

Séminaire sur le droit du bail

Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel

18^e SEMINAIRE SUR LE DROIT DU BAIL

18^e SEMINAIRE SUR LE DROIT DU BAIL

Edité par
François Bohnet et Blaise Carron

Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel
Helbing Lichtenhahn



UNIVERSITÉ DE
NEUCHÂTEL

FACULTÉ DE DROIT

www.unine.ch/droit

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek

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

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

ISBN 978-3-7190-3550-1

© 2014 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 18^e Séminaire sur le droit du bail de l'Université de Neuchâtel, organisé pour la première édition les 3 et 4 octobre 2014, pour la seconde les 17 et 18 octobre 2014.

L'ouvrage recueille six contributions touchant divers thèmes d'actualité en droit du bail. Un premier groupe de textes approfondit des sujets typiques du droit du bail : l'expulsion du locataire, le bail des cafés et des restaurants ainsi que la réparation du préjudice subi par le locataire en cas de défaut de la chose louée. D'autres contributions concernent des domaines généraux du droit, ayant des implications en matière de bail : on pense au droit public de la rénovation et à l'abus de droit en matière de bail. Une dernière contribution s'intéresse à l'influence des contrats de bail sur un autre domaine juridique, à savoir la valeur d'un immeuble locatif.

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 Me Marino Montini, collaborateur scientifique, et Mme Sylvia Staehli, secrétaire.

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

Neuchâtel, octobre 2014

Sommaire

Blaise Carron Professeur à l'Université de Neuchâtel, avocat et Placidus Plattner Avocat, Küsnacht-Zurich Contrat de bail et valorisation immobilière	1
Laurent Bieri Professeur à l'Université, Lausanne La réparation du préjudice subi par le locataire en cas de défaut de la chose louée	59
François Bohnet Professeur à l'Université, avocat, Neuchâtel et Philippe Conod Chargé d'enseignement à l'Université de Neuchâtel, avocat, Lausanne La fin du bail et l'expulsion du locataire	79
Pascal Pichonnaz Professeur à l'Université, Fribourg L'abus de droit en droit du bail	143
Valérie Défago Gaudin Chargée d'enseignement à l'Université de Neuchâtel, avocate, Genève Le droit public de la rénovation	175
David Lachat Avocat, Genève Le bail des cafés et des restaurants	221

Abréviations

AG	Argovie
al.	alinéa(s)
AMSL	Arrêté fédéral instituant des mesures contre les abus dans le secteur locatif du 30 juin 1972 (RO 1972 II 1531)
AppGer BS	Appellationsgericht Basel
AppH	Appellationshof
art.	article(s)
ATA	Arrêt de la Chambre administrative de la Cour de Justice (GE)
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral
BezGer	Bezirksgericht
BlSchK	Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs = Bulletins des poursuites et des faillites
BO CE	Bulletin officiel du Conseil des Etats
BO CN	Bulletin officiel du Conseil national
BPA	Bureau de prévention des accidents
Bq/m3	Becquerels par mètre cube
BSK	Basler Kommentar
CACI	Cour d'appel civile
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)
C. cass.	Cour de cassation
CCR	Contrat-cadre romand de baux à loyer du 12 décembre 2007 (FF 2008 5291)
CdB	Cahiers du bail
CECB	Certificat énergétique cantonal des bâtiments
CEDH	Convention européenne des droits de l'homme
CE	Conseil des Etats
cf.	confer
CFC	Codes de frais de construction

Abréviations

CFST	Commission fédérale de coordination pour la sécurité au travail
ch.	chiffre(s)
Ch. App. GE	Chambre d'appel Genève
CJ	Cour de justice
CL révisée	Convention du 30 octobre 2007 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (Convention de Lugano ; 0.275.11)
CO	Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse (Livre cinquième : droit des obligations) (RS 220)
Comm.	Communications de l'Office fédéral du logement concernant le droit du loyer
cons.	considérant(s)
Co-SVIT	Commentaire SVIT (Association suisse de l'économie immobilière)
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0)
CPC	Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (RO 2010 1739)
CPra Bail	Droit du bail à loyer, Commentaire pratique
CR	Commentaire romand
CRB	Centre suisse d'études pour la rationalisation de la construction
CRDE	Conférence Romande des Délégués à l'Energie
CREC	Chambre des recours civile
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101)
DB	Droit du bail
DIFC	Décompte individuel des frais de chauffage et d'eau chaude
DP	Dalloz périodique
éd.	Édition
Eg./ég.	Egalement
EnDK	Conférence des directeurs cantonaux de l'énergie

Abréviations

et al.	Et alii (et autres)
FF	Feuille fédérale
FJS	Fiches juridiques suisses
GE	Genève
HEV	Hauseigentümerverband
ibid.	ibidem
JDC	Journées du droit de la construction
JdT	Journal des Tribunaux
JTBL	Jugement Tribunal des baux et loyers
KUKO	Kurzkommentar
LaCC	Loi d'application du Code civil suisse
LaCC GE	Loi genevoise d'application du Code civil suisse
LACPC VS	Loi valaisanne d'application du Code de procédure civile suisse
LCCBL	Loi modifiant la Loi organisant la commission de conciliation en matière de baux et loyers du 8 juin 2012, entrée en vigueur le 27 juin 2012
LFus	Loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine (RS 221.301)
LGVE	Luzerner Gerichts- und Verwaltungsentscheide
LiCPM BE	Loi bernoise portant introduction du Code de procédure civile, du Code de procédure pénale et de la loi sur la procédure pénale applicable aux mineurs
lit. ou let.	lettre(s)
LJ FR	Loi fribourgeoise sur la justice
LOJ GE	Loi genevoise sur l'organisation de la Justice
LOJ VS	Loi valaisanne sur l'organisation de la Justice
LP	Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (RS 281.1)
LPart	Loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes de même sexe (RS 211.231)
LSV	Système de recouvrement direct (Lastschriftverfahren)

Abréviations

LTBLF JU	Loi jurassienne instituant le Tribunal des baux à loyer et à ferme
LTF	Loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (RS 173.110)
MGer	Mietgericht
MoPEC	Modèle de prescriptions énergétiques des cantons
MP	Mietrechtspraxis
MRA	Mietrecht Aktuell
n.	note
N	numéro(s)
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)
OFEN	Office fédéral de l'énergie
OFEV	Office fédéral de l'environnement
OFL	Office fédéral du logement
OFSP	Office fédéral de la santé publique
OGer	Obergericht
OIT	Organisation internationale du travail
OJ	Organisation judiciaire
OJN	Organisation judiciaire neuchâteloise
OMS	Organisation mondiale de la santé
op. cit.	opus citatum (œuvre citée)
p.	page(s)
PCB	Polychlorobiphényles (biphényles polychlorés)
p. ex.	par exemple
PJA	Pratique juridique actuelle
Pra	Die Praxis
RDAF	Revue de droit administratif et fiscal
Req.	Requêtes (ancienne Chambre de la Cour de cassation française)
RFJ	Revue fribourgeoise de jurisprudence
RJB	Revue de la Société des juristes bernois.

Abréviations

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
RSN	Recueil systématique neuchâtelois
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)
SIA	Société suisse des ingénieurs et des architectes
ss	et suivant(e)s
SUVA	Schweizerische Unfallversicherungsanstalt (Caisse nationale suisse en cas d'accidents)
T.	tome
TA	Tribunal administratif
TApp	Tribunale d'appello
TBx	Tribunal des baux
TC	Tribunal cantonal
TF	Tribunal fédéral
TG	Thurgovie
TI	Ticino
VLI	Valeurs limites d'immission
VD	Vaud
vol.	volume
VS	Valais
ZGB	Zivilgesetzbuch
ZH	Zurich
ZMP	Zürcher Mietrechtspraxis

Abréviations

ZPO	Zivilprozessordnung
ZK	Zürcher Kommentar

Contrat de bail et valorisation immobilière

Due diligence relative à la vente d'un immeuble locatif

par

Blaise Carron
Professeur à l'Université, Neuchâtel

et*

Placidus Plattner
Avocat, Küsnacht-Zürich

Introduction	4
I. Généralités	4
A. Valeur d'un immeuble locatif	4
1. Méthode hédoniste	5
2. Méthode de la valeur intrinsèque	6
3. Méthodes fondées sur la valeur de rendement	7
4. Méthode retenue en pratique	9
B. Due diligence juridique	10
II. Eléments choisis de la due diligence	11
A. Locataire	11
1. Identité	11
2. Solvabilité	13

* Les auteurs remercient Me Yann Férolles, assistant-doctorant à la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, pour l'aide précieuse qu'il leur a apportée lors de la rédaction et de la mise au point de ce texte.

B. Objet du bail	14
1. Immeuble	14
a. Extrait du registre foncier	14
b. Cas particulier des places de parc	17
2. Surfaces	18
3. Utilisation des locaux	21
a. Conformité au droit public et au droit privé	21
b. Obligation d'utiliser et interdiction de concurrence	23
C. Loyer	24
1. Généralités	24
2. Loyer net	25
3. Cas particulier de l'indexation	26
4. Possibilité de faire supporter les hausses de coûts ou les prestations supplémentaires	29
5. Option (TVA)	30
6. Frais accessoires	31
7. Sûretés (type et montant)	34
D. Durée	36
1. Début	36
2. Types de durée	37
3. Options de prolongation	38
4. Condition suspensive	39
5. Protection contre les congés : risques de prolongation	40
6. Clause pénale de retard	41
E. Travaux du locataire	41
1. Généralités	41
2. Conditions	42
3. Obligation de remise en état (art. 260a al. 2 CO)	43
4. Devoir d'indemniser (art. 260a al. 3 CO)	43

5. Entretien des aménagements du locataire	44
6. Cas particulier des locaux bruts	45
F. Modalités diverses	46
1. Admissibilité du changement de bailleur	46
2. Sous-location.....	47
3. Règles sur l'entretien	48
G. Documents contractuels	49
1. Signature du bailleur	49
2. Annexes et avenants.....	50
3. Procès-verbal de remise des locaux	51
4. Formule officielle.....	52
H. Droits d'emption, de préemption ou de prélocation.....	54
Bibliographie.....	56

Introduction

1. Lors d'une transaction immobilière impliquant un objet locatif, le contenu et les modalités des baux conclus et gérés par le vendeur ou par son représentant (p. ex. une régie immobilière) jouent un rôle important dans la détermination du prix de vente final.
2. L'appréciation critique des contrats de bail se fait lors de la *due diligence juridique*. Il est important que le vendeur (pour optimiser son prix de vente) et la régie immobilière qui le représente (pour exécuter au mieux son mandat à la satisfaction du vendeur) connaissent les principaux points analysés lors de cet examen. Plus indirectement, tout locataire peut être intéressé au rappel d'un certain nombre d'éléments lui permettant en principe de refuser totalement ou partiellement le paiement de son loyer.
3. La transaction envisagée dans le cadre de cette contribution concerne un *immeuble de placement*, c'est-à-dire détenu pour en retirer des loyers et/ou pour valoriser le capital, mais pas un bien immobilier destiné à être utilisé par son propriétaire ou vendu dans le cadre de l'activité ordinaire du propriétaire. Nous nous concentrerons sur les baux à loyer d'habitations et de locaux commerciaux, à l'exclusion des baux à ferme ou de toute autre forme de bail.
4. Après quelques généralités (I.), nous développerons l'un après l'autre certains aspects choisis de la due diligence (II.).

I. Généralités

5. Nous dirons quelques mots sur les méthodes utilisées pour déterminer la valeur d'un immeuble locatif (A.) et sur l'activité de due diligence (B.).

A. Valeur d'un immeuble locatif

6. La détermination de la valeur des actifs immobiliers a pris une importance croissante au cours des dernières années. En particulier, depuis le 1^{er} janvier 2004, les investisseurs institutionnels doivent présenter leurs comptes en évaluant leurs actifs à la valeur de marché, et non plus aux valeurs du bilan. Au contraire de l'Allemagne qui connaît

des prescriptions impératives en vue de déterminer la valeur de marché d'un immeuble¹, la pratique suisse admet plusieurs procédés, parmi lesquels la méthode hédoniste (1.), la méthode de la valeur intrinsèque (2.) ainsi que les différentes méthodes fondées sur le rendement (3.). Après avoir brièvement présenté ces méthodes, il s'agira de préciser celle souvent retenue en pratique (4.) lors d'une transaction immobilière impliquant un immeuble locatif de placement.

1. Méthode hédoniste

7. La *méthode hédoniste* – également appelée méthode de la valeur comparative ou méthode comparative par éléments (*Vergleichswertmethode*) – consiste à déterminer le prix (plutôt que la valeur²) d'un immeuble en le comparant à des objets présentant les mêmes caractéristiques. Les paramètres pertinents concernent aussi bien l'objet lui-même (superficie du bien-fonds, surface habitable, volume et année de construction, qualité de construction, obsolescence) que sa situation au niveau microscopique (emplacement dans la commune, vue et ensoleillement, transports publics, nuisances) et macroscopique (attractivité de la commune ou du quartier, fiscalité, accessibilité).
8. La *pertinence* d'une évaluation selon la méthode hédoniste dépend de la taille, de la qualité et de l'actualité des données à disposition, de la stabilité du marché et du nombre d'objets présentant des caractéristiques identiques à celui étudié³. En outre, les objets considérés ne doivent en principe pas nécessiter de rénovations : cette exigence réduit souvent le nombre d'objets comparables de façon importante⁴.
9. La méthode hédoniste repose sur un procédé statistique reconnu, appelé méthode par comparaison, qui présente l'avantage de requérir des informations peu détaillées. Cette méthode est adaptée à l'évaluation du prix de villas ou d'appartements en PPE⁵, voire d'appartements locatifs,

¹ « http://www.svkg.ch/Bewertungsmethoden_im_Vergleich_FR_Roesch.pdf » (03.06.2014) ; cf. ég. § 194 Baugesetzbuch : « <http://www.gesetze-im-internet.de/bbaug/BJNR003410960.html#BJNR003410960BJNG005103301> » (03.06.2014).

² Sur cette différence, cf. FIERZ, p. 42 ss.

³ FIERZ, p. 30 s., qui mentionne certains de ces paramètres.

⁴ FIERZ, p. 30.

⁵ Dans l'ATF 134 II 49, cons. 17 s., JdT 2009 I 746, le TF a retenu un tel modèle

parce qu'il existe suffisamment d'objets similaires permettant une analyse statistique pertinente⁶. Elle ne se *prête par contre pas vraiment* à la détermination de la valeur d'un immeuble de placement⁷.

2. Méthode de la valeur intrinsèque

10. La *méthode de la valeur intrinsèque* – également appelée méthode de la valeur réelle ou méthode du coût déprécié (*Substanzwertmethode*) – consiste à déterminer la valeur d'un immeuble en additionnant le prix actuel du terrain à la valeur de production de l'objet évalué⁸. D'une part, le prix du terrain se fonde sur une comparaison du prix au m² d'autres biens-fonds semblables, en tenant particulièrement compte du lieu de situation ainsi que des règles applicables de droit de la construction. D'autre part, la valeur de production de l'immeuble correspond au coût de reconstruction intrinsèque ; elle se fonde soit sur les prix actuels de construction, soit en extrapolant à partir d'un indice des coûts de la construction. Cette valeur subit ensuite un abattement destiné à tenir compte de la vétusté de l'immeuble⁹.
11. La *pertinence* de l'évaluation selon la valeur intrinsèque dépend d'abord de la capacité à définir le coût de reconstruction, alors que les matériaux et les technologies de construction évoluent constamment. En outre, les corrections pour obsolescence relèvent toujours d'une estimation difficile à vérifier. Enfin, la détermination du prix du terrain présente les mêmes difficultés que celles de la méthode hédoniste (N 8 ss).
12. La méthode de la valeur intrinsèque convient certes à l'évaluation d'immeubles locatifs comprenant des logements, des commerces ou une occupation mixte. Toutefois, dans ce contexte, elle est principalement utilisée en tant que méthode de contrôle ou de référence envers une

hédoniste pour déterminer la moins-value causée par le bruit aérien sur des maisons familiales et des appartements en PPE.

⁶ FIERZ, p. 29.

⁷ En effet, l'acquéreur est avant tout intéressé au rendement (et pas au prix) de l'objet lui-même.

⁸ « <http://d-l.ch/tout-savoir-sur-le-financement/bien-immobilier-de-rendement/la-methode-du-cout-deprecie-ou-valeur> » (21.05.2014).

⁹ « <http://d-l.ch/tout-savoir-sur-le-financement/bien-immobilier-de-rendement/la-methode-du-cout-deprecie-ou-valeur> » (21.05.2014).

valeur établie par une méthode fondée sur le rendement (N 14 ss). En outre, elle n'est *pas particulièrement utile* pour un acquéreur voulant faire un placement, car elle ne lui livre pas d'informations quant au rendement de l'investissement consenti.

13. **Exemple¹⁰** :

Soit un bâtiment construit en 1905 et rafraîchi en 2004, sis sur une parcelle de 1'586 m² très bien située et dont le prix au m² est CHF 1'250.-, qui comprend 16 logements pour un total de 7'220 m³ et 16 places de parc pour un total de 1'056 m³. Le coût de construction par m³ est de CHF 850.- pour les logements et de CHF 375.- pour les garages. En raison de la vétusté, l'abattement est de 26%. La valeur de l'immeuble peut être estimée à :

Logements : 7'220 m ³ à CHF 850.-/m ³	CHF	6'137'000
Garages : 1'056 m ³ à CHF 375.-/m ³	+ CHF	396'000
Coût de reconstruction à neuf	CHF	6'533'000
Dépréciation 26%	- CHF	1'698'580
Valeur du bâtiment	= CHF	4'834'420
Terrains et aménagements : 1'586 m ² à CHF 1'250.-	+ CHF	1'982'500
Frais financiers d'acquisition, taxes et imprévus [10%]	+ CHF	681'692
Valeur estimée de l'immeuble	= CHF	7'498'612

3. Méthodes fondées sur la valeur de rendement

14. Il existe aujourd'hui plusieurs manières de calculer la *valeur de rendement* d'un immeuble : on parle de la méthode classique (*klassische Ertragswertmethode*), aussi appelée actualisation par capitalisation, ainsi que de la méthode de la valeur actuelle classique ou améliorée (*klassische oder verbesserte Barwertmethode*)¹¹. Toutes ces méthodes consistent à capitaliser le revenu locatif actuel pour déterminer la valeur d'un immeuble, en tenant plus ou moins précisément compte des fluctuations des revenus futurs et des charges d'exploitation ainsi que du moment où les cycles de rénovation doivent avoir lieu.
15. La méthode la plus répandue aujourd'hui est la *méthode DCF* (*discounted cash flow*), aussi appelée méthode des flux futurs de trésorerie ou méthode des flux financiers actualisés. Elle consiste à déterminer, par actualisation, la valeur nette des flux financiers futurs. Au contraire des autres méthodes fondées sur le rendement, elle permet

¹⁰ Exemple largement inspiré de « <http://d-l.ch/tout-savoir-sur-le-financement/bien-immo-bilier-de-rendement/la-methode-du-cout-deprecie-ou-valeur> » (21.05.2014).

¹¹ A ce sujet, cf. FIERZ, p. 119 ss et 141 ss.

d'inclure les informations particulières dont dispose le propriétaire sur l'évolution des rendements locatifs, des charges d'exploitation et des frais de rénovation. Ces informations concernent en principe un horizon de prévision (*Prognosehorizont*) de cinq à dix ans, au cours duquel le propriétaire sait qu'il va procéder à des travaux, transformations ou rénovations influençant aussi bien les revenus locatifs que les coûts d'exploitation et les frais d'entretien. La durée qui s'étend entre la fin de l'horizon de prévision et l'horizon économique (*ökonomischer Horizont*¹²) est appelée durée utile restante (*Restnutzungsdauer*).

16. La méthode DCF est *complexe* et nécessite en principe l'utilisation de programmes informatiques. En outre, le spécialiste doit se fonder sur plusieurs hypothèses concernant des faits futurs dont il est difficile d'apprécier objectivement la justesse, en particulier la valeur du bien à la fin de l'horizon temporel.

17. **Exemple**¹³ :

Soit un immeuble avec les revenus locatifs suivants :

1 ^{re} année	CHF 120'000
2 ^e année	CHF 120'000
3 ^e année	CHF 162'000
Dès la 4 ^e année	CHF 180'000

Soit un immeuble avec des charges d'exploitation de CHF 30'000 par année.

Soit un rendement voulu de 5% par année¹⁴.

Soit le programme de rénovation suivant :

Quand ?	Quoi ?	Combien ?	Amortissement
5 ^e année	Cuisines, sanitaires	CHF 450'000	20 ans
7 ^e année	Fenêtres	CHF 150'000	30 ans
8 ^e année	Toit et façade	CHF 180'000	30 ans
15 ^e année	Autres	CHF 220'000	25 ans

¹² En mathématique financière, il s'agit de la durée durant laquelle 85% de la valeur d'une rente éternelle est générée (FIERZ, p. 51).

¹³ Exemple largement inspiré de FIERZ, p. 161 ss.

¹⁴ Un tel rendement est aujourd'hui abusif. Il a néanmoins été conservé afin de simplifier les calculs et de rester fidèle à l'exemple inspirant celui-ci.

Soit un horizon économique de 100 ans.

La valeur de l'immeuble peut alors être estimée à :

Horizon de prévision (années 1 à 10)		
Valeur actualisée des revenus locatifs nets :		
1 ^e année	$(120'000-30'000) * 0.95$	85'500
2 ^e année	$(120'000-30'000) * 0.91$	+ 81'900
3 ^e année	$(162'000-30'000) * 0.86$	+ 113'520
4 ^e -10 ^e années	$(180'000-30'000) * (0.82+0.78+0.75+0.71+0.68+0.64+0.61)$	+ 748'500
Sous-total à l'horizon de prévision		= 1'029'420
Durée utile restante (années 11 à 100)		
Valeur actualisée des revenus locatifs nets :		
11 ^e -100 ^e années	$(180'000-30'000) * 19.75/1.05^{10}$ (arrondi)	+ 1'807'125
Valeur actualisée des cycles de rénovation (année 1 à 100)		
Cuisines/sanitaires 5, 25, 45, 65, 85 ^{es} années		
	$450'000 * (0.78+0.30+0.11+0.04+0.02)$	- 562'500
Fenêtres 7, 37, 67, 97 ^{es} années		
	$150'000 * (0.71+0.16+0.04+0.01)$	- 138'000
Toit et façade 8, 38, 68, 98 ^{es} années		
	$180'000 * (0.68+0.16+0.04+0.01)$	- 160'200
Autres 15, 40, 65, 90 ^{es} années		
	$220'000 * (0.48+0.14+0.04+0.01)$	- 147'400
Valeur de l'immeuble (CHF)		1'828'445

4. Méthode retenue en pratique

18. Dans l'hypothèse retenue – l'achat d'un immeuble locatif de placement – l'investisseur s'intéresse en principe à son rendement. Par conséquent, la méthode de valorisation la plus idoine est celle mettant le plus précisément en évidence ce paramètre. A l'heure actuelle, le procédé habituellement retenu est la *méthode du discounted cash flow* avec des adaptations apportées pour l'évaluation immobilière¹⁵.
19. La méthode de détermination de la valeur influence la manière de conduire la *due diligence* juridique. Dans un calcul de rendement, l'accent est mis sur l'*examen des contrats de bail*, puisque les revenus locatifs et les coûts associés constituent un paramètre essentiel du calcul de la valeur de l'immeuble¹⁶. Par conséquent, il est essentiel pour l'acquéreur de bien analyser l'état locatif (*Mieterspiegel*) et d'évaluer les différents coûts pouvant être associés aux baux.

¹⁵ Pour une explication théorique, cf. FIERZ, p. 153 ss.

¹⁶ BIANCHI DELLA PORTA/SIMONA, p. 43.

B. Due diligence juridique

20. Par *due diligence* au sens large, on entend la diligence que l'on peut raisonnablement attendre d'une personne cherchant à satisfaire une exigence légale ou à s'acquitter d'une obligation¹⁷. Dans le cadre de cette étude, la due diligence (ou audit préalable) désigne un ensemble de vérifications juridiques que l'éventuel acquéreur d'un immeuble locatif, ou ses conseillers juridiques, réalisent avant la conclusion de la transaction immobilière¹⁸.
21. Notre étude se limite aux problèmes que peut engendrer une *reprise des baux immobiliers* dans le cadre de l'acquisition d'un immeuble locatif de placement. Nous admettons que les contrats analysés sont écrits, ce qui est la règle en matière immobilière, même si la loi ne prescrit aucune forme particulière¹⁹. En principe, la transaction revêt la *forme juridique* d'une vente immobilière (*asset deal*). Il n'est toutefois pas exclu qu'il s'agisse d'une vente d'actions d'une société immobilière ou d'une société dont le bilan contient un immeuble locatif (*share deal*)²⁰.
22. Nous n'aborderons volontairement pas en détail, voire pas du tout d'*autres thèmes importants* d'une due diligence relative à une transaction immobilière. Nous pensons notamment à l'analyse des contrats d'architecte, d'entreprise, de maintenance, de facility management, de gérance, à celle relevant du droit privé de la construction et des droits réels (notamment l'étude détaillée du registre foncier), au droit public de la construction au sens large (aménagement du territoire, Lex Weber, sites pollués, acquisition d'immeuble par des étrangers) et au droit fiscal²¹.

¹⁷ BLACK'S LAW DICTIONARY, 9^e éd., St. Paul (USA) 2009, p. 523.

¹⁸ BIANCHI DELLA PORTA/SIMONA, p. 40.

¹⁹ CR-LACHAT, art. 253 CO N 21.

²⁰ BIANCHI DELLA PORTA/SIMONA, p. 40.

²¹ Pour une présentation de certaines de ces questions, cf. BIANCHI DELLA PORTA/SIMONA, p. 47 ss. Pour le droit fiscal, cf. AFC, Le droit de mutation, in : Conférence suisse des impôts (édit.), Informations fiscales (décembre 2013), p. 6 ss ; AFC, L'impôt sur les gains immobiliers, in : Conférence suisse des impôts (édit.), Informations fiscales (octobre 2012), p. 3 ss.

II. Éléments choisis de la due diligence

23. Une *due diligence* portant sur les baux d'un immeuble de placement concerne les paramètres influençant directement ou indirectement les revenus locatifs bruts, les charges d'exploitation et d'entretien ainsi que les éventuels travaux de rénovations et/ou de modifications que l'acquéreur pourrait entreprendre.
24. Nous examinerons des *questions choisies* relatives au locataire (A), à l'objet loué (B), au loyer (C), à la durée du contrat (D), aux travaux du locataire (E), aux modalités du bail (F), aux documents contractuels (G) et aux droits d'emption, de préemption et de prélocation (H).

A. Locataire

1. Identité

25. L'auteur de la due diligence doit vérifier l'*identité de chaque locataire*. En effet, même si le contrat de bail prévoit un bon régime juridique, son application pratique – et notamment l'obtention régulière des revenus locatifs – peut réserver de nombreux écueils et incertitudes si les partenaires contractuels ne sont pas clairement définis. Le locataire peut être une personne physique ou morale, voire une société commerciale organisée sous forme de société de personnes (société en nom commun, art. 562 CO ; société en commandite, art. 602 CO)²².
26. Si la locataire est une *personne physique*, il faut vérifier que ce soit bien elle ou son représentant autorisé qui a signé le contrat, en particulier si les locaux n'ont pas encore été délivrés (p. ex. baux conclus sur plans)²³. Il faut en outre déterminer si elle est mariée ou si elle vit sous le régime du partenariat enregistré et si, dans l'affirmative, le contrat mentionne les coordonnées de son époux ou de son partenaire. En effet, si l'objet loué sert de logement de famille, le bailleur devra alors notifier à chaque époux ou partenaire enregistré la résiliation du bail (et, le cas échéant, la fixation d'un délai de paiement assorti d'une menace

²² CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY, art. 253 CO N 23.

²³ Lorsque les locaux ont déjà été remis et que le locataire a payé son loyer, on peut admettre, dans le cas d'une due diligence, la ratification des éléments essentiels du contrat (art. 38 al. 1 CO), notamment quant à l'identité des parties au contrat. Dans ce sens, TF du 01.05.2012, 4A_188/2012, cons. 3.1.

de résiliation, cf. 257*d* et 266*n* CO), faute de nullité (art. 266*n* et 266*o* CO)²⁴. De même, la résiliation du bail par le locataire est nulle s'il n'a pas obtenu le consentement exprès de son époux ou de son partenaire (art. 266*m* CO et art. 169 CC)²⁵.

27. Si le locataire est une *personne morale*, il faut se fonder sur un extrait actuel du registre du commerce et procéder aux vérifications suivantes. Premièrement, le contrat de bail doit mentionner la raison sociale complète du locataire. Deuxièmement, le contrat doit avoir été signé par une ou des personnes titulaires du pouvoir de signature (individuel ou collectif) ou au bénéfice d'une procuration signée par des représentants dûment autorisés et annexée au contrat de bail.
28. Le fait d'avoir comme locataire une personne morale organisée sous forme de sociétés de capitaux (p. ex. une société anonyme, art. 620 ss CO) présente au moins deux *particularités*. Premièrement, la personne morale a une responsabilité limitée à son capital pour les dettes découlant du contrat de bail, alors qu'une personne physique répond sur la totalité de son patrimoine. Deuxièmement, les sociétés de capitaux ont un caractère anonyme, ce qui rend difficile l'identification de leur propriétaire²⁶ et facilite le transfert économique du bail. En cédant leurs parts, les actionnaires d'une société locataire peuvent par exemple transférer unilatéralement un bail commercial sans devoir procéder selon l'art. 263 CO²⁷, voire un bail d'habitation alors qu'un tel transfert est exclu si le locataire est une personne physique.
29. Si les locaux sont occupés par une *entité sans personnalité juridique* (p. ex. une société anonyme en formation ou un consortium), le contrat de bail doit avoir été signé par des membres de l'entité économique (idéalement par tous ceux) qui disposent de la personnalité juridique.
30. En cas de « *colocation* » (p. ex. un couple locataire, les membres d'une hoirie, des concubins formant une société simple²⁸), le contrat de bail doit mentionner l'ensemble des locataires. En effet, si le bailleur peut prouver l'existence d'une communauté, notamment au moyen d'un

²⁴ CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY, art. 253 CO N 33.

²⁵ CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY, art. 253 CO N 35.

²⁶ LACHAT, p. 71 s. N 1.2.2.

²⁷ LACHAT, p. 72 N 1.2.2.

²⁸ Art. 543 al. 3 CO ; TF, DB 1998 N 3.

contrat signé par tous les colocataires²⁹, il existe un rapport de solidarité entre eux³⁰. Le bailleur peut alors réclamer la totalité du loyer à l'un ou l'autre d'entre eux indifféremment (art. 144 CO)³¹. Les colocataires sont considérés comme les auxiliaires les uns des autres au sens de l'art. 101 CO³². La connaissance des colocataires est en outre utile dans la mesure où le bailleur doit exercer ses droits formateurs, comme la résiliation du bail ou la hausse de loyer, envers tous les colocataires, sous peine de nullité³³. Enfin, les colocataires doivent en principe faire valoir leur créance en commun pour contester le loyer³⁴, résilier le bail, restituer les locaux ou encore demander la libération de la sûreté³⁵.

2. Solvabilité

31. Le rapport de due diligence doit, dans la mesure du possible, apprécier la *solvabilité* de chaque locataire. En principe, un locataire sous le coup d'actes de défaut de biens n'est pas solvable³⁶. Au surplus, la solvabilité s'apprécie dans chaque situation concrète, notamment sur la base du taux d'effort³⁷. Il s'agit du rapport entre le loyer brut, d'une part, et les revenus du locataire, d'autre part, étant précisé que tous les revenus

²⁹ TF du 15.03.1983, RJ n° 225, cons. 2d. Cf. toutefois CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY, art. 253 CO N 27, qui admettent plutôt un cautionnement (sauf à admettre une reprise cumulative de dette) lorsqu'une personne signe le bail à la demande du bailleur mais qu'elle n'a aucune intention d'occuper elle-même les locaux, ce que le bailleur sait.

³⁰ CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY, art. 253 CO N 6 et 26 : cf. p. ex. l'union conjugale, art. 166 al. 3 CC ; la communauté héréditaire, art. 603 al. 1 et 639 CC ; la copropriété ATF 117 II 50, cons. 5 [controversé : les art. 646 al. 3 et 649 CC ne règlent cependant que les rapports internes des copropriétaires] ; la convention contractuelle, art. 143 al. 1 CO et la société simple, art. 544 al. 3 CO.

³¹ CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY, art. 253 CO N 28.

³² CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY, art. 253 CO N 29.

³³ TF du 13.07.09, 4A_189/2009, cons. 1.1 ; CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY, art. 253 CO N 33.

³⁴ ATF 136 III 41, cons. 3.

³⁵ LACHAT, p. 72 N 1.2.2 et les réf. citées. La question est controversée en ce qui concerne une demande en annulation du congé ou en prolongation du bail, où, selon certains auteurs, un locataire devrait pouvoir agir seul en impliquant l'autre (CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY, art. 253 CO N 36, BSK-WEBER, art. 273 CO N 2 a ; contra : ZK-HIGI, art. 273 CO N 33 ; Co-SVIT, art. 273 CO N 10).

³⁶ LACHAT, p. 614 N 5.3.2.

³⁷ LACHAT, p. 613 s. N 5.3.2.

cumulés du locataire (y compris les prestations de l'assurance-chômage, des services sociaux, les revenus de la fortune, etc.) et des personnes qui font ménage commun avec lui (époux, concubin, enfant majeur, etc.) doivent être pris en considération³⁸. Pour les logements, en pratique, un taux d'effort de 33% est admissible économiquement, c'est-à-dire que le loyer ne doit pas dépasser un tiers des revenus bruts³⁹. Il ne s'agit toutefois que d'un ordre de grandeur⁴⁰. Une telle règle n'est pas appropriée aux locaux commerciaux où des paramètres différents s'appliquent⁴¹.

32. Lorsque l'on identifie un risque de solvabilité, il faut procéder au contrôle détaillé des *garanties personnelles ou réelles* fournies par le locataire. Décrire en détail les éléments de cette analyse dépasse l'ambition de cette contribution. Nous nous contenterons de rappeler l'importance de la qualification entre garanties accessoires (p. ex. le cautionnement ; art. 492 ss CO⁴²) et indépendantes (p. ex. garantie bancaire ou porte-fort ; art. 111 CO), les premières étant soumises à des conditions de forme stricte au contraire des secondes⁴³.

B. Objet du bail

1. Immeuble

a. Extrait du registre foncier

33. L'acquéreur doit vérifier certaines informations-clés sur l'immeuble, qui est en principe un bien-fonds (art. 943 al. 1 ch. I CC) ou un droit de superficie constitué sous forme de DDP (art. 779 al. 3 CC)⁴⁴. Cet

³⁸ LACHAT, p. 613 s. N 5.3.2 ; CPra Bail-BISE/PLANAS, art. 264 CO N 47 ss.

³⁹ LACHAT, p. 613 n. 103.

⁴⁰ ATF 119 II 36, cons. 3d. Eg. LACHAT, p. 613 n. 103.

⁴¹ CR-LACHAT, art. 264 CO N 1.

⁴² TF du 26.04.2007, 4C.24/2007, cons. 5. Eg. CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY, art. 253 CO N 42 ; ég. CR-TEVINI, art. 111 CO N 24.

⁴³ A ce sujet, cf. TERCIER/FAVRE/EIGENMANN, N 7182 ss.

⁴⁴ Vu l'hypothèse retenue – à savoir l'acquisition par un propriétaire d'un immeuble locatif de placement – nous n'analyserons pas les cas de PPE, où les parts sont détenues en principe par plusieurs copropriétaires. A ce sujet, cf. BIANCHI DELLA PORTA/SIMONA, p. 41. Néanmoins, en réaction à certaines régulations cantonales (p. ex. pour le canton de Vaud : art. 4 al. 1 lit b LAAL), des PPE sont constituées lors de la construction d'un

examen se fait sur la base d'un extrait complet du registre foncier (art. 970 CO et art. 31 ORF) – y compris le plan (art. 17 ORF) et les pièces justificatives – qui doit être actuel et certifié conforme.

34. L'examen porte principalement sur les éléments suivants⁴⁵ :
35. 1° *La désignation et l'état descriptif de l'immeuble*. Le but est de s'assurer que l'immeuble vendu corresponde exactement à l'objet désiré par l'acheteur. La désignation de la commune et du numéro d'immeuble ainsi que l'identification fédérale des immeubles doivent être les mêmes dans le grand livre et sur le plan du registre foncier (art. 18 ORF). L'état descriptif de l'immeuble indique la situation de l'immeuble (rue, localité, toponyme), la surface et la couverture du sol, les bâtiments construits, le numéro de parcelle, la valeur fiscale et la valeur d'assurance-incendie de l'immeuble (art. 20 ORF).
36. 2° *L'identité du propriétaire* (art. 90 et 94 ss ORF). Cette vérification garantit que le vendeur est effectivement propriétaire de l'immeuble transféré.
37. 3° *Les servitudes foncières et personnelles et les charges foncières* (art. 98 ss ORF). Il s'agit de déterminer les droits réels limités pouvant limiter l'exercice libre du droit de propriété ou affecter négativement, d'une autre manière, la valeur de l'immeuble. Lors de l'analyse, on veillera à distinguer les droits réels limités constituant une charge (C) de ceux constituant un droit (D) (art. 98 ORF). On identifiera ceux avec lesquels l'utilisation ou l'affectation actuelle, notamment les baux, pourraient entrer en conflit. La vérification ne peut alors se limiter aux mots-clés contenus dans le feuillet du registre foncier ; il faut vérifier la portée de ces restrictions à l'aide de la pièce justificative (p. ex. le contrat constitutif de servitude) et des plans (art. 732 al. 2 CC et art. 70 ORF).
38. Par *exemple*, une servitude foncière prohibant l'exercice de certaines activités industrielles peut entrer en conflit avec un bail de locaux commerciaux. Ce sera le cas d'un local loué à un plombier alors qu'une servitude interdit toute entreprise autre que la charpente sur l'immeuble grevé⁴⁶. De même, un contrat de droit de superficie imposant au

bâtiment bien que les unités soient destinées à la location ; le cas échéant, l'acquéreur doit s'assurer qu'il acquiert la totalité des unités en PPE.

⁴⁵ Pour une présentation partiellement identique, cf. BIANCHI DELLA PORTA/SIMONA, p. 41.

⁴⁶ ATF 123 III 337, cons. 2c/cc ; ég. ATF 134 III 341, cons. 2 s., JdT 2008 216.

superficiaire une affectation particulière ou prohibant la location à des tiers est une servitude personnelle pouvant affecter la valeur de l'immeuble vendu.

39. 4° *Les gages immobiliers* (art. 101 ss ORF). Au cas où la vente ne se fait pas libre de tout gage, il faut identifier le type de gage, le créancier, le montant de la somme garantie et le taux d'intérêt maximal ainsi que le rang (art. 101 ORF). Selon que la dette garantie a été payée ou non, cela a une influence sur la valeur de l'immeuble. La question particulière des hypothèques légales de droit cantonal⁴⁷ – dont l'existence peut être indépendante d'une éventuelle inscription au registre foncier (art. 836 al. 3 CC)⁴⁸ – doit faire l'objet d'une déclaration spéciale, au terme de laquelle le vendeur garantit l'inexistence d'une dette ou de toute autre cause pouvant générer l'inscription d'un tel gage⁴⁹.
40. Dans un *immeuble locatif*, il faut déterminer non seulement si le propriétaire vendeur mais aussi si les locataires ont effectué dans les quatre derniers mois des travaux pouvant conduire à l'inscription d'une hypothèque légale des artisans et des entrepreneurs (art. 837 ch. 3 CC).
41. 5° *Les mentions et les annotations* (art. 123 ss ORF). D'une part, les mentions contiennent des faits ayant des conséquences juridiques (p. ex. la mention des accessoires de l'immeuble ; art. 946 al. 2 CC) ou des restrictions particulières et importantes au droit de la propriété (p. ex. l'interdiction de disposer d'un époux propriétaire ; art. 178 al. 3 CC). Les restrictions de droit public à la propriété peuvent aussi faire l'objet d'une mention (art. 962 CC) qui informe un acquéreur potentiel, sans avoir un effet juridique constitutif⁵⁰. D'autre part, les annotations renforcent un droit personnel (p. ex. un droit de préemption annoté ; art. 959 CC), une prétention (p. ex. l'inscription provisoire d'une hypothèque légale des artisans et entrepreneurs ; art. 961 CC) ou une décision judiciaire exécutoire (p. ex. l'annotation d'une saisie selon la

⁴⁷ Cf. p. ex. la liste de plus de vingt points figurant dans l'art. 147 al. 1 LaCC-GE (RSG E 1. 05 ; LaCC-GE).

⁴⁸ BIANCHI DELLA PORTA/SIMONA, p. 41.

⁴⁹ BIANCHI DELLA PORTA/SIMONA, p. 41.

⁵⁰ « La mention au registre foncier revêt donc comme par le passé un caractère purement déclaratif. » Message 2007, p. 5065 et 5092.

LP ; art. 960 CC). Le fait que ces droits demeurent opposables au nouvel acquéreur influence évidemment la valeur de l'immeuble.

b. Cas particulier des places de parc

42. Les places de parc présentent certaines *particularités*. Il est premièrement courant que le locataire d'une habitation ou d'un bail commercial utilise aussi des places de parc. Deuxièmement, en particulier pour les relations commerciales, les baux de places de parc constituent souvent des contrats séparés, rédigés en termes moins détaillés que le bail principal. Ainsi, le loyer y est rarement indexé et les conditions de résiliation sont plus flexibles.
43. Pour ces raisons, les places de parc doivent faire l'objet d'un *examen particulier* à au moins deux points de vue :
44. 1° *L'adéquation entre les faits et le droit*. D'abord, les places de parc louées existantes peuvent avoir été établies sans autorisation, de telle sorte que les revenus associés sont précaires. A l'inverse, certains locataires paient un montant global pour l'objet loué et les places de parc, alors que celles-ci ont été entretemps réaffectées (p. ex. surface de circulation ou de livraison), voire transformées (p. ex. place pour container à ordures), sans que les contrats (et les loyers payés) n'aient été adaptés. Enfin, les loyers des places de parc sont parfois indexés de la même manière que la chose principale, sans pourtant qu'il n'existe de base contractuelle à cette fin.
45. Lors de la *due diligence*, il faut s'assurer que les places de parc louées bénéficient des autorisations de droit public nécessaires, qu'elles existent bel et bien et qu'elles sont attribuées aux locataires conformément aux contrats. En outre, il faut contrôler que le loyer exigé se fonde sur les dispositions contractuelles effectivement applicables aux places de parc. Si tel n'est pas le cas, le locataire paye un loyer qui n'est pas (plus) dû contractuellement pour les places de parc. Cette part des revenus locatifs, que le vendeur intègre très certainement dans son calcul de la valeur de rendement, n'est juridiquement pas justifiée et l'acquéreur peut s'en prévaloir lors de la négociation contractuelle pour faire baisser le prix de vente.
46. 2° *La qualification juridique* de la location des places de parc. Une place louée isolément ne constitue ni un bail d'habitation, ni une

location de local commercial, même si le locataire est propriétaire d'une automobile et en a besoin pour son activité professionnelle⁵¹. Toutefois, le régime légal applicable aux places de parc n'est pas indépendant si elles constituent un accessoire au sens de l'art. 253a CO. Cette disposition légale assimile aux logements ou aux locaux commerciaux les choses dont l'usage est cédé avec eux. En vertu de l'art. 1 OBLF, les places de stationnement extérieures ou souterraines constituent un tel accessoire. Selon la jurisprudence, un accessoire est lié à la chose principale lorsqu'il lui est fonctionnellement utile et que l'usage n'en est cédé, ou obtenu, qu'en raison du bail portant sur la chose principale⁵². Les parties doivent être les mêmes⁵³. En revanche, peu importe que l'accessoire soit mentionné dans le bail principal, que les parties aient conclu plusieurs contrats⁵⁴ et que les contrats soient conclus simultanément ou à des dates différentes⁵⁵.

47. Si la place de parc est un *accessoire* d'une habitation ou d'un local commercial, la résiliation partielle d'une partie de l'objet loué est illicite⁵⁶. En outre, le locataire bénéficie de la protection contre les congés et les loyers abusifs pour la place de parc également⁵⁷.
48. Le rapport de *due diligence* doit identifier ces éléments, notamment si le rendement planifié par l'acquéreur repose sur un scénario où le bailleur résilie indépendamment (et rapidement) les baux de places de parc, par exemple pour les réaffecter ou les relouer à des prix plus élevés.

2. Surfaces

49. Le droit privé suisse *ne définit pas* la notion de « surface »⁵⁸. Dans un bail, la façon de déterminer les surfaces dépend de la convention des

⁵¹ ATF 125 III 231, cons. 2a, JdT 2000 I 194.

⁵² ATF 125 III 231, cons. 2a, JdT 2000 I 194.

⁵³ L'identité doit être au moins économique si elle n'est pas juridique (Ch. App. GE, DB 2005 N 18).

⁵⁴ ATF 125 III 231, cons. 2a, JdT 2000 I 194. Eg. CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY, art. 253a CO N 17 ; LACHAT, p. 126 N 4.4.1.

⁵⁵ Message 1985, p. 1402.

⁵⁶ ATF 125 III 231, cons. 3a, JdT 2000 I 194. Eg. CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY, art. 253a CO N 18.

⁵⁷ CR-LACHAT, art. 253a CO N 7.

⁵⁸ EICHENBERGER, p. 3.

parties⁵⁹. Elles peuvent renvoyer à des normes privées. Par exemple, la norme SIA-416 (2003) définit les différentes surfaces existantes en construction (p. ex. surface de plancher, surface nette, surface utile, etc.)⁶⁰. Faute d'accord exprès entre les parties, on peut se rattacher aux usages cantonaux et régionaux définissant « la surface locative »⁶¹.

50. La surface locative est *pertinente pour deux raisons* au moins lors du calcul de la valeur de rendement :
51. 1° La surface constitue un *élément objectivement essentiel* du contrat de bail parce qu'elle permet d'apprécier si le loyer demandé est conforme à la situation du marché locatif dans la région concernée⁶². Si les circonstances concrètes font apparaître la surface comme étant également un élément subjectivement essentiel⁶³, le locataire pourra se prévaloir d'une erreur de base au sens de l'art. 24 al. 1 ch. 4 CO et invalider le contrat sur la base de l'art. 31 CO⁶⁴. Une telle invalidation peut avoir lieu plusieurs années après la conclusion du bail. En cas d'invalidation partielle, le locataire peut exiger une adaptation des loyers futurs à la surface effective et demander la restitution des loyers payés en trop pendant les dix dernières années sur la base des art. 62 ss CO⁶⁵. En cas d'invalidation totale du bail, les revenus locatifs seront en

⁵⁹ EICHENBERGER, p. 4.

⁶⁰ Pour plus de précision, cf. EICHENBERGER, p. 8.

⁶¹ Dans le canton de Vaud par exemple, il existe un usage général pour déterminer la surface locative, usage « codifié » au ch. 3.3. des Directives du Conseil d'Etat en matière d'organisation et d'aménagement des locaux affectés à l'administration (2007), « http://www.vd.ch/fileadmin/user_upload/themes/territoire/construction/batiments_publics/directives-constructions/12/Directives_du_CE_pre-final.pdf » (21.05.2014).

⁶² TF du 30.11.2010, 4A_465/2010, cons. 5.

⁶³ Tel sera notamment le cas si le loyer dépend directement de la surface (ATF 135 III 537, cons. 2.2) ou si le locataire a loué l'appartement sur plans (ATF 113 II 25, cons. 1, JdT 1987 I 363).

⁶⁴ ATF 113 II 25, cons. 1, JdT 1987 I 363 ; cf. ég. ATF 135 III 537, cons. 2.2, dans lequel le TF a admis une invalidation partielle du contrat de bail pour erreur essentielle, s'agissant d'une différence de surface de 17% (par rapport à celle mentionnée dans le bail) non perceptible de visu.

⁶⁵ Toutefois en vertu de l'art. 261 CO et conformément à la théorie de la dissociation (*Spaltungstheorie*), l'acquéreur de l'immeuble ne devient pas débiteur des créances du locataire concernant la période précédant le transfert de propriété (CPra Bail-MARCHAND, art. 261 CO N 26).

autre affectés par la période d'inoccupation pouvant résulter du départ plus ou moins immédiat du locataire⁶⁶.

52. 2° Une erreur de surface peut constituer un *défaut* de la chose louée. Le locataire peut alors notamment exiger une réduction de loyer (art. 259d CO)⁶⁷.
53. Pour la *due diligence*, il semble judicieux de distinguer trois hypothèses :
54. 1° Le bail porte sur des locaux *existant* lors de la conclusion du contrat et *loués* « *en l'état* », le loyer n'est pas calculé en fonction de la surface et la surface n'est pas mentionnée dans le contrat ou ne l'est qu'à titre indicatif. Dans ce cas, un examen approfondi n'est en principe pas nécessaire, faute pour la surface de pouvoir influencer le rendement locatif⁶⁸.
55. 2° Le bail porte sur des locaux *existant* lors de la conclusion du contrat, le loyer est fixé *en fonction de la surface* et les parties ont procédé en commun à la vérification des mètres ou, ayant renoncé à un tel contrôle, ont constaté la *conformité* de la surface louée à leur accord contractuel. Dans ce cas, un examen plus approfondi n'est en principe pas nécessaire non plus⁶⁹.
56. 3° Le loyer est fixé *en fonction de la surface* et les parties *n'ont pas vérifié* le mètre *ou ne l'ont pas accepté* comme conforme au contrat. Dans ce cas, un examen plus approfondi comprenant les deux démarches suivantes est judicieux. Premièrement, il faut déterminer la manière dont les parties ont défini le concept de « surface » (accord individuel, renvoi à des conditions générales, sinon règles générales d'interprétation des contrats). Deuxièmement, il faut mesurer la surface effective et établir sa conformité aux indications contractuelles. A ce sujet, il n'est pas rare que les parties conviennent d'une marge de

⁶⁶ Cf. ATF 113 II 25, cons. 2, JdT 1987 I 363.

⁶⁷ Défaut admis : TB VD, CdB 2002 24. Eg. CPra Bail-AUBERT, art. 258 CO N 38 ; AUBERT, Les défauts de la chose louée, N 17.

⁶⁸ En relation avec le rendement futur, il est toutefois conseillé de toujours vérifier les surfaces. En effet, lors de la conclusion d'un nouveau bail, la surface peut être réexaminée et entraîner une baisse de loyer. Par conséquent, un tel contrôle permet d'adapter le calcul de revenus futurs en conséquence et de réduire la valeur de rendement de l'immeuble.

⁶⁹ Voir toutefois note 68.

tolérance (p. ex. 3%), notamment lorsqu'elles souhaitent éviter la tâche fastidieuse du mètre tout en acceptant des différences mineures ou lorsque le bail est conclu sur la base de plans et que le constructeur ne garantit lui-même la surface que sous réserve d'une marge de tolérance.

3. Utilisation des locaux

a. Conformité au droit public et au droit privé

57. Le rapport de due diligence doit examiner si la destination contractuelle et l'utilisation effective des locaux loués sont *conformes* aux éventuelles restrictions imposées par les *règles de droit public*, en particulier le plan d'affectation des zones et les règlements de construction.
58. Prenons l'*exemple* d'un bail prévoyant la mise à disposition d'un local de 2'000 m² destiné au commerce de détail, alors que le règlement communal des constructions n'autorise qu'une surface maximum de 800 m² pour ce type de commerce dans la zone en question. Dans le cadre de la due diligence, la non-conformité aux dispositions de droit public exige de distinguer *plusieurs hypothèses* :
59. 1° Le permis de construire – qui définit également l'affectation des locaux⁷⁰ – était *conforme aux règles de droit public*. Tel est notamment le cas lorsque l'affectation actuelle des locaux correspond aux réglementations en vigueur à l'époque de la conclusion du bail, même si elles ont été modifiées entretemps. Dans cette hypothèse, l'affectation contractuelle bénéficie en principe de la garantie de la situation acquise (*Bestandesgarantie*) et les revenus locatifs sont incontestables. Sous l'angle des revenus futurs, il faut encore examiner si la garantie des droits acquis couvre également un prochain bail avec la même affectation des locaux ou si les dispositions de droit public en vigueur imposent une modification d'affectation dès la fin du bail.
60. 2° Le permis de construire a été accordé *en violation des règles de droit public*, mais est *définitif et exécutoire*. Dans cette hypothèse, l'autorisation est affectée d'un vice initial. Par conséquent, la garantie de la situation acquise n'a qu'une portée réduite⁷¹ ou, si les conditions y

⁷⁰ P. ex. TF du 08.06.2010, 1C_497/2009, 1C_499/2009, cons. 3.2.

⁷¹ Cf. p. ex. pour le canton de Zurich : FRITZSCHE/BÖSCH/WIPE, Zürcher Planungs- und Baurecht, 5^e éd., Zurich 2011, p. 363 et 479.

relatives sont réunies, il y a un risque de révocation du permis de construire. Dans le cadre de la due diligence, il faut se demander si l'utilisation actuelle est assurée à long terme et si la conclusion d'un nouveau bail avec la même affectation reste possible.

61. 3° La destination des locaux *viole les règles de droit public* et il n'y a *pas de permis de construire en force*. Dans cette hypothèse, l'activité illicite devra cesser tôt ou tard. L'acquéreur doit en tenir compte lors de la fixation du prix, respectivement des termes du contrat de vente. En ce qui concerne les revenus actuels, certains auteurs vont même jusqu'à affirmer qu'un bail violant le droit public cantonal est nul⁷², ce qui remettrait également en cause les revenus locatifs déjà obtenus. A notre avis, cela n'est possible qu'aux conditions exprimées par le TF, qui ne retient pas la nullité si le droit cantonal n'interdit pas les changements d'affectation mais les soumet simplement à autorisation⁷³.
62. Selon le *droit privé*, le bailleur est tenu de délivrer la chose louée et de l'entretenir dans un état approprié à l'usage convenu (art. 256 al. 1 CO). Cet usage se détermine prioritairement en fonction du libellé du contrat de bail et de ses annexes, lesquels peuvent prévoir la destination des locaux, p. ex. comme habitation, dépôt, bureau, atelier, etc.⁷⁴. Le bail peut aussi spécifier les modalités de cet usage, c'est-à-dire la manière dont la chose louée doit être utilisée, notamment le cercle des utilisateurs autorisés⁷⁵.
63. Les éventuelles divergences entre l'état effectif et celui approprié à l'usage convenu constituent des *défauts*, thème que nous traiterons particulièrement ci-dessous (N 170).

⁷² CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY, art. 253 CO N 60, en citant le TF pour un bail commercial portant sur un local réservé à l'habitation par le droit cantonal (TF, ZMP 1993 N 4, cons. 3).

⁷³ TF, ZMP 1993 N 4, cons. 3; ég. TF du 22.10.2013, 4A_502/2012, cons. 2.1 et 2.2.

⁷⁴ ATF 136 III 186, cons. 3.1.1. Eg. CARRON, Travaux de construction, N 13 ; ZK-HIGI, art. 256 CO N 11 ; LACHAT, p. 216 N 1.1.

⁷⁵ ATF 136 III 186, cons. 3.1.1. Eg. CARRON, Travaux de construction, N 13 ; ZK-HIGI, art. 256 CO N 12.

b. Obligation d'utiliser et interdiction de concurrence

64. Les baux d'habitations ne prévoient en principe pas l'*obligation d'utiliser* la chose louée pour le locataire⁷⁶. Il peut donc laisser son appartement vide⁷⁷. En revanche, pour les locaux commerciaux, le locataire peut avoir l'obligation d'en faire usage en vertu de son devoir de diligence, selon certains même sans convention expresse⁷⁸. En effet, si un commerce reste fermé ou inutilisé, cela peut porter atteinte au rendement du futur local ainsi que des surfaces voisines, notamment dans les centres commerciaux⁷⁹.
65. Par conséquent, le rapport de *due diligence* concernant l'acquisition de locaux commerciaux veillera à mettre en évidence la présence ou l'absence d'une telle clause dans les baux concernés.
66. En outre, le locataire de locaux commerciaux n'est en principe pas tenu de *s'abstenir de faire concurrence* au bailleur ou aux autres commerçants de l'immeuble⁸⁰. De son côté, le bailleur n'a pas l'obligation de garantir au locataire l'absence de concurrents, sauf s'il a promis le contraire⁸¹.
67. Le rapport de *due diligence* doit mentionner un éventuel engagement du bailleur en ce sens. Il faut alors vérifier qu'aucun bail actuel ne viole ladite obligation. Si tel n'est pas le cas, le bailleur n'est pas à l'abri d'une prétention en réduction du loyer de la part du locataire bénéficiant de l'exclusivité (art. 259d CO), voire d'une action réclamant le respect de la clause et la résiliation des baux non conformes⁸², deux situations qui affecteraient immanquablement la valeur de rendement de l'immeuble. En outre, une clause de non-concurrence limite le libre choix du bailleur pour les locataires des autres surfaces, ce qui peut entraver la mise en valeur de l'immeuble.

⁷⁶ Est bien entendu réservée une convention contraire (cf. ATF 136 III 186, cons. 3.1.2).

⁷⁷ ATF 136 III 186, cons. 3.1.2. Eg. CR-LACHAT, art. 253 CO N 5. Critique : CARRON, Bail à ferme, N 80.

⁷⁸ ATF 103 II 247, cons. 2c, JdT 1978 I 504. Eg. CR-LACHAT, art. 253 CO N 5.

⁷⁹ CARRON, Bail à ferme, N 52 et 77 ss.

⁸⁰ LACHAT, p. 80 N 1.3.13.

⁸¹ Dans ce cas particulier, la présence d'un locataire concurrent dans l'immeuble peut constituer un défaut de la chose louée (LACHAT, p. 222 N 1.8).

⁸² Cf. LACHAT, p. 222 N 1.8.

C. Loyer

1. Généralités

68. En Suisse, la réglementation concernant la fixation des *loyers* distingue essentiellement *trois systèmes*⁸³ :
69. 1° Les loyers *absolument libres*. Il s'agit des loyers des appartements et maisons familiales de luxe comportant six pièces ou plus (cuisine comprise) (art. 253b al. 2 CO ; art. 2 al. 1 OBLF) ; il s'agit également des loyers des appartements de vacances loués pour trois mois ou moins (art. 253a al. 2 CO) ou des loyers des immeubles qui ne sont ni des maisons d'habitation, ni des locaux commerciaux, ni des objets dont l'usage est cédé avec une habitation ou un local commercial (par exemple un terrain non agricole nu). Ces loyers ne sont pas soumis aux dispositions protectrices des art. 269 ss CO de sorte que, même s'ils sont abusifs, ils ne peuvent pas être corrigés par le juge⁸⁴. Ce type de loyer est rare dans les immeubles de rendement.
70. 2° Les loyers *libres*. Ces loyers ressortent en principe de la liberté contractuelle des parties. Toutefois, les art. 269 à 270e CO imposent des limites quant à leur fixation ou à leur modification. A certaines conditions, le locataire estimant que le loyer initial est abusif peut le contester dans les trente jours suivant la réception de la chose et en demander la diminution (art. 270 CO)⁸⁵. L'acquéreur doit être attentif au fait que, si certaines conditions sont remplies, le locataire peut également contester le loyer en cours de bail et demander une diminution pour le prochain terme de résiliation (art. 270a CO)⁸⁶.
71. Dans certains cantons touchés par la pénurie⁸⁷, l'usage de la *formule officielle* est obligatoire pour les baux portant sur une habitation ou

⁸³ ZK-HIGI, art. 269 à 270e CO N 75 ss ; ég. LACHAT, p. 369 s. N 1.

⁸⁴ Sauf les cas exceptionnels de lésion (art. 21 CO) ou d'usure (art. 127 CP) (LACHAT, p. 369 N 1).

⁸⁵ Pour plus de détails, cf. CPra Bail-DIETSCHY, art. 270 CO N 25 ss.

⁸⁶ Pour plus de détails, cf. CPra Bail-MONTINI/WAHLEN, art. 270a CO N 11 ss.

⁸⁷ C'est-à-dire pour les cantons de Fribourg, Genève, Neuchâtel, Vaud, Nidwald, Zoug et Zurich. Le CF envisage de rendre obligatoire dans toute la Suisse l'utilisation d'une formule officielle comportant l'indication du loyer précédent et la justification d'une éventuelle hausse, qu'il y ait pénurie de logements ou non. Parallèlement, la compétence en matière de formule officielle est confiée à la Confédération. En détail :

principalement sur un logement (art. 270 CO)⁸⁸. Cette question fait l'objet de développements particuliers ci-dessous (cf. N 199).

72. **3° Les loyers contrôlés.** Ces loyers sont fixés de manière impérative par l'Etat ou par une collectivité publique. Ils ne peuvent être modifiés qu'avec l'accord préalable de l'autorité compétente⁸⁹. C'est le cas pour les immeubles subventionnés (art. 253b al. 3 CO ; art. 2 al. 2 OBLF) ou pour certains immeubles situés dans une zone d'affectation particulière⁹⁰.

2. Loyer net

73. Le loyer constitue la rémunération due par le locataire au bailleur pour la cession de l'usage de la chose⁹¹. L'art. 257 CO permet de distinguer le « *loyer net* », correspondant au loyer proprement dit, du « *loyer brut* » qui désigne l'ensemble des prestations en argent du locataire, frais accessoires inclus (art. 257a et 257b CO)⁹².
74. L'examen de la due diligence se fonde sur l'*état locatif*. Ce document, fourni par le vendeur, doit être le plus actuel possible et contenir, pour chaque objet, le loyer net, le montant de l'acompte des frais accessoires (ou, le cas échéant, le montant forfaitaire) et le loyer brut⁹³. A cette occasion, les éléments suivants font l'objet de vérifications en raison de leur influence potentielle sur les revenus locatifs :
75. **1° Le loyer (net) et les bases de calcul de celui-ci** (taux d'intérêt de référence⁹⁴, indice⁹⁵) figurant dans l'état locatif doivent correspondre aux montants figurant dans les documents contractuels.

« http://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/2514/CO-droit-du-bail-2014_Rapport-expl_fr.pdf » (02.06.2014).

88 CPra Bail-DIETSCHY, art. 270 CO N 72 ss.

89 LACHAT, p. 370 N 1.

90 Cf. p. ex., dans le canton de Genève, l'art. 5 al. 3 de la Loi générale sur les zones de développement (RSG L 1 35 ; LGZD-GE). Eg. BIANCHI DELLA PORTA/SIMONA, p. 38.

91 ATF 119 II 36, cons. 3a.

92 LACHAT, p. 83 N 1.6.2.

93 S'y rajoutent d'autres éléments – non pertinents pour la question du loyer net – tels que le nom du locataire, la description de l'objet, le début du bail, la fin du bail, le délai de résiliation, voire les bases de calcul.

94 Cf. *infra* N 76.

76. 2° Le loyer (net) actuel doit être admissible au vu du taux d'intérêt de référence ainsi que de l'indice suisse des prix à la consommation (IPC) actuels⁹⁶. Le rapport doit identifier les baux pour lesquels le taux d'intérêt de référence et/ou l'IPC pris en compte est supérieur à la valeur actuelle, car le potentiel d'abaissement des loyers concernés peut entraîner une contraction des revenus locatifs.
77. 3° Si les loyers sont indexés (art. 269b CO) ou échelonnés (art. 269c CO), il faut examiner si les conditions d'application de ces deux types de baux sont remplies⁹⁷, s'il n'y a pas cumul entre eux pour la même phase contractuelle⁹⁸ et si les hausses du loyer ont été notifiées correctement⁹⁹.
78. 4° Si le loyer dépend totalement ou partiellement du chiffre d'affaires (*Umsatzmiete*)¹⁰⁰, l'examen porte sur l'existence d'un mécanisme permettant un contrôle efficace des chiffres d'affaires fournis par le locataire.

3. Cas particulier de l'indexation

79. Les *loyers indexés* reposent sur des clauses contractuelles prévoyant que le loyer net (N 73) suit les variations d'un indice officiel (art. 269b CO ; art. 17 OBLF)¹⁰¹. Les clauses d'indexation garantissent au propriétaire le maintien de la valeur de la chose louée¹⁰². Les loyers indexés doivent faire l'objet d'une convention entre les parties, dont la validité est subordonnée à la réalisation de *deux conditions* :

⁹⁵ Cf. *infra* N 79 ss.

⁹⁶ Art. 12a, 13 et 16 OBLF et Ordonnance sur le taux hypothécaire (RS 211.213.111).

⁹⁷ Cf. LACHAT, p. 510 N 2.2.7. Pour les loyers indexés, cf. CPra Bail-DIETSCHY, art. 269b CO N 1 ss ; ég. *infra* N 80 s. Pour les loyers échelonnés, cf. CPra Bail-DIETSCHY, art. 269c CO N 1 ss.

⁹⁸ ATF 124 III 57, cons. 3, JdT 1999 I 19. Eg. WETTSTEIN, p. 52.

⁹⁹ Faute de notification correcte, la hausse est nulle et la hausse de loyer n'entre en vigueur qu'après nouvelle notification de la part du bailleur ; cf. ZK-HIGI, art. 269c CO N 45. Contra : Co-SVIT, art. 269c CO N 18 qui admet l'effet rétroactif.

¹⁰⁰ LACHAT, p. 499 N 10.1 ss.

¹⁰¹ LACHAT, p. 507 N 2.1.1.

¹⁰² ZK-HIGI, art. 269b CO N 18.

80. 1° Le contrat est conclu pour une *durée minimale* de cinq ans, c'est-à-dire que le bailleur ne peut pas le résilier pendant ces cinq années (art. 17 al. 4 OBLF). Lorsque la durée est expirée et que le bail est reconduit pour une durée indéterminée ou inférieure à cinq ans, les parties ne peuvent plus se prévaloir de la clause d'indexation¹⁰³. En revanche, si la période de reconduction est de durée égale ou supérieure à cinq ans, la clause d'indexation demeure applicable et la prochaine indexation doit être calculée en se référant à l'indice officiel suisse des prix à la consommation connu au moment de la dernière fixation du loyer, sans égard à la reconduction tacite survenue dans l'intervalle¹⁰⁴.
81. 2° L'indice de référence est l'*indice suisse des prix à la consommation* (IPC)¹⁰⁵. L'indice de base est celui de la date de conclusion du contrat¹⁰⁶.
82. Les clauses d'indexation ne respectant pas ces conditions sont *nulles* et le bail est partiellement nul (art. 20 al. 2 CO)¹⁰⁷. Le juge peut compléter, voire adapter le contrat en se fondant sur la volonté hypothétique des parties¹⁰⁸.
83. Le rapport de *due diligence* doit donc évaluer la validité de la clause d'indexation.
84. En outre, il semble utile de rendre l'acquéreur attentif aux *deux variations* suivantes, fréquentes en pratique¹⁰⁹ :
85. 1° La clause d'indexation prévoit que *le loyer ne sera en aucun cas réduit en cas de baisse de l'indice*. Vu la formulation de l'art. 17 al. 2

¹⁰³ ATF 123 III 76, cons. 4a. Eg. CPra Bail-DIETSCHY, art. 269b CO N 33.

¹⁰⁴ ATF 123 III 76, cons. 4a ; ATF 137 III 580, cons. 2. Eg. CPra Bail-DIETSCHY, art. 269b CO N 33.

¹⁰⁵ Pour des détails au sujet de cet indice, cf. Ordonnance sur les relevés statistiques, annexe 26 ; OFS, L'indice suisse des prix à la consommation (IPC), Neuchâtel 12.02.2013 [« <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index/news/publikationen.html?publicationID=5053> » (21.05.2014)].

¹⁰⁶ CPra Bail-DIETSCHY, art. 269b CO N 10 ; au cas où le début du bail est avant le 1^{er} juillet 1990 et qu'un autre indice a été valablement convenu sous l'ancien droit, la clause d'indexation doit être analysée sous l'angle de l'art. 26 al. 3 OBLF ; cf. TF, MP 1997 223, cons. 1. Eg. CPra Bail-DIETSCHY, art. 269b CO N 11 s.

¹⁰⁷ CR-LACHAT, art. 269b CO N 3 ; WETTSTEIN, p. 51.

¹⁰⁸ ATF 124 III 5, cons. 3c, JdT 1999 I 19. Eg. CPra Bail-DIETSCHY, art. 269b CO N 5.

¹⁰⁹ BIANCHI DELLA PORTA/SIMONA, p. 44.

OBLF et l'opinion de nombreux auteurs qui contestent la validité d'une telle clause¹¹⁰, l'acquéreur prudent fait bien, pour le calcul de son prix d'achat, de ne pas se fier à l'efficacité de cette clause.

86. 2° La clause d'indexation prévoit que *le loyer peut certes être réduit en cas de baisse de l'indice, mais en aucun au-dessous du loyer initial*. En pratique, l'acquéreur non juriste considère souvent que le loyer initial représente un minimum et il établit son calcul du prix d'achat sur cette hypothèse. Dès lors, si une telle clause fait défaut, l'auteur du rapport de due diligence doit avertir l'acquéreur du caractère erroné de son hypothèse de travail. De plus, même si cette clause figure dans le contrat, sa validité n'est pas garantie : le TF ne s'est jamais déterminé et une partie de la doctrine remet en cause sa validité¹¹¹.
87. Conformément à l'art. 19 al. 2 OBLF, l'augmentation de loyer fondée sur une variation de l'indice doit *respecter les conditions de l'art. 269d CO* en plus de la convention des parties. Cela signifie premièrement que la notification ne peut avoir lieu qu'après la publication officielle de l'indice (art. 19 al. 2 2° phr. OBLF). Deuxièmement, le bailleur doit respecter les échéances et préavis contractuels, étant précisé que l'art. 17 al. 3 OBLF exige dans tous les cas un préavis minimum de trente jours pour la fin d'un mois. Troisièmement, il faut utiliser la formule officielle¹¹². Si le bailleur n'a pas respecté les délais ou les termes, la hausse n'est pas nulle mais ses effets sont reportés au prochain terme contractuel ou légal¹¹³. S'il n'a pas fait usage de la formule, la notification est nulle et ne produit aucun effet¹¹⁴.
88. Dans l'hypothèse où un contrat de durée déterminée valablement indexé est reconduit pour une durée de moins de cinq ans ou dans celle où l'on a affaire à un bail de durée indéterminée avec une durée minimum de

¹¹⁰ Dans ce sens : CPra Bail-DIETSCHY, art. 269b CO N 20 ; LACHAT, p. 514 N 45 ; BSK-WEBER, art. 269b CO N 5. Contra : Co-SVIT, art. 269b CO N 16 qui considère une telle clause comme admissible. Cf. ég. ATF 125 III 358, cons. 1b, JdT 2000 I 204.

¹¹¹ Dans ce sens : BSK-WEBER, art. 269b CO N 5 ; CPra Bail-DIETSCHY, art. 269b CO N 20 ; LACHAT, p. 514 N 45. Contra : Co-SVIT, art. 269b CO N 16 qui considère une telle clause comme admissible.

¹¹² Justement critiques à ce sujet, CPra Bail-DIETSCHY, art. 269b CO N 23 ; BSK OR I-WEBER, art. 270c/270d N 3.

¹¹³ CPra Bail-DIETSCHY, art. 269b CO N 23.

¹¹⁴ CPra Bail-DIETSCHY, art. 269b CO N 23.

cinq ans¹¹⁵, l'acheteur doit être rendu attentif au risque d'adaptation du loyer selon la méthode absolue ou relative en application des critères ordinaires¹¹⁶.

89. Le rapport de *due diligence* doit identifier les loyers ne respectant pas les exigences présentées ci-dessus, vu le risque de diminution de revenus locatifs.

4. Possibilité de faire supporter les hausses de coûts ou les prestations supplémentaires

90. Selon l'art. 269a lit. b CO et l'art. 14 OBLF, le bailleur peut *augmenter le loyer* en cas de hausses de coûts (p. ex. augmentation des impôts foncier ou de taxes) ou lorsqu'il fournit des prestations supplémentaires, c'est-à-dire lorsqu'il rénove la chose louée, l'agrandit, l'améliore en y apportant une plus-value ou lorsque, de toute autre manière, il offre au locataire une nouvelle prestation¹¹⁷. Les améliorations créant des plus-values procurent en principe un meilleur confort au locataire et se distinguent des simples travaux d'entretien qui ne font que maintenir l'état des locaux et prévenir leur dégradation (art. 256 al. 1 CO)¹¹⁸. Selon l'art. 269d CO, les majorations unilatérales de loyer doivent respecter des conditions de forme (formule officielle ; à ce sujet, cf. N 196 ss), de contenu (art. 19 al. 1 lit. a OBLF), de notification et de délai (réception de l'avis de majoration pour la prochaine échéance au moins dix jours avant le début du délai de résiliation du bail).
91. Les augmentations unilatérales de loyer fondées sur des prestations supplémentaires du bailleur (art. 269a lit. b CO) ne sont possibles que pour les baux de *durée indéterminée*. Lorsque le bail est de durée déterminée, une majoration unilatérale du loyer n'est pas possible pendant la durée ferme¹¹⁹.

¹¹⁵ La durée de cinq ans s'entend au sens de l'art. 17 al. 4 OBLF.

¹¹⁶ Cf. ATF 123 III 76 cons. 4c : « Dans ce cadre-là, le nouveau loyer admissible devra être déterminé, en fonction des facteurs mentionnés dans l'avis de majoration, soit au moyen de la méthode absolue, soit à l'aide de la méthode relative, la première date de référence étant celle de la conclusion du bail dans cette dernière hypothèse. ».

¹¹⁷ CR-LACHAT, art. 269a CO N 11.

¹¹⁸ LACHAT, p. 478 N 5.1.4.

¹¹⁹ CPra Bail-MARCHAND, art. 269d CO N 7.

92. En pratique, les *baux commerciaux* sont souvent conclus pour une durée ferme ou sous forme de baux congéables, c'est-à-dire conclus pour une certaine durée initiale (cinq ou dix ans) mais reconductibles si aucun congé n'est donnée dans l'intervalle. Dans ce dernier cas, il s'agit de contrats de durée indéterminée dès leur conclusion¹²⁰. En outre, il n'est pas rare que le locataire bénéficie d'une ou de plusieurs options lui permettant de prolonger le bail aux mêmes conditions¹²¹.
93. Dans un tel cas, une *clause contractuelle* permettant au bailleur d'augmenter unilatéralement le loyer durant la période initiale en raison d'investissements consentis créant des plus-values est indispensable. Le rapport de due diligence devra examiner l'existence et la formulation d'une telle clause.

5. Option (TVA)

94. En principe, les loyers ne sont *pas soumis à la TVA* (art. 21 al. 2 ch. 21 LTVA). En revanche, la location d'appartements, de chambres et de salles dans les hôtels ou les restaurants y est assujettie (art. 21 al. 2 ch. 21 lit. a LTVA). Il en va de même de la location de places de parc n'appartenant pas au domaine public, sauf s'il s'agit d'une prestation accessoire à une location d'immeuble exclue du champ de l'impôt (art. 21 al. 2 ch. 21 lit. c LTVA).
95. Toutefois, le bailleur *peut soumettre* l'immeuble, entièrement ou partiellement, à la TVA (art. 22 al. 1 LTVA). Cette « option » est possible si le bailleur est assujetti à la TVA et s'il n'utilise pas le bien acquis exclusivement à des fins privées (art. 22 al. 2 lit. b LTVA), c'est-à-dire à des fins d'habitation¹²².
96. En cas d'option, le bailleur ne peut toutefois *répercuter l'impôt sur les locataires* que si le contrat de bail le prévoit¹²³. Le cas échéant, le loyer correspond au montant convenu entre les parties, additionné de la TVA¹²⁴.

¹²⁰ ATF 114 II 165, cons. 2b. Eg. CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY, art. 255 CO N 13.

¹²¹ CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY, art. 255 CO N 21 ss ; LACHAT, p. 607 N 3.4.

¹²² Cf. Info TVA concernant les secteurs, 17 Administration, location et vente d'immeubles, ch. 3.1, publié par l'AFC.

¹²³ BIANCHI DELLA PORTA/SIMONA, p. 45.

¹²⁴ LACHAT, p. 84 N 1.6.6 ; cf. p. ex. l'art. 35 des conditions générales pour locaux

97. Si l'acquéreur a décidé de soumettre à la TVA l'acquisition de l'immeuble locatif (art. 22 al. 1 LTVA) ou s'il veut effectuer des travaux de construction substantiels après cette acquisition, il peut avoir un *intérêt fiscal* à soumettre les contrats de bail à l'impôt afin de pouvoir déduire l'impôt préalable. L'impôt préalable est la TVA supportée par l'acquéreur en tant que client final de la vente de l'immeuble locatif ou en tant que maître d'ouvrage des travaux de construction¹²⁵. Si l'impôt préalable ne peut pas être déduit, il est en principe supporté par le bailleur, ce qui influence le rendement de l'immeuble locatif.
98. Par conséquent, le rapport de *due diligence* doit renseigner le bailleur d'une part si les baux n'étant pas utilisés à des fins privées contiennent une clause autorisant le bailleur à opter en matière de TVA et à répercuter cet impôt et, d'autre part, si le vendeur a déjà « opté » pour les baux en question.

6. Frais accessoires

99. Selon les art. 257a et 257b CO, les *frais accessoires* rémunèrent les prestations du bailleur ou d'un tiers en rapport avec l'usage de l'immeuble locatif, telles que frais de chauffage, d'eau chaude et d'exploitation (p. ex. conciergerie, ascenseur, TV par câble, mais pas les primes d'assurance-incendie), ainsi que les contributions publiques résultant de son utilisation (p. ex. taxes d'épuration mais pas les impôts fonciers et les taxes de raccordement)¹²⁶. La définition est impérative¹²⁷. Ne font donc pas partie des frais accessoires non seulement les prestations du bailleur sans rapport avec l'usage de la chose, mais encore les dépenses relatives à l'entretien et à la rénovation de l'immeuble¹²⁸.
100. Selon l'art. 257a al. 2 CO, les frais accessoires ne sont à la charge du locataire que si cela fait l'objet d'une *convention spéciale*. La loi exige

commerciaux établies par la Chambre immobilière du valais et l'USPI (édition 10/2009).

¹²⁵ OBERSON, p. 401.

¹²⁶ CR-LACHAT, art. 257a-257b CO N 1.

¹²⁷ ATF 137 I 135, cons. 2.4. Eg. ZK-HIGI, art. 257a-257b CO N 3.

¹²⁸ CPra Bail-BIERI, art. 257a-257b CO N 13 ; ég. ZK-HIGI, art. 257a-257b CO N 8 ; CR-LACHAT, art. 257a-257b CO N 1.

que les parties s'entendent spécialement sur les frais accessoires, dont les postes effectifs doivent être détaillés et spécifiques à l'objet¹²⁹. Le bailleur ne peut pas facturer au locataire d'autres frais accessoires que ceux convenus¹³⁰. A défaut de convention, ceux-ci sont compris dans le loyer¹³¹.

101. Pour un rapport de *due diligence*, les règles brièvement rappelées ci-dessus signifient qu'il faut procéder à une *quadruple vérification* :
102. 1° Le contrat de bail doit prévoir le principe du paiement des frais accessoires par le locataire¹³².
103. 2° La clause de frais accessoires doit contenir *toutes les prestations* que le bailleur souhaite répercuter sur le locataire. Si l'énumération est lacunaire, l'acquéreur doit lui-même supporter les frais en question, du moins jusqu'au moment où il peut unilatéralement modifier le contrat (art. 269d al. 3 CO)¹³³. Par exemple, si le bailleur a mis en place un service de sécurité et que cette position ne figure que dans la moitié des baux, il doit assumer lui-même les frais relatifs aux quotes-parts respectives. En outre, l'introduction de nouveaux frais accessoires doit respecter la procédure d'une hausse de loyer (art. 269d al. 2 CO et art. 19 al. 1 lit. b OBLF : utilisation de la formule officielle¹³⁴, désignation précise des frais concernés, indication des motifs, absence de menace de résiliation), faute de quoi la modification sera nulle¹³⁵.
104. Le fait que les locataires *ont payé par le passé* des factures de frais accessoires incluant des prestations ne figurant pas dans la liste *ne suffit pas* à admettre une acceptation tacite de leur part¹³⁶. Pour prouver une modification conventionnelle, le bailleur doit notamment établir que le locataire était suffisamment informé des frais nouvellement introduits et

¹²⁹ ATF 121 III 460, cons. 2a. Eg. ZK-HiGI, art. 257a-257b CO N 13.

¹³⁰ ATF 121 III 460, cons. 2a/aa.

¹³¹ ATF 121 III 460, cons. 2a/aa. Eg. ZK-HiGI, art. 257a-257b CO N 12.

¹³² BIANCHI DELLA PORTA/SIMONA, p. 45.

¹³³ Pour une description des conditions requises, notamment l'usage de la formule officielle (à ce sujet, cf. ég. N 191 ss), cf. CPra Bail-MARCHAND, art. 269d CO N 16 ss.

¹³⁴ Sur l'utilisation de la formule officielle, cf. N 191 ss.

¹³⁵ CPra-BIERI, art. 257a-257b CO N 122 s.

¹³⁶ Pour une introduction ou une modification ne respectant pas la loi, cf. TF du 24.10.2006, 4C.224/2006, cons. 2.3.

de son droit de contestation et qu'il n'a pas consenti sous la menace d'une résiliation¹³⁷.

105. 3° La liste des frais accessoires ne doit contenir que des *prestations se rapportant à l'usage* de la chose. Le locataire peut refuser de prendre en charge les dépenses consacrées à l'entretien et à la rénovation de la chose ou sans relation avec son usage qui figureraient dans la clause de frais accessoires. Certains auteurs sont d'avis que les frais non conformes à cette définition constituent un cas de nullité et peuvent être répétés en tout temps¹³⁸.
106. 4° Les frais accessoires doivent être *convenus spécialement* (art. 257a al. 2 CO). La liste des frais accessoires doit être spécifique à l'objet loué, c'est-à-dire précise, compréhensible et listant les postes effectifs¹³⁹. Des formules passe-partout ne suffisent pas¹⁴⁰. Une liste standardisée figurant dans des conditions générales et contenant plusieurs positions non adaptées au cas précis ne remplit pas l'exigence légale et est inefficace, dans la mesure où elle ne fait pas partie de la convention des parties¹⁴¹.
107. Par *exemple*, si une liste de quinze postes mentionne les frais d'exploitation des ascenseurs, des escaliers roulants, le service pour machines à laver et pour lave-vaisselle ainsi que les frais de jardinage, bien que l'immeuble ne possède ni jardin ni les autres installations et machines énoncées, la clause est d'une validité douteuse qui justifie une mention dans le rapport de *due diligence*.
108. Toutefois, des frais énumérés dans des conditions générales peuvent, selon les circonstances, être valablement facturés au locataire, dans la mesure où ils constituent une concrétisation des frais accessoires déjà attribués au locataire dans le contrat¹⁴². En outre, en vertu du principe de la bonne foi, la clause de frais accessoires n'est pas inefficace du

¹³⁷ TF, MP 2009 34, cons. 3.1. Dans ce sens, CPra Bail-MARCHAND, art. 269d CO N 6.

¹³⁸ CPra-BIERI, art. 257a-257b CO N 165 ; Eg. LACHAT, p. 338 N 3.3.

¹³⁹ ATF 135 III 591, cons. 4.3.1.

¹⁴⁰ ATF 121 III 460, cons. 4a/aa. Eg. CR-LACHAT, art. 257a-257b CO N 2 et les réf. citées.

¹⁴¹ ATF 135 III 591, cons. 4.3.1.

¹⁴² ATF 135 III 501, cons. 4.3.1 ; TF du 03.10.2006, 4C.250/2006, cons. 1.1.

seul fait qu'elle présente des incertitudes mineures pour le locataire. Il en va ainsi d'une liste débutant par l'adverbe « notamment »¹⁴³.

109. Si la liste des frais accessoires contient des postes n'ayant pas été correctement intégrés au contrat ou, bien qu'intégrés, n'étant pas autorisés, le locataire peut à juste titre refuser leur paiement du jour au lendemain. Le locataire peut en outre réclamer les montants payés en trop sur la base des règles de l'enrichissement illégitime. Notons que, conformément à la théorie de la dissociation (cf. n. 65) et pour autant que les parties n'y dérogent pas dans le contrat de vente de l'immeuble, l'examen de la clé de répartition des frais accessoires appliquée par le propriétaire précédent ne s'impose pas lors de la *due diligence* vu qu'elle n'aura aucune influence sur le rendement de l'immeuble.

7. Sûretés (type et montant)

110. Le locataire n'a *pas d'obligation légale* de constituer des sûretés au sens de l'art. 257e CO. La constitution et le montant des sûretés relèvent de la convention des parties¹⁴⁴.
111. L'*art. 257e CO* ne régit que les garanties constituées en espèces ou sous forme de papiers-valeurs (al. 1), alors que d'autres garanties – personnelles (p. ex. reprise cumulative de dette, cautionnement, garantie à première demande) ou plus rarement réelles – sont possibles. En vertu de l'art. 257e al. 4 CO, le *droit cantonal* peut régir tous les types de garanties¹⁴⁵. Lorsque les législateurs cantonaux ont fait usage de cette réserve attributive, ils ont en principe favorisé les dépôts bloqués¹⁴⁶; le recours au cautionnement simple (pour les baux d'habitation ou les baux commerciaux) ou solidaire (principalement pour les baux

¹⁴³ TF du 28.07.2009, 4A_185/2009, cons. 2.4.3 *in fine* : « Ohnehin gilt auch hier, dass die Beschwerdeführer [locataires] nach Treu und Glauben nicht die ganze Liste als nicht gültig vereinbart betrachten durften, nur weil eine Position eine gewisse Unsicherheit beinhaltet. ». Eg. LACHAT, p. 334 N 1.5.

¹⁴⁴ Cf. CPra Bail-MARCHAND, art. 257e CO N 8.

¹⁴⁵ CPra Bail-MARCHAND, art. 257e CO N 5.

¹⁴⁶ Cf. p. ex. art. 1 de la Loi genevoise protégeant les garanties fournies par les locataires, (RSG I 4 10; LGFL); art. 1 de la Loi vaudoise sur les garanties en matière de baux à loyer, (RS 221.307; LGBL); art. 2 de la Loi neuchâteloise d'introduction du Code des obligations (bail à loyer) (RSN 224.1; LICO).

commerciaux) reste néanmoins souvent possible à certaines conditions¹⁴⁷.

112. Pour les *locaux d'habitation*, le *montant* des sûretés est limité à trois mois de loyer brut (y compris une provision pour frais accessoires) (art. 257e al. 2 CO)¹⁴⁸. Cette disposition est relativement impérative, de sorte que les parties peuvent prévoir un montant inférieur¹⁴⁹. En Suisse romande, le CCR, qui l'emporte sur le droit fédéral¹⁵⁰, a abaissé ce plafond à trois mois de loyer net (sans les provisions pour les frais accessoires ; art. 2 al. 1 CCR)¹⁵¹.
113. Pour les *locaux commerciaux*, et sauf disposition cantonale contraire, il n'y a pas de limite quant au montant, mais les tribunaux appliquent les limites générales de la lésion (art. 21 CO) et du loyer abusif (art. 270 CO)¹⁵².
114. Le rapport de *due diligence* doit indiquer si le contrat prévoit des sûretés et, le cas échéant, si elles sont conformes au droit applicable et si le locataire les a effectivement constituées.
115. Dans l'hypothèse où des *sûretés indépendantes* (p. ex. reprise cumulative de dette, garantie à première demande) ont été constituées, il faut rappeler à l'acquéreur que ces sûretés doivent faire l'objet d'une cession de créance dans le contrat de vente de l'immeuble, faute de quoi le vendeur de l'immeuble en reste le bénéficiaire.
116. En Suisse romande, un nombre important de sûretés sont fournies par l'intermédiaire d'*entreprises commerciales offrant le cautionnement* de loyer¹⁵³. Le rapport de due diligence doit examiner si les conditions formelles d'un tel engagement, en particulier les exigences relatives à la forme écrite et à l'indication du montant total de la garantie (art. 492 ss CO, en particulier art. 493 CO), sont remplies.

¹⁴⁷ Cf. p. ex. art. 1 LGFL ; art. 1 LGBL.

¹⁴⁸ ZK-HIGI, art. 257e CO N 20 ; ég. LACHAT, p. 356 N 2.2.2.

¹⁴⁹ ZK-HIGI, art. 257e CO N 4.

¹⁵⁰ Art. 3 al. 1 lit. a LCBD et FF 2008 III.1 5289.

¹⁵¹ LACHAT, p. 356 N 2.2.2 et les réf. citées.

¹⁵² TF du 27.4.2004, 4C.35/2004, cons. 2.2.1 ; CR-LACHAT, art. 257e CO N 5.

¹⁵³ P. ex. « SwissCaution » ou « EuroKaution ».

D. Durée

117. Le prix offert pour l'immeuble se fonde en principe sur la continuation des baux existants pendant une certaine durée. Plus rarement, le prix offert repose sur un scénario nécessitant que le bailleur mette fin aux contrats en cours, par exemple pour effectuer des travaux importants ou pour développer le site¹⁵⁴. Par conséquent, le rapport de *due diligence* doit identifier les éléments-clés de la durée des contrats, en particulier le début (1.), le caractère déterminé ou indéterminé de la durée (2.), les éventuelles options de prolongation (3.), l'existence d'une condition suspensive ou résolutoire (4.), ainsi que, pour le cas où l'acheteur souhaite mettre fin aux baux existants, les risques de prolongation du bail (5.). Enfin, si les locaux ne sont pas remis aux locataires avant le transfert de propriété (bail sur plan), il faut identifier une éventuelle peine conventionnelle de retard (6.).

1. Début

118. Le début du contrat dépend de la *convention* des parties¹⁵⁵. En cas de doute, on se référera aux moyens usuels d'interprétation, en tenant compte des usages locaux (p. ex. le 1^{er} ou le 15 du mois)¹⁵⁶.
119. Le début du bail correspond en principe à la *date de remise des clés*¹⁵⁷. L'art. 256 CO précise que le bailleur doit délivrer la chose louée au locataire « à la date convenue ». En l'absence de convention particulière, la délivrance de la chose louée doit intervenir dès la conclusion du contrat (art. 75 CO)¹⁵⁸. Exceptionnellement, les parties peuvent convenir que le bailleur ne remette les locaux qu'après le début du contrat (par exemple lors de la réalisation de travaux en faveur du locataire mais exécutés par le bailleur)¹⁵⁹.

¹⁵⁴ BIANCHI DELLA PORTA/SIMONA, p. 47.

¹⁵⁵ TB VD, DB 2003 N 9.

¹⁵⁶ ZK-HIGI, art. 255 CO N 13 ; CR-LACHAT, art. 256 CO N 1.

¹⁵⁷ ZK-HIGI, art. 255 CO N 12 ; LACHAT, p. 193 N 1.1.

¹⁵⁸ ZK-HIGI, art. 255 CO N 14 s. ; CR-LACHAT, art. 256 CO N 1.

¹⁵⁹ LACHAT, p. 193 N 1.1.

120. Le début du bail est pertinent dans la mesure où il permet de déterminer la fin du bail lorsque le contrat a été conclu pour une durée ferme définie en mois ou en années (terme de résiliation, cf. art. 266c ss CO).

2. Types de durée

121. En vertu de l'art. 255 al. 1 CO, un contrat de bail peut être conclu pour une durée déterminée ou indéterminée :
122. La caractéristique du contrat de *durée déterminée* est qu'il prend fin, à l'expiration de la durée convenue, sans qu'il soit nécessaire de le résilier (art. 255 et 266 al. 1 CO)¹⁶⁰. Les parties fixent librement sa durée. Toutefois, le contrat de bail ne peut pas être conclu pour « l'éternité », sous peine de constituer une violation de la liberté personnelle (art. 27 al. 2 CC)¹⁶¹. En cours de bail, les parties conservent toujours la faculté de résilier le contrat de façon anticipée (par le bailleur : art. 257d, 257f, 261, 266g et 266h CO ; par le locataire : art. 259b lit. a, 266g, 266i et 272d CO)¹⁶².
123. Dans un bail de durée déterminée, le rapport de *due diligence* doit indiquer la date à laquelle le bail expire. En outre, il doit rappeler à l'acquéreur que, faute de motif de résiliation anticipée, il ne peut imposer aucune augmentation unilatérale de loyer (ég. N 91), puisqu'une telle demande ne peut avoir lieu que « pour le prochain terme de résiliation » (art. 269d CO), qui correspond à la fin du bail de durée déterminée¹⁶³.
124. Tout bail qui n'est pas de durée déterminée est réputé conclu pour une *durée indéterminée* (art. 255 al. 3 CO). Un tel bail prend fin par une résiliation ordinaire (cf. art. 266a à 266f CO) ou extraordinaire (cf. art. 257d, 257f, 259b, 261 et 266g à 266k CO, cf. ég. art. 264 CO)¹⁶⁴.
125. Dans un bail de durée indéterminée, le rapport de *due diligence* doit contenir les deux informations suivantes :

¹⁶⁰ CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY, art. 255 CO N 4.

¹⁶¹ ATF 103 II 176, cons. 4. Eg. CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY, art. 255 CO N 5.

¹⁶² CR-LACHAT, art. 255 CO N 4.

¹⁶³ CR-LACHAT, art. 255 CO N 4.

¹⁶⁴ CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY, art. 255 CO N 14.

126. 1° Il doit identifier les *délais de résiliation* (délai de préavis) et vérifier leur légalité. Les parties ont la faculté de convenir des délais de résiliation, ceux-ci ne pouvant toutefois pas être inférieurs aux délais légaux (art. 266a al. 1 CO)¹⁶⁵. Lorsque le bail porte sur un immeuble, une construction mobilière ou une habitation, le délai minimum à respecter pour la résiliation est de trois mois (art. 266b et 266c CO). S'il s'agit d'un local commercial, il est fixé à six mois (art. 266d CO). Lorsqu'il porte sur une place de stationnement ou toute autre installation louée séparément, le délai de résiliation est de deux semaines (art. 266e CO), sauf si la place ou l'installation est liée à un bail d'habitation ou de locaux commerciaux (art. 253a CO)¹⁶⁶.
127. 2° Le rapport de due diligence doit mettre en évidence le *terme* (échéance) de chaque contrat. Les parties sont ici totalement libres. Faute de convention, le terme varie en fonction de l'objet sur lequel porte le bail. Les art. 266b à 266d CO renvoient prioritairement à l'usage local pour les baux portant sur des immeubles ou des constructions mobilières, sur des habitations et sur des locaux commerciaux¹⁶⁷. A défaut d'un tel usage, le terme correspond à la fin d'un semestre de bail pour les baux d'immeubles ou de constructions mobilières (art. 266b CO) et la fin d'un trimestre de bail pour les baux d'habitations et de locaux commerciaux (art. 266c et 266d CO).

3. Options de prolongation

128. Un contrat de bail peut contenir une option de prolongation en faveur du locataire¹⁶⁸. On distingue *deux types* d'options :
129. 1° L'option *proprement dite (echte Option)*. Il s'agit d'une clause permettant au locataire de prolonger à une ou plusieurs reprises le contrat par une déclaration unilatérale de volonté, moyennant un loyer déterminé ou objectivement déterminable¹⁶⁹. Le bailleur ne peut pas

¹⁶⁵ CPra Bail-MONTINI, art. 266b-266f CO N 5.

¹⁶⁶ Cf. N 46 s.

¹⁶⁷ CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY, art. 266a CO N 34.

¹⁶⁸ Une clause d'option en faveur du bailleur est également possible. Vu qu'il s'agit d'une faculté accordée au bailleur, elle ne nécessite en principe pas un examen approfondi dans le cadre d'une due diligence.

¹⁶⁹ ATF 122 III 10, cons. 4b, JdT 1998 I 111 ; CR-LACHAT, art. 255 CO N 12.

empêcher son exercice en résiliant le bail, sauf si les conditions d'un congé extraordinaire sont remplies¹⁷⁰.

130. L'option doit être exercée dans le *délai* prévu¹⁷¹. Si le contrat est lacunaire, le locataire doit manifester sa volonté dans le délai pertinent des art. 266a ss CO (pour un contrat de durée indéterminée) ou avant l'échéance du bail (pour un contrat de durée déterminée)¹⁷².
131. Lorsque le locataire exerce son droit d'option, le *contenu* du bail dépend prioritairement de celui de la clause d'option¹⁷³. A défaut de convention particulière, les rapports de location se poursuivent sans changement¹⁷⁴.
132. 2° L'option *improprement dite (unechte Option)*. Il s'agit d'une clause ne contenant qu'une obligation de négocier les conditions de la poursuite de leur relation contractuelle, les éléments subjectivement et objectivement essentiels n'étant encore ni déterminés ni objectivement déterminables. Dans ce cas-là, le locataire ne peut imposer au bailleur que la tenue de négociations contractuelles, à l'exclusion d'une prolongation du bail.
133. Après avoir identifié une option dans le contrat de bail, l'auteur de la *due diligence* doit mentionner la présence de cette clause et la qualifier. En cas d'option proprement dite, il doit informer l'acquéreur des effets potentiels sur la durée du bail.

4. Condition suspensive

134. Les effets d'un bail peuvent dépendre d'une condition suspensive (art. 151 ss CO)¹⁷⁵. Le contrat assorti d'une telle condition est conclu,

¹⁷⁰ P. ex. art. 257d, 257f al. 3 et 4, 259b, 261 et 266g à 266k CO. Cf. ATF 113 II 31, cons. 2c, JdT 1988 I 20. Eg. CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY, art. 255 CO N 23.

¹⁷¹ CR-LACHAT, art. 255 CO N 14.

¹⁷² ZK-HIGI, art. 255 CO N 65-67 ; dans le même sens, CR-LACHAT, art. 255 CO N 14. Cf. ég. CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY, art. 255 CO N 24 (qui semblent toutefois appliquer l'art. 266a CO aussi aux contrats de durée déterminée).

¹⁷³ CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY, art. 255 CO N 22.

¹⁷⁴ ATF 113 II 31, cons. 2a, JdT 1988 I 20. Eg. CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY, art. 255 CO N 22.

¹⁷⁵ Un contrat peut aussi être soumis à une condition résolutoire (art. 154 CO) : il produit alors ses effets jusqu'à l'avènement de l'événement futur incertain (CR-PICHONNAZ, art. 151 CO N 31). Dans les opérations d'acquisition des immeubles de rendement, de

sans être encore parfait¹⁷⁶. Il produit automatiquement des effets juridiques dès que l'événement futur incertain se produit¹⁷⁷, à moins que les parties n'aient manifesté une intention contraire (art. 151 al. 2 CO)¹⁷⁸.

135. Par *exemple*, dans un projet en cours de développement, un bail peut être soumis à la condition que les travaux de construction débutent au plus tard à une certaine date. Si la condition n'est pas remplie, le locataire est libéré de tout engagement et l'acquéreur doit chercher un nouveau locataire.
136. Vu l'effet potentiel de la non-réalisation d'une condition suspensive sur les revenus locatifs, l'expert juridique doit mettre en évidence l'existence d'une telle condition et expliquer dans son rapport de *due diligence* en quoi elle consiste et quelles pourraient être ses conséquences.

5. Protection contre les congés : risques de prolongation

137. Lorsque l'acquéreur de l'immeuble prévoit de résilier les baux pour reconstruire l'immeuble, changer son affectation ou y effectuer des travaux importants, le rapport de *due diligence* doit apprécier *l'applicabilité des règles protégeant les locataires d'habitations ou de locaux commerciaux contre les congés* (art. 271 ss CO)¹⁷⁹. Le résultat de cette analyse permettra à l'acquéreur d'établir un planning réaliste pour son projet et de déterminer la période pendant laquelle des revenus locatifs tomberont en raison de locaux vacants ou seront diminués suite aux réductions de loyer devant être accordées pendant la période précédant les travaux.
138. Vu que des prévisions exactes ne sont pas possibles, le rapport de *due diligence* se concentrera sur les situations extraordinaires pouvant entraîner des prolongations importantes (p. ex. plus de deux ans)¹⁸⁰.

telles clauses sont rares, raison pour laquelle la présente contribution les ignore.

¹⁷⁶ CR-PICHONNAZ, art. 151 CO N 32.

¹⁷⁷ CR-PICHONNAZ, art. 151 CO N 31.

¹⁷⁸ Eg. TF du 25.10.2004, 4C.212/2004, cons. 3.1.

¹⁷⁹ BIANCHI DELLA PORTA/SIMONA, p. 47.

¹⁸⁰ Exemple tiré de la pratique : famille nombreuse (6 membres) disposant d'un revenu inférieur à la moyenne, dont les enfants vont à l'école locale et qui habite un 4 ½ pièces

6. Clause pénale de retard

139. Dans l'hypothèse où l'acquisition porte non pas sur un immeuble déjà construit et loué, mais sur un projet de construction avec des *baux conclus sur plan*, les contrats, en particulier pour des locaux commerciaux, contiennent régulièrement des clauses pénales de retard en faveur du locataire. Il s'agit d'une convention accessoire prévoyant que le bailleur en demeure pour remettre l'objet loué doit au locataire une prestation (la peine conventionnelle), variable en fonction du retard ou forfaitaire¹⁸¹.
140. Si le projet de construction prend du retard et que les locaux ne peuvent pas être remis à temps aux locataires, l'acquéreur de l'immeuble doit s'acquitter de la peine conventionnelle et subir une *diminution de ses revenus locatifs* et donc du rendement de l'immeuble.
141. Par conséquent, le rapport de *due diligence* doit mettre en évidence la présence d'une clause pénale dans le contrat de bail et les risques associés¹⁸².

E. Travaux du locataire

1. Généralités

142. Selon l'art. 260a al. 1 CO, le locataire n'a le droit d'*effectuer des travaux sur la chose louée* qu'avec le consentement écrit du bailleur. Sauf convention contraire, le bailleur peut refuser cet accord, même sans motivation¹⁸³. On notera que l'exigence de la forme écrite figurant à l'art. 260a al. 1 CO ne constitue pas une forme qualifiée au sens de l'art. 11 CO. Une autorisation orale demeure valable et le locataire peut s'en prévaloir s'il parvient à la prouver¹⁸⁴. En cas de doute, l'auteur de

à loyer modéré dans une ville souffrant d'une pénurie de logements.

¹⁸¹ Cf. TERCIER/PICHONNAZ, N 1365 ss. Pour un développement en lien avec le contrat d'entreprise, cf. COUCHEPIN, N 1325 ss.

¹⁸² Si son pouvoir de négociation le lui permet, l'acquéreur peut alors reporter le risque de la peine sur le vendeur de l'immeuble et/ou en tenir compte dans la détermination du prix d'achat.

¹⁸³ CARRON, Travaux de construction, N 126 ; ZK-HIGI, art. 260a CO N 17 ; CR-LACHAT, art. 260a CO N 2.

¹⁸⁴ Toutefois, si le locataire se contente d'un accord oral ou d'un accord écrit insuffisant, il doit supporter les risques liés à la difficulté d'en faire la preuve, sous réserve de l'abus

la due diligence doit conseiller à l'acheteur d'exiger de la part du vendeur une déclaration formelle à ce sujet, par exemple dans l'acte de vente.

143. Les travaux entrepris par les locataires influencent les *revenus locatifs nets* de diverses manières :
144. 1° Une *réduction* des revenus. Les aménagements et modifications réalisés par le locataire nécessitent parfois des coûts de remise en état importants s'il est autorisé à laisser les locaux tels quels en fin de bail, sans rétablir leur état original. En outre, si les aménagements entraînent des plus-values importantes, le bailleur peut devoir indemniser le locataire en vertu de l'art. 260a al. 3 CO.
145. 2° Une *augmentation* des revenus. Il n'est pas rare en pratique que les baux autorisant le locataire à effectuer des travaux contiennent une clause prévoyant qu'il assume leur entretien. Par conséquent, dans son calcul des frais d'entretien de l'immeuble, l'acquéreur peut ignorer les postes relatifs à ces aménagements.
146. La *due diligence* relative aux travaux du locataire s'articule en deux temps :
147. 1° Il faut *identifier* si les contrats de bail autorisent le locataire à entreprendre certains travaux ou si, d'une autre manière, le propriétaire précédent a consenti ponctuellement à l'exécution de certains travaux.
148. 2° Dans l'affirmative, il faut procéder à un *examen approfondi* du régime applicable. On examine successivement les conditions d'autorisation fixées par les parties (2.), l'obligation de remise en état (3.), le devoir d'indemniser du locataire (4.) et la responsabilité pour l'entretien (5.). L'aménagement de locaux bruts (6.) mérite quelques développements particuliers.

2. Conditions

149. Lorsque le bail autorise le locataire à exécuter des travaux *sans le consentement spécifique* du bailleur, il devrait également contenir une clause exigeant notamment la transmission préalable des documents

de droit (TF du 27.05.2003, 4C.393/2002, cons. 4.2). Eg. CARRON, Travaux de construction, N 126 ; CPra Bail-AUBERT, art. 260a CO N 12 ; BSK-WEBER, art. 260a CO N 4).

pertinents (plans et devis), l'obligation de travailler avec des entreprises professionnelles ainsi qu'un mécanisme visant à prévenir l'inscription (à titre provisoire ou définitif) d'hypothèques légales des artisans et entrepreneurs (p. ex. une garantie bancaire).

150. Le rapport de *due diligence* doit vérifier qu'une telle clause tienne compte des intérêts fondamentaux du bailleur et avertir l'acquéreur des éventuelles lacunes ou faiblesses pouvant affecter le rendement de l'immeuble.

3. Obligation de remise en état (art. 260a al. 2 CO)

151. Si le bailleur a donné par écrit¹⁸⁵ son consentement au locataire pour l'exécution de travaux (N 142), il ne peut pas exiger du locataire la remise de la chose louée dans son état initial, sauf si les deux parties s'y sont engagées par écrit (art. 260a al. 2 CO)¹⁸⁶. L'étendue de l'obligation de remise en état doit être précise et détaillée¹⁸⁷.
152. L'auteur de la *due diligence* doit vérifier d'une part l'existence d'une clause exigeant la remise en état et d'autre part la précision de cette clause.

4. Devoir d'indemniser (art. 260a al. 3 CO)

153. En cas de travaux acceptés par le bailleur, le locataire peut prétendre à une *indemnité*¹⁸⁸. Cette prétention découle de l'art. 260a al. 3 CO¹⁸⁹.
154. Il faut pour cela que quatre *conditions* soient réunies¹⁹⁰. Premièrement, le bailleur doit avoir accepté des travaux de rénovation ou de modification sur des locaux non remis en état. Deuxièmement, il faut

¹⁸⁵ Si le consentement n'était pas écrit, alors la présomption de l'art. 260a al. 2 CO ne s'applique pas et le juge doit déterminer la volonté des parties, au besoin selon le principe de la confiance (CARRON, Travaux de construction, N 147).

¹⁸⁶ CARRON, Travaux de construction, N 145 ; ég. ZK-HIGI, art. 260a CO N 42 ; CR-LACHAT, art. 260a CO N 4.

¹⁸⁷ TF du 27.05.2003, 4C.393/2002, cons. 5.2.2. Eg. CARRON, Travaux de construction, N 145.

¹⁸⁸ Cf. CARRON, Travaux de construction, N 165 ss et les réf. citées.

¹⁸⁹ A l'exclusion de l'art. 672 CC ou des art. 62 ss CO. Cf. CARRON, Travaux de construction, N 156.

¹⁹⁰ Cf. CARRON, Travaux de construction, N 158 ss et les réf. citées.

une plus-value, c'est-à-dire une valeur ajoutée à la chose louée, non encore amortie à la fin du bail. Troisièmement, il faut que cette plus-value soit considérable. Quatrièmement, il faut une réclamation du locataire.

155. Contrairement aux alinéas 1 et 2 de l'art. 260a CO qui sont de droit absolument impératif¹⁹¹, l'art. 260a al. 3 CO est de *droit dispositif*¹⁹². Les parties peuvent y déroger, sans devoir respecter une forme spécifique, par exemple en fixant une indemnité plus élevée ou en renonçant à toute indemnité¹⁹³.
156. L'auteur de la *due diligence* doit procéder en deux temps. D'abord, il doit identifier si une clause exclut l'indemnité de l'art. 260a al. 3 CO. A défaut, il doit rappeler à l'acquéreur les conséquences de cette disposition, afin qu'il prenne en compte cet élément dans la valorisation de l'immeuble locatif.

5. Entretien des aménagements du locataire

157. Sauf convention contraire, le locataire est responsable de l'entretien (et, si nécessaire, de la rénovation) de ses aménagements et en assume les frais¹⁹⁴. Ce point de vue se justifie parce que le loyer ne comprend pas les aménagements du locataire. Par conséquent, le bailleur ne reçoit pas non plus de rémunération pour l'entretien de ces aménagements.
158. Lors de la *due diligence*, il faut vérifier si le contrat ne déroge pas au système légal en ce qui concerne l'entretien. En outre, lorsque les aménagements du locataire sont d'une certaine importance (p. ex. lorsque les locaux sont loués à l'« état brut », cf. N 159 ss), et que leur réalisation défectueuse peut affecter d'autres locataires ou la totalité de l'immeuble (p. ex. aménagements modifiant la technique du bâtiment), les dispositions contractuelles doivent être adaptées aux circonstances. Il faut notamment veiller à la clarté de la répartition des obligations (cf. N 160) ainsi qu'à l'existence d'un droit du bailleur d'effectuer les

¹⁹¹ ZK-HIGI, art. 260a CO N 5.

¹⁹² ATF 124 III 149, cons. 5, JdT 1999 I 119, DB 1998 N 7 ; TF du 29.03.2006, 4C.18/2006, cons. 3.1.1, DB 2006 N 12. Eg. CARRON, Travaux de construction, N 157 et les réf. citées.

¹⁹³ ATF 124 III 149, cons. 5, JdT 1999 I 119, DB 1998 N 7. Eg. CR-LACHAT, art. 260a CO N 9.

¹⁹⁴ CARRON, Travaux de construction, N 81. Eg. LACHAT, p. 826 N 1.3.

travaux nécessaires aux frais du locataire en cas de demeure ou de mauvaise exécution par ce dernier.

6. Cas particulier des locaux bruts

159. Le *bail de locaux bruts* est un contrat où le bailleur cède au locataire la chose louée dans un état non aménagé ou partiellement aménagé, à charge pour le locataire de (faire) effectuer ou de terminer l'aménagement des locaux¹⁹⁵. Ces aménagements peuvent porter sur les diverses installations accompagnant les locaux loués, tels que les revêtements de murs et de sol, les systèmes de chauffage, de ventilation, d'air conditionné, les installations électriques, l'équipement IT,...
160. Seule la convention des parties – à l'exclusion de la loi, de la doctrine, de la jurisprudence ou de l'usage – peut définir la notion de « locaux bruts ». Afin que les parties puissent distinguer efficacement les aménagements du locataire de ceux compris dans l'état brut, le contrat de bail doit préciser les éléments devant être délivrés par le bailleur d'une part et par le locataire d'autre part. Cette délimitation peut se faire au moyen d'un *document d'interface* décrivant de manière précise les aménagements fournis par l'une et l'autre partie¹⁹⁶.
161. L'aménagement des locaux bruts par le locataire requiert des parties qu'elles règlent d'autres *points complémentaires*. La convention doit répartir la responsabilité de l'entretien des aménagements et leur prise en charge financière (N 157 s.). En outre, le contrat doit régler le sort des aménagements en fin de bail, en particulier la faculté ou l'obligation pour le locataire de les démonter (remise en état des locaux bruts¹⁹⁷) ainsi que l'éventuelle indemnité pour une plus-value si les aménagements demeurent¹⁹⁸.
162. Si le contrat est lacunaire, le bailleur peut être confronté à des frais d'entretien ou de remise en état des locaux plus importants que ceux envisagés ou à des revendications non planifiées de la part du locataire.

¹⁹⁵ Cf. CARRON, Travaux de construction, N 19 et les réf. citées.

¹⁹⁶ CARRON, Travaux de construction, N 22.

¹⁹⁷ CARRON, Travaux de construction, N 38 ss et les réf. citées. Cf. toutefois ZANETTI, p. 101, qui affirme qu'une telle obligation de remise en état, pourtant très courante en pratique, dans un *bail de locaux bruts* ne serait pas admissible dans un bail de locaux bruts.

¹⁹⁸ CARRON, Travaux de construction, N 154 ss.

Par conséquent, le rapport de *due diligence* doit examiner le traitement contractuel réservé aux aménagements venant se greffer sur des locaux bruts et aviser l'acquéreur des éléments pouvant affecter les revenus locatifs nets.

F. Modalités diverses

1. Admissibilité du changement de bailleur

163. L'art. 261 CO prévoit que les baux passent à l'acquéreur de l'immeuble avec tous les droits et les obligations qui en découlent, selon l'adage « *la vente ne rompt pas le bail* »¹⁹⁹. Le bailleur précédent et le nouveau propriétaire n'ont donc pas besoin d'obtenir l'accord du locataire²⁰⁰. En contrepartie, le locataire bénéficie, en sus du régime de protection contre les congés abusifs contre le nouveau propriétaire (art. 271 ss CO), d'une action en dommages-intérêts contre le bailleur précédent (art. 261 al. 3 CO)²⁰¹.
164. Toutefois, contrairement à la lettre de l'art. 261 CO (« après la conclusion du contrat »), la doctrine est d'avis que cette disposition ne s'applique que si le *bailleur a délivré* la chose louée au locataire, et pas immédiatement après la conclusion du contrat²⁰². Entre la conclusion du bail et la remise de la chose louée (p. ex. en cas de contrat de bail pour un objet sur plans), les règles générales sur le transfert de contrat s'appliquent, à l'exclusion de l'art. 261 CO²⁰³. Cela signifie notamment qu'un transfert du bail nécessite l'accord du locataire, accord pouvant être donné à l'avance lors de la conclusion du bail dans une clause de cessibilité en faveur du bailleur²⁰⁴.
165. Lorsque le projet de construction est vendu avec des baux sur plans, le rapport de *due diligence* doit examiner si les contrats contiennent une clause autorisant le bailleur à céder à un tiers l'objet loué avant la remise des locaux. Faute d'une telle disposition, un ou plusieurs

¹⁹⁹ CR-LACHAT, art. 261 CO N 1.

²⁰⁰ Cf. TERCIER/FAVRE/BUGNON, N 2469 ; FAVRE, N 84.

²⁰¹ A ce sujet, cf. TERCIER/FAVRE/BUGNON, N 2478.

²⁰² ZK-HIGI, art. 261-261a CO N 12 s. ; CR-LACHAT, art. 261 CO N 1 ; Mietrecht-PERMANN, art. 261a CO, N 4 ; BSK-WEBER, art. 261 CO N 2.

²⁰³ Mietrecht-PERMANN, art. 261a CO, N 4.

²⁰⁴ Cf. FAVRE, N 532 ss et N 679.

locataires pourraient refuser le transfert de contrat et l'exécution du contrat de bail²⁰⁵. Une telle situation ne manquerait pas d'affecter les revenus locatifs et, par conséquent, la valeur de rendement de l'immeuble.

2. Sous-location

166. L'art. 262 al. 1 CO autorise la sous-location de tout ou partie de l'objet loué avec le consentement du bailleur. Le bailleur ne peut refuser son accord que dans trois hypothèses²⁰⁶ : la non-communication des conditions de la sous-location (lit. a), le caractère abusif des conditions de la sous-location (lit. b) et l'existence d'inconvénients majeurs pour le créancier (lit. c)²⁰⁷.
167. Les *cantons romands* connaissent un régime particulier. Selon l'art. 8 CCR, qui ne fait que compléter l'art. 262 CO, le bailleur doit donner son consentement par écrit, au surplus dans un délai de trente jours, son silence équivalant à une acceptation²⁰⁸. Par contre, l'art. 22 RULV déroge à l'art. 262 CO en prévoyant l'autorisation du bailleur écrite et, à défaut d'un accord de sa part, l'interdiction de sous-louer l'entier de la chose pour une durée indéterminée²⁰⁹.
168. Toutes ces dispositions étant de nature *semi-impérative*²¹⁰, les parties peuvent y déroger en faveur du locataire, par exemple en autorisant la sous-location sans consentement du bailleur²¹¹. Un assouplissement du régime légal comporte certains risques pour l'acquéreur, qui influencent potentiellement les revenus locatifs anticipés. Par exemple, le standing de l'immeuble peut souffrir d'un sous-locataire peu recommandable, le

²⁰⁵ Sous réserve de l'interdiction de l'abus de droit, cf. FAVRE, N 749 ss.

²⁰⁶ Cf. CR-LACHAT, art. 262 CO N 3.

²⁰⁷ Pour des développements sur ces conditions, cf. CR-LACHAT, art. 262 CO N 3 ss ; BSK-WEBER, art. 262 CO N 5 ss.

²⁰⁸ CPra Bail-BISE/PLANAS, art. 262 CO N 4 et 26 s. et les réf. citées.

²⁰⁹ TF du 10.3.2009, 4A_487/2008, cons. 2.6.

²¹⁰ Pour l'art. 262 CO : ATF 134 III 300, cons. 3 ; ATF 119 II 353, cons. 4. Eg. CR-LACHAT, art. 256 CO N 9 ; CPra Bail-BISE/PLANAS, art. 262 CO N 3 et les réf. citées. Pour le CCR et les RULV, cf. CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY, Intro. gén., N 9.

²¹¹ En pratique, certains baux de locaux commerciaux limitent cette autorisation générale à une catégorie particulière de sous-locataires, par exemple aux sociétés-mères de groupes de sociétés.

risque d'hypothèques légales des artisans et entrepreneurs peut augmenter si le sous-locataire présente une solvabilité fragile, les éventuels gains réalisés par le locataire grâce à la sous-location pourraient être internalisés.

169. Par conséquent, le rapport de *due diligence* devra vérifier si des sous-locations existent et si les locataires bénéficient d'un régime conventionnel favorable. Le cas échéant, la solution contractuelle doit être analysée en détail et le rapport doit informer l'acquéreur des conséquences de celle-ci.

3. Règles sur l'entretien

170. En vertu de l'art. 256 CO, l'entretien de la chose louée revient au *bailleur*²¹². On entend par là le maintien de la substance de la chose, le bon fonctionnement des appareils et l'approvisionnement en eau, énergie et chauffage²¹³. Le loyer net comprend en principe les frais d'entretien²¹⁴. L'obligation d'entretien du bailleur souffre trois exceptions. Il s'agit des menus défauts (art. 259 CO), des défauts (dégâts) dont le locataire est lui-même responsable (art. 267 al. 1 CO)²¹⁵, et des aménagements du locataire (cf. N 157 ss).
171. De son côté, le *locataire* doit user de la chose avec le soin nécessaire (art. 257f al. 1 CO). Il ne répond pas de l'usure normale de la chose²¹⁶. L'usage soigneux est défini par le contrat et ses annexes²¹⁷.
172. L'auteur de la *due diligence* veillera donc à ce que les *règles et usages locatifs*, ainsi que le *règlement d'immeuble* soient intégrés à chaque contrat de bail ou mentionnera cette lacune.
173. Dans des cas particuliers (p. ex. location de locaux bruts, *sale and lease back*, location de bâtiments entiers, contrats triple net), les parties conviennent de déroger au système légal, de telle sorte que le locataire

²¹² CR-LACHAT, art. 256 CO N 5.

²¹³ ZK-HIGI, art. 256 CO N 49 ; CPra Bail-MONTINI/BOUVERAT, art. 256 CO N 47.

²¹⁴ ATF 110 II 404, cons. 3a. Eg. CPra Bail-MONTINI/BOUVERAT, art. 256 CO N 46.

²¹⁵ CPra Bail-MONTINI/BOUVERAT, art. 256 CO N 50.

²¹⁶ CR-LACHAT, art. 257f CO N 6 et art. 267 CO N 3.

²¹⁷ CR-LACHAT, art. 257f CO N 6.

prend en charge une plus grande partie de l'entretien²¹⁸. Pour rester conforme à l'art. 256 CO, une telle solution requiert à notre avis une contrepartie de la part du bailleur, en principe sous forme de réduction du loyer net²¹⁹.

174. Dans une telle situation, l'auteur de la *due diligence* doit renseigner l'acquéreur sur la licéité et la clarté de la solution contractuelle retenue.

G. Documents contractuels

1. Signature du bailleur

175. La *signature* du bailleur revêt une importance dans deux situations au moins :
176. 1° Lors de la *conclusion du contrat*, la loi ne prescrit pas de forme particulière (art. 11 al. 1 CO). Le contrat de bail peut être oral, voire tacite²²⁰. En matière immobilière, la forme écrite est largement répandue²²¹. Sa conclusion nécessite la signature manuscrite de toutes les parties ou de leurs représentants (art. 13 al. 1 et 14 al. 1 CO)²²². La vérification des signatures joue avant tout un rôle lorsque les locaux n'ont pas encore été remis au locataire²²³.
177. 2° Lors de l'usage de la *formule officielle*. La formule officielle doit porter la signature manuscrite du bailleur ou de son représentant (art. 14 al. 1 CO)²²⁴. Jurisprudence et doctrine admettent que seule la lettre d'accompagnement soit signée²²⁵. Selon le TF, une signature mécanique

²¹⁸ SCHNYDER, p. 147 ; URBACH/MOSKRIC, p. 995 et p. 999 ss. Pour les loyers triple net, cf. ég. CARRON, Travaux de construction, N 97 ss.

²¹⁹ CARRON, Travaux de construction, N 101 et les réf. citées.

²²⁰ CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY, art. 253 CO N 53.

²²¹ CR-LACHAT, art. 253 CO N 21.

²²² LACHAT, p. 181 N 4.2.3. A notre avis, la signature électronique (art. 14 al. 2^{bis} CO) est également valable, mais elle joue un rôle insignifiant dans la pratique du bail immobilier (ég. CPra Bail-MARCHAND, art. 269d CO N 17 ; contra : LACHAT, p. 399 N 3.1.4).

²²³ A ce sujet, cf. N 26 ss et les développements consacrés à l'identité du locataire.

²²⁴ CR-LACHAT, art. 266l CO N 3 ; CPra Bail-MARCHAND, art. 269d CO N 17 ; cf. ég. CPra Bail-MONTINI, art. 266l CO N 18. Pour la signature électronique, cf. CPra Bail-MARCHAND, art. 269d CO N 17 ; CPra Bail-MARCHAND, art. 269d CO N 1.

²²⁵ TF, MP 2000 185 ; DB 2001 N 12. Eg. CPra Bail-MONTINI, art. 266l CO N 18.

n'est par contre pas admise par l'usage en la matière²²⁶. Nous renvoyons aux développements particuliers ci-dessous sur l'usage de la formule officielle (N 196 ss).

178. La contestation de l'existence ou de la validité d'un contrat de bail ou d'un acte unilatéral du bailleur peut affecter le revenu locatif net de manière substantielle.
179. L'auteur de la *due diligence* doit donc s'assurer que les différents documents se trouvent dans les dossiers et qu'ils portent la signature manuscrite du bailleur et/ou du locataire, ou alors de leur représentant autorisé. Le rapport doit rendre attentif l'acquéreur aux manquements constatés.

2. Annexes et avenants

180. En pratique, les documents contractuels comprennent un document principal (qui contient le nom des parties, la durée du bail, le loyer et la réglementation concernant les frais accessoires) et des *annexes* (qui comprennent notamment des règles et usages locatifs, des conditions générales de bail, le règlement de maison, un état des lieux, les plans, etc.)²²⁷.
181. Certaines annexes ne constituent qu'un rappel du *droit impératif* applicable même sans être joint au contrat. Il s'agit notamment du CCR pour la Suisse romande ou des RULV pour le Canton de Vaud²²⁸.
182. Les autres annexes, qui ne sont pas obligatoires de par la loi, constituent des *conditions générales*, c'est-à-dire des clauses contractuelles préformulées, qui ne lient les parties que si trois conditions sont remplies²²⁹ :
183. 1° La présence d'une *clause d'intégration*. Le document principal doit déclarer les conditions générales applicables. Il suffit que le locataire ait

²²⁶ TF, DB 2004 N 16 ; dans ce sens, ég. LACHAT, p. 399 N 3.1.4. Contra : Co-SVIT, art. 269d CO N 30. Nuancé, CPra Bail-MARCHAND, qui réserve le cas où un bailleur professionnel est amené à augmenter le loyer d'un grand nombre de baux sous gestion (art. 269d CO N 17).

²²⁷ LACHAT, p. 181 N 4.2.5.

²²⁸ Lors de sa séance du 20 juin 2014, le Conseil fédéral a renouvelé la déclaration de force obligatoire du CCR et des RULV jusqu'au 30 juin 2020 (FF 2014 5087 et 5095).

²²⁹ CARRON, Droit de la consommation, N 77 ss ; ég. TERCIER/PICHONNAZ, N 858 ss.

pu en prendre connaissance ; le fait qu'il les ait effectivement lues ou non n'est pas pertinent²³⁰.

184. 2° L'absence de *clauses insolites*. Les annexes ne peuvent pas contenir de clauses insolites, c'est-à-dire une clause qui est exclue de l'acceptation globale des conditions générales lorsque l'attention du locataire n'a pas été attirée spécialement sur elle (*élément de surprise*) et que celle-ci modifie essentiellement le caractère du contrat de bail (*élément de déséquilibre*)²³¹. Le caractère insolite disparaît dès que le bailleur a attiré de façon adéquate l'attention du locataire sur leur contenu²³².
185. 3° L'absence de *clauses abusives*. Il ne doit pas s'agir de clauses abusives au sens de l'art. 8 LCD. A notre avis, seuls les locataires étant des personnes physiques peuvent se prévaloir de cette disposition²³³.
186. Dans le cadre de cette contribution, on entend par *avenants* les modifications conventionnelles d'un bail préexistant²³⁴. Vu qu'il s'agit de modifications du contrat, celles-là doivent répondre aux mêmes exigences formelles que celui-ci.
187. Le contenu des annexes (p. ex. clause d'indexation ou d'échelonnement, réglementation des travaux du locataire) et des avenants au contrat (p. ex. modification conventionnelle du loyer) peut influencer les *revenus locatifs*.
188. Par conséquent, l'auteur de la *due diligence* doit s'assurer que le dossier relatif à chaque bail soit complet et vérifier que le contrat principal ainsi que les annexes et les avenants respectent les exigences formelles et matérielles assurant leur validité et leur efficacité.

3. Procès-verbal de remise des locaux

189. Au début du bail, il est d'usage que les parties procèdent à un constat des lieux qui est consigné dans un document appelé « *procès-verbal*

²³⁰ ATF 108 II 416, cons. 1b. Eg. CR-LACHAT, art. 253 CO N 22.

²³¹ CARRON, Droit de la consommation, N 86 ss ; ég. TERCIER/PICHONNAZ, N 880 ss.

²³² ATF 119 II 443, cons. 1a. Eg. CR-LACHAT, art. 267 CO N 6.

²³³ Dans ce sens BOHNET, Les clauses procédurales abusives, N 62 et les réf. citées ; CARRON, Droit de la consommation, N 146 et les réf. citées.

²³⁴ TERCIER/PICHONNAZ, N 216.

d'état des lieux d'entrée»²³⁵. Ce constat est obligatoire en Suisse romande (art. 3 al. 2 et 3 CCR).

190. Le *but* de ce document est double :
191. 1° Le *locataire* peut constater si l'appartement ou le local commercial est délivré dans un état approprié à l'usage pour lequel il a été loué (art. 256 al. 1 CO)²³⁶.
192. 2° Le *bailleur* peut justifier que les locaux ont été délivrés en bon état et en déduire que les éventuels défauts constatés à la sortie du locataire sont imputables à ce dernier²³⁷.
193. Ce document revêt *une importance particulière pour l'acquéreur* pour les motifs suivants. En fin de bail, il appartient au bailleur de prouver que la chose est affectée d'un défaut excédant l'usure normale²³⁸, que ce défaut n'existait pas à l'entrée du locataire et que l'avis des défauts a été donné à temps (art. 267a CO)²³⁹.
194. Si, faute d'état des lieux, le bailleur ne peut prouver le caractère anormal de l'usure de la chose louée et qu'il doit prendre en charge les frais de remise en état y relatifs, cela peut avoir des conséquences importantes sur les *revenus locatifs* d'un immeuble.
195. Par conséquent, l'auteur de la *due diligence* doit vérifier l'existence de ces procès-verbaux et la pertinence avec laquelle ceux-ci sont formulés.

4. Formule officielle

196. L'usage de la formule officielle est notamment obligatoire dans les situations suivantes²⁴⁰ :
197. 1° La notification d'une *augmentation de loyer* ou d'une autre prétention unilatérale du bailleur (art. 269d CO et 19 OBLF). Parmi

²³⁵ LACHAT, p. 203 N 1.1 ; selon l'art. 3 al. 3 CCR le procès-verbal doit être signé par les parties et fait partie intégrante du bail.

²³⁶ LACHAT, p. 203 N 1.3.

²³⁷ LACHAT, p. 204 N 1.3.

²³⁸ ZK-HIGI, art. 267 CO N 107 et 119 ss ; CR-LACHAT, art. 267 CO N 6.

²³⁹ CR-LACHAT, art. 267 CO N 6.

²⁴⁰ Pour une autre utilisation de la formule officielle, dans le cadre de loyers indexés, cf. N 87.

d'autres règles formelles²⁴¹, ces dispositions imposent l'utilisation de la formule officielle²⁴². Un formulaire privé comportant toutes les mentions requises par l'art. 19 al. 1 OBLF ne répond pas aux exigences de forme de l'art. 269d CO²⁴³. Toute prétention unilatérale du bailleur communiquée sans formule officielle est nulle ; le locataire peut invoquer la nullité en tout temps²⁴⁴.

198. 2° Les *congés* des baux d'habitations et de locaux commerciaux signifiés par le bailleur (art. 266l CO et 9 OBLF). Le congé doit être donné par écrit et notifié sur une formule officielle. Conformément à l'art. 266o CO, un congé donné ne satisfaisant pas à ces conditions est nul et peut être invoqué en tout temps²⁴⁵.
199. 3° La conclusion d'un *nouveau bail d'habitation*²⁴⁶ en cas de *pénurie de logement* (art. 270 al. 2 CO). Dans les cantons de Fribourg, Genève, Neuchâtel, Vaud, Nidwald, Zoug et, plus récemment, Zurich²⁴⁷, le bailleur doit notifier la formule officielle dans les trente jours suivant la remise de la chose²⁴⁸. Si le bailleur ne respecte pas ce délai, une fiction légale reconnaît l'absence de notification, de telle sorte que le locataire peut contester le loyer initial en tout temps, sous réserve de l'abus de droit²⁴⁹. En outre, la formule officielle doit comporter les mêmes informations qu'en cas de majoration unilatérale du loyer (art. 19 al. 3 OBLF)²⁵⁰. Si la formule n'est pas utilisée, ne contient pas les éléments prescrits ou n'est pas notifiée dans les trente jours suivant

²⁴¹ Le bailleur doit également indiquer les motifs de sa prétention (art. 19 al. 1 lit. a ch. 4 et lit. b ch. 3 OBLF) et que la notification doit avoir lieu pour l'échéance contractuelle moyennant le respect du préavis de résiliation, plus dix jours (art. 269d al. 1 CO).

²⁴² CR-LACHAT, art. 269d CO N 2.

²⁴³ ATF 121 III 214, cons. 3b, JdT 1996 I 38.

²⁴⁴ ATF 137 III 362, cons. 3.2.1, 3.2.2 et 3.2.3 ; ATF 123 III 70, cons. 3c et 3d, JdT 1998 I 8. Eg. CR-LACHAT, art. 269d CO N 12.

²⁴⁵ CR-LACHAT, art. 266o CO N 1 ; CPra Bail-MONTINI, art. 266l CO N 20.

²⁴⁶ L'emploi de la formule officielle à la conclusion des baux de locaux commerciaux, viole le principe de la force dérogatoire du droit fédéral (ATF 117 Ia 328, cons. 3).

²⁴⁷ CPra Bail-DIETSCHY, art. 270 CO N 80. Pour Zurich, LS 235.41, en vigueur depuis 1.11.2013.

²⁴⁸ CPra Bail-DIETSCHY, art. 270 CO N 80.

²⁴⁹ ATF 121 III 56, cons. 2c, DB 1995 N 24 ; Co Pra Bail-DIETSCHY, art. 270 CO N 54 et les réf. citées.

²⁵⁰ CR-LACHAT, art. 270 CO N 9.

la remise de la chose louée, le bail est frappé de nullité partielle, limitée au montant du loyer initial (art. 20 al. 2 CO)²⁵¹. Il appartient alors au juge de fixer le loyer admissible en appréciant toutes les circonstances du cas d'espèce (notamment les art. 269 et 269a CO), y compris sur le loyer du précédant locataire²⁵².

200. Vu les conséquences mentionnées ci-dessus, la non-utilisation ou l'usage vicié de la formule officielle peuvent affecter les *revenus locatifs* estimés par l'acquéreur de l'immeuble.
201. En outre, pour les immeubles situés dans les cantons concernés, la *due diligence* doit porter sur l'existence de la notification du loyer initial au moyen de la formule officielle. Un vice éventuel doit être signalé dans le rapport adressé à l'acquéreur.

H. Droits d'emption, de préemption ou de prélocation

202. Le rapport de due diligence doit identifier les éventuels *droits d'emption*²⁵³ ou de *préemption*²⁵⁴ en faveur du locataire intégrés dans le contrat de bail. Si le locataire exerce un tel droit avant ou lors de la transaction visant à acquérir l'immeuble locatif en question, cela va bien évidemment exercer une influence sur la conception de l'opération et sur la valorisation de l'immeuble.
203. Le rapport de due diligence doit également mentionner l'existence d'un *droit de prélocation* (« *Vormietrecht* ») à l'avantage du locataire. Conformément à ce droit, le locataire d'un objet a la faculté d'exiger de la part du bailleur la cession de l'usage de surfaces supplémentaires et non comprises dans le bail, lorsque le bailleur conclut avec un tiers un (nouveau) bail pour les surfaces supplémentaires. La rémunération concernant les surfaces supplémentaires peut être fixée d'avance (droit de prélocation limité) ou correspondre à celle arrêtée entre le bailleur et

²⁵¹ ATF 124 III 62, cons. 2a.

²⁵² ATF 124 III 62, cons. 2b. Eg. CR-LACHAT, art. 270 CO N 11.

²⁵³ Il s'agit d'une clause par laquelle le bailleur a promis au locataire de lui transférer la chose à un certain prix pour le cas où il déciderait d'en faire l'acquisition (cf. TERCIER/FAVRE/ZEN-RUFFINEN, N 1108).

²⁵⁴ Il s'agit d'une clause par laquelle le locataire a le droit de se porter acheteur de la chose louée au cas où le bailleur se déciderait à l'aliéner (cf. TERCIER/FAVRE/ZEN-RUFFINEN, N 1125).

le tiers (droit de prélocation illimité)²⁵⁵. De tels droits compliquent singulièrement la relocation des locaux ou, en cas de prélocation limitée, limitent l'application de conditions plus favorables pour le bailleur lors d'une relocation. Ils affectent en ce sens les *revenus locatifs* du bailleur.

204. Le rapport de *due diligence* doit rendre attentif l'acquéreur à l'existence de tels droits en faveur du locataire et aux modalités retenues par les parties pour leur exercice.

²⁵⁵ TF du 02.06.04, 4C.17/2004, cons. 6.2.

Bibliographie

BIANCHI DELLA PORTA MANUEL/SIMONA MATHIEU, Questions choisies en matière de due diligence immobilière, not@lex 2/2012 39 ss

BOHNET FRANÇOIS/MONTINI MARINO (éd.), Droit du bail à loyer, Commentaire pratique, Bâle 2010 (CPra Bail-AUTEUR)

BURKHALTER PETER/MARTINEZ-FAVRE EMMANUELLE, Commentaire SVIT du droit du bail à loyer, Lausanne 2011 (Co-SVIT)

CARRON BLAISE, Bail à loyer et bail à ferme : quelles différences ?, Sixième Conférence suisse des autorités de conciliation en matière de baux à loyer du 26 juin 2014, non publié (Bail à ferme)

CARRON BLAISE, La protection du consommateur dans la conclusion d'un contrat, in : CARRON BLAISE/MÜLLER CHRISTOPH (éd.), Droits de la consommation et de la distribution : les nouveaux défis, Neuchâtel 2013, p. 95 ss (Droit de la consommation)

CARRON BLAISE, Bail et travaux de construction : aménagement, entretien, rénovation et modification des locaux, in : 17^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2012, p. 45 ss (Travaux de construction)

COUCHEPIN GASPARD, La clause pénale : étude générale de l'institution et de quelques applications pratiques en droit de la construction, Thèse, Zurich/Bâle/Genève 2008

EICHENBERGER CHRISTIAN, Der Flächenbegriff im Mietrecht – La notion de surface dans le droit du bail, MRA 3/2013 3 ss

FAVRE PASCAL G., Le transfert conventionnel de contrat : analyse théorique et pratique, Thèse, Zurich/Bâle/Genève 2005

FIERZ KASPAR, Immobilienökonomie und Bewertung von Liegenschaften, 6^e éd., Zurich 2011

HIGI PETER, Zürcher Kommentar, Teilband V2b, Die Miete, 4 Lieferungen, Zurich 1994-1998 (ZK-HIGI)

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM P./WIEGAND WOLFGANG (éd.), Basler Kommentar Obligationenrecht I (Art. 1-529 OR), 5^e éd., Bâle 2011 (BSK-AUTEUR)

LACHAT DAVID, Le bail à loyer, 2^e éd., Lausanne 2008

Message du Conseil fédéral 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, FF 1985 I 1369 ss (Message 1985)

Message concernant la révision du Code civil suisse (Cédule hypothécaire de registre et autres modifications des droits réels) du 27 juin 2007, FF 2007 III.2 5015 ss (Message 2007)

OBERTSON XAVIER, Précis de droit suisse, Bâle 2012

PERMANN RICHARD, Kommentar zum Mietrecht, 2^e éd., Zurich 2007

SCHNYDER SIBYLLE, Double-net, Triple-net und andere besondere Regelungsformen von Unterhaltsverpflichtungen in Geschäftsmiet-verträgen, MRA 4/2010 147 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

THÉVENOZ LUC/WERRO FRANZ (éd.), Commentaire romand Code des obligations I, 2^e éd., Bâle 2012 (CR-AUTEUR)

URBACH SIMON/MOSKRIC ELISABETH, Die Zulässigkeit von Triple-net Mietverträgen im schweizerischen Mietrecht, PJA 8/2008 995 ss

WETTSTEIN CARMEN, Der indexierte Mietzins, MP 2003 49 ss

ZANETTI GIANNI F., Ausgewählte Aspekte der Rohbaumiete, MP 2/2011 89 ss

La réparation du préjudice subi par le locataire en cas de défaut de la chose louée

par

Laurent Bieri

Professeur à l'Université de Lausanne*

I. Introduction.....	60
II. Le champ d'application et la nature de la réglementation	60
III. La relation avec d'autres voies de droit.....	61
IV. Les conditions de la responsabilité.....	63
A. En général	63
B. Le préjudice.....	64
C. Le défaut.....	67
D. Le chef de responsabilité.....	69
E. Le lien de causalité	71
V. La fixation de l'indemnité	72
VI. La prescription	73
VII. Le préjudice subi par des tiers	74
Bibliographie.....	75

*

Je remercie MM. Pascal Martin et Antoine Refondini, assistants diplômés à l'Université de Lausanne, pour leurs précieux commentaires.

I. Introduction

1. Si la chose louée présente un défaut dont le bailleur répond, le locataire dispose de droits spécifiques (art. 259a-h) : le droit à la remise en l'état de la chose (art. 259b-c), le droit à la résiliation immédiate du contrat (art. 259b), le droit à la réduction du loyer (art. 259d), le droit à la prise en charge du procès contre un tiers (art. 259f CO) et le droit à la consignation du loyer (art. 259g-i CO)¹.
2. Par ailleurs, et c'est l'objet principal de cette contribution, l'art. 259e CO prévoit également que « si, en raison du défaut, le locataire subit un dommage, le bailleur lui doit des dommages-intérêts, s'il ne prouve qu'aucune faute ne lui est imputable ».

II. Le champ d'application et la nature de la réglementation

3. Le régime de responsabilité pour le préjudice consécutif au défaut prévu à l'art. 259e CO s'applique à tous les baux à loyer². Une application par analogie dans d'autres contextes n'est cependant pas exclue³.
4. Il ne s'agit toutefois que d'une reprise du régime général de la responsabilité contractuelle (art. 97 ss CO)⁴. L'art. 259e CO n'est donc pas une disposition qui déroge à l'art. 97 CO⁵.
5. Les parties au contrat peuvent déroger au régime de responsabilité prévu à l'art. 259e CO, sous réserve des règles générales limitant la liberté contractuelle⁶, et sous réserve de l'art. 256 al. 2 CO⁷.

¹ Les droits spécifiques peuvent se cumuler. La résiliation immédiate rend toutefois sans objet une demande de remise en l'état. Voir notamment ZK-HIGI, art. 259b CO N 13 ; LACHAT (Bail à loyer), p. 249 N 1.6.

² ZK-HIGI, art. 259e CO N 3.

³ Voir par exemple TF du 31.07.2012, 4A_222/2012, cons. 2.2 (bail à ferme non agricole).

⁴ CARRON/FÉROLLES, p. 108 ; ZK-HIGI, art. 259e CO N 5 ; KOLLER (Besonderer Teil), p. 3 N 11.

⁵ ZK-HIGI, art. 259e CO N 5.

⁶ Voir GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 611a ss, et les références citées.

⁷ CPra Bail-AUBERT, art. 259e CO N 2 ; ZK-HIGI, art. 259e CO N 3 ; KOLLER (Besonderer Teil), p. 213 N 129 ss ; LACHAT (Bail à loyer), p. 249 s. N 1.7.

6. L'art. 256 al. 2 CO pose deux restrictions⁸. Premièrement, s'agissant des baux d'habitation ou de locaux commerciaux (au sens de l'art. 253a CO), il n'est pas possible de déroger à ce régime de responsabilité en défaveur du locataire (art. 256 al. 2 let. b CO). Deuxièmement, s'agissant des autres baux à loyer, il n'est pas possible de déroger à ce régime en défaveur du locataire dans des conditions générales (art. 256 al. 2 let. a CO).

III. La relation avec d'autres voies de droit

7. Lorsque la chose louée est affectée d'un défaut, le locataire peut envisager d'autres voies de droit. On mentionnera en particulier les trois voies suivantes⁹.
8. Premièrement, si la chose louée est affectée d'un défaut au moment de la conclusion du contrat, le locataire peut envisager d'invoquer les règles sur les vices du consentement (art. 23 ss CO)¹⁰. On pense par exemple aux cas dans lesquels la surface des locaux ne correspond pas à la surface promise¹¹. On admet alors que le locataire peut choisir s'il se prévaut des règles sur les vices du consentement ou des règles sur la garantie en raison des défauts¹². Si le locataire invoque un vice du consentement, une nullité partielle du contrat est envisageable (art. 20 al. 2 CO par analogie)¹³, ce qui peut permettre au locataire d'obtenir une baisse de loyer¹⁴.
9. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, si le locataire invoque la garantie en raison des défauts, il ratifie le contrat, ce qui le prive de la possibilité de se prévaloir ultérieurement d'un vice du consentement¹⁵.

⁸ Sur l'art. 256 al. 2 CO, voir CPra Bail-MONTINI/BOUVERAT, art. 256 CO N 56 ss.

⁹ Pour plus de détails, voir notamment CPra Bail-AUBERT, art. 259a CO N 7 ss et art. 259e CO N 39 ss ; LACHAT (Bail à loyer), p. 245 ss ; BSK-WEBER, art. 259e CO N 2 ss, qui évoquent également les dispositions sur les droits de voisinage (art. 679 et 684 CC) et sur la protection de la possession (art. 926 à 929 CC).

¹⁰ Voir notamment LACHAT (Bail à loyer), p. 245 N 1.2.1.

¹¹ Voir notamment ATF 135 III 537, cons. 2.2 ; TF du 07.02.2008, 4A_408/2007, cons. 3.3 ; ATF 113 II 25, cons. 1 ; CPra Bail-AUBERT, art. 258 N 38.

¹² LACHAT (Bail à loyer), p. 245 N 1.2.1.

¹³ Voir par exemple TERCIER/PICHONNAZ, N 774.

¹⁴ ATF 135 III 537, cons. 2.2.

¹⁵ TF du 02.12.2011, 4A_483/2011, cons. 2.1 ; TF du 07.02.2003, 4C.32/2002, cons. 3.1 ;

Le locataire ne peut donc pas conclure, principalement, à des droits tirés de la garantie en raison des défauts, et subsidiairement, au refus de ratification du contrat en raison d'un vice du consentement¹⁶.

10. Cette jurisprudence n'est pas convaincante¹⁷ : il paraît en effet difficile d'admettre que l'invocation d'un droit tiré de la garantie en raison des défauts puisse être interprétée, selon le principe de la confiance, comme signifiant que le locataire souhaite ratifier le contrat¹⁸.
11. Il faut bien sûr réserver le cas très improbable dans lequel il est possible d'établir que le locataire, lorsqu'il a invoqué un droit tiré de la garantie en raison des défauts, avait réellement la volonté de ratifier le contrat, et que le bailleur avait correctement compris cette volonté ; le principe de la confiance ne s'applique alors pas, puisque les parties se sont correctement comprises, et le contrat est ratifié¹⁹.
12. Deuxièmement, si la chose louée est affectée d'un défaut grave au moment de la livraison, le locataire peut refuser cette livraison et se prévaloir des règles sur la demeure du débiteur (art. 258 al. 1 CO)²⁰. Si, malgré un tel défaut, le locataire accepte la chose et réclame l'exécution parfaite du contrat, il ne peut plus se prévaloir des règles sur la demeure, mais peut se prévaloir des règles sur la garantie en raison des

TF du 14.12.2001, 5P.360/2001, cons. 4 ; TF du 20.06.2001, 4C.43/2001, cons. 3 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 907a. Moins clair : TF du 22.06.2010, 4A_173/2010, cons. 3.2, DB 2011 N 3, avec note de PIERRE WESSNER. Voir également, s'agissant du contrat de vente, ATF 127 III 83, cons. 1b.

¹⁶ Voir par exemple la note de PIERRE WESSNER in : DB 2011 N 3, et les références citées, et WEBER, art. 258 CO N 9. Sur le contrat de vente, voir TERCIER/FAVRE/ZEN-RUFFINEN, N 713.

¹⁷ Voir en particulier les critiques de GAUCH (Sachgewährleistung), p. 184 ss et KRAMER (Commentaire), p. 1454 ss. Voir également GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 907a, et les références citées. Pour une critique focalisée sur le droit du bail, voir WEBER, art. 258 CO N 9.

¹⁸ Voir notamment GAUCH (Sachgewährleistung), p. 186 ss et KRAMER (Commentaire), p. 1456.

¹⁹ Voir GAUCH (Sachgewährleistung), p. 190, qui relève à raison qu'il ne s'agit que d'une application des règles générales sur l'interprétation des manifestations de volonté.

²⁰ Voir en particulier GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 2655 ss ; ZK-HIGI, art. 258 CO N 61 ss ; KOLLER (Besonderer Teil), p. 198 ss N 75 ss.

défauts (art. 258 al. 2 CO)²¹. La chose est considérée comme acceptée si le locataire ne la refuse pas immédiatement²².

13. Troisièmement, si la chose louée est affectée d'un défaut, le locataire peut bien sûr envisager de se prévaloir des règles sur la responsabilité civile extracontractuelle²³. Selon les circonstances, le locataire se fondera sur l'art. 41 CO ou sur des dispositions spéciales, notamment l'art. 58 CO²⁴. Il y a concours entre la responsabilité fondée sur l'art. 259e CO et la responsabilité fondée sur l'art. 41 CO, ou sur l'art. 58 CO²⁵.

IV. Les conditions de la responsabilité

A. En général

14. Une responsabilité fondée sur l'art. 259e CO suppose réunies les quatre conditions suivantes :
- un préjudice ;
 - un défaut ;
 - un chef de responsabilité ;
 - un lien de causalité entre le défaut et le préjudice.
15. Trois précisions avant d'examiner ces conditions. Premièrement, les conditions de la responsabilité sont les mêmes, quels que soient les droits spécifiques exercés²⁶.

²¹ ZK-HIGI, art. 258 CO N 80.

²² ZK-HIGI, art. 258 CO N 60 ; TERCIER/FAVRE/BUGNON, N 2120.

²³ Voir par exemple LACHAT (Bail à loyer), p. 246 ss.

²⁴ Voir par exemple TF du 22.06.2010, 4A_173/2010, cons. 6. Pour plus de détails, voir CPra Bail-AUBERT, art. 259e CO N 39 ss ; LACHAT (Bail à loyer), p. 246 ss.

²⁵ Voir LACHAT (Bail à loyer), p. 246. Plus généralement, sur la relation entre la responsabilité civile extracontractuelle et la responsabilité contractuelle, voir WERRO (Responsabilité civile), N 1572 ss, et les références citées.

²⁶ Voir CARRON/FÉROLLES, p. 108. A mon avis, l'exercice de droits spécifiques par le locataire n'est pas une condition de la responsabilité du bailleur pour le préjudice consécutif au défaut. Voir, s'agissant toutefois du contrat d'entreprise, TF du 20.02.2004, 4C.297/2003, cons. 2.1.

16. Deuxièmement, un avis des défauts par le locataire n'est pas une condition de la responsabilité du bailleur²⁷. Le silence du locataire risque toutefois d'être considéré comme une renonciation tacite à se prévaloir des défauts²⁸. Le silence du locataire peut également engager sa propre responsabilité (art. 257g CO)²⁹. Par ailleurs, le silence du locataire peut avoir pour conséquence de réduire, voire de supprimer, la faute du bailleur³⁰.
17. Troisièmement, il me paraît important de souligner d'emblée que pour déterminer si les conditions de la responsabilité sont réunies, d'inévitables jugements de valeur sont nécessaires³¹.

B. Le préjudice

18. Selon l'art. 259e CO, le locataire doit établir avoir subi un dommage. En vertu de l'art. 99 al. 3 CO, en relation avec les art. 47 et 49 CO, il faut admettre que la loi vise également le tort moral en cas d'atteinte à la personnalité du locataire, pour autant que l'atteinte soit suffisamment grave³².
19. Le dommage se définit traditionnellement comme une diminution involontaire du patrimoine de la victime, en l'occurrence le locataire³³. Il s'agit de la différence entre le montant actuel du patrimoine de la victime et le montant que ce même patrimoine aurait si l'événement dommageable ne s'était pas produit³⁴. Quant au tort moral, il se définit

²⁷ ZK-HIGI, art. 259e CO N 7 ; LACHAT (Bail à loyer), p. 233 N 1.9 ; TERCIER/FAVRE/BUGNON, N 2107.

²⁸ TERCIER/FAVRE/BUGNON, N 2109.

²⁹ TERCIER/FAVRE/BUGNON, N 2109 ; CARRON/FÉROLLES, p. 122.

³⁰ ZK-HIGI, art. 259e CO N 7. Pour plus de détails sur les conséquences du silence du locataire, voir en particulier LACHAT (Bail à loyer), p. 233 ss N 1.9.

³¹ Voir par exemple MÜLLER (Responsabilité civile), N 73.

³² Voir CPra Bail-AUBERT, art. 259e N 8 ; ZK-HIGI, art. 259e CO N 12. Sur le tort moral en cas de violation d'un contrat, voir en particulier WERRO (Tort moral) et SCHMID (Genugtuung).

³³ Voir par exemple ATF 133 III 462, cons. 4.4.2 ; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 2848 ; WERRO (Responsabilité civile), N 42.

³⁴ Voir ATF 133 III 462, cons. 4.4.2 ; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 2848. Afin de déterminer cette différence, il faut tenir compte d'éventuels avantages patrimoniaux dont le locataire pourrait bénéficier, par exemple une réduction de loyer. Sur l'imputation des avantages, voir LACHAT (Bail à loyer), p. 264 N 4.4 ; WERRO

comme une diminution involontaire du bien-être que subit la victime en raison d'une atteinte à ses droits de la personnalité³⁵.

20. Savoir s'il existe un dommage n'est pas toujours simple car la notion même de patrimoine est incertaine³⁶. Le patrimoine est en effet traditionnellement défini comme l'ensemble des biens d'une personne qui peuvent avoir une valeur économique³⁷. Mais il n'est pas toujours clair de savoir si un bien peut avoir une valeur économique.
21. Par ailleurs, le Tribunal fédéral a parfois affirmé qu'un dommage pouvait exister même en l'absence d'une diminution du patrimoine³⁸, ce qu'on appelle un dommage normatif³⁹. Le Tribunal fédéral a ainsi en particulier admis que la personne qui ne peut plus s'occuper de son ménage subit un dommage même si son patrimoine n'a pas diminué⁴⁰. Il me semblerait plus simple d'admettre que la travail ménager a une valeur économique, et que par conséquent on a bien affaire à une diminution du patrimoine⁴¹.
22. Quoi qu'il en soit, et indépendamment de la terminologie retenue, il est clair que des jugements de valeur sont nécessaires pour déterminer si l'on a affaire à un dommage dans un cas particulier, ou éventuellement à un tort moral⁴².
23. Sont notamment des dommages : la perte de bénéfice due à l'impossibilité d'utiliser des locaux commerciaux⁴³, les frais médicaux

(Responsabilité civile), N 995 ss.

³⁵ Voir par exemple WERRO (Tort moral), p. 57.

³⁶ Voir notamment GAUCH (Grundbegriffe), p. 226.

³⁷ Voir par exemple WERRO (Responsabilité civile), N 45, et les références citées.

³⁸ Voir 134 III 534, cons. 3.2.3.1 ; ATF 127 III 403, cons. 4b ; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 2852.

³⁹ Voir GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 2852 ss.

⁴⁰ Voir ATF 134 III 534, cons. 3.2.3.1.

⁴¹ Voir également CHAPPUIS, p. 195 ; WERRO (Responsabilité civile), N 68. Le Tribunal fédéral a d'ailleurs admis qu'il y a perte d'une valeur économique dans une telle situation. Voir par exemple ATF 132 III 321, cons. 3.1 (« der wirtschaftliche Wertverlust »). Sur l'aide gratuite apportée par des proches de la victime, voir CHAPPUIS, p. 195.

⁴² Voir par exemple GAUCH (Grundbegriffe), p. 226 ; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 2853 ; MÜLLER (Responsabilité civile), N 83. Sur les difficultés à définir ce qu'est un dommage, voir en particulier CHAPPUIS, p. 165 ss.

⁴³ Voir TF du 10.01.2005, 4C.334/2004, cons. 2 ; LACHAT (Bail à loyer), p. 263 N 4.2.

et d'hospitalisation⁴⁴, les frais d'hôtel, si le locataire doit provisoirement quitter les lieux⁴⁵, et la perte des revenus d'une sous-location autorisée⁴⁶.

24. Ne sont en revanche pas des dommages : les désagréments causés par la perte de l'usage d'un logement⁴⁷, les souffrances causées par la destruction d'une chose ayant une valeur affective⁴⁸, ou le déplaisir causé par des bruits de chantier qui gâchent les vacances⁴⁹. Une indemnité pour tort moral n'est toutefois pas exclue dans ces hypothèses, si l'atteinte aux droits de la personnalité du locataire est suffisamment grave⁵⁰.
25. S'agissant des vacances gâchées, on précisera qu'une indemnité devrait être admise plus facilement sur la base de la loi fédérale sur les voyages à forfait que sur la base des règles générales ou sur la base de l'art. 259e CO⁵¹. S'agissant de la loi fédérale sur les voyages à forfait, qui a été adoptée en vue d'harmoniser le droit suisse avec le droit de l'Union européenne, il se justifie en effet de reprendre la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, qui admet plus facilement l'octroi d'une indemnité, que selon les règles générales du droit suisse⁵².

⁴⁴ Voir LACHAT (Bail à loyer), p. 263 N 4.2.

⁴⁵ Voir LACHAT (Bail à loyer), p. 263 N 4.2.

⁴⁶ LACHAT (Bail à loyer), p. 263 N 4.2. Sur les frais d'avocats, voir en particulier ATF 139 III 190, cons. 4.4, DB 2013 N 4, avec note de PATRICIA DIETSCHY MARTENET.

⁴⁷ Voir TF du 02.02.1999, 4C.169/1998, cons. 4, DB 2000 N 12, avec note de PIERRE WESSNER. Voir également LACHAT (Bail à loyer), p. 264, N 4.2. Voir également WERRO (Tort moral), p. 68, qui estime qu'une même affaire devrait être jugée différemment aujourd'hui.

⁴⁸ ATF 87 II 290, cons. 4. Voir également WERRO (Tort moral), p. 58, et les références citées. L'attachement partagé par d'autres personnes peut toutefois faire acquérir à la chose une valeur patrimoniale. Voir par exemple WERRO (Tort moral), p. 58.

⁴⁹ Voir TF, DB 1997 N 1, avec note de PIERRE WESSNER ; ATF 115 II 474, cons. 3 ; CPra Bail-AUBERT, art. 259e CO N 10 ; MÜLLER (Responsabilité civile), N 78.

⁵⁰ Voir par exemple TF du 02.02.1999, 4C.169/1998, cons. 4, DB 2000 N 12, avec note de PIERRE WESSNER ; ATF 87 II 290, cons. 4.

⁵¹ Voir notamment MÜLLER (Responsabilité civile), N 78.

⁵² Voir CJUE du 12.3.2002, C-168/00, Simone Leitner c. TUI Deutschland ; MÜLLER (Responsabilité civile), N 78. Pour WERRO (Tort moral), p. 61 ss, l'approche suivie par la Cour de justice devrait être généralisée à l'ensemble du droit suisse. Sur l'influence du droit de l'Union européenne pour interpréter le droit suisse, voir notamment ATF 137 III 226, cons 2.2 ; ATF 129 III 335, cons. 6 ; BIERI (Directives

C. Le défaut

26. Il y a défaut lorsque la chose ne présente pas une qualité que le bailleur avait promise ou lorsqu'elle ne présente pas une qualité sur laquelle le locataire pouvait légitimement compter en se référant à l'état approprié à l'usage pour lequel elle a été louée⁵³.
27. Pour déterminer s'il y a un défaut, il faut donc comparer l'état réel de la chose avec l'état qui devrait exister selon le contrat⁵⁴. Par exemple, si le contrat interdit l'usage d'un fourneau, le fait que celui-ci ne fonctionne pas ne pourra pas être considéré comme un défaut de la chose louée⁵⁵.
28. Les règles usuelles d'interprétation des contrats s'appliquent pour déterminer ce que les parties ont convenu⁵⁶. Si le tribunal ne parvient pas à déterminer la volonté réelle des parties, il doit se fonder sur la volonté supposée de celles-ci en fonction de l'ensemble des circonstances⁵⁷. Sauf promesse spéciale, il est admis que le bailleur ne garantit pas l'immutabilité des circonstances environnantes⁵⁸. Si le tribunal ne parvient pas à déterminer ce que les parties ont convenu, il doit compléter le contrat selon les règles usuelles.
29. La notion de défaut a donc un caractère relatif : l'absence d'une même qualité pourra apparaître comme un défaut dans certains cas, et pas dans d'autres⁵⁹.

communautaires), p. 708 ss.

⁵³ ATF 135 III 345, cons. 3.2. Sur la notion de défaut, voir aussi TERCIER/FAVRE/BUGNON, N 2096 ; ZK-HIGI, art. 258 CO N 27 ss. L'usage pour lequel la chose est louée peut être convenu par les parties ou résulter d'un complètement judiciaire du contrat. Sur ce point, voir GAUCH (Mängelhaftung), p. 191. La validité d'une convention prévoyant que le bailleur n'a pas à livrer ou maintenir la chose dans un état approprié à l'usage pour lequel elle a été louée doit être examinée sur la base des règles générales sur la liberté contractuelle et sur la base de l'art. 256 al. 2 CO. Sur ce point, voir GAUCH (Mängelhaftung), p. 194.

⁵⁴ Voir LACHAT (Bail à loyer), p. 216 N 1.1 ; TERCIER/FAVRE/BUGNON, N 2098.

⁵⁵ Voir RJN 2011 p. 141, cons. 3.

⁵⁶ TERCIER/FAVRE/BUGNON, N 2098. Sur l'interprétation des contrats, voir en particulier GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1196 ss.

⁵⁷ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1200 s.

⁵⁸ ATF 135 III 345, cons. 3.3.

⁵⁹ TERCIER/FAVRE/BUGNON, N 2098.

30. Le défaut peut être corporel, par exemple le manque d'étanchéité du toit⁶⁰ ou le dysfonctionnement du système de climatisation⁶¹, mais il peut également être incorporel, par exemple une perte de réputation de l'immeuble⁶² ou un chiffre d'affaires ne correspondant pas aux promesses du bailleur⁶³.
31. L'usure normale peut constituer un défaut à condition qu'elle dépasse un certain degré et puisse être assimilée à un manque d'entretien du bailleur⁶⁴.
32. Le comportement d'autres locataires⁶⁵ ou de tiers⁶⁶ peut constituer un défaut. Il en va de même s'agissant du comportement du bailleur, pour autant qu'il y ait un lien avec la chose louée⁶⁷ : le refus du bailleur de collaborer à la délivrance d'autorisations administratives nécessaires à l'exploitation des locaux a ainsi été considéré comme un défaut⁶⁸, mais pas l'atteinte à l'intégrité sexuelle du fils du locataire par le bailleur⁶⁹.
33. Enfin, il va de soi qu'il ne doit pas s'agir d'un défaut dont répond le locataire (art. 259 CO ; art. 259a CO)⁷⁰, étant précisé que le locataire répond de ses auxiliaires, notamment ses invités ou ses sous-locataires (art. 101 CO ; art. 262 al. 3 CO)⁷¹. Il ne doit pas non plus s'agir d'un défaut qui a été accepté expressément ou tacitement par le locataire⁷².

⁶⁰ Voir TF du 23.02.2011, 4A_628/2010, cons. 3.1.

⁶¹ Voir ATF 130 III 504, cons. 3.

⁶² Voir TF du 25.01.2011, 4A_490/2010, cons. 2.

⁶³ Voir par exemple RSJ 1960 p. 89 N 30 ; CPra Bail-AUBERT, art. 258 CO N 28 ; LACHAT (Bail à loyer), p. 222 N 1.8.

⁶⁴ Voir RJN 1994 p. 51 ss, cons. 3 ; CPra Bail-AUBERT, art. 258 CO N 28 ; KOLLER (Besonderer Teil), p. 198 N 72 ; LACHAT (Bail à loyer), p. 223 N 2.2.

⁶⁵ TF du 26.11.2001, 4C.270/2001, cons. 3dd. Voir CPra Bail-AUBERT, art. 258 CO N 30.

⁶⁶ TF du 16.08.2005, 5C.117/2005, cons. 2.3. Voir CPra Bail-AUBERT, art. 258 CO N 35.

⁶⁷ Voir CPra Bail-AUBERT, art. 258 CO N 31.

⁶⁸ TC VD, CdB 2006 26. Voir CPra Bail-AUBERT, art. 258 CO N 31 ; LACHAT (Bail à loyer), p. 222 N 1.8.

⁶⁹ RSJ 1999 p. 53 s. Une résiliation pour justes motifs devrait être admise (art. 266g CO). Voir CPra Bail-AUBERT, art. 258 CO N 31.

⁷⁰ ZK-HIGI, art. 259e CO N 9 ; LACHAT (Bail à loyer), p. 263 N 4.2 ; TERCIER/FAVRE/BUGNON, N 2103.

⁷¹ Voir KOLLER (Besonderer Teil), p. 198 N 72.

⁷² CARRON/FÉROLLES, p. 117 ; TERCIER/FAVRE/BUGNON, N 2105.

D. Le chef de responsabilité

34. La responsabilité du bailleur pour le préjudice consécutif au défaut suppose également un chef de responsabilité. Il peut s'agir d'une faute, mais il peut également s'agir d'une responsabilité sans faute, en particulier une responsabilité pour les auxiliaires⁷³.
35. La faute est traditionnellement définie comme le fait, pour une personne capable de discernement, en l'occurrence le bailleur, de ne pas agir de manière aussi diligente que l'aurait fait une personne raisonnable placée dans les mêmes circonstances⁷⁴.
36. Cette définition pose problème car elle ne précise pas comment un bailleur raisonnable aurait agi dans les mêmes circonstances ; elle ne permet donc pas de déterminer si une faute a été commise dans un cas concret⁷⁵.
37. Il appartient finalement aux tribunaux d'apprécier de cas en cas si le bailleur a pris suffisamment de précautions. A cet égard, le Tribunal fédéral semble accorder de l'importance aux coûts des précautions, à l'effet des précautions sur la probabilité de survenance d'un préjudice et à l'importance du préjudice éventuel⁷⁶.
38. Le bailleur commet par exemple une faute s'il ne donne pas suite à une requête justifiée de remise en l'état de la chose louée⁷⁷. En revanche, on ne peut pas reprocher au bailleur de ne pas prendre des précautions visant à protéger des locaux situés en sous-sol contre une inondation due à des pluies tout à fait exceptionnelles⁷⁸.

⁷³ Voir notamment CPra Bail-AUBERT, art. 259e CO N 14 ss ; ZK-HIGI, N 16 ss.

⁷⁴ Voir GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 2985 ss, qui renvoient notamment à la définition mentionnée à l'art. 321e CO.

⁷⁵ Voir BIERI (Règle de Hand), p. 289 ss, et les références citées. Voir également KRAMER (Methodenlehre), p. 256.

⁷⁶ Voir par exemple ATF 130 III 193, cons. 2.5 ; ATF 126 III 113, cons. 2b. Il s'agit des mêmes éléments que ceux avancés par le juge LEARNED HAND dans la fameuse décision *United States v. Carroll Towing Co.* 159 F.2d 169/173 (2d Cir. 1947). Voir en outre BIERI (Règle de Hand), p. 289 ss.

⁷⁷ Voir par exemple LACHAT (Bail à loyer), p. 265 N 4.5.

⁷⁸ Voir TF du 22.06.2010, 4A_173/2010, cons. 5.3, DB 2011 N 3 avec note de PIERRE WESSNER. Pour d'autres exemples, voir CPra Bail-AUBERT, art. 259e CO N 17 ss ; LACHAT (Bail à loyer), p. 265 N 4.5, et les références citées.

39. Il est parfois affirmé que le bailleur ne peut pas être jugé fautif s'il ignore l'existence du défaut⁷⁹. A mon avis, cette affirmation doit être nuancée. Il ne me paraît en effet pas exclu d'admettre dans certains cas, notamment en cas de défaut initial, que le fait de ne pas connaître le défaut est en soi une faute⁸⁰. Dans les autres cas, qui sont certainement les plus fréquents, il est décisif que le locataire signale l'existence du défaut⁸¹.
40. Enfin, selon l'art. 259e CO, il appartient au bailleur de prouver « qu'aucune faute ne lui est imputable »⁸². En d'autres termes, le bailleur supporte l'échec de la preuve de l'absence de faute.
41. Comme déjà mentionné, la responsabilité du bailleur peut être engagée même s'il n'a pas commis de faute, en particulier en cas de responsabilité pour un auxiliaire⁸³; le bailleur répond en effet du préjudice causé par un auxiliaire dans l'accomplissement de son travail (art. 101 CO).
42. Il faut entendre par auxiliaire toute personne à qui le bailleur confie le soin d'exécuter une obligation découlant du contrat⁸⁴. On pense par exemple au concierge ou au gérant de l'immeuble⁸⁵. Dans un rapport de sous-location, le bailleur principal est l'auxiliaire du locataire principal⁸⁶.
43. Le bailleur ne peut pas se libérer de sa responsabilité en faisant valoir que l'auxiliaire n'a pas commis de faute⁸⁷. Il ne peut pas non plus se

⁷⁹ Voir par exemple RFJ 2006 p. 161, cons. 3a ; LACHAT (Bail à loyer), p. 264 N 4.5.

⁸⁰ Voir ZK-HIGI, art. 259e CO N 7 (« kann »). S'agissant de la garantie en raison des défauts du vendeur, voir TF du 26.09.2010, 4A_472/2010, cons. 3.2 (« ou aurait dû connaître l'existence du défaut »).

⁸¹ Voir LACHAT (Bail à loyer), p. 264 N 4.5.

⁸² Voir par exemple TF du 22.06.2010, 4A_173/2010, cons. 5.3.

⁸³ Voir par exemple ZK-HIGI, art. 259e CO N 18. Une responsabilité du bailleur incapable de discernement est également envisageable (art. 54 CO en relation avec l'art. 99 al. 3 CO). Voir notamment GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 3006 s.

⁸⁴ GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 3018.

⁸⁵ Voir CPra Bail-AUBERT, art. 259e CO N 24 ; LACHAT (Bail à loyer), p. 265 N 4.5.

⁸⁶ ATF 119 II 337, cons. 3 ; LACHAT (Bail à loyer), p. 577 N 2.3.8 ; TERCIER/FAVRE/BUGNON, N 2235. Voir toutefois ZK-HIGI, art. 259e CO N 19.

⁸⁷ Voir par exemple GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 3040.

libérer en faisant valoir qu'il a bien choisi, bien instruit et bien surveillé l'auxiliaire⁸⁸.

44. Le bailleur ne peut se libérer de sa responsabilité que s'il prouve que, s'il avait lui-même agi comme l'auxiliaire, on ne pourrait pas lui reprocher une faute⁸⁹. Le bailleur doit toutefois se laisser imputer les compétences de l'auxiliaire, si celui-ci a des compétences plus étendues que les siennes⁹⁰.

E. Le lien de causalité

45. Pour que la responsabilité du bailleur soit engagée, il faut enfin qu'il existe un lien de causalité naturelle et adéquate entre le défaut dont répond le bailleur et le préjudice subi par le locataire⁹¹.
46. Il existe un lien de causalité naturelle si le défaut est une condition nécessaire de la survenance du préjudice⁹². Ainsi, les frais de déménagement du locataire ne sont pris en considération que si le déménagement est la conséquence du défaut⁹³. Il est en revanche généralement admis que le bailleur ne peut pas se prévaloir du fait que le locataire aurait de toute façon déménagé un jour⁹⁴.
47. Il existe un lien de causalité adéquate si le défaut était propre, selon le cours ordinaire des choses et l'expérience générale de la vie, à entraîner un préjudice du genre de celui qui s'est produit⁹⁵. La formule renvoie dans une très large mesure au pouvoir d'appréciation des tribunaux⁹⁶.

⁸⁸ Voir par exemple GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 3041.

⁸⁹ GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 3042 et 3047.

⁹⁰ ATF 130 III 591, cons. 5.5.4. D'un autre avis, notamment GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 3044.

⁹¹ Voir notamment CPra Bail-AUBERT, art. 259e CO N 12 s. ; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 2945 ss ; ZK-HiG, art. 259e CO N 16.

⁹² GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 2947, et les références citées.

⁹³ Voir ATF 39 II 463, cons. 2.

⁹⁴ Voir notamment LACHAT (Bail à loyer), p. 263 N 4.2, et les références citées. Sur le problème de la causalité hypothétique, voir GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 2953, et les références citées, en particulier l'ATF 115 II 440.

⁹⁵ GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 2949, et les références citées. Pour des analyses récentes de la causalité en matière de responsabilité contractuelle, voir PICHONNAZ, p. 33 ss et SCHMID (Voraussehbarkeit), p. 663 ss.

⁹⁶ Voir par exemple GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 2948 s. ; WERRO (Responsabilité

Le fait que le locataire n'a pas signalé l'existence du défaut peut entraîner une rupture du lien de causalité adéquate⁹⁷.

V. La fixation de l'indemnité

48. Si les conditions de la responsabilité sont remplies, le bailleur doit réparer le préjudice subi par le locataire. Le mode et l'étendue de la réparation sont fixés selon les règles générales (art. 42 ss CO par renvoi de l'art. 99 al. 3 CO)⁹⁸.
49. Le tribunal prendra en considération l'ensemble des circonstances (art. 43 al. 1 CO)⁹⁹. Il pourra par exemple tenir compte de la légèreté de la faute du bailleur¹⁰⁰. Il tiendra compte d'une éventuelle faute du locataire ainsi que de l'incombance de celui-ci de minimiser son préjudice¹⁰¹. Il tiendra également compte du comportement des auxiliaires du locataire. Des jugements de valeur sont à nouveau inévitables¹⁰².
50. Un intérêt compensatoire est dû dès la survenance du préjudice¹⁰³. Le taux d'intérêt correspond au taux nécessaire pour replacer la victime dans la même situation que si elle avait été indemnisée le jour de la survenance du préjudice ; il existe une présomption réfragable que ce taux se monte à 5%¹⁰⁴.

civile), N 235.

⁹⁷ ZK-HIGI, art. 259e CO N 7.

⁹⁸ CPra Bail-AUBERT, art. 259e CO N 26 ; ZK-HIGI, art. 259e CO N 24. Sur les règles générales, voir en particulier GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 2905 ss, et les références citées.

⁹⁹ GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 2908 ss.

¹⁰⁰ Voir WERRO (Responsabilité civile), N 1193 ss ; CARRON/FÉROLLES, p. 129.

¹⁰¹ GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 2915 ss ; LACHAT (Bail à loyer), p. 264 N 4.4.

¹⁰² Sur la compensation de la créance en dommages-intérêts avec le loyer, voir CR-AUBERT, art. 259e CO N 29 ; LACHAT (Bail à loyer), p. 265 N 4.7 ; TERCIER/FAVRE/BUGNON, N 2156.

¹⁰³ Voir ATF 130 III 591, cons. 4 ; CARRON/FÉROLLES, p. 129 s. ; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 2910 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 1117.

¹⁰⁴ Voir ATF 131 III 12, cons. 9.4 ; ATF 122 III 53, cons. 4b ; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 2910 ; KOLLER (Allgemeiner Teil), p. 887 N 52 ; MÜLLER (Responsabilité civile), N 556 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 1117. Se référant à l'art. 73 al. 1 CO, certains auteurs soutiennent que ce taux d'intérêt devrait toujours se monter à 5%. Voir par exemple CARRON/FÉROLLES, p. 130, et les références citées. Sur la relation

VI. La prescription

51. La responsabilité fondée sur l'art. 259e CO est une responsabilité soumise au délai de prescription de 10 ans de l'art. 127 CO¹⁰⁵. Ce délai s'applique aussi à une éventuelle indemnité pour tort moral fondée sur l'art. 259e CO¹⁰⁶.
52. Il existe une certaine incertitude quant au point de départ de ce délai. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, approuvée par une partie de la doctrine, le délai commence à courir au moment de la violation du contrat¹⁰⁷. Cette jurisprudence est toutefois critiquée par plusieurs auteurs, qui estiment que le point de départ du délai devrait être le moment de la survenance du préjudice¹⁰⁸, voire le moment de la connaissance de la survenance du préjudice par le partenaire contractuel, en l'occurrence le locataire¹⁰⁹.
53. Au moment d'écrire ces lignes, cette controverse classique vient de connaître un développement important – dont les conséquences ne sont pas encore totalement claires –, puisque la Cour européenne des droits de l'homme a récemment condamné la Suisse, estimant que sa pratique en matière de prescription violait l'art. 6 de la Convention européenne des droits de l'homme¹¹⁰. Il serait souhaitable que le législateur profite de la révision en cours du droit de la prescription pour régler le problème.

entre l'intérêt compensatoire et l'intérêt moratoire, voir ATF 131 III 12, cons. 9 ; ATF 130 III 591, cons. 3.

¹⁰⁵ ZK-HIGI, art. 259e CO N 23 ; CARRON/FÉROLLES, p. 122.

¹⁰⁶ Voir ATF 137 III 16, cons. 2.2 ; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 3290.

¹⁰⁷ Voir en particulier ATF 137 III 16, cons. 2.3 ; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 3322. Voir cependant ATF 130 III 597, cons. 3.1.

¹⁰⁸ Voir CR-PICHONNAZ, art. 130 CO N 5j, et les références citées. Apparemment du même avis CPra Bail-AUBERT, art. 259e CO N 38 (« à compter de la survenance du dommage ») ; ZK-HIGI, art. 259e CO N 3 (« ab ihrer Entstehung ») ; LACHAT (Bail à loyer), p. 265 N 4.7 (« dès la survenance du préjudice »). Pour le Tribunal fédéral, une telle approche viderait de son sens l'institution de la prescription (ATF 137 III 16, cons. 2.4.1).

¹⁰⁹ Voir par exemple SCHMID (Genugtuung), p. 657.

¹¹⁰ Arrêt Howald Moor et autres contre Suisse du 11 mars 2014. L'arrêt relève toutefois « les circonstances exceptionnelles de la présente espèce » (paragraphe 79). Sur cet arrêt, voir KRAUSKOPF et MÜLLER (Verjährung).

VII. Le préjudice subi par des tiers

54. Les tiers qui subissent un préjudice consécutif à un défaut de la chose louée ne peuvent en principe obtenir réparation que sur la base des règles sur la responsabilité civile extracontractuelle, voire sur la base des règles sur la responsabilité fondée sur la confiance¹¹¹.
55. On peut toutefois se demander si les proches du locataire qui ne sont pas partie au contrat, par exemple ses enfants, ne devraient pas pouvoir se prévaloir également de l'art. 259e CO¹¹².
56. L'enjeu ne doit pas être surestimé, mais il n'est pas insignifiant, dans la mesure où le régime de responsabilité fondé sur l'art. 259e CO peut présenter des avantages pour le tiers lésé, notamment au niveau de la prescription¹¹³.
57. A mon avis, il faut admettre la possibilité pour les proches du locataire de se prévaloir de l'art. 259e CO¹¹⁴. La question n'a pas été tranchée par le Tribunal fédéral¹¹⁵.

¹¹¹ Voir GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 2882, 2894 et 3291 ; STEINAUER, N 568.

¹¹² Voir STEINAUER, N 568, et les références citées.

¹¹³ Voir GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 3912 ; STEINAUER, N 568. Voir toutefois BSK-WEBER, art. 259e CO N 3.

¹¹⁴ D'un autre avis, par exemple CPra Bail-AUBERT, art. 259e CO N 32.

¹¹⁵ Voir notamment ATF 130 III 345 cons. 1 ; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 3915, et les références citées.

Bibliographie

BIERI LAURENT, La faute au sens de l'article 41 CO : plaidoyer pour une reconnaissance explicite de la « règle de Hand », *Revue suisse de jurisprudence* 2007, p. 289 ss (Règle de Hand)

BIERI LAURENT, L'application du droit privé suisse reprenant de manière autonome des directives communautaires, *Pratique juridique actuelle* 2007, p. 708 ss (Directives communautaires)

BOHNET FRANÇOIS/MONTINI MARINO (édit.), *Droit du bail à loyer*, Bâle 2010 (CPra Bail-AUTEUR)

CARRON BLAISE/FÉROLLES YANN, Le dommage consécutif au défaut, in : FRANZ WERRO/PASCAL PICHONNAZ (édit.), *Le dommage dans tous ses états*, Berne 2013, p. 69 ss

CHAPPUIS BENOÎT, Quelques dommages dits irréparables – Réflexions sur la théorie de la différence et la notion de patrimoine, *Semaine judiciaire* 2010 II, p. 165 ss

GAUCH PETER, Sachgewährleistung und Willensmängel beim Kauf einer mangelhaften Sache – Alternativität der Rechtsbehelfe und Genehmigung des Vertrages, *recht* 2001, p. 184 ss (Sachgewährleistung)

GAUCH PETER, Grundbegriffe des ausservertraglichen Haftpflichtrechts, *recht* 1996, p. 225 ss (Grundbegriffe)

GAUCH PETER, Mängelhaftung des Vermieters und mangelhafte Mietsache – Einige Gedanken zum neuen Mietrecht, *Revue de la société des juristes bernois* 1992, p. 189 ss (Mängelhaftung)

GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG, *Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil*, vol. I, 9^e éd., Zurich 2008

GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./EMMENEGGER SUSAN, *Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil*, vol. II, 9^e éd., Zurich 2008

HIGI PETER, *Zürcher Kommentar, Die Miete*, Zurich 1994-1998 (ZK-HIGI)

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM P./WIEGAND WOLFGANG (édit.), *Basler Kommentar Obligationenrecht I (Art. 1-529 OR)*, 5^e éd., Bâle 2011 (BSK-AUTEUR)

KOLLER ALFRED, *Schweizerisches Obligationenrecht – Besonderer Teil – Band I*, Berne 2012 (Besonderer Teil)

KOLLER ALFRED, Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil, Berne 2009 (Allgemeiner Teil)

KRAMER ERNST A., Juristische Methodenlehre, 3^e éd., Berne/Munich/Vienne 2010 (Methodenlehre)

KRAMER ERNST A., Commentaire de l'ATF 127 III 83, Pratique juridique actuelle 2001, p. 1454 (Commentaire)

KRAUSKOPF FRÉDÉRIC, EMRK-widriges Verjährungsrecht ! – Die Schweiz muss die Verjährung im Schadensrecht überdenken, in : Jusletter du 24 mars 2014

LACHAT DAVID, Le bail à loyer, 2^e éd., Lausanne 2008 (Bail à loyer)

MÜLLER CHRISTOPH, Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte verurteilt die Schweiz wegen der absoluten Verjährung der Ansprüche von Asbestopfern, in : Jusletter du 24 mars 2014 (Verjährung)

MÜLLER CHRISTOPH, La responsabilité civile extracontractuelle, Bâle 2013 (Responsabilité civile)

PICHONNAZ PASCAL, Le dommage contractuel et la question de la prévisibilité, in : FRANZ WERRO/PASCAL PICHONNAZ (édit.), Le dommage dans tous ses états, Berne 2013, p. 33 ss

SCHMID JÖRG, Vertragsverletzung und Genugtuung, in : HEINRICH HONSELL et al. (édit.), Privatrecht und Methode – Festschrift für Ernst Kramer, Bâle/Genève/Munich 2004, p. 647 ss (Genugtuung)

SCHMID JÖRG, Vertragshaftung und Voraussehbarkeit des Schadens, in : WOLFGANG WIEGAND/THOMAS KOLLER/HANS PETER WALTER (édit.), Tradition mit Weitsicht – Festschrift für Eugen Bucher, Berne 2009, p. 663 ss (Voraussehbarkeit)

STEINAUER PAUL-HENRI, Le Titre préliminaire du Code civil, Bâle 2009

TERCIER PIERRE/FAVRE PASCAL G., Les contrats spéciaux, 4^e éd., Genève/Zurich/Bâle 2009 (TERCIER/FAVRE/AUTEUR)

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

THÉVENOZ LUC/WERRO FRANZ (édit.), Commentaire romand – Code des obligations I, 2^e éd., Bâle 2012 (CR-AUTEUR)

La réparation du préjudice subi par le locataire en cas de défaut de la chose louée

WERRO FRANZ, Le tort moral en cas de violation d'un contrat, in : CHRISTINE CHAPPUIS/BÉNÉDICT WINIGER (édit.), Le tort moral en question, Genève/Zurich/Bâle 2013, p. 55 ss (Tort moral)

WERRO FRANZ, La responsabilité civile, Berne 2011 (Responsabilité civile)

La fin du bail et l'expulsion du locataire

par

François Bohnet
Professeur à l'Université, avocat, Neuchâtel

et

Philippe Conod
Chargé d'enseignement à l'Université de Neuchâtel, avocat, Lausanne

I. Introduction.....	82
II. La fin du bail.....	83
A. La fin de la durée convenue	83
1. Le bail de durée déterminée	83
2. L'accord de fin de bail en cours de contrat	84
3. La transaction judiciaire.....	85
B. La résiliation.....	85
1. Définition	85
2. Le congé ordinaire	86
a. Délais et termes de congé (art. 266a ss CO).....	86
b. Conditions et formes du congé	87
ba) Congé donné par le locataire (art. 266l al. 1 CO)	87
bb) Congé donné par le bailleur (art. 266l al. 2 CO).....	87
3. Notification du congé et délai pour contester le congé	88
4. Fin extraordinaire du bail	91
5. Congé nul, congé annulable, congé inefficace	92
III. La restitution de la chose louée	95
A. L'obligation de restituer.....	95
B. L'obligation d'indemnisation.....	96
C. Les obligations du bailleur	97

D. Convention d'indemnisation	99
IV. Les remèdes à l'inexécution.....	99
A. L'interdiction de toute forme de contrainte	99
B. L'indemnité pour occupation illicite	100
C. La voie judiciaire.....	102
1. La voie pénale	102
2. Les actions possessoires.....	102
3. L'action en revendication.....	103
4. L'action contractuelle	103
V. La compétence matérielle.....	103
A. Neuchâtel	105
B. Berne	105
C. Fribourg.....	105
D. Vaud.....	106
E. Valais.....	107
F. Genève	107
G. Jura.....	107
VI. Le for.....	108
VII. Les notifications.....	108
VIII. Les parties.....	109
A. Personnes habitant avec le locataire.....	109
B. Sous-locataires	110
C. Pluralité de parties	112
IX. Le moment	113
X. Les principes généraux en matière de choix de la procédure	113
A. Mesures provisionnelles.....	113
B. Cas clair ou procédure ordinaire et simplifiée.....	114
C. Expulsion et procédure en annulation du congé.....	116

XI. L'expulsion par le cas clair	117
A. Conditions	117
1. Les faits	117
2. La situation juridique claire	119
B. Procédure.....	121
1. Introduction de l'instance.....	121
2. Réponse.....	122
3. Cumul de prétentions	123
4. Représentation.....	124
5. Maximes applicables.....	125
6. Audience	125
7. Moyens de preuves.....	126
8. Décision	128
XII. Procédure ordinaire et procédure simplifiée	129
XIII. Communication, entrée en force et voies de recours.....	132
XIV. L'exécution de l'expulsion.....	133
A. Les mesures d'exécution directe	133
B. La requête en exécution.....	135
C. Les délais à titre humanitaire	136
D. Les frais liés à l'expulsion	136
E. Le sort des biens du locataire expulsé	137
Bibliographie.....	140

I. Introduction

1. Comme toute chose, un bail a une fin. Elle peut être plus ou moins heureuse. Quand elle ne l'est pas, il arrive que l'épilogue le soit moins encore, et se matérialise, en matière immobilière, par une expulsion, ou pour reprendre l'expression genevoise, par une évacuation. La procédure qui y conduit doit, d'une part, sauvegarder les droits du locataire et prévoir parfois des aménagements tenant compte de sa situation personnelle et, d'autre part, assurer au bailleur la possibilité de reprendre son bien dans des délais et à un coût raisonnables.
2. Pour concilier ces antagonismes, le Code de procédure civile propose deux voies de droit principales en matière d'expulsion : le cas clair, et la procédure simplifiée ou ordinaire. Elles se distinguent sur bien des points, même si leurs champs d'application respectifs se recoupent partiellement.
3. Après les présentations générales de la procédure civile suisse dans le domaine du bail, lors des 16^e et 17^e Séminaire, il paraissait naturel de se pencher dans plus de détails sur l'une des procédures (hélas) les plus fréquentes, mais aussi les plus complexes du droit du bail, en particulier lorsqu'elle est imbriquée dans une autre contestation. De plus, la procédure prévue sous le CPC rompt fondamentalement avec les principes posés sous l'ancien droit, auxquels s'étaient intéressés les 9^e et 14^e séminaires, sous la plume de Me Michel Ducrot.
4. L'exposé débute par une présentation générale de la fin du bail et de l'obligation de restituer du locataire en particulier. Il se poursuit par l'énumération des remèdes en cas d'inexécution, plus spécifiquement en matière immobilière, puis par une analyse des voies procédurales à disposition. Le cas clair est examiné de manière approfondie, ainsi que les critères de choix entre la procédure simplifiée et ordinaire. Quelques remarques sont consacrées aux voies de recours, puis vient enfin la procédure d'exécution de l'ordre d'expulsion et ses modalités pratiques, généralement passées sous silence en doctrine.
5. Les auteurs de la présente contribution achèvent à l'heure où ils écrivent ces lignes un abrégé de droit du bail, dans la collection neuchâteloise. Comme dans cet ouvrage, les aspects de droit matériel ont été analysés par Philippe Conod, les aspects de procédure par François Bohnet.

II. La fin du bail

A. La fin de la durée convenue

1. Le bail de durée déterminée

6. Selon l'art. 255 CO, le bail peut être conclu pour une durée déterminée ou indéterminée. Il prend fin à l'expiration du *temps normalement prévu* par le contrat, la loi ou la volonté des parties. Le bail est de durée déterminée lorsqu'il prend fin, sans congé, à une certaine date ou à l'expiration de la durée convenue (art. 255 al. 2 CO et 266 al. 1 CO).
7. Les parties peuvent *librement fixer* la durée du bail. Un bail peut ainsi être conclu pour une longue durée sans toutefois l'être pour l'éternité, car cela constituerait une limitation excessive de la liberté personnelle au sens de l'art. 27 al. 2 CC. La durée du bail peut aussi dépendre de la survenance d'un événement. Ce dernier doit cependant être certain et prévisible. On est certain de la survenance, mais incertain quant à sa date (*dies certus an incertus quando*).
8. La conclusion d'un bail jusqu'à la *mort du locataire* est l'un des exemples types de baux de durée déterminée. En revanche, un bail conclu pour la durée de vie d'une société n'est pas admissible car cela reviendrait à conclure un bail perpétuel.
9. Le Tribunal fédéral et la doctrine majoritaire considèrent comme de durée déterminée, un bail au bénéfice d'une *condition résolutoire*. La survenance de l'événement incertain met fin au bail¹.
10. Bailleur et locataire peuvent conclure un bail prenant fin à la date de la délivrance du permis de construire, respectivement de démolir. Dans ce cas-là, aucune prolongation ne peut être accordée au locataire (art. 272a al. 1, let. d CO).
11. Plusieurs baux de durée déterminée peuvent être conclus successivement (*contrats en chaîne*). Pour le Tribunal fédéral, de tels contrats sont en soi admissibles dans la mesure où la loi ne requiert aucun motif particulier pour conclure des baux de telle durée. Il faut toutefois réserver l'hypothèse d'une fraude à la loi, c'est-à-dire lorsque le bailleur a l'intention de se lier pour une durée indéfinie et opte pour

¹ SAVIAUX NICOLAS, Le bail de durée déterminée in : CdB 2006 40, la jurisprudence et la doctrine citées.

un système de baux à durée déterminée dans le seul but de faire échec aux règles impératives.

12. En tout état de cause, on ne peut postuler l'illicéité de principe d'un tel procédé, alors que la loi ne l'interdit nullement². C'est au locataire qu'il appartient de prouver l'existence d'une fraude à la loi³.
13. Enfin, le bailleur qui ne réagirait pas à la présence d'un locataire après l'échéance du contrat de déterminée est censé le mettre au bénéfice d'un nouveau bail, cette fois de durée indéterminée (art. 266 al. 2 CO).

2. L'accord de fin de bail en cours de contrat

14. Bailleur et locataire peuvent mettre fin au bail d'un commun accord. Dans cette hypothèse, l'accord n'est soumis à *aucune forme*. Il est parfois donné en échange d'une indemnisation. En matière commerciale, par exemple, le bailleur qui entend rénover son centre commercial peut être amené « à acheter le départ de ses locataires actuels au profit de nouveaux locataires plus intéressants »⁴.
15. Il y a par ailleurs fin consensuelle du bail lorsque le bailleur renonce à exiger d'un locataire qui résilie de manière anticipée la présentation d'un locataire de remplacement.
16. Le bailleur ne peut prétexter le départ du locataire qui serait retourné à l'*étranger* pour considérer que ce locataire a mis fin au bail par acte concluant. Dans le cas où le locataire a définitivement quitté la Suisse ou est sans domicile connu, le bailleur, qui doit limiter son dommage, pourra, dans le cadre d'une gérance d'affaires sans mandat au sens de l'art. 422 CO, pénétrer dans l'appartement, entreprendre cas échéant les travaux de rénovation qui s'imposent et relouer l'appartement. Cette disposition ne devrait toutefois être utilisée qu'en ultime ressort.
17. Enfin, s'il s'agit d'un *logement de famille*, le conjoint ou le partenaire seul titulaire du bail doit également obtenir le consentement exprès et écrit du conjoint ou partenaire (art. 266m CO)⁵.

² ATF 139 III 145.

³ Voir Newsletter bail.ch mai 2013, SIEGRIST JEAN-MARC, Validité des contrats en chaîne : les droits des locataires sont-ils garantis ?

⁴ LACHAT, p. 601.

⁵ Sur la notion de logement de famille, voir CPra Bail-BARRELET, art. 266m CO N 4 à 9.

3. La transaction judiciaire

18. Par transaction, il faut entendre le règlement à l'amiable d'un litige qui permet de mettre fin à une question de droit controversée entre les parties⁶. Il faut donc un désaccord entre bailleur et locataire sur des problèmes découlant du rapport de bail.
19. La transaction judiciaire est celle qui est passée devant le juge (pour être consignée au procès-verbal et signée par les parties) ou qui, passée en la forme écrite, est transmise au juge pour être jointe au dossier⁷. Elle peut intervenir devant l'autorité de conciliation (art. 208 CPC).
20. Une transaction implique, en principe, naturellement des éléments de désistements et de concessions réciproques.
21. Le juge prend note de l'accord intervenu qui a valeur de décision judiciaire. Les parties peuvent toutefois, dans l'accord, non seulement mentionner la date à laquelle le bail prend fin, mais également prévoir l'engagement du locataire de *restituer la chose* à la date en question. Les parties peuvent ainsi fixer des *mesures d'exécution directe*. Si, à l'échéance du délai prévu par la transaction, le locataire ne s'exécute pas, le bailleur pourra s'adresser directement au greffe du tribunal (ou de l'autorité de conciliation) qui a ratifié la convention, à charge pour cette autorité de procéder à l'exécution forcée proprement dite (N 219).

B. La résiliation

1. Définition

22. Le contrat de bail conclu pour une durée indéterminée, tacitement ou expressément, ne prend pas fin automatiquement. Le bailleur ou le locataire doit y mettre fin par une résiliation ou un congé, en respectant le délai de congé. La résiliation est ainsi un acte formateur et unilatéral. Il est parfait dès lors qu'il parvient à son destinataire. Le congé ne peut être retiré ou annulé que pour autant que la déclaration d'invalidation du congé parvienne au locataire avant la réception du congé proprement dit.

⁶ CdB 2000 42 ; CdB 2004 115 ; DB 2000 N 22.

⁷ BOHNET FRANÇOIS, Procédure civile, p. 272.

23. Le congé, qu'il soit ordinaire ou extraordinaire, peut toujours être retiré, mais ne ressuscite pas le bail. Le locataire, par exemple, est dès lors libre d'en prendre acte, de considérer que le bail a repris ou de s'en tenir au congé donné. On relèvera au surplus que le congé n'a pas à être motivé, sauf si l'autre partie le demande (art. 271 al. 2 CO).

2. Le congé ordinaire

a. Délais et termes de congé (art. 266a ss CO)

24. Le terme ou échéance de résiliation est la date pour laquelle les parties peuvent mettre fin au contrat moyennant une notification du congé. Le délai de résiliation est le laps de temps qui doit s'écouler entre la date de réception du congé et le jour de l'extinction du bail.
25. A défaut de règle contractuelle, le congé doit être donné selon l'usage local ou, à défaut, pour la fin d'un trimestre de bail (art. 266b et 266d CO).
26. Si le contrat ne mentionne pas de délai de résiliation, celui-ci est de trois mois pour les baux d'habitation (art. 266b CO) et de six mois pour les baux de locaux commerciaux (art. 266d CO). Le préavis de résiliation peut être prolongé mais non abrégé. Bailleur et locataire sont toutefois libres de prévoir des préavis d'une durée différente. Ainsi, prévoir des baux d'habitation avec onze échéances mensuelles, comme le pratiquent nombre de bailleurs est tout à fait admissible. Cependant, le préavis de résiliation ne saurait être inférieur à trois mois.
27. Les termes de congé sont fixés par les parties, à défaut, par l'usage ou, à défaut d'usage, par la loi, respectivement par le contrat cadre romand ou les RULV.
28. Si le congé n'est pas donné pour la bonne date, il n'est ni nul, ni annulable, ni même inefficace. Les effets de ce congé sont reportés au prochain terme pertinent (art. 266a al. 2 CO).
29. Le destinataire du congé peut l'accepter formellement ou par acte concluant. S'il accepte le congé à la date indiquée en croyant faussement à sa validité pour cette date, il ne peut pas revenir sur son acceptation. Il ne s'agit en effet pas d'une erreur essentielle qui permet

d'invalider l'accord. L'élément essentiel est l'acceptation du congé et non la fixation de la date⁸.

30. Aussi, si le destinataire du congé ne veut pas laisser croire à son auteur que le congé est accepté, il doit réagir⁹. On pourrait en effet considérer que le congé a été admis conventionnellement. Précisons que le report du congé s'applique tant aux résiliations ordinaires qu'aux résiliations anticipées, cela pour autant qu'il ne s'agisse que de réparer une erreur de date (terme ou préavis).

b. Conditions et formes du congé

ba) Congé donné par le locataire (art. 266l al. 1 CO)

31. Selon l'art. 266l al. 1 CO, le congé des baux d'habitation et de locaux commerciaux doit être donné par écrit. Cette obligation ne concerne que le locataire.
32. S'il s'agit d'un logement familial, rappelons que le locataire qui ne parvient pas à obtenir le consentement de son conjoint ou de son partenaire, soit parce qu'il est absent, soit parce qu'il le refuse sans motif légitime, peut saisir le juge.
33. En cas de pluralité de locataires, le congé doit émaner de l'ensemble des colocataires.

bb) Congé donné par le bailleur (art. 266l al. 2 CO)

34. Selon l'art. 266l al. 2 CO, le bailleur doit donner le congé en utilisant une formule officielle de résiliation de bail. Dite formule doit être agréée par le canton du lieu de situation de l'immeuble. Il s'agit d'une obligation que le bailleur doit absolument respecter, sous peine d'une nullité de la résiliation. Il s'agit, en effet, de l'exigence d'une forme écrite qualifiée¹⁰.

⁸ CORBOZ, Les congés affectés d'un vice, in : 9^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 1996, p. 20.

⁹ CORBOZ, op. cit. note précédente.

¹⁰ Selon le projet de modification de certaines dispositions en droit du bail, mis en consultation par le Conseil fédéral ce printemps, la formule officielle ne serait plus établie par les cantons ou agréée par ceux-ci mais par l'Office fédéral du logement

35. Selon l'art. 9 OBLF, la formule de résiliation doit contenir :
1. la désignation de l'objet loué sur lequel porte la résiliation ;
 2. la date à laquelle la résiliation sera effective ;
 3. l'indication que le bailleur doit motiver la résiliation à la demande du locataire ;
 4. les possibilités légales dont dispose le locataire pour contester le bien-fondé de la résiliation et prolonger le contrat de bail ;
 5. la liste des autorités de conciliation et leur compétence en raison du lieu.
36. La formule doit être signée par le bailleur ou son représentant.
37. Le Tribunal fédéral a considéré que la signature était indispensable pour satisfaire à l'exigence de la forme écrite requise par l'art. 266I CO et non pas parce qu'une telle signature serait spécialement exigée pour la formule officielle. Il s'agit de pouvoir attribuer une déclaration de volonté à une personne clairement identifiable¹¹. Ainsi, il n'est pas obligatoire que la signature manuscrite figure au pied de la formule. Si le courrier d'accompagnement est signé et la formule officielle non signée, ces documents forment un tout et on se trouve en présence d'une déclaration valablement signée¹².

3. Notification du congé et délai pour contester le congé

38. La partie qui conteste le congé doit dès lors, conformément à l'art. 273 al. 1 CO, saisir l'autorité de conciliation dans les trente jours qui suivent la réception du congé. Le Tribunal fédéral applique la *théorie de la réception dite absolue* à la notification d'une résiliation¹³. Ainsi, en cas d'envoi par courrier simple, le pli est réputé notifié le jour du dépôt dans la boîte aux lettres ou la case postale, mais il appartient à l'expéditeur de prouver la date de réception de l'envoi. Lorsque l'envoi est recommandé, la date de réception correspond au jour de la remise

(art. 266I al. 2 du projet).

¹¹ ATF 138 III 401, cons. 2.4.2.

¹² CdB 2014 17, Newsletter bail.ch décembre 2013, avec commentaire MONTINI

¹³ ATF 137 III 208 ; TF du 11.11.2013, 4A_471/2013 ; TF du 19.05.2014, 4A_120/2014 destiné à la publication.

effective par le facteur, ou à défaut d'une telle remise, au jour où le destinataire est en mesure de retirer le pli au bureau de poste. En principe, il s'agit du jour suivant celui de la tentative de remise, sauf si l'on pouvait raisonnablement exiger un retrait au guichet le jour même.

39. La conséquence en est, en matière de délai pour contester le congé, que celui-ci court dès que la manifestation de volonté, soit le congé, est parvenue dans la sphère d'influence du destinataire ou de son représentant¹⁴, solution adoptée par une partie de la doctrine¹⁵.
40. Dans deux cas, le Tribunal fédéral a dérogé à la théorie de la réception absolue. Il s'agit de la communication, par pli recommandé, de l'avis de majoration de loyer au sens de l'art. 269d CO et celle de la sommation de payer de l'art. 257d al. 1 CO. Ainsi, pour ces deux cas, le Tribunal fédéral applique la théorie dite de la réception relative¹⁶. Ainsi, si le courrier recommandé ne peut pas être directement remis au destinataire ou à une personne autorisée par ce dernier, un avis de retrait mentionnant le délai de garde postal mis dans la boîte aux lettres ou la case postale, l'acte est censé reçu au moment où le destinataire le retire effectivement au guichet de la poste ou, à supposer qu'il ne soit pas retiré dans le délai de garde de sept jours, le septième et dernier jour de ce délai.
41. Certains auteurs préconisent d'appliquer la théorie de la réception relative de manière uniforme pour toutes les résiliations¹⁷.

¹⁴ TF du 11.11.2013, 4A_471/2013 ; TF du 19.05.2014, 4A_120/2014 destiné à la publication, arrêts qui se fondent sur le raisonnement de l'ATF 137 III 208, celui-ci concernant cependant le respect du délai de dédite et non le départ du délai pour contester le congé.

¹⁵ ZK-HiGi, N 38 et 41, remarques ad 266-266o CO ; DIETSCHY, Commentaire sur l'arrêt 4A_656/2010 [ATF 137 III 208] in : Newsletter bail.ch avril 2011 ; CARRON, Commentaire sur l'arrêt du 19.05.2014, 4A_120/2014 in : Newsletter bail.ch juillet 2014. Le Tribunal fédéral se limite à citer Hohl, qui cependant ne traite pas expressément ce point, mais ne compte simplement pas le délai pour agir en annulation parmi les exceptions à l'application de la théorie absolue (HOHL, in : Commentaire romand, Code des obligations, Volume I 2003, N 5 ad art. 77 CO ; HOHL, Procédure civile, Volume II, 2^e éd. 2010, p. 171-172).

¹⁶ Voir jurisprudence note précédente.

¹⁷ LACHAT, p. 639 s. ; BOHNET, Les termes et délais en droit du bail à loyer), in : 13^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2004, p. 26 et 27 ; BOHNET, Commentaire sur l'arrêt du 11.11.2013, 4A_471/2013 in : Newsletter bail.ch janvier 2014 ; BLUMER, N 1006 ; HARALD BÄRTSCHI, Fristberechnung in : Jusletter 3 février 2014 ; BASELICE

42. LACHAT invoque notamment les heures d'ouverture des guichets postaux, la clarté et la cohérence du droit, ainsi que la protection de la partie faible.
43. L'application de la théorie de la réception absolue est une solution équilibrée pour les deux parties lorsqu'il s'agit de déterminer si le congé a été donné suffisamment tôt par l'auteur de la résiliation, soit si celui-ci a respecté le délai pour résilier. En revanche, pour ces auteurs, dans le cadre de la contestation du congé, il faut déterminer si le locataire a effectivement eu le temps nécessaire pour contester le congé¹⁸ et par conséquent, le délai de trente jours ne commence à courir que dès l'instant où le destinataire du congé a pris effectivement connaissance du congé¹⁹.
44. La question de la *consortité des colocataires* en cas de demande d'annulation du congé ou de prolongation est controversée en doctrine (action commune des colocataires ou action individuelle de l'un d'entre-eux avec assignation de l'autre colocataire récalcitrant ou inactif). Cette question n'a pas encore été tranchée par le Tribunal fédéral.
45. Pour certains auteurs, l'action en annulation du congé, respectivement en demande de prolongation, peut émaner d'un seul colocataire au vu du but de protection sociale que visent les normes sur l'annulabilité des congés abusifs, à la condition que le colocataire qui agit seul implique son colocataire dans le procès²⁰. Il est en revanche incontesté que l'action d'un seul colocataire sans mise en cause de l'autre est irrecevable.
46. D'autres auteurs considèrent que le bail commun crée un rapport de droit uniforme constituant un tout pour tous les colocataires qui ne peuvent dès lors exercer que conjointement l'action en annulation du congé²¹. LACHAT considère pour sa part que seule la demande en

Carmine, in : MRA 1995 103 ; MONTINI in : DB 2001 N 9 ; MONTINI in : DB 2007 N 19.

¹⁸ BOHNET, Commentaire sur l'arrêt du 11.11.2013, 4A_471/2013 in : Newsletter bail.ch janvier 2014.

¹⁹ BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE, Co-SVIT, p. 360.

²⁰ BSK OR I-WEBER, art. 273 N 3a et les références citées ; JACQUEMOUD-ROSSARI, *Jouissance et titularité* du bail ou quelques questions choisies en rapport avec le bail commun, in : CdB 1999 97 ss ; CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY, art. 253 CO N 36.

²¹ SCHMIDT HANS, Der Gemeinsame Mietvertrag, RSJ 1991, p. 376 ss ; BURKHALTER/

contestation de la nullité de congé peut émaner d'un seul des colocataires²².

47. Le législateur a expressément prévu dans le cadre du logement de famille que le conjoint ou partenaire non titulaire du bail pouvait contester le congé ou demander une prolongation du bail.
48. Permettre à un seul locataire de contester le congé nous paraît dès lors étendre de manière trop extensive le but de protection sociale de la norme sur les congés. De plus, cela vaudrait tant pour les baux d'habitation que pour les baux commerciaux alors que l'on discerne moins le but de protection sociale en matière de baux commerciaux.
49. Enfin, cela ne résout pas la question de savoir si l'annulation déploie aussi ses effets à l'égard du colocataire non partie à la procédure.
50. Pour BOHNET/DIETSCHY, il serait choquant d'imposer la poursuite du bail à un locataire qui n'a pas souhaité contester le congé²³.
51. A notre avis, c'est méconnaître au surplus l'intérêt légitime du bailleur notamment financier à conserver tous ses locataires pour le cas où le bail serait annulé.
52. Dans la cadre d'un logement de famille, le conjoint ou partenaire non titulaire du bail peut contester le congé, il faut nécessairement admettre qu'*a contrario*, les colocataires dans tous les autres cas doivent agir ensemble pour demander l'annulation du congé et/ou la prolongation du bail.

4. Fin extraordinaire du bail

53. Dans un certain nombre de cas, une résiliation avant l'échéance du contrat peut intervenir. Ainsi, le bailleur peut résilier de manière anticipée dans les cas suivants :
 - 1) justes motifs (art. 266g CO) ;
 - 2) faillite du locataire (art. 266h CO) ;
 - 3) violation du contrat par le locataire (art. 257f CO) ;

MARTINEZ-FAVRE, Co-SVIT, p. 742 et 743 ; JACQUES MICHEL, Les colocataires dans le bail commun, 8^e Séminaire sur le droit du bail, p. 13 ; OGer AG MRA 1997 119.

²² LACHAT, p. 73 N 19.

²³ CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY, art. 253 CO N 36.

- 4) demeure du locataire (art. 257*d* CO) ;
 - 5) résiliation par l'acquéreur en cas d'aliénation de la chose (art. 261 CO).
54. Le locataire peut également résilier de manière anticipée dans les cas suivants :
- 1) justes motifs (art. 266*g* CO) ;
 - 2) décès du locataire (art. 266*i* CO) ;
 - 3) défaut de la chose louée en cours de bail (art. 259*b* al. 1 let. a CO) ;
 - 4) inexécution et exécution imparfaite du contrat lors de la délivrance de la chose (art. 258 CO) ;
 - 5) restitution anticipée (art. 264 CO).
55. Dans ces cas de résiliation anticipée, tant bailleur que locataire doivent respecter les conditions de forme. S'il s'agit d'un logement de famille, bailleur et locataire doivent également respecter les règles portant sur le logement de famille.

5. Congé nul, congé annulable, congé inefficace

56. Le congé qui ne satisfait pas aux conditions prévues par les art. 266*l, m* et *n* CO est nul (art. 266*o* CO). Le congé ne déploie aucun effet juridique. Il s'agit de dispositions impératives. Ainsi, l'autorité de conciliation et les autorités judiciaires doivent constater d'office la nullité de la résiliation, même si, à la limite, aucune partie n'a soulevé le moyen. Il s'agit d'une nullité absolue. Celle-ci peut ainsi être invoquée par le locataire en tout temps.
57. Le bailleur qui a signifié son congé au locataire, sans user de la formule officielle, peut renouveler la résiliation en usant cette fois de la formule officielle, sans que cette résiliation tombe sous le coup de l'art. 271*a* CO.
58. Parmi les congés nuls, faute de satisfaire aux conditions formelles, mentionnons :
- 1) absence de formule officielle ;
 - 2) notification à un seul des époux ou partenaires ;

- 3) absence de notification par plis séparés ;
 - 4) congé donné sans l'accord du conjoint ou du partenaire ;
 - 5) congé donné oralement par le locataire ;
 - 6) congé donné par un incapable de discernement ;
 - 7) congé donné par un acquéreur non inscrit au registre foncier ;
 - 8) congé donné par un représentant sans pouvoirs ;
 - 9) congé donné par un seul locataire ;
 - 10) congé impossible (le bail n'existe plus ou l'objet mis à bail est détruit).
59. Selon l'art. 271 CO, le congé est annulable lorsqu'il contrevient aux règles de la bonne foi. Pour reprendre l'excellente définition donnée par LACHAT²⁴ : Est annulable toute résiliation qui ne repose sur aucun intérêts digne de protection, qui consacre une attitude déloyale, qui résulte d'une disproportion manifeste entre les intérêts en présence ou dont le motif n'est manifestement qu'un prétexte.
60. L'art. 271a al. 1 CO donne un certain nombre de cas dans lesquels le congé est également annulable²⁵ :
- 1) congé représailles ;
 - 2) congé vente ;
 - 3) parce que le locataire a fait valoir de bonne foi des prétentions découlant du bail ;
 - 4) dans le but d'imposer une modification unilatérale défavorable au locataire ou une adaptation de loyer ;
 - 5) seulement dans le but d'amener le locataire à acheter l'appartement loué ;
 - 6) pendant une procédure de conciliation, une procédure judiciaire en rapport avec le bail, à moins que le locataire ne procède au mépris des règles de la bonne foi ;

²⁴ LACHAT, p. 733.

²⁵ Voir CONOD, Protection du locataire en matière de congé in : 15^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2008, p. 194 ss.

- 7) dans les 3 ans à compter de la fin d'une procédure de conciliation d'une procédure judiciaire au sujet du bail et si le bailleur :
 - a. a succombé dans une large mesure,
 - b. a abandonné ou a considérablement réduit ses prétentions en conclusions,
 - c. a renoncé à saisir le juge,
 - d. a conclu une transaction sous-entendue de toute manière avec le locataire,
 - 8) en raison de changement de la situation familiale du locataire sans qu'il en résulte des inconvénients majeurs pour le bailleur ;
 - 9) etc...²⁶
61. Le délai pour contester le congé ou pour solliciter une prolongation de bail est de trente jours dès réception du congé (théorie de la réception absolue). Selon l'art. 273 CO, la partie qui entend contester le congé doit saisir l'autorité de conciliation dans les trente jours qui suit la réception du congé (théorie absolue de la réception). Les délais de l'art. 273 CO sont des délais de péremption qui ne peuvent être ni interrompus, ni prolongés. Tant l'autorité de conciliation que le juge doivent examiner d'office si le délai a été respecté.
62. Rappelons que le dépôt de la requête auprès de l'autorité de conciliation suspend les effets de la résiliation
63. Si le congé est valide à la forme, mais que l'une des conditions matérielles, légales ou contractuelles fait défaut, le congé est inefficace. En effet, pour que le bailleur ou le locataire puisse résilier le bail sans en respecter l'échéance, il faut qu'il puisse faire état de certaines circonstances matérielles qui justifient le congé anticipé. Ainsi, un congé anticipé valide à la forme mais qui ne serait pas justifié est un congé inefficace²⁷.

²⁶ Voir CONOD, La protection du locataire en matière de congés, 15^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2008, p. 94 ss ; CPra Bail-CONOD, art. 271, 271a CO.

²⁷ ATF 121 III 58 ss, CdB 1995 105 ; voir également SIEGRIST, Les congés inefficaces, CdB 1996 1 ss.

64. Création jurisprudentielle, le congé inefficace a les mêmes effets qu'un congé nul. L'inefficacité du congé est ainsi prononcée pour défaut de bases matérielles du congé et non pour des raisons de forme.
65. Un congé inefficace ne peut pas être converti en un congé ordinaire²⁸.
66. L'inefficacité du congé peut être soulevée en tout temps²⁹. Le destinataire devrait toutefois signaler à l'expéditeur qu'il a considéré le congé comme inefficace. Il faut en effet réserver l'abus de droit que commettrait le destinataire d'un congé inefficace ou prétendu tel qui garderait le silence face au congé amenant le cocontractant à inférer de son silence ou de son inaction qu'il admet la validité du congé³⁰.

III. La restitution de la chose louée

A. *L'obligation de restituer*

67. Selon l'art. 257 CO, le locataire doit restituer la chose à la fin du bail, dans l'état qui résulte d'un usage conforme au contrat. Le locataire a ainsi essentiellement une obligation de restitution, accompagnée parfois d'une obligation d'indemnisation.
68. Avant toute restitution, le locataire doit, si le bailleur le désire, laisser ce dernier visiter les locaux (art. 257h CO, 5 CCR, 27 RULV).
69. Rappelons que selon les art. 5 CCR et 27 RULV, le préavis donné par le bailleur doit être de cinq jours et doit tenir compte des intérêts du locataire. Il peut être ramené à 24 heures en cas de restitution anticipée et les visites peuvent avoir lieu tous les jours, sauf les dimanches et jours fériés.
70. En principe, la restitution a lieu le dernier jour de la location et celle-là doit intervenir pendant les heures habituellement consacrées aux affaires pour les commerçants et ne doit pas intervenir en temps inopportun pour les non-commerçants³¹.

²⁸ ATF 135 III 441, cons. 3.3 et la jurisprudence citée.

²⁹ ATF 121 III 156.

³⁰ ATF 121 III 156 ; TF du 04.04.1994, 4C.465/1993, cons. 3c.

³¹ Pour les non-commerçants, donc les locataires de baux d'habitation, la restitution ne devrait pas intervenir avant 08h00 ou après 18h00, voir CPra Bail-AUBERT, art. 257 CO N 6.

71. Dans certains cantons, comme Zurich, Argovie, Berne, Glaris, Grison, Schwytz, Schaffhouse et Zug, la restitution intervient le lendemain de l'extinction du bail³².
72. Si le jour de la restitution tombe sur un samedi, un dimanche ou un jour férié reconnu par le canton, la restitution est reportée au premier jour ouvrable (art. 78 al. 1 CO).
73. Le locataire doit dès lors procéder à une restitution complète et définitive des locaux et ne peut se contenter de laisser ceux-ci vides et inoccupés. Celle-ci s'effectue par la remise de toutes les clés au bailleur, ce dernier reprenant ainsi la possession de la chose.
74. L'art. 38 RULV prévoit même que le locataire doit non seulement remettre les clés que lui aurait remises le bailleur, mais également toutes celles qu'il aurait fait confectionner³³.
75. Selon le Tribunal fédéral, il n'y a pas de restitution tant que le locataire n'a pas remis toutes les clés des locaux au bailleur, que les locaux ne sont pas vidés de tous les meubles qui les garnissent ou qu'ils sont encore occupés par des sous-locataires³⁴.
76. Enfin, le locataire n'a pas à être interpellé par le bailleur. En effet, le locataire est automatiquement en demeure, s'il n'a pas restitué la chose à l'échéance du contrat, conformément à l'accord passé entre les parties ou à une décision judiciaire.

B. L'obligation d'indemnisation

77. Selon l'art. 257a al. 1 CO, le locataire est tenu de restituer la chose dans l'état qui résulte d'un usage normal et conforme à sa destination. Il doit dès lors prendre à sa charge les menus travaux qui lui incombent pendant le bail et les travaux de nettoyage de l'objet loué.
78. Dans la mesure où il s'agit d'une restitution des locaux, les exigences en terme de nettoyage peuvent être plus élevées³⁵. Cela va de nettoyer le

³² BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE, Co-SVIT, p. 435.

³³ Selon cette disposition, en cas de perte de clé, le locataire est tenu de la remplacer mais n'est tenu d'assumer les frais inhérents au changement de cylindre de la porte palière que s'il s'agit d'une serrure de sécurité.

³⁴ TF, MP 1998 182.

³⁵ CPra Bail-AUBERT, art. 267 CO N 22 ; BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE, Co-SVIT,

frigo, le congélateur, etc. au shampouinage des moquettes et nettoyage des sols, des fenêtres, le rebouchage des trous, le ramonage de la cheminée, le remplacement des joints, le détartrage des appareils sanitaires, etc.

79. Selon l'art. 37 RULV, les locaux doivent être restitués en bon état de propreté et d'entretien, débarrassés de tout objet appartenant au locataire. Tous les sols doivent pouvoir être contrôlés et cette disposition prévoit même que le locataire doit veiller à changer ou à nettoyer le filtre de ventilation, ainsi que les stores à lamelles, les jalousies et les radiateurs.
80. Le locataire peut également être amené à procéder à une remise en l'état des locaux s'il a effectué des travaux de rénovation et de modification sans l'accord du bailleur ou si la convention portant sur la réalisation de ces travaux mentionne expressément la remise en l'état initial.
81. Enfin, le locataire doit indemniser le bailleur s'il ne restitue pas la chose dans l'état qui résulte d'un usage normal et conforme à sa destination.
82. Le bailleur ne peut prétexter des dégâts dus en réalité à l'usure normale de la chose pour obtenir la remise à neuf de l'appartement. Aussi, il convient de tenir compte de l'âge des installations et de leur durée de vie. Les associations de bailleurs et de locataires ont établi une tablette commune d'amortissement³⁶. Celle-ci est entrée en vigueur le 1^{er} mars 2007 pour la Suisse romande. Une tablette identique a également été adoptée en Suisse alémanique.
83. Ces tablettes ne sont pas contraignantes mais permettent aux bailleur et locataire de disposer d'une référence indicative et des durées d'amortissement précises.

C. Les obligations du bailleur

84. Le bailleur a tout d'abord l'obligation de reprendre la chose. Il ne peut pas refuser les clés que veut lui remettre le locataire au prétexte que celui-ci aurait endommagé l'objet loué. Aussi, le Contrat-cadre romand (art. 10) et les RULV (art. 37) prévoient l'établissement tant d'un état des lieux d'entrée qu'un état des lieux de sortie. Cet état des lieux permet au bailleur de vérifier l'état de la chose, lors de la restitution. La

p. 436.

³⁶ Pour la tablette romande, voir CPra Bail, Annexe 5.

comparaison des deux états permet ainsi de déterminer, au vu du contrat, s'il s'agit d'une usure normale à la charge du bailleur, ou d'une détérioration plus importante dont répond le locataire.

85. Si le locataire est absent ou s'il refuse de signer l'état des lieux, le bailleur doit prouver qu'il a délivré la chose en bon état et que celle-ci a fait l'objet d'une usure excessive. Il a dès lors tout intérêt à faire procéder à un constat de l'appartement par le juge (requête de preuve à futur, art. 156 CPC).
86. Si l'état des lieux est suffisamment précis et détaillé, il vaut avis des défauts, s'il est signé par le locataire directement sur place.
87. Etat des lieux ou pas, lors de la restitution, le bailleur doit vérifier l'état de la chose et aviser immédiatement le locataire des défauts dont celui-ci répond. S'il néglige de le faire, le locataire est déchargé de toute responsabilité, à moins qu'il ne s'agisse d'un défaut qui ne pouvait pas être découvert à la vérification usuelle.
88. Ainsi, si le bailleur découvre, par la suite, un défaut caché, il doit le signifier immédiatement au locataire.
89. L'avis des défauts doit être précis et détaillé, il doit comporter, de manière reconnaissable pour le locataire, la liste de dégâts dont il est tenu pour responsable.
90. Le bailleur doit aviser immédiatement le locataire des défauts dont celui-ci répond. Tant la doctrine que la jurisprudence admettent que l'avis doit être, en règle générale, donné dans les deux à trois jours ouvrables après la restitution de la chose³⁷.
91. En tout état de cause, c'est la date de la notification de l'avis qui compte et non celle de la réception effective par le locataire.
92. La restitution des locaux est indépendante de la fin du bail. Ainsi, même si les parties sont en litige sur la question de la fin du bail (dans le cas d'espèce, restitution anticipée au sens de l'art. 264 CO), le bailleur a l'obligation de procéder à la vérification de la chose louée et doit donner un avis immédiat des défauts sous peine d'être déchu de ses droits sur la remise en état des lieux, même si le bail prend fin plus tard³⁸.

³⁷ CPra Bail-AUBERT, art. 260 CO N 17 et la jurisprudence et la doctrine citées.

³⁸ TF du 07.01.2014, 4A_388/2013, Newsletter bail.ch mars 2014 avec commentaire

D. Convention d'indemnisation

93. Selon l'art. 267 al. 2 CO, est nulle toute convention conclue avant la fin du bail et prévoyant que le locataire devra verser une indemnité destinée à couvrir autre chose qu'un dommage éventuel.
94. Le but de cette disposition est d'éviter que le locataire ne doive indemniser le bailleur des détériorations découlant de l'usage conforme au contrat³⁹.
95. Serait ainsi nulle une convention qui prévoirait une indemnité correspondant à un pourcentage du loyer ou à un forfait pour le nettoyage du logement ou pour les annonces en vue de la relocation⁴⁰.
96. En revanche, lors de la restitution de la chose, bailleur et locataire sont libres de convenir d'une indemnisation forfaitaire pour les dégâts commis. L'art. 67 al. 2 CO ne vise pas le cas des travaux de rénovation et de modification de la chose acceptés par le bailleur. En fin de bail, le locataire peut exiger une indemnité si la chose présente une plus-value considérable, résultant des travaux qu'il a effectués et payés, avec l'accord du bailleur. Bailleur et locataire peuvent cependant convenir, à l'avance, par convention, de supprimer toute indemnité⁴¹.

IV. Les remèdes à l'inexécution

A. L'interdiction de toute forme de contrainte

97. A l'échéance du délai prévu pour le départ du locataire, conformément à un accord ou ensuite d'une décision judiciaire, le bailleur ne peut pas récupérer les locaux selon son bon plaisir ou de force.
98. Il est obligé de s'en remettre aux autorités judiciaires.
99. Ainsi, le bailleur ne peut pas recourir au droit pénal pour procéder à l'expulsion du locataire. Celui-ci en effet bénéficie du droit acquis par la possession et le bailleur doit dès lors user des moyens que lui confère

AUBERT.

³⁹ BURKHALTER/MARTINEZ FAVRE, Co-SVIT, p. 442.

⁴⁰ LACHAT, p. 814 ; GROBET-THORENS, p. 197.

⁴¹ ATF 124 III 149, cons. 4.

le droit civil⁴². Le bailleur commettrait au surplus une *violation de domicile* (art. 186 CP) si, profitant d'une absence du locataire, il pénétrait dans les locaux loués et procédait au changement des serrures.

100. Le bailleur se rend coupable de *contrainte* (art. 181 CP) s'il coupe l'eau, le chauffage ou l'électricité à un locataire qui est en retard dans le paiement du loyer. On peut se demander si la norme pénale s'applique également au cas d'un bailleur qui aurait coupé l'eau, le chauffage ou l'électricité à un locataire qui n'a pas quitté les locaux à la date convenue ou ensuite d'une décision judiciaire.
101. Précisons que la poursuite intervient d'office en matière de contrainte alors que pour la violation de domicile, l'infraction se poursuit sur plainte, le délai de plainte étant de trois mois⁴³.

B. L'indemnité pour occupation illicite

102. Le locataire qui reste dans les lieux loués après l'expiration du délai pour les restituer transgresse une obligation contractuelle. En effet, il ne restitue pas la chose conformément à l'art. 267 al. 1 CO. L'absence de restitution constitue donc une violation d'une obligation contractuelle et donne lieu à des dommages et intérêts en application de l'art. 97 CO⁴⁴.
103. La jurisprudence, inspirée du droit allemand, a admis que l'indemnité devait correspondre au loyer convenu, sans que le bailleur n'ait à prouver qu'il aurait pu relouer immédiatement les locaux pour un loyer identique⁴⁵. Les dommages et intérêts peuvent cependant être plus élevés, notamment si le bailleur arrive à prouver qu'il avait trouvé un locataire disposé à payer un loyer plus élevé⁴⁶.
104. La jurisprudence genevoise admet que le locataire doit également supporter le dommage subi par le bailleur entre la résiliation et la relocation. Cette jurisprudence a considéré qu'une période raisonnable de deux mois était admissible pour la relocation des locaux, ce qui

⁴² ATF 112 IV 31 ; voir aussi DB 2011 N 28 et DB 2012 N 32.

⁴³ Le délai court du jour où l'ayant droit a connu l'auteur de l'infraction ; voir aussi CPra Bail-MONTINI, art. 325^{bis} et 326^{bis} CP, N 22-24.

⁴⁴ DB 2013 N 11.

⁴⁵ ATF 131 III 257, cons. 2 et 2.1 ; TF du 22.11.1996, 4C.183/1996 ; TF du 03.07.2006, 4C.103/2006.

⁴⁶ LACHAT, p. 821.

donnait au bailleur un délai raisonnable pour se déterminer sur la candidature d'un nouveau locataire⁴⁷.

105. Dans le cadre d'une colocation, le bailleur peut réclamer au colocataire non fautif une indemnité complète pour occupation illicite des locaux⁴⁸. Le colocataire, tout comme le sous-locataire, répond, en vertu du bail, du dommage comme auxiliaire du locataire au sens de l'art. 101 CO⁴⁹.
106. Dans le cadre d'un transfert de bail, le transférant répond pour le dommage subi par le bailleur lorsque le nouveau locataire reste indûment dans les locaux alors que le congé est devenu effectif⁵⁰. Il convient de préciser que conformément à l'art. 264 al. 4 CO, la responsabilité du locataire transférant reste limitée à deux ans.
107. Selon une jurisprudence relativement ancienne, le bailleur ne pourrait invoquer le contrat de bail comme reconnaissance de dette pour obtenir la mainlevée provisoire des montants réclamés à titre d'indemnité pour occupation illicite⁵¹. Cette jurisprudence doit être relativisée. En effet, dans des arrêts plus récents, le Tribunal fédéral a clairement admis que le dommage subi par le bailleur, soit l'indemnité pour occupation illicite, correspondait à des dommages et intérêts positifs résultant de l'application de l'art. 97 CO⁵². Relevons que le Tribunal fédéral dans cet arrêt ancien a tout simplement considéré que la solution des juges vaudois qui avaient refusé de prononcer la mainlevée n'était pas arbitraire et était à tout le moins soutenable.
108. Cela ne signifie nullement qu'une autre solution n'aurait pas été également soutenable, voire préférable.
109. L'indemnité pour occupation illicite étant selon le Tribunal fédéral équivalente à tout le moins au loyer payé par le locataire, la mainlevée provisoire devrait être accordée au bailleur pour autant, bien évidemment, qu'il ait produit le contrat de bail et les justificatifs attestant d'une résiliation en bonne et due forme, de l'occupation par le locataire des locaux jusqu'à son expulsion ainsi que de toute pièce

⁴⁷ CJ GE DB 2009 N 20 et la jurisprudence citée.

⁴⁸ TF du 02.06.2009, 4A_125/2009 ; DB 2007 N 3.

⁴⁹ TF du 03.07.2006, 4C.103/2006 ; TF du 02.06.2009, 4A_125/2009.

⁵⁰ ATF 121 III 408.

⁵¹ SJ 1984 p. 389.

⁵² DB 2013 N 11.

attestant du départ du locataire, que ce soit par voie d'exécution forcée ou pas. Dans la mesure où cette solution est discutée, le bailleur aurait intérêt à recourir à une procédure du cas clair où il pourrait obtenir cette fois la mainlevée définitive.

C. La voie judiciaire

1. La voie pénale

110. De par la conclusion du bail, le locataire a obtenu la cession de l'objet en contrepartie du loyer. Même si le bail a pris fin par convention, contractuellement ou ensuite d'une résiliation ou d'une décision de justice, le locataire reste titulaire du droit au domicile. Dès lors, l'inviolabilité du domicile ne cesse qu'avec le départ de l'occupant et le bailleur ne peut dès lors invoquer l'art. 186 CCP⁵³. Une plainte pour violation de domicile reste naturellement possible à l'encontre de toute personne qui aurait occupé les locaux après leur restitution en bonne et due forme par le locataire.
111. Vis-à-vis de squatters, le bailleur peut cumuler une plainte pour violation de domicile et les actions de droit civil (réintégrante art. 926 à 929 CC et action en revendication art. 641 al. 2 CC).

2. Les actions possessoires

112. Selon l'art. 927 al. 1 CC, quiconque usurpe une chose en la possession d'autrui est tenu de la rendre, même s'il y prétend un droit préférable. Par le contrat de bail, le locataire devient possesseur de l'objet loué, même s'il s'agit d'une possession dérivée, seul le bailleur étant le possesseur originaire et médiateur. Si le locataire reste dans les lieux après l'échéance du bail, les circonstances de fait relatives à la possession ne se modifient pas et il ne peut y avoir usurpation de la possession⁵⁴. Dès lors, le bailleur ne peut faire procéder à l'expulsion du locataire en fin de bail par le biais de l'action réintégrante (927 et 928 CC)⁵⁵. En

⁵³ ATF 112 IV 31.

⁵⁴ DUCROT, Thèse, p. 56.

⁵⁵ DUCROT, Thèse, p. 56-57, avec référence à la doctrine n. 290.

revanche, le bailleur peut faire valoir l'action réintégrande contre le sous-locataire non autorisé⁵⁶.

3. L'action en revendication

113. Selon l'art. 641 CC, le propriétaire d'une chose a le droit d'en disposer librement, dans les limites de la loi. Selon l'alinéa 2 de cette disposition, il peut la revendiquer contre quiconque la détient sans droit et repousser toute usurpation. Cette action permet au propriétaire d'agir en restitution contre le locataire, respectivement le sous-locataire, ainsi que contre les tiers qui occuperaient les locaux⁵⁷.
114. Comme l'action en revendication est fondée sur le droit de propriété, les tribunaux spécialement institués par les cantons pour traiter des affaires de baux ne sont en principe pas compétents, si seul ce fondement est invoqué. De même, l'art. 113 al. 2 let. c CPC prévoyant qu'il n'est pas prévu de frais judiciaires pour les litiges portant sur des baux à loyer ou à ferme, d'habitation, de locaux commerciaux ou des baux à ferme agricole, ne trouve pas application en la matière.

4. L'action contractuelle

115. Le bailleur et le locataire sont liés par un contrat. A la fin du bail, le locataire doit restituer la chose. S'il ne le fait pas, le bailleur dispose contre le locataire d'une action personnelle en restitution de la chose, fondée sur l'art. 267 CO. Elle est développée dans les lignes qui suivent. La question de l'action contre le sous-locataire est également traitée (*infra*, N 140 ss).

V. La compétence matérielle

116. L'organisation judiciaire demeure de la compétence des *cantons* (art. 122 al. 2 Cst. ; 3 CPC), dans les limites du droit fédéral. Ceux-ci déterminent en principe la compétence matérielle de leurs tribunaux. L'expulsion peut donc relever, selon le canton⁵⁸ et la procédure

⁵⁶ DUCROT, Thèse, p. 60.

⁵⁷ TF du 23.06.2014, 4A_143/2014 cons. 4.1.3.

⁵⁸ TF du 25.08.2011, 4A_278/2011, cons. 2.1, newsletter bail.ch octobre 2011 avec commentaire de CARRON/FÉROLLE.

applicable, d'un tribunal ordinaire (tribunal de première instance ou juge de paix), d'un tribunal des baux, voire même d'un tribunal de commerce.

117. En matière de baux commerciaux, lorsque la valeur litigieuse du recours en matière civile est atteinte (CHF 15'000.- ; art. 74 al. 1 let. a LTF) et que les parties sont inscrites au registre du commerce suisse ou dans un registre étranger équivalent (ou si tel est le cas du seul défendeur et que le demandeur opte pour ce tribunal, art. 6 al. 3 CPC), un éventuel *tribunal de commerce* est compétent (art. 6 al. 2 CPC) si la procédure ordinaire ou sommaire⁵⁹ (cas clair, N 167 ss) est applicable. En revanche, le tribunal de commerce n'a pas la juridiction compétente si la procédure simplifiée doit être retenue (art. 243 al. 3 CPC) en vertu de l'art. 243 al. 2 let. c CPC qui vise à protéger le locataire⁶⁰. Nous verrons plus bas (N 204 ss) que déterminer le champ d'application de la procédure simplifiée et ordinaire n'est pas toujours aisé.
118. Lorsque le canton prévoit la compétence d'un *tribunal des baux* en matière d'expulsion, celui-ci doit entrer en matière sur la base de la demande, alors même que la partie adverse conteste l'existence d'un bail (*fait à double pertinence*⁶¹), à moins que les allégués, les moyens et les conclusions de la demande apparaissent d'emblée spécieux ou incohérents ou s'ils sont réfutés immédiatement et sans équivoque par la réponse et les pièces produites à son appui⁶². Cela signifie que si le tribunal des baux parvient à la conclusion qu'il n'existe pas de bail entre les parties, il peut malgré tout prononcer l'expulsion en faisant application des règles sur le prêt ou la propriété par exemple. Le but est d'obtenir un jugement revêtu de l'autorité de la chose jugée une fois entré en force, et non un simple prononcé d'irrecevabilité⁶³.

⁵⁹ TF du 10.02.2014, 4A_480/2013, cons. 3, destiné à la publication.

⁶⁰ ATF 139 III 457. Sur cet arrêt, voir BOHNET, La procédure simplifiée, arbitre de la compétence respective du tribunal de commerce et du tribunal des baux, Newsletter Bail.ch, décembre 2013.

⁶¹ Pour des développements, voir CPC-BOHNET, art. 60 N 21 ss. Comp. en matière de compétence à raison de la matière dans le domaine du contrat de travail, TF, RSPC 2011 10, JdT 2010 I 439.

⁶² ATF 136 III 486, RSPC 2011 91 ; RSPC 2011 10, JdT 2010 I 439 et les références. Pour un exemple en matière de bail CACI VD, JdT 2012 III 12, 15.

⁶³ ATF 122 III 249, cons. 3b/bb, JdT 1997 I 25 ; CPC-BOHNET, art. 60 N 21 ss.

119. Si une procédure d'expulsion devait être entamée contre la *Confédération*, la compétence serait celle de l'instance cantonale unique au sens de l'art. 5 let. f CPC.

A. Neuchâtel

120. L'organisation judiciaire neuchâteloise en matière civile est particulièrement simple. Toutes les causes relèvent du *tribunal civil* (art. 16 al. 1 OJN), siégeant à juge unique, à moins que le droit fédéral n'impose une instance cantonale unique (art. 5 CPC).
121. Dès lors, sauf le cas hypothétique d'une procédure d'expulsion contre la Confédération (art. 5 let. f CPC ; compétence de la Cour civile, instance cantonale unique), le tribunal civil est compétent en matière d'expulsion, que la procédure ordinaire, simplifiée ou sommaire s'applique (art. 16 al. 1 OJN).
122. A noter que selon l'art. 17a OJN, « Le Tribunal civil est juridiction spéciale en matière de contrat de bail et de contrat de travail ». Cette disposition, dont l'unique but est de permettre la représentation par des mandataires professionnellement qualifiés, autorisés si le droit cantonal le prévoit selon l'art. 68 al. 2 let. d CPC, détourne la règle de son but et est sans portée à notre avis. Cette disposition vise à permettre une représentation élargie lorsque le tribunal est composé de manière paritaire en bail et en travail, ce qui n'est en aucun cas la solution neuchâteloise.

B. Berne

123. Berne retient la compétence du *tribunal régional*, siégeant à juge unique, pour toutes les contestations et affaires d'exécution qui ne relèvent pas expressément de la compétence d'un autre tribunal, indépendamment de la valeur litigieuse (art. 8 al. 1 LiCPM BE, 1^{ère} phrase). Il est dès lors le tribunal de l'expulsion, quelle que soit la procédure applicable, à moins que la cause relève du *tribunal de commerce* (art. 6 al. 1 CPC ; art. 7 al. 1 LiCPM BE ; *supra*, N 117).

C. Fribourg

124. Le *tribunal des baux*, qui siège en principe à trois membres (président et deux assesseurs représentant paritairement bailleurs et locataires ; art. 57 al. 3 LJ FR), est compétent pour connaître des litiges relatifs au

contrat de bail à loyer ou au contrat de bail à ferme non agricole. Cependant, le *président* est seul compétent lorsque la valeur litigieuse est inférieure à CHF 8'000.-, pour les causes soumises à la procédure sommaire et les procédures d'expulsion en matière de bail à loyer et de bail à ferme non agricole, apparemment quelle que soit la procédure applicable (art. 56 al. 2 LJ FR).

125. A notre sens, le tribunal des baux est compétent en cas de demande reconventionnelle en expulsion à l'occasion d'une procédure en annulation du congé ou en constat de la nullité du congé.

D. Vaud

126. Le Tribunal des baux du canton de Vaud, qui siège en principe à trois membres (président et deux assesseurs représentatifs, respectivement, des milieux de propriétaires et des organisations de locataires ; art. 6 al. 1 LJB [Loi du 9 novembre 2010 sur la juridiction en matière de bail, RSV 173.655])⁶⁴ se charge des contestations relatives aux baux à loyers portant sur des choses immobilières, quelle que soit la valeur litigieuse, et aux baux à ferme non agricoles (art. 1 al. 1 et 2 et 2 al. 1 LJB). Seules les procédures d'expulsion pour défaut de paiement du loyer ou du fermage sont exclues de sa compétence et entrent dans la sphère d'attribution du Juge de paix du ressort compétent [art. 5 al. 1 ch. 30 CDPJ (Code de droit privé judiciaire vaudois du 12 janvier 2010, RSV 211.02)].
127. Ces dispositions ont été concrétisées par la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal vaudois⁶⁵. Ainsi, à son sens, la compétence du juge de paix est donnée uniquement, en matière de défaut de paiement, dans les cas où la partie bailleresse agit en expulsion par la voie du cas clair de l'art. 257 CPC ou a pris, devant l'Autorité de conciliation, des conclusions en expulsion, à titre principal ou reconventionnel, ou si

⁶⁴ Le Président siège seul dans les cas visés aux art. 6 al. 3 LJB et 43 al. 1 CDPJ, savoir dans ceux qui ne paraissent pas présenter des difficultés particulières et pour autant que les parties y consentent ; en cas de transactions, désistements et acquiescements hors audience de jugement au fond ; en cas d'irrecevabilité de l'action pour non-versement des avances et sûretés en garantie des frais de procès ; dans les cas prévus à l'art. 132 CPC ; dans les causes manifestement sans objet ; dans les procédures sommaires au sens des art. 248 et suivants CPC.

⁶⁵ Voir, notamment, JdT 2012 III 126, CdB 3/2012 97 ; CACI 1^{er} avril 2014/252, et les réf.

celles-ci résultent clairement des circonstances⁶⁶. Ainsi, si le locataire conteste le congé donné en application de l'art. 257d CO, et saisit la Commission de conciliation, dite commission délivrera une autorisation de procéder devant le tribunal des baux, si le bailleur s'est limité à conclure à la validité du congé et au rejet des prétentions du locataire sans prendre de conclusion en expulsion.

E. Valais

128. Le *tribunal de district*, siégeant à juge unique (art. 10 al. 2 LOJ VS), est compétent pour connaître des affaires civiles et statuer sur les requêtes de mesures provisionnelles, sauf lorsque la loi attribue expressément une compétence à une autre autorité (art. 4 al. 1 LACPC VS). C'est donc lui qui prononce l'expulsion, quelle que soit la procédure applicable.

F. Genève

129. Le *Tribunal des baux et loyers*, juridiction du tribunal civil, qui siège dans une composition de trois membres, avec un juge qui le préside et deux juges assesseurs représentant les locataires et les bailleurs (art. 88 LOJ GE), connaît des litiges relatifs au contrat de bail à loyer et au contrat de bail à ferme non agricole notamment (art. 89 al. 1 LOJ GE). Il est le juge de l'expulsion, quelle que soit la procédure applicable. Selon l'art. 30 al. 2 LaCC GE, le tribunal des baux et loyers peut, avec l'accord des parties, les reconvoquer en présence de représentants du département chargé du logement et de représentants des services sociaux. L'al. 3 précise que « *Lorsqu'il est appelé à statuer sur l'exécution d'un jugement d'évacuation d'un logement, il siège en présence de ces représentants* ».

G. Jura

130. Le *Président du Tribunal des baux à loyer et à ferme*, juridiction du tribunal de première instance est compétent pour connaître des requêtes

⁶⁶

Tel est le cas lorsque la partie bailleuse a manifesté de manière suffisamment claire, par exemple en retirant une requête d'expulsion devant le Juge de paix, qu'elle entendait que la procédure se poursuive devant la Commission de conciliation ; s'il subsiste un doute sur les intentions du bailleur, il appartient à ladite autorité d'interpeller ce dernier en application de l'art. 56 CPC (CACI VD 1^{er} avril 2014/252 et les réf.).

d'expulsion de locataires ou de fermiers notamment (art. 29 al. 2 LTBLF JU), apparemment quelle que soit la procédure applicable. A notre sens, le tribunal des baux à loyer et à ferme est compétent en cas de demande reconventionnelle en expulsion à l'occasion d'une procédure en annulation du congé ou en constat de la nullité du congé.

VI. Le for

131. En matière d'expulsion du locataire, le for est au *lieu de situation de l'immeuble* (art. 33 CPC). Ce for vaut pour la demande fondée sur la fin du bail. Il vaut également lorsque le bailleur invoque cumulativement son droit de propriété (N 175), le for de l'art. 33 CPC s'imposant dans la mesure où ce fondement est prépondérant⁶⁷. A notre sens, dès l'instant où le bailleur fait valoir que la personne à expulser était locataire, c'est le for de l'art. 33 CPC qui est déterminant, même si le demandeur n'invoque expressément que son droit de propriété : le juge applique le droit d'office (art. 57 CPC).
132. Le for de l'art. 33 CPC est *partiellement impératif* en matière d'habitations et de locaux commerciaux (art. 35 al. 1 let. b CPC). Cela signifie que le locataire ne peut y renoncer à l'avance ou par acceptation tacite (art. 35 al. 1 CPC). Une prorogation de for est en revanche admissible pour un terrain nu ou un autre immeuble.
133. Si le demandeur n'était *pas dans une relation de bail* avec le possesseur, la demande d'expulsion se fonde en principe sur les droits réels (à moins d'une relation de prêt par exemple). Le for est le lieu d'inscription de l'immeuble au registre foncier (art. 29 al. 1 let. a CPC). Ce for vaut aussi en cas de demande dirigée contre un *sous-locataire* récalcitrant (controversé, voir N 140).

VII. Les notifications

134. Si le procès se déroule au lieu de situation de l'immeuble et porte sur l'expulsion d'un locataire qui donc, par définition, occupe encore les locaux, il n'est pas rare que celui-ci ne soit *plus physiquement dans les*

⁶⁷ ATF 137 III 311.

lieux au moment du procès. Les notifications interviennent en principe au domicile des parties⁶⁸.

135. Cependant, tant que le procès n'a pas débuté, un pli qui n'est pas retiré dans le délai de 7 jours de l'art. 138 al. 3 let. a CPC n'est pas réputé notifié, le locataire ne devant pas s'attendre à la notification⁶⁹. Il faut dans ce cas passer par une remise par la police ou un huissier. A défaut, si le locataire est introuvable malgré des recherches, une notification par *voie édictale* est nécessaire.
136. Si le locataire habite à l'*étranger* mais n'a pas quitté les lieux, il faut passer par une notification en matière internationale⁷⁰.

VIII. Les parties

A. Personnes habitant avec le locataire

137. La procédure d'expulsion oppose les parties au contrat de bail. L'ordre d'évacuer fait au locataire vaut pour l'*ensemble des biens* qui garnissent les locaux et des *personnes* qui habitent avec le locataire sans être eux-mêmes locataires (enfants, membres de la famille, amis qui occupent les lieux, le concubin et autres auxiliaires de la possession⁷¹).
138. En revanche, selon la jurisprudence, le *conjoint* (ou désormais le partenaire enregistré) doit être attiré à la procédure d'expulsion visant le logement de famille, vu ses droits résultant des art. 266m à 226o CO⁷². Comme le congé non notifié séparément au conjoint ou au partenaire enregistré ou qui n'a pas fait l'objet d'un avis comminatoire séparé est nul (art. 266o CO), il semble logique qu'il puisse être contesté par les personnes qui bénéficient du régime légal, d'où la

⁶⁸ CPC-BOHNET, N 133 N 9. Un bail prévoyant que toute notification se fait à l'immeuble et en matière judiciaire au greffe du tribunal n'a pas de portée en procédure, les règles du CPC étant en principe impératives. Pour des développements, voir BOHNET, Les clauses procédurales abusives, in : Bohnet, Le nouveau droit des conditions générales et pratiques commerciales déloyales, Neuchâtel 2012, p. 72 s.

⁶⁹ ATF 138 III 225, cons. 3.1.

⁷⁰ Voir les renseignements sur www.elorge.admin.ch.

⁷¹ LACHAT, p. 817 ; DUCROT, Thèse, p. 302 ; CPra Bail-AUBERT, art. 267 CO N 54.

⁷² TF, SJ 2000 I 6 ; CPra Bail-AUBERT, art. 267 CO N 54 ; LACHAT, Bail, p. 817.

nécessité d'agir à leur encontre (le cas échéant séparément) pour obtenir leur expulsion⁷³.

139. Par ailleurs, les personnes qui occuperaient les locaux *sans dépendre du locataire* devraient faire l'objet d'une procédure propre, fondée en principe sur les droits réels.

B. Sous-locataires

140. A notre avis, l'expulsion du locataire vaut également contre les *sous-locataires* ou autres partenaires contractuels qui n'auraient des droits qu'à l'encontre du locataire⁷⁴. Cette solution est certes, comme le relèvent BISE et PLANAS, pragmatique, mais repose également sur l'obligation de restitution du locataire. Le sous-locataire ne peut en effet avoir plus de droit que le locataire. Pour LACHAT notamment, il s'agit d'éviter au bailleur de devoir subir un « parcours du combattant » pour obtenir le départ du sous-locataire. Le Tribunal fédéral a d'ailleurs admis que le sous-locataire apparaissait, sous le plan de la responsabilité, comme un auxiliaire du locataire⁷⁵. Au même titre que le parent, le concubin ou d'autres occupants de l'appartement, le sous-locataire doit dès lors pouvoir se voir opposer le prononcé d'expulsion rendu à l'encontre du locataire.
141. Pour d'autres auteurs⁷⁶, le bailleur doit agir contre le sous-locataire en invoquant son droit de propriété pour obtenir l'expulsion du sous-locataire.
142. Le fait de savoir si le bailleur dispose d'une *action de nature contractuelle* en expulsion à l'encontre du sous-locataire fait également l'objet d'une controverse. Juridiquement, il n'existe en principe aucune relation entre le bailleur principal et le sous-locataire. La loi indique de manière expresse les cas dans lesquels le bailleur peut s'adresser

⁷³ Comp. TF du 19.03.2007, 5P.25/2007, RSPC 2007 308.

⁷⁴ LACHAT, p. 580 N 98 ; CPra Bail-BISE/PLANAS, art. 202 CO N 86 ; SAVIAUX, p. 103 ss. ; TC VD JdT 2001 III 13. DUCROT, Thèse, p. 295, réserve pertinemment le cas de la sous-location abusive, opposable au bailleur principal, art. 273b al. 2 CO. La problématique est controversée, voir TF, SJ 2000 I 6, et les références.

⁷⁵ ATF 117 II 65, JdT 1992 I 398.

⁷⁶ HIGI, ad art. 273b CO N 21 et ad art. 274g CO N 13 ; EGGER ROCHAT GWENDOLINE, Les squatters et autres occupants sans droit d'un immeuble, Thèse, Lausanne 2002, p. 350 ; EGGER ROCHAT GWENDOLINE, note in : JdT 2001 III 19.

directement au sous-locataire (art. 262 al. 3, 268 al. 2 CO)⁷⁷. Or le droit d'exiger son départ ne figure pas parmi eux.

143. Pour une partie de la doctrine, comme il n'y a aucune relation contractuelle entre le bailleur principal et le sous-locataire, le bailleur principal ne dispose pas d'une action contractuelle en expulsion contre le sous-locataire⁷⁸.
144. Dans ce cas-là, le bailleur doit ouvrir action sur la base de l'art. 641 CO, soit en revendication.
145. Pour d'autres, le droit du bailleur principal d'agir en expulsion contre le sous-locataire trouve son assise à l'art. 262 al. 3 CO⁷⁹. En effet, selon l'art. 262 al. 3 CO, le bailleur peut s'adresser directement au locataire à l'effet de l'obliger à n'employer la chose qu'à l'usage autorisé par le bail principal⁸⁰. Dans la mesure où le bail principal a pris fin, on peut comprendre la notion « d'usage » dans un sens des plus général qui englobe également la restitution de celui-ci à la fin du bail.
146. On pourrait, également en retenant une stipulation pour autrui parfaite (art. 112 al. 2 CO) du sous-locataire en faveur du bailleur principal selon laquelle il s'engage à respecter le cadre général du bail principal et donc à quitter les lieux à la fin de celui-ci⁸¹, admettre une action directe contractuelle du bailleur à l'encontre du sous-locataire. Il serait déraisonnable d'imposer au bailleur d'agir par le biais d'une action en revendication au sens de l'art. 641 CO, procédure plus longue et plus coûteuse.
147. De plus, se poserait alors la question d'une sous-sous-location. En effet, si le sous-locataire sous-loue à son tour, et cela avec l'accord tant du

⁷⁷ ATF 120 II 112, cons. 3b/cc/bbb, JdT 1995 I 202.

⁷⁸ HIGI, ZK N 21 ad art. 273b CO et N 13 ad art 274g CO ; DUCROT, Thèse, p. 60. Voir aussi TC FR, RFJ 2003 232. LACHAT qui soutenait précédemment cette thèse (La sous-location in : SJ 1997 482) admet cette fois l'opposabilité du jugement d'expulsion à l'encontre du sous-locataire. Voir Bail à loyer, p. 590, n. 98.

⁷⁹ LACHAT, Bail à loyer, p. 580 n. 98 ; SAVIAUX, p. 104 et 105.

⁸⁰ Le Tribunal fédéral retient que la construction contractuelle soutenue par CERUTTI, Der Untervertrag, th. Fribourg 1990, p. 118 n. 474 s, et contestée par ZK-HIGI, art. 262 CO N 27 et ZK-SCHMID, art. 264 aCO N 20, est à tout le moins soutenable (ATF 120 II 112, cons. 3b/cc/dd, JdT 1995 I 202).

⁸¹ Hypothèse que leur collègue BLAISE CARRON a évoqué aux auteurs de la présente contribution.

sous-bailleur que du bailleur principal, il ne dispose que d'un droit de nature contractuelle sur la chose. Ainsi le sous-bailleur qui n'est pas propriétaire ne peut pas recourir à l'action en revendication de l'art. 641 CO. Si l'on refuse au sous-bailleur l'action contractuelle directe contre le sous-sous-locataire, celui-ci se trouve privé de toute action à l'encontre du sous-sous-locataire.

148. *A contrario*, cela paraît démontrer qu'il faut à tout le moins admettre que le jugement d'expulsion rendu à l'encontre d'un locataire est opposable à un sous-locataire.

C. Pluralité de parties

149. En cas de *pluralité* de bailleurs ou de locataires, la situation se présente comme suit. La restitution des locaux étant une *prétention indivisible*⁸², elle est due par *chaque locataire* à la fin du bail (art. 70 al. 2 CO) et le bailleur peut exiger la restitution de chaque locataire. S'il veut pouvoir imposer l'exécution à tous, il doit cependant disposer d'un prononcé contre chacun des locataires (le cas échéant actionnés séparément), l'ordre d'évacuer ne valant manifestement qu'à l'encontre du locataire partie à la procédure⁸³. Il suffirait sinon au bailleur d'agir contre un colocataire ne contestant pas la validité du congé pour obtenir un acquiescement à la demande d'expulsion et une exécution forcée contre un locataire non partie à la procédure. En d'autres termes, une action contre un seul des locataires n'a véritablement de sens que lorsque les autres ne s'opposent pas au départ, notamment si certains ont déjà déménagé ou n'ont jamais vécu dans la chose louée⁸⁴.
150. Quant aux *cobailleurs*, ils peuvent agir seuls au profit de tous (art. 70 al. 1 CO) ou comme consorts nécessaires formels (art. 70 CPC), sous

⁸² TF, arrêt du 03.07.2006, 4C.103/2006, cons. 4.1 ; TF, arrêt du 02.06.2004, 4C.17/2004, cons. 4.3.

⁸³ L'arrêt du TF in : SJ 2000 I 6 va dans ce sens il nous semble. Voir aussi MAX GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3^e éd., Zurich 1979, p. 297 n. 3, pour les actions réelles. L'arrêt du 02.06.2004, 4C.17/2004, cons. 4.3 est hésitant. *Contra*, DUCROT, Thèse, p. 148 et 302, qui cite lui aussi GULDENER, p. 297 n. 3 ; le même, 14^e Séminaire, p. 19.

⁸⁴ BURKHALTER/MARTINEZ FAVRE, Co-SVIT, p. 438 ; CPra Bail-AUBERT, art. 267 CO N 5 et 50.

réserve des cas de communauté en main commune (hoirie par exemple) qui impliquent une action concertée⁸⁵.

IX. Le moment

151. L'expulsion est demandée lorsque le locataire *viole son obligation de restituer la chose*. Cependant, il est admissible d'agir *avant la date* de la fin du bail, et donc l'exigibilité de la créance, lorsque le locataire a manifesté clairement le fait qu'il ne restituerait pas les locaux à cette date. Dans un tel cas, un intérêt à agir doit être retenu (art. 59 al. 2 let. a CPC)⁸⁶. Le prononcé ne saurait en revanche prévoir une date d'expulsion antérieure à la fin du bail, moment qui correspond à l'exigibilité de la créance⁸⁷.
152. Ainsi, même si le locataire n'a pas contesté le congé ou n'a pas fait opposition à une proposition de jugement qui validait le congé, l'expulsion ne peut pas être prononcée avant l'expiration du bail, respectivement l'échéance de la prolongation accordée.

X. Les principes généraux en matière de choix de la procédure

A. Mesures provisionnelles

153. Une expulsion par la voie des mesures provisionnelles est envisageable sous l'empire du CPC si elle respecte les conditions de l'art. 261 CPC. Le requérant doit rendre vraisemblable qu'un droit dont il se prétend titulaire est l'objet d'une *atteinte* ou risque de l'être et que cette atteinte est susceptible d'entraîner un *préjudice difficilement réparable*.
154. Si tel est le cas, le juge ordonne l'expulsion si, au terme d'une *pesée des intérêts*⁸⁸, il s'avère qu'il s'agit de la *mesure nécessaire*.
155. Compte tenu de la gravité de la mesure, celle-ci ne se justifie sous le nouveau droit que lorsque l'atteinte aux droits du bailleur est crasse, en

⁸⁵ CPra Actions-BOHNET, § 78 N 23 et les réf. DUCROT, 14^e Séminaire, p. 18.

⁸⁶ TF, MP 1998 184 ; OGer AG, MP 1997 45. CPra Bail-AUBERT, art. 267 CO N 54. HOHL, expulsion, p. 46 ; la même, Procédure civile, Tome 1, Berne 2001, n. 148 ; LACHAT, p. 816.

⁸⁷ TF, MP 1998 184.

⁸⁸ CPC-BOHNET, art. 261 N 17 ; ATF 131 III 473, cons. 2.3, RSPC 2006 69.

particulier si le locataire menace de porter atteinte à l'appartement ou de s'en prendre à l'immeuble ou aux personnes y habitant ou a débuté de tels agissements⁸⁹.

156. En revanche, une expulsion par mesures provisionnelles ne justifie pas du seul fait que le locataire ne paie pas depuis de nombreux mois ou que les locaux ont d'ores et déjà été reloués⁹⁰ : la voie du cas clair, qui permet d'ores et déjà une expulsion rapide, assure la protection nécessaire dans ce type de situations. Les mesures provisionnelles *ne peuvent pas parer à l'absence de cas clair*.
157. La mesure peut le cas échéant porter uniquement sur une *interdiction d'occuper l'appartement*, sans expulsion de l'ensemble des biens.
158. Une expulsion à titre de mesures provisionnelles n'est *pas définitive* sous l'empire du CPC, contrairement à la solution retenue par certains cantons sous l'ancien droit⁹¹. Dès lors, quand la procédure au fond n'est pas encore pendante au moment où les mesures sont accordées, le tribunal impartit au requérant un *délai* pour le dépôt de la demande, sous peine de caducité des mesures ordonnées (art. 263 CPC). Par ailleurs, elles cessent de déployer leurs effets dès qu'un jugement définitif sur la question au fond est intervenu (art. 268 al. 2 CPC).

B. Cas clair ou procédure ordinaire et simplifiée

159. *Faute de départ* du locataire à la fin du bail, le bailleur est contraint de saisir les tribunaux pour récupérer son bien. Il dispose toujours du *choix* entre *deux procédures*, l'une plus expéditive, mais qui suppose une situation factuelle et juridique limpide, l'autre moins rapide, qui débute par une conciliation préalable et qui permet une procédure probatoire complète⁹².

⁸⁹ Locataire violent ou qui menace de mort ses voisins, décisions vaudoises citées par BYRDE, 13^e Séminaire, p. 37 n. 205.

⁹⁰ Pour des prononcés sur cette base sous l'ancien droit vaudois, voir BYRDE, 13^e Séminaire, p. 37 n. 206 s.

⁹¹ Pour des références, voir HOHL, expulsion, p. 55.

⁹² ATF 138 III 728, cons. 3.3 ; TF du 09.09.2013, 4A_592/2012, cons. 5 : « La procédure sommaire prévue par l'art. 257 CPC est une alternative aux procédures ordinaire ou simplifiée normalement disponibles, destinée à offrir à la partie demanderesse, dans les cas dits clairs, une voie particulièrement simple et rapide » ; TF du 22.08.2013, 4A_141/2013, SJ 2014, cons. 2.2.2.

160. La procédure du *cas clair* (art. 257 CPC) doit être *privilegiée*. Elle est rapide, sans conciliation préalable (art. 198 let. a CPC), et aboutit en cas de succès à une décision revêtue de l'autorité de la chose jugée une fois entrée en force⁹³. Ce n'est que dans les cas où le bailleur sait que la situation juridique ou factuelle n'est pas évidente qu'il doit se rabattre sur la procédure ordinaire ou simplifiée. Il peut aussi privilégier une procédure débutant par une conciliation s'il souhaite trouver une solution particulière avec son locataire.
161. Faute de cas clair, le bailleur doit, pour l'expulsion, se rabattre sur la procédure *ordinaire* (art. 219 ss CPC) ou *simplifiée* (art. 243 ss CPC). Un *canton* ne peut pas soumettre l'expulsion à la procédure sommaire en dehors du cas clair⁹⁴.
162. Le choix entre la procédure ordinaire ou simplifiée n'est pas évident et fait l'objet d'une *controverse* doctrinale (N 209). Dans tous les cas, le procès débute alors par une tentative de conciliation devant une autorité de conciliation (art. 197 CPC), de nature paritaire (art. 200 al. 2 CPC).
163. Lorsque le même juge est compétent pour traiter des causes en procédures sommaire, simplifiée ou ordinaire, voire même pour tenter la conciliation préalable, il doit interpréter l'acte (art. 52 CPC) et le cas échéant faire usage de son *devoir d'interpellation* (art. 56 CPC) quand il ne peut pas déterminer de quelle procédure le demandeur entend faire usage⁹⁵. Le Tribunal ne peut pas avoir spontanément recours à la procédure la plus avantageuse pour le requérant. Il doit si nécessaire lui demander en des termes simples quelle procédure il a entendu entamer.
164. Une fois l'expulsion requise, soit par une requête en justice pour le cas clair, soit par le dépôt d'une requête de conciliation, la *litispendance* (art. 63 CPC) bloque le dépôt d'une demande portant sur le même objet par l'autre voie de droit (art. 64 al. 1 let. a CPC)⁹⁶, que cela soit la

⁹³ ATF 138 III 620, SJ 2013 283 ; TF du 22.08.2013, 4A_141/2013, SJ 2014, cons. 2.2.2 ; Message CPC, FF 2006 6959 ; CPC-BOHNET, art. 257 N 23.

⁹⁴ ATF 139 III 38, résumé sur bail.ch : Les travaux préparatoires du CPC font clairement état de la volonté du législateur de ne permettre l'expulsion d'un locataire en procédure sommaire que s'il existe un cas clair au sens de l'art. 248 let. b CPC en relation avec l'art. 257 CPC.

⁹⁵ ATF 138 III 728, cons. 3.3 ; ATF 138 III 620, SJ 2013 283 ; TF du 10.04.2012, 4A_87/2012, cons. 3.1.1 ; CPC-BOHNET, art. 257 N 19.

⁹⁶ TF du 22.08.2013, 4A_141/2013, SJ 2014, cons. 2.2.2 : « Le demandeur qui a ouvert action sur la base de l'art. 257 CPC se verra opposer l'exception de litispendance s'il

même ou une autre autorité⁹⁷. Si une requête de conciliation est déposée, l'instance est introduite et maintenue jusqu'à l'échéance du délai légal pour déposer la demande. L'instance n'est périmée qu'à l'échéance dudit délai⁹⁸. Auparavant, une requête d'expulsion par la voie du cas clair n'est pas recevable.

C. Expulsion et procédure en annulation du congé

165. L'expulsion peut être demandée alors même que, de son côté, le locataire a agi en *annulation du congé* ou en constat de la nullité du congé. L'objet n'est en effet pas identique⁹⁹. Compte tenu du caractère connexe des actions, il se justifie cependant à notre sens¹⁰⁰ de *suspendre* (art. 126 CPC) la procédure en annulation du congé, déjà au stade de la conciliation, dans l'attente du prononcé en expulsion par la voie du cas clair¹⁰¹. Dans cette procédure, la question de la validité du congé (nullité et annulabilité) est examinée à titre préjudiciel (*Vorfrage*)¹⁰², sous l'angle de la simple possibilité pour le motif d'annulation (N 172), la preuve stricte de la validité devant en revanche être apportée (N 171).
166. L'expulsion peut aussi être demandée à titre *reconventionnel*, à condition qu'elle soit soumise à la même procédure que la demande principale (art. 224 al. 3 CPC ; N 209) et au même tribunal, ce qui n'est pas toujours le cas (N 120 ss). Si la situation est limpide, mieux vaut opter pour le cas clair (N 167 ss) plutôt que de prendre des conclusions

dépose contre le même défendeur, selon la procédure ordinaire, une demande portant sur le même objet, alors que la première procédure est pendante. Il doit en aller de même lorsque, comme en l'espèce, le demandeur a d'abord ouvert action selon la procédure ordinaire, avant de déposer une requête sur la base de l'art. 257 CPC. Par l'exception de litispendance, priorité est donnée à la première instance ouverte, quelle que soit la procédure choisie ».

⁹⁷ TF du 22.08.2013, 4A_141/2013, SJ 2014, cons. 2.2.1.

⁹⁸ Sur la péremption de l'instance, voir BOHNET, Autorisation de procéder et péremption de l'instance (*Erlöschen der Rechtshängigkeit*) en matière d'action formatrice, RSPC 2014 395.

⁹⁹ OGer ZH ZR 2011 166 N 54, MRA 2012 34. Voir aussi TF du 10.05.2012, 4A_187/2012, qui relate les procédures cantonales. Idem : TF du 28.05.2014, 4A_252/2014.

¹⁰⁰ BOHNET/CONOD, 17^e Séminaire, N 50.

¹⁰¹ Dans ce sens, COLOMBINI, note in : JdT 2011 III 83, N 4a et TANNER, p. 316. Laissé en suspens dans l'arrêt OGer ZH ZR 2011 166 N 54, MRA 2012 34.

¹⁰² OGer ZH ZR 2011 166 N 154, MRA 2012 34.

reconventionnelles dans une procédure simplifiée en annulation du congé. L'on s'expose sinon à se voir opposer la litispendance (art. 62 al. 1, 64 al. 1 let. a CPC)¹⁰³.

XI. L'expulsion par le cas clair

A. Conditions

1. Les faits

167. Le cas clair suppose un état de fait *non litigieux* ou *susceptible d'être immédiatement prouvé* (art. 257 al. 1 let. a CPC)¹⁰⁴.
168. Ne sont pas litigieux les faits que le défendeur ne *conteste pas* dans sa prise de position orale ou écrite. En revanche, on ne peut pas déduire le caractère non litigieux du défaut du défendeur¹⁰⁵.
169. L'expulsion suppose que le bail soit *parvenu à son terme*, et que le locataire ne soit pas parti à son échéance, ou qu'il ait d'ores et déjà annoncé de manière claire qu'il ne partirait pas à l'échéance (N 151).
170. En matière de congé, si le demandeur allègue par *exemple* avoir mis en demeure le locataire à une certaine date, avoir ensuite résilié à l'échéance du délai comminatoire et déposé copie de ses plis mentionnant l'envoi en recommandé (même sans l'avis *track and trace* de la poste), la notification devrait être admise, au plus tard 8 jour plus tard pour la mise en demeure, sauf contestation expresse du défendeur. Tel devrait aussi être le cas si celui-ci est absent à l'audience. Le fait de ne déposer qu'une copie recto de la résiliation ne devrait pas plus remettre en cause la validité du congé, sauf contestation du défendeur, avec preuve à l'appui de l'invocation du vice de forme.
171. Le cas clair exige la *preuve stricte* des faits qui fondent la prétention du requérant¹⁰⁶. Est donc susceptible d'être immédiatement prouvé un état

¹⁰³ TF du 22.08.2013, 4A_141/2013, SJ 2014, cons. 2.2.2.

¹⁰⁴ ATF 138 III 123, cons. 2.1 ; TF du 07.11.2011, 4A_585/2011 ; BOHNET/CONOD, 17^e Séminaire, N 45, et les références.

¹⁰⁵ CPC-BOHNET, art. 257 N 7.

¹⁰⁶ ATF 138 III 620, cons. 5.1.1, SJ 2013 283. Sur la notion de preuve stricte, voir ATF 133 III 153, cons. 3.3 ; 128 III 271, cons. 2b/aa.

de fait établi par des *preuves liquides*, essentiellement des titres¹⁰⁷ (avant tout des documents écrits, mais aussi des enregistrements audio ou vidéo), voire la déposition d'un témoin ou d'une partie, aux conditions décrites ci-après (N 197). Ce n'est pas le cas lorsque la situation factuelle est relativement confuse et nécessite une administration complète des preuves¹⁰⁸.

172. La *contestation du défendeur*¹⁰⁹ est susceptible de remettre en cause le caractère liquide de la prétention lorsque les *faits invoqués* par le demandeur sont contredits de manière non frivole par les preuves apportées par son adversaire ou que celui-ci y oppose des *faits extinctifs* ou *dirimants* (objections) ou des *exceptions* (prescription ; inexigibilité) dont le juge ne peut pas exclure la pertinence et qui sont soutenus par des propositions de preuve qui ne semblent pas d'emblée sans portée¹¹⁰.
173. C'est par *exemple* le cas en matière d'expulsion si le défendeur conteste avoir reçu l'avis comminatoire imposé par l'art. 257d CO et que le demandeur ne peut pas démontrer sa *réception*. Il en va de même si le demandeur ne peut démontrer avoir envoyé une formule officielle de résiliation¹¹¹. En revanche, si un locataire conteste que le pli qu'il a reçu contenait une résiliation, il doit alors prouver le contenu qu'il avait en réalité¹¹². Le cas clair doit être refusé lorsque le défendeur démontre avoir invoqué la *compensation*¹¹³ de sa dette de loyer avec une créance rendue crédible. Tel est le cas si le locataire a prétendu (et allégué de manière suffisante en procédure) à une baisse de loyer, compte tenu de divers éléments dont le bailleur ne peut démontrer qu'ils sont à l'évidence infondés¹¹⁴. En revanche, si le défendeur se prévaut d'une

¹⁰⁷ ATF 138 III 123, cons. 2.1.1 ; 138 III 620, cons. 5.1.1, SJ 2013 283.

¹⁰⁸ Comp. TF du 09.09.2013, 4A_592/2012, cons. 6 ; N 199.

¹⁰⁹ Sur les différents moyens de fond du défendeur, voir les développements de DUCROT, Thèse, p. 220 ss ; le même, 14^e Séminaire, p. 12 ss.

¹¹⁰ ATF 138 III 620, cons. 5.1.1, SJ 2013 283 : « il suffit, pour nier le cas clair, que le défendeur fasse valoir des objections motivées et concluantes que les faits ne permettent pas de réfuter de manière immédiate et qui sont de nature à ébranler la conviction du juge » ; pour un exemple : TF du 03.04.2012, 4A_7/2012, cons. 2.4.3.

¹¹¹ TF du 15.04.2014, 4A_588_2013, cons. 2.4.

¹¹² TF du 20.09.2011, 4A_447/2011. Voir aussi TF, RSPC 2008 255 ; ATF 124 V 400, cons. 2c.

¹¹³ Voir OGer ZH, ZR 2011 166 N 54, MRA 2012 34.

¹¹⁴ TF du 03.04.2012, 4A_7/2012, cons. 2.4.

déclaration de compensation intervenue après l'échéance du délai comminatoire, son moyen est dénué de toute portée et ne s'oppose pas au prononcé du cas clair¹¹⁵. Le défendeur peut faire valoir la *conclusion d'un nouveau bail* oral et démontrer qu'une discussion a eu lieu entre les parties, qu'un accord est intervenu sur les paiements et sur un report d'une expulsion et que pour le reste, l'écrit qui résume cette discussion n'est pas limpide¹¹⁶.

2. La situation juridique claire

174. Il y a situation juridique claire au sens de l'art. 257 al. 1 let. b CPC lorsque la norme s'applique au cas concret et y déploie ses effets de manière évidente, sur la base d'une doctrine et d'une jurisprudence éprouvées¹¹⁷. Tel n'est pas le cas lorsque l'application d'une norme exige une décision en équité ou relève de l'appréciation¹¹⁸.
175. Le bailleur peut invoquer son droit à la restitution des locaux en invoquant l'art. 267 CO, ou, le cas échéant, son droit de propriété (art. 641 CO)¹¹⁹. On conçoit aisément le cas clair en cas de résiliation ordinaire¹²⁰ n'ayant pas fait l'objet (dans le délai légal) d'une procédure d'annulation, lorsque les conditions formelles de validité du congé sont réunies. C'est aussi le cas lors d'une fin conventionnelle du bail¹²¹. De

¹¹⁵ TC NE, CACIV 2011.56.

¹¹⁶ OGer BE du 02.05. 2011, ZK 11 207. Pour un cas où le début d'une preuve n'a pas été apporté : TF du 05.08.2013, 4A_192/2013, cons. 4.4. Sur l'absence d'indice d'un accord de prolongation, retenu devant l'instance précédente : TF du 19.11.2013, 4A_310/2013. Sur l'absence de la conclusion d'un nouveau bail : TF du 28.11.2011, 4A_519/2011, cons. 3. Pour un examen de la problématique en général, voir DUCROT, Thèse, p. 246 s. ; le même, 14^e Séminaire, p. 17.

¹¹⁷ ATF 138 III 123, cons. 2.1 ; TF du 20.09.2011, 4A_447/2011 ; Message CPC, FF 2006 6959 ; BOHNET/CONOD, 17^e Séminaire, N 45, et les références.

¹¹⁸ ATF 138 III 123, cons. 2.1.2 : la question de savoir si l'invocation d'un vice de forme (exercice d'un droit d'option) est constitutive d'un abus de droit exige une prise en considération de l'ensemble des circonstances et ne peut conduire à un résultat sans ambiguïté.

¹¹⁹ CPra Bail-AUBERT, art. 267 CO N 47 ; DUCROT, 14^e Séminaire, p. 11. Comp. TF 4A_318/2009. La réintégrande (art. 927 CO) n'est pas envisageable contre un locataire, faute d'usurpation, voir DUCROT, Thèse, p. 56 ; HOHL, expulsion, p. 44 ; CPra Actions-BOHNET, § 54 N 2 ; TC FR, RFJ 2003 232.

¹²⁰ Voir OGer AG du 17.10.2011, ZSU.2011.331.

¹²¹ TF du 05.08.2013, 4A_192/2013, cons. 4.4.

même lors d'une résiliation fondée sur l'art. 257d CO, dont la preuve du respect des conditions peut être aisément apportée¹²². Les conditions du congé fondé sur l'art. 257f CO peuvent aussi être démontrées par titre dans certaines situations limpides. La situation se complique en revanche en cas de congé fondé sur les justes motifs de l'art. 266g CO, qui relèvent fréquemment du pouvoir d'appréciation du juge, en particulier pour les conséquences du congé. On ne peut cependant pas exclure que des cas soient évidents, par exemple lorsque le bailleur habitant dans l'immeuble a été condamné pénalement pour des actes graves à l'encontre d'un locataire.

176. La simple *défense de façade* (« *sog. Schutzbehauptungen* »)¹²³ ne remet pas en cause la clarté juridique du cas. Comme nous le relevions lors du 17^e Séminaire, en cas d'arguments de droit non voués à l'échec, le cas clair doit être refusé. Il est rare cependant qu'ils ne soient pas entremêlés d'éléments factuels. A leur égard, on peut attendre du défendeur, qu'il s'agisse d'objections ou d'exceptions, qu'il mentionne les preuves les concernant et rende vraisemblable qu'une administration de preuves « complexe » (réquisition de pièces ; témoignage ; expertise) sera nécessaire pour trancher la question¹²⁴.
177. Est une défense de façade le seul fait de contester sans début de justification crédible, le congé par le dépôt d'une *requête en annulation*, en particulier en cas de résiliation extraordinaire, par exemple pour défaut de paiement (art. 257d CO)¹²⁵. La situation juridique est ainsi claire lorsque le locataire soutient que le congé doit être annulé parce qu'il a payé avec 8 jours du retard son arriéré, alors qu'un tel retard exclut cette annulation¹²⁶. Serait également voué à l'échec l'argument selon lequel le congé est abusif alors que celui-ci n'a pas été attaqué

¹²² C'est le cas lorsqu'une première requête a été rejetée et que le bailleur notifie un nouveau congé pour non-paiement du loyer, TF du 10.05.2012, 4A_187/2012.

¹²³ TF du 12.02.2011, 5A_645/2011, cons. 1.2. Voir également TF du 03.04.2012, 4A_7/2012, cons. 2.4. BOHNET, Contestation des faits par le défendeur, Newsletter bail.ch décembre 2012.

¹²⁴ Voir CPC-BOHNET, art. 257 N 12 ; Message CPC, 6959. Pour des développements : TANNER, p. 279 s.

¹²⁵ TC NE, CACIV 2011.56 ; TC VD, CACI 18.08.2011/199, JdT 2011 III 146 ; TC VD, CACI 14.09.2011, CdB 2012 25.

¹²⁶ TF du 07.11.2013, 4A_549/2013. Voir cependant TF du 10.05.2012, 4A_187/2012, qui relate les procédures cantonales précédentes : refus du cas clair par le juge de paix en cas de paiement de l'arriéré un jour après l'échéance du délai comminatoire.

valablement dans le délai de déchéance de l'art. 273 CO¹²⁷. Sont aussi voués à l'échec des arguments sans pertinence, censés démontrer le caractère abusif du congé¹²⁸. Le Tribunal fédéral retient enfin que le fait d'*invoquer un bail* pour s'opposer à une résiliation tout en admettant que la cession du bien était intervenue à titre gratuit était dépourvu de fondement¹²⁹.

B. Procédure

1. Introduction de l'instance

178. L'instance du cas clair, jugée en procédure sommaire (art. 257 al. 1 CPC) s'ouvre par une *simple requête* en justice (art. 252 CPC), sans préalable de conciliation (art. 198 let. a CPC)¹³⁰.
179. Une lettre qui présente simplement l'objet du litige et les conclusions du requérant est suffisante¹³¹. Ainsi, le bailleur peut se contenter d'alléguer les faits qui permettent au juge de retenir que le bail a pris fin et que le locataire occupe sans droit les locaux. Par exemple, il indiquera que le locataire n'a pas payé le loyer, qu'il a été mis en demeure de s'acquitter de l'arriéré et que tel n'ayant pas été le cas, il a résilié le bail pour la fin d'un mois avec un délai de trente jours. Il convient de joindre à la requête les pièces qui permettent d'attester les faits allégués.
180. Il n'est pas nécessaire de présenter les allégués par numéros d'ordre avec indication des moyens de preuve sous chaque allégué, même si tel sera souvent le cas lorsque le requérant est représenté par un mandataire professionnel. Une motivation juridique est possible, mais en aucun cas exigée (art. 221 al. 3 CPC par renvoi de l'art. 219 CPC).

¹²⁷ Dans ce sens, TF du 14.11.2013, 4A_469/2013, cons. 4. Voir aussi TF, SJ 2005 I 249.

¹²⁸ TF du 28.05.2014, 4A_252/2014, qui examine cependant longuement les arguments des recourants.

¹²⁹ TF du 12.02.2011, 5A_645/2011, cons. 1.2.

¹³⁰ TF du 07.11.2011, 4A_585/2011, cons. 3.1. Pour des exemples de conclusions, voir CPra Actions-BOHNET, § 78 N 33.

¹³¹ BOHNET/CONOD, 17^e Séminaire, N 41.

2. Réponse

181. En procédure sommaire, il revient au juge de décider s'il fixe un délai au défendeur pour répondre ou s'il cite les parties aux débats (art. 253 CPC)¹³². A notre avis, alors même que le tribunal opte pour une audience, le défendeur a la possibilité de se prononcer par écrit, au plus tard par le dépôt de sa réponse à l'audience¹³³, en vertu du principe de l'égalité des armes déduit des art. 6 par. 1 CEDH et 29 al. 1 Cst.¹³⁴. Le Tribunal fédéral le retient d'ailleurs dans la procédure de conciliation¹³⁵. Manifestement la même règle vaut pour la procédure sommaire¹³⁶.
182. Si le juge peut renoncer aux débats et statuer sur pièces, il doit à notre sens informer le défendeur qu'il se prononcera à l'échéance du délai pour répondre (art. 147 al. 3 CPC par analogie : conséquences du défaut)¹³⁷. Doit-il, à l'échéance du délai, accorder un bref délai supplémentaire en vertu de l'art. 223 al. 1 CPC et de l'art. 219 CPC déclarant les dispositions de la procédure ordinaire applicables par analogie ? Ce n'est pas le cas en procédure de mainlevée de l'opposition, pour des raisons de célérité¹³⁸. A notre avis, ce sont les

¹³² A notre avis, l'art. 30 al. 1 LaCC GE selon lequel « *Lorsqu'il connaît d'une requête en évacuation d'un locataire, le Tribunal des baux et loyer ordonne, dans les limites de l'art. 254 du Code de procédure civile du 19 décembre 2008, la comparaison personnelle des parties. Il entreprend toute démarche utile de conciliation, notamment pour favoriser la conclusion d'accords de rattrapage de l'arriéré et de mise à l'épreuve du locataire en vue du retrait du congé.* » et l'al. 2 « *Il peut, avec l'accord des parties, les reconvoquer en présence de représentants du département chargé du logement et de représentants des services sociaux* » ne peuvent s'imposer au juge, qui demeure libre de citer ou non une audience.

¹³³ BOHNET/CONOD, 17^e Séminaire, N 42. Et ce, alors même qu'un délai pour ce faire lui avait été fixé préalablement, voir BOHNET, La procédure sommaire, in : Procédure civile suisse : Les grands thèmes pour le praticien, Neuchâtel 2010, N 21.

¹³⁴ TF du 07.03.2012, 5A_763/2011, cons. 5 ; ATF 137 IV 172, cons. 2.6 ; 122 V 157 cons. 2b ; CPC-TAPPY, art. 273 CPC N 20.

¹³⁵ ATF 138 III 366, RSPC 2012 315. Le Tribunal fédéral se réfère en particulier à CPC-TAPPY, art. 291 N 5, qui invoque le principe de l'égalité des armes.

¹³⁶ BOHNET FRANÇOIS, Le droit de réplique en procédure civile, in : Le droit de réplique, Neuchâtel 2013, p. 160, 165.

¹³⁷ CPC-BOHNET, art. 256 N 3 : de telle manière à ce les parties puissent déposer d'éventuels titres supplémentaires et compléter leurs allégués. Dans ce sens : ATF 138 III 483, cons. 3.2.5 ; BOHNET/CONOD, 17^e Séminaire, N 43. *Contra* : CACI VD, JdT 2012 III 10.

¹³⁸ ATF 138 III 483, cons. 3.2.4.

particularités de la mainlevée d'opposition et des dispositions de la LP lui étant consacrées qui justifient ce traitement particulier. En procédure du cas clair, vu de plus que celui-ci aboutit en cas d'admission à une décision revêtue de l'autorité de la chose jugée, un bref délai devrait être fixé au défendeur.

183. Les parties ont la possibilité de prendre spontanément¹³⁹ position sur les écrits de l'autre partie en procédure sommaire¹⁴⁰, dans un bref délai de 10 jours¹⁴¹. Le tribunal n'a pas à les y rendre expressément attentives, à moins qu'elles ne soient pas représentées par un mandataire professionnel¹⁴². Le Tribunal fédéral a cependant décidé pour sa part de préciser désormais dans quel délai les parties peuvent déposer des observations, afin d'éviter toute incertitude sur le moment à partir duquel il peut statuer¹⁴³.

3. Cumul de prétentions

184. Le bailleur peut cumuler sa requête en expulsion avec une conclusion portant sur la condamnation au paiement de *loyers arriérés*, ainsi que, le cas échéant, en paiement d'une indemnité pour *occupation illicite*.
185. Il a le choix entre une mainlevée provisoire, si opposition a été formée à un commandement de payer notifié au locataire (mais uniquement pour les loyers dans ce cas, faute de titre après l'échéance du bail¹⁴⁴), ou un cas clair (y compris mainlevée définitive¹⁴⁵) si les conditions de l'art. 257 CPC sont remplies. Le cumul suppose en effet que la même procédure soit applicable (art. 90 let. b CPC). Il faut encore que le même juge soit compétent (art. 90 let. a CPC).
186. A noter que l'on peut fort bien envisager que le juge admette le *cas clair* pour *certaines des prétentions* seulement. Il sera en particulier

¹³⁹ ATF 133 I 98, cons. 2.1 ; 133 I 100, cons. 4.8 ; voir également RSPC 2010 10, 121, 138.

¹⁴⁰ TF, RSPC 2011 279, 280.

¹⁴¹ CACI VD, JdT 2012 III 10. Dans ce sens également, TANNER, p. 273.

¹⁴² Aff. SCHALLER-BOSSERT c. Suisse du 28 octobre 2010, §42 ; note FB in : RSPC 2011 147.

¹⁴³ TF, RSPC 2012 90.

¹⁴⁴ BRACONI, 16^e Séminaire, p. 132, et les réf. ; TF, SJ 1984 389.

¹⁴⁵ ATF 107 III 64, cons. 3, JdT 1983 II 293 ; CPra Actions-BOHNET, § 114 N 3.

difficile de passer par cette voie pour obtenir des dommages-intérêts en cas de dommage causé à la chose louée.

4. Représentation

187. La représentation en matière d'expulsion par la voie du cas clair dépend partiellement du droit cantonal. En effet, outre les personnes n'agissant pas à titre professionnel (art. 68 al. 1 CPC ; personnes de confiance¹⁴⁶), et les avocats inscrits dans un registre cantonal (art. 68 al. 2 let. a CPC), les cantons peuvent ouvrir la représentation dans de telles procédures aux *agents d'affaires* (art. 68 al. 2 let. b CPC). Tel est le cas du canton de Vaud¹⁴⁷, dont les agents d'affaires auront intérêt à opter pour la voie du cas clair s'ils veulent pouvoir intervenir dans ce domaine alors que la procédure ordinaire s'applique.
188. Les cantons peuvent également ouvrir la représentation devant leurs tribunaux aux *titulaires du brevet* d'avocat qu'ils délivrent et qui ne seraient *pas inscrits au registre* cantonal (art. 3 al. 2 LLCA), par exemple faute d'indépendance au sens de l'art. 12 let. c LLCA. Neuchâtel le prévoit pour les titulaires du brevet cantonal pour la procédure de conciliation, la procédure simplifiée et la procédure sommaire¹⁴⁸.
189. Faute de capacité de postuler du représentant, le juge doit fixer à la partie un délai pour ratifier l'acte, voire, le cas échéant, pour désigner un nouveau représentant¹⁴⁹.

¹⁴⁶ Pour des développements, voir BOHNET/MARTENET, Droit de la profession d'avocat, Berne 2009, N 941 ss.

¹⁴⁷ Art. 36 al. 1 du Code judiciaire privé vaudois ; art. 2 let. e de la Loi sur la profession d'agent d'affaires breveté.

¹⁴⁸ Art. 7 LI-CO NE : « Toute personne capable d'ester en justice peut se faire représenter au procès par un mandataire professionnel titulaire d'un brevet d'avocat neuchâtelois, remplissant les conditions personnelles de l'art. 8 al. 1 let. a, let. b et let. c de la loi fédérale sur la libre circulation des avocats, du 23 juin 2000, employé par une organisation représentative qui défend les intérêts des bailleurs ou des locataires au sens de l'art. 3 al. 1 let. a de la loi fédérale sur les contrats-cadres de baux à loyers et leur déclaration de force obligatoire générale, du 23 juin 1995, pour tous les litiges en matière de contrat de bail soumis à la procédure devant l'autorité de conciliation, à la procédure simplifiée et à la procédure sommaire ».

¹⁴⁹ TF du 10.04.2012, 4A_87/2012, cons. 3.2.2 ; comp. ATF 139 III 249 ; CPC-BOHNET, art. 257 N 19.

5. Maximes applicables

190. Le cas clair est *exclu* lorsque la *maxime d'office* s'applique (art. 257 al. 2 CPC). Celle-ci, réservée par l'art. 58 al. 2 CPC, n'est jamais prévue en matière de bail. Dans ce domaine, le juge est lié par les conclusions des parties.
191. En revanche, la maxime inquisitoire sociale, relative aux frais et aux preuves, est de rigueur en droit du bail, lorsque la procédure simplifiée s'applique dans les causes prévues à l'art. 243 al. 2 CPC (consignation, protection contre les loyers abusifs, protection contre les congés abusifs et prolongation du bail), ce en vertu de l'art. 247 al. 2 let. a CPC¹⁵⁰. Il en va de même pour les causes dont la valeur litigieuse ne dépasse pas CHF 30'000.– (art. 247 al. 2 let. b CPC).
192. En procédure sommaire, aucune exception n'est cependant retenue. La *maxime des débats* (art. 57 CPC) s'applique donc au cas clair¹⁵¹.

6. Audience

193. En procédure d'expulsion par la voie du cas clair, si *audience* il y a (N 181), celle-ci sera *unique*, sauf circonstances exceptionnelles. L'examen portant essentiellement sur les pièces déposées par les parties, les débats peuvent être concentrés.
194. En procédure sommaire, la *présence personnelle* des parties en audience n'est *pas requise*, à moins que le juge ne la requière (art. 68 al. 4 *a contrario*). Cela n'est pas exclu en expulsion, si le juge souhaite examiner la possibilité d'un arrangement (art. 124 al. 3 CPC) ou évoquer la question du délai nécessaire pour le départ, compte tenu des circonstances particulières du cas.
195. Le *défaut du défendeur* aura pour conséquence que la procédure suivra son cours en l'absence des parties (art. 147 al. 2 CPC). A notre avis, il ne convient pas en procédure sommaire d'appliquer l'art. 234 al. 2 CPC, qui prévoit qu'en cas de défaut des *deux parties*, la procédure devient sans objet et est rayée du rôle. Il nous paraît que dans la mesure où la procédure sommaire est essentiellement une procédure sur titre, le

¹⁵⁰ TF du 03.04.2012, 4A_7/2012, cons. 2.5.

¹⁵¹ TF du 03.04.2012, 4A_7/2012, cons. 2.5 ; TF du 20.09.2011, 4A_447/2011. *Contra* : TANNER, p. 267.

défaut des deux parties à l'audience qui auraient été citées par le juge ne devrait avoir d'autres conséquences qu'un prononcé sur la base du dossier. A tout le moins, il est clair qu'un juge ne pourrait faire application de l'art. 234 al. 2 CPC s'il n'avait pas renseigné les parties sur les conséquences de leur défaut à l'audience (art. 147 al. 3 CPC)¹⁵². Dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral a jugé que ce type d'information, qui doit être fournie aux parties, représente une règle de validité en matière d'absence de suspension des délais au sens de l'art. 145 al. 3 CPC¹⁵³.

7. Moyens de preuves

196. Dans la mesure où la recevabilité de la procédure du cas clair suppose un état de fait non litigieux ou susceptible d'être immédiatement prouvé (art. 257 CPC), c'est avant tout les *titres* qui interviennent comme moyens de preuve¹⁵⁴.
197. La question de l'admissibilité du *témoignage* et de l'*interrogatoire* en cas clairs est controversée en doctrine¹⁵⁵ et n'a pas été tranchée par le Tribunal fédéral¹⁵⁶. Le Message ne l'admet que pour l'inspection d'un objet à l'audience et retient que les autres moyens de preuve ne sont *en principe* pas admis¹⁵⁷. D'après l'art. 254 al. 2 let. a CPC, les autres moyens de preuve (que les titres) sont admissibles en procédure sommaire « lorsque leur administration ne retarde pas sensiblement la procédure ». Comme l'art. 257 CPC impose que les faits soient immédiatement prouvés, et que le Tribunal fédéral retient que tel est le cas lorsque la preuve peut être apportée sans délai ni démarches particulières¹⁵⁸, le témoignage ou l'interrogatoire sont admissibles à

¹⁵² ATF 138 III 568. Voir également ATF 138 III 483, cons. 3.2.5.

¹⁵³ ATF 139 III 78, cons. 5.

¹⁵⁴ TF du 09.09.2013, 4A_592/2012 : en principe, la preuve des dettes de loyer et de frais accessoires contractées par le locataire s'apporte par titres, et celle des paiements exécutés en vue d'éteindre ces dettes s'apporte aussi de cette manière.

¹⁵⁵ Pour des références, voir BOHNET/CONOD, 17^e Séminaire, N 48 n. 71.

¹⁵⁶ ATF 138 III 123, RSPC 2012 305, avec de nombreuses références doctrinales ; TF du 09.09.2013, 4A_592/2012.

¹⁵⁷ FF 2006 6959. La plupart des auteurs qui contestent les autres moyens de preuve se fondent avant tout sur le Message CPC.

¹⁵⁸ ATF 138 III 620, cons. 5.1.1, SJ 2013 283 ; voir aussi 138 III 123, cons. 2.1.1.

notre sens lorsqu'il ne s'agit que d'entendre une personne ou deux sur des faits très clairement délimités et dont la déposition peut manifestement aboutir à la preuve stricte¹⁵⁹. De plus, les témoins ou l'interrogatoire peuvent aussi être proposés par le défendeur à l'appui de sa contestation des faits pour démontrer qu'elle n'est pas frivole (N 176).

198. En matière d'expulsion, les témoignages et interrogatoires se justifient avant tout du côté du locataire qui souhaite démontrer que son argumentation selon laquelle le bailleur lui a offert un sursis ou un nouveau bail, voire qu'il dispose d'une créance contre son bailleur et qu'il aurait invoqué celle-ci en compensation, n'est pas dénué de fondement. Cependant, si le juge le précise dans sa convocation, les témoins que le défendeur entend invoquer devraient l'accompagner à l'audience (art. 170 al. 2 CPC), ou ceux-ci devraient à tout le moins lui remettre une attestation signée¹⁶⁰, faute de quoi le juge, qui ne disposerait d'aucun élément permettant de retenir le caractère non frivole de la contestation, devrait admettre le cas clair¹⁶¹.
199. Quant au bailleur, un témoignage pourrait lui permettre, par exemple, de démontrer que la résiliation a bel et bien été remise en main propre à un locataire à une certaine date. Dans une telle hypothèse, il serait bienvenu que le requérant dépose une attestation écrite du témoin et offre son témoignage. En revanche, si la situation est relativement confuse, les témoignages ne devraient pas être admis, faute de pouvoir apporter une preuve évidente des faits en cause¹⁶².

¹⁵⁹ TF du 09.09.2013, 4A_592/2012.

¹⁶⁰ BOHNET/CONOD, 17^e Séminaire, N 48.

¹⁶¹ Selon une décision tessinoise SO.2011.5178 du 30.01.2012 mentionnée dans BOHNET/CONOD, 17^e Séminaire, N 48 n. 71, le cas clair doit être admis lorsque la possibilité d'amener un témoin en audience a été rappelée au défendeur dans la convocation et que celui-ci y renonce sans raison apparente.

¹⁶² TF du 09.09.2013, 4A_592/2012, cons. 6 : « Dans cette situation confuse, le magistrat saisi pouvait 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 ».

8. Décision

200. Si les conditions du cas clair sont réunies, le juge *prononce l'expulsion*. Sa décision est revêtue de l'autorité de la chose jugée une fois entrée en force¹⁶³.
201. Dans le cas contraire, la requête est déclarée *irrecevable*, et le demandeur devra agir par la voie de la procédure ordinaire ou simplifiée¹⁶⁴. S'il dépose sa demande de conciliation dans le mois, la litispendance n'est pas interrompue (art. 63 al. 1CPC)¹⁶⁵.
202. Avec le Tribunal fédéral¹⁶⁶, il faut retenir que le juge ne peut pas déclarer la *demande mal fondée*. Le texte de loi dans sa version allemande montre que c'est le demandeur qui requiert la protection par la voie de la procédure sommaire et il est manifeste qu'il ne le fait que pour en tirer bénéfice et non pour voir sa demande rejetée au fond. Les travaux préparatoires démontrent également que le projet a voulu rompre avec la solution de l'avant-projet, comme l'atteste le texte du Message¹⁶⁷. Le demandeur visant le cas clair n'aura pas nécessairement allégué tous les faits et mentionné toutes les preuves s'imposant dans une procédure ordinaire ou simplifiée¹⁶⁸, argument à notre avis déterminant et que la doctrine divergente passe sous silence.
203. En revanche, rien n'empêche le défendeur de prendre à titre reconventionnel, dans la même procédure, une *conclusion en constat négatif*, par la voie du cas clair, de l'inexistence de la prétention soulevée contre lui¹⁶⁹. Un intérêt (art. 59 al. 1 let. a CPC) doit lui être reconnu, comme le retient le Tribunal fédéral dans le cas d'une

¹⁶³ ATF 138 III 620, SJ 2013 283 ; Message CPC, FF 2006 6959 ; CPC-BOHNET, art. 257 N 23.

¹⁶⁴ TF du 15.04.2014, 4A_588_2013, cons. 2.4.

¹⁶⁵ Selon une partie de la doctrine, l'art. 63 CPC ne s'appliquerait cependant pas en matière de cas clair : BK ZPO-BERGER-STEINER, art. 63 N 25 ; DIKE ZPO-SUTTER-SOMM/HEDINGER, art. 63 N 32 ; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Berne 2010, N 7.18.

¹⁶⁶ TF du 16.06.2014, 4A_68/2014, qui cite la doctrine très partagée sur cette question.

¹⁶⁷ Message CPC, FF 2006 6960 : « Le rejet de la requête avec autorité matérielle de chose jugée aurait constitué une conséquence inéquitable, ce qui a été signalé à juste titre lors de la procédure de consultation ».

¹⁶⁸ BOHNET, Procédure civile, Neuchâtel/Bâle 2011, p. 265 s.

¹⁶⁹ CPC-BOHNET, art. 257 N 25.

demande partielle, à laquelle le défendeur répond par une demande en constat de l'inexistence de l'ensemble de la dette¹⁷⁰.

XII. Procédure ordinaire et procédure simplifiée

204. L'expulsion peut toujours être requise dans une procédure permettant un *examen complet en fait et en droit*. La procédure du cas clair doit être préférée lorsque le bailleur peut se prévaloir de circonstances factuelles et juridiques limpides. S'il n'est pas évident que ces conditions soient remplies, il peut soit tenter le cas clair, et en cas d'échec déposer une requête de conciliation¹⁷¹, soit passer directement par cette voie.
205. La *conciliation préalable* est en principe obligatoire en procédure ordinaire et simplifiée. Elle est cependant exclue si des mesures provisionnelles ont été accordées et qu'il s'agit de les valider (art. 198 let. h CPC). L'art. 198 let. e ch. 1 CPC l'exclut par ailleurs en libération de dette¹⁷².
206. La *procédure simplifiée* se caractérise entre autre par un formalisme allégé (art. 244 CPC), une durée plus brève (liquidation en une audience, art. 246 CPC) et une implication renforcée du tribunal dans l'établissement des faits (respectivement devoir d'interpellation renforcé, et maxime inquisitoire sociale, art. 247 CPC)¹⁷³. Lorsqu'elle s'applique en droit du bail, la procédure simplifiée implique que le juge établisse les *faits d'office* (maxime inquisitoire sociale, art. 247 al. 2 CPC). De plus, des faits peuvent être allégués jusqu'à la *clôture des débats* (entrée en délibérations¹⁷⁴, art. 229 al. 3 CPC)¹⁷⁵.

¹⁷⁰ TF du 28.10.2013, 4A_414/2013, RSPC 2014 119.

¹⁷¹ TF du 15.04.2014, 4A_588_2013, cons. 2.4.

¹⁷² Comme relevé dans le 17^e Séminaire, lorsque le demandeur agit en libération de dette et fait valoir des prétentions additionnelles, il faut retenir que le préalable de conciliation s'impose pour le tout : CACI VD, JdT 2012 III 12.

¹⁷³ ATF 139 III 457, cons. 4.4.3.2.

¹⁷⁴ ATF 138 III 788, cons. 4.2 : « Les délibérations commencent après la clôture des débats principaux (titre du chapitre 3), lesquels comprennent les différentes phases suivantes: les premières plaidoiries, l'administration des preuves (pour autant qu'elles n'aient pas encore été intégralement administrées dans le cadre de débats d'instruction que le tribunal aurait d'ores et déjà pu ordonner) et les plaidoiries finales ».

¹⁷⁵ ATF 139 III 457, cons. 4.4.3.2, et les réf. doctrinales.

207. La *procédure ordinaire*, qui débute par un (double) échange d'écritures (art. 221-225 CPC), impose une présentation formelle des allégués, avec indication des moyens de preuve (art. 221 al. 1 let. d et e CPC). La *maxime des débats* (art. 55 al. 1 CPC) est de rigueur. Des faits nouveaux ne peuvent être invoqués qu'aux strictes conditions de l'art. 229 al. 1 et 2 CPC.
208. Le *champ d'application* respectif de la procédure simplifiée et ordinaire est défini à l'art. 243 CPC. Selon cette disposition, la *procédure simplifiée* s'applique entre autres en matière de protection contre les congés et dans les autres litiges relevant du droit du bail à loyer ou à ferme d'habitations et de locaux commerciaux et sur des baux à ferme agricoles dont la valeur litigieuse ne dépasse pas CHF 30'000.-. Les prétentions sont cumulées pour déterminer la valeur litigieuse (art. 93 al. 1 CPC)¹⁷⁶. Le cumul suppose que la même procédure s'applique pour l'ensemble des prétentions (art. 90 let. b CPC).
209. La doctrine est partagée sur la question de savoir si l'expulsion est comprise dans la notion de *protection contre les congés* en matière de baux à loyer ou à ferme d'habitations et de locaux commerciaux et de baux à ferme agricoles, comme l'illustre d'ailleurs les avis divergents des auteurs de la présente contribution, exposés lors du 17^e Séminaire¹⁷⁷. Le Tribunal fédéral s'est limité à ce jour à présenter la controverse¹⁷⁸. En bref, soit l'on considère que la notion de protection contre les congés correspond à celle inscrite dans le Code des obligations (chapitre III du Titre huitième du Code des obligations, art. 271-273c CO, qui ne visent d'ailleurs que les baux à loyer ou à ferme d'habitations et de locaux commerciaux et de baux à ferme agricoles, seuls visés par l'art. 241 al. 2 let. c CPC) et seule l'annulation du congé, ainsi que préjudiciellement¹⁷⁹, la nullité et l'inefficacité du

¹⁷⁶ C'est aussi le cas quand le demandeur agit en libération de dette et fait valoir une créance additionnelle : CACI VD, JdT 2012 III 12 ; TAPPY DENIS/NOVIER MERCEDES, La procédure de conciliation et la médiation dans le Code de procédure civile suisse (art. 197 à 218 CPC), in : BERNASCONI/CAMPELLO (éd.), Il Codice di diritto processuale civile svizzero, Bâle 2011, p. 89 ; CPC-BOHNET, art. 198 N 20. Comp. devant le TF, TF du 01.07.2011, 4A_279/2011.

¹⁷⁷ BOHNET/CONOD, 17^e Séminaire, N 58 ss.

¹⁷⁸ ATF 139 III 457, cons. 4.4.3.2 ; TF du 10.04.2012, 4A_87/2012, cons. 3.2.3. Newsletter bail.ch mai 2012 avec commentaire CONOD. L'arrêt cantonal est publié au JdT 2012 III 12, CdB 2012 31 avec note CONOD.

¹⁷⁹ ATF 139 III 457, cons. 4.4.3.2 ; 132 III 65, cons. 3.2.

congé, et, reconventionnellement la conclusion en expulsion, est alors concernée¹⁸⁰, soit l'on retient, par souci d'efficacité, qu'il faut soumettre toute controverse sur la validité de la fin du bail à la procédure simplifiée¹⁸¹.

210. Que l'on retienne la première solution, qui s'en tient à la systématique du CO et du CPC sur ce point (la protection contre les congés concerne l'intervention formatrice du juge, prévue uniquement pour les baux à loyer ou à ferme d'habitations et de locaux commerciaux et les baux à ferme agricoles, alors que les règles sur la nullité et l'inefficacité concernent tous les baux¹⁸²), ou la seconde, plus pragmatique et qui s'inspire du but de la norme, l'expulsion devrait de toute manière être jugée le plus souvent en procédure simplifiée, compte tenu de la *valeur litigieuse* qui ne dépassera généralement pas CHF 30'000.–¹⁸³.
211. En effet, lorsque la procédure n'est pas liée à une conclusion en annulation du congé, mais porte exclusivement l'absence de nullité ou d'inefficacité du congé, elle n'aboutit en aucun cas à une période de protection du locataire de trois ans¹⁸⁴, si bien que la *valeur litigieuse* se détermine exclusivement sur la base de la *durée probable de la procédure d'expulsion*¹⁸⁵. Si l'on retient une durée moyenne de

¹⁸⁰ BOHNET, 16^e Séminaire, N 112, 141 ; BOHNET/CONOD, 17^e Séminaire, N 60 ; LACHAT, procédure, p. 133 N 2.2.3, n. 37.

¹⁸¹ CONOD, Newsletter bail.ch mai 2012 ; CdB 2012 34 ; HOHL, Procédure civile, tome 2, 2^e édition, N 1329 p. 244 ; COLOMBINI, avec une note sur quelques questions liées à la procédure d'expulsion, in : JdT 2011 III 85 ; CACI 13 décembre 2011/395, JdT 2012 III 17 avec note COLOMBINI ; CdB 2012 31 avec note CONOD 34.

¹⁸² BOHNET, 16^e Séminaire, N 112.

¹⁸³ BOHNET, Expulsion par la voie du cas clair ; absence de bail ; valeur litigieuse ; question juridique de principe (niée), Newsletter bail.ch février 2012.

¹⁸⁴ TF du 15.04.2014, 4A_588/2013, cons. 2.3, qui cite les arrêts TF in : DB 2008 N 20, 4C_432/2006, cons. 4.4 (qui mentionne tant le congé nul que le congé inefficace) et TF du 08.11.2002, 4C.252/2002, cons. 3.1 et 3.2 (congé nul pour vice de forme ou pour défaut de « qualité pour agir »), aussi mentionnés par BOHNET/CONOD, 17^e Séminaire, N 66 n. 99 ; BOHNET, 16^e Séminaire, N 114 n. 107. Voir également CPra Bail-MONTINI, art. 266o CO N 9 et les réf. ; TANNER, p. 288.

¹⁸⁵ Pour des développements, voir BOHNET/CONOD, 17^e Séminaire, N 66 ; TF du 26.05.2014, 4A_622/2013, cons. 2.2 ; TF du 30.10. 2012, 4A_273/2012 cons. 1.2.2 ; TF du 24.11.2011, 4A_574/2011, cons. 1.1 ; voir aussi TF du 17.11.2011, 5A_645/2011 ; TF du 22.06.2007, 4A_107/2007, cons. 2.3. Note FB in : RSPC 2012 107.

procédure de six-dix mois, de nombreux cas seront jugés en procédure simplifiée.

212. Lorsque le juge retient l'application de la *procédure ordinaire en lieu et place de la procédure simplifiée* ou vice-versa, la partie qui le conteste peut recourir contre cette décision par la voie du *recours* (art. 319 al. 2 let. b CPC). On doit en effet retenir dans un tel cas un risque de dommage difficilement réparable, la procédure appliquée ne pouvant être réexaminée postérieurement. Le Tribunal fédéral retient d'ailleurs un risque de dommage irréparable dans un tel cas¹⁸⁶.

XIII. Communication, entrée en force et voies de recours

213. La *communication* de la décision peut prendre la forme d'un simple *dispositif écrit*, remis à l'audience avec une motivation orale sommaire, ou envoyé aux parties (art. 239 al. 1 let. a et b CPC). Cela vaut également en procédure sommaire¹⁸⁷. Une demande de motivation doit être adressée au Tribunal dans les dix jours dès la notification du dispositif écrit (à l'audience ou par la poste), faute de quoi les parties sont réputées avoir renoncé à recourir (art. 239 al. 2 CPC).
214. Le juge peut aussi remettre une *décision motivée* aux parties, à l'audience ou par la voie postale.
215. Quelle que soit la procédure suivie en première instance (ordinaire, simplifiée ou sommaire), la décision finale portant sur une conclusion en expulsion est soumise à l'*appel* lorsque la valeur litigieuse atteint CHF 10'000.– (art. 308 al. 2 CPC). A défaut le *recours* est ouvert (art. 319 let. a CPC).
216. Si la décision est susceptible d'un *appel*, elle n'*entre en force* qu'à l'échéance du délai d'appel et, en cas d'appel, à la notification de la décision sur appel (art. 315 al. 1 CPC). Quand un *délai de départ* a été accordé et que celui-ci est dépassé au jour du prononcé de la Cour

¹⁸⁶ TF du 03.01.2013, 5A_689/2012, cons. 1.1, non publié à l'ATF 139 III 368 : « die Wahl der falschen Verfahrensart kann jedenfalls einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil gemäss Art. 93 Abs. 1 let. a BGG bewirken. Dies zeigt sich etwa daran, dass im vereinfachten Verfahren eine Klageschrift ausreichen kann, die im ordentlichen Verfahren ungenügend wäre (Art. 221 und Art. 244 ZPO). Die Beschwerdeführer behaupten denn auch, dass die Eingabe der Beschwerdegegnerin den Ansprüchen des ordentlichen Verfahrens nicht genügen würde » ; ATF 139 III 457.

¹⁸⁷ TF du 02.06.2014, 4A_72/2014, cons. 5.

d'appel rejetant l'appel, la décision est immédiatement exécutoire. La Cour ne devrait donc pas fixer un nouveau délai de départ, à moins d'une conclusion subsidiaire de l'appelant le justifiant.

217. Si seul le *recours* est ouvert, la décision entre en force dès sa notification. L'autorité de recours peut cependant, sur requête, suspendre le caractère exécutoire de la décision (art. 325 al. 2 CPC). Il devrait accorder l'*effet suspensif* en cas de risque de dommage difficilement réparable (qu'il faut en principe admettre en matière d'expulsion) et à condition que le recours ne soit pas manifestement voué à l'échec¹⁸⁸, au terme d'un examen sommaire¹⁸⁹. A notre avis, une requête d'effet suspensif peut être déposée devant l'instance de recours avant même que la motivation écrite n'ait été notifiée au juge¹⁹⁰.
218. Si la voie de l'appel est ouverte, les *faits et moyens de preuve nouveaux* ne sont admissibles qu'aux conditions restrictives de l'art. 317 CPC, aussi lorsque la maxime inquisitoire s'applique¹⁹¹. En matière de *cas clair*, le juge d'appel doit évaluer les faits sur la base des preuves déjà appréciées par le premier juge saisi. Dès lors, la production de pièces nouvelles est exclue, même celles qui sont visées par l'art. 317 al. 1 CPC¹⁹². La voie du recours exclut les faits et moyens de preuve nouveaux (art. 326 CPC).

XIV. L'exécution de l'expulsion

A. Les mesures d'exécution directe

219. Sous l'empire du CPC, le bailleur peut demander des mesures d'exécution directe jusqu'au prononcé du juge (art. 236 al. 3 et 337 al. 1

¹⁸⁸ BK ZPO-STERCHI, art. 325 N 6.

¹⁸⁹ ZK ZPO-FREIBURGHaus/AFEHLDT, art. 325 N 7.

¹⁹⁰ BOHNET, L'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs en procédure civile suisse, in : Le nouveau droit de l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs, Neuchâtel/Bâle 2012, N 87.

¹⁹¹ ATF 138 III 625.

¹⁹² TF du 17.10.2013, 4A_312/2013, cons. 3.2 ; TF du 07.11.2012, 4A_420/2012, cons. 5 : « [si] la partie demanderesse [parvient] à se procurer des preuves supplémentaires après un jugement défavorable tel que celui du 23 février 2012, il lui est loisible d'introduire, si elle s'y croit fondée, une nouvelle requête devant le même juge ; en revanche, elle ne doit pas être autorisée à poursuivre en appel une voie qui ne lui était pas ouverte en première instance ».

- CPC)¹⁹³. Le plus souvent, de telles mesures seront requises dans la requête ou demande d'expulsion¹⁹⁴. Elles consisteront à demander au juge d'ordonner l'expulsion par le greffe du tribunal, avec l'appui de la police (art. 343 al. 1 let. d et al. 3 CPC) faute de départ, le cas échéant à l'échéance d'un délai fixé dans la décision d'expulsion¹⁹⁵. Le bailleur peut aussi conclure à l'exécution sous menace d'une peine d'amende pour insoumission à un ordre d'une autorité (art. 292 CP ; 343 al. 1 let. a CPC), mais cette mesure est moins incisive et ne suffira sans doute pas.
220. Si le juge accorde de telles mesures, en fixant ou non, selon son appréciation, un délai destiné à permettre une exécution amiable¹⁹⁶, le bailleur requerra l'exécution par *simple lettre* au greffe faute de départ, le cas échéant au terme du délai fixé par le juge¹⁹⁷. On rappelle que la décision n'entre pas en force en cas d'appel. Si l'appel est rejeté, le délai demeure à notre sens celui fixé dans la décision, à moins que sur conclusion subsidiaire du locataire, la Cour d'appel accorde un nouveau délai (N 216).

¹⁹³ CPC-TAPPY, art. 236 N 21 ; CPC-JEANDIN, art. 337 N 3. *Contra* : BK ZPO-KILLIAS, art. 236 N 41 et ZK ZPO STAEHELIN, art. 236 N 27 : uniquement jusqu'aux débats principaux, puis seulement si les conditions d'une modification de la demande (art. 227 et 230 CPC) sont remplies.

¹⁹⁴ CPra Actions-BOHNET, § 78 N 9. Pour un exemple, voir TF du 17.12.2013, 4A_391/2013. Voir aussi TF du 23.06.2014, 4A_143/2014, cons. 4.1.2.

¹⁹⁵ Exemple : « Dire que faute d'exécution dans les 10 jours dès l'entrée en force de la décision, l'autorité chargée de l'exécution y procédera avec l'assistance de l'autorité compétente ».

¹⁹⁶ TF du 17.12.2013, 4A_391/2013, cons. 7.

¹⁹⁷ Exemple de prononcé du Tribunal fédéral : « Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, die Geschäftsräumlichkeiten in der Gewerbehalle Zstrasse unverzüglich zu räumen und der Beschwerdeführerin ordnungsgemäss zu übergeben, unter Androhung der Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall. Das Gemeindeammannamt Rümlang-Oberglatt wird angewiesen, diesen Befehl auf erstes Verlangen der Beschwerdeführerin zu vollstrecken, nötigenfalls unter Beizug der Polizei. Die Kosten für die Vollstreckung sind auf Verlangen von der Beschwerdeführerin vorzuschüssen, sind ihr aber von der Beschwerdegegnerin zu ersetzen. Dieser Auftrag erlischt, wenn seine Ausführung nicht innert drei Monaten nach Zustellung dieses Entscheides verlangt wird » (TF du 19.11.2013, 4A_310/2013).

B. La requête en exécution

221. En l'absence de conclusion en exécution directe, le demandeur doit, faute d'exécution spontanée, déposer une requête en exécution (art. 338 al. 1 CPC) dans les formes de la *procédure sommaire* (art. 339 al. 2 CPC)¹⁹⁸. Celle-ci doit établir les conditions de l'exécution et être accompagnée des documents nécessaires (décision exécutoire).
222. Le plus logique dans le cas de l'expulsion est d'agir au *for* du prononcé de la décision (art. 339 al. 1 let. c CPC), mais le Code permet également d'agir au domicile du défendeur (let. b), ou au lieu d'exécution de la mesure (let. a), fors qui seront en principe au même endroit.
223. Le locataire dispose d'un bref délai pour *se prononcer* (art. 341 al. 2 CPC). Selon l'art. 341 al. 3 CPC, il peut uniquement alléguer que des faits s'opposant à l'exécution de la décision se sont produits après la notification de celle-ci, par exemple l'extinction, le sursis, la prescription ou la péremption de la prestation due. L'*extinction* et le *sursis* doivent être prouvés par titres. On notera que le départ, mode d'extinction, peut cependant difficilement être prouvé par titre, à moins d'exiger le dépôt de photos de l'appartement entièrement vidé... Quant à la *conclusion d'un nouveau bail* (N 173), elle ne se confond pas avec un sursis mais bien plutôt à une péremption et peut être prouvée autrement que par titres, par exemple l'absence de requête en exécution après plusieurs mois¹⁹⁹. Le paiement de l'arriéré, une situation de pénurie ou d'autres motifs de ce genre ne sont pas des arguments pertinents²⁰⁰.
224. La décision d'exécution peut faire l'objet d'un *recours* (art. 309 let. a et 319 let. a CPC). Celui-ci n'est pas assorti de l'effet suspensif. Le Tribunal fédéral a considéré qu'il n'y avait rien d'insoutenable à refuser l'effet suspensif à un recours dirigé contre un jugement autorisant l'exécution d'une décision d'expulsion du locataire, en retenant que la procédure serait sans doute de courte durée (moins de deux mois) et prendrait ainsi fin avant la date à partir de laquelle le bailleur pourra faire exécuter la dite décision²⁰¹.

198 Pour un exemple, voir TF du 14.06.2012, 4A_272/2012.

199 DUCROT, Thèse, p. 301.

200 Comp. TF, DB 1991 30 ; DUCROT, Thèse, p. 301.

201 TF du 14.06.2012, 4A_272/2012.

C. Les délais à titre humanitaire

225. Selon l'article 30 de la Loi genevoise d'application du Code civil suisse et autres lois fédérales en matière civile (LaCC)²⁰², le Tribunal des baux « peut, pour des motifs humanitaires, surseoir à l'exécution du jugement d'évacuation dans la mesure nécessaire pour permettre le relogement du locataire ou du fermier ». Nous relevons lors du 17^e Séminaire²⁰³ que cette disposition, inspirée de la LPC genevoise, ne semblait pas en accord avec le droit fédéral, qui ne prévoit pas de surseoir à l'exécution de la décision d'expulsion, et qui règle désormais de manière exhaustive la question²⁰⁴. Comme le Tribunal fédéral a déjà eu en effet l'occasion de le relever : « *les dispositions de droit fédéral touchant le bail ne prennent pas en compte des motifs humanitaires, si bien que le juge chargé de les appliquer ne peut pas non plus le faire* »²⁰⁵.
226. Cependant, le Tribunal fédéral reconnaît dans sa dernière jurisprudence²⁰⁶, que les motifs humanitaires doivent être pris en compte au moment de l'examen de la *proportionnalité de moyens mis en oeuvre pour l'expulsion*. Il faut ainsi éviter que les personnes concernées se trouvent soudainement privées de tout abri. Mais un ajournement ne peut être que *relativement bref* et ne doit pas équivaloir en fait à une nouvelle prolongation de bail. Ainsi, tout en doutant de l'existence d'une portée propre à la disposition genevoise, qui ne concerne que les habitations, le Tribunal fédéral en limite pratiquement l'incidence, en considérant qu'elle ne fait que concrétiser le principe de proportionnalité inscrit dans le droit fédéral.

D. Les frais liés à l'expulsion

227. Conformément à l'art. 98 CPC, le demandeur qui requiert l'exécution forcée de l'ordre d'expulsion peut devoir avancer les frais des opérations du greffe, de la police et des auxiliaires (déménageurs ;

²⁰² Loi d'application du Code civil suisse et autres lois fédérales en matière civile (LaCC du 11 octobre 2012, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2013).

²⁰³ BOHNET/CONOD, 17^e Séminaire, N 51.

²⁰⁴ Sous l'empire du droit cantonal de procédure, voir art. 474 A al. 2 LPC, et sur cette disposition, ATF 117 Ia 336. Voir aussi DUCROT, Thèse, p. 299 s.

²⁰⁵ TF du 28.05.2014, 4A_252/2014, cons. 4.2, qui renvoie à l'arrêt du 12.05.2006, 4C.74/2006, cons. 3.2.1.

²⁰⁶ TF du 19.05.2014, 4A_207/2014, cons. 3.1.

serrurier ; garde-meuble). Il s'agit de frais judiciaires au sens de l'art. 95 al. 1 let. a CPC, que l'on compte dans l'émolument forfaitaire de décision²⁰⁷, puisque les mesures d'expulsion constituent une tâche officielle qui relève du droit public cantonal²⁰⁸. Le montant représente souvent plusieurs milliers de francs, en particulier s'il comprend les frais d'un garde-meuble.

E. Le sort des biens du locataire expulsé

228. Lorsque le locataire ne reprend pas ses biens à l'issue de l'expulsion, ceux-ci sont en général placés dans un *garde-meuble*, pour une durée limitée²⁰⁹. A notre avis, le tribunal ne peut pas en effet tolérer que les biens soient laissés sur le domaine public, en violation des règles sur son utilisation accrue²¹⁰. L'expulsion requise par le bailleur ne peut pas aboutir à une décision d'expulsion dont la mise en œuvre, qui relève du droit public²¹¹, porterait atteinte au domaine public. Laisser les biens en possession immédiate du bailleur est aussi problématique, le locataire demeurant à ce stade propriétaire des biens évacués. Pour la même raison, le juge ne peut pas plus prévoir que les biens soient immédiatement transportés dans une déchetterie.
229. A l'échéance d'une durée raisonnable (par exemple 30 jours), on peut soutenir que le locataire expulsé exprime implicitement sa volonté de renoncer à ses biens (condition subjective de la *déréliction*, art. 729 CC). La décision d'expulsion devrait le mentionner, tout comme l'indication du lieu de garde pourrait figurer sur l'ordre d'exécution ; il

²⁰⁷ BSK ZPO-DROESE, art. 339 N 19 ; ZK ZPO-STAEHELIN, art. 339 N 12 ; BK ZPO-KILLIAS, art. 236 N 40 ; CPC-JEANDIN, art. 339 N 8 ; SHK ZPO-BOMMER, art. 339 N 5 ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, *Zivilprozessrecht*, 2^e éd. Zurich 2013, § 28 N 35. Comp. aussi à Zurich sous l'empire du droit cantonal : OGer ZH, ZR 85/1986 241.

²⁰⁸ TF du 23.06.2014, 4A_143/2014, cons. 4.1.3.

²⁰⁹ Ce mécanisme est prévu à Genève selon le Règlement relatif à la surveillance d'objets provenant d'évacuation [RSOE], publié au RS genevois E 3 05.17 et datant du 28 décembre 1858. Il intervient en pratique avec ou sans la demande du locataire (le règlement parle d'une demande du locataire) et est gratuit.

²¹⁰ Voir cependant la solution vaudoise décrite ci après et TF du 02.06.2014, 4A_132/2014, cons. 2.2.

²¹¹ TF du 23.06.2014, 4A_143/2014, cons. 4.1.3 : « l'exécution forcée, notamment en ce qui concerne le déplacement et la prise en charge des biens mobiliers du locataire, respectivement de l'occupant expulsé, est une tâche officielle, qui relève du droit public cantonal » ; TF du 02.06.2014, 4A_132/2014, cons. 2.1, 3.

n'est en revanche pas impératif qu'une nouvelle annonce soit faite au locataire une fois les biens au garde-meuble. Si le locataire annonce qu'il ne renonce pas à ses biens mais refuse de venir les rechercher dans un délai raisonnable, l'Etat ne peut pas à notre sens se voir contraint de les conserver. Il peut à notre avis en disposer et, s'ils n'ont aucune valeur, les déposer dans une déchetterie après avoir informé le locataire de l'heure et de la date du dépôt s'il est joignable.

230. Les mêmes principes s'appliquent lorsque le locataire n'a pas participé à la procédure et est *injoignable*. Dans la mesure où les règles sur la notification ont été respectées et qu'une notification par voie édictale est intervenue aux conditions de l'art. 141 CPC (voir N 134), le prononcé est opposable au locataire.
231. A *Genève*, quelques semaines après le dépôt dans le garde-meuble de la police, qui est gratuit, le locataire est averti que ses biens sont à sa disposition. Si son adresse est inconnue, la police procède à une publication dans la feuille officielle, avec fixation d'un nouveau délai pour l'enlèvement. A défaut, la police procède à une *vente aux enchères*²¹² des biens ayant une valeur vénale. Le produit de la vente couvre les frais de l'huissier et les frais de publication. Un solde éventuel revient au locataire. Faute de réclamation dans les cinq ans, il passe dans les caisses de l'Etat²¹³.
232. A *Fribourg*, les biens ne sont apparemment pas pris en charge lors de l'expulsion, ce qui est discutable dans la mesure où l'expulsion est une tâche de droit public et que le bailleur n'est pas en droit de prendre possession des biens du locataire, même si ce n'est que pour s'en débarrasser ensuite. A notre avis, les règles sur les *choses trouvées* (art. 720 ss CC) ne devraient pas être retenues dans la relation bailleur-locataire expulsé, faute de perte au sens des dispositions sur la trouvaille.
233. A *Neuchâtel*, le locataire est informé qu'il peut aller rechercher ses biens au garde-meuble pendant un délai fixé par le juge (par exemple un mois), et qu'à défaut ils seront à la libre disposition du bailleur, ce qui peut être considéré comme la conséquence d'une déréliction.

²¹² Idem à Zurich : OGer ZH, ZR 85/1986 241.

²¹³ Les auteurs remercient Mme la Juge Joëlle Cottier pour ces informations sur la pratique genevoise.

234. Dans le canton de *Vaud*, les biens mobiliers du locataire ensuite de l'exécution forcée sont déposés par le Juge de Paix sur la voie publique. Mais il incombe à la Municipalité de trouver une solution pour que ces biens mobiliers ne restent pas, ni n'encombrent la voie publique.
235. Comme il n'est pas admissible en effet de jeter lesdits biens, la commune se trouve dans une obligation *a contrario* de prendre en charge les biens mobiliers du locataire expulsé (art. 2, al 2 let. d, Loi sur les communes)²¹⁴.
236. Selon le Service des communes et des relations institutionnelles du canton de Vaud, il y aurait dès lors conclusion d'un contrat de dépôt entre le locataire expulsé et la Commune, que ce soit par écrit ou par acte concluant²¹⁵. La Cour d'appel civile du Tribunal cantonal a validé ce mode de faire et a considéré qu'en prenant en charge les meubles du locataire, la Commune, même contrainte par la loi, avait établi une manifestation de volonté. Or le locataire ne s'opposant pas à cette prise en charge, manifestait, par acte concluant, sa volonté de l'accepter²¹⁶. Le Tribunal fédéral n'a pas suivi cette conception : la relation juridique en cause est soumise au droit public cantonal et non au droit privé, si bien qu'une éventuelle responsabilité de la commune quant au sort réservé aux biens relève de la loi vaudoise du 16 mai 1961 sur la responsabilité de l'Etat, des communes et de leurs agents (LRECA/VD ; RS 170.11)²¹⁷.

²¹⁴ Selon l'art. 2 al. 1 de la Loi sur les commune, les attributions et tâches propres à des communes sont notamment les mesures propres à assurer l'ordre et la tranquillité publiques, ainsi que la salubrité publique.

²¹⁵ Ce Service a établi des recommandations en matière d'expulsion. Ces recommandations, qui ne sont ni un avis de droit ni des directives (page 2), proposent de soumettre les rapports entre l'ex-locataire et la commune ayant pris en charge les meubles, aux règles relatives au dépôt des art. 472 et suivants CO.

²¹⁶ CACI VD 18 novembre 2013 PT12.01735.

²¹⁷ TF du 02.06.2014, 4A_132/2014, cons. 2.1, 3.

Bibliographie

BLUMER MAJA, Gebrauchsüberlassungsverträge (Miete/Pacht), SPR VII/3, Bâle 2012

BOHNET FRANÇOIS, Le droit du bail en procédure civile suisse, in : 16^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2010, p. 1 ss (16^e Séminaire)

BOHNET FRANÇOIS, La procédure simplifiée, arbitre de la compétence respective du tribunal de commerce et du tribunal des baux, Newsletter bail.ch décembre 2013

BOHNET FRANÇOIS, Contestation des faits par le défendeur, Newsletter bail.ch décembre 2012

BOHNET FRANÇOIS, Expulsion par la voie du cas clair ; absence de bail ; valeur litigieuse ; question juridique de principe (niée), Newsletter bail.ch février 2012

BOHNET FRANÇOIS/CONOD PHILIPPE, Bail et procédure civile suisse : premiers développements, in : 17^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2010, p. 211 ss (17^e Séminaire)

BOHNET FRANÇOIS/MONTINI MARINO (éd.), Droit du bail à loyer-Commentaire pratique, Bâle 2010 (CPra Bail-Auteur)

BRACONI ANDREA, L'exécution forcée des créances pécuniaires et en prestation de sûretés en matière de bail, in : 16^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2010, p. 121 ss

BYRDE FABIENNE, Les mesures provisionnelles en droit du bail à loyer : examen de la jurisprudence récente, in : 13^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2004

COCCHI BRUNO, Autorità competenti aspetti procedurali e sfratto, Diritto della locazione, Giurisprudenza recente e tendenze doctrinali, Lugano 2000, p. 89 ss

CONOD PHILIPPE, La protection du locataire en matière de congés, in : 15^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2008, p. 169 ss

CONOD PHILIPPE, Procédure applicable en matière d'expulsion en cas de contestation de la résiliation par le locataire, Newsletter bail.ch mai 2012

CORBOZ BERNARD, Les congés affectés d'un vice, in : 9^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 1996

CORBOZ BERNARD, La nature du jugement d'évacuation pour défaut de paiement du loyer, SJ 1989 585

DUCROT MICHEL, La procédure d'expulsion du locataire ou du fermier non agricole : quelques législations cantonales au regard du droit fédéral, Zurich 2004

DUCROT MICHEL, L'expulsion du locataire, in : 9^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 1996

DUCROT MICHEL, Des usagers indésirables dans les locaux d'habitation 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

GROBET THORENS KARIN, Frais d'inscription de dossier, de conclusion, de rappel de résiliation à la charge des locataires ? in : 17^e Séminaire sur le droit du bail Neuchâtel 2012, p. 183 ss

HIGI PETER, Die Miete, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, V 2 b (4^e livraison, art. 271-274g CO), Zurich 1996

HOHL FABIENNE, L'expulsion de locataires de baux d'habitations et de locaux commerciaux, RFJ 1997 43 (expulsion)

HOHL FABIENNE, A propos de la compétence matérielle et des voies de recours en matière d'expulsion du locataire selon l'art. 274g CO, RFJ 1995 43

KNUBEL EMIL, Vermittlungsverfahren bei Ausweisung des Mieters: Anmerkungen zu BGE 4C.17/2004, RVJ 2004 335

LACHAT DAVID, Le bail à loyer, Lausanne 2008

RAJOWER FELIX, Prozessuale Aspekte der Ausweisung von Mietern, PJA 1998 797

SAVIAUX NICOLAS, Expulsion du locataire et exécution forcée, CdB 2004 97

SAVIAUX NICOLAS, Expulsion du locataire : changement de jurisprudence, CdB 2002 74

SONNENBERG CAROLE, Non-paiement de loyer. Expulsion compétence ratione materiae, CdB 2012 97

TANNER MARTIN, Die Ausweisung des Mieters im Rechtsschutz in klaren Fällen gemäss Art. 257 ZPO unter besonderer Berücksichtigung der ausserordentlichen Kündigungen nach Art. 257d OR und Art. 257f OR, RSPC 2010 267

L'abus de droit dans le contrat de bail à loyer

par

Pascal Pichonnaz

Professeur à l'Université de Fribourg*

I. Introduction.....	145
II. Le rappel de la notion d'abus de droit (CC 2 II).....	146
A. Une finalité recherchée en contradiction avec la règle.....	146
1. L'absence d'un intérêt (légitime) suffisant à l'exercice du droit...	147
2. La disproportion grossière des intérêts en présence	148
3. L'absence de ménagement dans l'exercice du droit	148
4. Un comportement contradictoire du titulaire du droit	149
B. Un résultat profondément insatisfaisant	150
C. La conséquence juridique.....	151
III. L'abus de droit et les relations tripartites	151
A. L'abus de droit dans la sous-location.....	152
B. Le transfert du bail	156
C. Le locataire de remplacement.....	157
IV. L'abus de droit à invoquer la nullité d'une convention.....	160
A. La nullité d'une contravention au délai légal de résiliation	160
B. La nullité d'une convention couplée	161

*

Nous tenons à remercier Mme Violaine Badoux, assistante à la Faculté, pour l'aide qu'elle nous a apportée dans la préparation de cette contribution et M. Arnaud Nussbaumer, également assistant à la Faculté, pour son aide à la mise au point finale du texte.

V. Deux concrétisations typiques de l'abus de droit en matière de bail....	162
A. Le loyer abusif.....	162
B. L'exercice du droit de résiliation.....	164
1. La résiliation pour défaut de paiement	164
2. Le congé contrevenant aux règles de la bonne foi.....	167
3. L'abus de droit dans la forme de la résiliation.....	169
4. Un <i>venire contra factum proprium</i> en matière de résiliation.....	170
5. Le délai pour résilier.....	170
VI. En guise de conclusion.....	171
Bibliographie	173

I. Introduction

1. On pourrait penser que les organisateurs de ce congrès m'ont demandé de traiter d'un thème qui n'en est pas un. En effet, l'abus manifeste d'un droit est un principe ancré à l'art. 2 al. 2 du Code civil (ci-après : CC). Or, comme tout principe général posé dans le Code civil, celui-ci s'applique également aux autres domaines du droit privé, en particulier au droit des obligations (CC 7)¹. Faut-il dès lors en conclure qu'une présentation portant sur l'abus de droit en droit du bail n'est rien d'autre qu'une présentation des principes liés à l'usage abusif d'un droit en général ?
2. En fait, le thème pose la question intéressante de la relation entre la règle générale de l'art. 2 al. 2 CC et ses concrétisations légales dans le domaine du droit du bail. En effet, le législateur a retenu toute une série de dispositions qui sont – expressément ou implicitement – des concrétisations du principe de l'interdiction de l'abus manifeste d'un droit. Partant, la question principale est celle de savoir si les règles spéciales l'emportent sur le recours au principe général, en d'autres termes, si le juge qui rejette l'application d'une disposition du droit du bail reprenant l'idée de l'abus manifeste d'un droit exclut par ce seul fait le recours à la notion générale de l'art. 2 al. 2 CC.
3. Ainsi, le but de notre contribution est de passer en revue les divers domaines du droit du bail qui reprennent l'idée de l'abus manifeste d'un droit. Nous examinerons dans chaque cas s'il s'agit de dispositions qui ne sont qu'une concrétisation du principe général, entraînant ainsi *la concentration* de la procédure sur celle-ci et excluant le recours subsidiaire à l'art. 2 al. 2 CC, ou s'il s'agit de dispositions proposant une notion autonome de l'abus de droit, entraînant par là même une *double voie* dans la procédure, permettant au plaideur d'invoquer tant la règle du droit du bail que le principe général de l'art. 2 al. 2 CC.
4. Après un rappel de la notion générale de l'abus manifeste d'un droit au sens de l'art. 2 al. 2 CC (II.), nous aborderons quelques thèmes choisis, en traitant en particulier de l'abus de droit et des relations tripartites (III.), de l'abus de droit à invoquer la nullité d'une convention (IV.) et des deux concrétisations typiques de l'abus de droit en matière de bail que sont les situations liées aux loyers abusifs et celles relevant de la

¹ WALTER, p. 237 s. ; PICHONNAZ (Le Centenaire), p.129 s.

résiliation abusive (V.). Nous pourrions alors émettre quelques réflexions conclusives (VI.).

II. Le rappel de la notion d'abus de droit (CC 2 II)

5. Aux termes de l'art. 2 al. 2 CC, « *[l']abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi* ». En effet, comme l'exercice d'un droit (subjectif) est en principe un privilège reconnu à une personne par le droit objectif, lui permettant d'obtenir un avantage de la part d'un cocontractant ou d'un tiers, son exercice ne saurait être considéré comme déloyal². En principe, c'est plutôt la personne qui empêche l'exercice de ce droit qui se comporte de manière déloyale et qui est sanctionnée par l'ordre juridique. Le Tribunal fédéral l'a rappelé d'ailleurs en matière de prescription des créances dans un arrêt récent³ : « De jurisprudence constante en effet, sauf circonstances particulières non réalisées en l'espèce, le justiciable ne commet pas un abus de droit s'il attend – dans les limites du délai de prescription – avant de faire valoir ses prétentions, sinon quoi l'institution de la prescription serait vidée d'une grande partie de sa substance (ATF 131 III 439, cons. 5.1, p. 443 et la référence) ».
6. Il y a toutefois des hypothèses dans lesquelles l'exercice d'un droit subjectif devient abusif et ne doit plus être protégé par l'ordre juridique. Le législateur n'indique pas quelles sont les circonstances qui ne permettent plus l'exercice du droit subjectif, pourtant octroyé par un contrat ou l'ordre juridique. De par la place de l'interdiction de l'abus manifeste d'un droit à l'alinéa 2 de l'art. 2 CC, il faut considérer qu'il s'agit de situations où le titulaire du droit, en l'exerçant, a un comportement déloyal⁴. On peut ainsi identifier **deux groupes d'hypothèses** :

A. Une finalité recherchée en contradiction avec la règle

7. L'attitude déloyale d'un partenaire contractuel se déduit, dans une première hypothèse, de la comparaison entre la justification de l'existence du droit subjectif (son but) et le but visé par celui qui

² STEINAUER, N 474.

³ TF du 23.04.2014, 9C_832/2013, cons. 7.

⁴ STEINAUER, N 475.

l'exerce à un moment déterminé, dans des circonstances concrètes. Il y a en quelque sorte **une contradiction** entre le but « visé » par le législateur ou les parties qui ont posé les bases de l'existence d'un droit subjectif déterminé et celui recherché par celui qui exerce ce droit subjectif. En d'autres termes, c'est la finalité recherchée par celui qui exerce le droit subjectif qui est inacceptable pour l'ordre juridique⁵.

8. La doctrine et la jurisprudence ont identifié **plusieurs situations typiques** pour cette première hypothèse. Nous allons les rappeler brièvement.

1. L'absence d'un intérêt (légitime) suffisant à l'exercice du droit

9. La première situation est l'hypothèse d'une contradiction entre le but visé par le législateur ou les parties au contrat et l'exercice du droit subjectif qui en découle⁶. L'exercice du droit subjectif ne représente alors aucun intérêt pour celui qui l'exerce, mais son exercice a pour effet de nuire (gravement) au destinataire. Il s'agit principalement des cas dits du « mur de chicane »⁷ et ses variations⁸. Ou bien l'exercice du droit vise un intérêt totalement étranger à celui envisagé par le fondement du droit subjectif (intérêt « illégitime ») ; l'intérêt visé est alors souvent illégitime parce qu'il n'est que passerager⁹ et sans

⁵ CR-CHAPPUIS, art. 2 CC N 32 (« détournement de la finalité ») ; é.g. ZK-BAUMANN, art. 2 CC N 354.

⁶ CHK-MIDDENDORF/GROB, art. 2 CC N 17 ; STEINAUER, N 573 ss et BK-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, art. 2 CC N 207 ss ; BSK-HONSELL, art. 2 CC N 38 ss ; ZK-BAUMANN, art. 2 CC N 369 ss ; CR-CHAPPUIS, art. 2 CC N 34.

⁷ Abus de droit nié pour la construction d'un hangar dans le rayon d'envol et d'atterrissage d'un aérodrome privé, notamment en vue d'empêcher l'exercice de l'entreprise aéronautique, le Tribunal ayant admis l'existence d'un intérêt, ATF 103 II 96, cons. 4, JdT 1979 I 227* ; abus de droit admis en revanche en France pour la construction, en limite de propriété et en face de la porte d'un hangar à dirigeables, de deux carcasses en bois d'une longueur de 15 mètres environ, d'une hauteur de 10 à 11 mètres, surmontées de quatre piquets en fer de 2 à 3 mètres de hauteur, et séparées l'une de l'autre de quelques mètres ; *arrêt Coquerel c. Clément-Bayard*, Req. 3 août 1915, DP 1917, 1, 79.

⁸ P. ex. ATF 117 II 466, cons. 5d, JdT 1992 I 387* ; 107 III 7, cons. 1, JdT 1983 II 35* ; 95 II 14, cons. 5 ; 93 II 11, cons. 2c, JdT 1967 I 542*.

⁹ ATF 123 III 220, cons. 4d, JdT 1997 I 242*, fondé sur le passage du Digeste de Justinien : « *Dolo facit, qui petit quod redditurus est* » (Dig. 44.4.8 = Dig. 50.17.173.1, *Paulus libro sexto ad Plautium*).

justification. Ou bien l'exercice du droit ne permet pas d'atteindre le but recherché¹⁰, ce qui enlève toute justification à l'exercice du droit en question.

2. La disproportion grossière des intérêts en présence

10. En principe, le titulaire d'un droit subjectif doit pouvoir l'exercer et obtenir l'avantage qui en découle. Toutefois, en particulier dans les obligations de faire et de ne pas faire, la jurisprudence et la doctrine tiennent compte de la relation entre l'avantage retiré lors de l'exercice du droit subjectif et la charge que celui-ci représente alors pour le destinataire¹¹. Cette analyse a conduit à retenir un abus de droit notamment lorsque le créancier tire des conséquences disproportionnées d'une violation minime du droit¹².

3. L'absence de ménagement dans l'exercice du droit

11. Cette troisième catégorie est plus problématique¹³. En effet, en principe, l'exercice d'un droit subjectif doit justement conférer à son titulaire un avantage par rapport à la personne concernée¹⁴. Pourtant dans certaines hypothèses (rares), il y a abus de droit à exercer un droit si le déséquilibre des intérêts en présence est tel que l'avantage retiré par le titulaire du droit n'est plus dans un rapport raisonnable avec les conséquences qu'il engendre pour le destinataire¹⁵. Une violation minime d'un contrat ne justifie ainsi pas toujours que le créancier puisse en tirer des conséquences juridiques (résiliation p. ex.)¹⁶. L'abus de droit étant une mesure corrective incisive, les cas dans lesquels un abus de droit a été admis à ce titre ne sont pas nombreux et souvent anciens. Ainsi, le retard de paiement de loyer de CHF 286.- n'est pas insignifiant

¹⁰ ZK-BAUMANN, art. 2 CC N 369.

¹¹ STEINAUER, N 577 ss et BK-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, art. 2 CC N 213 ss.

¹² ATF 95 II 14, cons. 5, JdT 1969 I 576* et d'autres arrêts cités par STEINAUER, N 579 n. 19 et par BK-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, art. 2 CC N 215.

¹³ STEINAUER, N 581 ss ; CR-CHAPPUIS, art. 2 CC N 35.

¹⁴ STEINAUER, N 577.

¹⁵ STEINAUER, N 579 ; CR-CHAPPUIS, art. 2 CC N 34.

¹⁶ Pour des exemples déjà anciens, cf. not. STEINAUER, N 579 n. 19.

selon la jurisprudence¹⁷. De même, le retard de deux jours dans le paiement (après octroi d'un délai de grâce au sens de l'art. 257d CO) n'est pas insignifiant et la résiliation du bail est valable¹⁸ ; il n'en va autrement que si le locataire peut apporter la preuve que la résiliation est détournée de son but¹⁹.

4. Un comportement contradictoire du titulaire du droit

12. Il y a enfin abus de droit lorsque le titulaire du droit adopte un comportement contradictoire. Celui-ci peut se caractériser par plusieurs attitudes. On peut mentionner :
13. *1° Inciter dolosivement l'autre partie à ne pas exercer un droit, en lui laissant entendre que l'on remplira ses engagements.* Tel est typiquement le cas lorsqu'une partie convainc l'autre de ne pas interrompre le délai de prescription, dès lors que les parties négocient. Parfois, le Tribunal fédéral a admis l'idée qu'il était abusif d'invoquer la prescription d'une créance dans une procédure alors que l'autre partie, créancière, avait laissé passer l'occasion d'interrompre le délai compte tenu du comportement dissuasif sur ce point du défendeur²⁰.
14. *2° Tarder à exercer un droit* est parfois considéré comme un cas d'abus de droit²¹, mais nous verrons que le plus souvent il faut plutôt passer par la notion de *péremption*²².
15. *3° « Venire contra factum proprium ».* L'abus consiste alors à se comporter de manière incompatible avec un comportement antérieur qui a créé une attente légitime d'un tiers ou qui l'a placé dans une situation digne de protection²³. Cette hypothèse se rapproche de celle dans

¹⁷ ATF 120 II 31, cons. 4b (en revanche, il y a abus à menacer le locataire de résiliation pour non-paiement d'un loyer ou de frais accessoires échus avant d'avoir acquis la certitude que celui-ci doit le montant réclamé) ; TF du 27.02.1997, SJ 1997 p. 538/542, cons. 2a.

¹⁸ ATF 119 II 232, JdT 1994 I 201.

¹⁹ TF du 18.10.2001, 4C.206/2001, cons. 8.

²⁰ Les cas où l'abus de droit a été admis ne sont pas nombreux, cf. toutefois ATF 113 II 264, cons. 2, JdT 1988 I 14* ; 112 II 231, cons. 3e/bb et d'autres cités dans CR-PICHONNAZ, art. 142 CO N 35 ss.

²¹ STEINAUER, N 586 ss ; CR-CHAPPUIS, art. 2 CC N 36.

²² ALLIMANN, N 1026 ss.

²³ STEINAUER, N 589 ; CR-CHAPPUIS, art. 2 CC N 33 ; BSK-HONSELL, art. 2 CC N 43 ;

laquelle le Tribunal fédéral accepte qu'un contrat qui, bien que soumis à une forme particulière, ne remplit pas les exigences de celle-ci, mais produit néanmoins des effets lorsque les parties ont exécuté le contrat pour l'essentiel²⁴.

16. Ces catégories ne sont que des aides pour augmenter la prévisibilité des décisions et faciliter l'appréciation du caractère abusif par le juge. En effet, le juge doit toujours faire une appréciation de cas en cas de la situation, en tenant compte de toutes les circonstances²⁵.

B. Un résultat profondément insatisfaisant

17. Il existe **une seconde hypothèse**, plus exceptionnelle, dans laquelle on admet également l'existence d'un abus de droit. Il s'agit des situations dans lesquelles celui qui exerce le droit subjectif le fait certes en conformité avec le droit objectif qui le fonde, mais le **résultat produit est profondément insatisfaisant**²⁶ ; il est choquant. Ce n'est alors pas l'exercice du droit par son titulaire qui est la cause de l'abus, mais bien le droit objectif lui-même qui pose problème. Son exercice n'est en quelque sorte que la mise en lumière du problème posé par le droit objectif. Le juge doit-il alors faire appel à l'interdiction de l'abus de droit pour « corriger » le travail du législateur ? La réponse dépend largement des conceptions méthodologiques sur le rôle respectif du législatif et du judiciaire. Il faut toutefois en principe soit une « erreur manifeste du législateur »²⁷ soit que les « conditions se sont à ce point modifiées »²⁸ que le droit tel qu'envisagé par le législateur (ou les parties) est devenu manifestement insatisfaisant, inapproprié.
18. Les situations présentées ci-dessus indiquent que l'abus d'un droit doit être **manifeste**. La fonction corrective du juge est donc limitée aux

ALLIMANN, N 92 s. ; ZK-BAUMANN, art. 2 CC N 380 ss ; DESCHENAUX, p. 172 s.

²⁴ TF du 02.04.2013, 4A_636/2012, cons. 2.3 (non publié in ATF 139 III 249 : forme du loyer initial) ; pour un rappel, cf. parmi d'autres PICHONNAZ (Le Centenaire), p. 183 s.

²⁵ ATF 135 III 349, cons. 3 ; TF du 04.02.1001, 5C.312/2001, cons. 6a ; ATF 116 II 700, cons. 3b, JdT 1991 I 643* ; 111 II 242, cons. 2a, JdT 1986 I 78*.

²⁶ STEINAUER, N 477.

²⁷ STEINAUER, N 477.

²⁸ ATF 125 III 57, cons. 2g, JdT 1999 I 223* ; 123 III 445, cons. 2b/aa, JdT 1988 I 354* ; STEINAUER, N 477.

situations « vraiment exceptionnelles »²⁹, caractérisées³⁰ ou à celles dans lesquelles la norme ou le contrat sont devenus *gravement* injustes³¹. On peut donc dire qu'en cas de doute, il n'y a pas place pour retenir l'abus de droit³².

C. La conséquence juridique

19. La conséquence juridique d'un abus manifeste de droit est exprimée de manière simple par l'art. 2 al. 2 CC : L'abus manifeste d'un droit « ...n'est pas protégé par la loi », « ...findet keinen Rechtsschutz », « ... non è protetto dalla legge ». Cette absence de protection souligne le fait que la conséquence juridique de l'abus manifeste d'un droit s'adresse au juge³³, qui ne doit pas prêter son concours à l'exercice abusif d'un droit. Cela signifie qu'il ne doit pas accueillir favorablement une exception, une objection ou une prétention qui repose sur un exercice abusif d'un droit.
20. Si le principe général exprimé par l'art. 2 al. 2 CC a été concrétisé par la doctrine et la jurisprudence à travers des catégories typiques, le législateur a lui aussi concrétisé parfois ce principe général en droit du bail. Nous allons examiner ci-après certaines dispositions et leurs applications, pour déterminer si le principe général de l'art. 2 al. 2 CC a ou non encore de la place à côté de ces concrétisations.

III. L'abus de droit et les relations tripartites

21. En matière de droit du bail, les relations tripartites présentent un intérêt particulier en lien avec l'abus de droit. Tel est notamment le cas de la sous-location (A.), du transfert de contrat (B.) et de l'hypothèse du

²⁹ STEINAUER, N 478 ; ég. TF du 10.01.2005, 5P.408/2004, cons. 6 (« cas exceptionnels ») ; TF du 15.02.2005, 4C.346/2004, cons. 5.3 (« circonstances tout à fait exceptionnelles ») ; ATF 129 III 618, cons. 5.2 (« circonstances tout à fait exceptionnelles »).

³⁰ ZK-BAUMANN, art. 2 CC N 14b ; BK-HAUSHERR/AEBI-MÜLLER, art. 2 CC N 201 ; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, p. 58 ; DESCHENAUX, p. 140 s.

³¹ STEINAUER, N 478.

³² CHK-MIDDENDORF/GROB, art. 2 CC N 15 ; BK-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, art. 2 CC N 202 ; STEINAUER, N 570.

³³ STEINAUER, N 480 ss.

locataire de remplacement (C.), trois domaines qui interagissent indirectement.

A. L'abus de droit dans la sous-location

22. En matière de sous-location, l'art. 262 CO prévoit que « le locataire peut sous-louer tout ou partie de la chose avec le consentement du bailleur ». Cette relation particulière générée par la sous-location a donné lieu à plusieurs hypothèses d'abus de droit :
23. **1° Un refus du consentement abusif.** Pour une partie de la doctrine, si le locataire sous-loue la chose sans requérir ou avant d'obtenir l'accord du bailleur, le bailleur peut en soi s'opposer à la sous-location après coup. Toutefois, le bailleur commet un abus de droit s'il s'oppose à la sous-location pour le seul motif que son consentement n'a pas été requis préalablement. En effet, lorsque la sous-location remplit les exigences matérielles et qu'elle n'entraîne pas de préjudice pour le bailleur, une opposition pour des motifs purement formels ne présente aucun intérêt digne de protection (cf. *supra* N 9) ; il y a donc bien abus de droit à exercer un droit d'opposition dans un tel cas³⁴. La situation n'est ainsi qu'une concrétisation du principe général de l'art. 2 al. 2 CC.
24. *Le contrat-cadre romand* exige la forme écrite (art. 8³⁵). Cette forme n'ayant qu'une valeur probatoire, il y aura d'autant plus abus de droit si l'opposition du bailleur ne se fonde que sur le non-respect de la forme³⁶.
25. *L'art. 22 des règles et usages locatifs du canton de Vaud* (RULV) dispose que lorsque le locataire veut sous-louer tout ou partie de la chose, il doit préalablement demander le consentement écrit du bailleur en indiquant les conditions de sous-location et les renseignements requis par le bailleur en application de l'art. 262 CO. L'alinéa 2 précise que le locataire ne peut pas sous-louer l'entier de la chose pour une durée indéterminée, mais il est possible de déroger à ce principe

³⁴ LACHAT (Bail à loyer), p. 574 N 2.2.10 ; GUINAND/WESSNER, p. 6 ; BISE/PLANAS, Commentaire droit du bail, art. 262 CO N 49.

³⁵ L'art. 8 du Contrat-cadre romand a la teneur suivante : « Lorsque le locataire veut sous-louer tout ou partie de la chose, il doit préalablement demander le consentement écrit du bailleur en indiquant les conditions de la sous-location et les renseignements requis par le bailleur en application de l'art. 262 CO. Le bailleur doit se prononcer dans les trente jours, dès réception de la demande ».

³⁶ LACHAT (Bail à loyer), p. 574 N 2.2.10.

moyennant l'accord écrit du bailleur. Appelé à se déterminer sur le cas dans lequel le locataire n'avait pas demandé préalablement l'autorisation du bailleur pour sous-louer la chose, le Tribunal fédéral a cassé l'arrêt cantonal qui considérait que la violation formelle de l'art. 22 RULV ne permettait pas de s'opposer à la sous-location. Le Tribunal fédéral a retenu qu'il n'était pas abusif de refuser la sous-location lorsque, comme en l'espèce, le locataire n'avait pas respecté les exigences de l'art. 22 RULV³⁷. Il a notamment tenu compte du fait que les exigences de l'art. 22 RULV étaient plus strictes que celles de l'art. 262 CO et qu'elles visaient un intérêt public d'éviter des transferts de bail sous couvert de sous-location de durée indéterminée³⁸. La forme écrite exigée par l'art. 22 RULV étant impérative, l'allégation (faite oralement) que le locataire reprendrait possession des locaux après deux ans ne suffisait pas aux yeux du Tribunal fédéral pour exclure tout intérêt du bailleur à s'opposer valablement à la sous-location et à résilier le contrat ; cela d'autant plus que la sous-location portait sur l'ensemble de la chose louée et que le contrat de sous-location avait été conclu pour une durée indéterminée³⁹. Constatant ainsi l'existence d'un intérêt suffisant à la mise en œuvre de la disposition dans le cas concret (cf. *supra* N 9), le Tribunal fédéral a donc rejeté le grief d'abus de droit.

26. **2° Des conditions de sous-location abusives.** Le locataire peut toutefois lui aussi commettre un abus de droit, en l'occurrence de son droit de sous-location, s'il fixe des conditions de sous-location abusives (CO 262 II/b)⁴⁰. Les conditions de sous-location sont ainsi abusives notamment si le locataire doit payer un « pas de porte » (« Handgeld ») pour pouvoir conclure le contrat de sous-location ou si le sous-loyer dépasse de manière importante le loyer sans que le locataire ne fournisse de prestations supplémentaires⁴¹. En quelque sorte, il y a là un abus d'une position qui ne repose pas sur un intérêt légitime (cf. *supra* N 9).
27. Cela n'exclut pas la possibilité pour le locataire de faire un bénéfice en sous-louant la chose, comme l'a relevé le Tribunal fédéral dans un arrêt,

³⁷ TF du 10.03.2009, 4A_487/2008, cons. 2.

³⁸ TF du 10.03.2009, 4A_487/2008, cons. 2.7.

³⁹ TF du 10.03.2009, 4A_487/2008, cons. 2.8.

⁴⁰ BISE/PLANAS, Commentaire droit du bail, art. 257d CO N 36 ss.

⁴¹ GUINAND/WESSNER, p. 5 ; LACHAT (Bail à loyer), p. 568 N 2.2.1 ; ZK-HIGI, art. 262 CO N 42 ss ; BISE/PLANAS, Commentaire droit du bail, art. 262 CO N 39.

certain non publié⁴², mais qui tranche la question qu'il avait laissée indécise dans une jurisprudence antérieure⁴³. Pour juger du caractère abusif du sous-loyer, il faut partir du loyer principal⁴⁴. Toutefois, le sous-loyer peut être supérieur lorsque le sous-bailleur fournit des prestations supplémentaires (dans l'arrêt, un mobilier luxueux de standing) et également lors d'investissements consentis par des travaux de transformation (dans l'arrêt, rénovation de l'appartement)⁴⁵; en effet, dans ces cas-là, il y a un intérêt justifié et légitime à exiger un montant supérieur (cf. *supra* N 9). La sous-location ne peut toutefois pas revêtir un caractère lucratif, puisque le loyer mensuel de base est fixé en fonction du montant retenu par le bail principal conclu entre le bailleur et le locataire⁴⁶.

28. Si l'art. 262 al. 2 let. b CO énumère les cas de conditions de sous-location abusives, le Tribunal fédéral *n'exclut pas de se référer également au principe général de l'abus de droit* (CC 2 II) pour contester au locataire le droit de sous-louer. Ainsi, dans un arrêt de 2010⁴⁷, il a retenu qu'il y avait abus de droit au sens de l'art. 2 al. 2 CC lorsque **le locataire a perdu toute idée de reprendre un jour l'usage de la chose sous-louée** et qu'il a procédé en réalité à une substitution de locataires par la voie détournée de la sous-location⁴⁸. Selon le Tribunal fédéral, il faut se montrer relativement strict sur l'intention du locataire principal de réintégrer les locaux loués, intention qui doit résulter d'un besoin légitime et clairement perceptible, et ne pas tolérer la sous-location simplement dans la perspective d'événements futurs incertains. En l'espèce, le locataire avait acheté une maison en France voisine et s'y était installé pour y vivre avec son épouse, évacuant son précédent logement et annonçant son départ de Suisse aux autorités. De ces faits, le Tribunal fédéral a retenu que le locataire n'avait pas l'intention de

⁴² TF du 10.01.2012, 4A_490/2011, cons. 4.2 et commentaire de BOSSART STEULET, p. 27 qui fait état de la doctrine à ce propos.

⁴³ ATF 119 II 353, cons. 6e, DB 1994 N 10.

⁴⁴ BISE/PLANAS, Commentaire droit du bail, art. 262 CO N 37.

⁴⁵ TF du 06.01.2005, 4C.333/2004, MRA 2005 69; BISE/PLANAS, Commentaire droit du bail, art. 262 CO N 39; ZK-HIGI, art. 262 CO N 43 ss.

⁴⁶ BOSSART STEULET, p. 30.

⁴⁷ TF du 04.10.2010, 4A_367/2010.

⁴⁸ Cf. ég. ATF 134 III 446, cons. 2.4, DB 2009 N 12, et les arrêts cités; BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE, art. 262 CO N 27; BSK-WEBER, art. 262 CO N 8.

réintégrer les locaux loués et qu'il abusait donc de son droit à la sous-location. Pour cette même raison, le Tribunal fédéral retient également un abus de droit dans l'ATF 134 III 446⁴⁹ : à l'époque des faits, la locataire sous-louait l'appartement à son fils depuis près de sept ans et avait en outre demandé au moment de quitter elle-même le logement de lui permettre de transférer le bail à son fils, puis à sa belle-fille, mais sans succès. Cela démontre que son intention n'était pas de réintégrer un jour ou l'autre l'appartement en cause, mais bien de se libérer définitivement des obligations résultant du bail. Le Tribunal fédéral a ainsi admis un abus de droit fondé directement sur l'art. 2 al. 2 CC⁵⁰. Partant, l'abus de droit constitue ici une voie parallèle à celle fondée directement sur l'art. 262 al. 2 let. b CO (cf. *supra* N 3).

29. **3° Un contrat de bail principal fictif et donc abusif.** Afin d'éviter que le bailleur souffre d'un inconvénient en raison de la sous-location, l'art. 273b al. 1 CO prévoit que la prolongation du sous-bail n'est possible que pour la durée du bail principal. Le bailleur ne doit en effet pas être restreint dans ses droits de résilier le bail principal par l'existence d'un sous-bail⁵¹. S'inspirant de la casuistique, le législateur a toutefois pensé à protéger le sous-locataire, lorsque, pour détourner les art. 271 ss CO, le bailleur conclut un bail principal fictif⁵² pour ensuite opposer son extinction au pseudo sous-locataire⁵³. Dans un tel cas, le sous-locataire pourrait être directement affecté par l'extinction du bail principal, alors qu'il n'y a aucune justification à ne pas prolonger le sous-bail. L'art. 273b al. 2 CO prévoit alors que le sous-locataire bénéficie des dispositions sur la protection des congés sans égard à l'extinction du bail principal. Cette règle reposait précédemment sur l'interdiction générale de l'abus de droit (CC 2 II)⁵⁴ ; elle en est donc aujourd'hui une concrétisation légale (cf. *supra* N 9).

⁴⁹ DB 2009 N 12 ; cf. ég. BISE/PLANAS, Commentaire droit du bail, art. 262 CO N 57 s.

⁵⁰ Pour d'autres arrêts dans ce sens mentionné par le Tribunal fédéral lui-même, cf. TF du 11.10.94, 4C.199/1994, cons. 4c, SJ 1995 p. 227 ; TF du 06.10.1999, 4C.124/1999, cons. 4a, b et c ; TF du 30.08.2000, 4C.155/2000, cons. 2b et c, SJ 2001 I 17.

⁵¹ BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE, art. 273b CO N 1.

⁵² P. ex. le propriétaire passe un contrat de bail principal fictif avec la régie de son immeuble.

⁵³ ZK-HIGI, art. 273b CO N 35 ss ; LACHAT (Bail à loyer), p. 795 N 7.3 ; BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE, art. 273b CO N 2 ; BSK-WEBER, art. 273b CO N 1.

⁵⁴ ATF 87 I 441, JdT 1962 I 580 ; TF du 29.03.2001, 4C.300/2000 ; pour d'autres exemples, cf. ég. BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE, art. 273b CO N 11 ss.

Le Tribunal fédéral a cependant laissé la question indécise de savoir si la conclusion de ce pseudo-bail principal devait avoir lieu dès le début ou si le caractère fictif pouvait apparaître ultérieurement⁵⁵.

B. Le transfert du bail

30. De manière assez proche de ce qui vaut pour la sous-location, on peut aussi envisager des situations d'abus de droit en matière de transfert de bail. A l'instar de la sous-location, l'art. 263 CO prévoit la possibilité pour le locataire de transférer le bail à un tiers moyennant l'accord écrit du bailleur.
31. **1° Le bailleur abuse de son droit** notamment s'il se prévaut de l'absence de son consentement écrit alors qu'il a pris connaissance du transfert et qu'il a accepté pendant une longue période, sans réagir, le paiement des loyers par le bénéficiaire du transfert⁵⁶. La discussion porte toutefois sur le fait de déterminer si l'acceptation du paiement constitue l'expression d'un consentement tacite, auquel cas invoquer l'absence de forme écrite serait un abus de droit⁵⁷ (en raison d'un comportement contradictoire, cf. *supra* N 12), ou s'il n'y a pas encore de consentement du bailleur qui puisse être prouvé, dès lors que le paiement peut très bien provenir d'un tiers⁵⁸.
32. Dans un autre arrêt, le Tribunal fédéral retient qu'il y a abus de droit à se prévaloir de l'absence d'un consentement au transfert lorsque celui-ci a été admis par actes concluants, mais non en cas d'un simple accord oral portant sur l'engagement de donner ultérieurement le consentement écrit exigé par la loi⁵⁹.
33. **2° Le locataire peut abuser de son droit au transfert.** En effet, selon l'art. 263 al. 2 CC, le bailleur peut refuser son consentement au transfert s'il a de justes motifs. Cependant, même sans justes motifs, le bailleur

⁵⁵ TF du 29.03.2000, 4C.300/2000, cons. 3.

⁵⁶ ATF 125 III 226, cons. 2b et 2c, DB 1999 N 23, rappelé plus récemment dans l'arrêt du TF du 21.11.2012, 4A_352/2012, cons. 3.3 ; ég. LACHAT (Bail à loyer), p. 585 N 3.3.5.

⁵⁷ Dans ce sens BARBEY (Transfert), p. 58 s. ; LACHAT (Bail à loyer), p. 585 N 3.3.5 ; BSK-WEBER, art. 263 CO N 3 (mais qui précise qu'en cas de circonstances imprécises, on ne doit pas retenir l'abus de droit) ; BISE/PLANAS, Commentaire droit du bail, art. 263 CO N 35 ss.

⁵⁸ ZK-HIGI, art. 263 CO N 28 ; BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE, art. 263 CO N 10.

⁵⁹ TF du 26.03.2008, 4A_55/2008, cons. 3, DB 2008 N 12.

peut opposer au locataire son refus fondé sur l'abus de droit, en particulier si le locataire par ce biais entend imposer au bailleur un candidat locataire éconduit. Il pourrait donc y avoir abus de droit pour le locataire principal (« homme de paille ») à vouloir transférer ensuite ce bail au candidat éconduit, même en l'absence de justes motifs⁶⁰. En fin de compte, le locataire « homme de paille » permettrait ainsi d'obtenir un résultat que le bailleur voulait justement éviter, sans que le locataire n'ait un intérêt direct à la situation (cf. *supra* N 9). En pratique toutefois, il sera souvent difficile de démontrer la volonté du locataire principal de ne pas être locataire véritable ; ce n'est en effet qu'à cette condition qu'il pourrait y avoir un abus de droit à vouloir transférer ensuite le bail à un locataire précédemment éconduit.

34. On le voit, l'art. 2 al. 2 CC joue ici le rôle d'une clause générale et est soumis aux exigences (restrictives) habituelles (cf. *supra* N 3).

C. Le locataire de remplacement

35. L'art. 264 CO permet au locataire de restituer la chose louée sans observer le délai de congé ; il ne sera toutefois libéré de ses obligations que s'il présente au bailleur un nouveau locataire qui soit solvable et que le bailleur *ne puisse raisonnablement refuser*. Le nouveau locataire doit en outre être disposé à reprendre le bail aux mêmes conditions.
36. L'appréciation de la solvabilité doit se faire selon les critères de la bonne foi au vu des circonstances du cas d'espèce et des informations qui sont fournies au bailleur par le locataire de remplacement⁶¹. En tout cas, selon la jurisprudence, il n'est pas nécessairement suffisant de démontrer que le revenu est trois fois supérieur au loyer ; il faut au contraire comparer la solvabilité du locataire actuel et celle du remplaçant⁶².
37. *L'appréciation de la personnalité du locataire* de remplacement peut être plus délicate ; elle dépend d'éléments subjectifs, mais qui sont limités notamment par la personnalité du locataire précédent ; on ne peut être plus exigeant qu'avec le locataire précédent. Même s'il s'agit

⁶⁰ BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE, art. 263 CO N 19.

⁶¹ Cf. not. arrêt du Tribunal des baux de Zurich du 17 février 1994, MRA 1996 21.

⁶² ATF 119 II 36, cons. 3d, DB 1993 N 5 ; BSK-WEBER, art. 264 CO N 4 ; BISE/PLANAS, Commentaire droit du bail, art. 264 CO N 46.

d'une relation horizontale, le bailleur ne peut refuser un candidat pour des motifs de nationalité, de sexe, de race, de religion ou d'état civil⁶³, qui sont alors (à ce stade) étrangers au but du contrat (cf. *supra* N 7). Il y aurait là abus du pouvoir d'appréciation, émanation de l'art. 2 al. 2 CC. Le statut d'étranger pourrait toutefois être un critère, car le locataire pourrait présenter le risque de ne pas pouvoir reprendre le bail pour une période suffisante⁶⁴.

38. Pour un cas d'abus de droit du bailleur qui refuse un locataire de remplacement, on peut mentionner un arrêt du Tribunal cantonal du Tessin⁶⁵. Le locataire de remplacement souhaitait reprendre le bail à un loyer plus bas en lien avec une modification de l'usage. Le bailleur refusa ce locataire de remplacement, mais conclut finalement un contrat aux mêmes conditions avec un tiers. La Cour d'appel du Tribunal cantonal tessinois a retenu qu'il y avait ainsi abus de droit. C'était d'autant plus le cas que dans le même temps, le bailleur proposait au locataire d'autres appartements dans le même immeuble⁶⁶. Il y avait en effet là un comportement contradictoire, constitutif d'abus de droit (cf. *supra* N 12).
39. *Les contrat-cadres* peuvent déroger aux dispositions impératives du Code des obligations s'ils sont approuvés par le Conseil fédéral et qu'ils offrent aux locataires une protection pour le moins équivalente à celle du droit ordinaire contre les loyers abusifs (LCBD 3 I/b)⁶⁷. Ainsi, pour la restitution anticipée de la chose louée, le contrat-cadre romand (art. 9) ajoute des conditions supplémentaires à celles de l'art. 264 CO. Le locataire doit notamment aviser le bailleur par écrit en indiquant la date de restitution de la chose et doit respecter au minimum un préavis d'un mois pour le quinze ou la fin du mois. Le locataire est donc limité à deux termes de restitution, contrairement à ce que permet l'art. 264

⁶³ BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE, art. 264 CO N 6d.

⁶⁴ LACHAT (Bail à loyer), p. 613 N 5.3.2 ; é.g. BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE, art. 264 CO N 6b ; BISE/PLANAS, Commentaire droit du bail, art. 264 CO N 65.

⁶⁵ TC (TI) du 31.03.2004, MP 2006 200.

⁶⁶ TC (TI) du 31.03.2004, cons. 4.2, MP 2006 200 ; é.g. Gerichtspräsidentensamt (Courtelary) du 21.6.1995, MP 1997 16 (Il s'agissait là aussi d'un bailleur qui avait donné en location d'autres locaux également vacants dans le même immeuble ; le locataire sortant doit être libéré de son obligation de payer le loyer et les frais accessoires dès le moment où le candidat est prêt à reprendre *les locaux d'origine*.).

⁶⁷ LACHAT (Bail à loyer), p. 99 ss N 4.1 ss ; RONCORONI, MP 2004 1 ss ; TF du 10.03.2009, 4A_487/2008, cons. 2.2.

CO. Compte tenu du caractère impératif de l'art. 264 CO, il faut approuver l'avis de RONCORONI qui considère que lorsque la restitution à un autre terme que celui prévu par le contrat-cadre est refusée, il faut examiner s'il y a abus de droit à la refuser⁶⁸ ; il peut s'agir soit d'une situation qui tomberait sous une interdiction sans justification (cf. *supra* N 9) ou qui reflète une disproportion manifeste des intérêts en présence (cf. *supra* N 10).

40. Enfin, en l'absence de locataire de remplacement approprié, le locataire doit en principe s'acquitter du loyer jusqu'à l'expiration de la durée du bail ou jusqu'au prochain terme de congé contractuel (CO 264 II). Le bailleur a-t-il dès lors un devoir de rechercher lui-même un potentiel locataire durant cette période ou peut-il attendre la fin du bail et percevoir les loyers même si l'objet loué demeure vide ? La question n'est pas toute simple à résoudre. Il faut d'abord constater que le locataire sortant se trouve donc toujours lié contractuellement au bailleur, puisque la loi et le contrat ne lui donnent pas de droit de résiliation, quel que soit le motif invoqué. La somme d'argent que le locataire doit verser au bailleur n'est ainsi pas une créance en réparation d'un dommage, mais bien la créance primaire en exécution du contrat de bail, en paiement du loyer⁶⁹. Or, comme l'a relevé la jurisprudence dans un autre contexte, en soi un devoir de diminuer le dommage ne s'applique qu'à des créances en dommages-intérêts⁷⁰. Partant, le bailleur ne devrait pas devoir diminuer son dommage en recherchant lui-même un locataire de remplacement. Jurisprudence et doctrine admettent néanmoins ce devoir de réduire la créance en cas de défaillance du locataire sortant⁷¹. Ce devoir repose alors soit sur une

⁶⁸ RONCORONI, MP 2004 10.

⁶⁹ ACHTARI, N 290 ; SCHMID, p. 589 ss, en part. p. 598 ; ég. TF du 29.09.1998, 4C.387/1997, cons. 2a, MP 1998 178, RSJ 1999 75 s. : « Da der Mieter nach einer vorzeitigen Kündigung vertraglich gebunden bleibt, sofern er nicht einen zumutbaren Ersatzmieter stellt » ; ATF 119 II 36, cons. 3d : « (...) le bailleur, qui se borne à réclamer l'exécution du contrat (...) » ; d'un autre avis, cf. Bezirksgericht (ZH), MP 2004 31, cons. 4.1 ; ZK-HIGI, art. 264 CO N 71 qui considère que la créance en paiement est une créance en dommages-intérêts.

⁷⁰ ATF 131 III 511, cons. 5 ; TF du 01.05.2009, 4A_72/2009, cons. 3.2 (contrat d'assurance) ; TF du 16.06.2009, 4A_84/2009, cons. 4.5 (contrat d'assurance).

⁷¹ TF du 31.08.2005, 4C.171/2005, cons. 4.1 et les arrêts cités ; TF du 19.08.2002, 4C.118/2002, cons. 3.1 ; ATF 119 II 36, cons. 3c, DB 1993 N 5 ; 117 II 156, cons. 3a, JdT 1992 I 317, DB 1992 N 7 ; ég. TC (VS), CdB 2002 93, cons. IIIa ; TBx (VD), MP 1997 169 ; TC (AG), MP 1997 161, cons. 2b ; TC (TG), RSJ 1993 102 ; ég.

mauvaise compréhension de la nature de la créance en solde des loyers, soit sur une application du principe de l'interdiction de l'abus de droit⁷². En effet, on pourrait ici voir l'expression de l'absence de ménagement dans l'exercice du droit de recevoir les créances résiduelles (cf. *supra* n 11), avant tout si le bailleur peut sans difficulté trouver un locataire de remplacement.

IV. L'abus de droit à invoquer la nullité d'une convention

41. Nous évoquerons d'abord une situation liée à une convention régissant les délais de congés (A.), avant de traiter de la question des conventions couplées (B.).

A. La nullité d'une contravention au délai légal de résiliation

42. Dans le prolongement de sa jurisprudence relative à l'abus de droit d'invoquer un vice de forme⁷³, le Tribunal fédéral a retenu également qu'il y avait abus de droit à invoquer la nullité d'une convention qui avait fixé un délai de congé de trois mois pour des locaux commerciaux, en contravention à l'**art. 266d CO**.
43. Ainsi, dans un arrêt non publié de 2010⁷⁴, le Tribunal fédéral retient ce qui suit : « Commet un abus de droit la partie qui, dans un premier temps, accepte de conclure une convention et qui se prévaut ensuite de son invalidité en invoquant des règles légales impératives, alors qu'elle s'était délibérément accommodée du contenu de la convention au moment de la conclure ou qu'elle avait voulu cette convention dans son propre intérêt »⁷⁵. Le Tribunal fédéral identifie ici un comportement

ACHTARI, N 291 ; ZK-HIGI, art. 264 CO N 30 s. et 80 ss ; LACHAT (Bail à loyer), p. 619 N 5.6.1 ; BISE/PLANAS, Commentaire droit du bail, art. 264 CO N 77 s. ; BSK-WEBER, art. 264 CO N 10 (qui fonde ce devoir sur la bonne foi).

⁷² Du même avis, SCHMID, p. 599.

⁷³ TF du 02.04.2013, 4A_636/2012, cons. 2.3 (non publié in ATF 139 III 249) (contrat de bail et forme du loyer initial) ; TF du 21.11.2012, 4A_416/2012 (absence de forme du loyer initial, mais prise des clés) ; ATF 116 II 700, cons. 3a, JdT 1991 I 643 ; 116 II 700 cons. 3a, JdT 1991 I 643 ; 115 II 331, JdT 1991 I 150 ; 104 II 99, JdT 1979 I 16 ; 112 II 330, cons. 3b, JdT 1987 I 70 ; 112 II 107, cons. 3a, JdT 1986 I 587 ; restrictif toutefois pour retenir l'abus de droit, TF du 26.01.2012, 4A_647/2011, cons. 4.1.

⁷⁴ TF du 30.09.2010, 4A_364/2010.

⁷⁵ TF du 30.09.2010, 4A_364/2010, cons. 5.2.

contradictoire (cf. *supra* N 12). Il revient alors à la partie qui reproche à son cocontractant un abus de droit de prouver les circonstances particulières qui, dans le cas concret, autorisent à retenir que l'invalidité de la convention est invoquée de façon abusive⁷⁶.

44. En l'espèce, peu avant que la bailleresse, par l'entremise du courrier de sa gérance, n'ait accepté les termes de l'écriture de la locataire – fixant, dans le cadre de la passation d'un nouveau bail commercial de durée indéterminée, un préavis de congé de trois mois pour la fin d'un mois – la bailleresse avait conscience que cette clause contrevenait à des dispositions impératives du droit du bail. Elle avait d'ailleurs aussi conscience des effets que ce vice entraînait, puisqu'elle avait attiré l'attention de sa gérance sur l'inefficacité d'un tel congé. En revanche, rien ne permettait d'admettre que le locataire connaissait la nullité de la clause lors de la conclusion du contrat.
45. Il y avait donc bien un comportement contradictoire, constitutif d'un abus de droit, au sens des principes généraux développés en lien avec l'art. 2 al. 2 CC (cf. *supra* N 12)⁷⁷.

B. La nullité d'une convention couplée

46. En vertu de l'art. 254 CO, une transaction couplée avec un bail d'habitations ou de locaux commerciaux est nulle lorsque la conclusion ou la continuation du bail y sont subordonnées et que, par cette transaction, le locataire contracte envers le bailleur ou un tiers des obligations qui ne sont pas en relation directe avec l'usage de la chose louée.
47. Cette nullité ne découle pas de la forme de la convention, mais bien du *lien inapproprié entre des intérêts divergents* (cf. *supra* N 10). L'invocation de cette nullité n'est pas liée à un délai de péremption, toutefois on peut considérer, avec une partie de la doctrine, que le locataire commet un abus de droit s'il tarde beaucoup à se prévaloir de la nullité⁷⁸. On peut ainsi envisager l'hypothèse du locataire qui fait un

⁷⁶ TF du 30.09.2010, 4A_364/2010, cons. 5.2, qui cite ég. ATF 134 III 52, cons. 2.1.

⁷⁷ Sur une critique du recours à l'abus de droit pour justifier la validité de l'accord en dépit du non-respect de la forme, cf. not. KOLLER, Vom Formmangel, § 3 N 66 ss ; PICHONNAZ (Le Centenaire), p. 185 s.

⁷⁸ LACHAT (Bail à loyer), p. 555 N 2.6 ; CHK-HEINRICH, art. 255 CO N 8.

usage accru du mobilier que le bailleur lui a vendu, avant d'invoquer la nullité de la transaction couplée. De même, le locataire qui ferait appel à l'assurance que le bailleur l'a contraint de contracter, ou qui paierait de nombreuses primes, avant de se raviser et d'invoquer la nullité de la transaction (cf. *supra* N 12)⁷⁹.

V. Deux concrétisations typiques de l'abus de droit en matière de bail

48. Lorsque l'on évoque l'abus de droit en matière de droit du bail, on pense nécessairement à la question du loyer abusif (A.) et de la résiliation abusive (B.). Nous allons examiner brièvement ces deux aspects principalement dans leur lien avec la notion générale. Chacun de ces deux points mériteraient bien évidemment une présentation propre si l'on entendait en présenter tous les aspects.

A. Le loyer abusif

49. Aux termes de l'art. 269 CO, « les loyers sont abusifs lorsqu'ils permettent au bailleur d'obtenir un rendement excessif de la chose louée ou lorsqu'ils résultent d'un prix d'achat manifestement exagéré ». Cette disposition impérative⁸⁰ est concrétisée par des exceptions prévues par l'art. 269a CO, hypothèses dans lesquelles le législateur considère que les loyers ne sont pas abusifs.
50. Ainsi, compte tenu de la particularité du contrat de baux d'habitations, le législateur a restreint la portée des accords entre les parties. En effet, lors de la conclusion du contrat (CO 270), le locataire peut, malgré son accord initial, contester après coup (dans le délai de trente jours) le loyer, s'il estime qu'il est abusif au sens des art. 269 s. CO. Cette possibilité est toutefois limitée à *trois hypothèses alternatives*⁸¹ : (a) le locataire a été contraint de conclure le bail par nécessité personnelle ou familiale (CO 270 I/a 1^{ère} hyp.) ; (b) le locataire a été contraint de conclure en raison de la situation sur le marché local du logement et des locaux commerciaux (CO 270 I/a 2^e hyp.) ; (c) le bailleur a sensiblement augmenté le loyer pour la même chose par rapport au

⁷⁹ Pour de tels exemples, LACHAT (Bail à loyer), p. 555 N 2.6.

⁸⁰ ATF 133 III 61, cons. 3.2.2.2 ; BOHNET, Commentaire droit du bail, art. 269 CO N 2.

⁸¹ ATF 136 III 82, cons. 2.

précédent loyer (CO 270 I/b). Il appartient ainsi au locataire de prouver que l'une de ces trois conditions est réalisée⁸². Il n'y a alors en quelque sorte pas d'abus de droit, pas de comportement contradictoire, à conclure d'abord le contrat, puis à contester le loyer initial lorsque ces conditions sont remplies.

51. **L'art. 270 CO** apparaît ainsi comme *une exception légale à l'art. 2 al. 2 CC*, plus particulièrement à l'hypothèse du *venire contra factum proprium* (cf. *supra* N 12). Cela s'explique avant tout par le contexte social et les difficultés liées à la conclusion d'un contrat de bail, notamment en cas de pénurie. Dans une telle hypothèse, il paraît dès lors difficile d'invoquer l'art. 2 al. 2 CC pour retenir qu'il y a abus de droit à contester le loyer initial, lorsque la contestation a lieu dans le délai de péremption de l'art. 270 CO. C'est d'ailleurs là aussi la position du Tribunal fédéral, qui a retenu en 2013 ce qui suit : « Il est vrai que l'on peut voir une contradiction dans le fait d'accepter un loyer en signant le contrat, puis de le contester devant la commission de conciliation. Le législateur a cependant admis cette manière de procéder en adoptant l'art. 270 al. 1 CO, de sorte que l'on ne peut y voir un comportement que le droit ne protège pas. [...] Il n'y a en effet rien de contradictoire dans le fait de négocier un loyer que l'on trouve trop cher et ensuite de le contester parce qu'on le trouve toujours trop élevé »⁸³.
52. En revanche, le fait pour le bailleur de maintenir le niveau du loyer malgré l'évolution à la baisse des facteurs déterminants (**CO 270a**) n'est pas en soi un abus de droit ; toutefois, le locataire doit pouvoir rétablir un certain équilibre contractuel. De même, le fait d'augmenter le loyer au-delà de ce qui est autorisé par les facteurs déterminants (**CO 270b**) n'est pas en soi un abus manifeste de droit. La possibilité donnée au locataire de contester la hausse est plutôt le résultat d'une régulation de la liberté contractuelle, mue par des motivations de politique sociale et politique du logement. Il ne s'agit pas vraiment de sanctionner des comportements qui seraient notamment contradictoires ou dénués d'intérêts (cf. *supra* N 9 et 12).
53. On trouve dans la jurisprudence des hypothèses **d'abus de droit dans la contestation** de l'augmentation de loyer. Ainsi, à l'aune de la

⁸² TF du 28.08.2012, 4A_250/2012, cons. 2.2 ; TF du 16.10.2002, 4C.169/2002, cons. 2.1 ; TF du 02.04.2013, 4A_636/2012, cons. 2.2.

⁸³ TF du 02.04.2013, 4A_636/2012, cons. 2.3 (non publié in ATF 139 III 249).

jurisprudence en matière de nullité de la forme des contrats, le Tribunal fédéral a retenu parfois un *abus de droit à invoquer le vice de forme de l'augmentation de loyer*. Ainsi, le locataire qui, après s'être rendu compte du vice de forme résultant de la non-utilisation de la formule officielle, s'est abstenu de protester dans le dessein d'en tirer ultérieurement profit agit abusivement⁸⁴. De même, commet un abus de droit le locataire qui, en toute connaissance de cause, a expressément renoncé à la notification d'une augmentation de loyer sur formule officielle et a ensuite exécuté de son plein gré le contrat selon les termes convenus, mais fait ultérieurement valoir la nullité de l'augmentation pour non-usage de la formule officielle⁸⁵.

B. L'exercice du droit de résiliation

54. Les règles du droit du bail prévoient diverses hypothèses de résiliation ordinaire et extraordinaire. Plusieurs de ces hypothèses ont donné lieu à des jurisprudences relevant le caractère abusif soit du bailleur qui résilie soit du locataire qui conteste la résiliation.

1. La résiliation pour défaut de paiement

55. L'art. 257d CO permet au bailleur de résilier le contrat de bail de manière anticipée si le locataire est en demeure de payer et s'il lui a fixé un délai comminatoire conforme aux exigences de la disposition impérative. Si l'une des conditions de l'art. 257d CO n'est pas réalisée, le congé est alors inefficace⁸⁶.
56. Il y a toutefois **plusieurs hypothèses** où la jurisprudence a retenu un abus du bailleur qui résilie le contrat en vertu de l'art. 257d CO⁸⁷ :

⁸⁴ ATF 113 II 187, cons. 1a.

⁸⁵ ATF 123 III 70, cons. 3c, JdT 1998 I 8/12 ; ATF 113 II 187, cons. 2b ; ATF 110 II 494/498, JdT 1985 I 365/369 ; TF du 26.05.2003, 4C.59/2003, cons. 7, MP 2003 120 ; TF du 18.10.2001, 4C.134/2001, DB 2002 p. 28 N 17. De même, a été considérée comme abusive la remise en cause de majorations viciées vieilles de quinze ans (TC [VD], CdB 2005, p. 92) ; cf. ég. LACHAT (Bail à loyer), p. 406 N 3.2.3 ; STEINAUER, N 592 ss.

⁸⁶ Cf. pour les cas de nullité, LACHAT (Bail à loyer), p. 670 ss N 2.3.5.

⁸⁷ Cf. ég. COLOMBINI, p. 37 ; WESSNER, Commentaire droit du bail, art. 257d CO N 41 et 43.

57. - Il y a ainsi abus de droit du bailleur qui n'informe pas le juge du paiement du loyer par le locataire dans le délai comminatoire et qui persiste à requérir l'expulsion du locataire⁸⁸.
58. - Le congé peut également être abusif si l'arriéré a été réglé très peu de temps après l'expiration du délai, 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 délai⁸⁹. En revanche, le Tribunal fédéral a retenu dans une affaire récente que si les loyers arriérés n'ont été payés que huit jours après l'échéance du délai comminatoire imparti aux locataires, ce n'était pas « très peu de temps après l'expiration du délai », il n'y avait dès lors pas abus de droit⁹⁰. Ainsi, si les conditions de l'art. 257d CO sont remplies, il n'y aura abus de droit que si le bailleur est mû par un motif réel autre que le défaut de paiement (cf. *supra* N 9)⁹¹.
59. - Il y a abus de droit si le congé est motivé par la demeure pour un montant impayé insignifiant (cf. *supra* N 10)⁹² ; pour cela, il n'est pas nécessaire de comparer le montant avec le loyer mensuel ou l'entier des loyers payés durant la relation contractuelle. Ainsi, un montant de CHF 1'689.- n'a rien d'insignifiant⁹³, ni d'ailleurs un solde de décompte de charges de CHF 656.-⁹⁴. Cela vaut indépendamment de l'ampleur du loyer mensuel ou de la somme des loyers payés durant la période contractuelle⁹⁵.
60. - Il y a aussi abus de droit lorsque le bailleur éprouve un doute sur le montant de sa créance et invite le locataire à vérifier le montant réclamé, tout en le menaçant de résiliation avant d'avoir acquis la

⁸⁸ TF du 23.09.2003, 4C.65/2003, cons. 4.2.1 ; ég. ATF 120 II 31/33, cons. 4b (lors de la fixation du délai comminatoire, le bailleur réclame au locataire une somme largement supérieure à celle en souffrance, sans être certain du montant effectivement dû).

⁸⁹ TF du 26.01.2009, 4A_472/2008, cons. 5.3.1 ; TF du 08.02.2005, 4A.430/2004, cons. 3.1, SJ 2005 I 310/311 ; ég. LACHAT (Bail à loyer), p. 672 N 2.3.6.

⁹⁰ TF du 07.11.2013, 4A_549/2013, cons. 4, SJ 2014 I 105.

⁹¹ BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE, art. 257d CO N 43.

⁹² ATF 120 II 31, cons. 4 ; rappelé in : TC VD, CdB 2014 p. 52, cons. 5b.

⁹³ TF du 07.06.2011, 4A_299/2011, cons. 6.

⁹⁴ TF du 17.01.2011, 4A_650/2010.

⁹⁵ TF du 27.01.2012, 4A_641/2011, cons. 7, confirmant CACI 5 avril 2011/30 ; cf. ég. TC VD, CdB 2014 p. 52, cons. 5b.

certitude que la somme demandée était justifiée (cf. *supra* N 12)⁹⁶. Il y a surtout abus de droit en présence d'une somme impayée faible, avant tout si la résiliation pour retard de paiement est clairement détournée de son but (cf. *supra* N 9)⁹⁷. Dans l'arrêt de 2012, le Tribunal fédéral a néanmoins considéré que lorsque le locataire s'était abstenu de payer un arriéré de loyer de quatre mois sans fournir d'explications, puis avait persisté à ne rien verser tout en occupant les locaux et avait laissé s'écouler encore quinze jours après le dépôt d'une requête en évacuation, il n'y avait alors pas abus de droit à résilier le contrat sur la base de l'art. 257d CO, même si l'on ne pouvait ignorer en l'espèce l'intérêt du locataire au maintien du contrat, compte tenu des travaux qu'il avait effectués⁹⁸.

61. - Il y a également abus de droit à invoquer l'inefficacité du congé donné le dernier jour du délai comminatoire, lorsque le locataire n'a jamais eu l'intention de s'acquitter du loyer⁹⁹.
62. - En revanche, résilier le bail pour cause de demeure du locataire n'est pas constitutif d'abus de droit, lorsque ce dernier est au bénéfice d'un plan précis de remboursement qu'il ne respecte pas et qui entraîne alors l'exigibilité immédiate de l'entier du solde impayé¹⁰⁰, pour autant que ce solde ne soit pas insignifiant (cf. *supra* N 59). En l'occurrence, le locataire avait certes invoqué la compensation, mais apparemment sans respecter les exigences de spécification lors de la déclaration ni pour un montant permettant de payer l'ensemble de la créance échue.
63. Certains arrêts en lien avec l'art. 257d CO évoque l'abus de droit en lien avec des **questions de forme**. On peut relever notamment les situations suivantes :
64. - Il est abusif d'invoquer l'absence de notification du loyer initial sur formule officielle pour s'opposer à une résiliation ordinaire¹⁰¹ ; le

⁹⁶ ATF 120 II 31, cons. 4b ; rappelé par l'arrêt du TF du 11.06.2012, 4A_108/2012, cons. 4.3. Cf. ég. la jurisprudence cantonale rappelée par COLOMBINI, p. 56.

⁹⁷ STEINAUER, N 579 n. 19.

⁹⁸ TF du 11.06.2012, 4A_108/2012, cons. 4.4.

⁹⁹ ATF 121 III 156 ; TF du 04.07.2006, 4C.96/2006 ; TF du 01.07.2003, 4C.88/2003.

¹⁰⁰ TC VD, CdB 2014, p. 52.

¹⁰¹ Cf. pour un cas proche dans lequel le locataire au bénéfice d'un contrat de durée déterminée en demande la prolongation sans signer le document, ATF 138 III 123/128 s., cons. 2.5.

but de la formule officielle étant avant tout d'informer, la conséquence de l'absence de son usage n'entraîne ni la nullité du contrat, ni celle des termes du loyer, mais uniquement du montant. Par ailleurs, on ne saurait attendre indûment avant d'invoquer une nullité, sous peine de se voir opposer un comportement abusif¹⁰².

65. - Le Tribunal fédéral s'est aussi prononcé sur le fait que la résiliation fondée sur l'art. 257d CO n'avait pas été communiquée séparément aux deux conjoints (CO 266n). En principe, une telle résiliation même fondée sur l'art. 257d CO est nulle. Le locataire a toutefois un devoir d'information sur sa situation familiale. Ici, il pourra cependant invoquer la nullité malgré son défaut d'information, sous réserve d'un abus de droit qui ne sera retenu qu'exceptionnellement¹⁰³. Un tel abus de droit est toutefois donné lorsque le locataire a volontairement caché son mariage pour pouvoir exciper de la nullité de la résiliation extraordinaire du bail¹⁰⁴. L'abus de droit a aussi été retenu lorsque les locataires n'avaient pas informé le bailleur que leur famille s'était installée dans un bien-fonds contenant essentiellement des locaux commerciaux à usage d'hôtel-restaurant¹⁰⁵.
66. - Enfin, il est aussi abusif de droit que le locataire s'oppose à une résiliation fondée sur l'art. 257d al. 2 CO en invoquant un vice de forme, alors qu'il a régulièrement versé son loyer durant sept ans, comme si le contrat était valable, et qu'il a en outre attendu qu'il soit statué sur son expulsion pour faire valoir le vice de forme¹⁰⁶.

2. Le congé contrevenant aux règles de la bonne foi

67. En vertu des art. 271 et 271a CO, un congé est annulable s'il contrevient aux règles de la bonne foi. Malgré la référence aux règles de la bonne foi, la doctrine majoritaire et le Tribunal fédéral considèrent que ces deux dispositions sont des cas d'application de l'art. 2 al. 2 CC, à savoir des concrétisations du principe général de l'abus de droit¹⁰⁷.

¹⁰² ATF 137 III 547, cons. 2.3, JdT 2012 II 112.

¹⁰³ TF du 23.03.2007, 4C_441/2006.

¹⁰⁴ TF du 23.03.2007, 4C_441/2006.

¹⁰⁵ ATF 137 III 208.

¹⁰⁶ TF du 05.02.2001, 4C.315/2000.

¹⁰⁷ ATF 139 III 353, cons. 2.2 non publié (TF du 28.06.2013, 4A_37/2013), qui cite la jurisprudence précédente ; ég. TF du 11.06.2012, 4A_108/2012, cons. 4.3 ; cf. ég.

Ainsi pour ces auteurs, la volonté du législateur¹⁰⁸ était de prévoir que les art. 271 et 271a CO soient considérés comme une *lex specialis* de l'art. 2 al. 2 CC¹⁰⁹, ce qui exclut d'appliquer l'art. 2 al. 2 CC à côté des art. 271 et 271a CO. Ce faisant, le Tribunal fédéral exclut pour cette dernière disposition que l'abus d'un droit soit sanctionné de nullité absolue¹¹⁰ ; les congés abusifs de cette disposition ne sont pas nuls mais « *annulables* ». Le Tribunal fédéral admet toutefois qu'il n'est pas nécessaire que l'attitude de la partie donnant congé à l'autre constitue un abus de droit « manifeste »¹¹¹.

68. Quand bien même le Tribunal fédéral renonce à l'exigence restrictive de l'abus de droit *manifeste*, l'art. 2 al. 2 CC se distingue (déjà par ses effets) des art. 271 ou 271a CO et devrait donc s'appliquer de façon alternative dans le cas où les conditions de ces dispositions ne seraient pas remplies¹¹². En effet, il est juste de protéger les locataires d'habitations et de locaux commerciaux au moins aussi bien que les locataires d'autres objets immobiliers qui ne tombent pas sous le coup des art. 271 et 271a CO. Or, pour ces derniers, la résiliation qui tombe sous le coup de l'art. 2 al. 2 CC est nulle de plein droit¹¹³. Partant, l'art. 2 al. 2 CC devrait pouvoir s'appliquer même si le locataire n'a pas respecté le délai de péremption de trente jours de l'art. 273 CO¹¹⁴ pour invoquer la protection des art. 271 et 271a CO¹¹⁵. Admettre le concours des deux moyens ne mettra toutefois pas en péril la sécurité juridique.

CONOD, Commentaire droit du bail, art. 271 CO N 7 ss et les nombreux exemples.

108 ATF 109 II 153, cons. 3c/cc, JdT 1983 I 545* ; ég. Message, p. 1439.

109 ATF 133 III 175, cons. 3.3.4, JdT 2008 I 314 et commentaire de cet arrêt par HIGI, PJA 2007 784 ss ; CONOD, Commentaire droit du bail, art. 271 CO N 6 ; BARBEY (Protection), p. 117 s. N 30 ; ZK-HIGI, art. 271 CO N 13 et art. 271-273c CO N 63 ; CORBOZ, p. 25 ; BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE, art. 271 CO N 19-24 ; CHK-HEINRICH, art. 271-271a CO N 2 (« OR 271 und 271a gehen als *lex specialis* ZGB 2 vor » ; TERCIER/FAVRE/BUGNON (in TERCIER/FAVRE), p. 396 N 2690 ; implicitement ég. ATF 120 II 31, cons. 4, JdT 1995 I 155* ; TF du 29.03.1996, 4C.333/1995, cons. 2a.

110 LACHAT (Bail à loyer), p. 728 N 22.

111 Récemment arrêt du TF du 23.09.2013, 4A_586/2012 ; ég. ATF 120 II 105, cons. 3 ; 120 II 31, cons. 4a ; ég. 135 III 112, cons. 4.1 ; 136 III 190, cons. 2.

112 Eg. LACHAT (Bail à loyer), p. 728 N 2.6 ; et déjà PICHONNAZ (DB 2008), p. 38 ss, en part. p. 40.

113 Dans ce sens ég., LACHAT, p. 728 ; ZK-WEBER, art. 271-271a CO N 29.

114 ATF 139 III 478, cons. 6.2.

115 PICHONNAZ (DB 2008), p. 38 ss, en part. p. 40.

Au contraire, il éviterait de fixer une limite temporelle à l'art. 2 al. 2 CC sans que la loi ne le dise. En effet, la limite de l'art. 273 CO se justifierait essentiellement par rapport à l'art. 271 CO et non pour l'art. 2 al. 2 CC, dès lors que celui-ci peut être invoqué de façon autonome. D'ailleurs, norme impérative dont le juge doit examiner d'office le respect¹¹⁶, l'art. 2 al. 2 CC ne saurait être écarté de manière générale.

69. Rappelons qu'il n'y a pas abus de droit à donner son congé au locataire en vue d'obtenir d'un nouveau locataire un loyer plus élevé, sous réserve d'une éventuelle attitude contradictoire de l'intéressé¹¹⁷.

3. L'abus de droit dans la forme de la résiliation

70. Il y a d'autres hypothèses que celles déjà mentionnées (cf. *supra* N 64 s.) dans lesquelles l'invocation du non-respect des exigences de forme de l'art. 266l CO est constitutif d'abus de droit. En principe, si les règles de forme pour la résiliation ne sont pas respectées, la résiliation est nulle (CO 266o). Cette invocation n'est pas limitée dans le temps, sauf abus de droit¹¹⁸.
71. Dans un arrêt récent¹¹⁹, le Tribunal fédéral a aussi retenu que la notification du congé était valable même si la signature manuscrite figurait uniquement sur la lettre d'accompagnement et qu'un lien évident résultant du contenu existait entre celle-ci et la formule officielle¹²⁰. Même s'il ne mentionne pas l'abus de droit en l'espèce, le Tribunal fédéral indique tout de même que si l'on n'acceptait pas cette position, « on tomberait dans l'excès »¹²¹.

¹¹⁶ CR-CHAPPUIS, art. 2 CC N 25 s.

¹¹⁷ ATF 136 III 190, cons. 2 ; 120 II 105, cons. 3b.

¹¹⁸ LACHAT (Bail à loyer), p. 628 N 2.4.

¹¹⁹ ATF 140 III 54 (TF du 07.11.2013, 4A_285/2013) ; cf. toutefois déjà l'arrêt du TF du 10.07.1998, 4C.32/1998, cons. 2, auquel se référerait d'ailleurs la recourante dans cette affaire ; cf. ég. la décision (confirmée par cet arrêt) de la Chambre d'appel en matière de baux et loyers (GE) du 10.11.1997, DB 1999 p. 29 N 21.

¹²⁰ Cf. pour un commentaire PICHONNAZ (Le point), p. 208.

¹²¹ ATF 140 III 54, cons. 2.2.

4. Un *venire contra factum proprium* en matière de résiliation

72. On peut relever toute une série de cas. Ainsi, exerce son droit de façon abusive le locataire qui fait valoir la protection contre un congé-représailles (CO 271a I/a) alors qu'il n'a pas lui-même usé de ses droits conformément à la loi¹²². Il en va de même du locataire qui conteste (de façon abusive) les prétentions du bailleur dans le seul dessein de se prémunir contre un congé ultérieur¹²³. De manière générale, on peut ainsi dire que l'art. 271a CO protège le locataire pour autant qu'il n'ait pas introduit la procédure au mépris des règles de la bonne foi, ce qui deviendrait alors constitutif d'abus de droit¹²⁴. Cet abus pourrait alors avoir des conséquences sur les dommages-intérêts à accorder lors de l'annulation du congé¹²⁵.
73. Enfin, un bailleur qui résilie le contrat en faisant valoir un besoin urgent d'occuper les locaux, alors que ce besoin existait déjà au moment de la conclusion du bail, commet un abus manifeste de son droit¹²⁶.

5. Le délai pour résilier

74. En l'absence de délai de péremption expresse (cf. CO 273), la nullité d'une résiliation n'est pas limitée dans le temps. Ainsi, en droit fédéral, le conjoint peut exercer à n'importe quel stade de la procédure les droits conférés par l'art. 271a al. 2 CO. Le Tribunal fédéral a ainsi admis qu'il n'y avait pas abus de droit à n'intervenir qu'au stade du recours pour faire valoir un moyen¹²⁷.
75. Si l'on voulait poser une limite, ce délai de péremption prétorien¹²⁸ reposerait non pas sur la notion d'abus manifeste d'un droit¹²⁹, mais

¹²² STEINAUER, N 602.

¹²³ ATF 114 II 79.

¹²⁴ LACHAT (Bail à loyer), p. 749 N 5.5.6 ; ZK-HIGI, art. 271a CO N 256 s. ; BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE, art. 271a CO N 36.

¹²⁵ LACHAT (Bail à loyer), p. 761 N 7.6.

¹²⁶ ATF 118 II 50, JdT 1993 I 290*.

¹²⁷ ATF 115 II 361, cons. 4c.

¹²⁸ Sur ces délais, cf. ALLIMANN, N 532 ss.

¹²⁹ Cf. toutefois CR-CHAPPUIS, art. 2 N 36 ; ég. TF du 02.03.2006, 4C.371/2005, SJ 2007 I 7, sic ! 2006 500 ; ATF 130 III 113, cons. 4, JdT 2004 I 296 (abus de droit non admis) ; 117 II 575.

bien sur la violation du principe de la bonne foi (CC 2 I), comme l'a montré de manière convaincante B. ALLIMANN¹³⁰.

VI. En guise de conclusion

76. Dans sa relation à l'abus de droit, le droit du bail est à l'image d'autres domaines du droit. On y retrouve nombre de situations qui concrétisent le principe général de l'art. 2 al. 2 CC, qui vise à rendre ineffectifs des comportements contradictoires ou qui ne reposent pas sur la défense d'un intérêt ou d'un intérêt visé par la disposition légale invoquée. Pour ce type de situations, notre présentation ne peut se borner qu'à rappeler diverses jurisprudences typiques, mais elle reste marquée par une approche avant tout casuistique. En effet, les juges rappellent en ce domaine, comme en d'autres, qu'il ne faut retenir l'abus de droit qu'avec grande retenue et après un examen de l'ensemble des faits.
77. Ensuite, l'abus de droit est parfois invoqué à tort comme fondement d'une institution juridique ; partant, nous avons là aussi laissé de côté un examen détaillé de ces questions. La péremption fondée sur une décision prétorienne ou la révision du contrat pour cause de modifications importantes des circonstances (« *clausula rebus sic stantibus* ») reposent bien plus sur les exigences d'un comportement conforme à la bonne foi (CC 2 I) que sur l'abus de droit¹³¹. La relation entre résiliation pour justes motifs (CO 266g ou CO 297) et le régime de l'imprévision dépasse également cette présentation¹³².
78. Nous avons toutefois identifié des situations dans lesquelles le principe général de l'interdiction de l'abus de droit paraît – au vu de la jurisprudence à tout le moins – écarté définitivement au profit d'une règle plus spéciale prévue en matière de bail à loyer. Le résultat est parfois peu satisfaisant, puisque notamment en matière de résiliation abusive, l'invocation tardive de la résiliation abusive au sens des art. 271 et 271a CO aurait pour effet d'exclure tout recours subsidiaire à l'art. 2 al. 2 CC. Cela nous paraît peu conforme à l'idée que l'art. 2 al. 2

¹³⁰ ALLIMANN, N 705 ss, ég. N 725 ss et N 1026 ss ; pour la doctrine et la jurisprudence, qui fondent la péremption sur la notion d'abus de droit, cf. les références nombreuses chez ALLIMANN, N 534 ss.

¹³¹ Pour une présentation récente du régime de la *clausula rebus sic stantibus* et de nombreux arrêts, cf. not. KRAMER, p. 273-286 ; PICHONNAZ (Modification), p. 21-54.

¹³² Cf. toutefois ZK-HIGI, art. 266g CO N 20-28.

CC est une norme générale, qui ne saurait être écartée même implicitement par le législateur. L'abus de droit n'étant admis par le Tribunal fédéral qu'avec une extrême retenue¹³³, admettre le concours entre ces deux voies n'aurait pas des effets dramatiques sur le système juridique, mais permettrait au moins d'assurer la sanction des comportements extrêmes.

¹³³ CR-CHAPPUIS, art. 2 CC N 25 ; ATF 131 III 225, cons. 4.2 ; TF du 26.01.2012, 4A_647/2011, cons. 4.1.

Bibliographie

- ACHTARI ANNICK, Le devoir du lésé de minimiser son dommage – Etude en droit des obligations, Zurich/Bâle/Genève 2008
- ALLIMANN BAPTISTE, La péremption – Etude en droit privé suisse, Thèse, Fribourg/Genève 2011
- AMSTUTZ MARC *et al.* (édit.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zurich 2012 (CHK-AUTEUR)
- BARBEY RICHARD, Le transfert du bail commercial (art. 263 CO), SJ 1992 33 ss (Transfert)
- BARBEY RICHARD, Commentaire du droit du bail : Protection contre les congés concernant les baux d'habitation et de locaux commerciaux, 1. Introduction et art. 271-271a CO, Genève 1991 (Protection)
- BOHNET FRANÇOIS/MONTINI MARINO (édit.), Droit du bail à loyer, Commentaire pratique, Bâle 2010 (cité : AUTEUR, Commentaire droit du bail)
- BOSSART STEULET CARMEN, Tribunal fédéral – 10.01.2012 – X.c.Y.SA – 4A_490/2011, DB 2012, 27 ss
- BURKHALTER PETER R./MARTINEZ-FAVRE EMMANUELLE (trad.), Le droit suisse du bail à loyer – Commentaire SVIT, Genève/Zurich/Bâle 2011
- COLOMBINI JEAN-LUC, 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 ss
- CONOD PHILIPPE, art. 271, in : FRANÇOIS BOHNET/MARINO MONTINI (édit.), Droit du bail à loyer – CO et OBFL, contrats-cadres, droit international privé, dispositions pénales – Commentaire pratique, Bâle 2010
- CORBOZ BERNARD, Les congés affectés d'un vice, in : PIERRE WESSNER *et al.*, 9^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 1996
- DESCHENAUX HENRY, Le titre préliminaire du Code civil, in : Traité de droit civil suisse, T. II/1, Fribourg 1969
- GIGER HANS, Art. 253-255, in : die Miete, Grundsatzanalyse, Vorbemerkungen und Art. 253-255 OR, Berner Kommentar, Berne 2013
- GUINAND JEAN/WESSNER PIERRE, Bail à loyer, FJS 360 1991

KOLLER ALFRED, Vom Formmangel und seinen Folgen, in : ALFRED KOLLER (édit.), Der Grundstückskauf, 2^e éd., Berne 2001

KRAMER ERNST A., Neues zur Clausula rebus sic stantibus, RSJ 110 (2014), 273 ss

LACHAT DAVID/TRÜMPY JAKOB, Die vorzeitige Rückgabe der Mietsache (Art. 264), Fachreihe Mietrecht N° 6, Zurich 1999

PICHONNAZ PASCAL, Commentaire de l'ATF 133 III 175, protection contre les congés, DB 2008, 38 ss (DB 2008)

PICHONNAZ PASCAL, Le Centenaire du Code des obligations – Un code toujours plus hors du code, RDS 2011 II 117 ss (Le Centenaire)

PICHONNAZ PASCAL, Le point sur la partie générale du CO, RSJ 110 (2014) 206 ss (Le point)

PICHONNAZ PASCAL, La modification des circonstances et l'adaptation du contrat, in : PASCAL PICHONNAZ/FRANZ WERRO (édit.), La pratique contractuelle 2, Genève/Zurich/Bâle 2011, p. 21 ss (Modification)

RONCORONI GIACOMO, Zu den zwei ersten allgemeinverbindlich erklärten Rahmenmietverträgen der Schweiz, MP 2004 1 ss

SCHMID JÖRG, Vertragsrecht und Realerfüllung, in Gauchs Welt, FS für Peter Gauch, Zurich 2004, p. 589 ss

STEINAUER PAUL-HENRI, Le Titre préliminaire du Code civil, in : Traité de droit privé suisse, T. II/1, Bâle 2009

TUOR PETER/SCHNYDER BERNHARD/SCHMID JÖRG/RUMO-JUNGO ALEXANDRA, Das Zivilgesetzbuch, 13^e éd., Zurich 2009

WALTER HANS PETER, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Einleitungstitel des ZGB in den Jahren 2007 bis 2009 – Veröffentlicht in den Bänden 133 bis 135, RJB 2011, 222 ss

Les rénovations en droit public

par

Valérie Défago Gaudin

Docteur en droit, avocate, chargée d'enseignement à l'Université de
Neuchâtel, chargée de cours suppléante à l'Université de Genève

I. Introduction.....	177
II. Quelques notions	178
A. Les systèmes du droit applicable.....	178
1. Le droit de l'environnement.....	178
a. La Loi sur la protection de l'environnement.....	178
b. La Loi sur la radioprotection	180
2. La législation énergétique	180
3. La législation sur le CO ₂	183
4. La législation sur la protection des travailleurs.....	184
5. La législation sur les personnes handicapées	184
6. Le droit de l'aménagement du territoire et des constructions	185
7. Les législations cantonales limitant les rénovations	185
B. Une notion de rénovation en droit public ?	186
C. Le destinataire des règles de droit public	188
D. La garantie de la propriété et les principes généraux	189
III. L'obligation de rénover	191
A. Le radon	192
B. Les moisissures	194
C. Le bruit.....	196
D. Les compteurs individuels et l'interdiction des chauffages électriques	197

IV. Les normes constructives à respecter lors d'une opération de rénovation	198
A. Le radon	198
B. Le bruit	199
C. L'amiante et les PCB.....	200
D. Les compteurs individuels et autres mesures visant l'amélioration énergétique.....	204
E. La protection contre l'incendie.....	205
F. L'accessibilité aux bâtiments.....	206
V. Le cadre de droit public de la rénovation	210
A. L'obligation d'obtenir une autorisation de construire ?	210
B. Les règles en matière de protection du parc locatif.....	211
VI. Remarques conclusives	213
Bibliographie et sources	215
Table des lois citées.....	218
Droit fédéral	218
Genève	219
Neuchâtel	219
Vaud.....	220

I. Introduction

1. Le propriétaire d'un immeuble est tenu, lorsque celui-ci est remis à bail, d'entretenir son bien afin de le maintenir dans l'état convenu. Il peut également vouloir le rénover, c'est-à-dire l'adapter au goût du jour ou le moderniser, pour reprendre la terminologie utilisée par BERNARD CORBOZ lors du 12^e Séminaire sur le droit du bail en 2002¹.
2. La démarche d'entreprendre des travaux peut être volontaire mais elle peut également être imposée par la législation de droit public qui, dans certains cas, impose une « mise aux normes ». Que les travaux soient volontaires ou imposés, leur réalisation peut, en outre, déclencher la mise en oeuvre de règles qui soit imposent certains autres travaux de « mise aux norme », soit posent un cadre à ceux-ci avec l'obligation d'obtenir un permis de construire ou celle de se soumettre à la législation protégeant le parc locatif et imposant un contrôle des loyers.
3. Les règles applicables sont multiples. Elle peuvent être cantonales ou fédérales et leurs sources sont parfois complexes à identifier dans une législation marquée par le fédéralisme d'exécution et une compétence des cantons dans les limites des compétences qui n'ont pas été utilisées par le législateur fédéral. De plus, souvent technique dans ces domaines, la réglementation s'appuie fréquemment sur des normes édictées par des autorités ou des associations privées, ce qui impose de s'interroger sur leur force contraignante et leur portée. Enfin, les législations en cause poursuivent des buts et protègent des intérêts qui parfois s'opposent, ce qui est susceptible de poser certains problèmes de coordination, voire de conflit matériel. On pense par exemple à l'obligation d'améliorer l'isolation d'un bâtiment qui peut se heurter aux impératifs de la protection du patrimoine.
4. Dans la présente contribution, nous présentons, du point de vue du propriétaire, les situations dans lesquelles il a l'obligation de réaliser des travaux de rénovation dans un but de « mise aux normes » (III.) puis les cas dans lesquels, lorsqu'il entreprend des travaux, de son propre chef ou parce qu'il y est contraint, il doit se conformer à d'autres obligations matérielles imposées par la loi (IV.). Dans l'un et l'autre cas, le propriétaire doit, souvent, obtenir un permis de construire et se

¹ CORBOZ (2002), p. 3.

soumettre à la législation cantonale réglementant les travaux de transformation et emportant un contrôle des loyers (V.). Le présent inventaire, qui débute par la présentation des sources et principes applicables (II.) ne prétend pas à l'exhaustivité. Il présente la situation du point de vue cantonal genevois, neuchâtelois et vaudois.

II. Quelques notions

A. Les systèmes du droit applicable

5. Les normes du droit public qui touchent à la rénovation des immeubles trouvent leur source dans différents systèmes. Du point de vue matériel, il s'agit des réglementations en matière d'environnement, d'énergie, de protection des travailleurs ou des personnes handicapées. Du point de vue du cadre formel, il s'agit des règles en matière de droit de l'aménagement du territoire, des constructions voire du logement, lesquelles contiennent également des prescriptions matérielles.
6. Lorsqu'elles relèvent du droit fédéral, ces règles peuvent être d'application directe ou devoir être concrétisées par les cantons.

1. Le droit de l'environnement

7. Le droit de l'environnement est consacré par la LPE qui a pour but de protéger les hommes, les animaux et les plantes, leurs biocénoses et leurs biotopes contre les atteintes nuisibles ou incommodes, et de conserver durablement les ressources naturelles, en particulier la diversité biologique et la fertilité du sol (art. 1 al. 1 LPE) (a.). Dans un sens un peu plus large, le droit de l'environnement est également consacré par d'autres législations relevant de la protection de l'équilibre écologique comme notamment la LRaP² (b.).

a. La Loi sur la protection de l'environnement

8. La LPE a un champ d'application très large puisqu'elle régit les pollutions atmosphériques, le bruit, les vibrations, les rayons, les

² Relèvent également de la protection de l'équilibre écologique la Loi fédérale sur la protection des eaux du 24 janvier 1991 et la Loi fédérale du 21 mars 2003 sur l'application du génie génétique au domaine non humain, deux lois qui ne seront pas abordées dans la présente contribution.

pollutions des eaux et les autres interventions dont elles peuvent faire l'objet, les atteintes portées au sol, les modifications du patrimoine génétique d'organismes ou de la diversité biologique, qui sont dus à la construction ou à l'exploitation d'installations, à l'utilisation de substances, d'organismes ou de déchets ou à l'exploitation des sols (art. 7 al. 1 LPE).

9. La LPE est complétée par des ordonnances réglant chacun de ses domaines de protection, notamment par l'OPB, l'OPAir ou l'ORRChim.
10. La LPE est sous-tendue par les principes de prévention, de précaution, du développement durable et du pollueur-payeur (dit aussi principe de causalité des coûts)³. Découlant des art. 74 al. 2 Cst. et 2 LPE, le principe du pollueur-payeur met à la charge de celui qui en est la cause les frais des mesures de prévention des atteintes et d'assainissement⁴. Considéré en l'état de la jurisprudence comme non suffisamment précis pour fonder directement une obligation de payer⁵, le principe du pollueur-payeur est concrétisé dans diverses dispositions de la LPE (not. art. 20 et 25) et de l'OPB (art. 31).
11. A ces principes on peut ajouter le principe de la limitation des nuisances à la source (art. 11 LPE)⁶ qui fonde l'obligation d'assainir (art. 16 LPE). L'assainissement peut être défini de manière générale comme l'opération qui vise à rendre conformes des éléments existants qui ne satisfont pas à de nouvelles prescriptions de l'ordre juridique⁷. L'assainissement peut être ordonné par l'autorité dans un délai déterminé ou être déclenché par une *transformation ou un agrandissement* du bâtiment (art. 18 al. 1 LPE). L'obligation d'assainir est concrétisée dans les différentes ordonnances du Conseil fédéral avec plus ou moins de force pour les propriétaires selon le domaine en cause.
12. Sous réserve de domaines particuliers nécessitant une mise en œuvre centralisée (art. 41 LPE), l'exécution de la LPE incombe aux cantons (art. 36 LPE), de sorte que ceux-ci se sont dotés de normes d'exécution

³ FAVRE/JUNGO (2008), p. 19, 28.

⁴ FAVRE/JUNGO (2008), p. 28.

⁵ ATF 138 II 379, cons. 5.6 ; 132 II 371. FAVRE/JUNGO (2008), p. 29.

⁶ GRIFFEL (2001), p. 143.

⁷ FAVRE (2012), p. 92.

dans des lois dédiées⁸ ou dans leur législation générale⁹. Toutefois, ces textes contiennent avant tout des règles de compétence et de nature procédurale, le droit matériel étant réglé par le droit fédéral.

b. La Loi sur la radioprotection

13. La LRaP s'applique de manière large à, notamment, toute manipulation de substances radioactives et aux installations contenant des substances radioactives (art. 2 al. 1 LRaP). Elle est complétée par l'ORaP.
14. La LRaP est mise en œuvre par la Confédération mais également par les cantons (art. 47 al. 3 LRaP) dans certains domaines comme celui du radon, ce qui les a amenés pour certains à élaborer des dispositions procédurales figurant dans des textes spécifiques¹⁰ ou plus généraux¹¹.
15. La LRaP impose une obligation d'assainissement des bâtiments exposés au radon dès que les valeurs d'exposition contenues dans l'ORaP sont atteintes.

2. La législation énergétique

16. Le 25 mai 2011, à la suite de la catastrophe nucléaire de Fukushima, le Conseil fédéral a opté pour la sortie progressive du nucléaire¹². Un des grands axes de la Stratégie énergétique 2050 de la Confédération est la réduction de la consommation d'énergie et d'électricité¹³ avec un renforcement du programme d'assainissement des bâtiments afin d'augmenter le taux d'assainissement. En effet, avec ses 1,64 millions d'immeubles d'habitation, le domaine du bâtiment en Suisse présente d'importants potentiels en termes d'augmentation de l'efficacité

⁸ Voir not. la LaLPE/GE ou l'Arrêté d'exécution de l'ordonnance fédérale sur la protection contre le bruit du 10 mai 1989 (RSN 805.23)

⁹ Voir p. ex. les art. 120 ss LATC/VD.

¹⁰ Arrêté concernant le radon du 20 mai 2009 (RSN 461.08).

¹¹ RSDEB/GE.

¹² Message LEne (2013), p. 6803.

¹³ Les autres priorités sont l'augmentation de la part des énergies renouvelables, un accès libre aux marchés de l'énergie internationaux, la transformation et le développement des réseaux électriques et du stockage d'énergie et le renforcement de la recherche énergétique : Message LEne (2013), p. 6806.

énergétique et d'utilisation des énergies renouvelables¹⁴. A terme, la Confédération a entre autres objectifs que les nouveaux bâtiments s'autoalimentent toute l'année en chaleur issue de sources renouvelables et en partie avec l'électricité qu'ils ont eux-mêmes produite (horizon 2020), que l'électricité ne soit plus utilisée pour alimenter les chauffages électriques à résistance et les chauffe-eau électriques et que les installations de chauffage à combustibles fossiles soient remplacées par des systèmes fonctionnant aux énergies renouvelables¹⁵.

17. Selon l'art. 89 al. 4 Cst., les mesures concernant la consommation d'énergie dans les bâtiments sont au premier chef du ressort des cantons. Par conséquent, et contrairement au domaine de la protection de l'environnement, le domaine de compétence des cantons s'étend bien au-delà de l'exécution puisque la législation matérielle relative à la consommation d'énergie dans les bâtiments relève de leur compétence¹⁶. Le législateur fédéral a néanmoins fait figurer quelques injonctions aux cantons dans la Lene : les cantons doivent, notamment, fixer la part maximale d'énergie non renouvelable destinée au chauffage et à l'eau chaude ; ils doivent aussi légiférer sur l'installation de chauffages électriques fixes à résistances et le remplacement de ces installations ainsi que sur le décompte individuel des frais de chauffage et d'eau chaude (DIFC) pour les nouvelles constructions et les *rénovations d'envergure* (art. 9 al. 3 LEn)¹⁷. Cette disposition est complétée par l'art. 15 LEn posant le principe du soutien financier par la Confédération de l'assainissement énergétique des bâtiments au moyen de subventions indirectes par des contributions globales aux cantons¹⁸.
18. La législation énergétique des cantons a comme caractéristique de se fonder sur le Modèle de prescriptions énergétiques des cantons (MoPEC) élaboré par la Conférence des directeurs cantonaux de l'énergie (EnDK) et approuvé le 4 avril 2008. Le MoPEC vise à

¹⁴ Message LEn (2013), p. 6821.

¹⁵ Message LEn (2013), p. 6822.

¹⁶ GMÜR (2012), p. 828.

¹⁷ La LEn impose aussi aux cantons d'édicter des prescriptions uniformes sur le certificat énergétique des bâtiments et leur permet de rendre ce certificat obligatoire (art. 9 al. 4 LEn) ; Message LEn (2009), p. 4787.

¹⁸ Message LEn (2009), p. 4784.

harmoniser les dispositions énergétiques cantonales par la reprise de ses dispositions dans les législations. La reprise des différents modules du MoPEC se fait sur une base volontaire, ce document n'ayant pas – encore¹⁹ – la force d'un concordat intercantonal. Aussi, sans être similaires, les législations cantonales se ressemblent car se fondent sur des prescriptions harmonisées²⁰. Le MoPEC se réfère à maints égards aux normes SIA en matière énergétique, de sorte que les cantons renvoient à ces normes privées dans leur législation, notamment la norme SIA 380/01 « L'énergie thermique dans le bâtiment », SIA 380/4 « L'énergie électrique dans le bâtiment » ou SIA 180 « Isolation thermique et protection contre l'humidité dans les bâtiments »²¹.

19. Genève a adopté le 7 mars 2010 la révision de la LEn/GE, Neuchâtel a révisé la LCEn/NE en novembre 2011 et Vaud a adopté le 29 octobre 2013 la version révisée de la LVLEne/VD, laquelle est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2014. Ces lois révisées ont ambitieusement anticipé, respectivement pris en compte les objectifs de la Stratégie énergétique 2050. Désormais, les cantons posent des exigences renforcées s'agissant de l'enveloppe des bâtiments, de la production et la distribution de chaleur, et des installations de ventilation. On trouve également dans ces lois des dispositions concernant la part maximale d'énergies non renouvelables, les chauffages électriques, le DIFC et le Certificat énergétique cantonal des bâtiments (CECB).
20. Tant le droit fédéral que les lois cantonales érigent le principe de la proportionnalité comme principe cardinal guidant la prise de mesures dans le domaine énergétique. Aussi, des mesures ne peuvent être ordonnées que si elles sont réalisables sur le plan technique et de l'exploitation et économiquement supportables (art. 3 al. 4 LEne, 12 al. 3 LEn/GE, 3 LCEn/NE, 6 LVLEne/VD).

¹⁹ Il est du souhait de la Confédération que les cantons adoptent le MoPEC dans la forme contraignante d'un concordat : Message LEne (2013), p. 6826.

²⁰ L'effort d'harmonisation est également entrepris s'agissant de la terminologie dans le domaine de la construction avec l'Accord intercantonal harmonisant la terminologie dans le domaine des constructions du 22 septembre 2005 (AIHC) auquel à ce jour 14 cantons, dont Neuchâtel, ont adhéré. Genève a déclaré vouloir adhérer à l'AIHC et est en train de préparer le projet de loi contenant les modifications nécessaires à cet effet : Communiqué de presse du Conseil d'Etat du 20 mars 2013.

²¹ Les normes SIA 382/1, 382/2, 384/1 et 480 sont également mentionnées dans l'une ou l'autre des lois cantonales.

3. La législation sur le CO₂

21. Reposant sur les art. 74 et 89 Cst., la Loi sur le CO₂ vise à réduire les émissions de gaz à effet de serre, en particulier les émissions de CO₂ dues à l'utilisation énergétique des agents fossiles (combustibles et carburants). L'objectif est de contribuer à ce que la hausse de la température mondiale soit inférieure à 2 °C (art. 1 al. 1 Loi sur le CO₂). A cet effet, les cantons doivent veiller à ce que les émissions de CO₂ générées par les bâtiments chauffés à l'aide d'agents énergétiques fossiles soient réduites conformément aux objectifs fixés et doivent édicter des normes applicables aux nouveaux et aux anciens bâtiments en tenant compte de l'état actuel de la technique (art. 9 al. 1 Loi sur le CO₂). La Loi sur le CO₂ prévoit une taxe sur le CO₂ qui est prélevée sur tous les combustibles fossiles comme le mazout et le gaz naturel. Depuis 2014, elle se monte à 60 francs par tonne de CO₂ (art. 29 Loi sur le CO₂), ce qui représente 16 centimes par litre d'huile de chauffage extra-légère. La taxe sur le CO₂ est mentionnée sur les factures d'achat de combustibles.
22. Un tiers du produit de la taxe sur le CO₂, mais au plus 300 millions de francs par an, est affecté au financement des mesures de réduction des émissions de CO₂ des bâtiments. A cet effet, la Confédération accorde aux cantons des aides financières globales destinées à assainir sur le plan énergétique les bâtiments chauffés et à promouvoir les énergies renouvelables, la récupération des rejets de chaleur et l'amélioration des installations techniques jusqu'à concurrence d'un tiers de la part annuelle affectée à ces activités du produit de la taxe (art. 34 al. 1 Loi sur le CO₂).
23. L'affectation du produit de la taxe sur le CO₂ est mise en oeuvre par le « Programme bâtiments ». Elaboré par les cantons (représentés par l'EnDK), l'Office fédéral de l'énergie (OFEN) et l'Office fédéral de l'environnement (OFEV), le Programme bâtiments verse des contributions pour l'enveloppe des bâtiments. Le Programme se compose d'un volet national, qui vise à l'amélioration thermique des bâtiments existants construits avant 2000, et pour lequel la subvention est la même dans toute la Suisse. Le Programme contient également un volet cantonal pour le subventionnement des énergies renouvelables et pour lequel les subventions varient d'un canton à l'autre²².

22

Pour plus d'informations : www.dasgebaeudeprogramm.ch.

4. La législation sur la protection des travailleurs

24. Reposant sur l'art. 110 al. 1 let. a Cst., la LAA fonde en son art. 82 l'obligation de prévention des accidents et maladies professionnels à charge de l'employeur. L'art. 6 LTr impose par ailleurs à l'employeur de prendre toutes les mesures dont l'expérience a démontré la nécessité, que l'état de la technique permet d'appliquer et qui sont adaptées aux conditions d'exploitation de l'entreprise pour protéger la santé des travailleurs.
25. Sur ces bases, le Conseil fédéral a indiqué dans l'OPA et dans l'OTConstr les mesures qui doivent être prises pour assurer la sécurité et la protection de la santé des travailleurs dans les travaux de construction en contact avec, notamment, l'amiante.

5. La législation sur les personnes handicapées

26. Adoptée le 13 décembre 2002, la LHand a pour but de prévenir, de réduire ou d'éliminer les inégalités qui frappent les personnes handicapées (art. 1 al. 1 LHand). La LHand met en oeuvre l'art. 8 al. 4 Cst. ainsi que, désormais, la Convention du 13 décembre 2006 relative aux droits des personnes handicapées²³ à laquelle la Suisse a adhéré le 15 avril 2014.
27. Il s'agit d'une loi contenant pour l'essentiel des principes et des dispositions-cadres permettant de préciser l'interdiction de discrimination envers les handicapés. Ces normes doivent donc être complétées par des dispositions cantonales matérielles en matière de construction afin d'être applicables dans un cas d'espèce²⁴, l'OHand contenant pour sa part les prescriptions matérielles applicables aux bâtiments de la Confédération et renvoyant à la norme SIA 500 « Constructions sans obstacles » (art. 8 OHand).

²³ Voir le Message du Conseil fédéral portant approbation de la Convention du 13 décembre 2006 relative aux droits des personnes handicapées du 19 décembre 2012, in FF 2013, p. 601 ss.

²⁴ ATF 134 II 249, cons. 2.2, RDAF 2009 I 473.

6. Le droit de l'aménagement du territoire et des constructions

28. Le droit fédéral de l'aménagement du territoire impose qu'une autorisation de construire soit délivrée pour toute création ou *transformation de construction* ou installation (art. 22 al. 1 LAT). Cette disposition est directement applicable et fixe un standard minimal. Dans leur législation sur les constructions, les cantons peuvent, s'ils le souhaitent, étendre le champ de l'obligation d'obtenir une autorisation de construire à d'autres types de travaux, mais en aucun cas restreindre la portée de l'obligation qui découle de l'art. 22 LAT²⁵.
29. Le droit cantonal des constructions prévoit tous types de normes constructives dont certaines sont destinées à assurer la sécurité des immeubles bâtis, de leurs occupants et des voisins. On peut mentionner, par exemple, les règles générales relatives à la mise en conformité des constructions insalubres (*infra* III.B.) ou les prescriptions en matière de prévention contre les incendies (*infra* IV.E.).

7. Les législations cantonales limitant les rénovations

30. Enfin, les cantons, bien qu'ils ne puissent pas intervenir dans les relations entre bailleurs et locataires en raison de la primauté du droit fédéral²⁶, ont la possibilité d'édicter des mesures destinées à combattre la pénurie sur le marché locatif²⁷. Dans ce cadre, ils peuvent soumettre à autorisation les travaux de *transformation* de maisons d'habitation et instaurer un contrôle des loyers à la suite de ceux-ci²⁸.
31. Genève²⁹ et Vaud³⁰ ont saisi cette occasion et adopté une législation sur les démolitions, transformations et rénovations de maisons d'habitation à cet effet. Neuchâtel connaît également une législation tendant à la préservation des maisons d'habitation, mais celle-ci régit uniquement la démolition et le changement d'affectation et non les rénovations ou transformations (art. 1 du Décret concernant la

²⁵ TANQUEREL (1999), art. 22 N. 4.

²⁶ ATF 89 I 181 ; 99 Ia 626 ; 101 Ia 508 ; 113 Ia 143 ; 116 Ia 401 ; SJ 1986 p. 1 ; GAIDE/DÉFAGO GAUDIN (2014), ch. 3.3.3.

²⁷ ATF 89 Ia 460 ; 116 Ia 401 ; 119 Ia 348.

²⁸ ATF 101 Ia 502 ; 116 Ia 401 ; RDAF 1983 251 ; TF du 01.09.2000, 1P.664/1999.

²⁹ LDTR/GE.

³⁰ LDTR/VD.

démolition et la transformation de maisons d'habitation du 18 juin 1963³¹).

B. Une notion de rénovation en droit public ?

32. A l'exception de l'art. 9 LEné qui parle de « rénovations d'envergure », la notion de rénovation n'est pas directement utilisée dans les principales normes de droit public réglementant les constructions. La LAT et la LPE parlent en effet de travaux de transformation ou d'agrandissement.
33. La doctrine utilise la notion de rénovation pour définir ce qu'est une transformation assujettie – ou non – à ces lois. En droit de l'aménagement du territoire, ne sont pas des transformations les travaux d'entretien, les petites réparations ou les travaux qui « über das übliche Mass einer Renovation (nicht) hinausgehen », soit qui n'outrepassent pas une simple rénovation³². En droit de l'environnement, les travaux d'entretien et les petites rénovations ne sont pas non plus considérés comme des travaux de transformation³³. Cela étant, le sens donné à la notion de transformation dans la LAT n'est pas identique à celui de la LPE car il est fonction du but de protection assigné à chaque législation : dans le domaine de la LAT, sont des transformations les travaux susceptibles d'avoir un effet sur l'aménagement du territoire, tandis qu'au regard de la LPE, les travaux sont qualifiés de transformations en fonction de leur effet du point de vue de la protection contre les immissions³⁴. A titre d'exemple, la pose de panneaux solaires sur les toits était jusqu'à il y a peu soumise à autorisation de construire³⁵ car répondant à la notion de construction au sens de l'art. 22 LAT, mais elle ne constitue pas pour autant une transformation au sens de l'art. 18 LPE, faute d'avoir un impact négatif du point de vue des immissions³⁶.

³¹ RSN 844.10.

³² TF du 21.07.2011, 1C_157/2011, cons. 3.1. Voir ég. l'arrêt de principe ATF 113 Ib 314.

³³ SCHRADER/WIESTNER (2004), art. 18 N. 15.

³⁴ SCHRADER/WIESTNER (2004), art. 18 N. 15.

³⁵ Depuis le 1^{er} mai 2014, dans les zones à bâtir et les zones agricoles, les installations solaires suffisamment adaptées aux toits ne nécessitent plus d'autorisation ; une simple annonce suffit (art. 18a LAT).

³⁶ SCHRADER/WIESTNER (2004), art. 18 N. 15.

34. Les auteurs se sont donc vus confrontés au problème de la définition, en qualifiant certaines rénovations de « petites » ou de « simples », par opposition à des rénovations plus importantes déclenchant l'application de la LAT ou de la LPE. Certains se réfèrent au critère retenu en droit privé pour faire la différence entre travaux assujettis ou non, soit celui de savoir si les travaux se contentent de maintenir la valeur du bâti ou si au contraire ils en apportent une augmentation de la valeur³⁷.
35. Dans ces domaines, la question de la qualification des travaux – rénovation légère ou rénovation lourde – nous apparaît un critère secondaire. En effet, dans le système du droit de l'aménagement du territoire et de l'environnement, c'est avant tout le besoin de protection qui justifie la mise en oeuvre de ces lois : dès que des travaux sont susceptibles d'avoir des incidences sur l'aménagement du territoire ou sur le droit de l'environnement en raison de nouvelles immissions créées, ils déclenchent l'application de ces lois. A titre d'exemple, le remplacement d'un velux de petite taille par un velux de plus grande taille dans des combles aménagés n'est en soi pas une rénovation de grande ampleur ; toutefois, selon les circonstances, cela peut avoir pour effet de rendre les combles habitables, donc avoir un effet sur le calcul de la densité et, finalement, sur l'aménagement du territoire. Peu importe donc en réalité la qualification des travaux. Seul leur impact sur les biens protégés par la législation en cause compte.
36. Autre est la question de savoir si des travaux sont susceptibles, de par leur nature, de déclencher une obligation de mise aux normes dans différents domaines. Le plus petit dénominateur commun excluant a priori que des travaux de mise aux normes soient imposés est la notion d'entretien, l'entretien étant considéré en droit des constructions comme relevant de la protection de la situation acquise. Aussi, en principe, des travaux d'entretien ne devraient pas suffire à déclencher un assainissement énergétique ou l'adaptation aux normes de protection contre l'incendie ou favorisant l'accès à un bâtiment pour les handicapés, notamment.
37. Dans la suite de cette contribution, nous parlerons néanmoins de rénovations en tant que cela vise des travaux dans un immeuble existant.

³⁷ TANQUEREL (1999), art. 22 LAT N. 32.

C. Le destinataire des règles de droit public

38. Bien que les règles de droit public ne désignent pas systématiquement le propriétaire foncier comme étant le destinataire des injonctions³⁸, c'est avant tout à lui que celles-ci s'adressent. Les règles en matière d'aménagement du territoire et des constructions se rapportent avant tout au fait de bâtir, qui est une faculté du propriétaire ; la législation environnementale désigne souvent le détenteur d'une installation ; les travaux préparatoires à l'appui de la LHand précisent que l'obligation incombe au propriétaire également lorsqu'il remet l'immeuble en location³⁹. Le propriétaire a la maîtrise de son immeuble et peut décider, en cette qualité, de le transformer ou le rénover. C'est donc lui qui, en première ligne, doit se conformer aux obligations qui en découlent. On peut se référer en outre au principe dit du perturbateur, lequel impose à une personne de remettre une chose dans un état conforme à l'ordre public soit en raison de ses actes ou de ses omissions, soit en raison de ses liens avec cette chose ou de sa maîtrise sur celle-ci⁴⁰. Dans certains cas, il pourra également s'agir de l'usufruitier ou du superficiaire, selon le type de travaux imposés par la loi ; en principe, le locataire n'est pas visé par ce type de mesures.
39. La question de l'obligation d'entreprendre des travaux doit être distinguée de celle de la prise en charge des frais. Les frais de rénovation sont avant tout à la charge du propriétaire. Le cas échéant, celui-ci peut prétendre à une subvention, par exemple en cas de rénovations de type énergétique. Lorsque le propriétaire n'est pas la personne à l'origine du besoin d'assainissement, les frais peuvent dans certains cas être mis à la charge du détenteur de l'installation polluante, par exemple en matière de bruit⁴¹.
40. Enfin, le *locataire* est, dans certains cas, pris en compte par la législation de droit public. En particulier, lorsque les normes tendent à

³⁸ Voir toutefois les art. 19, 24d al. 3 LAT, 20 LPE (isolation acoustique des immeubles existants à charge des propriétaires), 122 LCI/GE (responsabilité du propriétaire pour le respect des normes en matière de sécurité et de salubrité des constructions), 87 LATC/VD (réfection ou démolition des constructions inesthétiques sans frais excessifs pour le propriétaire).

³⁹ Message LHand (2000), p. 1672.

⁴⁰ TANQUEREL (2011), p. 191.

⁴¹ L'art. 32d LPE règle le cas de la répartition des frais en cas de pollution du sol. Cette question ne fait pas l'objet de la présente contribution.

le protéger, il a les moyens de déclencher l'ordre de mise en conformité et, partant, les travaux de rénovation par le propriétaire, par exemple en matière de pollution au radon ou en présence de moisissures dans son logement (*infra* III. B. et D.).

D. La garantie de la propriété et les principes généraux

41. La problématique des législations imposant ou réglementant les rénovations touche à l'exercice du droit de propriété et partant à la garantie de la propriété (art. 26 Cst.). En règle générale, les règles en matière de droit de l'aménagement du territoire et des constructions restreignent l'exercice du droit de propriété, en empêchant par exemple la construction d'un immeuble dans une certaine zone ou la densification du bâti. Dans la thématique des rénovations, la situation doit être appréhendée différemment, du moins sous l'angle théorique : les normes pertinentes n'ont pas pour objet de limiter l'exercice du droit de propriété mais bien plus de contraindre le propriétaire à adopter un comportement actif ayant pour premier effet la satisfaction de règles poursuivant un intérêt public mais également, en définitive, l'amélioration de son bien. On parle alors moins de mesures de restriction de la propriété que de mesures de concrétisation de celle-ci⁴². Cela étant, qu'il s'agisse de restrictions ou de mesures de concrétisation de la propriété, celles-ci doivent en toute hypothèse respecter les conditions de l'art. 36 Cst., à savoir reposer sur une base légale, poursuivre un intérêt public et respecter le principe de la proportionnalité.
42. S'agissant de la base légale, il s'agit d'être attentif à la densité normative des normes établies par des organismes privés auxquelles il est renvoyé. Lorsque la loi renvoie à des normes privées, celles-ci sont incorporées dans la loi et ont de ce fait un caractère obligatoire. Pour celles-ci, il s'agit encore de se demander si le renvoi est statique, à savoir si la norme est incorporée dans la loi dans la teneur qui est connue du législateur au moment où celui-ci adopte la clause de renvoi, ou s'il est dynamique, à savoir dans la teneur en vigueur au moment de l'application de la loi⁴³. Lorsque les normes reflètent l'état des

⁴² ATF 105 Ia 330, cons. 3c ; 123 II 560, cons. 3. Pour un exposé de la problématique : DUBEY (2012), p. 105 ss.

⁴³ Le renvoi dynamique est vu comme une délégation du pouvoir législatif à l'organisation qui édicte la norme puisque la modification de celle-ci s'impose aux personnes visées

connaissances scientifiques sans pour autant que la loi y renvoie, ces normes n'ont d'effet que pour les personnes ayant accepté de s'y soumettre. Elles n'ont en principe qu'une valeur indicative, mais peuvent avoir des incidences considérables lorsqu'il s'agit par exemple de déterminer la diligence du propriétaire d'ouvrage (art. 58 CO) ou les devoirs de l'employeur (art. 82 LAA).

43. S'agissant de l'intérêt public poursuivi, celui-ci est soit un intérêt de police en vue de la protection de la santé publique, soit ce que l'on désigne comme un « autre intérêt public », en l'occurrence la protection de l'environnement, la législation énergétique, la concrétisation des droits des personnes handicapées ou la politique sociale du logement. Lorsque les rénovations sont imposées dans un but de protection de la santé, l'intérêt public et l'intérêt privé du propriétaire de l'immeuble se rejoignent, même si celui-ci est dans ce cas appelé à exposer des frais importants pour l'assainissement de son bâtiment.
44. Cela étant, le principe qui revêt la plus grande importance pratique dans la problématique des rénovations est sans conteste le principe de la proportionnalité. Ce principe, qui impose que les moyens mis en oeuvre par l'administration restent toujours dans un rapport raisonnable avec l'intérêt public poursuivi, guide de manière générale l'ensemble de l'activité étatique (art. 5 al. 2 Cst.). Dans le domaine des rénovations, le principe de la proportionnalité est spécifiquement rappelé dans les dispositions faisant appel au caractère économiquement supportable des mesures imposées au propriétaire (not. art. 11 al. 2 LPE, 111 et 113 OraP, 3 al. 4 LEne, 11 al. 1 LHand). Si le principe de proportionnalité est aisé à mettre en oeuvre lorsque la mesure poursuit une obligation de résultat, notamment lorsque des valeurs d'exposition sont prévues, il l'est moins lorsqu'il n'existe pas de valeur à atteindre, respectivement de prescription constructive à respecter, comme cela peut être le cas lors de rénovations énergétiques. En effet, dans ces cas, la proportionnalité intervient tout d'abord en amont de la démarche, pour déterminer le but à atteindre, avant de servir à définir la mesure utilisée pour l'atteindre⁴⁴.
45. Enfin, la problématique de la mise aux normes ou de l'assainissement relève de l'application du droit public dans le temps, puisque

par la loi, raison pour laquelle une base constitutionnelle est en principe exigée pour le renvoi : ATF 136 I 316, JT 2011 I 38.

⁴⁴ Pour une présentation du problème et une suggestion de méthode d'analyse : DUBEY (2009), p. 144.

l'obligation d'assainir impose de s'interroger sur une autorisation de durée accordée à un propriétaire au regard de la garantie de la situation acquise. Selon ce principe, de nouvelles restrictions à la propriété ne peuvent s'appliquer aux installations conformes au droit en vigueur à l'époque de leur construction que si un intérêt public prépondérant l'exige et que le principe de la proportionnalité le permet⁴⁵. Dit autrement, la garantie de la situation acquise confère au propriétaire d'un bâtiment existant devenu illicite en raison d'une modification de la réglementation de pouvoir conserver la possibilité de l'utiliser, de l'entretenir voire de procéder à des travaux de rénovation, pour autant que l'on n'aggrave pas l'atteinte à la réglementation⁴⁶. On peut également se référer au principe de la bonne foi (art. 5 al. 3 Cst.) sur la base duquel le législateur a ménagé les intérêts du détenteur d'une installation en prévoyant des obligations d'assainissement uniquement en cas de modification notable d'une installation et non en cas d'entretien de celle-ci⁴⁷.

III. L'obligation de rénover

46. Quantitativement, moins fréquents sont les cas dans lesquels la législation de droit public impose une rénovation hors de travaux entrepris par le propriétaire. L'examen des différentes législations démontre que ce sont souvent des mesures incitatives qui sont préférées, la mise aux normes volontaire étant soutenue par des subventions, des avantages fiscaux ou des avantages du point de vue constructif comme le bonus d'indice en cas de label énergétique⁴⁸.
47. L'obligation de rénover est imposée alors même que le propriétaire n'a pas l'intention – ni parfois les moyens – de réaliser certains travaux ; il s'agit de situations dans lesquelles la mesure poursuit un but de santé publique (*infra* A. et B.), respectivement dans lesquelles les frais des travaux ne sont pas à la charge du propriétaire, mais du détenteur d'une installation bruyante (C.). Dans certains cantons, des mesures énergétiques sont par ailleurs imposées (D.).

⁴⁵ DUBEY (2009), p. 154.

⁴⁶ FAVRE (2012), p. 92.

⁴⁷ SCHRADE/WIESTNER (2004), art. 18 N. 1.

⁴⁸ Art. 29 LCEn/NE. A propos du bonus constructif, voir ZUFFEREY (2013).

A. Le radon

48. Le radon est un gaz noble radioactif se formant naturellement dans le sol. Il est présent dans la chaîne de désintégration de l'uranium, chaîne que l'on trouve partout dans le sol. La désintégration naturelle de l'uranium engendre, entre autres, le radium et le radon. Les atomes de radon peuvent se désintégrer à leur tour pour donner du polonium, du bismuth et du plomb. Ces produits de désintégration sont aussi radioactifs, peuvent s'accumuler dans les espaces clos et s'associent aux aérosols de l'air que nous respirons. Plus le sol est perméable, plus le gaz radon peut monter à la surface. En Suisse, les zones à concentrations élevées en radon se trouvent principalement dans les Alpes et le Jura⁴⁹. Lors de la respiration, le radon peut pénétrer dans les poumons, se déposer sur le tissu pulmonaire et l'irradier avec pour conséquence possible un cancer du poumon.
49. Le système mis en place repose comme la LPE sur un système de valeurs limites – en l'occurrence valeur limite de concentration et valeur directrice –, sur des mesures de concentration et l'établissement d'un cadastre du radon ainsi que sur la prise de mesures d'assainissement.
50. En l'état du droit, la valeur limite applicable aux concentrations de gaz radon dans les locaux d'habitation et de séjour est de 1000 becquerels par mètre cube (Bq/m³) en moyenne par année (art. 110 al. 1 ORaP), valeur qui ne doit donc pas être dépassée. La valeur à atteindre est la valeur dite directrice soit celle de 400 Bq/m³, pour autant que des travaux de construction simples permettent de l'atteindre (art. 110 al. 4 ORaP). Toutefois, au vu de l'évolution des connaissances épidémiologiques sur l'exposition domestique et des nouvelles recommandations de l'Organisation mondiale de la santé (OMS), ces valeurs devraient être abaissées à 300 Bq/m³ dans le courant de l'année 2014⁵⁰. Pour certains auteurs, dans la mesure où les recommandations récentes d'organismes réputés confirment un risque de santé publique lors d'exposition à des doses plus faibles que celles admises jusque là,

⁴⁹ Source : www.bag.admin.ch>Thèmes>Rayonnement, radioactivité et son>Radon.

⁵⁰ Plan d'action radon (2011), p. 4.

tant le principe de prévention que le principe du développement durable justifient une application immédiate de ces nouvelles valeurs⁵¹.

51. Savoir si la valeur de concentration est atteinte est déterminé par des mesures effectuées par un service agréé aux frais du propriétaire (art. 111 al. 1 et 6 et 112 ORaP). Les mesures de la concentration en radon sont initiées soit à la demande du propriétaire soit à la demande de toute autre personne concernée (art. 111 al. 2 ORaP). Est une personne concernée toute personne pour laquelle il existe des raisons d'admettre que les valeurs limites sont dépassées lors d'un séjour dans les locaux (art. 111 al. 4 ORaP), soit notamment un *locataire* ou un employé⁵². Les occupants des locaux ont donc un rôle particulier puisqu'ils peuvent être à l'origine de l'obligation de rénover. Les mesures de la concentration en radon peuvent également être réalisées dans le cadre de l'établissement du cadastre du radon par les cantons (art. 115 LRaP).
52. L'OraP prévoit un système d'assainissement à deux vitesses⁵³, selon que l'immeuble se trouve ou non dans une région à concentrations accrues de radon.
53. Dans les régions à concentrations accrues de radon, les mesures d'assainissement sont ordonnées par les cantons. L'OraP indique que les cantons fixent les délais dans lesquels les travaux d'assainissement doivent être effectués en fonction de l'urgence du cas et des aspects économiques (art. 116 al. 2 ORaP). Les travaux d'assainissement doivent être effectués dans les vingt ans suivant l'entrée en vigueur de l'ORaP (art. 116 al. 3 ORaP), soit d'ici au 30 septembre 2014⁵⁴.
54. Dans les autres régions, l'assainissement est régi par l'art. 113 ORaP. A la demande de toute personne concernée, le propriétaire doit effectuer les assainissements nécessaires dans un délai de trois ans (art. 113 al. ORaP). Le canton n'intervient qu'en cas de carence du propriétaire, en fixant un délai – supplémentaire – de trois ans au plus (art. 113 al. 2 ORaP). Il se peut toutefois dans ce cas de figure que l'assainissement soit imposé en vertu de l'OPA (art. 113 al. 4 ORaP).

51 ROMY (2010), p. 162.

52 ROMY (2010), p. 159.

53 ROMY (2010), p. 161.

54 ROMY (2010), p. 160.

55. L'assainissement consiste en des travaux tendant à faire diminuer la sous-pression dans le bâtiment, à faire obstacle au radon provenant du sol et à entraver sa propagation dans l'habitat : étanchéification des fissures, des jointures des sols et des parois en contact avec le terrain, séparation hermétique des parties habitées des parties inhabitées, remplacement du sol des caves en terre ou gravier par du béton, ventilation de l'air chargé en radon vers l'extérieur pour le remplacer par de l'air frais, etc.
56. Dans l'un et l'autre cas, les frais d'assainissement sont à la charge du propriétaire (art. 116 al. 4 et 113 al. 3 ORaP).

B. Les moisissures

57. La question des moisissures dans les habitations est également un problème de santé publique. Les moisissures peuvent être sources d'irritations fréquentes des yeux, de la peau et des voies respiratoires et causes d'allergies. Ces affections, lorsqu'elles touchent les voies respiratoires, peuvent avec le temps dégénérer en bronchite chronique et en asthme. Dans le cas de certaines maladies sous-jacentes, comme l'asthme chronique ou la mucoviscidose, le risque augmente de contracter l'aspergillose bronchopulmonaire allergique, qui est une maladie due aux moisissures. Les personnes dont le système immunitaire est affaibli peuvent également voir leur santé mise en danger par les moisissures⁵⁵.
58. Les moisissures sont le signe d'un habitat qui peut, selon l'ampleur de celles-ci, être considéré comme insalubre. Si les moisissures isolées et de peu d'ampleur (100 cm²) peuvent être nettoyées aisément, des moisissures de plus grande ampleur, sur une plus grande surface, présentes dans les couches profondes du bâtiment et à plusieurs endroits, de même qu'une odeur de moisi, sont le signe d'une isolation ou d'une aération défectueuses ou de problèmes de physique du bâtiment. Dans ce cas, un assainissement est nécessaire⁵⁶. L'assainissement s'exprime par des mesures d'isolation, d'aération et dans une atténuation des causes d'humidité⁵⁷. Le cas échéant, les

⁵⁵ OFSP-Moisissures (2010), p. 3.

⁵⁶ OFSP-Moisissures (2010), p. 4-10.

⁵⁷ OFSP-Moisissures (2010), p. 10.

travaux peuvent être de grande ampleur et nécessiter la libération des pièces concernées, si ce n'est de tout l'immeuble.

59. Si le droit fédéral s'est saisi de la problématique de la prévention contre les moisissures, il ne contient en revanche pas de réglementation visant l'assainissement des bâtiments pour ce motif. Il faut donc se référer aux règles en matière de police des constructions. Celles-ci supposent de manière générale que les constructions doivent durablement remplir les condition de sécurité et de salubrité exigées par la loi (art. 121 LCI/GE, art. 14 Lconstr/NE, art. 90 LATC/VD) et prévoient que l'autorité peut en tout temps ordonner la réparation ou la remise en état d'une construction (art. 129 LCI/GE⁵⁸, art. 46 Lconstr/NE⁵⁹, art. 105 LATC/VD).
60. Lorsque les immeubles sont occupés, le *locataire* a la possibilité de saisir l'autorité de police des constructions pour qu'elle rende une décision de remise en état. Cette faculté, lorsqu'elle n'est pas prévue par la loi (art. 93 LATC/VD), relève du pouvoir général de plainte ou de dénonciation qui appartient à tout un chacun (voir à Genève l'art. 10A de la Loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985⁶⁰).
61. En règle générale, le dénonciateur ou plaignant n'a pas la qualité de partie à la procédure de sorte qu'il ne peut pas recourir contre la décision prise par l'autorité suite à son intervention⁶¹. Sont toutefois réservés les cas dans lesquels le dénonciateur ou plaignant a un intérêt digne de protection à ce que l'autorité intervienne⁶². A notre sens, le locataire a un intérêt digne de protection dans la procédure de mise en conformité pour des motifs de salubrité puisque les normes en la matière ont pour objet premier de le protéger, tout au moins tant qu'il est au bénéfice d'un bail. De la sorte, il devrait selon nous être admis à recourir contre un ordre qui, par exemple, ne comprendrait pas toutes les mesures d'assainissement qu'il estimerait nécessaires. En revanche, le locataire n'a pas la qualité de partie s'agissant d'une éventuelle

⁵⁸ Pour une illustration cantonale genevoise : Chambre administrative de la Cour de justice de Genève du 11.01.2011, ATA/14/2011.

⁵⁹ Pour une illustration cantonale neuchâteloise : Cour de droit public du Tribunal cantonal de Neuchâtel du 29.11.2011, CDP.2011.117.

⁶⁰ RS/GE E 5 10.

⁶¹ ATF 135 II 145, cons. 6.1.

⁶² ATF 120 Ib 351, cons. 3b.

sanction prononcée à l'encontre du propriétaire, et n'a donc pas la qualité pour recourir contre cette décision, conformément à la jurisprudence constante⁶³. Enfin, le locataire a la qualité pour recourir contre l'autorisation de construire portant sur les travaux commandés par le besoin d'assainissement, en particulier dans le cas où il invoque la violation de la législation sur les démolitions et rénovations⁶⁴.

C. Le bruit

62. Un autre cas de rénovation obligatoire peut intervenir dans le domaine de la protection contre le bruit. En effet, des niveaux sonores élevés peuvent entraîner des lésions auditives irréversibles tandis que les sons indésirables de niveau plus bas peuvent porter au bien-être psychique et physique en causant, notamment, stress, nervosité, troubles de la concentration voire maladies cardio-vasculaire ou hypertension⁶⁵. La lutte contre le bruit est une priorité sanitaire, d'autant qu'en Suisse une personne sur cinq est exposée durant la journée à un bruit routier excessif⁶⁶.
63. Dans le cas visé ici, la mise aux normes intervient pour des motifs qui ne relèvent pas du bâtiment lui-même, mais de nuisances provenant de l'extérieur.
64. Un propriétaire devra insonoriser les fenêtres des locaux à usage sensible au bruit lorsqu'il n'est pas possible de limiter à la source les émissions provenant des routes, des voies de chemin de fer ou des aéroports et que les valeurs limites d'immissions (VLI), voire même les valeurs d'alarme, sont dépassées (art. 25 al. 3 LPE pour les nouvelles installations, art. 20 al. 1 LPE pour les installations existantes⁶⁷).
65. L'installation des fenêtres antibruit ou d'autres aménagements similaires sont effectués, dans ce cas, aux frais du détenteur de l'installation bruyante, à savoir la collectivité publique ou l'entreprise

⁶³ ATF 135 II 145, cons. 6.1.

⁶⁴ Pour une illustration dans le canton de Vaud : Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal du canton de Vaud du 17.10.2012, AC.2011.273.

⁶⁵ Source : www.bafu.admin.ch>bruit>effets>effets sur la santé.

⁶⁶ Source : www.bafu.admin.ch>documentation>communiqués aux médias (Communiqué du 15 avril 2014).

⁶⁷ Pour la modification notable d'installations existantes : ATF 124 II 293, cons. 17, JT 1999 I 618.

concessionnée (art. 25 al. 3, 20 al. 2 LPE)⁶⁸, conformément au principe de causalité (art. 2 LPE).

D. Les compteurs individuels et l'interdiction des chauffages électriques

66. Le DIFC est une mesure préconisée dans le MoPEC pour diminuer la consommation d'énergie dans les immeubles locatifs (*supra* II.A.2.). Il s'agit de mesurer à l'aide de compteurs la consommation d'énergie effective de chaque logement afin de répartir les frais d'énergie en fonction du comportement des utilisateurs. Cela implique d'installer des systèmes de mesure sur les corps de chauffe ou déterminant le débit d'eau de chauffage, ainsi que des vannes thermostatiques sur les radiateurs à l'intérieur des logements. Pour l'eau chaude, ce sont des compteurs d'eau chaude qui sont posés alors même que l'on admet qu'il n'est pas possible de mesurer facilement l'énergie contenue dans l'eau chaude sanitaire⁶⁹.
67. Le DIFC est imposé par le droit fédéral pour les nouvelles constructions et les *rénovations d'envergure* (art. 9 al. 3 LEne), notion qui n'a pas été définie dans les travaux préparatoires⁷⁰. Neuchâtel et Vaud ont repris le modèle du MoPEC et ne prévoient pas d'autre obligation que ce qu'exige le droit fédéral, c'est-à-dire une introduction du DIFC en cas de travaux d'une certaine importance (*infra* IV.D.).
68. En revanche, la législation genevoise est plus exigeante car elle impose une obligation d'équipement des dispositifs permettant le DIFC hors tous travaux, pour les bâtiments ayant fait l'objet d'une autorisation de construire antérieure au 1^{er} janvier 1993 (art. 22F et 22 J LEn/GE). L'élément temporel déclenchant l'assujettissement à la mesure est la décision du département, rendue après qu'il s'est vu communiquer par le propriétaire la valeur moyenne des indices de dépense de chaleur pour le chauffage et l'eau chaude sanitaire des deux dernières années ; le calcul annuel de cette valeur, qui représente la quantité annuelle d'énergie nécessaire au chauffage et à la production d'eau chaude sanitaire d'un bâtiment rapportée à la surface chauffée, est obligatoire pour tous les bâtiments chauffés (art. 15C LEn/GE). Une fois cette

⁶⁸ ATF 136 II 263, cons. 8.2, JT 2011 I 426.

⁶⁹ CRDE-Décomptes individuels, p. 3-5.

⁷⁰ BO/CE 2006 902 ; l'art. 9 al. 3 LEne a été introduit dans la loi lors des débats parlementaires.

décision notifiée, le propriétaire dispose de deux ans pour introduire le DIFC (art. 22F LEn/GE). Il a en outre une obligation d'informer les *locataires* de cette installation (art. 22M LEn/GE)⁷¹.

69. S'agissant des chauffages électriques, leur sort est également régi par l'art. 9 LEn : ils doivent être remplacés. Genève et Vaud n'ont pas fixé de date à partir de laquelle les installations existantes seront interdites (art. 15B LEn/GE ; art. 30a LVLEne)⁷² de sorte qu'à ce jour il n'y a pas d'obligation de rénover dans ces cantons. En revanche, à Neuchâtel, l'interdiction sera effective pour tous les bâtiments dès 2030 (art. 47 al. 1 LCEn/NE) de sorte qu'à l'horizon 15 ans il y a une obligation de rénover pour ces installations.

IV. Les normes constructives à respecter lors d'une opération de rénovation

70. Lorsque le propriétaire entreprend des travaux dans son immeuble, cela est susceptible de déclencher l'application de normes qui nécessitent d'entreprendre d'autres travaux. L'obligation de rénover naît dans ce cas de travaux par ailleurs entrepris dans l'immeuble. Cette obligation est quantitativement plus fréquente que les rénovations imposées hors travaux.

A. Le radon

71. Si l'obligation d'assainir n'est pas déclenchée à la suite de mesures demandées par le propriétaire ou le locataire (*supra* III.A.), elle peut l'être à l'occasion d'une transformation (art. 110 al. 4 ORaP). En effet, les cantons prennent les dispositions nécessaires afin que les nouveaux bâtiments ou les *bâtiments transformés* soient conçus de façon que la valeur limite de 1000 Bq/m³ ne soit pas dépassée. Ils veillent à ce que l'on cherche à éviter, par des aménagements appropriés de la

⁷¹ Plus généralement, l'autorité genevoise peut contrôler la consommation d'énergie de tout bâtiment. En cas de dépassement des prescriptions, elle peut ordonner au propriétaire de réaliser, à ses frais, un audit énergétique et des mesures raisonnables d'optimisation de la gestion énergétique du bâtiment (art. 14 al. 3 LEn/GE).

⁷² Vaud avait initialement fixé la date de 2030 dans le projet de loi (Exposé des motifs et projet de loi modifiant la loi vaudoise sur l'énergie (LVLEne) du 16 mai 2006, novembre 2012, p. 24) mais cette échéance a été supprimée lors des travaux parlementaires.

construction, que la concentration de gaz radon ne dépasse 400 Bq/m³ (art. 114 al. 1 ORaP).

72. L'ORaP ne définit pas ce par quoi il faut entendre par bâtiments transformés et à notre connaissance il n'y a pas eu, dans les cantons de Genève, Neuchâtel et Vaud, de contentieux se rapportant à un ordre d'assainissement qui aurait permis d'expliciter ce terme.

B. Le bruit

73. L'OPB impose que des mesures d'isolation phonique soient prises à l'occasion de travaux réalisés dans des bâtiments exposés à un bruit dépassant les VLI. En particulier, les modifications notables de bâtiments existants comprenant des locaux à usage sensible au bruit doivent faire l'objet de mesures de protection destinées à protéger les utilisateurs de la perception du bruit (art. 31 al. 1 OPB). Les mesures de protection sont dites actives en ce sens qu'elles doivent protéger de la perception du bruit mesuré au milieu de l'encadrement d'une fenêtre ouverte (art. 39 al. 1 OPB), par opposition aux mesures de protection passives protégeant du bruit fenêtres fermées⁷³. Il peut s'agir par exemple, outre l'orientation des pièces à usage sensible au bruit d'un côté du bâtiment où les VLI ne sont pas dépassées, d'écrans anti-bruit, de balcons orientés de telle manière qu'ils empêchent la propagation du bruit, d'aménagement d'impôtes au-dessus des fenêtres ou de revêtements non réverbérants sur le sol des terrasses.
74. Déclenche l'obligation d'adopter les mesures d'isolation acoustique la *modification notable des bâtiments*. Par modification notable, outre les démolitions-reconstructions⁷⁴, il faut entendre la création de nouveaux locaux à usage sensible au bruit comme des surélévations ou des aménagement de combles, ou encore des changements d'affectation de bureaux en logements⁷⁵. En revanche, des travaux de pure amélioration thermique ne constituent pas une modification des locaux à usage sensible au bruit⁷⁶. Il doit à notre sens en être de même lors de travaux comme la réfection des façades ou de la toiture, voire en cas de mesures d'assainissement lors d'exposition au radon ou de moisissures dans

⁷³ FAVRE (2012), p. 111.

⁷⁴ TF du 27.08.2013, 1C_191/2013.

⁷⁵ FAVRE (2012), p. 111-112, et les références.

⁷⁶ FAVRE (2012), p. 112.

l'immeuble, puisque dans ces cas il n'y a pas de nouveau besoin de protection contre les immissions excessives de bruit.

75. On mentionnera encore l'obligation découlant de l'art. 32 al. 3 OPB selon laquelle le propriétaire d'un bâtiment doit procéder à l'isolation acoustique des éléments extérieurs, éléments de séparation, escaliers et autres équipements qui sont *transformés ou remplacés*. Dans ce cas, le constructeur doit respecter la norme SIA 181 en cas d'exposition au bruit des avions (art. 32 al. 1 OPB). Contrairement à l'art. 31 OPB, l'art. 32 OPB s'applique même en l'absence de changement d'affectation ou de modification de la disposition des locaux ; le simple remplacement d'éléments de construction extérieurs ou intérieurs suffit à déclencher l'obligation⁷⁷.
76. Dans l'un et l'autre cas, les frais de ces mesure de protection sont à la charge du propriétaire de l'immeuble (voir l'art. 31 al. 3 OPB), ce qui est contesté en doctrine au regard du principe du pollueur-payeur⁷⁸.

C. L'amiante et les PCB

77. L'amiante est une fibre minérale qui a été utilisée dans différents produits de construction, et principalement dans les bâtiments des années 1950 à 1970. Depuis 1989, l'amiante fait l'objet d'une interdiction générale en Suisse sur la base de l'ORRChim⁷⁹. Les bâtiments construits avant cette interdiction (et avant l'échéance des délais transitoires) sont donc susceptibles de contenir des produits à base d'amiante. La plupart des produits de construction ne représentent qu'un risque minime s'ils sont utilisés normalement. Ainsi les produits en fibrociment qui renferment de l'amiante (p. ex., les grandes plaques de construction, l'ardoise utilisée pour les toits et les façades ou les panneaux ondulés) sont inoffensifs aussi longtemps qu'ils ne sont pas travaillés. Par contre, chaque action mécanique est dangereuse parce que l'objet poncé, percé, fraisé, brisé ou scié peut libérer de l'amiante. Certains éléments sont en outre problématiques, notamment les isolations en amiante floqué, les isolations en carton d'amiante fixées sous les rebords de fenêtres ou derrière les radiateurs ainsi que les garnitures ignifuges des portes, dont la manipulation peut contaminer

⁷⁷ FAVRE (2012), p. 110.

⁷⁸ FAVRE (2012), p. 112.

⁷⁹ Annexe 1.6 ORRChim.

l'air ambiant. Les fibres d'amiante peuvent engendrer des cancers du poumon ou de la plèvre, de sorte qu'il faut réduire au minimum l'exposition à ces fibres⁸⁰.

78. Bien que l'amiante soit interdit au plan fédéral, la législation environnementale ne prévoit pas d'obligation générale de détection et d'élimination de l'amiante des bâtiments⁸¹, alors même que l'OPAir en prévoit des valeurs limites d'émission pour les poussières. De plus, un bâtiment contenant de l'amiante n'est pas un site pollué fondant une obligation d'assainissement (art. 32c LPE)⁸² mais les mouvements et le traitement de matériaux contenant de l'amiante est réglementé dans les ordonnances fédérales s'appliquant aux déchets, à savoir l'OTD et l'OMoD. C'est en revanche sur la base de la réglementation en matière de protection des travailleurs (art. 82 LAA et 6 LTr), qui met en œuvre la Convention n° 162 de l'Organisation internationale du travail (OIT) concernant la sécurité dans l'utilisation de l'amiante du 24 juin 1986⁸³ que des mesures doivent être prises pour assurer la sécurité et la protection de la santé des travailleurs dans les travaux de construction en contact avec cette substance ; ces mesures figurent dans l'OPA et dans l'OTConstr. Une Directive n° 6503 de la Commission fédérale de coordination pour la sécurité au travail (CFST) apporte les précisions nécessaires. Le statut de cette directive est précisé à l'art. 52a OPA : l'employeur est présumé se conformer aux prescriptions de la Directive s'il les observe ou peut prouver que la sécurité des travailleurs est garantie d'une autre manière. Enfin, la SUVA pose des valeurs limites d'exposition à l'amiante aux postes de travail⁸⁴.
79. La problématique est similaire en ce qui concerne les polychlorobiphényles (PCB). Les PCB font partie des polluants organiques persistants. Ils sont difficilement dégradables et s'accumulent dans la chaîne alimentaire. De moindre coût, les PCB ont été largement utilisés dans la construction, principalement pour isoler des condensateurs et des transformateurs mais aussi à titre d'additifs dans l'huile hydraulique ou dans des vernis, résines, plastiques, encres d'imprimerie ou colles. On les retrouve surtout dans les matériaux

80 OFSP-Amiante (2010), p. 4.

81 DENZLER/MARITZ (2013), p. 78 ; ROMY (2010), p. 175.

82 ATF 136 II 142.

83 RS 0.822.726.2.

84 [www.suva.ch>service>moyens d'information \(Waswo\)>amiante](http://www.suva.ch>service>moyens d'information (Waswo)>amiante).

d'étanchéité des joints, dans la moitié des immeubles en béton construits entre 1955 et 1975⁸⁵. L'absorption d'une grande quantité de PCB provoque des affections cutanées aiguës, des dommages sur le foie, la rate et les reins et affaiblit le système immunitaire. Malgré leur interdiction dès 1972, des matériaux et objets contenant des PCB entraînent encore aujourd'hui des concentrations polluantes dans l'air ambiant des locaux, même si la quantité de PCB absorbée par inhalation est minime par rapport à celle qui est absorbée par la nourriture ; toutefois, le risque de dégagements incontrôlés est grand en cas de travaux réalisés de manière appropriée⁸⁶.

80. Les PCB sont interdits en Suisse depuis 1972 par la législation environnementale⁸⁷, il s'agit de déchets dont l'élimination est contrôlée au sens de l'OTD et font partie des substances dont il faut protéger les travailleurs au sens de l'OPA et de l'OTConstr. Il n'y a pas de base légale permettant de fixer des valeurs limites contraignantes pour les polluants de l'air ambiant des locaux dont découleraient des obligations d'assainissement. Toutefois, l'OFSP propose des valeurs indicatives qui ne devraient pas être dépassées⁸⁸.
81. Pour ces deux substances, les cantons ont en outre et pour partie adopté une législation spécifique.
82. A Genève, la LaLPE/GE confie au Conseil d'Etat de veiller à la prise des mesures nécessaires à l'assainissement des bâtiments contenant de l'amiante et d'autres substances dangereuses comme les PCB, ce qu'il a fait en édictant le RSDEB/GE⁸⁹. En cas de *travaux soumis à autorisation de construire*, le requérant doit joindre à sa demande, pour les parties du bâtiment concernées par les travaux, une attestation relative à la présence ou à l'absence d'amiante, pour les bâtiments construits avant 1991, et de PCB, pour les bâtiments construits entre 1955 et 1975 (art. 15A LaLPE/GE). L'autorité a également la

⁸⁵ www.bag.admin.ch>thèmes>produits chimiques>thèmes A-Z>PCB.

⁸⁶ OFSP-PCB (2000).

⁸⁷ Annexe 3.1 OSubst. Sur le plan international, la Suisse est partie à la Convention de Stockholm sur les polluants organiques persistants (Convention-POP) du 22 mai 2001 (RS 814.03) qui interdit les PCB.

⁸⁸ OFSP-Valeur indicative PCB (2002), p. 2.

⁸⁹ Les biphényles polychlorés (PCB) font partie des substances dangereuses dans l'environnement bâti aux côtés des substances désignées dans l'ORRChim (art. 1 RSDEB/GE).

possibilité d'effectuer, en tout temps ou sur demande, des expertises des matériaux présents dans l'environnement bâti (art. 9 al. 1 RSDEB/GE), d'ordonner l'assainissement (art. 16 let. c LaLPE/GE) voire des travaux d'office (art. 17 LaLPE/GE). En pratique, aucune évaluation de la présence d'amiante ou de PCB n'est réalisée hors travaux soumis à autorisation de construire⁹⁰.

83. A ce jour, Neuchâtel ne connaît pas de réglementation particulière en matière d'amiante ou de PCB mais une modification du RELConstr/NE est en préparation.
84. La réglementation vaudoise relative à l'amiante figure dans la législation en matière de constructions. En revanche, la législation vaudoise ne régit pas les PCB. Selon l'art. 103a LATC, en cas de travaux de démolition ou de *transformation soumis à autorisation et portant sur des immeubles construits avant 1991*, le requérant joint à sa demande un diagnostic de présence d'amiante pour l'ensemble du bâtiment, accompagné, si cette substance est présente et en fonction de sa quantité, de la localisation et de sa forme, d'un programme d'assainissement (al. 1). La municipalité veille à ce que le diagnostic et l'assainissement soient effectués conformément aux normes édictées en la matière par le département en charge des bâtiments de l'Etat (al. 2). Il est également prévu que les résultats des diagnostics amiante soient rendus publics et actualisés sur Internet, avec l'accord du propriétaire (al. 3)⁹¹. Cette disposition a comme inconvénient qu'elle ne donne pas à l'Etat de moyens de contrainte pour forcer un propriétaire qui aurait renoncé à son projet d'assainissement, par exemple pour des raisons de coût. Toutefois, le Conseil d'Etat a considéré que l'exposition aux risques et la responsabilité du propriétaire d'ouvrage (art. 58 CO) étaient autant efficaces qu'une contrainte formelle⁹².

⁹⁰ Pour une illustration : Chambre administrative de la Cour de justice de Genève du 12.02.2014, ATA/83/2014. Voir ég. le PL 10769 déposé par quatre députés le 26 novembre 2010 partant du constat selon lequel les moyens à disposition de l'autorité ne sont pas suffisants lorsque des travaux ne sont pas réalisés ; ce projet de loi s'est confronté à des oppositions et n'a en l'état pas abouti.

⁹¹ L'art. 103a LATC/VD s'est appliqué aux procédures de requêtes de permis de construire pendantes dès son entrée en vigueur en décembre 2010 car en raison de l'intérêt capital de santé publique poursuivi par cette norme, il n'y avait aucune raison de ne pas l'appliquer aux dossiers déposés avant cette date : Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal du canton de Vaud du 31.01.2013, AC.2011.0293.

⁹² Exposé des motifs et projet de loi modifiant la loi du 4 décembre 1985 sur

D. Les compteurs individuels et autres mesures visant l'amélioration énergétique

85. Comme indiqué ci-avant (*supra* III.D.), Neuchâtel et Vaud ont repris le modèle du MoPEC et n'imposent pas, contrairement à Genève, l'installation de dispositifs permettant la mesure du DIFC hors travaux dans l'immeuble.
86. Dans le canton de Vaud, l'obligation naît *lors d'une modification importante du réseau de distribution de chauffage* et pour autant que cela ne cause pas de dépenses déraisonnables. Les immeubles visés sont les bâtiments et groupes de bâtiments alimentés par une production de chaleur centralisée, comportant au moins cinq unités d'occupation (art. 42 RVLEne/VD). A Neuchâtel, l'obligation vaut aussi lors du *remplacement complet du système de chauffage* dans un bâtiment existant disposant d'une centrale de chauffe pour cinq unités d'occupation ou plus (art. 31a RELCEn/NE). A Genève, les *transformations lourdes* déclenchent également l'obligation d'installer un dispositif permettant le DIFC (art. 22G LEn/GE).
87. Les autres mesures relatives à l'amélioration énergétique sont variées et peuvent selon les cas constituer une charge considérable pour le propriétaire. Les dispositions qui s'y réfèrent peuvent être extrêmement détaillées et techniques, d'autant qu'il est pour la plupart d'entre elles renvoyé à bon nombre de normes SIA qui ne sont pas librement accessibles au public. Ces mesures concernent, notamment, l'isolation thermique extérieure, l'isolation des toitures et planchers de greniers, le remplacement des fenêtres et des systèmes de chauffages, les exigences de panneaux solaires ou de chauffe-eau combinés ou la mise en place de systèmes d'aération.
88. Ces mesures tendent en substance à ce que les bâtiments faisant l'objet d'un assainissement de leur enveloppe parviennent au niveau des exigences du standard Minergie pour les bâtiments rénovés. Elles sont imposées lorsque les bâtiments sont *transformés ou rénovés*. Genève ne définit pas ce qu'il faut entendre par la notion de rénovation utilisée à l'art. 15 al. 4 LEn/GE. Les réglementations vaudoise et neuchâteloise sont pour leur part plus précises : la transformation est l'action portant sur des éléments de construction ou des parties de bâtiment, notamment

son enveloppe, où des travaux plus importants qu'un simple toilettage ou des réparations mineures sont entrepris (art. 8 al. 2 let. b RELCEn/NE, 4 al. 2 let. b RVLEne).

89. Parmi l'éventail de ces mesures, Genève impose l'installation de panneaux solaires thermiques lors de la rénovation de la toiture d'un bâtiment afin de couvrir au minimum 30% des besoins pour l'eau chaude sanitaire (art. 15 al. 6 LEn)

E. La protection contre l'incendie

90. Les lois cantonales en matière de construction réglementent directement ou renvoient aux lois relatives à la prévention contre les incendies (art. 121 LCI/GE, art. 8 LConstr/NE renvoyant à la Loi sur la prévention et la défense contre les incendies, les éléments naturels ainsi que les secours du 27 juin 2012⁹³, art. 120 LATC/VD renvoyant à la Loi sur la prévention des incendies et des dangers résultant des éléments naturels du 22 mai 1970⁹⁴). Ces lois ont en commun de renvoyer aux prescriptions contenues dans la Norme de protection incendie édictée par l'Association des établissements cantonaux d'assurance incendie (AEAI)⁹⁵. La Norme AEAI repose sur l'Accord intercantonal sur l'élimination des entraves techniques au commerce adopté le 23 octobre 1998 par la Conférence des gouvernements cantonaux⁹⁶. A ce titre, les prescriptions qu'elle contient ont été considérées comme directement applicables par le Tribunal fédéral, sans qu'un acte d'incorporation dans le droit cantonal ne soit nécessaire. De la sorte, elles priment le droit cantonal qui leur serait contraire⁹⁷.
91. La Norme AEAI a pour but de protéger les personnes, les animaux et les biens contre les dangers des incendies et des explosions (art. 1 al. 1 Norme AEAI). Elle définit les standards de sécurité applicables contre les dangers d'incendie (art. 5 Norme AEAI). Elle pose, pour les bâtiments, des obligations se rapportant aux matériaux de construction,

⁹³ RSN 861.10.

⁹⁴ RSV 963.11.

⁹⁵ La Norme AEAI est disponible à l'adresse [www.vkf.ch/AEAI/Services/Prescription de protection incendie](http://www.vkf.ch/AEAI/Services/Prescription%20de%20protection%20incendie).

⁹⁶ RS 946.513.

⁹⁷ TF du 21.01.2014, 1C_395/2013, cons. 2.1 ; TF du 26.03.2013, 1C_491/2012, cons. 5.2 ; TF du 28.09.2010, 1C_303/2010, cons. 2.1.

aux distances entre bâtiments, aux systèmes porteurs, aux compartiments coupe-feu et aux voies d'évacuation. L'art. 2 al. 2 de la Norme AEAI prévoit que les bâtiments, ouvrages et installations seront rendus conformes en proportion aux prescriptions de protection incendie *en cas de transformation, d'agrandissement ou de changement d'affectation importants de la construction* ou de l'exploitation ou lorsque le danger est particulièrement important pour les personnes. La Norme AEAI est complétée par un nombre important de directives, notes explicatives et aides de travail qui aident à sa compréhension. Toutefois, aucun de ces textes ne précise l'ampleur des travaux de rénovation déclenchant l'obligation de respecter la Norme. On retient donc que ces travaux doivent être importants et que la notion de proportionnalité figure également dans cette disposition.

F. L'accessibilité aux bâtiments

92. La LHand ne s'applique pas à tous bâtiments ou constructions mais seulement aux constructions et installations accessibles au public (art. 3 let. a LHand), aux habitations collectives de plus de huit logements (art. 3 let. c LHand) et aux bâtiments de plus de 50 places de travail (art. 3 let. d LHand). Par constructions accessibles au public, on vise, notamment, les magasins, les banques, les restaurants, les hôtels, les salles de spectacle, les musées, les bibliothèques, les parkings⁹⁸ ou des thermes dont l'accès est ouvert au public⁹⁹. S'agissant des habitations collectives et des bâtiments abritant plus de 50 places de travail, seul l'accès au bâtiment et à ses étages doit être garanti. En revanche, l'aménagement intérieur des logements ou des bureaux ne relève pas du champ d'application de la loi¹⁰⁰.
93. La LHand s'applique aux constructions pour lesquelles *l'autorisation de rénover* est accordée (art. 3 let. a, c et d LHand), ce qui suppose, à notre sens, que les travaux envisagés tombent sous le coup de la définition de transformation au sens de l'art. 22 LAT, compte tenu du besoin de protection poursuivi par ces deux lois. Lorsque seule une fraction des parties du bâtiment est rénovée, l'étendue de l'obligation d'adaptation est limitée car la loi exige un rapport de connexité entre le

⁹⁸ Message LHand (2000), p. 1669.

⁹⁹ ATF 134 II 249, cons. 3.2, RDAF 2009 I p. 473.

¹⁰⁰ Message LHand (2000), p. 1669.

projet de construction et les domaines qui doivent être aménagés en faveur des handicapés¹⁰¹. A titre d'exemple, dans le cas de la rénovation de thermes ne portant pas sur les bassins, mais uniquement sur les locaux les desservant, ces bassins n'ont pas à être adaptés¹⁰².

94. La LHand prévoit un mécanisme de protection particulier. Une personne handicapée a tout d'abord qualité pour demander dans la procédure d'autorisation de construire qu'on s'abstienne de l'inégalité. Les autorités cantonales doivent donc admettre les oppositions, observations et recours formés par cette personne. La LHand confère donc un intérêt digne de protection, voire juridique, dans la procédure cantonale d'autorisation de construire. Si l'absence des mesures légalement requises ne pouvait être constatée lors de la procédure d'autorisation de construire, la personne handicapée peut subsidiairement saisir les juridictions civiles afin qu'elles éliminent l'inégalité (art. 7 LHand) et demander en substance que les mesures constructives permettent l'accès aux bâtiments¹⁰³. Cette situation doit être distinguée du cas dans lequel un litige survient entre le propriétaire et l'autorité, notamment lorsque celle-ci assortit l'autorisation de construire de charges ou conditions en vue de permettre l'accès aux immeubles aux personnes handicapées. Dans ce cas, en effet, l'application de la LHand est secondaire puisqu'il ne s'agit pas de litiges nés d'une intervention de personnes handicapées ou d'organisations ayant un droit de recours¹⁰⁴.
95. Sur le plan matériel, la LHand ne permet pas d'éliminer tous les obstacles architectoniques existants d'une construction¹⁰⁵. En particulier, il n'est pas nécessaire que toutes les entrées soient accessibles aux personnes handicapées ; il suffit que l'entrée principale le soit. En revanche, il ne conviendrait pas que le seul accès possible soit le monte-charge de l'entrée de service¹⁰⁶.

¹⁰¹ ATF 134 II 249, cons. 4, RDAF 2009 I p. 473.

¹⁰² ATF 134 II 249, cons. 5.2, RDAF 2009 I p. 473 (rés.).

¹⁰³ Pour un cas d'application, voir Chambre d'appel en matière de baux et loyers de Genève du 06.09.2010, ACJC/1004/2004, DB 2012, p. 52.

¹⁰⁴ TF du 25.11.2011, RJN 2006 224, cons. 2a.

¹⁰⁵ TF du 09.07.2008, RDAF 2009 I p. 473 (rés.), cons. 3.3.

¹⁰⁶ Message LHand (2000), p. 1668.

96. Tout comme en matière énergétique, le principe de la proportionnalité a une place particulière dans la législation protégeant les personnes handicapées. L'élimination de l'inégalité n'est pas ordonnée lorsqu'il y a disproportion entre l'avantage qui serait procuré aux personnes handicapées, d'une part, et la dépense qui en résulterait ou l'atteinte qui serait portée à l'environnement, à la nature ou au patrimoine, d'autre part (art. 11 al. 1 LHand). La disproportion est examinée au regard notamment du nombre de personnes qui utilisent la construction, de l'importance que revêt la construction pour les personnes handicapées et de son caractère durable ou provisoire (art. 6 al. 1 OHand). Par ailleurs, si l'intérêt des personnes handicapées doit être évalué au regard des intérêts de la protection de l'environnement, de la nature ou du patrimoine et des monuments, il est tenu compte de l'importance de la construction de ce point de vue ainsi que de la mesure dans laquelle les adaptations requises portent atteinte à l'environnement ou à la substance, à la structure et à l'aspect de la construction (art. 6 al. 2 OHand). L'élimination de l'inégalité n'est pas ordonnée si la dépense qui en résulterait dépasse 5% de la valeur d'assurance du bâtiment ou 20% des frais de rénovation (art. 12 al. 1 LHand). Le montant maximal de 5% de la valeur d'assurance se calcule sur la base de la valeur d'assurance qu'avait le bâtiment avant la rénovation (art. 7 al. 1 OHand). Les frais de rénovation sont ceux qui ont été projetés indépendamment des mesures à prendre spécialement pour les personnes handicapées (art. 7 al. 2 OHand). A titre d'exemple, des coûts présumés de travaux d'adaptation d'un ascenseur, d'un montant de CHF 7'300.- ont été considérés comme non disproportionnés¹⁰⁷. Si un propriétaire néglige de prendre les dispositions nécessaires, la pesée des intérêts est opérée sur la base des coûts supplémentaires qu'il aurait dû consentir au moment où il a fait procéder aux travaux, lesquels sont le plus souvent inférieurs à ceux que requiert une adaptation ultérieure¹⁰⁸.
97. Les prescriptions matérielles constructives sont de la compétence des cantons, qui peuvent édicter des dispositions plus favorables aux personnes handicapées (art. 4 LHand). Les trois cantons étudiés ont fait figurer ces dispositions dans leur réglementation en matière de constructions.

¹⁰⁷ Chambre d'appel en matière de baux et loyers de Genève du 06.09.2010, ACJC/1004/2004, DB 2012 p. 52.

¹⁰⁸ Message LHand (2000), p. 1673.

98. A Genève, les mesures constructives prescrites par le règlement dédié aux mesures en faveur des personnes handicapées dans le domaine de la construction, le RMPHC/GE, doivent être prises en cas de *transformations importantes* (art. 109 al. 2 LCI/GE). Cette notion n'est définie ni dans la loi, ni dans le RMPHC/GE. La loi réserve également la possibilité pour le département d'ordonner, hors travaux, l'adaptation de bâtiments ou d'installations existants, plus particulièrement ceux accessibles au public, lorsque les mesures ordonnées ne sont pas disproportionnées par rapport à leur coût et à leur utilité (art. 109 al. 4 LCI/GE). Il s'agirait-là d'un cas de rénovation obligatoire, mais à notre connaissance cette faculté n'a jamais été utilisée¹⁰⁹.
99. A Neuchâtel, la matière est réglée aux art. 20 à 22 LConstr/NE ainsi qu'aux art. 9 à 23 RELConstr/NE. L'obligation de rénover en faveur des personnes handicapées existe lors de *transformations importantes* (art. 22 LConstr/NE), notion qui n'est pas explicitée dans le règlement.
100. La réglementation vaudoise est la moins détaillée. Le siège de la matière se trouve aux art. 94 à 96 LATC/VD ainsi qu'aux art. 36 et 38 RLATC/VD. Les mesures en faveur des personnes handicapées doivent être prises lors de *travaux importants de transformation* (art. 96 LATC/VD). Cette notion est précisée dans le RLATC/VD par les termes de *transformation ou d'agrandissement* (art. 38 RLATC/VD). A notre sens, il s'agit de réserver l'obligation de rénover aux travaux importants et de ne pas l'imposer à tous types de travaux de transformation ou d'entretien, ce que le législateur n'a pas souhaité.
101. Toujours sous l'angle du principe de la légalité, Neuchâtel et Vaud renvoient à la norme SN 521.500 (art. 23 RELConstr/NE, 36 RLATC/VD), laquelle a depuis été remplacée par la norme SIA 500. Pour ces législations, on peut s'interroger sur la qualité du renvoi, statique ou dynamique, à ces normes privées (*supra* II.D.).

¹⁰⁹ Dans l'état de fait ayant donné lieu à l'ATF 138 I 475, l'association recourante a saisi les juridictions civiles, raison pour laquelle le TF a relevé que le cinéma auquel une personne handicapée n'avait pas eu accès n'était pas soumis à la LHand car construit avant l'entrée en vigueur de la LHand en 2004.

V. Le cadre de droit public de la rénovation

A. L'obligation d'obtenir une autorisation de construire ?

102. Selon l'art. 22 al. 1 LAT, aucune construction ou installation ne peut être créée ou transformée sans autorisation de l'autorité compétente, ce qui vise, notamment, les travaux qui outrepassent une simple rénovation¹¹⁰ (*supra* II.A.6). Le critère de distinction est celui de savoir si les travaux se contentent de maintenir la valeur du bâti ou si au contraire ils en apportent une augmentation de la valeur¹¹¹. Si, du point de vue du droit fédéral, on peut se demander où fixer la limite entre transformation et rénovation, il faut surtout consulter les dispositions cantonales en matière d'autorisations de construire car les cantons ont le loisir de soumettre à autorisation d'autres travaux que ceux visés par l'obligation fédérale¹¹².
103. A Genève, la modification, même partielle, du volume, de l'architecture, de la couleur, de l'implantation, de la distribution ou de la destination d'une construction d'une installation est soumise à autorisation de construire¹¹³ (art. 1 al. 1 let. b) de la LCI/GE du 14 avril 1988¹¹⁴). En pratique, hormis les rénovations dans des villas, tous les travaux qui ne relèvent pas du simple entretien sont soumis à autorisation de construire.
104. A Neuchâtel, la loi est moins contraignante. Les travaux de transformation sont soumis à permis de construire (art. 27 al. 1 LConstr/NE) à l'exclusion des modifications apportées à l'intérieur d'un bâtiment, pour autant que ces travaux n'aient pas d'incidence sur la sécurité, la salubrité et l'aspect extérieur du bâtiment et que celui-ci ne soit pas protégé du point de vue patrimonial (art. 28 let. a LConstr). Au surplus, les communes peuvent exiger un permis de construire pour le choix des matériaux et des couleurs du toit et des façades (art. 27 al. 2 LConstr).

¹¹⁰ TF du 21.07.2011, 1C_157/2011, cons. 3.1. Voir ég. l'arrêt de principe ATF 113 Ib 314.

¹¹¹ TANQUEREL (1999), art. 22 LAT N. 32.

¹¹² TF du 21.07.2011, 1C_157/2011, cons. 3.1.

¹¹³ Sous réserve des travaux à l'intérieur d'une villa isolée ou en ordre contigu s'ils ne modifient pas la surface habitable du bâtiment (art. 1 al. 2 LCI).

¹¹⁴ RS/GE L 5 05 ; « LCI ».

105. Dans le canton de Vaud, le permis de construire est exigé pour tout travail de construction ou de démolition, en surface ou en sous-sol, modifiant de façon sensible la configuration, l'apparence ou l'affectation d'un bâtiment (art. 103 al. 1 LATC/VD). Les travaux d'entretien de constructions existantes et les petites transformations intérieures visant à maintenir l'ouvrage dans son état en réparant les atteintes dues au temps ou à l'usage ne sont pas soumises à autorisation de construire. Il en va de même des rénovations ou modifications tendant à substituer à des installations intérieures vétustes des éléments neufs servant au même usage ou simplement à moderniser une construction sans en modifier la nature ou l'affectation, comme le remplacement de l'agencement de la cuisine, le ponçage ou la vitrification des parquets, la réfection des peintures, la pose de carrelage ou la remise en état des installations électriques¹¹⁵.
106. Dans les cantons de Genève et Vaud, les travaux sont largement soumis à autorisation de construire, non tant pour le contrôle de leur réalisation au regard des règles en matière de police des construction mais pour assurer l'application de la législation en matière de protection du parc locatif.

B. Les règles en matière de protection du parc locatif

107. Les lois sur les démolitions genevoise et vaudoise tendent à la préservation du parc locatif, en quantité et qualité.
108. A Genève, la LDTR/GE s'applique de manière très large aux bâtiments d'habitation comportant en tout cas deux logements situés dans toutes les zones de construction à l'exception de la zone villa (art. 2 LDTR/GE)¹¹⁶. Dans le canton de Vaud, la LDTR/VD s'applique aux maisons d'habitation à l'exception des maisons individuelles comprenant jusqu'à deux appartements dont l'un est occupé par le propriétaire et des appartements en copropriété ou en PPE occupés par leur propriétaire (art. 1 al. 3 et 3 LDTR/VD).
109. Ces législations soumettent à autorisation les travaux de transformation et de rénovation portant sur des logements. A Genève, les travaux

¹¹⁵ Cour de droit administratif et public du Canton de Vaud du 31.01.2013, AC.2011.0293, cons. 3.

¹¹⁶ La détermination du champ d'application de la LDTR/GE peut parfois s'avérer délicate : GAIDE/DEFAGO GAUDIN (2014), chapitre 6.2.

soumis à autorisation sont les travaux de transformation *stricto sensu*, soit les travaux qui ont pour objet de modifier l'architecture, le volume, l'implantation, la destination ou la distribution intérieure d'un logement, la création de nouveaux logements, notamment dans les combles, la création d'installations nouvelles d'une certaine importance comme chauffage, distribution d'eau chaude, ascenseur, salles de bains et cuisines, ainsi que la rénovation, ce par quoi il faut entendre la remise en état, même partielle, d'un logement avec amélioration du confort existant (art. 3 al. 1 LDTR/GE). Dans le canton de Vaud, sont assujettis à la loi les travaux de transformation, à savoir les travaux modifiant la typologie des logements¹¹⁷, ainsi que les rénovations, qui comprennent tous les travaux d'une certaine importance apportant une plus-value à l'immeuble sans modifier la distribution des logements (art. 1 al. 2 LDTR/VD). Aussi, dans ces deux cantons, dès que des travaux qui dépassent le simple entretien sont réalisés dans des immeubles assujettis à la loi, cela déclenche l'application de la loi, y compris en cas de travaux d'entretien différé¹¹⁸.

110. Ces lois ont pour particularité de soumettre à autorisation des travaux de transformation ou de rénovation et de ne prévoir qu'ils sont autorisés qu'en cas de motifs bien déterminés, afin de prévenir des changements de standing des logements protégés. Font partie des motifs d'autorisation des motifs d'intérêt public ou général (art. 9 al. 1 let. b LDTR/GE, art. 4 al. 1 LDTR/VD). Des travaux commandés par des règles de droit public comme ceux mentionnés ci-dessus doivent à notre sens être considérés comme commandés par un intérêt public au sens de ces dispositions ; le droit vaudois en fait d'ailleurs un motif d'autorisation obligatoire (art. 39 LVLEne)¹¹⁹.
111. La délivrance des autorisations de transformer emporte la fixation des loyers par l'autorité administrative et un contrôle de ceux-ci pendant une période de 3 à 5 ans (art. 10 à 12 LDTR/GE), respectivement pouvant aller jusqu'à 10 ans (art. 4 al. 3 LDTR/VD). A Genève, le

¹¹⁷ BLANC/BRON (2012), p. 33.

¹¹⁸ Pour une explication des différents critères utilisés à Genève pour distinguer entre transformation et entretien, voir GAIDE/DEFAGO GAUDIN (2014), ch. 8.2.5. Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal du canton de Vaud du 31.01.2013, AC.2011.0293.

¹¹⁹ Le fait que le caractère insalubre de l'immeuble découle d'un défaut d'entretien régulier n'est pas un motif de refus de l'autorisation de transformer : Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal du canton de Vaud du 31.01.2013, AC.2011.0293.

plafond des loyers est de CHF 3'405.- la pièce l'an¹²⁰, de sorte que le montant des travaux peut être répercuté sur les loyers jusqu'à concurrence de ce plafond (art. 11 al. 2 LDTR/GE) ; les logements qui connaissaient avant travaux un loyer supérieur voient leurs loyers bloqués à ce montant (art. 11 al. 3 LDTR/GE). Dans le canton de Vaud, les loyers après travaux sont fixés au cas par cas par l'autorité en fonction des caractéristiques de l'immeuble et du caractère indispensable des travaux¹²¹.

VI. Remarques conclusives

112. Transformation, transformation importante, agrandissement, rénovation, rénovation d'envergure sont autant de termes que l'on retrouve dans les législations susceptibles de s'appliquer à des bâtiments existants et pour lesquels leur propriétaire veut ou doit entreprendre des travaux.
113. La notion de rénovation telle qu'on l'entend en droit privé n'entre pas dans le schéma de réflexion du droit public car il faut composer avec le besoin de protection de chaque loi appliquée. Cela étant, on admettra que l'entretien ou de menues réparations, qui ont pour objet de maintenir la chose dans l'état convenu, ne provoquent en règle générale pas d'obligation de rénover. Le critère formel de l'assujettissement à autorisation de construire ne doit en particulier pas être à lui seul un élément déterminant, à tout le moins dans les cantons de Genève et Vaud. En effet, ces cantons imposent très largement l'obligation d'obtenir une autorisation de construire, mais pour des motifs liés à leur législation sociale protégeant le parc locatif.
114. Il ressort de l'appareil critique à l'appui de cette contribution que le contentieux est peu marqué dans le domaine des rénovations, à l'exception notable du domaine très spécifique des règles en matière de préservation du parc locatif. D'ailleurs, pour celles-ci, le contentieux ne porte pas tant sur l'obligation de rénover – les rénovations étant par ailleurs encouragées – que sur le contrôle des loyers qui en découle.
115. Toutefois, il n'est pas exclu que cela change à l'avenir. Si les mesures tendant à la protection de la santé des occupants des bâtiments (radon,

¹²⁰ Arrêté du Conseil d'Etat du 24 août 2011 relatif à la révision des loyers correspondant aux besoins prépondérants de la population publié dans la Feuille d'Avis officielle du 26 août 2011.

¹²¹ BLANC/BRON (2012), p. 38-41.

amiante, PCB) et imposant des rénovations pour ce motif semblent généralement acceptées, on ignore encore la réception, par les propriétaires, des prescriptions énergétiques. En effet, les lois sur l'énergie révisées, récentes, contiennent des mesures qui peuvent être perçues comme autant de contraintes excessives par les propriétaires, forcés de dépenser des sommes importantes malgré les possibilités de subvention ou les avantages fiscaux attachés à ce type de travaux. Le caractère contraignant de ces mesures sera d'autant plus ressenti que la deuxième étape de la Stratégie énergétique 2050 prévoit, d'ici à sept ans, le remplacement du système d'encouragement actuel fondé sur des subventions à un système d'incitation reposant sur des taxes.

116. Enfin, la clé de voûte de tout le système, lorsque ce ne sont pas des intérêts de santé publique qui sont en jeu, reste le principe de proportionnalité, que les législateurs fédéral et cantonaux ont jugé opportun de réaffirmer avec vigueur. C'est au travers de celui-ci que l'on pourra à l'avenir apprécier la souplesse ou la fermeté de la politique, en particulier énergétique, menée dans le domaine du bâtiment.

Bibliographie et sources

BLANC JULIEN/BRON ERIC, « La LDTR dans les cantons de Genève et Vaud » in : Les rénovations d'immeubles, B. Foëx (éd.), Genève 2012, p. 27 ss (BLANC/BRON (2012))

CONFÉRENCE ROMANDE DES DÉLÉGUÉS À L'ÉNERGIE/SUISSEÉNERGIE, Décomptes individuels – Frais de chauffage et d'eau chaude, Fribourg 2006

CORBOZ BERNARD, « Les travaux de transformation et de rénovation de la chose louée entrepris par le bailleur et leur répercussion sur les loyers », in : 12^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2002 (CORBOZ (2002))

DENZLER BEAT/MARITZ DANIEL, « Asbest – Baustoff mit rechtlicher Langzeitwirkung », in : Schweizerische Baurechtstagung 2013, p. 71 (DENZLER/MARITZ (2013))

DUBEY JACQUES, Espace-Temps-Propriété – Définition et restriction de la propriété privée du sol à l'heure du développement durable et l'aménagement du territoire, Zurich 2012 (DUBEY (2012))

DUBEY JACQUES, « La limitation des atteintes à l'environnement : entre liberté et neutralité économique » in : Les entreprises et le droit de l'environnement : défis, enjeux, opportunités, Cedidac (éd.), Lausanne 2009, p. 115 ss (DUBEY (2009))

FAVRE ANNE-CHRISTINE, « Assainissement et mise en conformité » in : Les rénovations d'immeubles, B. Foëx (éd.), Genève 2012, p. 89 ss (FAVRE 2012)

FAVRE ANNE-CHRISTINE/JUNGO FABIA, « Chronique du droit de l'environnement – Première partie : Principes généraux, taxes et assainissements », in : RDAF 2008 I p. 17 ss (FAVRE/JUNGO (2008))

GAIDE EMMANUELLE/DÉFAGO GAUDIN VALÉRIE, La LDTR – Démolition, transformation, rénovation, changement d'affectation et aliénation – Immeubles de logements et appartements, Genève 2014 (GAIDE/DÉFAGO GAUDIN (2014))

GMÜR CHRISTOPH, « Möglichkeiten und Grenzen von Energievorschriften für Gebäude » in : DEP 2012 p. 828 ss (GMÜR (2012))

GRIFFEL ALAIN, Die Grundprinzipien des schweizerisches Umweltrechts, Zurich 2001 (GRIFFEL (2001))

Message relatif au premier paquet de mesures de la Stratégie énergétique 2050 (Révision du droit de l'énergie) et à l'initiative populaire fédérale « Pour la sortie programmée de l'énergie nucléaire (Initiative « Sortir du nucléaire ») » du 4 septembre 2003, in : FF 2013 p. 6771 ss (Message LEne (2013))

Message concernant la modification de la loi sur l'énergie du 24 juin 2009 in : FF 2009 p. 4781 ss (Message LEne (2009))

Message relatif à l'initiative populaire fédérale « Des droits égaux pour les personnes handicapées » et au projet de loi fédérale sur l'élimination des inégalités frappant les personnes handicapées du 11 décembre 2000 in : FF 2000, p. 1605 ss (Message LHand (2000))

OFFICE FÉDÉRAL DE LA SANTÉ PUBLIQUE, Plan d'action national radon 2012-2020, Berne 2011 (OFSP-Plan d'action radon (2011))

OFFICE FÉDÉRAL DE LA SANTÉ PUBLIQUE, Moisissures dans les habitations, Berne 2010 (OFSP-Moisissures (2010))

OFFICE FÉDÉRAL DE LA SANTÉ PUBLIQUE, Amiante – Tout ce que vous devez savoir en tant que propriétaire, Berne 2010 (OFSP-Amiante (2010))

OFFICE FÉDÉRAL DE LA SANTÉ PUBLIQUE, Valeur indicative pour les PCB dans l'air à l'intérieur des bâtiments – Information et recommandations du 1^{er} juillet 2002, Berne 2002 (OFSP-Valeur indicative PCB (2002))

OFFICE FÉDÉRAL DE LA SANTÉ PUBLIQUE, Les PCB et leurs effets sur la santé humaine, Berne 2000 (OFSP-PCB (2000))

ROMY ISABELLE, « Construction et développement durable – Aspects choisis en matière de protection contre le radon, le risque sismique et l'amiante ainsi que de mesures d'économie d'énergie », in : Journées suisses du droit de la construction 2011, Institut du droit suisse et international de la construction (éd.), Fribourg 2010, p. 155 ss (Romy (2010))

SCHRADE ANDRÉ/WIESTNER HEIDI, Kommentar zum Umweltschutzgesetz (H. Keller/VUR éd.), 2^e éd., Zurich 2004, Art. 18 LPE (SCHRADE/WIESTNER (2004))

TANQUEREL THIERRY, Manuel de droit administratif, Zurich 2011 (TANQUEREL (2011))

TANQUEREL THIERRY, Kommentar zum Bundesgesetz über die Raumplanung/Commentaire de la Loi fédérale sur l'aménagement du territoire (H. Aemisegger/A. Kuttel/P. Moor/A.Ruch éd.), Zurich 1999, art. 22 LAT (TANQUEREL (1999))

ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE, « Le bonus d'indice en cas de label énergétique : une mise en œuvre difficile », in : DC 2013 p. 301 (ZUFFEREY (2013))

Table des lois citées

Droit fédéral

LAA	Loi fédérale sur l'assurance-accidents du 20 mars 1981 (RS 832.20)
LAT	Loi fédérale sur l'aménagement du territoire du 22 juin 1979 (RS 700)
LEne	Loi fédérale sur l'énergie du 28 juin 1998 (RS 730.0)
LHand	Loi fédérale sur l'élimination des inégalités frappant les personnes handicapées du 13 décembre 2002 (RS 151.3)
Loi sur le CO ₂	Loi fédérale sur la réduction des émissions de gaz de CO ₂ du 23 décembre 2011 (RS 641.71)
LPE	Loi fédérale sur la protection de l'environnement du 7 octobre 1983 (RS 814.03)
LRaP	Loi du 22 mars 1991 sur la radioprotection (RS 814.50)
LTr	Loi sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce du 13 mars 1964 (RS 822.11)
OHand	Ordonnance sur l'élimination des inégalités frappant les personnes handicapées du 19 novembre 2003 (RS 151.31)
OMoD	Ordonnance sur les mouvements de déchets du 22 juin 2005 (RS 814.610)
OPA	Ordonnance sur la prévention des accidents et des maladies professionnelles du 19 décembre 1983 (RS 832.30)
OPAir	Ordonnance sur la protection de l'air du 16 décembre 1985 (RS 814.318.142.1)
OPB	Ordonnance sur la protection contre le bruit du 15 décembre 1986 (RS 814.41)
ORaP	Ordonnance sur la radioprotection du 22 juin 1994 (RS 814.501)
ORRChim	Ordonnance sur la réduction des risques liés à l'utilisation de substances, de préparations et d'objets particulièrement dangereux du 18 mai 2005

OSubst	Ordonnance sur les substances du 9 juin 1986 (RS 814.013)
OTConstr	Ordonnance sur la sécurité et la protection de la santé des travailleurs dans les travaux de construction du 29 juin 2005 (RS 832.311.141)
OTD	Ordonnance sur le traitement des déchets du 18 décembre 1990 (RS 814.600)

Genève

LaLPE/GE	Loi d'application de la loi fédérale sur la protection de l'environnement du 2 octobre 2007 (RS/GE K 1 70)
LCI/GE	Loi sur les constructions et les installations diverses du 14 avril 1988 (RS/GE L 5 05)
LDTR/GE	Loi sur les démolitions, transformations et rénovations de maisons d'habitation (mesures de soutien en faveur des locataires et de l'emploi) du 25 janvier 1996 (RS/GE L 5 20)
LEn/GE	Loi sur l'énergie du 18 septembre 1986 (RS L 2 30)
RMPHC/GE	Règlement concernant les mesures en faveur des personnes handicapées dans le domaine de la construction du 7 décembre 1992 (RS/GE L 5 05.06)
RSDEB/GE	Règlement sur les substances dangereuses dans l'environnement bâti du 10 septembre 2008 (RS/GE K 1 70.04)

Neuchâtel

LCEn/NE	Loi sur l'énergie du 18 juin 2001 (RSN 740.1)
LConstr/NE	Loi sur les constructions du 25 mai 1996 (RSN 720.0)
RELConstr/NE	Règlement d'exécution de la loi sur les constructions du 16 octobre 1996 (RSN 720.1)
RELCEn/NE	Règlement d'exécution de la loi cantonale sur l'énergie du 19 novembre 2002 (RSN 740.10)

Vaud

LATC/VD	Loi sur l'aménagement du territoire et les constructions du 4 décembre 1985 (RSV 700.11)
LDTR/VD	Loi 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 du 4 mars 1985 (RSV 840.15)
LVLEne/VD	Loi sur l'énergie du 16 mai 2006 (RSV 730.01)
RLATC/VD	Règlement d'application de la loi du 4 décembre 1985 sur l'aménagement du territoire et les constructions du 19 septembre 1986 (RSV 700.11.1)
RVLEne/VD	Règlement d'application de la loi sur l'énergie du 4 octobre 2000 (RSV 730.01.1)

Le bail des cafés et des restaurants

par

David Lachat*

Avocat à Genève

I. Introduction.....	223
II. Le droit applicable	224
A. Normes pertinentes.....	224
B. Bail à loyer ou bail à ferme ?	225
C. Autres conventions	229
III. Incursion en droit public et administratif	230
IV. Modèles de contrats.....	237
V. Les clauses importantes du bail des cafés et des restaurants	238
A. Le(s) locataire(s).....	238
B. Les locaux.....	239
C. La surface des locaux.....	240
D. La destination des locaux	241
E. L'équipement et l'agencement des locaux.....	241
F. L'enseigne.....	244
G. La terrasse.....	245
H. La durée du contrat	245
I. Le loyer	247
J. Les frais accessoires.....	249

* L'auteur remercie Mme Sonja Semprini, conseillère juridique à GastroSuisse, qui lui a fait l'amabilité de relire son texte et lui a prodigué des conseils issus de sa vaste expérience pratique.

K. L'obligation d'exploiter ; les horaires	250
L. Les contrats annexes et les contrats couplés	251
M. L'interdiction de concurrence	253
N. La gestion des déchets	254
O. L'ordre et la tranquillité.....	254
VI. La sous-location et le sous-affermage	255
A. L'autorisation de sous-louer ou de sous-affermier	255
B. Le montant du loyer de la sous-location ou du sous-affermage	258
VII. La remise du fonds de commerce du café-restaurant.....	261
A. Le contrat de remise de commerce	261
B. Le nouveau bail à loyer.....	266
C. Le transfert du bail.....	267
VIII. La résiliation du bail des cafés et des restaurants	270
A. La résiliation donnée par le locataire ou par le fermier	270
B. La résiliation donnée par le bailleur	272
IX. Bibliographie.....	276

I. Introduction

1. En 2012, il y avait en Suisse quelques 27'000 établissements publics (restaurants, cafés, tea-rooms, hôtels avec restaurant et boulangeries avec tea-room, etc.)¹⁻². 81% de ces établissements (env. 21'870) étaient rattachés à la restauration et 19% (env. 5'130) à l'hôtellerie. On estime qu'environ le 75% de ces établissements sont loués par leurs exploitants³. Le bail des établissements publics, en particulier des cafés et des restaurants, est donc un contrat fréquent en pratique.
2. Parfois, la location des cafés et des restaurants est problématique. D'une part, les locaux ne sont pas toujours adaptés à ce type d'activité, génératrice de nuisances (odeurs et bruit en particulier). La cohabitation dans un même immeuble entre des habitants et un ou plusieurs établissements publics peut générer des tensions. Les terrasses qui prolongent ces établissements publics en accroissent les nuisances pendant la saison estivale.
3. Par ailleurs, la viabilité économique et la longévité des cafés et des restaurants est fragile. Certains de leurs exploitants manquent de la formation et de l'expérience requises. Des fonds de commerce sont régulièrement acquis à des prix exagérés, moyennant de lourds emprunts. Ils compromettent l'avenir de l'entreprise et la solvabilité du cafetier-restaurateur. Les faillites de cafés-restaurants sont relativement nombreuses⁴, en légère progression depuis 2005. Les changements de

¹ GastroSuisse, Reflet économique de la branche 2013, p. 2.

² En 2012, le secteur de l'hôtellerie et de la restauration employait en Suisse quelques 215'000 personnes, dont 65% avaient un emploi du temps supérieur à 90% (source : GastroSuisse, Reflet économique de la branche 2013, p. 33).

³ Il n'existe à notre connaissance pas de statistiques précises du nombre des établissements liés à la restauration qui sont donnés à bail. GastroSuisse, Reflet économique de la branche 2013, p. 21, estime que 77% des établissements de la branche, hôtels compris, sont exploités par des gérants. Dans sa thèse, citée dans la bibliographie, p. 29, N 4, STRAUB estimait en 1988 que 65% des établissements publics n'étaient pas exploités par leurs propriétaires et faisaient l'objet d'un contrat de cession d'usage. Rapporté au chiffre actuel de 21'870 cafés-restaurants, au sens large, cela correspondrait aujourd'hui à quelques 14'000 cafés-restaurants loués, *grosso modo*. GastroSuisse (*ibidem*) ajoute que les établissements publics sont davantage donnés en location dans les villes.

⁴ En 2012, 756 entreprises de la restauration en Suisse sont tombées en faillite, contre 634 en 2005, 764 en 2010 et 770 en 2011 (source : GastroSuisse, Reflet économique de la branche 2013, p. 16).

moins des exploitations sont fréquents⁵. La location de locaux à destination d'un café-restaurant présente donc des risques pour le bailleur.

4. En pratique, pour les motifs invoqués ci-dessus, nombre de bailleurs hésitent ou renoncent à affecter leurs locaux commerciaux à l'exploitation d'un établissement public, surtout lorsqu'ils sont situés dans un immeuble accueillant des locataires d'habitations.
5. A l'inverse, lorsque l'établissement est bien situé, que les locaux ont été conçus *ad hoc*, qu'ils sont munis d'équipements adéquats (en particulier de mesures de protection contre les odeurs et contre le bruit) et que leur exploitant est un professionnel expérimenté, la location d'un café ou d'un restaurant peut s'avérer avantageuse pour les deux parties et exempte de difficultés.
6. Un nombre suffisant de cafés-restaurants dans les localités répond à une nécessité sociale. Elle contribue au maintien d'une certaine qualité de vie dans les quartiers⁶.
7. Les avantages et les inconvénients résumés ci-dessus doivent être soigneusement soupesés par le bailleur et par le cafetier-restaurateur, lorsqu'ils envisagent de se lancer dans une (nouvelle) relation contractuelle.

II. Le droit applicable

A. Normes pertinentes

8. Les dispositions du Code fédéral des obligations relatives au bail à loyer (art. 253 à 273c CO) et au bail à ferme (art. 275 à 304 CO) ne distinguent pas les cafés et les restaurants des autres locaux

⁵ En 2013, 1738 inscriptions de restaurants ont été radiées au registre du commerce et 2593 nouveaux établissements y ont été inscrits (source : GastroSuisse, Reflet économique de la branche 2013, p. 16).

⁶ Diverses réglementations de droit public et administratif favorisent le maintien des établissements publics en ville, à l'instar des plans d'utilisation du sol de la Ville de Genève. Le règlement relatif à ces derniers du 20 février 2007 (LC 21 211 ; art. 9 al. 3) prévoit que les cafés, restaurants et tea-rooms, notamment, conservent en règle générale leur affectation, en particulier au centre-ville ou en bordure des rues commerçantes.

commerciaux. Il en va de même de l'Ordonnance sur le bail à loyer et le bail à ferme d'habitations et de locaux commerciaux (OBLF)⁷.

9. Dès lors, sous réserve de l'influence sur le droit privé des dispositions du droit administratif sur les auberges et autres débits de boissons (cf. ci-après N 20 à 32), les baux des cafés et des restaurants obéissent aux règles applicables aux locaux commerciaux.

B. Bail à loyer ou bail à ferme ?

10. Le bail d'un café ou d'un restaurant peut être un bail à loyer ou un bail à ferme.

Pour distinguer l'un de l'autre, le Tribunal fédéral examine si les locaux sont remis au preneur sans leurs installations (bail à loyer) ou si le bailleur lui cède l'entreprise qui exploite les locaux, ainsi que ses relations d'affaires, de sorte que le contrat se rapporte à un ensemble de droits productifs (bail à ferme)⁸.

Ainsi, la distinction entre le bail à loyer et le bail à ferme dépend de l'objet loué. Dans le cas d'un bail à loyer, l'objet est cédé au preneur pour qu'il en fasse l'usage. Dans l'hypothèse du bail à ferme, l'objet lui est également cédé pour qu'il en perçoive les fruits et les produits⁹.

11. Quelques critères concrets permettent de distinguer le bail à loyer du bail à ferme :
- Lorsque le bailleur cède un café-restaurant entièrement équipé, c'est-à-dire un outil de production « en état de marche », il y aura plutôt bail à ferme. Lorsqu'il appartient au restaurateur d'aménager, en tout ou en partie, les locaux, il y aura plutôt bail à loyer¹⁰. Il en

⁷ L'Ordonnance d'application de l'ancien arrêté fédéral instituant des mesures contre les abus dans le secteur locatif du 10 juillet 1972 (OASL ; art. 4 let. e) a exclu pendant quelques années les hôtels, les restaurants, les pensions et les autres établissements publics du champ d'application de l'arrêté.

⁸ Sur la distinction entre le bail à loyer et le bail à ferme : CR-RONCORONI, art. 275 CO N 7-13 ; BSK-STUDER, Vorbemerkungen zum 8. Titel bis OR N 2 ; BSK-WEBER, Vorbemerkungen zu Art. 253-273c OR N 4 ; CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY, art. 253 CO N 71-73 ; CO-SVIT, Remarques préliminaires sur les art. 253-273c CO N 25-27 ; ZK-HIGI, Vorbemerkungen zum 8. Titel bis OR N 147-154 ; KNOEPFLER/RUEDIN, p. 13-15 (nombreux exemples tirés de la jurisprudence) ; STRAUB, N 107-112.

⁹ ATF 128 III 419, cons. 2.1, DB 2003 N 22 ; CR-RONCORONI, art. 275 CO N 9.

¹⁰ ATF 128 III 419, cons. 2.1, DB 2003 N 22 ; 103 II 247, cons. 2b ; TF du 02.12.2011,

va de même quand les locaux commerciaux n'étaient pas affectés précédemment à la restauration (première location, changement d'affectation, modification du type d'établissement public, locaux non suffisamment équipés).

- Quand le bailleur remet au preneur l'usage d'une entreprise préexistante¹¹ avec ses relations d'affaires (personnel, clientèle, fournisseurs, enseigne), il y a plutôt bail à ferme.
12. La frontière entre le bail à loyer et le bail à ferme est néanmoins ténue, en particulier lorsque le loyer ou le fermage est fonction du chiffre d'affaires (cf. ci-après N 57-61)¹². Il convient donc d'examiner à chaque occasion le détail des accords entre les parties, afin de déterminer leur commune et réelle intention (art. 18 al. 1 CO).
 13. Ont été ainsi qualifiés de bail à loyer : le contrat portant sur un restaurant¹³ ; les locaux vides d'un café-restaurant¹⁴ ; des locaux (rez-de-chaussée et cave) destinés à être exploités comme restaurant, dancing et boîte de nuit¹⁵ ; un salon de jeux situé dans un restaurant où sont servies des boissons alcoolisées¹⁶ ; un établissement public dont l'aménagement a été modifié aux frais du locataire avec l'accord du bailleur¹⁷ ; un restaurant avec son inventaire¹⁸ ; un restaurant que le bailleur n'avait jamais exploité personnellement¹⁹.

4A_379/2011, cons. 2.1, DB 2012 N 30 ; TF du 31.07.2012, 4A_222/2012, DB 2012 N 29.

¹¹ Exploitée jusqu'alors par le bailleur lui-même ou reprise d'un précédent exploitant (cf. ci-après N 89-102).

¹² In : ATF 116 II 587, cons. 2a, DB 1991 N 12, le TF qualifie le contrat dont le loyer est proportionnel au chiffre d'affaires de bail « à la limite du bail à ferme ». In : ATF 93 II 453, cons. 4 et 103 II 247, cons. 2b, JdT 1978 I 504, le TF qualifie la remise à titre onéreux de locaux affectés à un usage commercial de contrat « souvent à la limite du bail à loyer et du bail à ferme ».

¹³ ATF 36 II 183.

¹⁴ ATF 93 II 453, cons. 1.

¹⁵ ATF 103 II 247, cons. 2, JdT 1978 I 504.

¹⁶ ATF 116 II 512, JdT 1991 I 309, DB 1991 N 5.

¹⁷ TF du 21.05.2001, 4C.43/2000, SJ 2001 I 541, cons. 2b, DB 2002 N 1.

¹⁸ Appellationsgericht BS, BJM 1984 p. 72.

¹⁹ Cour civile NE, RJN 1982 p. 38, cons. 2.

Inversement, ont été considérés comme un bail à ferme : le contrat se rapportant à un hôtel²⁰, à un bateau destiné à la restauration²¹, au restaurant d'un hôtel avec son inventaire²².

De même ont été qualifiés de locaux affermés : un bar²³ ; le restaurant d'une installation sportive²⁴ ; une cantine avec ses installations et sa clientèle²⁵ ; un hôtel-restaurant avec tout son inventaire et l'obligation de respecter des jours et des horaires d'ouverture²⁶.

14. En pratique, la location principale d'un café-restaurant correspond plus fréquemment à la définition du bail à loyer qu'à celle du bail à ferme²⁷.

En effet, en règle générale, le bailleur ne remet au cafetier que des locaux, aménagés ou non. La plupart du temps ce bailleur n'avait pas précédemment exploité lui-même l'établissement²⁸, ni n'en avait détenu le fonds de commerce et la clientèle.

Le plus souvent, le fonds de commerce et la clientèle ont été créés par le restaurateur ou ont été acquis de son prédécesseur. Leur valeur n'est pas incluse dans le calcul du loyer de la location. Autant de considérations qui plaident pour le bail à loyer.

15. En revanche, la mise en « gérance libre », c'est-à-dire la cession, par le biais d'un sous-contrat, de l'usage d'un établissement public prêt à être exploité avec son matériel, sa clientèle et son réseau de fournisseurs est un contrat de bail à ferme²⁹. En effet, dans la plupart des cas, le sous-

²⁰ TF du 14.11.1996, 4C.217/1996 cité par CR-RONCORONI, art. 275 CO N 12, note 30.

²¹ ATF 48 II 249, JdT 1922 I 472.

²² Tribunal d'appel TI, RSJ 1972 p. 222 N 102.

²³ Cour de justice GE, SJ 1985 p. 237.

²⁴ OGer, RB-TG 1985 p. 67, cons. 2 cité par CR-RONCORONI, art. 275 CO N 12, note 38.

²⁵ TBL FR, RFJ 1993 p. 61.

²⁶ OGer LU, LGVE 2000 I N 21.

²⁷ STRAUB, N 120-121. Pour faciliter la lecture de notre texte, nous mentionnons d'ordinaire le cafetier-restaurateur dans la suite du texte par l'expression « le locataire ». Le lecteur doit cependant avoir à l'esprit qu'il peut s'agir d'un fermier.

²⁸ On rappelle que la majorité des cafés-restaurants, surtout en ville ne sont pas exploités par le propriétaire de murs (cf. note 3 ci-dessus)

²⁹ ATF 136 III 196, cons. 1.1, DB 2010 N 30 ; 128 III 419, cons. 2.1, DB 2003 N 22 ; TF du 02.12.2011, 4A_379/2011, cons. 2.1, DB 2012 N 30 ; TF du 10.2.2012, 4A_644/2011, cons. 3.1, DB 2012 N 31.

contrat relatif à l'établissement inclut le fonds de commerce et la clientèle. Leur valeur sert à déterminer la redevance de gérance.

16. Cela dit, sauf lorsqu'il s'agit d'autoriser la sous-location ou le sous-affermage (cf. ci-après N° 76-81), la distinction entre le bail à loyer et le bail à ferme n'a qu'une faible incidence pratique³⁰.

En effet, la réglementation du bail à ferme est pour l'essentiel calquée sur celle du bail à loyer.

Concrètement, la distinction entre l'un et l'autre contrat s'impose pour déterminer le délai à impartir au preneur en cas de retard dans le paiement du loyer³¹, les conséquences de la faillite³² ou de la mort du preneur³³.

Dans le bail à loyer, la réparation des défauts de moyenne importance incombe au bailleur (art.259*b* lettre b CO) ; elle est à la charge du fermier dans le bail à ferme (art.279 et 284 CO).

L'art.289*a* al.1 lettre a CO interdit au fermier d'apporter un changement essentiel au mode d'exploitation des locaux affermés sans le consentement écrit du bailleur. Pareille règle n'existe pas pour le bail à loyer.

Enfin, la distinction entre ces deux contrats a de l'importance pour savoir si le bailleur doit signifier le congé au conjoint du preneur, lorsque l'objet loué comprend un logement de la famille³⁴⁻³⁵.

³⁰ STRAUB, N 113-119 ; KNOEPFLER/RUEDIN, p. 13.

³¹ 30 jours selon l'art. 257*d* al. 1 CO ; 60 jours selon l'art. 282 al. 1 CO.

³² En cas de faillite du preneur, le bail à loyer doit être résilié (art. 266*h* al. 2 CO), tandis que le bail à ferme prend fin sans congé (art. 297*a* al. 1 CO).

³³ Seuls les héritiers du locataire peuvent résilier le bail à loyer de manière anticipée en cas de décès du preneur (art. 266*i* CO) ; le bailleur peut aussi donner ce congé, si le contrat est un bail à ferme (art. 297*b* CO). Voir aussi ci-dessous N 17.

³⁴ En vertu de l'art. 300 al. 2 CO, les règles relatives au logement de la famille (art. 273*a* CO) ne sont pas applicables au bail à ferme ; dès lors, le bailleur n'est pas tenu de notifier le congé, sous pli séparé, au conjoint du fermier (art. 266*n* CO) ; ledit conjoint ne peut pas contester le congé (art. 273*a* CO). En revanche, l'art. 266*n* CO est applicable au bail à loyer portant sur des locaux commerciaux, lorsqu'ils servent également à l'hébergement de l'épouse du locataire : ATF 137 III 208.

³⁵ Les autres cas où la réglementation diffère entre le bail à ferme et le bail à loyer (art. 257*f* al. 1 et 283 al. 1 CO ; art. 260*a* et 289*a* CO ; art. 260*a* al. 3 et 299 al. 2 CO ; art. 266*b* et 296 CO) ne nous paraissent guère pertinents pour les cafés-restaurants.

17. En cas de doute sur l'existence d'un bail à loyer ou d'un bail à ferme, la partie concernée a tout intérêt à appliquer la règle la plus favorable à son co-contractant : impartir un délai comminatoire de soixante jours au lieu de trente jours ; en cas de faillite du preneur, demander des sûretés et donner le congé ; notifier le congé également au conjoint du preneur, sous pli séparé, si le bail porte aussi sur le logement du restaurateur.

En cas de mort du preneur, le bailleur peut donner le congé anticipé en cas de bail à ferme, mais également lorsque le contrat est un bail à loyer, si aucun des ayants droit du défunt n'est à même de poursuivre l'exploitation du café-restaurant (art. 266g CO)³⁶.

C. Autres conventions

18. Certains établissements publics sont exploités par le bénéficiaire d'une franchise (contrat de franchising)³⁷. Dans ce cas de figure, le restaurateur exploite le café-restaurant à son propre nom et à ses risques, mais au bénéfice de l'agencement-type et du concept que lui fournit le donneur de franchise.

Le restaurateur utilise la marque et les divers autres droits intellectuellement protégés appartenant au donneur de franchise. Il bénéficie du soutien de ce dernier et d'une formation de sa part. Il admet que le donneur de franchise contrôle la bonne marche de l'établissement et s'assure du respect de ses consignes³⁸.

19. Différents types de contrats de franchise ont cours dans la restauration :
- Soit les accords impliquent trois partenaires : le restaurateur est lié au propriétaire de l'immeuble ou à son locataire principal par un bail ; simultanément, ce restaurateur conclut avec un tiers, le donneur de franchise, un contrat de franchise.
 - Soit les accords ne mettent en jeu que deux partenaires : le donneur de franchise est lui-même le propriétaire de l'immeuble ou son

³⁶ Message p. 1434 ad 421.113 ; PERMANN, art. 266i CO N 2 ; GUINAND p. 13.

³⁷ Tel est le cas pour certaines chaînes internationales dans la restauration (fast foods notamment) : STRAUB, N 88.

³⁸ ATF 118 II 157, cons. 2a, JdT 1993 I 648 et réf. cit., DB 1993 N 2 ; STRAUB, N 87 à 90 et réf. à BAUDENBACHER, Die Behandlung des Franchisevertrags im schweizerischen Recht, in : Neue Vertragsformen der Wirtschaft : Leasing, Factoring, Franchising, Berne/Stuttgart 1985, p. 205 ss.

locataire ; il loue, sous-loue ou sous-afferme les locaux et, simultanément, il fournit à son co-contractant les prestations caractéristiques du contrat de franchise.

Il convient donc d'examiner chaque cas de contrat de franchise pour déterminer s'il comporte un aspect de bail³⁹ et, cas échéant, pour décider si celui-ci est prépondérant. Dans cette dernière hypothèse, les dispositions relatives à la protection du locataire contre la résiliation du bail à loyer ou à ferme s'appliqueront⁴⁰.

La jurisprudence est plutôt encline à considérer que dans le contrat de franchise l'aspect de bail (à loyer ou à ferme), s'il existe, est secondaire⁴¹.

III. Incursion en droit public et administratif

20. A l'instar de nombreux contrats de droit privé, le bail des cafés-restaurants doit tenir compte de la réglementation de droit public et administratif, en particulier des normes de l'aménagement du territoire et des lois et règlements cantonaux sur la restauration et le débit de boissons.
21. En vertu de la Loi fédérale sur l'aménagement du territoire (LAT), les cantons doivent définir les zones réservées à l'habitat et celles dévolues à des activités économiques (art. 3 al. 3). Il s'agit notamment de préserver les zones d'habitation des atteintes nuisibles et incommodes, tel le bruit. Il s'agit également d'assurer à la population un approvisionnement suffisant de biens et de services, entre autres par le biais de la restauration.

Dès lors, les lois cantonales d'application de la LAT ont défini des secteurs réservés à l'habitat ; l'exercice d'activités n'y est autorisé qu'exceptionnellement, lorsqu'elles ne génèrent pas de nuisances⁴².

³⁹ STRAUB, N 90 ; l'aspect de bail n'est pas nécessairement présent lorsque le donneur de franchise n'est pas lui-même propriétaire ou locataire des locaux.

⁴⁰ ATF 115 II 452, cons. 3a, JdT 1990 I 303 ; ATF 118 II 157, cons. 3a, JdT 1993 I 648.

⁴¹ ATF 118 II 157, cons. 3, JdT 1993 I 648 ; STRAUB N 90 et réf. cit.

⁴² Par exemple, l'art. 19 al. 2 de la loi genevoise d'application de la LAT du 4 juin 1997 (L 1 30) prévoit que la 4^e zone est destinée principalement aux maisons d'habitation, comportant en principe plusieurs logements. « Lorsqu'elles ne sont pas susceptibles de provoquer des nuisances ou des inconvénients graves pour le voisinage ou le public, des

D'autres législations cantonales interdisent ou limitent la transformation de logements en locaux commerciaux⁴³.

Des locaux commerciaux ne sauraient donc être donnés à bail, pour être affectés à un café ou à un restaurant, que si la réglementation cantonale et/ou le régime de la zone le permet.

22. Dans les limites autorisées par la Constitution fédérale⁴⁴, les cantons suisses réglementent tous l'exploitation des cafés et des restaurants⁴⁵. Ayant abandonné la « clause du besoin »⁴⁶, destinée principalement à lutter contre l'alcoolisme, les cantons se limitent désormais à soumettre l'exploitation d'un établissement public à une autorisation administrative. Elle n'est accordée que moyennant la réalisation de

activités peuvent également y être autorisées ».

⁴³ Cf. l'ouvrage GAIDE/DEFAGO GAUDIN cité dans la bibliographie, p. 341 ss.

⁴⁴ Les lois cantonales sur la restauration doivent respecter l'art. 27 Cst., sur la liberté économique, l'art. 36 Cst. sur la restriction des droits fondamentaux et prendre en considération l'art. 105 Cst. qui octroie à la Confédération la compétence de légiférer notamment sur la vente d'alcool. La Confédération doit tenir compte en particulier des effets nocifs de la consommation d'alcool.

⁴⁵ En Suisse romande : Loi genevoise sur la restauration, le débit de boissons et l'hébergement du 17 décembre 1987 (I 2.21 ; en cours de révision) et son règlement d'exécution (I 2.21.01) ; Loi vaudoise sur les auberges et les débits de boissons du 26 mars 2002 (935.31) et son règlement d'exécution (935.31.1) ; Loi neuchâteloise sur les établissements publics du 1^{er} février 1993 (933.10) et son règlement d'exécution (933.101) ; Loi fribourgeoise sur les établissements publics du 24 septembre 1991 (952.1) et son règlement (952.11) ; Loi valaisanne sur l'hébergement, la restauration et le commerce de détail des boissons alcoolisées du 8 avril 2004 (935.3) et l'ordonnance y relative (935.300) ; Loi bernoise sur l'hôtellerie et la restauration du 11 novembre 1993 (935.11) et l'ordonnance y relative (935.111) ; Loi jurassienne sur l'hôtellerie, la restauration et le commerce des boissons alcooliques du 18 mars 1998 (935.11) et l'ordonnance y relative (935.111). A noter l'adoption le 18 février 2014 d'une nouvelle loi neuchâteloise sur les établissements publics ; entrée en vigueur probable le 1^{er} janvier 2015.

⁴⁶ L'art. 32^{quater} al. 1 de l'ancienne Constitution fédérale autorisait les cantons à soumettre, par voie législative, aux restrictions exigées par le bien-être public, l'exercice de la profession d'aubergiste et le commerce des boissons spiritueuses. Se fondant sur cette base constitutionnelle, nombre de cantons ont limité le nombre des cafés-restaurants débitant de l'alcool (« *numerus clausus* » découlant du rapport entre le nombre de débits de boissons et la population résidente). L'art. 196 ch. 7 de la Constitution fédérale actuelle a autorisé les cantons à maintenir la « clause du besoin » jusqu'au 31 décembre 2009 au plus tard. Cette norme transitoire visait à assurer la survie temporaire des nombreux établissements menacés par la suppression de la clause du besoin. Voir aussi STRAUB N 48-53.

conditions relatives à l'exploitant, d'une part, et à l'établissement (aux locaux), d'autre part.

23. Ces réglementations⁴⁷ distinguent divers types d'établissements publics (hôtels, cafés-restaurants, buvettes, discothèques et night clubs, clubs privés, chalets d'alpage, cabanes de montagne, etc.). Les exigences légales diffèrent d'un type d'établissement public à l'autre et se concentrent avant tout sur les cafés-restaurants, les hôtels, les discothèques et les night clubs⁴⁸⁻⁴⁹.
24. L'exploitant d'un établissement public doit d'abord remplir personnellement certaines exigences : titre de séjour, antécédents, probité et honorabilité, absence de faillite ou de saisie infructueuse (quand les créanciers n'ont pas été désintéressés), etc.⁵⁰.

En outre, l'exploitant doit être au bénéfice d'un titre de formation (« certificat de capacité ») obtenu en règle générale⁵¹ à l'issue d'un « cours de cafetier » et d'un examen⁵².

Le titulaire du titre de formation ne peut pas servir de prête-nom pour l'exploitation d'un établissement dans lequel il n'est lui-même pas actif⁵³.

⁴⁷ A notre connaissance, la dernière thèse traitant des lois cantonales sur la restauration est celle de Marcel MANGISCH, *Die Gastwirtschaftsgesetzgebung der Kantone im Verhältnis zur Handels- und Gewerbefreiheit*, Berne 1982.

⁴⁸ Les exigences administratives sont plus sévères pour les hôtels, les discothèques et les night clubs, et moindres pour les cercles privés et les tea-rooms par exemple. Sur le plan du droit privé, pour l'essentiel, notre exposé s'applique indifféremment à ces autres établissements.

⁴⁹ La définition du « café » ou du « restaurant » varie d'une législation cantonale à l'autre. *Grosso modo*, un « café » ou un « bar » est un établissement où sont servies exclusivement ou principalement des boissons, alcoolisées ou non ; les « restaurants » ou les « cafés-restaurants » sont des établissements où sont servis des boissons et des mets (cf. art. 3 du règlement FR, par exemple).

⁵⁰ Art. 5 de la loi GE ; art. 35 al. 2 de la loi et 27 du règlement VD ; art. 27 de la loi FR ; art. 6 de la loi VS ; art. 19 de la loi BE ; art. 15 et 16 de la loi JU. Voir aussi STRAUB, N 28-34.

⁵¹ Les lois cantonales prévoient des dispenses, lorsque le cafetier a déjà obtenu un titre équivalent, d'une part, et pour certaines catégories d'établissements, d'autre part.

⁵² Art. 9 à 11 de la loi et 9 ss du règlement GE ; art. 36 de la loi VD ; art. 12 et 31-35 de la loi FR ; art. 8-10 de la loi VS ; art. 19 let. e et 20 de la loi BE ; art. 16 let. b et 17-18 de la loi JU. Voir aussi STRAUB, N 35-37. La nouvelle loi NE ne pose plus l'exigence d'un certificat de capacité. Voir toutefois son article 10.

En revanche, le locataire ou le fermier d'un établissement public peut désigner un tiers, souvent un employé⁵⁴, qui détient, lui, l'autorisation d'exploiter.

25. Les locaux destinés à abriter un café ou un restaurant doivent aussi satisfaire à des exigences légales : contraintes architecturales, implantation et aménagement adaptés à la protection de l'ordre et de la tranquillité publics ; présence de sorties de secours ; protection contre le feu ; respect de règles sanitaires (cuisines ; WC) ; exigences des autorités alimentaires, etc.⁵⁵.
26. S'il n'est pas lui-même propriétaire des locaux, l'exploitant doit avoir le consentement de son bailleur⁵⁶. Ce dernier doit ainsi collaborer aux démarches de son locataire en vue d'obtenir l'autorisation d'exploiter.
27. Le titulaire de l'autorisation administrative d'exploiter doit s'acquitter d'émoluments annuels⁵⁷. Il doit en outre respecter diverses règles : exploiter ou faire exploiter personnellement et effectivement l'établissement public ; maintenir l'ordre ; respecter les horaires d'ouverture et de fermeture, variables selon le type d'établissement ; contrôler son personnel et veiller notamment à ce qu'il respecte les normes de la police des étrangers⁵⁸ ; restreindre l'accès des mineurs et s'abstenir de leur servir des boissons alcoolisées ; afficher le prix des boissons et des mets ; tenir la Feuille des avis officiels à disposition des clients, etc.
28. Certaines obligations supplémentaires ont été imposées aux exploitants d'établissements publics par d'autres législations, fédérales ou

⁵³ Exemples : art. 12 de la loi GE ; art. 39 du règlement VD.

⁵⁴ Exemple : art. 25 et 26 de la loi FR : « La patente est personnelle et intransmissible. Elle est accordée à la personne qui dirige elle-même l'exploitation ... » et « si une personne morale entend exploiter un établissement, la patente est accordée à un gérant responsable ».

⁵⁵ Art. 6 de la loi et 38 du règlement GE ; art. 35 al. 1 et 39 de la loi et 34 ss du règlement VD ; art. 15 de la nouvelle loi NE ; art. 36 de la loi et 45-49 du règlement FR ; art. 5 de la loi VS ; art. 9 de la loi BE ; art. 33-34 de la loi JU. Voir aussi STRAUB, N 44-47.

⁵⁶ Le cafetier remettra à l'autorité administrative une copie de son bail. Exemples : art. 40 de la loi VD ; art. 25 al. 3 de la loi FR.

⁵⁷ Exemples : art. 79 à 81 de la loi JU ; art. 41 à 46 de la loi BE.

⁵⁸ On murmure que, dans la restauration, il y aurait parfois des travailleurs « au noir ».

cantonaux : interdiction ou limitation de la fumée⁵⁹ ; interdiction des jeux de hasard⁶⁰ ; protection contre le bruit⁶¹.

29. Il appartient aux parties au contrat de bail à loyer ou à ferme de veiller à ce que les conditions posées par le droit administratif soient remplies. Même si chacun des contractants doit s'enquérir du respect par l'autre des conditions légales, on peut schématiquement affirmer ce qui suit :

- Le bailleur doit veiller à ce que les locaux loués soient aptes à accueillir un café ou un restaurant (respect des règles de la zone de construction ; respect des prescriptions de la police des constructions notamment en termes de sécurité et de salubrité). Cette règle souffrira une exception : si certaines installations sont financées et construites par le locataire, c'est à lui de veiller à ce

⁵⁹ Loi fédérale sur la protection contre le tabagisme passif du 3 octobre 2008 (RS 818.31) : interdiction de fumer dans les établissements de l'hôtellerie et de la restauration, sauf dans les fumoirs aménagés ou dans certains établissements « fumeurs » ; Ordonnance fédérale sur la protection contre le tabagisme passif du 28 octobre 2009 (RS 818.311) ; Loi genevoise sur l'interdiction de fumer dans les lieux publics du 22 janvier 2009 (K 1.18) ; art. 20a à 20e de l'Ordonnance bernoise sur l'hôtellerie et la restauration ; art. 35a de la Loi fribourgeoise sur la santé (821.0.1) et Ordonnance fribourgeoise concernant la protection contre la fumée passive (821.0.15) ; Loi vaudoise sur l'interdiction de fumer dans les lieux publics (800.02) ; art. 50a et 50b de la Loi neuchâteloise de santé (800.1) et Règlement neuchâtelois d'application de la protection contre la fumée passive (800.10) ; art. 109 à 113 de la Loi valaisanne sur la santé (800.1) et Ordonnance valaisanne sur la protection de la population contre la fumée passive et l'interdiction de la publicité pour le tabac (818.120).

⁶⁰ La Loi fédérale sur les jeux de hasard et les maisons de jeu (RS 935.52) n'autorise les jeux de hasard, y compris les machines à sous, que dans les casinos (maisons de jeu). Certains cantons interdisent dans les cafés-restaurants les machines à sous correspondant à des jeux d'adresse (exemples : art. 3 de la Loi genevoise d'application de la loi fédérale sur les jeux de hasard et les maisons de jeu [I 3.12] ; art. 8 de la Loi vaudoise d'application de la loi fédérale du 18 décembre 1998 sur les jeux de hasard et les maisons de jeu [935.51]). D'autres cantons y réglementent les machines à sous correspondant à des jeux d'adresse (exemples : Loi fribourgeoise sur les appareils de jeu et les salons de jeu [946.1] ; art. 3 al. 1 let. d de la Loi bernoise sur le commerce et l'industrie [930.1] et art. 19a à 19k de l'Ordonnance sur les appareils de jeu [935.551]).

⁶¹ Loi fédérale sur la protection de l'environnement (RS 814.01 ; art. 11 et 25 notamment) à propos de la limitation du bruit provenant des établissements publics ; ATF 123 II 325, cons. 4 ; ATF 130 II 32, cons. 2.1 ; TF du 06.12.2005, 1A.109/2005 (limitation de la durée d'exploitation des terrasses des restaurants à Carouge). Cf. également Alexandra GERBER, *Des einen Freud - des andern Lärm: bundesgerichtliche Rechtsprechung zum öffentlichen Schutz gegen Gaststättenlärm in der Schweiz*, Mélanges Pierre WIDMER, Zurich 2003, p. 48 ss.

qu'elles soient conformes aux exigences légales (par exemple s'agissant du système d'extraction des fumées de la cuisine).

- Les conditions relatives à l'exploitant sont de son ressort : il doit s'assurer qu'il⁶² remplit les conditions légales pour l'octroi d'un permis d'exploiter ; il doit être au bénéfice d'un certificat de capacité (titre de formation).

La solution la plus sûre pour les deux parties consiste à annexer au bail l'autorisation relative aux locaux, en principe en possession du bailleur, et l'autorisation personnelle d'exploiter l'établissement, d'ordinaire octroyée au locataire.

30. Lorsqu'au jour de la conclusion du bail, les conditions posées par le droit cantonal ne sont pas réalisées, et que l'autorité administrative refuse l'autorisation d'exploiter, l'art. 20 CO s'applique (contrat nul : objet impossible ou illicite)⁶³. Si les locaux ne bénéficient pas de l'assentiment des autorités, le locataire peut aussi se départir du contrat pour défaut initial grave de la chose louée (art. 258 al. 1 CO, renvoyant aux art. 107 à 109 CO)⁶⁴.
31. Lorsqu'en cours d'exploitation du café ou du restaurant, les conditions posées par le droit administratif ne sont plus réalisées, l'autorité administrative peut prendre des sanctions. Ainsi, peut-elle infliger au contrevenant une amende et/ou un avertissement. Elle peut également suspendre ou retirer l'autorisation d'exploiter ou interdire des permissions annexes comme l'autorisation de danse, voire l'autorisation de débiter des boissons alcoolisées⁶⁵⁻⁶⁶.

⁶² Lui-même ou la personne responsable de l'exploitation de l'établissement (cf. ci-dessus N 24 et note 54).

⁶³ STRAUB, N 149-151. L'auteur entrevoit une nullité partielle lorsque l'interdiction n'affecte qu'une partie des locaux.

⁶⁴ L'absence d'autorisation administrative constitue un défaut juridique. Sur l'application des art. 107 à 109 CO en cas de défaut initial grave de la chose louée : CPra Bail-AUBERT, art. 258 CO N 44-50 ; Cour d'appel Ti, RSJ 1959 p, 74 N 27.

⁶⁵ STRAUB, N 54-57 ; art. 67-74 de la loi GE ; art. 59-62 de la loi VD ; art. 16 de la nouvelle loi NE ; art. 38 à 40 de la loi FR ; art. 7 de la loi VS ; art. 38-40 de la loi BE ; art. 42-45 de la loi JU.

⁶⁶ De telles mesures administratives sont susceptibles de recours. Selon les intérêts en jeu, la décision administrative peut retirer l'effet suspensif du recours.

Des sanctions pénales pour violation de la réglementation cantonale ou communale peuvent compléter ces sanctions administratives et être infligées à l'exploitant ou à sa clientèle, par exemple pour tapage nocturne⁶⁷.

32. Si, en raison de ces sanctions, l'établissement public, objet du bail, ne peut plus être exploité, il convient de distinguer trois situations :
- L'impossibilité d'exploiter est objective (art. 20 et 119 CO). La poursuite du bail est impossible, pour des circonstances n'incombant ni au bailleur, ni à l'exploitant : local détruit par un incendie qui ne peut pas être imputé à la faute de l'un ou l'autre des contractants ; fermeture de l'établissement suite à des problèmes sanitaires extérieurs au café-restaurant concerné. Dans cette hypothèse, le contrat s'éteint de lui-même, si la réouverture à terme de l'établissement est exclue⁶⁸. Aucune des parties ne doit des dommages-intérêts à l'autre⁶⁹. Si l'exploitation des locaux peut être reprise ultérieurement, notamment lorsque des travaux peuvent être raisonnablement exigés du bailleur, les règles relatives aux défauts de la chose louée (art. 259 à 259i CO) s'appliquent.
 - L'impossibilité (subjective) est due à une faute du bailleur : ce dernier a négligé l'entretien des locaux lorsqu'il lui incombe et l'autorité administrative a ordonné la fermeture de l'établissement jusqu'à exécution des réparations nécessaires. Dans cette hypothèse, le locataire dispose des droits que lui confèrent les art. 259 ss CO relatifs au défaut de la chose louée. Tant que le restaurant demeure fermé, le locataire doit être exonéré du paiement du loyer (art. 259d CO).

⁶⁷ Exemples : art. 83-84 de la loi JU ; art. 32 de la loi VS.

⁶⁸ L'art. 20 CO s'applique en cas d'impossibilité objective totale initiale ; l'art. 119 CO s'applique en cas d'impossibilité objective totale subséquente (CR-GUILLOD/STEFFEN, art. 19-20 CO N 76). L'impossibilité partielle équivaut à un défaut : ZK-HIGI, art. 258 CO N 24 ; CPra Bail-AUBERT, art. 258 CO N 7-8 ; STRAUB N 302 et 553-554 ; TBL VD, CdB 2010 p. 96. L'exploitant qui se voit imposer par la police des mesures pour lutter contre la drogue, qu'il ne souhaite pas appliquer, ne se trouve pas dans une impossibilité objective d'exploiter les locaux : ATF 116 II 512, cons. 2, JT 1991 I 309, DB 1991 N 5.

⁶⁹ CPra Bail-AUBERT, art. 258 CO N 7 ; CO-SVIT, Remarques préliminaires aux art. 258-259i CO N 6.

- L'impossibilité (subjective) est due à une faute du locataire : il a perdu son certificat de capacité, par exemple parce qu'il a fait l'objet d'une condamnation pénale ; il a transformé son établissement en un tripot ; il n'a pas surveillé sa clientèle qui, chaque soir, fait du scandale dans la rue ; il ne respecte jamais les heures de fermeture de l'établissement, etc. Si, dans l'une ou l'autre de ces situations, l'autorité administrative a fermé l'établissement, le locataire doit continuer à s'acquitter de son loyer, tant que perdure cette mesure. Si la fermeture est définitive, le locataire n'a d'autre choix que de tenter de transférer son bail, pour autant qu'un tel transfert soit concevable (art. 263 CO) ; il peut également restituer les locaux de manière anticipée (art. 264 CO) en tentant de trouver un locataire de remplacement ; il peut s'efforcer de mettre fin au contrat, en accord avec son bailleur (cf. ci-après N 104).

IV. Modèles de contrats

33. GastroSuisse⁷⁰ tient à disposition de ses membres un modèle de contrat de bail relatif aux établissements d'hôtellerie-restauration, ainsi qu'une « liste de contrôle » permettant au restaurateur de vérifier que toutes les questions importantes ont été abordées dans le contrat.

On pourra également se référer au modèle de bail à loyer pour locaux commerciaux figurant dans l'ouvrage « Recueil de contrats commerciaux »⁷¹ cité dans la bibliographie, bien qu'il ne se réfère pas spécifiquement aux cafés-restaurants.

De même, les parties pourront faire usage des conditions générales pour établissements commerciaux, émises par les Chambres immobilières cantonales. Celles des cantons de Vaud et Neuchâtel comportent une annexe relative aux établissements publics⁷².

⁷⁰ Bail à loyer pour les établissements d'hôtellerie-restauration, édition 2009 ; peut être obtenu auprès de Gastrobuch : <http://gastrobuch.ch/fr/node/15862>.

⁷¹ MARCHAND/CHAPPUIS/HIRSCH, p. 285 ss.

⁷² Bail à loyer pour locaux commerciaux, formule établie par la Chambre immobilière genevoise et l'USPI Genève, édition 2010 ; Bail pour locaux commerciaux édité par la Fédération patronale vaudoise, la Chambre vaudoise immobilière et l'USPI Vaud, édition 2013 et dispositions complémentaires pour les établissements de l'hôtellerie et de la restauration au sens de la législation vaudoise, édition 2002 ; Bail à loyer pour locaux commerciaux édité par la Chambre immobilière neuchâteloise, l'Union

34. Ces contrats-type doivent toutefois être utilisés avec prudence ; ils ne prennent pas en compte tous les aspects particuliers d'une affaire donnée. Dès lors, il est en toute circonstance recommandé d'individualiser le contrat.

V. Les clauses importantes du bail des cafés et des restaurants⁷³

A. Le(s) locataire(s)

35. Le locataire d'un café-restaurant peut être une personne morale⁷⁴. La société anonyme facilite le transfert de l'affaire par les actionnaires qui la détiennent : il leur suffit de céder le capital-actions de la société⁷⁵.

Le bailleur qui attache de l'importance à la personne de l'exploitant (un cuisinier de renom), n'admettra pas de conclure le bail avec la seule société anonyme⁷⁶ ; il demandera que le futur tenancier de l'établissement signe le contrat aux côtés de sa société⁷⁷.

Une société à responsabilité limitée, compte tenu de son faible capital social minimum (CHF 20'000.- ; art. 773 CO), n'offre pas des garanties

neuchâteloise des professionnels de l'immobilier, l'Union neuchâteloise des arts et métiers et la Chambre neuchâteloise du commerce et de l'industrie, édition 2007 et dispositions complémentaires pour établissements publics, édition 1992.

⁷³ Faute de place, nous n'examinons ici que les clauses du bail à loyer ou à ferme ayant une importance particulière pour les cafés-restaurants. Nous n'abordons pas, notamment, la question des sûretés (art. 257e), les défauts de la chose louée (art. 258 à 259i CO), la rénovation des locaux par le bailleur (art. 260 CO) ou par le locataire (art. 260a CO), etc.

⁷⁴ Selon GastroSuisse (Reflet économique de la branche 2013, p. 18), en 2012, 49,9% des établissements de la branche de la restauration et de l'hôtellerie étaient exploités en raison individuelle, 23,7% en Sàrl et 18,4% en SA. Il n'y a cependant pas toujours concordance entre le mode d'exploitation et la titularité du bail.

⁷⁵ Une clause du bail peut donner au bailleur un droit de regard sur l'actionnariat de la société anonyme locataire. Une telle clause (« change of control clause ») ne peut toutefois pas rendre le changement d'actionnaire de la société locataire plus difficile que le transfert de son bail au sens de l'art. 263 CO : MINDER, p. 338 et 241 ss. Inversement, le bailleur peut par avance accepter le transfert du bail à une autre société appartenant au même groupe que la société locataire.

⁷⁶ In : TF du 26.01.2009, 4A_143/2008 et 4A_189/2008, DB 2010 N 25, le bailleur a indiqué, entre autre motif, avoir donné le congé parce qu'il ne parvenait pas à savoir qui « était derrière » la société anonyme exploitant un motel et un restaurant.

⁷⁷ Il en ira notamment ainsi lorsque la société anonyme a été créée pour la circonstance, et que sa surface financière est par conséquent limitée.

suffisantes de solvabilité et ne devrait pas être admise comme seule titulaire du contrat⁷⁸.

36. Si le locataire est une personne physique, pour diminuer le risque d'insolvabilité, le bailleur peut lui adjoindre un colocataire ou un garant⁷⁹.
37. En toute hypothèse, le bailleur s'assurera que le locataire ou la personne qui contribue effectivement à l'exploitation du café-restaurant détient l'autorisation d'exploiter (cf. ci-dessus N 24).

B. Les locaux

38. Les locaux loués doivent pouvoir accueillir un café-restaurant, en vertu du droit cantonal de l'aménagement du territoire et de la construction (cf. ci-dessus N 21). En outre, ils doivent satisfaire aux exigences de la législation cantonale sur les débits de boissons (cf. ci-dessus N 25).
39. Les locaux doivent être bien insonorisés pour éviter que d'éventuels habitants de l'immeuble ne soient dérangés par le bruit du café-restaurant. Très souvent, il est préférable que l'appartement situé juste au-dessus de l'établissement public soit loué à son tenancier, pour lui-même ou pour y loger son personnel⁸⁰.

Le système d'évacuation des odeurs de la cuisine doit être conçu par de bons professionnels. De préférence, il comportera une évacuation à hauteur du toit de l'immeuble.

Les dépendances (caves, dépôts, places de parking, local pour les poubelles⁸¹, enseigne⁸²), ainsi que les installations dont l'immeuble est

⁷⁸ Argument soulevé par un bailleur pour s'opposer à la restitution anticipée des locaux (art. 264 CO) : TF du 07.08.2008, 4A_220/2008, cons. 2, DB 2009 N 17.

⁷⁹ Cf. la contribution de RICHARD sur les « pièges de la colocation » citée dans la bibliographie.

⁸⁰ Sur la « Wirtewohnung » : STRAUB N 173-176. Le bail portant sur le café-restaurant et sur un appartement est régi par les règles sur les locaux commerciaux (cf. ancien art. 267a al. 1 CO visant les locaux commerciaux et le logement qui en dépend ; Message p. 1403 ad 421.101). Voir également ATF 137 III 208 (application de l'art. 226n CO, si le bail à loyer porte sur des locaux commerciaux servant également à l'hébergement du conjoint).

⁸¹ Cf. N 72-73 ci-après.

⁸² Cf. N 49-50 ci-après.

pourvu (aire de livraison, lift pour monter les marchandises si le café-restaurant est à l'étage, ascenseur, etc.) ont aussi toute leur importance pour la conclusion du contrat.

C. La surface des locaux

40. Dans l'appréciation du loyer ou du fermage des cafés-restaurants, il convient de distinguer les différentes surfaces des locaux :
- La surface utile (« à boire »), soit la surface destinée à la clientèle (salle de restaurant, hall d'entrée).
 - Les surfaces d'exploitation (cuisine, chambres froides, locaux sanitaires, vestiaires pour le personnel).
 - Les dépôts (locaux ou caves destinés aux stocks de nourriture et de boissons).
 - Les annexes (parkings, logement de l'exploitant ou du personnel, salle de repos pour ce dernier).
41. Très souvent, le bail ne distingue pas les différentes surfaces. En outre, le contrat ne mentionne d'ordinaire les surfaces louées, en mètres carrés, que de manière approximative⁸³. Des erreurs dans le nombre de mètres carrés ne permettent qu'exceptionnellement au cafetier-restaurateur de se départir du contrat ou de solliciter une réduction de loyer⁸⁴.

Dès lors, les parties au contrat qui attachent une importance particulière aux différentes surfaces louées et/ou au nombre de mètres carrés le préciseront⁸⁵ dans le contrat ; elles annexeront à celui-ci des plans des locaux.

⁸³ Par exemple, le bail-type de GastroSuisse ne fait pas mention de la surface des locaux. L'art. 1.1 al. 2 des Conditions générales genevoises pour locaux commerciaux mentionne : « Sauf convention contraire expresse, le loyer ne sera pas modifié si la surface effective des locaux est différente (inférieure ou supérieure) à celle indiquée dans le bail ». Autres clauses : EICHENBERGER, p. 16-17.

⁸⁴ TF du 07.02.2008, 4A_408/2007, cons. 3 et 4, DB 2009 N 2 ; TF du 30.11.2010, 4A_465/2010, cons. 5 et 6, DB 2011 N 4 ; TF du 10.06.2009, 4A_99/2009, cons. 2, DB 2009 N 3 ; EICHENBERGER, p. 9 à 15.

⁸⁵ Dans cette hypothèse : préciser que le loyer est fonction de la surface des locaux ; détailler chacune des surfaces (utile, d'exploitation, de dépôt, etc.) ; et indiquer le loyer au m² appliqué pour chacune des différentes surfaces.

D. La destination des locaux

42. D'ordinaire, le contrat de bail mentionne laconiquement que les locaux sont destinés à l'exploitation d'un café et/ou d'un restaurant.

Le contrat peut toutefois préciser le type de restauration admise : tea-room ; établissement sans alcool ; petite restauration, etc. De telles clauses peuvent tenir compte de l'ambiance ou du caractère de l'immeuble ou avoir pour but de prévenir des conflits de voisinage⁸⁶.

Ces clauses restrictives prennent aussi en compte les installations dont disposent les locaux (petite cuisine, mauvaise ventilation, absence de surfaces de stockage) ; en conséquence, ces clauses restreignent l'activité du cafetier-restaurateur.

43. Ces clauses peuvent interdire certaines activités particulières (musique ou danse), même lorsqu'elles sont admises par la loi cantonale sur la restauration pour le type d'établissement concerné.

Le contrat peut également imposer certaines obligations à l'exploitant (maintien de l'enseigne de l'établissement : « la Pinte vaudoise » ; maintien du style du café-restaurant ; poursuite d'une tradition culinaire : servir du papet vaudois ou des malakoffs ; sauvegarde de l'aspect des locaux : mobilier paysan).

44. Si le locataire ou le fermier ne respecte par ces clauses particulières relatives à la destination des locaux, il encourt, après un vain avertissement, la résiliation anticipée de son bail (art. 257f al. 3 CO et 285 al. 1 CO ; cf. ci-après N 110).

E. L'équipement et l'agencement des locaux

45. Un café-restaurant peut être loué complètement équipé, avec ses installations (cuisine, lave-vaisselle, chambre froide, machine à café, etc.), son agencement (tables, chaises, vaisselle, ustensiles de cuisine, etc.) et son enseigne. S'il s'agit de la reprise d'un établissement qui dispose déjà d'une clientèle, le contrat répondra alors souvent à la définition du bail à ferme (cf. ci-dessus N 10, 11 et 15).

⁸⁶

ATF 136 III 190, cons. 3, DB 2010 N 24 et réf. à ATF 132 III 109, cons. 5.

Lorsque les locaux sont loués complètement équipés, le bail devra comporter en annexe un inventaire précis⁸⁷ des objets mobiliers loués au locataire. Le contrat indiquera clairement à qui incombe l'entretien et le remplacement du mobilier et du matériel⁸⁸.

46. Le bail à loyer d'un café-restaurant peut également concerner des locaux partiellement équipés et aménagés (cuisine équipée, sans les ustensiles de cuisine ; comptoir, sans le mobilier de la salle « à boire »).

Dans cette seconde hypothèse, un inventaire désignera le matériel ou le mobilier appartenant au bailleur qui est compris dans la location. Les parties détermineront également à qui incombe le remplacement du mobilier et du matériel loué⁸⁹.

Le reste du mobilier et du matériel appartient dans cette seconde hypothèse au locataire, soit qu'il l'ait acquis avec le fonds de commerce (cf. ci-après N 89 à 94), soit qu'il en ait fait personnellement l'apport⁹⁰. L'entretien du matériel et du mobilier qui est sa propriété incombe au seul locataire. Ce matériel et mobilier, propriété du locataire, est soumis au droit de rétention du bailleur (art. 268 à 268b CO)⁹¹.

A la fin du bail, le locataire peut (doit) emmener son matériel et mobilier ou le revendre à son successeur⁹².

⁸⁷ Cf. les art. 18 à 20 relatifs à « l'inventaire loué » (Mietinventar) du bail de GastroSuisse ; STRAUB, N 179 à 191 fait la liste des objets compris usuellement dans l'inventaire loué. Voir aussi la note 173 ci-après.

⁸⁸ En bonne logique, si le contrat est un bail à loyer, l'entretien de cet inventaire incombe au bailleur (art. 256 al. 1 CO), le locataire n'étant tenu que de remplacer les objets perdus ou cassés, et de procéder aux petites réparations (art. 259 CO). Lorsque le contrat est un bail à ferme, leur entretien et leur remplacement incombe en principe au fermier (art. 284 al. 1 et 299b CO). GastroSuisse nous a signalé de nombreuses controverses entre des cafetiers-restaurateurs et leurs bailleurs concernant la question de savoir à qui incombe la réparation ou le remplacement d'objets inclus dans l'inventaire loué.

⁸⁹ Même solution qu'à la note 88.

⁹⁰ Dans la pratique, surtout alémanique, une partie de l'inventaire est acheté, au début du bail, par le locataire au bailleur. On parle ici du « Kaufinventar ». Voir aussi ci-après la note 173.

⁹¹ STRAUB, N 460.

⁹² Une clause du bail peut aussi prévoir que le bailleur s'engage à racheter au locataire le matériel et les installations qui lui appartiennent, à la fin du bail. De préférence, la clause doit mentionner le mode de calcul du prix de rachat.

47. Enfin, les locaux peuvent être loués « nus » (« Rohbaumiete »)⁹³ : le bailleur livre des locaux non équipés ne comportant que les amenées des flux (eau, électricité, gaz). Il incombe au locataire, à ses frais, de terminer l'aménagement des lieux (décoration et agencement) et de se procurer les installations (cuisines, chambres froides, etc.), ainsi que le mobilier et le matériel indispensables à l'exploitation de l'établissement public.

La location de locaux nus impose au locataire un usage inférieur à la norme.

En effet, la location de locaux destinés à un café ou un restaurant présuppose, en règle générale (art. 256 al. 1 CO), qu'ils soient aptes à recevoir une telle activité, sans que le locataire n'ait à assumer par exemple des travaux de peinture, ni à acquérir les installations de base (cuisinière, frigos, sanitaires aptes à fonctionner, etc.).

Selon la jurisprudence et une partie de la doctrine, un tel usage des locaux inférieur à la norme n'est contractuellement admissible, au vu de l'art. 256 al. 2 CO (caractère semi-impératif de la règle obligeant le bailleur à délivrer la chose dans un état approprié à l'usage pour lequel elle a été louée) que s'il en a été tenu compte de manière reconnaissable sur le plan économique, en particulier dans la fixation du loyer⁹⁴.

En cas de location de locaux nus, une clause du contrat précisera utilement à qui incombe l'entretien des installations financées par le locataire et ce qu'il en adviendra à la fin de la relation contractuelle. Pareille précaution est avant tout indispensable pour les installations difficilement dissociables de l'immeuble (équipement des cuisines, chambres froides, système de ventilation, etc.). La clause prévoira la durée d'amortissement de ces installations⁹⁵, le droit du locataire de les

⁹³ Sur la location de locaux nus, cf. les contributions de VISCHER, HULLIGER (p. 49-56), TSCHUDI, ZANETTI mentionnées dans la bibliographie ; CARRON, p. 52-63.

⁹⁴ ATF 104 II 202, cons. 3, JdT 1979 I 24 ; ZANETTI, p. 97-98 ; *contra* : VISCHER, p. 80 ss ; état et conséquences de la controverse : CARRON p. 54-63 et nombreuses références ; modèles de clauses contractuelles : HULLIGER, p. 53-56.

⁹⁵ Pour la rédaction de cette clause, les parties tiendront compte de la durée de vie (d'amortissement) des installations (tables paritaires : LACHAT, p. 869 ss) et la réduction admise de la durée de vie (-50%) pour les commerces avec « sollicitations importantes », comme les restaurants (LACHAT, p. 874). A propos de la durée de vie des installations des cafés-restaurants : STRAUB, N 289 et annexe III p. 298.

céder au repreneur ou l'obligation pour le bailleur de les racheter à la fin du contrat, en principe à leur valeur résiduelle.

48. Les parties qui, en cours de bail, entendent modifier les règles contractuelles relatives à l'agencement et à l'équipement des locaux signeront un avenant au contrat.

A la rigueur, le bailleur pourra notifier sur formule officielle la diminution de ses prestations pour la prochaine échéance contractuelle (art. 269d al. 3 CO ; art. 19 al. 1 let. b OBLF). Une telle notification devrait s'accompagner d'une baisse de loyer. En effet, ce dernier est réputé rémunérer les prestations du bailleur dont le locataire se trouve privé du fait de la notification⁹⁶.

F. L'enseigne

49. La législation cantonale sur les restaurants oblige les établissements à porter un nom, distinct de celui des autres cafés-restaurants de la localité⁹⁷.

Ce nom doit être signalé au public par une enseigne.

Le contrat de bail à loyer ou à ferme portera donc également sur l'enseigne. Si elle est située sur la façade ou le toit de l'immeuble, elle donne en règle générale lieu à une redevance (loyer) supplémentaire⁹⁸. Si elle est lumineuse, les parties veilleront à ce qu'elle n'entraîne pas de nuisances pour le voisinage ; elles détermineront qui fournit et paye l'électricité.

⁹⁶ Altération du rapport d'échange entre le bailleur et le preneur : ATF 125 III 231, cons. 3b, DB 2000 N 2 ; LACHAT, p. 556-559.

⁹⁷ Art. 32 de la loi GE ; art. 42 de la loi VD ; art. 45 de la loi FR.

⁹⁸ Conditions générales genevoises pour locaux commerciaux, art. 22 al. 1 : « La pose par le locataire d'enseignes, notamment lumineuses, ou de distributeurs automatiques, doit faire l'objet d'une autorisation préalable écrite du bailleur, lorsqu'elle est prévue à l'extérieur du local commercial. Les démarches auprès des autorités compétentes sont à la charge du locataire » et al. 2 : « L'utilisation par le locataire de la façade de l'immeuble afin d'y apposer des enseignes ou des distributeurs automatiques donne, en règle générale, lieu à une redevance fixée de cas en cas ».

50. Le contrat attirera l'attention du locataire sur le fait qu'il ne peut changer de nom et/ou d'enseigne sans l'accord des autorités administratives⁹⁹ et, cas échéant, du bailleur¹⁰⁰.

G. La terrasse

51. Objet de disputes et de conflits, liés aux nuisances sonores qu'elle engendre pour le voisinage, la terrasse doit faire l'objet d'un examen très attentif par les parties au contrat.
52. Si la terrasse est située sur le domaine public, le locataire ou le fermier doit obtenir une permission de la part de l'autorité compétente, et s'acquitter d'une redevance¹⁰¹. L'accord du bailleur de l'établissement public est requis ; les baux le prévoient d'ailleurs souvent¹⁰².

H. La durée du contrat

53. Comme tout bail commercial, celui relatif à un café-restaurant peut être conclu pour une durée indéterminée (art. 255 al. 1 et al. 3, 266a, 266d et 296 CO) ou pour une durée déterminée (terme fixe : art 255 al. 1 et al. 2, 266 et 295 CO).

⁹⁹ Art. 32 de la loi GE (annonce aux autorités) ; art. 42 de la loi VD (autorisation préalable de la commune) ; art. 45 de la loi FR (autorisation de l'autorité compétente).

¹⁰⁰ Le contrat de bail peut imposer le maintien du nom de l'établissement, surtout quand il a acquis une certaine notoriété (cf. ci-dessus N 43). En outre, les dispositions générales pour locaux commerciaux soumettent à l'accord du bailleur le droit d'installer une enseigne sur l'immeuble (cf. note 98 ci-dessus). Le projet d'enseigne doit lui être soumis (art. 4 des dispositions générales VD ; art. 17 des dispositions générales NE).

¹⁰¹ En règle générale, ces permissions ou autorisations d'un usage accru du domaine public sont données par les communes, pour une période déterminée de l'année (par exemple de mars à octobre) et pour certains secteurs de la localité. S'il s'agit d'une terrasse « parisienne », le requérant doit encore obtenir un permis de construire. Avec l'interdiction de fumer dans les établissements publics (cf. ci-dessus N 28 et note 59), les municipalités donnent désormais également des permissions à l'année (« terrasses pour fumeurs »).

¹⁰² Cour de justice GE, CdB 2005 p. 118, cons. IVe ; art. 1.1 al. 4 des Conditions générales pour locaux commerciaux genevois : « Le locataire doit demander l'autorisation préalable expresse du bailleur s'il entend exploiter une terrasse sur le domaine public adjacent aux locaux loués. Le bailleur est libre de refuser. Le locataire s'engage à indemniser le bailleur de tout dommage qu'il pourrait subir en relation avec l'exploitation de la terrasse ».

En pratique, le bail à durée indéterminée est la règle (art. 255 al. 3 CO)¹⁰³. Le cafetier-restaurateur a intérêt à bénéficier d'un pareil contrat ; il lui offre à la fin du bail de solides arguments¹⁰⁴ pour négocier la poursuite du contrat ou la remise du fonds de commerce à un tiers.

Depuis quelques années toutefois, certains bailleurs¹⁰⁵ privilégient les baux à durée déterminée, parfois assortis d'options¹⁰⁶ quant à leur prolongation. Défavorable au locataire, le bail à durée déterminée devrait si possible être assorti d'une clause d'indemnisation du locataire en fin de contrat, pour les investissements non amortis.

54. En toute hypothèse, le locataire ou le fermier doit s'assurer qu'il bénéficiera d'une durée du contrat suffisante pour amortir son fonds de commerce et/ou les installations qu'il a financés¹⁰⁷⁻¹⁰⁸.

Il est hasardeux de la part d'un cafetier-restaurateur de tabler sur le fait qu'il récupérera en toutes circonstances, à la fin du bail, son investissement. Le fonds de commerce ne peut pas être considéré comme un « fonds de prévoyance » dont l'exploitant bénéficiera de manière certaine, lorsqu'il parviendra à l'âge de la retraite.

¹⁰³ Les formulaires-type genevois, vaudois et neuchâtelois pour baux commerciaux, utilisables aussi pour les cafés-restaurants comportent des clauses de reconduction tacite, caractéristiques d'un bail à durée indéterminée.

¹⁰⁴ Dans les discussions à l'approche de l'échéance du bail, l'exploitant peut rappeler à son bailleur que la loi lui donne la faculté de demander l'annulation du congé (art. 271 et 271a CO) et, subsidiairement, de solliciter une prolongation de bail (art. 272 ss CO). Cette dernière est plus facile à obtenir dans le cas d'un bail à durée indéterminée.

¹⁰⁵ Très souvent, des bailleurs institutionnels (compagnies d'assurances, fonds de prévoyance, fonds de placement), surtout quand l'établissement est particulièrement bien situé.

¹⁰⁶ Attention aux « fausses options » (clauses laissant ouvert le montant du loyer pendant la période de prolongation du bail) : elles n'obligent pas le bailleur à poursuivre le bail si les parties ne s'entendent pas sur le montant du loyer (sauf prolongation judiciaire du contrat, selon les art. 272 ss CO).

¹⁰⁷ Les annexes relatives aux établissements publics des contrats-type vaudois et neuchâtelois prévoient une durée initiale de bail de dix ans, sauf accord contraire.

¹⁰⁸ Le restaurateur qui, conjoncture oblige, craint de s'engager pour une trop longue durée, peut tenter de négocier une « porte de sortie » (clause lui permettant de résilier unilatéralement son contrat pour la fin de la troisième ou/et de la cinquième année, par exemple).

I. Le loyer

55. Le loyer des cafés et des restaurants obéit en règle générale aux normes sur la fixation et la contestation du loyer (art. 269 à 270e CO ; art. 10 à 20 OBLF), que l'on soit en présence d'un bail à loyer ou d'un bail à ferme non agricole (art. 253b al. 1 CO).

Eu égard à la durée des contrats (cf. ci-dessus N 54), le loyer des cafés-restaurants est la plupart du temps indexé, y compris pendant la période de tacite reconduction, si elle est de cinq ans au moins (art. 269b et 270c CO ; art. 17 OBLF).

56. D'ordinaire, le loyer d'un café-restaurant s'entend hors TVA¹⁰⁹. Cette dernière n'est due par le locataire ou par le fermier que lorsque le bailleur a assujéti son immeuble à la TVA¹¹⁰. Le contrat précisera si le locataire doit s'acquitter de la TVA en sus du loyer.
57. Souvent (baux dits « partiaires »), le loyer des cafés-restaurants est lié au chiffre d'affaires de l'établissement. Les parties conviennent d'ordinaire d'un loyer minimum¹¹¹, qui ne sera majoré en fin d'exercice que si le chiffre d'affaires dépasse un seuil donné.

Il est alors important que les parties définissent les éléments du chiffre d'affaires (brut) à prendre en considération. En règle générale, ce chiffre d'affaires ne comprendra ni la TVA, ni certains gains accessoires (automates, par exemple)¹¹².

¹⁰⁹ Selon l'art. 21 al. 2, ch. 21, de la Loi fédérale régissant la taxe sur la valeur ajoutée du 12 juin 2009 (LTVA), est exclue de la TVA la mise à disposition de tiers, à des fins d'usage ou de jouissance, d'immeubles ou de parts d'immeubles. Sont en revanche imposables, la location d'appartements ou de chambres pour l'hébergement d'hôtes, et la location de salles dans le secteur de l'hôtellerie et de la restauration.

¹¹⁰ Selon l'art. 22 LTVA, l'assujéti (le bailleur) peut soumettre volontairement à l'impôt les prestations visées à l'art. 21 al. 2 ch. 21 LTVA, pour autant que le destinataire n'utilise pas l'objet exclusivement à des fins privées.

¹¹¹ Le loyer minimum (loyer de base) détermine l'acompte mensuel ou trimestriel dont le locataire ou le fermier doit s'acquitter, dans l'attente du décompte annuel. Ce dernier indiquera si un solde est dû, ou non.

¹¹² Cf. l'art. 3.1.2.2.2 du bail-type de GastroSuisse : « Le loyer est fixé sur la base du chiffre d'affaires réalisé durant l'année civile (du 1^{er} janvier au 31 décembre). Le chiffre d'affaires déterminant pour la fixation du loyer est le chiffre d'affaires brut, déduction faite de la TVA, réalisé par le locataire et/ou ses éventuels sous-locataires, franchisés etc., en relation avec l'usage de la chose louée, dans les locaux loués (y compris la restauration à l'extérieur) et/ou dans les lieux de vente extérieurs (par exemple service

En outre, le contrat doit obliger le locataire à fournir régulièrement sa comptabilité au bailleur et octroyer à ce dernier la faculté d'en vérifier ou d'en faire vérifier l'exactitude¹¹³.

58. Le loyer ne devrait pas dépasser 7% à 15% du chiffre d'affaires brut pour les cafés-restaurants¹¹⁴. Il ne s'agit toutefois là que d'un ordre de grandeur ; les parties doivent nécessairement prendre en considération le type d'établissement, sa renommée, sa situation et le bassin de population y ayant facilement accès. En outre, les parties peuvent prévoir un pourcentage dégressif eu égard à l'importance du chiffre d'affaires¹¹⁵.
59. Le loyer lié au chiffre d'affaires n'est intéressant pour le locataire que si le montant minimum demeure raisonnable.

En pratique, on constate que certains restaurateurs ne dépassent jamais le « loyer-plancher » : soit ce loyer minimum est (trop) élevé, soit le cafetier-restaurateur ne fait pas preuve de la transparence requise.

Pour le bailleur, le loyer lié au chiffre d'affaires offre un avantage, une forme de redistribution à son profit du fruit des efforts du restaurateur. Dans cette perspective, le bailleur n'a pas intérêt à limiter les jours et heures d'ouverture de l'établissement, ni l'étendue de l'objet loué (par exemple, à propos de la terrasse).

60. Les baux partiaires ont été admis par la jurisprudence¹¹⁶ et par la doctrine¹¹⁷, au motif que le loyer n'est pas nécessairement déterminé. Il peut être déterminable.

de traiteur) ». Suit une liste de prestations éventuellement exclues du chiffre d'affaires (exemples : tabac, recettes des automates). Voir aussi STRAUB, N 351-353.

¹¹³ Les art. 3.1.2.2.3 à 3.1.2.2.5 du bail-type de GastroSuisse prévoient que le locataire ou une personne tierce désignée par lui établit le décompte annuel et le signifie au bailleur. Ce dernier peut faire opposition. Si les parties ne s'arrangent pas, le locataire doit mandater une fiduciaire neutre pour vérifier le chiffre d'affaires.

¹¹⁴ STRAUB, N 392 à 396 ; HEUSI, p. 71-72 (entre 9% et 12% pour les cafés et les restaurants ; entre 15% et 35% (!) pour les hôtels).

¹¹⁵ Par exemple 10% jusqu'à CHF 600'000.- de chiffre d'affaires brut annuel ; 9% pour la tranche de chiffre d'affaires comprise entre CHF 600'000.- et CHF 700'000.- ; 8% entre CHF 700'000.- et CHF 800'000.- ; 7% au-delà de CHF 800'000.-, mais au minimum CHF 60'000.- par an. Voir également STRAUB N 357.

¹¹⁶ ATF 116 II 587, cons. 3b, DB 1991 N 12.

¹¹⁷ CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY, art. 253 CO N 65 ; CO-SVIT, art. 269a CO N 33-35 ;

En outre, la liste des critères de fixation des art. 269 et 269a CO n'est pas exhaustive¹¹⁸.

61. Le loyer initial lié au chiffre d'affaires peut être contesté par le locataire (art. 270 CO), quant au montant minimum convenu et quant au pourcentage du chiffre d'affaires retenu¹¹⁹.

N'équivalant pas à un loyer indexé, le loyer lié au chiffre d'affaires ne présuppose pas un bail de cinq ans au minimum¹²⁰.

Le solde annuellement réclamé par le bailleur n'implique pas de notification sur formule officielle.

Le solde ne peut faire l'objet d'une contestation que si son calcul n'obéit pas aux règles fixées par le contrat¹²¹. Il ne peut pas être critiqué à l'aune des art. 269 et 269a CO.

J. Les frais accessoires

62. Les frais accessoires des cafés-restaurants obéissent aux règles des art. 257a et 257b CO et 4 à 8 OBLF (convention spéciale ; frais effectifs ; décompte annuel).

Pour autant que ces postes ne soient pas déjà pris en compte dans le calcul du loyer, les parties peuvent, moyennant une clause contractuelle précise, inclure dans les frais accessoires, entre autres, les divers abonnements d'entretien des installations (climatisation, ventilation, ascenseur et monte-charge)¹²².

63. Les cafés-restaurants sont de grands consommateurs d'eau et d'électricité. Il s'impose de prévoir un compteur individuel de ces flux,

ZK-HIGI, art. 269 CO N 319 ss ; BK-WEBER, art. 269b CO N 10 ; GRATZ, p. 123-126.

¹¹⁸ Cf. la première phrase de l'art. 269a CO : « Ne sont en règle générale pas abusifs les loyers qui, notamment : ... ».

¹¹⁹ ATF 116 II 587, cons. 3b, DB 1991 N 12 ; nuancé : CO-SVIT, art. 269a CO N 34.

¹²⁰ CO-SVIT, art. 269a CO N 35.

¹²¹ ATF 116 II 587, cons. 4-5, DB 1991 N 12.

¹²² En pratique, de nombreux litiges concernent la prise en charge, ou non, par le bailleur des abonnements d'entretien des installations du café-restaurant, dont le coût est relativement élevé (machines à laver la vaisselle ; ventilation, par exemple). Si le contrat ne prévoit pas expressément, de manière claire et précise, leur prise en charge par le locataire, le bailleur doit les assumer, si ces installations sont sa propriété et sont incluses dans l'inventaire loué.

de manière à ce que la répartition de leur coût n'intervienne pas au détriment des autres occupants de l'immeuble¹²³.

K. L'obligation d'exploiter ; les horaires

64. Le droit privé et le droit administratif obligent le preneur d'un café ou d'un restaurant à exploiter les locaux¹²⁴.

Si le contrat concerné est un bail à ferme, cette obligation d'exploiter résulte en règle générale de l'art. 283 al. 1 CO, en particulier lorsque le fermage est fonction du chiffre d'affaires ou lorsque les effets négatifs d'une absence d'exploitation persisteraient à la fin du bail¹²⁵. Cette dernière condition est pratiquement toujours remplie : la rentabilité d'un établissement public est assurément moindre s'il demeure fermé quelque temps¹²⁶.

La jurisprudence et la doctrine ont étendu cette obligation d'exploiter aux baux à loyer portant sur des locaux commerciaux¹²⁷, même en l'absence d'une clause contractuelle expresse¹²⁸. Il est en effet

¹²³ L'art. 30 des Règles et usages locatifs vaudois : « L'eau froide est à la charge du bailleur à moins que le contrat n'en dispose autrement. Toutefois lorsqu'il s'agit d'un immeuble mixte, l'eau froide ne peut être facturée au locataire que dans la mesure où des compteurs individuels séparés ont été installés pour les locaux commerciaux dont la nature l'exige (café, restaurant, blanchisserie, etc.) ou pour d'autres utilisations particulières ». OBERLE, p. 51 propose, pour les frais de ramassage des ordures, s'ils entrent dans les frais accessoires (cf. cependant note 146 ci-après), de distinguer le restaurant sis dans l'immeuble des habitations. Voir également la décision tessinoise publiée in MP 2005 p. 80.

¹²⁴ Sont exclus de cette règle, pendant certaines périodes, les établissements publics saisonniers. En Suisse, dans les régions touristiques, près d'un quart des établissements publics de l'hôtellerie et de la restauration ferment pendant sept semaines et plus par an (source : GastroSuisse, Reflet économique de la branche 2013, p. 22). En outre, il est admis que les cafés-restaurants pratiquent des fermetures hebdomadaires ou pour les vacances. Ainsi 70% des établissements ferment une semaine ou plus par an (source : *ibidem*).

¹²⁵ CR-RONCORONI, art. 283 CO N 1 et art. 275 CO N 5 ; BSK-STUDER, art. 283 CO N 2.

¹²⁶ Dans le bail à ferme, le bailleur met la clientèle de l'établissement public à la disposition du fermier (cf. ci-dessus N 10, 11 et 15). Si ce dernier n'exploite pas l'établissement, cette clientèle disparaît progressivement.

¹²⁷ ATF 103 II 247, cons. 2c, JdT 1978 I 504 ; TF du 18.06.2007, 4C.426/2006, CdB 2007 p. 117, cons. 2.2 ; SAVIAUX, Sous-location, p. 51 ; CPra Bail-WESSNER, art. 257f CO N 22. Critique : CR-RONCORONI, art. 275 CO N 13.

¹²⁸ Les dispositions générales neuchâteloises pour locaux commerciaux obligent le

communément reconnu que l'absence d'exploitation d'un local commercial altère la valeur de l'immeuble loué, et contrevient à l'obligation de diligence découlant de l'art. 257f al. 1 CO.

65. De même, les lois cantonales sur la restauration imposent parfois au tenancier d'un café-restaurant l'obligation de gérer l'établissement, de manière effective¹²⁹.

D'autres législations cantonales imposent un nombre minimum d'heures et de jours ouvrables¹³⁰.

La plupart du temps, cependant, les parties conviennent librement des jours et des heures d'ouverture, dans le cadre des horaires admis par la réglementation cantonale. Une clause du contrat peut valablement limiter les horaires d'ouverture de l'établissement, pour des motifs de protection des habitants de l'immeuble ou du voisinage, par exemple.

L. Les contrats annexes et les contrats couplés

66. L'exploitant d'un café-restaurant est souvent amené à conclure avec des tiers des contrats annexes à son bail à loyer ou à ferme.

En particulier :

- Un contrat de fourniture de bière¹³¹ : en vertu d'un tel contrat, l'exploitant d'un établissement public s'oblige à se fournir exclusivement en bière (et souvent en eaux minérales) auprès d'un brasseur ; en contrepartie ce dernier lui consent un prêt ou met à sa disposition certaines installations.

locataire à « exploiter normalement le local loué, à maintenir son exploitation conformément à son affectation et aux dispositions légales et réglementaires pendant toute la durée du bail » (art. 14). A propos des clauses obligeant le locataire à exploiter les locaux : STRAUB, N 430 à 434.

¹²⁹ Exemple : art. 21 de la loi GE.

¹³⁰ Art. 67 de l'actuelle loi NE (obligation d'ouvrir l'établissement huit heures par jour, sous réserve des jours hebdomadaires de fermeture, des vacances et des cas de force majeure).

¹³¹ A la base, le contrat de livraison de bière est un contrat de vente à exécution échelonnée (la bière est vendue au restaurateur par livraisons successives). Pour fidéliser le cafetier, le brasseur lui consent des avantages sous la forme d'un prêt ou de la mise à disposition de mobilier ou d'installations (exemple in : ATF 114 II 159, JdT 1989 I p. 2). Par conséquent, selon les circonstances, on est en présence d'un contrat mixte ou de contrats composés. Sur le sujet STRAUB, N 221-225 et réf. cit.

- Divers contrats pour les automates¹³²⁻¹³³ (vente de cigarettes ; flippers ; juke-box, etc.).
67. Lorsque le brasseur ou le fabricant d'automates est en même temps le bailleur, ou s'il s'agit d'un tiers qui profite d'une situation de fait ou économique lui permettant d'imposer le couplage entre le contrat annexe et le bail, la question d'une éventuelle transaction couplée se pose. A teneur de l'art. 254 CO, pareille transaction couplée est nulle.
- L'existence d'une telle transaction couplée dépendra des circonstances de la cause : la conclusion du bail a-t-elle été subordonnée à l'acceptation par le locataire de ce marché parallèle¹³⁴ ? L'obligation imposée de la sorte au locataire est-elle, ou non, en relation directe avec l'usage des locaux¹³⁵ ?
- Selon les circonstances, le prix imposé au locataire pour la conclusion du contrat couplé, s'il est supérieur à la valeur de la prestation, constitue un indice permettant de conclure à une transaction couplée nulle¹³⁶.
68. L'obligation pour le restaurateur de se fournir en bière ou en vin auprès du bailleur ne tombe pas nécessairement sous le coup de l'art. 254 CO, si le locataire y trouve son intérêt et si les conditions du marché sont équilibrées¹³⁷.
- Lorsque le bailleur conclut deux baux avec le restaurateur, l'un pour les locaux, l'autre portant sur l'agencement et sur le matériel, le second contrat peut contrevenir à l'art. 254 CO, notamment lorsque le loyer qu'il prévoit est surfait.

¹³² Le contrat de location d'un automate est un bail à loyer si le restaurateur se limite à mettre un emplacement à disposition de l'exploitant d'appareils automatiques. Si le tenancier s'engage à veiller à l'exploitation régulière des automates, il y a un contrat mixte : ATF 110 II 474, JdT 1985 I 259 ; TF du 07.06.2005, 2A.599/2004, cons. 5 ; STRAUB N 226-230.

¹³³ Pour les automates proposant des jeux de hasard ou d'adresse, cf. la note 60 ci-dessus.

¹³⁴ ATF 118 II 157, cons. 3c, JdT 1993 I 648 ; CPra Bail-MONTINI/BOUVERAT, art. 254 CO N 11 ; CO-SVIT, art. 254 CO N 15 ; WETZEL/MESEK, p. 2-3.

¹³⁵ TF du 02.12.1998, 4C.187/1998, SJ 1999 167, cons. 3d ; TF du 13.01.1999, 4C.207/1998, MP 1999 41, cons. 1b/bb, DB 1999 N 3 ; WETZEL/MESEK, p. 3-4.

¹³⁶ TF du 02.12.1998, 4C.187/1998, SJ 1999 167, cons. 3e ; TF du 13.01.1999, 4C.207/1998, MP 1999 41, cons. 1b/bb, DB 1999 N 3.

¹³⁷ TF du 17.11.2004, 4C.255/2004, DB 2006 N 4 ; CO-SVIT, art. 254 CO N 16 ; CPra Bail-MONTINI/BOUVERAT, art. 254 CO N 29 ; WETZEL/MESEK, p. 4. Contra : MICHELI, p. 5 et 15.

Il en irait de même si, pour conclure le bail relatif à des locaux livrés nus (cf. ci-dessus N 47), le bailleur imposait au restaurateur l'entreprise de son beau-fils pour agencer les locaux, à des prix excédant ceux du marché¹³⁸.

M. L'interdiction de concurrence

69. Le bail d'un café-restaurant peut contenir une clause par laquelle le bailleur s'interdit de louer d'autres locaux de l'immeuble¹³⁹ à l'usage d'un établissement concurrent.

Cas échéant, une telle clause précisera le type d'établissement interdit.

En l'absence d'une telle clause dans le contrat, le bailleur est libre de louer ses autres locaux commerciaux à un autre cafetier-restaurateur¹⁴⁰.

70. De même, le bailleur peut valablement obliger le preneur à n'exploiter que l'établissement loué¹⁴¹⁻¹⁴². Pareille clause peut avoir son importance lorsque le loyer est lié au chiffre d'affaires. D'ailleurs, même en l'absence d'une telle clause, le restaurateur est parfois empêché par le droit administratif d'exploiter simultanément plusieurs établissements¹⁴³.

¹³⁸ Dubitatif : MICHELI, p. 21.

¹³⁹ De telles clauses se retrouvent parfois dans les baux des centres commerciaux. Les dispositions générales du bail à loyer neuchâtelois pour locaux commerciaux comportent (art. 15) la clause suivante : « Le bailleur et le locataire s'abstiendront de faire concurrence aux autres activités commerciales existant déjà dans l'immeuble. Cette clause n'est pas applicable aux bureaux ».

¹⁴⁰ TF du 19.03.2001, 4C.1/2001, DB 2002 N 4 ; KNOEPFLER/RUEDIN, p. 27 ; BYRDE, p. 22 et réf. de jurisprudence à la note 117 ; ZÜST, p. 169 s.

¹⁴¹ STRAUB, N 412 : Une telle clause doit être appréciée à la lumière des art. 19 et 20 CO et 27 CC : ATF 51 II 438, JdT 1926 I 299. La pénalité prévue par la clause peut être réduite par le juge (art. 163 CO).

¹⁴² On nous a signalé des baux comportant une clause de non-concurrence par laquelle le locataire s'engage, à la fin de son bail, à ne pas ouvrir un établissement public concurrent dans un rayon géographique proche de l'établissement jusqu'alors loué. Caractéristiques du contrat de travail (art. 340 à 340c CO), de telles clauses nous paraissent heurter l'art. 27 CC.

¹⁴³ Selon l'art. 29 de la loi FR, une personne ne peut obtenir en règle générale qu'une seule patente, sauf s'il s'agit de plusieurs établissements situés dans un même immeuble ou formant une unité commerciale.

71. Enfin, le contrat peut interdire au locataire de donner en gérance libre (sous-louer) ses locaux aux concurrents potentiels d'un autre cafetier-restaurateur situé dans l'immeuble¹⁴⁴.

N. La gestion des déchets

72. Lorsque l'établissement public, d'une certaine importance, est situé dans un immeuble abritant des logements ou d'autres commerces, la gestion des déchets requiert une attention particulière.

Le restaurateur doit disposer d'un local à poubelles *ad hoc*¹⁴⁵. Les voies d'évacuation de ces déchets dans l'immeuble doivent être soigneusement définies, de même que l'emplacement des containers devant l'immeuble, lorsqu'ils y demeurent dans l'attente du passage des services de la voirie.

L'attention du locataire doit être attirée sur les obligations particulières que lui imposent les règles municipales relatives à la gestion des déchets¹⁴⁶.

73. Si elle est négligée, la gestion des déchets d'un café-restaurant peut engendrer des conflits, liés aux odeurs et au bruit dont les autres occupants de l'immeuble ou les voisins souffrent. Selon les circonstances, le restaurateur qui néglige ses obligations en la matière s'expose à la résiliation anticipée de son contrat (cf. ci-dessous N° 110).

O. L'ordre et la tranquillité

74. Une clause du bail doit rappeler au locataire qu'il est responsable de l'ordre et de la tranquillité dans son établissement public, et aux

¹⁴⁴ CPra Bail-BISE/PLANAS, art. 262 N 3.

¹⁴⁵ Le partage entre le restaurateur et les habitants de l'immeuble d'un seul local pour les poubelles est problématique, selon le volume des déchets générés par l'établissement public.

¹⁴⁶ Les conditions générales pour locaux commerciaux du canton de Genève (art. 23) obligent le locataire-commerçant à prendre à ses frais les dispositions nécessaires à l'évacuation des déchets et à se conformer à la loi cantonale sur la gestion des déchets et à la réglementation municipale. Ces dernières mettent à la charge du cafetier-restaurateur la collecte, le transport et l'élimination des déchets (en particulier les déchets de cuisine et les huiles).

alentours de celui-ci¹⁴⁷. Cette obligation découle des art. 257f al. 1 et al. 2 CO et 283 al. 1 et al. 2 CO¹⁴⁸.

De même, le locataire doit être incité à faire respecter les normes de droit administratif sur la tranquillité publique¹⁴⁹.

Enfin, le contrat doit inviter le locataire à se soumettre à la législation sur les auberges et les débits de boissons, et à accomplir, à ses frais, toutes les démarches administratives qu'elle impose. Par exemple : solliciter le renouvellement de l'autorisation d'exploiter, lorsque celle-ci est limitée dans le temps¹⁵⁰.

75. Si l'immeuble ou les locaux présentent des spécificités ou impliquent un soin particulier, une clause du contrat le précisera (exemple : type de ventilation à installer à la cuisine ; précautions à prendre à l'occasion des livraisons de marchandises ; emplacement et limites d'intensité des appareils sonores ; interdiction de ceux-ci sur la terrasse, etc.).

VI. La sous-location et le sous-affermage

A. L'autorisation de sous-louer ou de sous-affermier

76. Le cafetier-restaurateur peut sous-louer ou sous-affermier son établissement public, moyennant le consentement préalable du bailleur (art. 262 al. 1 et 291 al. 1 CO).

Rares sont les cas où le bailleur donne un tel consentement par avance « en blanc »¹⁵¹.

¹⁴⁷ Exemples : « Prendre toutes les mesures utiles pour que l'activité qu'il déploie ne provoque aucune nuisance à son entourage (odeurs, fumées, bruits, etc.) » (art. 2 let. e des conditions générales vaudoises) ; « Prendre les mesures nécessaires pour ne pas incommoder les autres locataires de l'immeuble du fait de l'exercice de sa profession » (art. 24 al. 3 des conditions générales genevoises).

¹⁴⁸ Sur le sujet, la contribution de WESSNER citée dans la bibliographie et également CPra Bail-WESSNER, art. 257f CO N 2 à 27.

¹⁴⁹ Exemple : Le Règlement genevois concernant la tranquillité publique du 8 août 1956 (F 3.10.03). Il interdit de nuit les cris et vociférations dans la rue (art. 3) ou la diffusion sonore dans la rue, parlante ou musicale, via un appareil quelconque, sauf autorisation expresse (art. 7).

¹⁵⁰ Comme dans le canton de Vaud (art. 33 de la loi VD).

¹⁵¹ TF du 17.12.2007, 4A_199/2007, cons. 4, MP 2008, p. 83 ; TC VD, CdB 2010, p. 103 ; CPra Bail-BISE/PLANAS, art. 262 CO N 25.

En règle générale, s'il projette de sous-louer ou de sous-affermer ses locaux, le preneur doit adresser une demande formelle à son bailleur. Ce dernier pourra réagir différemment selon que le contrat principal est un bail à loyer ou un bail à ferme.

77. Si le contrat principal est un bail à loyer, le bailleur ne pourra refuser l'autorisation de sous-louer que dans les trois hypothèses prévues par l'art. 262 al. 2 CO (refus de communiquer les conditions de la sous-location ; conditions de sous-location abusives ; inconvénients majeurs pour le bailleur).
78. Souvent, le locataire, titulaire d'un bail à loyer, entend non seulement céder au sous-preneur l'usage des locaux loués, mais également y inclure le fonds de commerce et la clientèle, acquis d'un prédécesseur ou constitués au fil des ans.

Dans ce cas de figure, le sous-contrat est un bail à ferme, une « gérance libre » (cf. ci-dessus N 15).

Même si son texte ne le prévoit pas expressément, l'art. 262 CO s'applique aussi au sous-affermage des locaux loués¹⁵².

79. Lorsque le contrat principal est un bail à ferme, hypothèse peu fréquente en pratique (cf. ci-dessus N 14), la règle est différente. Le bailleur peut refuser sans autre son consentement au sous-affermage de tout ou partie des locaux, sans avoir à se justifier. De même, il peut refuser son consentement à la sous-location de la totalité des locaux, sans donner de motif¹⁵³.

Dans l'hypothèse où le fermier entend sous-louer seulement une partie des locaux, le bailleur ne peut s'y opposer qu'en se prévalant des trois motifs de l'art. 291 al. 2 CO (les mêmes que ceux de l'art. 262 al. 2 CO).

80. Cette solution différenciée entre le bail à loyer et le bail à ferme résulte :

¹⁵² TF du 02.06.2008, 4A_127/2008, cons. 2.2, DB 2009 N 13 ; HEINRICH, p. 51.

¹⁵³ Le sous-affermage de tout ou partie des locaux ou la sous-location de la totalité de ceux-ci peut être interdit par le bail à ferme principal, ou être soumis à des conditions autres que celles de l'art. 262 al. 2 CO : ZK-HIGI, art. 291 CO N 16-17 ; CERUTTI, p. 93 et 99 ; Message, p. 1454 ad 422.07.

- D'une rédaction différente des art. 262 al. 2 et 291 al. 2 CO ; cette dernière norme ne vise en effet que la sous-location (et non pas le sous-affermage) des locaux qui font partie de la chose affermée¹⁵⁴ ; les textes allemands et italiens de la norme ne visent de surcroît que la sous-location de « certains des locaux affermés »¹⁵⁵.
 - De la considération que dans le bail à ferme le fermier est tenu d'exploiter personnellement la chose louée et de maintenir sa productivité à long terme (art. 283 al. 1 CO) ; les qualités personnelles et professionnelles du fermier jouent donc un rôle décisif dans son choix par le bailleur¹⁵⁶.
81. Lorsque l'art. 262 al. 2 ou l'art. 291 al. 2 CO s'applique, le bailleur pourra s'opposer à bon droit à la sous-location ou au sous-affermage du café-restaurant, dans les situations suivantes :
- Le sous-locataire ne dispose pas d'une autorisation d'exploiter.
 - Le sous-locataire entend modifier le type de l'établissement ou le genre de la restauration, en particulier lorsque ceux-ci sont spécifiés par le bail principal.
 - Le sous-locataire n'a pas les compétences pour exploiter le restaurant haut de gamme (trois étoiles Michelin).
 - Le locataire principal produit un faux contrat de sous-location¹⁵⁷.
 - Le sous-locataire a modifié l'état des locaux ou leur agencement, sans l'accord du bailleur principal¹⁵⁸.

¹⁵⁴ Aux al. 1 et 3, l'art. 291 CO vise aussi bien le sous-affermage que la sous-location (« le fermier peut sous-affermager ou sous-louer » ; le fermier est garant que « le sous-fermier ou le sous-locataire » ...). En revanche, à l'al. 2, l'art. 291 CO ne vise que la « sous-location », que les textes allemands et italiens qualifient de « Vermietung » et de « locazione ».

¹⁵⁵ « Einzelner zur Sache gehörender Räume » ; « locazione di singoli locali facenti parte della cosa ». La règle de l'art. 291 al. 2 CO ne vise donc que la sous-location de certains des objets affermés, n'ayant qu'une importance mineure par rapport à l'objet du contrat principal : ZK-HIGI, art. 291 CO N 30 ; CERUTTI, p. 92 et 99 ; Message, p. 1454 ad 422.07.

¹⁵⁶ Il est donc plus difficile d'imposer au bailleur l'entrée d'un tiers (sous-fermier ou sous-locataire) dans le bail à ferme que dans le bail à loyer : ZK-HIGI, art. 291 CO N 19 ; CR-RONCORONI, art. 291 CO N 6 ; Message, p. 1454 ad 422.07.

¹⁵⁷ L'hypothèse se rencontre dans la réalité : TF du 28.02.2013, 4A_594/2012, DB 2013 N 6.

- Le loyer de la sous-location est surfait (cf. ci-dessous N 82-88).

Dans ces hypothèses, le locataire qui a pratiqué la politique du fait accompli ou a passé outre une interdiction de sous-location s'expose à la résiliation anticipée de son contrat (cf. ci-dessous N 110).

B. Le montant du loyer de la sous-location ou du sous-affermage

82. En vertu de l'art. 262 al. 2 let. a et 291 al. 2 let. a CO, le locataire ou le fermier doit informer le bailleur des conditions de la sous-location. En particulier, il doit lui remettre une copie (du projet) de contrat de sous-location ou de sous-affermage et lui indiquer le montant du loyer ou du fermage dû par le sous-locataire ou le sous-fermier.

Si le loyer réclamé au sous-locataire ou au sous-fermier est abusif, le bailleur peut à bon droit s'opposer à la sous-location ou au sous-affermage.

83. La pratique signale des abus de la part de certains cafetiers-restaurateurs qui mettent leurs établissements publics en gérance libre.

Souvent, ils perçoivent deux redevances : la première correspond au loyer dû au bailleur ; la seconde, « la gérance », correspond à la rémunération du fonds de commerce, clientèle incluse, mis à la disposition du sous-locataire. Il arrive que l'addition de ces deux redevances et surtout le montant de la seconde mette en péril la bonne marche de l'établissement et entraîne ses gérants successifs à la faillite.

84. Les personnes impliquées dans ce type de transactions abusives affirment parfois, à tort, que le loyer de la sous-location des locaux commerciaux, en particulier celle des cafés-restaurants, n'obéit pas aux mêmes règles que celles des logements.

85. Revenons donc à une certaine orthodoxie : le locataire ou le fermier ne peut répercuter sur le sous-loyer que le montant du loyer qu'il doit lui-même au bailleur, majoré d'une rémunération pour les prestations supplémentaires qu'il fournit au sous-locataire (mobilier, matériel et installations ; éventuelle clientèle ; travaux assumés dans le cadre de la location principale)¹⁵⁹.

¹⁵⁸ TF, CdB 2008 p. 4 (cas de résiliation anticipée).

¹⁵⁹ ATF 119 II 353, cons. 5c, DB 1994 N 10 ; TF du 17.03.2005, 4C.331/2004, MRA 2006 34, cons. 1.2.1 ; MONTINI/WAHLEN, p. 150 ; CO-SVIT, ad art. 262 CO N 17 ;

Une récente jurisprudence genevoise¹⁶⁰ considère, à nos yeux à tort, que dans l'appréciation du loyer de la sous-location, le bailleur principal n'a pas de droit de regard sur la rémunération du fonds de commerce, propriété du locataire principal, mis à disposition du sous-locataire ou du sous-fermier.

Nous sommes d'avis que dans l'appréciation du loyer de la sous-location (art. 261 al. 2 let. b CO ; art. 291 al. 2 let. b CO), le bailleur peut et doit prendre en considération toutes les prestations fournies par le locataire au sous-locataire ou sous-fermier, qu'elles soient matérielles ou immatérielles (« goodwill »).

86. Pour pouvoir se prononcer sur le caractère abusif, ou non, du sous-loyer, comparé au loyer principal¹⁶¹, le bailleur exigera du locataire les justificatifs des prestations qu'il fournit (contrat d'achat du fonds de commerce ; expertise déterminant la valeur du mobilier fourni ; factures pour les travaux assumés, etc.).

Même si la question, controversée, n'a pas été tranchée à ce jour par la jurisprudence¹⁶², le locataire principal peut, à notre avis, prétendre à un profit raisonnable sur les prestations qu'il fournit, voire même sur le loyer qu'il paye au bailleur¹⁶³. Il s'agit cependant de garder la mesure et d'éviter de mettre en péril la survie de l'établissement public, d'une part, et de porter préjudice au bailleur, d'autre part¹⁶⁴.

CARRETERO/MAGISTRINI, p. 86.

¹⁶⁰ Arrêt de la Cour de justice du 10.02.2014 (ACJC/162/2014) ; procédure actuellement (fin mai 2014) pendante devant le Tribunal fédéral, cons. 5.2. Cet arrêt attache de l'importance, à nos yeux à tort, au fait que la redevance de gérance est, dans le cas d'espèce, scindée en deux : loyer proprement dit et rémunération du fonds de commerce.

¹⁶¹ ATF 119 II 353, cons. 5a, DB 1994 N 10 ; ATF 124 III 62, cons. 2b, DB 1998 N 13.

¹⁶² Question non tranchée : ATF 119 II 353, cons. 6e et 6f, DB 1994 N 10 (marge d'appréciation admise) ; ATF 124 III 62, DB 1998 N 13 ; CPra Bail-BISE/PLANAS, art. 262 CO N 40 (prime de risque pour le locataire).

¹⁶³ Dubitatifs : CARRETERO/MAGISTRINI, p. 86. Le locataire est tenu de payer le loyer principal même s'il ne perçoit pas le loyer de la sous-location. Il investit donc des fonds propres qui sont soumis à un risque, comme celui que court le bailleur lorsqu'il finance de ses propres deniers la construction ou l'achat de la chose louée (art. 269 CO). Dans le même sens : HÖCHLI, p. 74 ; CO-SVIT, ad art. 262 CO N 17 ; réservé : HEINRICH, p. 114-115.

¹⁶⁴ Pour le Tribunal fédéral, l'art. 262 al. 2 let. b CO protège le bailleur principal, qui ne doit pas se sentir floué parce que le locataire retire un profit plus élevé que lui de la

87. Concrètement, le calcul suivant nous paraît adéquat (application analogique de l'art. 14 al. 4 OBLF) :

Le loyer admissible de la sous-location correspond au loyer principal, éventuellement majoré d'un intérêt de l'ordre de 5%¹⁶⁵. A ce montant, on ajoute une somme servant à couvrir équitablement les frais d'intérêts, d'amortissement¹⁶⁶ et d'entretien du montant consacré par le locataire à l'acquisition du fonds de commerce et/ou aux travaux qu'il a effectués dans les locaux¹⁶⁷. Si le prix d'acquisition du fonds de commerce paraît manifestement exagéré, on le réduira en appliquant l'art. 269 *in fine* CO, par analogie.

Il ne s'agit toutefois là que de lignes directrices. Chaque cas doit nécessairement être examiné pour lui-même¹⁶⁸.

88. Le bailleur qui constate, à l'issue de l'examen suggéré ci-dessus, que le loyer de la sous-location ou du sous-affermage est abusif, peut s'y opposer à bon droit (art. 261 al. 2 let. b et 291 al. 2 let. b CO)¹⁶⁹.

location : ATF 119 II 353, cons. 6c, DB 1994 N 10 ; TF du 17.03.2005, 4C.331/2004, cons. 1.2, MRA 2006, p. 34.

¹⁶⁵ Pour financer les montants qu'il avance au bailleur en s'acquittant du loyer de la location principale, le locataire ne peut pas, en règle générale, bénéficier d'un emprunt hypothécaire. Il est légitime que le taux d'intérêt soit plus élevé que celui servant au calcul du loyer selon l'art. 269 CO.

¹⁶⁶ A nos yeux, en règle générale, le cafetier-restaurateur doit avoir amorti son investissement à la fin du bail (cf. ci-dessus N 54).

¹⁶⁷ Du même avis, apparemment : HEINRICH, p. 112. Exemple : Le loyer principal correspond à CHF 120'000.- par an ; le cafetier-restaurateur a investi CHF 300'000.- dans l'établissement, y compris pour l'acquisition du fonds de commerce. Après cinq ans, il met son établissement en gérance libre et le bail court encore pendant dix ans. Le loyer de la gérance se calcule comme suit :

- RépercuSSION du loyer du bail principal : CHF 120'000.- + (5% x CHF 120'000.-) = Frs 126'000.-
- Amortissement de l'investissement résiduel : CHF 200'000.- (soit 2/3 x CHF 300'000.-)/10 = CHF 20'000.-
- Intérêt du capital investi : CHF 200'000.- x 5%/2 = CHF 5'000.- (la division par 2 correspond à l'effet dégressif de l'amortissement)
- Entretien des installations financées : 1% x CHF 200'000.- = CHF 2'000.-

Total : CHF 126'000.- + CHF 20'000.- + CHF 5'000.- + CHF 2'000.- = CHF 153'000.-

¹⁶⁸ MOSCA, p. 214 N 51 ; CO-SVIT, art. 262 CO N 17 ; CARRETERO/MAGISTRINI, p. 87. Par exemple, si à la fin du bail le locataire principal a droit à une indemnité pour son investissement il faut en tenir compte. D'un avis contraire : HEINRICH, p. 112-113. Il en va de même si, en vertu d'un accord particulier le bailleur s'est engagé à racheter le fonds de commerce du locataire à la fin du bail.

Lorsque le cafetier-restaurateur passe outre une interdiction de sous-louer ou de sous-affermer les locaux, et pratique un loyer de la sous-location jugé abusif, le bailleur peut résilier le bail de manière anticipée (art. 257f al. 3 CO), en règle générale après avoir sommé le contrevenant de mettre fin à la sous-location ou au sous-affermage.

En revanche, le bailleur qui, en toute connaissance, a donné son consentement à la sous-location ou au sous-affermage des locaux moyennant un loyer abusif ne peut pas, pour ce motif, valablement résilier ultérieurement le bail. Un tel congé serait annulable au sens de l'art. 271 al. 1 CO (attitude contradictoire du bailleur).

VII. La remise du fonds de commerce du café-restaurant

A. Le contrat de remise de commerce

89. Le restaurateur, locataire ou fermier, qui entend céder son établissement est en règle générale amené à conclure un contrat de vente du fonds de commerce avec un repreneur¹⁷⁰. D'ordinaire, ce contrat est subordonné à l'octroi par le bailleur au repreneur d'un nouveau contrat de bail (cf. ci-après N 96-98), ou au transfert du bail (cf. ci-après N 99-102)¹⁷¹.
90. Pour le Tribunal fédéral, le contrat de vente de fonds de commerce est un contrat *sui generis*, auquel les règles de la vente mobilière s'appliquent en premier lieu¹⁷².
91. Le contrat de remise de commerce, auquel le bailleur ne participe pas, porte en règle générale sur :
 - Le mobilier, l'agencement, le matériel et les installations garnissant les locaux¹⁷³, pour autant qu'ils appartiennent au restaurateur/

¹⁶⁹ Rappel : si le contrat principal est un bail à ferme, le bailleur peut s'opposer au sous-affermage de tout ou partie des locaux ou à la sous-location de la totalité des locaux, même si le loyer pratiqué par le fermier principal n'est pas abusif : cf. ci-dessus N 79 et 80.

¹⁷⁰ Si l'établissement périclite : cf. ci-après N 104.

¹⁷¹ Sur les risques (de dommages-intérêts) que prend le vendeur du fonds de commerce qui omet de prévoir une telle condition, suspensive ou résolutoire : CPra Bail-BISE/PLANAS, art. 263 CO N 27.

¹⁷² ATF 129 III 18, cons. 2.1, DB 2003 N 24 ; TF du 10.12.1986, C.294/1986, SJ 1987 p. 177, cons. 2a ; TERRAPON, p. 155 N 7 ; CPra Bail-BISE/PLANAS, art. 263 CO N 28.

¹⁷³ La pratique alémanique distingue le « Mietinventar » (« inventaire loué ») qui appartient

vendeur et ne soient grevés d'aucune restriction du droit d'aliéner (réserve de propriété, saisie, droit de gage, etc.).

- Le stock¹⁷⁴ : vivres, boissons, tabacs, matériel publicitaire, matériel de bureau, matériel de nettoyage, etc.
- Le droit au bail : il s'agit du droit du repreneur de se voir accorder un nouveau bail, voire de se voir transférer le bail en cours. Ce droit n'existe que par le consentement du bailleur.
- Le droit à l'enseigne (cf. N 49-50 ci-dessus), soit le droit de faire usage du nom du café-restaurant, dans l'hypothèse où le repreneur souhaite ou doit le conserver.
- La clientèle : il s'agit de la clientèle commercialement attachée à l'établissement, notamment celle constituée par le vendeur du fonds de commerce¹⁷⁵⁻¹⁷⁶ ; d'ordinaire le contrat de remise de commerce ne donne pas de plus amples précisions sur cette clientèle ; si toutefois le bilan et le compte de pertes et profits de l'établissement sont annexés au contrat de remise de commerce, le repreneur peut se faire une idée de l'importance de cette clientèle¹⁷⁷.

au bailleur et fait partie de l'objet loué et affermé (cf. bail-type de GastroSuisse, art. 18 à 20) et le « Kaufinventar » (« inventaire racheté »), soit le petit matériel nécessaire à l'exploitation du restaurant que le bailleur, s'il exploitait précédemment l'établissement, cède souvent au locataire (cf. bail-type de GastroSuisse, art. 21). Sur ces distinctions : STRAUB N 178 à 196 et 202 à 214. La vente du fonds de commerce ne peut pas porter sur le « Mietinventar », propriété du bailleur.

¹⁷⁴ Sur le stock (« Warenlager »), vendu au prix du jour : STRAUB, N 215. L'acheteur s'assurera que les marchandises comprises dans le stock ne sont pas périmées.

¹⁷⁵ Evidemment, le vendeur ne dispose pas de cette clientèle. Mais son existence contribue à la valeur commerciale du café-restaurant, pour autant que le repreneur sache la conserver.

¹⁷⁶ La terminologie fluctue. La clientèle est parfois désignée par l'expression de « goodwill ». Par ce dernier, on désigne cependant d'ordinaire tous les éléments immatériels liés au café-restaurant : localisation, organisation, relations avec les fournisseurs, qualité des employés et clientèle : MINDER, p. 83 N 246 et réf. cit. Pour le TF, le « goodwill » est la valeur économique qui, pour le repreneur, correspond à la possibilité de garder la clientèle existante et de la sorte de créer sa propre entreprise (ATF 119 II 222, cons. 2a). Parfois, le TF distingue le goodwill et la clientèle : ATF 131 III 257, cons. 3.

¹⁷⁷ Si le vendeur n'entend pas garantir à l'acheteur qu'il réalisera au moins un chiffre d'affaires déterminé, il lui est déconseillé de se référer à la comptabilité dans le contrat de remise de commerce. Cf. à cet égard TF du 08.02.2010, 4A_601/2009, cons. 3.2.1 cité par TERRAPON, p. 160 N 30-31 (promesse du vendeur de favoriser la reprise de la

- Certains autres contrats dont le vendeur est titulaire (livraison de bière, automates, entretien des installations, assurances¹⁷⁸, etc.).
 - Tout ou partie des contrats de travail du personnel existant¹⁷⁹.
92. Les clauses importantes du contrat de remise de commerce concernent en général :
- La garantie donnée par le vendeur qu'il peut librement disposer du matériel, du stock et des droits cédés ;
 - La garantie, ou non¹⁸⁰, du bon fonctionnement des installations cédées.
 - La commission due par l'une ou l'autre des parties (d'ordinaire le vendeur) à un courtier en fonds de commerce¹⁸¹.
 - Le contenu du bail existant (copie à joindre au contrat de remise de commerce) ; la garantie que le locataire est à jour dans le paiement du loyer ; l'assurance que le bail n'a pas été résilié et qu'aucune procédure contre le bailleur n'est en cours.
 - La date à laquelle la remise du commerce interviendra, pour autant que la condition liée à l'octroi d'un nouveau bail ou au transfert du bail existant se réalise.
 - La condition, suspensive ou résolutoire, rédigée de manière précise, relative au bail souhaité par le repreneur¹⁸² ; celui-ci n'envisage-t-il

clientèle par l'acheteur).

¹⁷⁸ Le transfert de ces contrats, comme le transfert des sûretés (art. 257e CO), présuppose l'intervention du tiers concerné (pour les sûretés, la banque).

¹⁷⁹ Le personnel existant, en particulier le « chef » du restaurant, participe au goodwill ; pour le transfert du personnel, cf. les art. 333 et 333a CO.

¹⁸⁰ Le contrat prévoit souvent que le repreneur reprend le matériel et les installations en leur état actuel, sans aucune garantie, sauf celle résultant des défauts intentionnellement cachés (art. 199 CO).

¹⁸¹ Les cantons réglementent parfois la profession d'agent en fonds de commerce : cf. la Loi genevoise sur les agents intermédiaires du 20 mai 1950 (I 2.12). Elle a institué une commission de taxation de leurs honoraires (cf. Règlement I 2.12.01, art. 15).

¹⁸² Tout contrat de remise de commerce bien rédigé subordonne la vente du fonds de commerce à la conclusion d'un nouveau bail avec le repreneur ou au transfert du bail existant. Dès lors, les discussions en doctrine quant à la question de savoir si le transfert du bail présuppose nécessairement l'existence d'un contrat de remise de commerce nous paraissent académiques : CPra Bail-BISE/PLANAS, art. 263 CO N 20-26 ; TERRAPON, p. 155-156 N 8-9 ; MINDER, p. 126-133 N 366-385.

que le transfert du bail existant ? Accepte-t-il de conclure un nouveau bail ? Le cas échéant, moyennant quel loyer maximum et pour quelle durée au moins ?

- La mention que le repreneur n'assume aucune des dettes, ni ne reprend aucune des créances du cédant¹⁸³ ; d'ordinaire, ce dernier procède, par voie de publication, à un appel à ses créanciers.

Au contrat de remise de commerce, nécessairement écrit¹⁸⁴, les parties joindront un inventaire précis du matériel, du mobilier, des installations et du stock cédés.

93. Le prix de la remise du commerce d'un café-restaurant n'obéit pas à des règles strictes.

Certes, la valeur du matériel, du mobilier et des installations peut être déterminée à l'aide d'une expertise¹⁸⁵. La valeur du « goodwill » est, elle, beaucoup plus difficile à cerner. Elle dépend nécessairement de la qualité de l'établissement, de son emplacement, de son aménagement, de son personnel, de la compétence de l'exploitant et d'éléments externes que les parties ne maîtrisent pas (exemple : développement ou désertification à venir du quartier).

Des données empiriques sont parfois évoquées en pratique : « la valeur du fonds de commerce correspond à une année du chiffre d'affaires du café-restaurant ». Exagérément simplificatrices, ces « règles » font courir des risques au repreneur.

Le juste prix de la remise de commerce, s'il existe, doit découler d'une analyse des chiffres suivants : son coût annuel pour le repreneur (intérêts et amortissement de l'emprunt contracté et/ou du capital propre investi) ; chiffre d'affaires et rendement net¹⁸⁶ prévisionnels de

¹⁸³ La reprise des passifs n'est pas une condition nécessaire du contrat de remise de commerce : MINDER, p. 158-159 N 437-438 et réf. cit.

¹⁸⁴ La forme écrite n'est pas requise légalement (sauf cession de créance : art. 165 CO ou application de l'art. 70 LFus), mais pratiquement indispensable : TERRAPON, p. 156 N 10-11 ; MINDER, p. 163 N 451.

¹⁸⁵ Parmi d'autres fiduciaires, Gastroconsult procède à de telles expertises (www.gastroconsult.ch).

¹⁸⁶ En 2011, en Suisse en moyenne 48,5% du chiffre d'affaires des hôtels et des restaurants a été consacré au salaire du personnel (source : GastroSuisse, Reflet économique de la branche 2013, p. 40).

l'établissement ; tendances de la conjoncture ; nécessaire marge de sécurité.

Dans l'appréciation du prix de la remise de commerce, la durée du bail transféré ou à conclure est essentielle. Elle doit être suffisante pour permettre au repreneur d'amortir son investissement (cf. ci-dessus N 54).

94. D'ordinaire, le vendeur du fonds de commerce perçoit une avance¹⁸⁷ sur le prix, à la signature du contrat de remise de commerce. Elle vaut arrhes et dédit (art. 158 CO). Le solde est payé à la levée de la condition, suspensive ou résolutoire, relative au bail à loyer.
95. Le cafetier-restaurateur qui reprend un établissement public passe parfois par les alternatives suivantes au contrat de remise de commerce conclu avec un repreneur :
 - Lorsque le bailleur détenait lui-même le fonds de commerce (il exploitait jusqu'alors l'établissement), le repreneur conclut simultanément avec celui-ci un nouveau bail à loyer et un contrat de cession du commerce¹⁸⁸. Selon son contenu, son prix, son interdépendance avec le bail, ce second contrat peut parfois tomber sous le coup de l'art. 254 CO relatif à la transaction couplée¹⁸⁹ (cf. ci-dessus N 67-68).
 - Lorsque le précédent locataire n'exploitait pas déjà dans les locaux un établissement public, le repreneur, désireux d'ouvrir un nouveau restaurant, peut lui offrir une somme d'argent pour qu'il renonce à son bail. Cet accord est naturellement subordonné à l'octroi par le propriétaire de l'immeuble d'un bail au repreneur. De telles conventions (*Schlüsselgeld* ; *key money* ; *golden handshake*) sont admises en pratique pour autant qu'elles ne compromettent pas la solvabilité du repreneur, que le local soit bien situé, que le bail du cédant (s'il est transféré) coure encore pour une certaine durée et

¹⁸⁷ Cette avance est d'ordinaire conservée par l'agent en fonds de commerce jusqu'à la finalisation de l'accord, conclusion du nouveau bail ou du transfert de bail inclus.

¹⁸⁸ Exemple : TF du 05.07.2007, 4C.84/2007, DB 2008 N 4.

¹⁸⁹ Sur la question : MINDER, p. 133-157 N 386-433 ; CPra Bail-BISE/PLANAS, art. 263 CO N 30 ; TF du 13.01.1999, 4C.207/1998, DB 1999 N 3 ; TF du 26.09.2001, 4C_161/2001, DB 2004 N 2 et note de KNOEPFLER. Si exceptionnellement la remise de commerce correspond à une transaction couplée, elle peut être déclarée partiellement nulle, son prix étant alors réduit.

que la pénurie de locaux dans le secteur rende difficile la découverte d'une solution équivalente¹⁹⁰⁻¹⁹¹.

La frontière est d'ordinaire floue entre ce type de transaction et la « convention de pas-de-porte » par laquelle, profitant des circonstances, un locataire ne vend à son successeur « que du vent ».

Pareille convention dite de pas-de-porte peut, selon les circonstances, être nulle en vertu de l'art. 20 CO (contrat illicite ou contraire aux mœurs) ou annulable sur la base de l'art. 21 CO (lésion). Si le bailleur ou un tiers agissant pour son compte participe à la transaction, l'art. 254 CO¹⁹² (transaction couplée ; cf. ci-dessus N 67-68) peut s'appliquer. Tel pourrait être le cas si le bailleur perçoit une partie du « *key money* ».

B. Le nouveau bail à loyer

96. En pratique, la remise du fonds de commerce va souvent de pair avec la conclusion par le repreneur d'un nouveau bail à loyer¹⁹³.

En effet, en cas de transfert de bail (art. 263 CO), les parties peuvent seulement exiger du bailleur qu'il respecte le contrat existant, quant à sa durée, quant à son loyer et quant aux autres obligations. Or, souvent, le repreneur désire un contrat de plus longue durée¹⁹⁴ ; ou bien il entend procéder dans les locaux à des travaux de modification ou de

¹⁹⁰ TERRAPON, p. 161 N 34-35 citant une décision fribourgeoise. Sur la question : MINDER, p. 167 à 173 N 462-477 ; WETZEL/MESEK, p. 5-9.

¹⁹¹ Les tribunaux n'ont pas eu à trancher beaucoup de cas de « *key money* » parce que d'ordinaire elles mettent en rapport trois acteurs consentants : le nouveau locataire veut absolument ouvrir boutique dans un emplacement prestigieux de la ville ; il est donc prêt à mettre le prix et dans ces circonstances seul un groupe puissant économiquement est capable de le faire ; le vendeur qui renonce à son bail fait une excellente affaire et ne s'en plaint pas ; le bailleur prend d'ordinaire au passage une majoration de loyer et se dit également satisfait. Voir cependant : CJ GE, MP 2002, p. 110 ; TF du 26.09.2011, 4C.161/2001, DB 2004 N 2.

¹⁹² WETZEL/MESEK, p. 6-7 et réf. de jurisprudences citées (notamment TF du 26.09.2001, 4C.161/2001, DB 2004 N 2).

¹⁹³ Il s'agira ici nécessairement d'un bail à loyer. Le fonds de commerce appartenant au vendeur et non au bailleur, le contrat de bail ne portera pas sur un établissement en état de marche (cf. ci-dessus N 10, 11 et 14).

¹⁹⁴ Plus le prix de la remise de commerce est élevé, plus l'acheteur aura besoin de temps pour l'amortir (cf. ci-dessus N 54).

rénovation, lesquels impliquent l'accord préalable écrit du bailleur (art. 260a al. 1 CO).

La conclusion d'un nouveau bail s'impose également lorsque le repreneur veut changer la destination des lieux¹⁹⁵.

97. Le bailleur et le repreneur qui concluent un nouveau bail dans les circonstances décrites ci-dessus seront nécessairement amenés à en négocier, entre autres, le loyer et la durée. Si la conjoncture le permet, le bailleur obtiendra un loyer plus élevé que celui résultant du précédent bail ; en contrepartie, il concédera une longue durée du bail. Il assumera peut-être le coût de certains travaux.
98. Lorsque la négociation relative à un nouveau bail vient à chef, le contrat de remise de commerce entrera en force, d'une part¹⁹⁶. Le bailleur et le cédant du fonds de commerce conviendront d'autre part de la libération de ce dernier de ses obligations contractuelles¹⁹⁷.

C. Le transfert du bail

99. Sur le transfert du bail commercial (art. 263 et 292 CO)¹⁹⁸, la littérature est abondante et exhaustive¹⁹⁹.

Nous ne nous attarderons dès lors que sur deux sujets spécifiques aux cafés-restaurants : les cas où le bailleur peut s'opposer au transfert du bail souhaité par le restaurateur en place (cf. ci-dessous N 101) ; la portée du caractère impératif de l'art. 263 CO (cf. ci-dessous N 102).

¹⁹⁵ Le souhait du repreneur de modifier la destination ou l'agencement des locaux constitue, en règle générale, un juste motif de refus du transfert de bail (cf. ci-après N 101).

¹⁹⁶ La contestation du loyer initial est ouverte dans ce cas de figure, aux conditions de recevabilité de l'art. 270 CO, alors qu'elle ne l'est pas en cas de transfert de bail. Cela peut être un motif pour le bailleur de préférer transférer le bail préexistant, en en prolongeant simultanément la durée.

¹⁹⁷ Dans ce cas de figure, l'ancien locataire sera libéré de ses obligations alors que le locataire transférant reste responsable des siennes pendant deux ans au plus (art. 263 al. 4 CO).

¹⁹⁸ L'art. 263 CO s'applique aussi au bail à ferme portant sur des locaux commerciaux, par renvoi de l'art. 292 CO.

¹⁹⁹ Cf. les contributions de BARBEY, JACQUEMOUD-ROSSARI, TERRAPON et MINDER citées dans la bibliographie. Pour le transfert d'un bail dont les locataires sont conjoints et solidaires : TF du 21.11.2012, 4A_352/2012 et 4A_358/2012, MRA 2013/3, p. 57 et commentaire de SOHM, p. 69.

100. Signalons encore une récente jurisprudence du Tribunal fédéral : en cas de transfert du bail commercial, le contrat de sous-location conclu par le locataire transférant ne passe pas *ipso facto* au bénéficiaire du transfert. Faute d'un accord entre ce dernier et le sous-locataire sur sa poursuite, le contrat de sous-location prend fin en même temps que le locataire transférant perd l'usage des locaux²⁰⁰.

Dès lors, si le restaurant vendu fait l'objet d'un contrat de sous-location, les accords entre vendeur, acheteur et bailleur doivent être complétés par une convention entre le sous-locataire et l'acheteur. A défaut, le locataire qui a transféré son bail s'expose à une action en dommages-intérêts de la part du sous-locataire évincé de ses droits.

101. Après avoir pris connaissance de la convention de remise de commerce²⁰¹, le bailleur pourra refuser son consentement écrit²⁰² au transfert du bail d'un café-restaurant dans les hypothèses (justes motifs ; art. 263 al. 2 CO) suivantes²⁰³ :

- Le repreneur n'a pas de certificat de capacité ou ne remplit pas les autres conditions personnelles d'octroi de l'autorisation d'exploiter (cf. ci-dessus N 24).
- Il n'a pas les compétences, ni l'expérience pour gérer l'établissement public concerné (vaut surtout pour les restaurants, notamment ceux présentant un haut niveau de gastronomie).
- Le nouvel établissement projeté générera des nuisances accrues par rapport au précédent.

²⁰⁰ ATF 139 III 353, DB 2013 N 8.

²⁰¹ Le bailleur peut exiger, sous peine de refus justifié du transfert de bail, la production du contrat de remise de commerce : CPra Bail-BISE/PLANAS, art. 263 CO N 38 ; MINDER, p. 200-205 en particulier N 573-574.

²⁰² La pratique admet, selon les circonstances, le consentement du bailleur résultant d'actes concluants : ATF 125 III 226, cons. 2b, DB 1999 N 12 ; CPra Bail-BISE/PLANAS, art. 263 CO N 35 et réf. à TF du 08.10.2002, 4C.167/2002 et à TF du 03.01.2004, 4C.246/2003 ; SAVIAUX, Abus de droit, p. 8-9 ; TERRAPON, p. 162-163 N 36, 37, 40 et 41 ; MINDER, p. 210-222 N 593-628.

²⁰³ Sur les motifs de refus du transfert de bail : MINDER, p. 241-269 N 679-752. Voir aussi les art. 4.4 des conditions générales genevoises pour locaux commerciaux, 6 al. 3 des conditions générales vaudoises pour locaux commerciaux et 9 al. 3 des conditions neuchâteloises pour locaux commerciaux.

- Le personnel de l'ancien exploitant n'est pas repris et le manque de personnel qualifié (cuisinier notamment) met en péril la survie ou la réputation de l'établissement.
 - Le repreneur veut modifier de fond en comble le concept du café-restaurant ; le nouveau concept ne correspond pas aux exigences prévues par le bail transféré (cf. ci-dessus N 42-43).
 - Le repreneur veut effectuer dans les locaux des modifications et des rénovations que le bailleur n'entend pas accepter (art. 260a al. 1 CO) ou qui ne répondent pas aux exigences des autorités administratives (cf. ci-dessus N 25).
 - Le montant convenu pour la remise de commerce (cf. ci-dessus N 93) compromet la solvabilité du bénéficiaire du transfert : ajoutés au montant du loyer et aux charges l'établissement, les intérêts et l'amortissement de l'emprunt contracté par le repreneur pour acheter le fonds de commerce ne lui laissent aucune marge bénéficiaire, ou ne lui laissent qu'une marge trop faible (au regard du chiffre d'affaires du précédent exploitant).
102. Le contrat de bail à loyer ou à ferme peut-il faire obstacle au transfert du bail en autorisant le bailleur à se substituer au bénéficiaire du transfert, s'il paie au locataire transférant le montant prévu par le contrat de remise de commerce ?

De telles clauses se retrouvent dans certains baux-type (formulaires pré-imprimés)²⁰⁴, lesquels permettent parfois au bailleur de limiter le prix de la remise de commerce à un montant déterminé par des experts²⁰⁵.

Cette question n'a guère occupé les tribunaux²⁰⁶. A nos yeux, de telles clauses heurtent le caractère impératif de l'art. 263 al. 2 CO²⁰⁷ et sont

²⁰⁴ Art. 4.3 des conditions générales genevoises pour locaux commerciaux : « Dès qu'il possède tous les renseignements, le bailleur dispose d'un délai de soixante jours pour accepter ou refuser le transfert ou pour se substituer au bénéficiaire du transfert aux conditions convenues par ce dernier avec le locataire ».

²⁰⁵ Art. 6 al. 4 des dispositions générales vaudoises pour locaux commerciaux : « Le bailleur a le droit de se substituer au tiers en offrant au locataire une indemnité qui soit adaptée à la nature de l'exploitation, à dire d'experts » (même clause : art. 9 al. 6 des dispositions générales neuchâteloises pour les locaux commerciaux).

²⁰⁶ Pas plus que celle du bailleur qui veut imposer au locataire transférant la personne de son choix, susceptible de reprendre l'établissement aux mêmes conditions : BARBEY, p. 56 ; CPra Bail-BISE/PLANAS, art. 263 CO N 42.

vraisemblablement nulles²⁰⁸. Ceci précisé, de telles clauses sont indolores pour le locataire transférant : il ne subit en règle générale aucun préjudice et ne peut pas prétendre à des dommages-intérêts²⁰⁹.

Si à l'issue de la procédure d'expertise prévue par le bail, le prix de la remise de commerce s'en trouve réduit à tort, le locataire transférant pourra se plaindre d'une violation de l'art. 263 al. 2 CO et à tout le moins agir en dommages-intérêts²¹⁰ ; encore faut-il que le montant de la reprise de commerce convenue avec le repreneur ne soit objectivement pas surfait²¹¹.

VIII. La résiliation du bail des cafés et des restaurants

A. La résiliation donnée par le locataire ou par le fermier

103. A moins qu'il ait conclu avec son bailleur un accord d'indemnisation à la fin du contrat (cf. ci-dessus N 47)²¹², le cafetier-restaurateur n'a pas intérêt à résilier son bail de manière anticipée ou pour son échéance : il perdrait son fonds de commerce. Il a avantage à négocier la remise de son fonds de commerce et la conclusion d'un nouveau bail au profit du repreneur ou le transfert de son contrat à ce dernier (cf. ci-dessus N 89-102).

²⁰⁷ Un arrêt non publié de la Cour de justice de Genève du 7 septembre 2009 (ACJC/1025/2009) arrive à cette conclusion à propos de l'art. 4.3 des conditions genevoises pour locaux commerciaux (cf. note 204 ci-dessus).

²⁰⁸ A noter que la doctrine est divisée quant au caractère absolument impératif (selon nous) ou relativement impératif de l'art. 263 al. 2 CO : MINDER, p. 58-60 N 162-168.

²⁰⁹ Encore faut-il que le contrat de remise de commerce comporte une condition, suspensive ou résolutoire claire (cf. ci-dessus N 89), ne permettant pas au bénéficiaire du transfert du bail de demander des dommages-intérêts au vendeur, s'il n'obtient pas un bail. Cf. CPra Bail-BISE/PLANAS, art. 263 CO N 42.

²¹⁰ Voire en constatation de son droit à exiger le transfert du bail : ATF 125 III 226, cons. 2b, DB 1999 N 12.

²¹¹ Si le prix de la reprise est surfait, le bailleur aurait pu refuser son consentement au transfert du bail. Dès lors, si le bailleur et les experts proposent le « juste prix » au locataire transférant, celui-ci ne subit en principe pas de dommage, mais il peut tout de même tenter de faire constater par le juge qu'il aurait été légitimé à obtenir un prix plus élevé.

²¹² Voir également les notes 215 et 217 ci-après.

104. Lorsque les affaires vont mal, et que mois après mois il perd de l'argent, le cafetier-restaurateur n'a souvent pas d'autre solution que de restituer les locaux avant terme (art. 264 et 293 CO)²¹³ ou de résilier son contrat, de manière anticipée ou pour son échéance. Dans ces hypothèses, le locataire ou le fermier fera souvent le deuil de son fonds de commerce.

Confronté à pareille situation économique difficile, le locataire doit se souvenir que la fin anticipée du bail peut être consensuelle²¹⁴ : rien n'interdit aux partenaires de convenir d'une fin prématurée de la relation contractuelle.

Lorsque le café-restaurant périclité, les parties ont tout intérêt à nouer rapidement le dialogue. Selon les circonstances, le bailleur acceptera de libérer le cafetier-restaurateur de ses obligations contractuelles, et même parfois de lui racheter le mobilier ou le matériel²¹⁵.

105. A défaut d'un accord sur la fin anticipée du contrat, le cafetier-restaurateur peut parfois se prévaloir de l'art. 259b let. a CO relatif à la résiliation pour défaut grave de la chose louée. Exemple : la construction d'une autoroute complique notoirement l'accès de la clientèle à l'établissement et est à l'origine de sa déconfiture.

Parfois, l'art. 266g CO permettra au preneur de se départir avant terme du contrat, moyennant toutefois le paiement d'une indemnité : grave crise dans la restauration ; sérieux problèmes de santé du restaurateur, par exemple.

Ces deux hypothèses sont d'application plutôt rare.

²¹³ La jurisprudence récente rappelle que le locataire qui se prévaut de l'art. 264 CO doit effectivement restituer la totalité des locaux (les clés) et non pas seulement manifester l'intention de le faire : OGer LU, MP 2012 279 ; OGer AG, MP 2013 302 ; KLEY, p. 260-262 et réf. cit.

²¹⁴ Contrat résolutoire, équivalent à une restitution anticipée des locaux (art. 264 CO) sans obligation de présenter un locataire de remplacement. Cf. la contribution de ZANETTI, *Der Aufhebungsvertrag*, citée dans la bibliographie.

²¹⁵ Surtout si le contrat prévoit que le bailleur s'engage à le faire reprendre par un nouveau locataire (cf. art. 3 des dispositions complémentaires vaudoises pour les établissements de l'hôtellerie et de la restauration) ou que le locataire s'engage à le vendre à son successeur (cf. art. 3 al. 1 des dispositions complémentaires neuchâteloises pour établissements publics).

106. Lorsque la santé économique de l'établissement public est fortement altérée, le bail prend souvent fin dans le cadre de la faillite de l'exploitant²¹⁶.

B. La résiliation donnée par le bailleur

107. La résiliation donnée par le bailleur pour l'échéance (résiliation ordinaire) est le cas le plus fréquent de la fin du contrat de bail à loyer ou à ferme²¹⁷.

Si le cafetier-restaurateur saisit à temps la Commission de conciliation en matière de baux (art. 273 CO), on se demandera si une telle résiliation est annulable (art. 271 et 271a CO)²¹⁸.

Pour les cafés-restaurants, le congé ordinaire ne sera pas contraire à la bonne foi (art. 271 al. 1 CO) et ne sera donc pas annulable dans les hypothèses suivantes :

- Le bailleur aurait pu donner le congé anticipé (cf. ci-dessous N 110). A cet égard, on rappelle que la jurisprudence a admis « le fusil à deux coups », soit la résiliation donnée de manière anticipée, doublée d'une résiliation ordinaire dans l'hypothèse où la première ne serait pas valable²¹⁹.
- La solvabilité du cafetier-restaurateur est chancelante, alors même que les conditions d'une résiliation anticipée au sens des art. 257d al. 2 et 266h CO ne sont pas réunies²²⁰.
- Le bailleur ne veut plus louer les locaux à l'usage d'un café-restaurant²²¹.

²¹⁶ Sur la faillite du locataire, cf. notamment les contributions de LORANDI et de SOHM citées dans la bibliographie.

²¹⁷ Certains contrats prévoient en cas de résiliation du bail par le bailleur une indemnisation du locataire pour la clientèle : art. 4 des dispositions complémentaires vaudoises pour les établissements de l'hôtellerie et de la restauration ; cf. TF du 05.07.2007, 4C.84/2007, DB 2008 N 4.

²¹⁸ Pour autant que le locataire demande l'annulation du congé dans sa requête à l'autorité de conciliation.

²¹⁹ ATF 137 III 389, cons. 8.4.2, CdB 2011, p. 108 ; THANEI, p. 91-92.

²²⁰ TF du 18.02.2009, 4A_568/2008, DB 2010 N 26 ; TF du 07.11.2011, 4A_305/2011, cons. 2.2 (non publié aux ATF 137 III 547).

²²¹ ATF 136 III 190, cons. 3, DB 2010 N 24. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral relève que

- Il entend obtenir un loyer plus élevé par le biais d'une nouvelle location. Dans cette hypothèse, le bailleur doit démontrer, sur la base de la méthode absolue (rendement de la chose louée, art. 269 CO ; loyers du quartier, art. 269a let. a CO) qu'il est à même de prétendre à un loyer plus élevé²²².
 - Le bailleur entend vendre l'immeuble : le fait que les locaux soient vides facilite pareille vente²²³.
 - Il entend rénover l'immeuble et le départ du locataire facilitera les travaux²²⁴.
108. Le cafetier-restaurateur peut espérer obtenir l'annulation du congé ordinaire dans les circonstances suivantes :
- Le bailleur fait valoir que le restaurant génère des nuisances ; il en connaissait pourtant l'existence le jour, récent, de la conclusion du contrat²²⁵.
 - Le motif de résiliation donné par le bailleur est de peu de poids, alors que le locataire est en place depuis de très nombreuses années, qu'il est âgé et atteint dans sa santé²²⁶. Si, toutefois, la maladie ou l'âge du cafetier-restaurateur compromet la bonne marche de

la tolérance aux nuisances occasionnées par un restaurant est moindre à l'heure actuelle que dans le passé.

²²² ATF 120 II 105, cons. 3b, DB 1994 N 20 ; TF du 11.03.2008, 4A_472/2007, cons. 2.1, MP 2008, p. 171 ; TF du 21.10.2009, 4A_379/2009, cons. 3, MP 2010, p. 32 ; commentaire de THANEI, p. 95-96.

²²³ TF du 18.11.2002, 4C.267/2002, DB 2004 N 19.

²²⁴ ATF 135 III 112, DB 2009 N 9 ; TF du 01.07.2010, 4A_227/2010, cons. 2.3, MP 2010, p. 276. Cas où une résiliation pour rénovation a été jugée abusive : TF du 25.06.2008, 4A_131/2008, MP 2008, p. 167 ; TF du 09.12.2009, 4A_414/2009, MP 2010, p. 134 ; TF 4A_425/2009 du 11.11.2009, DB 2010 N 23 ; OGer ZH, MP 2011, p. 140. Cas où le TF s'est interrogé sur la possibilité pour le bailleur de transformer la destination des locaux, eu égard au droit administratif : TF du 30.04.2013, 4A_726/2012, DB 2013 N 15. Au vu de ces jurisprudences divergentes, pour décider de l'annulabilité, ou non, d'un congé donné pour rénover les locaux, chaque cas doit être étudié pour lui-même. Sur la résiliation pour rénovation, cf. la contribution de ZUCKER citée dans la bibliographie ; THANEI, p. 94-95.

²²⁵ TF du 23.03.2009, 4A_583/2008, MP 2009, p. 226.

²²⁶ Cas de disproportion des intérêts en présence (cf. THANEI, p. 93-94) : TF du 19.02.2009, 4A_575/2008, MP 2009, p. 96 ; TF du 02.09.2010, 4A_300/2010 ; TF du 06.10.2010, 4A_297/2010.

l'établissement et qu'il n'a pas engagé des employés qualifiés pour le remplacer, le congé devra en règle générale être validé.

109. S'il n'obtient pas l'annulation du congé ordinaire, le cafetier peut encore espérer une prolongation de son bail (art. 272 ss CO).

Pareille prolongation sera difficilement accordée ou ne le sera que pour une brève durée, inférieure au maximum légal de six ans (art. 272b al. 1 CO) dans les cas suivants :

- Le commerçant n'exploite plus les locaux²²⁷.
 - Le bail a été conclu pour une durée déterminée²²⁸.
 - Le cafetier-restaurateur s'est abstenu de rechercher des solutions de relogement²²⁹.
110. Enfin, après une vaine mise en demeure écrite, le bailleur peut congédier de manière anticipée le cafetier-restaurateur dans les hypothèses suivantes (art. 257f al. 3 et 285 al. 1 CO) :
- Le cafetier-restaurateur ne respecte pas les exigences de la loi cantonale sur les auberges et les débits de boissons, qui sont de son ressort (cf. ci-dessus N 24 et N 29-32).
 - Il méconnaît la destination particulière des locaux et le type d'établissement prévu (cf. ci-dessus N 42-43).
 - Sa clientèle²³⁰ gêne considérablement le voisinage et ne respecte pas les prescriptions de police ; le cafetier-restaurateur n'a pas pris les mesures nécessaires.
 - L'établissement n'est plus exploité ou ne l'est que sporadiquement. Cette dernière hypothèse a particulièrement de l'importance lorsque le loyer est fonction du chiffre d'affaires (cf. ci-dessus N 57-61).
 - La qualité du service, de la nourriture et des boissons ne répond pas aux attentes du bailleur et de la clientèle, telles que définies dans le contrat.

²²⁷ TF du 20.07.2012, 4A_255/2012, DB 2012 N 19.

²²⁸ Scepticisme (justifié) de THANEI, p. 101-102 et réf. cit.

²²⁹ THANEI, p. 101 et réf. cit.

²³⁰ En particulier sur la terrasse (cf. ci-dessus N 51-52) ; Tribunal d'appel TI, MP 1998, p. 75.

- La destination des locaux a été modifiée sans l'accord du bailleur ; initialement loués à l'usage d'un restaurant, ils sont devenus un bar à champagne²³¹.
- Le cafetier a donné ses locaux en gérance libre (cf. ci-dessus N 15) sans avoir requis l'accord du bailleur²³², ou contre son opposition justifiée.
- Le cafetier-restaurateur viole une clause de non-concurrence (cf. ci-dessus N 70-71).
- La gestion des déchets (cf. ci-dessus N 72-73) est chaotique. Des odeurs empestent l'immeuble ; la vermine prolifère.

²³¹ TF du 02.06.2008, 4A_127/2008, DB 2009 N 13.

²³² *Inter alia* : TF du 02.06.2008, 4A_127/2008, DB 2009 N 13 ; commentaire de SOHM in : MRA 2008, p. 121. Sur la résiliation anticipée du bail pour sous-location non autorisée : SAVIAUX, Sous-location, p. 48-49 et réf. cit. ; CARRETERO/MAGISTRINI, p. 80-90.

IX. Bibliographie

- BARBEY RICHARD, Le transfert du bail commercial, SJ 1992, p. 33 ss
- BOHNET FRANÇOIS/MONTINI MARINO (éd.), Droit du bail à loyer, Commentaire pratique, Bâle 2010 (CPra Bail-Auteur)
- BURKHALTER PETER R./MARTINEZ-FAVRE Emmanuelle, Le droit suisse du bail à loyer : Commentaire SVIT, Genève/Zurich/Bâle 2011 (CO-SVIT)
- BYRDE FABIENNE, Les mesures provisionnelles en droit du bail à loyer : examen de la jurisprudence récente, 13^e Séminaire, Neuchâtel 2004
- CARRETERO NOÉMIE/MAGISTRINI LORIS, L'autorisation de sous-location, CdB 2013, p. 73 ss
- CARRON BLAISE, Bail et travaux de construction : aménagement, entretien, rénovation et modification des locaux, 17^e Séminaire, Neuchâtel 2012, p. 45 ss
- CERUTTI ROMEO, Der Untervertrag, Thèse, Fribourg 1990
- EICHENBERGER CHRISTIAN, Der Flächenbegriff im Mietrecht, MRA 2013/3, p. 3 ss
- GAIDE EMMANUELLE/DEFAGO GAUDIN VALÉRIE, La LDTR, Démolition, transformation, rénovation, changement d'affectation et aliénation. Immeubles de logements et d'appartements, Berne 2014
- GRATZ ELMAR, Mietzinsgestaltung, Zurich 1995
- GUINAND JEAN, Décès du bailleur, décès du locataire, quelles conséquences ?, 7^e Séminaire, Neuchâtel 1992
- HEINRICH PETER, Die Untermiete, Thèse, Zurich 1999
- HEUSI CLAUDIA, Der Geschäftsmietvertrag, Zurich 2000
- HIGI PETER, Zürcher Kommentar, Teilband V 2b, 5 Lieferungen, Zurich 1994-2000 (ZK-HIGI)
- HÖCHLI ANDREAS, Der Untermietvertrag, Thèse, Zurich 1982
- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM P./WIEGAND WOLFGANG (éd.), Basler Kommentar Obligationenrecht I (Art. 1-529 OR), 5^e éd., Bâle 2011 (BSK-Auteur)

HULLIGER URBAN, Die vertragliche Überbindung von Unterhaltspflichten auf den Mieter, in : Aktuelle Fragen zum Mietrecht, 2012, p. 43 ss

JACQUEMOUD-ROSSARI LAURA, Le transfert du bail commercial, 8^e Séminaire, Neuchâtel 1994

KLEY ANNA, Die vorzeitige Rückgabe der Mietsache - praktische Fragen, MP 2013, p. 257 ss

KNOEPFLER FRANÇOIS/RUEDIN PIERRE-EMMANUEL, Regard circulaire sur le droit du bail commercial, 13^e Séminaire Neuchâtel 2004

LACHAT DAVID, Le bail à loyer, Lausanne 2008

LORANDI FRANCO, Mietverträge im Konkurs des Mieters, MP 1998, p. 1 ss

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, FF 1985 I 1369 ss (Message)

MICHELI JACQUES, Les transactions couplées avec le bail, 13^e Séminaire, Neuchâtel 2004

MINDER MATTHIAS, Die Übertragung des Mietvertrags bei Geschäftsräumen, Thèse, Zurich 2009

MONTINI MARINO/WAHLEN CAROLE, Die Untermiete : Unterlassene Kündigung des Hauptmieters – Folgen nach Art. 273b OR, MP 2008, p. 147 ss

MOSCA GIANMARIA, La sous-location, 16^e Séminaire, Neuchâtel 2010, p. 199 ss

OBERLE THOMAS, Nebenkosten Heizkosten, 3^e éd., Zurich 2007

PERMANN RICHARD, Kommentar zum Mietrecht, 2^e éd., Zurich 2007

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

SAVIAUX NICOLAS, Sous-location et usage de la chose : le point de la situation, CdB 2012, p. 45 ss (SAVIAUX, Sous-location)

SAVIAUX NICOLAS, Abus de droit et droit du bail, CdB 2007, p. 1 ss (SAVIAUX, Abus de droit)

SOHM MARTIN, Konkurs des Mieters – Stolpersteine für den Vermieter, in : Aktuelle Fragen zum Mietrecht, 2012, p. 21 ss

STRAUB PETER A., Der gastgewerbliche Mietvertrag, Thèse, Zurich 1988

TERRAPON PASCAL, Transfert du bail commercial et restitution anticipée de la chose louée, 17^e Séminaire, Neuchâtel 2012, p. 151 ss

THANEI ANITA, Neues zum Kündigungsschutz, MP 2012, p. 85 ss

TSCHUDI JEAN-PIERRE, Die Rohbaumiete, MRA 2008, p. 43 ss

VISCHER MORITZ, Die Rohbaumiete, Zulässigkeit und Grenzen, Thèse, Zurich 2014

WESSNER PIERRE, Le bail à loyer et les nuisances causées par des tiers en droit privé, 12^e Séminaire, Neuchâtel 2002

WETZEL THOMAS/MESEK KARIN, Die Vereinbarung zur Zahlung von Schlüsselgeld : Ein nichtiges Köppelungsgeschäft ? MRA 2008, p. 1 ss

ZANETTI GIANNI F., Ausgewählte Aspekte der Rohbaumiete, MP 2011, p. 89 ss (ZANETTI, Rohbaumiete)

ZANETTI GIANNI F., Der Aufhebungsvertrag, MP 2009, p. 59 ss

ZUCKER ARMIN, Neueste Rechtsprechung und Trends bei der Kündigung wegen Sanierung, in : Aktuelle Fragen zum Mietrecht, 2012, p. 59

ZÜST MARTIN, Neues über die Mängelrechte des Wohnungs- und Geschäftsmieters, MP 1994, p. 159 ss