹⁵ CR-CO I-LACHAT, art. 267 N 3 ; BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE, art. 267 N 19.

²¹⁶ TF du 27.02.2007, 4C.412/2006, cons. 2.2. Eg. TERCIER/FAVRE/BUGNON, N 2856.

²¹⁷ CPra Bail 2-CARRON, art. 299 N 27.

²¹⁸ Pour le bail à loyer : CR-CO I-LACHAT, art. 267 N 8. Pour le bail à ferme : CR-CO I-RONCORONI, art. 299 N 7 ; ZKomm-HIGI, art. 299 N 10.

²¹⁹ CPra Bail 2-CARRON, art. 299 N 3 ; ZKomm-HIGI, art. 299 N 9 ; *contra* : CR-CO I-RONCORONI, art. 299 N 7 qui considère que l'intégralité de l'art. 299 CO est relativement impératif.

179. En cas de *divergence* sur la nature du contrat, les situations suivantes peuvent poser problème²²⁰ :
180. 1° Si le bailleur pense (à tort) être lié par un bail à ferme, il peut exiger de l'usager une indemnité pour défaut d'entretien ou perte de productivité ou d'exploitation, qui n'est pas due en vertu de l'art. 267 al. 1 CO.
181. 2° Si le fermier croit (à tort) être impliqué dans un bail à loyer, il risque de refuser de payer la part de l'indemnité réclamée par le bailleur pour la perte de productivité ou d'exploitation.
182. Dans ces deux hypothèses, le juge retiendra les postes du dommage correspondant à la nature du contrat. En effet, selon le type de bail, le dommage comprend ou non le défaut d'entretien ainsi que la perte de productivité et/ou de non-exploitation²²¹.
183. Une *confusion* des parties quant à la nature du contrat aura les conséquences suivantes :
184. 1° Si les parties croient (à tort) qu'il s'agit d'un bail à loyer, le bailleur ne demandera pas d'indemnité pour défaut d'entretien ou perte de productivité et/ou non-exploitation. Cela ne pose pas de problème, car le comportement des parties peut être interprété comme une dérogation conventionnelle tacite au régime légal, l'art. 299 al. 3 CO étant relativement impératif en faveur du fermier²²².
185. 2° Si les parties pensent (à tort) avoir affaire à un bail à ferme, la situation est plus délicate. Si le bailleur réclame par exemple à l'usager une indemnité au sens de l'art. 299 al. 3 CO comprenant un montant pour diminution de la productivité et que le locataire conteste ce montant (sans en contester le principe), le juge doit qualifier le contrat de bail à loyer, souligner que l'art. 267 CO est relativement impératif en faveur du

²²⁰ Le cas où l'usager pense (à tort) être impliqué dans un bail à ferme ou celui où le bailleur pense (à tort) qu'il s'agit d'un bail à loyer ne pose en principe pas de problème, car le bailleur ne réclamera pas d'indemnité pour défaut d'entretien ou pour perte de productivité ou pour non-exploitation, ce dont l'usager ne se plaindra pas.

²²¹ Précisons encore que, dans la mesure où la maxime de disposition s'applique aux procès en droit du bail, le juge ne peut de toute façon pas statuer *ultra petita*. Cf. CPra Bail-BOHNET/SANDOZ, art. 274d N 26.

²²² CR-CO I-RONCORONI, art. 299 N 7.

locataire et qu'il interdit le versement d'une indemnité visant à compenser une perte de productivité.

b. Indemnité en faveur du fermier

186. Le *fermier* peut demander au bailleur une indemnité pour les soins apportés à la chose allant au-delà du devoir normal d'entretien (art. 299 al. 2 let. a CO). Cette disposition est de nature *dispositive* et nécessite une requête explicite de la part du fermier. Le montant de l'indemnité se calcule conformément aux règles sur l'enrichissement illégitime, en tenant compte de la valeur que représentent les améliorations pour le bailleur à la fin du bail²²³.
187. Une telle indemnité n'existe pas dans le cadre du *bail à loyer*, même si les parties peuvent la prévoir conventionnellement (art. 267 CO).
188. En cas de *divergence* quant à la nature du contrat, il faut distinguer les hypothèses suivantes²²⁴ :
189. 1° Si le bailleur croit (à tort) être lié par un bail à loyer, il refusera de payer une indemnité pour les soins dépassant une administration diligente de la chose. Le fermier pourra ouvrir action et, le cas échéant, obtenir le paiement de l'indemnité si les conditions de l'art. 299 al. 2 CO sont remplies.
190. 2° Si le locataire croit (à tort) être lié par un bail à ferme et qu'il réclame une indemnité pour les soins dépassant l'administration diligente de la chose, le juge rejettera sa demande, faute de base contractuelle ou légale dans les art. 253 ss CO²²⁵.
191. En cas de *confusion* sur la qualification du contrat, les conséquences sont les suivantes :

²²³ Message, FF 1985 I 1457, qui renvoie aux ATF 93 II 97, cons. 5 ; ATF 75 II 38, cons. 4 ; TF du 03.03.2003, 4C.337/2002, cons. 1.1. Eg. CR-CO I-RONCORONI, art. 299 N 4 ; CPra-Bail 2-CARRON, art. 299 N 21.

²²⁴ On se fonde sur le régime légal.

²²⁵ Selon les faits allégués et les preuves offertes, le juge pourrait envisager une application de l'art. 260a al. 3 CO, dont les conditions diffèrent toutefois fortement de celles de l'art. 299 al. 2 let. a CO. Au sujet de l'art. 260a al. 3 CO, cf. CARRON, Travaux de construction, N 155 ss et les réf. cit.

192. 1° Si les deux parties croient (à tort) être liées par un bail à loyer, il n'y aura en principe aucun problème. En effet, le fermier ne réclamera pas d'indemnité pour des améliorations résultant des soins dépassant une administration diligente de la chose, alors que cette manifestation de volonté est une condition d'application de l'art. 299 al. 2 let. a CO.
193. 2° Si les parties croient (à tort) que les règles du bail à ferme s'appliquent et si le bailleur, tout en admettant le principe d'une indemnité selon l'art. 299 al. 2 let. a CO, n'en conteste que le montant, le juge doit commencer par qualifier le contrat de bail à loyer, constater ensuite que les art. 253 ss CO sont applicables et, enfin, analyser éventuellement la question sous l'angle de l'art. 260a al. 3 CO. En principe, une indemnité devrait être refusée au locataire, faute pour la demande de remplir toutes les conditions de l'art. 260a al. 3 CO²²⁶.

2. Remplacement des objets portés à l'inventaire

194. L'art. 299b CO régit la restitution des objets portés à l'inventaire à la fin du *bail à ferme*²²⁷.
195. Aucune disposition équivalente n'existe pour le *bail à loyer*, qui ne connaît pas l'institution de l'inventaire (N 61 ss)²²⁸.
196. Selon l'art. 299b CO, le fermier doit restituer les objets portés à l'inventaire à la fin du bail, de même espèce et valeur, ou payer la moins-value, si les objets estimés ont péri ou ont subi une dépréciation (art. 299b al. 1 CO). Le fermier supporte le risque de disparition ou de dépréciation, à moins que les objets en question aient péri par faute du bailleur ou par force majeure (art. 299b al. 2 CO). L'indemnité est fixée en fonction du

²²⁶ A ce sujet, cf. CARRON, Travaux de construction, N 158 ss et les réf. cit.

²²⁷ Pour les objets non portés à l'inventaire, le bailleur supporte la dépréciation résultant de l'usure normale et de la perte normale de substance de l'exploitation (art. 299 al. 1 CO). Une dépréciation plus importante est à la charge du fermier, sauf s'il prouve qu'il n'a pas commis de faute (art. 299 al. 3 CO). Cela correspond au système du bail à loyer selon lequel l'usure normale de la chose est à la charge du bailleur alors qu'une dépréciation plus importante est à la charge du locataire. A ce sujet, cf. BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE, art. 267 N 19.

²²⁸ Pour les règles concernant la restitution de la chose louée, cf. art. 267 al. 1 CO.

prix des objets au moment de leur restitution²²⁹. En outre, le fermier a droit à une indemnité si les objets de l'inventaire ont une valeur supérieure à leur estimation, qui résulte de ses impenses ou de son travail (art. 299b al. 3 CO)²³⁰.

197. Les alinéas 1 et 2 de l'art. 299b CO sont de nature *relativement impérative* en faveur du fermier²³¹. En revanche, le droit du fermier à une indemnité prévu par l'art. 299b al. 3 CO est de nature *dispositive* et la convention des parties peut exclure ce mécanisme²³².
198. En cas de *divergence* entre les parties, le problème relatif à la qualification du contrat se sera probablement déjà posé au début de bail, au moment de déterminer si un inventaire était nécessaire (N 58 ss). On peut distinguer les hypothèses suivantes :
199. 1° Si aucun inventaire n'a été établi, quelle que soit la qualification du contrat, l'art. 299b CO ne s'applique pas aux objets portés à l'inventaire²³³.
200. 2° Si un inventaire a été établi (à tort) et que le bailleur pense (à tort) être lié par un bail à ferme, il n'obtiendra pas de compensation fondée sur l'art. 299b al. 2 CO, car le juge devra commencer par qualifier le contrat de bail à loyer et constater ensuite l'inapplicabilité de cette disposition.
201. 3° Si un inventaire a été établi et que le fermier affirme ensuite (à tort) être lié par un bail à loyer, le bailleur peut notamment exiger la compensation de la moins-value des objets portés à l'inventaire sur la base de l'art. 299b al. 2 CO²³⁴.
202. En cas de *confusion* des parties sur la nature du contrat, il faut distinguer deux situations :

²²⁹ CR-CO I-RONCORONI, art. 299b N 4 ; CPra Bail 2-CARRON, art. 299b N 15 s.

²³⁰ CR-CO I-RONCORONI, art. 299b N 5. Il s'agit d'une concrétisation du principe exprimé à l'art. 299 al. 2 CO.

²³¹ CR-CO I-RONCORONI, art. 299b N 7.

²³² BaKomm OR I-STUDER/KOLLER, art. 299b N 2b ; CPra Bail 2-CARRON, art. 299b N 2 ; ZKomm-HIGI, art. 299b N 4 s. ; *contra* : CR-CO I-RONCORONI, art. 299b N 7 qui est d'avis que tout l'art. 299b CO est de nature relativement impérative.

²³³ TF du 27.02.2006, 4C.412/2006, cons. 2.2. Eg. ZKomm-HIGI, art. 299b N 4.

²³⁴ Le fermier peut également choisir de restituer des objets de même espèce ou de même valeur. Cf. CPra Bail 2-CARRON, art. 299b N 12 ss et les réf. cit.

203. 1° Si les parties pensent (à tort) qu'il s'agit d'un bail à loyer, le bailleur ne réclamera pas d'indemnité pour des objets qui auraient pu figurer à l'inventaire et qui sont disparus ou ont diminué de valeur. Cette situation est favorable au fermier et ne pose pas de problème, vu le caractère relativement impératif de l'art. 299b al. 1 CO en faveur du fermier.
204. 2° Si les parties croient à tort qu'il s'agit d'un bail à ferme et qu'un litige éclate sur l'indemnité à payer par l'usager, le juge devra dans un premier temps qualifier correctement le contrat de bail à loyer pour finalement refuser d'appliquer l'art. 299b CO.

IV. Questions particulières

205. La dernière partie traite de deux aspects particuliers : le premier a trait au changement de parties (A.), le second évoque aux aspects de procédure (B.).

A. Changement de parties

1. Sous-contrat

206. Les sous-contrats sont réglés aux art. 262 CO (sous-location) et 291 CO (sous-affermage). L'art. 262 CO est *relativement impératif* en faveur du locataire²³⁵, tandis que l'art. 291 CO n'a pas une nature uniforme²³⁶. L'alinéa 1 a une double nature : il est *impératif* quant au principe du consentement du bailleur. En revanche, il est *dispositif* dans la mesure où, en vertu d'un silence qualifié, il faut admettre que le bailleur peut refuser sans autre son consentement à un sous-affermage de tout ou partie des locaux ou à la location de la totalité de ceux-ci, sans avoir à se justifier²³⁷.

²³⁵ CR-CO I-LCHAT, art. 262 N 9.

²³⁶ ZKomm-HIGI, art. 291 N 5 ss ; d'un autre avis : CR-CO I-RONCORONI, art. 291 N 10 qui considère que l'intégralité de la disposition est de nature relativement impérative en faveur du fermier.

²³⁷ CERUTTI, 92 s. et 99 ; CPra Bail 2-CARRON, art. 291 N 2 ; LCHAT, Bail des cafés et des restaurants, 256 s. et n. 153 ; ZKomm-HIGI, art. 291 N 30.

Les alinéas 2 et 3 sont, quant à eux, *relativement impératifs* en faveur du fermier²³⁸.

207. Le régime juridique des deux types de baux est *identique* dans la mesure où l’usager peut céder l’usage (et, pour le sous-affermage, la jouissance) de l’objet du contrat avec le *consentement* du bailleur. Le consentement ne conditionne pas la validité du sous-contrat, mais uniquement la possibilité de l’exécuter : si le bailleur parvient à interdire le sous-contrat, le sous-contractant peut alors exiger des dommages-intérêts de la part de l’usager principal (locataire ou fermier) pour inexécution contractuelle²³⁹.
208. En droit du *bail à loyer*, le bailleur ne peut refuser son consentement que dans trois hypothèses alternatives : lorsque le locataire refuse de communiquer les conditions de la sous-location, lorsque les conditions de la sous-location sont abusives, ou encore lorsque la sous-location présente des inconvénients majeurs pour le bailleur (art. 262 al. 2 let. a à c CO)²⁴⁰. Cette liste est exhaustive²⁴¹.
209. En droit du *bail à ferme*, le texte français de l’art. 291 CO contient plusieurs *maladresses* rédactionnelles²⁴². Premièrement, le texte français parle de « sous-location », alors qu’il s’agit de « location ». De plus, la note marginale de l’art. 291 CO (« sous-affermage ») est trop réductrice. Il faut distinguer les hypothèses suivantes :
210. 1° Un *sous-affermage au sens strict*. On entend par là le sous-contrat par lequel le fermier/sous-bailleur cède au sous-fermier, moyennant un fermage, le droit d’user de tout ou partie de la chose affermée et d’en percevoir les fruits²⁴³. Dans ce cas, le bailleur est – sous réserve de l’abus de droit – libre de donner (ou non) son consentement, sans devoir établir l’existence d’un inconvénient majeur ou d’une des autres hypothèses de

²³⁸ CPra Bail 2-CARRON, art. 291 N 2.

²³⁹ Pour le bail à loyer : CR-CO I-LACHAT, art. 262 N 2. Pour le bail à ferme : CR-CO I-RONCORONI, art. 291 N 3.

²⁴⁰ CR-CO I-LACHAT, art. 262 N 3.

²⁴¹ BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE, art. 262 N 16 ; CPra Bail-BISE/PLANAS, art. 262 N 32 ss.

²⁴² CPra Bail 2-CARRON, art. 299 N 3.

²⁴³ CR-CO I-RONCORONI, art. 291 N 1.

l'art. 262 al. 2 CO (ou de l'art. 291 al. 2 CO)²⁴⁴. Cette règle s'explique par l'importance que revêtent les qualités personnelles et professionnelles du fermier (ou du sous-fermier) pour le maintien de la productivité de l'objet affermé²⁴⁵. Par conséquent, la convention interdisant totalement le sous- affermage est licite²⁴⁶.

211. **2°** Un bail à loyer en tant que sous-contrat du bail à ferme. On entend par là le sous-contrat par lequel le fermier cède à un locataire le droit d'user de tout ou partie de la chose affermée, sans qu'il n'ait pour autant le droit d'en percevoir les fruits. Le régime de l'art. 291 CO impose encore une distinction supplémentaire :
212. **a)** Si le fermier conclut un bail à loyer pour *toute la chose* affermée, le régime applicable est le même que celui du sous- affermage (N 210).
213. **b)** Si le fermier conclut un bail à loyer pour une *partie seulement des locaux* de la chose affermée, le bailleur ne peut refuser le sous-contrat que dans les trois hypothèses de l'art. 291 al. 2 CO, à savoir lorsque le fermier refuse de communiquer les conditions du sous-contrat (let. a), lorsque les conditions du sous-contrat sont abusives comparées à celle du fermage (let. b)²⁴⁷, ou encore lorsque le sous-contrat présente des inconvénients majeurs pour le bailleur (let. c)²⁴⁸.
214. En cas de *divergence* des parties quant à la nature du contrat, les hypothèses dignes d'intérêt sont les suivantes :
215. **1°** Si le bailleur considère (à tort) être lié par un bail à ferme, il pourrait refuser (à tort) un sous-contrat pour l'ensemble des locaux en invoquant un motif autre que ceux figurant à l'art. 291 al. 2 CO²⁴⁹. Dans ce cas, le

²⁴⁴ RONCORONI, FJS 837, p. 2.

²⁴⁵ CR-CO I-RONCORONI, art. 291 N 8.

²⁴⁶ ZKomm-HIGI, art. 291 N 16.

²⁴⁷ Il faut alors comparer le loyer (du sous-contrat) à la part du fermage payée pour l'usage (à l'exclusion de la part du fermage servant à rémunérer la perception des fruits). Cf. ZKomm-HIGI, art. 299 N 32.

²⁴⁸ Il s'agit avant tout des désavantages relatifs à l'exploitation ou à l'entretien conformes au contrat (art. 283 s. CO). Cf. ZKomm-HIGI, art. 299 N 34.

²⁴⁹ L'hypothèse où le bailleur considère (à tort) qu'il s'agit d'un bail à loyer ne pose en principe pas de problème, car le bailleur renoncera à invoquer des motifs de refus autres que ceux de l'art. 262 CO, ce qui facilitera les démarches du fermier voulant remettre à

locataire – considérant (à raison) qu’il s’agit d’un bail à loyer – peut soit faire constater en justice son droit de sous-louer et d’obtenir l’autorisation du bailleur, soit passer outre le refus du bailleur²⁵⁰. Le locataire s’expose alors à une résiliation anticipée prononcée par le bailleur, mais pourra contester avec succès ce congé. En effet, le juge qualifiera le contrat de bail à loyer, appliquera l’art. 257f al. 3 CO à la résiliation anticipée et, faute de violation grave d’un devoir du locataire, constatera l’inefficacité du congé²⁵¹. Le locataire peut en outre demander au bailleur des dommages-intérêts sur la base de l’art. 97 CO, si le refus fautif lui a causé un préjudice²⁵².

216. 2° Si l’usager croit (à tort) que le contrat principal est un bail à loyer, alors que le bailleur considère (à raison) qu’il s’agit d’un bail à ferme et refuse le sous-contrat – sous-affermage (N 210) ou sous-contrat sous forme de bail à loyer pour la totalité de la chose affermée (N 212) – le refus de ce dernier est valable. Si le fermier passe outre l’interdiction, le bailleur peut en principe résilier le bail de façon immédiate en respectant les conditions de l’art. 285 CO.
217. Une *confusion* quant à la nature du contrat ne pose en principe pas de problème :
218. 1° Si les parties pensent (erronément) avoir conclu un bail à loyer, le bailleur se limitera aux motifs de refus de l’art. 262 CO (pourtant inapplicable) et le fermier, qui propose un sous-contractant, ne s’en plaindra pas.
219. 2° Si les parties considèrent (erronément) avoir conclu un bail à ferme, que le bailleur refuse la sous-location pour un motif autre que ceux de l’art. 262 CO, et que l’usager conteste le bien-fondé d’un tel motif (sans en contester l’admissibilité), le juge devra qualifier le contrat de bail à loyer, rappeler la nature relativement impérative de l’art. 262 CO et le caractère exhaustif de la liste qu’il contient, pour finalement autoriser la sous-location.

un tiers la chose affermée en sous-affermage ou en location.

²⁵⁰ CPra Bail-BISE/PLANAS, art. 262 N 46.

²⁵¹ CR-CO I-LACHAT, art. 262 N 4 s. CPra Bail-WESSNER, art. 257f N 47.

²⁵² CPra Bail-BISE/PLANAS, art. 262 N 46.

2. Transfert ensuite de restitution anticipée

220. Dans le *bail à loyer*, la restitution anticipée – c'est-à-dire celle qui intervient avant l'expiration de la durée contractuelle ou sans respecter le délai ou le terme de congé pertinent – est possible si le locataire présente une personne susceptible de le remplacer, qui soit solvable, que le bailleur ne puisse raisonnablement refuser, et qui soit disposée à reprendre le bail aux mêmes conditions (art. 264 al. 1 CO). Dans ces conditions, le débiteur est libéré de son obligation de payer le loyer pour la durée du bail restante²⁵³.
221. A défaut, le locataire doit s'acquitter du loyer et des frais accessoires jusqu'à l'expiration de la durée du bail ou jusqu'au prochain terme de congé contractuel ou légal (art. 264 al. 2 CO). Il faut toutefois déduire de ce montant, selon l'art. 264 al. 3 CO, les impenses économisées par le bailleur (let. a) et le bénéfice qu'il a ou aurait pu réaliser du fait d'un autre usage de la chose (let. b). Est en particulier visé le loyer tiré de la location de la chose à un tiers²⁵⁴.
222. Le droit du *bail à ferme* prévoit en principe les mêmes conditions pour un transfert ensuite de restitution anticipée (art. 293 al. 1 CO). Toutefois, le bailleur peut plus facilement faire valoir un refus pour un motif raisonnable. En effet, la personne du fermier revêt une importance plus grande pour le bailleur à ferme, qui peut exiger que le reprenant possède les compétences personnelles et professionnelles nécessaires à la reprise de l'exploitation de la chose affermée²⁵⁵.
223. Les *conséquences* de la présentation d'un remplaçant sont en principe les mêmes que pour le bail à loyer (N 220 s.) :
Si les conditions légales sont remplies, le fermier est libéré de ses obligations envers le bailleur (art. 293 al. 1 CO).
Si, au contraire, les conditions ne sont pas réalisées, le fermier doit compenser l'intérêt positif du bailleur, à savoir s'acquitter au moins du fermage et des frais accessoires jusqu'à l'échéance du bail, imputation faite des impenses épargnées et des profits retirés d'un autre usage (réel ou

²⁵³ CPra Bail-BISE/PLANAS, art. 264 N 30.

²⁵⁴ CPra Bail-BISE/PLANAS, art. 264 N 104 ss.

²⁵⁵ CR-CO I-RONCORONI, art. 293 N 2.

hypothétique) de la chose (art. 293 al. 2 et 3 CO). Néanmoins, vu que le bail à ferme implique l'exploitation de l'objet du contrat, l'intérêt positif du bailleur comprend le dommage découlant de la non-exploitation de la chose, par exemple la perte de clientèle ou de récolte²⁵⁶. Le fermier, au contraire du locataire, doit compenser ce type de dommage²⁵⁷.

224. Les règles du bail à ferme et du bail à loyer sont *relativement impératives* en faveur de l'usager²⁵⁸.
225. Une *divergence* sur la nature du contrat requiert d'analyser les scénarios suivants :
226. 1° Si l'usager pense (à tort) être lié par un bail à loyer, il risque de présenter un remplaçant qui ne présente pas les qualités personnelles nécessaires et que le bailleur peut refuser sur la base de l'art. 293 al. 1 CO²⁵⁹. Le fermier sortant, s'il est dans l'incapacité de présenter un autre remplaçant, doit alors compenser l'intérêt positif du bailleur, y compris la perte due à la non-exploitation de l'objet affermé pour la durée de bail restante²⁶⁰.
227. 2° Si le bailleur pense (à tort) être lié par un bail à ferme, il risque de refuser un remplaçant, faute de compétences personnelles nécessaires, alors que celui-ci remplit tous les critères de l'art. 264 al. 1 CO. Le locataire est libéré de son obligation de payer le loyer.
228. En cas de *confusion* par les deux parties, il faut distinguer deux scénarios :
229. 1° Si les parties pensent (à tort) être liées par un bail à loyer, cela ne cause en principe pas de difficulté particulière. En effet, le bailleur acceptera un remplaçant, même si le candidat n'a pas les compétences personnelles et professionnelles requises pour exploiter la chose affermée. Or, vu que l'art. 293 al. 1 CO prévoit une faculté du bailleur, l'acceptation par ce

²⁵⁶ CR-CO I-RONCORONI, art. 293 N 3 et 4.

²⁵⁷ CR-CO I-RONCORONI, art. 293 N 4.

²⁵⁸ Pour le bail à loyer : CPra Bail-BISE/PLANAS, art. 264 N 5 ; BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE, art. 264 N 1. Pour le bail à ferme : CR-CO I-RONCORONI, art. 293 N 7.

²⁵⁹ Si l'usager pense (à tort) être lié par un bail à ferme, il présentera en principe un remplaçant ayant des qualités personnelles suffisantes (mais pas nécessaires) pour la reprise du bail à loyer, ce qui ne pose en principe pas de problème.

²⁶⁰ CR-CO I-RONCORONI, art. 293 N 3 s.

dernier d'un fermier qu'il aurait pu refuser ne peut plus être remise en cause par la suite.

230. 2° Si les deux parties pensent (à tort) avoir affaire à un bail à ferme et si le bailleur refuse un remplaçant en raison de qualités personnelles ou professionnelles (non pertinentes pour le bail à loyer), le juge devra alors qualifier le contrat de bail à loyer, rappeler le caractère relativement impératif de l'art. 264 CO en faveur du locataire et libérer celui-ci de son obligation de payer le loyer.

B. Procédure

231. Le Code de procédure civile (CPC²⁶¹) traite en principe de *façon identique* les litiges relatifs aux baux à loyer et aux baux à ferme portant sur des logements ou des locaux commerciaux (cf. art. 35 al. 1 let. b, 113 al. 2 let. c, 200 al. 1, 209 al. 4, 210 al. 1 let. b, 243 al. 2 let. c, 247 al. 2 let. b ch. 1, 348 let. b et 361 al. 4 CPC). Lorsque le bail porte sur d'autres objets, les dispositions de procédure relatives aux litiges concernant les contrats sont applicables, qu'il s'agisse d'un bail à loyer ou d'un bail à ferme.
232. La loi sur le Tribunal fédéral (LTF²⁶²) prévoit, elle, une *différence* procédurale en cas de recours en matière civile (art. 72 ss LTF).
233. Lorsque le litige concerne un *bail à loyer*, la valeur litigieuse minimale pour qu'un tel recours soit recevable est de CHF 15'000.- (art. 74 al. 1 let. a LTF).
234. Cette disposition ne s'applique pas à un *bail à ferme*. Un recours en matière civile concernant ce type de contrat n'est recevable que si la valeur litigieuse atteint au moins CHF 30'000.- (art. 74 al. 1 let. b LTF)²⁶³.
235. En cas de *divergence* ou de *confusion* des parties quant à la nature du contrat, les hypothèses suivantes peuvent se présenter. Si le recourant allègue être lié par un bail à loyer et que c'est l'objet du litige, alors qu'il s'agit en réalité d'un bail à ferme, il faut appliquer la théorie des faits de double pertinence, c'est-à-dire que le juge saisi examine les conditions de

²⁶¹ RS 272.

²⁶² RS 173.110.

²⁶³ TF du 24.11.2011, 4A_574/2011 ; ég., TF du 23.02.2016, 4D_2/2016.

recevabilité du recours sur la base des allégués, moyens et conclusions du recours, sans tenir compte des objections de la partie intimée²⁶⁴. Le recours au Tribunal fédéral sera donc recevable dès que la valeur litigieuse atteint CHF 15'000.-, quelle que soit la qualification contractuelle retenue ensuite lors de l'analyse du bien-fondé du recours par le Tribunal fédéral. Si, en revanche, le recourant affirme qu'il s'agit d'un bail à ferme, à tort ou à raison, le recours sera irrecevable lorsque la valeur litigieuse est inférieure à CHF 30'000.-, à moins qu'une exception de l'art. 74 al. 2 LTF ne trouve application, notamment lorsque le recours soulève une question juridique de principe (art. 74 al. 2 let. a LTF).

236. Les dispositions relatives à la valeur litigieuse minimale sont de nature *impérative*, comme toutes les dispositions de procédure²⁶⁵, et les questions de recevabilité sont examinées d'office par le Tribunal fédéral²⁶⁶.
237. Notons qu'une fois la recevabilité du recours admise, une *divergence* entre les parties ou une *confusion* des deux parties quant à la nature du contrat ne changera rien à l'appréciation du Tribunal fédéral quant au bien-fondé des prétentions. Il devra d'abord qualifier le contrat objet du recours et lui appliquer ensuite les dispositions pertinentes.

²⁶⁴ TF du 23.09.2015, 4A_109/2015, cons. 1. Sur cette théorie, cf. ATF 141 III 294, cons. 5.

²⁶⁵ BOHNET, Procédure, N 23, p. 8 ; HOHL, Procédure civile, N 50.

²⁶⁶ BOHNET, Procédure, N 1681, p. 410.

Bibliographie

BÖHM HELMUT, Das MRG und die Wissenschaft vom Mietrecht zur Abgrenzung von Miete und Pacht (unter besonderer Berücksichtigung der Qualifizierung von Verträgen in einem Einkaufszentrum), *Wohnrechtliche Blätter* (wobl) 2012, p. 272 ss (cité : BÖHM, wobl 2012)

BÖHM HELMUT, Gedanken zur Abgrenzung von Miete und Pacht (unter besonderer Berücksichtigung der Qualifizierung von Verträgen in einem Einkaufszentrum), in : Pichonnaz Pascal/Vogt Nedim Peter/Wolf Stephan (édit.), *Spuren des römischen Rechts : Festschrift für Bruno Huwiler zum 65. Geburtstag*, Berne 2007, p. 69 ss (cité : BÖHM, Festschrift Huwiler)

BOHNET FRANÇOIS, *Procédure civile*, 2^e éd., Neuchâtel et Bâle 2014 (cité : BOHNET, *Procédure*)

BOHNET FRANÇOIS/MONTINI MARINO (édit.), *Commentaire pratique, Droit du bail à loyer*, Neuchâtel 2010 (cité : CPra Bail-AUTEUR)

BURKHALTER PETER/MARTINEZ-FAVRE EMMANUELLE, *Commentaire SVIT du droit du bail à loyer*, Lausanne 2011

BYDLINSKI FRANZ, Geschäftsraummiete oder Unternehmenspacht im EKZ : Eine Suche nach dem Problemkern, *Juristische Blätter* (JBI) 2007, p. 273 ss (cité : BYDLINSKI, JBI 2007)

CARRON BLAISE, Commentaires des art. 275 ss CO, in : Bohnet François/Carron Blaise/Montini Marino (édit.), *Commentaire pratique, Droit du bail à loyer et à ferme*, 2^e éd., Neuchâtel 2016, à paraître (cité : CPra Bail 2-CARRON)

CARRON BLAISE, Bail et travaux de construction : aménagement, entretien, rénovation et modification des locaux, in : Bohnet François (édit.), *17^e Séminaire sur le droit du bail*, Neuchâtel 2012, p. 45 ss (cité : CARRON, *Travaux de construction*)

CARRON BLAISE, Contrat de bail et valorisation immobilière : due diligence relative à la vente d'un immeuble locatif, in : Bohnet François/Carron Blaise (édit.), *18^e Séminaire sur le droit du bail*, Neuchâtel 2014, (cité : CARRON, *Valorisation immobilière*)

CARRON BLAISE, L'exécution des obligations de faire dans la partie générale du CO, in : Bohnet François (édit.), Quelques actions en exécution, Neuchâtel 2011, p. 1 ss (cité : CARRON, Obligations de faire)

CARRON BLAISE/FÉROLLES YANN, Le dommage consécutif au défaut in : Werro Franz/Pichonnaz Pascal (édit.), Le dommage dans tous ses états, Colloque du droit de la responsabilité civile 2013, Université de Fribourg, Berne 2013, p. 71 ss

GRUBER MICHAEL, Bestandverträge in Einkaufszentren – Gedanken zur Rechtssicherheit, Juristische Blätter (JBl) 2010, p. 409 ss (cité : GRUBER, JBl 2010)

GRUBER MICHAEL, « Mietverträge » in Einkaufszentren – Anmerkungen zu OGH 3 Ob 253/05k, Wirtschaftsrechtliche Blätter (wbl) 2008, p. 114 ss (cité : GRUBER, wbl 2008)

HIGI PETER, Die Pacht, art. 275-304 OR, ZKomm V/2b, 3^e éd., Zurich 2000 (cité : ZKomm-HIGI)

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

KNOEPFLER FRANÇOIS/RUEDIN PIERRE-EMMANUEL, Regard circulaire sur le droit du bail commercial, 13^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2004, p. 12 ss

LACHAT DAVID, Le bail à loyer, 2^e éd., Lausanne 2008

LACHAT DAVID, Le bail des cafés et des restaurants, in : Bohnet François/Carron Blaise (édit.), 18^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2014, p. 221 ss

LINDENMEYER CHRISTOPH, Die Unternehmenspacht : eine Einführung in Wesen, Funktionen und Probleme für Juristen, Betriebswirtschaftler, Steuerfachleute und Treuhänder, thèse, Berne 1983

PELLEGRINI BRUNO/STREIFF ULLIN/VON KAENEL ADRIAN, Der Pachtvertrag, Vertragsvorlagen, 4^e éd., Bâle/Genève/Zurich 2008

ROBERT-TISSOT FABRICE, Les effets du concordat sur les obligations, thèse, Bâle/Genève/Zurich 2010

RONCORONI GIACOMO, Bail à ferme I à VIII, FJS 832 à 839, Genève 2000

TERCIER PIERRE/FAVRE PASCAL, *Les contrats spéciaux*, 4^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2009 (cité : TERCIER/FAVRE/COLLABORATEUR)

TERCIER PIERRE/PICHONNAZ PASCAL, *Le droit des obligations*, 5^e éd., Genève/Zurich/Bâle/Genève 2012 (cité : TERCIER/PICHONNAZ)

THÉVENOZ LUC/WERRO FRANZ (édit.) et al., *Commentaire romand CO-I*, 2^e éd., Bâle 2012 (cité : CR-CO I-AUTEUR)

VONKILCH ANDREAS, *Bestandverträge in Einkaufszentren : Aktuelle Entwicklungen in Judikatur und Rechtspolitik*, *Wohnrechtliche Blätter (wobl)* 2010, p. 57 ss (cité : VONKILCH, wobl 2010)

VONKILCH ANDREAS, *Geschäftsraummiete oder Unternehmenspacht : Aktuelle Tendenzen in der höchstgerichtlichen Judikatur – Zugleich eine Besprechung der E 7 Ob 260/07x und 1 Ob 25/08w*, *Wohnrechtliche Blätter (wobl)* 2009, p. 151 ss (cité : VONKILCH, wobl 2009)

Les colocataires de baux d'habitations ou de locaux commerciaux

par

Patricia Dietschy-Martenet

Docteure en droit et avocate, collaboratrice scientifique du Séminaire sur le droit du bail, chargée de cours aux Universités de Neuchâtel, Fribourg et Lausanne

| | |
|--|-----|
| Introduction | 186 |
| I. Définition et régime interne | 186 |
| A. Bail commun | 186 |
| B. Contrat de société simple | 187 |
| 1. Définition | 187 |
| 2. But commun | 188 |
| 3. Apports | 188 |
| 4. Nouveau colocataire | 189 |
| C. Réglementation interne | 190 |
| 1. Nature des règles | 190 |
| 2. Décisions concernant le bail | 190 |
| 3. Gains et pertes | 191 |
| 4. Dépenses | 191 |
| 5. Diligence | 192 |
| 6. Fin de la société simple | 192 |
| a. Dissolution | 192 |
| b. Liquidation | 194 |
| c. Conséquences pour le bailleur | 195 |

| | |
|---|-----|
| II. Régime externe | 195 |
| A. Créances | 195 |
| B. Dettes | 196 |
| C. Droits formateurs | 197 |
| 1. Principe | 197 |
| 2. Cas particulier de la résiliation du bail | 199 |
| a. Volonté commune de résilier | 199 |
| b. Volonté d'un seul colocataire de résilier | 200 |
| <i>ba. A l'interne</i> | 200 |
| <i>bb. A l'externe</i> | 201 |
| <i>bc. Restitution anticipée et transfert de bail ?</i> | 202 |
| <i>bd. Congé partiel ?</i> | 202 |
| c. Occupation illicite | 203 |
| D. Représentation | 203 |
| III. Procédure | 206 |
| A. Parties au procès | 206 |
| 1. Consortit  et représentation | 206 |
| a. Consortit  simple | 206 |
| b. Consortit  nécessaire | 207 |
| <i>ba. Principe : action commune</i> | 207 |
| <i>bb. Exceptions</i> | 209 |
| c. Représentation | 209 |
| 2. Actions condamnatoires | 210 |
| a. Créances des colocataires | 210 |
| b. Délivrance de l'objet loué | 210 |
| c. Dettes des colocataires | 210 |
| d. Expulsion | 211 |
| 3. Actions formatrices | 211 |
| a. Principe : action commune | 211 |
| b. Exception | 212 |
| 4. Actions constatatoires | 214 |
| a. Constat de la nullité ou de l'inefficacité du congé ou de la validité de l'exercice d'une option | 214 |
| b. Constat de la validité de la sous-location, du transfert de bail ou de la restitution anticipée | 215 |

| | |
|--|-----|
| B. Participation de tiers au procès..... | 215 |
| 1. Intervention..... | 215 |
| 2. Appel en cause ou dénonciation d'instance | 216 |
| Conclusion..... | 216 |
| Bibliographie..... | 218 |

Introduction

1. La colocation est source de nombreux problèmes sur les plans aussi bien théorique que pratique. Des questions se posent par rapport à la manière de faire valoir une créance (paiement de loyers ou d'indemnités en cas de défauts par exemple), d'exercer un droit formateur comme la résiliation du bail, une hausse ou une baisse de loyer, ou encore en ce qui concerne la conduite d'un procès. La présente contribution propose un examen de ces différentes questions au regard des baux d'habitations ou de locaux commerciaux. Nous traiterons du cas classique de la colocation qui prend la forme d'une société simple¹. Les règles particulières des colocataires mariés ou formant une communauté héréditaire² ont déjà fait l'objet de contributions dans des séminaires précédents³.

I. Définition et régime interne

A. Bail commun

2. Il y a *bail commun* lorsque le contrat implique la cession de l'usage de la chose louée à plusieurs locataires⁴. Pour admettre l'existence d'une colocation, il faut interpréter la volonté réelle et commune des parties lors

¹ Voir *infra* N 5.

² Notons que des locataires formant une communauté héréditaire peuvent transformer celle-ci en société simple en cas de volonté en ce sens, voir CR CO II-CHAIX, art. 530 CO N 15.

³ Voir BARRELET MURIEL, La protection du conjoint et du partenaire non signataires du bail, in : Bohnet François/Carron Blaise (édit.), 17^e Séminaires sur le droit du bail, Neuchâtel 2012, p. 115-149 ; WESSNER PIERRE, Le divorce des époux et l'attribution judiciaire à l'un d'eux des droits et obligations résultant du bail portant sur le logement de la famille, in : 11^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2000 ; LE MÊME, Le bail portant sur le logement de la famille : Les incidences du nouveau droit matrimonial, in : 4^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 1986 ; LE MÊME, Logement et famille, in : 3^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 1984 ; GUINAND JEAN, Décès du bailleur, décès du locataire, quelles conséquences ?, in : 7^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 1992.

⁴ TF du 10.07.2012, 4A_12/2012, cons. 2 ; TF du 03.07.2006, 4C_103/2006, cons. 3, DB 2007 N 3.

de la conclusion du contrat ou, subsidiairement, procéder selon le principe de la confiance⁵. Il appartient le cas échéant au cosignataire du bail qui conteste sa qualité de locataire d'en apporter la preuve, en démontrant par exemple que les parties ont exclu qu'il occupe les locaux et que son engagement ne consistait qu'en une reprise cumulative des dettes de loyer et frais accessoires⁶.

3. L'accord du bailleur est nécessaire pour qu'un *nouveau locataire* entre dans la relation contractuelle⁷. En Suisse romande toutefois, le Contrat-cadre romand (CCR) et les Règles et usages locatifs du canton de Vaud (RULV) permettent d'imposer au bailleur *le conjoint ou le partenaire enregistré* comme colocataire du locataire initial d'un bail d'habitation. Il suffit que les époux ou les partenaires enregistrés signent une déclaration d'adhésion dans les six mois dès la conclusion du bail ou, en cas d'union subséquente à la conclusion du contrat, dès la date respectivement du mariage ou du partenariat enregistré (art. 11.3 CCR et 6 RULV). Lorsque les partenaires vivent en union libre, le locataire a le droit d'héberger son *concubin*⁸. A notre avis, une clause du bail qui prévoirait que le locataire n'est pas autorisé à cohabiter dans le logement avec son compagnon est nulle, en tant qu'elle constitue un engagement excessif contraire à l'art. 27 al. 2 CC⁹, à moins d'un motif justificatif tel que la suroccupation de l'appartement.

B. Contrat de société simple

1. Définition

4. La société simple est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent d'unir leurs efforts ou leurs ressources en vue d'atteindre un but commun (art. 530 al. 1 CO). Elle ne doit pas présenter les

⁵ TF du 03.07.2006, 4C_103/2006, cons. 3, DB 2007 N 3 ; SCHMID (2016), p. 32 s.

⁶ *Ibid.*

⁷ TF du 10.07.2012, 4A_12/2012, cons. 4 ; SCHMID (2016), p. 33. S'agissant de l'accord des colocataires, voir *infra* N 7.

⁸ ATF 136 III 186, cons. 3.1-3.2, DB 2010 N 11 : « L'usage normal des locaux d'habitation autorise l'hébergement des membres de la famille et des proches du locataire. ». Sur cette question, voir DIETSCHY-MARTENET, p. 99.

⁹ WESSNER, note in DB 2010 N 11.

caractéristiques d'une autre société réglée par la loi (art. 530 al. 2 CO). Elle se définit donc comme un *contrat de durée* caractérisé d'une part par le *but commun* qui rassemble les efforts des associés et, d'autre part, par l'*apport* que chacun des associés consent au profit de la société¹⁰. Ce contrat n'est soumis à aucune forme particulière et peut être conclu par actes concluants, sans que les parties n'en aient nécessairement conscience¹¹. Les associés peuvent être des personnes physiques ou morales, même sans personnalité juridique comme une communauté héréditaire¹². En matière commerciale, le bail peut être conclu avec une société et une ou plusieurs personnes physiques, ce qui permet au bailleur d'étendre les garanties de solvabilité des colocataires en particulier en cas de faillite de la société.

2. But commun

5. D'après le Tribunal fédéral, la *location en commun d'un local ou d'un appartement* constitue typiquement un but de société simple¹³. Ainsi, lorsque plusieurs personnes louent un appartement ou une maison pour y habiter ensemble ou un local commercial pour y développer une affaire¹⁴, un rapport de société simple doit être admis¹⁵.

Par exemple, un couple, un groupe d'amis ou d'étudiants louent ensemble un appartement ou des associés d'une étude d'avocats, d'un cabinet médical ou d'un commerce louent conjointement un local commercial.

3. Apports

6. Les *apports* de chaque colocataire ne sont pas nécessairement égaux et peuvent être de nature personnelle ou patrimoniale (art. 531 al. 1 et 2

¹⁰ ATF 137 III 455, cons. 3.1.

¹¹ ATF 124 III 363, cons. 2a ; TF du 08.07.2015, 4A_74/2015, cons. 4.2.1.

¹² CR CO II-CHAIX, art. 530 CO N 4 ; TERCIER/FAVRE/CARRON, N 7524 et 7526.

¹³ ATF 108 II 204, cons. 4b, JdT 1982 I 570 ; TF du 21.11.2012, 4A_352/2012, cons. 3.1 ; TF du 13.05.1996, DB 1998 N 3.

¹⁴ TF du 21.11.2012, 4A_352/2012 : en l'espèce, exploitation en commun d'un cabinet dentaire.

¹⁵ TF du 13.05.1996, DB 1998 N 3 ; CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY-MARTENET, art. 253 CO N 26 ; ROMERO, Kommentar in MRA 1997 124.

CO)¹⁶. Il peut s'agir du paiement du loyer et des frais accessoires, de la constitution de la garantie locative, de la fourniture de meubles, de machines ou d'autres matériels, de la tenue du ménage ou de la gestion des affaires¹⁷. Comme le *loyer* doit être considéré comme un apport, les colocataires n'en sont pas toujours tenus, à l'interne, à parts égales¹⁸. En cas de concubinage par exemple, l'un des partenaires peut s'acquitter de l'entier du loyer alors que l'autre assume les tâches ménagères¹⁹. Il faut déterminer ce que les parties ont convenu, le cas échéant tacitement, pour savoir quelle quote-part de loyer chacune d'elles doit supporter à l'interne.

4. Nouveau colocataire

7. L'entrée d'un nouveau membre dans la colocation suppose l'accord unanime des colocataires en place (art. 542 al. 1 CO). Les parties peuvent prévoir un régime différent²⁰, par exemple qu'un consentement à la majorité est suffisant, que certaines catégories de locataires sont dans tous les cas admises (par exemple les compagnons/compagnes de chacun), ou à l'inverse qu'aucun nouveau membre ne pourra être admis, sous réserve à notre sens d'un engagement excessif contraire à l'art. 27 al. 2 CC²¹. L'accord du bailleur est dans tous les cas nécessaire pour que le nouvel occupant acquière le statut de locataire²², à moins que celui-ci soit l'époux d'un des colocataires²³.

Par exemple, dans une colocation d'étudiants de l'Université de Neuchâtel, le contrat de société simple peut prévoir qu'un colocataire en place puisse imposer l'entrée d'un nouvel occupant pour autant que celui-ci soit lui-même immatriculé dans cette université et pour autant que le logement ne soit pas suroccupé.

¹⁶ ATF 137 III 455, cons. 3.1.

¹⁷ ATF 108 II 204, cons. 4b, JdT 1982 I 570 ; TF du 21.11.2012, 4A_352/2012, cons. 3.1-3.2 ; TF du 13.05.1996, DB 1998 N 3.

¹⁸ S'agissant du régime externe, cf. *infra* N 21.

¹⁹ Comp. TF du 10.09.2004, 4P.118/2004, cons. 2.2.2.

²⁰ BSK OR II-HANDSCHIN, art. 542 CO N 2 ; CR CO II-CHAIX, art. 542 CO N 2.

²¹ Comp. WESSNER, note in DB 2010 N 11. Voir également sur cette question *supra* N 3.

²² TF du 10.07.2012, 4A_12/2012, cons. 4.

²³ Voir *supra* N 3.

C. Réglementation interne

1. Nature des règles

8. Les règles régissant les relations internes des colocataires sont prévues aux art. 532 à 542 CO. Elles sont toutes de *nature dispositive*, de sorte que les colocataires peuvent convenir d'un régime différent²⁴, le cas échéant tacitement. Les principes qui suivent s'appliquent donc lorsque les parties n'ont pas prévu de régime dérogatoire.

2. Décisions concernant le bail

9. Le pouvoir de prendre les décisions concernant le bail dépend du type d'acte visé. Les *décisions dites sociales*, soit celles qui portent sur des modifications du contrat de société simple²⁵, doivent être prises à l'unanimité (art. 534 et 535 al. 3 CO). Ces décisions concernent à notre sens la formation et l'extinction du bail ou la modification d'un élément essentiel du contrat (loyer, durée, chose louée, usage de la chose louée). Par conséquent, l'accord de tous les colocataires est nécessaire pour :
- décider entre les diverses options offertes par l'art. 258 CO en cas d'inexécution ou d'exécution imparfaite du contrat lors de la délivrance des locaux²⁶ ;
 - demander une baisse de loyer ;
 - modifier la destination des locaux (transformation d'un appartement en local commercial ou changement d'affectation du local commercial) ou rénover la chose louée (art. 260a CO)²⁷ ;
 - sous-louer les locaux (art. 262 CO) ;
 - transférer le bail (art. 263 CO)²⁸ ;
 - restituer la chose louée de manière anticipée (art. 264 CO)²⁹ ;

²⁴ CR CO II-CHAIX, art. 532 CO N 4 ; KUKO OR-SETHE, art. 533 CO N 3.

²⁵ CR CO II-CHAIX, art. 534 CO N 4 ; TERCIER/FAVRE/CARRON, N 7601.

²⁶ SCHMID (1991), p. 356 ; WEBER, p. 100 s.

²⁷ MICHELI, p. 11 ; WEBER, p. 140 et 142.

²⁸ TF du 21.11.2012, 4A_352/2012, cons. 3.4.1.

- exercer un droit d'option ;
 - résilier le bail.
10. Les actes de *gestion courante* peuvent en revanche être exercés par chacun des colocataires sans que le consentement des autres ne soit nécessaire (art. 535 al. 1 et 2 CO), notamment demander la réparation d'un défaut moyen ou grave au bailleur, réparer ou faire réparer les menus défauts ou participer à l'état des lieux d'entrée ou de sortie.

3. Gains et pertes

11. Les gains et les pertes doivent être *partagés en parts égales* entre les colocataires, peu importe le montant de l'apport de chacun (art. 532 et 533 al. 1 CO)³⁰. Par exemple, une indemnité pour défauts de la chose louée ou pour travaux à plus-value ou un éventuel bénéfice tiré du loyer de la sous-location doivent être répartis également. Du côté passif, des dommages-intérêts dus au bailleur en raison de dégâts causés à la chose louée sont aussi divisés à parts égales entre les colocataires. La prétention d'un colocataire peut être réduite ou exclue s'il est partiellement ou totalement responsable des dégradations (art. 44 al. 1 CO)³¹.

4. Dépenses

12. Chaque colocataire est débiteur d'une quote-part égale des dépenses consenties pour le bail (art. 537 al. 1 CO) telles que les frais de conclusion ou de résiliation du contrat de bail, de rappel en cas de demeure dans le paiement du loyer ou ceux liés à la réparation de menus défauts. Le colocataire qui s'acquitte de l'entier de ces dépenses peut prétendre au paiement de la part payée en trop auprès des autres (art. 148 al. 2 CO).

²⁹ TF du 21.11.2012, 4A_352/2012, cons. 3.6.

³⁰ CR CO II-CHAIX, art. 532 CO N 4 et art. 533 CO N 4 s. ; KUKO OR-SETHE, art. 533 CO N 2.

³¹ CR CO II-CHAIX, art. 533 CO N 4.

5. Diligence

13. Les colocataires doivent se comporter de façon à favoriser la réalisation du but social, soit la location en commun des locaux (principe de diligence ; art. 538 al. 1 CO). La diligence est celle que l'associé consacre habituellement à ses propres affaires, et non celle que l'on pourrait abstraitement attendre de lui³². Par conséquent, un colocataire qui joue d'un instrument de musique et provoque ainsi un bruit excessif pour les voisins ne manque pas à son devoir de diligence à l'égard des autres colocataires³³, peu importe qu'il viole le devoir de diligence à l'endroit du bailleur et des autres habitants de l'immeuble. En revanche, un colocataire qui cause des dégradations à la chose louée, qui omet de payer le loyer ou qui demeure dans les locaux après la fin du bail, peut selon les cas manquer à son devoir de diligence interne. En pareil cas, des dommages-intérêts peuvent lui être réclamés par les autres colocataires (art. 538 al. 2 CO).
14. Les colocataires pourraient définir dans le contrat de société simple les contours du devoir de diligence attendu de chacun d'eux, par exemple en indiquant les comportements qui ne sont pas tolérés (écouter trop fort de la musique, claquer les portes, encombrer les parties communes avec ses affaires, amener des animaux dans les locaux, etc.). Le locataire qui ne respecterait pas ces règles de comportement devrait le cas échéant payer des dommages-intérêts aux autres pour le dommage subi.

6. Fin de la société simple

a. Dissolution

15. La société simple prend fin notamment par :
 - l'*extinction* du contrat, en raison soit de l'échéance de la durée déterminée du bail soit de la résiliation de celui-ci (art. 545 al. 1 ch. 4 et 5 CO) ;

³² TERCIER/FAVRE/CARRON, N 7589 ; KUKO OR-SETHE, art. 538 CO N 5.

³³ TERCIER/FAVRE/CARRON, N 7589 : « L'idée est que les autres associés doivent accepter le risque qu'ils ont pris en formant avec lui un contrat de société » ; CR CO II-CHAIX, art. 538 CO N 6 s.

- le *décès* de l'un des colocataires (art. 545 al. 1 ch. 2 CO), à moins qu'il soit convenu que la société se poursuivra avec les autres colocataires ou avec les héritiers du colocataire défunt³⁴ ;
- une *dénonciation* du contrat de société simple *de durée indéterminée* (art. 545 et 546 CO) ; un préavis de six mois doit être respecté et la dénonciation ne doit pas être faite pour un terme inopportun (art. 546 al. 1 et 2 CO) ; cela signifie à notre avis qu'un colocataire ne peut dénoncer le contrat de société simple que pour un terme du bail, afin de permettre le cas échéant aux parties de résilier celui-ci ; le cas échéant, la résiliation est reportée au prochain terme pertinent (art. 266a CO par analogie)³⁵ ; les parties peuvent en outre prévoir un régime dérogatoire (préavis plus court ou plus long ou modalités différentes par exemple une dénonciation en tout temps ou subordonnée à l'existence de motifs clairement définis)³⁶ ; la dénonciation n'est soumise à aucune forme particulière³⁷ et n'a pas besoin d'être motivée³⁸ ;
- un *jugement prononçant la dissolution pour justes motifs* du contrat de société simple (art. 545 al. 1 ch. 7) de durée déterminée ou de durée indéterminée lorsque l'associé ne saurait attendre l'échéance du préavis de six mois³⁹ ; les justes motifs reposent sur des modifications des circonstances objectives ou personnelles qui rendent intolérable la poursuite du contrat⁴⁰, par exemple si des concubins se séparent. Les associés peuvent étendre conventionnellement la notion de justes motifs, mais non la restreindre⁴¹. Seul le jugement a un effet

³⁴ TF du 14.12.2010, 4A_398/2010, cons. 5.2.4.4.

³⁵ CR CO II-CHAIX, art. 545-547 CO N 22 ; BSK OR II-STAEHELIN, art. 545-546 CO N 22 s. ; KUKO OR-SETHE, art. 545/546 CO N 14.

³⁶ CR CO II-CHAIX, art. 545-547 CO N 23 ; HOCH, N 279 ; KUKO OR-SETHE, art. 545/546 CO N 15 ; TERCIER/FAVRE/CARRON, N 7712.

³⁷ ATF 116 II 49, cons. 4b, JdT 1992 I 66.

³⁸ TF du 08.05.2006, 4C.278/2005, cons. 4.1.

³⁹ En pratique toutefois, l'obtention d'un jugement prononçant la dissolution prendra nécessairement plus de six mois, ce qui relativise fortement la portée de l'art. 545 ch. 7 CO pour les contrats de société simple de durée indéterminée, voir CR CO I-CHAIX, art. 545-547 CO N 25.

⁴⁰ CR CO I-CHAIX, art. 545-547 CO N 26 ; KUKO OR-SETHE, art. 545/546 CO N 16 ; TERCIER/FAVRE/CARRON, N 7728 ; VENTURI-ZEN-RUFFINEN, N 1023 ss.

⁴¹ TERCIER/FAVRE/CARRON, N 7729.

formateur, le contrat de société simple n'étant dissous qu'à l'issue de la procédure judiciaire⁴². C'est pourquoi il est recommandé aux colocataires de convenir dans le contrat de société simple d'une clause selon laquelle la dissolution pour justes motifs peut résulter d'une dénonciation au lieu d'un prononcé judiciaire⁴³. Un jugement rapide rendu selon la procédure en cas clair de l'art. 257 CPC ne nous paraît dans tous les cas pas possible dans la mesure où l'existence d'un juste motif est soumise au pouvoir d'appréciation du juge⁴⁴ ; or selon le Tribunal fédéral, la situation juridique n'est pas claire si l'application d'une norme suppose l'exercice d'un certain pouvoir d'appréciation du juge⁴⁵ ;

- une *dénonciation avec effet immédiat* du contrat de bail de durée déterminée ou indéterminée fondée sur l'*art. 27 al. 2 CC*, lorsque le maintien de la location commune est insupportable pour le colocataire en raison de motifs particulièrement graves⁴⁶, par exemple une atteinte à son intégrité physique ou la violation de secrets d'affaires.

b. Liquidation

16. Lorsque la société simple a été dissoute, les associés doivent encore la liquider, par décision prise à l'unanimité (art. 550 al. 1 CO) ou, à défaut, par voie d'action judiciaire⁴⁷. Chaque associé peut également demander au juge la nomination d'un liquidateur, tiers neutre chargé de liquider les affaires de la société⁴⁸. C'est lors de la liquidation que les colocataires résilieront le bail⁴⁹ – lorsque la fin du bail n'est pas la cause de dissolution – et régleront le partage des gains et des pertes.

⁴² ATF 74 II 172 : effets *ex nunc*.

⁴³ ATF 74 II 172 ; CR CO I-CHAIX, art. 545-547 CO N 23.

⁴⁴ CR CO I-CHAIX, art. 545-547 CO N 26.

⁴⁵ ATF 141 III 23, cons. 2.1.2.

⁴⁶ ATF 48 II 439 ; HOCH, N 268 ss ; KUKO OR-SETHE, art. 545/546 CO N 18 ; TERCIER/FAVRE/CARRON, N 7733.

⁴⁷ ATF 100 II 339, cons. 2a.

⁴⁸ TF du 30.09.2013, 4A_143/2013, cons. 2.2 ; TF du 17.12.2009, 4A_443/2009, cons. 3.3.

⁴⁹ Voir également *infra* N 29 ss.

c. Conséquences pour le bailleur

17. La dissolution et la liquidation de la société simple n'ont pas d'effet à l'égard du bailleur, les colocataires continuant à répondre des obligations du bail tant que celui-ci n'a pas pris fin (art. 551 CO)⁵⁰.

II. Régime externe

A. Créances

18. Les créances acquises par les colocataires à l'encontre du bailleur leur *appartiennent en commun* (art. 544 al. 1 CO)⁵¹. La prétention en dommages-intérêts pour défaut de la chose louée ne peut par exemple être réclamée que conjointement par tous les colocataires⁵². Le bailleur, débiteur, ne peut pas se libérer en ne fournissant sa prestation qu'à l'un des créanciers, mais il doit le faire auprès de tous⁵³, c'est-à-dire selon les modalités indiquées par l'ensemble des colocataires.
19. Le contrat de bail peut prévoir la *solidarité active* des colocataires (art. 150 al. 1 CO) ; chacun peut alors réclamer au bailleur la totalité de la créance et celui-ci est libéré s'il paie en mains de l'un d'eux (art. 150 al. 2 CO).
20. La situation pourrait être différente lorsque la prestation est *indivisible*. En vertu de l'art. 70 al. 1 CO, chaque colocataire devrait pouvoir réclamer l'exécution intégrale de la prestation au profit de tous. La question se pose si cette disposition doit primer ou non sur le régime légal de la propriété en main commune instauré à l'art. 544 CO. La doctrine majoritaire estime que l'art. 70 CO est subsidiaire⁵⁴. Nous sommes plutôt favorables à la solution inverse⁵⁵, que le Tribunal fédéral applique d'ailleurs en matière de pluralité

⁵⁰ Voir également *infra* N 31 ss.

⁵¹ ATF 137 III 455, cons. 3.4 ; 130 III 248, cons. 4.1 ; CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY-MARTENET, art. 253 CO N 30 ; MICHELI, p. 8 ; TERCIER/FAVRE/CARRON, N 7643.

⁵² CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY-MARTENET, art. 253 CO N 30 s. ; SCHMID (1991), p. 357.

⁵³ ATF 140 III 150, cons. 2.2.2, JdT 2014 II 413 : il s'agit de créanciers dits collectifs.

⁵⁴ CR CO I-HOHL, art. 70 CO N 2 ; HUGUENIN, N 2324 et 2326 ; KUKO OR-BALZ GROSS, art. 70 CO N 1 ; ZK OR-SCHRANER, art. 70 CO N 29 et 32 ; ZK-HIGI, art. 253-274g CO N 122.

⁵⁵ Du même avis : CPra Actions-BOHNET, § 70 N 24 ; CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY-MARTENET, art. 253 CO N 31 ; SCHMID (2016), p. 34.

de débiteurs⁵⁶. Si on admet que l'art. 70 CO s'applique en priorité, cela signifie qu'en cas de *défauts de la chose louée*, chaque colocataire peut en exiger réparation, consigner le loyer ou prétendre à une réduction de loyer. De même en matière de *délivrance de l'objet loué*, laquelle pourrait être réclamée par chaque colocataire individuellement. Si un colocataire refuse de prendre possession des locaux, par exemple il refuse les clés, le bailleur n'est pas libéré en ne remettant celles-ci qu'à un seul colocataire (art. 70 al. 1 CO : « le débiteur est tenu de se libérer envers tous ») et s'expose aux conséquences liées à l'inexécution des obligations des art. 97 ss CO⁵⁷. Il devrait alors consigner les clés pour être libéré (art. 92 CO)⁵⁸.

B. Dettes

21. Les colocataires sont *solidairement* responsables des dettes découlant du bail, sans que le contrat ne doive le préciser (art. 544 al. 3 CO)⁵⁹. Le bailleur peut donc réclamer la totalité d'une dette, par exemple le loyer⁶⁰, les frais accessoires, les sûretés, des dommages-intérêts pour dégâts à la chose louée ou une indemnité pour occupation illicite⁶¹ à l'un ou à l'autre des locataires (art. 144 CO). Le colocataire qui a payé l'entier du montant peut ensuite répéter vis-à-vis du ou des autre(s) la part qu'il a payée en trop (art. 148 al. 2 CO), en fonction du régime interne applicable⁶².
22. Bailleur et locataires peuvent convenir de *règles différentes* (art. 544 al. 3 *i.f.* CO), par exemple de la responsabilité exclusive d'un colocataire ou

⁵⁶ TF du 03.07.2006, 4C.103/2006, cons. 4.1 en matière de restitution de la chose louée par des colocataires, DB 2007 N 3 et TF du 06.10.2010, 4A_429/2010, cons. 2.2, en matière d'obligation d'utiliser la chose louée de manière conforme à l'usage convenu.

⁵⁷ CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY-MARTENET, art. 253 CO N 32 ; MICHELI, p. 8 § 5 ; SCHMID (2016), p. 34.

⁵⁸ VON TUHR, p. 712 s.

⁵⁹ TF du 13.05.1996, DB 1998 N 3 ; TERCIER/FAVRE/CARRON, N 7679.

⁶⁰ Dans leurs rapports internes en revanche, les colocataires ne sont pas nécessairement débiteurs de la moitié du loyer, voir *supra* N 6.

⁶¹ Le colocataire non fautif est redevable de l'indemnité pour occupation illicite en ce qu'il est considéré comme l'auxiliaire de son colocataire, en application de l'art. 101 CO : TF du 03.07.2006, 4C_103/2006, cons. 4, DB 2007 N 3.

⁶² Cf. *supra* N 6 et 11.

pour des quotes-parts déterminées de la créance⁶³ ou exclure la solidarité des colocataires.

23. Comme en matière de créance⁶⁴, la question se pose du régime applicable en cas de prestation *indivisible*. Si l'on applique l'art. 70 al. 2 CO de préférence au régime légal ou conventionnel, le bailleur peut réclamer la dette à l'un ou à l'autre des colocataires, même si la solidarité a été exclue par le contrat (art. 70 al. 2 CO). L'exécution de la prestation par l'un des colocataires libère les autres⁶⁵. Il en va ainsi de la *restitution de la chose louée* au bailleur (art. 267 CO)⁶⁶, du droit de celui-ci de *visiter les locaux* durant le bail (art. 257h al. 2 CO)⁶⁷ ou encore de l'obligation d'*utiliser la chose louée* conformément à l'usage convenu⁶⁸.

C. Droits formateurs

1. Principe

24. Comme le bail commun est un rapport juridique uniforme qui n'existe que comme un tout et pour tous les cocontractants⁶⁹, les droits formateurs qui en découlent doivent être exercés par et contre tous les cocontractants, sous peine de nullité⁷⁰. Ce rapport juridique ne peut être supprimé ou modifié que de manière identique et à l'égard de toutes les parties au contrat⁷¹.
25. Le *bailleur* doit donc adresser les actes suivants à l'ensemble des colocataires, sous peine de nullité :
- résiliation de bail ;

⁶³ CR CO II-CHAIX, art. 544 CO N 15 ; KUKO OR-SETHE, art. 544 CO N 12 ; TERCIER/FAVRE/CARRON, N 7676.

⁶⁴ Cf. *supra* N 20.

⁶⁵ CR CO I-HOHL, art. 70 CO N 8.

⁶⁶ TF du 03.07.2006, 4C_103/2006, DB 2007 N 3 ; TF du 02.06.2004, 4C.17/2004, cons. 4.3.

⁶⁷ Trib. district Chaux-de-Fonds du 06.12.2007, DB 2008 N 26.

⁶⁸ TF du 06.10.2010, 4A_429/2010, cons. 2.2 : si l'un des colocataires enfreint cette obligation, le bailleur peut résilier le bail de manière anticipée au sens de l'art. 257f CO.

⁶⁹ ATF 140 III 598, cons. 3.2 ; 140 III 491, cons. 4.2.1 ; 136 III 431, cons. 3.1.

⁷⁰ ATF 140 III 491, cons. 4.2.1 : en l'espèce, résiliation du bail commun.

⁷¹ ATF 136 III 431, cons. 3.1 ; TF du 13.07.2009, 4A_189/2009, cons. 3.1.

- hausse de loyer ;
 - autre modification unilatérale du contrat ;
 - exercice d'un droit d'option ;
 - avis comminatoire en cas de demeure dans le paiement du loyer (art. 257d al. 1 CO)⁷² ; comme le non-paiement du loyer dans le délai de grâce peut entraîner la résiliation du contrat, donc un effet formateur, chaque colocataire doit en être informé pour lui permettre de prendre le cas échéant les mesures utiles.
26. Ces actes doivent être adressés à chaque colocataire, mais pas nécessairement de manière séparée : *un seul courrier ou formulaire officiel* est suffisant, pourvu qu'il comporte le nom de tous les colocataires⁷³. Le bailleur ne peut se voir opposer le fait que l'un des colocataires ne transmet pas le document à l'autre⁷⁴. Si l'un des colocataires a quitté les locaux loués, le bailleur devrait lui notifier l'acte à sa nouvelle adresse si celle-ci lui a été communiquée⁷⁵.
27. En cas de résiliation extraordinaire, lorsque le motif de congé ne concerne que l'un des colocataires, par exemple un seul d'entre eux manque d'égards envers les voisins, ce motif est également imputable aux autres locataires (art. 101 CO)⁷⁶. Le ou les colocataires non fautifs disposent le cas échéant d'un droit à réparation à l'encontre du colocataire responsable, sur la base de l'art. 538 CO⁷⁷.

⁷² CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY-MARTENET, art. 253 CO N 34 ; LACHAT (Bail), N 2.2.1 p. 666 ; MICHELI, p. 9 ; SVIT-K, art. 257d N 31.

⁷³ CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY-MARTENET, art. 253 CO N 33 ; LACHAT (Bail), N 1.2.2 p. 72 ; SCHMID (2016), p. 35 ; ZK-HIGL, art. 253-274g CO N 120. D'un avis différent : MICHELI, p. 13.

⁷⁴ Comp. ATF 118 II 42, cons. 3b, JdT 1993 I 140, DB 1993 N 9 et TF du 01.10.2010, 4A_325/2010, cons. 3.1.

⁷⁵ Comp. TF du 21.11.2012, 4A_673/2012, cons. 3.1 et TF du 02.06.2009, 4A_125/2009, cons. 3.4, en matière de logement de famille.

⁷⁶ TF du 06.10.2010, 4A_429/2010, cons. 2.2 ; MICHELI, p. 10 s. ; WEBER (Mietvertrag), p. 145 ; WESSNER, note in DB 1997 N 7.

⁷⁷ MICHELI, p. 17.

28. Les *colocataires* doivent exercer ensemble les actes suivants, sous peine de nullité :
- résiliation du bail⁷⁸ ;
 - demande de transfert de bail⁷⁹ ;
 - restitution anticipée⁸⁰ ;
 - demande de diminution de loyer⁸¹ ;
 - demande de libération de la garantie locative auprès de l'institution bancaire dépositaire⁸².

2. Cas particulier de la résiliation du bail

a. Volonté commune de résilier

29. La fin du bail ne constitue pas un acte ordinaire au sens de l'art. 535 CO, si bien que les colocataires doivent résilier conjointement, sous peine de nullité⁸³. En cas de congé commun et de volonté de l'un des locataires de demeurer dans les locaux, il peut être proposé au bailleur – mais non imposé, même par le juge – de conclure un *nouveau contrat*⁸⁴. Le locataire qui demeure dans les locaux et signe un nouveau bail avec le bailleur peut contester le loyer initial aux conditions de l'art. 270 CO, le délai de 30 jours pour saisir l'autorité de conciliation débutant dès l'entrée en vigueur du nouveau bail⁸⁵.
30. En cas de *résiliation extraordinaire* par les colocataires (art. 266g CO), le motif de congé peut concerner l'un des colocataires seulement, mais doit

⁷⁸ TF du 21.11.2012, 4A_352/2012, cons. 3.2 ; TF du 11.11.2009, 4A_437/2009, cons. 4.3.3 ; TF du 10.09.2002, 4C.6/2002, cons. 5.2.

⁷⁹ TF du 21.11.2012, 4A_352/2012, cons. 3.3.

⁸⁰ TF du 21.11.2012, 4A_352/2012, cons. 3.6.

⁸¹ CPra Bail-MONTINI/WAHLEN, art. 270a CO N 18 ; MICHELI, p. 11 ; WEBER, p. 132.

⁸² Mietgericht ZH du 11.11.2005, ZMP 1/2006 N 4 p. 16 ; CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY-MARTENET, art. 253 CO N 35 ; WEBER, p. 134.

⁸³ ATF 140 III 491, cons. 4.2.1, SJ 2015 I 126 ; TF du 21.11.2012, 4A_352/2012, cons. 3.2 ; TF du 11.11.2009, 4A_437/2009, cons. 4.3.3.

⁸⁴ CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY-MARTENET, art. 253 CO N 35 ; SCHMID (1991), p. 354.

⁸⁵ CPra Bail-DIETSCHY-MARTENET, art. 270 CO N 5 et 52.

affecter l'ensemble de la société simple, par exemple une maladie ou une infirmité qui ne permet plus à l'une des parties de rester dans les locaux⁸⁶.

b. Volonté d'un seul colocataire de résilier

31. Si un colocataire veut se départir du bail, mais que le ou les autres locataires souhaitent demeurer dans les locaux et refusent de résilier, il faut appréhender le problème sous l'angle interne d'abord, externe ensuite.

ba. A l'interne

32. Le colocataire sortant doit dissoudre et liquider la société simple (art. 545 al. 1 ch. 6 et 7 CO)⁸⁷. Lors de la liquidation (art. 550 CO), les parties ou, le cas échéant le juge, peuvent soit libérer le colocataire sortant de ses obligations résultant du bail, notamment du paiement du loyer et des charges ou de l'indemnité due pour les dégâts à la chose louée – sans effets à l'égard du bailleur (art. 551 CO) –, soit contraindre le locataire récalcitrant à résilier le bail⁸⁸. Un jugement entré en force qui condamne le colocataire à résilier le bail vaut déclaration de volonté de résilier, compte tenu de l'art. 344 al. 1 CPC⁸⁹; le ou les autres locataires doivent de leur côté donner congé – puisque celui-ci doit être commun –, en respectant les mêmes délai et terme.
33. Ni le liquidateur ni le juge ne peuvent imposer au bailleur l'attribution du bail à l'un ou l'autre des colocataires⁹⁰. MICHELI propose d'appliquer par analogie l'art. 264 CO relatif à la restitution anticipée de la chose louée⁹¹: le colocataire sortant serait libéré de ses obligations envers le bailleur si le ou les colocataires restants sont disposés à reprendre le bail aux mêmes conditions, qu'ils sont solvables et que le bailleur ne peut raisonnablement les refuser. A notre avis, comme le bailleur est libre de refuser le candidat

⁸⁶ SCHMID (1991), p. 376; WEBER, p. 177; WESSNER, note in DB 1997 N 7. *Contra*: TBx VD du 27.10.1993, DB 1997 N 7.

⁸⁷ Voir *supra* N 15.

⁸⁸ HOCH, N 525; MICHELI, p. 20; PERMANN, p. 209; SCHMID (2016), p. 36.

⁸⁹ SCHMID (2016), p. 36.

⁹⁰ DIETSCHY-MARTENET, p. 109 s.

⁹¹ MICHELI, 20 § 7. Voir également TISSOT, note in TF du 13.05.1996, DB 1998 N 3.

de remplacement proposé par le locataire⁹², on ne peut pas le contraindre à libérer certains colataires et à rester lié avec les autres⁹³.

bb. A l'externe

34. Malgré la dissolution et la liquidation de la société simple, les colataires restent tous liés au bailleur (art. 550 CO), qui peut notamment s'adresser au colataire qui a quitté les locaux pour le règlement de l'entier du loyer.
35. Le bailleur peut cependant libérer le colataire sortant des obligations découlant du bail (art. 115 CO)⁹⁴. La *remise conventionnelle de dette* n'est soumise à aucune forme et peut avoir lieu par actes concluants voire tacitement⁹⁵. La volonté de remettre par actes concluants doit toutefois être admise de façon restrictive, l'attitude du créancier, interprétée à l'aune de la théorie de la confiance, devant révéler une volonté manifeste de renoncer définitivement à la créance⁹⁶. En pratique, il est donc recommandé au colataire d'obtenir du bailleur une confirmation écrite de sa libération.
36. On peut aussi envisager que le *bail initial* contienne une clause selon laquelle le bailleur s'engage à libérer de ses obligations contractuelles celui des colataires qui le souhaite selon certaines conditions d'ores et déjà définies, notamment le terme pertinent ou un seuil minimal de solvabilité du locataire restant⁹⁷.
37. La remise de dette ne vaut qu'à l'égard du codébiteur libéré⁹⁸. Tant que la société simple n'a pas été dissoute et liquidée, le colataire libéré par le

⁹² TF du 09.06.2015, 4A_75/2015, cons. 3.1.1 ; TF du 18.06.1997, DB 1998 N 8 ; CPra Bail-BISE/PLANAS, art. 264 CO N 4.

⁹³ Cf. *infra* N 38.

⁹⁴ TF du 02.06.2009, 4A_125/2009, cons. 3.3 ; TF du 13.05.1996, DB 1998 N 3.

⁹⁵ TF du 02.06.2009, 4A_125/2009, cons. 3.3 : la remise conventionnelle de dette est « un contrat bilatéral par lequel le créancier et le débiteur conviennent d'éteindre une créance ou un rapport juridique (...). Elle peut donc résulter d'une offre et de son acceptation par des actes concluants ou le silence, considérés selon le principe de la confiance » ; TF du 13.03.2007, 4C.437/2006 cons. 2.3.2, non publié in ATF 133 III 356.

⁹⁶ TF du 02.06.2009, 4A_125/2009, cons. 3.3.

⁹⁷ LCHAT (Bail), N 6.5 p. 638 ; PICHONNAZ, p. 690.

⁹⁸ BSK OR I-GONZENBACH, art. 115 CO N 10 ; CR CO I-PIOTET, art. 115 CO N 14 ; KUKO OR-LARDI/VANNOTTI, art. 115 CO N 5 ; comp. ATF 133 III 116, cons. 4.

bailleur risque d'être recherché par le ou les colocataires demeurés dans les locaux qui ont payé l'entier de la dette auprès du bailleur (droit de recours interne, art. 148 al. 2 CO)⁹⁹. Pour éviter ce cas de figure, le *contrat de société simple* pourrait prévoir que le colocataire qui quitte les locaux avant la fin du bail est libéré de tout ou partie des obligations du contrat, le cas échéant dans un certain délai.

bc. Restitution anticipée et transfert de bail ?

38. Les colocataires peuvent informer le bailleur qu'ils restituent la chose louée et proposer l'un d'eux en qualité de *locataire de remplacement*, aux conditions de l'art. 264 CO, appliqué par analogie. Le bailleur est libre d'accepter ou non le colocataire en place pour poursuivre la relation contractuelle. S'il refuse, les colocataires sont libérés de leurs obligations, avec pour conséquence qu'ils doivent tous quitter les locaux. Cette solution ne permet en aucun cas d'imposer au bailleur de continuer le bail avec certains des colocataires seulement¹⁰⁰.
39. En cas de bail commercial, les colocataires peuvent également *transférer le bail* à celui qui reste en place (art. 263 CO par analogie)¹⁰¹. Les colocataires doivent en faire la demande conjointement. Si le bailleur ne consent pas au transfert, l'accord de cession entre les deux colocataires ne déploie aucun effet à son encontre¹⁰².

bd. Congé partiel ?

40. Un congé partiel n'est *pas autorisé*, le bail commun formant un tout¹⁰³. Certains auteurs proposent que l'un des colocataires puisse se départir seul du contrat s'il respecte un délai de dix jours analogue à celui de l'art. 269d CO en matière de hausse de loyer, pour permettre le cas échéant au bailleur

⁹⁹ CR CO I-ROMY, art. 148 CO N 8.

¹⁰⁰ Cf. *supra* N 33.

¹⁰¹ TF du 21.11.2012, 4A_352/2012, cons. 3. Il s'agit d'une application par analogie parce que le bail n'est pas transféré à un tiers mais à l'un des cocontractants.

¹⁰² TF du 21.11.2012, 4A_352/2012, cons. 3.

¹⁰³ ATF 136 III 431, cons. 3.1.

de résilier le bail à l'égard des deux colocataires¹⁰⁴. L'idée est d'« éviter qu'une personne ayant contracté conjointement un contrat de bail ne se voie privée de son droit légal de résiliation en cas de défaut de consentement du cotitulaire »¹⁰⁵. Si le but visé est légitime du point de vue du locataire, il ne l'est pas à l'endroit du bailleur et des assurances de solvabilité que lui procure une pluralité de cocontractants. Cette solution ne trouve par ailleurs aucun fondement légal et ne devrait pas être suivie.

c. Occupation illicite

41. Si, au terme du bail, l'un des colocataires ne quitte pas les locaux, l'autre est *tenu solidairement* de l'indemnité pour occupation illicite, les colocataires étant, selon le Tribunal fédéral, les auxiliaires les uns des autres (art. 101 CO)¹⁰⁶. Le colocataire recherché par le bailleur peut se retourner ensuite contre le locataire resté sur place pour obtenir le remboursement de la totalité du montant versé au bailleur (art. 538 al. 2 CO). La question se pose de savoir si les colocataires sont réellement les auxiliaires les uns des autres, dans la mesure où le colocataire ne « confie » pas à l'autre le soin d'user de la chose louée, mais en use avec lui¹⁰⁷.
42. Le contrat de bail peut valablement *exclure la responsabilité* du colocataire pour le cas où l'autre occuperait les locaux après la fin du bail (art. 101 al. 2 CO).

D. Représentation

43. Un colocataire peut confier à un autre colocataire ou à un tiers le soin de le représenter (art. 543 al. 2 CO qui renvoie aux art. 32 ss CO)¹⁰⁸. Il faut alors

¹⁰⁴ MENGE, p. 17 s. ; PULVER, p. 69 s. ; ZIHLMANN, p. 126, qui ne se prononce cependant pas expressément en faveur de cette solution.

¹⁰⁵ PULVER, p. 70.

¹⁰⁶ TF du 10.07.2012, 4A_12/2012, cons. 2 ; TF du 02.06.2009, 4A_125/2009, cons. 3.2 ; TF du 03.07.2006, 4C.103/2006, cons. 4.2.

¹⁰⁷ CR CO I-THÉVENOZ, art. 101 CO N 10, se demande si le Tribunal fédéral n'interprète pas la notion d'auxiliaire de manière trop extensive en l'appliquant aux colocataires.

¹⁰⁸ TF du 10.09.2002, 4C.6/2002, cons. 5.2 ; MICHELI, p. 7. Comp. encore TF du 13.07.2009, 4A_189/2009, cons. 3.1 et TF du 02.06.2004, 4C.17/2004, cons. 5.3.1, en matière de congé donné par des cobailleurs.

que les deux conditions de l'art. 32 al. 1 CO soient réunies, d'une part la manifestation de la volonté d'agir au nom d'autrui, d'autre part l'existence de pouvoirs en ce sens¹⁰⁹.

44. La *volonté de représenter* peut être exprimée de façon expresse, par la mention du nom de tous les colocataires ou par l'utilisation du papier à entête de la société simple, par exemple d'une étude d'avocats, d'un cabinet médical ou d'un commerce. Lorsque le colocataire n'indique pas agir au nom des autres, la représentation peut aussi avoir lieu tacitement (art. 32 al. 2 CO), si le bailleur doit inférer des circonstances qu'un tel rapport existe¹¹⁰, par exemple en raison de la nature des liens qui unissent les colocataires (concubinage) ou du comportement passif du représenté durant les relations contractuelles¹¹¹. A l'inverse, lorsque les colocataires signent systématiquement ensemble les courriers qu'ils adressent au bailleur, une lettre émanant d'un seul colocataire ne permet pas au bailleur d'inférer des circonstances la volonté de représenter. En cas de doutes, le bailleur devrait interpellier les locataires.
45. S'agissant de la seconde condition, l'*existence de pouvoirs* de représentation, l'art. 543 al. 3 CO pose la présomption selon laquelle un associé chargé de la gestion interne de la société simple est autorisé à représenter les autres associés pour les actes de gestion courante¹¹². Cette présomption est irréfragable vis-à-vis du tiers de bonne foi¹¹³. Tous les associés ayant, sauf régime conventionnel contraire, le droit de gérer la société en vertu de l'art. 535 al. 1 CO¹¹⁴, chaque colocataire est donc engagé par les actes de gestion de l'autre¹¹⁵. Le bailleur est protégé à moins que les colocataires l'aient informé que certains d'entre eux n'avaient pas

¹⁰⁹ CR CO I-CHAPPUIS, art. 32 CO N 10 ss ; TERCIER/FAVRE/CARRON, N 7655 ss.

¹¹⁰ TF du 13.07.2009, 4A_189/2009, cons. 3.1-3.2 ; TF du 02.06.2004, 4C.17/2004, cons. 5.3.1-5.3.2.

¹¹¹ TF du 02.06.2004, 4C.17/2004, cons. 5.3.2.3.

¹¹² CHAPPUIS, 591 ; CR CO II-CHAIX, art. 543 CO N 16 ; TERCIER/FAVRE/CARRON, N 7660 ss.

¹¹³ ATF 124 II 355, cons. 4a, JdT 1999 I 394 ; 118 II 313, cons. 3b ; TF du 13.04.2016, 4A_513/2015, cons. 3.1.

¹¹⁴ Voir *supra* N 10.

¹¹⁵ ATF 124 II 355, cons. 4a, JdT 1999 I 394 ; TF du 13.04.2016, 4A_513/2015, cons. 3.1.

de tels pouvoirs¹¹⁶. Ainsi, un colocataire qui participe seul à l'état des lieux d'entrée ou de sortie et qui indique représenter son cocontractant est supposé avoir les pouvoirs en ce sens. S'il signe le formulaire d'état des lieux de sortie et reconnaît la responsabilité de certains défauts, il engage l'ensemble des locataires.

46. Lorsque la représentation a été confiée à un tiers ou à un colocataire sans pouvoir de gestion, ou lorsque la représentation vise des décisions sociales (telles que baisse de loyer, modification de l'affectation des locaux, sous-location, restitution ou transfert de la chose louée, résiliation du bail)¹¹⁷ – pour lesquelles la présomption de l'art. 543 al. 3 CO ne vaut pas –, il faut que des *pouvoirs de représentation* aient été octroyés, expressément ou par actes concluants¹¹⁸. Par souci de sécurité juridique, les parties devraient inclure dans le bail une clause indiquant quel colocataire peut représenter le ou les autres et pour quel(s) acte(s).

Par exemple, le bail, signé par tous les colocataires, indique que le locataire A peut représenter le locataire B pour tous les actes découlant du contrat, sauf la résiliation de celui-ci.

47. Un acte effectué par un représentant *sans pouvoirs* est nul¹¹⁹. Le représentant sans pouvoirs peut être actionné par le bailleur en réparation du préjudice subi (art. 39 CO), par exemple pour les dépenses consenties en vue de la relocation des locaux après que le bail a été résilié par un colocataire sans pouvoirs de représentation.
48. La question de savoir si une *ratification* du colocataire représenté est possible est controversée en doctrine, en tout cas s'agissant de la résiliation du bail¹²⁰. A notre avis, une ratification est possible, en application de l'art. 38 CO. Il faut nécessairement que le représentant ait déclaré agir au

¹¹⁶ ATF 124 II 355, cons. 4a, JdT 1999 I 394.

¹¹⁷ Voir *supra* N 9.

¹¹⁸ ATF 99 II 39, cons. 1 ; CR CO I-CHAPPUIS, art. 33 CO N 9.

¹¹⁹ TF du 02.06.2004, 4C.17/2004, cons. 5.3.1.

¹²⁰ Ratification possible : CORBOZ, p. 14 ; CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY-MARTENET, art. 253 CO N 35 et le renvoi au N 15 ; SVIT-K, Remarques préliminaires ad art. 266-266o CO N 12. D'un avis différent : LACHAT (Bail), p. 626 n. 5 ; WEBER, p. 174 ; ZK-HIGI, art. 266-266o CO N 73 s.

nom de l'autre également¹²¹. S'il y a plus de deux locataires, l'accord de l'ensemble des colocataires représentés est nécessaire (art. 534 CO)¹²². Le bailleur peut le cas échéant impartir un délai au locataire pour qu'il se détermine sur l'existence de pouvoirs de représentation¹²³ ou sur une éventuelle ratification (art. 38 al. 2 CO)¹²⁴. Il ne risque donc pas de demeurer trop longtemps dans l'incertitude quant à la validité de l'acte en cause. La ratification a un effet rétroactif¹²⁵.

III. Procédure

A. Parties au procès

1. Consortit  et représentation

a. Consortit  simple

49. La consorité est simple lorsque le demandeur a le *choix* d'agir à plusieurs ou contre plusieurs (art. 71 CPC). Les consorts simples procèdent indépendamment, c'est-à-dire qu'ils ne sont pas liés par les actes de l'autre. Par exemple, chacun assume les conséquences de son défaut. Si un colocataire, consort actif, ne se présente pas à l'audience de conciliation, la cause est rayée du rôle pour ce qui le concerne (art. 206 al. 1 CPC), alors que la procédure se poursuit pour le colocataire présent. Chacun est libre de transiger, d'acquiescer ou de se désister (art. 208 et 241 CPC), de s'opposer à une proposition de jugement (art. 211 CPC), de requérir de l'autorité de conciliation qu'elle rende une décision (art. 212 CPC) ou de recourir contre la décision finale (art. 308 ss ou 319 ss CPC).

Par exemple, le bailleur agit en paiement d'un arriéré de loyer contre tous les colocataires et seul l'un d'entre eux s'oppose à la proposition de jugement rendue par l'autorité de conciliation ; la proposition de jugement n'entre en force qu'à l'égard des colocataires qui n'ont pas

¹²¹ ATF 136 III 431, cons. 4.2 ; TF du 20.05.2016, 4A_478/2015, cons. 3.1.

¹²² CR CO II-CHAIX, art. 543 CO N 12.

¹²³ TF du 02.06.2004, 4C.17/2004, cons. 5.3.2.3.

¹²⁴ TF du 20.05.2016, 4A_478/2015, cons. 3.2.

¹²⁵ TF du 03.05.2010, 4A_107/2010, cons. 2.3.

fait opposition ; le procès se poursuit avec celui qui s'est opposé, pour autant que le bailleur agisse ensuite au fond.

b. Consortité nécessaire

ba. Principe : action commune

50. Il y a consorité nécessaire lorsque le *droit matériel impose* aux parties d'agir ou de défendre ensemble (art. 70 CPC)¹²⁶. Pour le Tribunal fédéral, si l'action n'est pas introduite par ou dirigée contre tous les consorts nécessaires, il y a défaut de légitimation respectivement active ou passive, ce qui entraîne le rejet de la demande¹²⁷. A notre sens, il s'agit d'un défaut de qualité pour agir ou défendre, donc de recevabilité¹²⁸, que le juge doit vérifier d'office et d'entrée de cause (art. 60 CPC). La requête de conciliation doit déjà désigner tous les demandeurs ou défendeurs visés par l'action puisqu'elle fixe la litispendance et donc les parties au procès¹²⁹. Lorsque le requérant n'est pas assisté d'un avocat ou d'un autre mandataire professionnel et que la requête n'indique pas clairement si elle est déposée au nom de l'ensemble des colocataires, l'autorité de conciliation devrait interpellier le requérant et lui fixer un délai pour préciser l'acte (art. 132 al. 1 et 247 al. 2 CPC). Ce qui importe c'est que la requête soit déposée par un colocataire au nom de tous les autres, lesquels peuvent le cas échéant ratifier l'acte¹³⁰.
51. Les consorts nécessaires doivent accomplir ensemble les *actes de disposition sur l'objet du litige* (principe d'unanimité)¹³¹, soit en particulier les actes suivants :
- requête de conciliation (art. 202 CPC) ;
 - requête ou demande au fond (art. 221, 244 et 252 CPC) ;

¹²⁶ ATF 140 III 598, cons. 3.2 ; 138 III 737, cons. 2 ; 136 III 123, cons. 4.4.1.

¹²⁷ ATF 140 III 598, cons. 3.2 ; 138 III 737, cons. 2 ; 137 III 455, cons. 3.5.

¹²⁸ Du même avis : CPC-BOHNET, art. 59 CPC N 100 ; HABSCHIED, p. 180.

¹²⁹ TF du 20.05.2016, 4A_560/2015, cons. 4.1 ; TF du 07.01.2016, 4A_482/2015, cons. 2.1 ; TF du 29.09.2014, 4A_385/2014, cons. 4.1.

¹³⁰ ATF 136 III 431, cons. 4.2.

¹³¹ CPC-JEANDIN, art. 70 CPC N 11 et 14 ; KUKO ZPO-DOMEJ, art. 70 CPC N 22.

- acquiescement (art. 208 et 241 CPC) ;
 - désistement (art. 208 et 241 CPC) ;
 - transaction (art. 208 et 241 CPC) ;
 - opposition à une proposition de jugement (art. 211 CPC)¹³² ;
 - requête à l'autorité de conciliation de rendre une décision (art. 212 CPC) ;
 - appel (art. 311 CPC) ou recours (art. 321 CPC).
52. Si un seul colocataire accomplit l'un de ces actes, celui-ci n'est *pas valable*. Par exemple, l'un des consorts nécessaires seulement s'oppose à la proposition de jugement ; l'opposition n'est pas valable et la proposition de jugement entre en force, l'autorité de conciliation ne devant pas délivrer d'autorisation de procéder¹³³.
53. Les *autres actes de procédure* peuvent être accomplis par l'un et valoir pour l'ensemble des consorts (art. 70 al. 2 CPC), par exemple la formulation d'allégués, la réquisition de mesures d'instruction ou encore des plaidoiries¹³⁴. Ainsi, si l'un des colocataires, consorts passifs, ne dépose pas de réponse, il peut néanmoins se prévaloir des allégations et offres de preuve contenues dans la réponse de l'autre.
54. Si l'un des colocataires fait *défaut* à l'audience de conciliation, les conséquences prévues à l'art. 206 CPC devraient s'appliquer¹³⁵, à moins que l'autorité ne dispense le défaillant¹³⁶ (art. 204 al. 3 CPC), le cas échéant séance tenante. Une transaction ne pourra cependant être conclue que si le colocataire présent dispose d'une procuration en ce sens.

¹³² SAVIAUX, p. 7.

¹³³ Voir cependant *infra* N 70.

¹³⁴ CPC-JEANDIN, art. 70 CPC N 12 ; KUKO ZPO-DOMEJ, art. 70 CPC N 23.

¹³⁵ JACQUEMOUD-ROSSARI, p. 89. D'un avis différent : LACHAT (Procédure), p. 100 ch. 7.1.

¹³⁶ BOHNET (2010), N 27 p. 12 et JACQUEMOUD-ROSSARI, p. 89, proposent d'admettre largement qu'un colocataire représente les autres qui seront dispensés.

bb. Exceptions

55. Un colocataire peut agir seul, mais au nom de tous, s'il y a *urgence* et s'il faut protéger les intérêts de la société simple¹³⁷, notamment pour sauvegarder un délai de péremption.

Un colocataire pourrait introduire seul une requête en contestation du loyer initial si l'autre ne peut être atteint avant l'expiration du délai de 30 jours de l'art. 270 CO, par exemple parce qu'il se trouve dans le coma ou est emprisonné sans droit de recevoir des visites.

56. En toute hypothèse, un consort nécessaire n'est *pas obligé de participer* à la procédure lorsque¹³⁸ :
- il déclare *autoriser* le ou les autre(s) à agir ; ou
 - il déclare formellement *se soumettre par avance* à l'issue du procès ; ou encore
 - il *reconnaît d'emblée* formellement la demande.

c. Représentation

57. Les consorts, qu'ils soient simples ou nécessaires, peuvent désigner un *représentant commun* (art. 72 CPC). Il peut s'agir d'un tiers, agissant à titre professionnel ou non (aux conditions de l'art. 68 CPC). Comme la représentation peut être confiée à une personne de confiance (art. 68 al. 1 CPC)¹³⁹, l'un des colocataires peut être désigné représentant commun de tout ou partie des autres¹⁴⁰. En pareil cas, le colocataire concerné doit signer l'acte en sa qualité propre *et* en celle des autres, c'est-à-dire qu'il doit indiquer agir en son nom ainsi qu'au nom des consorts qu'il représente¹⁴¹.

¹³⁷ ATF 125 III 219, cons. 1a ; 141 IV 380, cons. 2.3.2 ; CPC-JEANDIN, art. 70 CPC N 16 ; CR CO II-CHAIX, art. 544 CO N 6.

¹³⁸ ATF 136 III 123, cons. 4.4.1.

¹³⁹ BOHNET/MARTENET, N 937 ; CPC-BOHNET, art. 68 CPC N 11 s.

¹⁴⁰ BSK ZPO-RUGGLE, art. 72 CPC N 6 ss.

¹⁴¹ Comp. ATF 136 III 431, cons. 4.2.

58. Lorsque la loi ou le juge impose la comparution personnelle des parties (art. 204 al. 1 et 68 al. 4 CPC), les règles du défaut s'appliquent lorsque le représentant se présente seul, même s'il s'agit de l'un des colocataires.

2. Actions condamnatoires

a. Créances des colocataires

59. Les colocataires étant *titulaires en main commune* des créances de la société simple¹⁴², ils forment une consorité nécessaire active pour réclamer celles-ci en justice¹⁴³, par exemple des dommages-intérêts pour défauts de la chose louée. Un colocataire peut cependant *céder sa créance* à l'autre (art. 164 CO), avec pour conséquence que le cessionnaire a seul qualité pour agir en paiement¹⁴⁴.
60. Si le contrat de bail prévoit que les colocataires sont *créanciers solidaires* (art. 150 al. 1 CO), ceux-ci forment une consorité simple s'ils agissent ensemble.

b. Délivrance de l'objet loué

61. Les colocataires doivent agir ensemble pour réclamer la délivrance de l'objet loué au bailleur, puisque celui-ci ne peut se libérer qu'au profit de tous¹⁴⁵.

c. Dettes des colocataires

62. Le bailleur qui réclame en justice le paiement d'une dette peut agir contre l'un ou l'autre des colocataires puisqu'ils sont débiteurs solidaires¹⁴⁶. S'il agit contre tous les colocataires, il y a consorité simple passive¹⁴⁷.

¹⁴² Cf. *supra* N 18 ss.

¹⁴³ ATF 140 III 598, cons. 3.2 ; 137 III 455, cons. 3.5.

¹⁴⁴ ATF 137 III 455, cons. 3.6 ; 78 II 265, cons. 3a : « la cession de la créance (...) fait passer au concessionnaire la qualité pour intenter action ».

¹⁴⁵ CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY-MARTENET, art. 253 CO N 32.

¹⁴⁶ Cf. *supra* N 21.

¹⁴⁷ TF du 25.01.2007, 4C.352/2006, cons. 3.2.2.

63. Lorsque le bail exclut la solidarité des colocataires¹⁴⁸, il y a consorité nécessaire passive de ceux-ci.

d. Expulsion

64. Le bailleur peut exiger la restitution de la chose louée de chaque colocataire, vu le caractère indivisible de cette obligation (art. 70 al. 2 CO)¹⁴⁹. La procédure d'expulsion peut être introduite contre l'un des colocataires seulement, notamment lorsqu'il est seul à être resté dans les locaux. La décision d'expulsion ne déploie d'effets qu'à l'égard de ce locataire¹⁵⁰. Le titre d'expulsion vaut en revanche à l'encontre des auxiliaires occupant les locaux, par exemple les enfants ou le partenaire qui n'est pas titulaire du bail¹⁵¹.

3. Actions formatrices

a. Principe : action commune

65. Une action formatrice vise la création, la modification ou la dissolution d'un rapport juridique (art. 87 CPC)¹⁵². Le bail commun formant un rapport juridique uniforme pour toutes les parties au contrat, une action formatrice ne peut conduire qu'à un jugement ayant force à l'égard de tous les cocontractants¹⁵³. Il y a donc une *consorité nécessaire*, active ou passive. Les actions suivantes sont visées :

- contestation du loyer initial (art. 270 CO) ;
- diminution de loyer (art. 270a CO) ;
- contestation de hausse de loyer (art. 270b et 270c CO) ;

¹⁴⁸ Voir *supra* N 22.

¹⁴⁹ TF du 03.07.2006, 4C.103/2006, cons. 4.1, DB 2007 N 3 ; TF du 02.06.2004, 4C.17/2004, cons. 4.3 ; CPra Actions-BOHNET, § 78 N 26 ; DUCROT (2006), p. 19 ; MICHELI, p. 15. Voir également *supra* N 21 ss.

¹⁵⁰ TF du 19.03.2007, 5P.25/2007, cons. 5 ; BOHNET/CONOD, p. 112 N 149. Voir également TF du 02.06.2004, 4C.17/2004, cons. 4.3.

¹⁵¹ TF du 24.08.1999, SJ 2000 I 6, cons. 2b, DB 2000 N 25 ; DUCROT (1996), p. 22 n. 140.

¹⁵² ATF 140 III 598, cons. 3.2.

¹⁵³ ATF 140 III 598, cons. 3.2.

- annulation du congé ou prolongation de bail (art. 271 ss CO) ;
 - libération de la garantie bancaire¹⁵⁴.
66. Une *cession de la qualité* pour intenter action n'est pas possible¹⁵⁵. Un colocataire ne peut donc pas déclarer céder à l'autre la qualité pour agir ou être actionné en justice. En revanche, un colocataire peut confier à un autre colocataire le soin de le représenter (art. 68 al. 1 CPC)¹⁵⁶.

b. Exception

67. D'après le Tribunal fédéral, le principe de l'action commune peut souffrir de tempéraments, en ce sens que la consorité nécessaire peut parfois se limiter à la participation de toutes les parties au procès, du côté demandeur ou défendeur¹⁵⁷. En matière de *bail d'habitation*, le droit de s'opposer à un congé abusif répond à un besoin de protection sociale si important qu'il faut permettre à un colocataire *d'agir seul en annulation du congé* s'il assigne le ou les autre(s) colocataire(s) aux côtés du bailleur, en qualité de co-défendeur(s)¹⁵⁸.
68. Ce principe ne s'applique pas aux *époux colocataires*, qui peuvent contester le congé de manière séparée, sans devoir attirer l'autre au procès¹⁵⁹. Le conjoint non partie à la procédure peut intervenir (art. 74 ss CPC) au procès à n'importe quel stade, même au stade du recours¹⁶⁰. Si un époux a épuisé ses droits en matière de protection contre les congés et qu'un jugement est entré en force, son conjoint ne peut pas entreprendre de nouvelles démarches visant à protéger le logement de famille, notamment pour obtenir l'annulation du congé ou une prolongation du bail¹⁶¹.

¹⁵⁴ Mietgericht ZH, ZMP 2006 N 4 ; LACHAT (Bail), p. 72 ch. 1.2.2.

¹⁵⁵ ATF 137 III 293, cons. 3.2 ; 130 III 417, cons. 3.4 ; 78 II 265, cons. 3a : « une personne ne peut pas être chargée de faire valoir en son propre nom le droit d'autrui ».

¹⁵⁶ Cf *supra* N 57.

¹⁵⁷ ATF 140 III 598, cons. 3.2.

¹⁵⁸ ATF 140 III 598, cons. 3.2.

¹⁵⁹ ATF 136 III 431, cons. 3.1 ; 118 II 168, cons. 2.

¹⁶⁰ ATF 115 II 361, cons. 4c, DB 1990 N 25.

¹⁶¹ Kantonsgericht ZH du 11.02.2011, FamPra.ch 2011, p. 476 c. III/2b.

69. La question se pose de savoir si la possibilité d'agir seul tout en assignant le colocataire récalcitrant peut s'appliquer à *d'autres situations* que l'annulation du congé d'un bail d'habitation¹⁶². Elle a été laissée ouverte par le Tribunal fédéral dans une affaire de contestation de hausse de loyer¹⁶³. La réponse doit selon nous être affirmative. Un colocataire devrait pouvoir agir seul dans toutes les actions fondées sur les règles spéciales de protection contre les loyers abusifs (art. 269 ss CO) et celle en prolongation du bail (art. 272 CO)¹⁶⁴, peu importe qu'il s'agisse d'une habitation ou d'un local commercial. Le but est d'atténuer les inconvénients présentés par la colocation et d'assurer le respect des règles spéciales de protection contre les loyers et les congés abusifs. En ce qui concerne la prolongation du bail, les intérêts du colocataire récalcitrant devront cependant aussi être pris en compte par le juge dans la pesée des intérêts des parties¹⁶⁵.
70. A notre avis, le principe selon lequel le colocataire peut agir seul s'il assigne l'autre colocataire aux côtés du bailleur peut s'appliquer à *n'importe quel stade du procès*. Ainsi, un colocataire peut seul s'opposer à une *proposition de jugement* ou *recourir* contre la décision au fond, pour autant qu'il assigne l'autre dans la procédure au fond ou de recours.

Par exemple, les colocataires contestent ensemble le congé ; l'autorité de conciliation rend une *proposition de jugement* dans laquelle elle constate la validité du congé, mais accorde une prolongation de bail de quatre ans ; l'un des colocataires seulement peut s'opposer à la proposition de jugement, avec pour conséquence qu'une autorisation de procéder lui sera délivrée (art. 211 al. 2 let. a CPC) et que la proposition de jugement n'entrera pas en force, même à l'égard de celui qui ne s'est pas opposé ; le colocataire doit ensuite agir au fond contre le bailleur et contre l'autre colocataire. S'il renonce finalement à agir, la proposition de jugement entre en force (art. 211 al. 3 CPC).

¹⁶² ATF 140 III 598, cons. 3.2 : « Le droit de s'opposer à un congé abusif répond à un besoin de protection sociale particulièrement aigu lorsqu'un local d'habitation est en jeu ».

¹⁶³ ATF 136 III 431, cons. 3.3.

¹⁶⁴ KOLLER, N 6 et 7.

¹⁶⁵ F. BOHNET/P. DIETSCHY-MARTENET, in : F. Bohnet/B. Carron/M. Montini (édit.), Commentaire pratique Bail à loyer et à ferme, 2^e éd., Zurich (à paraître), art. 253 CO N 36b.

Lorsque la procédure a dès le début été introduite par un seul des colocataires, le colocataire défendeur peut seul s'opposer à la proposition de jugement. La situation est piquante : le colocataire demandeur à la conciliation se retrouve défendeur dans la procédure au fond, et inversement.

Si c'est le bailleur qui s'oppose à la proposition de jugement, il doit agir au fond contre l'ensemble des locataires, consorts passifs nécessaires.

71. Lorsque la cause peut fait l'objet d'une *décision de l'autorité de conciliation*, soit lorsque la valeur litigieuse ne dépasse pas CHF 2'000.- (art. 212 CPC), il suffit à notre avis qu'un seul des colocataires en fasse la requête à l'autorité.
72. Des difficultés au niveau de la *notification* des actes par l'autorité peuvent survenir lorsqu'un colocataire agit seul contre le bailleur et un autre colocataire qui a quitté les locaux et qui se trouve à l'étranger. Le cas typique est celui de la colocation d'étudiants dont certains sont partis étudier à l'étranger pendant une ou plusieurs années. Il appartient à l'autorité d'imposer au colocataire concerné d'élire un domicile de notification en Suisse (art. 140 CPC), la première notification devant cependant avoir lieu selon les règles internationales de notification, ce qui pourra prendre du temps. Si le colocataire n'élit pas de domicile malgré l'injonction de l'autorité, si le lieu de séjour du colocataire est inconnu ou si la notification internationale présente des difficultés extraordinaires, l'autorité peut notifier par voie édictale (art. 141 CPC).

4. Actions constatatoires

a. Constat de la nullité ou de l'inefficacité du congé ou de la validité de l'exercice d'une option

73. Les actions en constat de la nullité ou de l'inefficacité du congé ou de la validité de l'exercice d'une option supposent en principe une *consortité nécessaire*¹⁶⁶ : il n'y a pas d'intérêt au constat (art. 59 al. 2 lit. a CPC) si le jugement ne déploie pas ses effets à l'égard de toutes les parties au bail. Dans certaines circonstances toutefois, on peut imaginer qu'un colocataire

¹⁶⁶ CPra Actions-BOHNET, § 76 N 14. D'un avis différent : LCHAT (Bail), p. 73 n. 19.

ait un intérêt digne de protection à agir individuellement lorsqu'il fait seul l'objet d'une procédure d'expulsion par le bailleur.

74. Dans tous les cas, la jurisprudence selon laquelle un colocataire peut agir seul pour autant qu'il *assigne son colocataire* en qualité de défendeur¹⁶⁷ peut à notre sens s'appliquer par analogie à ce type d'actions, que l'annulation du congé ou la prolongation du bail soit ou non demandée à titre subsidiaire. C'est ce que retient le Tribunal fédéral s'agissant du champ d'application de la procédure simplifiée (notion de « protection contre les congés et la prolongation du bail » de l'art. 243 al. 2 lit. c CPC)¹⁶⁸.

b. Constat de la validité de la sous-location, du transfert de bail ou de la restitution anticipée

75. Les actions visant à faire constater la validité de la sous-location, du transfert de bail ou de la restitution anticipée de l'objet loué impliquent également une *consortité nécessaire*¹⁶⁹, à moins qu'un colocataire ait seul un intérêt à agir par exemple parce qu'il est poursuivi par le bailleur en paiement des loyers après l'expiration du délai de deux ans de l'art. 263 al. 4 CO.

B. Participation de tiers au procès

1. Intervention

76. Lorsque le bailleur agit contre un seul des colocataires pour réclamer le paiement d'une dette du bail, par exemple le loyer, l'*autre colocataire* peut intervenir au procès pour soutenir le locataire défendeur (intervention accessoire, art. 73 CPC).

¹⁶⁷ ATF 140 III 598. Cf. *supra* N 67.

¹⁶⁸ TF du 21.06.2016, 4A_636/2015, cons. 2 (destiné à la publication) ; ATF 142 III 278 cons. 4 ; ATF 139 III 457, cons. 5 ; TF du 07.01.2016, 4A_383/2015, cons. 2.

¹⁶⁹ CPra Actions-BOHNET, § 71 N 15 (sous-location) § 72 N 18 (transfert de bail).

2. Appel en cause ou dénonciation d'instance

77. Le locataire contre qui la demande en paiement est dirigée peut appeler en cause son colocataire (art. 81 CPC) ou lui dénoncer l'instance (art. 78 CPC) à raison du montant pour lequel il peut se retourner contre lui s'il est condamné à payer l'entier de la dette au bailleur (droit de recours interne, art. 148 al. 2 CO).

Conclusion

78. La colocation *s'appréhende différemment* selon que l'on s'intéresse au régime applicable entre les colocataires ou à l'égard du bailleur. Ce qui vaut à l'interne ne vaut pas nécessairement à l'externe. L'exemple le plus caractéristique est celui du loyer, considéré comme un apport : à l'interne, un colocataire peut être tenu de la totalité du loyer. Or le bailleur peut s'adresser à l'autre pour réclamer l'entier de la somme, en raison de la solidarité passive des colocataires dans les rapports externes.
79. Pour atténuer les problèmes que peuvent rencontrer les colocataires, en particulier lorsqu'ils ne sont pas (plus) d'accord, il peut s'avérer utile, pour ne pas écrire nécessaire, de prévoir des *règles spéciales* dans le contrat de société simple et dans le contrat de bail. Ceci pour éviter de devoir appliquer les principes généraux du droit des obligations ou de la société simple.
80. Dans le contrat de *société simple*, les colocataires peuvent régler les aspects suivants :
- *dénonciation* en tout temps *pour justes motifs* (en lieu et place de la dissolution judiciaire prévue à l'art. 545 al. 1 ch. 7 CO), le cas échéant en établissant une liste des justes motifs de dissolution ;
 - *modalités et préavis* de la dénonciation ordinaire (art. 545 ch. 6 CO) ;
 - *libération* du colocataire qui quitte les locaux avant la fin du bail de tout ou partie des obligations découlant de celui-ci, le cas échéant dans un certain délai.
81. Dans le contrat de *bail*, les parties peuvent convenir des points suivants :
- *solidarité active* des colocataires (art. 150 al. 1 CO) ; cela permet de faciliter les démarches judiciaires pour obtenir l'exécution de la prestation par le bailleur, puisque chaque colocataire peut agir seul,

alors que le régime légal de l'art. 544 al. 1 CO implique une consorité nécessaire des colocataires ;

- *représentation* des colocataires par l'un d'eux ou par un tiers, avec l'indication des actes pour lesquels les pouvoirs de représentation existent ;
- *libération* du colocataire qui quitte les locaux avant la fin du bail de tout ou partie des obligations du bail, le cas échéant moyennant le respect de préavis et de terme ou un seuil minimal de solvabilité du ou des colocataire(s) restant ;
- *exclusion de responsabilité* d'un colocataire en cas d'occupation illicite des locaux par l'autre.

82. Dans tous les cas, les parties ne peuvent pas pallier tous les inconvénients que présente la colocation lorsque les colocataires ne sont pas d'accord entre eux sur l'exercice de droits formateurs, en particulier ceux qui touchent le loyer et la fin du contrat. La jurisprudence récente du Tribunal fédéral a quelque peu atténué ces difficultés pour les colocataires de baux d'habitations en permettant à l'un d'eux d'agir seul en annulation du congé s'il assigne le ou les autres aux côtés du bailleur, en qualité de co-défendeurs. L'avenir dira si cette possibilité peut s'appliquer à d'autres types d'actions, en particulier celles sur la protection contre les loyers abusifs, mais aussi à d'autres types de baux, soit les baux de locaux commerciaux. C'est ce que nous souhaitons.

Bibliographie

BOHNET FRANÇOIS, Actions civiles : Conditions et conclusions, Bâle 2014 (cité : CPra Actions-BOHNET)

BOHNET FRANÇOIS, Le droit du bail en procédure civile suisse, in : Bohnet François/Wessner Pierre (édit.), 16^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2010, p. 1-64 (cité : 2010)

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

BOHNET FRANÇOIS/CONOD PHILIPPE, La fin du bail et l'expulsion du locataire, in : Bohnet François/Carron Blaise (édit.), 18^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel/Bâle 2014, p. 79-141

BOHNET FRANÇOIS/HALDY JACQUES/JEANDIN NICOLAS/SCHWEIZER PHILIPPE/TAPPY DENIS, Code de procédure civile commenté, Bâle 2011 (cité : CPC-AUTEUR)

BOHNET FRANÇOIS/MARTENET VINCENT, Droit de la profession d'avocat, Berne 2009

CHAPPUIS CHRISTINE, Le représentant de la société simple : une hydre à deux têtes ?, in : Harrer Friedrich/Portmann Wolfgang/Zäch Roger (édit.), Besonderes Vertragsrecht – aktuelle Probleme, Festschrift für Heinrich Honsell zum 60. Geburtstag, Zurich/Bâle/Genève 2002, p. 587-605

CORBOZ BERNARD, Les congés affectés d'un vice, in : 9^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 1996

DIETSCHY-MARTENET PATRICIA, Le bail d'habitation des concubins, Bâle 2014

DUCROT MICHEL, Des usagers indésirables dans les locaux d'habitations ou commerciaux : le locataire après la fin du bail et le sous-locataire non autorisé, in : 14^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2006 (cité : 2006)

DUCROT MICHEL, L'expulsion du locataire, in : 9^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 1996 (cité : 1996)

- HABSCHEID WALTHER J., Droit judiciaire privé suisse, 2^e éd., Genève 1981
- HIGI PETER, Die Miete, Zürcher Kommentar, 4^e éd., Zurich 1994, 1995, 1996 et 1998
- HOCH PATRICK M., Auflösung und Liquidation der einfachen Gesellschaft, thèse, Zurich 2001
- HONSELL HEINRICH (édit.), Obligationenrecht, Kurzkommentar, Bâle 2014 (cité : KUKO OR-AUTEUR)
- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WATTER ROLF (édit.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, Art. 530-964 OR, Art. 1-6 SchlT AG, Art. 1-11 ÜBest GmbH, 4^e éd., Bâle 2012 (cité : BSK OR II-AUTEUR)
- JACQUEMOUD-ROSSARI LAURA, Les parties et les actes des parties ; le défaut ; la notification et les délais, in : Lukic Suzana (édit.), Le projet de code de procédure civile fédérale : travaux de la journée d'étude organisée à l'Université de Lausanne le 8 mars 2007, Lausanne 2008, p. 73-135
- KOLLER THOMAS, Zum Jahresabschluss 2014 ein weiser Entscheid des Bundesgerichts im Mietrecht, in : Jusletter du 12 janvier 2015
- LACHAT DAVID, Procédure civile en matière de baux et loyers, Lausanne 2011 (cité : Procédure)
- LACHAT DAVID, Le bail à loyer, Lausanne 2008 (cité : Bail)
- MENGE JEAN-PIERRE, Kündigung und Kündigungsschutz bei der Miete von Wohn- und Geschäftsräumlichkeiten, thèse, Bâle 1993
- MICHELI JACQUES, Les colocataires dans le bail commun, in : 8^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 1994
- OBERHAMMER PAUL/DOMEJ TANJA/HAAAS ULRICH (édit.), Kurzkommentar ZPO, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2^e éd., Bâle 2013 (cité : KUKO ZPO-AUTEUR)
- PERMANN RICHARD, Der gemeinsame Mietvertrag unter Berücksichtigung der jüngsten Rechtsprechung des Bundesgerichts, in : MP 4/1997, p. 191-210
- PICHONNAZ PASCAL, Conventions et couples concubins, in : FamPra.ch 2002, p. 670-699

PULVER BERNHARD, L'union libre : Droit actuel et réformes nécessaires, Lausanne 1999

SAVIAUX NICOLAS, Colocation : quelques réflexions de nature procédurale, CdB 1/2015, p. 1-10

SCHMID HANS, Der gemeinsame Mietvertrag, in : RSJ 1991, p. 349-357 et p. 374-377 (cité : 1991)

SCHMID JÖRG, Die gemeinsame Miete – Ausgewählte Fragen, in : PJA 2016, p. 31-41 (cité : 2016)

SPÜHLER KARL/TENCHIO LUCA/INFANGER DOMINIK, Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2^e éd., Bâle 2013 (cité : BSK ZPO-AUTEUR)

TERCIER PIERRE/AMSTUTZ MARC (édit.), Commentaire romand, Code des obligations II, Bâle 2008 (cité : CR CO II-AUTEUR)

TERCIER PIERRE/FAVRE PASCAL G., Les contrats spéciaux, 4^e éd., Genève/Bâle/Zurich 2009

THÉVENOZ LUC/WERRO FRANZ (édit.), Commentaire romand, Code des obligations I, 2^e éd., Bâle 2012 (cité : CR CO I-AUTEUR)

VENTURI-ZEN-RUFFINEN MARIE-NOËLLE, La résiliation pour justes motifs des contrats de durée, thèse Fribourg, Zurich/Bâle/Genève 2007

WEBER ROGER, Der gemeinsame Mietvertrag, thèse, Zurich 1993

ZIHLMANN PETER, Das Mietrecht, 2^e éd., Zurich 1995

Pratique récente en matière de résiliation de bail

par

Jean-Luc Colombini

Juge au Tribunal cantonal

| | |
|---|-----|
| I. Généralités | 223 |
| A. Résiliation en tant qu'exercice d'un droit formateur | 223 |
| B. Résiliation en tant que manifestation de volonté sujette à réception.... | 224 |
| C. Forme de la résiliation..... | 225 |
| D. Résiliation donnée par un représentant | 225 |
| E. Résiliation en cas de pluralité de locataires/bailleurs | 226 |
| F. Résiliation en cas de logement conjugal..... | 228 |
| G. Résiliation de contrats mixtes, connexes ou couplés | 230 |
| 1. Contrat de conciergerie..... | 230 |
| 2. Contrat avec le coopérateur d'une société coopérative d'habitation | 231 |
| H. Relation entre résiliation ordinaire et relation extraordinaire | 232 |
| II. Résiliation extraordinaire en cas de retard pour paiement de loyer (art. 257 <i>d</i> CO)..... | 233 |
| III. Résiliation extraordinaire pour violation des devoirs de diligence du locataire (art. 257 <i>f</i> al. 3 CO). | 238 |
| A. Généralités | 238 |
| B. Violation d'un devoir de diligence..... | 239 |
| C. Persistance à violer le devoir de diligence malgré un avertissement ... | 242 |
| D. Caractère insupportable du maintien du contrat pour le bailleur | 243 |
| IV. Résiliation extraordinaire pour défaut de la chose louée (art. 259 <i>b</i> let. a CO)..... | 244 |
| V. Résiliation extraordinaire pour justes motifs (art. 266 <i>g</i> CO) | 244 |

| | |
|---|-----|
| VI. Résiliation extraordinaire en cas de changement de propriétaire (art. 261 al. 2 CO)..... | 248 |
| VII. Résiliation extraordinaire en cas de faillite ou de décès du locataire (art. 266 <i>h</i> et 266 <i>i</i> CO)..... | 253 |
| VIII. Protection contre une résiliation ordinaire..... | 253 |
| A. Congé contraire à la bonne foi (art. 271 al. 1 CO)..... | 253 |
| 1. Champ d'application et généralités | 253 |
| 2. Notion de congé contraire aux règles de la bonne foi..... | 254 |
| 3. Détermination du motif du congé..... | 256 |
| 4. Congé donné en vue de vastes travaux d'assainissement | 259 |
| 5. Congé donné pour des motifs économiques | 265 |
| 6. Congé donné en raison des besoins du bailleur | 269 |
| 7. Congé donné en raison d'une sous-location non autorisée..... | 270 |
| 8. Divers autres cas de congé contraire à la bonne foi..... | 274 |
| B. Congé de représailles (art. 271 <i>a</i> al. 1 let. a CO) | 275 |
| C. Congé donné pendant une procédure de conciliation ou une procédure judiciaire (art. 271 <i>a</i> al. 1 let. d CO)..... | 276 |
| D. Congé donné dans les trois ans qui suivent la fin d'une procédure (art. 271 <i>a</i> al. 1 let. e CO) ou faisant suite à un arrangement hors procédure (art. 271 <i>a</i> al. 2 CO)..... | 277 |
| E. Les exceptions à la protection contre les congés – besoin propre du bailleur (art. 271 <i>a</i> al. 3 CO)..... | 280 |
| F. Questions de procédure (art. 273 CO)..... | 283 |

I. Généralités

1. Sous réserve de quelques remarques critiques ponctuelles, la présente contribution n'a d'autre ambition que de résumer de manière systématique, pour les besoins du praticien, la jurisprudence fédérale et romande, essentiellement vaudoise, rendue depuis 2011 en matière de résiliation de bail. Les citations d'arrêts plus anciens dans la jurisprudence récente ont été reprises. Les arrêts de la Cour d'appel civile vaudoise (ci-après : CACI) mentionnés sont consultables à l'adresse www.vd.ch/jurisprudence-tc. Il a été tenu compte de la jurisprudence jusqu'au 30 avril 2016.

A. Résiliation en tant qu'exercice d'un droit formateur

2. La résiliation du bail, en tant qu'exercice d'un droit formateur, revêt un caractère univoque, inconditionnel et irrévocable (cf. ATF 135 III 441, cons. 3.3). Après sa réception, le congé ne peut donc pas être révoqué, y compris lorsqu'un changement de propriétaire est intervenu par la suite. En revanche, les parties peuvent convenir d'un nouveau bail (TF 4A_499/2013 du 4 février 2014, cons. 3.2).
3. Un congé réitéré par précaution, pour le cas où une précédente résiliation ne devait pas être efficace, est valable. Dans ce cas de figure, la seconde résiliation ne dépend pas de la survenance d'un événement futur et incertain, de sorte qu'elle ne provoque aucune situation juridique incertaine. D'autre part, une insécurité juridique passagère (notamment sur le moment précis de la fin du bail) se justifie vu les intérêts de celui qui résilie ; il veut dans tous les cas mettre fin au bail et dispose à cet égard d'un motif suffisant (CACI 29 octobre 2015/576).
4. Interprétation du contrat selon le principe de la confiance pour déterminer si le bailleur a notifié une résiliation extraordinaire (i.e. fondée sur l'art. 261 CO) ou une résiliation ordinaire pour une date erronée. Si le locataire reçoit un congé qu'il doit interpréter, selon le principe de la confiance, comme une résiliation anticipée, il n'a pas à compter avec l'éventualité que le juge transforme le congé en un congé ordinaire, la notion de droit formateur excluant en principe la possibilité d'une conversion (ATF 135 III 441 ; CACI 31 janvier 2013/66).

B. Résiliation en tant que manifestation de volonté sujette à réception

5. La résiliation du bail est une manifestation de volonté sujette à réception. Elle déploie ses effets lorsqu'elle entre dans la sphère de puissance du destinataire de telle sorte qu'en organisant normalement ses affaires, celui-ci soit à même d'en prendre connaissance ; peu importe qu'une prise de connaissance effective ait lieu ou non. Lorsque l'agent postal ne peut pas remettre le pli recommandé à son destinataire ou à un tiers autorisé et qu'il laisse un avis de retrait dans la boîte aux lettres ou la case postale, la communication est reçue dès que le destinataire est en mesure d'en prendre connaissance au bureau de poste selon l'avis de retrait, soit en règle générale le lendemain du dépôt de l'avis (*théorie de la réception absolue* ; ATF 140 III 244, cons. 5.1 ; ATF 137 III 208, cons. 3.1.2 ; ATF 107 II 189, cons. 2). En principe, le congé doit être adressé au domicile du locataire. Il faut réserver les conventions prévues par les parties. L'usage admet que le bailleur puisse envoyer le courrier à l'adresse des locaux loués (TF 4A_350/2014 du 16 septembre 2014, cons. 2.1).
6. La *preuve de la réception* du congé incombe à son auteur. Un envoi sous pli simple de la résiliation ne fait pas preuve de sa réception (ATF 137 III 208, cons. 3.1.2 ; ATF 118 II 42, cons. 3b).
7. En cas d'envoi sous *pli recommandé*, l'auteur doit à tout le moins prouver que son destinataire a reçu l'avis de retrait. Selon la jurisprudence, l'avis de retrait est censé avoir été déposé dans la boîte aux lettres tant qu'il n'y a pas de circonstances propres à retenir un comportement incorrect des agents postaux. Il appartient au destinataire de renverser cette présomption (TF 4A_250/2008 du 18 juin 2008, cons. 3.2.2 ; TF 1P.505/1998 du 28 octobre 1998, cons. 2c, in SJ 1999 I 145) ; une vraisemblance prépondérante suffit (TF 2C_780/2010 du 21 mars 2011, cons. 2.4, in RF [Revue fiscale] 2011 518). La possibilité théorique d'une faute de la poste, toujours existante, ne suffit pas à renverser la présomption, tant qu'il n'y a pas des indices concrets d'une faute (TF 6B_940/2013 du 31 mars 2014, cons. 2.1.1). Lorsque le destinataire ne reçoit pas le congé (ou à tout le moins un avis l'invitant à retirer le pli à la poste), le congé est nul. Tel est le cas, selon la doctrine, lorsqu'une résiliation est notifiée à l'adresse de l'objet loué, alors que le bailleur a pendant plusieurs années envoyé tous ses courriers à une autre adresse, conformément au vœu du locataire (TF 4A_350/2014 du 16 septembre 2014, cons. 2.1).

C. Forme de la résiliation

8. Le congé donné par le bailleur dans une *formule officielle non signée* est valable si le courrier qui l'accompagne contient lui-même une signature manuscrite originale (ATF 140 III 54, cons. 2, CdB 2014, p. 21 note J.A., rés. DB 2014 no 11, p. 24 note M.M. ; cf. Marino Montini, Validité du congé donné au moyen d'une formule officielle non signée ? NewsletterBail.ch décembre 2013).
9. L'utilisation d'une *formule périmée* doit être admise si elle est conforme aux exigences formelles fixées à l'art. 9 al. 1 OBLF. Tel est le cas de la formule agréée le 8 novembre 2007 utilisée après le 1^{er} janvier 2011. Quand bien même elle ne mentionne pas tout le contenu des art. 271 à 273 nCO, elle permet au locataire de disposer des informations lui permettant de saisir l'autorité de conciliation compétente pour éviter que ses droits ne soient périmés. Comme au demeurant un abus de droit la partie assistée d'un avocat qui invoque le vice tiré de la nullité de congé, lors même qu'elle a pu faire valoir correctement ses droits et n'a pas établi concrètement que les différences entre l'ancienne et la nouvelle formule auraient eu des incidences dans le cadre de sa défense (CACI 4 mars 2013/129, CdB 2013, p. 117 confirmé par ATF 140 III 244, cons. 4 : si le bailleur donne le congé en utilisant une ancienne formule officielle, il convient de déterminer les conséquences de cette irrégularité en fonction du but visé par l'obligation d'user de la formule officielle en vigueur).

Est valable le congé donné au moyen d'une formule officielle scannée signée par le bailleur et de taille réduite, mais lisible et contenant toutes les informations nécessaires au locataire pour faire valoir ses droits (TF 4A_67/2016 du 7 juin 2016, cons. 5.2).

D. Résiliation donnée par un représentant

10. Un congé donné par un représentant qui indique le nom d'un seul des cobailleurs est valable, dans la mesure où les cobailleurs ont ratifié ce congé (CACI 13 février 2015/81).

Une ratification par le représenté d'un congé donné par un représentant sans pouvoirs peut intervenir à condition que l'auteur de la résiliation ait agi non en son nom propre, mais en qualité de représentant. Est laissée ouverte la question de savoir si la ratification rétroagit ou ne porte effet

qu'au moment où la ratification a été communiquée au destinataire (CACI 13 février 2015/81) Dans l'arrêt TF 4A_478/2015 du 20 mai 2016, cons. 3, le Tribunal fédéral a qualifié le congé notifié par un représentant sans pouvoirs de problématique, tout en relevant que le tiers ne peut en tout cas pas se prévaloir de l'absence de pouvoirs de représentant lorsqu'il ne prend connaissance de cette circonstance qu'après la ratification par le représenté.

11. Le congé peut être donné par un représentant. Le représentant n'est pas tenu de montrer une procuration au moment où il donne le congé au nom du cocontractant ; si, interpellé par le destinataire, il justifie de son pouvoir ou si le cocontractant confirme l'existence du pouvoir, le congé a été donné par un représentant autorisé et est donc valable, peu importe que la justification soit donnée ultérieurement (CACI 1^{er} juin 2015/270, confirmé par TF 4A_478/2015 du 20 mai 2016, cons. 3.1). Est laissée ouverte la question de savoir si le tiers a le droit de refuser l'acte émanant d'un représentant qui ne justifie pas immédiatement de ses pouvoirs, un tel refus devant en tout état de cause intervenir en principe immédiatement ; en l'espèce la justification des pouvoirs est intervenue avant qu'un refus de l'acte soit devenu effectif et est dans tous les cas opérante (TF 4A_478/2015 du 20 mai 2016, cons. 3.1).

E. Résiliation en cas de pluralité de locataires/bailleurs

12. En matière de contestation de loyer, des *colocataires*, même conjoints, forment une consorité nécessaire, de sorte qu'ils doivent agir ensemble (ATF 136 III 431). S'agissant d'une résiliation de bail, le conjoint colocataire peut contester individuellement la résiliation (ATF 118 II 168). La question de savoir si cette faculté doit être étendue au colocataire non marié a initialement été laissée ouverte (CACI 7 août 2013/393 ; TF 4A_240/2014 du 28 août 2014, cons. 4.3, non publié à ATF 140 III 491), puis résolue de la manière suivante : étant donné que le droit de s'opposer à un congé abusif répond à un besoin de protection sociale particulièrement aigu lorsqu'un local d'habitation est en jeu, il faut reconnaître au colocataire le droit d'agir seul en annulation du congé. Mais comme l'action, formatrice, implique que le bail soit en définitive maintenu ou résilié envers toutes les parties, le demandeur doit assigner aux côtés du bailleur le ou les colocataires qui n'entendent pas s'opposer au congé, sous peine de se voir dénier la qualité pour agir (ATF 140 III 598, cons. 3.2, rés. DB 2015 no 20, p. 42 note J.B.).

13. L'*héritier*, membre de la communauté héréditaire d'un locataire décédé, devient colocataire et peut agir seul en annulation de congé, en assignant, aux côtés du bailleur, la ou les autres membres de l'hoirie qui n'entendent pas s'opposer au congé, les règles internes de la communauté, notamment celles relatives à la désignation d'un représentant de la communauté héréditaire n'étant pas déterminantes (CACI 21 janvier 2016/47, JdT 2016 III 76, note PIOTET).
14. Lorsque la partie bailleuse conclut un contrat avec deux colocataires, formant une société simple en vue de la réalisation de leur projet, le congé doit être donné par ceux-ci conjointement, sous peine de nullité (TF 4A_352/2012 du 21 novembre 2012, cons. 3.2 ; TF 4A_437/2009 du 11 novembre 2009, cons. 4.3.3).
15. En cas de bail commun, le congé doit être adressé à tous les locataires, sous peine de nullité ; il peut toutefois être donné au moyen d'un seul formulaire officiel pour autant qu'il soit adressé à tous les colocataires. De manière analogue à la jurisprudence en matière de logement de famille (ATF 139 III 7), le colocataire qui a reçu une résiliation commet un abus de droit en invoquant le fait qu'un autre colocataire, qui a déjà quitté définitivement l'objet du bail avant la notification de l'avis comminatoire et du congé et qui n'a donc aucun intérêt au maintien du bail, n'a pas reçu la résiliation (ATF 140 III 491, cons. 4.2, rés. DB 2014 no 12, p. 25 note P.D.-M. ; cf. Dietschy, La résiliation du bail en cas de pluralité de locataires : vice et forme et abus de droit, Newsletter.bail.ch octobre 2014).
16. La résiliation d'un contrat de bail, en tant qu'elle tend à mettre fin au rapport juridique, est un droit formateur qui doit être exercé en commun par l'ensemble des *cobailleurs* à l'égard de tous les colocataires, le rapport juridique créé par le bail ne pouvant être annulé qu'une seule fois et pour tous les contractants, ce sous peine de nullité (ATF 140 III 491, cons. 4.2.1, rés. DB 2014 no 12, p. 25 note P.D.-M.).
17. Un bailleur propriétaire d'une part de copropriété et usufruitier de certaines autres parts, mais pas de l'ensemble d'entre elles, ne peut pas disposer du tout et n'est donc pas seul titulaire du droit d'action. Il n'a partant pas qualité pour agir seul (CACI 12 janvier 2015/19).

F. Résiliation en cas de logement conjugal

18. Il incombe au locataire, qui entend s'en prévaloir, de prouver les faits permettant de constater que le logement loué, au moment de la notification de la résiliation, constituait un logement familial et non au bailleur d'apporter la preuve de la perte du caractère familial du logement (ATF 139 III 7, cons. 2.2, CdB 2013, p. 33, note J.A., rés. DB 2013 no 10, p. 24 note M.M.)
19. Le logement *perd son caractère familial* en cas de dissolution définitive du mariage ou du partenariat enregistré, lorsque les deux époux ou partenaires ont renoncé à le considérer comme tel, lorsqu'ils l'ont quitté ou ont décidé de son attribution définitive à l'un d'eux. Le logement perd également son caractère familial lorsque l'époux ou le partenaire bénéficiaire de la protection légale quitte, de son propre chef, le logement familial de manière définitive ou pour une durée indéterminée. Au demeurant, abuse de son droit l'époux titulaire du bail – qui a reçu notification du congé – qui invoque un défaut de notification à l'autre époux alors que ce dernier a quitté définitivement les lieux, se désintéresse de la présente procédure et, par voie de conséquence, du sort de l'appartement en cause (ATF 139 III 7, cons. 2.2, CdB 2013, p. 33, note J.A., rés. DB 2013 no 10, p. 25 note M.M. cf. Montini, Logement familial : fardeau de la preuve du caractère familial du logement, Newsletter Bail.ch janvier 2013).
20. En cours de bail, le locataire a le devoir d'*informer* le bailleur des modifications importantes (divorce, séparation, déménagement d'un des époux hors du domicile conjugal, déplacement du domicile familial) qui peuvent avoir une influence sur l'existence du logement de la famille. Si les époux vivent dorénavant séparément, il est suffisant d'envoyer l'avis comminatoire à chacun des époux à l'adresse qui valait jusqu'alors comme domicile de la famille, cela pour autant que le bailleur n'ait pas connaissance de la nouvelle adresse de l'époux qui a quitté la demeure familiale (TF 4A_125/2009 du 2 juin 2009, cons. 3.4.1, CdB 2009, p. 105). Il n'appartient pas au bailleur de chercher la nouvelle adresse de l'époux qui ne l'a pas communiquée, même si ce bailleur est au courant du fait que les époux vivent séparés (TF 4A_673/2012 du 21 novembre 2012, cons. 3, rés. JdT 2013 II 132, confirmant CACI 1^{er} octobre 2012/450).
21. Les locaux commerciaux qui servent également à l'hébergement d'époux dont l'un d'eux au moins est titulaire du bail commercial bénéficient de la

protection conférée par les art. 266*m* à 266*n* CO. Lorsque le locataire d'un local commercial s'y installe avec sa famille en cours de bail, il a l'obligation accessoire de faire part de cette situation au bailleur. S'il ne le fait pas, il commet un abus de droit en se prévalant de la nullité du congé sur la base de l'art. 266*o* CO (ATF 137 III 208, cons. 2.5). Il doit en aller de même pour le locataire qui n'a pas informé le bailleur de son mariage survenu en cours de bail (CACI 6 janvier 2014/7).

22. L'abus de droit ne peut-il être retenu à charge du locataire que lorsque celui-ci a caché intentionnellement son mariage ou l'installation de sa famille afin de pouvoir invoquer la nullité d'un congé dont il connaît l'éventualité ? Me Montini le soutient dans un commentaire DB 2013, p. 24 et un arrêt plus ancien TF 4C.441/2006 du 23 mars 2007 allait dans ce sens. L'ATF 137 III 208 ne fait pas état de cet élément subjectif et il ne me paraît pas justifié de l'exiger, car le bailleur n'encourt aucune responsabilité dans le vice de forme : il ne pouvait pas savoir qu'il était en présence d'un logement de famille. On ne peut donc comparer, à mon avis, cette situation avec celle de la nullité pour vice de forme d'une notification d'une hausse de loyer ou d'un loyer initial qui n'est pas faite sur la formule officielle, où le vice est imputable au bailleur et où il est justifié de n'admettre l'abus de droit de la part du locataire que lorsque cette partie a eu conscience d'emblée du vice de forme et qu'elle s'est abstenue intentionnellement de le faire valoir sur-le-champ afin d'en tirer avantage par la suite (ATF 123 III 70, cons. 3c ; ATF 113 II 187, cons. la ; TF 4A_185/2008 du 24 septembre 2008, cons. 2.2 ; TF 4A_490/2011 du 10 janvier 2012, cons. 3.2 ; TF 4A_129/201 I du 28 avril 2011, cons. 2.3). Il faut cependant apporter une nuance : le bailleur est réputé être informé des faits qui ont été portés à la connaissance de ses auxiliaires, dont fait partie le concierge de l'immeuble (TF 4A_125/2009 du 2 juin 2009, cons. 3.4.1, in CdB 2009, p. 105 ; TF 4A_673/2012 du 21 novembre 2012, cons. 3.1). Ainsi, le locataire pourrait-il établir qu'en réalité l'établissement du logement familial était bien connu du concierge, connaissance imputable au bailleur. Dans cette hypothèse, il n'y aurait pas d'abus de droit du locataire, qui aurait violé son devoir d'information, à se prévaloir des art. 266*n* et *o* CO.

G. Résiliation de contrats mixtes, connexes ou couplés

1. Contrat de conciergerie

23. Le contrat de *conciergerie* constitue un contrat mixte qui combine des prestations du contrat individuel de travail et du contrat de bail à loyer, en sorte qu'il est régi par le droit du contrat de travail pour ce qui a trait à l'activité de conciergerie et par le droit du bail pour la cession de l'usage du logement mis à disposition du concierge. En revanche, pour la résiliation, le régime contractuel applicable dépendra de la prestation prépondérante (ATF 131 III 566, cons. 3.1). La prestation prépondérante se détermine, entre autres critères, suivant qu'il incombe au propriétaire ou au concierge de verser une soulte ; en d'autres termes, la résiliation du contrat de conciergerie ressortit à la réglementation du contrat de travail si le salaire est plus élevé que le loyer (TF 4A_102/2013 du 17 octobre 2013, cons. 2.2).
24. Les parties peuvent convenir de lier entre eux deux contrats en soi distincts, de manière telle que l'extinction de l'un entraîne celle de l'autre, aucun des rapports juridiques ne pouvant persister indépendamment de l'autre ; on parle alors de contrats connexes ou couplés (ATF 136 III 65, cons. 2.4.1). Lorsque, dans un contrat de conciergerie, les parties conviennent que la jouissance du logement mis à disposition du concierge ne peut être dissociée du contrat de travail, l'extinction du contrat de travail entraîne automatiquement l'extinction du contrat de bail (TF 4A_102/2013 du 17 octobre 2013, cons. 2.2). Il importe peu que l'épouse du concierge soit colocataire, dès lors qu'en présence de contrats interdépendants ou couplés, les dispositions sur l'extinction du contrat de bail ainsi que celles sur la protection du locataire contre les congés ne s'appliquent pas (TF 8C_621/2014 du 4 février 2015, cons. 5.3.2 ; CACI 19 mai 2015/246).
25. Même en l'absence de clauses exprimant une interdépendance entre ces deux rapports juridiques, le fait que le concierge a repris le bail de l'appartement de l'ancien concierge au moment où il a remplacé ce dernier dans sa fonction, révèle la volonté des parties de créer une dépendance réciproque entre la mise à disposition du logement de fonction et la fourniture d'un travail rémunéré et, partant, de soumettre à un sort commun la naissance et l'extinction des obligations résultant de documents distincts. La mise à disposition d'un logement de fonction à un concierge au service

d'un établissement public correspond du reste à une pratique courante (TF 8C_621/2014 du 4 février 2015, cons. 5.3.1).

2. Contrat avec le coopérateur d'une société coopérative d'habitation

26. Le coopérateur et la *société coopérative d'habitation* sont liés par deux rapports de droit : un rapport coopératif, de caractère social – qui lie le coopérateur à la société coopérative – et un rapport d'obligation, de caractère individuel, qui découle du contrat de bail – qui lie le locataire à la société bailleuse. Ces deux rapports juridiques, fondés l'un et l'autre sur un accord des volontés des parties, génèrent certaines interférences, essentiellement en ce qui concerne la résiliation, du fait que celui qui adhère à une coopérative d'habitation agit pour obtenir l'usage d'un logement, la société coopérative ayant elle-même pour but de procurer des logements à ses membres, et que, par le contrat de bail, la société coopérative cède l'usage d'un logement, moyennant l'engagement du locataire de payer le loyer. Compte tenu de l'interférence de ces deux rapports de droit, la résiliation du bail ne peut intervenir, sous réserve de dispositions particulières du contrat de bail, que pour un motif qui permettrait également l'exclusion de la société coopérative (ATF 136 III 65, cons. 2.2 et 2.3 et les arrêts cités). La relation entre la perte de la qualité de coopérateur et la résiliation du bail dépend du lien que les parties ont voulu créer entre les deux rapports juridiques qui les lient. Les parties peuvent ainsi prévoir que leurs contrats sont couplés, de telle manière que l'extinction de l'un entraîne celle de l'autre (ATF 136 III 65, cons. 2.4.1), ou non couplés, chacun d'eux pouvant prendre fin indépendamment de l'autre (ATF 136 III 65, cons. 2.4.2 ; TF 4A_386/2014 du 11 novembre 2014, cons. 3.1, DB 2015 no 10, p. 24, note P.C., cf. Conod, Coopérative d'habitation et résiliation du bail, Newsletter Bail.ch avril 2015 ; TF 4A_14/2015 du 26 février 2015 : cas où les deux rapports de droit n'étaient pas couplés, la date à laquelle le bail prenait fin en cas d'exclusion comme associé devant être précisée et ne découlant pas de la seule exclusion comme coopérateur).
27. Lorsque le rapport coopératif et le rapport obligationnel ne sont *pas couplés*, la décision d'exclusion et la résiliation du bail donnent lieu à des procédures distinctes devant l'autorité compétente pour chacune ; dans le cadre de la contestation du congé, seule la nullité absolue de la décision

d'exclusion peut faire l'objet d'un constat, puisqu'elle peut être constatée en tout temps (cons. 2) ; celle-ci ne frappe que les vices les plus graves ; tel n'est pas le cas en l'espèce, la décision d'exclusion indiquant clairement le *dies a quo* du délai de recours (TF 4A_14/2015 du 26 février 2015, cons. 3). Il n'y a pas lieu de retenir que la question de l'exclusion de la coopérative doit être tranchée avant celle de la résiliation du bail (TF 4A_247/2015 du 6 octobre 2015, cons. 3.1).

28. Toutefois, lorsque les rapports ne sont pas couplés, même s'il n'a pas attaqué l'exclusion de la coopérative en justice, le locataire peut contester une résiliation liée à l'exclusion, en invoquant le fait que les conditions de la résiliation (notamment l'existence d'un motif d'exclusion) ne seraient pas réalisées. S'il obtient gain de cause, les rapports de bail perdureront, même si l'intéressé a perdu sa qualité de coopérateur (TF 4A_247/2015 du 6 octobre 2015, cons. 3.3).
29. Le fait de balancer des objets sur un autre coopérateur-locataire et de lui montrer à plusieurs reprises un doigt d'honneur constitue en tout état de cause un tel motif (TF 4A_247/2015 du 6 octobre 2015, cons. 4).

H. Relation entre résiliation ordinaire et relation extraordinaire

30. Lorsque les conditions légales d'un congé extraordinaire ne sont pas réalisées, le congé est inefficace et le juge ne peut pas transformer le congé extraordinaire en une résiliation ordinaire (ATF 135 III 441, cons. 3.3 ; TF 4A_142/2012 du 17 avril 2012, cons. 2.1, rés. DB 2012 no 7, p. 21 ; TF 4A_636/2012 du 2 avril 2013, cons. 3.1).
31. Il est indispensable que le destinataire de la manifestation de volonté puisse comprendre qu'il ne s'agit pas d'une résiliation ordinaire, mais que le résilient veut mettre fin au contrat pour de justes motifs (ATF 92 II 184, cons. 4a) ; l'allégation ultérieure de justes motifs dans la procédure ne peut pas valider une résiliation pour justes motifs qui n'a pas été donnée (TF 4A_596/2010 du 12 janvier 2011, cons. 2.3 ; TF 4A_352/2012 du 21 novembre 2012, cons. 3.5). Le juge a certes la faculté de convertir le congé dans certaines hypothèses, mais il ne peut suppléer une volonté qui n'a pas été manifestée en convertissant un congé ordinaire en un congé extraordinaire qui n'a pas été donné (TF 4A_531/2014 du 20 janvier 2015, cons. 2.2).

32. En revanche, la qualification juridique erronée d'un congé extraordinaire ne nuit pas à son auteur. Ainsi le tribunal peut admettre la validité du congé au regard de l'art. 257f CO, même si celui-ci a été donné en application de l'art. 266g CO (TF 4A_379/2014 du 10 mars 2015, cons. 3.1).
33. Il est admissible de notifier au locataire une résiliation subsidiaire pour le prochain terme ordinaire, appelée à déployer ses effets pour le cas où le premier congé fondé sur un motif extraordinaire ne serait pas valable. Il faut toutefois manifester clairement la volonté d'exercer un tel droit formateur à titre subsidiaire (ATF 137 III 389, cons. 8.4, rés. DB 2012 no 10, p. 24 note P.W.).

II. Résiliation extraordinaire en cas de retard pour paiement de loyer (art. 257d CO)

34. On renvoie ici à Jean-Luc Colombini, Condensé de la jurisprudence fédérale et vaudoise dès 2009 en matière de congé donné en raison du défaut de paiement du loyer (art. 257d CO), JdT 2012 III 37-70. On se contentera dans la présente contribution de quelques références à la jurisprudence relative au cas clair et aux arrêts postérieurs publiés aux ATF.
35. Jurisprudence et doctrine admettent que l'expulsion du locataire puisse être requise et prononcée par voie de procédure sommaire lorsque les deux conditions cumulatives posées à l'art. 257 al. 1 CPC sont réalisées. L'expulsion est même l'un des exemples d'application de la procédure du cas clair les plus fréquemment cités par la doctrine (TF 4A_252/2014 du 28 mai 2014, cons. 3.2.1). Dans ce cas, il n'y a pas place pour une procédure de conciliation (TF 4A_485/2011 du 7 novembre 2011, cons. 3.1, SJ 2012 I 120).
36. La seule contestation du congé devant l'autorité de conciliation ne saurait impliquer un examen plus restrictif de la notion de cas clair (CACI 18 août 2011/199, JdT 2011 III 146 ; TF 4A_265/2013 du 8 juillet 2013). Il ne suffit donc pas que le locataire, après l'introduction d'une requête en évacuation par le bailleur, ouvre action en constatation de ses prétendus droits contractuels sur la chose louée pour priver, *ipso facto*, le juge saisi en procédure sommaire de sa compétence d'examiner si les conditions de l'art. 257 al. 1 CPC sont réunies ou non (TF 4A_627/2013 du 8 avril 2014, cons. 2.2).

37. La requête d'expulsion en cas clair est recevable même lorsque le locataire a contesté la validité du congé et que la procédure en contestation est encore pendante. Le juge saisi en cas clair peut statuer à titre préjudiciel sur la validité du congé, sans qu'il ne doive surseoir à statuer jusqu'à droit connu sur la procédure en contestation de la validité du congé (ATF 141 III 262, cons. 3, rés. DB 2015 no 27, p. 53, note F.B. ; cf. Bohnet, Procédure en annulation du congé et cas clair en expulsion, Newsletter Bail.ch septembre 2015).
38. L'expulsion d'un locataire ne peut être obtenue en procédure sommaire que si la condition du cas clair au sens de l'art. 257 CPC est réalisée. Le droit cantonal ne peut donc soumettre de manière générale la procédure d'expulsion à la procédure sommaire (ATF 139 III 38, cons. 2.5, JdT 2014 II 280)
39. Pour que la procédure de l'art. 257 CPC soit applicable, il faut qu'il ressorte de la requête que son auteur demande l'application de la procédure en cas clair. Dans le doute, le juge fera usage de son devoir d'interpellation (CACI 13 décembre 2011/395, JdT 2012 III 17).
40. De manière générale, l'art. 257 CPC n'est pas seulement applicable lorsque l'*état de fait* est incontesté, mais également lorsque, s'il l'est, il est susceptible d'être immédiatement prouvé (TF 4A_585/2011 du 7 novembre 2011, cons. 3.3.1, in SJ 2012 I 120), notamment sur la base des moyens de preuve immédiatement disponibles, en particulier des pièces (ATF 138 III 123, cons. 2.1). Le seul fait que le juge doive requérir la production de certaines pièces ne permet pas d'exclure la protection en cas clair (CACI 29 mars 2012/157).
41. Le Tribunal fédéral a laissé ouverte la question de savoir si, en procédure de cas clair, d'autres moyens de preuve (audition de témoins amenés directement par les parties ou brève vision locale) étaient admissibles, comme préconisé par une partie de la doctrine (ATF 138 III 123, cons. 2.1). La jurisprudence vaudoise admet en principe la possibilité de tels moyens de preuve (CACI 18 août 2011/199, in JdT 2011 III 146 ; CACI 8 juillet 2011/151). Il faut cependant relever que la preuve des dettes de loyer et de frais accessoires contractées par le locataire s'apporte en principe par titres. La preuve des paiements exécutés en vue d'éteindre ces dettes s'apporte aussi de cette manière. Lorsque les documents produits par les parties sont insuffisants à amener une certitude dans un sens ou dans

l'autre, le juge peut raisonnablement présumer qu'un interrogatoire des parties et l'audition d'un témoin ne permettraient pas non plus d'élucider précisément et sûrement les sommes encore dues, le cas échéant, au jour de la sommation. Ainsi, les faits décisifs ne peuvent pas être immédiatement prouvés aux termes de l'art. 257 al. 1 let. a CPC (TF 4A_592/2012 du 9 septembre 2013, cons. 6)

42. Le demandeur doit apporter la pleine preuve des faits fondant sa prétention. Le cas clair doit être nié dès que le défendeur fait valoir des moyens qui, sur le plan des faits, ne sont pas d'emblée voués à l'échec et qui nécessitent une instruction complète des preuves. C'est dans ce sens que l'on doit comprendre que le défendeur doit rendre ses moyens vraisemblables. Il suffit donc que ses moyens ne soient pas dépourvus de consistance. On ne peut en revanche exiger du défendeur qu'il rende ses moyens vraisemblables comme dans le cadre de la procédure de mainlevée provisoire au sens de l'art. 82 al. 2 LP (ATF 138 III 620, cons. 5.1.1 ; TF 4A_310/2013 du 19 novembre 2013, cons. 2 ; TF 4A_627/2013 du 8 avril 2014, cons. 2). Autrement dit, si le défendeur fait valoir des objections et exceptions motivées et concluantes (« substanziiert und schlüssig ») qui ne peuvent être écartées immédiatement et qui sont de nature à ébranler la conviction du juge, la procédure du cas clair est irrecevable (TF 4A_68/2014 du 16 juin 2014, cons. 4.1, non publié à l'ATF 140 III 315 ; ATF 141 III 23, cons. 3.2). A l'inverse, le cas clair doit être retenu lorsque sont émises des objections manifestement mal fondées ou inconsistantes sur lesquelles il peut être statué immédiatement (TF 4A_350/2014 du 16 septembre 2014, cons. 2.1 ; TF 4A_184/2015 du 11 août 2015, cons. 4.2.1, non publié à l'ATF 141 III 262, cf. Bohnet, Procédure en annulation de congé et cas clair en expulsion, Newsletter Bail.ch septembre 2015). Le fait pour le défendeur d'avancer des arguments sans proposer le moindre indice à leur appui et sans mentionner les preuves des moyens qu'il invoque ne remet pas en cause le cas clair (Bohnet, Le défendeur et le cas clair, Newsletter Bail.ch décembre 2012 ; Bohnet, note in RSPC 2013, p. 140 ; CREC 30 juillet 2013/251 ; CACI 4 mars 2014/98, CdB 2014, p. 119 ; cf. TF 4A_418/2014 du 18 août 2014, cons. 3).
43. Le juge ne saurait prononcer l'expulsion en procédure de cas clair si le bailleur ne produit pas la sommation permettant de vérifier que les conditions légales sont réalisées (CACI 6 décembre 2013/640). A cet

égard, le juge n'est pas tenu d'inviter le bailleur à produire la sommation, la maxime inquisitoire étant inapplicable à la protection en matière de cas clairs dans les litiges relevant du bail à loyer (CACI 6 décembre 2013/640).

44. La *situation juridique* est claire lorsque, sur la base d'une doctrine ou d'une jurisprudence éprouvée, la norme s'applique au cas concret et y déploie ses effets de manière évidente (ATF 118 II 302, cons. 3 ; JdT 2011 III 146). En revanche, la situation juridique n'est en règle générale pas claire lorsque l'application d'une norme présuppose une décision d'appréciation du tribunal ou la prise en considération de l'ensemble des circonstances, comme c'est le cas de l'application du principe de la bonne foi ou de l'abus de droit (ATF 138 III 123, cons. 2.1.2).
45. Un cas clair ne doit cependant pas être nié du seul fait que l'abus de droit est invoqué. Il peut au contraire être admis lorsque le comportement de la partie concernée constitue un abus de droit manifeste, ce qui est le cas lorsqu'il correspond à une constellation pour laquelle doctrine et jurisprudence reconnaissent un tel abus de droit (TF 4A_350/2015 du 25 août 2015, cons. 4.2).
46. L'art. 257d al. 1 CO n'exige pas que la créance de *frais accessoires* soit incontestée ou judiciairement constatée, mais uniquement qu'elle soit exigible. Le locataire doit disposer du temps nécessaire pour consulter les pièces justificatives originales (cf. art. 8 OBLF ; RS 221.213.11) et contrôler l'exactitude du décompte, respectivement effectuer le paiement requis (cf. arrêt du 30 septembre 1969, cons. 4, in ZR [Blätter für Zürcherische Rechtsprechung] 68 n° 89, p. 247 ss ; TF 4C.479/1997 du 24 juin 1998, cons. 3a, in MP 1999, p. 83, précisant que la doctrine recommande un délai de trente jours ; ATF 140 III 591, cons. 3.2, CdB 2015, p. 16 note Conod, DB 2015 no 3, p. 14 note P.W. ; TF 4A_40/2015 du 18 février 2015, cons. 4.2.1).
47. Il n'y a pas lieu de suivre l'opinion doctrinale selon laquelle le bailleur ne pourrait pas résilier le contrat pendant la durée de la procédure. Lorsqu'il est mis en demeure, le locataire qui estime la créance de frais accessoires infondée doit décider s'il veut s'exécuter ou s'il refuse de le faire, auquel cas il prend le risque que la créance du bailleur se révèle finalement bien fondée et s'expose ainsi à une éventuelle résiliation du bail. Quant au bailleur qui résilie le bail en sachant que le locataire conteste le décompte, il devra tolérer que la procédure en contestation du congé soit

éventuellement prolongée en raison du conflit relatif aux frais accessoires ; cette situation est inhérente au fait que la créance litigieuse n'a pas été convenue à l'avance, contrairement au loyer ou à l'acompte concernant les frais accessoires (ATF 140 III 591, cons. 3.2, CdB 2015, p. 16 note Conod, DB 2015 no 3, p. 14 note P.W. ; TF 4A_40/2015 du 18 février 2015, cons. 4.2.1, qui rendent obsolète la jurisprudence vaudoise selon laquelle si, après avoir reçu l'avis comminatoire de l'art. 257d al. 1 CO, le locataire conteste le décompte des frais accessoires auprès de l'autorité de conciliation, le bailleur ne peut pas valablement résilier le contrat de bail, tant que dure la procédure, si le retard ne porte que sur le montant litigieux, CREC I 29 septembre 2009/496, cons. 3b).

48. Le *caractère insignifiant du montant en souffrance*, permettant d'admettre une résiliation contraire aux règles de la bonne foi se détermine en tant que tel, et non pas par rapport au loyer mensuel ou par rapport au montant déjà versé à titre de loyer depuis le début du bail. Il se détermine en outre objectivement, et non par rapport à la situation subjective des parties. Les moyens financiers du bailleur importent peu, la procédure de l'art. 257d CO étant ouverte à tous les bailleurs, impécunieux ou aisés (ATF 140 III 591, cons. 2, CdB 2015, p. 16 note Conod, DB 2015 no 3, p. 14 note P.W.).
49. Un solde de CHF 164.65 n'est pas insignifiant (ATF 140 III 591, cons. 2, CdB 2015, p. 16 note Conod, DB 2015 no 3, p. 14 note P.W.), contrairement à un montant impayé d'une vingtaine de francs représentant l'intérêt moratoire d'un terme arriéré (ATF 120 II 31, cons. 4).
50. L'art. 257d CO permet de résilier immédiatement le contrat de bail à l'échéance du délai comminatoire si le montant exigé n'est pas payé. Il n'exige ni une seconde mise en demeure, ni même un simple rappel, quelles que soient les circonstances du cas particulier. Ne pas procéder à une démarche que la loi n'exige pas ne saurait être constitutif d'un abus de droit (ATF 140 III 591, cons. 5, CdB 2015, p. 16 note Conod, DB 2015 no 3, p. 14 note P.W.).

III. Résiliation extraordinaire pour violation des devoirs de diligence du locataire (art. 257f al. 3 CO).

A. Généralités

51. La résiliation prévue à l'art. 257f CO suppose la réalisation de plusieurs conditions cumulatives : une violation du devoir de diligence incombant au locataire (1), un avertissement écrit du bailleur (2), la persistance du locataire à ne pas respecter son devoir en relation avec le manquement évoqué par le bailleur dans sa protestation (3), le caractère insupportable du maintien du contrat pour le bailleur (4), le respect d'un préavis de trente jours pour la fin d'un mois (5) (TF 4A_87/2012 du 10 avril 2012, cons. 4.1, in SJ 2012 I 443 ; TF 4A_476/2015 du 16 janvier 2016, cons. 4.2).
52. Si le locataire entend contester un congé fondé sur l'art. 257f CO au motif qu'il n'a, à son avis, pas enfreint ses devoirs envers le bailleur ou les voisins, il peut le faire en saisissant l'autorité de conciliation dans le délai de trente jours dès la réception du congé, en application de l'art. 273 al. 1 CO, puis en agissant en justice si la conciliation n'a pas abouti. Il est aussi loisible au locataire de soulever ce moyen plus tard, au stade de sa défense dans l'action en évacuation des locaux que le bailleur lui intentera après l'expiration du délai de congé (ATF 121 III 156, cons. 1c/aa ; ATF 122 III 92, cons. 2d). Le locataire est toutefois déchu de cette voie d'exception s'il a expressément ou tacitement, notamment en s'abstenant de protester contre le congé tenu pour injustifié, reconnu la validité de ce congé (ATF 121 III 156, cons. 1c/bb *in fine* ; ATF 138 III 123, cons. 2.4.2). Tel n'est pas le cas s'il a saisi, même tardivement, l'autorité de conciliation ; ce faisant, le locataire ne commet au surplus pas un abus de droit, qui l'empêcherait de se prévaloir dans la procédure en évacuation de ce qu'il n'aurait pas enfreint les devoirs envers ses voisins (TF 4A_485/2012 du 8 janvier 2013, cons. 5 et 7, rés. DB 2013 no 4, p. 17).
53. Le congé donné pour une violation du devoir de diligence qui ne rend pas la poursuite du bail intolérable est un congé inefficace (TF 4A_485/2014 du 3 février 2015, cons. 3.1 ; TF 4A_457/2013 du 4 février 2014, cons. 2 et réf.).
54. Si le locataire loue plusieurs objets auprès du même bailleur et qu'entre les parties des différends personnels justifiant une résiliation surviennent, il est indifférent de savoir par rapport à quel objet les différends sont survenus.

La résiliation, dans ce cas, est justifiée pour tous les objets (TF 4A_269/2015 du 2 novembre 2015, cons. 3).

B. Violation d'un devoir de diligence

55. L'art. 257f CO vise un cas particulier d'inexécution des obligations, spécifique à la relation entre bailleur et locataire, et en règle les effets. Dans son domaine de validité, elle exclut l'application des règles générales de l'art. 107 CO relatif aux droits de la partie qui ne parvient pas à obtenir le respect d'un contrat. Selon son texte, elle vise les manquements du locataire à son devoir de diligence concernant la chose, d'une part, ou aux égards dus au voisinage, s'il s'agit d'une chose immobilière, d'autre part. Le Tribunal fédéral a toutefois admis que cette disposition régit également le cas où le locataire use de la chose en violation des stipulations du contrat (ATF 132 III 109, cons. 5, p. 113 ; TF 4A_644/2011 du 10 février 2012, cons. 3.2 et les arrêts cités).
56. Les *excès de bruit* et l'irrespect des règles d'utilisation des parties communes constituent, en cas de persistance malgré un avertissement, des motifs typiques de congé pour manque d'égards envers les voisins (ATF 136 III 65, cons. 2.5 et l'arrêt cité). Peu importe d'ailleurs que les excès de bruit soient dus au locataire lui-même, à des auxiliaires ou à des personnes qui occupent son appartement ou encore des clients de l'établissement loué (TF 4A_87/2012 du 10 avril 2012, cons. 4.1, SJ 2012 I 443 ; TF 4A_485/2014 du 3 février 2015, cons. 3.1, rés. DB 2015 no 5, p. 18 note P.D.-M.). Il est également sans pertinence que les excès de bruit soient dus à des troubles psychiques dont souffre le locataire et qu'il ne peut pas maîtriser (TF 4A_263/2011 du 20 septembre 2011, cons. 3.4, rés. JdT 2012 II 110, rés. DB 2011 no 7, p. 21, note M.M. ; TF 4A_44/2014 du 17 mars 2014, cons. 2.1, rés. DB 2014 no 3, p. 13, note P.W.).
57. Justes motifs admis, s'agissant d'une locataire qui dérangeait les voisins à toute heure du jour ou de la nuit en tapant contre les murs, le sol, voire même la tuyauterie et qui incommodait également les voisins en entreposant devant sa porte des objets personnels et des déchets qui gênaient le passage et enlaidissaient la montée de l'immeuble (TF 4A_722/2012 du 1^{er} mai 2013, cons. 2.3 ; cf. aussi TF 4A_44/2014 du 17 mars 2014, cons. 2.3 : cris, hurlements, bris d'objets également dans le

couloir de l'immeuble, se déroulant à répétées reprises, à toute heure de la nuit et ayant entraîné l'intervention de la police au moins à deux reprises).

58. Justes motifs admis s'agissant de nuisances provenant de l'extérieur du bâtiment loué, la clientèle de la discothèque du locataire concerné provoquant de nombreuses réclamations d'habitants incommodés par des comportements bruyants et de nombreuses interventions de la police. Le locataire est responsable du comportement incommodant de ses clients et des autres personnes que son exploitation attire à proximité des locaux loués (TF 4A_393/2014 du 19 novembre 2014, cons. 4).
59. Justes motifs admis s'agissant de nuisances sonores nocturnes provenant notamment des locaux du locataire. Pas d'abus de droit du bailleur au motif que celui-ci, en transformant des locaux commerciaux en logements abritant des personnes susceptibles de se plaindre de nuisances sonores nocturnes, aurait lui-même créé les conditions dont il s'est ensuite prévalu pour résilier le bail : d'une part, le bailleur ne s'était pas engagé à ne pas affecter l'étage supérieur en logements ; d'autre part, les locaux étaient destinés à un café-restaurant, ce qui pouvait impliquer la diffusion d'une musique d'ambiance, mais non d'une piste de danse avec diffusion de musique à fort volume (TF 4A_681/2014 du 29 avril 2015, cons. 4).
60. Même si une certaine marge de tolérance doit être admise, des cris d'enfants ou des pas de course répétés dans un appartement peuvent atteindre un degré d'intensité suffisant pour constituer de véritables nuisances sonores justifiant un congé anticipé pour manque d'égards envers les voisins ; tel est le cas en l'espèce ; en outre, le seul fait que les voisins se soient plaints directement à la bailleuse sans jamais requérir l'intervention de la force publique n'est pas propre à rendre arbitraire la constatation par la cour cantonale de l'existence de nuisances sonores (TF 4A_317/2015 du 23 juillet 2015, cons. 4).
61. Une *sous-location* sans le consentement du bailleur peut justifier une résiliation anticipée selon cette disposition. Encore faut-il que le bailleur ait été en droit de refuser son consentement (cf. art. 262 al. 2 CO ; ATF 134 III 300, cons. 3.1) ou que le locataire abuse de son droit à la sous-location ; cette dernière hypothèse est réalisée lorsque, ayant perdu toute idée de reprendre un jour l'usage de la chose louée, le locataire procède en réalité à une substitution de locataire par la voie détournée de la sous-location (ATF 138 III 59, cons. 2.2.1, JdT 2014 II 418 ; ATF 134 III 446,

cons. 2.4). La substitution de locataire, dénuée de toute intention de reprendre un jour l'usage de la chose louée, suppose au préalable que le locataire qui sous-loue a entièrement perdu cet usage (TF 4A_209/2014 du 16 décembre 2014, cons. 4.2).

62. Le bailleur qui résilie le bail selon l'art. 257f al. 3 CO doit prouver que les conditions d'une résiliation anticipée sont données et, partant, que la sous-location n'est pas licite, par exemple parce que le locataire n'a pas l'intention de réutiliser lui-même l'objet loué dans un avenir prévisible (TF 4A_209/2014 du 16 décembre 2014, cons. 4.1). Apporter la preuve de ce fait interne peut être très difficile, voire impossible pour le bailleur. Il y a lieu d'admettre un devoir de collaboration du locataire ; cela se justifie d'autant plus que le congé litigieux résulte du fait que le locataire a lui-même fait valoir un droit – droit de sous-louer – que le bailleur conteste. De vagues intentions de réintégration sont insuffisantes (TF 4A_430/2013 du 14 février 2014, cons. 4.2. et 4.3, rés. DB 2014 no 4, p. 14 note P.W.).
63. Voir également *infra* no 67-70.
64. Des *travaux exécutés sans autorisation* par le locataire peuvent fonder, selon les circonstances, une résiliation extraordinaire au sens de l'art. 257f CO (TF 4A_277/2007 du 26 septembre 2007).
65. Ne viole pas ses devoirs le locataire qui fait exécuter lui-même des travaux de réparation urgents relatifs à des défauts de moyenne importance, que le bailleur ne voulait pas entreprendre, sans qu'il soit nécessaire que le locataire doive mettre préalablement le bailleur en demeure (TF 4A_476/2015 du 11 janvier 2016, cons. 4.3.2, confirmant CACI 26 mai 2015/258).
66. La violation du devoir de diligence en rapport avec l'usage de la chose louée peut consister dans le refus de procéder aux opérations préalables à des réparations que le locataire doit tolérer conformément à l'art. 257h al. 1 CO (TF 4C.306/2003 du 20 février 2004, cons. 3.3 in SJ 2004 I 439) ou dans le refus d'autoriser *l'inspection de la chose louée* dans les cas prévus à l'art. 257h al. 2 CO. Aux termes de l'art. 257h al. 2 CO, le locataire doit autoriser le bailleur à inspecter la chose dans la mesure où cet examen est nécessaire à l'entretien, à la vente ou à une location ultérieure. Lorsque la demande de visite est justifiée par une vente, le bailleur doit avoir entrepris des démarches concrètes en vue d'aliéner son bien ; en revanche, il ne doit pas avoir résilié le bail (à durée indéterminée) (TF 4A_286/2015 du

7 décembre 2015, cons. 3.1 : en l'espèce, le simple fait que les locataires n'aient pas réagi aux demandes de prise de contact de la régie ne constitue pas une violation suffisamment grave pour justifier une résiliation anticipée du bail).

C. Persistance à violer le devoir de diligence malgré un avertissement

67. Une sous-location sans le consentement du bailleur peut justifier une résiliation fondée sur l'art. 257f al. 3 CO. Pour respecter l'exigence d'avertissement écrit, le bailleur doit inviter le locataire à se conformer aux exigences légales, en l'enjoignant à mettre un terme à la sous-location ou en protestant contre l'absence de demande d'autorisation et, le cas échéant, en exigeant de prendre connaissance des conditions de sous-location (TF 4A_379/2014 du 10 mars 2015, cons. 4.3 ; TF 4A_162/2014 du 26 août 2014, cons. 2.2.2 ; ATF 134 III 300, cons. 3.1 ; ATF 134 III 446, cons. 2.2).
68. Ainsi la bailleuse ne peut d'emblée résilier le bail après avoir pris connaissance des conditions de sous-location qu'elle a jugées abusives. Dans une telle situation, le bailleur doit au préalable adresser un avertissement au locataire pour lui permettre de se conformer aux exigences légales. Il peut être renoncé à une telle sommation lorsqu'elle aurait été d'emblée inutile (TF 4A_162/2014 du 26 août 2014, cons. 2.3, rés. DB 2015 no 8, p. 21 note M.M.).
69. Le bailleur peut résilier de manière anticipée le bail d'un locataire qui refuse de lui fournir les conditions de la sous-location sans devoir au préalable exiger la fin de la sous-location ou menacer de résilier (TF 4A_379/2014 du 10 mars 2015, cons. 4).
70. La faculté de donner un congé anticipé aux conditions susmentionnées n'exclut nullement le droit de recourir au congé ordinaire. Celui-ci nécessite simplement de respecter le terme contractuel ou légal et de ne pas contrevenir aux règles de la bonne foi. La loi n'impose donc pas au bailleur de donner un avertissement avant de congédier pour le terme ordinaire le locataire qui a quitté les locaux ; il n'y a en soi pas d'abus à faire usage du droit de résiliation ordinaire dont les conditions sont moins strictes, mais nécessitent un délai de congé plus long. S'il ne demande pas d'explications, le bailleur court le risque que le locataire puisse justifier d'un motif d'absence temporaire et établir son intention de réintégrer les

locaux dans un avenir prévisible, auquel cas le congé peut, selon les circonstances, contrevenir aux règles de la bonne foi (TF 4A_705/2014 du 8 mai 2015, cons. 4.4.2).

71. Sur les circonstances dans lesquelles un congé ordinaire donné en raison d'une sous-location non consentie par le bailleur est contraire au principe de la bonne foi, cf. *infra* no 161 ss.
72. Il appartient au bailleur de prouver qu'en dépit d'une protestation écrite, le locataire persiste (ou recommence) à enfreindre son devoir de diligence ou à manquer d'égards envers les voisins (TF 4A_578/2012 du 13 mai 2013, cons. 5).

D. Caractère insupportable du maintien du contrat pour le bailleur

73. La résiliation, en application de l'art. 257f CO, exige que les perturbations se poursuivent malgré la mise en demeure et qu'elles atteignent un degré de gravité qui rende insupportable la continuation du contrat (TF 4C.331/2004 du 17 mars 2005, cons. 1.1.4). Dire si la situation est insupportable au point de justifier la résiliation du bail est une question d'appréciation que le Tribunal fédéral ne revoit qu'avec retenue (TF 4A_87/2012 du 10 avril 2012, cons. 4.1 et 5.3 ; TF 4A_722/2012 du 1^{er} mai 2013, cons. 2.2 ; TF 4A_457/2013 du 4 février 2014, cons. 2, SJ 2014 I 209 et TF 4A_44/2014 du 17 mars 2014, cons. 2.1, rés. DB 2014 no 3, p. 13 note P.W.).
74. Pour que le caractère insupportable des nuisances soit reconnu, il faut que le bailleur réagisse avec une certaine célérité si celles-ci se poursuivent malgré l'avertissement (TF 4A_722/2012 du 1^{er} mai 2013, cons. 2.2). Une période de dix-huit mois entre l'ultime protestation et le congé a ainsi été considérée comme un indice que la continuation du bail n'était pas insupportable pour le bailleur (TF 4C.118/2001 du 8 août 2001, cons. 1b). En revanche, des délais de cinq mois (TF 4C.264/2002 du 25 août 2003, cons. 4.3) et d'un peu plus de huit mois (TF 4A_87/2012 du 10 avril 2012, cons. 5.3 ; TF 4A_89/2013 du 18 septembre 2013, cons. 5.3) n'ont pas été jugés excessifs. Le Tribunal fédéral a même qualifié de « court » un laps de temps de quatre mois et six jours (TF 4C.270/2001 du 26 novembre 2001, cons. 3b/dd). Il y a lieu de rappeler néanmoins que tout est affaire de circonstances (TF 4A_87/2012 du 10 avril 2012, cons. 5.3 ; TF 4A_457/2013 du 4 février 2014, cons. 3.1, SJ 2014 I 209).

75. Réagit en temps utile le bailleur qui donne le congé dix mois et demi après un troisième et dernier avertissement, alors que les nuisances sonores avaient connu une certaine accalmie, le bailleur résiliant le bail deux semaines après avoir reçu de nouvelles plaintes (TF 4A_457/2013 du 4 février 2014, cons. 3.2).

IV. Résiliation extraordinaire pour défaut de la chose louée (art. 259b let. a CO)

76. La résiliation anticipée du contrat par le locataire présuppose notamment que les locaux soient affectés d'un défaut grave. D'une manière générale le défaut est grave lorsqu'objectivement, on ne peut plus exiger du locataire qu'il continue à occuper les lieux. Constitue un défaut important selon la jurisprudence, celui qui met en danger des intérêts vitaux, tels que la santé du locataire ou de sa famille, ou celui qui rend impossible pendant un certain temps l'utilisation de l'appartement ou d'une grande partie de celui-ci. En revanche, le défaut n'est pas grave lorsque le locataire peut y remédier lui-même de manière simple et économique aux frais du bailleur selon l'art. 259b let. b CO ou lorsque l'entrave n'est que de courte durée (TF 4A_11/2013 du 16 mai 2013, cons. 3.1 ; TF 4C.384/2005 du 22 mars 2006, cons. 3.1).
77. Tel n'est pas le cas du défaut d'accès direct et d'ascenseur au 2^e étage – les travaux prévus contractuellement n'ayant pas été effectués – s'agissant de locaux commerciaux de standing (CACI 30 novembre 2012/557).
78. Même si l'état de l'appartement peut être qualifié de « très mauvais », un délai convenable au sens de l'art. 259b let. b CO doit en principe être imparti au bailleur pour réparer les défauts constatés (TF 4A_277/2007 du 26 septembre 2007, cons. 4.2 et 5.3). La fixation d'un délai est toutefois superflue dans les cas prévus à l'art. 108 CO, lorsque, entre autres, il ressort de l'attitude du bailleur que cette mesure serait sans effet (TF 4A_565/2009 du 21 janvier 2010, cons. 4.2 ; CACI 26 mai 2015/258).

V. Résiliation extraordinaire pour justes motifs (art. 266g CO)

79. L'art. 266g CO confère un droit de congé extraordinaire pour justes motifs lorsque l'exécution du contrat devient intolérable pour une partie ; la résiliation doit tout au plus respecter le délai de congé légal (cf. art. 266b-

266f CO). Cette disposition est subsidiaire par rapport aux autres congés extraordinaires, notamment ceux des art. 257d (demeure du locataire dans le paiement du loyer) ou 257f al. 3 CO (TF 4A_162/2014 du 26 août 2014, cons. 2.6.1, rés. DB 2015, p. 21 note M.M. ; TF 4A_142/2012 du 17 avril 2012, cons. 2.1, rés. DB 2012 no 7, p. 21 ; TF 4C.395/2006 du 23 janvier 2007, cons. 3, trad. in CdB 2007 123). Cela signifie que l'art. 266g CO ne trouve en principe pas application lorsque les conditions d'un autre cas de résiliation anticipée sont réunies (p.ex. 257d CO), la partie souhaitant résilier devant dès lors agir sur la base de la disposition topique et dans le respect des modalités prévues par celle-ci (CdB 2014, p. 81 [Tribunal des baux/VD])

80. Selon une opinion majoritaire, des violations contractuelles qui ne réalisent pas toutes les conditions d'une disposition spéciale, mais atteignent une gravité suffisante pour rendre intolérable la poursuite des relations, par exemple en raison de leur répétition constante, peuvent fonder un congé pour justes motifs au sens de l'art. 266g CO ; tel est le cas lorsque le locataire paie son loyer systématiquement en retard et sans explication pendant près de trois ans (TF 4A_162/2014 du 26 août 2014, cons. 2.6.1 ; TF 4C.395/2006 du 23 janvier 2007, cons. 3, trad. in CdB 2007 123) ou viole à répétitions reprises son devoir de diligence et manque d'égards envers les voisins malgré des avertissements (TF 4A_269/2015 du 2 novembre 2015, cons. 5.1). Le Tribunal des baux du canton de Vaud semble être plus restrictif en retenant que des retards répétés dans le paiement du loyer ne constituent un juste motif au sens de l'art. 266g CO que si d'autres éléments factuels démontrent que le maintien du bail est devenu intolérable, par exemple lorsque le bail ne peut être résilié de manière ordinaire avant trois ans (CdB 2014, p. 81 [Tribunal des baux/VD]).
81. La bailleresse ne saurait prétendre à l'application de la règle générale (art. 266g CO) pour le seul motif qu'elle a omis de respecter l'avertissement écrit imposé par la disposition spéciale de l'art. 257f CO (TF 4A_162/2014 du 26 août 2014, cons. 2.6.2, rés. DB 2015 no 8, p. 21 note M.M.).
82. La mise en œuvre de la *clausula rebus sic stantibus* – qui exige que l'événement impliquant l'adaptation contractuelle alléguée ait son origine dans un événement extérieur à la relation juridique en cause – est subsidiaire par rapport aux dispositions permettant d'adapter les

obligations contractuelles au changement de circonstances. Dans les contrats de durée, tel celui de bail à loyer, c'est ainsi sous l'angle de la résiliation pour justes motifs que la survenance de nouvelles circonstances doit être prise en considération (CdB 2015, p. 24 [VS])

83. L'art. 266g CO consacre un droit de résiliation extraordinaire correspondant au principe général selon lequel les contrats de durée peuvent être résiliés de manière anticipée pour de justes motifs. Seules des circonstances d'une gravité exceptionnelle, qui n'étaient pas connues ni prévisibles lors de la conclusion du contrat et qui ne sont pas la conséquence d'une faute de la partie qui s'en prévaut, peuvent constituer de justes motifs aux termes de l'art. 266g al. 1 CO. Ces circonstances doivent être si graves qu'elles rendent la continuation du bail, jusqu'à son terme, objectivement intolérable ; la perception subjective d'une situation intolérable, par la partie qui résilie, n'est pas déterminante. Par ailleurs, la partie doit résilier immédiatement le bail après la survenance du juste motif, faute de quoi elle montre, par son attitude, que celui-ci ne lui rend pas insupportable la continuation du contrat (TF 4A_142/2012 du 17 avril 2012, cons. 3.1, rés. DB 2012 no 7, p. 21 note M.M. ; TF 4A_586/2012 du 23 septembre 2013, cons. 3.1, CdB 2014, p. 12, rés. DB 2013 no 9, p. 23 note M.M. ; TF 4A_531/2014 du 20 janvier 2015, cons. 2.1 ; TF 4A_20/2015 du 13 juillet 2015, cons. 3, CdB 2015, p. 113, rés. DB 2015 no 9, p. 22 note P.C. ; TF 4A_631/2014 du 25 novembre 2015, cons. 3).
84. Agit tardivement le bailleur qui résilie le bail une année après les actes pénaux commis à son encontre et en attendant une condamnation pénale pour donner le congé (TF 4A_631/2014 du 25 novembre 2015, cons. 3.3).
85. Les motifs justifiant un congé anticipé au sens de l'art. 266g al. 1 CO peuvent résider dans la personne du destinataire du congé, indépendamment de la violation d'une obligation spécifiquement liée au bail. Ainsi en va-t-il par exemple d'un comportement pénalement répréhensible du locataire à l'égard du bailleur et de sa famille ou d'une attitude propre à discréditer son partenaire et à lui porter préjudice. Un différend personnel entre les parties peut aussi constituer un juste motif de résiliation anticipée du bail. La proximité de vie entre les parties figure parmi les éléments à prendre en compte pour juger du caractère objectivement tolérable ou non du maintien du contrat pour la bailleuse

(ATF 113 II 31, cons. 2c ; TF 4A_20/2015 du 13 juillet 2015, cons. 3.1 et 3.2, CdB 2015, p. 113, rés. DB 2015 no 9, p. 22 note P.C.).

86. La durée du bail restant à courir à partir de la résiliation anticipée est un élément à prendre en considération pour apprécier les justes motifs au sens de l'art. 266g al. 1 CO (TF 4A_20/2015 du 13 juillet 2015, cons. 3.2, CdB 2015, p. 113, rés. DB 2015 no 9, p. 22 note P.C.).
87. Il est exclu pour une partie de se prévaloir d'un juste motif de résiliation si celle-ci a provoqué par sa propre faute et de manière prépondérante le juste motif, de sorte qu'il existe un lien de causalité entre sa faute et le juste motif (cf. ATF 137 III 534, cons. 2.3.1 relatif à l'art. 649b al. 1 CC). A défaut de ce lien de causalité prépondérante, la faute de la partie qui résilie n'exclut pas le droit de résilier ; en revanche, elle s'inscrit dans les éléments à prendre en considération au stade de l'appréciation de l'ensemble des circonstances (TF 4A_586/2012 du 23 septembre 2013, cons. 3.3, CdB 2014, p. 12, rés. DB 2013 no 9, p. 23 note M.M.).
88. Ne donne pas lieu à juste motif de congé le locataire qui signale à l'autorité compétente pour autoriser des travaux une éventuelle violation de la loi, ce qui ne correspond pas à une situation de chantage ou de menace (TF 4A_636/2012 du 2 avril 2013, cons. 3.1).
89. Dans les circonstances de l'espèce, les interventions du locataire auprès du parti politique commun aux intéressés et les termes utilisés à cette occasion ont atteint un degré de gravité tel que la poursuite du bail jusqu'à son terme ordinaire en est devenue intolérable pour la bailleuse, d'autant que la durée du bail était encore longue et que la bailleuse habitait dans le même immeuble (TF 4A_20/2015 du 13 juillet 2015, cons. 3.2, CdB 2015, p. 113, rés. DB 2015 no 9, p. 22 note P.C., qui réforme CACI 11 novembre 2014/587).
90. Le fait que l'immeuble abritant les locaux loués doit être assaini n'implique pas encore que la poursuite du bail jusqu'au prochain terme ordinaire soit objectivement intolérable. Il faut bien plus une obligation pressante d'évacuer l'immeuble pour des raisons de sécurité ou de salubrité. Il y a ainsi lieu de retenir un juste motif s'il ressort d'un document émanant d'un service officiel ou d'un laboratoire scientifique qu'il existe, au moment de la résiliation, un danger concret et immédiat pour les occupants, ou si l'autorité administrative a rendu une décision exécutoire ordonnant l'évacuation des lieux (TF 4A_594/2010 du

12 janvier 2011, cons. 2.3). Par contre, une éventuelle autorisation administrative de démolir le bâtiment n'est pas déterminante ; elle signifie uniquement que le propriétaire, du point de vue du droit public, est habilité à procéder à la démolition ; l'intérêt subjectif du propriétaire d'en faire rapidement usage est compréhensible, mais pas déterminant (TF 4A_531/2014 du 20 janvier 2015, cons. 2.1).

VI. Résiliation extraordinaire en cas de changement de propriétaire (art. 261 al. 2 CO)

91. L'art. 261 al. 2 CO est de droit dispositif en ce sens que, dans le contrat de vente, l'acquéreur peut s'engager vis-à-vis du vendeur à respecter les baux des locataires jusqu'à leur terme contractuel. Une telle reprise de contrat est en principe une stipulation pour autrui parfaite (art. 112 al. 2 CO) ; les locataires peuvent s'en prévaloir pour faire échec à la résiliation anticipée (TF 4A_447/2015 du 31 mars 2016, cons. 4.1, destiné à la publication) et le vendeur pour faire échec à une action en dommages-intérêts fondée sur l'art. 261 al. 3 CO. Un tel engagement révèle clairement l'intention de l'acquéreur d'assumer la continuation du bail (TF 9 février 1988 in Droit du bail N° 1/1989 – MP 1988, p. 41).
92. Une clause contractuelle prévoyant la reprise des baux existants doit être interprétée comme comportant une reprise intégrale de ces baux, y compris s'agissant de leur durée, car on ne saurait présumer qu'une telle disposition ne constitue qu'une clause de style (CACI 7 décembre 2012/520).
93. La clause prévoyant que l'acheteur reprend le bail à loyer en cours et répond de tous les dommages causés au locataire, s'il résilie plus tôt que ne le permettrait le bail, n'exclut pas une résiliation anticipée par l'acheteur (TF 4A_447/2015 du 31 mars 2016, cons. 4.2.3, destiné à la publication).
94. En matière d'aliénation de la chose louée, la résiliation (extraordinaire) anticipée au sens de l'art. 261 al. 2 let. a CO est justifiée en cas de besoin propre et urgent du nouveau propriétaire ou de ses proches parents ou alliés. L'intérêt du locataire n'a pas à être pris en considération dans l'examen de la validité de la résiliation ; le juge ne doit procéder à aucune pesée des intérêts respectifs des parties, si ce n'est, en cas de validité de la résiliation, dans l'examen de la prolongation du bail du locataire, pour laquelle une pesée des intérêts est exigée par l'art. 272 al. 2 *in initio* CO. Le besoin propre et urgent a un sens similaire aux art. 261 al. 2 let. a et

271a al. 3 let. a CO, dans lesquels il influe sur la validité de la résiliation, alors qu'il n'est qu'un intérêt parmi d'autres – du bailleur – que le juge doit mettre en balance (pesée des intérêts) avec celui du locataire pour statuer sur la prolongation du bail selon l'art. 272 al. 2 let. d CO (TF 4A_447/2015 du 31 mars 2016, cons. 5.2.1, destiné à la publication ; cf. Bohnet/Jeannin, Besoin propre du bailleur supposant la transformation de l'objet loué – admissible sans permis de construire ? NewsletterBail.ch mai 2016).

95. Le *besoin* du nouveau propriétaire doit être *propre*, c'est-à-dire que l'utilisation des locaux doit lui être nécessaire pour lui-même ou pour l'un de ses proches parents ou alliés (ATF 132 III 737, cons. 3.4.3). Un motif simulé, invoqué abusivement, n'est évidemment pas suffisant (ATF 118 II 50, cons. 3c ; TF 4A_447/2015 du 31 mars 2016, cons. 5.2.2, destiné à la publication).
96. S'agissant d'habitations, il s'agit du besoin propre pour la personne physique de pouvoir utiliser le logement, qu'il s'agisse de l'acquéreur lui-même ou de l'un de ses proches parents ou alliés (TF 4A_447/2015 du 31 mars 2016, cons. 5.2.2.1, destiné à la publication).
97. Lorsqu'une personne morale acquiert l'habitation, le besoin propre est celui qui la concerne elle-même et ne se confond pas avec celui de l'un de ses actionnaires, puisque la personne morale est une personne juridique distincte (ATF 115 II 181, cons. 2a). La jurisprudence a toutefois admis que, lorsqu'un actionnaire domine économiquement la société acquéreuse, le besoin de celui-ci puisse avoir une incidence sur l'admissibilité de la résiliation (et de la durée de la prolongation) (ATF 132 III 737, cons. 3 ; TF 4A_447/2015 du 31 mars 2016, cons. 5.2.2.1, destiné à la publication).
98. S'agissant de locaux commerciaux, la personne physique qui en acquiert la propriété ne peut justifier d'un besoin propre que si elle a la volonté de reprendre elle-même l'exploitation d'un commerce dans les locaux, à ses risques et profits, les modalités selon lesquelles elle entend le faire étant sans importance ; à propos de l'exploitation d'un bar-discothèque par l'acquéreur, il a été jugé qu'il importait peu que celui-ci doive engager du personnel à cet effet, y compris un gérant (avec patente) pour exploiter l'établissement, pourvu qu'il le fasse à ses propres risques et profits (TF 4A_23/2009 du 24 mars 2009, cons. 3.3.1 et 3.3.3). Il a aussi été admis – dans le cadre d'un litige portant sur la prolongation du bail – que la personne physique puisse faire valoir son intérêt à exercer son activité

professionnelle dans les locaux (en l'occurrence, en tant qu'opticien) sous la forme d'une société (en l'occurrence, une société à responsabilité limitée) (TF 4C.139/2000 du 10 juillet 2000, cons. 2b). Lorsque l'acquéreur de locaux commerciaux est une personne morale, son intérêt se concentre dans la réalisation de son but social, à l'exclusion de celui de ses actionnaires (TF 4C.139/2000 précité, cons. 2b). Celle-ci justifie en tout cas d'un besoin propre si elle entend utiliser elle-même les locaux pour son activité économique à ses risques et profits, conformément à son but social (cf. ATF 115 II 181, cons. 2a *in fine*). Il importe peu que cette utilisation personnelle par la personne morale nécessite préalablement la transformation du bâtiment, voire la démolition de celui-ci et la construction d'un nouveau bâtiment (cf. ATF 135 III 121, dans lequel un besoin propre a été admis alors que le propriétaire entendait démolir le bâtiment – abritant un atelier de carrosserie et de réparation d'automobiles – pour réaliser un projet de nouvelles infrastructures – en l'occurrence ferroviaires). Il importe peu également que son besoin propre s'étende à l'ensemble du (nouveau) bâtiment ou seulement à une partie de celui-ci (TF 4A_447/2015 du 31 mars 2016, cons. 5.2.2.2)

99. Le juge décide si le nouveau propriétaire a un besoin propre en tenant compte de toutes les circonstances pertinentes du cas particulier (ATF 118 II 50, cons. 3c ; ATF 132 III 737, cons. 3.4.3), au moment de la résiliation (ATF 138 III 59, cons. 2.1 *in fine* ; TF 4A_447/2015 du 31 mars 2016, cons. 5.2.2.3).
100. Le *besoin* du nouveau propriétaire est *urgent* lorsqu'on ne peut pas, pour des raisons économiques ou pour d'autres raisons (par exemple personnelles), exiger de lui qu'il renonce à utiliser l'habitation ou le local commercial loué (ATF 118 II 50, cons. 3d ; ATF 132 III 737, cons. 3.4.3), autrement dit lorsqu'on ne peut exiger de lui qu'il attende l'échéance contractuelle pour résilier le bail, tout en respectant le délai de congé contractuel. Cette condition de l'urgence a été introduite par la révision du droit du bail du 15 décembre 1989, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1990. Lors des débats parlementaires, le besoin urgent a aussi été qualifié d'immédiat (« unmittelbar »), réel (« tatsächlich ») et actuel (« aktuell ») (ATF 118 II 50, cons. 3c). La jurisprudence en a déduit que la notion d'urgence est non seulement temporelle, mais aussi matérielle en ce sens que les motifs invoqués doivent revêtir objectivement une certaine importance (« gewisse Bedeutung » ; ATF 118 II 50, cons. 3d ; ATF 132

III 737, cons. 3.4.3 ; TF 4A_641/2014 précité, cons. 2.2.1). Ainsi, le besoin est immédiat lorsqu'il est susceptible de se concrétiser immédiatement ou à plus ou moins brève échéance selon que l'échéance contractuelle du bail est proche ou lointaine. Le besoin doit être réel : il ne présuppose pas une situation de contrainte, voire un état de nécessité dû au besoin de disposer d'un logement (ATF 118 II 50, cons. 3d), mais il n'est pas réel lorsque le motif invoqué est simulé ou invoqué abusivement, ou encore lorsque le nouveau propriétaire ou un de ses proches entend utiliser le logement exclusivement pour jouir d'une vue plus étendue et d'un meilleur ensoleillement (ATF 118 II 50, cons. 3d). Enfin, le besoin doit être actuel, en ce sens qu'un besoin futur, simplement possible, ne suffit pas (ATF 118 II 50, cons. 3c). La jurisprudence a également admis que la notion d'urgence est relative : elle a pour corollaire que, même si le besoin urgent du nouveau propriétaire fait obstacle à l'annulation du congé, elle n'exclut pas la prolongation du bail (ATF 132 III 737, cons. 3.4.3). La validité du congé n'est pas déterminée par la pesée des intérêts respectifs du bailleur (intérêt à disposer des locaux pour lui-même ou pour ses proches) et du locataire (intérêt à demeurer dans les locaux). La comparaison entre les conséquences pénibles de la résiliation anticipée pour le locataire et le besoin propre et urgent du bailleur d'utiliser les locaux, parmi d'autres éléments (cf. art. 272 al. 2 let. c CO), n'intervient que dans le cadre de l'examen (d'office ; art. 273 al. 5 CO) de la prolongation du bail (art. 272 al. 2 *in initio* CO ; TF 4A_447/2015 du 31 mars 2016, cons. 5.2.3, destiné à la publication ; cf. Bohnet/Jeannin, Besoin propre du bailleur supposant la transformation de l'objet loué – admissible sans permis de construire ? NewsletterBail.ch mai 2016).

101. Pour décider si le besoin du nouveau propriétaire est urgent (immédiat), il faut déterminer s'il est susceptible de se concrétiser à plus ou moins brève échéance en comparaison avec l'échéance contractuelle et le délai de résiliation contractuel. Si l'utilisation des locaux ne nécessite pas de grandes transformations, l'urgence du besoin doit être admise dès que la personne morale a un intérêt à pouvoir exercer son activité économique dans les locaux. Ainsi, il a été admis que lorsque le nouveau propriétaire doit payer des intérêts pour le capital emprunté pour l'achat de l'immeuble et qu'il doit aussi payer un loyer pour occuper d'autres locaux, son besoin à pouvoir emménager dans les locaux achetés doit être qualifié d'urgent (ATF 118 II 50, cons. 4). En revanche, lorsque son utilisation des locaux

présuppose de grandes transformations, voire même la démolition et la reconstruction du bâtiment, l'urgence dépend de l'état d'avancement de son projet de transformation : il n'est pas nécessaire que ce projet ait déjà été autorisé par les autorités administratives, mais il suffit qu'il soit susceptible d'obtenir leur autorisation. L'arrêt publié aux ATF 99 II 164, qui exige que le bailleur ait déjà obtenu les autorisations administratives, a été rendu dans le cadre d'une prolongation du bail (art. 272 al. 2 let. a CO), pour laquelle le juge doit peser les intérêts respectifs du bailleur et du locataire ; il n'est donc pas pertinent pour juger de la validité de la résiliation elle-même (TF 4A_447/2015 du 31 mars 2016, cons. 5.2.3, destiné à la publication). On ne saurait en effet exiger du nouvel acquéreur, qui a investi dans l'achat d'un immeuble pour réaliser un important projet comprenant un hôtel et dix-sept logements qu'il doive attendre cinq ans (jusqu'à l'échéance ordinaire du bail) avant de pouvoir disposer de sa propriété alors que sa demande de permis de démolir/reconstruire a déjà été déposée au moment où il a résilié les baux (TF 4A_447/2015 du 31 mars 2016, cons. 5.4.2 ; cf. Bohnet/Jeannin, Besoin propre du bailleur supposant la transformation de l'objet loué – admissible sans permis de construire ? NewsletterBail.ch mai 2016)

102. Le nouveau propriétaire supporte le fardeau de la preuve de son besoin propre et urgent (art. 8 CC ; TF 4A_85/2008 précité, cons. 3.1 ; TF 4C.17/2006 précité et les références ; TF 4A_447/2015 du 31 mars 2016, cons. 5.2.4, destiné à la publication).
103. La résiliation anticipée qui ne remplit pas ces conditions est annulable conformément aux art. 271 s. CO (ATF 118 II 50). Elle ne peut pas être convertie en une résiliation ordinaire (ATF 135 III 441, cons. 3.3). En revanche, lorsque la résiliation anticipée remplit ces conditions, le locataire ne peut pas objecter que le congé est annulable en raison d'un litige pendant ou ayant opposé le vendeur au locataire dans les trois années qui ont précédé (art. 271a al. 3 let. d CO ; TF 4A_447/2015 du 31 mars 2016, cons. 5.2.4, destiné à la publication).
104. La relativité de la notion d'urgence a aussi pour corollaire que, même si le besoin du bailleur justifie la résiliation anticipée du bail, il n'exclut pas toute prolongation de celui-ci (TF 4A_447/2013 du 20 novembre 2013, cons. 4.1).

VII. Résiliation extraordinaire en cas de faillite ou de décès du locataire (art. 266h et 266i CO)

105. La doctrine et la jurisprudence ont déduit des art. 266h et 266i CO que, lorsque tous les héritiers répudient, cela n'équivaut pas *de facto* à la résiliation du bail (SJ 2006 I 365, cons. 3, in : DB 2007 n° 28) et il appartient à la masse de décider si elle entend reprendre le contrat ou le résilier. Si la masse ne poursuit pas le contrat, le bail ne prend pas fin pour autant et il incombe au bailleur de se départir du contrat selon les règles de l'art. 257d CO ou 266h CO (CACI 6 mars 2014/102)
106. Le décès du locataire ne met pas fin au contrat de bail, sauf clause contraire des parties (cf. ATF 115 II 258, cons. 3a). Le contrat se poursuit avec les héritiers du locataire, qui reprennent les droits et obligations du défunt (art. 560 CC ; TF 4A_42/2014 du 17 octobre 2014, cons. 2 ; TF 4C.252/2005 du 6 février 2006, cons. 3, in SJ 2006 I 365 ; ATF 80 I 312, cons. 2). Le bailleur doit donc respecter les conditions légales et contractuelles de résiliation, et notamment satisfaire aux règles de la bonne foi (art. 271 al. 1 CO). Le décès du locataire n'est toutefois pas dépourvu d'incidences. Les héritiers n'auront pas nécessairement le même rapport que le défunt avec la chose louée, le même intérêt à maintenir le contrat. Pour ce motif, la loi leur accorde un droit de résiliation anticipé pour le prochain terme légal (art. 266i CO ; TF 4A_397/2013 du 11 février 2014, cons. 3.3).

VIII. Protection contre une résiliation ordinaire

A. Congé contraire à la bonne foi (art. 271 al. 1 CO)

1. Champ d'application et généralités

107. Par *habitation* au sens des dispositions protectrices du droit du bail, il faut entendre un local loué pour y habiter et adapté à cet effet (TF 4A_451/2013 du 10 février 2014, cons. 4.2 ; TF 4C.128/2006 du 12 juin 2006, cons. 2). Le local se définit comme un espace délimité horizontalement et verticalement, aménagé pour une certaine durée et protégeant contre les influences extérieures (ATF 124 III 108, cons. 2b ; TF 4A_109/2015 du 23 septembre 2015, cons. 3.2, SJ 2016 I 221).

108. Lorsque l'objet du bail consiste en des surfaces nues, et non dans un local, il ne suffit pas, pour qualifier d'habitations les parties de parcelle en cause, que, de par la volonté des parties et du législateur cantonal, les emplacements loués soient destinés à loger les gens du voyage (TF 4C.128/2006 du 12 juin 2006, cons. 2 ; TF 4A_109/2015 du 23 septembre 2015, cons. 3.2, SJ 2016 I 221). Il n'y a pas lieu à application analogique des règles du droit de bail sur la protection contre les congés aux gens du voyage, motif pris de la préservation de leur identité et de la prise en compte des besoins liés à leur mode de vie (TF 4A_109/2015 du 23 septembre 2015, cons. 4.2, SJ 2016 I 221 ; cf. Dietschy-Martenet, Refus d'appliquer par analogie les art. 271 ss CO aux gens du voyage : conforme à l'art. 8 CEDH ? NewsletterBail.ch novembre 2015).
109. L'art. 271 al. 1 CO est une *lex specialis* par rapport à l'art. 2 al. 2 CC, la première disposition excluant l'application de la seconde. C'est dire que la résiliation qui consacre un abus de droit manifeste n'est pas nulle, mais seulement annulable (TF 4A_31/2013 du 2 avril 2013, cons. 2.2 ; ATF 133 III 175, cons. 3.3).
110. La contestation du congé fondée sur l'art. 271 al. 1 CO doit être introduite dans le *délai de péremption de l'art. 273 CO*. Si cela n'a pas été fait, le grief d'une résiliation contraire aux règles de la bonne foi ne peut plus être soulevé dans la procédure d'expulsion, faute de respect du délai de péremption fédéral (TF 4A_519/2015 du 4 février 2016, cons. 4.2 ; TF 4A_40/2015 du 18 février 2015, cons. 4.2.2 ; TF 4A_469/2013 du 14 novembre 2013, cons. 4 ; ATF 133 III 175, cons. 3.3.4).

2. Notion de congé contraire aux règles de la bonne foi

111. Le bail est un contrat qui n'oblige les parties que jusqu'à l'expiration de la période convenue ; arrivé au terme du contrat, la liberté contractuelle renaît et chacun à la faculté de conclure ou non un nouveau contrat et de choisir son cocontractant. En principe, chacune des parties est donc libre de mettre fin à la relation de bail pour l'échéance prévue, en respectant les conditions du préavis contractuel (TF 4A_484/2012 du 28 février 2013, cons. 2.3.1 ; TF 4A_167/2012 du 2 août 2012, cons. 2.2 ; TF 4A_735/2011 du 16 janvier 2012, cons. 2.2 ; TF 4A_631/2010 du 4 février 2011, cons. 2.3). La résiliation n'est soumise à aucune condition particulière ; chaque partie peut résilier le bail sans devoir disposer pour ce faire d'un juste motif

(TF 4A_484/2012 du 28 février 2013, cons. 2.3.1 ; TF 4A_414/2009 du 9 décembre 2009, cons. 3.1).

112. La résiliation du bail pour le prochain terme ordinaire n'exige pas de motif particulier, ce même si elle entraîne des conséquences pénibles pour le locataire. Elle est annulable uniquement si elle contrevient aux règles de la bonne foi, ce qu'il appartient au locataire de prouver (art. 271 CO ; ATF 138 III 59, cons. 2.1). Il n'est donc pas nécessaire, pour que le bailleur puisse donner un congé ordinaire, qu'il soit en situation d'invoquer un juste motif, une violation du contrat ou une utilisation non conforme à l'usage convenu de part et d'autre (TF 4A_643/2011 du 24 février 2011, cons. 3).
113. Pour statuer sur la validité d'un congé, il ne faut pas procéder à la pesée des intérêts du bailleur (intérêt à récupérer son bien) et ceux du locataire (à rester dans les locaux loués) ; la comparaison entre les intérêts n'intervient que dans le cadre d'une requête en prolongation du bail (TF 4A_575/2008 du 19 février 2009, cons. 2.2). Il est donc sans pertinence, pour statuer sur l'annulation du congé, de savoir si l'intérêt du locataire à se maintenir dans les lieux est plus grand que l'intérêt du bailleur à le voir partir (TF 4A_167/2012 du 2 août 2012, cons. 2.2 ; TF 4A_484/2012 du 28 février 2013, cons. 2.3.1).
114. Les règles de la bonne foi sont violées lorsque la résiliation ne répond à aucun intérêt objectif, sérieux et digne de protection, est purement chicanière ou fondée sur un motif qui ne constitue manifestement qu'un prétexte ou encore lorsqu'il y a disproportion manifeste entre les intérêts des parties ; à cet égard, il ne suffit pas que la résiliation entraîne des conséquences pénibles pour le locataire (ATF 136 III 190, cons. 2 ; ATF 138 III 59, cons. 2.1 ; TF 4A_255/2012 du 20 juillet 2012, cons. 2.1 ; TF 4A_126/2012 du 3 août 2012 cons.1, in CdB 2012, p. 109 ; ATF 140 III 496, cons. 4.1).
115. De telles circonstances particulières existent, par exemple, quand le bailleur, lors de la fixation du délai comminatoire selon l'art. 257d al. 1 CO, réclame au locataire une somme largement supérieure à celle en souffrance, sans être certain du montant effectivement dû, si le montant impayé est insignifiant, si l'arriéré a été réglé très peu de temps après l'expiration du délai comminatoire, alors que le locataire s'était jusque-là toujours acquitté à temps du loyer ou encore si le bailleur résilie le contrat

longtemps après l'expiration de ce délai. Il incombe au destinataire du congé de prouver les faits montrant que celui-ci contrevient aux règles de la bonne foi (TF 4C.430/2004 du 8 février 2005, in SJ 2005 I 310 ; TF 4A_497/2011 du 22 décembre 2011, cons. 2.4 et les réf. ; ATF 140 III 591, cons. 1, CdB 2015, p. 16 note Conod).

116. Ne peut se prévaloir de l'art. 271 CO le locataire qui agit lui-même de manière contraire à la bonne foi (TF 4A_739/2011 du 3 avril 2012, cons. 4 ; en l'espèce les locataires avaient eux-mêmes consigné le loyer de manière contraire à la bonne foi).

3. Détermination du motif du congé

117. Pour déterminer si un congé est contraire aux règles de la bonne foi, il faut se fonder sur son *motif* réel, dont la constatation relève des faits (cf. ATF 136 III 513, cons. 2.3 ; ATF 136 III 552, cons. 4 ; TF 4A_255/2012 du 20 juillet 2012, cons. 2.1 ; TF 4A_673/2014 du 24 février 2015, cons. 2.1. et les références). La validité d'un congé doit être appréciée en fonction des circonstances présentes au moment de cette manifestation de volonté (ATF 140 III 496, cons. 4.1, rés. DB 2014 no 16, p. 31 note P.C. ; TF 4A_383/2012 du 9 octobre 2012, cons. 3, rés. JdT 2013 II 134 ; TF 4A_290/2015 du 9 septembre 2015, cons. 4.1). Il n'existe toutefois aucun principe juridique qui interdirait de prendre en compte des faits postérieurs en vue de reconstituer ce que devait être la volonté réelle au moment déterminant (TF 4A_241/2010 du 10 août 2010, cons. 2.1.6 ; TF 4A_210/2014 du 17 juillet 2014, cons. 3.2). Ainsi, des faits survenus ultérieurement ne sont pas susceptibles d'influer *a posteriori* sur cette qualification ; tout au plus peuvent-ils fournir un éclairage sur les intentions des parties au moment de la résiliation (ATF 138 III 59, cons. 2.1 ; TF 4A_290/2015 du 9 septembre 2015, cons. 4.1).
118. Si le motif légitime pour lequel le bail a été résilié disparaît par la suite, la résiliation ne peut pas devenir *a posteriori* contraire à la bonne foi (ATF 138 III 59, cons. 2.1, JdT 2014 II 418 ; confirmé après discussion par TF 4A_454/2012 du 10 octobre 2012, cons. 2.4, SJ 2013 I 312). Il s'ensuit que l'annulation du congé pour le bail principal n'est pas de nature à entraîner *de facto* l'annulation de la résiliation d'un sous-bail (TF 4A_454/2012 du 10 octobre 2012, cons. 2.5, SJ 2013 I 312).

119. N'est ainsi pas contraire à la bonne foi le congé donné en raison d'un souhait exprimé par le bailleur de venir s'établir dans l'appartement litigieux qui correspondait certes à la réalité lors de la résiliation, mais ne s'était pas concrétisé parce que l'intéressé avait changé d'avis ultérieurement pour telle ou telle raison (TF 4A_545/2013 du 28 novembre 2013, cons. 3.2.3, SJ 2014 I 221).
120. S'agissant du *fardeau de la preuve*, il appartient au destinataire du congé de démontrer que celui-ci contrevient aux règles de la bonne foi ; la partie qui résilie a seulement le devoir de contribuer loyalement à la manifestation de la vérité en fournissant tous les éléments en sa possession nécessaires à la vérification du motif invoqué par elle (ATF 135 III 112, cons. 4.1, JdT 2009 I 491 ; ATF 120 II 105, cons. 3c), par exemple en produisant les pièces nécessaires pour le calcul du rendement si le bail a été résilié afin d'obtenir d'un nouveau locataire un loyer plus élevé que celui payé par le locataire congédié (TF 4A_397/2013 du 11 février 2014, cons. 4.2). Celui qui donne le congé doit ainsi au moins rendre vraisemblables les motifs du congé (TF 4A_518/2010 du 16 décembre 2010, cons. 2.4.1 et les arrêts cités).
121. Lorsque le bailleur a donné *plusieurs motifs de congé*, il suffit que l'un d'entre eux ne soit pas contraire à la bonne foi pour que le congé soit valable (TF 4C.365/2006 du 16 janvier 2007, cons. 3.2 ; TF 4C.400/1998 du 23 mars 1999, cons. 4a et 4b, publié in MP 1999, p. 195 ss). Ainsi, lorsqu'elle constate que l'un des motifs invoqués par le bailleur n'est pas contraire à la bonne foi, l'autorité n'a pas à examiner si les autres motifs invoqués étaient fondés (CACI 24 novembre 2011/367, cons. 3c/bb, avec référence à l'arrêt TF 4A_518/2010 du 16 décembre 2010, cons. 2.5). Le fait pour le bailleur d'avoir tardé à donner le motif du congé et de s'être même référé à différentes motivations inexactes ne rend pas en soi la résiliation abusive, la seule question pertinente étant celle de savoir si, au moment du congé litigieux, il existait un motif légitime de mettre fin au contrat (TF 4C.85/2006 du 4 juillet 2006, cons. 2.2 ; CACI 23 novembre 2012/551).
122. La *motivation* du congé ne constitue pas une condition de sa validité (ATF 125 III 231, cons. 4b et les références citées, JdT 2000 I 194). Toutefois, l'absence de motivation ou une motivation incorrecte peut constituer un indice de l'inexistence d'un intérêt digne d'être protégé,

sérieux et objectivement reconnaissable, respectivement un indice de ce que le motif réel du congé est contraire à la bonne foi (ATF 125 III 231, cons. 4b, JdT 2000 I 194 ; ATF 132 III 737, cons. 3.4.2 ; ATF 138 III 59, cons. 2.1 ; TF 4A_290/2015 du 9 septembre 2015, cons. 4.1). S'il est en revanche établi que le motif réel de résiliation était légitime, le congé ne peut être annulé (CACI 23 novembre 2012).

123. Si le bailleur fournit un faux motif à l'appui de la résiliation alors qu'il n'est pas possible d'établir le motif réel, il faut en déduire que le congé ne repose sur aucun motif sérieux, ou du moins aucun motif légitime et avouable, ce qui justifie son annulation (ATF 138 III 59, cons. 2.1, JdT 2014 II 418 ; TF 4A_241/2010 du 10 août 2010, cons. 2.3, in SJ 2011 I 69 ; TF 4A_484/2013 du 26 février 2014, cons. 2.1).
124. Il découle de la jurisprudence qu'est un faux motif celui dont la réalité n'a pas été établie ou au moins rendue vraisemblable par le bailleur, le Tribunal fédéral n'étant pas toujours très cohérent quant au degré de la contre-preuve exigée du bailleur. A notre sens, il est conforme aux principes généraux relatifs à la contre-preuve (ATF 120 II 393, JdT 1995 I 571 ; ATF 130 III 321, cons. 3.4, JdT 2005 I 618) de retenir que cette contre-preuve aboutit dès que la preuve principale est affaiblie et il n'est pas exigé que le juge soit persuadé de l'exactitude de la contre-preuve. Il suffit ainsi au bailleur de rendre vraisemblable la réalité du motif invoqué (en ce sens TF 4A_518/2010 du 16 décembre 2010, cons. 2.4.1 et les arrêts cités). Il est d'autant plus important de placer au bon endroit le curseur du fardeau de la preuve que la constatation du motif de la résiliation relève du fait, qui ne peut être remis en cause devant le Tribunal fédéral que sous l'angle de l'arbitraire. A défaut, la règle fondamentale, pourtant régulièrement rappelée par le Tribunal fédéral, selon laquelle le fardeau de la preuve du caractère abusif de la résiliation incombe au locataire, restera lettre morte.
125. Or force est de constater que notre Haute Cour tend à exiger en réalité une preuve stricte du bien-fondé du motif invoqué : ainsi, s'agissant d'une résiliation donnée en vue d'obtenir un loyer plus élevé, le Tribunal fédéral, quand bien même il était établi que des travaux de rénovation conséquents avaient été entrepris, a confirmé l'annulation de la résiliation, au motif que les pièces produites étaient insuffisantes pour intégrer ces travaux dans le calcul de rendement, en observant que l'on ne saurait se perdre en

conjectures et réduire les exigences de preuve en se contentant d'une vraisemblance plus ou moins grande que la bailleresse soit en droit d'obtenir une augmentation de loyer non abusive (TF 4A_211/2015 du 8 décembre 2015, cons. 5.2).

126. De même, alors que le Tribunal fédéral avait antérieurement admis, dans un cas où le loyer actuel était nettement inférieur au loyer des locaux proposés en comparaison, que la différence était tellement frappante que, même si les locaux de comparaison ne répondaient pas tous strictement aux exigences de comparaison posées par la jurisprudence, il pouvait être admis sans autre que le loyer actuellement payé par la défenderesse était inférieur à la moyenne des loyers usuels du quartier (TF 4C.343/2004 du 22 décembre 2004, cons. 3), il semble revenir à des exigences strictes de la preuve des loyers du quartier sur la base des exigences pratiquement impossibles à rapporter des cinq objets de comparaison pour juger du caractère abusif du congé donné en vue d'obtenir un loyer plus élevé (TF 4A_211/2015 du 8 décembre 2015, cons. 6.2.3), même s'il est vrai que, dans le cas jugé, le bailleur n'avait guère étayé ses allégations sur le prix au m² des locaux du quartier, indépendamment des objets de comparaison proposés. Pour sa part, la jurisprudence vaudoise, se fondant sur l'arrêt TF 4C.243/2004 précité, admet qu'une pratique plus souple se justifie dans le contexte de l'examen du caractère abusif du congé et considère que, dès lors qu'il suffit qu'un loyer supérieur puisse être obtenu, quelle que soit sa quotité, pour rendre cette résiliation admissible, il peut être tenu compte, dans ce cas de figure, d'éléments de comparaison simplifiés ou de statistiques même non officielles, lorsque ces éléments démontrent une différence flagrante avec le loyer du bail résilié ou d'objets de comparaison ne remplissant pas entièrement les critères jurisprudentiels (CACI 26 juin 2015/319 ; CACI 28 septembre 2015/515 ; CACI 29 juillet 2014/401 : congé non abusif retenu dans un cas où il y avait une différence de 80% du prix au m² avec des appartements du même nombre de pièces dans le quartier, exclus de la comparaison uniquement en raison de leur système de chauffage).

4. Congé donné en vue de vastes travaux d'assainissement

127. La résiliation du bail en vue de *vastes travaux d'assainissement* de l'objet loué ne contrevient pas aux règles de la bonne foi. Il en va ainsi même si le

locataire se dit prêt à rester dans l'appartement durant les travaux et à s'accommoder des inconvénients qui en résultent, car sa présence entraînera en règle générale des complications, des coûts supplémentaires ou une prolongation de la durée des travaux. La résiliation est contestable uniquement s'il apparaît que la présence du locataire ne compliquera pas les travaux, ou seulement de manière insignifiante, par exemple en cas de réfection des peintures ou en cas de travaux extérieurs tels qu'une rénovation de façade ou un agrandissement de balcon. La décision sur la nature et l'étendue de la rénovation est en principe l'affaire exclusive du propriétaire (ATF 140 III 496, cons. 4.1, rés. DB 2014 no 16, p. 31 note P.C. ; TF 4A_503/2013 du 5 mars 2014, cons. 4.2, SJ 2014 I 405, rés. DB 2014 no 17, p. 33 note P.C. ; ATF 135 III 112, cons. 4.2).

128. En règle générale, le bailleur est en droit d'entretenir et d'améliorer l'état de son immeuble comme bon lui semble et de procéder à des travaux d'entretien ou de rénovation même s'ils ne sont pas urgents ou absolument nécessaires (TF 4A_126/2012 du 3 août 2012, cons. 1, in CdB 2012, p. 109). La volonté déclarée d'entreprendre des travaux qui ne sont objectivement pas nécessaires peut éventuellement être l'un des indices que le motif invoqué n'est pas le vrai motif. Mais il appartient alors au locataire de l'alléguer et de le démontrer – cas échéant avec la collaboration du bailleur (TF 4A_503/2013 du 5 mars 2014, cons. 4.3, SJ 2014 I 405, rés. DB 2014 no 17, p. 33 note P.C.).
129. Ne contrevient ainsi pas aux règles de la bonne foi la résiliation du bail en vue de travaux d'entretien et de rénovation somptuaires, à tout le moins lorsque le logement n'est pas protégé dans le cadre de la LDTR (loi cantonale vaudoise du 4 mars 1985 concernant la démolition, la transformation et la rénovation de maisons d'habitation, ainsi que l'utilisation de logements à d'autres fins que l'habitation ; RSV 840.15) (CACI 29 octobre 2012/499 cons.4).
130. Si le locataire quitte les lieux durant les travaux pour ne réintégrer l'appartement qu'une fois les travaux terminés, la réalisation des travaux n'est pas rendue plus compliquée ; dans une telle situation, la question d'un congé abusif peut se poser. Mais il convient de se référer à la situation prévalant au moment du congé pour déterminer s'il est abusif (ATF 138 III 59, cons. 2.1, JdT 2014 II 418). Un congé abusif ne se conçoit dès lors que si le bailleur a résilié le contrat alors qu'il avait la garantie que le moment

venu, le locataire irait se loger ailleurs le temps que les travaux soient terminés. Il faut d'une part que le locataire ait pris l'engagement avant la résiliation ; un engagement ultérieur ne saurait *a posteriori* transformer un congé licite en un congé abusif. Il faut d'autre part que l'engagement soit sérieux ; on ne saurait exiger du bailleur qu'il renonce à mettre fin au contrat de bail sur la base de vagues promesses du locataire, sauf à rendre illusoire la possibilité de résilier le bail en vue de procéder à des travaux importants (TF 4A_126/2012 du 3 août 2012, cons. 4.2, in CdB 2012, p. 109 ; TF 4A_503/2013 du 5 mars 2014, cons. 4.2, rés. DB 2014 no 17, p. 33 note P.C.). A cet égard, les règles de la bonne foi ne commandent pas au bailleur d'annoncer à l'avance un congé au locataire, ni ensuite d'attendre que celui-ci ait pu trouver une solution pour se reloger. Par ailleurs, la consultation préalable du locataire prévue par le droit cantonal – en particulier la législation sur les démolitions, transformations et rénovations de maisons d'habitation – n'est pas une condition de validité du congé motivé par des travaux de rénovation (TF 4A_503/2013 du 5 mars 2014, cons. 4.3, SJ 2014 I 405, rés. DB 2014 no 17, p. 33 note P.C.).

131. La validité du congé suppose qu'au moment de la résiliation du bail, le bailleur dispose d'un *projet suffisamment mûr et élaboré* pour pouvoir constater concrètement que la présence du locataire entraverait les travaux. A elle seule, la ferme intention générale de transformer et rénover les immeubles ne suffit pas (ATF 140 III 496, cons. 4.2.2, rés. DB 2014 no 16, p. 31 note P.C. ; TF 4A_391/2014 du 29 octobre 2014, cons. 2).
132. Il n'y a pas de projet suffisamment élaboré lorsque le seul acte accompli avant la résiliation des baux en vue d'une restructuration des étages était une visite du bâtiment par la gérance (ATF 140 III 496, rés. DB 2014 no 16, p. 31 note P.C.). En revanche, un projet suffisamment élaboré a été retenu dans un cas où le bailleur disposait d'un rapport d'architecte préconisant une importante rénovation comportant l'isolation du bâtiment, la refonte des éléments techniques des installations de chauffage, sanitaires et électriques ainsi que la réfection des façades, travaux dont il estimait le coût à 400 ou 500 francs le mètre cube, et ayant requis des devis avant la résiliation (TF 4A_583/2014 du 23 janvier 2015, cons. 2.1.2).
133. Antérieurement, le Tribunal fédéral avait retenu qu'au vu des travaux comparables faits dans d'autres appartements, il n'était pas arbitraire de

retenir que le bailleur avait la réelle intention d'effectuer les travaux motivant la résiliation litigieuse, même en l'absence de devis spécifique (TF 4A_126/2012 du 3 août 2012, cons. 2.4, in CdB 2012, p. 109 ; jurisprudence probablement dépassée).

134. Le locataire doit pouvoir apprécier l'importance des travaux envisagés et déterminer s'ils nécessitent que le bâtiment ou les locaux en cause soient vidés de leurs occupants ; le congé est annulable si cette appréciation est impossible faute de renseignements suffisants. Le locataire a le droit d'obtenir du bailleur une *motivation* qui lui permette d'apprécier ses chances de contester le congé avec succès ; il doit notamment recevoir, en cas de projet de transformation, des informations suffisamment précises pour qu'il puisse évaluer la réalité des intentions du bailleur et la gêne que sa présence entraînerait dans l'exécution des travaux (ATF 140 III 496, cons. 4.2.2, rés. 2014 no 16, p. 31 note P.C., cf. Conod, congé rénovation, Newsletter Bail.ch octobre 2014 ; TF 4A_301/2014 du 29 octobre 2014, cons. 2 ; TF 4A_619/2014 du 25 juin 2015, cons. 4, CdB 2015, p. 97, note Grand-Pierre, rés. DB 2015 no 17, p. 38 note P.D.-M.). Cette exigence de motivation et le caractère concret du projet au moment de la résiliation vaut même si la durée de résiliation du bail est longue (ATF 142 III 91 cons. 3.2.2 : en l'espèce deux ans ; cf. Bohnet/Jeannin, Résiliation d'un bail de longue durée en cas de projet de rénovation, Newsletter Bail.ch mars 2016).
135. Il suffit à cet égard que le locataire, par ses échanges de correspondance avec le bailleur dès avant la notification du congé, soit en mesure d'apprécier l'importance des travaux envisagés et de déterminer qu'ils nécessitent que l'appartement qu'il occupe soit vidé (CACI 22 septembre 2015/495).
136. Le locataire d'un immeuble ancien qui n'a pas subi de transformations depuis de très nombreuses années, voire même depuis sa construction, est à même de percevoir le genre de travaux à effectuer et leur intensité (TF 4A_583/2014 du 23 janvier 2015, cons. 2.1.2, qui pourrait être dépassé par les arrêts postérieurs).
137. L'annonce d'une « rénovation complète afin d'élever l'appartement aux standards actuels » est trop générale ; à elle seule, elle ne permet pas au locataire d'apprécier s'il existe réellement un projet de travaux ou si cette annonce n'est au contraire qu'un simple prétexte destiné à dissimuler un

congé-représailles ou un congé-contrainte. Une pareille annonce, sans aucune description concrète des travaux planifiés, ne met pas non plus le locataire en mesure d'évaluer objectivement les difficultés que sa présence entraînerait dans l'exécution des travaux. Le congé donné dans ces conditions est contraire à la bonne foi (TF 4A_619/2014 du 25 juin 2015, cons. 5, CdB 2015, p. 97, note Grand-Pierre, rés. DB 2015 no 17, p. 38 note P.D.-M.). Il en va de même d'une référence, dans la lettre de résiliation, à une rénovation complète et à un concours d'architecture en cours (ATF 142 III 91 cons. 3.2.2).

138. L'art. 271 CO ne subordonne pas la validité du congé à l'obtention des *autorisations administratives* nécessaires, ni même au dépôt des pièces permettant de prononcer l'autorisation. Lorsque le congé est motivé par une volonté réelle d'effectuer de lourds travaux de rénovation dont la nécessité est établie, il incombe au locataire de prouver que le bailleur se heurtera de façon certaine à un refus d'autorisation de la part des autorités administratives compétentes, respectivement de démontrer que le projet est objectivement impossible. A défaut, le congé est conforme à la bonne foi (ATF 140 III 496, cons. 4.1, rés. DB 2014 no 16, p. 31 note P.C.). Il ne suffit donc pas d'une probabilité non négligeable de voir l'autorisation administrative refusée pour retenir un congé abusif.
139. Le problème se pose ainsi de la façon suivante :
- soit le motif de congé invoqué est bien réel, auquel cas le locataire doit rapporter la preuve que le projet se heurtera de façon certaine au refus des autorités administratives. S'il échoue dans cette preuve, le congé doit être considéré comme conforme à la bonne foi ;
 - soit le motif invoqué n'est qu'un prétexte, ce qui appelle en principe la conclusion que le congé est abusif. Un pronostic défavorable quant à la faisabilité du projet peut être l'un des indices que le motif invoqué n'est qu'un prétexte (TF 4A_726/2012 du 30 avril 2013, cons. 1.2 et 1.4, rés. DB 2013 no 15, p. 31 note C.A. ; cf Carole Aubert, Congé motivé par une volonté de changer l'affectation de locaux commerciaux – conditions de validité, Newsletter Bail.ch juin 2013).
140. La législation vaudoise accorde un important pouvoir d'appréciation à l'administration pour autoriser des projets. En règle générale, il ne devrait donc guère être possible de prédire que l'administration, de toute évidence,

refusera une autorisation au sens de la LDTR/VD (ATF 140 III 496, cons. 4.2.1 ; TF 4A_583/2014 du 23 janvier 2015, cons. 2.2.1).

141. Il n'est pas possible de déduire de nombreuses oppositions formulées contre la mise à l'enquête ou encore d'un préavis négatif de l'office des constructions qui laissait la possibilité au bailleur – qui l'a fait ultérieurement – de corriger son dossier, qu'un projet de rénovation lourde se heurtera de façon certaine au refus des autorités (CACI 28 octobre 2013/557).
142. Lorsqu'il a un projet de rénovation complet, le bailleur a un intérêt évident à résilier au plus vite, notamment en raison de la durée prévisible des procédures en contestation de la résiliation et en prolongation de bail. Le locataire a un intérêt diamétralement opposé. Le Tribunal fédéral déplace, au gré de ses arrêts, le curseur entre ces intérêts et tend à le fixer, dans ses derniers arrêts, en faveur du locataire, le motif étant admis de manière de plus en plus restrictive.
143. En l'état de la jurisprudence, il faut ainsi constater qu'il ne suffit pas que le bailleur établisse son intention réelle d'effectuer de vastes travaux d'assainissement, ce qui serait conforme aux règles générales. Il faut encore qu'il dispose, au moment de la résiliation d'un projet suffisamment élaboré et que l'information y relative soit communiquée suffisamment à temps pour que le locataire puisse apprécier ses chances de contester valablement le congé. En revanche, il n'est pas exigé du bailleur qu'il ait obtenu les autorisations administratives nécessaires, ni même déposé les pièces y relatives et il appartient au locataire de prouver que le projet est objectivement impossible, preuve qu'il est très difficile de rapporter.
144. La dernière jurisprudence oblige le bailleur à motiver son congé de manière exhaustive immédiatement au moment de la résiliation – quand bien même la loi ne prévoit une obligation de motivation que si le locataire le requiert, art. 271 al. 2 CO – et empêche de tenir compte de faits postérieurs à la résiliation pour évaluer l'intention réelle du bailleur, là encore à l'encontre de la règle générale. Le débat risque fort de se déplacer de l'examen matériel de la réalité du projet à un examen formel du caractère suffisant de l'information donnée par le bailleur au moment de la résiliation et l'on ne peut qu'être frappé par les réponses différentes données sur ce point par les deux derniers arrêts TF 4_583/2014 du 23 janvier 2015 et TF 4A_619/2014 du 25 juin 2015, le second étant

clairement plus sévère que le premier. Cette évolution participe d'une évolution sociétale lourde, évidente en droit du bail, où le débat se déplace de la réalisation de conditions matérielles à celle de conditions formelles, mais qui se retrouve dans d'autres domaines : ainsi, en responsabilité médicale, l'angle d'« attaque » du lésé est souvent déplacé de la violation des règles de l'art à la violation du devoir d'information.

145. Qu'il nous soit permis d'observer que la jurisprudence tend à interpréter de plus en plus largement la notion d'abus de droit et de disproportion manifeste des intérêts pour procéder en réalité à un examen des intérêts en présence (tout en s'en défendant) dans un domaine certes politiquement sensible, mais où l'on pourrait attendre du législateur qu'il fixe des contours plus précis ou donne clairement la latitude au juge de procéder à une balance des intérêts pertinents. On éviterait des arrêts forts discutables où le juge dicte à un bailleur sa politique d'exploitation, en considérant que ce dernier n'a pas d'intérêt à résilier pour remplacer un exploitant par un autre qui y créerait un établissement public d'un standing plus élevé, sans qu'il puisse en obtenir un loyer plus élevé, dès lors qu'il n'est pas établi que le quartier industriel où se situent les locaux loués aurait changé de caractère depuis le début du bail (TF 4A_529/2014 du 23 janvier 2015, cons. 3).

5. Congé donné pour des motifs économiques

146. Un congé donné par le bailleur pour des *motifs économiques*, c'est-à-dire en vue d'en tirer un profit, est en principe valable, l'ordre juridique suisse permettant à chacune des parties, sous réserve de dispositions particulières, d'optimiser sa situation économique (TF 4A_484/2012 du 28 février 2013, cons. 2.3.1). Le fait que la bailleuse se livre à la spéculation immobilière, et cherche, en récupérant l'objet loué, à faciliter une vente et à réaliser d'importants profits entre l'achat et la vente des appartements n'est pas contraire à la bonne foi (TF 4A_484/2012 du 28 février 2013, cons. 2.3.1).
147. N'est de même pas contraire à la bonne foi le congé donné en vue de vendre l'appartement afin d'obtenir des liquidités (CREC I 23 septembre 2011/248).

Dans un arrêt récent, qui recense la casuistique, le Tribunal fédéral a souligné qu'il n'a pas établi de règle abstraite pour le cas où la résiliation

est donnée en vue d'en tirer un meilleur profit lors de la vente. Il n'a pas retenu que tout appartement sans occupant se vendrait plus cher, mais a recherché dans chaque cas particulier si, au vu des faits constatés par l'instance cantonale, un abus de droit était réalisé ou non; il est précisé que, dans le cadre de cet examen, il n'y a en principe pas lieu de procéder à la pesée des intérêts du bailleur et du locataire. Le juge peut toutefois examiner s'il existe une disproportion évidente entre les intérêts en présence, soit ceux purement financiers du bailleur et le problème particulièrement pénible sur le plan humain causé au locataire par la résiliation, puisqu'il s'agit là d'un cas d'abus de droit pouvant entrer en ligne de compte (TF 4A_475/2015 du 19 mai 2016, cons. 4.4).

Lorsque l'intention du propriétaire de vendre à de meilleures conditions est établie, l'éventualité que l'acquéreur veuille relouer plus cher n'est pas décisive, dès lors qu'il s'agit uniquement de savoir si le bailleur peut vendre son bien à un meilleur prix sans occupant (TF 4A_475/2015 du 19 mai 2016, cons. 5.1.2). De même, il n'y a pas lieu d'admettre un abus de droit de manière abstraite chaque fois que le propriétaire résilie pour vendre son immeuble à de meilleures conditions et que l'acquéreur n'entend pas l'occuper lui-même, mais veut seulement le relouer (TF 4A_475/2015 du 19 mai 2016, cons. 5.2.3.2), le cas d'une disproportion manifeste des intérêts étant réservé (TF 4A_475/2015 du 19 mai 2016, cons. 6 : pas de disproportion manifeste dans le cas d'un locataire ayant des ressources modestes, mais n'ayant pas de problème de santé, bien qu'ayant atteint l'âge de la retraite).

148. La résiliation du bail pour l'échéance en vue de vendre le bien immobilier qui en est l'objet dans de meilleures conditions parce que libre de locataire n'est pas contraire aux règles de la bonne foi (TF 4A_300/2010 du 2 septembre 2010, cons. 4.2. et les références). C'est ainsi que le bailleur peut résilier le bail en vue de transformer un immeuble en PPE. La validité du congé signifié dans ce but ne dépend pas de l'existence des autorisations administratives nécessaires selon la LAAL (loi cantonale vaudoise du 11 décembre 1989 concernant l'aliénation d'appartements loués ; RS 840.13). Ce n'est que si le projet du bailleur s'avère catégoriquement exclu, notamment s'il est certain qu'il se heurtera à un refus d'autorisation de la part des autorisations administratives compétentes – ce qu'il incombe au locataire de prouver – que le besoin du bailleur de récupérer les locaux

loués peut être assimilé à un prétexte mensonger et qu'il devra être annulé en raison de son caractère abusif (CACI 7 janvier 2013/1).

149. Le but protecteur de l'art. 271 CO ne prive pas le propriétaire d'un immeuble de haut standing de tirer profit de son bien immobilier en le revendant à de meilleures conditions. A ce stade, il n'y a pas lieu de se demander quel montant de loyer serait nécessaire pour rentabiliser le prix de vente et si un tel loyer serait abusif. C'est dans le cadre d'une contestation de loyer qu'un futur locataire pourrait se prévaloir du caractère excessif du prix d'acquisition (CACI 7 janvier 2013/2 qui est dans la ligne de l'arrêt 4A_484/2012 du 28 février 2013, cons. 2.3.1, de peu postérieur).
150. Le fait que l'autorité administrative ait autorisé la vente de l'appartement loué à la condition que le bail en cours avec le locataire soit repris va au-delà de ce qui est nécessaire à la conservation du parc immobilier, l'autorité administrative ne pouvant limiter le droit de bailleur de résilier un bail particulier. La condition posée par l'autorité administrative n'a dès lors pas de portée propre ; elle n'est pas susceptible de conférer une protection contre la résiliation du bail qui soit plus large que celle offerte par le droit fédéral (TF 4A_461/2014 du 23 février 2015, cons. 1).
151. Le bailleur peut légitimement vouloir *démolir les locaux loués*, ce qui suppose leur restitution par le locataire, en vue d'en reconstruire d'autres dont la valeur sera plus importante. Le congé est toutefois abusif lorsque le projet du bailleur ne présente pas de réalité tangible ou apparaît objectivement impossible, notamment parce qu'il est de toute évidence incompatible avec les règles du droit administratif applicable et que le bailleur n'obtiendra donc pas les autorisations nécessaires ; la preuve de l'impossibilité objective incombe alors au locataire (TF 4A_503/2013 du 5 mars 2014, cons. 4.2, SJ 2014 I 405, rés. DB 2014 no 17, p. 33 note P.C. ; TF 4A_726/2012 du 30 avril 2013, cons. 1.2, rés. DB 2013 no 15 note C.A. ; voir aussi ATF 136 III 190, cons. 4). La validité du congé ne suppose pas que le bailleur ait déjà obtenu ces autorisations, ni même qu'il ait déjà déposé les documents dont elles dépendent (TF 4A_726/2012 déjà cité ; TF 4A_210/2014 du 17 juillet 2014, cons. 3.1).
152. Le souhait du bailleur de voir son arcade réellement exploitée est un intérêt digne de protection justifiant une résiliation ordinaire (TF 4A_255/2012 du 20 juillet 2012, cons. 2.2.1, rés. JdT 2013 II 134).

153. Le bailleur est en principe libre de *changer l'affectation de sa chose* après l'expiration du bail. Le souhait du bailleur de récupérer sa chose pour y promouvoir ses activités commerciales n'est pas contraire à la bonne foi (TF 4A_167/2012 du 2 août 2012, cons. 2.2, rés. JdT 2013 II 134 ; TF 4A_726/2012 du 30 avril 2013, cons. 1.2, rés. DB 2013 no 25, p. 31 note C.A.).
154. Il n'est pas contraire à la bonne foi de résilier le bail d'un appartement dont l'utilisation est devenue incompatible, à cause des nuisances occasionnées, avec un autre usage de l'immeuble que le bailleur (en l'espèce une commune) entend favoriser (activités sociales d'une salle communale) (TF 4A_643/2010 du 24 février 2011, cons. 3).
155. N'est pas contraire à la bonne foi le congé qui a pour fin de permettre à la bailleuse de reprendre la libre disposition des locaux commerciaux (jusqu'ici utilisés pour un cabinet médical), de les rénover, puis de les relouer au locataire qu'elle aura choisi (TF 4A_22/2015 du 11 mai 2015, cons. 3.2).
156. Est en revanche abusif le congé donné pour remplacer un exploitant par un autre qui y créerait un établissement public d'un standing plus élevé, sans qu'il puisse en obtenir un loyer plus élevé, dès lors qu'il n'est pas établi que le quartier industriel où se situent les locaux loués aurait changé de caractère depuis le début du bail. Il n'y a pas d'intérêt suffisamment concret et sérieux pour la résiliation (TF 4A_529/2014 du 23 janvier 2015, cons. 3 ; arrêt qui paraît discutable, cf. *supra* ch. 145).
157. Il est en principe licite de résilier un bail afin d'obtenir d'un nouveau locataire un *loyer plus élevé* que celui versé par l'actuel occupant des lieux. Toutefois, le congé ne doit pas servir de prétexte à la poursuite d'un but illicite : il faut donc que le bailleur soit en droit d'exiger un loyer supérieur à celui payé par le preneur congédié. La résiliation est annulable si l'application de la méthode de calcul absolue permet d'exclure que le bailleur puisse majorer légalement le loyer, parce que celui-ci est déjà conforme aux loyers usuels dans le quartier, respectivement parce qu'il lui procure déjà un rendement suffisant (ATF 136 III 74, cons. 2.1 ; ATF 120 II 105, cons. 3b/bb ; TF 4A_58/2013 du 6 mai 2013, cons. 3.1 ; TF 4A_397/2013 du 11 février 2014, cons. 3.5.1). Est abusif le congé donné par un bailleur qui ne dispose que d'une réserve de hausse insignifiante, mais en fait néanmoins usage afin de se débarrasser d'un

locataire qui ne lui convient plus. Une réserve de hausse de CHF 75.- par année est insignifiante (TF 4A_211/2015 du 8 décembre 2015, cons. 2 et 5).

158. Le bailleur ne saurait se soustraire à cette jurisprudence, même dans les cas où le locataire congédié a hérité du bail contracté par un défunt parent plusieurs décennies auparavant (TF 4A_397/2013 du 11 février 2014, cons. 3.5.2). A cet égard, le bailleur doit collaborer à la manifestation de la vérité en produisant les pièces nécessaires pour le calcul de rendement ; à défaut, le juge peut généralement déduire sans arbitraire que le bailleur n'avait pas de motif de congé valable (TF 4A_397/2013 du 11 février 2014, cons. 4.2).
159. Lorsque le locataire n'emploie pas lui-même les locaux loués et en cède l'usage sur le marché locatif, à la manière d'un propriétaire qui rentabilise son bien autrement qu'en l'utilisant personnellement, le projet du bailleur de relouer les locaux et de profiter directement de leur valeur locative complète, sans la partager avec un intermédiaire, est un motif compatible avec l'art. 271 al. 1 CO. Il importe donc peu que le bailleur n'ait peut-être pas voulu entrer en pourparlers avec le locataire sur une augmentation de loyer (TF 4A_8/2016 du 16 février 2016, cons. 2.2).

6. Congé donné en raison des besoins du bailleur

160. La résiliation motivée par le *besoin du bailleur* ou de ses proches parents d'occuper eux-mêmes l'appartement loué n'est en principe pas contraire aux règles de la bonne foi (TF 4C.411/2006 du 9 février 2007, cons. 2.1, in MRA 2007, p. 45). Dans un litige portant sur la prolongation d'un bail, qui implique de procéder à une pesée des intérêts en présence, le Tribunal fédéral a souligné en *obiter dictum* que l'intérêt d'une bailleuse, lorsqu'il s'agit d'une personne morale, se concentre dans la réalisation de son but social ; si elle invoque le désir de son actionnaire de loger lui-même dans les locaux, elle se heurte à l'objection que l'actionnaire est juridiquement une personne distincte de la société (TF 4C.139/2000 du 10 juillet 2000, cons. 2b, cité dans l'ATF 132 III 737, cons. 3.4.3). La question de la validité d'une résiliation qui serait réellement destinée à permettre l'installation d'une personne présentant par exemple des liens économiques ou d'affaires avec la société détenant l'entier du capital-actions de la

bailleresse a été laissée ouverte (TF 4A_431/2013 du 10 janvier 2014, cons. 3.2, rés. DB 2014 no 15, p. 29 note M.M.).

7. Congé donné en raison d'une sous-location non autorisée

161. En cas de *sous-location* (totale) non autorisée (absence de consentement du bailleur), celui-ci peut valablement résilier le bail s'il était en droit de refuser son consentement. Les cas dans lesquels il dispose de ce droit, énumérés de manière exhaustive à l'art. 262 al. 2 CO, sont les suivants : lorsque le locataire refuse de lui communiquer les conditions de la sous-location (a), lorsque les conditions de la sous-location, comparées à celles du contrat de bail, sont abusives (b), et lorsque la sous-location présente pour le bailleur des inconvénients majeurs (c).
162. La résiliation ordinaire est également valable si le simple fait de ne pas requérir le consentement préalable du bailleur à la sous-location est de nature à anéantir le lien de confiance qui lie le bailleur au locataire ; en effet, le congé ordinaire donné comme sanction de ce fait n'est pas contraire aux règles de la bonne foi, et cela même si le bailleur a toléré la situation pendant un certain temps (ATF 138 III 59, cons. 2.2.2 et, cons. 3, JdT 2014 II 418 ; cf. ATF 134 III 446, cons. 2.2 ; TF 4A_290/2015 du 9 septembre 2015, cons. 4.3.1, cf. Pascal Jeannin, *Sous-location : silence du bailleur et abus de droit du locataire*, Newsletter Bail.ch décembre 2015).
163. A ces cas s'ajoute l'interdiction générale de l'abus de droit au sens de l'art. 2 al. 2 CC : en effet, lorsque le locataire abuse de son droit à la sous-location, il ne saurait être protégé et il faut raisonner comme si son droit n'existait pas (ATF 134 III 446, cons. 2.4., p. 450 ; TF 4A_367/2010 du 4 octobre 2010, cons. 2.1). Selon la jurisprudence, la sous-location est en principe conçue pour le cas où le locataire n'a temporairement plus l'usage de la chose louée – par exemple en raison d'un stage professionnel ou d'études dans un autre lieu – ; il le remet alors provisoirement à un tiers pour se décharger, d'un point de vue économique, du fardeau du loyer le temps de son absence (ATF 138 III 59, cons. 2.2.1, JdT 2014 II 418). Il y a abus de droit si le locataire a perdu toute idée de reprendre dans un avenir prévisible l'usage de la chose louée et qu'il a procédé en réalité à une substitution de locataires, ce qui est un but étranger à l'institution même de la sous-location (ATF 138 III 59, cons. 2.2.1, JdT 2014 II 418 ; ATF 134

III 446, cons. 2.4.). Certes, un locataire qui quitte un logement peut penser avoir un jour un intérêt à revenir dans les locaux qu'il abandonne. Surtout en période de pénurie de logements, il peut avoir un intérêt à garder un certain droit sur les locaux. Toutefois, on ne saurait admettre que la sous-location soit dénaturée et conduite à éluder les conditions d'un transfert du bail. Le juge doit donc se montrer relativement strict dans l'examen de l'intention, qui doit résulter d'un besoin légitime et clairement perceptible (TF 4A_367/2010 du 4 octobre 2010, cons. 2.1 *in fine*, in CdB 2011, p. 15), du locataire de réintégrer les locaux loués. La vague possibilité de réintégrer peut-être un jour soi-même l'objet loué ne suffit pas à justifier une sous-location (ATF 138 III 59, cons. 2.2.1, JdT 2014 II 418 ; TF 4A_290/2015 du 9 septembre 2015, cons. 4.3.1). L'intention de réintégrer les locaux loués dans un avenir prévisible doit exister au moment où le congé est notifié (TF 4A_705/2014 du 8 mai 2015, cons. 4.3.3). La locataire qui utilise quatre à six semaines par an l'appartement loué dont le coût est essentiellement supporté par une tierce personne, alors que sa fille dispose de surcroît d'un pied-à-terre dans la même ville, abuse de son droit à la sous-location pour conserver la mainmise sur un appartement au loyer manifestement avantageux, en prévision d'un très aléatoire retour en Suisse (TF 4A_556/2015 du 3 mai 2016, cons. 3.5).

164. Si le bailleur a donné son consentement, il ne peut plus se prévaloir par la suite des motifs de refus (art. 262 al. 2 CO) qu'il connaissait ou devait connaître au moment d'autoriser la sous-location (totale). Dès lors, c'est à bon droit que le locataire exerce son droit de sous-louer et le congé, qui repose sur ce motif, est en principe annulable. Il reste toutefois au bailleur la possibilité de se prévaloir de l'interdiction générale de l'abus de droit. Ainsi, lorsque le bailleur consent à une sous-location de durée indéterminée, on ne saurait en inférer qu'il l'accepte *ad vitam aeternam*. A cet égard, l'écoulement du temps (depuis le jour où le bailleur a donné son consentement) joue un rôle et il doit, entre autres éléments, être pris en compte pour déterminer s'il convient de mettre en oeuvre l'interdiction de l'abus de droit, notamment dans le cas où le locataire aurait un intérêt insuffisant à l'exercice de son droit (cf. ATF 138 III 59, cons. 2.2 ; TF 4A_290/2015 du 9 septembre 2015, cons. 4.3.2, cf. Pascal Jeannin, Sous-location : silence du bailleur et abus de droit du locataire, Newsletter Bail.ch décembre 2015). Si le locataire, ayant quitté l'objet sous-loué ne le regagne pas après l'écoulement de son temps d'absence temporaire

légitime, la sous-location autorisée pour une durée indéterminée perd son caractère licite ; à noter qu'elle est d'emblée illicite si dès la conclusion du contrat de sous-location, le locataire n'a pas l'intention de retourner plus tard dans l'objet loué (TF 4A_316/2015 du 9 octobre 2015, SJ 2016 I 133).

165. Lorsque la sous-location totale dure depuis plus d'un quart de siècle et que le locataire a quitté la Suisse il y a dix ans, sans aucune intention d'y revenir, une résiliation ordinaire du bail ne saurait contrevenir aux règles de la bonne foi en raison d'une autorisation de sous-louer de durée indéterminée (TF 4A_316/2015 du 9 octobre 2015, cons. 2, SJ 2016).
166. Dans le deuxième cas de figure (sous-location partielle), il faut encore distinguer selon que le locataire principal utilise les locaux ou qu'il ne les utilise plus. Dans la première hypothèse (le locataire utilise les locaux), si le locataire a obtenu le consentement du bailleur à une sous-location (partielle) d'une durée indéterminée, on voit mal que ce dernier puisse se prévaloir de l'abus de droit (et notamment de l'absence d'intérêt du locataire), puisque celui-ci est toujours dans les locaux ; le bailleur ne peut donc pas résilier le bail au motif d'une sous-location non autorisée. Dès lors, s'il entend revenir sur son consentement, le bailleur doit impérativement agir selon les règles de procédure de l'art. 269d CO (ATF 125 III 62, cons. 2b). En effet, le consentement donné par le bailleur a étendu les facultés accordées au locataire par le contrat de bail conclu initialement. Si le bailleur entend par la suite retirer son consentement, il doit le notifier au locataire en utilisant la formule officielle, conformément à l'art. 269d al. 3 CO, car il s'agit alors de modifier l'usage convenu, en retirant au locataire la possibilité de sous-louer (ATF 125 III 62, cons. 2b). Plus précisément, c'est parce que cette modification du contrat de bail affecte le rapport d'échange des prestations des deux parties (bailleur et locataire) qu'elle entre dans le large champ d'application de l'art. 269d CO (ATF 125 III 231, cons. 3b). Il en résulte que, si le bailleur n'a pas effectué la notification correspondante en utilisant la formule officielle, la résiliation du bail pour cause de sous-location contrevient aux règles de la bonne foi et doit être annulée (TF 4A_290/2015 du 9 septembre 2015, cons. 4.4.1, cf. Pascal Jeannin, Sous-location : silence du bailleur et abus de droit du locataire, Newsletter Bail.ch décembre 2015).
167. Si, par contre, le locataire n'a pas obtenu le consentement du bailleur, il convient de raisonner comme en cas de sous-location totale : il faut

déterminer si le bailleur était en droit de refuser son consentement (trois situations mentionnées exhaustivement à l'art. 262 al. 2 CO) ou si le fait de n'avoir pas requis le consentement du bailleur légitimait, en soi, la résiliation (rupture du lien de confiance). A ces cas s'ajoute l'interdiction générale de l'abus de droit au sens de l'art. 2 al. 2 CC (TF 4A_290/2015 du 9 septembre 2015, cons. 4.4.1, cf. Pascal Jeannin, Sous-location : silence du bailleur et abus de droit du locataire, Newsletter Bail.ch décembre 2015).

168. La même solution s'impose lorsque le locataire n'utilise plus les locaux et qu'il n'a pas obtenu le consentement du bailleur pour la sous-location (TF 4A_290/2015 du 9 septembre 2015, cons. 4.4.2, cf. Pascal Jeannin, Sous-location : silence du bailleur et abus de droit du locataire, Newsletter Bail.ch décembre 2015).
169. Si le locataire n'utilise plus les locaux, mais qu'il avait obtenu le consentement du bailleur pour la sous-location, celui-ci peut toujours se prévaloir de l'interdiction générale de l'abus de droit (TF 4A_290/2015 du 9 septembre 2015, cons. 4.4.3, cf. Pascal Jeannin, Sous-location : silence du bailleur et abus de droit du locataire, Newsletter Bail.ch décembre 2015).
170. Lorsque le locataire a requis par écrit le consentement du bailleur pour une sous-location partielle de onze mois, renouvelable, de son appartement et que le bailleur ne se manifeste pas, il y a lieu de considérer, selon la méthode d'interprétation objective de la volonté des parties, qu'il a consenti à une sous-location de durée indéterminée, et non seulement à une sous-location de durée déterminée de onze mois. Pour mettre un terme à la sous-location dans cette situation, le bailleur doit passer par une modification du contrat selon l'art. 269d al. 3 CO. Une résiliation pour sous-location non autorisée contrevient aux règles de la bonne foi et est abusive (TF 4A_290/2015 du 9 septembre 2015, cons. 5.2 et 5.3, cf. Pascal Jeannin, Sous-location : silence du bailleur et abus de droit du locataire, Newsletter Bail.ch décembre 2015).
171. Il n'y a pas de rapport juridique entre le bailleur principal et le sous-locataire ; sous réserve d'un bail principal fictif (cf. art. 273b al. 2 CO), le sous-locataire ne peut donc pas contester la résiliation du bail principal. De son côté, le locataire, pour contester la résiliation du bail principal, ne peut

pas se prévaloir de conséquences pénibles pour son sous-locataire (TF 4A_366/2012 du 3 septembre 2012, cons. 2.1).

172. S'agissant des cas où une sous-location non autorisée permet au bailleur une résiliation extraordinaire, cf. *supra* no 61-62 et 67 ss.

8. Divers autres cas de congé contraire à la bonne foi

173. Celui qui agit pendant le délai de prescription peut difficilement se voir reprocher d'agir contrairement aux règles de la bonne foi. Ainsi, le fait de réclamer un loyer ancien impayé dans le délai précité et de résilier ensuite, le cas échéant, le bail conformément à l'art. 257d al. 2 CO, n'est pas constitutif d'un comportement contrevenant aux règles de la bonne foi (TF 4A_347/2012 du 5 novembre 2012, cons. 2.2, in CdB 2013, p. 48).
174. En règle générale, un congé pertinemment fondé sur l'art. 266g al. 1 CO ne peut guère se révéler contraire aux règles de la bonne foi aux termes de l'art. 271 al. 1 CO. Il ressort néanmoins de l'art. 271a al. 3 let. e CO, relatif aux rapports entre le congé extraordinaire fondé sur l'art. 266g al. 1 CO et les cas d'annulation spécifiques énumérés par l'art. 271a al. 1 CO, que la protection concernée n'est pas d'emblée ni par principe refusée au destinataire d'un pareil congé (TF 4A_586/2012 du 23 septembre 2013, cons. 4, CdB 2014, p. 12, rés. DB 2013 no 9, p. 23).
175. N'est pas contraire à la bonne foi le congé ordinaire donné alors les locataires avaient refusé d'apporter une coopération pourtant usuelle dans une relation contractuelle normale et même fait obstruction aux requêtes de la bailleresse. La conclusion serait différente si les exigences de la bailleresse avaient été inadmissibles ou même chicanières (TF 4A_155/2013 du 21 octobre 2013, cons. 2.6.1, SJ 2014 I 93). Ainsi n'est pas contraire à la bonne foi le congé donné après que les locataires n'ont donné aucune suite à la requête du bailleur leur demandant un extrait de leur jugement de divorce et n'ont donné suite qu'après deux interpellations à une requête d'enlèvement d'une antenne parabolique (TF 4A_155/2013 du 21 octobre 2013, cons. 2.6, SJ 2014 I 93).
176. N'est pas contraire à la bonne foi le congé donné pour mettre fin à des querelles incessantes entre locataires du même immeuble, le souhait de rétablir la paix dans l'immeuble étant une aspiration légitime. Il était en outre défendable de résilier le bail du locataire dont il y avait des raisons

sérieuses de penser qu'il était à l'origine de la situation conflictuelle plutôt que celui du voisin, qui était locataire de longue date (TF 4A_735/2011 du 16 janvier 2012, cons. 2.4, confirmant CREC I 8 novembre 2011/272).

177. Est disproportionné le congé ordinaire donné par le bailleur en raison de l'encombrement de l'appartement par de nombreux objets et en raison de dégâts causés par un animal, dès lors que le locataire, très âgé et psychologiquement affaibli, avait entièrement remis en état l'appartement après la résiliation. Un tel congé était inutilement rigoureux, le congé extraordinaire étant moins dommageable pour le locataire, compte tenu qu'une sommation était nécessaire et qu'il était possible de mettre fin à la violation du contrat (TF 4A_464/2014 du 21 novembre 2014, cons. 4, CdB 2015, p. 37). Le raisonnement qui consiste à juger la voie du congé ordinaire plus rigoureuse que le congé extraordinaire paraît bien curieux et part de l'a priori que le locataire aurait d'emblée donné suite à la sommation (cf. la note Jacques Ansermet, CdB 2015, p. 40).
178. Est contraire à la bonne foi le congé donné à des locataires âgés de 84 et 78 ans occupant l'appartement depuis 41 ans, sans jamais avoir causé de difficultés, la libération des locaux n'étant pas une condition nécessaire pour que le bailleur puisse engager à demeure un couple chargé de la conciergerie, ce qui était le motif invoqué à l'appui de la résiliation (TF 4A_50/2015 du 19 mai 2015, cons. 2.2).

B. Congé de représailles (art. 271a al. 1 let. a CO)

179. A teneur de l'art. 271a al. 1 let. a CO, le congé est annulable lorsqu'il est donné parce que le locataire fait valoir de bonne foi des prétentions découlant du bail. Cette disposition vise à permettre au locataire d'exprimer librement ses prétentions sans avoir à craindre un congé (TF 4A_656/2010 du 14 février 2011, cons. 4.1). Elle suppose la réunion de trois conditions cumulatives, soit une prétention en relation avec le bail (1), que le locataire fait valoir de bonne foi (2) et qui provoque la résiliation du bail par le bailleur (3). S'agissant du fardeau de la preuve, le locataire doit prouver qu'il a soumis à son cocontractant une prétention dérivant du contrat et rendre à tout le moins hautement vraisemblable qu'il existe un rapport de cause à effet entre sa prétention et la résiliation (TF 4A_656/2010 du 14 février 2011, cons. 4.1 ; TF 4C.155/2000 du 30 août 2000, cons. 2a, in SJ 2001 I 17). Le congé-représailles est d'autant

plus vraisemblable qu'il survient plus rapidement après que le locataire a élevé une prétention (TF 4A_254/2015 du 15 juillet 2015, cons. 2.2, CdB 2015, p. 120). Il est toutefois loisible au bailleur, qui assume le fardeau de la contre-preuve, de démontrer que le motif véritable du congé est autre, auquel cas l'art. 271a al. 1 let. a CO ne trouve pas application (TF 4A_254/2015 du 15 juillet 2015, cons. 2.2, CdB 2015, p. 120 ; TF 4A_656/2010 du 14 février 2011, cons. 4.1 ; TF 4C.59/2007 du 25 avril 2007, cons. 3.3 ; CACI 23 novembre 2012/551). Lorsque, en revanche, le bailleur refuse de motiver le congé – étant précisé que la motivation du congé est obligatoire si l'autre partie la demande (art. 271 al. 2 CO) et que, si le bailleur est lié par les motifs qu'il a donnés avant l'ouverture de la procédure, il peut cependant les compléter ou les expliciter au cours de celle-ci –, tarde à le faire, ou ne parvient pas à prouver le motif du congé, on admettra, avec d'autres indices, le congé de représailles (CACI 20 août 2014/443 ; CACI 22 septembre 2015/495).

180. Il existe une présomption de fait selon laquelle un congé donné quelques jours après l'échéance de la période de protection de l'art. 271a al. 1 let. e CO constitue un congé de représailles, à moins que le bailleur puisse le justifier d'une motivation particulièrement solide et fondée (CACI 26 février 2015/104 : réalité d'un besoin propre douteuse au moment où le congé a été signifié).
181. Ne viole pas l'art. 271a al. 1 let. a CO le congé motivé par les plaintes pénales injustifiées et persistantes du locataire, ainsi que par les propos injurieux et menaçants tenus par ce dernier en audience (TF 4A_586/2012 du 23 septembre 2013, cons. 4, CdB 2014, p. 12, rés. DB 2013 no 9, p. 23 note M.M.).

C. Congé donné pendant une procédure de conciliation ou une procédure judiciaire (art. 271a al. 1 let. d CO)

182. Le locataire qui se prévaut du motif d'annulation de l'art. 271a al. 1 let. d CO n'est pas tenu de mettre en évidence un lien de causalité entre la procédure judiciaire et le congé qu'il attaque, lequel, s'il est intervenu pendant la durée du procès, est réputé abusif quel qu'en soit le motif, sous la seule réserve des hypothèses régies par l'art. 271a al. 3 CO (ATF 131 III 33, cons. 3.1 à 3.5). L'art. 271a al. 1 let. d CO appréhende toutes les procédures de conciliation ou judiciaires en rapport avec le bail, quel qu'en

soit l'objet (même arrêt, cons. 3.3 ; TF 4A_603/2013 du 19 mars 2014, cons. 5). En revanche, l'art. 271a al. 1 let. d CO n'est pas déjà applicable lorsqu'une demande de réduction de loyer a été adressée au bailleur uniquement (TF 4A_615/2013 du 4 avril 2014, cons. 5.2).

183. En relation avec l'art. 271a al. 1 let. d CO, le moment pertinent pour le congé est celui du premier congé, même s'il n'est pas valable pour raison de forme (TF 4A_615/2013 du 4 avril 2014, cons. 5.2). L'art. 271 al. 1 let. d CO est ainsi applicable lorsque, le jour de la résiliation, le bailleur était en litige judiciaire avec son locataire A, qu'il avait appelé en cause dans le cadre d'une procédure ouverte par un autre locataire B en raison des nuisances commises par le locataire A (TF 4A_603/2013 du 19 mars 2014, cons. 5).
184. La protection de l'art. 271a al. 1 let. d CO commence avec le dépôt de la requête de conciliation jusqu'à l'achèvement de la procédure entrée en force (TF 4A_615/2013 du 4 avril 2014, cons. 2.3), indépendamment du point de savoir quand le bailleur a eu ou aurait pu avoir connaissance de cette procédure selon le principe de la bonne foi (ATF 141 III 101, cons. 2, JdT 2015 II 273, rés. DB 2015 no 18, p. 39, note, P. D.-M. ; cf. Patricia Dietschy-Martenet, La protection contre les congés donnés en cours de procédure : connaissance par le bailleur et litispendance, Newsletter Bail.ch février 2015).
185. L'art. 271a al. 1 let. d CO n'est pas inapplicable du seul fait que la procédure pendante concerne un cas bagatelle (ici une créance de CHF 91.50). Il faut encore que le locataire procède abusivement, notamment s'il cherche en réalité à obtenir une protection contre les congés (TF 4A_269/2015 du 2 novembre 2015, cons. 4.2.2)

D. Congé donné dans les trois ans qui suivent la fin d'une procédure (art. 271a al. 1 let. e CO) ou faisant suite à un arrangement hors procédure (art. 271a al. 2 CO)

186. Un congé nul ou inefficace en raison d'un vice de forme peut être renouvelé pendant une procédure judiciaire en matière de bail et dans le délai de protection de trois ans à compter de la fin de la procédure sans être abusif au sens de l'art. 271a al. 1 let. d et e CO (TF 4C.432/2006 du 8 mai 2007, cons. 4.4), à moins que le premier congé ait été donné sciemment

sans formule officielle, ce qu'il appartient au locataire d'établir (TF 4A_588/2013 du 15 avril 2014, cons. 2.7).

187. En revanche, un congé extraordinaire jugé inefficace, car affecté d'un vice matériel, ne peut pas être valablement répété durant les trois ans qui suivent la fin de la procédure, sous réserve de l'un des cas recensés à l'art. 271a al. 3 CO, (CdB 2014, p. 88, Tribunal des Baux/VD).
188. En cas de résiliation ordinaire notifiée durant une période de protection prévue à l'art. 271a al. 1 let. d et e CO, il y a lieu de vérifier si ledit congé remplit les conditions d'un congé extraordinaire prévu à l'art. 271a al. 3 CO, faisant ainsi échec à la présomption d'annulabilité (CdB 2014, p. 88, Tribunal des Baux/VD).
189. Lorsque l'autorité de conciliation rectifie d'office sa décision devenue définitive faute de saisine du tribunal, cela n'a pas pour effet de reporter le point de départ du délai de protection de l'art. 271a al. 1 let. e ch. 3 CO (TF 4A_605/2015 du 18 février 2016, cons. 3).
190. Lorsque le congé a été donné pendant une période de protection, il est annulable même si le bailleur aurait pu attendre quelques mois et résilier pour la même échéance après la fin de ladite période (TF 4A_531/2014 du 20 janvier 2015, cons. 2.2).
191. Il existe une présomption de fait selon laquelle un congé donné quelques jours après l'échéance de la période de protection de l'art. 271a al. 1 let. e CO constitue un congé de repréailles, à moins que le bailleur puisse le justifier par une motivation particulièrement solide et fondée (CACI 26 février 2015/104 : réalité d'un besoin propre douteuse au moment où le congé a été signifié).
192. La volonté de démolir et de reconstruire n'est pas un motif permettant exceptionnellement de résilier un bail durant une période de protection au sens de l'art. 271a al. 1 let. e CO. Un tel congé ne serait licite que si ces travaux sont si urgents qu'ils constituent un juste motif selon l'alinéa 3 let. e de cette disposition (TF 4A_332/2011 du 21 novembre 2011, cons. 3.2, CdB 2012, p. 77).
193. L'annulation du congé selon l'art. 271a al. 2 CO suppose que dans les trois années qui l'ont précédé, les parties se soient trouvées en litige et qu'elles aient abouti à une solution amiable par suite de concessions du bailleur. L'annulation est donc exclue si l'une des parties a accepté aussitôt et sans

discussion une prétention annoncée par l'autre partie (ATF 130 III 563, cons. 2.1). Savoir s'il y a eu litige entre les parties, selon la jurisprudence précitée, est une question juridique (TF 4A_383/2012 du 9 octobre 2012, cons. 4, rés. JdT 2013 II 135 ; TF 4A_671/2012 du 6 mars 2013, cons. 3.1, rés. DB 2013 no 16, p. 33 note M.M.).

194. Le fait que le locataire ait dû envoyer une seconde lettre au bailleur – la première étant restée sans réponse – avant de recevoir immédiatement une suite favorable ne signifie pas qu'il y ait eu litige entre parties. Le silence qui a suivi la première lettre ne peut pas être interprété comme un désaccord du bailleur ; il est possible que celui-ci ait voulu prendre le temps d'étudier la demande et d'envoyer un artisan sur place, ou que son inaction ait résulté d'une simple négligence (TF 4A_393/2012 du 9 octobre 2012, cons. 4, rés. JdT 2013 II 135).
195. Le locataire bénéficie en principe de la protection triennale sans égard aux concessions plus ou moins importantes que le bailleur a faites dans la transaction (ATF 130 III 563, cons. 2.1). Certains auteurs précisent que le délai de protection ne s'applique pas lorsque le locataire a entièrement reconnu les prétentions du bailleur et que la transaction porte sur des points accessoires comme les dépens ou même les intérêts moratoires (TF 4A_17/2016 du 29 juin 2016, cons. 2.2). Il convient en outre de réserver le cas où le locataire adopte lui-même un comportement abusif excluant l'application de l'art. 271a al. 1 let. e CO. La doctrine cite l'exemple, inspiré de la pratique, où le bailleur accepte de donner une dernière chance au locataire et de retirer, moyennant des promesses, un congé manifestement fondé que le locataire a contesté à tort. Si le bailleur notifie ultérieurement un nouveau congé parce que le locataire n'a pas tenu ses engagements, celui-ci ne peut pas exciper du délai de protection. La transaction doit faire comprendre de façon suffisamment précise et explicite que la résiliation notifiée par le bailleur était pleinement valable sur le fond, mais qu'elle a été retirée par gain de paix, l'accord valant avertissement (TF 4A_17/2016 du 29 juin 2016, cons. 3.2).

Lorsque la résiliation est retirée, mais que l'accord mentionne expressément qu'en contrepartie du retrait, le locataire admet que la résiliation était fondée et prend l'engagement de respecter ses obligations, la protection contre les congés ne s'applique pas. La preuve de la reconnaissance du congé par le locataire peut cependant être établie par

n'importe quel moyen établissant l'absence de litige sur la validité de la résiliation (CACI 11 septembre 2013/466).

196. Ainsi, la protection légale ne s'applique pas, lorsque le bailleur retire sa résiliation, après que le locataire a expliqué les raisons pour lesquelles il était tombé dans une situation difficile, indiquait avoir retrouvé du travail et demandé si le bailleur était d'accord d'annuler la résiliation à condition de l'arriéré soit réglé, sans jamais remettre en question la validité du congé (CACI 11 septembre 2013/466).
197. Lorsque les locataires n'ont pas vu leur demande de réduction de loyer immédiatement agréée par la bailleuse qui, dans un premier temps, a prétendu que l'installation de la climatisation compensait l'indemnisation des nuisances, avant d'accéder à cette requête, la protection légale de l'art. 271a al. 2 CO est applicable (TF 4A_671/2012 du 6 mars 2013, cons. 3.2, rés. DB 2013 no 16, p. 33 note M.M.).
198. La procédure de conciliation ou judiciaire doit être en rapport avec le bail dont la résiliation est contestée. Tel n'est pas le cas lorsque le bail (ici d'habitation) pour lequel le bailleur a succombé n'a pas de relation avec le bail pour locaux commerciaux, dont la résiliation est contestée, conclu avec le même locataire (TF 4A_269/2015 du 2 novembre 2015, cons. 4.1).

E. Les exceptions à la protection contre les congés – besoin propre du bailleur (art. 271a al. 3 CO)

199. Malgré l'énumération en principe exhaustive des exceptions à l'art. 271a al. 3 CO, un congé donné pendant une procédure en rapport avec un bail ou dans les trois ans qui suivent est valable, lorsque le bailleur renouvelle un congé nul ou inefficace pour des motifs formels. Dans un tel cas, le bailleur ne fait qu'exprimer une volonté de résilier déjà existante (ATF 141 III 101, cons. 2.8 ; TF 4A_470/2015 du 12 janvier 2016, cons. 2).
200. Dès lors que le besoin propre et urgent du bailleur a un sens similaire aux art. 261 al. 2 let. a et 271a al. 3 let. a CO (TF 4A_447/2015 du 31 mars 2016, cons. 5.2.1, destiné à la publication), on renvoie aux nos 100 ss ci-dessus et on relève pour le surplus ci-dessous les arrêts rendus en application de l'art. 271a al. 3 let. a CO.
201. Le besoin personnel urgent du bailleur ne présuppose pas une situation de contrainte. Il est réalisé lorsqu'on ne peut exiger de ce dernier – pour des

motifs économiques ou d'autres raisons – qu'il renonce à utiliser l'objet loué. Pour en décider, il y a lieu d'apprécier toutes les circonstances pertinentes du cas particulier. L'urgence doit être non seulement temporelle, mais aussi matérielle. Les motifs invoqués doivent revêtir objectivement une certaine importance. Tel n'est pas le cas lorsque le bailleur cherche simplement à obtenir un appartement doté d'un meilleur ensoleillement ou d'une meilleure vue (TF 4A_52/2015 du 9 juin 2015, cons. 2.3 ; TF 4A_78/2013 du 16 mai 2013, cons. 3 ; TF 4A_747/2012 du 5 avril 2013, cons. 2 ; ATF 132 III 737, cons. 3.4.3 ; ATF 118 II 50, cons. 3d). En outre, le besoin doit être immédiat, réel et actuel. Un besoin futur, simplement possible, ne suffit pas (TF 4A_78/2013 du 16 mai 2013, cons. 4.3 ; ATF 118 II 50, cons. 3c). Déterminer le degré d'urgence requis relève, dans une large mesure, de l'appréciation du juge. Il incombe au bailleur d'établir l'existence d'un besoin urgent (TF 4A_447/2013 du 20 novembre 2013, cons. 4.1 ; TF 4A_569/2013 du 24 mars 2014, cons. 2.2, rés. DB 2014 no 18, p. 35 note M.M. ; TF 4A_461/2014 du 23 février 2015, cons. 2.2.1). L'urgence du besoin s'apprécie au moment où le bailleur manifeste sa volonté de résilier le bail (TF 4A_52/2015 du 9 juin 2015, cons. 2.3 ; TF 4A_254/2015 du 15 juillet 2015, cons. 2.4, CdB 2015, p. 120).

202. Le besoin urgent a été admis dans les cas suivants :

- La fille du bailleur, tout juste majeure, s'apprêtait à débiter un apprentissage ; l'appartement concerné se situait près de son lieu de travail et à proximité immédiate du bailleur et des grands-parents de la jeune fille, qui avait vécu des événements perturbants auprès de sa mère. Il importait peu qu'un autre appartement dans l'immeuble ait été récemment attribué à un nouveau locataire, car le bailleur n'avait pas la jouissance de ce logement, selon la convention de répartition conclue avec les autres copropriétaires (TF 4C.388/2005 du 20 février 2006, cons. 2.3).
- Le bailleur voulait permettre à sa fille, qui venait d'achever ses études universitaires, de quitter le domicile parental pour s'installer avec son compagnon. S'il était avéré, ce motif allégué par le bailleur devait l'emporter sur l'intérêt du locataire à continuer d'occuper l'appartement pris à bail (TF 4C.17/2006 du 27 mars 2006, cons. 3.4.1, trad. in MRA 2006 65 ; cf. aussi TF 4C.400/2001 du 4 mars 2002, cons. 3b et c, in Praxis 2002 635).

- Le bailleur et son épouse voulaient couper tout lien avec le commerce de boucherie qu'ils venaient de remettre à un successeur ; en conséquence, ils avaient cédé en location à celui-ci le grand appartement situé au-dessus du commerce. A titre de solution provisoire, les bailleurs disposaient certes d'un logement, mais celui-ci se trouvait aussi dans l'immeuble abritant le commerce dont ils voulaient s'éloigner, comportait deux fois moins de pièces que leur ancien appartement et leur occasionnait des frais d'entreposage pour leurs meubles (TF 4A_363/2009 du 23 septembre 2009, cons. 1.2 et 1.3).
 - Bailleur ayant acquis un immeuble pour s'y loger et y exploiter une carrosserie et résiliant en conséquence les baux de manière anticipée. Le fait qu'un arrangement a été trouvé avec un autre locataire pour une fin de bail reportée d'une année n'enlève pas l'urgence du besoin, une telle solution concertée présentant l'avantage de la célérité par rapport à la voie judiciaire (TF 4A_747/2012 du 5 avril 2013, cons. 4).
 - Bailleur souffrant d'une maladie évolutive entraînant une dégradation irréversible des poumons et une altération également irréversible de la fonction respiratoire, qui, habitant en Thaïlande dans l'espérance déçue d'un climat plus favorable, souhaitait revenir habiter en Suisse dans l'immeuble dont il était propriétaire (TF 4A_569/2013 du 24 mars 2014, cons. 2.3, rés. DB 2014 no 18, p. 35 note M.M).
 - Bailleur qui, au moment de la résiliation litigieuse, habitait au huitième étage d'un immeuble présentant d'importants défauts incompatibles avec son état de santé (TF 4A_461/2014 du 23 février 2015, cons. 2.2.1).
 - Bailleur rentrant en Suisse après la fin d'une mission à l'étranger, peu important qu'il ait supporté provisoirement une cohabitation d'un an avec sa fille dans un autre appartement avant de partir à l'étranger. On ne peut imposer au bailleur de chasser sa fille majeure du logement occupé ou de supporter une cohabitation avec elle dans un espace restreint (TF 4A_52/2015 du 9 juin 2015, cons. 2.4).
203. En revanche, le besoin urgent a été nié dans le cas d'un bailleur, qui entendait installer son fils sans moyens financiers, dans le logement litigieux, dès lors que ce bailleur disposait d'autres logements disponibles à ce moment (TF 4A_78/2013 du 16 mai 2013).

204. En cas de résiliation ordinaire notifiée durant une période de protection prévue à l'art. 271a al. 1 let. d et e CO, il y a lieu de vérifier si ledit congé remplit les conditions d'un congé extraordinaire prévu à l'art. 271a al. 3 CO, faisant ainsi échec à la présomption d'annulabilité (CdB 2014, p. 88, Tribunal des Baux/VD).

F. Questions de procédure (art. 273 CO)

205. Le *point de départ du délai de l'art. 273 CO* est soumis à la théorie absolue de la réception, l'arrêt publié aux ATF 137 III 208 étant applicable, car il s'agit d'un délai de droit matériel fédéral courant à partir d'une manifestation de volonté, et non d'un délai procédural. Ainsi, en particulier, lorsque l'agent postal n'a pas pu remettre le pli recommandé à son destinataire ou à un tiers autorisé à en prendre livraison et qu'il laisse un avis de retrait dans sa boîte aux lettres ou sa case postale, le pli est reçu dès que le destinataire est en mesure d'en prendre connaissance au bureau de la poste selon l'avis de retrait ; il s'agit soit du jour même où l'avis de retrait est déposé dans la boîte aux lettres si l'on peut attendre du destinataire qu'il le retire aussitôt, sinon en règle générale le lendemain de ce jour (ATF 140 III 244, cons. 5, rés. DB 2014 no 19, p. 36 note B.C., qui confirme l'*obiter dictum* de l'arrêt TF 4A_471/2013 du 11 novembre 2013, cons. 2, rés. DB 2014 no 20, p. 40 note F.B., alors que CACI 4 juillet 2013/359 avait retenu dans ce cas de figure que la théorie relative était décisive ; la jurisprudence est désormais claire et l'on devra ainsi faire abstraction de l'avis de Bohnet (in : (Faux) départ du délai pour contester le congé, NewsletterBail.ch janvier 2014), qui estimait l'arrêt de la CACI parfaitement motivé ; pour un commentaire approuvant ce nouvel arrêt du TF : Carron, Départ du délai pour contester un congé et théorie de la réception, NewsletterBail.ch juillet 2014.)
206. Si l'*inefficacité du congé* peut être soulevée en tout temps, cela ne signifie pas pour autant que le locataire qui entend prendre pour la première fois en appel une conclusion constatatoire ad hoc, allégations et preuves à l'appui, puisse s'affranchir des exigences posées à cet égard par l'art. 317 CPC, disposition qui s'applique aussi aux procédures simplifiées dans lesquelles le juge établit les faits d'office (TF 4A_351/2015 du 5 août 2015, cons. 3.2, CdB 2015, p. 128)

207. Lorsque l'autorité d'appel admet un appel tendant à la validité d'une résiliation de bail, elle doit examiner *d'office si le bail doit être prolongé*, même si la partie intimée a renoncé à déposer appel joint ou à prendre des conclusions subsidiaires sur ce point (art. 373 al. 5 CO ; CACI 28 octobre 2013/557). Il s'agit là d'une exception du droit civil au principe de disposition qui prévaut normalement en matière de bail, le juge d'appel n'étant pas lié par les conclusions des parties sur ce point (TF 4A_386/2014 du 11 novembre 2014, cons. 4.1).
208. L'autorité d'appel peut statuer elle-même sur la prolongation, lorsque la résiliation est jugée valable, pour autant que le dossier contienne les éléments suffisants et que les locataires aient été invités en première instance à établir les circonstances pénibles (CACI 7 janvier 2013/1 ; CACI 14 mai 2014/262).
209. La *notion de protection en matière de congés* figurant à l'art. 243 al. 2 let. c CPC doit recevoir une acception large et englober non seulement les procédures en annulation, mais également celles en constatation de l'inefficacité ou de la nullité du congé, respectivement en constatation de la validité de ce dernier et en expulsion, que cette procédure ait été entamée par le locataire ou par le bailleur. La procédure en constatation de la validité du congé et en évacuation de la bailleuse doit dès lors être soumise à la procédure simplifiée, quelle que soit la valeur litigieuse (CACI 13 décembre 2011/395, JdT 2012 III 17 = CdB 2012, p. 31, note approbatrice Conod ; cf. Conod, Procédure applicable en matière d'expulsion en cas de contestation de la résiliation par le locataire, Newsletter Bail.ch mai 2012). Saisi d'un recours contre cet arrêt, le Tribunal fédéral s'est dispensé de trancher si cette interprétation de l'art. 243 al. 2 let. c CPC était correcte, dès lors que même si la procédure d'expulsion devait être soumise à la procédure ordinaire, les vices formels invoqués n'entraînaient pas l'irrecevabilité de la requête (TF 4A_87/2012 du 10 avril 2012, cons. 3.2.3, in RSPC 2012, p. 306). Dans un arrêt postérieur, le Tribunal fédéral a considéré que, lorsque le locataire avait pris en temps utile devant la Commission de conciliation des conclusions tant en annulation qu'en constatation de l'inefficacité ou de la nullité du congé, la procédure en expulsion du bailleur relevait du champ d'application de l'art. 243 al. 2 let. c CPC et était soumise à la procédure simplifiée quelle que soit la valeur litigieuse, tout en laissant toujours ouverte la question de savoir ce qu'il en était lorsque seule la constatation

de l'inefficacité ou de la nullité du congé était en jeu (ATF 139 III 457, cons. 5.3, rés. DB 2014 no 22, p. 43, note F.B ; cf. Bohnet, La procédure simplifiée, arbitre de la compétence respective du tribunal de commerce et du tribunal des baux, NewsletterBail.ch décembre 2013). Le Tribunal fédéral a finalement confirmé l'interprétation large de la notion de « protection contre les congés », telle que préconisée par la jurisprudence vaudoise, en considérant qu'elle couvre aussi les litiges portant uniquement sur la nullité ou l'inefficacité du congé ou encore sur l'existence d'un accord quant à l'échéance du bail, voire sur l'existence même d'un rapport contractuel auquel se rapporte la résiliation (TF 4A_636/2015 du 21 juin 2016, cons. 2.5, destiné à la publication).

210. Des conclusions en constatation de l'inefficacité de la résiliation, subsidiairement tendant à ce que la résiliation soit reconnue comme abusive, telles qu'interprétées selon les règles de la bonne foi, ne sont pas purement constatatoires et entrent dans la notion de protection en matière de congés figurant à l'art. 243 al. 2 let. c CPC (TF 4A_383/2015 du 7 janvier 2016, cons. 2.4).
211. Il en va de même lorsque le locataire a conclu avoir exercé valablement une option de prolongation contractuelle, de sorte que le bail ne serait pas résiliable avant l'échéance du délai prévu par cette option, subsidiairement à la prolongation du bail (TF 4A_270/2015 du 14 avril 2016, cons. 4.2, destiné à la publication)
212. En revanche, le litige ayant pour objet la *requalification d'un contrat de bail de durée déterminée* en un contrat de durée indéterminée ne constitue pas un litige de protection en matière de congés selon l'art. 243 al. 2 let. c CPC du seul fait que l'usage d'un tel bail puisse potentiellement constituer un artifice visant à dissuader le locataire de contester le loyer initial (CREC 18 août 2015/296 ; CACI 13 novembre 2015/607, CdB 2016, p. 25). Partant, la requalification d'un contrat de durée déterminée en contrat de durée indéterminée n'entre pas dans le champ de compétence de l'autorité de conciliation, laquelle ne peut rédiger, à son propos, une proposition de jugement, mais doit se borner à délivrer une autorisation de procéder à la partie locataire (CACI 13 novembre 2015/607, CdB 2016, p. 25).

La résolution amiable des conflits locatifs (petit guide de la bonne transaction)

par

David Lachat*

Avocat, Genève

| | |
|---|-----|
| I. Avant-propos..... | 289 |
| II. Sept bonnes raisons de rechercher une solution amiable..... | 290 |
| A. Généralités | 290 |
| B. Les raisons de transiger | 291 |
| III. Comment négocier ?..... | 296 |
| A. Analyser la situation | 296 |
| B. Sauvegarder ses droits..... | 297 |
| C. Garantir la confidentialité..... | 298 |
| D. Dialoguer..... | 300 |
| E. Viser une solution « gagnant-gagnant » | 302 |
| F. Conclure un accord écrit..... | 303 |
| IV. Les règles empiriques utiles à la transaction..... | 303 |
| A. Introduction..... | 303 |
| B. Négociation limitée à l'objet du litige..... | 305 |
| C. Négociation étendue à l'ensemble du contrat..... | 311 |
| D. Négociation étendue à d'autres parties | 314 |

* L'auteur remercie les Professeurs Blaise Carron et Valérie Défago Gaudin, ainsi que Mes Pierre Statsny et Maximilien Lücker. Ils ont aimablement relu ce texte et ont formulé d'utiles et pertinentes suggestions.

Un message particulier de gratitude à Me Pierre-André Morand : il a mis à notre disposition le manuscrit de son ouvrage sur la transaction, une œuvre limpide, qui comble un vide dans la littérature juridique.

| | |
|---|-----|
| V. Les auxiliaires de la négociation | 317 |
| A. Introduction..... | 317 |
| B. L'autorité de conciliation et le juge..... | 319 |
| C. Les arbitres | 324 |
| D. Le médiateur | 325 |
| E. La personne de confiance | 326 |
| VI. Le document transactionnel | 327 |
| A. La nature juridique de la transaction..... | 327 |
| B. Son contenu et les précautions à prendre | 328 |
| C. La remise en cause de la transaction | 336 |
| VII. L'exécution de la transaction..... | 338 |
| VIII. Conclusion..... | 341 |
| IX. Bibliographie..... | 342 |

I. Avant-propos

1. Voici une profession de foi, l'expression d'une conviction, issue de nombreuses années de pratique : les conflits locatifs ne justifient ni de longues procédures, ni des combats acharnés. *Le bailleur et le locataire en conflit ont toujours intérêt à rechercher une solution amiable et à conclure un accord.*
2. Pourquoi faut-il rechercher le compromis¹ ? Comment négocier un accord² ? Quelles sont les règles empiriques qui peuvent faciliter la transaction³ ? Quelles tierces personnes peut-on faire intervenir pour faciliter la recherche d'une entente⁴ ? Comment rédiger l'accord auquel on est parvenu⁵ ? Enfin comment mettre en œuvre la transaction aboutie⁶ ? Autant de questions auxquelles le présent exposé cherche à répondre.
3. Notre petit guide de la bonne transaction ne prétend pas à l'inédit ou à la nouveauté. On notera cependant que dans aucune de ses 18 précédentes éditions le Séminaire du droit du bail n'a abordé le sujet. Récemment cependant le règlement amiable des conflits a suscité un regain de publications⁷.
4. Pour nous il s'agit seulement de rappeler ici quelques vieilles « *recettes de cuisine* », connues de tout praticien du bail à loyer, et de les coucher sur le papier. Elles découlent à nos yeux du bon sens et du souci de limiter les conséquences d'une dispute entre les parties au contrat de bail.

¹ Ci-après N 5-16.

² Ci-après N 17-37.

³ Ci-après N 38-53.

⁴ Ci-après N 54-71.

⁵ Ci-après N 72-79.

⁶ Ci-après N 80-84.

⁷ Cf. les ouvrages de Mirimanoff (édit.) et MORAND cités dans la bibliographie et parus en avril et juillet 2016.

II. Sept bonnes raisons de rechercher une solution amiable

A. Généralités

5. La transaction (*accord, compromis, arrangement, solution amiable ou consensuelle ; Vergleich*) peut se définir comme le contrat par lequel les parties terminent une contestation ou en préviennent une autre, moyennant un prix ou des concessions réciproques⁸. A l'évidence la transaction présuppose d'abord l'existence d'un conflit, d'un différend. Il n'y en a pas lorsque l'une des parties donne immédiatement suite à la demande de l'autre⁹.
6. Pour le Tribunal fédéral, la transaction est le contrat par lequel les parties mettent fin, par des concessions réciproques, à un litige ou à une incertitude dans laquelle elles se trouvent au sujet d'un rapport de droit¹⁰.
7. Pour résoudre un conflit, les alternatives à la transaction sont *l'acquiescement* ou *la procédure*, judiciaire ou arbitrale.
8. La solution consistant à se ranger « par gain de paix » à l'avis de l'autre partie, qu'en procédure on nomme *acquiescement* ou *désistement d'action*¹¹, ne doit pas être exclue d'emblée. Si la demande est justifiée dans son principe et dans sa quotité, peut-être est-il préférable en termes de coûts, d'efforts et de temps, de « capituler » rapidement?
9. La procédure judiciaire ou arbitrale peut être intentée pour préserver ses droits et pour se mettre en bonne position de négociation¹². En revanche elle ne doit jamais être une fin en soi. Les procès « pour le principe » sont souvent des chimères consommatrices de temps et d'argent, agrémentées

⁸ L'art. 2044 du Code civil français définit la transaction comme « le contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître ».

⁹ ATF 130 III 563, cons. 2.1, DB 17/2005 N 22 ; TF du 09.10.2012, 4A_383/2012, cons. 4 ; TF du 06.03.2013, 4A_671/2012, cons. 3.1, DB 25/2013 N 16 : arrêts relatifs à l'art. 271a al. 2 CO ; FAVRE-BULLE/BABEL, p. 1288 ad 0.2.

¹⁰ ATF 130 III 49, cons. 1.2 ; voir aussi les jurisprudences citées ci-après à la note de bas de page 194 ; MORAND, p. 30 N 18 et autres réf. à sa note de bas de page 21. Sur la nature juridique de la transaction : ci-après N 72-73.

¹¹ Art. 65, 208 al. 2 et 241 CPC ; MORAND, p. 44-45 N 76-77 ; voir aussi ci-après la note de bas de page 228.

¹² Ci-après N 20-22.

de résultats incertains. Attention également aux procès que les associations de bailleurs ou de locataires conduisent dans l'espoir de faire évoluer en leur faveur la jurisprudence. Nombre d'entre eux se sont terminés par des « autogols » !

B. Les raisons de transiger

10. La première raison de favoriser les transactions réside dans le fait que le bail à loyer est un **contrat de durée**.

Les parties sont « *condamnées* » à entretenir des rapports contractuels sur le long terme. Si le conflit se termine par une décision judiciaire ou arbitrale, une des parties (voire les deux) risque d'en concevoir de l'amertume. Parfois le vainqueur, qui a bénéficié d'une situation de force, en pâtira ultérieurement lorsqu'à une autre occasion il se trouvera en position de faiblesse. La solution amiable permet au contraire de pacifier les rapports entre les parties : elle a été voulue par elles et n'a pas été imposée par un tiers, juge ou arbitre.

Ce premier motif de transiger est plus évident lorsque le bailleur et le locataire entretiennent des *rapports étroits*, par exemple lorsqu'ils habitent ou exercent leurs activités commerciales dans le même immeuble. En outre la pratique démontre que les « petits propriétaires », en nom, sont sensibles aux litiges avec leurs locataires et en conçoivent une certaine rancune. La négociation atténue souvent leur douleur.

11. Les procédures, judiciaires ou arbitrales, sont **très onéreuses**.

Les plaideurs qui se lancent ou sont entraînés dans un procès doivent assumer les frais d'un *mandataire* (avocat¹³, gérant d'immeubles, association de défense des bailleurs ou des locataires, agent d'affaires). Ils doivent aussi payer dans nombre de cantons, des frais de *justice* une fois dépassé le stade de la conciliation.

En conciliation, la procédure est en effet gratuite¹⁴, sauf pour les plaideurs téméraires ou de mauvaise foi¹⁵.

¹³ Le tarif horaire des avocats oscille entre CHF 250.- et CHF 500.- environ.

¹⁴ Art. 113 CPC. Cette norme n'interdit pas au juge du fond d'allouer des dépens pour la procédure de conciliation : ATF 141 III 20, cons. 5, DB 27/2015 N 23 ; cet arrêt est

Ultérieurement, en première instance, dans la plupart des cantons, les plaideurs doivent s'acquitter pour les litiges de baux et loyers des frais de justice et payer des dépens à l'adversaire qui gagne le procès. Toutefois en Suisse romande, les cantons de Genève, Vaud, Fribourg et Neuchâtel¹⁶ connaissent la gratuité, complète ou partielle selon les objets locatifs, des procédures de baux et loyers devant les tribunaux de première instance.

Si la procédure s'étend sur deux instances cantonales¹⁷, voire finit devant le Tribunal fédéral, la facture est « salée » pour le perdant. Selon la nature du litige, des frais d'expertise peuvent aussi gonfler l'addition.

Sauf dans de rares exceptions, le prix à payer n'est *pas proportionné* aux enjeux, vu la valeur litigieuse souvent faible des litiges locatifs¹⁸.

Une procédure engendre des *pertes de temps* : attente avant les audiences ; retards des mandataires dans leurs rendez-vous ; renvoi *in extremis* des auditions de témoins, etc. Ces gaspillages de temps ne justifient en pratique aucun dédommagement pour la partie gagnante, notamment au titre d'un prétendu tort moral.

L'argument du coût de la procédure disparaît, il est vrai, pour le plaideur au bénéfice de l'*assistance judiciaire*¹⁹ ou d'une *assurance de protection juridique*. A noter cependant que les autorités compétentes²⁰ et les compagnies d'assurance de protection juridique rechignent d'ordinaire à assumer les coûts d'un procès lorsque les chances de succès ne sont pas évidentes.

commenté par LAURENT BIERI (voir bibliographie).

15

Art. 115 CPC.

16

Cette gratuité de la procédure, accordée en vertu de l'art. 116 al. 1 CPC, ne viole pas le droit fédéral (ATF 139 III 182, cons. 2, DB 25/2013 N 21). Quand la procédure est gratuite comme dans ces cantons, le locataire ne peut pas prétendre à des dommages-intérêts pour ses frais d'avocat et de justice (art. 259e CO ; ATF 139 III 190, cons. 4.3 et 4.4).

17

A Genève la procédure de seconde instance est gratuite et sans dépens.

18

Voir note de bas de page 42 ci-après.

19

L'assistance judiciaire n'est pas vraiment gratuite : elle est remboursable dès que son bénéficiaire est en mesure de le faire, si besoin par mensualités (art. 123 CPC) ; elle est révoquée en cas de gain du procès (art. 120 CPC ; ATF 142 III 131, cession à l'Etat des gains du procès).

20

Art. 117 lettre b CPC.

Certes, en cas de *transaction* les parties doivent assumer les frais de leur mandataire et du tiers qui intervient pour faciliter la transaction²¹, mais en règle générale les coûts pour les plaideurs sont nettement inférieurs. Encore faut-il se décider à conclure un accord avant que le procès éventuellement en cours n'ait engendré de lourdes dépenses.

12. Un procès s'étend nécessairement sur une **longue période**. Il implique pour les parties des *efforts importants* (recherche des preuves ; rédaction et corrections des écritures ; préparation des audiences ; contacts avec les mandataires, etc.) et passablement de tension nerveuse.

Devant la seule autorité de conciliation, la procédure peut durer six mois. Les dispositions²² (d'ordre) selon lesquelles la première audience doit se tenir dans les deux mois après la réception de la requête par l'autorité de conciliation et la procédure ne doit pas durer plus de douze mois ne sont pas toujours respectées.

Un procès en première instance, même en procédure simplifiée²³, peut quant à lui, durer facilement un an.

Une procédure de recours ou d'appel s'étend d'ordinaire sur un minimum de six mois supplémentaires, à l'instar d'une procédure au Tribunal fédéral.

Un des buts de la transaction est de réduire considérablement la durée du conflit et de *parvenir en quelques semaines à un compromis*. D'ailleurs moins un litige s'éternise, moins il laisse de traces dans l'esprit des antagonistes.

13. Un procès est **soumis à de nombreux aléas**, liés à l'administration des preuves²⁴, au pouvoir d'appréciation des juges et à des considérations sociales et psychologiques²⁵. Le mandataire honnête ne peut jamais garantir à son client avec certitude le résultat de la procédure.

21 Ci-après N 54-71.

22 Art. 203 al. 1 et al. 4 CPC.

23 Ce qui est la règle pour les litiges de baux à loyer : art. 243 al. 2 lettre c CPC.

24 Les témoignages et les expertises offrent souvent des surprises.

25 Ci-après N 18.

En revanche, avec la transaction le résultat est *connu d'avance* et apparaît certain dès la signature du compromis²⁶. En la matière, le dicton « un tien vaut mieux que deux tu l'auras » conserve toute sa pertinence.

14. Le procès reste **limité à l'objet litigieux** (montant du loyer, fin du bail, travaux réclamés, indemnité sollicitée).

Le tribunal qui rend un jugement est lié par l'objet de la demande principale et de la demande reconventionnelle. Il ne peut sortir de ce cadre du débat que lorsqu'une règle de droit de fond le permet²⁷.

La négociation permet, elle, d'*élargir la discussion* à des aspects de la relation contractuelle non évoqués dans la demande principale et reconventionnelle. L'art. 201 al. 1 deuxième phrase CPC le prévoit expressément : « une transaction peut porter sur des questions litigieuses qui ne sont pas comprises dans l'objet du litige dans la mesure où cela contribue à sa résolution »²⁸. Ainsi lorsque le litige porte sur le montant du loyer, les parties peuvent convenir d'une prolongation de la durée du bail ou de l'exécution de travaux²⁹.

15. En règle générale, le procès n'implique **que deux parties**³⁰, en l'occurrence le bailleur et le locataire.

Certes l'appel en cause d'une tierce partie³¹ et l'intervention d'un tiers³² dans un procès sont possibles, mais ils génèrent des frais et d'importantes complications procédurales. Il en va de même de la dénonciation d'instance³³ ou de la substitution de partie³⁴.

²⁶ Sous réserve de sa remise en cause, voie étroite et difficile : ci-après N 78-79.

²⁷ Exemple : le juge qui statue sur une demande d'annulation du congé et la rejette doit examiner d'office si une prolongation de bail doit être accordée (art. 273 al. 5 CO).

²⁸ TF du 27.09.2013, 4A_295/2013, cons. 2.2 ; CPra Bail-BOHNET/SANDOZ, art. 274e CO N 4. La règle vaut également pour la transaction devant le juge (art. 241 CPC). Sur la nouveauté que représente l'art. 201 CPC : MORAND, p. 153-154 N 489-491.

²⁹ Ci-après N 46-50.

³⁰ Ou deux groupes de parties, en cas de bail liant plusieurs bailleurs et/ou plusieurs locataires.

³¹ Art. 81-82 CPC.

³² Art. 73-77 CPC.

³³ Art. 78-80 CPC.

En toute hypothèse dans les cantons qui connaissent des juridictions spécialisées en matière des baux et loyers (Tribunal des baux et loyers), il n'est possible d'attirer devant elles que les tiers qui répondent envers l'une des parties au procès en vertu des règles du bail à loyer ou à ferme non agricole (par exemple le sous-locataire). Ainsi devant le Tribunal des baux, le bailleur ne peut pas attirer le voisin qui est responsable selon les règles du voisinage³⁵ des défauts de la chose louée dont se plaint le locataire. Ce même bailleur ne peut pas appeler en cause la collectivité publique à l'origine des nuisances justifiant la réduction du loyer³⁶ sollicitée par le locataire³⁷.

En cas de négociation le bailleur et le locataire peuvent sans autre *inclure un tiers* dans le dialogue³⁸, s'il y consent : sous-locataire, acquéreur pressenti de l'immeuble ou du fonds de commerce, voisin, collectivité publique, etc. S'il est conclu, l'accord englobera ce tiers dans la convention et le liera.

La négociation permet aussi de traiter plus facilement les *litiges collectifs* (augmentation de tous les loyers d'un immeuble ; congés collectifs), en faisant porter le débat non pas seulement sur un ou quelques cas isolés, mais sur l'ensemble des locataires concernés³⁹.

16. Ajoutons que statistiquement les litiges locatifs sont **peu nombreux**.

En 2014, il y avait en Suisse environ 2'104'000 logements loués⁴⁰. En 2015, environ 31'500⁴¹ nouveaux cas litigieux ont été soumis aux autorités de conciliation. Ces cas concernaient donc à peine le 1,5% des logements

³⁴ Art. 83 CPC.

³⁵ Art. 679 et 684 CC.

³⁶ Art. 259d CO.

³⁷ Dans ce cas le bailleur doit agir devant une autre juridiction (commission cantonale ou fédérale d'expropriation) contre la collectivité publique en vertu des règles sur l'expropriation (des droits du voisinage).

³⁸ Ci-après N 51-52 ; MORAND, p. 154 N 493 (pour la transaction judiciaire).

³⁹ Ci-après N 53.

⁴⁰ Source : Office fédéral de la statistique (construction-logement ; statut d'occupation).

⁴¹ Source : Office fédéral du logement. Au premier semestre de 2015, les autorités de conciliation ont été saisies de 13'939 nouvelles causes ; au second semestre de 2015, de 17'618 nouvelles causes.

loués. Comme tous les cas litigieux ne sont pas soumis aux autorités de conciliation, il est raisonnable de penser qu'au grand maximum chaque année 5% des logements loués font l'objet d'un litige locatif.

Au regard du nombre d'objets loués qu'il gère, le professionnel de l'immobilier qui mène correctement ses affaires n'est donc confronté qu'à un très petit nombre de cas litigieux. Leur impact sur les états locatifs est modeste, compte tenu des valeurs litigieuses d'ordinaire relativement faibles⁴². Il ne vaut dès lors souvent pas la peine d'y consacrer beaucoup de temps, d'énergie et d'argent.

III. Comment négocier ?

A. Analyser la situation

17. Toute négociation⁴³ implique que les parties procèdent, chacune de leur côté, à une analyse de la situation, la plus objective possible.

Il s'agit d'abord d'apprécier la *solidité de la thèse juridique soutenue*. En règle générale le profane consultera pour ce faire un juriste, si possible un spécialiste du droit du bail.

18. La partie confrontée à un litige doit aussi supputer les forces et les faiblesses de son dossier en termes *d'enjeux financiers, d'image et d'appréciation sociale, éthique et politique*.

Même si l'on a raison, il ne vaut pas la peine de se battre pour quelques centaines de francs.

Une thèse juridiquement solide a de grandes chances de s'imposer si la partie qui la défend a bonne réputation, apparaît crédible, sympathique et digne de soutien. A l'inverse, même bardé d'arguments juridiques pertinents, le plaideur réputé querulent, arrogant ou avide de profit, qui

⁴² Typiquement les litiges relatifs aux frais accessoires, aux indemnités pour des réparations à la chose louée ou aux modifications de loyer (pour ces dernières la règle de l'art. 92 al. 2 CPC, selon laquelle la valeur litigieuse correspond au montant du loyer annuel multiplié par vingt, est en bonne partie une fiction).

⁴³ Sur l'art de la négociation : NICOLAS IYNEDJIAN, *Négociation, les trois tensions*, in Mirimanoff (édit.), p. 7 ss. Sur la distinction entre négociation, médiation et conciliation : MIRIMANOFF 2009, p. 161 ss.

donne l'impression d'abuser d'une position de force, aura de la peine à se faire entendre.

A titre d'exemple, nous citerons l'expulsion. Même si celle-ci est juridiquement justifiée, parce que le locataire n'a pas payé son arriéré de loyer dans le délai comminatoire, tout bailleur sait qu'il ne parviendra que difficilement à obtenir le départ du locataire âgé ou malade, de la famille nombreuse, surtout si finalement le loyer en souffrance a été rattrapé. A trop insister, ce bailleur écornera son image et altérera sa réputation.

19. En d'autres termes, pour supputer le résultat possible d'un procès, il ne faut pas se fier uniquement aux arguments juridiques. D'autres facteurs économiques, humains et plus subjectifs jouent, selon nous, un rôle important. Cela est particulièrement vrai dans le domaine des résiliations de bail où le juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation.

B. Sauvegarder ses droits

20. Une procédure judiciaire peut et doit être considérée comme un bon moyen de préserver ses droits ou de renforcer sa position pour la négociation.

Ainsi est-il opportun, et d'ordinaire bien compris que le locataire saisisse l'autorité de conciliation à la réception de la résiliation de son bail, d'une majoration de son loyer ou d'une autre prétention du bailleur, vu les délais de péremption existant en la matière⁴⁴.

De même, le bailleur avisé protégera ses droits en saisissant l'autorité compétente⁴⁵ d'une demande d'expulsion, lorsque de son inaction on pourrait déduire la conclusion d'un nouveau bail tacite⁴⁶.

21. Un autre motif peut inciter le locataire à saisir l'autorité de conciliation et à préserver ainsi ses droits : la loi traite différemment le locataire qui saisit l'autorité de conciliation et celui qui cherche d'abord à négocier. Dans la

⁴⁴ Art. 270 al. 1, 270a al. 2, 270b al. 1 et 273 CO.

⁴⁵ En procédure sommaire pour « cas clair » (art. 257 CPC) ou en procédure ordinaire ou simplifiée, selon les circonstances.

⁴⁶ A n'admettre qu'avec beaucoup de prudence. Sur le sujet, récemment : TF du 21.01.2016, 4A_701/2015, cons. 2.2.2 ; TF du 09.06.2015, 4A_75/2015, cons. 4 ; TF du 01.04.2015, 4A_691/2014, cons. 5 et réf. cit.

première hypothèse, le locataire est en principe⁴⁷ protégé contre la résiliation qui serait notifiée pendant la procédure. Dans la seconde, le locataire devra démontrer que cette résiliation est abusive : la loi ne protège pas directement contre le congé le locataire qui tente de négocier un accord⁴⁸.

22. Par courtoisie, la partie qui entame une démarche judiciaire précisera à l'autre qu'il ne s'agit que de préserver ses droits. Elle lui fera savoir que la voie du dialogue demeure ouverte.

C. Garantir la confidentialité

23. Il est essentiel que les parties à la négociation puissent se parler librement, franchement, sans arrière-pensée, ni craintes.

En conséquence il est communément admis que les propos tenus par l'une des parties à l'occasion des pourparlers ne pourront *pas lui être opposés* ultérieurement par l'autre, en cas d'échec des négociations.

Il en va de même des correspondances échangées dans un contexte transactionnel.

Si à l'issue des pourparlers un accord est trouvé, il perd son caractère confidentiel⁴⁹.

24. La règle de la confidentialité se retrouve en toutes lettres dans le CPC⁵⁰ pour la phase de *conciliation* : « les dépositions des parties ne doivent ni figurer au procès-verbal de conciliation, ni être prises en compte pour la

⁴⁷ Principe : art. 271a lettre d CO (annulabilité du congé donné pendant une procédure de conciliation). Exceptions : art. 271a al. 3 CO (congés donnés pendant la procédure pour besoin urgent, demeure, violation grave du devoir de diligence, justes motifs, vente d'immeuble ou faillite), ou si le bailleur démontre que le locataire a procédé au mépris des règles de la bonne foi.

⁴⁸ S'il reçoit le congé à ce moment-là, le locataire devra démontrer qu'il est abusif au sens des art. 271 al. 1 ou 271a al. 1 lettres a et b CO. Il doit prouver que le congé vise à faire pression sur lui pendant la négociation.

⁴⁹ Toutefois les correspondances qui ont précédé l'accord demeurent confidentielles : BOHNET/MARTENET, p. 511 N 1193 et réf. cit.

⁵⁰ Art. 205 al. 1 CPC. Sur la confidentialité durant la phase de conciliation : VIGNERON-MAGGIO-APRILE, in Mirimanoff (édit.), p. 71.

suite, durant la procédure au fond ». Cette norme vaut aussi pour les offres transactionnelles faites ultérieurement, au cours du procès devant le juge.

25. Les us et coutumes des avocats leur interdisent de se prévaloir devant les tribunaux des discussions menées et des correspondances envoyées « *sous les réserves d'usage* » (*ohne Präjudiz*), c'est-à-dire à des fins transactionnelles.

Ainsi, par exemple⁵¹, l'art. 21 des us et coutumes de l'Ordre des avocats de Genève prévoit ce qui suit :

a) « Tous courriers ou discussions se référant à des propositions transactionnelles sont confidentiels, sauf s'ils ont abouti à un accord complet ou que l'auteur de l'offre s'est expressément réservé de s'en prévaloir ; cette confidentialité s'impose tant à l'expéditeur qu'au destinataire.

b) L'avocat n'a pas le droit, sans le consentement écrit de son confrère, de produire en justice ou d'évoquer avec des tiers tout ou partie d'échanges confidentiels sauf si ces derniers ont abouti à un accord complet ».

Il est interdit de produire, voire même d'évoquer en justice les correspondances échangées entre avocats en vue d'un accord⁵², même si elles ne comportent pas la mention « sous les réserves d'usage »⁵³.

La confidentialité recouvre non seulement le contenu des pourparlers, mais également leur existence.

Les pourparlers entre un avocat et un tiers non inscrit au registre des avocats ou entre de tels tiers ne font pas l'objet d'un devoir systématique de confidentialité ; cette dernière doit en règle générale être convenue⁵⁴.

⁵¹ TF du 03.05.2005, 2A. 658/2004, cons. 3 et son commentaire de BOHNET, Les grands arrêts, p. 132 ss ; voir également l'art. 13 de la loi genevoise sur la profession d'avocat du 26 avril 2002 (E 6 10) et l'art. 6 du Code de déontologie de la Fédération suisse des avocats.

⁵² ATF 140 III 6, cons. 3 : le juge peut écarter les lettres sous les réserves d'usage, en tant que moyens de preuve illicites (art. 152 al. 2 CPC).

⁵³ BOHNET/MARTENET, p. 511 N 1190 ; TF du 03.05.2005, 2A.658/2004 cons. 3.4.

⁵⁴ CHAPPUIS, tome I, p. 70 ; BOHNET/MARTENET, p. 512 N 1196 ; TF du 17.06.2011, 2C_900/2010, cons. 1.4.

Nous considérons, pour notre part, que la règle de confidentialité des pourparlers transactionnels s'applique à toute négociation, quel que soit le cadre où elle se déroule (judiciaire ou extra-judiciaire), que les parties soient représentées, ou non, par un mandataire, et quel que soit ce dernier (avocat, gérant d'immeubles, mandataire professionnellement qualifié ou agent d'affaires)⁵⁵. A nos yeux, un écrit ne peut pas être évoqué et invoqué en justice s'il résulte de son texte⁵⁶ et/ou de son contexte qu'il s'inscrit dans une vaine tentative d'arrangement.

26. Par prudence, les parties se *rappelleront mutuellement* ces usages au début de la négociation, en précisant que leurs discussions seront couvertes par la confidentialité, sauf aboutissement des pourparlers.

Si elles tiennent des procès-verbaux ou échangent des courriers transactionnels, les parties y feront figurer cette règle de confidentialité (« sous les réserves d'usage » ; « sans que cette offre puisse m'être opposée, si elle est refusée »).

Parfois au contraire, les parties ont intérêt à préciser que telle ou telle correspondance n'est pas munie des réserves d'usage ; il en va ainsi de la lettre par laquelle l'avocat du bailleur adresse des propositions de relogement au locataire congédié. Cette correspondance indiquera que le bailleur se réserve de la produire en justice.

D. Dialoguer

27. La meilleure manière d'amorcer une négociation est de rencontrer sa partie adverse, si possible *personnellement*, et de lui parler.

Il s'agit en réalité de parler à la personne au courant du problème et qui dispose de la capacité de négocier et de conclure un accord. Le gérant d'immeubles a d'ordinaire de tels pouvoirs⁵⁷. Rien ne sert de parler soit à l'administrateur de la société immobilière, soit à un employé subalterne de

⁵⁵ Une règle de confidentialité aussi large met les parties en confiance et favorise les transactions.

⁵⁶ Par exemple, il suffit que le texte d'une lettre dise : « je suis d'accord de m'arranger sur les bases suivantes... » pour que son destinataire ne puisse pas s'en prévaloir ultérieurement, si l'offre a été refusée ou n'a été acceptée que partiellement.

⁵⁷ TF du 25.06.2013, 4C_1/2013, cons. 4.3.

la gérance, par exemple de son service du contentieux. En principe, ils ne sont pas au courant du litige, pour le premier, ou ils n'ont pas les pouvoirs de transiger, pour les seconds. Quand le locataire est confronté à un « petit propriétaire », il vaut souvent la peine de lui parler personnellement.

Le bon mandataire⁵⁸ ne doit jamais faire obstacle à une rencontre directe entre les parties au conflit. Ce n'est pas son rôle d'empêcher son client de transiger. Il doit seulement le rendre attentif aux points positifs et négatifs de la transaction et l'aider à la mettre en forme, dans le respect des règles impératives du droit du bail à loyer ou à ferme.

28. Le dialogue direct permet souvent de briser les préjugés et les opinions préconçues que les parties cultivent l'une envers l'autre. Une tasse de café, un mot gentil, ou une concession faite d'emblée facilite l'amorce du dialogue. La partie désireuse de trouver un accord ne doit pas hésiter à « se jeter à l'eau », c'est-à-dire à formuler la première offre d'arrangement⁵⁹, quitte à garder une marge de négociation, par souci tactique ou pour ménager la susceptibilité de l'interlocuteur. Nombre de pourparlers ont échoué parce que chacune des parties attendait en vain que l'autre fasse une offre.

Lorsque l'état des locaux et des réparations sont en jeu, il est souvent utile que les parties se rencontrent et dialoguent *sur place*. Une visite des lieux complète toujours utilement la production de photographies et de devis.

29. Le dialogue doit respecter un certain *rythme*. Si l'accord est proche, il convient d'accélérer le processus, de « battre le fer tant qu'il est chaud », de provoquer si nécessaire une nouvelle réunion. A l'inverse, une pause dans la négociation est parfois bénéfique ; elle permet à chaque interlocuteur de se calmer et de réfléchir.
30. Des négociations menées par la voie épistolaire peuvent parfois être contreproductives, des *écrits* maladroits laissant en règle générale plus de traces que des paroles inopportunes. En face de son interlocuteur, il est immédiatement possible de corriger ou de moduler ses précédents propos,

⁵⁸ Sur le bon mandataire, voir aussi ci-après N 54.

⁵⁹ Nous ne partageons pas une idée généralement admise : la partie qui, la première, formule une offre transactionnelle se mettrait en position de faiblesse.

s'ils ont été mal perçus ou mal compris. Il ne faut pas oublier que la négociation est avant tout une affaire de psychologie et de diplomatie.

Quand la négociation est menée de vive voix, les parties peuvent coucher sur le papier les progrès effectués, dans un bref procès-verbal. Il servira de point de départ pour une prochaine séance de négociation.

31. Quand le dialogue direct est difficile, les *mandataires* peuvent prendre le relais et poursuivre la négociation hors la présence de leurs clients. D'ordinaire en effet, les discussions entre professionnels sont plus objectives et moins passionnées. Enfin, dans certaines circonstances, l'intervention d'un tiers, facilitateur de la négociation, peut s'avérer décisive⁶⁰.

E. Viser une solution « gagnant-gagnant »⁶¹

32. Les conflits naissent souvent de malentendus, de crispations ou de contrariétés. D'ordinaire au début du litige les parties affirment des positions très tranchées. Il leur est ensuite difficile de se déjuger, de reculer.

Des formules consacrées permettent parfois de justifier un certain revirement : « par gain de paix » ; « pour ne pas compromettre la suite de la négociation » ; « vu la faible importance des enjeux » ; « pour tenir compte des problèmes de mon locataire ».

33. Cependant, la meilleure solution consiste à offrir à son interlocuteur une « *porte de sortie* », c'est-à-dire certains avantages contre lesquels il peut être enclin à revoir sa position d'origine. Il s'agit de lui permettre de sauver la face.

Il faut dès lors tenter de trouver une solution « gagnant-gagnant », basée sur la satisfaction des intérêts (objectifs et/ou subjectifs) de chacune des parties.

⁶⁰ Ci-après N 54-71.

⁶¹ « *Win-win* » ou « *no loss* », en anglais. On rappelle que la transaction implique des concessions réciproques (ci-dessus N 5 et 6).

34. Par exemple, on le verra ci-après⁶², le locataire acceptera plus facilement une majoration de son loyer si, en contrepartie, la durée de son bail est prolongée ou si des travaux sont exécutés aux frais du bailleur.
35. En d'autres mots, la transaction a de bonnes chances d'aboutir si chacune des parties veille à tenir compte de la susceptibilité de l'autre et ne cherche pas à l'humilier. Un bon compromis, dit-on, doit laisser les deux parties un peu insatisfaites, ou ne doit les satisfaire que partiellement. D'où le dicton « *mieux vaut un mauvais accord, qu'un bon procès* ».

F. Conclure un accord écrit

36. Une fois que la négociation a abouti, il faut la concrétiser rapidement par un accord écrit. Cette évidence sera développée plus loin⁶³.
37. Une bonne solution, lorsque la négociation a été longue et difficile, consiste à coucher *immédiatement sur le papier* les termes de la transaction, de manière sommaire et manuscrite s'il le faut. Ce document figurera l'accord des parties. Ledit accord pourra ensuite faire l'objet d'une rédaction plus élaborée, si son contenu ou le contexte (judiciaire ou extra-judiciaire) le justifie.

IV. Les règles empiriques utiles à la transaction

A. Introduction

38. Dans un séminaire consacré au droit du bail, nous ne prétendons pas que les règles juridiques codifiées dans le Code des obligations et dans l'OBLF, interprétées par la jurisprudence et la doctrine, ne doivent pas être appliquées. Nous prenons seulement la liberté de les « désacraliser » quelque peu. Leur utilité et leur portée doivent être relativisées, surtout quand les parties recherchent un accord.
39. Tout bon connaisseur du droit du bail sait que certaines des règles codifiées sont particulièrement complexes, surtout dans le domaine de la fixation du

⁶² Ci-après N 47.

⁶³ Ci-après N 74-77.

loyer. En pratique, les parties au contrat n'y ont recours qu'en cas de procédure judiciaire ou arbitrale.

Par ailleurs le Code, même bardé de normes impératives, laisse une place suffisante à la liberté contractuelle⁶⁴ des parties. Elle leur permet, dans leur recherche d'un compromis, d'avoir recours à des *règles empiriques, issues de l'expérience et fondées sur l'équité et le bon sens*

40. Une fois leur accord esquissé, les parties n'en doivent pas moins le confronter au droit existant afin de s'assurer que dans leur volonté commune de mettre fin à leur différend elles *respectent les règles impératives* du Code des obligations, de l'OBLF, voire des contrats-cadre ayant acquis force obligatoire générale.

La juridiction chargée d'homologuer une transaction judiciaire⁶⁵ ne peut le faire que si elle respecte les règles impératives du droit du bail.

41. Nous abordons ci-après ces règles dites empiriques, utiles à la transaction, à l'occasion de trois sous-chapitres.

D'abord nous évoquerons quelques-unes de « ces recettes de cuisine » pouvant aider les parties à trouver une solution *sur le seul objet du litige*⁶⁶, en nous focalisant sur le montant du loyer, la durée et la fin du bail et l'entretien de la chose louée. Il s'agit en pratique de la grande majorité des questions litigieuses⁶⁷.

Dans un second temps⁶⁸, nous exposerons qu'un des moyens de trouver un compromis consiste à sortir du strict cadre du litige et d'*élargir la négociation* à d'autres aspects du contrat de bail à loyer.

En troisième lieu, nous esquisserons la solution consistant à *inclure des tiers* dans le débat. Leur implication se justifie lorsqu'ils peuvent avoir une

⁶⁴ Art. 19 CO.

⁶⁵ La transaction est limitée aux droits à la libre disposition des parties ; ci-après N 78-79.

⁶⁶ Ci-après N 42-45.

⁶⁷ A Genève, en 2015 sur les 3286 nouvelles causes introduites auprès de l'autorité de conciliation, le 35,6% étaient des contestations de congé, le 41% des litiges sur le montant du loyer. Le solde comprenait un nombre important de conflits relatifs aux défauts de la chose louée (source : compte-rendu de l'activité du pouvoir judiciaire en 2015).

⁶⁸ Ci-après N 46-50.

responsabilité dans l'origine du litige ou s'ils sont susceptibles de contribuer à sa résolution⁶⁹.

B. Négociation limitée à l'objet du litige

42. Lorsque les parties se disputent sur le **montant du loyer**, à l'occasion d'une contestation du loyer initial⁷⁰, d'une majoration du loyer⁷¹ ou d'une demande de baisse de loyer⁷², divers critères extra-légaux⁷³ peuvent faciliter la recherche d'un accord. Nous en citerons quelques-uns.
- *Le rapport qualité/prix.* Le locataire est d'ordinaire attentif à la qualité du logement ou du local commercial concerné, mise en rapport avec le montant du loyer litigieux. Sous la rubrique « qualité », il prête attention à la situation de l'objet⁷⁴, à sa surface et à la disposition des pièces⁷⁵, à la présence de diverses commodités⁷⁶. En d'autres termes, bien qu'il ne s'agisse pas vraiment d'un critère légal de fixation du loyer⁷⁷, le locataire est attentif et sensible à la qualité de l'objet locatif, et accepte en règle générale de payer un loyer en relation avec celle-ci.

⁶⁹ Ci-après N 51-53.

⁷⁰ Art. 270 CO.

⁷¹ Art. 270b CO.

⁷² Art. 270a CO.

⁷³ Les critères légaux des art. 269 et 269a CO ne s'appliquent qu'en cas de contestation judiciaire. Dans le cadre d'un accord, les parties ne sont pas tenues de les respecter. Toutefois, évidemment, la motivation de la prétention (art. 269d al. 1 CO) et les critères invoqués par le demandeur jouent un rôle y compris lors d'une discussion transactionnelle. Ils permettent au défendeur de supputer les chances de succès de son interlocuteur.

⁷⁴ L'environnement est-il agréable ou bruyant ? Y a-t-il des commerces à proximité ? L'objet loué est-il bien desservi par les transports publics ? Le logement est-il proche du lieu de travail du locataire ou de l'école des enfants ? Ces critères ont une influence sur les frais (de transport) qu'assume le locataire.

⁷⁵ Une grande surface n'est pas nécessairement un avantage, lorsque les locaux comportent des espaces inutilisables ou mal conçus.

⁷⁶ Pour les habitations : cuisine agencée ; machine à laver/sécher le linge dans le logement ; cave spacieuse ; grenier ; local à vélos ; ascenseur ; jardin ; place de parc pour la voiture ; etc.

⁷⁷ Seuls les loyers comparatifs de l'art. 269a lettre a CO se mesurent à l'aune de ces critères qualitatifs (emplacement, dimension, équipement, état et année de construction : art. 11 al. 1 OBLF).

- *L'état d'entretien des lieux*⁷⁸. Le bailleur qui néglige l'entretien des locaux loués ou de l'immeuble en général doit s'attendre à ce que le locataire s'en plaigne, lorsqu'il s'agit de discuter le montant du loyer.
- *La sécurité du rapport juridique*. Les locataires ont intérêt à garantir la pérennité et la sécurité de leur bail. Les titulaires d'un local commercial sont, par exemple, prêts à monnayer au niveau du loyer une inscription de leur contrat au registre foncier⁷⁹, pour se mettre à l'abri d'une résiliation anticipée du bail en cas de vente de l'immeuble⁸⁰.
- *Les loyers pratiqués dans l'immeuble*. Les locataires aspirent à être traités de manière équitable par rapport aux autres habitants de l'immeuble. Même si les Suisses sont d'ordinaire discrets quant à leurs dépenses, ils échangent souvent avec leurs voisins des informations sur leur loyer. Lorsqu'à qualité égale, il leur est demandé un loyer plus élevé⁸¹ que celui de leurs voisins, ils s'en plaignent.
- *L'existence d'aides étatiques au loyer*. Lorsque le locataire est de condition modeste, le bailleur a tout intérêt à lui signaler la possibilité d'obtenir des aides fédérales⁸², communales ou cantonales⁸³, qui tiennent compte dans certaines limites du montant du loyer. Avant de les accorder, les autorités vérifient que le loyer réclamé n'est pas surfait. Il ne s'agit pas pour le bailleur de justifier exclusivement son loyer par l'existence de ces aides étatiques, mais seulement, lorsque sa prétention est fondée, de signaler au locataire qu'il peut en bénéficier.

⁷⁸ Légalement, une hausse des frais d'entretien ou des prestations supplémentaires du bailleur peut justifier une majoration du loyer (art. 269a lettre b CO) ou influencer le rendement de la chose louée (art. 269 CO).

⁷⁹ Art. 261b CO.

⁸⁰ Art. 261 al. 2 lettre a CO.

⁸¹ Une prime à l'étage et à l'ancienneté sont admises dans une certaine mesure.

⁸² Les aides complémentaires AVS/AI sont versées par les cantons aux rentiers dont les rentes et autres revenus ne couvrent pas les besoins vitaux. Elles prennent en compte le loyer et les frais accessoires annuels à concurrence de CHF 13'200.- pour une personne seule et de CHF 15'000.- pour une personne en couple ou avec un ou des enfants (mémento AVS/AI N0 5.01/f).

⁸³ Certains cantons connaissent des allocations de logement (aide à la personne ; cf. par exemple les art. 39A ss de la Loi genevoise générale sur le logement du 4 décembre 1977 ; I 4 05).

- *La situation financière du locataire.* Il est dangereux pour un locataire d'accepter un loyer qu'il ne parviendra que difficilement à payer⁸⁴. De son côté, le bailleur n'a aucun intérêt à imposer à son locataire un montant de loyer qui le met en difficulté financière et qui risque de le contraindre à accumuler des retards de paiement. Dès lors, en matière commerciale surtout, il peut être utile pour le locataire de montrer à son bailleur les comptes de l'activité commerciale déployée dans les locaux loués, sur plusieurs années. Les parties pourront alors convenir d'un loyer à la mesure des revenus du locataire⁸⁵, ou lier le loyer à l'évolution du chiffre d'affaires (bail partiaire)⁸⁶.
- *La fidélité contractuelle.* Si le locataire est en place depuis de très longues années, surtout s'il s'agit d'une personne âgée, le bailleur doit être conscient qu'il lui serait difficile de le faire déménager. Dès lors, ce même bailleur doit, même si cela lui semble économiquement ou socialement⁸⁷ injustifié, admettre que le locataire en place depuis longtemps bénéficie d'un « bonus » au niveau du loyer.
- *La fréquence des modifications du loyer et leur quotité.* Tout locataire attentif mesure l'évolution de son loyer depuis la conclusion de son bail. Il le compare en particulier à l'évolution du coût de la vie et de son pouvoir d'achat. Dès lors le bailleur responsable ne doit pas tenter à chaque occasion possible de majorer le loyer, et lorsqu'il le fait, il doit se montrer mesuré⁸⁸. Il doit en aller ainsi en particulier en période conjoncturelle peu favorable. Les hausses de loyer notifiées à « contretemps », lorsque le taux hypothécaire est à la baisse ou

⁸⁴ En pratique le tiers du revenu représente un seuil empirique à ne pas dépasser pour le loyer : ATF 119 II 36, cons. 3d, DB 5/1993 N 5 ; TF MP 1997, p. 155 du 07.03.1995, cons. 3b, DB 7/1995 N 6 ; CPra Bail-BISE/PLANAS, art. 264 CO N 44-46.

⁸⁵ Pour le loyer de l'habitation, un lien direct entre le loyer et le revenu du locataire ne se conçoit que pour des habitations sociales (celles de la Ville de Genève par exemple). Il est peu usuel en Suisse que le bailleur se renseigne sur les revenus de son locataire, sauf à l'occasion de la première location. Rien n'empêche que le locataire prenne les devants et fasse part à son bailleur de ses limites financières.

⁸⁶ Sur le bail partiaire : ATF 116 II 587, cons. 2 et 3b, DB 3/1991 N 12 ; CPra Bail-BOHNET/BROQUET, art. 269a CO N 3 ; SVIT, art. 269a CO N 33-35 ; BSK-WEBER, art. 269b CO N 10, ainsi que la contribution de SIEGRIST au présent Séminaire.

⁸⁷ Dans un marché souffrant de pénurie il est mal compris que des personnes seules ou des couples sans enfants continuent à occuper de très grands logements.

⁸⁸ Le bailleur qui spontanément a accordé des baisses de loyer en raison de la diminution des taux hypothécaires est psychologiquement en meilleure position.

lorsque l'indice des prix stagne, sont malvenues. De même, le locataire qui a demandé systématiquement des baisses de loyer chaque fois que le taux hypothécaire a baissé doit s'attendre, un jour ou l'autre, en cas de remontée des taux, à un « effet boomerang ».

- Les parties qui, en vue de transiger sur le montant du loyer, considèrent nécessaire d'esquisser un calcul de rendement, au sens de l'art. 269 CO, peuvent se simplifier la vie, soit en estimant le *rendement brut de la chose louée* (rapport entre le loyer et le coût de revient de l'objet⁸⁹). Elles peuvent aussi *apprécier les charges immobilières de manière forfaitaire*, à l'instar de la pratique en Suisse allemande⁹⁰.

43. Si la **fin du bail** est en jeu, suite à une résiliation, les parties doivent d'abord se demander si cette dernière est justifiée et inéluctable. Le bailleur ne peut-il pas renoncer au congé, moyennant des concessions de la part du locataire ? Ne peut-il pas proposer au locataire un objet locatif de substitution⁹¹ ?

Entre l'annulation du congé⁹² et la prolongation du bail⁹³, divers *compromis* peuvent être esquissés, comme l'octroi d'une longue prolongation contre l'acceptation du congé par le locataire. De même, les parties peuvent subordonner l'entrée en force du congé et/ou le principe et la durée de la prolongation du bail à la réalisation du motif du congé.

Par exemple, le congé est donné parce que le bailleur entend attribuer le logement à sa fille qui va se marier à l'étranger et qui rentrera ensuite en Suisse. Les parties peuvent dans ce cas convenir que le congé entrera en force trois mois après le mariage et que le bail sera ensuite prolongé une

⁸⁹ Comme le prévoit l'art. 269a lettre c CO, mais exclusivement pour les immeubles récents.

⁹⁰ Les forfaits d'augmentation des charges d'entretien et d'administration (par exemple + 1% par an pour les immeubles de plus de 25 ans) concernent surtout l'application de la méthode relative ; on peut aussi les utiliser dans le cadre du calcul de rendement de l'art. 269 CO. Le Tribunal fédéral n'admet la méthode qu'exceptionnellement, quand un calcul des variations effectives des coûts ne conduit à aucun résultat probant et que l'application des forfaits n'induit pas une majoration injustifiée du loyer : TF du 17.07.2013, 4A_88/2013, cons. 4.1 à 4.6 ; TF du 01.10.2001, 4C.157/2001, cons. 2c.

⁹¹ Ci-après N 48.

⁹² Art. 271-271a CO.

⁹³ Art. 272 ss CO.

unique fois d'un an. En outre, l'accord comportera une clause pénale prévoyant des dommages-intérêts en faveur du locataire, si après qu'il a libéré le logement, ladite fille ne rentre pas en Suisse ou s'installe à son retour dans un autre logement.

Dans la discussion, les *motifs* invoqués par le bailleur à l'appui du congé et les critères⁹⁴ en vertu desquels le juge procède à une pesée des intérêts en vue de l'octroi d'une prolongation de bail joueront un rôle important.

En sus, les solutions empiriques suivantes peuvent contribuer à la recherche d'un compromis :

- Lorsque la fin du bail est justifiée par d'*importants travaux de rénovation ou de transformation*, les parties peuvent faire dépendre l'entrée en vigueur du congé ou l'engagement de départ du locataire de la délivrance ou de l'entrée en force⁹⁵ de l'autorisation de construire que le bailleur doit obtenir. Les parties peuvent aussi convenir que le locataire libérera provisoirement les lieux et pourra les réintégrer à la fin des travaux, à des conditions de durée et de loyer d'ores et déjà définies⁹⁶.
- Le *paiement d'une indemnité* au locataire peut faciliter la fin des rapports contractuels. Cette indemnité peut couvrir des frais de déménagement, des travaux à entreprendre dans de nouveaux locaux, une différence de loyer pendant un certain temps. Il peut même s'agir d'une indemnité d'éviction⁹⁷, sans véritable justification économique,

⁹⁴ Art. 272 al. 2 CO : circonstances de la conclusion du bail et contenu du contrat ; durée du bail ; situation personnelle, familiale et financière des parties, ainsi que leur comportement ; besoin que le bailleur et ses proches parents ou alliés peuvent avoir d'utiliser eux-mêmes les locaux, ainsi que l'urgence de ce besoin ; situation du marché local du logement et des locaux commerciaux. A ces critères s'ajoute celui des recherches de relogement effectuées par le locataire (art. 272 al. 3 CO).

⁹⁵ Dans cette hypothèse le locataire devrait s'engager à ne pas recourir ou faire recourir des tiers contre l'autorisation de construire.

⁹⁶ TF du 09.12.2009, 4A_414/2009, cons. 3.1 ; TF du 03.08.2012, 4A_126/2012, cons. 4.2.

⁹⁷ Sur le « *golden handshake* » ou « *key money* » (*Schlüsselgeld*) : MINDER, p. 167-173 N 462-477 ; WETZEL/MESEK, p. 5-9 ; TERRAPON, p. 161 N 32-35. Même si certains de ces accords de « pas-de-porte » sont à la limite de la légalité, les locataires qui y consentent en toute connaissance de cause et mus par l'appât du gain seraient malvenus de les remettre en cause ultérieurement (*venire contra factum proprium* ; art. 2 al. 2 CC).

lorsque le bailleur y trouve son compte, en fonction de ses projets liés aux locaux (souvent commerciaux) concernés. En pratique, de telles indemnités sont souvent dégressives en fonction de l'écoulement du temps : plus le locataire libère vite les locaux, plus il perçoit d'argent. Le locataire qui conclut un tel accord d'indemnisation doit être conscient de ses incidences fiscales : elles sont d'ordinaire taxées comme un revenu⁹⁸.

- Si le *locataire est âgé*, selon les circonstances, le bailleur peut lui accorder une prolongation judiciaire de bail à vie ou jusqu'à son départ en maison de retraite. S'agissant d'une prolongation unique de bail, elle sera opposable à ses héritiers. Ils ne pourront pas prétendre que le bail perdure en leur faveur au-delà de l'échéance (déterminable) de cette prolongation judiciaire du contrat.
44. Enfin, si l'**état des locaux** et leur entretien constituent l'objet du litige les parties doivent avoir à l'esprit les critères suivants.
- *Le rapport qualité/prix*. Plus le loyer est bas, moins le locataire peut être exigeant quant à l'état des lieux.
 - *La situation financière du bailleur*. Si le bailleur est un organisme à but social ou idéal, ne disposant que d'un budget limité pour les travaux d'entretien⁹⁹, le locataire doit en tenir compte, par exemple en acceptant de différer certains travaux, ou en payant une partie des réparations.
 - *La perspective d'une prochaine rénovation ou démolition de l'immeuble*. A l'évidence, si de grands travaux sont planifiés dans l'immeuble dans un horizon temporel raisonnable, le locataire doit se montrer modéré quant à sa prétention de travaux. Il se contentera des réparations indispensables, limitées à la sécurité ou à la salubrité de l'immeuble.
 - *Le coût des travaux souhaités*. Si le locataire demande des travaux d'entretien, la discussion doit s'appuyer sur un ou plusieurs devis. En fonction des coûts devisés, la pratique¹⁰⁰ admet que le locataire

⁹⁸ L'élémentaire prudence consiste à consulter un fiscaliste avant de passer un tel accord.

⁹⁹ Dans cette hypothèse, le bailleur devrait démontrer qu'il a épuisé ou fortement entamé son budget.

¹⁰⁰ L'art. 256 al. 2 CO rend impératives pour les baux d'habitations et de locaux commerciaux les dispositions relatives à l'obligation du bailleur d'entretenir à ses frais

participe financièrement aux travaux, ou consente au bailleur d'autres avantages contractuels¹⁰¹. Le locataire peut aussi accepter des travaux échelonnés dans le temps ; le bailleur y trouve parfois un intérêt fiscal¹⁰².

- Enfin, quand le locataire demande la réparation de défauts et qu'il peut *simultanément prétendre à une réduction provisoire du loyer et/ou à des dommages-intérêts*¹⁰³, la négociation peut porter sur un abandon total ou partiel des prétentions en réduction de loyer et/ou en dommages-intérêts, contre la bonne exécution de tous les travaux nécessaires ou souhaités.
45. Bien entendu, aucune des règles empiriques décrites ci-dessus n'a une portée décisive. Il ne s'agit que d'*aides à la discussion*, de nature à faire réfléchir l'interlocuteur, à faciliter le dialogue et la recherche d'un accord. Leur invocation sera utilement complétée par les considérations issues de l'analyse juridique et de l'appréciation du rapport des forces en présence¹⁰⁴.

C. Négociation étendue à l'ensemble du contrat

46. Un des grands avantages du compromis est qu'il permet de ne *pas focaliser le débat sur le seul objet* du litige. Les parties qui négocient peuvent orienter la discussion sur l'ensemble du rapport contractuel¹⁰⁵.
47. Ainsi, le compromis peut inclure une *modification de la durée* du bail lorsque les parties se disputent sur le **montant du loyer**. Contre une majoration du loyer, le bailleur peut consentir une prolongation de la durée du contrat, pendant laquelle la hausse peut être échelonnée¹⁰⁶. Inversement,

les locaux loués. Le locataire ne peut pas valablement renoncer *par avance* à ses droits en la matière. Toutefois, confronté à un défaut concret, il peut valablement renoncer à s'en prévaloir. En outre, le contrat peut valablement mettre certains travaux d'entretien à la charge du locataire, s'il en a été tenu compte dans la fixation du loyer ou de toute autre manière appréciable économiquement (ATF 104 II 202, cons. 3 ; CPra Bail-MONTINI/BOUVERAT, art. 256 CO N 62-63 et réf. cit.).

¹⁰¹ Ci-après N 49.

¹⁰² En raison de la déductibilité fiscale de tels travaux, jusqu'à une certaine limite annuelle.

¹⁰³ Art. 259d et 259e CO.

¹⁰⁴ Ci-dessus N 17 et 18.

¹⁰⁵ Ci-dessus N 14.

¹⁰⁶ Art. 269c CO.

le locataire qui prétend à une diminution du loyer peut avoir intérêt à y renoncer contre une réduction de la durée de son contrat¹⁰⁷, s'il estime celui-ci trop long et craint de ne pas trouver, le moment venu un locataire de remplacement pour se libérer de ses obligations contractuelles¹⁰⁸. Le locataire peut aussi se montrer souple à propos du loyer, si le bailleur assume des travaux.

48. Lorsque le litige porte sur la **fin du bail**, suite à sa résiliation, la solution peut consister de la part du locataire à proposer une reconduction du contrat, moyennant un *loyer majoré*. Il pourra en aller ainsi en cas de congé dit « économique¹⁰⁹ », c'est-à-dire motivé par le désir du bailleur de majorer le loyer à l'occasion d'un changement de locataire. Pareille solution pourra intéresser le locataire, s'il a constaté que le loyer des logements de remplacement potentiels est élevé, que le déménagement est onéreux ou qu'il devrait changer de mobilier. Le commerçant congédié peut avoir aussi intérêt à pareille solution, en regard du « pas de porte » exigé pour une arcade de substitution.

La proposition de reconduire le bail résilié contre une majoration du loyer ne peut à nos yeux venir que du locataire, vu l'interdiction faite au bailleur d'assortir une majoration du loyer d'une résiliation ou d'une menace de résiliation¹¹⁰⁻¹¹¹.

Toujours en cas de résiliation du contrat, la solution peut consister de la part du bailleur à *offrir d'autres locaux* à son locataire¹¹². Il pourra en aller ainsi lorsque la résiliation du bail est motivée par une sous-occupation ou une suroccupation des locaux. Le bailleur aura alors intérêt à proposer à

¹⁰⁷ Une autre solution pour ce locataire consiste à négocier une « porte de sortie », c'est-à-dire une clause lui permettant de résilier unilatéralement le contrat avant son échéance.

¹⁰⁸ Art. 264 CO.

¹⁰⁹ Sur le congé économique, dernières jurisprudences : ATF 136 III 74, cons. 2.1, DB 22/2010 N 18 ; TF du 08.12.2015, 4A_211/2015, cons.2 ; TF du 11.02.2014, 4A_397/2013, cons. 3.5.

¹¹⁰ Art. 269d al. 2 lettre c CO.

¹¹¹ Une telle négociation doit être menée avec prudence de la part du bailleur. La confidentialité des pourparlers est ici essentielle (ci-dessus N 23-26).

¹¹² L'art. 272a al. 2 CO dispose qu'aucune prolongation de bail n'est en règle générale accordée au locataire à qui le bailleur offre des locaux d'habitation ou des locaux commerciaux équivalents.

son locataire des locaux plus petits ou plus grands, si son parc immobilier comporte de tels objets vacants¹¹³.

Enfin, selon l'objet de la location, la négociation peut déboucher sur une « *résiliation partielle*¹¹⁴ du bail » : le locataire accepte de se séparer d'une partie des locaux loués¹¹⁵, moyennant une adaptation du contrat.

49. Un litige relatif à l'**état des locaux et à leur entretien** peut trouver son issue dans l'exécution des travaux aux frais du bailleur contre une *majoration du loyer*¹¹⁶ et/ou une *prolongation du bail*¹¹⁷.

Inversement le locataire peut avoir intérêt à payer tout ou partie du coût des réparations, moyennant une *prolongation de la durée* du contrat et un loyer inchangé. Si les travaux financés par le locataire génèrent une plus-value, le bailleur fera, si telle est la volonté des parties, préciser dans l'accord qu'ils ne donneront pas lieu à une indemnité à la fin du bail¹¹⁸. La prolongation du bail moyennant un loyer inchangé compense dans ce cas pareille indemnité.

50. Quel que soit l'objet du litige, lorsque les parties sont sérieusement insatisfaites de la relation contractuelle, et s'adressent mutuellement des reproches, il vaut parfois la peine de « mettre toutes les cartes sur la table » au cours de la discussion et d'*envisager d'un commun accord la fin prématurée du contrat*¹¹⁹.

¹¹³ Ce même bailleur peut tenter de proposer à ses locataires de procéder à un échange d'appartements ou de locaux commerciaux.

¹¹⁴ On rappelle que la résiliation partielle n'est pas possible. Si les divers locaux loués font l'objet d'un seul bail, la résiliation les concerne tous. La négociation permet de pallier cet inconvénient.

¹¹⁵ Une des pièces de l'appartement, pour permettre la construction d'un ascenseur ; ou bien l'appartement compris dans le bail du café-restaurant loué.

¹¹⁶ Faut-il joindre un formulaire officiel à la convention concrétisant pareil accord ? Voir ci-après N 76.

¹¹⁷ Le bailleur voudra être sûr d'amortir sur la durée du contrat les travaux qu'il assume.

¹¹⁸ Art. 260a al. 3 CO.

¹¹⁹ Ici aussi, la proposition devrait émaner du locataire pour que la fin du bail, quoique décidée d'un commun accord, ne soit pas interprétée comme une mesure de représailles (art. 271a al. 1 lettre a CO). D'une manière générale, à l'évidence, le bailleur qui entre en négociation ne doit pas menacer son locataire de congé.

En effet, une relation contractuelle dans laquelle au moins l'un des contractants est insatisfait risque de déboucher sur des conflits à répétition.

Certes, pareille solution est plus facile à concevoir dans un marché immobilier détendu, lorsque ne sévit pas la pénurie de logements ou de locaux commerciaux. Pour faciliter un tel compromis, le bailleur pourra prêter au locataire son assistance en lui versant une indemnité ou en l'aidant à trouver des locaux plus adaptés à ses besoins.

D. Négociation étendue à d'autres parties

51. Nous avons déjà exposé¹²⁰ que la négociation permet d'introduire des *tierces personnes* dans le débat, autres que les parties au contrat de bail¹²¹. Si ces tiers sont associés à des pourparlers extra-judiciaires, les parties s'épargneront les questions liées à leur qualité pour agir ou pour défendre, ou au fait de savoir s'ils sont, ou non, justiciables des juridictions de baux et loyers.
52. Ainsi peut-il être utile de solliciter la participation directe¹²² ou indirecte¹²³ à la négociation.
 - Du *sous-locataire*, par exemple lorsqu'il est responsable de dégâts à la chose louée ; lorsqu'il est à l'origine de la demande de travaux que le locataire répercute sur le bailleur principal ; lorsque la résiliation ou la fin du bail principal entraîne celle du bail de sous-location ; si le retard de loyer accumulé par le locataire principal est consécutif à une absence de paiement des loyers de la sous-location.
 - Du *gérant de l'immeuble*. Il peut assumer parfois une certaine responsabilité. Par exemple, s'il n'a pas suffisamment vérifié la solvabilité du locataire au moment de conclure le bail, il peut être invité (lui ou son assureur RC) à participer financièrement à un arrangement en vue d'éponger un arriéré de loyer.

¹²⁰ Ci-dessus N 15.

¹²¹ Et autres que les auxiliaires de la négociation (ci-après N 54-71).

¹²² Le tiers participe directement aux discussions.

¹²³ Le tiers ne participe pas aux discussions, mais la partie concernée le consulte et s'assure de son appui au fur et à mesure de l'avance des pourparlers.

- De l'*assureur RC*¹²⁴ du locataire auquel, à la fin du bail, des indemnités de remise en état des locaux sont demandées¹²⁵.
- De l'*assureur du bailleur* appelé à prendre en charge une indemnité due au locataire.
- De l'*assureur*¹²⁶ des entreprises de la construction ou de l'architecte mis en œuvre par le bailleur lorsque, *in fine*, ceux-pourraient assumer des réductions de loyer ou des dommages-intérêts dus aux locataires en raison d'une gestion défailante des travaux entrepris dans l'immeuble.
- De l'*assureur de protection juridique* du locataire. Plutôt que d'assumer les frais d'une procédure, certains assureurs de protection juridique participent aux discussions avec le bailleur et recherchent un accord. Ainsi avons-nous vu le cas d'un locataire à qui son bailleur réclamait CHF 6'000.- pour de prétendus dégâts à la chose louée. L'assureur RC du locataire acceptait de payer CHF 2'000.-. La transaction s'est faite à hauteur de CHF 3'000.-, l'assureur de protection juridique a ajouté CHF 1'000.-, plutôt que de payer des frais d'avocat et de justice.
- D'*autres habitants de l'immeuble* à l'origine des nuisances (bruits et troubles dans l'immeuble) ou des défauts¹²⁷ (dégâts d'eau) dont un ou plusieurs locataires se plaignent auprès du bailleur.
- De l'*administrateur de la PPE* lorsque la location porte sur une part de PPE. Dans ce contexte certaines décisions échappent au seul bailleur et impliquent un accord (majoritaire ou unanime) de l'assemblée des copropriétaires¹²⁸.
- Des *voisins (et des assureurs de leurs entrepreneurs et architectes)* qui mènent un chantier important occasionnant des nuisances

¹²⁴ On rappelle qu'il n'y a pas d'action directe du bailleur contre l'assureur RC du locataire.

¹²⁵ Art. 267 CO.

¹²⁶ Récemment la question s'est posée de solliciter l'assureur d'un fabricant. Il avait fourni au locataire une batterie de vélo électrique défectueuse. Elle a explosé dans l'appartement et a provoqué un incendie le détruisant complètement. Hélas ledit fabricant est établi en Chine !

¹²⁷ L'assureur RC de ces locataires voisins pourrait éventuellement participer aux discussions.

¹²⁸ Art. 647a - 647e CC.

accrues¹²⁹ envers le voisinage. Les locataires demandent alors des réductions de loyer à leur bailleur, qui se retourne contre les voisins^{130_131}.

- Des *collectivités publiques*¹³² qui exploitent des installations causant des nuisances pour le voisinage (aéroport, autoroute, chemin de fer, usine d'incinération, station d'épuration, etc.).
- De l'*acquéreur pressenti de l'immeuble*. Le bailleur qui a signé une promesse de vendre son immeuble serait bien inspiré d'associer, directement ou indirectement¹³³, le promettant-acquéreur aux discussions ayant trait à des litiges, si la solution esquissée peut déployer des effets après la signature de l'acte de vente (montant des loyers, durée des baux).
- Du *bénéficiaire d'un transfert de bail commercial*¹³⁴. Le locataire transférant devrait associer le bénéficiaire du transfert aux discussions transactionnelles dont les effets seront postérieurs à la prise d'effet du transfert de bail.

53. La négociation présente un intérêt particulier pour les *conflits collectifs*¹³⁵.

En présence de contestations de majorations de loyer ou de résiliations de bail signifiées à tous les locataires d'un immeuble, ou d'une rénovation touchant un grand nombre de locaux loués, les mandataires des deux parties et les tribunaux sont mal outillés. Ils peinent à traiter cette multiplicité de cas. Les écritures à fournir aux tribunaux deviennent

¹²⁹ Sur la notion des nuisances « excessives » (immissions et troubles atteignant une gravité particulière) qui seules justifient des indemnités fondées sur les droits du voisinage : LACHAT, bail, p. 255 s. ad 3.3 et nombreuses références aux notes de bas de page 61-68 ; CPra Bail-AUBERT, art. 259d CO N 23-37.

¹³⁰ Art. 679 et 684 CC.

¹³¹ Si le voisin participe à la négociation, le locataire peut lui demander des dommages-intérêts (même si ce voisin n'est pas en faute), alors que dans cette situation il ne peut pas prétendre en règle générale à des dommages-intérêts de la part du bailleur. L'art. 259e CO permet en effet à ce dernier de s'exculper, s'il n'a pas commis de faute.

¹³² Voir note de bas de page 37 ci-dessus ; voir aussi CPra Bail-AUBERT, art. 259d CO N 36-37.

¹³³ Voir notes de bas de page 122 et 123 ci-dessus.

¹³⁴ Art. 263 CO.

¹³⁵ Ci-dessus N 15. S'agissant de la manière de rédiger les accords collectifs auxquels par hypothèse on est parvenu : ci-après N 76.

pléthoriques. Les audiences où la comparution personnelle des parties est la règle¹³⁶ se multiplient. S'il s'agit de négocier en ordre dispersé avec chacun des locataires concernés, ces dossiers chronophages ne profitent économiquement qu'aux mandataires.

Dans ces conditions, il est plus simple et plus économique d'envisager des accords. Ils peuvent porter :

- *Sur la procédure.* Les parties se mettent d'accord pour confier les causes de tous les locataires à un seul et même mandataire¹³⁷ et de n'instruire devant les juridictions compétentes *qu'un ou quelques cas test*¹³⁸ ; les autres causes restent suspendues devant l'autorité de conciliation¹³⁹, jusqu'à ce que la dernière instance se soit prononcée définitivement sur les cas test ; la solution judiciaire de ceux-ci est appliquée à l'ensemble des cas.
- *Sur le fond.* La négociation vise à trouver une solution unique, applicable à tous les cas, ou des solutions diverses, en fonction des différentes catégories de cas.

V. Les auxiliaires de la négociation

A. Introduction

54. En règle générale, les parties en conflit parviennent à un compromis grâce à l'aide de leur seul *mandataire*. On doit en effet attendre de ce dernier (avocat¹⁴⁰, gérant d'immeubles, consultant d'une association de bailleurs

¹³⁶ Art. 204 al. 1 CPC pour la conciliation ; devant le juge, la convocation doit préciser si la comparution personnelle des parties est ordonnée (art. 68 al. 4 CPC).

¹³⁷ Si possible ce mandataire ne reçoit ses instructions que d'un ou deux interlocuteurs, les locataires se regroupant en un collectif, qui désigne ses porte-paroles.

¹³⁸ Ou « cas-pilotes ».

¹³⁹ L'art. 126 CPC prévoit que le « tribunal » peut ordonner la suspension de la procédure. La jurisprudence et la doctrine étendent cette faculté à l'autorité de conciliation : ATF 138 III 705, cons. 2.3, DB 25/2013 N 22 ; BSK ZPO-GSCHWEND/BORNATICO, art. 126 CPC N 3 et réf cit .

¹⁴⁰ L'art. 9 du Code suisse de déontologie de la Fédération suisse des avocats encourage l'avocat à régler à l'amiable les litiges, dans la mesure où l'intérêt du client ne s'y oppose pas.

ou de locataires, agent d'affaires) qu'il n'épouse la cause de son mandant qu'en ce qu'elle a de juste et d'objectif.

Le bon mandataire¹⁴¹ posera sur le cas qui lui est soumis un diagnostic froid, résultant d'une analyse honnête, non limitée aux seuls aspects juridiques¹⁴².

Ce mandataire doit attirer l'attention de son client sur les faiblesses de sa cause, sur les risques, les coûts et les lenteurs d'une procédure. Il doit le guider objectivement dans la négociation.

L'expérience démontre malheureusement que certains avocats sont peu enclins à favoriser la transaction et s'érigent même en obstacles à la recherche d'un compromis. Leur appât du gain les incite à favoriser les procès, plus lucratifs pour eux¹⁴³.

55. Parfois, pour le motif indiqué ci-dessus, en raison de l'antagonisme exacerbé des parties ou compte tenu des particularités de l'affaire, l'intervention du seul mandataire n'est pas suffisante. Dans ces situations, l'aide d'un *tiers neutre* peut faciliter la négociation et son aboutissement.

Nous indiquons ci-après¹⁴⁴ quels peuvent être ces auxiliaires de la négociation. Ils peuvent intervenir alors que les parties n'ont pas encore mis en oeuvre un mandataire, ou alors qu'elles en ont déjà un. Ces tiers, amiables compositeurs, sont utiles avant qu'une procédure ait été engagée, mais également après.

Il nous apparaît en toute hypothèse essentiel, dans un domaine aussi technique, que ce tiers neutre connaisse le droit du bail à loyer et à ferme : il doit amener les antagonistes à trouver un arrangement qui respecte ses nombreuses règles impératives.

¹⁴¹ Sur le bon mandataire, voir aussi ci-dessus N 27.

¹⁴² Ci-dessus N 17-19.

¹⁴³ Le système de la facturation à l'heure de travail (*time sheet*) est un frein à la transaction. Le bon mandataire qui trouve rapidement, par le biais d'un compromis, une issue au litige auquel est confronté son client devrait plutôt être récompensé d'y être parvenu en peu d'heures de travail.

¹⁴⁴ Ci-après N 56-71.

B. L'autorité de conciliation et le juge

56. L'art. 201 al. 1 CPC impose à l'autorité paritaire de conciliation de tenter de « trouver un accord entre les parties de manière informelle »¹⁴⁵. Il s'agit de la tâche principale des autorités de conciliation, dont elles s'acquittent plutôt bien. Ainsi au deuxième semestre de 2015, en moyenne sur toute la Suisse, 50,4% des causes liquidées ont fait l'objet d'un arrangement entre les parties¹⁴⁶. A Genève en 2015, 64% des causes terminées devant l'autorité de conciliation ont été arrangées ou retirées¹⁴⁷.
57. *La composition paritaire*¹⁴⁸ des autorités de conciliation en matière de baux à loyer ou à ferme favorise la discussion entre les parties et la conclusion d'un accord.
- La présence d'un représentant de chaque camp, aux côtés du président ou de la présidente neutre, est de nature à donner confiance aux parties.
- Encore faut-il que ces représentants des milieux de bailleurs et de locataires n'épousent pas aveuglément les thèses de « leur » partie¹⁴⁹. Il est indispensable qu'ils prennent de la distance. D'ordinaire tel est le cas. Lorsque le représentant des propriétaires conseille au bailleur d'accepter la solution proposée, et que le représentant des locataires en fait de même auprès du preneur, la transaction a de bonnes chances d'aboutir.
58. De même, le fait que les parties doivent en règle générale¹⁵⁰ comparaître en personne et peuvent être assistées¹⁵¹ contribue au dialogue.

¹⁴⁵ In TF du 22.03.2013, 4A_281/2012, cons. 1.2, le Tribunal fédéral rappelle que la principale tâche des autorités paritaires est de concilier les parties (art. 208 CPC), ce qui n'en fait pas vraiment une autorité judiciaire (un tribunal) et exclut d'emblée qu'une de ses décisions fasse l'objet d'un recours direct au Tribunal fédéral.

¹⁴⁶ Source : Office fédéral du logement.

¹⁴⁷ Source : compte-rendu de l'activité du pouvoir judiciaire en 2015.

¹⁴⁸ Art. 200 al. 1 CPC. Sur la composition paritaire des autorités de conciliation et des tribunaux en matière de baux : LACHAT, procédure, p. 83-86 ; ATF 141 III 439, cons. 3 ; 126 I 235, cons. 2b-2e, DB 14/2002 N 25 ; 138 I 1, cons. 2.3-2.4 et réf. à TF du 24.11.1997, 4P.147/1997, cons. 3b/bb.

¹⁴⁹ Sur la question : ISABELLE BIERI, p. 48 s. N 32.

¹⁵⁰ Principe : art. 204 al. 1 CPC. Exceptions : art. 204 al. 3 CPC .

¹⁵¹ Art. 204 al. 2 CPC.

La confidentialité des audiences¹⁵² et leur caractère d'ordinaire¹⁵³ non public favorisent aussi la négociation.

Pour donner aux parties le temps de réfléchir et de se concerter hors audience, l'autorité de conciliation peut utilement convoquer des audiences supplémentaires¹⁵⁴.

La loi précise enfin à bon escient qu'une transaction peut porter sur des questions litigieuses non comprises dans l'objet du litige¹⁵⁵.

59. En pratique il est conseillé aux parties d'échanger des vues, sous les réserves d'usage, avant l'audience de conciliation ou à tout le moins de *se préparer* pour cette dernière, de manière à pouvoir présenter à l'autorité non seulement leur position « officielle », mais également la position « de repli » qui leur conviendrait en cas d'accord. Il s'agit ainsi pour les parties de combler une partie du fossé qui les séparait initialement. L'autorité de conciliation se charge ensuite, si possible, d'achever le travail.
60. Pour amener les parties à un compromis, l'autorité de conciliation doit soigneusement étudier le dossier et prévoir des *audiences suffisamment longues* (à notre avis 30 minutes au minimum).

A l'audience, l'autorité de conciliation doit créer un climat dans lequel les parties se parlent librement¹⁵⁶ et peuvent avancer des arguments, voire des prétentions qui ne s'inscrivent pas nécessairement dans le cadre du litige. Bien des conflits naissent à propos de questions subjectives que les parties ont souvent le besoin d'exprimer.

¹⁵² Art. 205 CPC.

¹⁵³ L'art. 203 al. 3 CPC autorise l'autorité de conciliation à décréter partiellement ou complètement la publicité des débats si un « intérêt public le justifie ». Cette norme est, à nos yeux, contraire à l'exigence de confidentialité des audiences de conciliation. BOHNET 2010, page 28 N 88 considère à juste titre peu pertinente l'explication du Conseil fédéral (Message CPC, FF 2006, p. 6939), selon lequel la publicité restreinte des audiences des autorités de conciliation serait justifiée par le besoin de connaître leurs pratiques.

¹⁵⁴ Art. 203 al. 4 1^{re} phrase CPC.

¹⁵⁵ Art. 201 al. 1 CPC ; ci-dessus N 46-50.

¹⁵⁶ La loi exprime cette idée en précisant que l'autorité de conciliation tente de trouver un accord entre les parties « de manière informelle » (art. 201 al. 1 CPC).

C'est pourquoi la présence personnelle du bailleur à l'audience est précieuse. Il s'agit d'éviter que son mandataire, s'il est seul à comparaître, se réfugie derrière les instructions reçues¹⁵⁷ pour faire échec à la conciliation.

61. Avec sa requête, le demandeur doit transmettre à l'autorité de conciliation tous les *documents probants* (bail ; avis de majoration ; pièces justifiant la hausse de loyer ; lettre de congé ; réponse à la demande de motivation du congé ; pièces comptables ; photographies des lieux et devis pour des travaux, etc.), bien que la loi¹⁵⁸ ne l'exige pas expressément.

Ces documents peuvent aussi être apportés à l'audience¹⁵⁹.

Le défendeur doit apporter à l'audience les pièces dont il entend à son tour se prévaloir¹⁶⁰.

En bonne courtoisie, les parties se communiqueront leurs documents avant l'audience¹⁶¹, de manière à que l'une d'elles ne puisse se prétendre surprise par telle ou telle pièce et demande à réfléchir à son sujet ou se réserve de produire plus tard une contre-pièce.

Dans les cas difficiles, lorsque les enjeux sont importants et qu'en particulier elle envisage de formuler une proposition de jugement, l'autorité de conciliation peut exceptionnellement ordonner au défendeur

¹⁵⁷ L'art. 204 al. 3 lettre c CPC autorise le gérant à représenter le bailleur devant l'autorité de conciliation, à la condition qu'il soit habilité, par écrit, à transiger. Or, si la procuration limite les pouvoirs du gérant, la transaction peut s'avérer difficile.

¹⁵⁸ Art. 202 al. 2 CPC.

¹⁵⁹ Art. 203 al. 2, 1^{re} phrase CPC ; voir aussi l'art. 160 al. 1 lettre b CPC qui précise que, dans leur devoir de collaborer à l'administration des preuves, les parties doivent produire les documents requis.

¹⁶⁰ La maxime inquisitoriale sociale qui préside aux débats devant l'autorité de conciliation et devant le tribunal en procédure simplifiée (art. 247 al. 2 CPC) ne sert pas à remédier à toutes les carences des parties (ATF 125 III 231, cons. 4a, DB 12/2000 n 2 ; 139 III 13, cons. 3.2, DB 25/2013 N 13). L'autorité de conciliation et le tribunal doivent rendre attentive la partie concernée à son devoir de produire les pièces probantes et aux lacunes éventuelles que présentent celles qu'elle a produites ; cela suffit, surtout si cette partie est assistée par un avocat : TF du 16.12.2015, 4A_179/2015, cons. 2.3.1 et 2.3.2 ; TF du 11.02.2015, 4A_556/2014, cons. 2 ; BOHNET 2010, p. 27 N 85.

¹⁶¹ Si les pièces accompagnent la requête, l'autorité de conciliation doit les transmettre à la partie défenderesse, avec ladite requête (art. 202 al. 3 CPC).

de *répondre par écrit* à la demande¹⁶². A notre connaissance, pareille règle n'est que rarement appliquée. Rien n'interdit cependant à la partie citée de produire spontanément une telle écriture.

Il est rare que l'autorité de conciliation se transporte sur place ou ordonne d'autres mesures probatoires¹⁶³.

Les parties peuvent cependant avoir intérêt à se rencontrer sur place, avant la première audience de conciliation, ou entre celle-ci et une éventuelle audience supplémentaire.

62. Faute de pouvoir amener les parties à un accord, lorsqu'elle estime qu'une transaction devrait être possible, l'autorité de conciliation peut leur *proposer un jugement*¹⁶⁴.

Malheureusement, les autorités de conciliation ne font pas suffisamment usage de cette faculté¹⁶⁵⁻¹⁶⁶.

Pourtant les statistiques démontrent que, dans la majorité des cas, les plaideurs adoptent tacitement la proposition de jugement qui leur est faite, et mettent de la sorte fin au litige¹⁶⁷.

63. Si elle se résout à constater l'échec de conciliation et à délivrer l'autorisation de procéder¹⁶⁸, l'autorité de conciliation doit *mettre en garde les parties sur les coûts engendrés par une procédure* devant le tribunal,

¹⁶² Art. 202 al. 4 CPC ; BOHNET 2010, p. 22 N 63-65 : la procédure de conciliation doit demeurer simple et rapide ; l'échange d'écritures doit donc être exceptionnel.

¹⁶³ Ce que la loi admet de manière générale pour l'inspection locale et pour les autres preuves si une proposition de jugement est envisagée (art. 203 al. 2 CPC).

¹⁶⁴ Art. 210-211 CPC. Sur la proposition de jugement : BOHNET 2010, p. 33-38 N 107 ss ; LACHAT, procédure, p. 111-120.

¹⁶⁵ Sur la question de savoir si l'autorité de conciliation doit être dotée d'un pouvoir de décider (ou de proposer une décision) : cf. la contribution d'ISABELLE BIERI citée dans la bibliographie.

¹⁶⁶ A Genève en 2015, l'autorité de conciliation n'a proposé que 16 jugements, soit le 0,6% des causes terminées (source : compte rendu de l'activité du pouvoir judiciaire en 2015).

¹⁶⁷ Art. 211 al. 1 CPC. Au deuxième semestre de 2015, les autorités suisses de conciliation ont formulé 929 propositions de jugement ; les parties les ont acceptées (en ne faisant pas opposition) dans 642 des cas, soit dans le 69% des cas (source : Office fédéral du logement). A Genève, aucun des 16 jugements proposés en 2015 n'a été contesté (source : compte rendu de l'activité du pouvoir judiciaire en 2015).

¹⁶⁸ Art. 209 CPC.

sur les éventuels frais d'expertise, sur le temps nécessaire à l'obtention d'un jugement, sur les recours possibles et sur les autres aléas de la voie judiciaire¹⁶⁹.

Dans ce cas, l'autorité de conciliation ne doit pas se contenter de dire que les procédures sont longues, chères et risquées. Elle doit à notre avis articuler concrètement des ordres de grandeur financiers. Combien de plaideurs disent à la fin du procès : « Ah si j'avais su qu'il m'en coûterait autant ! ».

Les mandataires ont aussi le devoir d'informer leur mandant, de manière concrète, sur le coût d'une procédure (frais de justice et dépens) et sur le montant probable de leurs honoraires.

64. Lorsque la cause n'est pas soumise à la conciliation¹⁷⁰ ou que le tribunal a déjà été saisi, la *tentative d'arrangement* demeure en tout temps possible¹⁷¹.

Le tribunal doit saisir les moments favorables de la procédure pour inciter les plaideurs à trouver un accord, par exemple à l'occasion des débats d'instruction¹⁷².

Le juge peut laisser les parties débattre devant lui, hors procès-verbal, d'un accord. Il peut aussi suspendre l'audience pour permettre aux plaideurs de négocier en dehors de sa présence. Enfin il peut recommander une médiation¹⁷³. En revanche, ce même juge ne peut pas renvoyer les parties devant l'autorité de conciliation.

Au stade du tribunal, toutefois, la transaction est plus difficile pour deux motifs : les parties ont déjà engagé passablement de frais¹⁷⁴ ; le juge doit

¹⁶⁹ Ci-dessus N 10-13.

¹⁷⁰ Art. 198-199 CPC.

¹⁷¹ Art. 124 al. 3 CPC. Sur la transaction pendant une procédure de recours, y compris devant le Tribunal fédéral : MORAND, p. 169-171 N 552-561.

¹⁷² Art. 226 CPC.

¹⁷³ Art. 214 CPC ; ci-après N 69-70.

¹⁷⁴ Les lois cantonales de procédure permettent parfois au juge de réduire les frais judiciaires, si la transaction intervient au début de la procédure. La question des dépens doit être discutée dans le cadre de la transaction.

être prudent et ne pas donner l'impression de préjuger (risque de récusation)¹⁷⁵.

C. Les arbitres

65. Dans les causes de baux et loyers susceptibles de faire l'objet d'un arbitrage, soit les causes portant sur des *baux à loyer ou à ferme autres que d'habitation*¹⁷⁶, les arbitres peuvent (et doivent) inciter les parties à trouver un accord¹⁷⁷⁻¹⁷⁸.
66. Dans leur *compromis arbitral*, les parties ont tout intérêt à prévoir que les arbitres peuvent en tout temps tenter de concilier les parties et que, s'ils le font, ils ne sont pas susceptibles de récusation. En pratique, comme devant un tribunal étatique, les pourparlers transactionnels ne sont pas mentionnés au procès-verbal, s'ils échouent. Il en va de même des suggestions de compromis éventuellement faites par les arbitres.
67. Comme les procédures arbitrales sont en règle générale¹⁷⁹ plus onéreuses que les procédures judiciaires¹⁸⁰, selon notre expérience, la transaction doit à nos yeux, *a fortiori*, être tentée (au début de l'arbitrage, puis lorsque les preuves ont été administrées).

¹⁷⁵ Art. 47 al. 1 lettre f CPC (juge prévenu « de toute autre manière »). Selon le TF du 19.09.2012, 4A_424/2012, cons. 3, le juge qui donne son appréciation sur le risque de procéder, plutôt que de transiger, ne s'expose pas à la récusation.

¹⁷⁶ Art. 361 al. 4 CPC. Pour les baux d'habitations, seule l'autorité paritaire de conciliation peut faire office de Tribunal arbitral.

¹⁷⁷ La faculté pour les arbitres de susciter une transaction découle de l'art. 385 CPC : « Lorsque les parties mettent fin au litige pendant la procédure d'arbitrage, le tribunal arbitral leur en donne acte, sur requête, sous la forme d'une sentence ». Nous n'évoquons ici que les règles du CPC sur l'arbitrage, mais les parties peuvent convenir d'appliquer d'autres règles (MORAND, p. 194-195 N 660-662).

¹⁷⁸ Sir la transaction en procédure arbitrale interne : MORAND, p. 194 ss N 660 ss.

¹⁷⁹ A noter cependant que dans les procédures arbitrales les voies de recours sont très limitées. Dès lors, comparée à une procédure devant un tribunal étatique au cours de laquelle les plaideurs épuisent toutes les instances, une procédure arbitrale peut s'avérer moins onéreuse.

¹⁸⁰ Souvent il s'agit pour les plaideurs de rémunérer trois arbitres à un tarif horaire comparable à celui des avocats, de payer les frais de secrétariat du président, et parfois la location de salles. Le perdant assume les frais du gagnant et les honoraires de son mandataire.

68. Dans les causes relatives à des baux commerciaux comportant des problèmes techniques relevant des faits, les parties à une procédure judiciaire ou arbitrale¹⁸¹ peuvent convenir d'une *expertise-arbitrage* et demander à un expert-arbitre d'émettre un rapport sur des questions de fait¹⁸². Il liera le juge ou les arbitres¹⁸³. Souvent, l'avis de l'expert-arbitre suffit à amener les parties à un accord.

D. Le médiateur

69. La médiation est *définie* comme « un mode juridictionnel de résolution des litiges qui voit un tiers neutre, indépendant et impartial, la médiatrice ou le médiateur, aider les parties en les amenant à renouer le dialogue afin qu'elles trouvent elles-mêmes et sous leur propre responsabilité une solution à leur litige »¹⁸⁴.

Le recours à un médiateur¹⁸⁵⁻¹⁸⁶ ou à une médiatrice, en dehors d'une procédure de conciliation ou d'une procédure judiciaire ou à l'occasion de celle-ci¹⁸⁷ facilite grandement la recherche d'un compromis.

En outre, il s'agit d'une solution *peu onéreuse* surtout si le médiateur intervient sans que les parties aient, chacune, recours à un mandataire¹⁸⁸.

¹⁸¹ Les parties n'ont pas nécessairement besoin d'entamer la procédure pour solliciter l'expertise-arbitrage. Elles peuvent le faire de manière amiable (ce qui présuppose une convention sur le caractère contraignant de l'avis de l'expert-arbitre) ou dans le cadre d'une demande de preuve à futur (art. 158 CPC).

¹⁸² Art. 189 CPC. Exemple : les murs d'une arcade commerciale moisissent. Le bailleur affirme que cela est dû à une négligence du locataire. Ce dernier rétorque que le défaut est inhérent à l'immeuble. L'expert-arbitre les départage. Une expertise-arbitrage ne peut en revanche pas servir à déterminer le loyer usuel du quartier ou de la localité pour les baux d'habitations (art. 269a lettre a CO) : ATF 141 III 201, DB 27/2015 N 22.

¹⁸³ Art. 189 CPC.

¹⁸⁴ BOHNET, in Bohnet et autres, art. 213 CPC N 4 et réf. cit. Dans le même sens : MIRIMANOFF 2009, p. 162 ad 9.2.1 et PFISTERER, p. 9-10 N 4.1.3. Sur la transaction dans la médiation : MORAND, p. 159 ss N 509 ss.

¹⁸⁵ Les cantons tiennent à jour des listes de médiateurs assermentés. D'ordinaire, elles mentionnent ceux qui sont spécialisés dans le domaine immobilier, en particulier dans les baux à loyer.

¹⁸⁶ Sur la médiation : voir notamment les contributions de MIRIMANOFF 2009 et PFISTERER citées dans la bibliographie.

¹⁸⁷ Art. 213-218 CPC.

En règle générale, deux ou trois séances de médiation suffisent pour aboutir à un accord, ou pour constater que la situation justifie une procédure judiciaire.

70. La médiation débute en règle générale par la signature d'une *convention de médiation*¹⁸⁹. Elle prévoit la confidentialité du processus, la présence éventuelle des mandataires des parties, le rôle du médiateur, les coûts de la médiation, etc.

Le médiateur incite les parties à dialoguer¹⁹⁰ et à aborder tous les sujets qui les préoccupent dans leurs rapports contractuels. Le médiateur s'efforce d'amener les parties à proposer elles-mêmes des solutions d'arrangement.

La médiation permet aussi d'attirer des tierces parties dans le processus¹⁹¹.

Elle peut en particulier être très utile pour résoudre des conflits collectifs.

Dans le domaine du bail à loyer, l'expérience démontre que la médiation peut s'avérer très efficace, pour autant que ce domaine assez technique soit connu du médiateur.

Soulignons néanmoins l'un des risques de la médiation : si le compromis issu de la médiation n'est *pas exécuté* par l'une des parties, l'autre doit parfois entamer *ab initio* une procédure en bonne et due forme pour parvenir à ses fins¹⁹².

E. La personne de confiance

71. Pour les aider dans leurs négociations les parties peuvent aussi, d'un commun accord, faire appel à « une personne de confiance¹⁹³ » : ami commun ; professionnel de l'immobilier non impliqué dans le litige ;

¹⁸⁸ Les tarifs horaires des médiateurs sont moins élevés que ceux des avocats. A Genève, les parties en médiation peuvent bénéficier de l'assistance judiciaire (art. 63 al. 1 LOJ genevoise du 26 septembre 2010 ; E 2 05).

¹⁸⁹ Exemple : KOBEL, cité dans la bibliographie.

¹⁹⁰ Ci-dessus N 27-31.

¹⁹¹ Ci-dessus N 51-53.

¹⁹² Ci-après N 82. Dans ce contexte, la rédaction du compromis issu de la médiation est essentielle.

¹⁹³ Le CPC reconnaît l'utilité de ces personnes de confiance : il admet qu'elles assistent l'une des parties devant l'autorité de conciliation (art. 204 al. 2 CPC).

responsable d'une association à laquelle les deux parties appartiennent ; personne disposant d'une autorité morale reconnue (ancien juge, avocat connu des deux parties qui s'érige en « amiable compositeur »). Ces personnes de confiance doivent être d'une particulière bonne volonté, car leur rôle peut leur valoir des ennuis, si leur mission échoue et s'ils se brouillent de ce fait avec l'un ou/et l'autre intéressé !

Même si le choix d'une telle personne de confiance peut s'avérer plus économique, il vaut parfois mieux avoir recours à des professionnels dont le métier est de faciliter le compromis.

VI. Le document transactionnel

A. La nature juridique de la transaction

72. La transaction *extra-judiciaire* (*aussergerichtlicher Vergleich*), intervenant alors qu'aucune procédure n'est pendante ou en dehors d'une telle procédure, est un contrat innommé *sui generis*, auquel les dispositions générales du Code des obligations s'appliquent¹⁹⁴.
73. La transaction *judiciaire*¹⁹⁵ (*gerichtlicher Vergleich*), intervenant dans le cadre d'une procédure, est aussi un contrat innommé *sui generis*, mais revêt en outre des aspects procéduraux¹⁹⁶. Elle met sans autre fin au procès et est revêtue de l'autorité de la chose jugée ; elle est exécutoire à l'instar d'un jugement¹⁹⁷ ; elle vaut titre de mainlevée définitive¹⁹⁸ dans le cadre d'une poursuite ultérieure.

¹⁹⁴ ATF 132 III 737, cons. 1.3, DB 19/2007 N 18 ; 130 III 563, cons. 2.1, DB 17/2005 N 22 ; 130 III 49, cons. 1.2 ; 121 III 397, cons. 2c ; TERCIER/FAVRE N 8114, p. 1227 ; FAVRE-BULLE/BABEL, p. 1289 N 0.8 ; MORAND, p. 36 N 41-42 ; KUKO ZPO-NAEGELI, art. 241 CPC N 25.

¹⁹⁵ Pour une définition de la transaction judiciaire : GILLIARD, p. 25 (avant le CPC). Quand la transaction intervient dans le cadre d'une procédure arbitrale, on parle de « transaction arbitrale ».

¹⁹⁶ MORAND, p. 143 N 449 et réf. cit ; TERCIER/FAVRE, N 8116, p. 1227 ; KUKO ZPO-NAEGELI/RICHERS, art. 241 CPC N 27.

¹⁹⁷ Art. 208 al. 2 et 241 al. 2 CPC ; MORAND, p. 159 N 508. Certains auteurs considèrent que le procès-verbal d'accord ne déploie pareils effets que lorsque la décision de rayer la cause du rôle (art. 241 al. 3 CPC) a été rendue.

¹⁹⁸ Art. 80 al. 2 chiffre 1 LP.

Pour qu'une transaction puisse être qualifiée de judiciaire, il faut que la litispendance ait été créée¹⁹⁹. Une demande en conciliation ou en justice doit avoir été déposée²⁰⁰.

Il peut s'agir d'une *demande de conciliation volontaire*²⁰¹, émanant des parties à une transaction extra-judiciaire, qui souhaitent la faire homologuer et donc en faire une transaction judiciaire.

B. Son contenu et les précautions à prendre

74. La prudence élémentaire veut qu'un accord amiable soit couché sur le papier. D'ailleurs, si le bail liant les parties consiste, comme c'est d'ordinaire le cas, en un document écrit, ses modifications doivent en règle générale revêtir la *forme écrite*²⁰².

Lorsque les parties ont conclu un accord en dehors d'une procédure de conciliation ou judiciaire, la loi ne protège le locataire durant trois ans contre les congés que s'il peut prouver « par des écrits » qu'il s'est entendu avec le bailleur²⁰³.

75. En cas de **transaction extra-judiciaire**²⁰⁴, le document transactionnel peut prendre la forme d'un échange de correspondances ou d'une lettre dans laquelle l'une des parties rappelle les termes de l'accord et que l'autre contresigne.
76. Toutefois, dès que le contenu de l'arrangement extra-judiciaire est compliqué, les parties ont intérêt à rédiger une *convention*²⁰⁵.

¹⁹⁹ Art. 62 CPC.

²⁰⁰ Cour d'appel civile VD, JdT 2013 III, p. 114 cons. 3b et réf. cit.

²⁰¹ L'art. 2 al. 3 de la Loi genevoise organisant la Commission de conciliation en matière de baux et loyers du 28 novembre 2010 (E 3 15) prévoit qu'à la demande d'un bailleur ou d'un locataire l'autorité de conciliation fait office d'organe de conciliation volontaire.

²⁰² Présomptions réfragables de l'art. 16 al. 1 CO.

²⁰³ Art. 271a al. 2 CO.

²⁰⁴ Ci-dessus N 72.

²⁰⁵ Si elle implique un transfert de propriété immobilière, la convention transactionnelle revêtira la forme authentique : ATF 95 II 419, JdT 1970 I 637, cons. 2c.

Celle-ci sera signée par toutes les parties au contrat de bail. En outre, le *conjoint* ou le partenaire enregistré du locataire devra aussi y apposer sa signature, si l'accord met fin au bail portant sur le logement familial²⁰⁶ ou prévoit une prolongation judiciaire de ce contrat²⁰⁷.

Sur le fond, la convention transactionnelle devrait comporter, de notre point de vue, les éléments suivants.

- Un *préambule*, rappelant brièvement les circonstances à l'origine du litige et entourant la transaction. Ce préambule peut être utile en cas de difficultés d'interprétation de la convention. Il décrira en particulier le litige que les parties ont entendu solder et qui ne justifie désormais de leur part aucune prétention autre que celles découlant de la convention transactionnelle²⁰⁸.
- Si l'accord concerne le *montant du loyer*, il conviendra d'indiquer : le montant du nouveau loyer, son éventuel échelonnement ou son indexation, la date de sa prise d'effet et la date de la fin du bail, les différentes périodes d'un éventuel échelonnement, les paramètres de fixation du loyer à prendre ultérieurement en considération²⁰⁹ (par exemple, taux hypothécaire et/ou indice des prix de référence).
- Lorsque la transaction met fin à un litige sur le montant du loyer (majoration, contestation du loyer initial, demande de baisse), la question d'adjoindre à la convention un *formulaire officiel*²¹⁰ ne se pose pas : par définition ce formulaire a été précédemment notifié²¹¹ ou n'est pas nécessaire²¹².

²⁰⁶ Art. 266*m* al. 1 CO qui exige dans cette hypothèse le consentement exprès du conjoint.

²⁰⁷ Art. 273*a* al. 2 CO.

²⁰⁸ FAVRE-BULLE/BABEL, p. 1290 s. N 0.16.

²⁰⁹ Ces paramètres serviront ultérieurement à la fixation du loyer selon la méthode relative. La question de savoir s'il doit s'agir des critères en vigueur au moment de la fixation consensuelle du loyer ou s'il peut s'agir d'autres critères sur lesquels les parties se mettent d'accord (anticipation d'une évolution de l'indice ou du taux hypothécaire) est délicate. Selon les circonstances, il peut s'agir d'une « réserve tacite » de hausse de loyer, non admise par la pratique.

²¹⁰ Art. 269*d* al. 1 et 2 CO ; art. 19 OBLF.

²¹¹ S'il s'agit d'une majoration du loyer (art. 269*d* al. 1 CO) ou, pour les habitations, dans les cantons qui appliquent l'art. 270 al. 2 CO.

²¹² Pour les demandes de baisse de loyer (art. 270*a* CO) ou pour la fixation du loyer initial (locaux commerciaux ; habitations dans les cantons qui n'ont pas introduit la formule

- Lorsque l'accord met fin à un litige ne concernant pas initialement la fixation du loyer, mais que les parties, débordant le cadre initial du litige²¹³, conviennent aussi de majorer le loyer, l'adjonction d'un formulaire officiel ne se justifie pas non plus, à nos yeux. Ce type d'accord correspond en effet à une *majoration consensuelle du loyer*, laquelle est dispensée de la notification d'un formulaire officiel. Par prudence la convention précisera que le locataire, en toute connaissance de ses droits, a pleinement accepté la majoration du loyer et a renoncé à une notification sur formulaire officiel²¹⁴.
- Si l'accord fait suite à la *résiliation du bail*, il faut préciser la date pour laquelle le locataire admet la validité du congé, son éventuel engagement de libérer les lieux à la date convenue, de sa personne, de ses biens et de tous tiers, en les vidant de tous les meubles et objets lui appartenant et en les laissant en bon état « de réparation locative », la durée et la nature (première, deuxième, unique) de la prolongation²¹⁵ du bail consentie, une éventuelle renonciation du bailleur au congé²¹⁶ et les clauses essentielles du nouveau bail que les parties ont alors convenu de conclure²¹⁷, ainsi qu'une modification éventuelle du préavis de résiliation²¹⁸.
- Si l'accord porte sur la *réparation d'un défaut de la chose louée (travaux)* ou sur une *rénovation des locaux*, on mentionnera : le

officielle au sens de l'art. 270 al. 2 CO).

²¹³ Ci-dessus N 14 et 46-50.

²¹⁴ ATF 128 III 419, cons. 2.4.2 ; 123 III 70, cons. 3a/b, DB 9/1997 N 18 ; TF du 07.07.2008, 4A_198/2008, cons. 3.1. La précaution de faire confirmer au locataire qu'il a renoncé en toute connaissance de cause à la formule officielle est surtout importante en cas de transaction extra-judiciaire. En cas de transaction judiciaire, le juge qui homologue l'accord attirera l'attention du locataire sur les conséquences d'une renonciation à ses droits.

²¹⁵ En cas d'accord, les parties ne sont pas liées par la durée maximale des prolongations prévues par la loi (art. 272b al. 2 CO). En outre, il est important de préciser s'il s'agit d'une prolongation judiciaire du contrat au sens des art. 272 ss CO, ou d'une prorogation (renouvellement) du contrat ne valant pas prolongation judiciaire de bail.

²¹⁶ Formellement lorsque le congé est parvenu dans la sphère d'influence du locataire, le bailleur ne peut pas juridiquement y renoncer, mais les parties peuvent conclure un nouveau bail.

²¹⁷ Le plus sûr est de rédiger le nouveau contrat et de le joindre à la convention.

²¹⁸ En cas de prolongation judiciaire, les préavis et échéances sont modifiés de par la loi pendant la durée de la prolongation (art. 272d CO), mais les parties peuvent valablement déroger à cette norme.

descriptif des travaux à effectuer (devis si possible à l'appui) ; la partie chargée de mandater l'entreprise²¹⁹ ou les entreprises ; la partie qui assumera les coûts des travaux ; les dates d'exécution et de fin des travaux ; l'éventuelle indemnité due au locataire en fin de bail, s'il paie les travaux (ou l'absence d'une telle indemnité) ; d'éventuelles modifications du bail en lien avec les travaux.

- Si l'une des parties consent à verser une *indemnité* à l'autre, il faut en indiquer le montant²²⁰, la date du paiement, y compris pour d'éventuels intérêts convenus²²¹, la quittance pour le paiement s'il est effectué séance tenante, la mention que l'accord vaut reconnaissance de dette²²². Si le paiement est convenu par acomptes, il faut indiquer leur montant et les échéances de chacun d'entre eux, en y ajoutant une *clause ordinaire d'exigibilité*²²³.
- Une *quittance pour solde de tous comptes*. Elle garantit que les parties n'ont pas de prétentions à faire valoir l'une envers l'autre, autres que celles découlant de la convention ou du contrat de bail, s'il subsiste²²⁴. Cette clause doit être rédigée avec soin ; elle doit préciser si les parties laissent subsister certaines questions non résolues de leur différend (*transaction partielle*) ou si l'accord solde définitivement toutes les prétentions réciproques, quelle qu'en soit l'origine²²⁵.
- Le *retrait des éventuelles poursuites* notifiées par l'une des parties à l'autre²²⁶.

219 Si l'entreprise est mandatée par le locataire, le bailleur se prémunira contre le risque d'hypothèque légale : ATF 126 III 505, cons. 4 et 5 ; LACHAT, bail, p. 828 ad 2.9 et réf à la note de bas de page 19.

220 En chiffre et en lettres, en précisant si nécessaire la monnaie, s'il ne s'agit pas de francs suisses.

221 En cas de retard dans le paiement de l'indemnité convenue, des intérêts moratoires en principe de 5% sont dus (art. 104 al. 1 CO).

222 Elle facilite si nécessaire l'obtention ultérieure d'une mainlevée provisoire d'opposition (art. 82 LP).

223 Dite aussi « clause d'accélération » : « en cas de retard de plus de x jours dans le paiement de l'une ou l'autre des mensualités, le solde devient immédiatement exigible, sans autre sommation ».

224 Sur la portée de la quittance pour solde de tous comptes : MORAND, p. 89-90 N 250 à 254.

225 Dans ce cas : « pour solde de tous comptes et de toutes prétentions réciproques ».

226 « Le locataire s'engage à retirer séance tenante la poursuite No...qu'il a fait notifier a

- La prise en charge des *honoraires d'avocat ou d'autres mandataires*. En cas de transaction extra-judiciaire, il est d'usage que chacune des parties supporte ses frais d'avocat ; toutefois, si l'un des mandataires a fourni plus de prestations que l'autre, parce que, par exemple, il s'est chargé de rédiger une convention compliquée, une clé différente de répartition des honoraires peut être convenue.
- En cas de transaction survenant en marge d'une procédure en cours²²⁷, sans que les parties souhaitent son homologation judiciaire, l'engagement du demandeur d'écrire à la juridiction concernée pour l'informer de la transaction, *retirer la demande en justice et demander que la cause soit rayée du rôle*. Ce courrier précisera que le retrait de la demande intervient avec « désistement d'action »²²⁸, et indiquera comment les parties entendent se partager les frais et dépens de la procédure²²⁹.
- Lorsque la *transaction porte sur l'entier du bail*²³⁰, le plus simple consiste à rédiger le contrat *in extenso* et à y intégrer une clause précisant qu'il met fin à tous les litiges entre les parties et remplace toutes leurs conventions antérieures.
- La *convention qui intègre des personnes autres que les parties au contrat*²³¹ comportera des clauses réglant les seuls rapports entre le

M XYZ le 4 avril 2016 et à en demander la radiation au registre des poursuites ; copie de la lettre à l'office des poursuites sera transmise à M XYZ ».

227 Pareille solution fait perdre aux parties le bénéfice de l'homologation judiciaire de la convention (ci-dessus N 73 et ci-après N 84). Les parties ont plutôt intérêt de faire homologuer leur accord par le juge, mais il peut arriver que pour des motifs de discrétion elles ne le souhaitent pas.

228 Le retrait de la demande (désistement d'action ; art. 65, 208 al. 2 et 241 al. 2 CPC) est une déclaration unilatérale du demandeur (ou du défendeur reconventionnel) par laquelle il retire l'action qu'il avait introduite. Elle a les effets d'un jugement en force, si bien que la même demande ne peut pas être réintroduite sur le même objet. En conciliation, le demandeur peut retirer sa demande en se réservant le droit de la déposer à nouveau (BSK ZPO-INFANGER, art. 65 CPC N 6). Devant le juge, s'il entend se réserver la faculté de la déposer à nouveau, le demandeur doit retirer sa demande avant que le défendeur l'ait reçue, ou bien il doit obtenir l'accord du défendeur (art. 65 CPC).

229 En règle générale, les parties conviennent de « compenser les dépens », c'est-à-dire qu'elles renoncent, chacune, à en percevoir. Quant aux frais de justice (notamment d'introduction de la procédure), il peut être envisagé de les partager, tout en demandant au juge de les réduire au minimum (cf. ci-dessus note de bas de page N 174).

230 Ci-dessus N 46-50.

231 Ci-dessus N 51-53.

locataire et le bailleur, et d'autres relatives aux relations entre le(s) tiers et chacune des parties précitées.

Par exemple, en cas de dégâts et de nuisances provenant d'un chantier voisin, les clauses concernant les parties au bail diront que le bailleur procédera aux réparations (à définir clairement) de la chose louée, que le loyer est réduit de x% pendant une période définie et que le locataire recevra CHF y.- de dommages-intérêts. Le voisin s'engagera à rembourser au bailleur le coût des réparations et les réductions de loyer consenties au locataire et à lui payer une indemnité de CHF (y+z).- Le montant de CHF z.- correspondra à un dédommagement supplémentaire, dû par le voisin au bailleur pour des nuisances que celui-ci a personnellement subies. Le *quitus* pour solde de tout compte concernera tous les rapports entre ces trois parties à la convention.

- Une éventuelle *clause de confidentialité*. Par celle-ci, les parties s'interdisent réciproquement d'informer des tiers de l'existence et du contenu de leur accord. Pareille clause peut faciliter la transaction, les parties ne souhaitant pas que le revirement qui les a amenées à trouver une solution amiable soit divulgué. Il ne faut pas surestimer la portée d'une telle clause de confidentialité, sa violation étant d'ordinaire dépourvue de sanctions²³².
- Une clause relative au *droit applicable*²³³ et au *for*²³⁴. Elle peut avoir le contenu suivant : « En cas de litige relatif à l'interprétation ou à l'application de la présente convention, les parties reconnaissent que le droit suisse est seul applicable et que les juridictions de baux à loyer du canton de [...] sont compétentes, sous réserve d'un éventuel recours au Tribunal fédéral ».

77. A propos de la **transaction judiciaire**²³⁵, qui intervient dans le cadre d'une procédure en cours²³⁶ devant l'autorité de conciliation ou le tribunal, précisons ce qui suit.

²³² Les parties peuvent prévoir des sanctions en cas de violation de la confidentialité, mais les appliquer peut s'avérer difficile.

²³³ Lorsque la location comprend un élément international.

²³⁴ Il peut s'agir d'une clause d'arbitrage, si le litige est arbitral (ci-dessus N 65).

²³⁵ Ci-dessus N 73.

²³⁶ Nous avons vu que cette procédure (conciliation volontaire) peut n'être intentée que

- Si l'accord intervient *en audience*, les parties en indiqueront le contenu à l'autorité. Il sera mentionné au procès-verbal. Les deux parties signeront ce dernier²³⁷ et en recevront une copie²³⁸. Ce procès-verbal aura les effets d'une décision entrée en force²³⁹. Selon les tribunaux, il arrive que l'accord noté au procès-verbal soit encore confirmé par un jugement rendu d'accord entre les parties²⁴⁰.
- Si l'accord intervient *hors la présence de l'autorité de conciliation ou du juge*, les parties peuvent lui écrire et lui transmettre le contenu de leur accord. En pratique, une simple lettre, signée par les deux parties, suffit pour l'autorité de conciliation. A réception, l'autorité de conciliation convoquera les parties pour qu'elles signent le procès-verbal concrétisant l'accord²⁴¹. Si la procédure est déjà devant le Tribunal, les plaideurs lui adresseront des « *conclusions d'accord* » qu'ils signeront conjointement. Le juge rendra un « *jugement d'accord* » reprenant le contenu desdites conclusions.
- L'*autorité* doit s'assurer que le contenu de l'accord est clair et complet²⁴² et ne comporte pas de contradictions ou d'impossibilités.

dans le but de faire homologuer une transaction extra-judiciaire : ci-dessus N 73, dernier paragraphe.

²³⁷ Art. 208 al. 1 et 241 al. 1 CPC. Les magistrats de la commission de conciliation et le greffier du tribunal (art. 235 al. 1 lettre f CPC) signent aussi le procès-verbal.

²³⁸ Art. 208 al. 1 CPC pour la conciliation. Non prévu expressément par le CPC pour le procès-verbal de transaction passé devant le juge, mais cela résulte de l'art. 239 CPC.

²³⁹ Art. 208 al. 2 et 241 al. 2 CPC.

²⁴⁰ Pareille précaution n'est pas nécessaire, sauf en procédure arbitrale (art. 385 CPC). En revanche, selon nous, la décision de rayer la cause du rôle (art. 241 al. 3 CPC) doit être communiquée aux parties.

²⁴¹ Lorsque les parties sont toutes deux représentées par des avocats, il arrive que l'autorité de conciliation renonce à une audience et homologue l'accord au moyen d'un procès-verbal, auquel est jointe la correspondance desdits avocats. Dans le même sens, TAPPY/NOVIER, p. 117.

²⁴² TF du 21.07.2011, 5A_126/2011, cons. 4.1.2 : le juge auquel une convention transactionnelle est soumise doit seulement en prendre connaissance et constater la fin du procès, sans avoir à vérifier si les termes en sont équitables. Ce n'est que lorsque la convention est manifestement contraire au droit, par exemple en cas de lésion d'une partie, que le juge doit refuser d'en prendre acte et obliger les parties à poursuivre la procédure sur l'objet litigieux ou à transiger selon d'autres termes. Il peut toutefois toujours contrôler que la transaction est claire et complète (ATF 124 II 8, cons. 3b et les références doctrinales citées). En effet seule une transaction dont les termes liquident les conclusions de l'action pendante peut mettre fin au litige.

Elle doit attirer l'attention des parties sur les fautes de rédaction ou de logique que comporte leur accord.

D'office, le magistrat doit s'assurer que la transaction porte sur des droits à la libre disposition des parties, qu'elle ne heurte pas des dispositions impératives du Code²⁴³. Par exemple, le juge ne doit pas homologuer un accord par lequel le locataire renonce par avance à contester un congé ou à solliciter une prolongation de bail²⁴⁴.

- Si les parties ne résolvent pas l'ensemble des points litigieux, l'autorité de conciliation ou le juge peut homologuer une *transaction partielle* (jugement d'accord « sur partie²⁴⁵ »).

Dans cette hypothèse, l'autorité de conciliation donnera pour le surplus l'autorisation de procéder ou formulera une proposition de jugement.

Lorsque la transaction partielle intervient devant le tribunal, l'accord partiel sera homologué par le juge, qui rendra pour le surplus un jugement sur les points demeurés litigieux.

- La transaction judiciaire²⁴⁶ doit comporter de préférence des *mesures d'exécution*, lorsque l'accord ne porte pas sur des sommes d'argent : ordre donné au bailleur d'évacuer les locaux de sa personne, de ses biens et de tous tiers, à la date convenue ; ordre donné aux autorités compétentes de prêter main-forte à l'expulsion, si nécessaire ; interdiction faite au bailleur de signer un bail avec un tiers, sous menace des peines de droit ; ordre donné au bailleur ou au locataire d'exécuter les travaux convenus dans un certain délai et autorisation

²⁴³ Cf. note de bas de page 242 ci-dessus.

²⁴⁴ Art. 273c CO ; MORAND, p. 158 s. N 505 s. et p. 173-174 N 569-577.

²⁴⁵ Le jugement sur partie (*Teilentscheid*) n'est pas prévu par le CPC. Il s'agit d'une variante de la décision finale (art. 236 CPC) qui ne tranche définitivement qu'un ou plusieurs chefs d'une demande, sans les trancher tous : ATF 135 III 212, cons.1.2.1 ; ATF 134 III 426, cons. 1.1. ; MORAND, p. 152 s. N 484-488.

²⁴⁶ Avec l'accord des parties, l'autorité de conciliation peut – à notre avis – aussi inclure des mesures d'exécution dans la transaction : BSK ZPO-DROESE, art. 335 CPC N 19 ; JEANDIN, in Bohnet et autres, art. 335 CPC N 12. En pratique certaines autorités de conciliation refusent de le faire, au motif que les mesures d'exécution ne sont pas à la libre disposition des parties. Pareille prise de position constitue à nos yeux un frein à la conciliation.

donnée à l'une des parties de les faire exécuter aux frais de l'autre²⁴⁷, si cette dernière est défailante, par exemple.

- Un jugement d'accord peut suppléer les éventuelles formes exigées pour une transaction extra-judiciaire.

Ainsi un jugement d'accord peut ordonner au registre foncier le transfert d'un immeuble, sans qu'il soit nécessaire de passer devant un notaire (les émoluments du registre foncier doivent néanmoins être acquittés)²⁴⁸.

Pour le surplus, quant à son contenu, la transaction judiciaire doit/peut comporter les mêmes précisions que l'arrangement extra-judiciaire²⁴⁹.

C. La remise en cause de la transaction

78. La **transaction extra-judiciaire** peut être remise en cause²⁵⁰, comme toute convention, pour lésion²⁵¹, erreur essentielle²⁵², dol²⁵³ ou crainte fondée²⁵⁴⁻²⁵⁵. Elle peut être entachée de nullité, lorsqu'elle déroge à une règle impérative du Code des obligations²⁵⁶ ou lorsqu'elle est conclue par un incapable de discernement²⁵⁷⁻²⁵⁸.

Lorsque les parties sont assistées par un mandataire qualifié, ces hypothèses sont peu plausibles et rares.

²⁴⁷ Art. 98 CO.

²⁴⁸ ATF 99 II 359 cons. 3a, JdT 1974 I 232 ; FAVRE-BULLE/BABEL, p. 1290 N 0.11.

²⁴⁹ Ci-dessus N 76.

²⁵⁰ Sur l'invalidation de la transaction extra-judiciaire : MORAND, p. 114-135 N 341-423.

²⁵¹ Art. 21 CO.

²⁵² Art. 23-26 CO.

²⁵³ Art. 28 CO.

²⁵⁴ Art. 29 CO.

²⁵⁵ Sur l'application des règles sur les vices de la volonté aux transactions extra-judiciaires : ATF 130 III 49, cons. 1.2 ; 117 II 218, cons. 4b ; TF du 04.08.2014, 4A_217/2014, cons. 2.

²⁵⁶ Art. 20 CO. La nullité peut être invoquée en tout temps, sauf abus de droit.

²⁵⁷ Art. 16 ss CC.

²⁵⁸ Il est difficile de concevoir qu'une convention transactionnelle porte atteinte à la personnalité des parties (art. 27 CC) ou soit contraire aux mœurs (art. 20 CO). Elle peut avoir un objet impossible (*ibidem*). Exemple : prolongation du bail d'une maison qui vient d'être complètement détruite par un incendie.

La remise en cause d'un accord transactionnel est donc une *voie très étroite et difficile*.

La partie qui s'y risque doit agir dans le délai d'un an, dès la conclusion de l'accord²⁵⁹, ou déclarer à l'autre sa résolution dans le même délai d'un an dès la découverte de l'erreur essentielle ou du dol ou dès que la crainte fondée s'est dissipée²⁶⁰.

79. La **transaction judiciaire** ne peut être remise en cause que par le biais de la *voie étroite de la révision*²⁶¹⁻²⁶².

Il s'agit là d'une voie encore plus difficile que pour la remise en cause d'une transaction extra-judiciaire : l'accord est intervenu sous l'égide d'un magistrat de l'ordre judiciaire.

A l'appui de sa mise en cause de la transaction judiciaire, la partie qui se dit lésée peut tenter de se prévaloir des mêmes *motifs* qu'en cas de transaction extra-judiciaire²⁶³. Cependant, il est communément admis que les dispositions relatives aux vices de la volonté ne s'appliquent que restrictivement²⁶⁴.

La demande de révision, écrite et motivée, doit être adressée à l'autorité judiciaire qui a homologué la transaction²⁶⁵, dans un *délai* de 90 jours à dater de la découverte du motif de révision, mais au plus tard dans les dix ans à dater de l'entrée en force de la transaction judiciaire.

²⁵⁹ Pour la lésion : art. 21 al. 2 CO.

²⁶⁰ Art. 31 al. 1. et 2 CO.

²⁶¹ Art. 328 al. 1 lettre c CPC.

²⁶² ATF 139 III 133, cons. 1.2 et 1.3 : aucune voie de droit ordinaire n'est ouverte contre la « décision » rayant la cause du rôle ensuite d'une transaction judiciaire et contre la transaction elle-même. La décision de radiation ne peut être attaquée par un recours que sur la question des frais. MORAND, p. 178 s. N 588-592. Exemples de demandes de révision d'une transaction passée devant l'autorité de conciliation : TF du 26.03.2014, 4A_586/2013 ; DB 8/1996 N 31.

²⁶³ Ci-dessus N 78 ; MORAND, p. 179 s. N 593-595.

²⁶⁴ ATF 105 II 273, cons. 3a, JdT 1980 I 358 ; ATF 119 II 297, cons. 3b, JdT 1996 I 208 ; HOHL, tome I N 1363.

²⁶⁵ Art. 328 al. 1 et 329 al. 1 CPC.

VII. L'exécution de la transaction

80. Une fois qu'elles ont conclu la transaction, les parties doivent veiller à son *exécution* : demander le paiement de la somme convenue, prier le locataire de quitter les lieux à la date prévue, exécuter les travaux.

Si le débiteur de l'obligation ne s'exécute pas, son créancier le relancera de vive voix, puis par écrit.

Lorsque ces démarches préalables ne suffisent pas, la situation se présente différemment, selon que la transaction porte sur le paiement d'une somme d'argent²⁶⁶ ou sur une autre obligation. Dans ce dernier cas, il faut distinguer entre la transaction judiciaire et la transaction extra-judiciaire²⁶⁷.

81. Si la transaction porte sur une **somme d'argent**²⁶⁸, dont le débiteur ne s'acquitte²⁶⁹ pas, le créancier agira par la voie d'une *poursuite pour dettes*²⁷⁰⁻²⁷¹. Dans un premier temps, il fera notifier au débiteur un commandement de payer. En cas d'opposition du débiteur audit commandement de payer, la transaction vaudra titre de mainlevée provisoire, si elle contient une reconnaissance de dette²⁷² (transaction extra-judiciaire), ou définitive²⁷³ (transaction judiciaire). Une fois l'opposition levée, le créancier requerra la saisie ou la faillite du débiteur.

82. Lorsque l'obligation ne porte **pas sur une somme d'argent**²⁷⁴ (*Realvollstreckung*), la **transaction extra-judiciaire**, simple contrat²⁷⁵, ne constitue pas un titre exécutoire²⁷⁶.

²⁶⁶ Ci-après N 81.

²⁶⁷ Ci-après N 82-83.

²⁶⁸ Ou sur la fourniture de sûretés.

²⁶⁹ Le débiteur peut parfois s'en acquitter par compensation (art. 120 ss et 265 CO).

²⁷⁰ Art. 335 al. 2 CPC.

²⁷¹ Le bailleur qui est le créancier de la somme convenue ne pourra impartir le délai comminatoire, puis résilier le bail en application de l'art. 257d al. 2 CO que si le montant dû correspond à du loyer et/ou des frais accessoires arriérés.

²⁷² Ci-dessus N 76.

²⁷³ Ci-dessus N 73.

²⁷⁴ Exemples : évacuer les locaux ; laisser libre accès à ceux-ci ; libérer une pièce pour permettre l'exécution de travaux ; procéder à des travaux.

²⁷⁵ Ci-dessus N 72.

Le créancier de cette obligation doit agir conformément aux art. 107 ss CO. Dans un premier temps, il mettra son débiteur en *demeure* d'accomplir son (ses) obligation(s) et par prudence lui impartira par écrit un (nouveau) délai pour s'exécuter, même si la transaction prévoit déjà un tel délai.

Parfois le droit de fond permet, à l'échéance de la mise en demeure, au bénéficiaire d'une transaction extra-judiciaire d'*agir lui-même* en exécution, sans passer par l'autorité de conciliation ou par le juge. Il en va ainsi lorsque la convention prévoit l'exécution aux frais du bailleur de réparations de moyenne importance ; si le bailleur ne s'exécute pas, le locataire peut commander les travaux, les payer et en compenser le coût avec le loyer en cours²⁷⁷.

Mais hormis ce cas exceptionnel, les parties ne peuvent pas se faire justice propre : elles doivent requérir l'appui de l'autorité pour faire exécuter leur accord. Par exemple, le bailleur ne peut pas déménager les meubles du locataire, changer la serrure, couper l'eau et/ou l'électricité, même si la transaction comporte un engagement du locataire de quitter les lieux et qu'il ne le respecte pas.

Le créancier de l'obligation de faire ou de tolérer devra alors déposer une *demande judiciaire d'exécution*. Il s'adressera au juge de la procédure sommaire, sans passer par la conciliation, si la transaction extra-judiciaire est bien rédigée et que l'on est donc en présence d'un « cas clair »²⁷⁸.

Si le cas n'est pas clair, le créancier devra agir en exécution devant l'autorité de conciliation, puis devant le juge du fond.

Les conclusions du créancier demanderont dans les deux hypothèses (cas clair ou non) des mesures d'exécution.

²⁷⁶ MORAND, p. 88 s. N 247-249. C'est la faiblesse de la transaction passée à l'issue d'une médiation : ci-dessus N 70 in fine.

²⁷⁷ Art. 259b lettre b CO.

²⁷⁸ Art. 257 CPC ; sur le cas clair : BOHNET/CONOD 2012, p. 227-232 N 45-56 et nombreuses jurisprudences citées ; FLORIAN ROHRER, op. cit. dans la bibliographie.

83. La **transaction judiciaire** comportera, si elle a été homologuée par l'autorité de conciliation ou le tribunal et qu'elle a été bien rédigée, des *mesures d'exécution*²⁷⁹ qui permettront son *exécution directe*²⁸⁰.

Le créancier de l'obligation pourra alors solliciter du greffe de l'autorité qui a rendu la décision une attestation sur son caractère exécutoire²⁸¹. Ensuite, il pourra soit agir lui-même aux frais du débiteur : commander les travaux convenus²⁸², payer l'entreprise et compenser le montant payé avec le loyer dû ; soit demander à la police ou à un huissier judiciaire, selon les cantons, d'intervenir.

Si la transaction judiciaire, qui vaut jugement, ne comporte pas de mesures d'exécution²⁸³, le créancier de l'obligation doit saisir en procédure sommaire le tribunal de l'exécution²⁸⁴ (*exécution indirecte*), afin qu'il ordonne les mesures d'exécution nécessaires. Selon leur nature, le créancier les exécutera ensuite lui-même ou les fera exécuter par la police ou un huissier judiciaire.

Egalement en cas de transaction judiciaire, le créancier ne peut pas se faire justice propre, sauf si la décision qui homologue la transaction comporte des mesures d'exécution l'habilitant à agir lui-même.

84. Il résulte de ce qui précède que l'homologation d'une transaction par une autorité (transaction judiciaire) est préférable : elle permet aux parties d'inclure dans le procès-verbal valant jugement des mesures d'exécution, facilitant si nécessaire ensuite la mise en œuvre de l'accord (exécution directe). Pour ce motif, les parties ont intérêt à faire homologuer une

²⁷⁹ Ci-dessus N 77.

²⁸⁰ Art. 337 CPC.

²⁸¹ Art. 336 al. 2 CPC.

²⁸² Dans cet exemple il s'agit de gros travaux (réparation d'un défaut grave) que le bailleur a accepté d'assumer et pour lesquels le juge a autorisé le locataire à effectuer aux frais du bailleur, en cas de défaillance de celui-ci (art. 98 CO).

²⁸³ Cette hypothèse ne devrait se réaliser que si les parties, au moment de conclure la transaction judiciaire, ne se sont pas entendues sur les mesures d'exécution. Mais en règle générale, comme indiqué plus haut (N 77), toute transaction judiciaire bien rédigée devrait comporter des mesures d'exécution, y compris lorsqu'elle est homologuée par l'autorité de conciliation.

²⁸⁴ Art. 338 al. 1 CPC. Sur la requête d'exécution : JEANDIN, in Bohnet et autres, art. 338 CPC ; BSK ZPO-DROESE, art. 338 CPC.

transaction extra-judiciaire par l'autorité de conciliation, en lui soumettant une *demande de conciliation volontaire*²⁸⁵.

VIII. Conclusion

85. Le Code de procédure civile, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2011, repose sur l'adage « *concilier d'abord, juger ensuite* »²⁸⁶.

Les praticiens du droit du bail doivent être imprégnés de cette maxime et l'appliquer dans leur quotidien professionnel.

Ils y ont un intérêt en termes d'image, de temps et d'argent. Nous espérons l'avoir démontré à l'occasion du présent texte.

Certes, nos propos sont empreints d'un certain angélisme, si nous les mesurons à l'aune de la réalité quotidienne des études d'avocat, des gérances immobilières, des associations de locataires et des prétoires.

Mais, même dans la société dans laquelle nous vivons, n'est-il pas permis de faire preuve d'optimisme et de penser avec Rousseau²⁸⁷ que par nature l'homme est bon ?

²⁸⁵ Ci-dessus N 73 *in fine*.

²⁸⁶ Message du Conseil fédéral, FF 2006, p. 6936.

²⁸⁷ N'oublions pas que Jean-Jacques Rousseau a séjourné à Neuchâtel où se tient le présent Séminaire. Visitez donc le magnifique Espace Rousseau à la Bibliothèque publique et universitaire de Neuchâtel, 3 Place Numa-Droz (ouvert notamment le samedi de 9 à 17 heures).

IX. Bibliographie

BIERI ISABELLE, Instances de proximité et conciliation, Plädoyer 5/2002, p. 44 ss (cité : BIERI ISABELLE)

BIERI LAURENT, Le risque de devoir payer des dépens pour la procédure de conciliation encourage-t-il les parties à accepter un arrangement ?, Jusletter du 9 mars 2015

BOHNET FRANCOIS, Le droit du bail en procédure civile suisse, 16^e Séminaire, Neuchâtel 2010, p. 5 ss (cité : BOHNET 2010)

BOHNET FRANCOIS, Les grands arrêts de la profession d'avocat, 2^e éd., Neuchâtel 2010 (cité : BOHNET, Les grands arrêts)

BOHNET FRANCOIS/CONOD PHILIPPE, Bail et procédure civile suisse : premiers développements, 17^e Séminaire, Neuchâtel 2012, p. 213 ss (cité : BOHNET/CONOD 2012)

BOHNET FRANÇOIS/MONTINI MARINO (édit.), Droit du bail à loyer, Commentaire pratique, Bâle 2010 (cité : CPra Bail-AUTEUR)

BOHNET FRANCOIS/MARTENET VINCENT, Droit de la profession d'avocat, Berne 2009

BOHNET FRANCOIS/HALDY JACQUES/JEANDIN NICOLAS/SCHWEIZER PHILIPPE/TAPPY DENIS (édit.), Code de procédure civile annoté, Bâle 2011 (cité : AUTEUR in : Bohnet et autres)

CHAPPUIS BENOIT, La profession d'avocat, 2 tomes, 2^e éd., Berne 2016

FAVRE-BULLE XAVIER/BABEL CAST CAROLINE, Le contrat de transaction, in : Marchand/Chappuis/Hirsch (édit.), Recueil de contrats commerciaux, Bâle 2013, p. 1281 ss

GILLARD FRANCOIS, La transaction judiciaire en procédure civile, thèse, Zurich 2003

HOHL FABIENNE, Procédure civile, Tome I et II, Berne 2001 et 2010

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM/WIELAND WOLFGANG (édit.), Basler Kommentar Obligationenrecht I, 6^e éd., Bâle 2015 (cité BSK-WEBER)

KOBEL PIERRE, Convention de médiation, in : Marchand/Chappuis/Hirsch (édit.), Recueil de contrats commerciaux, Bâle 2013, p. 1325 ss

KOUMBARAKIS ZINON, Das Schlichtungsverfahren in Mietsachen nach der neuen Zivilprozessordnung, in Aktuelle Fragen zum Mietrecht, Zurich 2012, p. 117 ss

LACHAT DAVID, Le Bail à loyer, Lausanne 2008 (cité : LACHAT, bail)

LACHAT DAVID, Procédure civile en matière de baux et loyers, Lausanne 2011 (cité : LACHAT, procédure)

MINDER MATTHIAS, Die Übertragung des Mietvertrags bei Geschäftsräumen, thèse, Zurich 2010

Mirimanoff (édit.), La résolution amiable des différends en Suisse, Berne 2016 (cité : AUTEUR, in Mirimanoff)

MIRIMANOFF JEAN A., Une nouvelle culture : la gestion des conflits, AJP 2/2009, p. 157 ss

MORAND PIERRE-ANDRÉ, La transaction, Berne 2016

OBERHAMMER PAUL/DOMEZ TANJA/HAAAS ULRICH (édit.), Schweizerische Zivilprozessordnung, 2^e éd., Bâle 2013 (cité : KUKO ZPO-AUTEUR)

PFISTERER THOMAS, Einigung und Mediation – Übersicht über die aktuelle Bundesgesetzgebung, AJP 1/2008, p. 3 ss

ROHRER FLORIAN, Der Rechtsschutz in klaren Fällen nach Art. 257 ZPO, MRA 1/2016, p. 1 ss

SPUHLER KARL/TECHIO LUCA/INFANGER DOMINIK (édit.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Basler Kommentar, 2^e éd., Bâle 2013 (cité : BSK ZPO-AUTEUR)

SVIT, Le droit suisse du bail à loyer, Bâle 2011 (cité : SVIT-K)

TAPPY DENIS/NOVIER MERCEDES, La procédure de conciliation et la médiation dans le code de procédure civile suisse (art. 197- 218 CPC), in codice di diritto processuale svizzero, Bâle 2011, p. 81 ss

TERCIER PIERRE/FAVRE PASCAL G., Les contrats spéciaux, 4^e éd., Zurich 2009

TERRAPON PASCAL, Transfert du bail commercial et restitution anticipée de la chose louée, 17^e Séminaire Neuchâtel 2012, p. 151 ss

WETZEL THOMAS/MESEK KARIN, Die Vereinbarung zur Zahlung von Schlüsselgeld : Ein nichtiges Koppelungsgeschäft ? MRA 2008, p. 1 ss