

Séminaire sur le droit du bail

Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel

22^e SÉMINAIRE SUR LE DROIT DU BAIL

22^e SÉMINAIRE SUR LE DROIT DU BAIL

Édité par
François Bohnet et Blaise Carron

Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel
Helbing Lichtenhahn



www.unine.ch/bail

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 978-3-7190-4639-2

© 2022 Helbing Lichtenhahn, Bâle, Séminaire sur le droit du bail,
Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, Neuchâtel

www.helbing.ch
www.bail.ch

Préface

Le présent ouvrage est publié à l'occasion du 22^e Séminaire sur le droit du bail de l'Université de Neuchâtel, organisé pour la première édition les 30 septembre et 1^{er} octobre 2022 et pour la seconde les 14 et 15 octobre 2022.

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

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

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

Neuchâtel, septembre 2022

Sommaire

PASCAL JEANNIN	
Contestation du loyer initial : quelques aspects de preuve	1
PATRICIA DIETSCHY-MARTENET	
Actualités en matière de loyers indexés et échelonnés	69
EMMANUEL PIAGET	
Le rendement net de la chose louée	95
KARIN GROBET THORENS	
La restitution anticipée et le transfert de bail	137
DAVID LACHAT	
La gestion d'affaires sans mandat en droit du bail	167
SANDRA PEREIRA	
Jurisprudence et nouveautés en matière de frais accessoires	225

Abréviations

ACJC	Arrêt de la Chambre civile de la Cour de justice de la République et canton de Genève du 22 février 2009
al.	alinéa(s)
art.	article(s)
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral
BJM	Basler juristische Mitteilungen
BK	Berner Kommentar
BSK	Basler Kommentar
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)
CCR	Contrat-cadre romand de baux à loyer du 12 décembre 2007 (FF 2008 5291)
CdB	Cahiers du bail
cf.	confer
ch.	chiffre(s)
CHF	franc suisse
cit.	cité(e)(s)
CJ	Cour de justice
CJ GE	Cour de justice Genève
CO	Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse (Livre cinquième : droit des obligations) (RS 220)
cons.	considérant(s)
comp.	complément
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0)
CPC	Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (RS 272)

Abréviations

CPra Actions	Actions civiles, Commentaire pratique
CPra Bail	Droit du bail à loyer, Commentaire pratique
CR	Commentaire romand
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101)
DB	Droit du bail ; publication annuelle du séminaire sur le droit du bail, Université de Neuchâtel
DIKE	Commentaire DIKE
éd.	Edition
édit.	Editeur
Eg./ég.	Egalement
EG OR-ZG	Einführungsgesetz zum Schweizerischen Obligationenrecht, vom 28. August 2003 (BGS 216.1) (Zoug)
EG ZGB-BS	Gesetz betreffend die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, vom 27. April 1911 (SG-BS 211.0) (Bâle-Ville)
EG ZGB-ZH	Einführungsgesetz zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, vom 2. April 1911 (SR-ZH 230) (Zurich)
et al.	Et alii (et autres)
FAO/VD	Feuille des avis officiels du canton de Vaud
FF	Feuille fédérale
GE	Genève
GL	Glaris
HAP	Handbücher für Anwaltspraxis
<i>ibid.</i>	Ibidem
IPC	Indice suisse des prix à la consommation
JdT	Journal des Tribunaux

Abréviations

JU	Jura
LABLF-FR	Loi d'application relative au bail à loyer et au bail à ferme non agricole, du 9 mai 1996 (RSF 222.3.1) (Fribourg)
LaCC-GE	Loi d'application du code civil suisse et d'autres lois fédérales en matière civile, du 11 octobre 2012 (RSG E.1.05) (Genève)
let.	lettre
LFus	Loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine, du 3 octobre 2003 (RS 221.301)
LiCO-NE	Loi d'introduction du code des obligations, du 27 janvier 2010 (RSN 224.1) (Neuchâtel)
lit.	lettre(s)
LU	Lucerne
MP	Mietrechtspraxis
MRA	Mietrecht Aktuell
n.	note
n ^{o(s)}	numéro(s)
N	numéro(s)
nbp	note de bas de page
NW	Nidwald
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)
OENE	Ordonnance du 1 ^{er} novembre 2017 sur l'énergie (RS 730.01)
OFL	Office fédéral du logement
OGER ZH	Obergericht des Kantons Zürich (Tribunal supérieur du canton de Zurich)

Abréviations

ORFI	Ordonnance du Tribunal fédéral du 23 avril 1920 sur la réalisation forcée des immeubles (RS 281.42)
p./pp.	page(s)
p. ex.	par exemple
PJA	Pratique juridique actuelle
réf.	référence
RJB	Revue de la Société des juristes bernois
RO	Recueil officiel du droit fédéral
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RSF	Recueil systématique fribourgeois
RSG	Recueil systématique genevois
RSJ	Revue suisse de jurisprudence
RSPC	Revue suisse de procédure civile
RULV	Dispositions paritaires romandes et règles et usages locatifs du canton de Vaud du 31 janvier 2008 (FF 2008 5297)
s./ss	et suivant(e)s
SJ	Semaine judiciaire
SO	Soleure
spéc.	spécifiquement
SVIT	Schweizerischer Verband von Immobilienreuhänder (Association suisse de l'économie immobilière)
SVIT-K	SVIT-Kommentar
TBx	Tribunal des baux
TC	Tribunal cantonal
TF	Tribunal fédéral
UR	Uri
VD	Vaud

Abréviations

vol.	volume
ZGB	Zivilgesetzbuch (= CC)
ZH	Zurich
ZPO	Zivilprozessordnung (=CPC)
ZK	Zürcher Kommentar

Contestation du loyer initial : quelques aspects de preuve

par

Pascal Jeannin

Docteur en droit et avocat, Neuchâtel

I. Introduction.....	4
II. Les questions de preuve.....	5
A. Que faut-il prouver ? L'objet de la preuve.....	5
B. Qui doit prouver (I) ? Les rôles respectifs du tribunal et des parties.....	7
1. Le principe : la maxime des débats	8
a) Généralités	8
b) Allégation et contestation de faits	9
c) Proposition de moyens de preuve	10
2. L'exception : la maxime inquisitoire sociale	10
a) Généralités	10
b) Allégation et contestation des faits.....	11
c) Proposition de moyens de preuve	13
C. Qui doit prouver (II) ? Le fardeau de la preuve	14
1. Le fardeau objectif.....	14
2. Le fardeau subjectif.....	15
3. La répartition du fardeau de la preuve.....	16
a) Principes	16
b) Exceptions	18

aa) Renversement du fardeau de la preuve.....	18
bb) Présomptions.....	19
D. Comment prouver ? Les moyens de preuve et le devoir de collaborer	21
E. Quand un fait est-il prouvé ? Le degré de preuve et l'appréciation des preuves.....	23
III. L'action en contestation du loyer initial.....	26
A. Conditions de recevabilité.....	26
B. Conditions de fond	28
IV. La preuve d'éléments caractéristiques de l'action en contestation du loyer initial	29
A. Prouver la contrainte de conclure le bail par la nécessité personnelle ou familiale (art. 270 al. 1 let. a CO, 1 ^{ère} hypothèse).....	30
1. L'objet de la preuve.....	30
2. Les rôles respectifs du tribunal et des parties.....	32
a) Allégation, motivation et contestation des faits pertinents ..	32
b) Proposition de moyens de preuve.....	32
c) Appréciation	33
3. Le fardeau de la preuve	34
4. Les moyens de preuve et le devoir de collaborer	34
5. Les degrés de la preuve et l'appréciation des preuves	35
B. Prouver le rendement net (art. 269 CO).....	36
1. L'objet de la preuve.....	36
2. Les rôles respectifs des parties et du tribunal.....	38
a) Allégation, motivation et contestation des faits pertinents	38
b) Proposition de moyens de preuve.....	39
c) Appréciation	41

Contestation du loyer initial : quelques aspects de preuve

3. Le fardeau de la preuve	42
4. Les moyens de preuve et le devoir de collaborer	43
a) Les moyens de preuve.....	43
b) Le devoir de collaborer.....	45
5. Le degré de la preuve et l'appréciation des preuves.....	46
C. Prouver les loyers usuels de la localité ou du quartier (art. 269a let. a CO)	48
1. L'objet de la preuve.....	48
2. Les rôles respectifs du tribunal et des parties.....	50
a) Allégation, motivation et contestation des faits pertinents ..	50
b) Proposition de moyens de preuve.....	51
c) Appréciation	51
3. Le fardeau de la preuve	53
a) Principes	53
b) Renversement du fardeau en cas d'augmentation massive ?	54
4. Les moyens de preuve et le devoir de collaborer	57
a) Principes	57
b) Preuve des loyers usuels par expertise ?.....	58
5. Le degré de la preuve et l'appréciation des preuves.....	59
V. Conclusions	60
Bibliographie.....	62

I. Introduction

1. Les années 2020 et 2021 ont été marquées par un nombre important d'arrêts du Tribunal fédéral au sujet de certains éléments de la protection du locataire contre les loyers abusifs¹, dont fait notamment partie un arrêt du 6 mai 2021 concernant la preuve du caractère abusif du loyer initial d'objets sis dans des « immeubles anciens »². Les développements de cet arrêt, portant sur la qualification d'un allègement accordé au locataire au niveau de la preuve par la jurisprudence antérieure, illustrent de manière exemplaire l'importance, mais aussi la complexité des questions de preuve qui se posent aux parties lors d'une procédure de contestation du loyer initial.
2. Nous profitons de l'occasion pour proposer une vision d'ensemble des questions que les parties doivent se poser en lien avec la preuve lors d'une telle procédure.
3. Seront d'abord présentées les bases dogmatiques du droit de la preuve, sous forme des différentes questions qui se posent aux parties lors d'une procédure (chapitre II). Après quelques considérations générales concernant l'action en contestation du loyer initial (chapitre III), il sera procédé à l'analyse de ces questions concernant trois éléments fondamentaux relatifs à la contestation du loyer initial d'habitations et de locaux commerciaux, à savoir la « contrainte de conclure le bail par nécessité personnelle ou familiale » (art. 270 let. a CO), le « rendement excessif » (art. 269 CO) ainsi que les loyers usuels dans la localité ou le quartier » (art. 269a let. a CO) (chapitre IV).

¹ On pense notamment à l'ATF 147 III 14, au sujet du taux de rendement net admissible ou à l'ATF 146 III 82 concernant entre autres la notification du formulaire de loyer initial ; ce dernier arrêt fait d'ailleurs déjà l'objet d'une précision, à ce sujet, dans l'ATF 148 III 63, cons. 6.2.

² ATF 147 III 431.

4. La présente contribution repose essentiellement sur la thèse de doctorat de l’auteur de la présente contribution³. Celle-ci ne sera dès lors pas citée systématiquement. Les lectrices et lecteurs y sont renvoyés de manière globale.

II. Les questions de preuve

5. La *preuve* est l’élément qui permet au tribunal de décider sur quel état de fait se fonder afin d’appliquer le droit⁴. Il s’agit de l’« élément-charnière » entre les faits et le droit. La preuve est dès lors d’une importance primordiale pour l’issue de chaque procès. Les parties doivent en effet bien analyser les problématiques de preuve et trouver les bonnes réponses aux questions de preuve afin d’obtenir la consécration de leurs droits :
- Quels éléments doivent être prouvés (ci-après, A) ?
 - A qui incombe-t-il de prouver ces éléments (ci-après, B et C) ?
 - Par quel moyen les prouver et comment obtenir ce moyen lorsqu’il se trouve entre les mains de la partie adverse ou d’un tiers (ci-après, D) ?
 - Quand un fait peut-il être considéré comme prouvé (ci-après, E) ?

A. *Que faut-il prouver ? L’objet de la preuve*

6. En droit suisse, la question de l’objet de la preuve est en principe régie par l’art. 150 CPC. Cette disposition prévoit, à son alinéa 1, que la preuve a pour objet *les faits pertinents et contestés*. En vertu de l’alinéa 2 de la même disposition, la preuve peut également porter sur l’usage, les usages locaux et, dans les litiges patrimoniaux, sur le droit étranger. Ne nécessitent en revanche

³ JEANNIN PASCAL, La preuve en droit du bail – Loyers, défauts et résiliation de baux d’habitations et de locaux commerciaux à l’aune des questions probatoires, thèse, Neuchâtel 2021 (cité : JEANNIN, Thèse).

⁴ SIEGRIST, Grundfragen, p. 6 ; SUTTER-SOMM, N 764.

pas de preuve les faits notoires ou notoirement connus du tribunal et les règles d'expérience généralement reconnues (art. 151 CPC).

7. Il convient donc de prouver les *faits* et non le *droit*. En effet, selon l'art. 57 CPC, le tribunal applique le droit d'office. Cette disposition pose le principe *iura novit curia*⁵.
8. Les règles d'expérience, les usages et les usages locaux constituent des catégories hybrides entre fait et droit⁶. La loi les assimile en principe aux *faits* et les soumet également à preuve. Toutefois, les règles d'expérience ne nécessitent pas de preuve si elles sont généralement reconnues (art. 151 CPC). De même, la loi renvoie parfois expressément aux usages et usages locaux. Dans ce cas, les usages et usages locaux sont assimilés au *droit* et une preuve n'est en principe pas nécessaire⁷.
9. Ne forment l'objet de la preuve que les faits *pertinents*. Le caractère pertinent signifie que les faits doivent exercer une influence sur l'issue de la procédure ; savoir si un fait est pertinent pour répondre à la question de fond du litige dépend du droit matériel, puisqu'il détermine les faits qui entraînent la conséquence juridique souhaitée par l'une des parties⁸. Ce principe vaut également pour les usages, les usages locaux et les règles d'expérience.
10. Dès lors, afin d'obtenir la consécration de ses droits dans une procédure, une partie devra en premier lieu procéder à une lecture attentive de la disposition légale dont elle les déduit. Comme nous le verrons, une telle lecture n'est cependant pas toujours très fructueuse en ce qui concerne la problématique des loyers

⁵ « La cour connaît le droit » ; Message CPC, p. 6890 ; CR CPC-HALDY, art. 57 N 3 ; cette règle ne vaut pas pour le droit étranger, qui peut faire l'objet d'une preuve (art. 150 al. 2 CPC), exception qui n'est cependant d'aucun intérêt dans le cadre des problématiques traitées dans le présent article.

⁶ Message CPC, p. 6921 ; BK ZPO-BRÖNNIMANN, art. 150 N 20.

⁷ ZK-JUNGO, art. 8 CC N 88 ss ; HASENBÖHLER, Beweisrecht, N 1.14 ; CR CC I-PIOTET, art. 8 N 13.

⁸ BERGER-STEINER, N 02.04 ; KUMMER, p. 122 ; SIEGRIST, Grundfragen, p. 94.

abusifs. En effet, le législateur opère souvent avec des notions juridiques indéterminées dans ce domaine (telles que « loyer abusif » ou « rendement excessif » à l’art. 269 CO)⁹. La connaissance de la jurisprudence est dès lors indispensable afin de déceler quels éléments sont concrètement soumis à preuve.

B. Qui doit prouver (I) ?

Les rôles respectifs du tribunal et des parties

11. Une fois déterminés les éléments qui doivent être prouvés, il convient de déterminer à *qui* il appartient de les introduire dans la procédure et de proposer des preuves en appui. Est-ce que cela incombe aux *parties* ou au *tribunal* ?
12. Pour l’apport des faits au procès, deux concepts théoriques sont envisageables¹⁰ : soit le tribunal fait seulement usage des moyens par lesquels les parties entendent faire consacrer leurs droits, soit il entreprend lui-même tous les moyens nécessaires pour établir l’état de fait à la base du litige¹¹. Le premier est généralement appelé « maxime des débats » (*Verhandlungsmaxime*, puisque « tout dépend des débats menés entre les parties »)¹², le deuxième « maxime inquisitoire » (*Untersuchungsmaxime*, puisque « tout passe par l’inquisition du juge »)¹³.
13. En procédure civile suisse s’est développée une forme intermédiaire entre la maxime des débats et la maxime inquisitoire, appelée maxime inquisitoire sociale. Ce terme apparaît dans la jurisprudence et dans la doctrine suisse à partir des années 1980, alors qu’en réalité le concept est beaucoup plus

⁹ ZK-HIGI, art. 269 CO N 31.

¹⁰ VON GÖNNER, p. 182 ; BOHNET, Allégation, N 7 ; SUTTER-SOMM, N 292 ; MORDASINI-ROHNER, N 1 ss.

¹¹ VON GÖNNER, p. 139 et 182 ss ; BOHNET, Allégation, N 7 ; MORDASINI-ROHNER, N 3.

¹² « ...weil alles von dem Vorbringen der Parteien, oder von ihren Verhandlungen abhängt » : VON GÖNNER, p. 183.

¹³ « bei ihr gehet alles den Weg der richterlichen Untersuchung » : VON GÖNNER, p. 184.

ancien¹⁴. Conçue pour les procédures civiles dans des domaines socialement sensibles, elle est d'importance primordiale dans l'application des règles de droit du bail à loyer.

1. Le principe : la maxime des débats

a) Généralités

14. Le Code de procédure civile prévoit en principe l'application de la maxime des débats (art. 55 al. 1 CPC) : cette disposition prévoit que les parties *allèguent* les faits sur lesquels elles fondent leurs prétentions et *produisent les preuves* qui s'y rapportent. Le tribunal n'administre des preuves que lorsque les faits allégués par une partie sont *contestés* par l'autre (art. 150 al. 1 CPC). En effet, en application de la maxime des débats, un fait admis par les deux parties lie le tribunal et ne nécessite pas de preuve¹⁵ : ces faits doivent être considérés comme correspondant à la réalité¹⁶.
15. Les allégations, propositions de preuve et contestations se font en principe dans les écritures des parties, soit la demande, la réponse (art. 221 al. 1 let. d et 222 al. 2 CPC), la réplique et la duplique (art. 225 CPC). Les parties disposent de « deux chances » pour alléguer et proposer des moyens de preuve¹⁷. A défaut d'un deuxième échange d'écritures – que le tribunal n'ordonnera que lorsque les circonstances l'exigent (art. 225 CPC) – les parties pourront alléguer des faits et proposer des moyens de preuve oralement lors d'une audience d'instruction ou à l'ouverture de l'audience de débats principaux (art. 229 al. 2 CPC)¹⁸.

¹⁴ Pour l'historique de la maxime inquisitoire sociale en droit suisse, voir : BOHNET/JEANNIN, Maxime, p. 226 ss.

¹⁵ BOHNET, Allégation, N 53.

¹⁶ Message CPC, p. 6921.

¹⁷ BOHNET, Allégation, N 72 ss ; CR CPC-TAPPY, art. 229 N 18.

¹⁸ Sur la question de savoir ce que signifie exactement « à l'ouverture des débats principaux », voir ATF 147 III 475, cons. 2.3.2. et 2.3.3.

b) Allégation et contestation de faits

16. Les allégués doivent relever d'un certain *degré de précision*. La jurisprudence du Tribunal fédéral a développé, à ce sujet, les principes suivants : une partie peut se contenter, dans un premier temps, d'alléguer les faits pertinents en indiquant leurs traits ou contours essentiels qui les caractérisent usuellement dans la vie courante¹⁹. La précision doit être telle que le tribunal soit en mesure d'en déduire le droit invoqué²⁰. La partie doit exposer les faits de manière suffisamment précise pour que la partie adverse puisse motiver sa contestation ou administrer la preuve contraire²¹. Dans un deuxième temps, si la partie adverse *conteste* les faits allégués, le demandeur est contraint d'exposer de manière plus détaillée le contenu de l'allégation de chacun des faits contestés, de façon à permettre au juge d'administrer les preuves nécessaires pour les élucider et appliquer la règle de droit matériel au cas particulier²². Cette incombeance d'exposer les faits de manière plus précise en cas de contestation par la partie adverse est nommée, dans les arrêts du Tribunal fédéral rédigés en allemand, *Substanziierungslast*²³.
17. Les *contestations* de la partie adverse doivent également être *expliquées*. Si une partie n'explique pas pourquoi elle conteste un fait allégué par l'autre, le tribunal peut tenir les faits pour admis²⁴.

¹⁹ ATF 136 III 322, cons. 3.4.2, JdT 2011 II 537 ; TF du 27.11.2014, 4A_195/2014, 4A_197/2014, cons. 7.3.2, non publié *in* : ATF 140 III 602 ; BOHNET, Allégation, N 34.

²⁰ BOHNET, Allégation, N 34 et les réf. ; CLOUX, N 7 et les réf.

²¹ ATF 144 III 519, cons. 5.2.2.1 ; 127 III 365, cons. 2b, JdT 2001 I 390 ; 117 II 113, cons. 2, JdT 1992 I 307 ; TF du 30.10.2017, 4A_261/2017, cons. 4.3 ; BOHNET, Ecritures, N 44 ; GULDENER, p. 164.

²² ATF 144 III 519, cons. 5.2.2.1 ; 127 III 365, cons. 2b, JdT 2001 I 390 ; 108 II 337 cons. 3, JdT 1983 I 538 ; BOHNET, Allégation, N 35 ; BOHNET, Ecritures, N 44 ; BRÖNNIMANN, Behauptungslast, p. 60.

²³ TF du 28.01.2016, 4A_504/2015, consid. 2.3.1 ; ainsi aussi une grande partie de la doctrine, notamment : BSK ZPO-GEHRI, art. 55 CPC N 4 ; ZK-SUTTER-SOMM/SCHRANK, art. 55 CPC N 23 ; BK ZPO I-HURNI, art. 55 N 23 ss ; DOLGE, p. 20 ; MEIER, Zivilprozessrecht, p. 297.

²⁴ Message CPC, p. 6921.

La partie adverse doit contester les faits allégués par la première partie de façon suffisamment précise pour permettre à celle-ci de déterminer lesquels de ses allégués exactement sont contestés (*substanziertes Bestreiten*)²⁵.

c) Proposition de moyens de preuve

18. La maxime des débats implique également qu'il incombe aux parties de proposer des moyens de preuve susceptibles de convaincre le tribunal de la présence des faits pertinents²⁶. Il n'incombe donc pas au tribunal de mener sa propre enquête pour trouver des moyens de preuve que les parties n'auraient pas proposés.
19. A l'instar des allégations et contestations, les propositions de moyens de preuve se font en principe dans la demande, respectivement la réponse (art. 221 al. 1 let. e et 222 al. 2 CPC). Lorsqu'elles invoquent des titres dont elles disposent elles-mêmes, les parties les joignent à la demande, respectivement la réponse (art. 221 al. 2 let. c et 222 al. 2 CPC).

2. L'exception : la maxime inquisitoire sociale

a) Généralités

20. Dans certains domaines du droit des contrats – notamment les domaines dits sociaux (bail ; travail) – les inégalités entre les parties sont fréquentes. Le bailleur ou l'employeur dispose souvent de meilleures connaissances juridiques, de plus de ressources financières et de plus d'informations que le locataire ou le travailleur²⁷. De plus, une procédure soumise à la maxime

²⁵ ATF 141 III 433, cons. 2.6, SJ 2016 I 162 ; 117 II 113 ; BSK ZPO-GUYAN, art. 150 N 4 ; BOHNET, Allégation, N 54 ; BK ZPO I-BRÖNNIMANN, art. 150 N 13.

²⁶ CR CPC-HALDY, art. 55 N 3 ; BOHNET/JEANNIN, Maxime, p. 223 ; MORDASINI-ROHNER, N 4 ; ASPRION STÖCKLIN, p. 3.

²⁷ BOHNET/JEANNIN, Maxime, p. 224.

des débats, souvent lourde et compliquée, offre aux parties des moyens dilatoires, voire abusifs²⁸.

21. La maxime inquisitoire sociale vise à contrebalancer ces inconvénients de la maxime des débats. Ses buts sont donc en particulier l'assistance étatique pour la partie faible ou celle qui se trouve dans un rapport de dépendance avec l'autre, autrement dit la compensation du rapport de force inégal entre les parties²⁹. Elle devra également permettre aux parties d'agir personnellement, sans recours à un avocat (*Laienfreundlichkeit*) et ainsi éviter les frais engendrés par la représentation³⁰. La maxime inquisitoire sociale poursuit ainsi le but d'assurer que la partie faible puisse néanmoins obtenir la consécration de ses droits³¹. De plus, elle contribue à l'accélération de la procédure³².
22. Tous les litiges concernant la protection contre les loyers ou les fermages abusifs, la protection contre les congés ou la prolongation du bail sont soumis à la maxime inquisitoire sociale, et cela indépendamment de la valeur litigieuse (art. 243 al. 2 let. c et 247 al. 2 let. a CPC). L'action en contestation du loyer initial, qui fait l'objet de la présente contribution, l'est donc également.

b) Allégation et contestation des faits

23. *A priori*, le fardeau de l'allégation et celui de la motivation suffisante existent uniquement lorsque le litige est soumis à la maxime des débats. Lorsque la maxime inquisitoire ou inquisitoire sociale est applicable, l'établissement des faits n'est pas de la seule responsabilité des parties : l'absence d'allégation d'un fait n'a pas automatiquement pour conséquence que le fait considéré n'entre pas dans le procès. L'on ne saurait donc parler

²⁸ BOHNET/JEANNIN, Maxime, p. 224 ; ASPRION STÖCKLIN, p. 1.

²⁹ ASPRION STÖCKLIN, p. 18 ; BRÖNNIMANN, Untersuchungsmaxime, p. 345 ; MORDASINI-ROHNER, N 395 ; BOHNET, 16^e Séminaire, N 166.

³⁰ TF du 31.03.2003, 4C.143/2002, cons. 3.

³¹ ASPRION STÖCKLIN, p. 18 ; BRÖNNIMANN, Untersuchungsmaxime, p. 345 ; MORDASINI-ROHNER, N 395 ; BOHNET, 16^e Séminaire, N 166.

³² ATF 125 III 231, cons. 4a, JdT 2000 I 194.

de *fardeau* de l'allégation³³. En application de la maxime inquisitoire sociale, le tribunal a en principe l'obligation d'approfondir et de compléter lui-même l'état de fait invoqué sommairement par les parties, si bien qu'aucune *Substanziierungslast* ne leur incombe³⁴.

24. Les parties sont toutefois soumises à un *devoir de collaborer* activement à la procédure. Les exigences de ce devoir varient en fonction de la situation du cas concret, en particulier de la complexité du litige et du degré d'inégalité entre les parties. La maxime inquisitoire sociale ne signifie en particulier pas que le tribunal explore à proprement parler les faits ; il sert en premier lieu à préciser et compléter l'état de fait et à en éliminer les éléments contradictoires³⁵. Dans tous les cas, les parties doivent « recueillir elles-mêmes les éléments du procès ; il leur incombe de renseigner le juge sur les faits de la cause »³⁶. En particulier lorsque les deux parties sont représentées par des mandataires professionnels, les exigences sont très proches de celles d'un litige soumis à la maxime des débats³⁷.
25. Le Tribunal fédéral tente ces dernières années de limiter la portée de la maxime inquisitoire sociale. Ainsi, dans un arrêt de 2015, il considère que le « devoir [du tribunal] de rechercher lui-même des preuves » ne désignerait rien d'autre que son devoir d'informer les parties de leur devoir de coopérer à la constatation des faits et à l'administration des preuves et de les interroger pour s'assurer que leurs allégués de fait et leurs offres de preuves sont complets s'il a des motifs objectifs d'éprouver des doutes sur ce point ; le tribunal ne vient en aide que par des questions adéquates afin que les allégations nécessaires et les moyens de preuve correspondants soient précisément énumérés, mais ne se livre à

³³ MEIER, Thèse, N 65 et 74.

³⁴ BOHNET/JEANNIN, Maxime, p. 243.

³⁵ BOHNET/JEANNIN, Maxime, p. 231 et les réf.

³⁶ TF du 22.08.2016, 4A_415/2015, cons. 3.4.

³⁷ BOHNET/JEANNIN, Maxime, p. 232 et les réf. ; confirmé récemment *in* : TF du 09.09.2021, 4A_64/2021, cons. 4.2.4, RSPC 2022, p. 79.

aucune investigation de sa propre initiative³⁸. Toutefois, le Tribunal fédéral a considéré récemment qu'il n'était *pas interdit* au tribunal de fonder sa décision sur des faits qui n'ont certes pas été allégués par les parties, mais qui sont parvenus à sa connaissance au cours de la procédure. Ces faits peuvent résulter, par exemple, des moyens de preuve invoqués³⁹.

c) Proposition de moyens de preuve

26. Selon une jurisprudence ancienne du Tribunal fédéral, reprise par la plupart des auteurs, le tribunal doit, en application de la maxime inquisitoire sociale, fonder son prononcé sur *tous les faits pertinents établis lors des débats*, même si les parties ne les ont pas invoqués à l'appui de leurs conclusions⁴⁰. Ainsi, lorsque la maxime inquisitoire sociale est applicable, il incombe en principe aux parties, comme en application de la maxime des débats, de désigner les moyens de preuve : l'application de la maxime inquisitoire sociale ne dispense pas les parties de collaborer à l'établissement des faits⁴¹. Toutefois, les possibilités du tribunal d'intervenir dans l'établissement des faits pertinents sont plus étendues.
27. A bien comprendre la jurisprudence récente précitée⁴², le tribunal ne pourrait pas procéder à proprement parler à l'administration d'office de moyens de preuve, même s'agissant de moyens de preuve dont l'existence ressort du dossier. Il peut uniquement inviter les parties à offrir ces moyens de preuve. La maxime inquisitoire sociale se limiterait ainsi à un devoir d'interpellation accru du tribunal.

³⁸ ATF 141 III 569, cons. 2.3 ; confirmé récemment *in* : TF du 31.08.2021, 4A_292/2021, cons. 2.1.2.

³⁹ TF du 14.12.2021, 4A_388/2021 cons. 5.1, RSPC 2022, p. 253.

⁴⁰ ATF 107 II 233 ; BOHNET, Procédure civile, N 851 ; BOHNET/JEANNIN, Maxime, p. 245 ; DIETSCHY-MARTENET, Thèse, N 283 ; BK ZPO I-KILLIAS, art. 247 N 31.

⁴¹ BOHNET, Procédure civile, N 848 ; BOHNET, Ecritures, N 52 ; BOHNET/JEANNIN, Maxime, p. 231 ; TF du 22.04.2014, 4A_27/2014, cons. 1.4.

⁴² ATF 141 III 569, cons. 2.3.

28. Il sera dès lors analysé, dans le chapitre VI, ce que signifient concrètement ces principes lorsqu'ils sont appliqués aux éléments pertinents pour la contestation du loyer initial et quelles sont les conséquences découlant de la jurisprudence récente du Tribunal fédéral à ce sujet.

C. Qui doit prouver (II) ? Le fardeau de la preuve

29. Nous venons de voir qu'en principe, il incombe *aux parties* d'introduire des faits dans la procédure et d'en apporter la preuve et *non au tribunal*. Cela dit, il convient encore de savoir, à *quelle partie* cette charge incombe pour un fait déterminé : au demandeur ou au défendeur ? C'est l'institution du *fardeau de la preuve* qui répond à cette question. L'on distingue le fardeau objectif et subjectif de la preuve, deux notions qu'il convient de décrire brièvement, avant de se poser la question de la répartition de ces fardeaux.

1. Le fardeau objectif

30. Les moyens de preuve qui sont à la disposition du tribunal ne suffisent pas toujours à emporter sa conviction quant à la survenance ou la non-survenance d'un fait pertinent et contesté. La situation dans laquelle le tribunal n'est pas convaincu d'un fait pertinent est désignée par le terme de « pénurie de preuves » ou, en latin, *non liquet*⁴³.
31. Les règles au sujet du fardeau de la preuve permettent au tribunal de rendre un jugement qui admet la prétention du demandeur ou la rejette, même en l'absence de conviction concernant un fait pertinent⁴⁴. Le *fardeau objectif de la preuve* désigne quelle partie supporte le risque de perdre le procès si la conviction du tribunal de la survenance d'un fait pertinent ne peut pas être emportée⁴⁵.

⁴³ Littéralement : « pas liquide » ; BOHNET/JEANNIN, 19^e Séminaire, N 16.

⁴⁴ ROSENBERG, p. 8 s.

⁴⁵ ATF 129 III 18, cons. 2.6 ; 127 III 519, cons. 2a ; BOHNET, Procédure civile, N 1212 ; BSK ZGB-LARDELLI/VETTER, art. 8 N 4 ; BOHNET/JEANNIN,

La question du fardeau de la preuve est dès lors sans objet à partir du moment où le tribunal est convaincu qu'un fait litigieux s'est produit ou ne s'est pas produit⁴⁶.

2. Le fardeau subjectif

32. Le *fardeau subjectif* de la preuve désigne quelle partie a l'incombance d'apporter la preuve d'un certain fait⁴⁷. Il s'agit du moyen introduit par le législateur pour assurer l'apport de preuves lorsque le tribunal n'a pas le droit de chercher des moyens de preuve de son propre chef⁴⁸. Formellement, c'est donc cette institution (de droit procédural⁴⁹) qui répond à la question que nous avons soulevée ci-avant (N 29), à savoir : qui doit apporter la preuve ?
33. *La répartition du fardeau subjectif de la preuve suit en principe celle du fardeau objectif*⁵⁰ : il incombe à chaque partie d'apporter la preuve des faits dont elle déduit son droit⁵¹. En effet, si, en application de la maxime des débats, une partie ne respecte pas son incombance d'apporter la preuve d'un fait, le fait en question n'est pas prouvé et le tribunal doit en tirer les conséquences conformément aux règles sur le fardeau objectif de la preuve⁵².

19^e Séminaire, N 18 ; BK ZGB-WALTER, art. 8 N 28 ; BK ZGB-KUMMER, art. 8 N 20.

⁴⁶ ATF 141 III 241, cons. 3.2, JdT 2016 II 235 ; ZK-JUNGO, art. 8 CC N 182 ; HOHL, Procédure I, N 2082.

⁴⁷ SCHWEIZER, Beweiswürdigung, p. 545 ; BK ZGB-WALTER, art. 8 N 176 ; BK ZGB-KUMMER, art. 8 N 31 ; ROSENBERG, p. 16 s.

⁴⁸ BK ZGB-WALTER, art. 8 N 178 ; SCHWEIZER, Beweiswürdigung, p. 546.

⁴⁹ BK ZGB-WALTER, art. 8 N 177.

⁵⁰ WUILLEMIN, N 248 et les réf. ; BK ZGB-WALTER, art. 8 N 179 ; STEINAUER, N 680.

⁵¹ BK ZGB-WALTER, art. 8 N 176.

⁵² WUILLEMIN, N 248 et les réf. ; BK ZGB-WALTER, art. 8 N 176 ; BK ZGB-KUMMER, art. 8 N 36 ss.

3. La répartition du fardeau de la preuve

a) Principes

34. En droit suisse, l'art. 8 CC constitue la norme-clé de la répartition du fardeau de la preuve. Cette disposition prévoit que chaque partie doit, si la loi ne prescrit pas le contraire, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit.
35. La règle n'est pas suffisamment précise pour en déduire une conclusion pour chaque cas d'espèce⁵³. Elle nécessite une concrétisation. Celle-ci se fait à l'aide de la théorie des normes, développée par le professeur allemand LEO ROSENBERG en 1900⁵⁴ et déjà reprise en 1910 en Suisse par MAX GMÜR⁵⁵. En effet, cette théorie est suivie par la plupart des auteurs suisses⁵⁶ et par le Tribunal fédéral⁵⁷.
36. Le raisonnement de ROSENBERG a le point de départ suivant : le fardeau de la preuve pour un fait déterminé incombe à celle des parties à laquelle la présence du fait est favorable (« *jede Partei hat die Voraussetzungen der ihr günstigen Norm [...] zu beweisen* »)⁵⁸. Il s'agit d'une règle « ancienne et évidente »⁵⁹. Autrement dit, le demandeur qui invoque une prétention en justice doit présenter au tribunal et prouver les faits sur lesquels il fonde sa prétention, c'est-à-dire les faits de l'existence desquels

⁵³ BSK ZGB I-LARDELLI/VETTER, art. 8 CC N 38 ; BK ZGB-KUMMER, art. 8 N 127.

⁵⁴ LEO ROSENBERG, Die Beweislast nach der Civilprozessordnung und dem bürgerlichen Gesetzbuche, thèse, Berlin 1900.

⁵⁵ Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht, Band 1, 1^{ère} éd., Berne 1910, art. 8 CC N 3, 10 ss ; cf. aussi : BOHNET/JEANNIN, 19^e Séminaire, N 23.

⁵⁶ BOHNET, Procédure civile, N 1211 ss ; HOHL, Procédure I, N 2089 ss ; CR CC I-PIOTET, art. 8 N 31 ; BK ZGB-WALTER art. 8 N 169 ; STEINAUER, N 695 ss ; BK ZGB-KUMMER, art. 8 CC N 129 ss ; *contra* : ZK-JUNGO, art. 8 CC N 205 ss ; SUTTER-SOMM, N 852 ss.

⁵⁷ ATF 139 III 13, cons. 3.1.3.1 ; 130 III 321, cons. 3.1, JdT 2005 I 618 ; 128 III 271, cons. 2a, JdT 2003 I 606.

⁵⁸ ROSENBERG, p. 98 s.

⁵⁹ BK ZGB-KUMMER, art. 8 N 146.

découlent, selon une règle juridique, les conséquences juridiques qu'il souhaite⁶⁰.

37. La théorie des normes propose de déterminer, quelle règle est favorable à quelle partie, en passant par l'interprétation des dispositions de droit matériel et des liens entre elles. Selon cette théorie, les différentes règles de droit se complètent, s'excluent ou alors se trouvent sans aucun lien direct entre elles⁶¹. Sur cette base, il est possible de classer les règles en règles génératrices, dirimantes et extinctives selon qu'elles fixent les conditions de la naissance d'un droit, de l'empêchement de sa naissance ou de son extinction⁶².
38. Par conséquent, les faits qui entraînent, selon une règle génératrice, la naissance d'un droit, sont nommés faits générateurs, ceux qui empêchent, selon une règle dirimante, la naissance d'un droit, faits dirimants (ou libératoires) et ceux qui, en vertu d'une règle extinctive, entraînent l'extinction d'un droit, faits extinctifs⁶³. La règle générale peut donc être précisée dans le sens de dire *que la partie demanderesse supporte le fardeau de la preuve des faits générateurs et la partie défenderesse le fardeau de la preuve des faits dirimants et extinctifs*⁶⁴.
39. La répartition du fardeau subjectif suivant celle du fardeau objectif (cf. ci-dessus, N 33), il incombe à la partie demanderesse de proposer des moyens de preuve pour les faits générateurs et à la partie défenderesse de proposer des moyens de preuve pour les faits dirimants et extinctifs. Le fardeau subjectif de la preuve est cependant détaché du fardeau objectif lorsqu'il s'agit d'apporter *la contre-preuve* : celle-ci vise à ébranler la conviction « provisoire » que le tribunal s'est forgée sur la base de la preuve

⁶⁰ BOHNET/JEANNIN, 19^e Séminaire, N 23 et les réf.

⁶¹ ROSENBERG, p. 99 ss ; ainsi aussi : SUTTER-SOMM, N 851.

⁶² ROSENBERG, p. 105 s. ; ainsi aussi : BSK ZGB I-LARDELLI/VETTER, art. 8 N 38 ; SUTTER-SOMM, N 851 ; BK ZGB-KUMMER, art. 8 N 134 ss.

⁶³ BOHNET, Procédure civile, N 1214 ss ; BOHNET/JEANNIN, 19^e Séminaire, N 25 ; CR CC I-PIOTET, art. 8 CC N 31.

⁶⁴ ROSENBERG, p. 106.

apportée par la partie demanderesse. Dans ce cas, en effet, le fardeau subjectif pour cette contre-preuve incombe à la défenderesse alors qu'elle ne supporte pas le fardeau objectif : si elle n'apporte pas la contre-preuve, le tribunal ne se trouve pas dans une situation de *non liquet*, mais juge sur la base de la conviction obtenue en appréciant des moyens de preuve apportés par la partie supportant le fardeau objectif de la preuve⁶⁵.

b) Exceptions

aa) Renversement du fardeau de la preuve

40. Il se peut que le droit matériel contienne une disposition qui attribue expressément le fardeau de la preuve à une des parties⁶⁶. Ainsi, l'art. 97 al. 1 CO attribue au débiteur le fardeau de prouver qu'aucune faute ne lui est imputable si le créancier n'a pas pu obtenir l'exécution de l'obligation ou n'a pu obtenir qu'une exécution imparfaite. Des règles semblables qui attribuent directement le fardeau de la preuve à une des parties sont fréquentes en droit suisse⁶⁷.
41. Ces règles spéciales peuvent avoir comme résultat de confirmer ou de concrétiser la répartition du fardeau de la preuve par rapport au principe de base de la théorie des normes et l'art. 8 CC, ou alors d'y déroger⁶⁸. C'est ce qu'on appelle communément « renversement du fardeau de la preuve »⁶⁹.

⁶⁵ WUILLEMIN, N 249 ss ; BK ZGB-WALTER, art. 8 N 180.

⁶⁶ SUTTER-SOMM, N 850 ; BK ZGB-WALTER, art. 8 N 362 ; BK ZGB-KUMMER, art. 8 N 126.

⁶⁷ P. ex. art. 3 al. 1, 32, 193 al. 2, 260b, 333 al. 1, 479 al. 2 CC ; art. 8 al. 2, 40e al. 3, 42 al. 1, 54 al. 2, 55 al. 1, 56 al. 1, 103 al. 2, 106 al. 1, 204 al. 2, 222 al. 1 et 2, 1043 al. 2 CO : BK ZGB-WALTER, N 363 ad art. 8 CC.

⁶⁸ BK ZGB-WALTER, art. 8 N 362 ; dans ce sens aussi : BSK ZGB I-SCHMID/LARDELLI, art. 8 N 65 ; BK ZGB-KUMMER, art. 8 N 126.

⁶⁹ La doctrine n'est pas unanime sur la définition de cette notion. On peut toutefois considérer que le dénominateur commun des différentes définitions est que l'échec de la preuve d'un fait n'est pas supporté par la partie désignée

42. Le législateur a recours à une telle attribution directe du fardeau de la preuve en dérogation à la règle générale lorsque des faits générateurs sont difficiles à prouver, mais se réalisent dans la large majorité des cas : il soumet dès lors à preuve l'exception, soit l'absence du fait pertinent considéré, plutôt que la règle⁷⁰.
43. Une telle intervention dans la répartition du fardeau de la preuve est réservée au législateur. Le tribunal ne saurait procéder à une répartition différente du fardeau de la preuve dans un cas d'espèce pour des raisons d'équité⁷¹. Dans des situations dans lesquelles les difficultés probatoires se présentent fréquemment et que la mise en œuvre du droit s'en trouve entravée, le tribunal peut réduire le degré de preuve à la vraisemblance prépondérante (cf. ci-après, N 59).

bb) Présomptions

44. Les présomptions sont en principe les conséquences que la loi attache à la présence d'un fait connu (*factum probans* ; prémisse ; fait-indice) dans la recherche d'un fait inconnu (*factum probandum*). En introduisant une présomption, le législateur force le tribunal à considérer comme avéré un fait directement pertinent si un autre fait, qui n'est pas directement pertinent, est avéré. Le tribunal doit constater d'office la présence du *factum probandum* si le *factum probans* est prouvé⁷². Autrement dit, la partie qui se fonde sur la présomption légale n'a pas besoin d'alléguer le *factum probandum*⁷³.
45. Les présomptions ont pour but d'améliorer la praticabilité et la mise en œuvre du droit : elles peuvent en particulier servir à éviter des situations de « pénurie de preuve » lorsque la preuve du

par la règle générale de l'art. 8 CC, mais par la partie adverse (ainsi p. ex. HOHL, Procédure I, N 2117).

⁷⁰ ROSENBERG, p. 208.

⁷¹ ATF 80 II 338, cons. 2a, JdT 1955 I 338 ; BK ZGB-WALTER, art. 8 N 466 ; CR CC I-PIOTET, art. 8 N 51.

⁷² BOHNET/JEANNIN, 19^e Séminaire, N 38 et les réf.

⁷³ ROSENBERG, p. 218 s.

factum probandum est difficile à apporter⁷⁴. Souvent, mais de loin pas toujours, le législateur prévoit une présomption dans des situations où la présence de faits en principe non pertinents permettent de conclure en règle générale, ou du moins fréquemment, à la présence d'un fait pertinent⁷⁵. La présomption constitue, dans ces cas, la conséquence statué par la loi d'une vraisemblance qui résulte de l'expérience générale de la vie⁷⁶. Dans d'autres situations, les présomptions ont été introduites pour des considérations purement pratiques⁷⁷.

46. Une présomption ne doit pas nécessairement découler de la loi ; elle peut être introduite par la jurisprudence, en application d'une règle d'expérience généralement reconnue. L'on parle à ce sujet de *présomption de fait (ou d'expérience)*. Sur la base d'un fait a priori non pertinent est déduite la présence d'un fait pertinent, non en application d'une disposition légale, mais d'une règle d'expérience généralement reconnue⁷⁸. La présomption de fait ne modifie en réalité pas la répartition du fardeau de la preuve, mais facilite l'apport de la preuve pour la partie supportant le fardeau de la preuve pour le fait directement pertinent : elle peut l'apporter en prouvant un autre fait, plus facile à prouver⁷⁹.
47. Dans le chapitre IV de la présente contribution sera déterminé quels sont, dans le cadre de la contestation du loyer initial, les faits générateurs dont la preuve incombe au locataire et par quels faits dirimants le bailleur peut se défendre. Il sera également analysé s'il existe des renversements du fardeau de la preuve ou des présomptions à ce sujet.

⁷⁴ BK ZGB-WALTER, art. 8 N 397 ; BK ZGB-KUMMER, art. 8 N 320.

⁷⁵ ROSENBERG, p. 209.

⁷⁶ BK ZGB-WALTER, art. 8 N 387.

⁷⁷ BK ZGB-KUMMER, art. 8 N 320 ; il en va ainsi p. ex. de l'art. 32 al. 2 CC selon lequel le décès de plusieurs personnes sans qu'il soit possible d'établir si l'une a survécu à l'autre est présumé avoir eu lieu au même moment.

⁷⁸ BK ZGB-WALTER, art. 8 N 473 et les réf. ; BK ZGB-KUMMER, art. 8 N 362.

⁷⁹ BK ZGB-WALTER, art. 8 N 474 et 476.

D. Comment prouver ? Les moyens de preuve et le devoir de collaborer

48. Les moyens de preuve constituent les objets ou personnes qui transmettent au tribunal les raisons pour son jugement, donc la *source de la conviction du tribunal*⁸⁰. Le droit de la procédure civile suisse en connaît six, à savoir le témoignage, les titres, l'inspection, l'expertise, les renseignements écrits ainsi que l'interrogatoire et la déposition de parties (art. 168 CPC).
49. Les conditions d'admission et d'administration varient d'un moyen de preuve à l'autre. L'obtention d'un moyen de preuve peut être plus ou moins difficile et, malgré le principe de la libre appréciation des preuves, certains moyens de preuve sont généralement considérés comme plus fiables que d'autres. De plus, certains moyens de preuve peuvent être administrés d'office par le tribunal, même si aucune partie ne les a requis, et cela (en principe) indépendamment de la maxime applicable à la procédure.
50. Ainsi, la preuve par titre est généralement considérée comme plus fiable que celle par témoignage. L'inspection est également fiable, puisque le tribunal prend directement connaissance de faits pertinents⁸¹. Elle suppose toutefois souvent le déplacement du tribunal et est dès lors plus difficile à administrer qu'un titre. Cela étant, contrairement au titre, le tribunal peut administrer une inspection d'office (art. 181 CPC).
51. L'expertise est un moyen de preuve généralement fiable⁸². Le tribunal y a recours lorsque la constatation ou l'appréciation correcte d'un fait pertinent nécessite des connaissances dont il ne dispose pas⁸³. Cependant, sa mise en œuvre suppose la

⁸⁰ SIEGRIST, Grundfragen, p. 9 ; BÜLOW, p. 203.

⁸¹ ZK-HASENBÖHLER, art. 157 CPC N 14 ; BK ZPO-BRÖNNIMANN, art. 157 N 17 ; KUMMER, p. 136.

⁸² ZK-HASENBÖHLER, art. 157 CC N 14 ; BK ZPO-BRÖNNIMANN, art. 157 N 17 ; KUMMER, p. 136.

⁸³ CR CPC-SCHWEIZER, art. 183 N 1 et 3 ; BSK ZPO-DOLGE, art. 183 N 1 ; ZK-WEIBEL, art. 183 CPC N 2 .

nomination et l'instruction d'un expert et la formulation de questions (art. 183 ss CPC) qu'en pratique, il revient souvent aux parties de poser⁸⁴ ; pour que l'expertise soit utile à une partie, elle doit dès lors savoir quelles questions poser afin d'obtenir une preuve des faits pertinents, ce qui peut s'avérer considérablement compliqué pour des parties inexpérimentées.

52. Tant qu'un moyen de preuve requis par une partie se trouve dans sa sphère d'influence, sa production dans le procès ne devrait pas poser de problème. Toutefois, il convient de se demander ce qui se passe si la production d'un moyen de preuve requis par une partie suppose la collaboration de l'autre partie ou d'un tiers. Le législateur du Code de procédure civile a institué un devoir général de collaborer à l'administration de la preuve dans un procès civil, auquel sont soumis autant les parties à la procédure que des tiers (art. 160 CPC). Dans le Code sont nommées, à titre exemplatif, trois formes de collaboration, soit le devoir de déposer de manière conforme à la vérité (al. 1 let. a), de produire des titres requis, à l'exception de ceux soumis au secret d'avocat (al. 1 let. b) ainsi que de tolérer une inspection et de se soumettre à une expertise (al. 1 let. c).
53. En pratique, c'est surtout le *devoir de produire des titres* requis qui soulève des questions, en particulier celle de savoir avec quel degré de précision la partie requérante doit spécifier les titres qu'elle requiert. La partie qui demande la production d'un titre par la partie adverse ou un tiers doit avoir allégué de manière suffisante un fait susceptible d'être prouvé par le titre requis⁸⁵ et spécifier ce titre. Il devra décrire le plus précisément possible le titre et indiquer quel fait le titre est censé prouver⁸⁶. Le document doit être identifiable sans problème pour la personne tenue de le produire⁸⁷. Une partie ne saurait requérir tous les titres lui permettant de justifier *a posteriori* sa position dans la procédure :

⁸⁴ CR CPC-SCHWEIZER, art. 185 N 8.

⁸⁵ ZK-HASENBÖHLER, art. 160 CPC N 13.

⁸⁶ CR CPC-JEANDIN, art. 160 N 13 ; BSK ZPO-SCHMID, art. 160 N 23-24.

⁸⁷ BSK ZPO-SCHMID, art. 160 N 23 ; ZK-HASENBÖHLER, art. 160 CPC N 13.

le Code de procédure civile n'admet pas des *fishing expeditions* à la façon américaine⁸⁸. Il est néanmoins admissible pour une partie d'avancer des hypothèses en la forme d'allégués, afin de déclencher une procédure probatoire⁸⁹. Il est également possible de désigner de manière générique les documents requis, à condition qu'il soit possible de distinguer objectivement les pièces visées de celles qui ne le sont pas. La partie demanderesse peut donc demander la production de titres en lien avec un fait déterminé ou un groupe de faits liés à une période déterminée⁹⁰.

54. Dans le chapitre IV, il sera en particulier examiné si la preuve est susceptible d'être rapportée par titre, vu qu'il s'agit du moyen de preuve généralement le plus facile à obtenir et considéré comme fiable. Là où c'est le cas, il se pourra encore que ce titre se trouve entre les mains de la partie adverse. Il sera alors examiné, comment la partie doit requérir sa production de la part de son adversaire.

E. Quand un fait est-il prouvé ? Le degré de preuve et l'appréciation des preuves

55. Une fois que les parties ont présenté les faits au tribunal et que tous les moyens de preuve proposés par les parties sont à sa disposition, le tribunal évalue les moyens de preuve et décide s'il est convaincu des faits allégués par l'une ou l'autre des parties : il procède à l'*appréciation des preuves*. Il s'agit du procédé par lequel le tribunal *évalue la valeur probante des moyens de preuve* et décide si les moyens à sa disposition apportent la preuve de la survenance, respectivement de la non-survenance, d'un fait déterminé ou non⁹¹.
56. En droit suisse, le tribunal est en principe *libre* dans l'appréciation des moyens de preuve. La loi ne fixe ni hiérarchie

⁸⁸ CR CPC-JEANDIN, art. 160 N 13 ; BK ZPO-RÜEDI, art. 160 N 16.

⁸⁹ WALDMANN, p. 282.

⁹⁰ CR CPC-JEANDIN, art. 160 CPC ; BSK ZPO-SCHMID, art. 160 N 24.

⁹¹ BK ZPO I-BRÖNNIMANN, art. 157 N 5 ; GRONER, p. 101.

entre les moyens de preuve ni règles définissant la valeur probante de différents moyens⁹². Le tribunal doit attribuer la valeur probante aux différents moyens de preuve de manière conforme à la logique, aux règles d'expérience généralement reconnues et à l'expérience de la vie⁹³. La seule limite pour le tribunal est l'arbitraire⁹⁴. Positivement formulée, la libre appréciation des preuves signifie qu'une preuve administrée doit être appréciée librement ; dans sa facette négative, le principe implique « qu'on ne peut pas dénier par anticipation toute valeur probante à une preuve susceptible d'emporter la conviction du juge, mais exclue de façon schématique, à moins que la loi ne le dise clairement »⁹⁵.

57. En principe, afin de se fonder sur un certain fait dans son jugement, le tribunal doit être *convaincu* de l'existence de ce fait. Il faut que le tribunal ne conçoive plus de doute sérieux quant à l'existence d'un fait allégué ou que ces doutes paraissent faibles⁹⁶. L'on parle également de « vraisemblance confinante à la certitude »⁹⁷. A titre indicatif, l'on peut quantifier le degré de conviction requis à 90%⁹⁸.

⁹² BOHNET, Procédure civile, N 1436 ; CR CPC-SCHWEIZER, art. 157 N 19 ; BSK ZPO-GUYAN, art. 157 CPC N 5 ; DIKE ZPO-LEU, art. 157 N 7.

⁹³ BSK ZPO-GUYAN, art. 157 N 3 ; ZK-HASENBÖHLER, art. 157 CPC N 7 GULDENER, Zivilprozessrecht, p. 321 s.

⁹⁴ Pour la définition de l'arbitraire dans l'appréciation des preuves, voir : ATF 129 I 8, cons. 2.1.

⁹⁵ CR CPC-SCHWEIZER, art. 157 N 4.

⁹⁶ ATF 133 III 153, cons. 3.3 ; 130 III 321, cons. 3.2, JdT 2005 I 618 ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND/BACHOFNER, §18 N 38 ; BOHNET, Procédure civile, N 1370.

⁹⁷ BERGER-STEINER, 06.74 ss.

⁹⁸ BSK ZPO-GUYAN, art. 157 N 8 ; DIKE ZPO-LEU, art. 157 N 64 ; BERGER-STEINER, 06.81 ; GRONER, p. 181 ; plus critique : CR CPC-SCHWEIZER, art. 157 N 21.

58. Il y a cependant des cas où cette intensité de la conviction de l'existence d'un fait déterminant, donc le *degré de la preuve*⁹⁹, est moins élevée.
59. La loi, respectivement la jurisprudence, admet dans certains cas la réduction du degré de preuve à ce que la doctrine¹⁰⁰ et la jurisprudence¹⁰¹ appellent « le degré de la vraisemblance prépondérante ». Selon la définition du Tribunal fédéral, le degré de la vraisemblance prépondérante est atteint lorsque « [...] d'un point de vue objectif, des motifs importants plaident pour l'exactitude d'une allégation, sans que d'autres possibilités revêtent une importance significative ou entrent raisonnablement en considération »¹⁰². A titre indicatif, l'on peut quantifier le degré de conviction requis à 75%¹⁰³. Ce degré est applicable dans des hypothèses où une preuve stricte n'est pas possible ou ne peut raisonnablement être exigée. La réduction du degré de la preuve est fondée sur l'idée que la mise en œuvre du droit ne doit pas se voir entravée par des difficultés probatoires qui se présentent fréquemment dans un certain type de situations. Il en va ainsi en particulier lorsque les faits allégués par la partie supportant le fardeau de la preuve ne peuvent être établis que par indices¹⁰⁴.
60. Lorsque le tribunal doit statuer dans l'urgence afin de protéger des intérêts qui risquent d'être préterités et que la protection n'est que provisoire, le degré de la preuve est réduit à la *vraisemblance simple*¹⁰⁵. Ce degré est atteint lorsque « certains éléments parlent en faveur de l'existence » du fait considéré, « même si le tribunal

⁹⁹ BOHNET, Procédure civile, N 1424 ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND/BACHOFNER, §18 N 30 et 37 ; SUTTER-SOMM, N 897 ; SCHWEIZER, Beweiswürdigung, p. 14 s. ; MEIER, Beweismass, p. 57.

¹⁰⁰ BOHNET, Procédure civile, N 1428 ; BERGER-STEINER, N 02.55 ; HOHL, Procédure I, N 1884.

¹⁰¹ P. ex. ATF 133 III 81, cons. 4.2.2 ; 132 III 715, cons. 3.1 ; 130 III 321, cons. 3.3, JdT 2005 I 618.

¹⁰² ATF 133 III 81, cons. 4.2.2 ; 132 III 715, cons. 3.1 ; 130 III 321, cons. 3.3, JdT 2005 I 618.

¹⁰³ BSK ZPO-GUYAN, art. 157 N 9 ; BERGER-STEINER, 06.123.

¹⁰⁴ ATF 130 III 321, cons. 3.2, JdT 2005 I 618.

¹⁰⁵ BOHNET (Procédure civile), N 1432 ; MEIER (Beweismass), p. 71.

tient encore pour possible qu'il ne se soit pas produit »¹⁰⁶. A titre indicatif, l'on peut quantifier le degré de conviction requis à minimum 51%¹⁰⁷. Comme son application est limitée aux procédures relatives aux mesures provisionnelles, qui sont extrêmement rares en matière de contestation du loyer initial, ce degré de preuve ne nous occupera pas dans les lignes qui suivent.

61. Dans le chapitre IV de la présente contribution, il sera en particulier examiné s'il existe, dans les éléments pertinents pour la contestation du loyer initial, des situations de *Beweisnot* qui justifient la réduction du degré de la preuve, ce qui faciliterait la preuve. Il sera également examiné si la jurisprudence permet de dégager certaines règles générales concernant l'appréciation de la preuve dans certaines situations.

III. L'action en contestation du loyer initial

A. Conditions de recevabilité

62. L'art. 270 al. 1 CO prévoit que le locataire peut contester le loyer initial lorsque certaines conditions particulières sont réalisées.
63. Le loyer est « initial » lorsqu'il est convenu lors d'une « nouvelle location »¹⁰⁸, c'est-à-dire qu'il n'y a pas déjà un contrat entre les mêmes parties ou, si tel est le cas, que le contrat ne porte pas sur le même objet¹⁰⁹.
64. Les conditions auxquelles une contestation du loyer initial est possible constituent le résultat d'un compromis, dans les débats parlementaires au sujet de la révision du droit du bail entré en vigueur en 1990, entre les milieux proches des locataires,

¹⁰⁶ ATF 130 III 321, cons. 3.3, JdT 2005 I 618 ; 120 II 393 cons. 4c, p. 398, JdT 1995 I 571, 574-575.

¹⁰⁷ BSK ZPO-GUYAN, art. 157 N 10 ; BERGER-STEINER, 06.148.

¹⁰⁸ FETTER, N 276.

¹⁰⁹ CPra Bail-DIETSCHY-MARTENET, art. 270 N 4 ss ; BOHNET/JEANNIN, 19^e Séminaire, N 54 ; SCHWAAB, N 5 ; voir p. ex. TF du 27.11.2017, 4A_455/2017, cons. 2.2.

soutenus par le Conseil fédéral, et les milieux proches des propriétaires. Les premiers souhaitaient que la contestation soit possible dans tous les cas alors que les deuxièmes voulaient supprimer purement et simplement la possibilité de la contestation du loyer initial¹¹⁰.

65. Selon le compromis trouvé, le locataire peut uniquement attaquer le loyer initial si une des conditions suivantes est réalisée :
- Le locataire a été contraint de conclure le bail par nécessité personnelle ou familiale ou en raison de la situation sur le marché local de logements ou locaux commerciaux (art. 270 al. 1 let. a CO). Les deux critères sont en réalité alternatifs, c'est-à-dire qu'en présence d'une pénurie de logements, le locataire n'a pas à prouver une nécessité personnelle ou familiale¹¹¹.
 - Le bailleur a sensiblement augmenté le loyer initial par rapport au loyer dû par le locataire précédent (art. 270 al. 1 let. b CO). L'augmentation est considérée comme sensible lorsqu'elle excède 10%¹¹².
66. Le rôle du demandeur incombera au locataire, celui du défendeur au bailleur¹¹³. Le locataire doit déposer son action dans les 30 jours dès la réception de la chose louée (art. 270 al. 1 CO).
67. L'art. 270 al. 2 CO prévoit qu'en cas de pénurie de *logements*, les cantons peuvent rendre obligatoire, sur tout ou partie de leur territoire, l'usage d'une formule officielle de notification du loyer initial. Selon le Tribunal fédéral, il y a pénurie au sens de l'art. 270 al. 2 CO lorsque le taux de vacance est inférieur à 1,5%¹¹⁴. Actuellement, cette formule est obligatoire dans les

¹¹⁰ SVIT K.-ROHRER, art. 270 CO N 1 ; FETTER, N 14 ss.

¹¹¹ ATF 142 III 442, cons. 3, JdT 2017 II 139, DB 2016 N 17.

¹¹² ATF 136 III 82, cons. 3.4 ; BOHNET/JEANNIN, 19^e Séminaire, N 55.

¹¹³ CPra Actions II-BOHNET, § 18 N 17 ss ; BOHNET/JEANNIN, 19^e Séminaire, N 53.

¹¹⁴ ATF 124 I 127, cons. 2b.

cantons de Bâle-Ville¹¹⁵, Fribourg¹¹⁶, Genève¹¹⁷, Neuchâtel¹¹⁸, Vaud¹¹⁹, Zoug¹²⁰ et Zurich¹²¹. La formule a pour but d'informer le locataire de sa possibilité de saisir l'autorité de conciliation afin de contester le montant du loyer en lui fournissant toutes les indications utiles¹²² et sert ainsi à empêcher les hausses abusives de loyer en cas de changement de locataire¹²³.

B. Conditions de fond

68. Les moyens mis à disposition du locataire pour contester le loyer ont en commun qu'ils sont construits autour de la notion de *loyer abusif*. Pour déterminer si un certain loyer est abusif, la loi prévoit, aux art. 269 et 269a CO, au total huit critères. Savoir quel critère est applicable dépend de la situation dans laquelle le caractère abusif du loyer doit être évalué. Il s'agit là d'une des questions les plus complexes du droit du bail à loyer suisse¹²⁴. Retenons à ce sujet ce qui suit.
69. Le contrôle de l'admissibilité du loyer initial ne peut s'effectuer qu'à l'aide de la *méthode absolue*, laquelle sert à vérifier

¹¹⁵ § 214b EG ZGB-BS.

¹¹⁶ Art. 27 LABLF-FR et Ordonnance concernant l'usage de la formule officielle pour la conclusion d'un nouveau bail à loyer du 26.11.2002 (RSF 222.3.12).

¹¹⁷ Art. 207 LaCC-GE.

¹¹⁸ Art. 4 LiCO-NE et art. 2 de l'Arrêté d'exécution de la loi d'introduction des titres huitième et huitième bis du code des obligations (bail à loyer et bail à ferme), du 13.10.1993 (RSN 224.2).

¹¹⁹ Loi sur l'utilisation d'une formule officielle au changement de locataire du 07.03.1993 (RSV 3.5).

¹²⁰ § 10e EG OR-ZG.

¹²¹ § 229 EG ZGB-ZH.

¹²² ATF 140 III 583, cons. 3.1 ; 139 III 13, cons. 3.1.1 ; 137 III 547, cons. 2.3 ; CPra Bail-DIETSCHY-MARTENET, art. 270 N 72.

¹²³ ATF 140 III 583, cons. 3.1 ; CPra Bail-DIETSCHY-MARTENET, art. 270 N 72.

¹²⁴ Voir à ce sujet : PHILIPPE CONOD/PATRICIA DIETSCHY-MARTENET, La fixation du loyer – Méthode relative, méthode absolue : le point sur la question, in : Olivier Guillod/Christoph Müller (édit.), Pour un droit équitable, engagé et chaleureux, Mélanges en l'honneur de Pierre Wessner, Neuchâtel 2011, p. 307 ss.

concrètement que le loyer ne procure pas un rendement excessif au bailleur. Selon le Tribunal fédéral, seuls les critères absolus du *rendement excessif* (art. 269 CO) et des *loyers usuels dans la localité ou du quartier* (art. 269a let. a CO) peuvent être appliqués. Ces deux critères absolus sont antinomiques, et partant exclusifs l'un de l'autre¹²⁵. L'évaluation du caractère abusif du loyer initial peut toutefois aussi se faire au moyen du critère du rendement brut pour des objets récents (art. 269a let. c CO)¹²⁶.

70. Le critère absolu du rendement net a en principe la priorité sur celui des loyers usuels de la localité ou du quartier¹²⁷ en ce sens que le locataire peut toujours tenter de prouver que le loyer permet au bailleur d'obtenir un rendement excessif (art. 269 CO).
71. Pour les *immeubles anciens*, la hiérarchie des critères absolus est inversée : le critère des loyers usuels de la localité ou du quartier l'emporte sur le critère du rendement net des fonds propres investis. Pour de tels immeubles, en effet, les pièces comptables nécessaires pour déterminer les fonds propres investis en vue de calculer le rendement net font fréquemment défaut ou font apparaître des montants qui ne sont plus en phase avec la réalité économique actuelle¹²⁸. Est ancien un immeuble dont la construction ou la dernière acquisition remonte à trente ans au moins, lors du début du bail¹²⁹.

IV. La preuve d'éléments caractéristiques de l'action en contestation du loyer initial

72. La preuve des conditions formelles et matérielles pour la contestation du loyer initial peut s'avérer complexe. Nous avons choisi d'analyser la preuve de quatre éléments particuliers, qui s'avèrent souvent problématiques pour diverses raisons, à savoir :

¹²⁵ ATF 147 III 14, cons. 4.1.

¹²⁶ CPra Bail-BOHNET/BROQUET, art. 269a N 98 ; ZK-HIGI, art. 269a CO N 141.

¹²⁷ ATF 147 III 14, cons. 4.2 ; 124 III 310, cons. 2b.

¹²⁸ ATF 147 III 14, cons. 4.2 ; 140 III 433, cons. 3.1 p. 435 ; 122 III 257, cons. 4a/bb.

¹²⁹ ATF 147 III 14, cons. 4.2 ; 144 III 514, cons. 3.2.

- la contrainte de conclure le bail par la nécessité personnelle ou familiale (ci-après, A) ;
- le caractère abusif du loyer selon la méthode du rendement net (ci-après, B) ;
- les loyers usuels de la localité ou du quartier (ci-après, C).

A. Prouver la contrainte de conclure le bail par la nécessité personnelle ou familiale (art. 270 al. 1 let. a CO, 1^{ère} hypothèse)

1. L'objet de la preuve

73. La *nécessité personnelle ou familiale* est une question d'appréciation. Le point essentiel est celui de savoir, pour quelle(s) raison(s) le locataire a quitté le logement ou local commercial précédent et a pris à bail l'objet (dont il conteste le loyer initial) plutôt qu'un autre¹³⁰. Selon le Tribunal fédéral, il y a notamment nécessité personnelle, voire familiale, lorsque le bail antérieur est résilié par le bailleur¹³¹.
74. Afin de permettre au locataire de contester son loyer, il convient encore d'examiner s'il existait une *contrainte*. Il convient de se poser la question dans quelle mesure l'on aurait pu attendre du locataire qu'il renonce à signer le bail parce qu'il estime que le loyer est trop élevé : savoir s'il y a « contrainte » ou non est également une question d'appréciation¹³². La condition de la contrainte est réalisée lorsque les raisons du locataire de changer de logement ou de local commercial étaient « bonnes » et que l'on ne puisse attendre de lui qu'il renonce à une occasion qui se

¹³⁰ FETTER, N 341.

¹³¹ TF du 16.10.2002, 4C.169/2002, cons. 2.2, DB 2002 N 18.

¹³² CPra Actions II-BOHNET, § 18 N 4 ; SVIT K.-RÖHRER, art. 270 CO N 10 ; BOHNET/JEANNIN, 19^e Séminaire, N 55 ; SCHWAAB, N 87 ; TF du 16.10.2002, 4C.169/2002, cons. 2.2, DB 2002 N 18.

présente, et ceci parce que les motifs de nécessité personnelle ou familiale sont tels qu'une renonciation serait déraisonnable¹³³.

75. Ainsi, lorsque le bail antérieur du locataire a été résilié avec effet immédiat, l'état de contrainte est sans autre réalisé¹³⁴. Peuvent également constituer des situations personnelles ou familiales engendrant une contrainte, pour les locaux d'habitation, la dégradation de l'état de santé rendant indispensable un certain aménagement, tels un ascenseur ou une situation au rez-de-chaussée, la naissance d'un enfant, le divorce ou la séparation, le déplacement du lieu de travail du locataire, le montant élevé du loyer ou encore l'état ou la situation de l'objet précédemment loué, p. ex. son exposition au bruit¹³⁵. En ce qui concerne un bail de locaux commerciaux, le locataire peut p. ex. se trouver dans une situation de nécessité lorsqu'il se voit obligé, afin de pouvoir conserver sa clientèle, de retrouver rapidement un local commercial dans le même quartier¹³⁶.
76. Sont dès lors pertinentes pour établir la contrainte par nécessité personnelle et familiale *la situation du locataire et les circonstances entourant le changement d'objet loué* par le locataire, p. ex. la manière dont le bail précédent a pris fin, la situation personnelle, familiale ou professionnelle du locataire¹³⁷. Il s'agit là des faits qui doivent être prouvés.
77. Une fois ces éléments établis, le tribunal apprécie s'ils constituent une nécessité ainsi qu'une contrainte au sens de l'art. 270 al. 1 let. a CO.

¹³³ ATF 136 III 82, cons. 2 ; CPra Bail-DIETSCHY-MARTENET, art. 270 N 27 ; FETTER, N 328.

¹³⁴ FETTER, N 341 ; TF du 16.10.2002, 4C.169/2002, cons. 2.2, DB 2002 N 18.

¹³⁵ FETTER, N 350 ss et les réf.

¹³⁶ FETTER, N 351 ; ENGEL, p. 197.

¹³⁷ Pour plus d'exemples de circonstances déterminantes, voir : CPra Bail-DIETSCHY-MARTENET, art. 270 N 30 ss.

2. Les rôles respectifs du tribunal et des parties

a) Allégation, motivation et contestation des faits pertinents

78. En application de la maxime inquisitoire sociale, l'existence de la nécessité personnelle ou familiale, respectivement de la contrainte, n'a formellement besoin d'être ni alléguée ni motivée pour que le tribunal puisse les prendre en compte. Toutefois, étant donné que les parties sont soumises à un devoir de collaborer à l'établissement des faits, la partie demanderesse – donc en l'occurrence le locataire – n'échappe en réalité pas à l'incombance de justifier sa position en invoquant les faits sur lesquels elle se fonde¹³⁸.
79. Lorsque le locataire invoque la contrainte par suite de nécessité personnelle ou familiale, il devra ainsi en réalité *alléguer et motiver* autant la nécessité personnelle ou familiale que la contrainte¹³⁹. Tel que nous comprenons l'état actuel de la jurisprudence concernant la maxime inquisitoire sociale (cf. ci-dessus, N 25 et 27), le locataire devrait en particulier alléguer les circonstances entourant le changement d'objet loué et motiver, en quoi ces circonstances ont rendu nécessaire le changement d'objet loué et pour quelles raisons l'on ne saurait attendre de lui qu'il renonce à louer l'objet dont le loyer est litigieux.

b) Proposition de moyens de preuve

80. En application de la maxime inquisitoire sociale, le Tribunal peut administrer des moyens de preuve d'office, mais il revient en principe aux parties d'en proposer (cf. ci-avant, N 26). La jurisprudence actuelle ne s'est, à notre connaissance, pas prononcée concrètement concernant la question de savoir dans quelles circonstances le tribunal peut intervenir concrètement et procéder à une administration d'office de moyens de preuve. A

¹³⁸ Ainsi aussi : Tribunal de cassation du Canton de Zurich, arrêt du 09.06.2005, AA040179, cons. 3.

¹³⁹ Voir p. ex. Tribunal de cassation du Canton de Zurich, arrêt du 09.06.2005, AA040179, cons. 2.

la lecture de l'ATF 141 III 569, il apparaît que le tribunal ne pourra pas intervenir autrement que par questions adéquates afin de pousser le locataire à proposer des moyens de preuve, mais ne saurait en administrer d'office, même s'il en a connaissance.

81. Ainsi, lorsque le locataire invoque que le bail antérieur a été résilié, donc qu'il se trouve dans une situation de nécessité personnelle, sans proposer de moyen de preuve pour cet allégué, le tribunal devrait l'amener par des questions adéquates à proposer les moyens de preuve y relatifs.

c) Appréciation

82. Il nous semble que, à tout le moins lorsque le locataire n'est pas représenté par un mandataire professionnel, le tribunal devrait faire preuve d'une certaine souplesse. Il n'est en particulier pas évident pour une personne sans connaissances juridiques de comprendre la différence entre la nécessité personnelle ou familiale et la contrainte. Ainsi, *lorsque le locataire explique les raisons pour lesquelles il a dû changer de logement ou de local commercial*, cela devrait être considéré comme suffisant à notre sens, faute de quoi il serait coupé court à l'application de la maxime inquisitoire sociale. Le tribunal peut toujours, dans le cadre de son devoir d'interpellation, demander au locataire, pour quelles raisons il a choisi le local dont le loyer est litigieux plutôt qu'un autre¹⁴⁰.
83. De même, si des motifs objectifs conduisent le tribunal à soupçonner que les offres de preuve du locataire à ce sujet sont lacunaires, il a le devoir de rechercher lui-même des preuves, pour autant qu'il ait connaissance, sur la base des déclarations des parties et/ou du dossier, de l'existence de moyens de preuve pertinents¹⁴¹.
84. A notre sens, lorsque le locataire invoque que le bail antérieur a été résilié sans proposer de moyen de preuve pour cet allégué, le

¹⁴⁰ JEANNIN, Thèse, N 808.

¹⁴¹ Ainsi encore, à notre sens à juste titre : TF du 08.12.2010, 4A_544/2010, cons. 2.4 ; BOHNET/JEANNIN, Maxime, p. 231.

tribunal peut même ordonner d'office l'administration de moyens de preuve dont il connaît l'existence, même si leur administration n'a pas été requise par le locataire. Il pourrait dès lors p. ex. convoquer d'office l'ancien bailleur comme témoin afin d'éclaircir les circonstances dans lesquelles le locataire a quitté son logement ou local commercial précédent. L'identité du bailleur résulte en principe de la partie publiquement accessible du registre foncier et constitue dès lors un fait notoire. Il est toutefois douteux que la jurisprudence admette une telle administration d'office d'un moyen de preuve au vu de la position stricte du Tribunal fédéral dans l'ATF 141 III 569¹⁴².

3. Le fardeau de la preuve

85. Les faits pertinents pour les conditions de recevabilité de la contestation du loyer initial – dont la contrainte par la nécessité personnelle ou familiale – constituent des faits générateurs. La présence d'un de ces éléments est nécessaire pour que le droit du locataire de demander la réduction du loyer initial prenne naissance. Il s'agit donc de faits générateurs et le fardeau de la preuve pour ces éléments incombe au locataire¹⁴³. Il incombe à ce dernier de proposer des moyens de preuve susceptibles de convaincre le tribunal de l'existence des faits pertinents décrits ci-avant (N 73 ss).

4. Les moyens de preuve et le devoir de collaborer

86. Les faits pertinents – tels que la résiliation du bail précédent par le bailleur, la dégradation de l'état de santé du locataire, etc. – peuvent être prouvés en premier lieu par *témoignage* ou *titre*. Dans certaines situations, une preuve par inspection est envisageable, notamment lorsque la cause du déménagement se trouve dans l'état ou la situation de l'objet précédemment loué,

¹⁴² JEANNIN, Thèse, N 819.

¹⁴³ BOHNET/JEANNIN, 19^e Séminaire, N 56 ; FETTER, N 325 ; ZK-HIGI, art. 270 CO N 79.

p. ex. parce qu'il se trouve dans un environnement excessivement bruyant¹⁴⁴. Dans ce cas, les faits pertinents peuvent être directement perçus par le juge.

87. En revanche, une expertise est difficilement envisageable : la constatation ou l'appréciation correcte des circonstances entourant le changement d'objet loué ne nécessite en principe pas des connaissances particulières dont le tribunal ne disposerait pas (cf. ci-dessus, N 51).
88. La preuve des circonstances entourant le changement d'objet loué ne nécessite en principe pas la collaboration du bailleur. Ces faits n'ont pas lieu dans sa sphère d'influence, donc sa collaboration ne permet en principe pas d'apporter des moyens de preuve pertinents à ce sujet¹⁴⁵.

5. Les degrés de la preuve et l'appréciation des preuves

89. Les faits pertinents pour les conditions de recevabilité de la contestation du loyer initial doivent en principe être prouvés de manière stricte. Il n'y a en effet pas de raison de réduire le degré de preuve, puisque la preuve des conditions entourant le changement de local ne présente pas régulièrement des difficultés probatoires¹⁴⁶.
90. Nous avons noté ci-avant (N 73) que tant l'existence d'une nécessité personnelle ou familiale que celle d'une contrainte constitueraient des questions *d'appréciation*. Il s'agit là de l'exercice d'un pouvoir d'appréciation accordé au tribunal par le législateur dans *l'application de la loi* au sens de l'art. 4 CC et non une appréciation des preuves au sens de l'art. 157 CPC¹⁴⁷.
91. L'appréciation des preuves constitue en l'occurrence la question de savoir si le tribunal est convaincu, au vu des moyens de preuve à sa disposition, que les circonstances factuelles sur lesquelles le

¹⁴⁴ Pour plus d'exemples, voir : FETTER, N 355 et les réf.

¹⁴⁵ JEANNIN, Thèse, N 851.

¹⁴⁶ ZK-HIGI, art. 270 CO N 79.

¹⁴⁷ HAUSHEER/JAUN, art. 4 CC N 6.

locataire se fonde – soit les circonstances entourant la fin du bail précédent ou sa situation personnelle ou familiale par exemple – sont établies.

B. Prouver le rendement net (art. 269 CO)

1. L'objet de la preuve

92. Selon l'art. 269 CO, 1^{ère} hypothèse, est abusif le loyer permettant au bailleur de réaliser un rendement excessif. Le législateur a renoncé à définir ce qu'il entend par « rendement excessif » au sens de l'art. 269 CO ; il s'agit d'une notion juridique indéterminée¹⁴⁸. Le législateur a laissé à la jurisprudence le soin de procéder à une définition générale et abstraite de cette notion – respectivement de ses deux composantes, à savoir le rendement et son caractère excessif – afin de la rendre applicable aux cas concrets¹⁴⁹.
93. Selon la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, le loyer doit d'une part offrir un rendement raisonnable par rapport aux fonds propres investis et d'autre part couvrir les charges immobilières¹⁵⁰. Il faut entendre par « rendement » au sens de l'art. 269 CO le *rendement net des fonds propres* investis par le bailleur, c'est-à-dire le rapport entre les fonds propres investis dans la chose remise à bail et les revenus nets que la chose louée procure au bailleur, déduction faite des charges d'exploitation et des intérêts débiteurs sur les capitaux empruntés, garantis ou non par hypothèque¹⁵¹.

¹⁴⁸ ZK-HIGI, art. 269 CO N 31.

¹⁴⁹ ZK-HIGI, art. 269 CO N 33.

¹⁵⁰ ATF 147 III 14, cons. 4.1.1 ; 142 III 568, cons 2.1, DB 2016 N 19 ; 141 III 245, cons. 6.3.

¹⁵¹ ATF 142 III 568, cons. 2.1, DB 2016 N 19 ; 141 III 245, cons. 6.3 ; LACHAT ET AL., Bail à loyer, p. 531, N 2.1.2 ; CPra Bail-BOHNET, art. 269 N 6.

94. Afin de calculer le rendement net, le tribunal doit disposer des éléments suivants, qui constituent donc des objets de la preuve¹⁵² :
- Les coûts d'investissement effectifs, soit le prix d'achat de l'objet loué ou les frais de sa construction
 - Le montant des fonds étrangers empruntés par le bailleur
 - Le montant des frais d'exploitation et d'entretien de l'immeuble
 - Les charges financières, soit le montant de l'intérêt sur les fonds empruntés.
95. Le Tribunal fédéral a considéré que le rendement ainsi calculé était *excessif* lorsqu'il excédait de 0.5% le taux d'intérêt hypothécaire de premier rang pratiqué par la banque cantonale de crédit hypothécaire. Depuis 2008, un taux hypothécaire de référence est fixé chaque trimestre par le Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche (art. 12a OBLF). Le rendement est donc en principe excessif s'il dépasse de 0.5% ce taux¹⁵³. Désormais, le Tribunal fédéral considère que si ce taux est égal ou inférieur à 2%, le rendement net est uniquement excessif s'il le dépasse de 2%¹⁵⁴. Ce taux hypothécaire de référence constitue un fait notoire qui n'est dès lors pas soumis à preuve¹⁵⁵.
96. Au moyen de ces données peut être calculé l'état locatif maximal admissible pour l'immeuble dans lequel se trouve l'objet loué dont le loyer est litigieux. Le caractère admissible d'un loyer s'apprécie cependant pour l'objet loué, et non en fonction du rendement de l'immeuble entier¹⁵⁶. Par conséquent, à moins que

¹⁵² Ainsi aussi : ATF 147 III 14, cons. 7.2 ; BOHNET/JEANNIN, 19^e Séminaire, N 61.

¹⁵³ ATF 142 III 568, cons. 2.1, DB 2016 N 19 ; CPra Bail-BOHNET, art. 269 N 55.

¹⁵⁴ ATF 147 III 14, cons. 8.4.

¹⁵⁵ LACHAT ET AL., Bail à loyer, p. 525, N 5.3.10.

¹⁵⁶ ATF 139 III 209, cons. 2.1, DB 2013 N 14 ; BSK OR I-WEBER, art. 269 N 12 ; CPra Bail-BOHNET, art. 269 N 11 ; ZK-HIGI, art. 269 CO N 232.

l'objet loué ne soit une maison individuelle ou un local dans une propriété par étages, il convient de procéder à une ventilation des comptes : l'état locatif maximal admissible doit être réparti sur l'appartement dont le loyer est litigieux, et comparé au loyer litigieux¹⁵⁷. Cette répartition peut se faire au *prorata* du nombre de pièces, au *prorata* de la surface habitable de l'objet loué¹⁵⁸ ou éventuellement de son volume¹⁵⁹. Ces faits nécessaires pour procéder à une ventilation des comptes sont donc également pertinents et doivent être prouvés.

2. Les rôles respectifs des parties et du tribunal

a) *Allégation, motivation et contestation des faits pertinents*

97. Comme mentionné, le Tribunal fédéral n'accorde à la maxime inquisitoire sociale qu'une portée limitée. Il considère que les parties doivent recueillir elles-mêmes les éléments du procès et que le tribunal ne vient en aide que par des questions adéquates afin que les allégations nécessaires et les moyens de preuve correspondants soient précisément énumérés¹⁶⁰.
98. En pratique, les tribunaux considèrent souvent que, pour respecter le fardeau de l'allégation, le locataire ne saurait se contenter d'alléguer que le rendement net est abusif et s'en remettre au tribunal pour le calcul. Il doit alléguer de manière précise, pour quelle raison et fondé sur quels calculs il considère que le rendement est excessif. *Le locataire doit donc procéder lui-même au calcul du rendement net*¹⁶¹.
99. Cela dit, la maxime inquisitoire sociale oblige le tribunal à intervenir auprès du locataire pour s'assurer que ses allégués de

¹⁵⁷ CPra Bail-BOHNET, art. 269 N 12.

¹⁵⁸ ATF 116 II 184, cons. 3b ; LACHAT ET AL., Bail à loyer, p. 533, N 2.2.4 ; CPra Bail-BOHNET, art. 269 N 12-13.

¹⁵⁹ ATF 120 II 100 ; LACHAT ET AL., Bail à loyer, p. 533, N 2.2.4 ; CPra Bail-BOHNET, art. 269 N 12-13.

¹⁶⁰ ATF 141 III 569, cons. 2.3.

¹⁶¹ GUT, Ungenügender Ertrag, p. 11 s.

faits et ses offres de preuves soient complets, s'il a des motifs objectifs d'éprouver des doutes sur ce point et le cas échéant l'amener, par des questions adéquates, à préciser ses allégués¹⁶².

100. Pour le bailleur, le fardeau de la contestation, tel qu'interprété par la jurisprudence, impliquera une contestation de manière fondée des allégations du locataire. Selon les principes découlant de la maxime des débats, que la jurisprudence applique par analogie aux affaires soumises à la maxime inquisitoire sociale (cf. ci-dessus, N 17), la partie adverse doit contester les faits allégués par la première partie de façon suffisamment précise pour permettre à celle-ci de déterminer, lesquels de ses allégués exactement sont contestés, faute de quoi le tribunal pourra considérer un fait allégué comme admis et non soumis à preuve. Le simple fait de contester l'allégué du locataire selon lequel le loyer est abusif n'est pas suffisant. De même, il ne suffira pas au bailleur de dire simplement qu'il conteste le calcul auquel a procédé le locataire.

b) Proposition de moyens de preuve

101. Le locataire n'est généralement pas en mesure de prouver les faits pertinents pour procéder au calcul du rendement, car les preuves y relatives sont entre les mains du bailleur. Il ne peut dès lors pas proposer concrètement des moyens de preuve à l'appui de son allégué à ce sujet, puisqu'il ignore leur existence. Toutefois, comme nous le verrons, le bailleur est en principe soumis à un devoir de collaborer à l'administration des preuves (art. 160 CPC) et peut, dans ce cadre-là, être obligé à produire des titres nécessaires pour le calcul du rendement net. Le locataire satisfait à son devoir de spécifier les moyens de preuve requis et donc de proposer des moyens de preuve lorsqu'il requiert « les documents relatifs au calcul du rendement », étant donné qu'il est admissible qu'une partie requière la production de titres en lien avec un fait déterminé ou un groupe de faits lié à une période déterminée (cf. ci-dessus, N 53). En outre, le tribunal doit

¹⁶² ATF 141 III 569, cons. 2.3.

s'assurer que les titres produits par le bailleur soient complets, afin de permettre le calcul du rendement net. Si tel n'est pas le cas, il peut ordonner la production des documents comptables manquants de la part du bailleur, même si le locataire ne les a pas formellement requis¹⁶³.

102. En revanche, le tribunal n'a pas besoin d'interpeller le bailleur représenté par un avocat lorsque les titres que celui-ci fournit pour le calcul du rendement net sont insuffisants, puisque l'avocat « est réputé connaître notamment la nécessité d'établir le rendement de la chose louée par le locataire, par opposition au rendement de l'immeuble entier et au rendement d'autres immeubles, ce qui nécessitait la production de pièces topiques »¹⁶⁴. Dès lors, lorsque les documents présentés par le bailleur sont insuffisants, le tribunal peut considérer que le bailleur a violé son devoir de collaborer et, à l'occasion de l'appréciation des preuves, que le loyer est abusif. La question reste à ce stade ouverte pour l'hypothèse où le bailleur n'est pas représenté.
103. Que se passe-t-il si le locataire allègue le caractère excessif du rendement, mais ne requiert aucun moyen de preuve à l'appui de son allégation ? Le tribunal devra, dans tous les cas, intervenir et rendre attentif le locataire à son devoir de collaborer à l'établissement des faits en proposant ou produisant des moyens de preuve à leur appui¹⁶⁵. Dans un arrêt non publié de 2011, le Tribunal fédéral a considéré que le tribunal pouvait ordonner au bailleur la production des documents nécessaires au calcul de rendement lorsque le locataire « se prévaut du rendement abusif »¹⁶⁶. A notre sens, le tribunal pourra en effet administrer d'office des moyens de preuve pertinents dont il a connaissance¹⁶⁷ ; le Tribunal fédéral semble toutefois désormais considérer que tel n'est pas le cas, puisque le « devoir de chercher

¹⁶³ FETTER, N 516.

¹⁶⁴ TF du 08.12.2015, 4A_211/2015, cons. 3.3.

¹⁶⁵ ATF 141 III 569, cons. 2.3.

¹⁶⁶ TF du 28.02.2011, 4A_3/2011, cons. 4.

¹⁶⁷ JEANNIN, Thèse, N 562.

des moyens de preuve » se limiterait à un devoir d'interpellation accru¹⁶⁸.

c) Appréciation

104. Il en découle que les exigences à respecter par les parties sont très semblables à celles qu'elles auraient à respecter sous l'empire de la maxime des débats. Si cette manière de procéder peut se justifier lorsque les deux parties sont représentées par des mandataires professionnels¹⁶⁹, son admissibilité nous semble douteuse lorsque les parties agissent seules. En effet, dans la mesure où le but du législateur était de réagir à l'inégalité structurelle entre des parties et de permettre à celles-ci un accès plus aisé à la justice, même sans conseil juridique (*Laienfreundlichkeit*) (cf. ci-dessus, N 21), l'on ne saurait attendre d'un locataire qu'il procède lui-même au calcul du rendement net et requière le cas échéant lui-même la production des documents nécessaires de la part du bailleur en les circonscrivant de manière suffisante. Le devoir d'interpellation accru du tribunal n'est d'aucune utilité au locataire si ce dernier n'est objectivement pas en mesure d'alléguer et de motiver de manière suffisante les faits nécessaires pour procéder à un calcul du rendement net. De même, en exigeant une contestation comme en procédure soumise à la maxime des débats, la jurisprudence porte atteinte à l'idée de *Laienfreundlichkeit* et fait faux bond à la partie défenderesse si celle-ci se trouve être la partie faible¹⁷⁰.

¹⁶⁸ ATF 141 III 569, cons. 2.3.

¹⁶⁹ Dans ce sens, voir aussi : KOLLER (Rechtsprechung 2015), p. 797.

¹⁷⁰ JEANNIN, Thèse, N 548.

3. Le fardeau de la preuve

105. La doctrine majoritaire¹⁷¹ et le Tribunal fédéral¹⁷² considèrent qu'il revient en principe *au locataire d'apporter la preuve du caractère abusif du loyer initial*. Le locataire subit dès lors les conséquences de l'absence de preuve pour les éléments constitutifs du caractère abusif du loyer initial, dont les faits pertinents pour le rendement net s'il invoque ce dernier. Ces faits constituent à notre sens des *faits générateurs* du droit du locataire à une réduction du loyer initial¹⁷³.
106. Le caractère initial du loyer constitue également un fait générateur pour lequel le fardeau de la preuve incombe au locataire¹⁷⁴. En son absence, le locataire ne peut pas introduire l'action en contestation du loyer initial ; sa requête sera en principe déclarée irrecevable.
107. Le bailleur peut opposer au locataire qui invoque le caractère abusif du loyer fondé sur le rendement net que :
- *l'immeuble a moins de dix ans* ; dans ce cas, le loyer est uniquement abusif s'il dépasse les limites du rendement *brut* permettant de couvrir les frais¹⁷⁵. Le rendement brut non abusif est donc, dans cette hypothèse, un fait dirimant. Son calcul se faisant avec les mêmes éléments que celui du rendement net, le bailleur ne supporte en réalité le fardeau de la preuve que pour l'âge de l'immeuble¹⁷⁶ ;

¹⁷¹ BSK OR I-WEBER, art. 270 N 8 ; LCHAT ET AL., Bail à loyer, p. 485, N 2.6.4 ; CPra Bail-DIETSCHY, art. 270 N 63 ; BOHNET/JEANNIN, 19^e séminaire, N 59 ; DAÏNA, p. 99 ; ZK-HIGI, art. 270 CO N 79.

¹⁷² ATF 147 III 14, cons. 6.1 ; 142 III 568, cons. 2.1, DB 2016 N 19 ; 139 III 13, cons. 3.1.3.2.

¹⁷³ JEANNIN, Thèse, N 828 ; ainsi aussi : FETTER, N 484 ; *contra* : ATF 139 III 13, cons. 3.1.3.2, confirmé *in* : ATF 147 III 13, cons. 3.2.1, où le TF considère qu'il s'agit d'un fait dirimant.

¹⁷⁴ Ainsi aussi : ZK-HIGI, art. 270 CO N 79.

¹⁷⁵ BOHNET/JEANNIN, 19^e séminaire, N 72 ; FETTER, N 485.

¹⁷⁶ BOHNET/JEANNIN, 19^e séminaire, N 72.

- *l'immeuble est dans la propriété du bailleur depuis plus de 30 ans*¹⁷⁷. Dans cette hypothèse, si le locataire invoque le caractère excessif du rendement net, le moment de la construction de l'immeuble ainsi que les faits pertinents pour déterminer si le loyer est conforme aux loyers usuels de la localité ou du quartier (ci-après, N 127 ss) constituent des faits dirimants pour lesquels le bailleur supporte le fardeau de la preuve¹⁷⁸.
108. Ces éléments empêchent la naissance du droit du locataire à la réduction du loyer initial et constituent, à notre sens, des faits dirimants¹⁷⁹.

4. Les moyens de preuve et le devoir de collaborer

a) Les moyens de preuve

109. La plupart des faits pertinents peuvent être prouvés par titre :
110. Pour la *preuve du prix d'achat* entre en ligne de compte en premier lieu l'acte d'achat¹⁸⁰. En vertu de l'art. 216 al. 1 CO, les ventes d'immeubles doivent être faites par acte authentique. L'acte d'achat constitue dès lors un titre authentique, c'est-à-dire que les faits dont il atteste – entre autres le prix d'achat – lient le tribunal (art. 9 CC).
111. Lorsque *l'immeuble a été érigé par le bailleur*, le prix d'acquisition du terrain peut également être prouvé par l'acte d'acquisition ; la preuve des coûts de la construction peut à notre sens être apportée par le dépôt du décompte des travaux de construction, qui constitue également un titre¹⁸¹.

¹⁷⁷ ATF 144 III 514, cons. 3.

¹⁷⁸ BOHNET/JEANNIN, 19^e séminaire, N 72.

¹⁷⁹ JEANNIN, Thèse, N 833 ss.

¹⁸⁰ LACHAT ET AL., Bail à loyer, p. 535, N 2.3.2 ; CPra Bail-BOHNET, art. 269 N 74 ; mp 1996, p. 165, cons. 2d.

¹⁸¹ JEANNIN, Thèse, N 571.

112. Si le décompte s'avère particulièrement complexe et que son appréciation correcte suppose une connaissance technique spéciale, une expertise judiciaire peut entrer en ligne de compte. En revanche, le Tribunal fédéral considère que l'expertise judiciaire d'un architecte n'est que d'une utilité restreinte pour reconstituer les éléments manquants d'un décompte incomplet, puisqu'elle ne constituera qu'une estimation et ne permet pas de reconstituer les coûts concrets¹⁸².
113. Dans la majorité des cas, les *fonds étrangers investis* dans l'immeuble sont garantis par une ou plusieurs hypothèques ou cédules hypothécaires grevant l'immeuble en question. Dans ce cas, le montant des fonds étrangers initialement investis peut être prouvé par un extrait du registre foncier, puisque les droits de gage, dont l'immeuble dans lequel se trouve l'objet de bail est grevé, doivent être inscrits au registre foncier (art. 799 al. 1 CC). Il s'agit là d'un titre authentique au sens de l'art. 179 CPC.
114. Le montant des *frais d'exploitation et d'entretien* peut être prouvé par le dépôt de l'état des charges immobilières, respectivement du compte de pertes et profits, lorsque le propriétaire est une société anonyme, sur plusieurs années afin de pouvoir en calculer la moyenne¹⁸³. Il s'agit de titres au sens de l'art. 177 CPC.
115. Les *charges financières* effectives peuvent être prouvées le plus facilement par le dépôt du (respectivement des) contrat(s) de prêt, qui, d'ordinaire, fixe(nt) le taux d'intérêt¹⁸⁴. Il s'agit, dans ce cas également, d'une preuve par titre.
116. Les éléments nécessaires à la ventilation des comptes peuvent également être prouvés par titre : la preuve de la surface totale de l'immeuble et de celle de l'objet loué, celle du nombre total de pièces dans l'immeuble et du nombre de pièces de l'objet loué

¹⁸² TF du 29. 06.2010, 4A_204/2010, cons. 3.

¹⁸³ LCHAT ET AL., Bail à loyer, p. 535, N 2.3.2 ; CPra Bail-BOHNET, art. 269 N 74.

¹⁸⁴ Voir p. ex. ROBERT WALDER/WOLFGANG EGGER, Modèles de contrats pour toutes les opérations commerciales, Tome 2, Zurich 1991, 5/3, p. 2.

ainsi que celle du volume total de l'immeuble et du volume total de l'objet litigieux peuvent se faire le plus aisément par ce moyen de preuve. Ainsi, le nombre de pièces, la surface ou le volume de l'objet litigieux sont souvent contenus dans le contrat de bail et les valeurs pour l'immeuble entier dans des plans de construction ou le contrat de vente, lorsque le bailleur a acquis l'immeuble déjà construit.

117. La surface et le volume peuvent également faire l'objet d'une expertise. La détermination de la surface ou du volume d'un bâtiment, respectivement d'un appartement, nécessite à notre sens des connaissances dont les juges ne disposent en général pas. Les autres catégories de moyens de preuve ne sont à notre sens pas utiles pour la détermination de la surface ou du volume¹⁸⁵.

b) Le devoir de collaborer

118. Les développements qui précèdent permettent assez vite de comprendre l'importance du devoir du bailleur de collaborer à l'administration de la preuve : les faits pertinents pour procéder au calcul du rendement net doivent être prouvés par le locataire, mais les moyens de preuve nécessaires à cette fin se trouveront la plupart du temps entre les mains du bailleur. Se pose alors la question, pour le locataire, de savoir ce qu'il doit faire pour « forcer » le bailleur à produire les titres nécessaires.
119. En principe, le locataire qui requiert la production d'un titre doit décrire le plus précisément possible ce titre et indiquer quel fait ce dernier est censé prouver. Le document doit être identifiable sans problème pour le bailleur ou le tiers.
120. Ces exigences doivent cependant être relativisées à deux égards :
- Il est en effet également possible de désigner de manière générique les documents requis, à condition qu'il soit possible de distinguer objectivement les pièces visées de celles qui ne le sont pas. Il nous semble dès lors suffisant que

¹⁸⁵ JEANNIN, Thèse, N 593.

le locataire requière « les documents relatifs au calcul du rendement ».

- La maxime inquisitoire sociale permet au tribunal d'établir dans une certaine mesure les faits d'office et partant d'ordonner d'une partie la production de titres qui n'ont pas été requis formellement par l'autre. Sur ce point, le Tribunal fédéral semble assez souple. Selon sa jurisprudence, datant cependant d'avant l'entrée en vigueur du Code de procédure civile, il suffit que le locataire invoque le rendement abusif pour que le bailleur soit « obligé » de produire les documents nécessaires au calcul de rendement, même s'il n'a pas formellement requis la production desdits documents¹⁸⁶.
121. Le locataire doit néanmoins avoir allégué, d'une manière suffisamment précise, pour quelles raisons il estime que le loyer est abusif ; le contraire ouvrirait la porte aux *fishing expeditions*, puisque cela permettrait au locataire d'entamer une action en alléguant simplement que le rendement net est abusif et obtenir, en cours de procédure, les données nécessaires pour justifier sa prétention *a posteriori* (cf. ci-dessus, N 52).

5. Le degré de la preuve et l'appréciation des preuves

122. Les faits pertinents pour la détermination du rendement net doivent être prouvés de manière stricte. La loi ne prévoit pas d'exception à ce sujet¹⁸⁷. La jurisprudence du Tribunal fédéral n'a pour l'heure pas non plus admis d'exception. Bien au contraire, notre Haute Cour a précisé que, dans le cadre du calcul du rendement net, l'on ne saurait se contenter d'une « vraisemblance plus ou moins grande »¹⁸⁸.
123. Des questions délicates d'appréciation des preuves se posent en particulier lorsque le bailleur viole son devoir de collaborer et que l'état de fait pertinent ne peut pas être établi. Comme le locataire supporte le fardeau de la preuve du caractère abusif du loyer, le

¹⁸⁶ TF du 28.02.2011, 4A_3/2011, cons. 4.

¹⁸⁷ CPra Bail-BOHNET, art. 269 CO N 72 ; ZK-HIGI, art. 269 CO N 268.

¹⁸⁸ TF du 08.12.2015, 4A_211/2015, cons. 5.2.

tribunal devrait en principe le débouter lorsque les éléments constitutifs ne peuvent pas être établis. Une telle manière de procéder serait toutefois injuste, puisqu'elle permettrait au bailleur de déjouer l'administration des preuves (*Beweisvereitelung*) sans être sanctionné.

124. Il aurait été possible de résoudre ce problème par une modification de la répartition du fardeau de la preuve. Le législateur – à qui revient le monopole d'introduire une telle mesure – n'a toutefois pas décidé de procéder ainsi. Il prévoit cependant une solution au moment de l'appréciation des preuves : le tribunal tiendra compte d'un refus injustifié à ce stade (art. 164 CPC), ce qui signifie que la violation de ce devoir de collaborer par le défendeur puisse être considérée comme un indice de l'exactitude de l'allégation avancée par celui auquel incombe la preuve¹⁸⁹.
125. Dans le cadre de la contestation du loyer initial, le Tribunal fédéral considère qu'en l'absence de tout autre élément de preuve, le refus injustifié du bailleur de collaborer à l'administration des preuves peut convaincre le tribunal de la fausseté complète ou partielle des allégations du bailleur et l'amener à croire les indications du locataire¹⁹⁰.
126. Le tribunal ne peut toutefois pas se contenter de considérer les allégations du locataire comme prouvées lorsque le bailleur refuse de collaborer. Il doit procéder à une appréciation globale des preuves, dans laquelle il doit également tenir compte des données statistiques cantonales ou communales disponibles¹⁹¹.

¹⁸⁹ ATF 142 III 568, cons. 2.1, DB 2016 N 19 ; 119 II 305, cons. 1 b/aa, JdT 1995 II 125 ; 98 II 231, cons. 5, JdT 1974 I 80.

¹⁹⁰ ATF 142 III 568, cons. 2.1, DB 2016 N 19 ; TF du 15.02.2016, 4A_461/2015, cons. 3.3.1a ; TF du 19.02.2009, 4A_576/2008, cons. 2.4, DB 2009 N 25.

¹⁹¹ ATF 147 III 14, cons. 6.1.3 ; 142 III 568, cons. 2.1, DB 2016 N 19 ; TF du 15.02.2016, 4A_461/2015, cons. 3.3.1b et 3.3.2.

***C. Prouver les loyers usuels de la localité ou du quartier
(art. 269a let. a CO)***

1. L'objet de la preuve

127. L'art. 269a let. a CO prévoit que les loyers qui se situent « dans les limites des loyers usuels dans la localité ou dans le quartier » ne sont en règle générale pas abusifs. L'application de ce critère suppose la détermination des loyers usuels dans la localité ou le quartier dans lequel se trouve l'objet dont le loyer est litigieux ; ceux-ci seront comparés au loyer litigieux¹⁹². Si ce dernier dépasse les limites des loyers usuels, il sera considéré comme abusif.
128. Le Conseil fédéral et la jurisprudence ont précisé ce qu'il convient d'entendre par « loyers usuels » et de quelle manière il faut les déterminer. Selon l'art. 11 al. 1 OBLF, sont déterminants les loyers des logements et des locaux commerciaux comparables à la chose louée quant à l'emplacement, la dimension, l'équipement, l'état et l'année de construction. La jurisprudence a précisé que les loyers usuels doivent être fixés sur la base d'au moins *cinq* objets remplissant ces critères¹⁹³. Pour les locaux commerciaux, la comparaison peut être opérée sur la base du prix au mètre carré usuel dans le quartier pour des objets semblables (art. 11 al. 2 OBLF).
129. En théorie, les loyers usuels pourraient être prouvés par statistiques (art. 11 al. 4 OBLF), pour autant que celles-ci satisfassent aux critères de l'art. 11 al. 1 OBLF, c'est-à-dire qu'elles contiennent des données chiffrées, suffisamment différenciées et dûment établies au sujet de la situation, de l'agencement et de l'état de la chose louée ainsi que de la période de construction¹⁹⁴. Le Tribunal fédéral n'a cependant à ce jour

¹⁹² ZK-HIGI, art. 269a CO N 39.

¹⁹³ ATF 139 III 13, cons. 3.4 ; 123 III 317, cons. 4a.

¹⁹⁴ ATF 141 III 569, cons. 2.2.2 ; 123 III 317, cons. 4c/cc ; 114 II 361, cons. 3 ; TF du 29.11.2016, 4A_295/2016, cons. 5.2.1 et du 01.02.2010, 4A_448/2009,

jamais considéré des statistiques officielles comme suffisamment précises pour en déduire directement le loyer admissible¹⁹⁵.

130. Les loyers des objets comparatifs doivent eux-mêmes ne pas être abusifs, ce qui suppose qu'ils aient été adaptés à la baisse du taux hypothécaire de référence survenue depuis la dernière fixation du loyer. Cela ne signifie pas que les objets dont le loyer n'a pas été adapté à la dernière baisse du taux hypothécaire ne seront pas pris en compte, mais qu'il convient de procéder à une adaptation théorique des loyers de ceux-ci¹⁹⁶. L'objet en question est uniquement exclu de la comparaison s'il est prouvé qu'au moment de la dernière fixation du loyer, le loyer a déjà été abusif¹⁹⁷. Il ne faut donc pas seulement prouver les loyers des objets comparatifs, mais également les bases sur lesquelles ceux-ci ont été fixés¹⁹⁸, afin de pouvoir, cas échéant, les adapter aux modifications du taux hypothécaire de référence.
131. Pour établir les loyers usuels, les éléments suivants sont dès lors pertinents et doivent être prouvés :
- les caractéristiques de l'objet dont le loyer est litigieux, soit : son emplacement, sa dimension, son équipement, son état et son année de construction ;
 - la localité ou le quartier dans lequel se trouve l'objet dont le loyer est litigieux ;
 - le loyer net d'au moins cinq autres objets loués dans la même localité ou le même quartier ;

cons. 2.3 ; CPra Bail-BOHNET/BROQUET, art. 269a N 25 ; LACHAT ET AL., Bail à loyer, p. 461, N 2.2.8.

¹⁹⁵ CPra Bail-BOHNET/BROQUET, art. 269a CO N 25 ; LACHAT ET AL., Bail à loyer, p. 461, note 66 ; il a ainsi refusé de considérer comme suffisantes les statistiques officielles genevoises dans l'ATF 123 III 317, cons. 4c/cc, confirmé par un arrêt du 29.11.2016, 4A_295/2016, cons. 5.2.3, et celles du canton de Bâle-Ville dans un arrêt du 13.01.2004, 4C_176/2003, res. in : DB 2004 N 14.

¹⁹⁶ ATF 141 III 569, cons. 2.2.1 ; 127 III 411, cons. 5a.

¹⁹⁷ ATF 127 III 411, cons. 5a.

¹⁹⁸ TF du 22.10.2021, 4A_215/2021, cons. 7.1.2.

- les caractéristiques des cinq autres objets loués, soit leurs emplacements, leurs dimensions, leurs équipements, leurs états et leurs années de construction ;
- les bases de calcul des loyers des objets comparatifs.

2. Les rôles respectifs du tribunal et des parties

a) Allégation, motivation et contestation des faits pertinents

132. Le Tribunal fédéral est restrictif avec les allègements qu'accorderait la maxime inquisitoire sociale. Il considère qu'il incombe à la partie qui se prévaut du critère des loyers usuels dans la localité ou dans le quartier d'alléguer et de motiver de manière suffisante les loyers usuels en respectant les exigences posées par la jurisprudence, en particulier au sujet des loyers non abusifs pour des objets comparables¹⁹⁹. La maxime inquisitoire sociale n'autoriserait pas le tribunal à intervenir d'office dans l'établissement des faits. Dite maxime se résumerait à un devoir d'interpellation accru pour s'assurer que les allégués de fait et les offres de preuves sont complets, et auquel le tribunal ne doit avoir recours que lorsqu'il a des motifs objectifs d'éprouver des doutes sur le caractère complet des allégués²⁰⁰.
133. Concrètement, pour satisfaire à son devoir de collaborer selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le locataire devra *mettre sur pied une grille d'analyse contenant les critères de l'art. 11 al. 1 OBLF par rapport à l'objet loué et justifier précisément en quoi les objets comparatifs rentrent dans celle-ci*²⁰¹. Le Tribunal fédéral a tout de même jugé que la maxime inquisitoire sociale était violée lorsque le tribunal rejette la requête de la partie (en l'occurrence c'était le bailleur qui se prévalait des loyers usuels) parce que celle-ci avait omis, pour un des objets comparatifs,

¹⁹⁹ ATF 122 III 257, cons. 4b.

²⁰⁰ ATF 141 III 569, cons. 3.1.

²⁰¹ ZK-HIGI, art. 269a CO N 84, 86 et 130 ; pour un cas d'application, voir : OGer ZH, arrêt du 23.08.1996, MRA 1997, p. 1 ss.

d'indiquer le taux hypothécaire sur la base duquel le loyer avait été fixé ; en vertu de ladite maxime, le tribunal aurait dû rendre attentive la partie à son omission d'avoir allégué ce fait²⁰².

b) Proposition de moyens de preuve

134. La jurisprudence a considéré que la maxime inquisitoire sociale ne signifiait pas que le tribunal doive, à la place des parties, apporter des moyens de preuve pour établir les loyers usuels²⁰³. Toutefois, le Tribunal fédéral a considéré que le tribunal devait intervenir auprès de la partie se prévalant des loyers usuels lorsque celle-ci ne présente pas cinq objets comparatifs potentiels²⁰⁴ ou que les documents fournis sont insuffisants pour procéder à une comparaison²⁰⁵ et l'inviter à présenter des éléments de comparaison, en fournissant à leur sujet tous les renseignements nécessaires²⁰⁶.
135. En revanche, lorsque la partie présente, respectivement requiert, des moyens de preuve pour les caractéristiques de cinq objets comparatifs, le tribunal n'est aucunement obligé de l'informer lorsque les moyens de preuve présentés ne sont pas susceptibles de le convaincre²⁰⁷.

c) Appréciation

136. La doctrine critique depuis longtemps les exigences posées par le Tribunal fédéral concernant le devoir de collaborer des parties à

²⁰² ATF 136 III 74, cons. 3.2.2.

²⁰³ TF du 19.02.2013, 4A_612/2012, cons. 2.2 ; OGer ZH, arrêt du 20.11.2015, NG150012, cons. 5.2.

²⁰⁴ TF du 29.11.2016, 4A_295/2016, cons. 6 et du 01.02.2009, 4A_448/2009, cons. 2.2.

²⁰⁵ TF du 12.11.2007, 4A_214/2007, cons. 5.

²⁰⁶ TF du 01.02.2009, 4A_448/2009, cons. 2.2 et du 12.11.2007, 4A_214/2007, cons. 5.

²⁰⁷ ATF 141 III 569, cons. 3.1.

l'établissement des faits puisqu'elle les considère incompatibles avec la maxime inquisitoire sociale²⁰⁸.

137. A notre sens également, la jurisprudence du Tribunal fédéral pose des exigences trop sévères à ce sujet. Celles-ci ne se distinguent en effet pas de l'exigence de la motivation suffisante dans une procédure soumise à la maxime des débats. Nous avons certes constaté que les exigences du fardeau de l'allégation et de la motivation suffisante sont applicables *mutatis mutandis* au devoir de collaborer lorsque la maxime inquisitoire sociale est applicable. Toutefois, il convient de garder en tête les buts de la maxime inquisitoire sociale, qui sont l'assistance à la partie faible pour garantir l'égalité de traitement, la *Laienfrendlichkeit* pour permettre à une partie de procéder sans avocat ainsi que l'accélération de la procédure (cf. ci-dessus, N 20), ce qui ne paraît clairement pas assuré en application de la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral²⁰⁹.
138. Nous proposons qu'on se réfère à l'échelle de l'ancienne jurisprudence : le tribunal peut certes, par questions, inviter les parties à compléter leurs moyens de preuve. Il doit cependant aussi pouvoir procéder d'office à l'administration des preuves, même non proposées par les parties, à tout le moins lorsque les parties ne sont pas représentées par des mandataires professionnels, pour autant qu'il ait connaissance, sur la base des déclarations des parties et/ou du dossier, de l'existence de moyens probatoires pertinents (et que les parties ne présentent pas ces moyens de preuve)²¹⁰.
139. Pour les caractéristiques des objets comparatifs, point le plus souvent problématique en pratique, cela signifie que le tribunal devrait pouvoir administrer les moyens nécessaires à leur preuve d'office dès qu'il a connaissance, sur la base du dossier, de l'existence de ces objets. L'existence des objets comparatifs doit avoir été alléguée par le locataire ; par leur mention, il allègue

²⁰⁸ SVIT K.-RÖHRER, art. 269a CO N 24 ; ZK-HIGI, art. 269a CO N 131.

²⁰⁹ JEANNIN, Thèse, N 681.

²¹⁰ JEANNIN, Thèse, N 687.

implicitement le caractère comparable de leurs caractéristiques avec ceux de l'objet loué²¹¹. De plus, la preuve des caractéristiques des objets comparatifs peut se faire par inspection (cf. ci-après, N 149), moyen de preuve que le tribunal peut ordonner d'office (art. 181 al. 1 CPC).

3. Le fardeau de la preuve

a) Principes

140. Le locataire supporte le fardeau de la preuve pour le caractère abusif du loyer initial²¹². Constituent dès lors en principe des faits générateurs du droit du locataire à une réduction du loyer initial *les faits pertinents pour le critère (absolu) que le locataire choisit afin de contester le loyer initial*²¹³. En l'occurrence, lorsque le locataire se fonde sur le loyer usuel dans la localité ou le quartier, il s'agit des éléments énumérés ci-avant, au N 131.
141. Lorsque le locataire se fonde sur le fait que le loyer de l'objet loué dépasse les loyers usuels dans la localité ou le quartier, le bailleur peut en principe invoquer qu'il réalise un rendement insuffisant²¹⁴. Dans cette hypothèse, le fait que le rendement net ne dépasse pas de deux pour-cent le taux d'intérêt hypothécaire de référence est un fait dirimant dont la preuve incombe au bailleur²¹⁵.
142. Notons toutefois que si l'utilisation de la formule de notification du loyer initial (art. 270 al. 2 CO) est obligatoire, le bailleur ne

²¹¹ JEANNIN, Thèse, N 688 ; dans ce sens aussi : ZK-HIGI, art. 269a CO N 131 ; voir aussi : SVIT K.-ROHRER, art. 269a CO N 30.

²¹² ATF 147 III 14, cons. 6.1 ; 142 III 568, cons. 2.1, DB 2016 N 19 ; 139 III 13, cons. 3.1.3.2.

²¹³ *Contra* : ATF 139 III 13, cons. 3.1.3.2, confirmé *in* : ATF 147 III 13, cons. 3.2.1, où le TF considère que ce sont des faits dirimants, car il s'agit d'une situation d'abus de droit. Dans le résultat, cela ne change toutefois rien à la répartition du fardeau de la preuve de ces faits.

²¹⁴ FETTER, N 486.

²¹⁵ BOHNET/JEANNIN, 19^e Séminaire, N 73.

saurait se fonder sur une méthode autre que celle indiquée dans la formule²¹⁶. De plus, les arguments du bailleur ne sont efficaces que si le critère dont il se prévaut pour se défendre contre les arguments du locataire est prépondérant (cf. ci-dessus, N 70 s.). Ainsi, lorsque le locataire se prévaut des loyers usuels dans la localité ou du quartier, le bailleur ne peut se défendre en invoquant le rendement insuffisant s'il s'agit d'un immeuble ancien²¹⁷.

b) Renversement du fardeau en cas d'augmentation massive ?

143. Dans l'ATF 139 III 13, le Tribunal fédéral a considéré que le fardeau de la preuve du caractère abusif du loyer initial incombait en principe au locataire. En l'occurrence, vu que le loyer contesté était 43% plus élevé que le loyer précédent alors que le taux hypothécaire de référence était passé de 4,5% à 2,25% depuis et que le renchérissement avait été modeste, le Tribunal fédéral a cependant estimé que le loyer initial était « très certainement abusif ». Il en a déduit qu'en vertu « du devoir de collaborer du bailleur à l'administration de la preuve », ce dernier devra apporter la « contre-preuve ». Le Tribunal fédéral a précisé que ce devoir de collaborer « trouve tout son sens dans l'hypothèse où ce dernier [soit le bailleur], comme en l'espèce, a augmenté le nouveau loyer de plus de 10% par rapport à l'ancien loyer »²¹⁸.
144. La portée de cet arrêt a donné lieu à des débats en doctrine, essentiellement par rapport à son impact au niveau du droit de la preuve et de la notion d'« augmentation massive ». En particulier, une partie de la doctrine a estimé que le Tribunal fédéral en aurait « renversé » le fardeau²¹⁹.

²¹⁶ ATF 139 III 13, cons. 3.1.2. LACHAT ET AL., Bail à loyer, p. 690, N 5.1.1.

²¹⁷ ATF 147 III 14, cons. 4.2 et les réf.

²¹⁸ ATF 139 III 13, cons. 3.1.4 et 3.2 ; l'arrêt 4A_475/2012, également rendu le 06.12.2012, contient, aux cons. 2.1.4 et 2.2, les mêmes considérations ; dans ce cas, le loyer initial était 29% plus élevé que le loyer précédent.

²¹⁹ CONOD, Contestation, p. 3 s. ; ROHRER, Anfechtung, p. 24 ss.

145. Dans l'ATF 147 III 431 – qui traite d'une affaire où l'augmentation par rapport au loyer précédent était de 44% – le Tribunal fédéral a précisé que sa jurisprudence devait se comprendre dans le sens où il existait, en cas de *contestation du loyer initial* d'un objet loué dans un *immeuble ancien*, une *présomption de fait* que le nouveau loyer est *abusif* s'il y avait une « *augmentation massive* » du loyer par rapport au loyer précédent²²⁰. L'augmentation massive du loyer initial par rapport au loyer précédent pour un immeuble ancien fait donc présumer *de fait*, sur la base de l'*expérience générale de la vie*, le caractère abusif du loyer initial. Pour se défendre, le bailleur doit alors « créer un doute fondé quant à la présomption selon laquelle le loyer est abusif »²²¹, donc *apporter la contre-preuve* (cf. ci-dessus, N 39).
146. A ce jour, il n'est cependant toujours pas défini précisément ce qui constitue une « *augmentation massive* ». La doctrine majoritaire a déduit de l'ATF 139 III 13 que la présomption du caractère abusif du loyer initial devait s'appliquer dès que l'augmentation du loyer dépasse 10%²²². ROHRER²²³ a rejeté cette interprétation, puisque cela signifierait que cet allègement de preuve s'appliquerait de fait dans l'énorme majorité des cas, étant donné que l'augmentation de plus de 10% est une condition de recevabilité de l'action en contestation du loyer initial selon l'art. 270 al. 1 let. b CO. Dans l'ATF 147 III 431, le Tribunal fédéral a estimé que l'avis de ROHRER était convaincant sur ce point et a considéré que la présomption de fait ne saurait s'appliquer déjà lorsque le loyer est majoré de plus de 10%. Le Tribunal fédéral n'a cependant pas fixé de limite, se contentant de considérer que lorsque la majoration était de 44%, cette condition était à l'évidence réalisée²²⁴.

²²⁰ ATF 147 III 431, cons. 3.3.1.

²²¹ ATF 147 III 431, cons. 4.2.

²²² KOLLER, *Rechtsprechung* 2018, p. 533 ; CONOD, *Immeuble ancien*, p. 3 ; ZAHRADNIK, p. 285 s.

²²³ SVIT K.-ROHRER, art. 270 CO N 54.

²²⁴ ATF 147 III 431, cons. 3.3.

147. L'ATF 147 III 431 précise également les possibilités offertes au bailleur pour *apporter la contre-preuve*. Le bailleur peut renverser la présomption par exemple en apportant des statistiques, même lorsqu'elles ne respectent pas les conditions de l'art. 11 al. 4 OBLF, ou seulement trois ou quatre objets de comparaison remplissant les critères de l'art. 11 al. 1 OBLF, complétés par des statistiques ou d'autres éléments qui permettent de conclure au caractère usuel du loyer dans la localité ou le quartier. De même, il ne convient pas d'appliquer avec la même rigueur les critères de l'art. 11 al. 1 OBLF que lorsqu'il s'agit d'apporter la preuve pleine. Une expertise privée peut éventuellement être utile à ce sujet. Dans ce contexte, il convient aussi de prendre en compte le fait que le bail précédent était de longue durée (soit de 15 à 20 ans). S'il ne parvient pas à renverser la présomption, le bailleur peut toujours apporter la preuve du contraire, soit prouver pleinement le caractère non abusif du loyer, en apportant cinq objets comparatifs ou des statistiques officielles²²⁵.
148. Si le bailleur ne parvient pas à éveiller des doutes fondés, la présomption du loyer abusif s'applique en faveur du locataire. Dans ce cas, le loyer convenu est présumé abusif et *il incombe au juge de fixer lui-même le loyer initial*. En effet, sous peine de commettre un déni de justice, il doit arrêter un loyer même si les parties n'ont pas apporté de moyens de preuve²²⁶. Le Tribunal fédéral a récemment eu l'occasion de préciser, comment le tribunal doit procéder dans cette hypothèse : ce n'est qu'en l'absence de tout élément de preuve qu'il faut s'en tenir au loyer payé par le précédent locataire. S'il existe d'autres éléments, comme des statistiques cantonales ou communales – même si celles-ci ne sont pas suffisamment différenciées au sens de l'art. 11 al. 4 OBLF et qu'aucune des parties ne les a invoquées – il y a lieu d'en tenir compte et de pondérer les chiffres qui en résultent en fonction des caractéristiques concrètes de l'appartement litigieux, du montant du loyer payé par le

²²⁵ ATF 147 III 431, cons. 4.3.

²²⁶ TF du 02.05.2022, 4A_554/2021, cons. 3.2.3 ; ATF 139 III 13, cons. 3.5.1.

précédent locataire, ainsi que de la connaissance du marché local et de l'expérience du juge²²⁷.

4. Les moyens de preuve et le devoir de collaborer

a) Principes

149. Pour la preuve des caractéristiques des objets comparatifs, la doctrine considère que celle-ci doit se faire en principe au moyen d'une *inspection*²²⁸. Ce moyen de preuve nous semble adéquat, car il s'agit de faits qui sont susceptibles de perception directe par le tribunal. A lire la jurisprudence, l'on constate que celle-ci part plutôt du principe que les caractéristiques des objets comparatifs sont prouvées par *titre*, tout en n'excluant pas l'inspection. Ainsi, le Tribunal fédéral considère que « le bailleur peut aussi apporter la preuve des loyers usuels en fournissant au moins cinq logements de comparaison avec leurs caractéristiques et les bases de calcul de leurs loyers, *accompagnés de toutes les pièces justificatives* » (c'est nous qui soulignons)²²⁹ ou encore que la réponse à la question de savoir si le loyer pourrait être augmenté eu égard aux loyers usuels du quartier « suppose par expérience l'examen de nombreuses pièces, voire les inspections de cinq logements comparatifs »²³⁰.
150. La preuve des caractéristiques des objets comparatifs est souvent impossible sans la collaboration des locataires, respectivement des propriétaires desdits objets. Ni le locataire ni le bailleur ne sont en principe en possession de moyens de preuve nécessaires pour prouver toutes les caractéristiques des objets comparatifs. Les locataires et les bailleurs d'objets comparatifs peuvent donc être obligés de collaborer. La preuve des loyers usuels peut supposer en particulier que le tribunal procède à des inspections d'objets propriété, respectivement possession de tiers : dans ce

²²⁷ TF du 02.05.2022, 4A_554/2021, cons. 3.2.3 et 4.2.

²²⁸ LACHAT ET AL., Bail à loyer, p. 462, N 2.2.13 ; SVIT K.-ROHRER, art. 269a CO N 11 ; ZK-HIGI, art. 269a CO N 132.

²²⁹ ATF 141 III 569, cons. 2.2.3.

²³⁰ TF du 13.12.2016, 4A_293/2016, cons. 1.2 (non publié *in* : ATF 143 III 15).

cas, les locataires desdits objets peuvent être obligés de tolérer une inspection de leurs locaux par le tribunal (art. 160 al. 1 let. c CPC). Il est également possible qu'une partie au procès requière des titres permettant de prouver les caractéristiques d'objets potentiellement comparatifs ou leurs loyers respectifs (élément ne pouvant pas faire l'objet d'une inspection). Dans ce cas, les bailleurs des objets respectifs peuvent être obligés de déposer les titres requis²³¹.

b) Preuve des loyers usuels par expertise ?

151. La question de savoir si les loyers usuels peuvent être prouvés par *expertise* fait l'objet de débats. Le Tribunal fédéral estime que tel n'est pas le cas²³². Il s'agirait essentiellement de comparer le confort offert au locataire par différents objets loués, ce qui n'exige normalement aucune connaissance technique spéciale²³³. En doctrine, certains auteurs estiment que la preuve par expertise devrait être admise²³⁴. Selon SIEGRIST, il n'y aurait pas de raison de refuser une expertise lorsque l'expert arrête les loyers usuels en respectant les exigences de l'art. 11 OBLF et de la jurisprudence²³⁵.
152. A notre sens, il convient de considérer la preuve des loyers usuels par la comparaison selon l'art. 11 al. 1 OBLF comme *une méthode admissible parmi d'autres*. La libre appréciation des preuves (art. 157 CPC) implique qu'on ne peut pas exclure de façon schématique toute valeur probante à une preuve susceptible d'emporter la conviction du tribunal, sauf base légale expresse et claire (cf. ci-dessus, N 57). L'OBLF se trouvant dans un niveau inférieur de la hiérarchie des normes, elle nous paraît insuffisante

²³¹ TC VD du 14.03.2001, cons. VII.a), CdB 2001, p. 123 ss.

²³² ATF 114 II 361, cons. 3 ; TF du 01.02.2010, 4A_448/2009, cons. 2.2.

²³³ TF du 01.02.2010, 4A_448/2009, cons. 2.2.

²³⁴ SIEGRIST, Mietzins, p. 71 ss ; BARBEY, AMSL, p. 84, qui ne l'admet cependant qu'en dernier ressort, à défaut de statistiques, de valeurs locatives fiscales et d'objets comparatifs.

²³⁵ SIEGRIST, Mietzins, p. 71 ss.

comme base légale pour prévoir une exception au principe de la libre appréciation. Il convient dès lors d'admettre la preuve par expertise²³⁶.

5. Le degré de la preuve et l'appréciation des preuves

153. Le degré de la preuve des loyers usuels fait l'objet d'une jurisprudence du Tribunal fédéral. Notre Haute Cour considère que la preuve des loyers usuels doit être apportée au degré de la certitude, puisqu'elle n'est pas objectivement impossible à apporter ni telle que l'on ne saurait raisonnablement l'exiger. Il ne s'agit donc pas d'une situation de *Beweisnot*²³⁷.
154. L'OBLF et la jurisprudence concernant la détermination des loyers usuels soulèvent des questions concernant l'appréciation des preuves. Le législateur a uniquement prévu, à l'art. 269a let. a CO, que les loyers conformes aux loyers de la localité et du quartier n'étaient pas abusifs. A notre sens, le principe de la libre appréciation des preuves, ancré à l'art. 157 CPC, postulerait que le tribunal soit libre dans la manière dont il forme sa conviction au sujet des loyers usuels²³⁸. C'est d'ailleurs ainsi que le Tribunal fédéral voit les choses concernant les loyers usuels pour la détermination du caractère manifestement exagéré du prix d'achat selon l'art. 269 CO, 2^e hypothèse²³⁹, et il n'y a aucune raison qu'il en aille différemment pour l'art. 269a let. a CO. Toutefois, le Conseil fédéral et la jurisprudence restreignent ce principe en imposant que les loyers usuels doivent être établis par la preuve d'au moins cinq loyers de logements, respectivement de locaux commerciaux comparables à la chose louée quant à l'emplacement, la dimension, l'équipement, l'état et l'année de construction (art. 11 al. 1 OBLF). Or prévoir une exception à l'art. 157 CPC – disposition édictée par le législateur – constitue une prérogative réservée au législateur.

²³⁶ JEANNIN, Thèse, N 700.

²³⁷ ATF 141 III 569, cons. 2.2.1 ; TF du 22.10.2021, 4A_215/2021, cons. 7.1.2.

²³⁸ JEANNIN, Thèse, N 700.

²³⁹ TF du 18.04.1996, cons. 3d, mp 1996, p. 159 ss.

V. Conclusions

155. Un des plus grands problèmes dans la procédure de contestation du loyer initial constitue *la complexité de la détermination du caractère abusif du loyer*. L'évaluation du rendement net suppose la preuve des nombreux critères nécessaires à son calcul avec des moyens de preuve qui sont la plupart du temps entre les mains du bailleur. L'évaluation du loyer usuel suppose la preuve du loyer, de l'emplacement, de la dimension, de l'équipement, de l'état et de l'année de construction de cinq objets comparables dans la même localité ou dans le même quartier, ce qui échoue régulièrement.
156. La jurisprudence pourrait atténuer certains problèmes. Elle pourrait ainsi appliquer de manière plus « généreuse » la maxime inquisitoire sociale, en revenant à l'idée initiale de cette maxime, qui est de permettre à la partie considérée comme faible la consécration de ses prétentions en justice en réduisant le formalisme pour l'allégation de faits pertinents et la proposition de moyens de preuve. Cela permettrait en particulier au tribunal d'ordonner d'office l'administration de moyens de preuve qui n'ont pas été formellement requis par les parties, mais dont le tribunal a connaissance, et d'admettre la preuve de faits qui n'ont pas été allégués expressément par les parties. Cette manière de procéder faciliterait non seulement la preuve des conditions de fond, mais également des conditions de recevabilité de l'action en contestation du loyer initial, en particulier l'existence d'une situation de contrainte par la nécessité personnelle ou familiale au sens de l'art. 270 al. 1 let. a, 1^{ère} hypothèse, CO.
157. La jurisprudence pourrait également assouplir les exigences pour prouver les loyers usuels et permettre ainsi l'application de ce critère en pratique. Notons qu'il s'agit là de remèdes à des complications de la preuve que la jurisprudence a en partie elle-même introduites et dont le fondement dogmatique est très discutable.
158. La dernière jurisprudence dans le domaine ici traitée et qui a fait couler beaucoup d'encre – l'ATF 147 III 431 – ne fait que confirmer ce constat : si le souhait du Tribunal fédéral de trouver

une solution permettant à la fois de respecter les intérêts des locataires et des bailleurs est louable, l'allègement de preuve qu'il introduit constitue en fait une solution à un problème qu'il a en partie créé lui-même par sa jurisprudence. L'allègement de preuve est nécessaire puisque, dans les faits, la preuve des loyers usuels dans la localité ou le quartier est quasiment impossible à apporter. Les exigences strictes posées par la jurisprudence, en particulier en ce qui concerne le caractère comparable des objets, mènent à l'inapplicabilité de fait de ce critère. Plutôt que de s'efforcer à trouver une manière « équitable » de répartir le fardeau de cette preuve quasiment impossible à apporter, le Tribunal fédéral devrait à notre sens se demander comment ces exigences pourraient être assouplies.

159. De manière générale, il nous paraît indiqué que le législateur se pose la question de l'utilité d'un système censé protéger la partie faible pour des raisons sociales, et de prévoir des règles de procédure qui réduisent le formalisme inhérent à la procédure civile afin de faciliter la consécration des droits, mais dont la complexité est telle que les acteurs concernés ne comprennent pas leurs droits et ne peuvent pas les faire réaliser sans l'aide d'un conseil juridique. La meilleure protection au niveau procédural est dénuée d'utilité lorsque le droit de fond est hors de portée pour la partie censée être protégée.

Bibliographie

ALVAREZ CIPRIANO ET AL., Berner Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, trois tomes, Berne 2012 (cité : BK ZPO-AUTEUR)

ASPRION STÖCKLIN SABINE, Die Verhandlungsmaxime im schweizerischen Zivilprozessrecht de lege lata und de lege ferenda, thèse, Bâle 2008

BARBEY RICHARD, L'Arrêté fédéral instituant des mesures contre les abus dans le secteur locatif du 30 juin 1972 (AMSL), Lausanne 1984 (cité : AMSL)

BAUMGARTNER SAMUEL/DOLGE ANNETTE/MARKUS ALEXANDER R./SPÜHLER KARL, Schweizerisches Zivilprozessrecht – mit Grundzügen des internationalen Zivilprozessrechts, 10^e éd., Zurich/Berne/Schaffhouse 2018

BERGER-STEINER ISABELLE, Das Beweismass im Privatrecht – Eine dogmatische Untersuchung mit Erkenntniswert für die Praxis und die Rechtsfigur der Wahrscheinlichkeitshaftung, thèse, Berne 2008

BOHNET FRANÇOIS, Procédure civile, 3^e éd., Neuchâtel 2021 (cité : Procédure civile)

BOHNET FRANÇOIS, L'allégation des faits et leur contestation en procédure civile : principes et modalités, *in* : François Bohnet/Anne-Sylvie Dupont (édit.), Dix ans de Code de procédure civile, Neuchâtel 2020, p. 1 ss (cité : Allégation)

BOHNET FRANÇOIS, Ecritures, maximes de procédure et débats dans le procès civil social, *in* : François Bohnet/Anne-Sylvie Dupont (édit.), Le procès civil social, Neuchâtel 2018, p. 31 ss (cité : Ecritures)

BOHNET FRANÇOIS, Le droit du bail en procédure civile suisse, *in* : François Bohnet/Pierre Wessner (édit.), 16^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2010 (cité : 16^e Séminaire)

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

BOHNET FRANÇOIS/HALDY JACQUES/JEANDIN NICOLAS/SCHWEIZER PHILIPPE/TAPPY DENIS, Commentaire romand du Code de procédure civile, 2^e éd., Bâle 2019 (cité : CR CPC-AUTEUR)

BOHNET FRANÇOIS/JEANNIN PASCAL, La maxime inquisitoire sociale sous l'empire du CPC, RDS 134 I, p. 223 ss (cité : Maxime)

BOHNET FRANÇOIS/JEANNIN PASCAL, Le fardeau de la preuve en droit du bail, *in* : François Bohnet/Blaise Carron (édit.), 19^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2016, p. 1 ss (cité : 19^e Séminaire)

BRÖNNIMANN C. JÜRGEN, Die Behauptungslast, *in* : Christoph Leuenberger (édit.), Der Beweis im Zivilprozess, Berne 2000, p. 47 ss (cité : Behauptungslast)

BRÖNNIMANN C. JÜRGEN, Gedanken zur Untersuchungsmaxime (aus Anlass der Revision der Berner ZPO), RJB 126 (1990), p. 329 ss (cité : Untersuchungsmaxime)

BÜLOW OSKAR, Gemeines Deutsches Zivilprozessrecht, Vorlesungsnachschrift von L. Fehler aus dem Wintersemester 1868/69, herausgegeben von Johann Braun, Passau 2003

CLOUX LORENZ, Les limites de la maxime des débats – Lorsque le juge ne tient pas compte de ce que les parties allèguent, et lorsqu'il tient compte de ce qu'elles n'allèguent pas, Justice – Justiz – Giustizia 1/2020

CONOD PHILIPPE, Contestation du loyer initial ; calcul de rendement net ; âge d'un immeuble ancien, Newsletter bail.ch novembre 2018 (cité : Immeuble ancien)

CONOD PHILIPPE, Contestation du loyer initial : fardeau de la preuve lorsque le bailleur s'est prévalu des loyers usuels dans la formule officielle (commentaire de l'ATF 139 III 13), Newsletter bail.ch février 2013 (cité : Contestation)

DAÏNA SALOMÉ ISABELLE, Le caractère abusif du loyer initial : qui doit prouver quoi ?, CdB 2009, p. 97 ss

DIETSCHY-MARTENET PATRICIA, Les conflits de travail en procédure civile suisse, thèse, Neuchâtel et Lausanne 2010

DOLGE ANETTE, Anforderungen an die Substanziierung, *in* : Annette Dolge (édit.), Substantiieren und Beweisen – Praktische Probleme, Zurich 2013

ENGEL PIERRE, Contrats de droit suisse, 2^e éd., Berne 2000

FETTER SÉBASTIEN, La contestation du loyer initial, thèse, Berne 2005

GRONER ROGER, Beweisrecht – Beweise und Beweisverfahren im Zivil- und Strafrecht, Berne 2011

GULDENER MAX, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3^e éd., Berne 1979

GUT BEAT, Der Einwand des ungenügenden und übersetzten Ertrages, mp 2002, p. 1 ss (cité : Ungenügender Ertrag)

HASENBÖHLER FRANZ, Das Beweisrecht der ZPO, Band 1 : Allgemeine Bestimmungen, Mitwirkungspflichten und Verweigerungsrechte, Zurich 2015 (cité : Beweisrecht)

HAUSHEER HEINZ/JAUN MANUEL, Die Einleitungsartikel des ZGB – Art. 1-10 ZGB, Berne 2003

HIGI PETER, Die Miete, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Teilband V 2b, 4^e éd., Zurich 1994-1998 (cité : ZK-HIGI)

HOHL FABIENNE, Procédure civile, Tome I, 2^e éd., Berne 2016 (cité : Procédure I)

JEANNIN PASCAL, La preuve en droit du bail : Loyers, défauts et résiliation de baux d'habitations et de locaux commerciaux à l'aune des questions probatoires, thèse, Neuchâtel 2022

JEANNIN PASCAL/BOHNET FRANÇOIS, Les pièges du fardeau de l'allégation en procédure civile suisse, Jusletter du 19 novembre 2015

JUNGO ALEXANDRA, Art. 8 ZGB – Beweislast, Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, 3^e éd., Fribourg 2018 (cité : ZK-JUNGO, art. 8 CC)

KOLLER THOMAS, Die mietrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2018, RJB 155 (2019), p. 529 ss (cité : Rechtsprechung 2018)

KOLLER THOMAS, Die mietrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2015, RJB 152 (2016), p. 785 ss (cité : Rechtsprechung 2015)

KOLLER THOMAS, Die mietrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2013, RJB 150 (2014), p. 917 ss (cité : Rechtsprechung 2013)

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

KUMMER MAX, Grundriss des Zivilprozessrechts – Nach den Prozessordnungen des Kantons Bern und des Bundes, 4^e éd., Berne 1984

LACHAT DAVID/GROBET THORENS KARIN/RUBLI XAVIER/STASTNY PIERRE, Le bail à loyer, Lausanne 2019 (cité : LACHAT ET AL., Bail à loyer)

LARDELLI FLAVIO/VETTER MEINRAD, art. 8 CC, *in* : Thomas Geiser/Christina Fountoulakis (édit.), Basler Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch I, 6^e éd., Bâle 2018 (cité : BSK ZGB I-LARDELLI/VETTER)

LEU CHRISTIAN, Art. 157 ZPO, *in* : Alexander Brunner/Dominik Gasser/Ivo Schwander (édit.), Schweizerische Zivilprozessordnung – Kommentar, 2^e éd., Zurich et Berne 2016 (cité : DIKE ZPO-LEU)

MEIER ISAAK, Das Beweismass – ein aktuelles Problem des schweizerischen Zivilprozessrechts, BJM 1989, p. 57 ss (cité : Beweismass)

MEIER ISAAK, Schweizerisches Zivilprozessrecht – Eine kritische Darstellung aus Sicht von Praxis und Lehre, Zurich 2010 (cité : Zivilprozessrecht)

MEIER RAOUL A., Die Behauptungs-, Bestreitungs- und Substantiierungslast im ordentlichen und vereinfachten Verfahren nach dem Verhandlungsgrundsatz der Schweizerischen Zivilprozessordnung, thèse, Bâle 2015 (cité : Thèse)

MORDASINI-ROHNER CLAUDIA M., Gerichtliche Fragepflicht und Untersuchungsmaxime nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, thèse, Bâle 2013

PIOTET DENIS, art. 8 CC, *in* : Pascal Pichonnaz/Bénédict Foëx (édit.), Commentaire romand du Code civil, Vol. I, Bâle 2010 (cité : CR CC I-PIOTET)

ROHRER BEAT, Anfechtung des Anfangsmietzinses (commentaire ATF 139 III 13), MRA 2/2013, p. 15 ss (cité : Anfechtung)

ROSENBERG LEO, Die Beweislast, 5^e éd., Munich 1965

SCHWAAB JEAN JACQUES, La fixation et la contestation du loyer initial, *in* : François Bohnet/Pierre Wessner (édit.), 15^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2008, p. 1 ss

SCHWEIZER MARK, Beweiswürdigung und Beweismass, Rationalität und Institutionen, thèse d'habilitation, Zurich 2015 (cité : Beweiswürdigung)

SCHWEIZERISCHER VERBAND DER IMMOBILIENTREUHÄNDER (édit.), Das schweizerische Mietrecht – Kommentar, 4^e éd., Zurich 2018 (cité : SVIT K.-AUTEUR)

SIEGRIST EDGAR, Grundfragen aus dem Beweisrecht des Zivilprozesses, thèse, Berne 1938 (cité : Grundfragen)

SIEGRIST ROBERT, Der missbräuchliche Mietzins – Regel und Ausnahmen (Art. 269 und 269a OR), thèse, Zurich 1997 (cité : Mietzins)

STAEHELIN ADRIAN/STAEHELIN DANIEL/GROLIMUND PASCAL/BACHOFNER EVA, Zivilprozessrecht – Unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts, 3^e éd., Berne 2019

STEINAUER PAUL-HENRI, Le titre préliminaire du Code civil, avec la collaboration de Laurent Bieri, Tome 1, Traité de droit privé suisse, Vol. 2, Bâle 2009

SUTTER-SOMM THOMAS, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3^e éd., Zurich 2017

SUTTER-SOMM THOMAS/HASENBÖHLER FRANZ/LEUENBERGER
CHRISTOPH, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung,
3^e éd., Bâle 2016 (cité : ZK-AUTEUR)

VON GÖNNER NIKOLAUS THADDÄUS, Handbuch des deutschen
gemeinen Prozesses: In einer ausführlichen Erörterung seiner
wichtigsten Gegenstände, Vol. 1, Erlangen 1804

WALDMANN YVES, Informationsbeschaffung durch Zivilprozess, thèse,
Bâle 2009

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

WEBER ROGER, Art. 269 ff OR, *in* : Corinne Widmer Lüchinger/David
Oser (édit.), Basler Kommentar zum schweizerischen
Obligationenrecht I, 7^e éd., Bâle 2020 (cité : BSK OR I-WEBER)

WUILLEMIN NICOLAS, Beweisführungslast und Beweisverfügung nach
der Schweizerischen ZPO, thèse, Bâle 2018

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

Messages

Message du 28 juin 2006 relatif au code de procédure civile suisse,
FF 2008, p. 6841 ss (cité : Message CPC)

Actualités en matière de loyers indexés et échelonnés

par

Patricia Dietschy-Martenet

Professeure aux Universités de Neuchâtel et Lausanne, juge suppléante au Tribunal cantonal vaudois, avocate-conseil

I. Introduction.....	71
II. Loyers indexés.....	72
A. Rappel des principes.....	72
1. Conditions.....	72
2. Conclusion de la clause d'indexation.....	74
3. Contestation de la hausse ou de la baisse de loyer.....	75
B. Méthode de calcul à l'expiration de la durée initiale du bail.....	76
C. Contestation du principe d'indexation lors de la contestation du loyer initial.....	79
D. Sort de la clause d'indexation à l'échéance de la durée initiale du bail.....	82
III. Loyers échelonnés.....	83
A. Rappel des principes.....	83
1. Conditions.....	83
2. Conclusion de la clause d'échelonnement.....	84
3. Contestation des échelons.....	85

B. Notification du nouvel échelon	86
1. Forme de la notification	86
a) Formule officielle	86
aa) <i>De lege lata</i>	86
ab) <i>De lege ferenda</i>	87
b) Copie de la convention d'échelonnement.....	89
2. Délai à respecter	90
C. Méthode de calcul à l'expiration de la clause d'échelonnement.....	91
IV. Conclusion	93
Bibliographie.....	94

I. Introduction

1. Aux art. 269*b* et 269*c* CO, le législateur a autorisé les parties à fixer d'avance l'évolution du loyer durant le bail, soit en limitant celle-ci à la fluctuation de l'indice suisse des prix à la consommation, soit en fixant des paliers. Ces deux possibilités s'accompagnent de conditions, en particulier s'agissant de la durée minimale du contrat, cinq ans pour le bail à loyers indexés et trois ans pour celui à loyers échelonnés.
2. En choisissant le système des loyers indexés, le bailleur est assuré que le loyer suivra l'évolution du coût de la vie, tandis que le locataire bénéficie de la sécurité du logement pour une durée minimale relativement longue¹. S'agissant des motifs pouvant mener les parties à opter pour le système du loyer échelonné, ils sont de deux ordres : soit le bailleur accepte de ne pas retirer tout de suite un rendement suffisant de la chose louée (par exemple en raison de la situation du marché ou parce qu'il désire accorder dans un premier temps un loyer diminué au locataire), l'échelonnement lui permettant d'adapter le loyer de telle sorte que celui-ci lui procure un rendement convenable à l'échéance du bail ; soit les parties souhaitent fixer d'avance les variations du montant du loyer en procédant à une anticipation de l'évolution des facteurs de hausse ou de baisse pour toute la durée du bail, le principe de l'échelonnement comportant ainsi un aspect aléatoire².
3. La présente contribution propose de présenter l'actualité dans ce domaine, tant au niveau jurisprudentiel que parlementaire.

¹ Message du 27 mars 1985 concernant l'initiative populaire « pour la protection des locataires », la révision du bail à loyer et du bail à ferme dans le code des obligations et la loi fédérale instituant des mesures contre les abus dans le secteur locatif, FF 1985 I 1369 ss, p. 1467.

² ATF 113 II 299, cons. 2e ; 121 III 397, cons. 2b/aa, DB 1996 N 17.

II. Loyers indexés

A. Rappel des principes

1. Conditions

4. Selon l'art. 269b CO, les parties peuvent, à deux conditions, conclure un bail à loyers indexés : le bail doit être conclu pour une période de cinq ans au moins et l'indice d'indexation doit être l'Indice suisse des prix à la consommation (IPC). Selon la jurisprudence, il est exclu de prévoir d'autres facteurs d'adaptation du loyer, à moins que la majoration ne soit justifiée par des prestations supplémentaires du bailleur et que le contrat de bail ait réservé expressément cette possibilité³.
5. La clause d'indexation a pour but de garantir au bailleur que le loyer suivra l'évolution du coût de la vie et d'offrir au locataire un bail de longue durée et un mode de fixation clair du loyer⁴. La baisse constante des taux hypothécaires durant ces dernières années a permis d'accroître l'intérêt des milieux immobiliers pour les baux à loyers indexés⁵.
6. La durée minimale du bail de cinq ans signifie que seul le bailleur doit être lié par une telle durée, le contrat pouvant prévoir un droit de résiliation par le locataire durant la période quinquennale déjà⁶. Un bail conclu pour une durée inférieure à cinq ans mais comportant une clause d'option qui autorise le locataire à prolonger la relation contractuelle est conforme à l'exigence de durée de l'art. 269b CO si les deux périodes cumulées sont égales ou supérieures à cinq ans⁷. La durée de cinq ans doit être calculée

³ ATF 147 III 32, cons. 3.1 ; 124 III 57, cons. 3a.

⁴ ATF 147 III 32, cons. 3.1.

⁵ LCHAT/STASTNY, ch. 2.1.5, p. 645.

⁶ Art. 17 al. 4 OBLF *a contrario* ; ATF 125 III 358, cons. 1b/bb, JdT 2000 I 204 ; SAVIAUX, p. 65 ; comp. TF du 07.05.2015, 4A_689/2014, cons. 1.2, en matière d'échelonnement.

⁷ ROHRER, p. 2, qui prend l'exemple d'un bail de trois ans comportant une clause d'option permettant de prolonger celui-ci de trois ans ; comp. TF du 07.05.2015, 4A_689/2014, cons. 1.2, en matière d'échelonnement.

depuis le jour où débute le bail – et non dès la conclusion du contrat ou la remise effective de la chose louée – ou, en cas de convention ultérieure prévoyant l’indexation, dès l’entrée en vigueur de celle-ci. Peu importe que l’indexation du loyer ne soit possible qu’à partir de la deuxième année de bail ou ultérieurement.

7. S’agissant de l’indice, il doit s’agir de l’indice suisse des prix à la consommation, le législateur ayant voulu prévenir le risque inflationniste et éviter que le loyer n’augmente plus vite que le prix des biens de consommation⁸. L’indice de base doit être celui correspondant à la date de la conclusion du contrat. Selon nous, un indice antérieur ou postérieur ne devrait pas pouvoir être retenu, sans quoi la condition de l’art. 269b CO selon laquelle le loyer « est adapté » (le terme allemand « *folgt* » est encore plus explicite) en fonction de l’évolution de l’indice ne serait pas réalisée⁹. L’Office fédéral de la statistique publie chaque début de mois l’indice du mois précédent¹⁰.
8. Lorsque l’une des deux conditions prévues à l’art. 269b CO n’est pas remplie, la clause d’indexation est nulle et le contrat frappé de nullité partielle au sens de l’art. 20 al. 2 CO. Le cas échéant, le juge peut convertir la clause et la rendre valable en se fondant sur la volonté hypothétique des parties¹¹. Ainsi, lorsque la durée minimale du bail n’est pas respectée, le juge doit se demander si les parties entendaient mettre plutôt l’accent sur la durée limitée du contrat ou sur la clause d’indexation ; dans le premier cas, le principe de l’indexation tombe, alors que dans le second, la durée du contrat doit être prolongée à cinq ans.

⁸ LACHAT/STASTNY, ch. 2.2.1, p. 645.

⁹ BSK OR I-WEBER, art. 269b CO N 2 ; ZK-HIGI, art. 269b CO N 76 s. ; LACHAT/STASTNY, ch. 2.2.2, p. 647, admettent que l’indice soit postérieur à celui du jour de la conclusion du bail ; BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE, art. 269b CO N 23, admettent sans limites un indice antérieur.

¹⁰ Les différents indices sont disponibles à l’adresse : <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/prix/indice-prix-consommation.html>.

¹¹ Comp. TF du 22.08.2016, 4A_415/2015, cons. 2.2.1, en matière d’échelonnement.

2. Conclusion de la clause d'indexation

9. Le principe de l'indexation peut faire l'objet d'une clause insérée dans le contrat de bail, d'un accord ultérieur ou d'une transaction judiciaire¹².
10. Selon le Tribunal cantonal vaudois, la clause d'indexation peut figurer dans des conditions générales préformées auxquelles renvoie le bail, ne s'agissant pas de clauses insolites¹³. La cour cantonale a tenu le raisonnement suivant. La clause d'indexation ne modifie pas de manière essentielle la nature, ni ne sort notablement du cadre légal du contrat de bail. Au contraire, la possibilité de conclure un bail indexé est expressément prévue par l'art. 269c CO, qui en définit le cadre et les limites. Les conditions auxquelles le bail indexé est subordonné ont été instaurées afin de préserver les intérêts antagonistes des deux parties. Le locataire obtient notamment l'avantage d'un bail d'une durée minimale de cinq ans. Quant au point de savoir si, au moment de la signature, le bail indexé sera plus ou moins favorable au locataire ou au bailleur, compte tenu de l'évolution future du taux hypothécaire et de l'indice suisse des prix à la consommation, il est aléatoire et ne dépend pas de la volonté des parties. De même, la clause permettant au bailleur de majorer le loyer en cas de travaux de plus-value est admise par la doctrine et la jurisprudence et ne sort pas notablement du cadre légal, la hausse pouvant d'ailleurs être contestée au moment de sa notification. Cette solution nous semble discutable, dans la mesure où l'indexation du loyer ne correspond pas au système de base de calcul des loyers en cours de bail mais constitue au contraire une méthode choisie par les parties au contrat. Or, la jurisprudence rendue en matière de clauses inhabituelles précise que la règle dite de l'insolite trouve application si elle a objectivement un contenu qui conduit à un changement essentiel du caractère du contrat ou si elle s'écarte de manière importante

¹² TF du 06.08.2004, 4C.171/2004, cons. 4.1, qui renvoie à l'ATF 121 III 397, cons. 2c, DB 1996 N 17, en matière de clause d'échelonnement.

¹³ TC VD du 11.06.2018, n° 341, HC/2018/533, cons. 5.1.

du cadre légal du type de contrat concerné¹⁴. Or, en prévoyant que le loyer ne pourra évoluer, à la hausse ou à la baisse, qu'en fonction du renchérissement et non des autres facteurs, en particulier le taux hypothécaire de référence, le bail s'écarte du système ordinaire de fixation des loyers. A notre sens, l'attention du locataire devrait dès lors être attirée quant à l'existence de la clause d'indexation figurant dans des conditions générales annexées au bail.

3. Contestation de la hausse ou de la baisse de loyer

11. Durant la durée initiale du bail, le loyer ne peut être adapté qu'au renchérissement selon l'IPC, à l'exclusion de tout autre facteur de hausse (art. 17 al. 3 OBLF), et aux conditions prévues par le contrat. Les parties peuvent ainsi décider des termes pour lesquels les adaptations du loyer auront lieu, du nombre maximal d'adaptations par année ou encore du laps de temps minimum qui doit s'écouler entre deux adaptations. Les parties peuvent aussi librement déterminer les préavis et les termes. Si la clause d'indexation ne prévoit rien, la hausse ou la baisse peut être demandée moyennant un préavis de 30 jours pour la fin d'un mois (art. 17 al. 3 OBLF, appliqué par analogie pour les demandes de baisse)¹⁵, dès qu'une variation de l'IPC entre en vigueur¹⁶.
12. En cas de hausse, le bailleur doit user de l'avis de majoration au sens de l'art. 269d CO et le locataire peut seulement s'y opposer en arguant que l'augmentation n'est justifiée par aucune variation correspondante de l'indice (art. 270c CO). En cas de baisse de l'IPC, le locataire peut demander une diminution de loyer, conformément aux art. 270a CO et 17 al. 2 OBLF. Le bailleur peut uniquement objecter que la diminution de loyer demandée

¹⁴ ATF 138 III 411, cons. 3.1, JdT 2014 II 459.

¹⁵ CPra Bail-DIETSCHY-MARTENET, art. 269b CO N 24 ; CJ GE du 14.12.2015, ACJC/1547/2015, cons. 4.2 : en l'espèce, la locataire a sollicité la baisse par courrier du 20 mai 2014 pour le 1^{er} juillet suivant, soit dans les temps.

¹⁶ TBx VD du 20.08.2008, Fiche juridique ASLOCA N 1055.

par le locataire ne correspond à aucune variation de cet indice (art. 270c CO).

B. Méthode de calcul à l'expiration de la durée initiale du bail

13. Dans un arrêt du 5 janvier 2021¹⁷, le Tribunal fédéral a tranché la question de savoir si la méthode absolue pouvait être invoquée à l'expiration de la durée initiale du bail à loyers indexés, dans le cadre d'une demande de diminution de loyer formulée par le locataire pour la période de reconduction. En l'espèce, les parties avaient conclu un bail de cinq ans débutant le 1^{er} décembre 2013 jusqu'au 30 novembre 2018, reconductible tacitement de cinq ans en cinq ans sauf avis de résiliation reçu au moins trois mois à l'avance pour la prochaine échéance. Le bail prévoyait que les locataires pouvaient résilier le bail en tout temps pour la fin d'un mois, sauf pour le 31 décembre, moyennant un préavis de trois mois. Le loyer mensuel net convenu était de CHF 2'550.-. Le bail précisait que le taux hypothécaire n'avait pas été pris en compte et que l'IPC était de 98.90 au 31 août 2013. Il était également prévu que, sans dénonciation du bail, mais moyennant un préavis d'un mois, notifié sur la formule officielle, le loyer pourrait être modifié proportionnellement à la variation de l'IPC en prenant pour base celui indiqué dans le bail, une telle modification ne pouvant toutefois intervenir qu'une fois par année. Par courrier du 10 juillet 2018, les locataires avaient demandé une baisse de loyer avec effet à l'expiration de la durée initiale du bail au 30 novembre 2018. En procédure, les locataires réclament la fixation du loyer à CHF 1'050.- par mois en invoquant la méthode absolue du calcul de rendement net.
14. Le Tribunal fédéral rappelle d'abord qu'à l'expiration de la durée initiale du bail, lorsque le bail prévoit une reconduction tacite pour une nouvelle durée de cinq ans ou pour une durée inférieure, chaque partie peut solliciter une modification du loyer (art. 269d

¹⁷ ATF 147 III 32, DB 2021 N 10.

et 270a CO), moyennant le respect du préavis de résiliation¹⁸. La demande de hausse ou de baisse peut être fondée sur la méthode relative ; le défendeur à l'action peut alors invoquer la méthode absolue à titre défensif¹⁹. Notre Haute Cour explique ensuite que la question de savoir si le demandeur peut réclamer une modification du loyer en application de la méthode absolue n'a en réalité jamais été tranchée en tant que telle. Elle reconnaît cependant que sa jurisprudence est entachée d'ambiguïtés sur ce point, l'ATF 123 III 76 ayant laissé supposer que pareille méthode pouvait être invoquée, appliquant par analogie la solution adoptée en matière de loyers échelonnés. Or, d'une part, l'essentiel de la motivation de cet arrêt portait sur la question de savoir si, faute de contestation du loyer au moment de l'expiration de la durée initiale, l'inaction du bailleur pouvait lui être opposée pour la période postérieure. D'autre part, la jurisprudence en matière de bail à loyers échelonnés concerne surtout les habitations neuves et d'un prix élevé, dont le bailleur ne peut obtenir le rendement brut nécessaire et admissible en raison de la situation du marché. Si, en présence d'un tel bail, le bailleur doit pouvoir, à titre actif, exiger l'application de la méthode absolue après la reconduction du bail à l'échéance de la durée initiale minimale de trois ans, dès lors qu'il s'agit de lui permettre d'obtenir après coup une augmentation du loyer de manière à couvrir le rendement brut de ses fonds propres, un tel motif n'a pas de sens en matière de bail à loyers indexés, le but et le caractère aléatoire de la clause d'indexation étant tout à fait différents²⁰.

15. Le Tribunal fédéral tranche dès lors la question de la manière suivante : dans la mesure où le locataire peut contester son loyer initial (art. 270c CO) et invoquer la méthode absolue à cette occasion, il ne se justifie pas de lui donner la faculté de le faire à nouveau à l'expiration de la durée du bail initiale minimale de cinq ans, voire encore à chaque nouvelle reconduction tacite pour

¹⁸ Cons. 3.4.

¹⁹ Cons. 3.4.1.

²⁰ Cons. 3.4.2.1.

une durée de cinq ans au minimum, ce qui reviendrait à contourner le délai et les conditions de l'action en contestation du loyer initial de l'art. 270 CO²¹. Ainsi, le locataire ne peut invoquer à l'expiration de la durée initiale du bail à loyers indexés qu'une diminution de loyer fondée sur des facteurs relatifs, le bailleur pouvant opposer l'exception que le (dernier) loyer indexé n'est pas abusif malgré la modification des bases de calcul parce qu'il ne lui procure pas un rendement net excessif selon la méthode absolue.

16. Cette jurisprudence concerne un cas de demande de baisse de loyer à l'issue de la période contractuelle initiale. Bien que le Tribunal fédéral semble vouloir laisser la question ouverte²², le même principe s'applique à notre avis à une majoration de loyer, à savoir que celle-ci ne peut se fonder que sur des facteurs relatifs, pour les mêmes raisons que celles retenues en matière de diminution, à savoir que le bailleur connaît son rendement en début de bail²³.
17. Lorsque la hausse ou la baisse est fondée sur l'évolution du taux hypothécaire de référence, la comparaison doit s'effectuer avec le taux en vigueur lors de la conclusion du contrat²⁴. Cela vaut également lorsqu'il s'agit d'adapter le loyer pour une échéance postérieure à l'expiration du bail indexé, compte tenu de la règle spéciale prévue à l'art. 13 al. 4 OBLF²⁵. S'agissant des autres critères relatifs, le moment déterminant est celui de la conclusion du contrat, cas échéant de la conclusion de la clause d'indexation, ou de la dernière reconduction en cas de reconduction tacite du

²¹ Cons. 3.5.

²² Ainsi, au cons. 3.4.2.1 *in fine* indique-t-il que la question de savoir si le bailleur peut exiger l'application de la méthode absolue à l'expiration du bail indexé n'a pas à être tranchée en l'espèce.

²³ Du même avis : BOHNET/CONOD, p. 4.

²⁴ ATF 147 III 32, cons. 3.4.1 ; 125 III 358, cons. 1b/bb ; 123 III 76, cons. 4c.

²⁵ TF du 06.01.2011, 4A_489/2010, cons. 4.3, DB 2011 N 17 ; LACHAT/STASTNY, ch. 2.3.5, p. 658. Sur la portée de l'art. 13 al. 4 OBLF, voir ATF 141 III 569, cons. 2.1.1.

bail après l'échéance de la durée initiale du contrat²⁶. Le loyer qui doit servir de base de calcul au nouveau loyer est celui en vigueur à l'échéance de la clause d'indexation²⁷.

C. Contestation du principe d'indexation lors de la contestation du loyer initial

18. La question de savoir si la formule officielle de notification du loyer initial doit faire mention de la clause d'indexation, comme le prévoit la jurisprudence en matière de bail à loyers échelonnés²⁸, est contestée en doctrine et n'a pour l'heure pas été tranchée par le Tribunal fédéral. Dans un arrêt du 11 juin 2018, le Tribunal cantonal vaudois a considéré que tel n'était pas le cas²⁹. En l'espèce, le litige concernait plusieurs baux conclus par différents locataires, conclus en 2011 et 2014, prévus chacun pour une durée de cinq ans et se renouvelant ensuite tacitement de cinq ans en cinq ans. Les baux renvoyaient à des « Clauses complémentaires », lesquelles indiquaient notamment qu'après la première année du bail, le locataire bénéficiait d'un droit de résiliation exceptionnel, à exercer à un certain terme fixé chaque année (31 mars, 30 juin ou 30 septembre), moyennant un avis de résiliation écrit donné et reçu au moins quatre mois à l'avance, que le loyer pouvait être indexé annuellement, conformément à l'art. 17 OBLF, en fonction de l'augmentation de l'IPC, laquelle pouvait être reportée à hauteur de 100% sur le loyer, enfin, que le locataire prenait note que le bailleur se réservait le droit de pratiquer une hausse de loyer si d'éventuels travaux importants ou plus-value étaient entrepris. Le jour de la conclusion du contrat, une formule officielle de notification de loyer lors de la conclusion d'un nouveau bail avait été remise aux locataires. Cette formule ne faisait pas référence à la clause d'indexation. En procédure, les locataires contestaient plusieurs clauses de leurs

²⁶ TF du 06.01.2011, 4A_489/2010, cons. 4.3, DB 2011 N 17.

²⁷ TF du 06.01.2011, 4A_489/2010, cons. 4.3, DB 2011 N 17 ; SAVIAUX, p. 66.

²⁸ TF du 26.01.2012, 4A_647/2011, cons. 2.1, DB 2012 N 18. Cf. *supra* N 32.

²⁹ TC VD du 11.06.2018, JdT 2019 III 13, cons. 4.7.

contrats, notamment qu'aucune mention de l'indexation ne figurait dans la formule officielle de notification du loyer initial.

19. De l'avis de la cour cantonale, si les baux à loyers indexés et ceux à loyers échelonnés sont certes « voisins », l'application aux loyers indexés des principes applicables en matière de loyers échelonnés ne vaut pas de manière systématique, sans examiner si cela se justifie eu égard aux buts et aux conditions matérielles de ces institutions. Or le caractère aléatoire de l'indexation ne réside pas, comme pour l'échelonnement, dans la réalisation ou non d'un pronostic établi par le bailleur sur l'évolution probable de ses frais, soit en d'autres termes un pronostic basé sur des éléments de calcul qu'il est le seul à connaître à l'exclusion du locataire. L'incertitude de ce mode de fixation du loyer repose au contraire sur un pronostic portant sur l'évolution d'un indice fixé par les autorités, selon des critères économiques d'échelle nationale prédéterminés et accessibles au public, pronostic dont la réalisation échappe au bon vouloir du bailleur et qui peut faire l'objet d'un pronostic de la part du locataire lui-même, celui-ci pouvant demander une baisse de loyer en cours de bail en cas de baisse de l'IPC, possibilité qui n'existe pas pour les locataires de baux à loyers échelonnés. Par ailleurs, le locataire peut tabler sur un bail d'une durée minimale de cinq ans, ce qui représente un avantage non négligeable. Les intérêts du locataire sont ainsi suffisamment préservés par les conditions légales de l'indexation pour autant que le montant du loyer de départ ne soit pas abusif. Dès lors, il n'y a pas lieu d'admettre que le locataire puisse remettre en cause le principe même de l'indexation dans le cadre de l'examen du loyer initial, ce qui a pour corollaire qu'une mention spécifique de la clause d'indexation dans la formule officielle de notification du loyer ne se justifie pas. Le Tribunal cantonal balaie l'argument des appelants sur le prétendu défaut d'intérêt des locataires à l'introduction de la clause d'indexation à une période où les taux hypothécaires sont à la baisse, au motif qu'il s'agit d'éléments aléatoires au moment de la signature du contrat, qui peuvent évoluer en faveur ou en défaveur du locataire ou du bailleur, surtout dans un laps de temps de cinq ans, sans que les parties aient de prise sur eux, contrairement au loyer échelonné.

20. La cour vaudoise a repris l'avis de FETTER³⁰, qui distingue la contestation du principe de l'indexation de celui de l'échelonnement, ces deux genres de variation du loyer ne poursuivant pas les mêmes buts et étant soumis à des conditions différentes. Selon lui, la contestation du principe de l'indexation par le locataire ne paraît pas conforme au système de la loi. La possibilité d'indexer le loyer selon l'art. 269b CO résulte déjà d'un compromis voulu par le législateur entre les intérêts antagonistes des parties au contrat, le bailleur ayant la garantie que le loyer suivra l'évolution du coût de la vie, tout en excluant la variation en fonction d'une autre référence que l'IPC, le locataire profitant en contrepartie d'une durée de bail de cinq ans au moins. Si le montant du loyer de départ est examiné sous l'angle des critères des art. 269 et 269a CO et fixé en conséquence, les augmentations ultérieures fondées sur la clause d'indexation comportent alors un élément aléatoire, que l'on ne peut pas présumer de manière générale favorable soit au locataire, soit au bailleur. Cet avis a été repris par SCHWAAB³¹.
21. D'autres auteurs, dont nous faisons partie, considèrent que la jurisprudence en matière de loyers échelonnés s'applique au bail indexé, la clause d'indexation devant figurer dans la formule officielle de notification du loyer initial, sous peine de nullité³². En effet, le locataire devrait pouvoir, dans le cadre de la contestation du loyer initial, remettre en question le principe même de l'indexation. Ainsi, le locataire pourrait notamment faire valoir que le loyer procure au bailleur un rendement abusif, lui permettant d'absorber, pour les cinq ans à venir, la hausse escomptée des coûts sans qu'il ait à recourir à l'indexation³³.
22. Dans son arrêt de 2018, le Tribunal cantonal vaudois précise encore, à juste titre, que si le principe de l'indexation doit figurer dans la formule officielle, il n'en va pas de même s'agissant de la

³⁰ FETTER, N 312 ss, p. 145 ss.

³¹ SCHWAAB, N 144 s., p. 36.

³² CPra Bail-DIETSCHY-MARTENET, art. 269b CO N 5a ; CR CO I-LACHAT/BOHNET, art. 270c/270d CO N 1 ; LACHAT/STASTNY, ch. 2.2.9, p. 651.

³³ LACHAT/STASTNY, ch. 2.2.9, p. 651.

possibilité pour le bailleur d'augmenter le loyer en cours de bail en cas de prestations supplémentaires, car le but de la formule officielle est de permettre au locataire de faire valoir ses droits s'agissant de la fixation du loyer initial et non des majorations ultérieures, qui devront être contestées le moment venu³⁴.

D. Sort de la clause d'indexation à l'échéance de la durée initiale du bail

23. Lorsque la durée initiale du bail expire et que le contrat est reconduit, se pose la question de savoir si la clause d'indexation perdure.
24. Si le bail est reconduit pour une durée inférieure à cinq ans, la clause ne s'applique plus, faute pour l'une des conditions de l'art. 269b CO d'être réalisée³⁵. En revanche, si la période de reconduction est d'une durée égale ou supérieure à cinq ans, la clause reste en vigueur³⁶. Dans ce cas, la prochaine indexation se calcule sur la base de l'indice connu au moment de la dernière fixation du loyer et non à la date de la reconduction³⁷. Par ailleurs, les parties ne devraient pas pouvoir remettre en cause le loyer à l'occasion de l'échéance contractuelle en se prévalant de la méthode relative³⁸, puisque la variation de l'IPC est le mode exclusif de fixation du loyer choisi par les parties. A l'ATF 147 III 32, le Tribunal fédéral a soulevé la question de savoir si, dans la mesure où la reconduction tacite valait pour cinq ans supplémentaires, la clause d'indexation devait continuer à s'appliquer en dépit de la demande de baisse de loyer à l'échéance de la durée initiale et de la fixation d'un nouveau loyer par la cour

³⁴ TC VD du 11.06.2018, JdT 2019 III 13, cons. 4.5-4.6.

³⁵ ATF 123 III 76, cons. 4a, DB 1997 N 17 ; LACHAT/STASTNY, ch. 2.3.5, p. 657 ; SAVIAUX, p. 66.

³⁶ ATF 137 III 580, cons. 2, DB 2012 N 13 ; LACHAT/STASTNY, ch. 2.3.1, p. 655.

³⁷ ATF 137 III 580, cons. 2, DB 2012 N 13.

³⁸ CONOD/BROQUET, N 57 ss p. 242 ss. D'un avis différent : CJ GE du 08.12.2003, MP 2004 p. 48 ; LACHAT/STASTNY, ch. 2.3.2, p. 655.

cantonale ; il ne l'a pas discutée ni tranchée, faute de grief en ce sens³⁹.

III. Loyers échelonnés

A. Rappel des principes

1. Conditions

25. Le bail à loyers échelonnés signifie que la variation du loyer est fixée d'avance, pour toute la durée du bail, en fonction de paliers et de périodes⁴⁰. Il s'agit d'un mode exclusif de fixation du loyer⁴¹.
26. La validité de la clause d'échelonnement est limitée par les trois conditions matérielles cumulatives posées à l'art. 269c CO : le bail doit être conclu pour trois ans au moins, le loyer ne doit pas être majoré plus d'une fois l'an et les échelons doivent être fixés en francs. S'agissant de la durée minimale du bail, le Tribunal fédéral a précisé, en adéquation avec la doctrine, qu'il suffisait que le bailleur soit lié pour trois ans au moins, le locataire pouvant se libérer avant terme⁴². Ainsi, une clause autorisant le locataire à résilier le contrat avant l'échéance de trois ans n'empêche pas de qualifier le bail d'échelonné.
27. Si l'une de ces conditions n'est pas remplie, la clause est nulle et le contrat frappé de nullité partielle au sens de l'art. 20 al. 2 CO et le juge peut convertir la clause et la rendre valable en se fondant sur la volonté hypothétique des parties⁴³. Ainsi, le juge peut compléter le contrat en fixant sa durée minimale à trois ans⁴⁴, reporter la date d'entrée en vigueur des échelons⁴⁵, ou

³⁹ Cons. 3.

⁴⁰ ATF 121 III 397, cons. 2b/aa, DB 1996 N 17.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² TF du 22.08.2016, 4A_415/2015, cons. 2.2.1.

⁴³ TF du 22.08.2016, 4A_415/2015, cons. 2.2.1.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ LCHAT/STASTNY, ch. 3.2.2, p. 663 ; BSK OR I-WEBER, art. 269c CO N 5.

transformera en francs les échelons fixés en pourcent⁴⁶, pour autant que cela corresponde à la volonté hypothétique des parties.

28. La qualification de bail à loyers échelonnés s'applique déjà lorsqu'une seule majoration est prévue en cours de bail⁴⁷, les parties pouvant même convenir que l'unique adaptation interviendra au moment où le bail est reconduit tacitement, de sorte que si le bail n'est pas reconduit, le loyer n'aura en réalité jamais été augmenté⁴⁸.

2. Conclusion de la clause d'échelonnement

29. La clause d'échelonnement peut être convenue dans le contrat ou à l'occasion d'un accord ultérieur. Dans un arrêt déjà ancien, le Tribunal fédéral avait en effet admis que les parties puissent convenir d'un loyer échelonné dans le cadre d'une transaction judiciaire⁴⁹. En l'occurrence, les parties avaient convenu lors de l'audience de conciliation s'étant tenue le 17 février 1989 que le bail serait prorogé jusqu'au 30 avril 1992 et se renouvelerait ensuite tacitement d'année en année sauf congé donné trois mois à l'avance et que le loyer annuel serait fixé à CHF 7'920.- du 1^{er} mai 1989 au 31 octobre 1990 et à CHF 8'280.- du 1^{er} novembre 1990 au 30 avril 1992.
30. Le Tribunal fédéral a indiqué que la clause d'échelonnement pouvait figurer dans le bail, dans un avis de majoration ultérieur ou dans une transaction, au motif notamment que le texte de l'art. 269c CO utilisait le terme de « conventions » et ne permettait pas d'établir des distinctions fondées sur la nature de la convention incluant l'échelonnement⁵⁰. Il a encore précisé qu'il se pouvait « fort bien que le locataire accepte à titre transactionnel qu'une augmentation de loyer injustifiée soit

⁴⁶ LACHAT/STASTNY, ch. 3.2.2, p. 663 ; BSK OR I-WEBER, art. 269c CO N 5.

⁴⁷ ATF 124 III 57, cons. 3b.

⁴⁸ TF du 22.08.2016, 4A_415/2015, cons. 2.1.1 ; TF du 07.05.2015, 4A_689/2014, cons. 1.2.

⁴⁹ ATF 121 III 397, cons. 2b/aa.

⁵⁰ ATF 121 III 397, cons. 2b/aa.

étalée dans le temps pour être compensée progressivement par la hausse prévisible des coûts, ce qui lui garantit l'absence de contestation au sujet de son loyer pendant trois ans au moins ». Cela signifie à notre avis que la clause d'échelonnement doit toujours respecter les conditions impératives posées à l'art. 269c CO⁵¹, dont notamment la durée minimale de trois ans. Ainsi, lorsque l'échelonnement se fonde sur un avis de majoration, le bailleur doit modifier l'échéance du contrat pour que la durée de trois ans soit respectée.

31. Dans un arrêt non publié paru en 2021⁵², le Tribunal fédéral a confirmé l'existence d'une clause d'échelonnement suite à un avis de majoration de loyer notifié par le bailleur postérieurement à la conclusion du bail. La hausse, notifiée le 11 janvier 2019, prévoyait également une modification de l'échéance contractuelle au 30 avril 2024⁵³, alors que le contrat initial était un bail congéable se renouvelant d'année en année. A titre d'exemple contraire, la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal vaudois a refusé d'admettre l'existence d'un échelonnement fondé sur un avis de majoration introduisant un système de hausses échelonnées, dans la mesure où le contrat pouvait être résilié pour chaque fin de mois, hormis décembre, moyennant un préavis de trois mois, l'exigence de durée prévue à l'art. 269c CO n'étant ainsi pas respectée⁵⁴.

3. Contestation des échelons

32. Hormis la contestation du loyer initial, le locataire ne peut pas contester les hausses de loyer pendant toute la durée du contrat (art. 270d CO). Le système d'échelonnement doit absolument

⁵¹ LACHAT/STASTNY, ch. 3.1.6 n. 120, p. 661.

⁵² TF du 22.10.2021, 4A_215/2021, cons. 4.1 : « A certaines conditions, il est possible de prévoir un loyer échelonné (art. 269c CO). Un échelonnement du loyer peut notamment résulter, comme en l'espèce, d'une majoration notifiée postérieurement à la conclusion du bail (ATF 121 III 397, cons. 2b/aa) ».

⁵³ Cette précision ne ressort pas de l'arrêt fédéral mais seulement de l'arrêt cantonal, voir CJ GE du 01.03.2021, ACJC/242/2021.

⁵⁴ TC VD du 03.07.2019, n°377, HC/2019/584, cons. 4.3.2.

figurer dans la formule officielle de notification du loyer initial, sous peine de nullité de la clause d'échelonnement⁵⁵. Selon le Tribunal fédéral, « cette clause est en effet indissociable du loyer initial puisqu'elle en fixe la variation ultérieure qui ne pourra plus être contestée ». La contestation peut porter sur le principe même de l'échelonnement, sur l'échelon initial, ou encore sur les échelons subséquents⁵⁶.

B. Notification du nouvel échelon

1. Forme de la notification

a) Formule officielle

aa) De lege lata

33. L'art. 19 al. 2 OBLF prévoit que chaque nouvel échelon de loyer doit être notifié au moyen de la formule officielle agréée par le canton, conforme à l'art. 19 al. 1 OBLF. Cette exigence formelle a cependant été déclarée inapplicable par le Tribunal fédéral, compte tenu de l'art. 270d CO qui prévoit que le loyer échelonné ne peut pas être contesté en cours de bail. Ainsi, d'après notre Haute Cour⁵⁷, la règle fixée à l'art. 19 al. 2 OBLF est contraire au droit fédéral, car l'exigence d'une formule officielle ne se justifie que dans la perspective d'une contestation du loyer majoré, ce que n'autorise pas l'art. 270d CO. Il n'y a donc aucune justification au formalisme prévu à l'art. 19 al. 2 OBLF pour les loyers échelonnés. En l'occurrence, les locataires réclamaient CHF 50'000.- à titre de remboursement des parts de loyer payées en trop, l'augmentation de loyer fondée sur la clause d'échelonnement ne leur ayant pas été notifiée par formule officielle. Les instances cantonales avaient successivement rejeté la prétention des demandeurs, ce que notre Haute Cour a

⁵⁵ TF du 26.01.2012, 4A_647/2011, cons. 2.1, DB 2012 N 18.

⁵⁶ ATF 121 III 397, cons. 2b/aa, DB 1996 N 17.

⁵⁷ TF du 01.11.2019, 4A_124/2019, cons. 10-11.

confirmé, la majoration ayant pris effet nonobstant le défaut de la notification exigée par l'art. 19 al. 2 OBLF.

34. Le Tribunal fédéral rappelle également qu'une ordonnance d'exécution comme l'OBLF ne peut pas introduire des règles qui ont pour effet de restreindre les droits des particuliers ou de leur imposer des obligations au-delà de ce que prévoient les dispositions de la loi, même si ces règles concourent au but de ces dispositions⁵⁸. Le Conseil fédéral ne peut notamment pas subordonner la formation ou la modification de ces obligations à des formalités qui ne sont pas prévues par la loi. Or, l'art. 269d al. 1 CO ne peut pas être interprété en ce sens que la notification sur formule officielle soit exigée aussi en relation avec les majorations périodiques d'un loyer échelonné, augmentation dont l'art. 270d CO exclut qu'elles soient contestées en justice. Par conséquent, l'art. 19 al. 2 OBLF restreint indûment la liberté contractuelle qui est consacrée en matière de loyers échelonnés par l'art. 269c CO.

ab) *De lege ferenda*

35. Le 14 septembre 2016, le Conseiller national Karl Vogler a déposé une initiative parlementaire (n° 16.458) visant à modifier l'art. 269d CO par l'introduction d'un nouvel alinéa prévoyant que « pour la notification des majorations de loyer fixées dans une convention au sens de l'article 269c CO, la forme écrite suffit ». Le parlementaire relevait en effet que le recours à la formule officielle est absurde puisque l'art. 270d CO précise que le locataire ne peut pas contester le loyer échelonné en cours de bail, sous réserve de la contestation du loyer initial ; il s'agit donc d'abroger une charge administrative importante pour le bailleur sans affaiblir la position du locataire. Les Commissions des affaires juridiques du Conseil national et du Conseil des Etats ont donné suite à l'initiative. Le délai imparti au Conseil national pour se prononcer a été prolongé jusqu'à la session d'automne 2022. Le 6 septembre 2021, la Commission des affaires

⁵⁸ TF du 01.11.2019, 4A_124/2019, cons. 9.

juridiques du Conseil national a mis en consultation trois avant-projets de modification du droit du bail dont l'un porte sur la mise en œuvre de l'initiative parlementaire précitée. Dans son rapport⁵⁹, la Commission relève que l'obligation de recourir à la formule officielle est critiquée par la jurisprudence et peut porter à confusion puisque le locataire ne peut pas contester le nouvel échelon contrairement aux indications figurant sur les formulaires officiels de notification de hausse. Ainsi, la forme écrite suffirait à garantir les intérêts du locataire et servirait à informer le locataire en lui permettant de procéder à une comparaison avec la convention de bail initiale. Les résultats de la procédure de consultation montrent que les avis sont partagés, treize participants s'étant montrés favorables à la modification proposée, treize autres défavorables. Dans la plupart des cas, il a été demandé à ce qu'il soit renoncé à l'exigence de notifier l'augmentation de loyer ou encore d'utiliser la forme écrite⁶⁰.

36. La volonté d'abroger l'obligation de notifier chaque échelon par la formule officielle n'est pas nouvelle. En 2002, le législateur proposait déjà de modifier le code des obligations pour admettre la communication par écrit comme suffisante, dans le cadre du contre-projet indirect à l'initiative populaire « pour des loyers loyaux »⁶¹. Ce contre-projet a été rejeté par le peuple le 8 février 2004⁶². En 2008, le Conseil fédéral a à nouveau proposé cette modification dans le cadre d'un vaste projet de réforme des dispositions sur les loyers abusifs⁶³, mais le Conseil national n'est pas entré en matière sur ce projet⁶⁴. Une nouvelle tentative a été

⁵⁹ Rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil national du 20 août 2021 sur les initiatives parlementaires 15.455, 16.458, 16.459 et 18.475, p. 20 ss.

⁶⁰ OFL, Résultats de la procédure de consultation relative aux initiatives parlementaires Egloff, Vogler, Feller et Markwalder, 08.04.2022 (réf. BWO-574.1-2391/2/17/4), p. 18 s.

⁶¹ Modification du code des obligations du 13 décembre 2002, FF 2002 7652.

⁶² FF 2004 2045.

⁶³ Message relatif à la modification du code des obligations (Protection contre les loyers abusifs) du 12 décembre 2008, FF 2009 311.

⁶⁴ Décision du 14.09.2010 sur l'objet n° 08.081.

formulée en 2015, dans le cadre du projet visant à imposer de manière générale la notification du loyer initial par formule officielle⁶⁵, les Chambres n'étant cependant pas entrées en matière sur le projet⁶⁶.

37. A notre sens, cette modification législative doit être approuvée, l'exigence de notification par formule officielle étant contraire au droit fédéral et relevant d'un formalisme exagéré. Une communication écrite reste cependant nécessaire, car elle permet au locataire de ne pas tomber en demeure s'il oublie de payer le loyer augmenté selon la clause d'échelonnement⁶⁷.
38. Comme le relève la Commission des affaires juridiques dans son rapport⁶⁸, l'inscription dans la loi de la forme écrite pour la communication d'un nouvel échelon exigera une adaptation de l'art. 19 al. 2 OBLF puisqu'elle aura pour conséquence qu'une notification de hausse selon un échelonnement convenu ne se fera plus au moyen de la formule officielle. En effet, « pour cette raison, l'obligation de communiquer chaque majoration de loyer et le délai fixé ne sont plus adaptés aux autres exigences figurant à l'art. 19 OBLF » et, si elles sont maintenues, devront « être réglées ailleurs ».

b) Copie de la convention d'échelonnement

39. L'art. 19 al. 2 OBLF autorise les cantons à prescrire que l'envoi d'une copie de la convention d'échelonnement suffit pour notifier le nouvel échelon. Cette possibilité a été adoptée par les cantons

⁶⁵ Message relatif à la modification du code des obligations (Protection contre les loyers abusifs) du 27 mai 2015, FF 2015 3681.

⁶⁶ Décisions du CN du 08.06.2016 et du CE du 13.09.2016 sur l'objet n° 15.044.

⁶⁷ LCHAT/STASTNY, ch. 3.2.8, p. 665.

⁶⁸ Rapport (n. 59), p. 23 s.

d'Uri⁶⁹, de Nidwald⁷⁰, de Glaris⁷¹, de Soleure⁷², des Grisons⁷³, de Vaud⁷⁴ et de Neuchâtel⁷⁵.

40. En cas d'inscription dans la loi de la forme écrite pour la communication d'un nouvel échelon, la Commission des affaires juridiques du Conseil national s'est demandé si la possibilité pour le bailleur de transmettre la copie de la convention peut encore être considérée comme une simplification par rapport à une simple lettre ou si cette possibilité doit être biffée⁷⁶. A notre sens, pareille communication remplirait l'exigence de la forme écrite, de sorte qu'une disposition cantonale l'autorisant ne serait plus nécessaire.

2. Délai à respecter

41. Selon l'art. 19 al. 2, 3^e phr. OBLF, la hausse doit être communiquée au locataire au plus tôt quatre mois avant son entrée en vigueur et au plus tard la veille de celle-ci, sauf préavis contractuel contraire⁷⁷. Si le locataire ne reçoit le courrier qu'ultérieurement, l'échelon n'entre en vigueur que dès la date de réception. A notre avis, dans la mesure où la notification par formule officielle a été reconnue contraire au droit fédéral⁷⁸, il convient d'appliquer la théorie absolue de la réception, la théorie

⁶⁹ Art. 4 al. 1 lit. b Reglement zum Miet- und Pachtrecht im Obligationenrecht, du 25 juin 1990 (RS UR 9.4222).

⁷⁰ Art. 8 al. 3 Einführungsgesetz zum schweizerischen Obligationenrecht, 28 février 2018 (RS NW 221.1).

⁷¹ Art. 22 al. 2 Gesetz über die Einführung des Schweizerischen Obligationenrechtes, du 6 mai 1923 (RS GL III B/2/1).

⁷² § 88 al. 3 Sozialverordnung, du 29 octobre 2007 (RS SO 831.2).

⁷³ Art. 8 al. 3 Einführungsgesetz zum Schweizerischen Obligationenrecht, du 20 octobre 2004 (RS GR 210.200).

⁷⁴ Avis du Service du logement du Département de l'agriculture, de l'industrie et du commerce du canton de Vaud, FAO/VD du 7 juillet 1995 p. 2719.

⁷⁵ Art. 5 de la loi d'introduction du code des obligations, du 27 janvier 2010 (RS NE 224.1).

⁷⁶ Rapport (n. 59), p. 23 s.

⁷⁷ LCHAT/STASTNY, ch. 3.2.9, n. 166, p. 666.

⁷⁸ Cf. *supra* N 2.

relative admise en matière de notification de hausse de loyer au regard de l'art. 269d CO ne s'expliquant que par la nécessité pour le locataire de bénéficier pleinement du délai de dix jours pour résilier le bail s'il n'entend pas accepter la hausse⁷⁹. Telle justification n'a pas lieu d'être en matière de loyer échelonné. Ainsi, l'échelon est réputé communiqué lorsque le pli se trouve dans la sphère d'influence du locataire, à savoir le jour où le pli est remis dans la boîte à lettres du destinataire ou, en cas d'envoi recommandé et de dépôt d'un avis de retrait, en principe le lendemain du dépôt de l'avis.

42. Si le nouvel échelon est communiqué plus de quatre mois avant son entrée en vigueur, la validité de la notification ne doit en principe pas en être affectée⁸⁰, à moins que le bailleur ne transmette plusieurs avis de notification d'échelon en même temps⁸¹. En effet, vu la clause d'échelonnement, le locataire doit s'attendre à l'entrée en vigueur du futur échelon, de sorte qu'il n'est pas préterité par une notification intervenue plus de quatre mois avant, sauf circonstances particulières.

C. Méthode de calcul à l'expiration de la clause d'échelonnement

43. A l'échéance de la clause d'échelonnement et si le bail est reconduit, le Tribunal fédéral a considéré, dans un arrêt rendu en 1995⁸², que les parties pouvaient solliciter une hausse ou une baisse de loyer et invoquer, à choix, des motifs absolus ou relatifs de fixation du loyer. Notre Haute Cour expliquait alors que dans la pratique, le bail à loyer échelonné, peu répandu, concernait surtout les habitations neuves et d'un prix élevé, dont le bailleur ne peut obtenir le rendement brut nécessaire et admissible en raison de la situation du marché. Ainsi, grâce à l'échelonnement, le rendement brut, d'abord insuffisant, est augmenté de façon à

⁷⁹ ATF 140 III 243, cons. 5.1.

⁸⁰ BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE, art. 269c CO N 16 ; ZK-HIGI, art. 269c CO N 43 ; TC VD du 04.06.2003, Fiche juridique ASLOCA n° 638 : le délai de quatre mois constitue une règle d'ordre.

⁸¹ LCHAT/STASTNY, ch. 3.2.9, n. 159, p. 666.

⁸² ATF 121 III 397, cons. 2b/bb, DB 1996 N 17.

couvrir les frais sur l'ensemble de la durée du contrat. Le Tribunal fédéral poursuit en rappelant que le bail à loyers échelonnés comporte un élément aléatoire, dans la mesure où il anticipe la variation des facteurs de hausse et de baisse jusqu'à l'expiration du bail. Cependant, les parties en sont conscientes et elles acceptent que le loyer, tel qu'il a été fixé à la signature du contrat, fasse règle pour elles jusqu'à l'échéance du bail, quand bien même leurs pronostics concernant l'évolution de ces facteurs ne se vérifieraient pas, parce que chacune d'elles pense trouver son intérêt dans la conclusion d'un bail de cette nature. Ainsi, à l'expiration d'un bail à loyers échelonnés et en cas de reconduction du contrat, une hausse ou une baisse de loyer pourra être demandée au moyen de la méthode de calcul absolue, car le mode de fixation d'un loyer échelonné (anticipation de l'évolution probable des facteurs de hausse et de baisse de loyer) n'autorise pas le recours à la présomption selon laquelle le précédent loyer – en l'occurrence, le dernier échelon entré en vigueur – est censé procurer au bailleur un rendement suffisant de la chose louée.

44. Dans son arrêt rendu en 2021 concernant la méthode de calcul applicable à l'échéance de la clause d'indexation⁸³, le Tribunal fédéral rappelle la jurisprudence découlant de l'ATF 121 III 397 en relevant qu'elle ne saurait s'appliquer aux loyers indexés dans la mesure où, en présence d'un bail à loyers échelonnés, le bailleur doit pouvoir, à titre actif, exiger l'application de la méthode absolue après la reconduction du bail à l'échéance de la durée initiale minimale de trois ans, dès lors qu'il s'agit de lui permettre d'obtenir après coup une augmentation du loyer de manière à couvrir le rendement brut de ses fonds propres. Cela étant, notre Haute Cour ne semble pas remettre en cause le principe de l'application de la méthode absolue à l'échéance de la clause d'échelonnement, contrairement à ce qui prévaut en matière de clause d'indexation⁸⁴. A notre sens, tel doit en tout cas

⁸³ ATF 147 III 32, cons. 3.4.2.1.

⁸⁴ Cf. *supra* N 13 ss.

s'appliquer lorsque l'échelonnement était motivé par la volonté d'anticiper l'évolution des coûts, mais non lorsqu'il s'agissait d'étaler dans le temps une hausse importante ou d'accorder une réduction temporaire de loyer au locataire, faute d'élément aléatoire⁸⁵.

IV. Conclusion

45. Si la jurisprudence a permis de trancher ces dernières années des questions controversées, celles de la méthode de calcul au sortir d'une clause d'indexation, de la possibilité de contester le principe de l'indexation lors de la contestation du loyer initial ou encore de la nécessité de notifier chaque nouvel échelon au moyen de la formule officielle, il n'en demeure pas moins que les arrêts rendus dans ces domaines restent rares.
46. Quant à l'actualité parlementaire, il faut espérer qu'après trois tentatives avortées, le principe d'une notification par écrit des échelons sera enfin adopté, bien que l'exigence de la formule officielle posée par l'actuel art. 19 al. 3 OBLF soit inapplicable, le Tribunal fédéral l'ayant considéré comme contraire à l'art. 270d CO.

⁸⁵ LACHAT/STASTNY, ch. 3.3.1, n. 168, p. 667 ; THANEL, p. 41.

Bibliographie

BÄTTIG HANS, *Staffelung – Mietzinsvergünstigung – Vorbehalt*, MRA 2/2013, p. 3 ss

BOHNET FRANÇOIS/CONOD PHILIPPE, *Modification du loyer à l'expiration de la durée initiale du bail indexé (arrêt TF 4A_86/2020)*, Newsletter bail.ch février 2020

CONOD PHILIPPE/BROQUET JULIEN, *La pratique récente en matière de loyer et de frais accessoires*, in : Bohnet/Wessner (édit.), 16^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2010, p. 221 ss

FETTER SEBASTIEN, *La contestation du loyer initial*, thèse, Berne 2005

ROHRER BEAT, *Der indexierte Mietzins*, MRA 1/2012, p. 1 ss

SAVIAUX NICOLAS, *Bail à loyer indexé : le point de la situation*, CdB 3/2011, p. 65 ss

SCHWAAB JEAN JACQUES, *La fixation et la contestation du loyer initial*, in : Bohnet/Wessner (édit.), 15^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2008, p. 1 ss

THANEI ANITA, *Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Mietzinsfestsetzung*, Zurich 2000

Le rendement net de la chose louée

par

Emmanuel Piaget*

Juge cantonal, Neuchâtel

I. Introduction.....	97
II. Contexte.....	98
III. Calcul du rendement net.....	101
A. « Seven Thinking Steps »	101
B. Coûts d'investissement effectifs (étape n° 1).....	102
C. Revalorisation des fonds propres (étape n° 3).....	104
1. Jurisprudence depuis 1994	104
2. Changement de jurisprudence (ATF 147 III 14).....	105
D. Taux admissible de 2% (étape n° 4).....	106
1. Jurisprudence depuis 1986	106
2. Changement de jurisprudence (ATF 147 III 14).....	106
E. Charges immobilières (étape n° 5)	108
F. Fardeau de la preuve et règle procédurale	109
IV. Perspectives futures.....	110
A. Taux de référence supérieur à 2%.....	110
B. Rendement brut de la chose louée.....	113
1. Notions	113
2. Une nécessaire adaptation ?	114

* Je remercie M. Laurent Bieri, professeur à l'Université de Lausanne, de ses judicieuses remarques et suggestions.

3. Doctrine	114
4. Cour d'appel civile vaudoise	115
5. Prise de position	116
C. Travaux à plus-values	116
1. Capital investi.....	117
2. Rémunération admissible du capital investi ?	117
D. Frais d'entretien courants.....	121
E. Effets sur le marché immobilier suisse.....	121
F. Immeubles subventionnés.....	123
V. Evolution du droit.....	124
A. Contexte du changement de jurisprudence	125
B. Changement de système vs « réajustement »	126
C. Exigence de cohérence	127
1. Une jurisprudence au « coup par coup » ?	127
2. L'origine d'un nouveau revirement ?	129
3. Examen visant l'ensemble des critères absolus.....	130
4. Nécessité d'une analyse exhaustive	131
VI. Juristes et économistes	132
VII. Conclusions.....	134
Bibliographie.....	135

I. Introduction

1. Rarement un changement de jurisprudence aura été aussi remarqué ! Dans un arrêt du 26 octobre 2020¹, le Tribunal fédéral est revenu sur deux aspects du calcul du rendement net de la chose louée.
2. Cet arrêt publié a suscité des réactions diamétralement opposées. Pour certains, le revirement de jurisprudence est « *sans nul doute (...) l'un des plus marquants en matière de droit du bail* »² ; il contribue à renforcer la position du bailleur et tient davantage compte des risques pris par celui-ci³. Pour d'autres, il doit être considéré comme une décision politique (*ein politischer Entscheid*) et classé dans les arrêts les plus désolants (*Fehlurteil*) de l'année 2020⁴, reposant sur une argumentation aussi décevante⁵ que catastrophique, favorable aux milieux immobiliers⁶. D'aucuns regrettent l'insuffisance de la motivation fournie par les juges fédéraux⁷, qualifient celle-ci de « *patchwork* »⁸ ou considèrent que la décision ne vise qu'un « *réajustement conjoncturel* »⁹.
3. Serait-il l'arrêt du siècle, ou au contraire l'expression d'une motivation lacunaire, l'arrêt du 26 octobre 2020 est quoi qu'il en soit d'un grand intérêt pour de nombreux motifs. C'est, premièrement, l'occasion de revenir – après avoir rappelé le contexte dans lequel s'inscrit la problématique (cf. *infra* II) – sur les critères gouvernant le calcul du rendement net et de présenter les changements décidés par les juges fédéraux (cf. *infra* III). Deuxièmement, cet arrêt suggère, dans une perspective future, d'esquisser les conséquences de ces changements, qui vont au-

¹ TF du 26.10.2020, 4A_554/2019 (ATF 147 III 14).

² CONOD, Rendement, p. 5.

³ Voir les auteurs cités par BAUMANN, p. 248, notes 16 et 17.

⁴ Plädoyer 2021, p. 73 s.

⁵ STASTNY, Rechtsprechung, p. 27.

⁶ BAUMANN, p. 248, les auteurs cités à la note 18.

⁷ MONTALTO/RUBLI, p. 59 ; cf. STASTNY, Rechtsprechung, p. 17.

⁸ STASTNY, Rechtsprechung, p. 27.

⁹ LACHAT, p. 33 et p. 34 note 36.

delà des seuls aspects modifiés par le Tribunal fédéral (cf. *infra* IV). Troisièmement, il permet de faire quelques observations sur l'évolution de la jurisprudence, dans un domaine où le droit et la politique s'entremêlent, à tout le moins sous certains aspects (cf. *infra* V) et, enfin, de rappeler que les juristes ont parfois besoin de l'expertise des économistes (cf. *infra* VI).

II. Contexte

4. En vertu de l'art. 270 al. 1 CO, le locataire peut contester le loyer initial qu'il estime abusif au sens des art. 269 et 269a CO.
5. Le loyer initial se définit comme le loyer convenu dans le cadre d'une nouvelle location, c'est-à-dire un bail conclu entre des contractants qui ne sont pas encore liés pour le logement ou le local commercial en question¹⁰.
6. Selon l'art. 269 CO, le loyer est abusif lorsqu'il permet au bailleur d'obtenir un rendement excessif de la chose louée et, selon l'art. 269a let. a CO, il est présumé non abusif lorsqu'il se situe dans les limites des loyers usuels dans la localité ou dans le quartier.
7. Le contrôle de l'admissibilité du loyer initial est effectué à l'aide de la méthode absolue¹¹, laquelle sert à vérifier concrètement que le loyer ne procure pas un rendement excessif au bailleur compte tenu des frais qu'il doit supporter ou des prix du marché. Dans l'application de cette méthode, les deux critères absolus que sont le critère du rendement net (fondé sur les coûts)¹² et le critère des loyers usuels (c'est-à-dire les loyers comparatifs appliqués dans la localité ou le quartier) sont antinomiques, et partant exclusifs l'un de l'autre. Ainsi, le critère fondé sur un calcul concret et individuel du coût (soit le rendement net) ne peut pas être

¹⁰ FETTER, p. 127.

¹¹ Toutefois, si le bailleur désigne la méthode relative dans la formule officielle et que le locataire n'invoque que des critères relatifs, la méthode relative sera appliquée. Cf. STASTNY, Rechtsprechung, p. 12.

¹² Art. 269 CO. Ou le critère du rendement brut (selon l'art. 269a let. c CO).

combiné avec des facteurs liés au marché, tels qu'une valeur objectivée de l'immeuble¹³.

8. Le critère du rendement net de l'art. 269 CO se base sur le rendement net des fonds propres investis. Le loyer doit, d'une part, offrir un rendement raisonnable par rapport aux fonds propres investis et, d'autre part, couvrir les charges immobilières¹⁴. Il est ainsi contrôlé sur la base de la situation financière de la chose louée à un moment donné, sans égard aux accords antérieurs passés avec le locataire, lesquels ne sont pris en considération que dans l'application de la méthode relative¹⁵.
9. Le critère absolu des loyers usuels de la localité ou du quartier de l'art. 269a let. a CO est fondé sur les loyers du marché. L'art. 11 de l'Ordonnance du Conseil fédéral du 9 mai 1990 sur le bail à loyer et le bail à ferme d'habitations et de locaux commerciaux¹⁶ désigne les loyers déterminants pour le calcul de ceux-là : il s'agit des loyers de logements comparables à la chose louée quant à l'emplacement, la dimension, l'équipement, l'état et l'année de construction (al. 1), à l'exclusion des loyers découlant du fait qu'un bailleur ou un groupe de bailleurs domine le marché (al. 3). Les statistiques officielles doivent être prises en considération (al. 4). La preuve des loyers usuels dans la localité ou le quartier (art. 269a let. a CO) peut être apportée au moyen de deux méthodes¹⁷ : celle des logements de comparaison, qui doivent être au nombre minimal de cinq et présenter, pour l'essentiel, les mêmes caractéristiques que le logement litigieux quant à l'emplacement, la dimension, l'équipement, l'état et l'année de construction, tout en tenant compte de l'évolution récente de leurs loyers au regard du taux hypothécaire et de l'indice suisse des

¹³ ATF 147 III 14, cons. 4.1 et les nombreux arrêts cités ; TF du 13.01.2021, 4A_28/2020, publié *in* : mp 2021 p. 139 ss.

¹⁴ ATF 141 III 245, cons. 6.3.

¹⁵ ATF 147 III 14, cons. 4.1.1 et les arrêts cités.

¹⁶ OBLF ; RS 221.213.11.

¹⁷ Récemment : TF du 22.07.2021, 4A_66/2021, cons. 5.3.4 ; s'agissant du fardeau de la preuve : ATF 147 III 431.

prix à la consommation¹⁸ ; la méthode des statistiques officielles (art. 11 al. 4 OBLF), qui doivent satisfaire aux exigences de l'art. 11 al. 1 OBLF et, partant, contenir des données chiffrées suffisamment différenciées et dûment établies selon les critères précités¹⁹.

10. Le critère absolu du rendement net a la priorité sur celui des loyers usuels de la localité ou du quartier²⁰, en ce sens que le locataire peut toujours tenter de prouver que le loyer permet au bailleur d'obtenir un rendement excessif (art. 269 CO), et ce n'est donc qu'en cas de difficulté ou d'impossibilité de déterminer le caractère excessif du rendement net qu'il pourra être fait application du critère des loyers usuels de la localité ou du quartier²¹.
11. Pour les immeubles anciens, la hiérarchie des critères absolus est inversée : le critère des loyers usuels de la localité ou du quartier l'emporte sur le critère du rendement net des fonds propres investis²². Est ancien un immeuble dont la construction ou la dernière acquisition remonte à trente ans au moins, au moment où débute le bail ; autrement dit, ce délai de trente ans commence à courir soit à la date de la construction de l'immeuble, soit à celle de sa dernière acquisition, et doit être échu au moment où débute le bail²³.

¹⁸ ATF 147 III 14, cons. 4.1.2.1 ; 141 III 569, cons. 2.2.1 et cons. 2.2.3.

¹⁹ ATF 147 III 14, cons. 4.1.2.2 ; 141 III 569, cons. 2.2.1 et cons. 2.2.2.

²⁰ ATF 147 III 14, cons. 4.2 ; 124 III 310, cons. 2b.

²¹ ATF 147 III 14, cons. 4.2 ; 124 III 310, cons. 2b.

²² Sur l'ensemble de la question : ATF 147 III 14, cons. 4.2 et les références citées.

²³ ATF 147 III 14, cons. 4.2 ; 144 III 514, cons. 3.2.

III. Calcul du rendement net

A. « *Seven Thinking Steps* »²⁴

12. Selon la jurisprudence, il y a lieu de procéder en sept étapes pour déterminer le rendement net²⁵ :
- Il convient de déterminer tous les coûts d'investissement effectifs (*tatsächliche Anschaffungskosten* ; ou prix de revient) liés à l'immeuble.
 - Il faut en déduire les fonds empruntés (*investiertes Fremdkapital* ; fonds étrangers), ce qui permet d'obtenir le montant des fonds propres investis.
 - Le montant des fonds propres investis doit être réévalué pour tenir compte du renchérissement (art. 269a let. e CO). L'adaptation au renchérissement, selon l'indice suisse des prix à la consommation, porte sur le 100% des fonds propres (changement de jurisprudence).
 - Il y a lieu d'appliquer à ces fonds propres investis réévalués le taux de rendement admissible, soit 2% (changement de jurisprudence), en sus du taux hypothécaire de référence.
 - A la rémunération admissible des fonds propres ainsi obtenue, il faut ajouter les charges immobilières (*anfallende laufende Liegenschaftskosten*), soit les charges financières (en particulier les intérêts hypothécaires dus sur les emprunts), les charges d'entretien et, s'ils incombent au bailleur, les frais d'exploitation (prime d'assurances, etc.).
 - Il s'agit ensuite de ventiler ce résultat appartement par appartement (*Aufschlüsselung des zulässigen Gesamtmieterertrags auf die einzelnen Wohnungen*) pour obtenir le loyer admissible de la chose louée.
 - Il faut enfin comparer le loyer admissible de la chose louée ainsi obtenu avec le loyer actuel, ce qui permettra de

²⁴ KOLLER, p. 481.

²⁵ ATF 147 III 14, cons. 7.1 ; TF du 19.02.2019, 4A_239/2018, cons. 5.2.2.

déterminer si une majoration ou une diminution du loyer est possible.

13. Plus schématiquement, il convient, pour comparer le loyer admissible avec le loyer actuel (étape n° 7) de répondre aux questions suivantes :
- *Combien* le propriétaire-bailleur a-t-il investi (globalement) pour acquérir le bien immobilier ?
 - *Combien* a-t-il emprunté à la banque ?
 - *Combien* vaut aujourd'hui ce que le propriétaire-bailleur a investi personnellement (investissement global – emprunts) hier ?
 - *Quel* retour financier accorde-t-on au propriétaire-bailleur (en sus du taux hypothécaire de référence) ?
 - *Quelles* sont les « charges totales » du propriétaire-bailleur (y compris le retour financier qui lui est accordé) pour le bien immobilier concerné ?
 - *Quelles* sont les charges par appartement (= loyer admissible) ?
 - Le loyer admissible est-il supérieur/égal ou inférieur au loyer actuel ?
14. Dans la suite de cette contribution, seules les étapes n°s 1, 3, 4 et 5 – qui méritent une attention particulière vu l'évolution de la jurisprudence fédérale – seront reprises et commentées.

B. Coûts d'investissement effectifs (étape n° 1)

15. Pour déterminer les coûts d'investissement effectifs (ou le prix de revient) de l'immeuble, il convient de prendre en compte le prix d'acquisition et le coût de la construction ou le prix d'achat de l'immeuble construit, ainsi que les travaux à plus-value²⁶.

²⁶ ATF 147 III 14, cons. 7.2.1 ; 141 III 245, cons. 6.6.

16. Concrètement, le prix de revient de l'immeuble correspond aux prix que le bailleur a payés pour l'acquisition du terrain et la construction de l'immeuble. Il convient d'ajouter à ce prix divers frais tels que les frais d'acquisition du terrain (notamment les droits de mutation, les honoraires du notaire²⁷), les coûts de démolition d'un précédent immeuble²⁸ ou les honoraires du promoteur²⁹. Lorsque le bailleur a hérité de l'immeuble, la valeur convenue dans le partage successoral est déterminante³⁰.
17. Si les travaux apportant une plus-value à la chose louée sont pris en compte, tel n'est pas le cas de simples travaux d'entretien, dont les coûts sont intégrés dans les charges³¹.
18. En règle générale, les frais causés par d'importantes réparations sont considérés, à raison de 50 à 70%, comme des investissements créant des plus-values³². Par réparations importantes, l'art. 14 al. 1 OBLF entend des travaux extraordinaires, dépassant manifestement l'entretien normal, concernant simultanément plusieurs parties essentielles de l'immeuble et d'un coût élevé par rapport à l'état locatif de celui-ci³³. Il s'agit par exemple de la réfection des salles de bain, de la distribution d'eau et de l'agencement des cuisines³⁴. La présomption réfragable de l'art. 14 al. 1 OBLF ne trouve application que s'il est difficile, voire impossible, de déterminer concrètement la part des réparations importantes créant des plus-values³⁵. Dans la fourchette prévue par l'art. 14 al. 1 OBLF, il appartient à l'autorité de fixer un pourcentage précis en tenant

²⁷ ATF 117 II 77, cons. 3a/aa.

²⁸ ATF 125 III 421, cons. 2b.

²⁹ ATF 117 II 77, cons. 3a/aa et bb.

³⁰ TF du 09.07.2019, 4A_581/2018, cons. 3.1.4 ; MÜLLER, n. 1479.

³¹ Cf. art. 257h CO.

³² Art. 14 al. 1 OBLF.

³³ ATF 118 II 415, cons. 3a ; TF du 11.04.2017, 4A_531/2016, cons. 3.1.

³⁴ ATF 116 Ia 401, cons. 5b.

³⁵ ATF 118 II 415, cons. 3a.

compte, entre autres critères, de l'importance des travaux à plus-value concrètement apportés à l'immeuble³⁶.

19. Il n'est pas possible de substituer aux coûts d'investissement d'autres valeurs plus ou moins abstraites, telles que la valeur vénale de l'immeuble, sa valeur fiscale ou sa valeur d'assurance-incendie, celles-ci se référant à des valeurs objectives liées au marché et non aux coûts concrets³⁷.
20. Un prix d'achat manifestement exagéré doit être réduit au prix normal (cf. art. 269 *in fine* CO et art. 10 OBLF). La jurisprudence admet également un correctif au prix d'acquisition lorsque le bailleur a acquis le bien à un prix préférentiel, par exemple dans le cadre d'une donation mixte, au motif que l'avantage consenti à celui-ci est destiné exclusivement à le favoriser lui, et non pas ses locataires³⁸.

C. Revalorisation des fonds propres (étape n° 3)

1. Jurisprudence depuis 1994

21. En 1994, le Tribunal fédéral avait limité l'adaptation des fonds propres au renchérissement – c'est-à-dire au coût de la vie selon l'indice suisse des prix à la consommation (ISPC) – à 40% de ceux-ci, estimant que l'art. 269a let. e CO ne garantissait au bailleur que la compensation du renchérissement « *pour le capital exposé aux risques* » et que l'art. 16 OBLF la plafonnait à 40%, dès lors que la vente d'un bien-fonds permettait de recouvrer 60% du prix de revient de l'immeuble, que des prêts hypothécaires pouvaient être obtenus pour ce pourcentage, et que cette part était à l'abri des risques et qu'elle n'avait donc pas à être indexée³⁹. Il avait ainsi voulu assurer une certaine cohérence

³⁶ ATF 110 II 404, cons. 3b ; MÜLLER, n. 1564.

³⁷ ATF 147 III 14, cons. 7.2.1 ; 142 III 568, cons. 2.1 ; 122 III 257, cons. 3b/bb.

³⁸ ATF 147 III 14, cons. 7.2.1 ; TF du 27.01.2021, 4A_645/2011, cons. 3.2.

³⁹ CORBOZ, p. 665, explique que ces pourcentages (60% / 40%) sont des données relevant de l'expérience économique.

entre la méthode dite relative et la méthode dite absolue de fixation des loyers et éviter que les loyers de deux immeubles identiques ne diffèrent selon que l'un est entièrement financé par des fonds propres et l'autre hypothéqué à 60%⁴⁰. Cette jurisprudence, qui s'écartait de la jurisprudence antérieure⁴¹ et qui a été rendue dans un contexte de hausse des taux d'intérêts hypothécaires, a été appliquée sans discussion depuis⁴², en dépit des critiques émises par une partie de la doctrine⁴³.

2. Changement de jurisprudence (ATF 147 III 14)

22. Dans leur décision du 26 octobre 2020, les juges fédéraux ont observé que l'art. 269a let. e CO, concrétisé par l'art. 16 OBLF, s'inscrivaient dans l'application de la méthode relative, l'art. 16 OBLF admettant que le loyer (et non les fonds propres) soit augmenté de 40% de la hausse de l'ISPC. Ils ont relevé que l'application de cette proportion standardisée, adoptée pour faciliter le calcul des hausses de loyer admissibles, revenait, dans le cadre du contrôle concret du rendement net selon la méthode absolue, à mélanger des critères fondamentalement différents⁴⁴. Le bailleur devait pouvoir percevoir un loyer qui couvre ses charges et lui procure un rendement convenable du capital propre qu'il a investi, tout en maintenant le pouvoir d'achat de celui-ci. Ils en ont conclu que la limitation de la revalorisation à seulement 40% des fonds propres, sans égard aux fonds propres réellement investis, ne pouvait être maintenue. Les juges fédéraux ont ajouté

⁴⁰ ATF 120 II 100, cons. 5b.

⁴¹ ATF 117 II 77, cons. 3a/dd : « le capital à prendre en considération correspond aux fonds propres effectivement investis et non au rapport théorique fixe (40%) entre les fonds propres et les fonds étrangers ».

⁴² ATF 123 III 171, cons. 6a ; 122 III 257, cons. 3a ; 120 II 302, cons. 6a, p. 304 ; TF du 07.09.2017, 4A_17/2017, cons. 2.1.1 ; TF du 10.06.2002, 4C.85/2002, cons. 2b.

⁴³ ATF 147 III 14, cons. 8.3 et les auteurs cités ; pour une critique des critères alors posés par le Tribunal fédéral, cf. STASTNY, Rechtsprechung, p. 13 ss.

⁴⁴ Cf. aussi CORBOZ, p. 665, qui, en 1994 déjà, estimait trompeur de faire un parallèle avec l'art. 16 OBLF.

que, si cette limitation avait pu apparaître, à l'époque, justifiée dans le contexte d'une forte augmentation des taux hypothécaires, respectivement de l'inflation pour limiter la hausse des loyers, elle perdait son sens dans le cadre d'un calcul concret selon la méthode absolue et dans les circonstances actuelles. Il y avait donc lieu d'admettre que le 100% des fonds propres investis devaient être réévalués selon l'ISPC⁴⁵.

23. Ce changement est particulièrement important pour les institutions de prévoyance qui, pour acquérir un bien immobilier, ne peuvent emprunter plus de 30% de sa valeur vénale⁴⁶.

D. Taux admissible de 2% (étape n° 4)

1. Jurisprudence depuis 1986

24. Le taux de rendement admissible des fonds propres réévalués avait été fixé en 1986 à 0,5% en sus du taux hypothécaire de référence, qui était à l'époque de 5,5%. Le Tribunal fédéral avait confirmé le demi pourcent alors retenu par la cour cantonale, ce qui amène à considérer qu'il considérait à l'époque qu'un taux de 6% de rendement n'était pas excessif.
25. Le taux hypothécaire de référence a atteint 7% en août 1992 ; on ignore si le Tribunal fédéral aurait alors maintenu une augmentation de 0,5% ou s'il n'aurait pas introduit un taux plafond ou renoncé à toute augmentation en sus du taux hypothécaire de référence.

2. Changement de jurisprudence (ATF 147 III 14)

26. Dans l'ATF 147 III 14, les juges fédéraux ont observé que, depuis le 1^{er} mars 1995, le taux d'intérêt hypothécaire de référence avait continuellement baissé jusqu'à atteindre actuellement 1,25%, de sorte que le rendement ainsi calculé aboutissait à un loyer qui n'était plus en rapport avec la mise à disposition de l'usage de

⁴⁵ ATF 147 III 14, cons. 8.3.

⁴⁶ PLATTNER/CARRON, n. 12, p. 69.

l'habitation et qui était insuffisant pour les caisses de pension qui devaient servir des rentes à leurs assurés, ainsi que pour les propriétaires immobiliers qui couraient aussi des risques (défaut de paiement du loyer, locaux demeurant vides, etc.). Ils ont noté que, dans son initiative parlementaire, le Conseiller national Olivier Feller demandait un rendement de 2% en sus du taux hypothécaire de référence, soit actuellement 3,25% (2% + 1,25%). En doctrine, il avait été proposé d'admettre un taux de 1 à 2% en sus du taux hypothécaire de référence et de garantir au bailleur un taux plancher minimum de 5% ou encore un taux de rendement proche de 5%⁴⁷. Les juges fédéraux ont signalé que d'autres auteurs proposaient une refonte complète du système, mais que cette question n'était pas du ressort du Tribunal fédéral, chargé de contrôler, sur action en contestation du locataire, si le rendement net était excessif (art. 269 CO), mais du législateur. Ils ont relevé, à titre de comparaison, que, pour les constructions récentes (de moins de 10 ans en général), les bailleurs pouvaient reporter entièrement les coûts sur les loyers : le calcul n'était pas basé sur le rendement net, mais sur le rendement brut admissible (art. 269a let. c CO⁴⁸), qui était en principe supérieur de 2% par rapport au taux hypothécaire de référence⁴⁹. Ils ont encore noté que, dans le contexte du contrôle des loyers institué par le droit public, qui s'étendait à toute la durée du contrôle, l'arrêt 1C_471/2018 du 7 novembre 2019⁵⁰, au sujet duquel le Conseil fédéral attendait des clarifications de la part des juges, n'avait pas apporté d'éléments supplémentaires dès lors que, dans le cas litigieux, le rendement ne dépassait que de 0,31% la limite de 0,5% découlant de la jurisprudence relative à l'art. 269 CO.

⁴⁷ STASTNY, Questions choisies en matière de droit du bail, Plaidoyer 3/2017, p. 39 n. 23 et les références citées ; cf. toutefois LACHAT, p. 34 note 44, qui signale que les juges fédéraux ont mal lu la contribution de STASTNY qui ne soutenait pas qu'il convenait de retenir un taux de 5%, mais se limitait à recenser les auteurs plaidant pour un tel taux ; voir aussi MÜLLER, p. 8.

⁴⁸ Introduit dans le CO en 1989.

⁴⁹ ATF 147 III 14, cons. 8.4.

⁵⁰ Rendu sur nouveau recours après renvoi par l'arrêt du 25.09.2014, 1C_500/2013.

27. En conclusion, les juges fédéraux ont considéré qu'il y avait lieu de fixer le taux admissible à 2% en sus du taux hypothécaire de référence lorsque celui-ci était égal ou inférieur à 2%⁵¹.

E. Charges immobilières (étape n° 5)

28. Les charges immobilières englobent les frais d'entretien, les frais de financement et les frais d'exploitation.
29. Les frais d'entretien (charges d'entretien) sont les dépenses que le bailleur assume pour maintenir la chose louée dans l'état correspondant à l'usage convenu. En principe, ces charges peuvent être incluses dans le calcul dès que les travaux ont été effectués et payés par le bailleur. Toutefois, pour corriger le caractère fortuit du moment auquel le bailleur procède à des travaux d'entretien, il y a lieu d'établir une moyenne des charges encourues sur plusieurs années⁵². Lorsque le bailleur assume des frais d'entretien extraordinaires, ceux-ci sont également répartis sur plusieurs exercices, en fonction de la durée de vie des installations ainsi financées. La quote-part correspondante est intégrée chaque année dans les charges d'entretien jusqu'à amortissement complet⁵³. L'amortissement découlant de la dépréciation de l'immeuble avec l'écoulement du temps n'est pas considéré comme des frais d'entretien pour la détermination du revenu net⁵⁴.
30. Les frais de financement (charges financières) sont liés au financement de la construction, de la rénovation, voire de l'entretien de la chose louée à l'aide de fonds étrangers, notamment un emprunt hypothécaire. Il s'agit avant tout de l'intérêt hypothécaire et des autres intérêts dus à des tierces personnes⁵⁵, mais aussi d'une rente d'un droit de superficie⁵⁶. Les

⁵¹ ATF 147 III 14, cons. 8.4.

⁵² ATF 141 III 245, cons. 6.5.

⁵³ ATF 141 III 245, cons. 6.5.

⁵⁴ ATF 125 III 421, cons. 2d.

⁵⁵ ATF 121 III 319, cons. 5b/dd.

⁵⁶ TF du 28.02.2008, 4A_439/2007, cons. 2 à 4.

emprunts conclus à d'autres fins que la construction, la rénovation, voire l'entretien de la chose louée ne peuvent pas être pris en compte⁵⁷.

31. Les frais d'exploitation (charges courantes) sont les dépenses que le bailleur assume pour l'exploitation de la chose louée. Il s'agit donc des frais d'exploitation que le bailleur ne facture pas au locataire sous forme de frais accessoires⁵⁸. Il est notamment question des primes d'assurance de la chose louée, des abonnements d'entretien (par exemple maintenance de la chaudière), du salaire du concierge, etc. Si les frais d'exploitation fluctuent, on retient des moyennes sur plusieurs années⁵⁹.

F. Fardeau de la preuve et règle procédurale

32. S'agissant du fardeau de la preuve, il appartient au locataire qui conteste le loyer initial d'apporter la preuve que le loyer convenu procure au bailleur un rendement excessif.
33. Toutefois, sur le plan procédural, la partie qui n'a pas le fardeau de la preuve doit collaborer loyalement à l'administration des preuves et fournir les éléments qu'elle est la seule à détenir⁶⁰.
34. Si les documents remis par les parties sont suffisants pour calculer le rendement net, c'est exclusivement sur cette base qu'il convient de déterminer si le loyer examiné est abusif au sens de l'art. 269 CO⁶¹. Selon le Tribunal fédéral, il en va de même lorsque c'est le juge qui, d'office, se procure les éléments nécessaires à ce calcul. Si les documents sont suffisants pour y procéder, le calcul ne dépend pas de la question de savoir si le bailleur a violé son devoir de collaboration⁶².
35. Si tel n'est pas le cas (aucun document n'étant remis au juge ou les documents produits sont insuffisants), il faut distinguer selon

⁵⁷ ATF 123 III 171, cons. 6a ; MÜLLER, n. 1485.

⁵⁸ Cf. art. 257a et 257b CO.

⁵⁹ Cf. ATF 141 III 245, cons. 6.5 ; MÜLLER, n. 1486.

⁶⁰ Cf. art. 52 CPC ; TF du 13.01.2021, 4A_28/2020, cons. 5.4 et les arrêts cités.

⁶¹ ATF 147 III 14, cons. 6.1.1.

⁶² ATF 147 III 14, cons. 6.2.

que l'on peut ou non imputer cette carence au bailleur : si le défaut de production du bailleur est justifié, il ne lui sera pas imputé dans l'appréciation des preuves. Le juge tiendra compte exclusivement des statistiques qui, faute de mieux, permettront d'établir le loyer admissible, le cas échéant, en pondérant les chiffres en fonction des caractéristiques concrètes de l'appartement litigieux, du montant du loyer payé par le précédent locataire ou de l'expérience du juge⁶³.

36. Si le bailleur a, sans aucune justification, refusé ou négligé de produire les pièces comptables en sa possession, il faut (encore) distinguer en fonction des moyens de preuve à disposition du juge : en l'absence de tout autre élément de preuve, le refus du bailleur pourra avoir pour conséquence de convaincre le juge de la fausseté complète ou partielle de ses allégations et, par conséquent, de l'amener à croire les indications du locataire ; si, en revanche, il existe des données statistiques cantonales ou communales, le juge ne peut pas se baser sur le seul refus du bailleur, mais doit tenir compte de ces données dans le cadre de son appréciation globale des preuves⁶⁴.

IV. Perspectives futures

A. Taux de référence supérieur à 2%

37. D'emblée, on observera qu'en retenant que le taux de rendement net admissible de 2% ne vaut que si le taux hypothécaire de référence ne dépasse pas 2%, le Tribunal fédéral a fixé une règle pour le moins inusuelle en droit privé⁶⁵. Il ne s'est pas prononcé

⁶³ ATF 147 III 14, cons. 6.1.2.

⁶⁴ ATF 147 III 14, cons. 6.1.3 ; restreignant la portée de la jurisprudence fédérale sur ce point, cf. jugement de l'Obergericht du canton de Zurich du 30.04.2021 (NG210001), cons. 6.3.5, publié in : ZR 120/2021, p. 159.

⁶⁵ Sur le constat : STASTNY, Rechtsprechung, p. 26, qui parle d'une « règle transitoire ». On observera qu'en soi la règle posée par le Tribunal fédéral n'est pas transitoire, mais qu'elle appellera l'introduction d'autres règles dans l'hypothèse d'un taux hypothécaire dépassant 2%.

sur la manière de procéder lorsque le taux hypothécaire de référence dépassera ce taux⁶⁶ et devra nécessairement remettre l'ouvrage sur le métier.

38. A l'heure actuelle (suite au changement de jurisprudence), une augmentation du taux hypothécaire de référence aurait les conséquences suivantes : si le taux de référence atteint 2%, le rendement admissible sera porté à 4% ($2 + 2$) ; s'il remonte à 2,25%, le rendement admissible sera de 2,75% ($2,25 + 0,5$).
39. On peut raisonnablement prévoir que, pour éviter cette « cassure », le Tribunal fédéral, lorsqu'il aura à trancher la question, fixera, pour le taux de rendement admissible, des valeurs permettant de dessiner une courbe de progression « lissée »⁶⁷. Pour une progression plus juste (mathématiquement), le choix d'un modèle fondé sur une équation serait préférable à celui basé sur un système à niveau (sorte d'« escaliers »).
40. Dans cette perspective, une analyse globale devrait être réalisée, tenant compte non seulement du modèle approprié pour le taux de rendement net, mais aussi de celui qui devra nécessairement être prévu pour le rendement brut⁶⁸.
41. L'analyse devra également tenir compte de l'implication concrète du changement de taux sur certains types d'investissements, susceptibles d'avoir une incidence sur les stratégies politiques (au sens large) menées par la Suisse⁶⁹. En ce sens, il conviendra d'entreprendre une analyse tenant compte de l'impact du changement de jurisprudence sur les coûts de capital liés à l'installation produisant de l'électricité réalisée par le bailleur,

⁶⁶ Ce taux était, en juin 2022, de 1,25% (depuis mars 2020).

⁶⁷ Proposant une graduation en fonction du niveau du taux de référence, cf. CONOD, Contestation, p. 31 ; LACHAT/BOHNET, art. 269 N 4, se demandent si l'on peut partir de l'idée que le taux de rendement admissible sera dorénavant de 4%.

⁶⁸ Cf. *infra* let. B.

⁶⁹ Sur le rendement des investissements réalisés dans les installations photovoltaïques, cf. SPRINGER/DOSCHNER, p. 8 s.

que celui-ci met à la charge du locataire (art. 16 al. 1 OÉne). Il faut à cet égard observer que l'art. 16 al. 2 de l'OÉne prévoit que les coûts de capital imputables ne doivent pas dépasser le taux approprié pour les intérêts et l'amortissement de l'investissement et que, pour opérer ce calcul, les valeurs utilisées en droit du bail (2% + taux hypothécaire de référence) sont prises en compte⁷⁰.

42. A noter que la question d'un taux hypothécaire de référence supérieur à 2% ne se posera pas seulement dans le futur, à la suite d'une augmentation progressive de ce taux. Elle peut se poser aujourd'hui, dans un litige faisant intervenir une notification viciée du loyer initial : le « juste loyer » doit alors être fixé par le juge qui, en principe, doit procéder à un calcul de rendement net, et tenir compte du taux de référence au moment de la conclusion du bail⁷¹. Si le taux était alors supérieur à 2%, le juge devra réaliser son calcul sans pouvoir se fonder sur la jurisprudence du Tribunal fédéral puisque celle-ci ne répond pas à la question. On peut projeter que, précisément pour éviter la « cassure » évoquée plus haut, l'autorité judiciaire alors saisie, en présence d'un taux de référence de 2,25%, ne reprendra pas le taux de rendement de 0,5%, mais qu'elle cherchera une solution en partant du taux de 2% prévu dans l'ATF 147 III 14. Dans cet arrêt de principe, il est rappelé qu'un taux de rendement de 6% (taux de réf. de 5,5% + 0,5%) n'était pas excessif. Pour un taux hypothécaire de référence de 7%, les juges fédéraux se demandent si les juges de l'époque auraient maintenu l'augmentation de 0,5%, s'ils auraient introduit un taux plafond ou s'ils auraient renoncé à toute augmentation en sus du taux hypothécaire de référence⁷². Si l'on part de ce constat et que l'on tente de le concilier avec les nouvelles données de l'ATF 147 III 14, on peut envisager une solution dans laquelle le taux de rendement de 4% (2% + 2%) est maintenu par l'application d'un taux de rendement dégressif (pour un taux hypothécaire de référence de 2,25%, le taux de rendement serait de 1,75% ; pour un taux de réf. de 2,5%, il serait

⁷⁰ SPRINGER/DORSCHNER, p. 4.

⁷¹ Evoquant la problématique : MONTALTO/RUBLI, p. 60 ; STASTNY, Rechtsprechung, p. 32 s.

⁷² ATF 147 III 14, cons. 8.4.

de 1,5% ; pour un taux de réf. de 2,75%, il serait de 1,25% ; pour un taux de réf. de 3%, il serait de 1% ; pour un taux de réf. de 3,25%, il serait de 0,75%), puis de revenir à un taux de rendement de 0,5% (pour un taux de réf. de 3,5%), ce qui conduirait, à partir d'un taux de référence de 3,75%, à dépasser le taux de 4% ($3,75\% + 0,5\% = 4,25\%$; $4\% + 0,5\% = 4,5\%$; etc.), ce qui permettrait de revenir à un taux de 6% pour un taux hypothécaire de référence de 5,5% (+ 0,5%). Cette proposition appelle toutefois une observation générale s'agissant de la situation paradoxale devant laquelle se trouvera l'autorité judiciaire saisie de cette question. Comme les explications fournies par le Tribunal fédéral ne visent pas explicitement l'hypothèse d'un taux de référence supérieur à 2% (mais que les juristes en sont réduits à faire des hypothèses), les avis des auteurs de doctrine revêtiront à n'en point douter un poids important (cf. art. 1 al. 2 et 3 CC)⁷³. Ainsi, la parole est donnée aux juristes, alors que la question à résoudre implique avant tout des choix politiques et des analyses économiques.

B. Rendement brut de la chose louée

1. Notions

43. En vertu de l'art. 269 CO, le loyer admissible est fonction du rendement net du capital propre investi (coûts de l'investissement – fonds étrangers).
44. Pour les constructions récentes⁷⁴, le rendement brut permettant de couvrir les frais est déterminant (art. 269a let. c CO). Il correspond au rapport entre les recettes de loyer et (tous) les coûts d'investissement initiaux de l'objet loué. Le rendement brut est dès lors établi en tenant compte également du capital étranger, ce qui n'est pas le cas du rendement net, qui se fonde exclusivement sur les fonds propres investis. Avant le changement de

⁷³ Cf. *infra* B.4 s'agissant des deux décisions rendues par la Cour d'appel civile vaudoise.

⁷⁴ Soit les immeubles de moins de dix ans.

jurisprudence, le rendement brut admissible était égal à 2% (en sus du taux hypothécaire de référence)⁷⁵.

2. Une nécessaire adaptation ?

45. Sur leur site internet⁷⁶, les autorités judiciaires zurichoises ont d'ores et déjà communiqué que, suite au changement de jurisprudence fédérale (rendement net admissible passant de 0,5% à 2%), une augmentation du taux admissible pour le rendement brut (alors de 2% selon l'ATF 118 II 124, cons. 5) sera nécessaire. Il convenait toutefois de prendre en compte que celui-ci était déterminé également en fonction du capital étranger, ce qui nécessiterait un ajustement, par exemple la prise en compte de la moitié du taux retenu par le Tribunal fédéral pour le rendement net.
46. Il est ici intéressant de constater que, dans l'exemple précité, les autorités zurichoises laissent entendre que l'augmentation décidée par les juges fédéraux pour le rendement net (de 1,5%, soit 2% – 0,5%) ne doit pas être reprise entièrement pour le calcul du rendement brut dans la mesure où la proportion des fonds propres n'est pas égale à 100%⁷⁷.
47. Dans leur communiqué, les autorités judiciaires zurichoises rendaient attentives au fait qu'aucune donnée concrète n'était encore disponible, ces questions étant controversées dans la doctrine et ne faisant pas encore l'objet d'une décision judiciaire.

3. Doctrine

48. S'agissant de la doctrine, on observe qu'un courant considère qu'une augmentation du taux s'impose dorénavant pour le calcul du rendement brut. Un auteur soutient que, pour ce calcul, le taux de rendement admissible devrait être fixé entre 3,5 et 4%, en sus

⁷⁵ ATF 118 II 124, cons. 5.

⁷⁶ www.gerichte-zh.ch/themen/miete/mietzinsgestaltung.

⁷⁷ Sur ce point, cf. encore *infra* B. 5.

du taux de l'intérêt hypothécaire de référence, lorsque celui-ci ne dépasse pas 2%⁷⁸. Un autre auteur est d'avis qu'un taux de rendement proche de 5% devrait être admis⁷⁹.

49. D'autres auteurs soutiennent au contraire que le taux admissible dans un calcul de rendement brut ne peut pas être fixé mécaniquement à 3,5% ou 4% en sus du taux de référence, lorsque celui est inférieur ou égal à 2%. Ils considèrent qu'une augmentation ne se justifie que pour des loyers très bas et mettent en évidence que c'est précisément le motif pour lequel les juges fédéraux, dans l'arrêt du 26 octobre 2020, ont augmenté le taux admissible dans le calcul du rendement net. Ces auteurs insistent sur le fait que le calcul du rendement brut ne conduit au contraire pas à des loyers très bas⁸⁰. Un autre auteur, relevant les différences existant entre le calcul du rendement net et celui du rendement brut, est d'avis que les modifications apportées par l'ATF 147 III 14 ne peuvent être reprises, par une application analogique, au moment de calculer le rendement brut⁸¹.

4. Cour d'appel civile vaudoise

50. En ce qui concerne les autorités judiciaires, on remarque que la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal vaudois s'est fondée sur l'opinion d'un seul auteur⁸². Dans deux arrêts (du 1^{er} avril 2021 et du 6 mai 2021), elle a ainsi retenu un taux de rendement de 5%⁸³. Sur recours des bailleuses (qui entendaient voir fixer un taux supérieur) contre l'arrêt du 6 mai 2021, le Tribunal fédéral a considéré, sur ce point, que leur recours était irrecevable, les bailleuses n'ayant pas expliqué en quoi l'autorité précédente

⁷⁸ CONOD, Rendement, p. 7 ; CONOD, Contestation, p. 30.

⁷⁹ STASTNY, n. 23 p. 39.

⁸⁰ MONTALTO/RUBLI, p. 60.

⁸¹ STASTNY, Rechtsprechung, p. 30 s.

⁸² CONOD, Rendement.

⁸³ Arrêt du 1^{er} avril 2021 (HC 2021 239) cons. 4 ; arrêt du 6 mai 2021 (HC 2021 338), cons. 6.2.

aurait sombré dans l'arbitraire en retenant qu'elles avaient elles-mêmes conclu à un taux de 5%⁸⁴.

5. Prise de position

51. Si le calcul du rendement brut se fonde sur une assiette différente de celle prise en compte dans le calcul du rendement net, il demeure que, dans les deux cas, les fonds propres sont pris en compte. Il semble dès lors cohérent de calculer la rémunération des fonds propres de la même manière dans les deux cas et, partant, de reprendre la rémunération jugée appropriée par le Tribunal fédéral (qui est passée de 0,5% à 2%)⁸⁵.
52. Comme le rendement net est calculé sur les (seuls) fonds propres investis (FP x 2%, selon la nouvelle jurisprudence) et que le rendement brut se fonde sur les fonds propres (FP x 2%, selon la nouvelle jurisprudence) *et* les fonds étrangers (FE), il ne serait pas cohérent d'augmenter de 1,5 point de pourcentage le rendement brut admissible admis avant cette modification (2% selon l'ATF 118 II 124, cons. 5), pour arriver à un total de 3,5%. L'existence de FE implique nécessairement un taux plus bas, qui dépendra de la proportion des FP prise en compte dans le calcul du rendement brut admissible.
53. A cet égard, la récente démonstration faite par un auteur – qui se fonde sur une structure de financement avec 40% de fonds propres – semble la plus respectueuse des considérations qui précèdent. Selon l'équation proposée par cet auteur, le rendement brut admissible devrait désormais être égal à 2,6% (en sus du taux hypothécaire de référence)⁸⁶.

C. Travaux à plus-values

54. Il convient de distinguer entre le capital investi pour les travaux à plus-values et l'intérêt de ce capital.

⁸⁴ TF du 09.12.2021, 4A_327/2021, cons. 2.

⁸⁵ BIERI, p. 438 et p. 439 note 19.

⁸⁶ Pour l'ensemble du raisonnement, auquel il est renvoyé : BIERI, p. 437 ss.

1. Capital investi

55. Comme on l'a déjà dit, le capital propre investi pour les travaux à plus-value est pris en compte dans le calcul des coûts d'investissement effectifs (étape n° 1).

2. Rémunération admissible du capital investi ?

56. Les intérêts du capital investi pour financer des travaux à plus-value peuvent être répercutés sur les loyers (art. 14 al. 4 OBLF). Ces intérêts se calculent sur l'ensemble des fonds investis, sans faire de distinction entre fonds propres et fonds étrangers. Selon la jurisprudence, le taux d'intérêt applicable est le taux de référence qu'il faut majorer de 0,5%⁸⁷. Comme le montant de l'investissement diminue au fil du temps par l'amortissement, l'on peut soit appliquer un taux plein sur la moitié du capital investi, soit appliquer un demi-taux sur la totalité du capital investi⁸⁸.
57. Se pose alors la question de savoir si, en fonction de la nouvelle jurisprudence, il s'agit désormais d'effectuer une majoration de 2%.
58. Certains auteurs sont favorables à cette majoration⁸⁹.
59. D'autres auteurs considèrent que la majoration doit toujours reposer sur le taux de 0,5%. Pour eux, il convient de considérer, d'une part, que l'intérêt se calcule sur l'ensemble des fonds investis (fonds propres et fonds étrangers) et, d'autre part, qu'en augmentant le taux de rendement admissible, le Tribunal fédéral a voulu éviter la fixation de loyers extrêmement bas et, ainsi, aider les propriétaires institutionnels qui financent leurs biens uniquement en fonds propres, et non favoriser davantage les investissements créant des plus-values⁹⁰.

⁸⁷ ATF 118 II 415, cons. 3c/aa.

⁸⁸ ATF 141 III 245, cons. 6.5.

⁸⁹ CONOD, Rendement, p. 7 ; CONOD, Contestation, p. 31.

⁹⁰ MONTALTO/RUBLI, p. 60 ; cf. STASTNY, Rechtsprechung, p. 31 s., qui mentionne encore d'autres différences.

60. Dans un arrêt du 17 janvier 2022, la Cour de justice du canton de Genève, Chambre des baux et loyers, a retenu que le taux de 0,5% continuait à s'appliquer. Les magistrats genevois, en relevant notamment que l'ATF 147 III 14 ne se réfère pas aux jurisprudences relatives aux prestations supplémentaires du bailleur⁹¹, considèrent qu'il est ainsi permis de penser que les raisonnements diffèrent selon qu'il s'agisse du rendement des fonds propres ou des prestations supplémentaires du bailleur, bien que le taux admis ait été jusqu'ici identique dans les deux situations. En d'autres termes, l'unicité du taux appliqué précédemment dans diverses situations ne signifie pas que la logique et les motifs déterminant ledit taux sont identiques. Selon les juges genevois, l'ATF 147 III 14 ne peut pas avoir vocation à émettre une règle générale s'appliquant à l'ensemble des taux admissibles, mais uniquement au rendement (net) admissible en matière de fonds propres dans le cadre de la fixation du loyer. En l'absence d'une volonté claire du Tribunal fédéral de modifier le taux applicable dans d'autres situations, il convient de considérer que le revirement de jurisprudence du 26 octobre 2020 (ATF 147 III 14) ne porte que sur la question du rendement admissible des fonds propres. Au surplus, toujours selon les magistrats genevois, les arguments à l'appui de cette position, avancés par la doctrine, emportent la conviction. En effet, outre l'absence de motifs qui conduiraient à une interprétation par principe extensive de la nouvelle jurisprudence du Tribunal fédéral, l'absence de clarté quant aux fonds visés (fonds propres ou non) ou encore l'existence d'une longue période d'amortissement possible, comme celle prévalant pour les prestations supplémentaires du bailleur, plaident pour l'application des jurisprudences topiques qui n'ont pas été remises en cause⁹².
61. L'arrêt genevois a le mérite de présenter une motivation sur une question litigieuse délicate, alors même qu'il n'existe aucune jurisprudence fédérale et que la discussion n'a été qu'amorcée en

⁹¹ ATF 118 II 415 ; 111 II 383 ; 110 II 410.

⁹² Arrêt du 17 janvier 2022 de la Cour de justice du canton de Genève (ACJC/34/2022), cons. 3.1.

doctrine. L'analyse de la Cour de justice appelle toutefois les observations suivantes :

La Cour de justice se fonde principalement sur « l'interprétation » de la jurisprudence fédérale ou sur la recherche d'une « *volonté claire* » des juges fédéraux. L'emploi de ces notions dans ce contexte – et non en lien avec la recherche du sens d'une règle de droit et de la volonté exprimée par le législateur – dénote la situation délicate qui est aujourd'hui celle du juge. Celui-ci, en l'absence d'évolution sur le plan politique, peine à rechercher la « *volonté reconnaissable du législateur* »⁹³ et il se résout à « interpréter » l'ATF 147 III 14, conscient que la cause qui lui est soumise repose sur une construction jurisprudentielle. Toutefois, la portée de l'ATF 147 III 14 est limitée (le recours portant sur une question déterminée) et l'arrêt ne contient aucune indication en lien avec la nouvelle question (application du taux de 2% aux investissements créant des plus-values ?) soumise au juge⁹⁴.

62. En remontant dans le temps, on peut quand même observer que, depuis l'Arrêté du Conseil fédéral du 9 avril 1920 concernant les baux à loyer et la pénurie des logements – qui est à l'origine de l'Arrêté fédéral instituant des mesures contre les abus dans le secteur locatif du 30 juin 1972 (AMSL) et, donc, du droit du bail actuel –, le législateur, pour définir la notion de loyer admissible, n'a jamais fait de distinction entre le capital employé pour le

⁹³ STEINAUER, n. 324 ss.

⁹⁴ Ce constat montre combien il est délicat pour le juge de régler par le droit prétorien une question sous-entendant des choix politiques. A cet égard, le fait – parfois évoqué en doctrine – que le taux de rendement admissible a été introduit par la jurisprudence ne justifie pas d'emblée (et sans autre réflexion) la modification de ce taux par l'activité prétorienne. L'argument de la « symétrie » (en ce sens que l'autorité judiciaire introduisant un taux serait aussi seule compétente pour le modifier, une intervention législative n'étant pas nécessaire) n'a en soi aucune validité. De manière imagée, cela reviendrait à admettre que celui qui plante une graine peut, des décennies plus tard, procéder à la taille de l'arbre de 20 mètres qui en résulte sans s'interroger sur les risques d'une telle activité, même si l'arbre se situe dorénavant au milieu d'un quartier de villas.

fonds et pour la construction, ou pour l'achat du bâtiment, et les sommes affectées aux transformations⁹⁵. Dans ces conditions, et en l'absence d'une intention législative contraire, on conçoit mal qu'une distinction puisse être faite quant au taux applicable en fonction du type d'investissement réalisé. Il conviendrait au moins d'apporter une motivation claire pour justifier le maintien du taux de 0,5% pour la rémunération du capital investi pour financer des travaux à plus-value et la fixation d'un taux de 2% pour la rémunération du capital investi pour la construction à proprement parler.

63. Il semble difficile – vu l'absence de distinction faite par le législateur entre le capital initial et les plus-values – de considérer que cette justification est apportée au (seul) motif que le législateur entendait aider les propriétaires institutionnels qui financent leurs biens uniquement en fonds propres (donc, pour éviter les loyers excessivement bas) et non favoriser davantage les investissements créant des plus-values⁹⁶.
64. Reste le fait que, pour calculer l'intérêt du capital investi pour les travaux de plus-value, l'ensemble des fonds investis (fonds propres et fonds étrangers) est pris en compte, ce qui plaide pour une majoration n'atteignant pas 2% de l'intérêt du capital investi⁹⁷. Il convient en outre de tenir compte du fait que l'amortissement est pris en compte dans le calcul (application d'un taux plein sur la moitié du capital investi ou application d'un demi-taux sur la totalité du capital investi).

⁹⁵ Rapport du Conseil fédéral, du 18 mai 1920, à l'Assemblée fédérale sur l'Arrêté du Conseil fédéral du 9 avril 1920 concernant les baux à loyer et la pénurie des logements (FF 1920 III 357), p. 367 ; apparemment en ce sens : MÜLLER, p. 3.

⁹⁶ Cf. MONTALTO/RUBLI, p. 60 ; cela d'autant plus que, dans son arrêt de principe, le Tribunal fédéral n'indique pas que l'idée serait d'aider en ce sens les propriétaires institutionnels.

⁹⁷ La prémisse étant la même (prise en compte des fonds étrangers), le raisonnement est, sur le principe, le même que celui qui a été exposé, *supra* B.5, pour le rendement brut.

D. Frais d'entretien courants

65. Certains auteurs semblent considérer que le nouveau taux admissible (de 2%) doit également entrer en ligne de compte pour les travaux d'entretien courants⁹⁸.
66. Actuellement, la jurisprudence du Tribunal fédéral ne le permet pas. Lorsque d'importants travaux ont été réalisés entre l'investissement initial et le calcul du rendement net, elle impose de distinguer entre « *part à la plus-value* » (prise en compte dans les coûts d'investissement) et « *part d'entretien* » (exclue de ces coûts). Le Tribunal fédéral réserve le cas du propriétaire qui acquiert à un prix avantageux un immeuble nécessitant des travaux (qui peuvent être pris en compte), qu'il réalise dans la foulée⁹⁹. Les critères sont difficiles à appliquer en pratique puisqu'il convient encore, toujours selon la jurisprudence, de distinguer entre les frais d'entretien courants et ceux qualifiés d'extraordinaires (qui entrent dans les fonds propres, mais selon un calcul dégressif, en fonction de leur amortissement) en raison de leur montant et du fait qu'ils surviennent peu fréquemment¹⁰⁰. Cette situation complexe n'a pas été modifiée par le Tribunal fédéral.

E. Effets sur le marché immobilier suisse

67. Les effets du changement de jurisprudence sur le marché immobilier suisse n'ont pas fait l'objet d'une analyse approfondie, de sorte qu'on peine à en faire une description (ou même une projection) fiable.
68. Certains auteurs s'interrogent¹⁰¹.
69. D'autres considèrent que la nouvelle jurisprudence permettra de mieux combattre les loyers abusifs. Pour eux, le niveau des taux

⁹⁸ CONOD, Rendement, p. 7.

⁹⁹ TF du 07.07.2015, 4A_606/2014, cons. 6.5.

¹⁰⁰ TF du 07.07.2015, 4A_606/2014, cons. 6.6.

¹⁰¹ KOLLER, p. 483 s. ; mp / flash 5/2021, p. 2 dernier par.

historiquement bas conduisait (avant le changement de jurisprudence) à fixer, en grande majorité, des loyers abusifs et provoquait un décalage entre la réalité économique et le droit¹⁰².

70. D'aucuns estiment que la nouvelle jurisprudence ouvre d'autres interrogations, notamment en lien avec les investissements favorisant les énergies renouvelables¹⁰³.
71. D'autres considèrent que le changement de jurisprudence, qui permet une augmentation du taux de rendement admissible, pourrait inciter certains bailleurs, désireux de tirer le meilleur profit de la chose louée, à notifier des congés économiques à leurs locataires¹⁰⁴. Si le congé donné en vue d'obtenir d'un nouveau locataire un loyer plus élevé, mais non abusif, n'est en principe pas contraire à la bonne foi¹⁰⁵, il conduirait ici à des résultats peu satisfaisants, puisqu'un locataire pourrait se voir notifier la résiliation de son bail, alors que, lors de la conclusion de celui-ci, le loyer était censé procurer au bailleur un rendement suffisant. Certains auteurs considèrent dès lors que le congé pourrait être contraire à la bonne foi¹⁰⁶. Sur ce dernier point, la question est délicate puisque le changement de jurisprudence s'applique avec effet immédiat et que, qualifier le congé économique (tel que décrit ci-dessus) de contraire à la bonne foi, reviendrait à atténuer la portée du changement de jurisprudence¹⁰⁷.
72. Un auteur, plus catégorique, soutient que de tels congés sont clairement exclus au motif qu'ils ne correspondent pas au sens de l'ATF 147 III 14, qui vise exclusivement à favoriser les constructions immobilières et la rémunération des caisses de retraite¹⁰⁸.

¹⁰² MÜLLER, p. 3.

¹⁰³ SPRINGER/DOSCHNER, p. 9.

¹⁰⁴ MONTALTO/RUBLI, p. 61.

¹⁰⁵ ATF 120 II 105, cons. 3b.

¹⁰⁶ MONTALTO/RUBLI, p. 61.

¹⁰⁷ KOLLER, p. 484, qui est d'avis que la question est encore ouverte (« ... *zurzeit aber völlig offen ist* »).

¹⁰⁸ STASTNY, Rechtsprechung, p. 33.

73. On relèvera enfin le risque que le changement de jurisprudence induise des ventes immobilières motivées par un calcul de rendement au sens de l'art. 269 CO, le prix de revient étant fondé, sauf abus, sur le prix de la transaction immobilière¹⁰⁹.

F. Immeubles subventionnés

74. L'incidence du changement de jurisprudence sur les immeubles subventionnés se pose également¹¹⁰.
75. En lien avec les immeubles subventionnés, le Tribunal fédéral a déjà eu l'occasion d'indiquer que l'art. 269 CO entraine en ligne de compte, mais qu'il convenait de faire une application adaptée à la situation. L'examen de conformité du loyer des immeubles subventionnés à la lumière de l'art. 269 CO uniquement à un moment déterminé du bail ferait l'impasse sur les efforts consentis dans la durée par les pouvoirs publics et – cas échéant – par le propriétaire (TF du 25.09.2014, 1C_500/2013, cons. 3.2). Il convient dès lors de procéder – en l'absence d'un plan de hausse de loyers signifié à l'entrée dans les locaux – à une vérification des loyers subventionnés pendant toute la période de contrôle en tenant compte, avec discernement, des éléments pertinents survenus pendant toute la période d'aide des pouvoirs publics (arrêt précité, consid. 3.2.2). Cela conduit à vérifier si, dans le cas particulier, compte tenu des efforts consentis par le propriétaire et les pouvoirs publics et des autres circonstances pertinentes, le loyer prévu pendant la période de contrôle viole le droit fédéral (arrêt précité, consid. 3.3).
76. Dans un arrêt du 28 octobre 2021 – postérieur à l'ATF 147 III 14 –, le Tribunal fédéral a explicitement indiqué que la comparaison avec les règles de calcul du rendement maximum au sens de l'art. 269 CO n'était pas valable, car les principes applicables en matière de contrôle des loyers selon le droit public et de fixation des loyers selon le droit privé sont différents et ne prennent pas en compte les mêmes intérêts. Si, en règle générale, les loyers

¹⁰⁹ LACHAT, p. 36 et l'arrêt cité.

¹¹⁰ MONTALTO/RUBLI, p. 60 s.

fixés par l'autorité publique ne doivent pas dépasser trop largement les loyers déterminés au terme d'un calcul de rendement selon l'art. 269 CO pour le marché libre, aucune règle n'oblige à rapprocher les loyers contrôlés des loyers libres. C'est au contraire l'essence de ceux-là que d'être moins chers que ceux-ci¹¹¹.

77. Ce dernier constat a été remis en cause depuis 2002, la doctrine spécialisée ayant fait état de nombreux cas dans lesquels le calcul du rendement entrepris à la sortie du contrôle étatique a conduit, de manière paradoxale, à un loyer inférieur à celui fixé antérieurement durant la période de contrôle¹¹².
78. Dans ces conditions, l'influence du changement de jurisprudence (ATF 147 III 14) sur les loyers contrôlés reste incertaine. Seule une analyse beaucoup plus poussée – qui impliquera nécessairement une réflexion plus approfondie sur le sens et la notion même d'immeubles subventionnés – permettrait d'émettre des pistes de réflexion sérieuses.
79. Cela étant, certains auteurs observent d'ores et déjà qu'on ne peut exclure que le Tribunal fédéral admette de légers dépassements du taux de rendement admissible (anciennement de 0,5%) pour tenir compte des spécificités des immeubles subventionnés. Ils ajoutent que, avec un taux admissible de 2% supérieur au taux de référence, « *cela devrait être d'autant plus sérieusement justifié par les circonstances du cas* »¹¹³.

V. Evolution du droit

80. La publication de l'ATF 147 III 14 donne l'occasion de faire quelques observations sur l'évolution du droit du bail.

¹¹¹ TF du 28.10.2021, 1C_512/2020, cons. 5.6.3 ; TF du 07.11.2019, 1C_471/2018, cons. 2.3.

¹¹² ATF 146 III 346, cons. 2.2.

¹¹³ MONTALTO/RUBLI, p. 60 s.

A. Contexte du changement de jurisprudence

81. Dans un arrêt non publié du 1^{er} mars 2016¹¹⁴, la Ire Cour de droit civil du Tribunal fédéral, composée de trois juges, avait relevé que les variations du rendement des fonds propres correspondent à la logique du système des loyers calculés sur la base des coûts, mis sur pied par le législateur : le rendement net admissible diminuait lorsque le taux d'intérêt de référence baissait et, inversement, il augmentait lorsque ce taux montait. Les juges fédéraux avaient ajouté que le législateur était parfaitement conscient des risques inhérents à un système des loyers calculés sur la base des coûts. Il s'agissait d'ailleurs de la raison pour laquelle, anticipant le risque que l'art. 269 CO constitue un frein à la construction de nouveaux logements, il avait introduit, en 1989, la possibilité pour les « *constructions récentes* », de faire une exception au rendement net prévu dans cette disposition légale et de calculer le loyer en fonction du rendement brut, celui-ci permettant au bailleur d'obtenir un rendement supérieur à celui autorisé par les autres critères légaux¹¹⁵. Les juges fédéraux avaient alors observé que les arguments soulevés par la bailleuse recourante à l'encontre du couplage du taux hypothécaire et des loyers constituaient une critique du système ancré dans la loi. Déterminer si la solution adoptée par le parlement fédéral était conforme – ou alors trop éloignée – de la réalité économique était une question de politique législative, qui n'appartenait pas au Tribunal fédéral de trancher¹¹⁶. Les juges fédéraux ont ajouté que le Conseil fédéral avait d'ailleurs soumis, les années précédentes, plusieurs projets – n'ayant finalement pas

¹¹⁴ Arrêt 4A_465/2015 du 1^{er} mars 2016 qui, selon STASTNY, p. 38, semble « *frappé au coin du bon sens* ».

¹¹⁵ Art. 269a let. c CO ; arrêt 4A_465/2015 précité, cons. 5.6.1.

¹¹⁶ A notre sens, cette position est toujours valable. Si l'on considère que le système prétorien doit être adapté, il faut se demander si le rendement net admissible doit être en corrélation avec le rendement net raisonnable (soit le rendement fondé sur la valeur réelle des immeubles) (cf. *infra* ch. V.C/3). Cette réflexion est à notre sens déjà une modification nécessitant une intervention sur le plan législatif.

abouti pour des motifs divers – visant à découpler les loyers des taux hypothécaires¹¹⁷.

82. Dans leur décision publiée du 26 octobre 2020¹¹⁸, les juges fédéraux – après avoir relevé que les taux hypothécaires n’avaient pas cessé de descendre depuis 1995, que de nombreuses critiques étaient soulevées à l’égard du taux de rendement admissible de 0,5% et que ce taux n’était plus adapté à la réalité économique – ont indiqué que la jurisprudence rendue en 1986 (pour le taux de 0,5%) et en 1994 (pour la réévaluation de 40% des fonds propres) visait à permettre au bailleur de percevoir un rendement convenable du capital qu’il avait investi, lequel devait tenir compte notamment des risques qu’il encourrait (défaut de paiement du loyer, locaux demeurant vides, etc.), ce qui n’était plus le cas dans la conjoncture actuelle. Dans cette perspective et dans le respect du système de couplage des loyers au taux hypothécaire de référence, voulu par le législateur quand bien même ce terme-ci ne figurait pas dans le texte légal¹¹⁹, les juges fédéraux ont admis que les conditions pour un réexamen de la jurisprudence portant sur le pourcentage de fonds propres à revaloriser et le pourcentage de rendement en sus du taux hypothécaire de référence étaient remplies.

B. Changement de système vs « réajustement »

83. Il peut paraître étonnant que, moins de cinq ans après le prononcé d’une décision excluant tout changement de jurisprudence (TF 4A_465/2015), les juges fédéraux rendent un arrêt à *première vue* diamétralement opposé (ATF 147 III 14).
84. L’opposition n’est qu’apparente. Elle repose sur une appréciation différente des conséquences d’un changement de jurisprudence portant sur la réévaluation des fonds propres et l’augmentation du taux de rendement admissible : en 2016, les juges fédéraux

¹¹⁷ Arrêt 4A_465/2015 précité, cons. 5.6.2.

¹¹⁸ ATF 147 III 14, cons. 8.

¹¹⁹ Cf. toutefois art. 13 OBLF ; ATF 133 III 61, cons. 3.2.3.

avaient (implicitement) considéré que ce changement aurait inévitablement une incidence sur l'ensemble du système voulu par le législateur, ce qui nécessitait une intervention du Parlement fédéral ; en 2020, ils ont opéré une appréciation différente, étant d'avis que le « *réajustement conjoncturel* »¹²⁰ qu'il convenait d'opérer n'avait pas d'incidence sur le système précité et qu'il leur appartenait de modifier la jurisprudence.

85. On peut s'interroger sur les motifs qui ont conduit les juges fédéraux à modifier leur appréciation entre 2016 et 2020. Un auteur explique ce changement par des éléments « psychologiques » non exprimés, à savoir, d'une part, le fait que les locataires ont voulu obtenir le maximum contre une caisse de pension et, d'autre part, la situation actuelle au sein du Parlement fédéral qui rendrait plutôt invraisemblable un changement législatif à court terme¹²¹.
86. A notre sens, ce revirement ne fait que refléter le malaise qui résulte de l'inaction législative ou, plus précisément, de l'incapacité du monde politique de se placer au-dessus des intérêts purement partisans, pour adopter une solution de compromis équitable et pérenne, tenant compte des besoins de l'ensemble des acteurs impliqués par la problématique, celle-ci dépassant largement le seul rapport entre bailleurs et locataires (rendement nécessaire aux caisses de pension, évolution démographique nécessitant la construction de biens immobiliers).

C. Exigence de cohérence

1. Une jurisprudence au « coup par coup » ?

87. La voie choisie par le Tribunal fédéral dans son arrêt de 2020 ne peut être considérée comme judicieuse du seul fait qu'elle serait *a priori* plus proche de la réalité économique sur deux points spécifiques. En procédant de la sorte, les juges fédéraux ont

¹²⁰ Pour reprendre la formulation de LACHAT, p. 30.

¹²¹ STASTNY, Rechtsprechung, p. 12.

certainement tenu compte d'un élément (conjoncturel) qui ne pouvait être ignoré¹²². Les conséquences du changement jurisprudentiel sur l'ensemble du système n'ont toutefois pas été analysées (à tout le moins ne font-elles pas l'objet de considérations dans l'arrêt publié) et l'incertitude générée par la modification n'a pas manqué d'être identifiée par la doctrine¹²³.

88. En cela, les juges fédéraux – dans leur décision de principe – n'ont pas suffisamment tenu compte du fait que l'interprétation et la rédaction de la loi représentent deux activités (deux facettes d'une même démarche) poursuivant un but commun qui est la réalisation du droit (*Rechtsverwirklichung*)¹²⁴ : l'interprète (le juge) doit raisonner de manière globale, en se demandant comment le législateur pourrait résoudre la question ; le législateur doit faire de même et s'interroger sur la manière dont l'interprète lira et appliquera la norme créée¹²⁵.
89. Indépendamment des questions qui devront, désormais, être résolues à l'avenir par le Tribunal fédéral, on peut en effet s'interroger si, stratégiquement, l'arrêt publié ne se révélera pas contreproductif, sur le long terme, pour l'évolution harmonieuse, en droit du bail, de la méthode absolue (et en particulier du calcul du rendement net). Comme on l'a vu, les juges fédéraux ont arrêté à 2% le taux de rendement admissible en sus du taux hypothécaire de référence lorsque celui-ci est égal ou inférieur à 2%, ce qui impliquera un nouvel examen en cas d'augmentation du taux hypothécaire (lorsque celui-ci dépassera 2%). L'ATF 147 III 14 a donc initié un changement « *au coup par coup* » et l'on peine à

¹²² Critique à cet égard : STASTNY, *Rechtsprechung*, p. 22.

¹²³ KOLLER, p. 483 ss ; LACHAT, p. 35 s. ; CONOD, *Rendement*, p. 7, qui souligne, en reprenant la formulation de Pierre Tercier, les « *difficultés qu'il y a à appliquer des critères juridiques à des problèmes de politique économique* » ; MONTALTO/RUBLI, p. 59 ; sur ce point, on relèvera que, pour les professionnels du milieu de l'immobilier, la « *grande stabilité du droit* » apparaissait pourtant comme un des « *points forts du droit en vigueur* » (cf. rapport gfs.bern, *Besoin d'adaptations dans le droit du bail ?* », juin 2021, p. 65).

¹²⁴ PIAGET, p. 287 et l'auteur cité.

¹²⁵ Cf. PIAGET, p. 310, et les auteurs cités ; sur le nécessaire « dialogue » entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir législatif, cf. BARAK, p. 285 s.

opérer une projection fiable de l'évolution du système du rendement net dans une perspective future. L'absence d'intervention du Tribunal fédéral aurait eu l'avantage de préserver la tension actuelle (générée par le taux hypothécaire actuel extrêmement bas) à laquelle étaient soumis les acteurs du milieu de l'immobilier, qui était susceptible de conduire à une véritable réflexion sur le système dans son entier et qui aurait pu, à terme, inciter à une révision législative ou, au moins, à une modification de l'OBLF¹²⁶.

2. L'origine d'un nouveau revirement ?

90. A l'heure actuelle, la règle consacrée par le Tribunal fédéral pose le problème de la prévisibilité dans le temps de la jurisprudence, celle-ci risquant de faire relativement rapidement l'objet d'un nouveau revirement. Un changement de jurisprudence devrait pourtant faire l'objet d'une « *modulation dans le temps* », en ce sens que sa remise en cause dans le futur devrait intervenir le plus tard possible, dans le souci de préserver le plus longtemps possible la stabilité de la règle de droit¹²⁷.
91. Le choix des juges fédéraux de changer la jurisprudence a aussi d'emblée généré une « fragilité », inhérente à la motivation peu détaillée fournie dans l'ATF 147 III 14, dans un domaine pourtant complexe impliquant un nombre considérable d'acteurs. De manière générale, il est utile de rappeler que la force d'un

¹²⁶ Cf. LACHAT, p. 36, qui préconise, suite au changement de jurisprudence, une adaptation de cette ordonnance ; BAUMANN, p. 248 et la note 19, qui relève que le Conseil des Etats n'a pas donné suite à l'initiative parlementaire d'Olivier Feller (cité dans l'ATF 147 III 14) au motif que le Tribunal fédéral avait répondu à la question ; le même auteur, p. 249, souligne la nécessité d'une intervention législative, malgré le changement de jurisprudence du Tribunal fédéral ; cf. aussi l'initiative parlementaire Feller qui relevait qu'il n'était pas sain que le Tribunal fédéral fixe lui-même des règles dans ce domaine et que le Parlement devait se réapproprier la réglementation en matière de rendement excessif.

¹²⁷ Cf. TASCHER, Les revirements de jurisprudence de la Cour de cassation, 2011, n. 484.

précédent dépend avant tout du caractère fondé de l'interprétation de la norme objet dudit précédent¹²⁸. En l'occurrence, les faiblesses de l'argumentation ont déjà été désignées par de nombreux auteurs. Ce changement de jurisprudence appellera nécessairement des analyses plus fouillées (également sur le plan économique)¹²⁹, ce qui aura pour effet, à terme, d'augmenter le risque d'un (nouveau) revirement de jurisprudence, qui aurait pour seule fin d'écarter la superficialité dont l'ancienne (soit l'ATF 147 III 14) était entachée¹³⁰.

3. Examen visant l'ensemble des critères absolus

92. Une réflexion globale sur le système serait d'autant plus nécessaire que le Tribunal fédéral semble peu enclin à admettre la fixation d'un loyer sur la base du critère des loyers comparatifs (loyers du quartier ou de la localité). L'arrêt du 21 octobre 2009 rendu par le Tribunal fédéral est symptomatique à cet égard : les juges fédéraux ont considéré que le bailleur n'avait pas apporté les preuves suffisantes pour déterminer le loyer usuel du quartier, alors que 42 objets comparatifs avaient été soumis à la Cour de justice du canton de Genève¹³¹. Une alternative – pour faire « revivre » l'examen fondé sur le critère des loyers comparatifs (dans la perspective du bailleur, cela lui permettrait de renverser la présomption d'abus lorsque l'augmentation du loyer dépasse 10% par rapport au loyer précédent) – pourrait consister à exiger moins de cinq objets comparatifs valables¹³². Dans un arrêt publié du 6 mai 2021, les juges fédéraux, qui rappellent qu'il convient de prendre en considération l'ensemble des circonstances de

¹²⁸ LARENZ, p. 432.

¹²⁹ Regrettant, déjà aujourd'hui, l'absence d'analyse approfondie et le fait qu'il reste difficile d'évaluer les effets du changement de jurisprudence sur le marché : STASTNY, Rechtsprechung, p. 34.

¹³⁰ Pour l'argumentation générale et le constat empirique : PROBST, p. 280 s., qui parle d'une probabilité accrue de voir la jurisprudence faire l'objet d'un (nouveau) revirement de jurisprudence.

¹³¹ TF du 21.10.2019, 4A_179/2015.

¹³² BIERI, Fardeau de la preuve, p. 1400 ss ; BIERI, Commentaire, p. 1044.

l'espèce, semblent l'admettre en présence de 3 ou 4 objets comparatifs, mais pas s'il n'en existe que 1 ou 2¹³³.

93. Sur ce dernier point (réticence de notre Haute Cour à admettre qu'un loyer puisse être fixé en fonction des loyers du quartier ou de la localité), il faut relever la difficulté à discerner les motifs sous-tendant les décisions du Tribunal fédéral. Il est d'autant plus délicat d'entreprendre cet examen que les arrêts de Mon-Repos sont publiés et que – comme tout document judiciaire publié – la portée des considérants est nécessairement limitée : dans la décision publiée, ceux-ci tendent à justifier (rationaliser) la solution retenue par les juges, ce qui ne permet pas d'identifier pleinement l'opinion (ou les opinions) ayant conduit les magistrats à adopter la solution retenue¹³⁴.

4. Nécessité d'une analyse exhaustive

94. A cela s'ajoute que l'augmentation du taux admissible (arrêté à 2%) n'est pas la réponse à toutes les questions et que, dans le souci de préserver la cohérence du système, d'autres éléments méritent d'être pris en compte, à tout le moins d'être débattus dans une perspective plus large.
95. Premièrement, il s'agit de garder à l'esprit que, comme un auteur l'a récemment mis en évidence, l'application de la jurisprudence du Tribunal fédéral sur la réévaluation des fonds propres a pour conséquence qu'un rendement net raisonnable (soit un rendement net calculé en fonction de la valeur réelle de l'immeuble) risque d'être jugé excessif, et qu'un rendement net excessif risque d'être jugé raisonnable¹³⁵. La première hypothèse est réalisée lorsque la hausse de la valeur réelle des immeubles est importante et que l'inflation est faible. L'approche suivie par le Tribunal fédéral a pour effet de fixer un rendement net admissible bien en deçà du

¹³³ ATF 147 III 431, cons. 4.3.1 ; pour une critique, cf. BIERI, Commentaire, p. 1044.

¹³⁴ Sur l'ensemble de la question, cf. POSNER, p. 111.

¹³⁵ BIERI, Rendement net, p. 72 ss.

rendement net raisonnable qui découlerait de la prise en compte de la valeur réelle des immeubles¹³⁶. La seconde hypothèse peut être réalisée en cas de baisse de la valeur réelle des immeubles. La jurisprudence du Tribunal fédéral peut ainsi entraîner une surestimation de la valeur des fonds propres, qui entraîne une sous-estimation du rendement¹³⁷ et, partant, une surestimation des loyers admissibles¹³⁸.

96. Deuxièmement, il est notoire que seule une infime partie des locataires signant un bail contestent le montant de leur loyer devant les autorités de conciliation en invoquant la baisse du taux hypothécaire¹³⁹. Ce constat met une nouvelle fois en évidence la nécessité d'un débat plus global sur la question (débat politique jugé nécessaire par le Tribunal fédéral, qui l'avait conduit à prononcer l'arrêt non publié de 2016).
97. Troisièmement, les investissements réalisés dans le domaine immobilier doivent être inventoriés de manière plus large, dans la mesure où certains d'entre eux, non appréhendés par le Tribunal fédéral, sont directement touchés par le changement de jurisprudence. C'est en particulier le cas des investissements dans le domaine photovoltaïque¹⁴⁰.

VI. Juristes et économistes

98. Le « *réajustement conjoncturel* » opéré par le Tribunal fédéral dans l'arrêt de principe de 2020 repose sur un fondement fragile. Certains auteurs ont reproché à notre Haute Cour l'insuffisance

¹³⁶ BIERI, Rendement net, p. 72 ss, qui se réfère aussi à SVIT-ROHRER, art. 269 N 8 ; BSK-WEBER OR I, art. 269 N 13.

¹³⁷ C'est-à-dire une sous-estimation du rendement réel de l'immeuble.

¹³⁸ BIERI, Rendement net, p. 74.

¹³⁹ LACHAT, p. 35 et la note 54 (avec la référence), qui indique que, sur deux millions de logements en Suisse, les autorités de conciliation n'ont eu à connaître que 2'171 contestations durant le premier semestre 2020 ; BERNEY, p. 12 et les références citées.

¹⁴⁰ Pour une analyse de cette question, cf. SPRINGER/DORSCHNER.

de sa motivation¹⁴¹. Il semble que la critique doive aussi être placée dans une perspective différente.

99. Déterminer le taux de rendement approprié, ainsi que la proportion adéquate des fonds propres à revaloriser sont des questions essentiellement économiques. En toute logique, lorsque le Tribunal fédéral doit trancher une question qui appelle des compétences étrangères au domaine juridique, il fait appel à des experts. A titre d'exemple, cela a été le cas lorsque, dans le domaine de la responsabilité civile, il a fixé le taux de capitalisation de 3,5%¹⁴². Il semble qu'aujourd'hui, les juges fédéraux soient réticents à l'idée de faire appel à des experts. Malgré les demandes de révision appelées par une partie des acteurs concernés, ils ne se sont pas prononcés sur le taux de capitalisation, ni *a fortiori* n'ont impliqué des experts sur cette question¹⁴³.
100. Pour trancher la question objet de l'ATF 147 III 14, le Tribunal fédéral n'a pas fait appel à des experts. Il semble pourtant que les questions ouvertes appelaient une expertise, dans un domaine essentiellement économique. Il est ici évident que la description du mandat à accorder aux experts aurait soulevé, à n'en point douter, de grandes difficultés et de larges discussions entre les parties qui, inévitablement, auraient nécessité des choix politiques¹⁴⁴. Toutefois, on conçoit mal que ces obstacles puissent justifier (notamment) la fixation d'un taux sans véritable motivation sur le plan économique ni analyse de l'ensemble des positions soutenues par les divers courants doctrinaux¹⁴⁵.

¹⁴¹ LACHAT, p. 32 ; mietrechtspraxis [mp] / flash 5/2021, p. 2.

¹⁴² Cf. ATF 125 III 312, cons. 4 : « *Um sich näheren Aufschluss über das wirtschaftliche Umfeld, ... hat die I. Zivilabteilung eine Reihe von Experten befragt* ».

¹⁴³ Cf. TF du 26.09.2019, 4A_599/2018, cons. 3.4.

¹⁴⁴ Il conviendrait, entre autres, de définir préalablement si les experts doivent fixer un rendement net admissible devant être en corrélation avec le rendement net raisonnable (qui découle de la prise en compte de la valeur réelle des immeubles). Cf. *supra* ch. V.C/3.

¹⁴⁵ LACHAT, p. 34.

VII. Conclusions

101. Si le changement de jurisprudence vise deux aspects bien déterminés du calcul du rendement net (taux de rendement admissible ; revalorisation des fonds propres) et que l'on peut le qualifier de « *réajustement conjoncturel* », la portée de l'ATF 147 III 14 ne doit pas être sous-estimée. La décision des juges fédéraux impliquera nécessairement, à terme, d'autres modifications, pour préserver l'harmonie du système du calcul du loyer.
102. L'examen du taux de rendement admissible devra nécessairement être repris lorsqu'il s'agira de trancher une question faisant intervenir un taux hypothécaire de référence dépassant 2%. Le taux de rendement brut devra être examiné, de même que la question du taux admissible dans le cadre des immeubles subventionnés.
103. Une réflexion globale sur le calcul des loyers pourra difficilement être écartée, dans la mesure où la méthode fondée sur les loyers comparatifs est aujourd'hui quasiment inapplicable. Une intervention du législateur reste indispensable et il serait inconcevable que les acteurs principaux dans le domaine de l'immobilier et le monde politique ne se sentent plus concernés au motif que les juges fédéraux ont empoigné cette question (en visant deux points spécifiques). Il y va de la cohérence du système du calcul du rendement et de la sécurité juridique qui en découle.

Bibliographie

BARAK AHARON, L'exercice de la fonction juridictionnelle vu par un juge : le rôle de la Cour suprême dans une démocratie, *Revue française de droit constitutionnel* 2/2006, p. 227-302

BAUMANN MARCO, Discussions d'arrêts actuels, *PJA* 2021, p. 246-249

BERNEY FABRICE, Le Tribunal fédéral a-t-il perdu de vue l'intérêt d'une majorité de la population ?, *Droit au logement* n° 250 mai 2021, p. 12

BIERI LAURENT, Le rendement brut de la chose louée, *PJA* 2021, p. 437-440

BIERI LAURENT, Commentaire de l'arrêt 4A_183/2020 : la preuve des loyers usuels lors d'une contestation du loyer initial, *PJA* 2021, p. 1042-1044 (cité : Commentaire)

BIERI LAURENT, Le fardeau de la preuve des loyers usuels de la localité ou du quartier lors de la contestation du loyer initial, *PJA* 2014, p. 1399 ss (cité : Fardeau de la preuve)

BIERI LAURENT, Rendement net de la chose louée et réévaluation des fonds propres, *sui-generis* 2022, p. 71 ss (cité : Rendement net)

BURKHALTER PETER, Le fardeau de la preuve du caractère abusif du loyer initial, *Avis de droit* 2011, disponible sur le site www.svit-romandie.ch

CONOD PHILIPPE, Rendement net art. 269 CO ; réévaluation des fonds propres ; taux de rendement des fonds propres (arrêt TF 4A_554/2019), *Newsletter Bail.ch* décembre 2020 (cité : Rendement)

CONOD PHILIPPE, Contestation du loyer initial, *Rendement net*, Note, *CdB* 1/2021, p. 29-31 (cité : Contestation)

CORBOZ BERNARD, Note sur l'indexation et la rémunération des fonds propres dans la méthode absolue de calcul du loyer admissible, *SJ* 1994, p. 664-668

FETTER SÉBASTIEN, *La contestation du loyer initial*, Berne 2005

KOLLER THOMAS, Praxisänderung bei der Nettorenditenberechnung (Art. 269 und Art. 270 Abs. 1 OR9 – BGE 147 III 14 (4A_554/2019)), *RSJB* 157/2021, p. 480-484

LACHAT DAVID, La fixation du loyer contesté : une jurisprudence à bout de souffle ? *sui generis* 2021, p. 29-36

LACHAT DAVID/BOHNET FRANÇOIS, *in* : Commentaire romand, Code des obligations I, 3^e éd., Bâle 2021

LARENZ KARL, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6^e éd., Berlin 1991

MONTALTO CÉSAR/RUBLI XAVIER, Loyers abusifs et rendement net, *Revue de l'avocat* 2021, p. 59-61

MÜLLER CHRISTOPH, Contrats de droit suisse, Berne 2021

MULLER MARK, La fixation du taux de rendement net admissible des fonds propres, *in* : Cahiers du bail 1/16, p. 1-8

PIAGET EMMANUEL, Les exigences en matière d'interprétation et de rédaction de la loi, *RDS* 2009, p. 285-311

PLATTNER PLACIDUS/CARRON BLAISE, Mietrecht und Immobilien-transaktionen, *Anwalsrevue* 2021, p. 68-70

POSNER RICHARD, *How Judges Think*, 2008

PROBST THOMAS, *Die Änderung der Rechtsprechung*, 1993

ROHRER BEAT, Konsequenzen aus der Änderung der Rechtsprechung des Bundesgerichts betreffend die zulässige Nettorendite (BGE 147 III 14), *MRA* 2021, p. 113-125

SPRINGER URS MARTIN/DORSCHNER SOPHIE, Angemessene Verzinsung von Investitionen in Photovoltaikanlagen, *in* : *Jusletter* du 23 août 2021

STASTNY PIERRE, Questions choisies en matière de droit du bail, *Plaidoyer* 3/2017, p. 36-40

STASTNY PIERRE, Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Nettorendite : quo vadis ? *mp* 2021, p. 7-36 (cité : *Rechtsprechung*)

STEINAUER PAUL-HENRI, Le Titre préliminaire du Code civil, *in* : *TDPS* II/1, 2009

TASCHER MAÏWEEN, Les revirements de jurisprudence de la Cour de cassation, 2011

La restitution anticipée et le transfert de bail

par

Karin Grobet Thorens¹

Avocate, Genève

I. Introduction.....	139
II. Le transfert de bail commercial (art. 263 CO).....	140
A. Généralités	140
B. Les conditions du transfert du bail commercial	143
1. Des locaux commerciaux	143
2. Un consentement écrit.....	144
3. De l'absence de justes motifs de refus	146
a) Des justes motifs liés à la situation économique	147
b) Des justes motifs liés à la destination des locaux.....	148
c) Des justes motifs liés à la personne	149
C. Du cas spécifique de la convention de remise de commerce ...	150
D. Des conséquences du transfert et droits du locataire en cas de refus.....	153
III. La restitution anticipée (art. 264 CO).....	156
A. Généralités	156
B. Des conditions à la restitution anticipée.....	157
1. Une manifestation claire et définitive	157
2. La présentation de candidat(s) de remplacement objectivement acceptable(s) et solvable(s).....	159

¹ Mes remerciements vont à Me NEVENA PULJIC pour sa très précieuse collaboration dans la rédaction de cette contribution.

a) Le(s) candidat(s) disposé(s) à reprendre le bail aux mêmes conditions	159
b) Le(s) candidat(s) de remplacement solvable(s)	160
c) Le(s) candidat(s) de remplacement objectivement acceptable(s)	160
3. Forme et délai de la restitution anticipée.....	161
4. Obligation de collaborer du bailleur.....	162
C. Des conséquences de la restitution anticipée et droits du locataire en cas de refus	163
Bibliographie	165

I. Introduction

1. Le transfert de bail et la restitution anticipée ont tous deux pour effet de permettre au locataire de se libérer du bail, avec toutefois une différence de principe essentielle :
 - dans le premier cas, le locataire sortant reste, pendant une durée limitée, codébiteur solidaire du repreneur ;
 - dans le second cas, le locataire sortant est libéré de toute obligation contractuelle.
2. La solidarité financière est le pendant de l'obligation du bailleur de conclure, dans le cadre d'un transfert, avec le repreneur qu'il n'a pas initialement choisi lors de la conclusion du contrat.
3. En revanche et dans le cadre de la restitution anticipée, le bailleur est libre de conclure ou non avec le repreneur.
4. Par ailleurs, la restitution anticipée entraîne la restitution par le locataire des locaux loués, contrairement au transfert.
5. Les conditions auxquelles le bailleur peut s'opposer à la restitution anticipée ou au transfert, deux normes ayant des incidences sur la force obligatoire des contrats, sont similaires, moyennant des exigences toutefois spécifiques en termes de forme s'agissant du transfert, vu la continuation de la relation contractuelle avec le bénéficiaire du transfert.
6. Les sujets traités ayant déjà occupé le Séminaire sur le droit du bail², la présente contribution a principalement pour objectif de traiter de la jurisprudence rendue ces dix dernières années.

² Contributions JACQUEMOUD-ROSSARI, 1994 ; TERRAPON, 2002 ; TERRAPON, 2012.

II. Le transfert de bail commercial (art. 263 CO)

A. Généralités

7. Si l'art. 263 CO vise à teneur de texte exclusivement les baux commerciaux, le transfert d'un bail d'habitation n'est pas exclu mais reste rare.
8. Dans un tel cas, ce sont les dispositions générales du Code des obligations qui s'appliquent, soit celles relatives à la cession de créance au sens des art. 164 ss CO (pour l'usage de la chose) et la reprise de dette au sens des art. 175 ss CO (s'agissant du paiement du loyer)³.
9. A noter également que le transfert de baux d'habitation peut intervenir dans le cadre d'une procédure en divorce, auquel cas le juge attribue à l'un des conjoints les droits et obligations du contrat couvrant l'ex-logement de famille, la modification du contrat s'imposant au bailleur, lequel bénéficie également d'une solidarité du locataire sortant, au sens de l'art. 121 CC⁴.
10. Au sens de l'art. 263 CO, le transfert de bail commercial est un contrat tripartite par lequel une des parties au contrat, soit le locataire, est modifiée. Le contrat reste pour le surplus inchangé, le repreneur se substituant au locataire sortant, reprenant ainsi à son compte la relation contractuelle pour le futur, mais également, avec toutes ses spécificités, pour le passé (sauf accord contraire avec le locataire sortant).
11. Il ne s'agit donc pas d'un nouveau contrat de bail, mais uniquement d'une substitution d'une des parties : en particulier ni le loyer, ni l'échéance ni l'affectation des locaux ne changent.

³ TF du 04.09.2018, 4A_141/2018 ; AELLEN, pp. 65-66 ; TERRAPON 2012, p. 159.

⁴ Sur le sujet, voir CPra Matrimonial-BARRELET, art. 121 CC N 1-24 ; BARRELET MURIEL, La protection du conjoint et du partenaire non signataires du bail, *in* : 17^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2012, p. 115 ss.

12. A noter que lorsque le locataire est une personne morale, la vente des actions n'équivaut pas à un transfert de bail puisque dans une telle hypothèse le locataire demeure inchangé⁵.
13. Les cas de fusion, de scission ou de transfert de patrimoine sont quant à eux réglés par la LFus. La doctrine est divisée sur la question de savoir si, dans ce cadre, l'art. 263 CO trouve application. La jurisprudence est quasi inexistante sur le sujet. Certains auteurs considèrent que le bailleur pourrait résilier le bail au sens de l'art. 266g CO, lequel prévoit des conditions restrictives soit, s'agissant de l'appliquer en cas de substitution de locataire, que l'exécution du contrat devienne intolérable pour le bailleur du fait qu'il se voit imposer le transfert du bail dans le cadre d'une opération soumise à la LFus⁶. Cette possibilité semble en effet préserver équitablement les intérêts du bailleur dans un tel cas de figure.
14. L'art. 263 CO limite la liberté contractuelle du bailleur qui n'est pas libre de s'opposer au transfert et se voit, par ce biais, imposer un nouveau partenaire contractuel. Il bénéficie, en contrepartie et pour une durée limitée, de la solidarité du locataire sortant⁷.
15. L'art. 263 al. 1, 2, 3 et 4, 1^{ère} phrase CO est en effet de droit absolument impératif ; le Tribunal fédéral a définitivement tranché en 2015 la controverse doctrinale y relative⁸. Ainsi, toute clause supprimant, limitant ou rendant plus difficile l'exercice du droit au transfert est nulle⁹.
16. Cela dit, le droit au transfert protège des intérêts plus larges que ceux strictement liés au locataire : il permet aussi le maintien du tissu économique en conservant les activités et les emplois rattachés au bail et d'éviter la fermeture de certaines entreprises

⁵ CPra Bail-BISE/PLANAS, art. 263 CO N 11.

⁶ SVIT-K/ROHRER F., N 4 ad art. 263 CO.

⁷ TF du 23.03.2021, 4A_30/2020, cons. 3.1.3.

⁸ TF du 09.06.2015, 4A_75/2015, cons. 3.3.1, TF du 02.09.15, 4A_130/2015, cons. 4.1 ; CPra Bail-BISE/PLANAS, art. 263 CO N 5, RONCORONI, pp. 88-89 et 115.

⁹ ZAHRADNIK, p. 14 ; LACHAT/GROBET THORENS, p. 776.

dont l'activité est étroitement liée aux locaux loués¹⁰. Par ailleurs, les loyers en vigueur demeurant inchangés au travers du transfert, lorsque les baux sont anciens ils se situent à des niveaux souvent plus favorables à l'exploitation de petits commerces ne présentant pas un taux de rentabilité élevé.

17. Ainsi, au vu du caractère impératif de la norme, la question de savoir si un bail de durée déterminée élude le droit au transfert peut se poser. Tel pourrait en particulier être le cas s'il s'avère que la durée fixe du bail ne poursuit pas d'intérêt légitime ou qu'un tel intérêt ne peut être déterminé selon les principes prévus à l'art. 18 al. 1 CO et les circonstances ayant entouré la conclusion du bail¹¹.
18. Il en va de même des clauses contractuelles qui limitent ou empêchent le repreneur de bénéficier de certains droits conférés par le bail au locataire. Ainsi, une clause qui exclurait pour le repreneur la possibilité d'exercer une option de renouvellement¹² ou de réclamer le paiement d'une indemnité pour travaux à plus-value, revient à limiter le droit du locataire au transfert.
19. De même, les dispositions contractuelles instaurant des frais en lien avec le transfert contreviennent au caractère impératif de l'art. 263 CO. De tels frais rendent en effet plus difficiles les conditions de l'exercice du droit par le locataire, en conséquence les clauses y relatives sont nulles¹³.

¹⁰ ZAHRADNIK, p. 10, ch. 1.1 ; TERCIER/BIERI/CARON, p. 281, N 2087.

¹¹ TF du 12.04.2019, 4A_598/2018 : un contrat de durée déterminée visant à éluder les protections voulues par le législateur en faveur du locataire est partiellement nul au sens des art. 19 et 20 al. 1 CO.

¹² Depuis quelques années, les bailleurs ont tendance à privilégier les baux de durée déterminée à options, voir LACHAT, Le bail des cafés et des restaurants, N 53.

¹³ Voir GROBET THORENS KARIN, Frais d'inscription, de dossier, de conclusion, de rappel, de résiliation : à charge du locataire ?, in : 17^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2012.

20. L'art. 263 al. 4, 2^e phrase CO est quant à lui de portée relativement impérative. Il peut donc y être dérogé en faveur du locataire.
21. Enfin, généralement, le transfert de bail s'inscrit dans le cadre d'une convention de remise de commerce lorsque ce dernier est étroitement lié aux locaux loués et donc au bail. Si la personne du repreneur est indifférente au locataire ou qu'aucune vente de fonds de commerce n'est prévue, le locataire aura intérêt à restituer les locaux de manière anticipée au sens de l'art. 264 CO. Il évitera ainsi le risque financier lié à sa qualité de débiteur solidaire jusqu'à l'échéance, ou au plus pendant deux ans, au sens des art. 143-149 CO¹⁴.

B. Les conditions du transfert du bail commercial

22. Les conditions du transfert de bail supposent un contrat portant (1) sur des locaux commerciaux et (2) un consentement du bailleur, en la forme écrite, (3) lequel ne peut le refuser que pour de justes motifs¹⁵.

1. Des locaux commerciaux

23. La nature de l'activité déployée dans les locaux, qu'elle soit économique ou idéale (p. ex. une association sans but lucratif), importe peu.
24. Les surfaces qui sont liées au bail commercial suivent le même sort que ce dernier et peuvent donc aussi être couvertes par le contrat de transfert. Pour que les baux soient liés, il faut que le locataire initial ait pris à bail la surface accessoire du fait qu'il était au bénéfice du bail commercial. Il doit donc exister une interdépendance entre les objets.

¹⁴ TF du 19.03.2014, 4A_500/2013.

¹⁵ TF du 23.03.2021, 4A_30/2020, cons. 3.1.2 et réf. citées.

Il s'agira d'interpréter au sens de l'art. 18 al. 1 CO si les baux sont liés¹⁶. C'est notamment souvent le cas d'un appartement loué conjointement avec un restaurant.

2. Un consentement écrit

25. Le transfert de bail prévoit, comme condition de validité du transfert, l'accord écrit du bailleur. Ceci se justifie par la nécessité d'établir une convention tripartite permettant d'assurer la sécurité juridique et d'exclure tout litige quant à l'interprétation de la volonté du bailleur.
26. Le transfert ne saurait ainsi intervenir à l'insu du bailleur¹⁷. Un silence doit donc, en principe, être compris comme un refus¹⁸.
27. Sous réserve de l'abus de droit, un consentement oral ou par actes concluants ne remplit ainsi pas les conditions de l'art. 263 al. 1 CO¹⁹.
28. En particulier, le fait qu'un tiers règle le loyer ne saurait être considéré, en soi, comme un consentement du bailleur dont la survenance doit être démontrée²⁰.
29. La demande de transfert n'est quant à elle soumise à aucune forme spécifique. Toutefois, et pour une question de preuve, il est préférable qu'elle intervienne par écrit. La forme écrite permet aussi au locataire de se prémunir contre un éventuel congé-représailles au sens de l'art. 271a al. 1, let. a CO.

¹⁶ TF du 20.08.2013, 4A_283/2013, cons. 4 ; LACHAT/GROBET THORENS, p. 842, N 9.

¹⁷ TF du 02.09.2015, 4A_130/2015, cons. 3.1.

¹⁸ TF du 02.09.2015, 4A_130/2015, cons. 4.1.

¹⁹ TF du 02.09.2015, 4A_130/2015, cons. 4.1, TF du 21.11.2012, 4A_352/2012 et 4A_358/2012, cons. 3.3, TF du 08.10.2002, 4C_167/2002. Par exemple, selon BOHNET/CONOD, p. 815, le bailleur qui a signé le formulaire d'octroi de la patente ou les autorisations administratives en faveur du repreneur.

²⁰ ATF 125 III 226, TF du 02.09.2015, 4A_130/2015, cons. 4.1, TF du 27.10.2009, 4A_418/2009.

30. La demande de transfert ne constitue pas un acte formateur mais une simple requête²¹.
31. Elle doit émaner de tous les colocataires en cas de pluralité de locataires.
32. Dans le cas particulier où les colocataires souhaitent que le bail se poursuive avec un seul d'entre eux, la demande de transfert doit donc émaner de tous en faveur du repreneur unique²².
33. Dans le cadre de la requête visant à solliciter le consentement du bailleur, ce dernier est en droit de requérir les renseignements utiles lui permettant de se déterminer. Les renseignements que le bailleur est en droit d'exiger sont ceux susceptibles d'influencer son consentement, soit ceux rattachés aux justes motifs de refus au sens de l'art. 263 al. 2 CO.
34. Dans la mesure où généralement le transfert du bail commercial s'accompagne d'un contrat de remise de commerce, la demande du bailleur que ce document lui soit remis peut se justifier s'il est de nature à fournir des informations utiles à sa détermination. Il s'agit en particulier des éléments relatifs à la solvabilité du repreneur (au vu des obligations financières prévues dans le bail) et des éléments relatifs à l'activité future.
35. La loi ou la jurisprudence ne fixe aucun délai au bailleur pour répondre à la demande du locataire, le délai dépend donc des circonstances. De nombreux contrats types prévoient des délais relativement longs, certains auteurs estimant qu'un délai de quatre semaines minimum doit être prévu²³. Compte tenu des incidences pour le bailleur, soit la poursuite du contrat avec le tiers repreneur non choisi par lui, un délai en tout cas équivalent à celui appliqué pour l'examen d'une candidature lors de la conclusion du bail devrait être admis à compter du moment où le

²¹ TF du 22.01.2014, 4A_87/2013, cons. 2.1 ; CPra Bail-BISE/PLANAS, art. 263 CO, N 35.

²² TF du 21.11.2012, 4A_352/2012 et 4A_358/2012.

²³ CPra Bail-BISE/PLANAS, art. 263 CO N 39.

bailleur dispose de toutes les informations nécessaires à sa détermination.

3. De l'absence de justes motifs de refus

36. Il appartient au bailleur de démontrer l'existence de justes motifs de refus²⁴.
37. Savoir si de justes motifs existent est une question de droit²⁵.
38. Les justes motifs au sens de l'art. 263 CO consacrent une définition plus large que les inconvénients majeurs opposables à une demande d'autorisation de sous-louer, au sens de l'art. 262 al. 2, let. c CO²⁶.
39. La jurisprudence et la doctrine ont défini les justes motifs de refus lesquels ont trait : à la péjoration économique du bailleur du fait du transfert, à une modification de l'activité future déployée par le bénéficiaire du transfert ou encore à des circonstances particulières personnelles²⁷.
40. Les circonstances peuvent ainsi être objectives ou subjectives, appréciables selon les principes de la bonne foi²⁸.
41. Le bail peut par ailleurs prévoir des clauses spécifiant des justes motifs contractuels de refus, lesquels ne sont toutefois admissibles que pour autant qu'ils n'éluent pas le droit au transfert. Des contrats standardisés reprenant des listes génériques de motifs de refus sont ainsi peu compatibles avec le caractère impératif du droit au transfert²⁹.
42. Enfin, le bailleur dont le consentement au transfert est vicié est en droit de l'invalidier. Dans une telle hypothèse, les prestations

²⁴ LACHAT/GROBET THORENS, p. 769 et CJ GE du 19.4.21 *in* : mp 4/2021, p. 313, cité par ZAHRADNIK, p. 12, nbp 11.

²⁵ TF du 05.02.2015, 4A_466/2014.

²⁶ CPra Bail-BISE/PLANAS, art. 263 CO N 43.

²⁷ LACHAT/GROBET THORENS, p. 776 ss et auteurs cités ; CPra Bail-BISE/PLANAS, art. 263 CO N 50 ss.

²⁸ TF du 19.06.2003, 4P_107/2003.

²⁹ ZAHRADNIK, p. 11, ch. 1.2.3.

financières pourront être répétées, au sens de l'art. 62 CO. De plus, le bail pourrait selon les circonstances être résilié (art. 257f al. 3 CO) pour rupture du lien de confiance, permettant au bailleur de revendiquer les locaux en application de l'art. 641 CC. Le locataire transférant s'expose aussi à devoir payer des dommages et intérêts au bailleur en application de l'art. 97 al. 1 CO.

a) Des justes motifs liés à la situation économique

43. S'agissant des aspects financiers, lorsqu'il est manifeste que le bénéficiaire du transfert ne pourra pas s'acquitter des obligations prévues dans le bail, le bailleur bénéficie d'un juste motif de refus.
44. Toutefois, la possibilité pour le repreneur d'assumer les obligations financières (actuelles et futures si ces dernières sont déjà prévues contractuellement) liées au bail doit être appréciée au regard de l'activité prévue et non de la solvabilité du locataire transférant. Il s'agit de déterminer si, au travers du transfert, le bailleur encourt un risque économique³⁰. Des justes motifs existent en particulier lorsque la situation du bailleur deviendrait moins bonne qu'avec le locataire actuel³¹. Tel pourrait être le cas si le montant versé au locataire transférant pour la reprise de commerce paraît trop élevé au regard des recettes générées par ce dernier et de la capacité financière du repreneur³².
45. La solvabilité du repreneur ne suppose ainsi pas qu'il ait une capacité financière identique à celle du locataire sortant, celle-ci devant être examinée au regard du montant du loyer et du commerce remis. Le consentement ne peut ainsi être refusé du seul fait d'une « moins bonne solvabilité », à défaut de quoi le droit au transfert serait dilué³³.

³⁰ TF du 05.02.2015, 4A_266/2014, cons. 2.3 ; ZAHRADNIK, p. 18, ch. 3.2.4.

³¹ SVIT-K/ROHRER F., N° 22 ss ad art. 263 CO ; BARBEY, p. 53 ss.

³² Voir ci-après le cas spécifique de la remise de commerce, II/C.

³³ ZAHRADNIK, p. 18, ch. 3.2.4 ; LACHAT/GROBET THORENS, p. 768.

b) Des justes motifs liés à la destination des locaux

46. La destination des locaux est une condition essentielle du contrat, notamment au regard des nuisances dont le bailleur entend préserver les autres locataires ou voisins³⁴ ou encore en raison d'éventuelles clauses de non-concurrence contractées par lui³⁵.
47. Dans le cadre du transfert, l'affectation convenue avec le locataire initial est reprise en l'état.
48. Des travaux nécessaires à l'exploitation et sollicités par le repreneur, s'ils consacrent une modification de la chose louée et nécessitent l'accord du bailleur au sens de l'art. 260a CO, constituent un juste motif de refus, même si la destination n'est pas fondamentalement modifiée³⁶.
49. Une affectation particulièrement restrictive pourrait toutefois et selon les circonstances être considérée comme un moyen d'éluder le droit au transfert prévu à l'art. 263 CO³⁷. Une telle clause, à interpréter selon l'art. 18 al. 1 CO, pourrait être considérée comme nulle au sens des art. 19 al. 2 et 20 CO. La détermination de l'affectation des locaux est ainsi un élément particulièrement important lors de la conclusion du bail, spécifiquement du fait des incidences contraignantes que l'affectation revêt dans le cadre d'un éventuel futur transfert.
50. A l'inverse, l'absence d'affectation spécifique prévue par le contrat³⁸ n'exclut pas un juste motif de refus du bailleur. En effet, s'il s'avère que la convention de reprise du fonds de commerce prévoit une affectation future fondamentalement différente de

³⁴ ATF 136 III 190, cons. 3.

³⁵ Une utilisation future accrue des locaux ne constitue toutefois pas un juste motif de refus : TF du 05.02.2015, 4A_266/2014, cons. 2.1 et 2.2.

³⁶ TF du 19.06.2003, 4P_107/2003.

³⁷ Par exemple une affectation à un restaurant d'un type particulier de cuisine alors qu'une telle limitation ne se justifie pas par une clause de non-concurrence concédée à un voisin.

³⁸ Certains baux prévoient à titre d'affectation la mention générique « local commercial ».

celle déployée par le locataire transférant, le montant prévu par la reprise du fonds de commerce pourrait selon les circonstances correspondre, de fait, à un « pas-de-porte ». Or, le locataire dispose au travers du droit au transfert de la possibilité de vendre son commerce mais non de vendre le bail (soit d'encaisser une contre-prestation pour la seule cession du droit d'user des locaux)³⁹.

c) Des justes motifs liés à la personne

51. Les justes motifs liés à la personne peuvent concerner le locataire initial transférant. En effet, le bailleur peut avoir conclu le contrat à des conditions particulières et liées à la personne du locataire qu'il a initialement choisi.
52. Une telle condition personnelle doit être démontrée par le bailleur pour être valablement opposée au transfert et reste relativement exceptionnelle s'agissant de baux commerciaux. Il peut s'agir, en particulier, d'octroi d'un loyer de faveur au locataire signataire du contrat.
53. La condition personnelle peut également concerner le bénéficiaire du transfert s'il s'avère, par exemple, qu'il a mauvaise réputation, qu'il a fait l'objet de faillites ou, selon certains auteurs, s'il est en mauvaise relation avec le bailleur⁴⁰.
54. A noter que le bailleur ne peut faire obstacle au transfert en se proposant ou en proposant un tiers disposé à s'aligner sur les conditions du repreneur proposé par le locataire. En effet, des éléments subjectifs (et pas uniquement financiers) peuvent justifier la demande de transfert en faveur d'une personne ou entité déterminée. Le locataire peut souhaiter transmettre son fonds de commerce à l'un de ses proches ou de ses collaborateurs, de sorte que la personne du bénéficiaire lui importe

³⁹ TF du 23.03.2021, 4A_30/2020, cons. 3.1.2, TF du 19.11.2018, 4A_175/2018, cons. 3.3 et références citées.

⁴⁰ Pour des exemples de justes motifs, voir LACHAT/GROBET THORENS, pp. 768-769 et auteurs cités.

particulièrement (indépendamment des engagements financiers qui supposent aussi que le locataire transférant puisse choisir le repreneur à côté duquel il restera solidaire). Ainsi, les baux prévoyant une telle possibilité de substitution par le bailleur, sont contraires au caractère impératif du droit au transfert⁴¹.

C. Du cas spécifique de la convention de remise de commerce

55. Quand bien même une convention de remise de commerce n'est nullement obligatoire, elle précède souvent le transfert de bail⁴².
56. Il s'agit d'un contrat *sui generis* auquel on applique généralement les règles de la vente mobilière⁴³.
57. Dans la mesure où le locataire entend transférer le bail et vendre le fonds de commerce rattaché aux locaux, la convention devra prévoir que la vente du fonds est soumise à la condition suspensive que le bailleur accepte le transfert. A défaut d'une telle clause, le locataire transférant pourrait se voir obligé de vendre le fonds de commerce sans que le bail soit transféré, avec pour conséquence qu'il demeure tenu par toutes les obligations contractées avec le bailleur, tout en ayant perdu la possibilité d'exploiter son commerce.
58. Par ailleurs et dans la pratique, le contrat de remise de commerce prévoit généralement un délai dans le cadre duquel le transfert doit intervenir afin de lever la condition suspensive, permettre d'exécuter la vente et exiger le paiement du prix.
59. En effet, le repreneur ne souhaite généralement pas demeurer lié à long terme, sans pouvoir exploiter les locaux et en étant tributaire d'une éventuelle action en transfert judiciaire du bail

⁴¹ ACJC/1109/2014 du 22.09.2014 ; JACQUEMOUD-ROSSARI, p. 20.

⁴² Les parties peuvent également se lier par un précontrat au sens de l'art. 22 CO, contenant les éléments essentiels du contrat principal de remise de fonds de commerce, cf. TF du 04.09.2013, 4A_297/2013, cons. 3.2.1.

⁴³ ATF 129 III 18, cons. 2.1, TF du 04.09.2013, 4A_297/2013, cons. 3.2, TF du 08.02.2010, 4A_601/2009, cons. 3.2.1 ; CPra Bail-BISE/PLANAS, art. 263 CO N 28 ; TERRAPON, p. 155.

visant à constater le caractère injustifié du refus du bailleur⁴⁴. Ainsi, cette condition suspensive liant le transfert et la vente est souvent accompagnée de délais et d'obligations réciproques de collaboration du transférant et du repreneur en vue du transfert⁴⁵. Selon la formule usuelle, les parties au contrat de remise de commerce unissent leurs meilleurs efforts afin de mener les démarches inhérentes au transfert en vue de l'obtention de l'accord du bailleur.

60. Dans le même esprit, en cas d'absence de transfert et de rachat du fonds de commerce, le sort de l'acompte éventuellement versé par le potentiel repreneur doit également être réglé⁴⁶.
61. Généralement, la convention de remise de commerce prévoira également le descriptif précis des éléments vendus (fichier clients, aménagements, mobilier, reprise de contrats fournisseurs en cours, etc.). Un inventaire et un état des lieux devraient ainsi être prévus. L'état des lieux permettra notamment au repreneur d'évaluer les éventuelles obligations qui seront les siennes, lors de la restitution de la chose au bailleur, au vu des obligations prévues dans le bail.
62. La valeur de la renonciation au bail peut être prise en compte dans la vente du fonds de commerce. En effet, selon la durée du bail et le montant du loyer, la renonciation au bail par le locataire initial peut représenter, en soi, une valeur économique considérable⁴⁷. Cette durée va en effet conditionner celle pendant laquelle le fonds de commerce pourra être exploité, d'ici la prochaine échéance ordinaire de résiliation dont dispose le bailleur.

⁴⁴ TF du 23.03.2021, 4A_30/2020 déboutant les locataires d'une demande en dommages-intérêts contre les bailleurs qui avaient refusé le transfert sollicité, les repreneurs s'étant désistés quatre mois après la signature du contrat de remise de commerce, nonobstant l'action en transfert judiciaire immédiatement intentée.

⁴⁵ Voir par exemple TF du 27.11.2017, 4A_175/2017, cons. 2.1.

⁴⁶ TF du 27.11.2017, 4A_175/2017, le Tribunal fédéral ayant procédé à l'analyse des responsabilités respectives à l'origine de la non-exécution du contrat.

⁴⁷ TF du 26.09.2021, 4C.161/2001, cons. 5 ; TERRAPON 2012, p. 161.

63. A noter que le contrat de remise de commerce peut être invalidé (intégralement ou partiellement) par le repreneur pour cause de dol⁴⁸.
64. Nonobstant la possibilité pour le locataire de transférer son bail, et par là de vendre son fonds de commerce, l'on ne saurait considérer cette possibilité comme acquise. En effet, par définition, le contrat de bail comprend un statut limité dans le temps pour être résiliable. Or, la résiliation ne donne pas au locataire de droit à une indemnisation financière⁴⁹.
65. La convention de remise de commerce devrait également régler la question de la reprise des dettes et créances du locataire, ouvertes au jour du transfert (par exemple : solde de décompte de charges au *pro rata* ou diminution de loyer pour défaut de la chose louée couvrant une période avant et après le transfert).
66. Le contrat doit également régler la question de la libération et de la constitution d'éventuelles sûretés prévues au contrat.
67. Dans l'éventualité d'une indemnité pour plus-value ou frais de remise en état à la fin du bail, la convention de remise de commerce devrait préciser ces points ; à défaut, ces droits et obligations sont transférés au repreneur.
68. Au vu de la solidarité instaurée par l'art. 263 al. 4, 2^e phrase CO, la convention peut également prévoir la possibilité d'une indemnisation du repreneur en faveur du locataire initial si le premier devait ne pas remplir ses obligations vis-à-vis du bailleur.
69. Le « pas-de-porte » est un cas spécifique qui doit être distingué du contrat de remise de commerce ; on qualifie de « pas-de-porte » le versement d'une somme qui ne correspond, de fait, à

⁴⁸ Cas du repreneur auquel la résiliation du bail a été cachée par le locataire transférant, mais qui a néanmoins conclu directement un contrat de bail avec le bailleur : TF du 22.11.2017, 4A_62/2017.

⁴⁹ LACHAT, Le bail des cafés et des restaurants, N 54.

aucune contre-prestation rattachée à l'activité propre du locataire transférant, lequel en réalité vend le bail⁵⁰.

70. Par ailleurs, pour certains auteurs, le « *Schlüsselgeld* », qui constitue un cas de figure où le bailleur participe à la transaction, peut constituer une transaction couplée au sens de l'art. 254 CO et entraîner une prétention en restitution d'un enrichissement illégitime au sens de l'art. 62 CO⁵¹.

D. Des conséquences du transfert et droits du locataire en cas de refus

71. Dans la pratique, le transfert intervient généralement sous la forme d'un avenant tripartite au bail, lequel consacre le consentement du bailleur, du locataire initial et du preneur.
72. Le transfert entraîne une subrogation du locataire qui est libéré de ses obligations envers le bailleur. Conformément à l'art. 263 al. 4, 2^e phrase CO, de droit relativement impératif, le locataire répond solidairement des obligations contractuelles du bail transféré jusqu'à la prochaine échéance, mais au plus pour deux ans. Une libération plus favorable accordée par le bailleur est ainsi possible.
73. Une fois le transfert intervenu, le preneur acquiert ainsi tous les droits et obligations du locataire sortant dans le cadre du bail principal.

⁵⁰ A distinguer du « *Schlüsselgeld* » ou « *keymoney* », cas de figure où les trois parties trouvent un intérêt à la transaction par laquelle le futur locataire verse une indemnité au locataire en place pour qu'il accepte de renoncer à son bail, permettant au premier et au bailleur de conclure un nouveau contrat à des conditions qui leur conviennent.

⁵¹ ZAHRADNIK, p. 17, ch. 3.2.3. Pour autant que le bailleur ait concouru d'une manière ou d'une autre au paiement du montant lequel a conditionné la conclusion du nouveau bail. Voir également MICHELI JACQUES, Les transactions couplées avec le bail, in : 13^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2004.

74. Le sort d'un contrat de sous-location est délicat. Certains auteurs considèrent qu'au vu de l'indépendance du bail principal et du contrat de sous-location, le transfert de bail n'a pas d'effet sur le sous-bail. Ainsi, le repreneur et le sous-locataire devraient conclure un nouveau contrat de sous-location⁵².
75. Vu la solution retenue par le Tribunal fédéral⁵³, le sous-locataire prudent et qui entend conserver l'usage des locaux devrait toutefois, dès qu'il est informé du transfert, verser le sous-loyer au repreneur. Le versement du sous-loyer au nouveau locataire découle par ailleurs du fait que le locataire initial n'est plus fondé à l'exiger (et à l'encaisser), n'étant plus en mesure de remettre la possession.
76. Selon une partie de la doctrine, le repreneur hérite également de toutes les créances et dettes du locataire sortant nées avant le transfert⁵⁴. Le Tribunal fédéral n'a toutefois pas tranché la question et il existe une controverse doctrinale sur le sujet, certains auteurs appliquant la théorie de la scission, en ce sens que le transfert n'aurait aucun effet rétroactif⁵⁵.
77. A notre sens, une absence de rétroactivité fait peu de sens et il conviendrait, s'agissant des créances et dettes ouvertes au jour du transfert, qu'elles soient reprises par le repreneur. Elles devraient ainsi, idéalement, être identifiées et prises en considération dans le cadre du prix convenu entre les parties.
78. S'agissant des obligations en fin de bail, telles que la remise en état initial (ou à l'état brut), des difficultés pourront se poser au repreneur pour déterminer dans quel état les locaux ont été remis au locataire transférant, raison pour laquelle il est fortement recommandé de prévoir un état des lieux, au jour du transfert,

⁵² HIGI/BÜHLMANN/WILDISEN, art. 263 CO, N 44 ; BARBEY, p. 48, n. 31.

⁵³ ATF 139 III 353, critique de MONTINI MARINO, *in* : Newsletter Bail.ch août 2013 ; voir également LCHAT/GROBET THORENS, p. 771 et CPra Bail-BISE/PLANAS, art. 263 CO N 66 et 73.

⁵⁴ HIGI/BÜHLMANN/WILDISEN, art. 263 CO N 47 ; MINDER, N 808-809.

⁵⁵ SVIT-K/ROHRER F., N 23 ad art. 263 CO ; HULLIGER/HEINRICH, art. 263 CO N 7 ; KOLLER, p. 216-217.

avec le concours du bailleur, afin de déterminer ce qui devra être remis en état en fin de bail⁵⁶.

79. Si le bailleur refuse le transfert sans juste motif ou ne répond pas, le locataire peut saisir les autorités judiciaires d'une demande en transfert judiciaire, soit une action en constatation de droit, avec la possibilité de réclamer d'éventuels dommages-intérêts⁵⁷. La décision de transfert judiciaire vaut déclaration de volonté au sens de l'art. 344 al. 1 CPC dès qu'elle devient exécutoire⁵⁸.
80. Le bailleur qui refuse de façon injustifiée le transfert engage ainsi sa responsabilité au sens de l'art. 97 al. 1 CO, le locataire devant démontrer la violation du contrat, le dommage et le lien de causalité. La faute est en revanche présumée⁵⁹.
81. Selon le Tribunal fédéral, le locataire sortant qui accepte sans autre le désistement du repreneur suite au refus du bailleur, alors qu'il ne ressort pas du texte de la convention que le repreneur puisse valablement se libérer en cas de refus (soit en cas d'absence de condition suspensive et de délai dans lequel le transfert doit intervenir) contribue à créer son dommage (art. 44 al. 1 CO). Dans un tel cas, le locataire ne saurait faire supporter au bailleur la perte du prix de la reprise de commerce convenu avec le repreneur⁶⁰.
82. La doctrine est partagée quant à la date à laquelle le transfert est effectif : à compter de l'autorisation donnée par le bailleur ou par l'autorité judiciaire, à la date figurant dans la convention de remise de commerce, à la date à laquelle se réalise la condition suspensive, à la date de l'entrée en force de la décision judiciaire, à la date à laquelle le bailleur aurait dû y consentir⁶¹ ?

⁵⁶ ZAHRADNIK, p. 21, ch. 4.

⁵⁷ TF du 11.11.2020, 4A_442/2020, cons. 5.2.

⁵⁸ TF du 23.03.2021, 4A_30/2020, cons. 3.1.4.

⁵⁹ TF du 23.03.2021, 4A_30/2020, cons. 3.2 et références citées.

⁶⁰ TF du 23.03.2021, 4A_30/2020, cons. 4.2.3.

⁶¹ CPra Bail-BISE/PLANAS, art. 263, N 60 ; MINDER N 787 ss ; HIGI/BÜHLMANN/WILDISEN, art. 263 CO, N 45 ; HULLIGER/HEINRICH, art. 263 CO, N 7 ; ELLEN, p. 78.

83. Lorsque le transfert ne pose pas de difficultés, l'avenant détermine la date valeur à partir de laquelle le repreneur se substitue. En tout état, la prise d'effet du transfert devrait intervenir à compter de l'autorisation donnée, soit par le bailleur, soit par les autorités judiciaires. A défaut, se posent en effet d'importantes problématiques, notamment quant à la solidarité du locataire sortant ou quant à savoir qui est débiteur des loyers antérieurs à l'autorisation obtenue.

III. La restitution anticipée (art. 264 CO)

A. Généralités

84. Le mécanisme de la restitution anticipée trouve principalement application dans le cadre de baux d'habitation, mais peut également être utilisé dans le cadre de locaux commerciaux lorsque le locataire sortant n'a pas d'intérêt particulier à voir un repreneur spécifique devenir titulaire des droits et obligations du bail.
85. En effet, la restitution anticipée ne prévoit pas de solidarité du locataire sortant, contrairement au transfert qui instaure une solidarité, contrepartie de l'obligation du bailleur de poursuivre la relation avec un tiers non choisi par lui.
86. Lorsque la restitution anticipée est acceptée, seules les parties au contrat sont modifiées, l'objet du bail restant identique. Par conséquent, la conclusion d'un avenant tripartite suffit.
87. L'art. 264 CO est de nature relativement impérative. Il peut donc y être dérogé uniquement en faveur du locataire⁶².
88. Comme pour le transfert, tous éventuels frais de résiliation anticipée prévus par le contrat de bail rendent *de facto* plus difficile pour le locataire l'exercice du droit. Etant contraires au

⁶² RONCORONI, p. 88-89 et 115 ; CPra Bail-BISE/PLANAS, art. 263, N 5.

caractère semi-impératif de la norme, de telles clauses sont nulles au sens des art. 19 al. 2 et 20 CO⁶³.

B. Des conditions à la restitution anticipée

89. La restitution anticipée ne doit pas être confondue avec la résiliation anticipée. En effet, et moyennant présentation d'un locataire de remplacement, l'application de l'art. 264 CO peut intervenir en tout temps et n'est pas fondée sur un motif.
90. La restitution anticipée ne modifie pas les conditions contractuelles, le candidat devant précisément, à teneur de texte légal, être prêt à reprendre le contrat aux mêmes conditions.
91. Le locataire doit annoncer clairement son souhait de restituer l'objet de façon anticipée, soit : la date pour laquelle il souhaite que cette restitution intervienne, le candidat qui est disposé à reprendre le bail aux mêmes conditions et, enfin, restituer concrètement la possession au bailleur au terme du délai pour lequel la restitution est sollicitée.
92. En cas de litige, il appartient au locataire de démontrer que toutes les conditions de la restitution anticipée ont été respectées et qu'il doit, en conséquence, être libéré de toutes les obligations liées au bail⁶⁴.

1. Une manifestation claire et définitive

93. La volonté de restituer les locaux de manière anticipée doit être manifestée clairement. Le seul fait de laisser les locaux vides ne suffit pas.

⁶³ TF du 09.06.2015 4A_75/2015 cons. 3.1.1 ; Voir aussi GROBET THORENS KARIN, Frais d'inscription, de dossier, de conclusion, de rappel, de résiliation : à charge du locataire ?, *in* : 17^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2012, p. 194 ss.

⁶⁴ LACHAT, pp. 814-815.

94. Toutes les clés devront être remises au bailleur⁶⁵. Si celui-ci refuse d'en prendre possession, le locataire prudent les adressera par courrier recommandé ou les consignera selon l'art. 92 al. 1 CO⁶⁶.
95. Le bailleur qui réceptionne les clés sans réserve ou qui s'oppose de façon injustifiée à leur restitution se verra dénié le droit de solliciter du locataire d'assumer les obligations liées au bail.
96. La manifestation de volonté de restituer ne suppose pas la résiliation du bail. Ainsi, le fait de libérer les locaux et d'y laisser une autre personne avec laquelle un nouveau bail est conclu s'y installer, doit être interprété comme une restitution anticipée, quand bien même il n'y a pas eu de demande écrite du locataire sortant en ce sens⁶⁷.
97. Le fait pour un locataire de restituer les surfaces louées à la condition spécifique que le bail soit attribué à un candidat de remplacement déterminé doit être interprété comme une offre sujette à acceptation⁶⁸. Si le candidat proposé est refusé par le bailleur, le locataire demeure lié au bail, sa manifestation de volonté conditionnelle ne pouvant, comme indiqué ci-avant, être constitutive d'une résiliation.
98. En cas de pluralité de locataires, la demande de restitution doit être signée de tous⁶⁹. Selon la doctrine, la lettre des colocataires qui indique que l'un d'eux souhaite sortir du contrat doit être interprétée comme une offre de restitution anticipée, avec pour proposition de candidats les colocataires destinés à reprendre les obligations à leurs seuls noms⁷⁰ ou comme une demande de transfert des colocataires en faveur de l'un d'eux nécessitant l'accord du bailleur.

⁶⁵ TF du 04.12.2012, 4A_456/2012, TF du 07.08.2008, 4A_220/2008.

⁶⁶ KOUMBARAKIS, p. 49, ch. 4.1.

⁶⁷ TF du 09.06.2015, 4A_75/2015, cons. 3.3.2.

⁶⁸ LACHAT, p. 806, N 5.2.1 et MP 2014, p. 41 (décision cantonale vaudoise).

⁶⁹ TF du 21.11.2012, 4A_352/2012 et 4A_358/2012, cons. 3.3.

⁷⁰ LACHAT, p. 806.

2. La présentation de candidat(s) de remplacement objectivement acceptable(s) et solvable(s)

99. Le locataire a le fardeau de la preuve s'agissant de démontrer qu'il a présenté au moins un candidat objectivement acceptable, solvable et disposé à reprendre le bail aux mêmes conditions.
100. La présentation d'un seul candidat acceptable suffit. Ceci étant, en remettant un seul dossier au bailleur, le locataire prend le risque que son candidat ne soit pas acceptable ou encore qu'il se désiste.

a) Le(s) candidat(s) disposé(s) à reprendre le bail aux mêmes conditions

101. Le candidat doit être disposé à reprendre le bail aux mêmes conditions prévues contractuellement, notamment de l'état des locaux⁷¹. Le bailleur ne peut, quant à lui, pas imposer d'autres conditions que celles prévues dans le bail⁷². Il ne peut ainsi notamment modifier ni le montant du loyer, ni l'échéance ou la clause de renouvellement du bail.
102. De même, le candidat qui n'est disposé à payer qu'un loyer sensiblement plus bas que le loyer actuel, ne peut libérer le locataire initial⁷³.
103. Le Tribunal fédéral a laissé la question ouverte de savoir si le locataire est valablement libéré par la présentation d'un candidat disposé à payer le loyer moyennant une réduction minimale⁷⁴. A notre sens, la réponse doit être favorable, en particulier si les conditions prévalant à la fixation du loyer se sont notablement modifiées depuis la conclusion du bail ou la dernière fixation du loyer et que l'échéance permettant une réadaptation est proche.

⁷¹ TF du 20.09.2016, 4A_332/2016 et TF du 07.01.2013, 4A_557/2012.

⁷² Pour des exemples, voir notamment KOUMBARAKIS, p. 51, ch. 5.3.

⁷³ ATF 119 II 36, cons. 3d.

⁷⁴ TF du 20.09.2016, 4A_332/2016 et ATF 117 II 156, cons. 3b, ATF 119 II 36, cons. 3d.

104. Dans l'hypothèse où le bailleur a concédé des conditions particulièrement favorables au locataire, du fait de la personne de ce dernier, il ne sera nullement contraint de poursuivre auxdites conditions en cas de restitution anticipée, étant libre de refuser de poursuivre la relation avec le repreneur.

b) Le(s) candidat(s) de remplacement solvable(s)

105. Comme en cas de transfert de bail, le bailleur ne doit pas voir sa situation économique se péjorer au travers de la restitution. Il n'est toutefois pas indispensable que la capacité financière du repreneur soit identique à celle du locataire sortant.
106. Généralement il est considéré que la solvabilité est suffisante si les revenus dépassent trois fois le loyer brut. Ceci étant, cette proportion ne doit pas constituer une limite rigide⁷⁵. La situation doit ainsi être appréciée de cas en cas et au vu de l'ensemble des circonstances. En effet, les locataires peuvent être amenés à consacrer plus de 30% de leurs revenus au loyer sans que l'on puisse retenir que ce fait consacre, en soi, une situation d'insolvabilité⁷⁶.
107. Selon un arrêt récent du Tribunal fédéral, une lettre de garantie adressée par les services sociaux à la bailleresse ne suffit pas pour attester de la solvabilité du locataire repreneur si cette lettre ne remplit pas les conditions d'une déclaration de cautionnement au sens de l'art. 493 CO⁷⁷.

c) Le(s) candidat(s) de remplacement objectivement acceptable(s)

108. L'acceptabilité objective du candidat tient à la personne du locataire de remplacement proposé et s'examine selon les

⁷⁵ TF du 20.09.2016, 4A_332/2016, cons. 3.2.3.

⁷⁶ ATF 119 II 36, cons. 3d.

⁷⁷ TF du 13.01.2014, 4A_411/2013 commenté par MONTINI MARINO, *in* : Newsletter Bail.ch février 2014.

circonstances⁷⁸. Ainsi, la candidature d'un locataire de l'immeuble dont ses visiteurs ont agressé le concierge à l'arme blanche peut être refusée du fait qu'il n'est pas objectivement acceptable⁷⁹.

109. Une vague inimitié ou appréhension ne suffit pas⁸⁰.

3. Forme et délai de la restitution anticipée

110. Ni la forme ni le préavis opposable au bailleur ne sont imposés par l'art. 264 CO ou la jurisprudence y relative.

111. S'il est vrai que le Contrat cadre romand (CCR) prévoyait l'obligation d'annoncer une telle restitution par écrit, avec un préavis d'un mois pour le 15 ou la fin d'un mois, celui-ci n'a plus force obligatoire depuis le 1^{er} juillet 2020⁸¹. Ainsi un contrat faisant référence au CCR abrogé, voit, à compter du 1^{er} juillet 2020, les modalités spécifiques et incombant au locataire, liées à l'exercice de l'art. 264 CO, inopposables.

112. Selon la doctrine, le préavis dépend à nouveau des circonstances : dix à vingt jours pour les baux d'habitation et un mois pour les baux commerciaux semblent raisonnables⁸².

⁷⁸ ATF 119 II 36, cons. 3d. Pour des exemples, voir notamment KOUMBARAKIS, p. 51 ch. 5.2.

⁷⁹ TC VD du 19 juin 2002, P. SA c/époux G., CdB 2003 58 cité *in* : TERRAPON 2012, p. 173 s.

⁸⁰ ATF 119 II 36, cons. 3d et TF du 20.09.2016, 4A_332/2016, cons. 3.2.1.

⁸¹ FF 2020 3555 du 28.04.2020. A noter toutefois que l'art. 35 des Règles et usages locatifs du canton de Vaud (RULV) prévoit toujours un tel délai et une annonce écrite.

⁸² KOLLER, p. 219 ss ; LACHAT, p. 808 ; CHAIX, pp. 54-55 et 64.

4. Obligation de collaborer du bailleur

113. Le bailleur doit collaborer à la restitution des locaux et examiner avec sérieux les candidatures qui lui sont soumises, accompagnées de dossiers complets⁸³.
114. Si des documents manquent au dossier présenté par le locataire, le bailleur devra l'en aviser sans délai. A défaut, il ne pourra se prévaloir d'un dossier incomplet pour refuser la candidature proposée⁸⁴.
115. En outre et pour autant que le candidat soit acceptable, l'absence de réponse dans un délai raisonnable constitue un refus injustifié du bailleur, par lequel le locataire est libéré de ses obligations⁸⁵.
116. Le locataire prudent sera toutefois bien avisé de relancer le bailleur, cas échéant par courrier recommandé, afin de connaître sa détermination relativement aux candidatures, dont il aura conservé les coordonnées.
117. Cette obligation de collaborer résulte du devoir général inscrit à l'art. 44 CO, en vertu duquel le créancier a le devoir de réduire son dommage. Ceci implique aussi, outre l'examen diligent des candidatures, que le bailleur recherche, selon ce qui peut raisonnablement être attendu de lui, un locataire de remplacement, ce qui, aujourd'hui, se traduit par le devoir de signaler l'objet à la location, en particulier par le biais du site internet de la régie, lorsque le bailleur est représenté par un mandataire professionnel. L'absence de collaboration du bailleur l'expose au risque de perdre son droit aux loyers jusqu'à l'échéance du bail ou relocation⁸⁶.

⁸³ Généralement les dossiers comprennent copies récentes des pièces d'identité, éventuel titre de séjour, attestation de revenus et attestation de non-poursuites.

⁸⁴ TF du 05.08.2020, 4A_239/2020, cons. 10.4, commenté par Me VIRGINIE RODIGARI *in* : Newsletter Bail.ch octobre 2020.

⁸⁵ LACHAT, p. 813 ; BOHNET/CONOD, N 858.

⁸⁶ Voir LACHAT/LACHAT, pp. 816-817 pour le cas où le locataire ne parvient pas à présenter un candidat.

118. Enfin, si le bailleur indique vouloir attribuer les locaux à un candidat de son choix, conclut un bail avec un tiers, dispose de l'objet loué en y entreprenant des travaux ou encore propose l'attribution du bail au repreneur moyennant modification d'une ou plusieurs de ses conditions, le locataire est libéré⁸⁷.

C. Des conséquences de la restitution anticipée et droits du locataire en cas de refus

119. Le bailleur n'a aucune obligation de poursuivre la relation avec le candidat de remplacement ; le locataire sortant lui offre uniquement la possibilité de maintenir, s'il le souhaite, le contrat aux mêmes conditions qui lui sont applicables.
120. Ainsi, et quelle que soit la décision du bailleur de poursuivre ou non le bail avec le candidat, moyennant le respect des conditions prévues à l'art. 264 CO, le locataire sortant est libéré des obligations futures liées au bail.
121. Il n'y a pas de solidarité avec le repreneur contrairement au transfert. La libération n'a en outre pas d'effet rétroactif.
122. La systématique de l'art. 264 CO n'impliquant pas la conclusion d'un nouveau bail, le repreneur ne peut pas contester le loyer initial⁸⁸.
123. Contrairement au transfert de bail, les locaux étant restitués au bailleur par le locataire sortant, un état des lieux de sortie peut intervenir à la demande du bailleur⁸⁹.
124. En cas de refus injustifié du bailleur de libérer le locataire sortant, il appartient à ce dernier de saisir le juge pour faire constater qu'il a valablement restitué les locaux, de manière anticipée, et qu'il est, en conséquence, libéré du paiement du loyer et de toutes les obligations contractuelles futures.

⁸⁷ LACHAT, p. 814.

⁸⁸ Dans la pratique, le repreneur et le bailleur signent toutefois souvent un nouveau contrat de bail ouvrant le droit à la contestation du loyer initial.

⁸⁹ LACHAT, p. 816, ch. 5.5.5.

125. Contrairement au transfert, la décision vise à constater, avec effet rétroactif, la libération du locataire et tranche ainsi le sort des loyers ouverts jusqu'à l'éventuelle relocation.
126. Si le bailleur agit en paiement, la question préalable que le juge sera amené à trancher est celle de savoir si le locataire a valablement restitué les locaux de manière anticipée et si le bailleur a respecté les incombances inscrites à l'art. 44 CO.
127. En tout état de cause, si aucun candidat de remplacement n'est proposé et que le bailleur a respecté son devoir de collaboration, le locataire sera tenu au paiement du loyer jusqu'à la prochaine échéance contractuelle. L'art. 44 CO n'instaure toutefois pas une inversion des rôles, ce que la jurisprudence a confirmé à de multiples reprises⁹⁰. La restitution anticipée implique ainsi une démarche active du locataire s'agissant de présenter au moins un candidat solvable et acceptable qui puisse maintenir le bailleur dans le rapport contractuel.
128. Quoiqu'il en soit, conformément à l'art. 264 al. 3 CO, le bailleur devra déduire les impenses épargnées, les profits retirés d'un autre usage de la chose, ou les profits auxquels il aurait renoncé⁹¹.

⁹⁰ Notamment TF du 20.09.2016, 4A_332/2016, cons. 3.2.4, TF du 29.09.1998, 4C.387/1997, cons. 2a, TF du 31.08.2005, 4C.171/2005, cons. 4.1, TF du 19.08.2002, 4C.118/2002, cons. 3.1, ATF 119 II 36, cons. 3c.

⁹¹ Pour un exemple de calcul, cf. CPra Bail-BISE/PLANAS, art. 264 CO N 110.

Bibliographie

AELLEN NICOLE, Die Übertragung der Miete auf einen Dritten, MRA 2015 p. 63 ss

ANSERMET JACQUES/JAQUES MARTINE/PEREIRA SANDRA, Le droit du bail en 400 questions [des plus simples aux plus pointues], 2^e éd., Chambre vaudoise immobilière, Lausanne 2021

BARBEY RICHARD, Le transfert du bail commercial, SJ 1992, p. 33 ss

BÄTTIG HANS, Die Vorzeitige Rückgabe der Mietsache – ausgewählte praktische Aspekte, MRA 2012, p. 121 ss et 177 ss

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

BOHNET FRANÇOIS/CONOD PHILIPPE, Droit du bail – Fond et procédure, 2^e éd., Neuchâtel/Bâle 2021

CHAIX FRANÇOIS, L'art. 264 CO : A la recherche du locataire de remplacement, SJ 1999 II 49

DOVAT FRÉDÉRIC, La restitution anticipée des habitations et des locaux commerciaux, *in* : Questions de droit, 118/2019, p. 3-6

HIGI PETER/BÜHLMANN ANTON/WILDISEN CHRISTOPH, Zürcher Kommentar, Das Obligationenrecht, Vorbemerkungen zum 8. Titel (art. 253-273c OR), Art. 253-265 OR, 5^e éd., Zurich 2019

HULLIGER URBAN/HEINRICH PETER, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Achter Titel : Die Miete, art. 253-274g CO, 3^e éd., Zurich 2016

JACQUEMOUD-ROSSARI LAURA, Le transfert du bail commercial, *in* : 8^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 1994

KLEY ANNA, Die vorzeitige Rückgabe der Mietsache – praktische Fragen, MP 2013 p. 257 ss

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

KOUMBARAKIS ZINON, Stolpersteine bei vorzeitiger Rückgabe der Mietsache, *in* : Plädoyer 4/2019, p. 47-53

LACHAT DAVID, La restitution anticipée de la chose louée (art. 264 CO) : Questions choisies, CdB 1998 129 ss (cité : LACHAT 1998)

LACHAT DAVID, Le bail des cafés et des restaurants, *in* : 18^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2014 (cité : LACHAT, Le bail des cafés et des restaurants)

LACHAT DAVID/GROBET THORENS KARIN/RUBLI XAVIER/STASTNY PIERRE, Le bail à loyer, Genève 2019 (cité : LACHAT/AUTEUR)

MINDER MATTHIAS, Die Übertragung des Mietvertrags bei Geschäftsräumen, thèse, Zurich 2010

MÜLLER CHRISTOPH, Contrats de droit suisse : présentation systématique des contrats les plus importants en pratique, Berne 2021

RONCORONI GIACOMO, Nochmals zur zwingenden oder dispositiven Natur der Mietrechtsbestimmungen des Obligationenrechts, MP 2006 p. 67 ss

SVIT (Schweizerischer Verband der Immobilien-Treuhänder, édit.), Das schweizerische Mietrecht : Kommentar, 4^e éd., Zurich 2018 (cité : SVIT-K/AUTEUR)

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

TERRAPON PASCAL, La restitution des locaux loués et l'offre d'un locataire de remplacement, *in* : 12^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2002 (cité : TERRAPON 2002)

TERRAPON PASCAL, Transfert du bail commercial et restitution anticipée de la chose, *in* : 17^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2012 (cité : TERRAPON 2012)

WETZEL THOMAS/MESEK KARIN, Die Vereinbarung zur Zahlung von Schlüsselgeld : Ein nichtiges Koppelungsgeschäft ?, MRA 1/2008, p. 1 ss

ZAHRADNIK PETER, Übertragung von Geschäftsmieten, Ausgewählte Fragen im Zusammenhang mit der Übertragung von Geschäftsmieten (Art. 263 OR), Mietrechtspraxis 1/2022, p. 7 ss

La gestion d'affaires sans mandat en droit du bail

par

David Lachat*

Avocat retraité, Genève

I. Introduction.....	169
II. La définition de la gestion d'affaires sans mandat ; ses différentes formes.....	170
III. La distinction entre la gestion d'affaires sans mandat et la représentation.....	173
IV. La gestion d'affaires altruiste.....	175
A. Conditions.....	175
B. Conséquences.....	182
C. Application de la gestion d'affaires altruiste au bail à loyer....	187
a) Conclusion du bail.....	187
b) Exécution de travaux ; consignation du loyer.....	188
c) Sous-location.....	192
d) Intervention de l'une des parties au bail au profit de l'autre.....	193
e) Bail commun.....	194
f) Résiliation du bail.....	196
g) Action en justice.....	197
h) Restitution des locaux.....	198

* L'auteur remercie le Professeur Blaise Carron, Me Pierre Stastny et Me Xavier Rubli, qui ont pris le soin de relire le texte et de lui prodiguer de précieux conseils.

V. La gestion d'affaires égoïste.....	200
A. Conditions	200
B. Conséquences.....	202
C. Application de la gestion d'affaires égoïste au bail à loyer	209
a) Travaux non autorisés dans les locaux loués	209
b) Sous-location non autorisée abusive	210
c) Transfert du bail ?	213
d) Utilisation des locaux contraire au bail.....	214
e) Aliénation d'objets inventoriés ou saisis.....	215
f) Erreur de l'expéditeur d'un paiement.....	216
g) Double location.....	217
h) Besoin propre du bailleur invoqué mensongèrement.....	218
i) Un tiers est concerné.....	219
VI. Compétence des juridictions de bail à loyer	220
VII. Conclusion	221
Bibliographie.....	222

I. Introduction

1. Permettez-nous de vous accompagner dans une promenade sur des sentiers peu connus, voire oubliés. Ils ne sont guère signalés dans les ouvrages consacrés à la location¹. Même les doctes traités sur la gestion d'affaires sans mandat² n'abordent guère ce sujet en relation avec le bail à loyer.

Les praticiens de la location ont pourtant intérêt à connaître ces voies oubliées. Elles permettent parfois d'agir **dans l'urgence**³ au profit d'une des parties au bail à loyer (gestion d'affaires altruiste ; ci-après IV, N 15 ss) ou **de récupérer des profits indûment réalisés, de mauvaise foi**, par un bailleur ou par un locataire (gestion d'affaires égoïste ; ci-après V, N 50 ss).

2. Notre contribution n'a pas la prétention d'entrer dans tous les détails de la gestion d'affaires sans mandat. En particulier nous sommes contraints à la modestie en abordant (ci-après N 20, 21, 62 et 63) le difficile sujet des rapports entre la gestion d'affaires sans mandat (art. 419-424 CO), la responsabilité contractuelle (art. 97 ss CO), la responsabilité délictuelle (art. 41 ss CO) et l'enrichissement illégitime (art. 62 ss CO). D'éminentes Professeures⁴ ont exploré la porosité des frontières entre ces

¹ A l'exception du cas de la sous-location non autorisée abusive (ci-après N 68-70).

² Amour conjugal oblige, citons d'abord CR CO I HERITIER LACHAT/CHAPPUIS. Mais aussi : CHAPPUIS, Thèse ; BK GAUTSCHI ; ZK SCHMID ; BsK OSER/WEBER ; Handkommentar JENNY/MAISSEN/HUGUENIN ; HOFSTETTER. Si l'on se réfère aux bibliographies figurant en tête de ces commentaires, on s'aperçoit que la gestion d'affaires sans mandat a occupé de nombreux auteurs surtout en Suisse allemande.

³ ATF 95 II 93, cons. II.2, JdT 1970 I 330 ; ATF 61 II 37, SJ 1935 369 ; CR CO I HERITIER LACHAT/CHAPPUIS, art. 422 CO N 3 ; ENGEL p. 570 ; HOFSTETTER p. 260-261 (l'urgence n'est pas une condition de la gestion d'affaires sans mandat, mais elle découle de celle de savoir si le gérant agit conformément aux intérêts présumables du maître ; ci-après N 18).

⁴ CHAPPUIS, Thèse, p. 95, 125 et 167 ss ; CR CO I HERITIER LACHAT/CHAPPUIS, art. 423 CO N 35, 36, 37-39, entre autres.

diverses sources d'obligations. Nous nous contenterons d'un résumé sommaire.

3. En revanche, nous insisterons pour les praticiens du bail à loyer sur les cas où dans un rapport de bail, voire en marge de celui-ci, la gestion d'affaires sans mandat peut trouver application, ou non (ci-après N 29-49 pour la gestion d'affaires altruiste et N 66-78 pour la gestion d'affaires égoïste).

II. La définition de la gestion d'affaires sans mandat ; ses différentes formes

4. Aux côtés du contrat, de l'acte illicite et de l'enrichissement illégitime, la gestion d'affaires sans mandat (*Geschäftsführung ohne Auftrag* ou *GoA* ; *gestioni d'affari senza mandato* ; abrégée en français GASM) est une **source particulière d'obligations**⁵. Elle devrait donc figurer dans la partie générale du Code des obligations, et non dans la liste des différents contrats de sa partie spéciale. C'est donc « par accident » qu'elle est régie par les articles 419-424 CO⁷.
5. Il y a gestion d'affaires lors qu'une personne (le gérant ; *der Geschäftsführer* ; *il gestore*) intervient dans la sphère juridique d'une autre (le maître ; *der Geschäftsherr* ; *il padrone*) sans autorisation de celui-ci, ni obligation à son égard⁸.

Dans notre sujet, le maître est l'une des parties au contrat de bail (le bailleur ou le locataire) ; le gérant peut être l'une de ces deux parties ou un tiers.

⁵ *Geschäftsbesorgung* en droit allemand : ZK SCHMID, Art. 419-424 OR N 4.

⁶ CR CO I HÉRITIER LACHAT/CHAPPUIS, art. 419-424 CO N 1 ; ZK SCHMID, Art. 422 OR N 15 ; SCHMID 2000, p. 209.

⁷ ENGEL, p. 567 ; CR CO I HÉRITIER LACHAT/CHAPPUIS, art. 419-424 CO N 1 et N 5a ; ZK SCHMID, Art. 419-424 OR, N 5 ; HOFSTETTER, p. 237.

⁸ TERCIER/BIERI/CARRON, N 5281 ; CR CO I HÉRITIER LACHAT/CHAPPUIS, art. 419-424 CO N 2 ; ENGEL, p. 568 ; HOFSTETTER, p. 235 (*er handelt eigenmächtig*).

Exemples : le bailleur paie une facture d'électricité du locataire absent, pour éviter que la fourniture de courant ne soit interrompue ; le père du locataire (un tiers) verse au bailleur le loyer dû par son fils absent pour éviter que son bail ne soit résilié⁹. Voir aussi N 38-40.

6. Pareille intervention d'un tiers ou du cocontractant dans la sphère du bailleur ou du locataire n'est en principe ni admise, ni obligatoire.

En effet, une fois le bail conclu, le bailleur ne peut plus pénétrer dans le logement ou le local loué¹⁰, sauf dans les cas expressément prévus par la loi (art. 257h al. 1 et 2 et 260 al. 2 CO), état de nécessité (art. 52 al. 3 CO) ou accord du locataire. Cet accord du locataire peut notamment résulter d'une clause du contrat de bail¹¹.

De même, le locataire n'a pas d'obligation générale de protéger la propriété du bailleur située en dehors des locaux loués et des parties communes¹². Si une inondation menace un appartement voisin, le locataire n'a juridiquement pas d'obligation d'intervenir.

7. L'intervention du gérant dans la sphère d'influence du maître peut être **désintéressée, altruiste**¹³ (*echte Geschäftsführung ohne Auftrag* ; *altruistische Fremdgegeschäftsführung*). Dans ce cas le gérant agit dans l'intérêt du maître.

Exemple : le locataire fait entreprendre dans l'urgence des travaux dans les locaux loués ; juridiquement ces travaux sont à

⁹ Sur le paiement de la dette d'autrui : ZK SCHMID, Art. 419 OR N 41 et réf. cit.
¹⁰ BsK WEBER, Art. 258 OR N 6a ; LACHAT, p. 57.

¹¹ B. LACHAT, p. 267, N 18, citant l'art. 39 des règles et usages locatifs du canton de Genève. De nombreux contrats préimprimés (conditions générales) autorisent le bailleur à pénétrer dans les locaux loués en cas d'urgence, pour prévenir un sinistre.

¹² BsK WEBER, Art. 257g OR N 2 ; CPra Bail AUBERT, art. 257g CO N 7 ; ZK HIGI/BÜHLMANN, Art. 257g OR N 21.

¹³ Ou bien « gestion d'affaires parfaite » ou « gestion d'affaires proprement dite ».

la charge du bailleur, mais ni celui-ci, ni son mandataire ne sont atteignables¹⁴ ; il s'agit d'éviter que le dommage du bailleur ne s'aggrave.

A l'exception de l'art. 423 CO, toutes les dispositions du titre quatorzième du CO (« de la gestion d'affaires ») traitent de la gestion d'affaires altruiste.

8. La gestion d'affaires peut aussi être **intéressée, égoïste**¹⁵ (*unechte Geschäftsführung ; egoistische Eigenschaftsführung ; Geschäftsanmassung*). Dans ce cas, le gérant agit dans son propre intérêt et de mauvaise foi.

Exemple : Le locataire sous-loue les locaux à un tiers, au prix fort, sans avoir requis, ni *a fortiori* obtenu l'accord du bailleur (ci-après N 68-70).

9. Il n'est pas toujours facile de déterminer si le gérant agit de manière désintéressée, dans l'intérêt présumé du maître, ou égoïstement dans son propre intérêt.

Exemple : avec l'accord du bailleur, une vieille dame sous-loue l'une des deux chambres libres de son appartement à une étudiante pour pouvoir subvenir à ses besoins. La vieille dame, qui n'a plus toute sa tête, quitte provisoirement son logement pour un long séjour en clinique. L'étudiante en profite pour occuper aussi la deuxième chambre libre. Le fait-elle pour prendre égoïstement ses aises ou généreusement en presumant que la vieille dame a intérêt à percevoir le loyer supplémentaire qu'elle se propose de lui payer ?

Dans ces hypothèses mixtes, il convient de rechercher **l'intention prépondérante du gérant**¹⁶ (ci-après N 14 et 42).

¹⁴ ATF 61 II 37, SJ 1935 369 ; TF du 20.07.2012, 4A_194/2012, cons. 2.5.

¹⁵ Ou « gestion d'affaires imparfaite » ou « gestion d'affaires improprement dite ».

¹⁶ ATF 112 II 450, cons. 5 ; ATF 61 II 37, SJ 1935 369 ; TF du 25.05.2004, 4C.326/2003, cons. 3.5 ; CR CO I HÉRITIER LACHAT/CHAPPUIS, art. 419 N 5 ; BsK OSER/WEBER, Art. 419 OR N 5a ; ZK SCHMID, Art. 419 OR N 16-18 ; TERCIER/BIERI/CARRON, N 5303. Voir aussi plus loin la note de bas de page N 21.

10. Nous aborderons séparément la gestion d'affaires altruiste (art. 419-422 et 424 CO ; ci-dessous N 15 ss) et la gestion d'affaires égoïste (art. 423 CO ; N 50 ss), leurs conséquences juridiques pour le gérant et pour le maître n'étant pas les mêmes.

Dans les sous-chapitres consacrés à l'une et à l'autre (ci-après IV et V), nous examinerons d'abord les conditions posées par les art. 419 ss CO et leurs conséquences pour le gérant et pour le maître, puis nous décrirons des cas d'application de la gestion d'affaires sans mandat dans le domaine du bail à loyer.

Quelques mots tout d'abord sur la distinction entre la gestion d'affaires sans mandat et la représentation (ci-après III)

III. La distinction entre la gestion d'affaires sans mandat et la représentation

11. **La gestion d'affaires sans mandat ne concerne que les rapports internes entre le gérant et le maître**¹⁷. Ses règles visent à déterminer ce que l'un, une fois son acte de gestion accompli, peut réclamer à l'autre, et inversement (ci-après N 22-28 et 53-65).

De son côté **la représentation (art. 32 ss CO) vise essentiellement à régir les rapports entre le représenté et le tiers**¹⁸. Il s'agit de se demander si le représenté est engagé vis-à-vis du tiers par les actes du représentant.

12. Quand le gérant (représentant) intervient au nom du maître (représenté) en vertu des règles sur la gestion d'affaires sans mandat, les rapports externes entre le maître et les tiers sont régis par les règles sur la représentation¹⁹.

¹⁷ ATF 83 III 121, cons. 3 ; Handkommentar JENNY/MAISSEN/HUGUENIN, Art. 419 OR N 7.

¹⁸ TF du 05.08.2015, 4A_351/2015, cons. 6.2 ; HÉRITIER LACHAT/CHAPPUIS, art. 419-424 CO N 13 ; BsK OSER/WEBER, Art. 419-424 OR N 14. Toutefois si la gestion d'affaires est ratifiée, l'art 424 CO peut avoir des effets à l'égard de tiers, équivalents à ceux découlant de la ratification de l'art. 38 CO : CR CO I HÉRITIER LACHAT/CHAPPUIS, art. 424 CO N 9 et réf. cit.

¹⁹ ATF 41 II 268, cons. 3 ; BsK OSER/WEBER, Art. 419-424 OR, N 6.

13. Il n'y a pas de gestion d'affaires altruiste au sens des art. 419 ss CO si le gérant agit au nom du maître en vertu d'un pouvoir de représentation, qu'il soit contractuel ou légal, exprès ou implicite (conféré par actes concluants) : ci-après N 20.

La solution est différente en cas de gestion d'affaires égoïste (art. 423 CO ; ci-après N 50 ss). Dans ce cas le gérant d'affaires qui agit au nom du maître peut être recherché par ce dernier, cumulativement, pour violation de ses pouvoirs de représentation et en restitution des profits illicites qu'il a réalisés (ci-après N 62a).

14. Un exemple permet d'illustrer la distinction entre la gestion d'affaires altruiste et la représentation :

Un bailleur exige de deux époux qu'ils concluent, en tant que colocataires, un bail à leurs deux noms. Peu avant de signer le bail, l'un des deux époux colocataires est hospitalisé ; il est incapable de signer le contrat et de donner une quelconque instruction à son conjoint.

Pour éviter que l'appartement ne soit attribué à un tiers, le colocataire valide signe le contrat pour son propre compte et informe le bailleur qu'il le signe également au nom de son époux hospitalisé. Dès qu'il aura quitté l'hôpital, celui-ci passera à la régie signer le contrat (ratification : art. 424 CO).

Si les colocataires sont mariés, le signataire du contrat ne dispose pas d'une autorisation légale d'engager son époux, la conclusion du contrat ne constituant pas un acte relatif à un besoin courant du ménage pour lequel chacun des époux peut valablement représenter l'union conjugale (art. 166 al. 1 CC)²⁰.

Dans ce cas, il y a donc gestion d'affaires altruiste de la part de l'époux vaillant au profit de son conjoint hospitalisé²¹.

²⁰ WESSNER 2000, p. 6 ; HASENBÖHLER, p. 231-232 ; LACHAT/RUBLI, p. 211.

²¹ Dans cet exemple, la gestion d'affaires est altruiste (elle profite au conjoint hospitalisé qui désirent le logement), mais aussi intéressée (le signataire ne veut

Autre serait la solution si l'époux hospitalisé avait signé des directives anticipées au profit de l'autre, lui avait laissé une procuration générale l'autorisant à l'engager ou avait manifesté par actes concluants son accord à ce que son époux l'engage. Dans ces hypothèses, les rapports entre les époux colocataires seraient régis par les règles sur la représentation.

Sur le plan externe, selon les règles sur la représentation, le bailleur sera lié au colocataire hospitalisé : l'époux valide (le gérant d'affaires) lui a fait savoir qu'il intervenait (aussi) au nom de son conjoint (le maître). L'époux valide sera donc le représentant de son conjoint empêché.

Si au moment de conclure le bail le conjoint signataire n'a pas précisé agir aussi au nom de l'autre, celui-ci ne devient partie au contrat que si le bailleur pouvait inférer des circonstances qu'il existait un rapport de représentation (art. 32 al. 2 CO).

Dans notre exemple, cela paraît une évidence, le bailleur ayant lui-même demandé que les deux époux concluent le contrat conjointement.

IV. La gestion d'affaires altruiste

A. Conditions

15. Pour qu'il y ait gestion d'affaires altruiste, il faut cumulativement :
 - Que le gérant gère les affaires d'autrui (ci-après N 16)
 - Qu'il ait conscience et volonté d'agir de la sorte (ci-après N 17)
 - Que la gestion soit commandée par l'intérêt du maître (ci-après N 18)

pas que l'appartement lui échappe). On peut raisonnablement penser que l'aspect altruiste l'emporte (ci-dessus N 9).

- Et que le gérant n'ait aucune obligation ou permission contractuelle ou légale d'agir au profit du maître (ci-après N 20).

Il incombe au gérant de prouver la réalisation de ces quatre conditions²².

16. **Gérer les affaires d'autrui consiste à agir²³**, c'est-à-dire à entreprendre des actions matérielles (éteindre un incendie) ou juridiques (payer une dette²⁴ ou entreprendre une action judiciaire²⁵) **dans la sphère d'influence d'autrui** (*fremdes Geschäft*).

La gestion d'affaires peut être le fait du gérant d'affaires lui-même ou de ses auxiliaires (art. 101 CO)²⁶. Par exemple : dans le but d'interrompre une inondation en cours, le commis de régie pénètre dans le logement du locataire, à son insu et en son absence, pour fermer le robinet de la baignoire laissé ouvert ; il cherche à interrompre une inondation en cours²⁷. Dans cet exemple, le maître est le locataire, le gérant d'affaires est la régie et son auxiliaire, le commis de régie.

²² ZK SCHMID, Art. 419 OR N 26.

²³ BsK OSER/WEBER, Art. 419-424 OR N 5-6 ; CR CO I HÉRITIER LACHAT/CHAPPUIS, art. 419 CO N 2 ; BK GAUTSCHI, Art. 419-424 OR N 4 b.

²⁴ ATF 72 III 6, cons. 2 ; ATF 86 II 18, cons.4.

²⁵ TF du 05.08.2015, 4A_351/2015, cons. 6.2 ; SJ 1966 577 (cas du gérant qui agit alors que son obligation contractuelle vis-à-vis du maître a pris fin) ; CR CO I HÉRITIER LACHAT/CHAPPUIS, art. 419 CO N 10 ; BsK OSER/WEBER, Art. 419 OR N 6 ; ZK SCHMID, Art. 419 OR N 44 a.

²⁶ CR CO I HÉRITIER LACHAT/CHAPPUIS, art. 419 CO N 2 ; ZK SCHMID, Art. 419 OR N 11 ; BK GAUTSCHI, Art. 419-424 OR N 5b.

²⁷ Dans notre exemple le commis de régie peut être :

- soit l'auxiliaire de la régie qui gère sans mandat les intérêts du locataire, si aucune clause du bail n'autorise la régie à pénétrer en cas d'urgence dans les locaux ;
- soit l'auxiliaire du mandataire contractuel du bailleur qu'est la régie, si le bail autorise ce dernier à pénétrer d'urgence dans les locaux loués pour les protéger d'un sinistre.

Une omission ou une abstention d'agir ne peut pas constituer un acte de gestion des affaires d'autrui²⁸. Exemple : le voisin qui ne réagit pas en constatant que le logement situé à côté du sien est squatté par un intrus.

17. Le gérant doit, dès le début de son intervention, **avoir la conscience et la volonté d'agir pour le compte d'autrui** (*Geschäftsführungswille ; animus alieni negotii gerendi*)²⁹.

Exemple : des parents louent en tant que locataires un appartement où ils logent leur fils majeur ; ce dernier intente en son propre nom une action en justice relative à cet appartement ; le tribunal n'a pas admis que le fils, en intentant l'action judiciaire, gérait les affaires de ses parents, car il n'est pas apparu qu'il avait la conscience et la volonté d'agir pour leur compte³⁰.

Peu importe si la personne du maître est déterminée ou seulement déterminable. Peu importe également si le gérant connaît ou non le maître³¹.

Par exemple, le quidam qui passe devant un logement en feu, commence à éteindre l'incendie et appelle les pompiers, est un gérant même s'il ne se demande pas s'il agit pour le compte du bailleur ou de l'éventuel locataire, ou des deux, ni même s'il les connaît.

18. Il n'y a gestion d'affaires altruiste que si **le gérant agit principalement conformément aux intérêts et aux intentions présumables du maître** (art. 419 CO). Le gérant doit vouloir

²⁸ CR CO I HÉRITIER LACHAT/CHAPPUIS, art. 419 CO N 2 ; BSK OSER/WEBER, Art. 419-424 OR N 5 ; ZK SCHMID, Art. 419 OR N 10 ; TERCIER/BIERI/CARRON, N 5311.

²⁹ ATF 99 II 131, cons. 2 ; ATF 75 II 225, cons. 3 ; TF du 05.08.2015, 4A_351/2015, cons. 6.2 ; BsK OSER/WEBER, Art. 419 OR N 15 ; CR CO HÉRITIER LACHAT/CHAPPUIS, art. 419 CO N 6 ; ZK SCHMID, Art. 419 OR N 21 ; HOFSTETTER, p. 259.

³⁰ TF du 05.08.2015, 4A_351/2015, cons. 6.2

³¹ BK GAUTSCHI, Art. 419-424 OR N 12b ; ZK SCHMID, Art. 419 OR N 23.

apporter de l'aide au maître³². La gestion d'affaires doit être commandée (*geboten*) principalement par l'intérêt du maître (art. 422 al. 1 CO)

Peu importe si en agissant le gérant entend faire **une donation** au maître, l'intention d'être dédommagé n'étant pas un élément constitutif de la gestion d'affaires³³⁻³⁴.

Ainsi le père du locataire qui paie le loyer de son fils absent pour éviter la résiliation anticipée de son bail (art. 257d al. 2 CO) gère ses affaires, même s'il n'entend pas lui demander le remboursement de la somme acquittée.

Les **actes de complaisance** de peu d'importance que le gérant accomplit pour rendre un petit service au maître (*unverbindliche Gefälligkeiten ; Gefälligkeitshandeln*)³⁵ ne sont en règle générale pas considérés comme de la gestion d'affaires pour autrui.

³² BsK OSER/WEBER, Art. 419 OR N 12-12a ; CR CO I HERITIER LACHAT/CHAPPUIS, art. 419 CO N 8 ; ENGEL, p. 570 et HOFSTETTER, p. 261 (l'immixtion dans les affaires du maître doit être indispensable ; il ne suffit pas qu'elle soit seulement utile ; réf. à ATF 95 II 93, cons. 1.5, Jdt 1970 I 330). Le prétendu gérant qui paie une dette du maître que celui-ci conteste n'agit pas dans son intérêt présumable : ATF 86 II 18, cons. 4.

³³ CR CO I HÉRITIER LACHAT/CHAPPUIS, art. 419 CO N 24, citant SJ 1907 673 ; BsK OSER/WEBER, Art. 419 OR N 10 ; ZK SCHMID, Art. 419 OR N 130. *Contra* : TERCIER/BIERI/CARRON, N 5316 : il n'y a pas de gestion d'affaires altruiste lorsque le gérant agit dans l'intention de faire une donation.

³⁴ *In* : ATF 55 II 262, le Tribunal fédéral avait à juger un parrain qui a hébergé sa filleule, l'a nourrie, logée et instruite. N'ayant rien réclamé pendant les premières années, il a été considéré qu'il avait agi *animo donandi*. Ultérieurement, ayant connu des difficultés financières, le parrain a été admis à réclamer des indemnités aux parents de la jeune fille, fondées sur la gestion d'affaires altruiste sans mandat. *In* : ATF 123 III 161, cons. 4c, le Tribunal fédéral a jugé que lorsqu'un tiers contribue volontairement à l'entretien d'un enfant, il libère à concurrence de ses prestations le père et la mère de leurs contributions d'entretien. Il n'est pas subrogé aux droits de l'enfant et ne peut pas faire valoir à l'encontre des parents des prétentions fondées sur l'art. 422 CO, s'il est intervenu à titre de libéralité.

³⁵ ATF 137 III 539, cons. 4, JdT 2013 II 274 (résumé) ; ATF 116 II 695, cons. 2b/bb, JdT1991 I 625 ; BsK OSER/WEBER, Art. 419 OR N 11 ; CR CO I HÉRITIER LACHAT/CHAPPUIS, art. 419 CO N 25 ; ZK SCHMID, Art. 419 OR N 132-136.

Exemple : le locataire a laissé un jeu de clés à son voisin ; pour lui être agréable, celui-ci ouvre la porte à une entreprise, sans que le locataire ne le lui ait demandé³⁶.

19. Il n'y a pas de véritable gestion d'affaires altruiste lorsque les conditions posées par l'art. 422 al. 1 CO (ci-dessus N 15) ne sont pas remplies ou lorsque le gérant agit contre la volonté clairement manifestée du maître (art. 420 al. 3 CO).

Dans ces hypothèses on parle de **gestion d'affaires altruiste irrégulière** (*unberechtigte Fremdgegeschäftsführung* ; cf. ci-après N 27) par opposition à la gestion d'affaires altruiste régulière (*Fremdgegeschäftsführung*)³⁷.

Exemple de gestion d'affaires altruiste irrégulière en droit du bail :

Dans une situation d'urgence (ci-après N 31), le locataire fait réparer un défaut affectant les locaux loués ; toutefois au lieu de faire remettre les lieux à l'identique, il fait poser une installation luxueuse, ne correspondant assurément pas aux intentions, ni aux intérêts présumables du bailleur. Dans ce cas le locataire ne pourra prétendre qu'au remboursement (ci-après N 24) des frais correspondants à une installation de mêmes valeur et qualité que l'ancienne ; il pourra aussi à la fin du bail enlever l'installation luxueuse (ci-après N 25), mais il devra la faire remplacer par une installation « normale ». S'il commet, lui ou ses auxiliaires, une faute lors des travaux, sa responsabilité sera aggravée en vertu de l'art. 420 al. 3 CO (ci-après N 27).

³⁶ Selon les circonstances, le Tribunal fédéral a admis par équité que dans pareilles hypothèses les règles de la gestion d'affaires sans mandat s'appliquent par analogie : CR CO I HERITIER LACHAT/CHAPPUIS, art. 219 CO N 25, arrêts cités à la note de bas de page 51, dont ATF 129 III 181, cons. 3-4, JdT 2003 I 236 (résumé). Sur la distinction entre le mandat gratuit et la gestion d'affaires altruiste : TERCIER/BIERI/CARRON, N 5299.

³⁷ CR CO I HÉRITIER LACHAT/CHAPPUIS, art. 419-424 CO N 4.

20. Il n'y a pas non plus de gestion d'affaires altruiste si le gérant agit en vertu d'un contrat qui le lie au maître ou s'il exécute au profit de ce dernier une obligation légale³⁸⁻³⁹.

Dès lors, chaque fois que se pose la question de l'éventuelle application des règles sur la gestion d'affaires altruiste, il faut *d'abord se demander si l'intervention du gérant ne résulte pas plutôt du contrat ou de la loi*.

Certes, le texte de l'art. 419 CO ne mentionne que l'hypothèse où le gérant agit « sans mandat ». Mais cette expression doit s'entendre très largement.

Outre l'hypothèse où le gérant est au bénéfice d'un mandat (art. 394 ss CO) ou d'une procuration (art. 32 ss CO) l'autorisant à agir pour le compte du maître, elle vise toutes les hypothèses où le gérant est légalement ou contractuellement obligé ou autorisé à intervenir dans sa sphère d'influence⁴⁰.

Par exemple ne commet pas un acte de gestion d'affaires le locataire qui informe son bailleur ou sa régie de l'existence d'un défaut affectant les locaux loués. Il ne fait qu'assumer l'obligation prévue par l'art. 257g al. 1 CO.

Le locataire qui répare un défaut de moyenne importance, dont le bailleur a eu connaissance et auquel il n'a pas remédié dans un délai convenable, doit réclamer le remboursement de ses frais en vertu de l'art. 259b lettre b CO, et non de l'art. 422 al. 1 CO (ci-après N 30).

³⁸ ATF 99 II 131, cons. 2, JdT 1974 I 130 ; ATF 75 II 226, cons. 3 ; BsK OSER/WEBER, Art. 419 OR N 8 ; TERCIER/BIERI/CARRON, N 5314 (absence de titre d'intervention).

³⁹ En revanche il peut y avoir gestion d'affaires sans mandat si le gérant agit en fonction d'un devoir moral : BsK OSER/WEBER, Art. 419 OR N 10 ; CR CO I HERITIER LACHAT/CHAPPUIS, art. 419 CO N 24.

⁴⁰ CR CO I HERITIER LACHAT/CHAPPUIS, art. 419 CO N 11 ; BsK OSER/WEBER, Art. 419 OR N 8 (*ohne Hadlungspflicht, ohne Rechtsgrund*) ; ENGEL, p. 570.

Le curateur du locataire⁴¹ qui intervient en sa faveur auprès du bailleur, même à l'insu de son pupille, doit se prévaloir des art. 390 ss CC, et non des art. 419 ss CO.

La gérance légale (instaurée en cas de faillite du bailleur ou de réalisation de gage) qui exige du locataire de lui verser les loyers, est habilitée à le faire en vertu des art. 16, 17 et 101 ORFI, et non d'une quelconque gestion d'affaires sans mandat au profit des créanciers du bailleur.

21. Evoquons enfin quatre cas de figure particuliers :

- Le gérant croit par erreur agir sur la base d'un contrat le liant au maître. Dans ce cas la doctrine admet l'application de la gestion d'affaires, contre l'avis du Tribunal fédéral⁴².
- Le gérant d'affaires agit sur la base d'un contrat qui s'avère nul *ex tunc*. Dans ce cas également, la doctrine admet l'application des art. 419 ss CO, à nouveau contre l'avis de notre Cour Suprême⁴³.
- Si le gérant dépasse clairement les pouvoirs que lui confère le contrat le liant au maître, les art. 419 ss CO sont applicables⁴⁴.

⁴¹ BK GAUTSCHI, Art. 419-424 OR N 2.

⁴² BsK OSER/WEBER, Art. 419-424 OR N 16 et 419 OR N 9 ; CR CO I HÉRITIER LACHAT/CHAPPUIS, art. 419 CO N 15 ; ZK SCHMID, Art. 419 OR N 69-70. *Contra* : ATF 99 II 131, cons. 2, JdT 1974 I 130 ; ATF 75 II 225, cons. 3. Dans ces derniers arrêts le Tribunal fédéral posait une condition subjective supplémentaire à la gestion d'affaires altruiste, à savoir que le gérant devrait avoir l'intention d'agir sans mandat. Pour la doctrine, le texte légal n'impose pas cette condition.

⁴³ BsK OSER/WEBER, Art. 419-424 OR N 16 et réf. cit ; CR CO I HÉRITIER LACHAT/CHAPPUIS, art. 419 CO N 16 ; ZK SCHMID, Art. 419 OR N 71-76.

⁴⁴ ATF 123 II 163 ; TF du 12.01.2000, 4C. 234/1999, cons. 6/aa ; ZK SCHMID, Art. 419 OR N 77-85 ; TERCIER/BIERI/CARRON, N 5298 ; BsK OSER/WEBER, Art. 419-424 OR, N 16 (réservent le cas où la loi applicable règle les conséquences du dépassement de pouvoirs) ; CR CO I HÉRITIER LACHAT/CHAPPUIS, art. 419 CO N 17 (*idem*).

- Enfin il peut y avoir gestion d'affaires quand le gérant et le maître ont été liés par un contrat qui a pris fin, et que le gérant intervient plus tard⁴⁵. Exemple : après l'état des lieux de sortie, le bailleur autorise le locataire à conserver quelques jours les clés pour effectuer des réparations à sa charge (art. 267 CO). Constatant que certains autres travaux, à charge du bailleur doivent également être faits, le locataire demande aux ouvriers sur place de les exécuter, considérant que le maître, inatteignable à bref délai, économisera de la sorte de l'argent.

B. Conséquences

22. Les conséquences juridiques de la gestion d'affaires altruiste régulière⁴⁶ dépendent de la volonté du maître. Si ce dernier ratifie la gestion, ce qui sera souvent le cas⁴⁷, les règles du mandat s'appliquent aux relations internes⁴⁸ entre le gérant et le maître (art. 424 CO renvoyant aux art. 394 ss CO).

L'application des règles du mandat ne doit toutefois pas conduire à une situation plus défavorable pour le gérant que lorsque les seuls art. 419 ss CO s'appliquent⁴⁹.

23. Lorsque le maître, qui n'en a nulle obligation, ne ratifie pas la gestion du gérant, un **rapport d'obligation légale** (*gesetzliches*

⁴⁵ CJ GE, SJ 1966, p. 577, cons. 3f ; BK GAUTSCHI, art. 419-424 OR N 26c.

⁴⁶ Pour la gestion d'affaires altruiste irrégulière : ci-après N 27.

⁴⁷ Parce que la gestion altruiste est effectuée dans l'intérêt présumé du maître (ci-dessus N 18) et, si elle est régulière, elle ne contrevient pas à ses instructions.

⁴⁸ Pour les rapports externes, ce sont les règles de la représentation qui s'appliquent : ci-dessus N 12.

⁴⁹ CR CO I HERITIER LACHAT/CHAPPUIS, art. 424 CO N 5 : l'art. 422, al. 1 *in fine* CO exclut l'application de l'art. 402 al. 2 CO ; l'atténuation de la responsabilité de l'art. 421 al. 2 CO subsiste, malgré l'application des règles du mandat.

Schuldverhältnis)⁵⁰, un quasi-contrat (*Quasi Auftrag*)⁵¹ naît entre ces parties et règle leurs obligations internes⁵² : (i) le gérant d'affaires peut prétendre au remboursement de ses impenses ; il doit être libéré des obligations conclues dans le cadre de la gestion d'affaires ; le maître doit réparer le dommage subi par le gérant (ci-après N 24) ; (ii) de son côté le gérant répond de la faute éventuelle commise dans la gestion d'affaires et peut devoir des dommages-intérêts au maître (ci-après N 26).

24. En pratique, fréquente est la question de savoir si le gérant d'affaires sans mandat peut prétendre à **être dédommagé par le maître pour les frais qu'il a exposés**⁵³ (*Verwendungsanspruch*).

L'art. 422 al. 1 CO le prévoit expressément : lorsque les conditions de la gestion altruiste régulière sont réunies, le gérant peut prétendre au remboursement de ses impenses utiles et nécessaires, en principal et intérêts⁵⁴.

Ne sont pas utiles les installations luxueuses faites par le gérant d'affaires sans mandat, qui ne correspondent pas objectivement aux intérêts du maître⁵⁵.

Le maître doit aussi décharger le gérant des engagements pris envers un tiers⁵⁶ (*Befreiungsanspruch*).

⁵⁰ BsK OSER/WEBER, Art. 419-424 OR N 1 ; CR CO I HÉRITIER LACHAT/CHAPPUIS, art. 422 CO N 7 ; ZK SCHMID, Art. 422 OR N 33 (*besonderes Schuldverhältnis*) ; HOFSTETTER, p. 236 (*quasivertragliches Schuldverhältnis*)

⁵¹ ATF 112 II 450, cons. 1a (*pseudo-contrat*) ; BsK OSER/WEBER, Art. 419-424 OR N 2a. Ce rapport quasi contractuel naît *ipso facto*, hors la volonté des parties : ZK SCHMID, Art. 422 CO N 34-35 ; CR CO I HÉRITIER LACHAT/CHAPPUIS, art. 422 CO N 7.

⁵² ATF 83 III 121, cons. 3 ; CR CO I HÉRITIER LACHAT/CHAPPUIS, art. 422 CO N 7.

⁵³ Sauf si le gérant a agi avec la volonté de faire une donation au maître (cf. ci-dessus N 18).

⁵⁴ CR CO I HÉRITIER LACHAT/CHAPPUIS, art. 422 CO N 11 ; BsK OSER/WEBER, Art. 422 OR N 6.

⁵⁵ ATF 97 II 259, cons. 2 ; ATF 83 II 533, cons. 2 : Handkommentar JENNY/MAISSEN/HUGUENIN, Art. 422 OR N 4.

⁵⁶ Sur la faible portée pratique de la norme : BsK OSER/WEBER, Art. 422 OR N 8.

Par exemple, le maître doit reprendre la dette (art. 175 et 176 CO) du gérant envers l'entreprise qu'il a dû mandater pour réparer les locaux, ou payer l'avocat que le gérant d'affaires a chargé de défendre les intérêts du maître.

Enfin, **s'il a subi un dommage lors de l'exécution de la gestion d'affaires**, le gérant peut demander au maître de réparer son préjudice, s'il est survenu indépendamment de toute faute de sa part, et le juge fixera librement l'indemnité due⁵⁷ (*Schadenersatzanspruch*). Le montant de la réparation sera fixé en fonction de toutes les circonstances du cas, du risque évité, de la valeur des biens menacés, de la situation pécuniaire des intéressés et d'une faute éventuelle (légère) du gérant⁵⁸.

Exemple : en voulant éteindre l'incendie qui dévorait l'immeuble du maître, le gérant subit des brûlures ; ses habits sont endommagés par le feu.

Le gérant peut-il prétendre à une **rémunération pour son activité** ? La loi ne le prévoit pas. La doctrine cependant l'admet⁵⁹ lorsque l'activité du gérant est usuellement rémunérée. Tel serait le cas lorsque le régisseur entreprend une tâche au profit du locataire, qui n'est pas couverte par les honoraires de gérance à la charge du bailleur.

25. Le gérant d'affaires altruiste qui incorpore à ses frais dans l'immeuble du maître des installations dispose aussi selon les

⁵⁷ BsK OSER/WEBER, Art. 422 OR N 11 ; CR CO I HÉRITIER LACHAT/CHAPPUIS, art. 422 CO N 13 ; ZK SCHMID, Art. 422 OR N 55.

⁵⁸ CR CO I HÉRITIER LACHAT/CHAPPUIS, art. 422 CO N 13 et réf. cit.

⁵⁹ ZK SCHMID, Art. 422 OR N 67-70 ; BsK OSER/WEBER, Art. 422 OR N 9 ; CR CO I HÉRITIER LACHAT/CHAPPUIS, art. 422 CO N 17-18 (même si la gestion n'a pas produit le résultat voulu) ; ENGEL, p. 572. Dubitatifs : Handkommentar JENNY/MAISSEN/HUGUENIN, Art. 422 OR N 7.

circonstances⁶⁰ du droit de les enlever⁶¹ (art. 422 al. 3 CO ; **droit d'enlèvement** ; *Wegnahmerecht* ; *Verfügungsrecht* ; *jus tollendi*), si le bailleur ne lui a consenti aucune indemnité pour ses impenses⁶²⁻⁶³.

Si le gérant d'affaires est le locataire, ce droit d'enlèvement de nature réelle se confond avec celui que la jurisprudence⁶⁴ et la doctrine⁶⁵ lui reconnaissent s'il ne peut pas prétendre être indemnisé pour ses impenses.

Dans une telle situation, il faut d'abord se demander si le locataire gérant peut prétendre au remboursement de ses impenses, soit en vertu de l'art. 422 al. 1 CO, soit en vertu de l'art. 260a al. 3 CO. Ce n'est qu'en cas de réponse négative que le gérant peut procéder à l'enlèvement de ses installations.

26. Lorsque la gérance d'affaires altruiste régulière est admise (ci-dessus N 15 ss), **le gérant répond de sa négligence ou de son**

⁶⁰ TF du 11.02.2021, 4A_305/2020, cons. 5.4 et commentaire GANDROY *in* : Newsletter Bail.ch avril 2021. L'arrêt concerne des locataires qui, prévoyant d'acheter un logement, en ont pris possession et y ont fait d'importants travaux. Le propriétaire est tombé en faillite avant que la vente ne soit inscrite au registre foncier. Ultérieurement le bail a été résilié et les locataires ont demandé des indemnités pour les travaux effectués ; ils se sont également prévalus de leur droit d'enlèvement.

⁶¹ Encore lui faudra-t-il remettre les lieux en état après l'enlèvement des installations : CPra Bail AUBERT, art. 260a CO N 25. Donc avant d'y procéder le gérant aurait avantage à trouver un accord avec le maître.

⁶² Ce *jus tollendi* peut concerner des installations luxueuses qui ne sont pas utiles au maître (ci-dessus N 24 : Handkommentar JENNY/MAISSEN/HUGUENIN, Art. 422 OR N 8).

⁶³ Sur le plan des droits réels, les installations incorporées par le gérant dans l'immeuble du maître en deviennent partie intégrante. Le maître devient donc propriétaire de ces installations : art. 642 al. 1 CC. En contrepartie, le maître peut être tenu soit de payer une indemnité, soit de tolérer l'enlèvement des parties intégrantes par le gérant qui en était précédemment propriétaire : CR CC II FoEX, art. 642 CC N 24 ; ZK SCHMID, Art. 422 OR N 77-79.

⁶⁴ TF du 11.02.2021, 4A_305/2020, cons. 5.4 ; TF du 02.09.2009, 4A_211/2009, cons. 3.3 ; TF du 09.01.2006, 4C.345/2005, cons. 1.1.

⁶⁵ BIBER, MP 2015 N 77, p. 102 ss ; CPra Bail AUBERT, art. 260a CO N 25 ; CARRON, p. 141, N 180.

imprudence et peut devoir des dommages-intérêts au maître (art. 420 al. 1 CO)⁶⁶. Cette responsabilité peut être atténuée⁶⁷, voire supprimée⁶⁸ (art. 420 al. 2 CO ; *lex specialis* par rapport à l'art. 99 al. 2 CO)⁶⁹, lorsque le gérant a agi pour prévenir un dommage dont le maître était menacé.

Les dommages-intérêts éventuellement dus par le gérant présupposent une causalité adéquate⁷⁰ entre sa faute et le dommage subi par le maître.

27. Cette responsabilité du gérant est aggravée (art. 420 al. 3 CO) en cas de gestion d'affaires altruiste irrégulière (ci-dessus N 18). Dans ce cas, le gérant répond aussi des cas fortuits, sauf s'il démontre qu'ils se seraient produits sans son immixtion⁷¹⁻⁷².
28. Les prétentions du gérant vis-à-vis du maître (ci-dessus N 24) et celles du maître envers le gérant (ci-dessus N 26) se **prescrivent par 10 ans** (art. 127 CO)⁷³. Demeurent réservés les cas où le

⁶⁶ La faute du gérant est présumée : BsK OSER/WEBER, Art. 420 OR N 3 ; CR CO I HÉRITIER LACHAT/CHAPPUIS, art. 420 CO N 3 ; ZK SCHMID, Art. 420 OR N 11 ; TERCIER/BIERI/CARRON, N 5350.

⁶⁷ Nous n'abordons pas l'hypothèse, rare en pratique, où le gérant est incapable de discernement et où l'art. 421 CO limite sa responsabilité à son enrichissement illégitime (al. 1) ou en cas d'acte illicite (al. 2).

⁶⁸ CR CO I HÉRITIER LACHAT/CHAPPUIS, art. 420 CO N 8-9 ; ZK SCHMID, Art. 420 OR N 31.

⁶⁹ CR CO I HÉRITIER LACHAT/CHAPPUIS, art. 420 CO N 10 ; ZK SCHMID, Art. 420 OR N 22. *Contra* : BsK OSER/WEBER, Art. 420 OR N 6.

⁷⁰ CR CO I HÉRITIER LACHAT/CHAPPUIS, art. 420 CO N 2, alors que pour l'application de l'art. 420 al. 3 une causalité naturelle suffit (*ibidem* N 14).

⁷¹ *Zufallshaftung* : BsK OSER/WEBER, Art. 420 OR N 7.

⁷² Demeure réservée, selon le texte de l'art. 420 al. 3 CO, l'hypothèse où le maître a manifesté son interdiction de manière contraire à la loi ou aux mœurs.

⁷³ ATF 55 II 262 ; TF, SJ 1971 97, cons. 1c ; BsK OSER/WEBER, Art. 422 OR N 16 ; ENGEL, p. 572 ; ZK SCHMID, Art. 420 OR N 20 et Art. 422 OR N 83 Handkommentar JENNY/MAISSEN/HUGUENIN, Art. 419 OR N 23 et Art. 422 OR N 9 ; HOFSTETTER, p. 253.

gérant a effectué une prestation pour laquelle la loi prévoit une prescription plus courte⁷⁴.

Par exemple, le gérant d'affaires altruiste qui paie, mois après mois, du loyer pour le compte du locataire ne peut le lui réclamer que dans les cinq ans suivants (art. 128, chiffre 1 CO). Encore faudrait-il que ce gérant demande aussi le remboursement de ce loyer mois après mois au locataire ; s'il lui réclame en une fois tous les loyers avancés, on ne saurait parler de prestation périodique au sens de l'art. 128, chiffre 1 CO et la prescription sera de dix ans.

C. Application de la gestion d'affaires altruiste au bail à loyer

a) Conclusion du bail⁷⁵

29. Un étudiant majeur a conclu un bail à son nom, mais n'a pas accompli toutes les formalités d'usage avant de partir en voyage. Sans que cela n'ait été convenu avec lui, son père ou un ami dépose pour lui en banque les sûretés prévues par le contrat⁷⁶. En intervenant auprès de la banque, le tiers indiquera qu'il constitue la garantie au nom et pour le compte du locataire. Ultérieurement l'ami pourra demander au locataire de lui rembourser le montant. Si c'est le père qui a avancé le montant de la garantie, il faudra se demander s'il n'a pas agi *animo donandi* (ci-dessus N 18 ; pour autant que l'on épouse l'avis des auteurs qui admettent la gestion d'affaires quand le gérant agit *animo donandi*).

⁷⁴ CR CO I HÉRITIER LACHAT/CHAPPUIS, art. 422 CO N 20 ; ZK SCHMID, Art. 420 OR N 20 et Art. 422 OR N 84-85 ; Handkommentar JENNY/MAISSEN/HUGUENIN, Art. 419 OR N 23 et Art. 422 OR N 9.

⁷⁵ Autre exemple : ci-dessus N 14.

⁷⁶ Ou bien paie pour son compte le premier loyer, voire les loyers ultérieurs pour que le bail ne soit pas résilié (art. 257d al. 2 CO). Pour la garantie de loyer, il n'est pas certain que la banque, souvent formaliste, accepte cette intervention d'un tiers

b) Exécution de travaux ; consignation du loyer

30. Selon les règles du droit du bail, *le locataire* doit ou peut exécuter des *réparations* (élimination des défauts) dans le logement ou le local commercial loué dans les hypothèses suivantes :
- Il a conclu un accord avec le bailleur l'autorisant à faire exécuter les travaux, quels qu'ils soient. Cet accord, écrit de préférence, devrait indiquer laquelle des parties au contrat mandatera les entreprises et assumera le coût de ces travaux. Dans cette hypothèse, il n'y pas de place pour la gestion d'affaires, le locataire pouvant se prévaloir d'un mandat de la part du bailleur.
 - Le locataire exécute en cours de bail ou à la fin de celui-ci de travaux visant à remédier à de menus défauts (art. 259 CO) ou à réparer des dégâts dont le locataire, ses proches ou ses auxiliaires sont responsables (art. 267 al. 1 CO). Tenu à assumer ces travaux, le locataire peut sans autre les faire exécuter, sans devoir se prévaloir des art. 419 ss CO sur la gestion d'affaires.
 - La chose louée comporte un défaut de moyenne importance. Le bailleur ou son auxiliaire en est informé et ne fait pas procéder aux réparations nécessaires dans un délai raisonnable. Dans ce cas le locataire peut faire exécuter les travaux, puis en faire supporter le coût par le bailleur (art. 259b lettre b CO ; *Ersatzvornahme*). Cette norme consacre à nos yeux une forme particulière (*lex specialis*) de gestion d'affaires altruiste et le locataire n'a pas à se prévaloir des art. 419 ss CO.
 - La chose louée est affectée d'un défaut grave⁷⁷, qu'il faut réparer. Si le bailleur, dûment informé, n'y remédie pas dans un délai raisonnable, le locataire n'est pas habilité en règle

⁷⁷ Pour BsK WEBER, Art. 259b OR N 10 l'appel au juge s'impose non pas seulement en fonction de la gravité du défaut, mais du coût des réparations. *Idem.* SVIT TSCHUDI, Art. 259b OR N 51-53.

générale à exécuter les travaux de son propre chef. Il doit demander au juge d'ordonner la réparation et, en cas de carence du bailleur, de l'autoriser à faire exécuter les travaux aux frais de ce dernier (art. 98⁷⁸ et 259b, lettre b CO *a contrario*).

31. Les règles de droit du bail (ou du mandat) précitées (N 30) ne laissent de place pour l'application des règles de la gestion d'affaires altruiste que lorsque la **réparation est urgente et nécessite une intervention immédiate**⁷⁹. Le locataire n'a pas le temps de demander au bailleur d'effectuer les travaux. Il n'a pas non plus le temps de solliciter du juge, même par le biais de mesures superprovisionnelles, l'autorisation de les faire exécuter, car la chose louée risquerait de se dégrader davantage (incendie, inondation, fuite de gaz).

Il en va de même lorsque le bailleur et son gérant sont inatteignables et que les réparations ne peuvent pas attendre.

Ou bien lorsqu'ayant commencé à exécuter des réparations de moyenne importance (art. 259b lettre b CO), le locataire réalise qu'en réalité il s'agit de réparer un défaut grave⁸⁰. Le bailleur n'est pas joignable ou se refuse à prendre les travaux en charge et il serait dangereux de les interrompre pour en appeler au juge.

Dans ces cas d'urgence, les travaux que le locataire fera effectuer se résumeront parfois à faire cesser le sinistre et à protéger les locaux, par exemple à les bâcher pour que la pluie n'y pénètre pas. Puis, le locataire informera le bailleur de son intervention (art. 257g al. 1 CO). Logiquement, le bailleur assumera la fin des travaux et ratifiera ceux que le locataire a effectués (art. 424 CO), si ce dernier n'est pas responsable du sinistre (art. 257f al. 1 CO).

⁷⁸ HOFSTETTER, p. 257 : le locataire qui se prévaut de l'art. 98 CO ne gère pas les affaires du bailleur.

⁷⁹ ATF 61 II 37 ; TF du 20.07.2012, 4A_194/2012, cons. 2.5 ; CPra Bail AUBERT, art. 260a CO N 7 ; ZK HIGI/WILDISEN, art. 260a CO N 12 ; SVIT TSCHUDI, Art. 259b OR N 43 ; BsK WEBER art. 259b CO N 12 ; ZÜST, p. 158 N 278 et réf. cit. ; HOFSTETTER, p. 257.

⁸⁰ Ou de travaux plus coûteux qu'initialement imaginés, selon la note de bas de page N 78 ci-dessus.

Dans ce cas, la gestion d'affaires est altruiste, le locataire prenant les mesures nécessaires pour éviter au bailleur de subir un plus grand préjudice. Le locataire, gérant d'affaires, pourra prétendre au remboursement de frais, plus intérêts à 5% (art. 73 CO) et se faire indemniser de son éventuel dommage (habits brûlés par le feu, par exemple ; art. 422 al. 1 CO). En pratique c'est souvent l'assurance de l'immeuble, contractée par le bailleur, qui interviendra.

Cela vaut également si le locataire n'est pas parvenu à circonscrire le sinistre, malgré tous ses efforts (art. 422 al. 2 CO).

Si dans ces circonstances le locataire cause un préjudice au bailleur, sa responsabilité doit être appréciée avec moins de rigueur, parce qu'il est intervenu pour prévenir un dommage dont le bailleur était menacé (art. 420 al. 2 CO). Par exemple, nous semble-t-il, il ne viendrait pas à l'idée de l'assurance du bailleur de réclamer des indemnités au locataire parce qu'en tentant d'éteindre un incendie, il a utilisé trop d'eau et que celle-ci a endommagé les locaux au-delà de ce qui était nécessaire pour circonscrire le feu.

32. Si un sinistre se produit et qu'il y a lieu d'intervenir d'urgence, le gérant d'affaires altruiste peut être *un tiers* (un parent ou un ami de l'une des parties au contrat de bail, un passant ou une administration publique). Par exemple, agit sur la base des art. 419 ss CO la personne qui place dans un garde-meubles les effets d'un locataire dont la maison s'est effondrée⁸¹. Dans ce cas, le gérant d'affaires n'a nul besoin de savoir (ci-dessus N 17) s'il intervient dans la sphère du locataire (responsable du sinistre) ou du bailleur (tenu aux réparations en l'absence de responsabilité du locataire). Ce tiers pourra ultérieurement émettre des prétentions (ci-dessus N 24) à l'égard du maître, qui les fera assumer par son assurance.
33. Un tiers peut aussi, en gérant sans mandat les affaires du locataire, **consigner le loyer dû**, en cas de défaut de la chose louée (art. 259g-259i CO). Il peut ainsi payer le loyer du maître (le

⁸¹ Zivilgericht BS, BJM 1969, p. 287.

locataire), c'est-à-dire le verser à l'office de consignation, après avoir effectué les formalités requises dans cette hypothèse (avis de défaut et menace de consignation ; annonce de la consignation) pour éviter que le bail ne soit résilié⁸².

34. Selon le droit du bail, le *bailleur* est tenu de réparer à ses frais les défauts de moyenne importance et les défauts graves qui affectent les locaux loués, si le locataire (ou ses auxiliaires) n'en est pas responsable.

A cette fin, le locataire doit laisser le bailleur ou ses entreprises accéder aux locaux (art. 257h, al. 1 CO).

Si le locataire est absent et inatteignable, et que la réparation est urgente, le bailleur peut se prévaloir de la gestion d'affaires altruiste (ou de l'état de nécessité : art. 52 al. 2 CO) pour pénétrer dans les locaux sans prévenir le locataire et y faire procéder aux travaux. Mais souvent les baux contiennent une clause autorisant le bailleur à pénétrer en pareille circonstance dans les locaux loués⁸³, et le recours aux art. 419 ss CO ou 52 al. 2 CO sera superflu.

35. Selon l'art. 260 CO, le bailleur n'a le droit de rénover ou de modifier la chose louée que si les travaux peuvent raisonnablement être imposés au locataire et que le bail n'a pas été résilié.

Il nous paraît difficile d'imaginer des cas où des rénovations ou des modifications des locaux présentent (comme certaines réparations ; ci-dessus N 31) un degré d'urgence suffisant, qui pourrait justifier que le bailleur se prévale de la gestion d'affaires sans mandat pour exécuter les travaux sans l'accord du locataire ou du juge. Par définition, la rénovation ou la modification des locaux concerne des travaux planifiés et entrepris sur le long

⁸² Sur la consignation dans la gestion d'affaires : ZK SCHMID, Art. 419 OR N 42.
⁸³ Voir note de bas de page 11 ci-dessus.

terme⁸⁴. Même si le locataire a disparu⁸⁵, le juge pourra toujours être saisi, fût-ce par le biais de mesures provisionnelles⁸⁶.

c) Sous-location

36. En cas de sous-location autorisée, les règles de la gestion d'affaires altruiste permettent parfois au sous-locataire d'intervenir directement dans la sphère d'influence du bailleur principal, alors qu'il n'existe pas de relations contractuelles entre eux, sauf exception⁸⁷.

Par exemple :

- Le sous-locataire qui apprend que son sous-bailleur (le locataire principal) ne s'acquitte pas de son loyer peut gérer ses affaires en s'en acquittant en mains du bailleur principal. Ce faisant, il évitera que le bail principal soit résilié (art. 257d al. 2 CO) et que par conséquent le bail de sous location prenne fin⁸⁸.

Le sous-locataire pourra récupérer le loyer ainsi versé au bailleur principal en le compensant avec celui dû au locataire.

⁸⁴ Parce qu'aussi bien la rénovation que la modification des locaux modifient leur structure. Elles impliquent une planification et souvent une autorisation de construire. Sur la définition de la rénovation et de la modification des locaux au sens de l'art. 260 CO : LACHAT/RUBLI, p. 348 ; CPra Bail AUBERT, art. 260 CO N 7-12.

⁸⁵ Dans ce cas pour que la gestion d'affaires puisse être qualifiée d'altruiste, encore faudrait-il que le bailleur puisse à bon droit présumer que le locataire disparu aurait consenti aux travaux de rénovation ou de modification des locaux (ci-dessus N 18).

⁸⁶ CPra Bail AUBERT, art. 260 CO N 51-52 ; LACHAT/RUBLI, p. 357 et réf. cit. à la note de bas de page 58.

⁸⁷ LACHAT/GROBET THORENS, p. 743-745 ; CPra Bail BISE/PLANAS, art. 262 CO N 82-88.

⁸⁸ Même s'il n'a pas été résilié, le bail de sous-location ne peut pas perdurer au-delà du bail principal : TF du 10.10.2012, 4A_454/2012, cons. 2.4 et réf. cit. ; ZK HIGI/WILDISEN, Art. 273b OR N 20-21.

- En signalant directement au bailleur principal un défaut affectant les locaux sous-loués (art. 257g, al. 1 CO) et en lui demandant de le réparer, le sous-locataire gère de manière altruiste les affaires du locataire (sous-bailleur) défaillant.

En cas de sous-location non autorisée : voir N 68-70.

37. Le bailleur principal qui constate que le sous-locataire endommage la chose louée ou ne l'utilise pas conformément au contrat principal n'a pas à se prévaloir des règles sur la gestion d'affaires pour intervenir directement contre lui. L'art. 262 al. 3, 2^e phrase CO l'y autorise.

Sur cette base, le bailleur principal peut aussi requérir l'évacuation d'un sous-locataire à la fin de son bail (ou du bail principal), s'il continue à occuper sans droit les lieux⁸⁹.

d) Intervention de l'une des parties au bail au profit de l'autre

38. Le bail d'une villa louée oblige le locataire à contrôler régulièrement la jauge de la citerne, à commander et à payer le mazout. Si le bailleur s'aperçoit en plein hiver que le locataire, qui est parti en voyage, a négligé cette obligation et que le chauffage risque de tomber en panne, il gère les affaires du locataire sans mandat, s'il commande du combustible. Il pourra se faire rembourser par le locataire les montants payés à ce titre.
39. De même, dans un immeuble locatif, il incombe à la régie de veiller au bon fonctionnement du chauffage. Si elle faillit à cette obligation, les locataires peuvent en hiver, après un ou deux rappels vains, agir à sa place en vue de maintenir une température suffisante dans l'immeuble. Ce faisant ils gèrent de manière altruiste les intérêts du bailleur.
40. Plus généralement, la gestion d'affaires sans mandat permet à l'une des parties au bail de payer à un tiers une facture qui

⁸⁹ ATF 120 II 112, cons. 3b/cc/ddd, JdT 1995 I 202 ; BsK WEBER, Art. 267 OR N 1 ; SVIT F. ROHRER, Art. 262 OR N 48 ; CPra Bail BISE/PLANAS, art. 262 CO N 82 ; ZK HIGI/WILDISEN, Art. 262 OR N 27.

incombe à l'autre⁹⁰, pour autant qu'elle ne soit ni contestée, ni prescrite⁹¹ et que son paiement épargne des désagréments au maître (saisie ; faillite ; résiliation du bail ; peine conventionnelle, etc.)⁹². La partie qui s'en acquitte doit rapidement en informer l'autre. Pour se faire rembourser, le locataire pourra exciper de compensation avec le loyer courant. Le bailleur devra, lui, invoquer l'art. 422 al. 1 CO (ci-dessus N 24).

e) Bail commun

41. Dans le cas d'un *bail commun* (cobailleurs ou colocataires) ou d'une hoirie partie au bail, les cotitulaires du contrat ne peuvent en règle générale valablement agir que conjointement⁹³.

Parfois cependant l'un des cocontractants est inatteignable ou a disparu. Ainsi lorsqu'une hoirie devient locataire à la place d'un défunt parent (art. 560 CC), que l'un des hoirs est introuvable et qu'il y urgence à intervenir, notamment parce qu'il s'agit de respecter le délai très court de résiliation du bail (art. 266i CO)⁹⁴,

⁹⁰ Si la gestion d'affaires est commandée par l'intérêt du maître : ATF 86 II 18, cons. 4 (prétendu gérant qui paie une dette du maître que ce dernier conteste) ; CR CO I HERITIER LACHAT/CHAPPUIS, art. 419 CO N 7 ; BsK OSER/WEBER, Art. 419 OR N 12a.

⁹¹ ZK SCHMID, Art. 419 OR N 41.

⁹² HOFSTETTER, p. 262.

⁹³ Ce qui est le cas notamment :

- Quand *des cobailleurs* notifient un avis comminatoire (art. 257d al. 1 CO), une majoration du loyer, une autre modification unilatérale du contrat, une résiliation de bail, acceptent une sous-location ou un transfert de bail.
- Quand *des colocataires* font valoir les droits en cas de défaut de la chose louée (selon la doctrine majoritaire), sollicitent une baisse de loyer (art. 270a CO), une autorisation de sous-location ou de transfert de bail, restituent de manière anticipée la chose louée (art. 264 CO), veulent résilier le bail, agir en annulation du congé ou en prolongation de bail, ou restituer les locaux à la fin du contrat.

⁹⁴ Même si dans cette hypothèse la pratique ou le bail octroie aux héritiers du défunt un délai de réflexion : LACHAT, p. 938 et réf. cit. aux notes de bas de page 45 et 46.

la pratique admet que les hoirs présents se prévalent de la gestion d'affaires sans mandat et agissent pour le compte de l'absent, sans avoir pu recueillir préalablement son consentement.

Même si la jurisprudence ne le précise pas expressément, dans cette hypothèse les cotitulaires du contrat peuvent se prévaloir des règles de la gestion d'affaires altruiste au profit de l'absent⁹⁵.

Dans ces circonstances, les cotitulaires du contrat peuvent-ils raisonnablement estimer agir dans l'intérêt de l'absent et selon ses intentions présumables (art. 419 CO ; ci-dessus N 18) ?

Sans hésitation nous répondons affirmativement lorsque les hoirs entendent résilier le bail (art. 266*i* CO) de l'appartement de leur défunt parent, alors qu'aucun d'entre eux, y compris l'absent, ne s'y est jamais intéressé.

Il en va de même, de notre point de vue, lorsqu'en l'absence de l'un d'eux, les hoirs du défunt entendent demander des travaux ou se prévaloir d'autres droits en cas de défaut de la chose louée, ou solliciter une diminution du loyer (art. 270*a* CO).

Dans ces hypothèses, les hoirs présents doivent préciser qu'ils interviennent en gérant sans mandat les affaires de l'absent.

42. La situation est plus délicate lorsqu'il s'agit de résilier le bail de l'appartement que l'absent occupait avant de disparaître, de le restituer au bailleur de manière anticipée ou de le sous-louer pour une longue durée, voire de transférer le bail de locaux commerciaux dans lequel l'absent exerçait sa profession. Dans ces cas, selon les circonstances, la gestion d'affaires pourrait aussi être considérée comme égoïste, car l'absent n'a pas nécessairement intérêt à perdre sa cotitularité du bail. Tel serait assurément le cas si, après avoir résilié le bail, l'un des hoirs ou des colocataires se fait attribuer les locaux par le bailleur.

⁹⁵ ATF 144 III 277, cons. 3.3 ; ATF 141 IV 380, cons. 2.3.2 ; ATF 125 II 219, cons. 1a ; CPra Bail MONTINI/WAHLEN, art. 266*i* CO N 10 ; SVIT MÜLLER, Art. 266*i* OR N 9 ; WEBER 1993, p. 49 et réf. cit. ; CR CO I HÉRITIER LACHAT/CHAPPUIS, art. 419-424 CO N 14.

43. Lorsque le bail commun lie des cobailleurs et que l'un d'eux est absent, on pourra estimer qu'il y a gestion d'affaires altruiste à son profit, si les autres cobailleurs notifient une majoration du loyer, une autre modification unilatérale du bail, refusent une diminution du loyer, acceptent une sous-location ou un transfert de bail, voire résilient le bail du locataire commun, si le marché locatif souffre de pénurie et qu'il est probable que l'objet retrouvera rapidement un preneur.

En d'autres termes on peut estimer qu'un cobailleur gère les intérêts de l'autre aussi longtemps que les revenus tirés par ce dernier de la location ne sont pas mis en péril ou péjorés⁹⁶.

Demeurent réservées des circonstances très particulières, par exemple lorsque le cobailleur, gérant les affaires de son cocontractant absent, connaissait ou aurait dû connaître une sérieuse inimitié opposant ce dernier, par exemple, au bénéficiaire potentiel du transfert du bail envisagé par leur locataire commun.

f) Résiliation du bail

44. En dehors des cas de bail commun (ci-dessus N 41-43), un tiers (un parent, un ami, un voisin) peut-il gérer les affaires du locataire absent ou disparu en résiliant son bail ?

Nous répondons par l'affirmative lorsqu'au vu des circonstances il est douteux que le locataire réapparaisse et veuille occuper à nouveau les locaux qu'il a quittés. L'écoulement du temps permettra au gérant d'affaires d'estimer qu'il est dans l'intérêt du maître (le locataire disparu) d'interrompre par une résiliation du bail l'accumulation des loyers impayés.

En cas de doute, le tiers peut aussi inciter le bailleur à résilier, lui-même, le contrat pour que les loyers dus par le disparu cessent de s'accumuler.

⁹⁶ En effet dans le rapport de bail à loyer, le bailleur a pour l'essentiel un intérêt économique, sauf dans le cas de maisons familiales dont le bailleur occupe un des deux ou trois logements.

45. Un tiers peut-il donner le congé au locataire d'un bailleur absent ou disparu, en voulant gérer ses affaires ?

Le cas nous semble moins limpide. Il est en effet difficile de présumer que, s'il avait été présent, le bailleur aurait mis un terme à ce contrat, à moins que le locataire n'ait prêté le flanc à moult critiques.

Dans ce cas, il sera préférable pour les proches du bailleur disparu de lui faire nommer un curateur qui, si nécessaire, agira pour son compte en vertu des pouvoirs conférés par la loi.

g) Action en justice

46. Le gérant d'affaires altruiste peut intervenir juridiquement ou judiciairement pour le compte du maître⁹⁷. En amont, il peut mandater un avocat afin qu'il agisse pour son compte⁹⁸.

Exemple : l'habitant d'un logement peut frapper d'opposition un commandement de payer notifié à son colocataire, en se prévalant de la gestion d'affaires sans mandat⁹⁹.

Autre exemple : le père du locataire absent peut contester une majoration de loyer ou un congé reçu par son fils absent dont il relève le courrier. S'il agit lui-même, le père précisera qu'il intervient pour son fils. S'il mandate un avocat, la procuration donnée à celui-ci précisera qu'elle émane du père gérant d'urgence les affaires de son fils. Ultérieurement cette procuration sera ratifiée par le fils (art. 424 CO).

Le gérant d'immeubles qui agit en justice pour le compte du bailleur inatteignable sera d'ordinaire habilité à le faire par son contrat de gérance. Ce dernier commande d'ordinaire

⁹⁷ TF du 05.08.2015, 4A_351/2015, cons. 6.2 ; CR CO I HERITIER LCHAT/CHAPPUIS, art. 419 CO N 10.

⁹⁸ La procuration donnée par le gérant précisera qu'elle est donnée pour agir en faveur du maître. Elle sera ratifiée (art. 424 CO) dès que possible par ce dernier.

⁹⁹ ATF 112 III 81, JdT1989 II 2 (opposition valable même en cas de notification viciée du commandement de payer).

qu'il sauvegarde au mieux les intérêts du bailleur. Le régisseur n'aura donc en règle générale pas besoin d'invoquer la gestion d'affaires sans mandat.

Un tiers non professionnel (par exemple un voisin) pourra, en cas d'urgence, agir en justice pour le compte du bailleur, par exemple pour empêcher par le biais de mesures provisionnelles que le locataire entreprenne d'importantes rénovations non autorisées (art. 260a CO), en profitant de l'absence du bailleur.

47. En cas de location conjointe (colocation), si un des colocataires n'est pas atteignable ou ne parvient pas à se décider à agir en justice avec les autres, ces derniers n'ont pas besoin d'invoquer la gestion d'affaires pour autrui, lorsqu'ils intentent une action formatrice (contestation du loyer initial, d'une majoration de loyer ou diminution du loyer ; constatation de la nullité d'un congé, demande d'annulation de celui-ci ou requête en prolongation de bail). Il suffira aux colocataires qui saisissent l'autorité de conciliation d'assigner leur colocataire aux côtés du bailleur¹⁰⁰. Si le colocataire a disparu sans laisser d'adresse, il conviendra de l'assigner par la voie édictale (art. 141, al. 1, let. a CPC)¹⁰¹.

h) Restitution des locaux

48. Quand le locataire quitte les locaux loués « à la cloche de bois », c'est-à-dire sans accomplir toutes les formalités requises (résilier le bail, déménager son mobilier, payer son dernier loyer et restituer les clés) et qu'il « disparaît dans la nature », certains auteurs considèrent que le bailleur peut récupérer les locaux sans intentier une procédure tendant au prononcé de l'expulsion du

¹⁰⁰ ATF 146 III 346, cons. 2.2 et réf. cit ; ATF 140 III 598, cons. 3.2 ; TF du 29.11.2021, 4A_282/2021, cons. 4.3 et 4.4.

¹⁰¹ Sur la notification par la voie édictale et les démarches préalables pour la solliciter : B. LACHAT, p. 286-287 N 56 ; TF du 16.08.2012, 5A_456/2012, cons. 3.2.2.2.

disparu, en se prévalant des règles sur la gestion d'affaires altruiste¹⁰².

Ce faisant le bailleur agirait dans l'intérêt du locataire, car il lui épargnerait des frais de justice, ainsi que des loyers et les indemnités pour occupation illicite, dus aussi longtemps que l'expulsion n'est pas exécutée.

Nous sommes dubitatifs à propos de cette opinion, pour deux¹⁰³ raisons :

- Lorsque le contrat liant deux parties prévoit une solution pour régler leur différend, il n'y pas de place pour la gestion d'affaires (ci-dessus N 20). Or, en droit du bail, le bailleur qui veut récupérer les locaux loués ne peut pas se faire justice propre¹⁰⁴. Sauf accord du locataire qui, par exemple, a rendu les clés des locaux loués, le bailleur doit résilier le bail, intenter la procédure d'expulsion et faire exécuter la décision d'expulsion. Les règles sur la gestion d'affaires ne permettent pas selon nous de se passer de ces démarches.
- Si, avant de disparaître, le locataire a vidé les lieux de l'essentiel de son mobilier et a laissé les clés dans la boîte aux lettres, il est réputé avoir restitué les locaux (art. 267 CO) par actes concluants¹⁰⁵. Le bailleur peut alors les récupérer sans avoir à se prévaloir des règles sur la gestion d'affaires prétendument altruiste¹⁰⁶.

¹⁰² SVIT MÜLLER, Art. 267-267a OR N 7 ; HAP SCHWANINGER, N 10.127 (mais la voie normale consiste à passer par la procédure d'expulsion).

¹⁰³ Une troisième raison est que dans ce cas la gestion n'est peut-être pas altruiste, le bailleur agissant surtout pour récupérer les locaux, et non pour soulager le locataire disparu d'une dette croissante de loyer : B. LACHAT, p. 291-292, N 69 ; dans le même sens BRAUN, p.13.

¹⁰⁴ BOHNET/CONOD, p. 99, N 97-98 ; HAP SCHWANINGER, N 10.118 ; LACHAT/RUBLI, p. 1050 ; B. LACHAT, p. 280-281, N 37.

¹⁰⁵ B. LACHAT, p. 270, N 22.

¹⁰⁶ BRAUN, p. 13, estime dès lors que le recours à la gestion d'affaires ne se justifie que si le bail a pris fin avec certitude. Nous sommes plutôt d'avis que dans cette hypothèse, le bail ayant pris fin et le locataire n'occupant plus les locaux, il y a

Dans les situations moins claires, en particulier lorsque le locataire n'a pas restitué les clés et/ou n'a pas déménagé son mobilier, le bailleur doit apprécier en fonction de l'ensemble des circonstances s'il y a eu restitution tacite des locaux¹⁰⁷.

En cas de doute le bailleur serait à notre avis bien inspiré d'agir par la voie légale (résiliation du bail si le locataire ne l'a pas lui-même résilié ; procédure d'expulsion). A défaut il risque une plainte pénale pour violation de domicile (art. 186 CP) ou pour contrainte (art. 181 CP)¹⁰⁸.

49. Si l'héritier du locataire défunt est introuvable et qu'il n'a jamais occupé le logement de ce dernier, ses proches peuvent non seulement résilier le bail pour son compte (ci-dessus N 44), mais également restituer les locaux loués au bailleur¹⁰⁹, après les avoir libérés du mobilier et des affaires personnelles du défunt. Dans pareille situation, les proches peuvent se prévaloir des règles sur la gestion d'affaires altruiste : l'héritier disparu aurait vraisemblablement désiré restituer ses locaux et s'éviter des frais.

V. La gestion d'affaires égoïste

A. Conditions

50. La gestion d'affaires est qualifiée d'égoïste, d'imparfaite ou d'intéressée (*Geschäftsanmassung ; unechte GoA*) lorsque le

un accord implicite du locataire à ce que le bailleur en reprenne sans autre possession. Le détour par la gestion d'affaires nous semble superflu.

¹⁰⁷ B. LACHAT, p. 274-280, N 28-36.

¹⁰⁸ ATF 112 IV 31, cons. 3c. Le risque doit toutefois être mesuré, une plainte pénale de la part d'un locataire disparu étant peu probable. D'éventuels dommages-intérêts à la charge du bailleur sont limités, s'il a pris des précautions pour sauvegarder les effets du disparu : B. LACHAT, p. 291-293, N 69-71.

¹⁰⁹ L'accord du bailleur n'est pas indispensable, les proches pouvant se prévaloir de l'art. 264 CO (restitution anticipée des locaux) et le bailleur étant tenu de les reprendre. Mais une convention amiable permet de résoudre aussi des prétentions éventuelles du bailleur qui ne parviendrait pas à relouer de suite les locaux ou qui aurait des prétentions quant à leur remise en état.

gérant intervient illicitement dans les affaires du maître et agit, non pas dans l'intérêt de celui-ci, mais dans son propre intérêt ou dans l'intérêt d'un tiers¹¹⁰. Le gérant a la volonté de traiter l'affaire d'autrui comme la sienne propre et de s'en approprier les profits¹¹¹. Le gérant commet un acte d'usurpation. Il se montre infidèle envers le maître¹¹².

Ce cas de figure est régi par l'art. 423 CO. La norme a pour but d'éviter que le gérant, auteur de l'ingérence indue, n'en bénéficie et n'en conserve les profits¹¹³.

51. En réalité la gestion d'affaires égoïste ne constitue pas un cas de gestion d'affaires, car l'action au bénéfice des intérêts et aux intentions présumables du maître (ci-dessus N 18) fait défaut. C'est pour cela que certains droits étrangers ne l'incluent pas dans la définition de la gestion d'affaires.

Pour éviter de mieux traiter le gérant égoïste que le gérant altruiste, le droit suisse a aussi placé l'art. 423 CO dans le titre quatorzième du CO¹¹⁴.

52. L'application de l'art. 423 CO présuppose la réalisation de quatre conditions cumulatives :
- Une **atteinte illicite aux droits d'autrui**. L'intervention du gérant est illicite si elle ne repose ni sur le contrat, ni sur la loi¹¹⁵. Le gérant ne doit avoir aucune obligation ou

¹¹⁰ ATF 129 III 422, cons. 4, JdT 2004 I 56 ; ATF 126 III 69, cons. 2a ; TF du 12.11.2019, 4A_88/2019, cons. 3.1.1 ; TF du 04.12.2007, 4A_310/2007, cons. 7.1.

¹¹¹ CR CO I LACHAT HÉRITIER/CHAPPUIS, art. 423 CO N 4.

¹¹² BsK OSER/WEBER, Art. 423 OR N 1.

¹¹³ TF du 28.02.2013, 4A_594/2012, cons. 2.1.1 ; TF du 27.03.2014, 6B_819/2013, cons. 6.1.

¹¹⁴ BsK OSER/WEBER, Art. 423 OR N 2. Pour TERCIER/BIERI/CARRON, N 5286, le seul point commun entre la gestion d'affaires altruiste et la gestion d'affaires égoïste est que le gérant s'immisce sans droit dans la sphère du maître.

¹¹⁵ TF du 12.11.2019, 4A_88/2019, cons. 3.1.1 ; BsK OSER/WEBER, Art. 423 OR N 5.

autorisation d'agir à l'égard du maître en vertu du contrat, de la loi ou d'une autre source d'obligations¹¹⁶.

- La **volonté du gérant**, auteur de l'ingérence, de gérer l'affaire exclusivement ou de manière prépondérante (ci-dessus N 9) **dans son propre intérêt**¹¹⁷.
- **La mauvaise foi du gérant**, qui sait ou doit savoir (art. 3 al. 2 CC) qu'il s'immisce dans la sphère d'autrui sans avoir de motif de le faire¹¹⁸. Si le gérant est de bonne foi, le maître ne peut prétendre qu'au remboursement de son enrichissement illégitime (ci-après N 68 *in fine*).
- Enfin, s'il s'agit pour le maître d'en obtenir la restitution, **le gérant doit avoir réalisé des profits** et ceux-ci doivent résulter (ci-après N 56) de son ingérence dans les affaires du maître ou dans celles d'un tiers.

B. Conséquences

53. En cas de gestion d'affaires égoïste (*Geschäftseinmischung, Geschäftsanmassung*), **une obligation quasi délictuelle** (*quasi-deliktsches Schuldverhältnis*)¹¹⁹ naît entre le gérant et maître. **Ce dernier a le droit de s'approprier les profits qui en résultent** (art. 423 al. 1 CO).

¹¹⁶ CR CO I LACHAT HERITIER/CHAPPUIS, art. 423 CO N 7 (condition de l'absence de mandat comme à l'art. 419 CO ; ci-dessus N 20).

¹¹⁷ TF du 12.11.2019, 4A_88/2019, cons. 3.1.1 ; TF du 25.05.2004, 4C.326/2003, cons. 3.5.1 ; TF du 27.03.2014, 6B_819/2013, cons. 6.1 ; BsK OSER/WEBER, Art. 423 OR N 7.

¹¹⁸ ATF 129 II 422, cons. 4, JdT 2004 I 56 ; ATF 119 II 40, cons. 2b ; TF, SJ 2000 I 421, cons. 6 aa/ bb ; CR CO I HÉRITIER LACHAT/CHAPPUIS, art. 423 CO N 2, 8 et 9 ; ZK SCHMID, Art. 423 OR N 11 et 21 ss ; BsK OSER/WEBER, Art. 423 OR N 8 ; Handkommentar JENNY/MAISSEN/HUGUENIN, Art. 423 OR N 11 ; *contra* : ATF 97 II 169, cons. 3a, JdT 1971 I 613 (résumé) : jurisprudence abandonnée.

¹¹⁹ BsK OSER/WEBER, Art. 419-424 OR N 2b.

Cette remise des profits remplit une **fonction préventive ou punitive** et plus seulement une fonction de rééquilibrage comme pour les dommages-intérêts¹²⁰.

54. En 2000, la Professeure CHAPPUIS écrivait déjà : « [...] il est grand temps que les plaideurs s'intéressent à la possibilité d'obtenir, au lieu ou à côté de la réparation du dommage subi par leur client, la remise du gain réalisé par celui qui prend la position de gérant »¹²¹.

22 ans plus tard, la pratique du droit du bail connaît toujours mal¹²² la restitution des profits illicites de l'art. 423 CO.

Par exemple *in* : ATF 132 III 109 où un locataire avait, à l'insu de son bailleur, affecté des bureaux à l'usage d'un salon de massage, il n'est question que de la résiliation anticipée du bail pour violation du devoir de diligence (utilisation des locaux contraire au bail ; ci-après N 72) au sens de l'art. 257f al. 3 CO.

Apparemment le bailleur grugé ne s'est pas posé la question de savoir si, en modifiant fautivement la destination des locaux, le locataire avait réalisé des profits illicites et s'il pouvait se les approprier.

Mais peut-être ce bailleur a-t-il considéré qu'il était trop difficile et vain de rapporter la preuve qu'un usage des locaux à destination de la prostitution avait procuré au locataire davantage de profits qu'un travail de bureau ? Ou bien ces profits ne lui sont-ils pas apparus suffisamment en lien de causalité avec la violation du contrat (voir ci-dessous N 57) ?

¹²⁰ TF du 12.11.2019, 4A_88/2019, cons. 3.1.1 se référant à TERCIER/BIERI/CARRON, N 5435.

¹²¹ CHAPPUIS 2000, p. 204.

¹²² SCHMID 2000, p. 209, attribue cette méconnaissance au caractère « caché » de l'art. 423, enfoui dans la partie spéciale du CO, alors qu'il devrait figurer dans sa partie générale.

55. Les profits mentionnés à l'art. 423 al. 1 CO sont les profits bruts, plus intérêts, effectivement réalisés par le gérant¹²³, dont on déduit (art. 423 al. 2 CO) les frais et dépenses encourus par ce dernier.

Ainsi le maître peut prétendre *in fine* au **gain net** réalisé par le gérant lors de la gestion égoïste¹²⁴.

56. Ce bénéfice net doit être en rapport de causalité¹²⁵ avec l'ingérence illicite du gérant dans la sphère d'influence du maître. Il doit **découler de cette ingérence** (*lucrum ex aliena re*)¹²⁶, être en lien direct, en relation étroite avec l'atteinte illicite aux droits du maître¹²⁷.
57. Le maître supporte le fardeau de la preuve du gain brut ainsi que du rapport de causalité¹²⁸ entre l'ingérence et le profit illicite, et le gérant, la preuve de ses frais et dépenses¹²⁹.

¹²³ Et non ceux que le gérant aurait pu réaliser en faisant preuve de diligence : CR CO I HERITIER LACHAT/CHAPPUIS, art. 423 CO N 20.

¹²⁴ ATF 134 III 306, cons. 4, JdT 2008 I 386 (résumé) ; BsK OSER/WEBER, Art. 423 OR N 14 ; Handkommentar JENNY/MAISSEN/HUGUENIN, Art. 423 OR N 13. Pour CR CO I HERITIER LACHAT/CHAPPUIS, art. 423 CO N 19, il serait plus conforme à la lettre des al. 1 et 2 de l'art. 423 CO d'accorder au maître les profits bruts, en laissant le soin au gérant de faire valoir ses frais et impenses.

¹²⁵ Sur la controverse quant à savoir s'il doit s'agir d'une causalité adéquate ou naturelle : TF du 12.11.2019, 4A_88/2019, cons. 3.1.2.

¹²⁶ ATF 97 II 169, cons. 3a, JdT 1971 I 613 (résumé) ; TF du 12.11.2019, 4A_88/2019, cons. 3.1.3 ; CR CO I HERITIER LACHAT/CHAPPUIS, art. 423 CO N 17, 21-21a ; Handkommentar JENNY/MAISSEN/HUGUENIN, Art. 423 OR N 10-10b et réf. à ATF 133 III 153, cons. 3.3 ; TERCIER/BIERI/CARRON, N 5421.

¹²⁷ TF du 12.11.2019, 4A 88/2019, cons. 3.1.2, citant ZK SCHMID, Art. 423 OR N 108.

¹²⁸ TF du 08.02.2013, 4A_474/2012, cons. 4.2, étant précisé qu'une vraisemblance prépondérante suffit (*ibidem*, citant ATF 133 III 153, cons. 3.3, et ATF 133 III 81, cons. 4.2.2).

¹²⁹ CR CO I HERITIER LACHAT/CHAPPUIS, art. 423 CO N 19 et N 25.

Dans le cadre du procès le maître peut exiger du gérant infidèle la remise de ses comptes, informations et documents pour l'aider à déterminer son profit net¹³⁰.

Néanmoins en pratique la détermination du gain net peut poser des difficultés¹³¹. En particulier, il sera difficile de statuer **lorsque le profit réalisé par le gérant résulte d'un concours de causes**, à savoir, d'une part de l'atteinte illicite aux droits du maître et, d'autre part, de l'activité propre du gérant ou d'une atteinte de sa part aux droits de tiers (*Kombinationsangriff*)¹³². Dans cette hypothèse, seule la part des profits liés à l'ingérence induite du gérant dans la sphère du maître peut être revendiquée par ce dernier (ci-après N 72).

En raison de ces difficultés de preuve, il est admis que **le juge dispose d'une certaine marge d'appréciation** (art. 42 al. 2 CO) dans la fixation du profit net¹³³.

58. Si le gérant, confronté à une demande de restitution des profits de la part du maître, a procédé à l'enlèvement d'installations incorporées aux locaux (ci-dessus N 25), le calcul du bénéfice net en tiendra compte¹³⁴.
59. En sus de la restitution du profit net du gérant, le **maître peut prétendre à être indemnisé pour son dommage**¹³⁵ résultant de

¹³⁰ ATF 144 III 43, cons. 3.2, JdT 2018 II 207 ; ATF 143 III 297, cons. 8.2.5.2 ; BsK OSER/WEBER, Art. 423 OR N 13 ; CR CO HÉRITIER LACHAT/CHAPPUIS, art. 423 CO N 22.

¹³¹ CR CO I HÉRITIER LACHAT/CHAPPUIS, art. 423 CO N 22 ; BsK OSER/WEBER, Art. 423 OR N 15.

¹³² TF du 12.11.2019, 4A_88/2019, cons. 3.1.3 ; critique de CR CO I HÉRITIER LACHAT/CHAPPUIS, art. 423 CO N 21-21a (quant à la solution du TF qui protège plus les autres victimes du gérant que le maître).

¹³³ ATF 143 III 297, cons. 8.2.5.2 ; ATF 134 III 306, cons. 4.1.2 et 4.1.4 ; TF du 12.11.2019, 4A_88/2019, cons. 3.1.3 ; TF du 18.04.2011, 4A_456/2010, cons. 4 ; CR CO HÉRITIER LACHAT/CHAPPUIS, art. 423 N 22 ; ZK SCHMID, Art. 423 OR N 127 ; BsK OSER/WEBER, Art. 423 OR N 15.

¹³⁴ Comme *in* : TF du 11.02.2021, 4A_305/2020, cons. 5.5 et 5.6.

¹³⁵ Le gérant infidèle répond de tout dommage, y compris celui résultant du cas fortuit : CR CO I HÉRITIER LACHAT/CHAPPUIS, art. 423 CO N 29 ; ZK SCHMID, Art. 423 OR N 144 ; BsK OSER/WEBER, Art. 423 OR N 12.

l'ingérence illicite du gérant dans sa sphère d'influence (art. 420 al. 1 ou 41 CO).

Le cumul de ces dommages-intérêts avec la restitution des profits illicites n'est à notre avis envisageable que s'ils visent des buts différents. Par exemple, le maître pourra réclamer au titre de restitution des profits illicites les gains perçus par son locataire à l'occasion d'une sous-location non autorisée et abusive (ci-après N 68-70). Des dommages-intérêts relatifs aux dépenses exposées par le bailleur pour défendre ses intérêts (le coût d'un constat d'huissier par exemple) pourront compléter cette somme.

60. Si la gestion égoïste procure au maître un avantage, ce dernier n'est tenu de restituer au gérant d'affaires que son enrichissement illégitime (art. 423 al. 2 CO ; ci-après N 66). Cette norme permet au gérant de réclamer au maître le remboursement de ses frais et dépenses nécessaires ou utiles justifiées par les circonstances.

En règle générale, on tiendra compte de cette contre-prétention du gérant dans le calcul des profits illicites nets qu'il a réalisés (ci-dessus N 55).

61. Le maître est libre de ratifier la gestion égoïste du gérant (art. 424 CO)¹³⁶. Dans cette hypothèse, l'art. 423 CO ne s'applique plus.
62. Dans la gestion d'affaires altruiste, le gérant d'affaires ne peut en règle générale invoquer les art. 419 ss CO que lorsqu'il n'est pas au bénéfice d'un contrat ou qu'il ne peut pas se prévaloir d'une autorisation ou obligation légale (ci-dessus N 20).

En matière de gestion d'affaires égoïste, la pratique admet plutôt des combinaisons entre l'art. 423 CO et d'autres sources d'obligations, mais la question fait l'objet de vastes discussions en doctrine (ci-dessus N 2).

¹³⁶ Il y a controverse sur la question de savoir si l'art. 424 CO s'applique aussi à la gestion d'affaires égoïste : HOFSTETTER, p. 251 ; TERCIER/BIERI/CARRON, N 5409, citant les opinions opposées. Pour nous, rien n'interdit au maître magnanime d'approuver une gestion d'affaires en sa défaveur et de ne pas émettre de prétentions à l'encontre du gérant de mauvaise foi.

Ainsi :

- a) L'art. 423 CO s'applique également lorsque l'ingérence du gérant égoïste dans la sphère d'influence du maître viole ses droits contractuels¹³⁷.

Par exemple, le régisseur qui solliciterait un pot-de-vin¹³⁸ de la part d'un candidat locataire pour lui accorder un bail assumerait vis-à-vis du bailleur une responsabilité contractuelle au sens des art. 97 ss CO (violation du mandat de régie)¹³⁹.

Selon notre opinion, ce régisseur infidèle pourrait aussi être tenu de restituer au bailleur les pots-de-vin encaissés en vertu de l'art. 423 CO. Toutefois, cette restitution des profits ne peut pas être cumulée avec des dommages-intérêts qui auraient le même objectif.

- b) Lorsque l'ingérence du gérant égoïste dans la sphère du maître constitue un acte illicite, le maître devrait choisir entre la réparation de son dommage (art. 41 CO) et la restitution des profits (art. 423 CO)¹⁴⁰. La doctrine admet cependant que ces fondements juridiques soient cumulés pour éviter que le gérant ne conserve un quelconque profit de son intervention¹⁴¹. Voir l'exemple aux N 73-74 ci-après.

¹³⁷ ZK SCHMID, Art. 423 OR N 73 ss et 171 ; BsK OSER/WEBER, Art. 423 OR N 17 ; CR CO I HÉRITIER LACHAT/CHAPPUIS, art. 423 CO N 14 et 35 ; TERCIER/BIERI/CARRON, N 5295 ; HOFSTETTER, p. 247.

¹³⁸ Sur l'application de l'art. 423 CO à la corruption ; BsK OSER/WEBER, Art. 423 OR N 3 ; ZK SCHMID, Art. 423 OR N 84 ; Handkommentar JENNY/MAISSEN/HUGUENIN, Art. 423 OR N 7 ; TERCIER/BIERI/CARRON, N 5402 et réf. à TERCIER, La corruption et le droit des contrats, SJ 1999 II 225 ss.

¹³⁹ La restitution des profits illicites est alors fondée sur l'art. 398 al. 1 et 2 CO, renvoyant à l'art. 321b CO.

¹⁴⁰ ATF 98 II 325, cons. 5a ; ATF 97 II 169, cons. 3a ; CR CO I HÉRITIER LACHAT/CHAPPUIS, art. 423 CO N 36 (la restitution des profits a alors une fonction de réparation du dommage).

¹⁴¹ ZK SCHMID, Art. 423 OR N 176 ; ENGEL, p. 527 ; CR CO I HÉRITIER LACHAT/CHAPPUIS, art. 423 CO N 36.

- c) En cas de gestion d'affaires égoïste, la frontière entre l'art. 423 CO et l'enrichissement illégitime (art. 62 ss CO) est hésitante.

Si (conception classique) l'on estime que l'enrichissement illégitime présuppose une relation de connexité entre l'enrichissement du gérant et l'appauvrissement du maître, les art. 62 ss CO ne s'appliquent pas¹⁴². L'art. 423 CO n'implique pas, lui, un appauvrissement du maître.

Certains auteurs, estimant toutefois que les règles sur l'enrichissement illégitime s'appliquent dès que le gérant est enrichi (sans nécessairement que le maître soit simultanément appauvri), admettent que le maître peut se prévaloir, à son choix, des art. 62 CO ou de l'art. 423 CO¹⁴³⁻¹⁴⁴.

63. Donc, en pratique et en cas de doute, nous suggérons au maître désireux de récupérer les profits réalisés à son détriment par le gérant égoïste et d'être pleinement dédommagé de se prévaloir simultanément des art. 423, 41, 62 ss et 97 ss CO. *Jura novit curia* !
64. Enfin, si dans sa gestion d'affaires égoïste le gérant s'est approprié des objets appartenant au maître, ce dernier doit les revendiquer (art. 641 al. 2 CC).

Cette dernière norme, ainsi que les art. 938 ss CC excluent en principe l'application de l'art. 423 CO¹⁴⁵.

¹⁴² CR CO I HÉRITIER LACHAT/CHAPPUIS, art. 423 CO N 37-39 et réf. cit.

¹⁴³ ZK-SCHMID, Art.423 OR N 181-182 ; HOFSTETTER, p. 241-242 ; autres auteurs cités par CR CO I HÉRITIER LACHAT/CHAPPUIS, art. 423 CO N 38.

¹⁴⁴ TERCIER/BIERI/CARRON, N 5292 estiment qu'en cas de gestion parfaite régulière les règles sur l'enrichissement illégitime sont subsidiaires à celle de la gestion d'affaires sans mandat. En revanche, pour ces auteurs, en cas de gestion d'affaires parfaite irrégulière et de gestion d'affaires imparfaite, les règles de l'art. 423 CO et celles des art. 62 ss CO sont de rang égal et peuvent s'appliquer alternativement.

¹⁴⁵ CR CO I HÉRITIER LACHAT/CHAPPUIS, art. 423 CO N 40 (avec des nuances et réf. cit. aux notes de bas de page 101 et 103).

65. Les prétentions du maître vis-à-vis du gérant égoïste **se prescrivent conformément aux art. 60 ou 67 CO** par trois ans (prescription relative) et au plus tard par dix ans (prescription absolue), l'acte d'immixtion étant en règle générale délictuel¹⁴⁶.

C. Application de la gestion d'affaires égoïste au bail à loyer

a) Travaux non autorisés dans les locaux loués

66. Commet un acte de gestion d'affaires égoïste le locataire qui, sans autorisation du bailleur et hors situation d'urgence (ci-dessus N 30-31), effectue dans les locaux loués des travaux qu'il n'est pas tenu d'entreprendre ou qu'il n'est pas autorisé à exécuter¹⁴⁷.

En 1935, le Tribunal fédéral¹⁴⁸ a jugé l'affaire d'un locataire qui avait demandé au bailleur de remplacer son fourneau. Avant de répondre à cette requête, le bailleur avait souhaité obtenir des renseignements supplémentaires. Mais sans attendre la décision du bailleur, le locataire a acheté et fait installer le fourneau. Puis, il a demandé au bailleur de lui rembourser le prix de cette acquisition.

Faute d'urgence (ci-dessus N 31), le Tribunal fédéral a exclu la gestion d'affaires altruiste au motif que le locataire aurait dû attendre la détermination du bailleur. En outre le fourneau existant pouvait être réparé. L'achat d'un nouvel appareil n'était donc pas dans l'intérêt présumé du maître (art. 419 CO).

Dans cette affaire, la gestion d'affaires était égoïste, a décidé le Tribunal fédéral. Le maître (le bailleur) ne devait indemniser le

¹⁴⁶ ATF 126 III 382, cons. 4dd et critiques de WIEGAND *in* : RJB 2002, p. 345 ss et de SCHMID *in* : recht 2000, p. 208 ; ATF 86 II 18, cons. 7 ; CR CO I HÉRITIER LCHAT/CHAPPUIS, art. 423 CO N 23 ; BsK OSER/WEBER, Art. 423 OR N 17 ; Handkommentar JENNY/MAISSEN/HUGUENIN, Art. 423 OR N 22 ; ZK SCHMID, Art. 423 OR N 131 ss ; TERCIER/BIERI/CARRON, N 5414-5415 (exceptions) ; HOFSTETTER, p. 253-254.

¹⁴⁷ BsK WEBER, Art. 259b OR N 12 ; SVIT TSCHUDI, Art. 259b OR N 43 ; ZÜST, p. 158, N 277.

¹⁴⁸ ATF 61 II 37.

locataire qu'à teneur de son enrichissement (art. 423 al. 2 CO ; ci-dessus N 60). Or, il n'y avait *in casu* aucun enrichissement du bailleur, le fourneau acheté étant la propriété du locataire et pouvant être enlevé à la fin du bail.

67. Lorsque le locataire rénove ou transforme les locaux loués sans l'accord préalable du bailleur, le sort de ces travaux et les prétentions du bailleur sont régis par l'art. 260a CO, et non par les règles sur la gestion d'affaires égoïste.

Dans cette hypothèse le bailleur peut demander au locataire de remettre les locaux dans leur état initial, sauf abus de droit¹⁴⁹ (art. 260a al. 2 CO *a contrario*). Le locataire ne peut pas prétendre à une indemnité pour la plus-value apportée à l'immeuble (art. 260a al. 3 *a contrario*).

b) Sous-location non autorisée abusive

68. « *Locator locatori lupus !* »¹⁵⁰ disaient déjà les Romains. Deux millénaires plus tard, les abus dans la sous-location foisonnent toujours et le Tribunal fédéral a dû réagir.

Ainsi a-t-il jugé en 2000 que le locataire qui, sans l'accord du bailleur, sous-loue ses locaux moyennant un loyer abusif commet un acte de gestion d'affaires égoïste¹⁵¹. Le Tribunal fédéral a

¹⁴⁹ CPra Bail AUBERT, art. 260a CO N 20 ; ZK HIGI/WILDISEN, Art. 260a OR N 36-40.

¹⁵⁰ « *Le locataire est un loup pour le sous-locataire* », citation empruntée à WEBER 2000, p. 1028. Nous ne sommes pas certains de la traduction que WEBER fait de cette expression, les dictionnaires attribuant à *locator*, à la fois le sens de bailleur et de locataire. Pour ce dernier *inquilinus* est plus classique. En 2000, cet auteur parlait d'une épidémie de cas où le sous-bailleur réalise d'« *horrende Gewinne* », sans consentir le moindre investissement.

¹⁵¹ ATF 126 III 69, cons. 2, arrêt commenté par WEBER *in* : PJA 2000, p. 1025 ss, par SCHMID *in* : recht 4/2000, p. 205 ss, par WIEGAND *in* : RJB 138/2002, p. 342 ss et par CHAPPUIS *in* : RSDA 2000, p. 201 ss.

abandonné sa jurisprudence contraire ancienne¹⁵², critiquée par la doctrine¹⁵³.

Le Tribunal fédéral a considéré que le locataire ne peut user de la chose louée que dans le respect du contrat. Une sous-location non autorisée implique une atteinte à la sphère juridique du bailleur. Le locataire empiète sur le patrimoine de ce dernier en sous-louant les locaux. Il gère ainsi égoïstement son affaire¹⁵⁴.

Cet arrêt a été confirmé à répétitions¹⁵⁵. En particulier, le Tribunal fédéral a souligné que l'art. 423 CO implique que le locataire soit de mauvaise foi¹⁵⁶ (ci-dessus N 52) : il savait ou devait savoir que les conditions de la sous-location non autorisée ne correspondaient pas à ses obligations contractuelles et qu'il réalisait un profit illégitime¹⁵⁷.

En d'autres termes, le locataire s'est abstenu de demander au bailleur l'autorisation de sous-louer les locaux (art. 262 al. 1 CO), parce qu'il savait que les conditions de la sous-location étaient abusives et n'auraient donc pas été acceptées¹⁵⁸.

¹⁵² ATF 39 II 702, cons. 4 et 5 ; voir aussi l'arrêt de l'Obergericht d'Appenzell Rhodes-Extérieures *in* : RSJ 78/1982, p. 205 N 37, jurisprudences approuvées par HEINRICH, p. 153.

¹⁵³ ZK SCHMID, Art. 423 N 78-79 ; CHAPPUIS, Thèse, p. 134.

¹⁵⁴ ATF 126 III 69, cons. 2b.

¹⁵⁵ ATF 129 III 422, cons. 4, JdT 2004 I 56 ; TF du 07.07.2016, 4A_211/2016, cons. 2 ; TF du 19.11.2014, 4A_518/2014 et 520/2014, cons. 3, arrêt commenté par GROBET THORENS 2015 ; TF du 28.02.2013, 4A_594/2012, cons. 2.1 ; TF du 18.04.2011, 4A_456/2010, cons. 4, résumé *in* : JdT 2012 II 116.

¹⁵⁶ ATF 129 III 422, cons. 4 ; TF du 19.11.2014, 4A_518/2014 cons. 6 et réf.cit.

¹⁵⁷ La Cour de Justice de Genève (ACJC/72/2013 du 21.01.2013) a jugé un cas particulier : un colocataire avait cosigné un bail pour venir en aide à son beau-frère ; ce dernier a, de sa seule initiative, sous-loué les locaux et a perçu seul les profits illicites de la sous-location non autorisée. La Cour de Justice a débouté le bailleur de sa demande en restitution des profits illicites fondée sur l'art. 423 CO et dirigée contre le colocataire : celui-ci ne s'était pas personnellement ingéré dans la sphère du bailleur ; il n'avait pas perçu, lui, les profits illicites ; étranger à la sous-location abusive, il n'était pas de mauvaise foi.

¹⁵⁸ TF du 19.11.2014, 4A_518/2014, cons. 6.

Si le locataire est de bonne foi, le bailleur garde selon les circonstances la possibilité de réclamer au locataire le trop-perçu de loyer sur la base des règles relatives à l'enrichissement illégitime (art. 62 ss CO ; ci-dessus N 52, avant-dernier bullet point)¹⁵⁹.

69. Lorsque les conditions rappelées ci-dessus sont réunies, le bailleur peut réclamer au locataire la différence entre le loyer dû en vertu du bail principal et celui perçu sur la base du contrat de sous-location¹⁶⁰. Si le locataire a investi des fonds dans les locaux loués (travaux, achat d'un fonds de commerce) ou a fourni au sous-locataire des prestations propres (mobilier, machines), il convient d'en tenir compte dans le calcul du loyer de sous-location admissible. Le gain net (ci-dessus N 55) auquel le bailleur peut prétendre sera fonction de ces prestations du locataire principal.
70. Demeure enfin réservée, à notre avis, l'hypothèse où le sous-locataire pourrait prétendre, lui, à la restitution de profits illicites résultant d'une telle sous-location abusive, sur la base des règles relatives à l'enrichissement illégitime.

Tel ne pourrait être le cas que si le sous-locataire a contesté avec succès le loyer initial prévu par le contrat de sous-location (art. 270 al. 1 CO) et a demandé au locataire la restitution du trop-perçu, ou si le loyer initial prévu par le bail de sous-location est nul, faute de notification sur formule officielle (dans les cantons qui la prévoient pour les logements ; art. 270 al. 2 CO) ou parce qu'il consacre un délit d'usure de la part du locataire (art. 157 CP)¹⁶¹. Dans ces hypothèses, il ne reste plus de place pour une action du bailleur principal contre le locataire, fondée sur l'art. 423 CO.

¹⁵⁹ ATF 129 III 422, cons. 4 ; TF du 07.07.2016, 4A_211/2016, cons. 2.

¹⁶⁰ A l'évidence aucun trop-perçu n'est dû au bailleur si la sous-location intervient au même loyer que la location principale.

¹⁶¹ LACHAT/GROBET THORENS, p. 747-748.

SCHMID, quant à lui, estime que le sous-locataire victime d'un abus du sous-bailleur pourrait à son tour invoquer l'art. 423 CO vis-à-vis du bailleur principal qui ne lui aurait pas restitué tout ou partie du profit illicite récupéré auprès du locataire¹⁶².

c) Transfert du bail ?

71. Le locataire qui, sans l'accord du bailleur, transfère son bail commercial au repreneur de son commerce (art. 263 CO) commet-il un acte de gestion d'affaires égoïste ? Intervient-il illicitement dans la sphère d'influence du bailleur ?

La réponse est à nos yeux négative. Contrairement à ce qui prévaut pour la sous-location, l'accord écrit du bailleur est une condition *sine qua non* du transfert du bail¹⁶³. Tant que cet accord n'est pas donné par écrit, à tout le moins exceptionnellement de vive voix ou par actes concludants¹⁶⁴, le pseudo-transfert de bail est inopérant. Le locataire transférant n'intervient donc pas dans la sphère d'influence du bailleur.

Le bénéficiaire du pseudo-transfert ne peut tirer vis-à-vis du bailleur aucun droit d'un accord qu'il aurait passé avec le seul locataire transférant, sans avoir pris la précaution élémentaire de le conditionner à l'accord du bailleur au transfert du bail. S'il a versé des prestations au prétendu locataire transférant (par exemple un acompte sur la vente du fonds de commerce), le

¹⁶² SCHMID 2000, p. 208. A notre avis, cet auteur méconnaît que le sous-locataire qui n'intervient pas dans le délai de l'art. 270 CO ou ne se prévaut pas de la nullité partielle du loyer de la sous-location (art. 20 CO, en cas d'absence de formule officielle ou de délit d'usure) ne se considère pas la victime d'un abus. Le locataire ne lui soutire donc pas des profits illicites. Plus optimiste, WEBER 2000, p. 1030, espère que spontanément le bailleur qui a récupéré les profits indus du locataire les partage avec le sous-locataire.

¹⁶³ ATF 125 III 226, cons. 2b ; TF du 30.01.2004, 4C.246/2003, cons. 5.3 ; LACHAT/GROBET THORENS, p. 766 ; MINDER, p. 186-187, N 517-518.

¹⁶⁴ TF du 21.11.2012, 4A_352/2012, cons. 3.3 ; TF du 02.09.2015, 4A_130/2015, cons. 4.1 ; CPra Bail BISE/PLANAS, art. 263 CO N 35.

pseudo-bénéficiaire du transfert ne peut que se retourner contre lui pour non-exécution du contrat de remise de commerce¹⁶⁵.

S'il a pâti du pseudo-transfert, le bailleur peut prétendre à des dommages-intérêts de la part du pseudo-transférant pour violation du contrat de bail (art. 97 et 263 CO), par exemple pour les frais qu'il a dû exposer pour s'opposer juridiquement ou judiciairement au pseudo-transfert.

Ce même bailleur ne peut pas prétendre au remboursement d'éventuels profits illicites au sens de l'art. 423 CO qu'aurait réalisé le pseudo-locataire transférant. En effet, dans notre hypothèse, seul le bénéficiaire du pseudo-transfert de bail serait la victime des agissements du locataire transférant.

d) Utilisation des locaux contraire au bail

72. Un bailleur loue des locaux à une association à but idéal. Le contrat prévoit clairement que le locataire ne doit pas exercer d'activité lucrative dans les locaux loués. Le loyer a été fixé en conséquence.

Quelques mois plus tard, le bailleur apprend que la locataire, en réalité une proxénète, utilise les locaux à des fins de prostitution et y réalise d'importants profits.

Or, l'utilisation d'une chose contraire au contrat peut constituer un cas d'application de l'art. 423 CO¹⁶⁶.

Tel serait le cas dans notre exemple. Le bailleur peut mettre le locataire en demeure de cesser son activité contraire au contrat et, s'il ne s'exécute pas dans un délai raisonnable, résilier son bail de manière anticipée (art. 257f al. 3 CO)¹⁶⁷, et lui demander des dommages-intérêts.

¹⁶⁵ TF du 30.01.2004, 4C.246/2003, cons. 5.3 ; LACHAT/GROBET THORENS, p. 766.

¹⁶⁶ CR CO I HÉRITIER LACHAT/CHAPPUIS, art. 423 CO N 14 citant ATF 51 II 575, cons. 3b et ATF 34 II 694.

¹⁶⁷ Bureaux utilisés comme un salon de massage : ATF 132 III 109, cons. 5 ; LACHAT, p. 891.

Pour la période pendant laquelle le locataire a utilisé les locaux comme lieu de prostitution, le bailleur peut aussi (ci-dessus N 62/a)) prétendre à la restitution des profits illicites réalisés par le locataire (pour autant que dommages-intérêts et profits illicites ne se confondent pas).

La détermination du montant des profits illicites posera assurément des problèmes de preuve.

Dans notre exemple, on doit se demander si les profits illicites du locataire se limitent au loyer qu'il a économisé en prétendant faussement qu'il affecterait les locaux à une activité non lucrative et en obtenant de ce fait un loyer de faveur¹⁶⁸ ? Peut-on y ajouter les profits tirés par le locataire de la prostitution ?

A notre avis, ces derniers découlent d'un concours de causes (*Kombinationsangriff*; ci-dessus N 57), soit, d'une part, du fait que le locataire est intervenu illicitement dans la sphère du bailleur en modifiant sans son accord la destination des locaux et, d'autre part, du fait qu'il a exploité des prostituées¹⁶⁹.

C'est dans ce type de situation que la marge d'appréciation du juge aura toute son utilité (ci-dessus N 57 *in fine*).

e) Aliénation d'objets inventoriés ou saisis

73. Le locataire dont les meubles ont fait l'objet d'une prise d'inventaire¹⁷⁰ (art. 283 al. 1 LP) ou d'une saisie (art. 89 ss LP) n'a plus le droit d'en disposer, soit de les vendre ou même de les

¹⁶⁸ Encore le bailleur doit-il démontrer que le loyer obtenu correspondait bien à une faveur et que pour des locaux destinés à la prostitution il aurait pu prétendre à un loyer supérieur (conforme aux art. 269 et 269a CO), sans sombrer dans l'usure.

¹⁶⁹ Dans ce cas, le bailleur ne peut pas, selon nous, prétendre à tous les profits nets perçus par le locataire de son activité de proxénète. Le cas est assez similaire de celui jugé *in* : TF du 12.11.2019, 4A_88/2019, cons. 3.2.

¹⁷⁰ La prise d'inventaire a les mêmes effets que la saisie : STUDER, p. 110 ; CPra Bail MARCHAND, art. 268b CO N 3.

déménager¹⁷¹. Si, dûment averti, il passe outre cette interdiction et les vend à un tiers, il interfère de mauvaise foi dans la sphère d'influence de son créancier (le bailleur en cas de dette de loyer). Ce dernier pourrait se prévaloir de l'art. 423 CO et réclamer au locataire, gérant égoïste, la restitution de ses profits (prix de vente du mobilier)¹⁷²⁻¹⁷³.

74. Toutefois, dans cette hypothèse, le locataire commet aussi une infraction pénale (art. 169 CP ; détournement de valeurs patrimoniales mises sous main de justice), donc au sens du droit des obligations un acte illicite (art. 41 CO). Le maître (le créancier du locataire ou son bailleur) devrait alors choisir¹⁷⁴ entre la restitution des profits (art. 423 CO)¹⁷⁵ ou la réparation du dommage (art. 41 CO).

Toutefois, on l'a vu (ci-dessus N 62/b)), la doctrine admet le cumul des actions fondées sur la gestion d'affaires égoïste et sur l'acte illicite, lorsque les moyens tirés de la première complètent la réparation du dommage et permettent d'éviter que le gérant félon conserve un quelconque profit¹⁷⁶.

f) Erreur de l'expéditeur d'un paiement

75. Si le débiteur d'un bailleur ou d'un locataire lui verse par erreur un montant destiné à l'autre partie au bail, le lésé peut le réclamer directement au bénéficiaire, en se prévalant de l'art. 423 CO¹⁷⁷.

¹⁷¹ ATF 120 III 157, cons. 2, JdT 1997 II 99 et commentaire de WESSNER *in* : DB 1995 N 12.

¹⁷² ATF 51 II 583 ; BK GAUTSCHI, Art. 423 OR N 2b 4 ; ZK SCHMID, Art. 423 OR N 39-42.

¹⁷³ Si le locataire déménage le mobilier inventorié, le bailleur dispose du « droit de suite » des art. 268b al. 2 CO et 284 LP.

¹⁷⁴ Cf. les réf à la note de bas de page 140 ci-dessus.

¹⁷⁵ CR CO I HÉRITIER LACHAT/CHAPPUIS, art. 423 CO N 36 citant ATF 98 II 325, cons. 5a et ATF 97 II 169, cons. 3a.

¹⁷⁶ CR CO I HÉRITIER LACHAT/CHAPPUIS, art. 423 CO N 36 ; ZK SCHMID, Art. 423 OR N 176.

¹⁷⁷ CR CO I HÉRITIER LACHAT/CHAPPUIS, art. 423 CO N 16 ; ZK SCHMID, art. 423 OR N 90 ; Handkommentar JENNY/MAISSEN/HUGUENIN, art. 423 OR N 7.

En conservant un montant qui ne lui est pas destiné, le destinataire du paiement erroné intervient illicitement et de mauvaise foi dans le patrimoine de celui qui aurait dû le recevoir.

Le détour consistant à demander au contractant qui a payé le montant à tort de le récupérer, puis de le transmettre au bon destinataire paraît superflu. Procéder sur la base de l'art. 423 CO directement contre le gérant égoïste peut être utile si l'expéditeur est entretemps tombé en faillite.

g) Double location¹⁷⁸

76. Le bailleur a signé un bail avec le locataire A. Avant que celui-ci emménage dans les locaux, ce bailleur conclut pour le même objet un second contrat avec un autre locataire B, moyennant un loyer plus élevé (double location). Ce faisant, ce bailleur s'imisce assurément, dans son propre intérêt et de mauvaise foi, dans les affaires du locataire A.

S'il a intégré les locaux avant A, B est protégé par les règles sur la possession (art. 926 ss CO ; *melior est causa possidentis*)¹⁷⁹.

Dès lors, il ne reste au locataire A, évincé, qu'à agir en dommages-intérêts contre le bailleur (art. 97 CO et 258 al. 1 CO ; obligation de délivrer la chose louée à la date convenue).

Toutefois, il est admis que l'art. 423 CO s'applique également lorsque l'ingérence du gérant égoïste viole les droits contractuels du maître (ci-dessus N 62/a)¹⁸⁰.

Dès lors, dans notre exemple, si le bail conclu avec lui prévoyait un loyer mensuel de CHF 1'000.- et que le bailleur perçoit de B un loyer mensuel de CHF 1'500.-, A peut à notre avis réclamer audit bailleur la différence de CHF 500.- par mois pendant toute

¹⁷⁸ Sur la double vente : ZK SCHMID, Art. 423 OR N 83.

¹⁷⁹ BK GIGER, Art. 258 OR N 16 ; SVIT TSCHUDI, Art. 259f OR N 8 ; CPra Bail AUBERT, art. 258 CO N 6.

¹⁸⁰ CR CO I HÉRITIER LACHAT/CHAPPUIS, art. 423 CO N 14 et 35 ; ZK SCHMID, Art. 423 OR N 73 ss et 171 ; BsK OSER/WEBER, Art. 423 OR N 17.

la durée du contrat qu'il avait conclu avec lui, même si entretemps il a trouvé à se reloger pour CHF 1'000.- par mois¹⁸¹. Dans le calcul du profit net, le bailleur, gérant égoïste, peut se prévaloir des éventuelles impenses qu'il a exposées en relation avec le second bail.

Pour aboutir à cette conclusion, nous considérons que, dans ce cas (contrairement à celui évoqué plus haut au N 72), les profits illicites du bailleur sont exclusivement dus à son intervention dans la sphère d'influence du premier locataire (conclusion à son détriment d'un bail plus avantageux avec le second locataire). A nos yeux, il n'y a ici pas de concours de causes (*Kombinationsangriff*; ci-dessus N 57).

Pareil exemple nous semble illustrer la fonction punitive de l'art. 423 CO (ci-dessus N 53), de même que sa fonction préventive (« *ne concluez jamais deux baux pour le même objet ; pareille duplicité pourrait vous coûter cher* »).

h) Besoin propre du bailleur invoqué mensongèrement

77. Un bailleur résilie un bail en invoquant son besoin propre. Le locataire congédié n'intente aucune procédure et quitte les lieux, impressionné par le motif du congé.

Fortuitement il apprend peu de temps après que le bailleur n'a pas intégré les locaux, mais les a reloués à un quidam moyennant un loyer plus élevé.

Dans ce cas de figure, assez courant, le locataire grugé peut, à notre avis, plutôt que de demander des dommages-intérêts ou en complément de ceux -ci, prétendre à la restitution des profits illicites du bailleur.

Ce dernier en s'inventant un besoin fictif est intervenu illicitement dans la sphère d'influence du locataire et a commis

¹⁸¹ Cette situation présente des analogies avec celle de l'ATF 47 II 195 décrit ci-dessous au premier bullet point du N 78 et à la note de bas de page 183.

une faute grave. C'est dans ce type de violations crasse du contrat que la restitution des profits illicites se justifie¹⁸².

Le profit illicite auquel le locataire pourrait prétendre correspond à la différence entre le loyer qu'il payait et celui perçu par le bailleur de la part du quidam.

Pendant combien de temps ? A notre avis au moins pendant la prolongation judiciaire à laquelle le locataire aurait pu prétendre s'il avait contesté le congé et avait démontré que le motif invoqué par le bailleur était fallacieux.

i) Un tiers est concerné

78. Citons enfin deux jurisprudences s'inscrivant dans un contexte de bail à loyer, où un tiers apparaît.

Dans le premier cas, c'est le tiers qui intervient dans la sphère d'influence d'un locataire. Dans le second cas, le tiers est la victime d'une ingérence du bailleur dans sa sphère d'influence.

- Un bailleur avait affermé à un fermier des parcelles pour la période comprise entre 1913 et 1920. En 1918, en vertu des mesures de guerre relatives à l'approvisionnement de la nation, la commune de Benken (SG) a ordonné la fin de ce bail à ferme et a contraint le bailleur à en conclure un nouveau (*Zwangspacht*) avec un autre fermier, moyennant un loyer plus élevé. Le premier fermier a réclamé au bailleur la différence de loyer dont il a bénéficié entre 1918 et 1920. Dans ces circonstances, le Tribunal fédéral a jugé que la Commune de Benken s'était immiscée dans la sphère d'influence du premier fermier ; le profit qu'en avait tiré le bailleur (différence de loyer entre le premier bail à ferme et

¹⁸² T. KOLLER, p. 222, citant la thèse de M. J STUCKI, *Vorteilsherausgabe nach vorsätzlichen Vertragsverletzungen im nationalen und internationalen Recht*, Berne 2018.

le suivant) devait être dévolu au premier fermier en vertu de l'art. 423 CO¹⁸³.

- Une banque acquiert dans des enchères forcées un restaurant. Elle le met en location avec son mobilier, alors qu'elle sait que ce dernier appartient à un tiers. En vertu de l'art. 423 CO, la banque est tenue de restituer au propriétaire du mobilier la part de loyer y relative¹⁸⁴.

VI. Compétence des juridictions de bail à loyer

79. Si le gérant d'affaires n'est pas partie au rapport de bail, les autorités paritaires de conciliation et les juridictions spéciales en matière de bail à loyer ne sont pas compétentes (art. 33 CPC *a contrario*)

Par exemple, le quidam qui protège un immeuble loué contre un incendie (ci-dessus N 17 *in fine*) et qui n'arrive pas à obtenir de gré à gré du propriétaire de l'immeuble ou de son locataire le remboursement de ses impenses et/ou la réparation de son dommage doit agir devant les tribunaux ordinaires.

De même, le tiers qui effectue une prestation au profit du locataire ou du bailleur (gestion altruiste), ou qui s'imisce indûment dans sa sphère d'influence (gestion égoïste), doit agir ou être assigné devant les juridictions ordinaires.

80. En revanche, si la gestion d'affaires se limite aux rapports entre le bailleur et le locataire, l'un étant le gérant d'affaires sans mandat et l'autre, le maître, les autorités paritaires de conciliation et les juridictions de baux et loyers (dans les cantons où elles existent) sont à notre avis compétentes (art. 33 CPC).

En effet il est communément admis qu'une prétention fondée simultanément sur un rapport de bail à loyer et sur d'autres

¹⁸³ ATF 47 II 195, JdT 1921 I 503. Le Tribunal fédéral n'a apparemment pas cherché à savoir si l'ingérence de la commune dans le bail à ferme était illicite et de mauvaise foi, quoique fondée sur des mesures fédérales exceptionnelles.

¹⁸⁴ ATF 129 III 422, cons. 4, JdT 2004 I 56.

dispositions du droit des obligations doit être soumise aux juridictions de bail à loyer¹⁸⁵.

VII. Conclusion

81. A l'issue de notre périple sur les sentiers un peu oubliés de la gestion d'affaires sans mandat en droit du bail, son utilité, certes marginale, nous est apparue dans deux hypothèses :
- Le gérant, qu'il soit une des parties au bail ou un tiers, a **une âme de Pestalozzi**. Face à une urgence, il veut venir en aide au bailleur ou au locataire. N'ayant pas la possibilité de solliciter son consentement préalable, il agit spontanément en sa faveur. Si ultérieurement le maître ne ratifie pas l'action du gérant (art. 424 CO), ce dernier peut tout de même prétendre à un dédommagement pour ses frais et ses dommages (art. 422 CO).
 - Le gérant a **une âme de voyou**. Il agit à l'insu du maître, contre ses intérêts, souvent dans le but de réaliser des profits illicites. L'équité impose alors que ce gérant de mauvaise foi soit tenu de restituer ses profits illicites et/ou de dédommager le maître (art. 423 CO). Cette possibilité pour le maître de réclamer au gérant la restitution de ses profits illicites est en pratique souvent ignorée (sauf dans l'hypothèse d'une sous-location non autorisée et abusive ; ci-dessus N 68-70).

¹⁸⁵ ATF 137 III, 311 cons. 5.2. 1 (contrat de travail) ; JdT 2002 III 17 (ancien droit) ; CPra Bail BOHNET, art. 3/200 CPC N 16 ; DIETSCHY-MARTENET, p. 6, N 11-12 ; PÜNTENER, p. 60-61, N 196 ; LACHAT/LACHAT, p. 61.

Bibliographie

Ouvrages relatifs à la gestion d'affaires sans mandat

CHAPPUIS CHRISTINE, La restitution des profits illégitimes : le rôle privilégié de la gestion d'affaires sans mandat en droit privé suisse, thèse, Genève 1991 (cité : CHAPPUIS, Thèse)

ENGEL PIERRE, Contrats de droit suisse, 2^e éd., Berne 2000

GAUTSCHI GEORG, BK Das Obligationenrecht 5 Teilband, Kreditbriefe und Kreditauftrag ; Mäklervertrag, Geschäftsführung ohne Auftrag, Art. 407-424 OR, Berne 1964 (cité : BK GAUTSCHI)

HÉRITIER LACHAT ANNE/CHAPPUIS CHRISTINE, CR CO I Commentaire des art. 419-424 CO, 3^e éd., Bâle 2021 (cité : CR CO I HÉRITIER LACHAT/CHAPPUIS)

HOFSTETTER JOSEF, Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag, Schweizerisches Privatrecht VII/6, Bâle 2000

JENNY RETO/MAISSEN EVA/HUGUENIN CLAIRE, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Artikel 419-424 OR, 3^e éd., Zurich 2016 (cité : Handkommentar JENNY/MAISSEN/HUGUENIN)

OSER DAVID/WEBER ROLF H., BsK Kommentar der Artikel 419-424 OR, 7^e éd., Bâle 2020 (cité : BsK OSER/WEBER)

SCHMID JÖRG, ZK Obligationenrecht, Teilband V 3a, Die Geschäftsführung ohne Auftrag, Art. 419-424 OR, Zurich 1993 (cité : ZK SCHMID)

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

Ouvrages relatifs au bail à loyer

BIBER IRÈNE, Die Rohbaumiete – ausgewählte Aspekte, MP 2015, p. 79 ss

BOHNET FRANÇOIS/CARRON BLAISE/MONTINI MARINO (édit.), Commentaire pratique droit du bail, 2^e éd., Bâle 2017 (cité : CPra Bail AUTEUR).

BOHNET FRANÇOIS/CONOD PHILIPPE, La fin du bail et l'expulsion du locataire, 18^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2014, p. 79 ss

BRAUN ANNA, Die Wohnungsabgabe und das Abgabeprotokoll, MP 2020, p. 7 ss

CARRON BLAISE, Le bail des locaux nus ou bruts (*Rohbaumiete*), 20^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2018, p. 81 ss

CHAPPUIS CHRISTINE, Gestion d'affaire imparfaite : du nouveau, RSDA 2000, p. 201 ss (cité : CHAPPUIS 2000)

DIETSCHY-MARTENET PATRICIA, Bail à loyer et procédure civile, Bâle 2018

GROBET THORENS KARIN, La sous-location non autorisée et la gestion de mandat imparfaite – arrêt du TF, 19 novembre 2014, 4A_518/2014 et 4A_520/2014, *in* : Regard de marathoniens sur le droit suisse, Genève 2015, p. 153 ss (cité : GROBET THORENS 2015)

HASENBÖHLER FRANZ Die gemietete Familienwohnung, MRA 1995, p. 225 ss

HEINRICH PETER, Die Untermiete, thèse Zurich 1999

HIGI PETER/BÜHLMANN ANTON/WILDISEN CHRISTOPH, ZK, Kommentar der Artikel 253-273c OR, 5^e éd., Zurich 2019, 2020 et 2022 (cité : ZK HIGI/BÜHLMANN ou ZK HIGI/WILDISEN)

KOLLER THOMAS, Der vorgeschobene Eigenbedarf im Spannungsfeld zwischen Rechtskraft und Gerechtigkeit – Setzt das Bundesgericht für Vermieter Anreize zu flächendeckendem « Prozessbetrug » ?, MP 2019 p. 207 ss

LACHAT BORIS, Le locataire absent et la restitution des locaux, 21^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2020, p. 261 ss

LACHAT DAVID/GROBET THORENS KARIN/RUBLI XAVIER/STASTNY PIERRE, Le bail à loyer, éd. 2019, Lausanne 2019 (cité : LACHAT/COAUTEUR ÉVENTUEL)

LACHAT DAVID/LACHAT BORIS, Procédure civile en matière de baux et loyers, éd. 2019, Lausanne 2019 (cité : LACHAT/LACHAT)

MINDER MATTHIAS, Die Übertragung des Mietvertrags bei Geschäftsräumen (Art. 263 OR), thèse, Zurich 2010

MÜLLER JÜRIG P. (édit.), Handbücher für die Anwaltpraxis, Wohn – und Geschäftsraummiete, Zurich 2016 (cité : HAP AUTEUR)

PÜNTENER RICHARD, Zivilprozessrecht für die Mietrechtspraxis, Bâle 2016

SCHMID JORG, Gewinnherausgabe bei unerlaubter Untermiete, recht 4/2000, p. 205 ss (cité : SCHMID 2000)

STUDER FRANZ, Das Retentionsrecht in der Zwangsvollstreckung, thèse, Zurich 2000

SVIT, Das Schweizerische Mietrecht Kommentar, 4^e éd., Zurich 2018, (cité : SVIT AUTEUR)

WEBER ROGER, BsK, Kommentar der Artikel 253-273c CO, 7^e éd., Bâle 2020 (cité : BsK WEBER)

WEBER ROGER, Der gemeinsame Mietvertrag, thèse, Zurich 1993 (cité : WEBER 1993)

WEBER ROGER, Missbräuchliche Bedingungen der Untermiete, PJA 2000, p. 1025 ss (cité : WEBER 2000)

WESSNER PIERRE, Le divorce des époux et l'attribution à l'un d'eux des droits et obligations résultant du bail portant sur le logement de la famille, 11^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2000 (cité : WESSNER 2000)

WIEGAND WOLFGANG, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1999 und 2000, RJB 138/2002, p. 342 ss

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

Jurisprudence et nouveautés en matière de frais accessoires

par

Sandra Pereira¹

Juriste, Chambre vaudoise immobilière (CVI), Lausanne

I. Introduction.....	228
II. Jurisprudence du Tribunal fédéral	228
A. Introduction.....	228
B. L'exigence d'une convention spéciale entre les parties	229
1. Forme de la convention	229
2. Contenu de la convention	230
a) En général	230
b) Les frais de chauffage et d'eau chaude en particulier.....	233
3. Le montant des acomptes provisionnels et du forfait.....	234
a) Le montant de l'acompte provisionnel	235
b) Le montant du forfait.....	239
4. Silence et imprécision de la convention	239
a) Quant à la question de la prise en charge des frais accessoires par le locataire	239
b) Quant au mode de perception des frais accessoires.....	241

¹ L'auteure remercie Me David Sifonios, avocat à Lausanne, pour son apport très précieux à la présente contribution.

C. La modification des frais accessoires.....	241
1. Modification unilatérale	241
a) En cours de bail	241
b) Lors de la conclusion d'un nouveau contrat.....	246
c) Exemples de motivation admissible	247
2. Modification consensuelle.....	248
3. Conséquences d'un non-respect de l'art. 269 <i>d</i> CO	249
D. Conclusion	250
III. Production d'énergie	251
A. Le contracting énergétique.....	251
1. Introduction	251
2. Notion et éléments essentiels du contrat	252
3. Les coûts du contracting énergétique	255
4. Le report des coûts sur les locataires.....	256
a) Le contracting thermique	256
aa) Principes généraux en droit du bail	256
bb) L'introduction d'un contracting énergétique dans une nouvelle construction.....	259
cc) Le remplacement d'une installation de production de chaleur appartenant au bailleur par un contracting énergétique.....	261
b) Le contracting photovoltaïque	272
5. Conclusion.....	275
B. La consommation propre.....	275
1. Introduction	275
2. Notion et formes de consommation propre	276
3. Les conditions à la consommation propre.....	278

4. Les regroupements dans le cadre de la consommation propre.....	280
a) Les rapports externes du regroupement.....	280
b) Les rapports entre le propriétaire foncier et les locataires	281
aa) Nature juridique de la relation.....	281
bb) Constitution du regroupement.....	285
cc) Contenu de l'accord qui lie le propriétaire foncier et le locataire.....	286
dd) Prix de l'énergie autoconsommée	290
ee) Sortie du regroupement	295
c) Règlement des litiges.....	297
5. Conclusion.....	297
C. Le contrat de performance énergétique (survol)	298
1. Introduction	298
2. Notion et spécificités du contrat.....	298
3. Les coûts du contrat de performance énergétique	300
4. Le report des coûts sur les locataires.....	300
5. Conclusion.....	303
Bibliographie.....	305

I. Introduction

1. Après un rappel des exigences posées par le Tribunal fédéral concernant le contenu que doit revêtir l'accord qui lie le bailleur et le locataire en matière de frais accessoires pour être valable (II/B), ainsi que des conditions auxquelles cet accord peut être modifié en cours de bail ou lors de la conclusion du contrat (II/C), la présente contribution se penchera sur les nouvelles pratiques des propriétaires fonciers en matière de production d'énergie. Seront alors tour à tour présentés le recours au modèle du contracting thermique ou photovoltaïque (III/A), la mise en place de regroupements dans le cadre de la consommation propre étendus aux locataires ou fermiers (III/B), ainsi que quelques particularités du contrat de performance énergétique (III/C).

II. Jurisprudence du Tribunal fédéral

A. Introduction

2. La jurisprudence rendue par le Tribunal fédéral en matière de frais accessoires est abondante et un exposé complet de celle-ci n'aurait pas été envisageable.
3. Aussi, le présent chapitre se limitera tout d'abord à l'examen d'une question qui donne bien souvent lieu à des litiges entre bailleurs et locataires, celle du contenu que doit revêtir la convention qui les lie pour être valable (II/B).
4. En outre, au vu de la récente flambée des prix de l'énergie et des inquiétudes qu'elle a provoquées, tant dans le milieu des bailleurs que dans celui des locataires, un rappel des conditions auxquelles le Tribunal fédéral soumet la modification des frais accessoires en cours de bail ou à l'occasion d'un changement de locataire et des conséquences que pourrait impliquer un non-respect de ces règles par le bailleur, nous a également paru utile (II/C).

B. L'exigence d'une convention spéciale entre les parties

1. Forme de la convention

5. L'art. 257a al. 2 CO – qui, selon le Tribunal fédéral, se présente comme une règle d'interprétation particulière selon laquelle tous les frais accessoires qui n'ont pas été clairement convenus comme étant à la charge du locataire doivent être pris en charge par le bailleur – ne soumet pas l'accord sur les frais accessoires à une forme particulière ; sa validité ne saurait dès lors être conditionnée au respect de la forme écrite (art. 11 al. 2 CO).
6. Aussi, bien qu'elle soit le plus souvent passée par écrit, la convention sur les frais accessoires peut également résulter d'un accord oral, d'actes concluants ou encore des circonstances². Il en va ainsi notamment des immeubles dans lesquels la machine à laver ou le séchoir de la buanderie commune de l'immeuble fonctionnent, dès le début de la location, à l'aide d'une carte prépayée ou de monnaie ou encore des immeubles pourvus d'installations individuelles de chauffage ou de production d'eau chaude sanitaire (boiler individuel)³⁻⁴.
7. Toutefois, selon notre Haute Cour, lorsque le contrat de bail à loyer qui lie les parties est soumis à la forme écrite, l'accord

² ATF 135 III 591, cons. 4.3.4 ; TF du 19.04.2016, 4A_606/2015, cons. 4 ; TF du 20.07.2012, 4A_194/2012, cons. 2.1 ; TF du 28.07.2009, 4A_185/2009, cons. 2.1 et références citées ; TF du 21.03.2007, 4P.323/2006, cons. 2.1 et références citées ; TF du 16.11.2001, 4C.190/2001, cons. 2 c) et références citées.

³ ANSERMET/JAQUES/PEREIRA, p. 81 ; CPra Bail-BIERI, Art. 257a/257b CO, N 22 ; LCHAT DAVID ET AL., Le bail à loyer, p. 404 N 16.2.2.1.

⁴ A cet égard, les règles et usages locatifs vaudois (ci-après : « RULV ») – lesquels bénéficient de la force obligatoire pour l'ensemble des contrats de bail portant sur des habitations ou des locaux commerciaux situés dans des immeubles sis sur le territoire du canton de Vaud – prévoient que le locataire qui se chauffe individuellement doit procéder au contrôle, à l'entretien et à la révision des appareils (art. 32). Il doit également procéder à ses frais au détartrage des bouilleurs individuels (art. 9 let. k).

relatif aux frais accessoires qui seront facturés au locataire en sus du loyer doit également être passé en la forme écrite⁵.

2. Contenu de la convention

a) *En général*

8. Qu'ils soient perçus sous la forme d'un décompte annuel ou d'un forfait, les frais accessoires ne sont à charge du locataire que lorsque cela a été expressément convenu par les parties (art. 257a al. 2 CO)⁶.
9. Bien que, comme on l'a vu ci-dessus⁷, l'accord des parties sur la prise en charge de certains frais accessoires puisse exceptionnellement résulter des circonstances et non d'une clause contractuelle, le contrat doit généralement décrire de manière claire, précise et détaillée les postes qui seront mis à la charge du locataire afin que celui-ci comprenne facilement les frais accessoires qu'il devra assumer en sus du loyer mensuel net et cela, déjà au moment de la conclusion du contrat et non uniquement lors de la remise du décompte par le bailleur⁸⁻⁹.
10. Une liste à la Prévert ou clause dite « fourre-tout », qui ne correspondrait pas à la situation spécifique de l'immeuble – parce que contenant notamment des frais que le bailleur n'assume pas lors de la conclusion du contrat ou des frais dont la survenance n'est pas prévisible et cela indépendamment du comportement

⁵ ATF 135 III 591, cons. 4.3.4 et références citées ; TF du 04.02.2016, 4A_622/2015, cons. 3.1 ; TF du 24.10.2006, 4C.224/2006, cons. 2.1 et référence citée.

⁶ En ce sens également CPra Bail-BIERI, Art. 257a/257b CO, N 26 et référence citée ; LACHAT DAVID ET AL., Le bail à loyer, p. 403 N 16.2.1 et références citées en note 21 ; PEREIRA, p. 83.

⁷ Voir *supra* N 6.

⁸ ATF 135 III 591, cons. 4.3.1 ; TF du 13.01.2020, 4A_288/2020, cons. 7.1 ; TF du 01.06.2018, 4A_134/2018, cons. 4.1 ; TF du 31.08.2017, 4A_71/2016, cons. 2.1 et référence citée.

⁹ CPra Bail-BIERI, Art. 257a/257b CO, N 24 et références citées.

des parties – risque également de ne pas être valable¹⁰⁻¹¹. En effet, d'une part, une telle liste ne permet pas au locataire de comprendre quelles prestations sont effectivement mises à sa charge dès la conclusion du contrat. D'autre part, elle permettrait au bailleur de facturer, à l'avenir, de nouveaux frais accessoires sans passer par la procédure impérative prévue à l'art. 269d CO¹².

11. Le fait que l'énumération des postes mis à la charge du locataire soit introduite par des termes tels que « notamment » ou « en particulier » ne saurait toutefois suffire à l'invalider pour les postes explicitement mentionnés. Il en va de même lorsque la liste de frais accessoires n'est pas exhaustive – elle contient, par exemple, des postes tels que « frais d'exploitation qui ne sont pas connus à l'heure actuelle » ou « taxes publiques actuelles et futures » –, le locataire pouvant aisément comprendre quels postes lui seront effectivement facturés¹³⁻¹⁴.
12. Des clauses contractuelles cumulant des aspects individuels et généraux, comme par exemple « le locataire participe à tous les frais d'exploitation sous réserve d'une dérogation contractuelle expresse » ou « tous les frais accessoires sont mis à la charge du locataire à condition qu'ils concernent l'immeuble dans lequel se trouvent les locaux loués » sont toutefois contraires au droit¹⁵.
13. Par ailleurs, selon le Tribunal fédéral, on ne saurait attendre du locataire qu'il se fasse une idée des frais accessoires qu'il aura à payer par une consultation attentive des conditions générales

¹⁰ Il en va différemment des frais de chauffage et d'eau chaude pour lesquels le Tribunal fédéral se montre plus souple. Voir *infra* N 17 s.

¹¹ CdB 2018 11, spéc. note de JULIETTE PERRIN, p. 18.

¹² Arrêt n° 510 de la Cour d'appel civil du TC VD du 13 septembre 2016.

¹³ TF du 13.01.2021, 4A_288/2020, cons. 7.1 ; TF du 28.07.2009, 4A_185/2009, cons. 2.4.3.

¹⁴ De telles mentions ne sauraient toutefois permettre au bailleur de s'économiser la procédure impérative de l'art. 269d CO lorsqu'il entendra mettre à la charge du locataire de nouveaux frais accessoires, inexistantes ou compris dans le loyer net au moment de la conclusion du contrat (voir ci-après II/C/1, N 43 ss).

¹⁵ CPra Bail-BIERI, Art. 257a/257b CO, N 28 ; arrêt n° 197 de la Cour d'appel civile du TC VD du 5 avril 2016.

annexées au contrat. Aussi, le renvoi à une annexe standardisée du contrat telle que les « Conditions générales du bail à loyer pour habitation » n'est pas suffisant pour admettre que les parties ont passé une convention spéciale sur les frais accessoires, en particulier lorsque le renvoi effectué laisse présupposer qu'il n'y a eu aucune adaptation spéciale aux rapports de bail en cause¹⁶. Le fait que l'annexe en cause soit facile à trouver ne change rien à cet état de fait¹⁷.

14. Font exception à ce principe les frais accessoires déjà attribués au locataire dans le contrat et pour lesquels les conditions générales ne constitueraient qu'une concrétisation, ainsi que les dispositions générales signées par le locataire pour faire partie intégrante du contrat et qui prévoient la mise à la charge du locataire de certains frais accessoires précis¹⁸.
15. On ne saurait en outre présumer que les frais accessoires mis à la charge des locataires d'un même immeuble sont nécessairement les mêmes. Aussi, un locataire qui a précédemment occupé un autre appartement dans le même immeuble ne connaît pas forcément les frais accessoires qui seront mis à sa charge dans un nouveau logement et cela, même dans l'hypothèse où les postes à sa charge ont fait l'objet d'un accord spécifique discuté par les parties dans le cadre du premier contrat¹⁹.

¹⁶ Il en irait différemment si le contrat renvoie à une annexe spécifique ou une liste qui, bien que « standard », contient un certain nombre de postes biffés, ou des ajouts manuels démontrant ainsi qu'elle a été adaptée à la situation des parties. TF du 29.07.2009, 4A_185/2009, cons. 2.4.1 à 2.4.3.

¹⁷ ATF 135 III 591, cons. 4.3.1 ; TF du 09.09.2019, 4A_149/2019, cons. 2.1 et références citées ; TF du 04.02.2016, 4A_622/2015, cons. 3.3.

¹⁸ TF du 04.02.2016, 4A_622/2015, cons. 3.3.1 ; TF du 28.07.2009, 4A_185/2009, cons. 2.1

¹⁹ TF du 25.02.2018, 4A_451/2017, cons. 4.3.3 et 4.3.5. Il est à noter que, dans cette affaire, les circonstances prévalant entre la conclusion de l'accord spécifique sur les frais accessoires valant pour le premier contrat de bail et la conclusion du contrat portant sur le second logement, laissaient, selon notre Haute Cour, clairement entendre aux locataires que les frais accessoires à leur charge ne seraient pas les mêmes entre le premier et le second contrat de bail. En effet, la gérance de l'immeuble avait changé, l'accord conclu n'était pas

16. Enfin, selon le Tribunal fédéral, un accord valable sur les frais accessoires existe et cela, indépendamment du texte du contrat, si les locataires admettent, en cours de procédure, qu'ils ont été informés des frais accessoires à leur charge²⁰.

b) Les frais de chauffage et d'eau chaude en particulier

17. Selon le Tribunal fédéral, les dépenses entrant dans la notion de « frais de chauffage et de préparation d'eau chaude » n'ont pas besoin d'être spécifiquement détaillées, dès lors que le commun des locataires peut aisément comprendre les différents postes qu'une telle clause comprend, contrairement à des rubriques telles que « frais d'exploitation » ou « acompte de frais accessoires »²¹.
18. En outre, quand bien même une telle clause comprendrait des frais qui ne concernent pas l'immeuble en cause et, partant, des coûts qui ne correspondent pas à des dépenses effectives du bailleur, elle reste valable dans la mesure où le locataire peut, de bonne foi, comprendre que les frais de chauffage et de préparation d'eau chaude sont mis à sa charge. Selon notre Haute Cour, il appartient ainsi au locataire qui l'estime nécessaire de s'enquérir spontanément auprès du bailleur sur l'existence d'installations particulières dans l'immeuble – chauffage à distance, panneaux solaires, pompe à chaleur – pouvant avoir une incidence sur le montant des frais accessoires qui lui sera

mentionné dans le nouveau contrat et l'acompte mensuel perçu pour les frais accessoires avait diminué.

²⁰ TF du 09.09.2019, 4A_149/2019, cons. 2.3. Dans cette affaire, le texte du contrat ne comprenait que la mention « autres frais accessoires » et, pour le contenu, renvoyait le locataire à consulter des dispositions contractuelles préformulées, ce qui, selon les juges de Mon-Repos, ne constitue pas un accord valable sur les frais accessoires. Or, dans la mesure où en procédure les locataires ont reconnu avoir été informés des postes de frais accessoires mis à leur charge, un accord valable a néanmoins été retenu.

²¹ TF du 31.08.2017, 4A_719/2016, cons. 2.2.1. Egalement dans ce sens, CPra Bail-BIERI, Art. 257a/257b CO, N 61.

finalement réclamé²². S'il ne le fait pas, il ne saurait, par la suite, reprocher au bailleur un manque de transparence.

3. Le montant des acomptes provisionnels et du forfait

19. Les frais peuvent être perçus par le bailleur sur la base d'acomptes provisionnels, sur la base d'un forfait calculé sur la moyenne des frais des trois dernières années (art. 4 al. 2 OBLF) ou encore être acquittés par le locataire directement en mains des tiers fournisseurs au titre de « charges individuelles ». Ces trois systèmes peuvent également être combinés entre eux²³.
20. En pratique, les parties optent le plus souvent pour le système des acomptes provisionnels et non pour le système des frais accessoires perçus forfaitairement, car ce dernier est peu adapté à la fluctuation des frais variables comme le coût du combustible²⁴⁻²⁵.
21. Quel que soit le système de perception choisi, le bailleur n'est pas tenu de fixer une provision ou un montant forfaitaire séparé pour chacun des postes qui composent les frais accessoires dont le locataire devra s'acquitter en sus de son loyer mensuel net ; la

²² TF du 31.08.2017, 4A_719/2016, cons. 2.2.1 ; TF du 10.04.2016, 4A_606/2015, cons. 4.

²³ CPra Bail-BIERI, Art. 257a/257b CO, N 33 ; LACHAT DAVID ET AL., Le bail à loyer, p. 408 N 16.3.7 ; PEREIRA, p. 82.

²⁴ LACHAT DAVID ET AL., Le bail à loyer, p. 407 N 16.3.4.

²⁵ L'actualité nous en offre un bel exemple. En effet, la forte augmentation du prix des énergies pose des difficultés à de nombreux bailleurs qui, jusque-là, percevaient les frais sous la forme d'un forfait. Pour pouvoir répercuter ces hausses de prix – parfois très importantes – sur les montants acquittés par les locataires, les bailleurs ont le choix entre une hausse du forfait ou le passage du système du forfait à celui des acomptes provisionnels. Or, dans le premier cas, le montant du forfait et partant, son augmentation doit se fonder sur les coûts effectifs des trois derniers exercices (art. 4 al. 2 OBLF). La hausse actuelle des prix ne pourra ainsi pas être répercutée immédiatement sur les forfaits acquittés par les locataires. Par ailleurs, un changement du système de perception des frais accessoires ne pourra, quant à lui, être notifié que pour l'échéance suivante, laquelle peut s'avérer lointaine. Les bailleurs devront donc supporter les hausses dans l'intervalle.

fixation d'un montant global pour l'ensemble des prestations est tout à fait admissible²⁶.

a) Le montant de l'acompte provisionnel

22. Lorsque les frais accessoires sont perçus sous la forme d'acomptes provisionnels, le locataire s'acquitte ponctuellement – généralement une fois par mois – d'un montant convenu à l'avance en sus de son loyer mensuel net. Le bailleur, quant à lui, doit établir un décompte et le présenter au locataire au moins une fois par an (art. 4 al. 1 OBLF) ; il n'est pas en droit de réaliser un quelconque bénéfice²⁷.
23. La question du rapport existant entre le montant des acomptes provisionnels convenu et le montant effectif des frais accessoires n'étant pas réglée par la loi, elle relève de la liberté contractuelle des parties²⁸.
24. En cas de litige concernant le montant des acomptes provisionnels, le juge saisi devra, dans un premier temps, rechercher la réelle et commune intention des parties lors de la conclusion du contrat (art. 18 al. 1 CO). A défaut de pouvoir la déterminer, le contrat devra alors être interprété selon la volonté objective des parties, en déterminant le sens que, d'après les règles de la bonne foi, chacune d'elles pouvait et devait raisonnablement prêter aux déclarations de volonté de l'autre en tenant compte notamment de l'ensemble des circonstances qui ont précédé les déclarations et dans lesquelles elles ont été passées (interprétation selon le principe de la confiance)²⁹.
25. Or, selon le Tribunal fédéral, le terme « acompte » suggère clairement au locataire que les montants dont il s'acquitte ponctuellement constituent uniquement des paiements provisoires, lesquels seront ultérieurement crédités sur le montant

²⁶ TF du 28.07.2009, 4A_185/2009, cons. 2.4.1.

²⁷ TF du 04.03.2021, 4A_433/2020, cons. 2.4.1 et référence citée.

²⁸ ATF 132 III 24, cons. 4 ; TF du 29.01.2019, 4A_339/2018, cons. 1.1.1.

²⁹ ATF 132 III 24, cons. 4 ; TF du 29.01.2019, 4A_339/2018, cons. 1.6.2.3.

des frais effectifs. La différence entre le montant des acomptes payés et le montant des frais effectifs devra alors être « soldée » par une restitution du bailleur au locataire, lorsque le total des acomptes acquittés par ce dernier est supérieur aux frais effectifs, ou par un versement du locataire au bailleur, lorsque les acomptes versés n'ont pas suffi à couvrir les frais effectifs³⁰. Ainsi, en s'acquittant du solde à sa charge, le locataire ne fait qu'exécuter son obligation contractuelle et il n'existe dès lors aucune présomption légale que l'acompte versé couvre les frais facturés dans le décompte annuel.

26. En l'absence d'une disposition légale imposant le versement de provisions pour frais accessoires par le locataire ou leur montant, il convient, selon les juges de Mon-Repos, de considérer que les parties au contrat sont libres de prévoir un montant d'une faible importance et que, même lorsque le montant fixé est très en deçà des frais effectifs, le locataire sera tenu de s'acquitter de l'éventuel solde à sa charge, y compris lorsque celui-ci est particulièrement important³¹.
27. Les accords relatifs au montant des acomptes de frais accessoires servent principalement à éviter que le locataire ne doive s'acquitter de frais trop importants en fin de période, mais également à réduire le risque d'un éventuel non-recouvrement du bailleur³². Si, pour le locataire potentiel, la limitation des frais accessoires à un certain montant constitue une condition nécessaire à la conclusion du contrat, il lui appartient de s'en assurer lors des négociations précontractuelles, le bailleur n'étant pas tenu de l'informer spontanément, y compris lorsqu'il est

³⁰ ATF 132 III 24, cons. 5.1 ; TF du 04.03.2021, 4A_433/2020, cons. 2.1 ; TF du 29.01.2019, 4A_339/2018, cons. 1.1.1.

³¹ BOHNET/CONOD, N 384 et références citées.

³² ATF 132 III 24, cons. 5.1.1.

probable que les acomptes perçus ne couvriront pas les frais effectifs³³⁻³⁴.

28. Le locataire ne pourra en conséquence se prévaloir d'une erreur essentielle au sens des art. 23 ss CO – ce qui lui permettrait d'invalider partiellement le contrat – que s'il s'est enquis spécifiquement auprès du bailleur de la question du rapport existant entre le montant de l'acompte provisionnel et le montant effectif des frais lors de la conclusion du contrat de bail à loyer³⁵.
29. Le Tribunal fédéral a également estimé que la fixation d'un acompte de frais accessoires nettement inférieur aux coûts effectifs ne peut être constitutive d'un dol au sens de l'art. 28 CO³⁶.
30. En effet, selon les juges de Mon-Repos, on ne peut admettre, dans une telle hypothèse, que le locataire a délibérément été amené à croire que le montant des acomptes correspondait aux frais effectifs ou s'est vu dissimuler des circonstances sans lesquelles il n'aurait pas conclu la convention ou ne l'aurait pas conclue avec le même contenu. Ceci s'explique par le fait que le bailleur n'est pas tenu – lors des négociations précontractuelles – de donner au locataire des informations relatives quant au montant

³³ TF du 04.02.2010, 4A_268/2009, cons. 2 ; TF du 29.01.2019, 4A_339/2018, cons. 1.1.2.

³⁴ *Contra* CPra Bail-BIERI (Art. 257a/257b CO, N 56) qui estime que l'obligation des parties de se comporter de bonne foi implique que le bailleur tienne compte des factures connues ou du dernier décompte établi pour la fixation de l'acompte mensuel.

³⁵ *Contra* LACHAT DAVID ET AL. (Le bail à loyer, p. 409 s. N 16.4.3 et références citées) qui estime que le bailleur a l'obligation non seulement de se baser sur le dernier décompte ou sur les conseils d'un professionnel pour déterminer le montant des acomptes mais, également, d'informer le locataire lors des pourparlers précontractuels d'une éventuelle insuffisance des provisions, le locataire ayant, selon les circonstances (notamment lorsque la marge entre le solde et les provisions perçues est supérieure à 15%, voire 10%), la possibilité d'invalider le contrat pour erreur essentielle (art. 23 CO) ou dol (art. 28 CO). Pour une autre critique de l'ATF 132 III 24, voir également PÜNTENER.

³⁶ TF du 04.02.2010, 4A_268/2009, cons. 2.

effectif présumé des frais accessoires, y compris lorsque ceux-ci dépassent largement les acomptes convenus.

31. En conséquence, ce n'est que lorsque le bailleur a sciemment tu certains éléments alors que le locataire se renseignait sur les frais accessoires ou qu'il a volontairement donné de fausses informations, que les règles sur les vices du consentement (erreur essentielle ou dol) peuvent entrer en ligne de compte pour autant qu'ils soient invoqués par le locataire dans l'année qui suit la découverte de l'erreur ou du dol (art. 31 al. 2 CO)³⁷.
32. Selon notre Haute Cour, une responsabilité pour *culpa in contrahendo* ne peut, quant à elle, être retenue que dans l'hypothèse où le bailleur cache sciemment au locataire qui s'en enquiert que les acomptes perçus sont trop bas par rapport aux montants qui seront effectivement dus. Un tel postulat suppose toutefois que le bailleur connaisse le montant des frais effectivement dus ou puisse aisément les évaluer, ce qui n'est que rarement le cas dès lors que les coûts réels dépendent de l'utilisation qui est faite de la chose louée, notamment du comportement du locataire, mais également du prix des énergies et des prestations des tiers³⁸.
33. Enfin, selon le Tribunal fédéral, la liberté des parties quant à la fixation du montant des provisions pour frais accessoires ne contrevient pas non plus aux règles sur les loyers abusifs (art. 270 CO) et le fait que les acomptes fixés contractuellement soient nettement inférieurs aux frais effectifs n'a dès lors aucune incidence sur la possibilité du locataire de contester le loyer initial, une telle contestation n'étant possible que si le bailleur tire de la chose louée un revenu locatif net surfait³⁹.

³⁷ TF du 04.02.2010, 4A_268/2009, cons. 2 ; BOHNET/CONOD, N 384 et références citées ; DIETSCHY-MARTENET, p. 3.

³⁸ ATF 132 III 24, cons. 5.1.1 ; TF du 29.01.2019, 4A_339/2018, cons. 1.6.3.1.

³⁹ TF du 29.01.2019, 4A_339/2018, cons. 1.6.2.1 ; DIETSCHY-MARTENET, p. 2 s.

b) Le montant du forfait

34. Le montant du forfait doit être calculé sur une moyenne des frais de trois ans (art. 4 al. 2 OBLF)⁴⁰ afin d'éviter qu'il ne s'écarte trop des coûts effectivement pris en charge par le bailleur. Cette règle constitue une compensation au regard de la dérogation faite au principe des coûts effectifs⁴¹.

4. Silence et imprécision de la convention

a) Quant à la question de la prise en charge des frais accessoires par le locataire

35. A défaut de convention ou lorsque le contrat conclu n'est pas clair s'agissant de la prise en charge des frais accessoires par le locataire, ceux-ci sont réputés compris dans le loyer mensuel net et le bailleur devra en supporter seul le paiement⁴².
36. Le locataire pourra, sur la base des règles sur l'enrichissement illégitime (art. 62 ss CO), réclamer au bailleur le remboursement de tout ou partie des montants (acomptes provisionnels ou forfaits) dont il se sera acquitté par erreur⁴³.
37. En principe, l'établissement d'un décompte annuel de frais accessoires et le paiement – par le bailleur ou le locataire – de l'éventuel solde en faveur de l'autre partie ne changent rien à cet état de fait et n'excluent ainsi pas des réclamations ultérieures

⁴⁰ A cet égard, CPra Bail-BIERI (Art. 257a/257b CO, N 39) relève, à notre sens à juste titre, que bien que l'OBLF ne précise pas si le montant du forfait doit être calculé sur la moyenne des trois derniers exercices **consécutifs**, une telle exigence doit toutefois être déduite du but visé par le législateur.

⁴¹ ATF 132 III 24, cons. 3.3 et références citées.

⁴² ATF 121 III 460, cons. 2a/2aa ; 137 III 362, cons. 3.2.1 ; TF du 01.06.2018, 4A_134/2018, cons. 4.1 ; TF du 22.02.2018, 4A_451/2017, cons. 4.3.5 ; TF du 06.07.2011, 4A_268/2011, cons. 3.2.1 ; TF du 16.11.2001 4C.190/2001, cons. 2 c).

⁴³ TF du 22.02.2018, 4A_451/2017, cons. 5 ; TF du 03.10.2006, 4C.250/2006, cons. 2.

concernant le contenu du décompte ou le mode de perception des frais accessoires.

38. En effet, le bailleur qui a omis de prendre en compte une facture lors de l'établissement du décompte annuel pourra s'en prévaloir dans le cadre d'un décompte ultérieur.
39. En outre, le paiement, par le locataire, de frais accessoires indus – parce que ne figurant par exemple pas dans la convention conclue entre les parties – ne signifie pas que celui-ci en ait admis le bien-fondé⁴⁴. Il en va de même lorsque le locataire s'acquitte de soldes résultant des décomptes qui lui ont été adressés par bailleur alors même que les parties ont convenu que les frais accessoires seraient perçus sous la forme d'un forfait mensuel.
40. Le décompte annuel peut toutefois être tenu pour approuvé tacitement par le locataire lorsque celui-ci ne le conteste pas dans le délai prévu par le contrat ou imparti ultérieurement par le bailleur. Une telle acceptation tacite ne vaut toutefois pas renonciation à d'éventuelles prétentions ultérieures. Elle entraîne simplement un renversement du fardeau de l'allégation et de la preuve. Le locataire devra alors alléguer et prouver le caractère injustifié des montants ou des postes qu'il conteste et établir depuis quand il a connaissance de l'inexactitude du décompte⁴⁵⁻⁴⁶.
41. Enfin, dans certains cas, notamment lorsque le locataire a admis avoir été informé des frais accessoires mis à sa charge en cours de procédure, il y a lieu d'admettre un accord valable sur cette question indépendamment du texte du contrat de bail⁴⁷.

⁴⁴ TF du 21.03.2006, 4P.323/2006, cons. 2.2.2 ; LCHAT DAVID ET AL., *Le bail à loyer*, p. 404 N 16.2.2, spéc. note 26 et références citées.

⁴⁵ TF du 19.04.2016, 4A_606/2015, cons. 5. Voir également, LCHAT DAVID ET AL., *Le bail à loyer*, p. 426 N 16.9.8.

⁴⁶ Le bailleur supporte, en revanche, le fardeau de l'allégation et de la preuve lorsque le locataire s'oppose, dans les délais et par écrit, au décompte qui lui a été notifié par le bailleur et au solde de frais accessoires qui en résulte (TF du 04.03.2021, 4A_433/2020, cons. 2.5.3 et 5.1).

⁴⁷ TF du 09.09.2019, 4A_149/2019, cons. 2.3. Voir ég. *supra* N 16.

b) Quant au mode de perception des frais accessoires

42. En cas de doute sur la volonté des parties quant au mode de perception des frais accessoires sous la forme d'un acompte ou d'un forfait mensuel, le premier doit être présumé dès lors qu'il correspond mieux au principe des coûts effectifs⁴⁸.

C. La modification des frais accessoires

1. Modification unilatérale

a) En cours de bail

43. En cours de bail, le bailleur peut – même en l'absence de circonstances nouvelles⁴⁹ – modifier unilatéralement le régime de perception des frais accessoires. Il peut ainsi notamment facturer séparément des frais accessoires jusque-là compris dans le montant du loyer mensuel net, facturer des frais nouvellement survenus⁵⁰ ou encore changer le système de perception des frais accessoires qui prévalait jusque-là, à savoir passer de la méthode de l'acompte provisionnel à celle du forfait et inversement.
44. Cette dérogation au principe « *pacta sunt servanda* » a été introduite par le législateur pour les baux d'habitation et de locaux commerciaux dans le but de protéger le locataire contre les résiliations destinées exclusivement à adapter le contrat aux conditions nouvelles⁵¹.
45. Le bailleur qui souhaite procéder à une telle modification doit toutefois procéder conformément à ce qui est prescrit à l'art. 269d

⁴⁸ CPra Bail-BIERI, Art. 257a/257b CO, N 43 ; LACHAT DAVID ET AL., Le bail à loyer, p. 407 N 16.3.6 et références citées par ces deux auteurs ; PEREIRA, p. 82.

⁴⁹ ATF 121 III 460, cons. 3 b).

⁵⁰ Par exemple, une nouvelle taxe publique comme la taxe pour l'enlèvement et l'élimination des ordures (TBx VD du 09.04.2014, CdB 2015 55) ou encore des dépenses en lien avec une nouvelle installation de l'immeuble comme, par exemple, l'abonnement d'entretien annuel de l'ascenseur nouvellement construit dans l'immeuble.

⁵¹ ATF 121 III 460, cons. 2 bb).

- al. 1 et 2 CO pour les augmentations de loyer, cette disposition étant applicable aux modifications unilatérales du contrat au détriment du locataire par le renvoi de l'art. 269d al. 3 CO.
46. Aux termes de l'art. 269d al. 1 CO, « le bailleur peut en tout temps majorer le loyer pour le prochain terme de résiliation. L'avis de majoration du loyer, avec indication des motifs, doit parvenir au locataire dix jours au moins avant le début du délai de résiliation et être effectué au moyen d'une formule agréée par le canton ».
 47. Cette disposition est complétée par l'art. 19 al. 1 let. b OBLF qui prévoit que la formule officielle doit désigner les prétentions du bailleur, la date de leur entrée en vigueur, ainsi que les motifs qui les justifient. Lorsque ces derniers figurent dans une lettre d'accompagnement, le bailleur doit s'y référer expressément dans la formule officielle (art. 19 al. 1^{bis} OBLF).
 48. Selon la jurisprudence, l'art. 269d CO prescrit une forme écrite qualifiée que doivent revêtir non seulement la portée mais également les motifs de la modification annoncée par le bailleur. Des renseignements donnés par un autre moyen – par exemple, des pièces produites en cours de procédure par le bailleur ou des explications orales et/ou écrites données par celui-ci au locataire avant l'envoi du formulaire officiel – ne peuvent servir qu'à interpréter ou préciser les motifs indiqués sur le formulaire ou son annexe (art. 19 al. 1^{bis} OBLF) et non à étendre ou remplacer une indication omise⁵².
 49. Les motifs indiqués doivent être suffisamment précis pour permettre au locataire de saisir la portée et la justification de la modification annoncée par le bailleur, de manière à pouvoir apprécier en pleine connaissance de cause l'opportunité de la contester ou non⁵³.
 50. A la simple lecture de la formule officielle qui lui est notifiée ou de l'annexe à laquelle elle renvoie expressément (art. 19 al. 1^{bis}

⁵² ATF 137 III 362, cons. 3.2.1 ; TF du 06.07.2011, 4A_268/2011, cons. 3.2.1.

⁵³ ATF 137 III 362, cons. 3.2.1 ; TF du 08.02.2021, 4A_374/2020, cons. 7.1 ; TF du 06.07.2011, 4A_268/2011, cons. 3.2.1.

OBLF), le locataire doit ainsi pouvoir déterminer si les frais accessoires qui lui seront dorénavant facturés séparément résultent de nouveaux frais accessoires inexistantes lors de la conclusion du contrat ou de frais dont le coût était jusque-là couvert par le loyer net. Il doit également pouvoir comprendre si le montant du nouvel acompte/forfait correspond aux dépenses jusque-là supportées par le bailleur⁵⁴ ou si le transfert des coûts engendre une hausse du loyer. On ne saurait sur ce point le renvoyer à consulter les bases de calcul internes du bailleur⁵⁵⁻⁵⁶.

51. Pour ce faire, la formule elle-même ou son annexe doit énumérer précisément quels frais seront désormais facturés séparément, s'il s'agit de frais précédemment compris dans le loyer ou de frais nouvellement survenus et, pour chacun d'eux, les motifs exacts de la prétention⁵⁷.
52. En outre, lorsqu'il s'agit de frais qui étaient jusque-là compris dans le loyer, le Tribunal fédéral exige du bailleur qu'il indique sur la formule les montants qu'il dépensait précédemment pour les frais qui seront désormais perçus séparément. A cet égard, il n'est pas nécessaire que le bailleur procède à un examen de la moyenne des coûts de plusieurs années, l'indication des charges

⁵⁴ En effet, s'il n'est pas possible, pour le bailleur, de chiffrer avec exactitude le coût futur des frais accessoires qui seront nouvellement mis à la charge du locataire, ce dernier doit, à tout le moins, être renseigné sur les coûts que ces frais accessoires ont générés jusque-là. TF du 08.02.2021, 4A_374/2020, cons. 7.4.2.1. ; TF du 06.07.2011, 4A_268/2011, cons. 3.3 et référence citée.

⁵⁵ TF du 08.02.2021, 4A_374/2020, cons. 7.1 ; TF du 06.07.2011, 4A_268/2011, cons. 3.2.1 ; MONTINI, p. 3.

⁵⁶ Le bailleur n'est toutefois pas tenu de prouver sa déclaration en y joignant, par exemple, l'ensemble des factures des années précédentes. TF du 08.02.2021, 4A_374/2020, cons. 7.4.2.1 et référence citée.

⁵⁷ TF du 08.02.2021, 4A_374/2020, cons. 7.4.2.1 et référence citée ; MONTINI, p. 3 s.

de l'année écoulée étant suffisante selon notre Haute Cour⁵⁸⁻⁵⁹. Il n'est pas non plus nécessaire que le locataire soit informé sur les dépenses engagées séparément pour chaque poste et il suffit qu'il connaisse le montant total⁶⁰.

53. L'opération devant en principe être économiquement neutre pour le locataire, la facturation des frais accessoires précédemment compris dans le loyer devrait s'accompagner d'une réduction proportionnelle de celui-ci. A défaut, il y a une augmentation du loyer mensuel net, laquelle doit être justifiée⁶¹⁻⁶².
54. Une telle réduction ne se justifie toutefois évidemment pas dans le cas de frais nouvellement facturés au bailleur dès lors que le loyer mensuel net ne les comprenait pas, ceux-ci étant inexistantes au jour de la signature du contrat. Dans ce cas, le fait que la nouvelle prétention ne puisse pas encore être chiffrée et que le bailleur ne puisse ainsi pas indiquer un montant précis et individualisé sur la formule officielle qu'il notifie au locataire

⁵⁸ TF du 08.02.2021, 4A_374/2020, cons. 7.4.1 et 7.4.2.3. Selon le Tribunal fédéral, une moyenne des coûts sur plusieurs exercices serait en revanche nécessaire dans le cadre de l'examen de la conformité du nouveau loyer aux art. 269 CO ss.

⁵⁹ Jusqu'à cet arrêt, certains auteurs préconisaient que le bailleur tienne compte d'une moyenne des frais effectifs des trois dernières années : CPra Bail-BIERI (Art. 257a/257b CO, N 141) qui estime que l'établissement d'une moyenne n'est utile que pour les frais « variables » qui dépendent du comportement du locataire ; BOHNET/CONOD, N 123 ; MAAG, p. 90 et référence citée ; MONTINI, p. 3 ; PEREIRA, p. 89.

⁶⁰ TF du 08.02.2021, 4A_374/2020, cons. 7.4.2.2 (« *Um diese Beurteilung vornehmen zu können, muss er nicht den Aufwand kennen, der bislang für jede einzelne Position gesondert anfiel; es reicht aus, wenn er um den Gesamtbetrag weiss* »).

⁶¹ S'agissant des principes et méthodes applicables en matière de fixation et de variation de loyer en cours de bail ou lors de la fixation du loyer initial, voir ANSERMET/JAQUES/PEREIRA, p. 33 ss.

⁶² Dans les cantons qui prévoient des formulaires officiels distincts pour les hausses de loyer et pour les modifications effectuées au détriment du locataire (Vaud et Neuchâtel pour les cantons romands), le bailleur qui ne procède pas à la réduction proportionnelle du loyer veillera ainsi, à notre sens, à également notifier au locataire le formulaire officiel de hausse de loyer dûment rempli et motivé.

n'est en soi pas pertinent pour la validité de la modification annoncée⁶³.

55. S'agissant, enfin, des délais à respecter, l'art. 269d al. 1 CO (applicable par le renvoi de l'art. 269d al. 3), prévoit que la modification annoncée par le bailleur ne peut produire des effets que pour le prochain terme de résiliation. La formule officielle doit parvenir au locataire au moins 10 jours avant le début du délai de résiliation du contrat de bail à loyer⁶⁴, faute de quoi elle n'entrera en vigueur qu'à l'échéance suivante.
56. Le découplage auquel le bailleur doit procéder lorsqu'il entend apporter des modifications au système de perception des frais accessoires peut s'avérer ardu. En effet, il doit faire preuve d'une grande précision, en particulier lorsque la modification envisagée consiste en la facturation de frais accessoires jusque-là compris dans le loyer. Ceci, afin d'éviter les conséquences résultant d'un non-respect des règles légales et jurisprudentielles⁶⁵.
57. Aussi, avant toute chose, le bailleur sélectionnera soigneusement les frais accessoires qu'il entend facturer au locataire en sus du loyer mensuel. Il déterminera ensuite s'il s'agit de frais qui lui sont nouvellement facturés ou, en revanche, de frais qui étaient, jusque-là, compris dans le loyer. Pour ces derniers, il établira les dépenses qu'il a effectivement assumées jusque-là. Ce n'est qu'une fois l'ensemble de ces éléments déterminés qu'il pourra remplir correctement le formulaire officiel avant de l'adresser au locataire.

⁶³ TBx VD du 09.04.2014, CdB 2015 55.

⁶⁴ La théorie relative de la réception, selon laquelle le courrier recommandé est reçu au moment où le destinataire le retire effectivement au guichet de la poste et, dans tous les cas, le septième et dernier jour du délai de garde de la poste, s'applique dans ce cas. ATF 137 III 208, cons. 3.1.3 et référence citée. Sur ce point, voir également BOHNET, p. 18.

⁶⁵ Voir ci-après N 68 ss.

b) Lors de la conclusion d'un nouveau contrat

58. Selon le Tribunal fédéral, les exigences posées par la jurisprudence en cas de modification dans la perception des frais accessoires en cours de bail s'appliquent également lors de la conclusion d'un nouveau contrat de bail⁶⁶.
59. Aussi, dans les cantons qui ont rendu l'utilisation d'une formule officielle obligatoire pour la conclusion de tout nouveau bail (art. 270 al. 2 CO)⁶⁷, le bailleur y indiquera en détail quels sont les frais accessoires nouvellement à la charge du locataire.
60. Pour chacun de ces postes, il précisera en outre les motifs de la prétention, s'il s'agit de nouveaux frais accessoires⁶⁸ ou de frais dont le coût était auparavant compris dans le loyer mensuel net, ainsi que, le cas échéant, le montant total des dépenses assumées jusque-là par le bailleur.
61. Enfin, comme lors d'une modification de la perception des frais accessoires intervenant en cours de bail, la facturation séparée de frais accessoires jusque-là compris dans le loyer net doit en principe s'accompagner d'une réduction proportionnelle de ce celui-ci. A défaut, il en résulte une hausse de loyer, laquelle doit être clairement indiquée et motivée sur l'avis officiel de

⁶⁶ TF du 10.07.2018, 4A_571/2017, cons. 4.1.1.3. Dans cet arrêt, bien qu'il ait admis la nullité du loyer initial pour défaut de motivation suffisante sur le formulaire officiel, le Tribunal fédéral a fait échec à la demande des locataires au motif qu'elle relevait de l'abus de droit, la hausse du loyer mensuel brut étant inférieure à 10%. Sur les différentes questions que cet arrêt soulève, voir les analyses de CONOD, p. 3 ss et de BOHNET/CONOD, N 125.

⁶⁷ Dans les cantons romands, la formule officielle de notification de loyer initial est obligatoire, au 1^{er} janvier 2022, sur l'ensemble du territoire du canton de Genève, dans certaines communes neuchâteloises et dans certains districts vaudois.

⁶⁸ Par exemple, la perception d'une nouvelle taxe publique ou encore des frais relatifs à une nouvelle installation de l'immeuble. Voir *supra* n. 50.

notification de loyer initial, en principe à l'aide de la méthode absolue⁶⁹.

62. L'avis officiel de notification de loyer initial devra être remis au locataire lors de la conclusion du contrat de bail, mais au plus tard dans les 30 jours qui suivent l'entrée du locataire dans les locaux⁷⁰.

c) Exemples de motivation admissible

63. Au vu des exigences posées par la jurisprudence pour la modification des frais accessoires en cours de bail ou lors de la conclusion d'un nouveau contrat, la motivation contenue dans le formulaire officiel pourrait se présenter comme suit :

64. Introduction de nouveaux frais accessoires non existants lors de la conclusion du contrat :

« Introduction et répercussion dans le décompte des charges de frais de chauffage et de frais accessoires de la nouvelle taxe de base communale pour l'enlèvement et l'élimination des déchets. »⁷¹

65. Introduction de frais accessoires jusque-là compris dans le loyer mensuel net :

- Avec une réduction proportionnelle du loyer mensuel net⁷² :
« Etablissement des frais accessoires, compris jusqu'à présent dans le loyer net, selon un décompte annuel qui se fonde sur la dépense effective :

(Enumération des postes de frais accessoires)

⁶⁹ S'agissant des principes et méthodes applicables en matière de fixation et de variation de loyer en cours de bail ou lors de la fixation du loyer initial, voir ANSERMET/JAQUES/PEREIRA, p. 33 ss.

⁷⁰ S'agissant du délai de remise du formulaire officiel et des conséquences en cas de non-respect, voir notamment ATF 121 III 56, cons. 2c, ainsi que ANSERMET/JAQUES/PEREIRA, p. 79 s.

⁷¹ TBx VD du 09.04.14, CdB 2015 55.

⁷² Pour une autre proposition de clause voir également MAAG, p. 90 s.

La réduction du loyer net correspond au montant de la dépense annuelle pour les frais accessoires, ceux-ci étant désormais établis sur un décompte séparé. En revanche, les acomptes mensuels sont augmentés proportionnellement.

(...)

Motivation : établissement des frais accessoires susmentionnés selon un décompte séparé basé sur la dépense effective en application du principe de causalité. cf. l'annexe. »⁷³

- Sans réduction du loyer mensuel net :

« L'eau froide (consommation et abonnement) – dont le montant de CHF 30.- était jusque-là compris dans le loyer mensuel net – sera dorénavant perçue via l'acompte mensuel de frais de chauffage, eau chaude et autres frais accessoires, lequel est augmenté de CHF 30.-.

Le loyer mensuel net (actuellement de CHF 2'000.-) aurait dû être réduit proportionnellement à CHF 1'970.-. Etant donné que ce n'est pas le cas, il en résulte une augmentation du loyer mensuel net de CHF 30.-, laquelle est justifiée par une adaptation aux loyers usuels de la localité (art. 269a let. a CO). »⁷⁴

2. Modification consensuelle

66. Une modification consensuelle du régime des frais accessoires en cours de bail est également possible, mais la renonciation à l'utilisation de la formule officielle de notification de nouvelles prétentions ne doit pas compromettre le but protecteur de

⁷³ Repris tel quel du Commentaire SVIT, Art. 269d CO, N 68. Voir également sur ce point, la clause contenue dans SVIT-K ROHRER (Art. 269d CO, N 75) reprise, sans modification, de la 3^e éd. du SVIT-K jugée suffisante par le Tribunal fédéral dans l'ATF 137 III 362, cons. 3.3.

⁷⁴ Clause proposée dans ANSERMET/JAQUES/PEREIRA, p. 90, légèrement modifiée.

l'art. 269d CO. But qui, selon le Tribunal fédéral, n'est pas affecté lorsque le locataire a pleinement été informé des possibilités de contestation, qu'en renonçant à se voir notifier le formulaire officiel il a sciemment renoncé à contester la modification envisagée et qu'il peut être exclu qu'il ait subi des pressions de la part du bailleur⁷⁵.

67. Le fait que le locataire se soit acquitté, par erreur et pendant plusieurs années, du solde du décompte de frais accessoires qui lui a été adressé annuellement par le bailleur et sur lequel figure expressément le détail des différents frais accessoires facturés ne permet en revanche pas de présumer de l'existence d'une quelconque modification consensuelle⁷⁶.

3. Conséquences d'un non-respect de l'art. 269d CO

68. Si les parties au contrat de bail ne sont pas d'accord sur le sens ou la portée de la communication du bailleur, il faut interpréter celle-ci selon le principe de la confiance. Doivent alors être prises en compte toutes les circonstances du cas particulier, notamment les facultés de compréhension du locataire⁷⁷.
69. La non-utilisation de la formule officielle lorsqu'elle est requise, sa remise tardive, l'absence de motivation, une motivation imprécise ou encore des menaces de résiliation entraînent la nullité de la nouvelle prétention du bailleur⁷⁸⁻⁷⁹ voire, lorsque la modification a lieu lors de la conclusion du contrat de bail, la nullité du loyer initial⁸⁰.

⁷⁵ TF du 23.05.2016, 4D_82/2015, cons. 5.2. Voir également ATF 128 II 419, cons. 2.4.2.

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ TF du 10.07.2018, 4A_571/2017, cons. 4.1.1.2 et références citées.

⁷⁸ Art. 269d al. 2 CO applicable aux frais accessoires par le renvoi de l'art. 269d al. 3 CO.

⁷⁹ ATF 137 III 362, cons. 3.2.1 et 3.3 ; 121 III 460, cons. 4a ; TF du 08.02.2021, 4A_374/2020, cons. 7.1 ; TF du 06.07.2011, 4A_268/2011, cons. 3.2.1.

⁸⁰ TF du 10.07.2018, 4A_571/2017, cons. 4.1.1.2 et 4.1.1.3. Sur ce point, voir également n. 66 ci-dessus et les références citées.

70. Une telle nullité aura pour conséquence que, même s'il ne l'invoque pas d'emblée, le locataire pourra la faire valoir ultérieurement et réclamer au bailleur les éventuels montants perçus indûment sur la base des règles sur l'enrichissement illégitime (art. 62 ss CO)⁸¹.
71. En revanche, si le bailleur satisfait aux exigences de motivation, la modification annoncée n'est certes pas nulle mais le locataire a néanmoins la possibilité de la contester s'il la juge abusive au sens des art. 269 s. CO (art. 270b CO)⁸².

D. Conclusion

72. On l'aura compris, le Tribunal fédéral exige de la précision en matière de frais accessoires.
73. Aussi, qu'il s'agisse de déterminer les frais qui seront à la charge du locataire lors de la conclusion du contrat de bail ou à l'occasion d'une modification du régime initialement prévu, le bailleur sera bien inspiré de faire preuve de beaucoup d'attention. En particulier, il veillera à ce que les frais soient établis de manière claire et détaillée, à ce qu'ils correspondent à la situation effective de l'immeuble, mais également à ce que toute modification soit soigneusement motivée. A défaut, il pourrait se voir contraint d'assumer seul le paiement des factures litigieuses, voire de rembourser à son locataire tout ou partie des frais d'ores et déjà perçus indûment.

⁸¹ TF du 22.02.2018, 4A_451/2017, cons. 5. Voir également CPra Bail-MARCHAND, Art. 269d CO, N 40.

⁸² TF du 08.02.2021, 4A_374/2020, cons. 7.2.

III. Production d'énergie

A. Le contracting énergétique

1. Introduction

74. Apparu en Suisse dans les années 1990⁸³, le contracting s'est tout d'abord développé en Suisse alémanique puis dans les cantons romands⁸⁴. Il connaît depuis un développement continu notamment dans le domaine de la fourniture d'énergie thermique et de la production d'énergie photovoltaïque.
75. Très répandu dans le cadre du développement de nouveaux projets immobiliers, y compris à l'échelle d'(eco)quartiers entiers, le modèle du contracting – qu'il soit thermique et/ou photovoltaïque – permet également de répondre à des besoins de rénovations et de transformation des bâtiments existants dans le cadre de projets individuels⁸⁵ et peut ainsi constituer une bonne solution au vieillissement du parc immobilier suisse.
76. Enfin, dans la mesure où il est bien souvent lié à la construction d'installations visant la rationalisation de la consommation d'énergie et la production d'énergies renouvelables, le modèle du contracting peut constituer un instrument susceptible de jouer un rôle dans la transition énergétique et la décarbonation du secteur du bâtiment⁸⁶, lequel génère environ un tiers des émissions de CO₂ de notre territoire⁸⁷.
77. Après un examen de la notion de contracting énergétique et des particularités que présente un tel contrat (III/A/2), nous nous pencherons plus en détail sur les coûts qu'il implique (III/A/3), ainsi que sur les conditions auxquelles un bailleur peut les reporter sur les locataires lorsque les installations concernées

⁸³ SIMONA, N 1.

⁸⁴ SIFONIOS, Contracting, N 1.

⁸⁵ SIFONIOS, Contracting, N 2, 17 et 20.

⁸⁶ SIFONIOS, Contracting, N 3, 18 et 19.

⁸⁷ <https://www.bfe.admin.ch/bfe/fr/home/efficacite/batiments.html> (visité le 16.04.2022).

produisent de l'énergie thermique (III/A/4/a) et lorsqu'il s'agit d'énergie photovoltaïque (III/A/4/b), les règles légales applicables n'étant pas les mêmes selon le type d'installation dont il est question.

2. Notion et éléments essentiels du contrat

78. Le contracting énergétique est un contrat innommé⁸⁸ par lequel un prestataire de services spécialisé – le contracteur – s'engage à fournir de l'énergie thermique (chaud/froid) ou électrique à un tiers – le preneur d'énergie – et à concevoir, financer, construire, surveiller, entretenir et exploiter les installations nécessaires à la production de l'énergie directement sur le site du preneur ou à proximité⁸⁹⁻⁹⁰.
79. Le contrat de contracting – lequel ne doit pas être confondu avec le chauffage à distance⁹¹ – comprend généralement trois éléments essentiels⁹² :
- Le contracteur s'engage à fournir une certaine quantité et qualité d'énergie pendant toute la durée du contrat, laquelle correspond, en règle générale, à la durée de vie des installations⁹³⁻⁹⁴.

⁸⁸ SIFONIOS, Contracting, N 21 ; SIMONA, N 15 et 23.

⁸⁹ SIFONIOS, Contracting, N 22. Voir également ALVAREZ, p. 135 ; BÄTTIG, p. 163 ; SVIT-K-BIEBER, p. 157 ; BRANDNER, p. 1518 ; SIMONA, N 9 ss ; SPIRIG, Anlagen-Contracting, p. 141.

⁹⁰ En matière de consommation propre et, partant, de contracting photovoltaïque, la proximité de la construction – sur le site ou à proximité – est une condition posée par la législation pour permettre la consommation propre (art. 14 OEn). SIFONIOS, Contracting, N 26 ; SIFONIOS, Regroupements, N 18 s.

⁹¹ SIFONIOS, Contracting, N 8 ss. Egalement BÄTTIG, p. 163 ; SPIRIG, Anlagen-Contracting, p. 142.

⁹² SIFONIOS, Contracting, N 23.

⁹³ Le contrat de contracting est généralement conclu pour une longue durée – généralement entre 20 et 30 ans – ceci en raison de la nécessité du contracteur d'amortir son investissement. SIFONIOS, Contracting, N 23 et 47 s.

⁹⁴ BRANDNER, p. 1518, SIFONIOS, Contracting, N 31 ss ; SIMONA, N 10 ; SPIRIG, Anlagen-Contracting, p. 142.

L'énergie est livrée à un point de fourniture (échangeur de chaleur ou tableau électrique), puis distribuée à l'intérieur du bâtiment par le réseau thermique (radiateurs, serpentins du chauffage au sol, canalisations pour la distribution de l'eau chaude sanitaire) et les installations électriques internes que le propriétaire foncier est tenu de construire et d'entretenir sous sa propre responsabilité⁹⁵.

- Cette énergie est produite par des installations dédiées que le contracteur se charge de construire.

Le contracteur finance les installations de production de chaleur dont il reste propriétaire et assume la responsabilité pendant toute la durée du contrat⁹⁶. Ce modèle ne nécessite ainsi, en principe, aucun investissement du propriétaire foncier⁹⁷⁻⁹⁸.

Le modèle du contracting énergétique permet également d'externaliser les risques de l'exploitation (coûts de réfection, réparation ou remplacement éventuel des

⁹⁵ SIFONIOS, Contracting, N 7 ; SIMONA, N 13.

⁹⁶ La propriété du contracteur, ainsi que l'accès aux espaces nécessaires à la bonne exécution du contrat conclu, sont généralement garantis par la conclusion d'un contrat de servitude (droit de superficie ou servitude d'utilisation de toiture en faveur du contracteur). BÄTTIG, p. 163 s. ; SIFONIOS, Contracting, N 46 ; SIMONA, N 24 ; SPIRIG, Anlagen-Contracting, p. 142 et SPIRIG, Eigenverbrauch, p. 128. Voir également BRANDNER, p. 1520, qui rappelle quant à lui que la constitution d'une servitude est un bon moyen pour le contracteur de se prémunir contre une faillite ou insolvabilité du propriétaire foncier.

⁹⁷ SIFONIOS, Contracting, N 7, 15 et 35 ; SIMONA, N 13 ; SPIRIG, Anlagen-Contracting, p. 141 s.

⁹⁸ Il arrive parfois que le propriétaire foncier participe au financement de l'installation de production d'énergie, ce qui permet une diminution des charges récurrentes et, partant, des coûts qui seront mis à la charge des locataires (SIFONIOS, Contracting, N 71). Le montant ainsi acquitté par le bailleur ne peut, à notre sens, pas être mis à la charge des locataires sous la forme de frais accessoires (*contra* SIMONA, N 41) mais pourrait éventuellement donner lieu à une augmentation du loyer net à titre de prestations supplémentaires du bailleur (art. 269a let. b CO, art. 14 al. 3 OBLF) ou de hausse des frais d'entretien (art. 269a let. b CO, art. 12 al. 1 OBLF).

installations) qui seraient en principe à la charge du propriétaire foncier. Celui-ci est ainsi libéré de l'obligation d'exploiter, de gérer, d'entretenir, voire de remplacer l'installation. Il reçoit le produit fini sans avoir à se soucier des questions liées à sa production⁹⁹.

Les compétences et le savoir-faire du contracteur lui permettent également d'optimiser au mieux la gestion des risques d'exploitation et, ainsi, de produire de l'énergie de manière plus efficace et à « moindre coût » pour le preneur d'énergie, tout en favorisant la production d'énergies renouvelables¹⁰⁰.

- Le preneur d'énergie s'engage, quant à lui, à accepter l'énergie produite – notamment en mettant à disposition du contracteur les surfaces et locaux nécessaires à la construction des installations de production d'énergie – et à en payer le prix pendant toute la durée du contrat.

Il reste en principe également tenu d'établir les mesures individuelles de la consommation d'énergie et, sur cette base, les décomptes des frais accessoires qu'il remettra aux consommateurs finaux (propriétaires fonciers ou locataires occupant l'immeuble ou les immeubles raccordés aux installations)¹⁰¹.

⁹⁹ BÄTTIG, p. 163 ; SIFONIOS, Contracting, N 12 s. ; SIMONA, N 10 et 21 ; SPIRIG, Anlagen-Contracting, p. 141.

¹⁰⁰ BÄTTIG, p. 163 ; SIFONIOS, Contracting, N 14 ; SPIRIG, Anlagen-Contracting, p. 141.

¹⁰¹ SIFONIOS, Contracting, N 39. SPIRIG (Anlagen-Contracting, p. 144) précise quant à elle que, dans les relations contractuelles dans lesquelles l'énergie est revendue à des locataires, la facture adressée par le contracteur au preneur d'énergie doit être suffisamment détaillée. Or, une telle affirmation ne repose sur aucune base légale et il convient d'admettre au contraire que le détail des coûts ne peut être exigé du contracteur, pas plus qu'il ne le serait d'un autre fournisseur d'énergie placé dans la même situation. Dans ce sens, BÄTTIG, p. 166.

3. Les coûts du contracting énergétique

80. Lors de la conclusion du contrat, le preneur d'énergie s'engage à acheter l'énergie produite pendant toute la durée du contrat, laquelle s'étend généralement sur une période de 20 à 30 ans¹⁰². Le prix convenu par les parties est généralement un prix intégré et fixe, le propriétaire foncier ne connaissant pas le détail exact des coûts qui sont couverts¹⁰³.
81. Le prix fixé contractuellement comprend usuellement tous les frais et risques soit, outre les coûts énergétiques purs (mazout, gaz, électricité), les coûts de conception, de dimensionnement et de construction de l'installation de production d'énergie (lesquels englobent notamment la rémunération des capitaux propres et des capitaux étrangers), d'éventuelles provisions constituées à titre de fonds de renouvellement, l'amortissement, les assurances et divers abonnements de maintenance, les frais courants de gestion et d'administration, ainsi que les frais liés à la réfection, à la réparation ou au remplacement éventuel de l'installation¹⁰⁴.
82. En pratique, les parties conviennent le plus souvent d'une rémunération comprenant une part fixe, avec un montant à verser périodiquement, et une part variable, dépendant de la consommation effective d'énergie¹⁰⁵.
83. Vu la longue durée du contrat, il est également usuel de prévoir des clauses d'indexation du prix (p. ex. à l'évolution de l'indice

¹⁰² SIFONIOS, Contracting, N 47 ; SIMONA, N 11.

¹⁰³ BÄTTIG, p. 166. En ce sens mais s'agissant du contracting photovoltaïque, SIFONIOS, Contracting, N 101 et 105. Il ne s'agit d'ailleurs pas d'une information qu'il peut exiger de la part du contracteur, une telle obligation ne reposant sur aucun fondement légal ou jurisprudentiel (*contra* SPIRIG, Anlagen-Contracting, p. 144).

¹⁰⁴ BÄTTIG, p. 163 ; SIFONIOS, Contracting, N 13 et 66, SIMONA, N 11, SPIRIG, Anlagen-Contracting, p. 142.

¹⁰⁵ BRANDNER, p. 1519 ; SIFONIOS, Contracting, N 39 et 42, SPIRIG, Anlagen-Contracting, p. 142.

suisse des prix à la consommation ou des taux d'intérêts, voire du prix de l'énergie)¹⁰⁶.

84. Le preneur d'énergie n'étant pas propriétaire de l'installation de production d'énergie, il n'assume, en principe, aucun coût en capital¹⁰⁷. Il lui appartient, en revanche, de financer l'ensemble des installations de distribution d'énergie – soit le circuit thermique interne et les installations électriques intérieures – à partir du point de fourniture de l'énergie défini contractuellement¹⁰⁸⁻¹⁰⁹.

4. Le report des coûts sur les locataires

85. Dans les bâtiments locatifs, les utilisateurs finaux de l'énergie produite par les installations de fourniture d'énergie faisant l'objet du contracting thermique et/ou photovoltaïque sont, en principe, les locataires. La question se pose dès lors de savoir si et à quelles conditions les coûts de celui-ci peuvent être mis à leur charge par le propriétaire foncier.

a) Le contracting thermique

aa) Principes généraux en droit du bail

86. Selon l'art. 257a al. 1 CO, les frais accessoires sont des frais qui peuvent être facturés aux locataires en sus du loyer mensuel net pour des prestations en rapport avec l'usage de la chose louée.
87. L'art. 257b al. 1 CO donne une liste exemplative des frais qui peuvent être mis à la charge du locataire lorsque le contrat conclu

¹⁰⁶ SIFONIOS, Contracting, N 43 ; SPIRIG, Anlagen-Contracting, p. 143.

¹⁰⁷ Voir néanmoins *supra* n. 98 et *infra* n. 114.

¹⁰⁸ Par exemple, à la sortie du local technique pour l'énergie thermique ou au niveau du tableau de distribution pour l'électricité (SIFONIOS, Contracting, N 7).

¹⁰⁹ SIFONIOS, Contracting, N 7 ; SIMONA, N 13. De tels travaux pourraient éventuellement donner lieu à une augmentation du loyer net à titre de prestations supplémentaires du bailleur (art. 269a let. b CO, art. 14 al. 3 OBLF) ou de hausse des frais d'entretien (art. 269a let. b CO, art. 12 al. 1 OBLF).

porte sur une habitation ou un local commercial. Peuvent ainsi être mis à la charge du locataire les dépenses engagées par le bailleur pour la production de chauffage et d'eau chaude sanitaire, mais également les autres frais d'exploitation comme les frais de conciergerie, d'électricité des locaux communs ou les frais de déneigement des extérieurs, voire les contributions publiques qui résultent de l'utilisation de la chose, telles que la taxe d'épuration ou encore la taxe relative au tri, à l'évacuation et au traitement des déchets.

88. Ces deux dispositions – de nature impérative – sont complétées par les art. 4 à 8 OBLF.
89. L'art. 6 OBLF, en particulier, précise que les dépenses pour la réparation et la réfection des installations, de même que le service de l'intérêt et l'amortissement des installations ne peuvent pas être pris en compte dans le cadre du calcul des frais de chauffage et de préparation d'eau chaude. Ces dépenses sont donc comprises dans le loyer mensuel net et prises en charge par le bailleur.
90. Jusqu'à l'entrée en vigueur de l'art. 6a OBLF, le bailleur ne pouvait ainsi pas mettre à la charge du locataire les coûts relatifs au chauffage à distance et au contracting énergétique au motif que, dans ce type de contrat, le tiers fournit la chaleur à un prix intégré, lequel comprend généralement les coûts d'amortissement et d'intérêt des installations, ainsi que les frais de réparation et de réfection de l'installation de production de chaleur.
91. L'entrée en vigueur de cette disposition le 1^{er} août 1996 a permis de répondre à ce problème et de prendre en compte les spécificités liées au chauffage à distance et au contracting¹¹⁰.
92. Selon cette disposition « (p)euvent entrer en ligne de compte les dépenses effectives lorsque le bailleur se fournit en énergie pour

¹¹⁰ *Obergericht* de Soleure du 19 avril 2002, cons. 3 a), mp 4/02, p. 218 ; ALVAREZ, p.135 ; CPra Bail-BIERI, Art. 257a/257b CO, N 70 ; BRANDNER, p. 1520 s. ; LACHAT DAVID ET AL., Le bail à loyer, p. 418 N 16.6.10 ; OBERLE, p. 113 ; ROHRER, p. 144 ; SIFONIOS, Contracting, N 66 ; SPIRIG, Anlagen-Contracting, p. 144.

le chauffage et l'eau chaude auprès d'une centrale qui est située hors de l'immeuble et qui ne fait pas partie des frais d'équipement de l'immeuble approvisionné ».

93. Pour autant que le contrat prévoit que les frais de chauffage et d'eau chaude sont à la charge du locataire ou que de tels frais soient valablement mis à sa charge en cours de bail, le bailleur peut ainsi refacturer au locataire l'intégralité de la facture qui lui est adressée par le contracteur.
94. Si l'application de cette disposition au chauffage à distance n'a pas donné lieu à discussion, la question de son application au contracting énergétique s'est, en revanche, posée. En effet, dans le texte de l'ordonnance il est question d'« une centrale qui est située hors de l'immeuble et qui ne fait pas partie des frais d'équipement de l'immeuble approvisionné ». Or, dans le cadre du contracting énergétique, les installations de production d'énergie sont généralement situées dans l'immeuble du preneur d'énergie – qui met à disposition les espaces nécessaires à la construction et à l'exploitation des installations – ou à proximité et non « hors de l'immeuble » comme semble l'exiger l'OBLF.
95. Selon la doctrine unanime, la situation géographique de l'installation de production de chaleur importe peu – la centrale pouvant se trouver dans l'immeuble approvisionné comme c'est le cas dans le contracting énergétique – tant que c'est le tiers qui en est propriétaire et non le bailleur¹¹¹. A défaut, soit lorsque le tiers et le bailleur sont la même entité, l'art. 6 OBLF trouve application, les frais d'amortissement, d'intérêts et de réparation et réfection des installations étant alors à la charge de ce dernier¹¹².
96. Dans un arrêt rendu en 2002, l'*Obergericht* du canton de Soleure est également allé dans ce sens en confirmant que le contracting thermique était un cas dans lequel le bailleur s'approvisionnait en énergie thermique auprès d'une centrale extérieure au sens de

¹¹¹ SIFONIOS, Contracting, N 68 s. et références citées.

¹¹² CPra Bail-BIERI, Art. 257a/257b CO N 70 et référence citée.

l'art. 6a OBLF et que le bailleur pouvait dès lors reporter sur le locataire l'ensemble des coûts facturés par le contracteur, ce qu'il ne pouvait faire jusque-là en raison du contenu de l'art. 6 OBLF¹¹³.

bb) L'introduction d'un contracting énergétique dans une nouvelle construction

97. Dans les nouvelles constructions, la conclusion d'un contracting énergétique ne soulève aucun problème particulier dès lors que les coûts de construction de l'installation de production d'énergie ne sont pas pris en compte dans les frais d'investissement et ne sont, de ce fait, pas comptabilisés dans le calcul du loyer net (art. 269a let. c CO)¹¹⁴⁻¹¹⁵.
98. Ainsi, pour autant qu'une clause du contrat de bail prévoit que les frais de chauffage et d'eau chaude, voire de production de froid ou d'électricité – lesquels sont, en tout ou partie, fournis grâce aux installations du contracteur – sont à la charge du locataire¹¹⁶, le bailleur pourra lui refacturer l'intégralité des montants qui sont mis à sa charge par le contracteur, conformément à l'art. 6a OBLF.
99. Cette disposition ne prévoit pas le contenu que doit revêtir la clause contractuelle. Elle n'impose, en particulier, pas au bailleur d'attirer l'attention du locataire sur le fait que la chaleur ne provient pas d'une installation dont il est propriétaire et que, de ce fait, les montants qui lui seront facturés à titre de frais

¹¹³ *Obergericht* de Soleure du 19 avril 2002, cons. 3 a), mp 4/02, p. 217 s.

¹¹⁴ Comme on l'a vu ci-dessus (n. 98), il arrive parfois que le propriétaire foncier s'acquitte d'une partie des frais d'investissement initiaux, ce qui réduit alors les coûts récurrents qui seront facturés par le contracteur. Dans une telle hypothèse, rien ne s'oppose, à notre sens, à ce que le montant payé soit pris en compte pour l'établissement du loyer mensuel net. En ce sens, voir également SIFONIOS, *Contracting*, N 71.

¹¹⁵ Pour des exemples de calculs du loyer admissible selon la méthode absolue et des montants qui peuvent être pris en compte dans le cadre des nouvelles constructions, voir ANSERMET/JAQUES/PEREIRA, p. 54 ss, spéc. p. 64 s.

¹¹⁶ Voir ci-dessus II/B/2/b), N 17 s.

accessoires comprennent des postes qui ne pourraient pas lui être facturés si l'investissement avait été fait par le bailleur.

100. Le Tribunal fédéral a précisé qu'il appartenait au locataire qui l'estime nécessaire de s'enquérir spontanément auprès du bailleur sur l'existence d'installations particulières dans l'immeuble – chauffage à distance, panneaux solaires, pompe à chaleur – pouvant avoir une incidence sur le montant des frais accessoires qui lui sera finalement réclamé¹¹⁷. Le bailleur n'aurait ainsi pas besoin d'attirer particulièrement l'attention du locataire sur ces éléments. BIBER¹¹⁸, dont l'opinion mérite, selon nous, d'être suivie sur cette question, recommande toutefois au bailleur de mentionner expressément l'existence du contracting énergétique thermique dans le contrat de bail, ceci afin d'éviter toute mauvaise surprise au locataire. Pour éviter tout litige qui pourrait résulter d'un manque de transparence, nous préconisons également que soient précisés dans le contrat de bail les différents postes compris dans le montant qui sera refacturé au locataire.
101. Les frais engendrés par le contracting énergétique pourront être perçus sous la forme d'un forfait mensuel ou d'acomptes provisionnels¹¹⁹. Dans cette seconde hypothèse, le bailleur sera

¹¹⁷ TF du 31.08.2017, 4A_719/2016, cons. 2.2.1; TF du 10.04.2016, 4A_606/2015, cons. 4. Voir également ci-dessus II/B/2/b, N 18.

¹¹⁸ SVIT-K-BIBER, Art. 257-257b, N 54.

¹¹⁹ En ce sens également BÄTTIG, p. 166. Plus nuancée SPIRIG (Anlagen-Contracting, p. 144) qui estime qu'une interprétation stricte de l'art. 6a OBLF – qui parle de « dépenses effectives » (« *die tatsächlich anfallenden Kosten* ») – implique nécessairement la perception des frais découlant du contracting sous la forme d'acomptes mensuels. Nous sommes d'avis que la formulation de l'art. 6a OBLF se rapporte simplement au fait qu'en cas de chauffage à distance ou de contracting le bailleur peut facturer *l'ensemble des coûts qui lui sont facturés* – y compris les frais d'amortissement, d'intérêt et de réparation, lesquels sont généralement exclus des frais accessoires en raison de l'art. 6 OBLF – mais qu'elle ne contraint pas le bailleur à opter pour un mode particulier de perception de ces frais. Il est à relever ici que, dans tous les cas, le locataire reste protégé par la règle de l'art. 4 al. 2 OBLF qui lui assure que le montant du forfait se fonde sur une moyenne calculée sur trois ans. Le locataire qui estime que le montant perçu par le bailleur est excessif peut ainsi toujours demander une baisse du montant du forfait dont il s'acquitte pour

alors tenu d'établir un décompte au moins une fois par an et le présenter au locataire (art. 4 al. 1 OBLF)¹²⁰.

102. Par ailleurs, à moins qu'il ne confie cette tâche au contracteur ou à une société tierce, le bailleur pourra également percevoir des frais administratifs pour l'établissement du décompte (art. 4 al. 3 OBLF)¹²¹.

cc) Le remplacement d'une installation de production de chaleur appartenant au bailleur par un contracting énergétique

103. Le bailleur qui, en cours de bail, entend remplacer une installation de production d'énergie lui appartenant par du chauffage à distance ou un contracting énergétique doit le communiquer au locataire au moyen d'une formule agréée par le canton (art. 269d CO)¹²². Cette obligation s'impose du fait que l'article 6a OBLF

l'échéance suivante (art. 270a CO) et contraindre ainsi le bailleur à démontrer la réalité des coûts effectifs.

¹²⁰ Pour des détails concernant les règles applicables à l'établissement d'un décompte et son éventuelle contestation voir ANSERMET/JAQUES/PEREIRA, p. 91 ss et PEREIRA, p. 86 s. et 90 ss.

¹²¹ En ce sens également BÄTTIG, p. 166. *Contra* SPIRIG (Anlagen-Contracting, p. 144) qui soutient, à notre avis à tort, que le contracteur serait soumis aux règles sur l'établissement des décomptes de frais accessoires, ce qui impliquerait alors qu'il détaille sa facture, justifie les coûts et respecte les délais de remise aux locataires. Le bailleur n'aurait ainsi plus qu'à faire une simple répartition des coûts entre les locataires et procéder à l'envoi du décompte, tâches qui, selon SPIRIG, ne justifieraient pas la perception de frais administratifs. Cet avis ne saurait toutefois être suivi dès lors qu'il ne trouve aucun fondement dans la loi, seul le bailleur étant tenu par les obligations qui découlent des art. 4 ss de l'OBLF, à l'exclusion des tiers qui ne sont pas parties au contrat de bail, qu'il s'agisse du contracteur ou de tout autre fournisseur de services pouvant être facturés à titre de frais accessoires.

¹²² En ce sens *Obergericht* de Soleure du 19 avril 2002, cons. 4 b), mp 4/02, p. 216 ; *Bezirksgericht* de Liestal du 7 septembre 2006, mp 3/09 p. 173 ss (s'agissant d'un chauffage à distance et non d'un contracting). La doctrine majoritaire prescrit également l'utilisation du formulaire officiel : SVIT-K-BIEBER, p. 158 ; CPra Bail-BIERI, Art. 257a/257b CO, N 70 ; OBERLE, p. 113 ; SIFONIOS, Contracting, N 73 ; SPIRIG, Anlagen-Contracting, p. 148 ; Commentaire SVIT, Art. 257-257b CO, N 28 ; plus nuancé SIMONA, N 47 ss. *Contra*, BÄTTIG, p. 170.

permet dorénavant d'inclure dans le décompte des frais d'amortissement, d'intérêt et d'entretien, lesquels sont exclus par l'art. 6 OBLF pour les autres types de chauffage.

104. S'agissant des frais de chauffage et d'eau chaude, nous l'avons vu plus haut, lorsqu'il entend apporter des modifications aux frais accessoires en cours de bail, le bailleur doit faire preuve de précision, l'absence de motivation ou encore une motivation imprécise pouvant entraîner la nullité de la nouvelle prétention du bailleur¹²³. Or, les art. 4 ss OBLF et plus particulièrement l'art. 6a OBLF n'imposent pas au bailleur d'attirer l'attention du locataire sur le fait que la chaleur provient d'une installation appartenant à un tiers ou sur l'incidence que cela pourrait avoir sur le montant des frais accessoires mis à sa charge. Dans sa jurisprudence concernant le contenu que doit revêtir la convention des parties pour les frais de chauffage et d'eau chaude, le Tribunal fédéral va même plus loin en indiquant qu'il appartient au locataire de s'enquérir auprès du bailleur sur l'existence d'installations particulières dans l'immeuble et de leur incidence potentielle sur le montant du loyer¹²⁴.
105. Se pose dès lors la question du contenu que doit revêtir la formule officielle. Le bailleur peut-il se contenter d'y préciser que l'installation existante lui appartenant va être remplacée par une installation appartenant à un tiers, les coûts qui en résultent étant intégralement mis à la charge du locataire conformément à l'art. 6a OBLF ou, en revanche, doit-il préciser quels postes seront dorénavant compris dans les frais de chauffage et d'eau chaude et, bien qu'il ne soit pas en mesure de la chiffrer précisément, d'annoncer d'ores et déjà que la modification est susceptible d'entraîner une augmentation des coûts ?
106. Le Tribunal fédéral ne s'est pas prononcé sur cette question. L'*Obergericht* du canton de Soleure a, quant à lui, précisé que le locataire avait droit à une « information complète (*umfassende Information*) sur le nouveau mode de décompte » lui permettant

¹²³ Voir *supra* N 69.

¹²⁴ *Supra* N 18.

de disposer des bases nécessaires pour vérifier si le loyer est toujours approprié¹²⁵.

107. Pour notre part, nous sommes d'avis que prudence et précision s'imposent au bailleur, ceci notamment en raison de l'impact financier que pourrait avoir l'introduction du contracting énergétique sur le loyer. Le bailleur devrait ainsi préciser sur la formule officielle quels sont les différents postes (coûts énergétiques purs, amortissement, réparations, marge du contracteur, etc.) qui seront dorénavant compris dans les « dépenses effectives » facturées par le contracteur, lesquelles seront mises à la charge du locataire¹²⁶. Le fait que le bailleur ne soit pas en mesure de chiffrer précisément les coûts et ne puisse, de ce fait, pas les préciser dans la formule n'est toutefois, en soi, pas déterminant pour la validité de celle-ci¹²⁷.
108. Conformément à l'art. 269d al. 1 CO (applicable par le renvoi de l'art. 269d al. 3), la modification annoncée par le bailleur ne peut produire des effets que pour le prochain terme de résiliation et la formule officielle doit parvenir au locataire au moins 10 jours avant le début du délai de résiliation du contrat de bail à loyer, faute de quoi elle n'entrera en vigueur qu'à l'échéance suivante.
109. Une échéance lointaine pourrait ainsi contraindre le bailleur qui ne trouve pas d'accord contraire avec son locataire à devoir s'acquitter lui-même de l'ensemble des coûts du contracting énergétique pendant une période plus ou moins étendue¹²⁸.

¹²⁵ *Obergericht* de Soleure du 19 avril 2002, cons. 4 b), mp 4/02, p. 216.

¹²⁶ Dans ce sens également, SPIRIG, *Anlagen-Contracting*, p. 148 et OBERLE, p. 114.

¹²⁷ En ce sens, mais concernant l'introduction de la « taxe déchets », voir TBx VD du 09.04.14, CdB 2015 55.

¹²⁸ Selon SIMONA (N 49), pour éviter les inconvénients dus à des échéances lointaines, il suffirait au bailleur d'introduire dans le contrat une clause dans laquelle il se réserve le droit, à l'avenir, de facturer sans autre formalité les frais d'un contracting. Une telle opinion ne saurait être suivie. En effet, on l'a vu ci-dessus (N 103), l'obligation d'utiliser la formule officielle s'impose du fait que l'article 6a OBLF permet dorénavant d'inclure dans le décompte des frais d'amortissement, d'intérêt et d'entretien, lesquels sont exclus par l'art. 6 OBLF

110. Si le fait que l'ensemble des frais facturés par le contracteur au bailleur peuvent être reportés par ce dernier sur les locataires semble admis par la jurisprudence et la doctrine unanime, une controverse subsiste, en revanche, sur l'incidence que devrait avoir le passage d'une installation privée à un modèle de contracting thermique sur le montant du loyer net acquitté jusque-là par le locataire.
111. En effet, selon certains auteurs¹²⁹, l'introduction d'un modèle de contracting thermique implique nécessairement une baisse du loyer net dès lors qu'en déléguant le financement des installations de production de chaleur à un tiers, le bailleur a réalisé une économie, laquelle doit être répercutée sur les loyers.
112. SPIRIG¹³⁰, en particulier, précise que l'application de l'art. 6a OBLF n'est conforme aux règles de protection contre les loyers abusifs – et, partant, que l'ensemble des postes qu'il concerne ne sont valablement mis à la charge du locataire – que si l'installation existante est effacée des frais d'investissement et le loyer net réduit proportionnellement.
113. Selon cette auteure, une telle position se justifie du fait que, dans le cadre d'un contracting, les coûts dont s'acquitte le locataire comprennent non seulement la plus-value de la nouvelle installation, mais également la part d'entretien pur, laquelle était, jusque-là, rémunérée par le loyer mensuel net dans lequel le prix de l'installation de chauffage existante est comptabilisé dans les

pour les autres types de chauffage, ce qui implique parfois une augmentation des frais mis à la charge du locataire. C'est uniquement ainsi que le locataire dispose des informations nécessaires pour vérifier si le loyer est toujours approprié et le contester si cela n'est pas le cas (*Obergericht* de Soleure du 19 avril 2002, cons. 4 b), mp 4/02, p. 220 ; OBERLE, p. 114). Or prévoir dans le contrat de bail une liste à la Prévert dont le seul but serait de permettre au bailleur de facturer, à l'avenir, de nouveaux frais accessoires sans passer par la procédure impérative prévue à l'art. 269d CO serait contraire à la jurisprudence du TF rendue en vertu des art. 257a et 257b CO, lesquels sont des dispositions impératives.

¹²⁹ SPIRIG, *Anlagen-Contracting*, p. 144 ss ; ALVAREZ, p. 135.

¹³⁰ SPIRIG, *Anlagen-Contracting*, p. 144 ss.

frais d'investissement (fonds propres éventuellement réévalués selon l'IPC et/ou fonds étrangers), ainsi que dans les charges d'exploitation et d'entretien de l'immeuble¹³¹. De son côté, le bailleur économiserait les coûts d'investissement dans une nouvelle installation de chauffage, économie que le locataire a le droit de voir répercutée sur le loyer mensuel net.

114. Or, si elle admet qu'il est quasiment impossible de « sortir » les coûts de l'installation de chauffage inclus dans le calcul de rendement net, voire unimaginable lorsqu'il s'agit d'immeubles anciens pour lesquels le loyer admissible doit être déterminé d'après les loyers comparatifs, cette auteure préconise d'examiner comment sont pris en compte – dans le cadre d'un calcul en méthode relative – les travaux réalisés et financés par le bailleur ultérieurement à l'achat ou à la construction.
115. Dans une telle hypothèse, le bailleur n'a pas besoin d'établir un nouveau calcul de rendement complet, il lui suffit d'adapter le loyer aux nouvelles circonstances en y ajoutant la part de l'installation de chauffage qui apporte une plus-value (art. 269a let. b CO et 14 OBLF). Or, selon cette auteure, on devrait pouvoir admettre l'inverse, à savoir que l'installation n'apparaît plus dans les coûts d'investissements initiaux, si la part correspondant à de l'entretien pur de la nouvelle installation (appartenant au contracteur) est déduite. Ainsi, s'il a des raisons d'admettre que le bailleur obtient un rendement excessif en raison de la modification des bases de calcul résultant de l'introduction du contracting énergétique, le locataire serait en droit de demander une baisse de son loyer mensuel net (art. 270a CO), baisse à laquelle le bailleur ne pourrait s'opposer que s'il prouve – calcul et pièces justificatives à l'appui – qu'il n'obtient pas un rendement excessif malgré la prise en compte des économies réalisées grâce au contracting.
116. Selon SPIRIG, pour soustraire des frais d'investissement la part de pur entretien de la nouvelle installation, il conviendrait

¹³¹ Pour des explications concernant le calcul de rendement net et un exemple de calcul complet, voir ANSERMET/JAQUES/PEREIRA, p. 55 ss.

d'appliquer le calcul défini par le Tribunal fédéral pour le report des travaux à plus-value sur le loyer net en cours de bail (méthode dite « Fracheboud »)¹³². Dans ce cas, le calcul de baisse ne devrait toutefois pas se fonder sur la part de plus-value créée par l'installation financée par le contracteur, mais sur la part qui correspond à de l'entretien pur, soit une sorte de « méthode Fracheboud à l'envers ».

117. Compte tenu de ces éléments, le calcul de baisse préconisé par cette auteure devrait se présenter comme suit¹³³ :

Remplacement de l'installation de chauffage existante pour CHF 200'000.00. Part de plus-value de 40%, soit CHF 80'000.00. Part d'entretien pur de 60%, soit CHF 120'000.00. Durée d'amortissement moyenne de 25 ans. Taux hypothécaire de 1.25% au moment du calcul.

1. Frais d'intérêts : $(1.25\% + 0.5\%¹³⁴) : 2 = 0.875\%$

CHF 120'000.00 x 0.875 % = CHF 1'050.00

¹³² CdB 1993 7. Pour un exemple de calcul chiffré, voir ANSERMET/JAQUES/PEREIRA, p. 50 s., ainsi que LACHAT DAVID ET AL., Le bail à loyer, p. 613 s. N 21.5.4.7.

¹³³ SPIRIG, Anlagen-Contracting, p. 147 s. La durée d'amortissement de 15 ans retenue par cette auteure dans son calcul a été augmentée pour tenir compte de durées d'amortissement plus réalistes pour des installations de production d'énergie. De même, nous avons tenu compte du taux hypothécaire de référence à la date de rédaction de la présente contribution (mai 2022) et non du taux prévalant en 2002.

¹³⁴ Postérieurement à la rédaction de l'article de SPIRIG en 2002, le Tribunal fédéral a admis, dans l'ATF 147 III 14, que le rendement des fonds propres investis par le propriétaire dans la chose louée est admissible lorsqu'il correspond au taux hypothécaire de référence majoré de deux pour-cent, lorsque le taux hypothécaire de référence à prendre en compte s'élève à 2% ou moins. Cette méthode étant – dans ce contexte – favorable au locataire, on peut imaginer qu'elle aurait été privilégiée par SPIRIG qui l'aurait appliquée, dans ce cas, non pas à la part de plus-value, mais à la part d'entretien. La part correspondant aux frais d'intérêts se monterait ainsi à un montant de CHF 1'950.00 (= CHF 120'000.00 x [(1,25% + 2%) : 2]), ramenant la réduction totale à un montant annuel de CHF 7'326.00 (ou à CHF 7'950.00 si l'on retient l'hypothèse mentionnée en n. 135 ci-après).

2. Frais d'amortissement : $100/25 = 4\%$

CHF 120'000.00 x 4% = CHF 4'800.00

3. Frais d'entretien : $(0.875 + 4) \times 10\% = 0.48\%$ ¹³⁵

CHF 120'000.00 x 0.48% = CHF 576.00

En n'investissant pas lui-même dans la nouvelle installation de production de chauffage, le bailleur économiserait ainsi un montant annuel de CHF 6'426.00 (5.355% ¹³⁶ x CHF 120'000.00), lequel devrait être réparti parmi les objets loués.

118. Selon SPIRIG, bien qu'imprécis et favorable au bailleur, ce calcul permettrait d'effacer correctement l'installation de chauffage existante du calcul de rendement.
119. Cette opinion a été critiquée, à notre sens à juste titre, par d'autres auteurs, qui estiment, au contraire, que le contracting ne justifie aucune baisse de loyer et cela notamment pour les motifs qui suivent¹³⁷.
120. Tout d'abord, il est faux d'affirmer que le passage à une solution de contracting implique une réduction des frais d'équipement de l'immeuble. En effet, le montant de l'investissement initial réalisé par le bailleur – qu'il s'agisse de fonds propres ou de fonds étrangers – de même que l'intérêt sur ces derniers, ne subissent aucune diminution du simple fait que la nouvelle installation est financée par un tiers¹³⁸.

¹³⁵ Dans un arrêt du 18.02.2010, 4A_470/2009, cons. 6.2 (CdB 2010 81), le Tribunal fédéral a admis, qu'il était possible de retenir à titre d'entretien le 1% de la part à plus-value. Cette méthode étant également favorable au locataire dans le contexte ci-exposé, on peut imaginer qu'elle aurait été privilégiée par Spirig qui l'aurait appliquée, dans ce cas, non pas à la part de plus-value, mais à la part d'entretien. La part de frais d'entretien se monterait ainsi à un montant de CHF 1'200.00 (= CHF 120'000.00 x 1%), ramenant la réduction totale à un montant annuel de CHF 7'050.00.

¹³⁶ $0.875\% + 4\% + 0.48\% = 5.355\%$.

¹³⁷ BÄTTIG, p. 167 ss ; SIFONIOS, Contracting, N 74 ss.

¹³⁸ Pour un exemple chiffré voir BÄTTIG, p. 167.

121. Une réduction de ce montant ne pourrait être admise que dans l'hypothèse où le contracteur rachète l'installation existante au bailleur¹³⁹. Or, un tel rachat est très exceptionnel en pratique, le contracteur ne souhaitant en principe pas investir dans une installation qu'il n'a pas lui-même conçue, exploitée et entretenue, au risque de devoir supporter des frais d'exploitation et d'entretien plus importants que prévu.
122. Il est en revanche juste d'admettre que le bailleur réalise une économie du fait qu'il n'aura plus à prendre en charge, à l'avenir, les frais d'entretien courant (réparations diverses et éventuelles assurances) des installations de production d'énergie, de tels coûts étant compris dans le prix payé au contracteur. Le locataire pourra alors demander à ce qu'une telle économie soit répercutée sur le loyer mensuel net dont il s'acquitte.
123. Cette économie du bailleur et la réduction du loyer mensuel net qui en découle pour le locataire ne devra toutefois pas être calculée sur la base de la « méthode Fracheboud à l'envers » préconisée par SPIRIG¹⁴⁰ mais selon la méthode préconisée par le Tribunal fédéral pour le calcul de l'évolution des charges d'exploitation et d'entretien, laquelle consiste à comparer la moyenne des charges annuelles des trois exercices qui précèdent la dernière fixation du loyer et celle des charges annuelles des trois exercices qui précèdent la date du calcul de la modification requise¹⁴¹⁻¹⁴². Les éventuelles économies réalisées par le bailleur qui a eu recours au contracting énergétique ne se refléteront ainsi pas immédiatement sur le calcul du loyer mensuel net¹⁴³.
124. Par ailleurs, à l'heure actuelle, le bailleur qui investit lui-même dans de nouvelles installations de production de chaleur peut

¹³⁹ BÄTTIG, p. 167.

¹⁴⁰ *Supra* N 116 s.

¹⁴¹ ATF 141 III 245, cons. 6.5 et 6.6 ; TF du 22.08.2016, 4A_415/2015, cons. 5.4.1.

¹⁴² Pour un exemple de calcul chiffré, voir ANSERMET/JAQUES/PEREIRA, p. 48, ainsi que LCHAT DAVID ET AL., *Le bail à loyer*, p. 598 N 21.4.10.

¹⁴³ En ce sens également, BÄTTIG, p. 168.

prendre en compte l'intégralité de son investissement dans le calcul du nouveau loyer mensuel net après travaux (art. 269a let. b CO), soit à titre d'amélioration créant une plus-value (art. 14 OBLF), soit à titre de hausse des frais d'entretien (art. 12 OBLF)¹⁴⁴. Exiger une diminution du loyer mensuel net du simple fait qu'il n'investit pas lui-même dans la nouvelle installation de production de chaleur aura pour effet de le placer dans une situation plus désavantageuse que s'il avait lui-même investi, ce qui aura inévitablement pour effet de décourager le recours au contracting énergétique. Il est donc beaucoup plus incitatif d'admettre que, lorsqu'il a recours à un contracting énergétique, le bailleur doit renoncer à toute modification du loyer, mais en contrepartie, le locataire s'acquitte d'un montant (plus élevé) pour la chaleur facturée par le contracteur¹⁴⁵.

125. Enfin, on l'a vu ci-dessus (N 80), le prix facturé par le contracteur est un prix intégré qui ne précise pas le détail des différents coûts pris en charge. Or, pour effectuer le calcul préconisé par SPIRIG¹⁴⁶, le preneur d'énergie a besoin de connaître le coût de l'installation de production d'énergie financée par le tiers. En l'absence de telles informations, il se trouve donc dans l'impossibilité d'effectuer un quelconque calcul.
126. Pourrait également se poser la question de savoir si la jurisprudence rendue par le Tribunal fédéral en matière de modification des frais accessoires¹⁴⁷ trouve application dès lors que, dans la nouvelle configuration, certains coûts jusque-là compris dans le loyer mensuel net (frais d'intérêts et d'amortissement, ainsi que les frais de réparation et réfection)

¹⁴⁴ La prise en compte de l'investissement ne donnera toutefois pas lieu, dans tous les cas, à une hausse de loyer en raison de l'éventuelle variation des autres critères de la méthode relative – en particulier, le taux hypothécaire de référence – qui devra également être prise en compte et qui viendra, le cas échéant, compenser en tout ou partie la hausse due au changement de l'installation de production d'énergie.

¹⁴⁵ BÄTTIG, p. 169 ; SIFONIOS, Contracting, N 74.

¹⁴⁶ *Supra* N 116 s.

¹⁴⁷ Voir ci-dessus II/C, N 43 ss.

seront dorénavant pris en charge par le locataire via le prix facturé par le contracteur et cela, comme le permet l'art. 6a OBLF.

127. Dans l'hypothèse où, jusqu'à l'introduction du contracting énergétique, le locataire s'acquittait d'un loyer mensuel « tout compris » comprenant non seulement la mise à disposition des locaux mais, également, tous les frais relatifs aux prestations fournies en lien avec l'usage de ceux-ci – en particulier, les frais de chauffage et d'eau chaude –, le bailleur qui entend établir une facturation séparée (loyer mensuel net / frais de chauffage et d'eau chaude) à l'avenir devra respecter la jurisprudence rendue par le Tribunal fédéral en matière de modification des frais accessoires pour les coûts purement énergétiques. Le loyer devra donc, en principe, être proportionnellement réduit à hauteur des coûts de chauffage et d'eau chaude pris en charge par le bailleur jusque-là¹⁴⁸⁻¹⁴⁹.
128. Pour les autres postes, soit notamment les frais d'intérêts et d'amortissement, ainsi que les frais de réparation et réfection, l'application de la jurisprudence n'est toutefois pas pertinente et ne saurait, de ce fait, s'appliquer en cas de passage au modèle du contracting énergétique et cela notamment aux motifs suivants¹⁵⁰ :
- Premièrement, la jurisprudence rendue par le Tribunal fédéral concerne les cas dans lesquels le bailleur entend facturer séparément des *frais accessoires* jusque-là compris dans le loyer. Or, les coûts décrits à l'art. 6 let. a et b OBLF ne sont, par définition, pas des frais accessoires. Les cas d'introduction d'un contracting thermique sont donc différents des cas relatés dans la jurisprudence concernée.
 - Par ailleurs, l'art. 6a OBLF autorise le bailleur à prendre en compte, dans son décompte de frais accessoires, les « dépenses effectives » liées au contracting. Or, si l'on admet que ce dernier est tenu de baisser proportionnellement

¹⁴⁸ *Ibid.*

¹⁴⁹ En ce sens également, BÄTTIG, p. 170.

¹⁵⁰ Les arguments décrits ci-dessous sont repris de SIFONIOS, Contracting, N 76 ss.

le loyer mensuel net, cela reviendrait à vider la notion de « dépenses effectives » de sa substance, car le bailleur ne pourrait, en réalité, pas répercuter l'entier du coût du contracting sur le locataire.

- Une telle interprétation irait également à l'encontre du but poursuivi par le législateur lors de l'adoption de l'art. 6a OBLF.

En effet, comme il a été exposé ci-dessus (N 80), le prix facturé par le contracteur est un prix intégré qui ne précise pas le détail des différents coûts pris en charge. Avant l'introduction de cette disposition, le bailleur – qui était dans l'incapacité de déterminer quelle partie du coût il était en droit de reporter en raison des restrictions posées à l'art. 6 OBLF – devait prendre à sa charge l'intégralité des montants qui lui étaient facturés par le contracteur. Le contracting était alors une solution économiquement peu intéressante par rapport à un investissement direct, lequel permettait non seulement le report de certains coûts sur le locataire à titre de frais accessoires mais, également, une éventuelle augmentation du loyer mensuel net, en raison notamment de la plus-value générée par la nouvelle installation (art. 14 al. 3 OBLF).

L'introduction de l'art. 6a OBLF était justement censée répondre à ces difficultés. Or, si l'on exigeait en parallèle une baisse du loyer mensuel net au motif que certaines prestations qu'il comprenait jusque-là seront dorénavant comprises dans les frais accessoires, le bailleur se retrouverait confronté aux mêmes problèmes que ceux rencontrés avant l'adoption de cette norme. Un tel procédé aurait ainsi pour effet de décourager le recours au contracting énergétique.

- L'art. 6a OBLF doit enfin être interprété de manière conforme au contexte dans lequel il s'inscrit. Il serait à cet égard absurde de retenir que lorsque le bailleur investit lui-même dans l'installation de production d'énergie, une partie de l'investissement constitue une *prestation supplémentaire*

justifiant, à certaines conditions, une hausse du loyer net, alors que, s'il confie le financement et la responsabilité de l'installation à un tiers, il y a une *diminution des prestations* justifiant une baisse du loyer net. En effet, dans un cas comme dans l'autre, le locataire bénéficie, au final, de la même énergie et une différence ne se justifie pas.

129. En conséquence, si préalablement à l'introduction du contracting le locataire s'acquittait d'ores et déjà d'un montant couvrant les frais de chauffage et d'eau chaude en sus du loyer mensuel net, le bailleur doit certes lui annoncer le changement d'énergie au moyen de la formule officielle avec les précisions qui s'imposent (*supra* N 105 à 107), mais il ne sera, à notre sens, tenu à aucune comparaison des différents postes des coûts facturés avant et après la modification des frais accessoires, ni à une adaptation du loyer net¹⁵¹⁻¹⁵².

b) Le contracting photovoltaïque

130. Depuis le 1^{er} janvier 2022, l'art. 16 al. 2^{bis} de l'ordonnance sur l'énergie (OENE) – qui régit, comme on le verra ci-après, les relations entre propriétaires fonciers et locataires lors de la constitution d'un regroupement dans le cadre de la consommation propre¹⁵³ – vise à tenir compte des cas de contracting photovoltaïque¹⁵⁴⁻¹⁵⁵.

¹⁵¹ SIFONIOS, Contracting, N 87.

¹⁵² Comme on l'a vu ci-dessus (N 123), le locataire pourra demander une baisse du loyer net en raison de l'éventuelle baisse des frais d'entretien supportés par le bailleur. Les éventuelles économies réalisées par celui-ci ne se reflèteront toutefois pas immédiatement sur le loyer net en raison de la méthode préconisée par le Tribunal fédéral pour le calcul de l'évolution des charges d'exploitation et d'entretien qui consiste à comparer deux moyennes.

¹⁵³ Voir ci-après III/B, N 140 ss.

¹⁵⁴ DETEC, Rapport explicatif, p. 6.

¹⁵⁵ A l'heure où la présente contribution a été rédigée, le Conseil fédéral a mis en consultation un projet de modification de l'OENE visant à une simplification de la réglementation actuelle concernant la répercussion des coûts sur les contrats de bail à loyer ou à ferme, jugée « très compliquée et trop coûteuse » selon le

131. Aux termes de cette disposition, « lorsqu'un tiers se charge du financement de l'installation et effectue un emprunt à cet effet, le propriétaire foncier peut choisir de facturer soit les coûts de capital calculés sur la base du taux approprié visé à l'al. 2 soit les intérêts passifs effectivement générés par l'emprunt ».
132. Selon le rapport explicatif concernant la révision de l'ordonnance sur l'énergie établi par le DETEC en novembre 2021, cette disposition devrait être interprétée en ce sens que, pour la part que le tiers investisseur – contracteur – finance à l'aide de fonds propres, la règle générale de l'art. 16 al. 2 OEne s'applique, la rémunération du capital propre ne pouvant alors dépasser le taux approprié pour les intérêts et l'amortissement de l'investissement. Les fonds empruntés, quant à eux, pourront être facturés par le propriétaire foncier, à choix, au taux d'intérêt réel pratiqué par le prêteur ou au « taux approprié » de l'art. 16 al. 2 OEne¹⁵⁶.
133. Bien qu'adoptée dans l'optique d'avoir « au final un effet positif sur le développement du photovoltaïque »¹⁵⁷, l'interprétation de l'art. 16 al. 2^{bis} n'ira pas sans poser problème et risque même de produire le résultat inverse¹⁵⁸.
134. En effet, comme nous l'avons exposé ci-avant (N 80), le prix payé par le preneur d'énergie est un prix intégré. Ce dernier ne connaît ainsi ni le détail des coûts assumés par le contracteur, ni les modalités de financement de l'installation (fonds propres, fonds étrangers et, le cas échéant, les intérêts de ces derniers) auxquelles il a eu recours. Or, pour effectuer les calculs prescrits par l'art. 16 al. 2 et al. 2^{bis} OEne, le propriétaire foncier qui revend l'énergie produite par les panneaux solaires photovoltaïques à des

rapport explicatif (DETEC, Rapport explicatif mars 2022, p. 3). Le projet de modification mis en consultation semble prévoir l'abrogation de l'art. 16 al. 2^{bis} OEne dont il ne fait pas du tout mention. Sur ce point, voir également ci-après n. 218.

¹⁵⁶ DETEC, Rapport explicatif, p. 6.

¹⁵⁷ *Ibid*

¹⁵⁸ SIFONIOS, Contracting, N 105 et 110.

locataires aurait besoin de connaître ces différentes informations ou, à tout le moins, certaines d'entre elles. En l'absence de telles informations, il se trouve donc dans l'impossibilité d'effectuer un quelconque calcul¹⁵⁹. Dans cette optique, la nouvelle disposition entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2022 semble difficilement applicable, voire inapplicable en pratique.

135. Par ailleurs, le contracteur n'est pas lié par l'art. 16 OEne, sa relation contractuelle avec le propriétaire foncier étant totalement indépendante du contrat de bail. Seul répond des obligations découlant des art. 17 LEne et 16 OEne le propriétaire foncier vis-à-vis des locataires qui louent ses locaux¹⁶⁰.
136. Or, si cette disposition venait à être interprétée en ce sens que le schéma de calcul de l'art. 16 OEne doit également s'appliquer à l'énergie vendue par le contracteur au propriétaire foncier – ce qui implique notamment que ce premier doit dévoiler le détail des coûts et des modalités de financement auxquelles il a eu recours – cela aurait pour effet de dissuader les solutions de contracting photovoltaïque et, ainsi, les avantages qu'il peut présenter¹⁶¹.
137. Selon SIFONIOS¹⁶², dont l'avis mérite à notre sens d'être suivi, il aurait été préférable de traiter le contracting thermique et le contracting photovoltaïque de manière similaire en prévoyant simplement que le prix fixe convenu avec le contracteur peut être refacturé intégralement par le propriétaire foncier aux locataires.
138. Selon cet auteur¹⁶³, la règle de l'art. 16 al. 3 OEne s'appliquerait également dans ce cas. Les coûts du kilowattheure autoconsommé facturé au locataire ne pourraient ainsi pas dépasser les coûts du kilowattheure soutiré du réseau. Le propriétaire foncier pouvant, en revanche – lorsque les coûts du kilowattheure autoconsommé sont inférieurs à ceux du kilowattheure soutiré du réseau – ajouter la moitié de la

¹⁵⁹ SIFONIOS, Contracting, N 105.

¹⁶⁰ SIFONIOS, Contracting, N 92. *Contra* SPIRIG, Eigenverbrauch, p. 24.

¹⁶¹ SIFONIOS, Contracting, N 108 et 110.

¹⁶² SIFONIOS, Contracting, N 106.

¹⁶³ SIFONIOS, Contracting, N 103.

différence entre les deux montants aux coûts qui sont facturés par le contracteur, puis refacturés au locataire. Une telle rémunération lui permettrait de compenser le risque de la commercialisation.

5. Conclusion

139. On l'a vu, la question de l'incidence que doit avoir le passage d'une installation appartenant au bailleur à un modèle de contracting thermique ou photovoltaïque sur le montant du loyer net reste controversée en doctrine. Le Tribunal fédéral sera donc, à terme, appelé à clarifier cette question. L'interprétation qu'il adoptera jouera alors un rôle primordial pour conserver l'esprit de ces dispositions, soit, pour le contracting thermique, de rendre possible le recours à ce type de solution pour le bailleur et, pour le contracting photovoltaïque, de favoriser la production décentralisée d'électricité renouvelable et la sortie des énergies fossiles.

*B. La consommation propre*¹⁶⁴

1. Introduction

140. Historiquement, lorsqu'un propriétaire foncier construisait une installation de production d'électricité sur son immeuble, il n'avait d'autre choix que de vendre la totalité de sa production au gestionnaire de réseau de distribution d'électricité (ci-après : « GRD »), puis de racheter l'intégralité de sa consommation individuelle à ce dernier.
141. Le prix auquel l'énergie produite était reprise par le GRD ne couvrant parfois pas l'entier des coûts de production, un tel

¹⁶⁴ Pour un examen complet de la question, ainsi que des modèles de contrats commentés, voir SIFONIOS, *Consommation propre (à paraître)*.

modèle incitait peu au développement de la production d'énergie photovoltaïque puisqu'il était peu rentable pour le propriétaire¹⁶⁵.

142. Tout d'abord intégré dans l'ancienne loi fédérale sur l'énergie le 1^{er} janvier 2014, le principe de la consommation propre a été largement précisé et complété dans les dispositions de la nouvelle loi sur l'énergie du 30 septembre 2016¹⁶⁶ et dans la nouvelle ordonnance sur l'énergie du 1^{er} novembre 2017¹⁶⁷, toutes deux entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2018. Elle constitue une manière pour le législateur de favoriser la production d'énergies renouvelables en la rendant plus rentable pour les propriétaires fonciers qui y auraient recours.
143. Après un bref examen de la notion de consommation propre et des différentes formes qu'elle peut revêtir (III/B/2), la présente contribution se penchera sur les conditions auxquelles elle est possible (III/B/3), ainsi que sur les exigences particulières posées par la législation pour la constitution des regroupements dans le cadre de la consommation propre, en particulier lorsque ceux-ci sont étendus à des locataires et des fermiers (III/B/4).

2. Notion et formes de consommation propre

144. La consommation propre permet au propriétaire d'une installation de production d'énergie électrique (le plus souvent, des panneaux solaires photovoltaïques) de consommer lui-même l'énergie produite par son installation sur le lieu de production ou de l'y stocker pour une consommation ultérieure, sans qu'elle ne transite par le réseau de distribution électrique. Il peut également la vendre à des tiers, notamment des locataires ou des fermiers, lesquels vont également la consommer sur le lieu de production¹⁶⁸.

¹⁶⁵ SIFONIOS, Regroupements, N 3 s.

¹⁶⁶ LEne (RS 730.0).

¹⁶⁷ OEne (RS 730.01).

¹⁶⁸ Art. 16 LEne. SIFONIOS, Regroupements, N 1 ; SPIRIG, Eigenverbrauch, p. 107 ; SPRINGER/DORSCHER, N 1 ; SUISSEENERGIE, p. 6.

145. Ses avantages sont avant tout financiers. En effet, pour autant que l'électricité produite soit consommée directement sur place – soit avant d'être refoulée sur le réseau de distribution d'énergie – sa consommation n'est pas soumise aux coûts d'acheminement par le réseau de distribution, ni aux diverses taxes applicables, lesquelles peuvent représenter une partie importante des frais d'électricité. Elle permet ainsi au propriétaire de l'installation de production d'énergie de rentabiliser son investissement¹⁶⁹.
146. Le propriétaire n'a toutefois pas l'obligation d'autoconsommer et peut décider de réinjecter tout ou partie de l'énergie produite par son installation dans le réseau de distribution¹⁷⁰. En effet, les gestionnaires de réseau ont l'obligation, dans leur zone de desserte, de reprendre et de rétribuer de manière appropriée l'électricité provenant d'énergies renouvelables qui leur est offerte (art. 15 al. 1 let. a LÉne).
147. Par ailleurs, lorsque l'énergie produite par l'installation photovoltaïque ne permet pas de couvrir l'ensemble des besoins des occupants de l'immeuble, l'énergie manquante est alors soutirée du réseau. Le prix de celle-ci comprend alors non seulement les coûts de l'énergie elle-même, mais également l'acheminement et les taxes sur l'électricité¹⁷¹. Pour la fourniture d'électricité, ainsi que pour l'installation de mesure, la mesure et le droit d'accès au réseau visé aux art. 6 et 13 de la loi sur l'approvisionnement en électricité¹⁷², le regroupement doit être traité comme un client unique par le GRD¹⁷³.
148. On distingue plusieurs formes de consommation propre¹⁷⁴ :

¹⁶⁹ SIFONIOS, Regroupements, N 2 ; SPIRIG, Eigenverbrauch, p. 106.

¹⁷⁰ Ce sera notamment le cas lorsque l'énergie produite par l'installation photovoltaïque dont il est propriétaire est supérieure à l'énergie consommée par les membres du regroupement. ÇELIK, N 5 ; SIFONIOS, Regroupements, N 3 ; SPIRIG, Eigenverbrauch, p. 107.

¹⁷¹ SPIRIG, Eigenverbrauch, p. 107.

¹⁷² LApEl (RS 734.7).

¹⁷³ Art. 18 al. 1 LÉne.

¹⁷⁴ SIFONIOS, Regroupements, N 9 ss ; SUISSEÉNERGIE, p. 9 à 11.

- La consommation propre individuelle dans laquelle l'exploitant consomme lui-même, sur le lieu de production, l'énergie produite par l'installation lui appartenant.
- La consommation propre commune dans laquelle plusieurs autoproducteurs ou autoconsommateurs consomment l'énergie produite sur le lieu de production.

Elle peut être subdivisée en deux sous-catégories :

- les « communautés d'autoconsommation » ou « modèle de pratique » qui ne sont pas réglementés en détail dans la législation et se fondent essentiellement sur les principes généraux en matière de consommation propre et sur la liberté contractuelle, raison pour laquelle il n'en sera pas du tout question dans la présente contribution¹⁷⁵ ;
- les regroupements dans le cadre de la consommation propre (ci-après : « RCP »), lesquels font l'objet d'une réglementation détaillée aux art. 16 à 18 LEne, ainsi qu'aux art. 14 à 18 OEne. Ils peuvent être constitués entre plusieurs propriétaires indépendants, au sein d'une propriété par étages, voire intégrer des locataires ou fermiers¹⁷⁶. Seul ce dernier cas de figure sera examiné en détail ci-après.

3. Les conditions à la consommation propre

149. Les conditions auxquelles la consommation propre est possible sont définies dans la LEne et l'OEne. Certaines sont générales et concernent toutes les formes de consommation propre (a et b), tandis que d'autres ne s'appliquent qu'en cas de consommation propre commune (c et d).

¹⁷⁵ Le lecteur intéressé par cette question est renvoyé à l'ouvrage de SIFONIOS, *Consommation propre (à paraître)*, ainsi qu'aux quelques éléments donnés par BRÄNDLI, p. 314 s.

¹⁷⁶ SIFONIOS, *Regroupements*, N 12.

- a. L'énergie autoconsommée ne doit pas transiter par le réseau de distribution du gestionnaire de réseau entre l'installation de production et le point de consommation (art. 14 al. 3 OEnE). Les différents points de consommation qui bénéficient de la consommation propre doivent ainsi tous être raccordés au réseau de distribution derrière un même point de raccordement¹⁷⁷.
- b. Le gestionnaire de réseau doit être informé au moins trois mois à l'avance de la formation du regroupement, de l'identité du représentant de ce regroupement¹⁷⁸, ainsi que de celle des éventuels locataires ou fermiers qui y participent (18 al. 1 let. a OEnE).
- c. La puissance totale de production doit être considérable par rapport à la puissance de raccordement au point de mesure (art. 17 al. 1 LEnE). Le regroupement est exclu si la consommation d'électricité est faible par rapport à la production, le coût administratif et technique d'un regroupement n'étant alors pas justifié¹⁷⁹.

Un regroupement n'est ainsi permis que lorsque la puissance de production de l'installation ou des installations est d'au moins 10% de la puissance du raccordement du regroupement (art. 15 al. 1 OEnE). Les installations qui ne sont exploitées que 500 heures par an au maximum ne sont pas prises en compte dans le calcul de la puissance de production (art. 15 al. 2 OEnE). Le moment déterminant est la date de constitution du regroupement. Si la puissance de 10% prescrite à l'art. 15 al. 1 OEnE n'est plus remplie ultérieurement à la constitution du regroupement, celui-ci ne

¹⁷⁷ SIFONIOS, Regroupements, N 18.

¹⁷⁸ La relation juridique est conclue avec le propriétaire foncier et non avec le représentant. Ce dernier ne fait, dans ce cas, qu'agir au nom et pour le compte (art. 32 CO) du propriétaire foncier. Le représentant dont l'identité est communiquée au GRD n'est donc pas forcément le débiteur des factures de l'énergie soutirée du réseau, même si celles-ci lui sont adressées.

¹⁷⁹ ÇELİK, N 8 ; DETEC, Commentaires OEnE, p. 16 ; SPIRIG, Eigenverbrauch, p. 108.

peut être maintenu que si les motifs du changement relèvent des participants existants (art. 15 al. 3 OEne).

- d. Enfin, le lieu de production, soit le périmètre géographique dans lequel le regroupement s'étend, doit respecter les prescriptions de l'art. 14 OEne¹⁸⁰. Le lieu de production doit ainsi correspondre à la propriété sur laquelle se situe l'installation de production (al. 1). Les terrains contigus dont au moins un est adjacent à la propriété sur laquelle se trouve l'installation de production, de même que, moyennant l'accord du propriétaire concerné, les terrains qui ne sont séparés que par une rue, une voie ferrée ou un cours d'eau sont également considérés comme le lieu de la production (al. 2).

4. Les regroupements dans le cadre de la consommation propre

a) Les rapports externes du regroupement

150. Dès la constitution du regroupement, ses membres – notamment les locataires – doivent être traités par le gestionnaire de réseau comme un consommateur unique (art. 18 al. 1 LEne) et non comme plusieurs consommateurs finaux (art. 18 al. 1 let. a OEne).
151. Ceci implique notamment que les membres disposent ensemble d'un point de mesure unique pour l'ensemble de l'énergie qu'ils soutirent du réseau de distribution et cela, au même titre qu'un consommateur final unique (art. 18 al. 1 LEne). Le GRD se borne ainsi à mesurer la consommation globale du regroupement et non la consommation individuelle des membres qui le composent.
152. Dans le cadre d'un regroupement intégrant des locataires, il appartiendra ainsi au propriétaire foncier d'installer les compteurs permettant de mesurer la consommation de chaque locataire, de les entretenir et d'assurer leur fonctionnement mais, également, de procéder aux relevés et à la facturation aux

¹⁸⁰ SIFONIOS, Regroupements, N 19.

locataires et de gérer les mauvais payeurs et le recouvrement des montants impayés. Ces derniers ne recevront plus une facture du GRD pour leur consommation d'électricité mais une facture du propriétaire foncier ou de son représentant¹⁸¹.

153. Par ailleurs, lorsque l'énergie produite par l'installation photovoltaïque ne suffit pas à répondre à l'ensemble des besoins en électricité des membres du regroupement et que de l'électricité doit être soutirée du réseau, seul le propriétaire foncier répond vis-à-vis du GRD du paiement de cette énergie¹⁸². Il lui appartiendra ensuite d'en répartir les coûts parmi les membres du regroupement et, le cas échéant, de procéder au recouvrement en cas de non-paiement des factures envoyées¹⁸³.

b) Les rapports entre le propriétaire foncier et les locataires

aa) Nature juridique de la relation

154. Lorsqu'un locataire ou un fermier est intégré au regroupement, le propriétaire foncier devient seul responsable de l'approvisionnement en électricité à la place du gestionnaire de réseau, y compris pour l'énergie soutirée du réseau (art. 17 al. 2 LEne). Il n'y a plus aucun lien contractuel entre le locataire et le GRD¹⁸⁴.
155. Le propriétaire foncier a alors la responsabilité de fournir en tout temps aux locataires la quantité d'électricité qu'ils désirent au niveau de qualité requis et à des tarifs équitables (art. 6 al. 1 LApEl, applicable par analogie aux regroupements intégrant les

¹⁸¹ L'ensemble de ces tâches peuvent être déléguées à une entreprise spécialisée par le propriétaire foncier, lequel reste néanmoins seul responsable de l'approvisionnement en électricité des locataires ayant intégré le regroupement. En ce sens également ÇELIK, N 17 ; Kommentar zum Energierecht-RECHSTEINER/WALDNER, Art. 17 LEne, N 12.

¹⁸² SPIRIG, Eigenverbrauch, p. 110.

¹⁸³ SIFONIOS, Regroupements, N 35.

¹⁸⁴ ÇELIK, N 35 ; Kommentar zum Energierecht-RECHSTEINER/WALDNER, Art. 17 LEne, N 6 ; SIFONIOS, Regroupements, N 34 ; SPIRIG, Eigenverbrauch, p. 109.

locataires par le renvoi de l'art. 17 al. 2 LENE), responsabilité qui appartenait, jusqu'à la constitution du regroupement, au GRD. Le propriétaire foncier devient ainsi le seul fournisseur d'électricité des locataires. Il revêt à ce titre la qualité de fournisseur d'électricité et non de bailleur¹⁸⁵.

156. Il convient de déterminer par conséquent quelle est la nature juridique de la relation qui lie les locataires ayant intégré le regroupement au propriétaire foncier. Celle-ci permettra non seulement d'établir si l'on est en présence d'une prestation accessoire du contrat de bail à loyer ou d'une relation juridique indépendante de celui-ci mais, également, de déterminer à la lumière de quelles règles – droit du bail ou droit de l'énergie – il convient d'interpréter les droits et obligations de chacune des parties¹⁸⁶.
157. Selon le Tribunal fédéral, il y a lieu d'opposer les frais accessoires et les frais de consommation.
158. Les premiers constituent des dépenses liées à l'usage de la chose louée et résultent d'obligations légales ou d'obligations accessoires découlant du contrat de bail. Les seconds, en revanche, sont exclusivement générés par le locataire pour ses propres besoins et il en assume généralement les coûts directement en mains des entreprises concernées. Ils ne trouvent pas leur fondement juridique dans le contrat de bail mais sur un autre rapport contractuel. Les dépenses qui en découlent ne sont donc pas des frais accessoires soumis aux art. 257a et 257b CO¹⁸⁷.
159. Or, selon notre Haute Cour, les coûts de la consommation individuelle d'électricité du locataire – y compris lorsque les parties au contrat de bail sont les mêmes – sont des frais de consommation et non des frais accessoires, ce d'autant plus

¹⁸⁵ SIFONIOS, Contracting, N 94.

¹⁸⁶ SIFONIOS, Contracting, N 94 et n. 85 ; SIFONIOS, Regroupements, N 58 ss, spéc. N 97 à 100 s'agissant de la question du prix de l'énergie. Voir également Kommentar zum Energierecht-RECHSTEINER/WALDNER, Art. 18 LENE, N 10.

¹⁸⁷ TF du 24.05.2000, 4C.82/2000, cons. 3b.

lorsque le propriétaire ne se limite pas à simplement refacturer des dépenses qui lui ont été facturées par un tiers, mais fournit en sus ses propres prestations¹⁸⁸, ce qui est manifestement le cas dans le cadre des regroupements en matière de consommation

160. Au vu de ces éléments, il convient, à notre sens, non seulement d'admettre que la relation juridique qui lie le propriétaire foncier au locataire ayant intégré en regroupement dans le cadre de la consommation propre est une relation distincte et indépendante du contrat de bail à loyer mais, également, que les règles applicables à cette relation contractuelle doivent être interprétées à la lumière des règles du droit de l'énergie et non de celles applicables en matière de bail à loyer¹⁸⁹.
161. Se pose dès lors la question de la portée de l'art. 6b OBLF, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2018.
162. Aux termes de cette disposition, « dans le cadre d'un regroupement au sens de l'art. 17 LEne, le bailleur peut facturer les coûts visés à l'art. 16 OEne en tant que coûts accessoires ».
163. Comme son texte l'indique, cette disposition n'impose pas au propriétaire foncier – lequel revêtirait également, dans ce cas, la casquette de bailleur – de facturer les frais de l'électricité autoconsommée à titre de frais accessoires, elle lui en offre simplement la possibilité¹⁹⁰. Une telle possibilité semble d'ailleurs aller dans le même sens que la jurisprudence du Tribunal fédéral, lequel a précisé que si les parties ne peuvent soustraire les frais accessoires au régime des art. 257a et 257b CO

¹⁸⁸ TF du 24.05.2000, 4C.82/2000, cons. 3b ; TF du 20.07.2012, 4A_194/2012, cons. 2.2. Voir également CPra Bail-BIERI, Art. 257a/257b CO, N 16 et SIFONIOS, Contracting, N 95.

¹⁸⁹ Kommentar zum Energierecht-RECHSTEINER/WALDNER, Art. 18 LEne, N 10 ; SIFONIOS, Contracting, N 95 ; SIFONIOS, Regroupements, N 109. *Contra* SPIRIG, Eigenverbrauch, p. 110 et p. 123 s.

¹⁹⁰ DETEC, Commentaires OEne, p. 16 ; DORSCHNER/HOHN/SPRINGER, N 52 ; SPIRIG, Eigenverbrauch, p. 110 qui estime toutefois qu'une autre solution n'aurait de sens que pour les coopératives et d'autres formes de sociétés qui disposent de moyens efficaces pour recouvrer les frais de la consommation d'électricité.

– qui sont de nature impérative – rien ne les empêche en revanche d’y soumettre les frais de consommation¹⁹¹.

164. Selon certains auteurs¹⁹², les principaux avantages que peut avoir le propriétaire foncier à procéder de la sorte est de pouvoir bénéficier de la possibilité de percevoir ces frais sous la forme d’acomptes mensuels et, le cas échéant, d’avoir la faculté de résilier le contrat de bail à loyer de manière extraordinaire en cas de non-paiement, conformément à l’art. 257d CO.
165. Une telle possibilité aurait également pour avantage de permettre au bailleur d’intégrer les coûts prévus à l’art. 16 OEné dans le décompte annuel de frais accessoires et ainsi de n’établir qu’un seul document et un seul envoi à l’attention de ses locataires¹⁹³.
166. Outre ces éléments, la portée de l’art. 6b OBLF devrait rester très limitée en raison des nombreuses disparités qui existent entre les règles de droit du bail en matière de frais accessoires et les règles du droit de l’énergie, lesquelles – on l’a vu ci-dessus (N 160) – doivent selon nous commander l’interprétation des dispositions légales applicables aux regroupements qui intègrent des locataires¹⁹⁴.
167. Le propriétaire foncier qui opte pour une facturation à titre de frais accessoires comme le prévoit l’art. 6b OBLF veillera à l’indiquer très clairement dans le contrat de bail à loyer ou dans le contrat de fourniture d’énergie séparé qui sera conclu avec le locataire¹⁹⁵.

¹⁹¹ TF du 20.05.2000, 4C.84/2000, cons. 4b ; CPra Bail-BIERI, Art. 257a/257b CO, N 16a.

¹⁹² SPIRIG, *Eigenverbrauch*, p. 110 ; SUISSEENERGIE, p. 13 s.

¹⁹³ DORSCHNER/HOHN/SPRINGER, N 52.

¹⁹⁴ Pour une liste complète des divergences droit du bail / droit de l’énergie, voir SIFONIOS, *Consommation propre (à paraître)*. Voir également *Kommentar zum Energierecht-RECHSTEINER/WALDNER*, Art. 18 LÉne, N 10.

¹⁹⁵ L’intégration de l’accord des parties dans le contrat de bail ou une indication selon laquelle l’accord fait partie intégrante du contrat de bail n’est toutefois, selon le Tribunal fédéral, pas suffisante pour admettre que les coûts qui en découlent sont des frais accessoires, un examen du contenu de l’accord étant

bb) Constitution du regroupement

168. Lors d'une première mise en location ou en cas de changement de locataire, le propriétaire foncier peut imposer la participation au regroupement à toute personne qui prend à bail les locaux¹⁹⁶⁻¹⁹⁷.
169. Il en va différemment des locataires qui sont d'ores et déjà au bénéfice d'un contrat de bail lors de la mise en place d'un regroupement dans le cadre de la consommation propre. En effet, l'art. 17 al. 3 LENE prévoit que ceux-ci ont un droit d'option leur permettant, sur simple déclaration au bailleur, de demander que l'approvisionnement de base soit assuré par le gestionnaire de réseau, comme le prévoient les art. 6 et 7 LAPeI. Le propriétaire foncier ne peut alors pas les contraindre à intégrer le regroupement¹⁹⁸.
170. Une fois que le locataire a accepté d'intégrer le regroupement, tout nouveau locataire des locaux concernés intégrera automatiquement le regroupement existant, une sortie n'étant possible qu'à des conditions exceptionnelles¹⁹⁹. En cas de restitution anticipée des locaux (art. 264 CO), le locataire devra alors présenter un nouveau locataire qui accepte d'intégrer le regroupement mis en place²⁰⁰.
171. Dans la mesure où la consommation propre peut être imposée à tout nouveau locataire par le propriétaire foncier, peut se poser la

déterminant et non la désignation erronée par les parties (TF du 24.05.2000, 4C.82/2000, cons. 4c).

¹⁹⁶ Une telle possibilité n'est pas expressément mentionnée dans la loi, mais il va de soi que le bailleur qui souhaite mettre en place un regroupement s'assurera que les candidats potentiels sont bel et bien prêts à intégrer le regroupement préalablement à la signature du contrat de bail à loyer.

¹⁹⁷ ÇELIK, N 13 ; DETEC, Commentaires OENE, p. 17 ; DORSCHNER/HOHN/SPRINGER, N 44 ; Kommentar zum Energierecht-RECHSTEINER/WALDNER, Art. 17 LENE, N 10 ; SIFONIOS, Regroupements, N 37 ; SPIRIG, Eigenverbrauch, p. 119.

¹⁹⁸ SIFONIOS, Regroupements, N 37 ; SPIRIG, Eigenverbrauch, p. 117 et 121.

¹⁹⁹ Voir ci-après III/B/4/b/ee, N 200 ss.

²⁰⁰ En ce sens également SPIRIG, Eigenverbrauch, p. 117.

question de savoir – lorsque ce dernier revêt également la qualité de bailleur – s’il s’agit d’une transaction couplée prohibée par l’art. 254 CO.

172. Selon cette disposition, est nulle toute transaction qui constitue une condition sine qua non à la conclusion ou au renouvellement d’un contrat de bail à loyer portant sur une habitation ou des locaux commerciaux et qui n’est pas directement liée à l’usage des locaux loués²⁰¹.
173. La fourniture d’électricité dans le cadre des regroupements étendus aux locataires est spécifiquement prévue à l’art. 17 al. 3 LEne, laquelle constitue une *lex specialis* et une *lex posterior* par rapport à l’art. 254 CO, excluant ainsi l’existence d’une transaction couplée. En outre, la prestation est directement liée à l’usage des locaux loués et une disproportion évidente entre la prestation et la contre-prestation – laquelle constituerait un indice que la transaction a été imposée au locataire contre sa volonté²⁰² – ne peut que difficilement être admise, tant que le propriétaire foncier respecte les règles protectrices de l’art. 16 OEna en matière de fixation du prix de l’énergie²⁰³.

cc) Contenu de l’accord qui lie le propriétaire foncier et le locataire

174. L’art. 16 al. 4 OEna impose au propriétaire foncier la conclusion d’un accord écrit avec le locataire ayant le contenu minimum suivant :
- l’identité du représentant du regroupement à l’extérieur ;
 - des indications concernant la façon de procéder pour la mesure de la consommation interne, la mise à disposition des données, l’administration et le décompte ;

²⁰¹ TF du 17.11.2004, 4C.255/2004, cons. 4.3. Voir également LCHAT DAVID ET AL., Le bail à loyer, p. 221 N 8.3.1 et références citées en n. 23 s.

²⁰² TF du 17.11.2004, 4C.255/2004, cons. 4.3.

²⁰³ En ce sens, SUISSEENERGIE, p. 17.

- le produit électrique qui doit être soutiré à l'extérieur ainsi que les modalités pour un changement de ce produit.
175. Le propriétaire foncier reste, bien évidemment, libre d'introduire d'autres éléments dans le contrat qui le lie aux membres du regroupement. Il y intégrera ainsi notamment le tarif de l'énergie fournie par l'installation photovoltaïque et ses modalités²⁰⁴. Par ailleurs, une fois le regroupement constitué, le propriétaire foncier assume seul la responsabilité de l'approvisionnement en électricité des locataires ou fermiers à la place du gestionnaire de réseau, y compris pour l'énergie soutirée du réseau. Il veillera ainsi à compléter l'accord conclu par des clauses limitant sa responsabilité en cas de coupure de l'électricité due à une panne de l'installation par exemple²⁰⁵. De même, il peut y prévoir un mécanisme de sanction pour les mauvais payeurs.
176. Comme nous l'avons indiqué ci-dessus²⁰⁶, un examen de la nature juridique de la relation qui lie le propriétaire foncier au locataire ayant intégré le regroupement permet d'établir que cette dernière est distincte et indépendante du contrat de bail. Pour cette raison, l'accord conclu devrait donc faire l'objet d'un contrat de vente séparé du contrat de bail à loyer²⁰⁷⁻²⁰⁸.
177. Une question qui peut également se poser est celle de savoir si le propriétaire foncier a l'obligation de notifier au locataire au bénéficiaire d'un contrat de bail à loyer au jour de la constitution du regroupement dans le cadre de la consommation propre la formule officielle prescrite à l'art. 269d al. 3 CO.
178. Premièrement, dès lors que l'on admet que la prestation fournie par le bailleur ne constitue pas une prestation accessoire au contrat de bail à loyer mais une prestation principale dont

²⁰⁴ SIFONIOS, Regroupements, N 40.

²⁰⁵ *Ibid.*

²⁰⁶ Voir ci-dessus N 154 ss, spéc. N 160.

²⁰⁷ Les propriétaires fonciers et le bailleur n'étant pas toujours les mêmes personnes, ces premiers ne seront donc pas forcément liés par un contrat de bail à loyer avec le locataire.

²⁰⁸ *Contra* ÇELIK, N 16.

l'aménagement relève de l'autonomie des parties²⁰⁹ et de la réglementation en matière d'énergie, les dispositions légales sur les frais accessoires et, partant, les règles concernant leur modification – notamment l'art. 269d al. 3 CO qui impose au bailleur la notification de la formule officielle – ne devraient donc pas trouver application²¹⁰.

179. En outre, l'art. 269d al. 3 CO trouve application lorsque le bailleur entend apporter au contrat une modification unilatérale en sa faveur et en défaveur du locataire, notamment une modification de la composition des frais accessoires ou de leur mode de facturation. Le but de la formule officielle est en premier lieu d'informer le locataire sur les modalités de la modification et sur les voies de droit à suivre pour la contester s'il l'estime abusive²¹¹.
180. Si la modification n'est pas imposée par le bailleur mais résulte d'une volonté commune des parties, l'art. 269d CO ne trouve pas application, le bailleur n'ayant alors en principe pas besoin de remettre une formule officielle au locataire²¹². De même, une modification neutre, soit celle qui n'est ni en faveur du bailleur, ni au détriment du locataire n'est en principe pas non plus un cas d'application de l'art. 269d CO²¹³.

²⁰⁹ TF du 24.05.2000, 4C.82/2000, cons. 4b.

²¹⁰ Il pourrait en revanche en aller différemment pour les propriétaires fonciers ayant spécifiquement opté pour une facturation des coûts de l'électricité à titre de coûts accessoires comme semble le permettre l'art. 6b OBLF. D'autres problèmes se poseraient alors en raison de certaines incompatibilités qui existent entre le système mis en place par le droit de l'énergie et celui du droit du bail (voir ci-dessus N 166). Pour un exposé de celles-ci, voir SIFONIOS, Consommation propre (*à paraître*).

²¹¹ ATF 138 III 401, cons. 2.4.2. Voir également CPra Bail-MARCHAND, Art. 269d CO, N 16.

²¹² L'existence d'une modification consensuelle n'est toutefois admise par le Tribunal fédéral que s'il résulte des circonstances que le locataire a été suffisamment informé de ses droits et qu'il n'a pas signé sous la menace d'une résiliation. ATF 128 II 419, cons. 2.4.2 ; TF du 23.05.2016, 4D_82/2015, cons. 5.2. Voir également ci-dessus N 66 s.

²¹³ En ce sens, CPra Bail-MARCHAND, Art. 269d CO, N 12 et références citées.

181. Or, on l'a vu ci-dessus (N 169), le bailleur ne peut pas imposer au locataire déjà au bénéfice d'un contrat de bail d'intégrer le regroupement dans le cadre de la consommation propre. Le locataire ayant un droit d'option lui permettant, sur simple déclaration au bailleur, de demander que l'approvisionnement de base soit assuré par le GRD, comme le prévoient les art. 6 et 7 LApEl.
182. Un tel locataire n'intégrera dès lors le regroupement que si tel est bien son souhait et s'il est d'accord avec les conditions prévues dans le contrat de vente d'énergie qui lui est présenté par le propriétaire foncier. A défaut, il peut demander à ce que l'approvisionnement soit assuré par le GRD (art. 17 al. 3 LEnE). Il est difficile, dans ce cadre, d'admettre que la modification est unilatéralement « imposée » par le bailleur au locataire au sens de l'art. 269d al. 3 CO²¹⁴. Ce d'autant plus que l'approvisionnement de base par le GRD (art. 6 LApEl) est soumis au droit public qui va donc logiquement primer. Le GRD a l'obligation légale d'assurer l'approvisionnement de base, sauf dans l'hypothèse où le consommateur – ici, le locataire – consent expressément à ne plus être approvisionné. La plupart des GRD exigent de ce fait un accord signé de la main du locataire avant de cesser leur approvisionnement. Le locataire pourra donc requérir du propriétaire foncier que celui-ci lui fournisse toutes les informations qui sont nécessaires à une prise de décision éclairée avant d'accepter ou non d'intégrer le regroupement et conditionner son accord auprès du GRD à l'obtention de telles informations²¹⁵.
183. En outre, s'agissant des coûts, force est d'admettre que le locataire reste dans tous les cas protégé par la règle de l'art. 16 al. 3 OEnE qui lui garantit que le prix qui lui sera finalement facturé pour la consommation d'électricité sera au mieux

²¹⁴ Ce d'autant plus que certains auteurs mentionnent même l'hypothèse dans laquelle un regroupement pourrait être créé sur initiative des locataires (ÇELIK, N 10 et 26 et références citées).

²¹⁵ Il sied de relever qu'en cas de refus de sa part d'intégrer le regroupement, le locataire est protégé contre une résiliation de son contrat de bail par les art. 271a al. 1 let. b CO qui proscriit le congé-modification.

inférieur et au pire équivalent au prix dont il s'acquitterait en mains du GRD pour la livraison du même fluide. Le locataire ne peut ainsi en aucun cas être plus mal loti en intégrant le regroupement que s'il avait demandé à être approvisionné par le GRD. Il peut, en outre, en tout temps saisir l'autorité de conciliation compétente (*infra* N 207 à 209) s'il estime que les coûts qui lui ont été facturés à titre de consommation d'électricité sont abusifs.

184. Pour tous ces motifs, nous sommes d'avis que les garde-fous mis en place par le droit de l'énergie garantissent, à eux seuls, une bonne protection des locataires contre d'éventuels abus et que l'utilisation de la formule officielle prescrit à l'art. 269d al. 3 CO ne devrait pas s'imposer lors de la constitution d'un regroupement dans le cadre de la consommation propre étendu à des locataires²¹⁶⁻²¹⁷.
185. Le Tribunal fédéral ne s'étant toutefois pas encore prononcé sur la question, le propriétaire foncier prudent veillera à remettre au locataire le formulaire officiel avec la convention de vente d'énergie qu'il lui soumettra pour accord et signature.

dd) Prix de l'énergie autoconsommée²¹⁸

186. Selon l'art. 6 al. 1 LApEl – applicable par analogie aux regroupements étendus à des locataires en vertu de l'art. 17 al. 2

²¹⁶ *Contra* SPIRIG, *Eigenverbrauch*, p. 119 s.

²¹⁷ La question pourrait en revanche éventuellement se poser lorsque, avant la constitution du regroupement dans le cadre de la consommation propre, le locataire ne s'acquittait pas de sa consommation d'électricité, celle-ci étant comprise dans le loyer net en raison de l'absence de compteurs permettant de déterminer sa consommation. Dans ce cas, nous sommes d'avis qu'une diminution du loyer mensuel net s'impose au bailleur. La notification de la formule officielle au locataire serait alors justifiée, dès lors qu'elle permettrait au locataire de connaître le montant de l'électricité jusque-là compris dans le loyer net et de déterminer si la baisse répercutée par le bailleur en raison de la facturation séparée de l'électricité est abusive ou non.

²¹⁸ A l'heure où la présente contribution a été rédigée, le Conseil fédéral a mis en consultation un projet de modification de l'OENE visant à une simplification de

LEne – le propriétaire foncier doit fournir en tout temps aux locataires la quantité d'électricité qu'ils désirent à des « tarifs équitables ».

187. Pour prévenir les éventuels abus envers les locataires et les fermiers, le coût de l'énergie vendue par le propriétaire foncier aux locataires ou fermiers membres du regroupement dans le cadre de la consommation propre fait l'objet d'un schéma précis de calcul défini à l'art. 16 OEn²¹⁹.
188. Selon cette disposition, le propriétaire foncier peut mettre à la charge des locataires les coûts suivants, déduction faite des recettes provenant de l'énergie réinjectée dans le réseau²²⁰ :
 - a. pour l'électricité produite en interne :

la réglementation actuelle concernant la répercussion des coûts sur les contrats de bail à loyer ou à ferme, jugée « très compliquée et trop coûteuse » selon le rapport explicatif (DETEC, Rapport explicatif mars 2022, p. 2 s.).

Pour l'électricité autoconsommée (ce qui inclut les coûts pour la mesure interne, la mise à disposition des données et l'administration du regroupement), le projet mis en consultation prévoit que le propriétaire foncier peut soit facturer un forfait fixé à 80% au maximum du montant dont il faudrait s'acquitter en cas de non-participation au regroupement lors de l'achat du produit électrique standard extérieur (art. 16 al. 1 let. b ch. 1 pOEn), soit continuer de s'appuyer sur les coûts effectifs de production d'électricité interne, à concurrence tout au plus du montant dont il faudrait s'acquitter en cas de non-participation au regroupement lors de l'achat du produit électrique standard extérieur (art. 16 al. 1 let. b ch. 2 pOEn). La notion de « coûts effectifs » n'est toutefois pas définie dans le projet soumis à consultation.

La modification proposée devrait ainsi notamment permettre d'améliorer « l'application pratique du décompte dans un RCP en contrats de bail à loyer ou à ferme » (DETEC, Rapport explicatif mars 2022, p. 3).

²¹⁹ BRÄNDLI, p. 314 ; DETEC, Commentaires OEn, p. 7 ; SIFONIOS, Regroupements, N 84 ; SPIRIG, Eigenverbrauch, p. 116.

²²⁰ Art. 16 al. 1 OEn. Le gestionnaire de réseau a l'obligation de racheter le surplus d'énergie (art. 15 al. 1 let. a LEne). Sur cette question, voir ci-dessus N 146.

- les coûts de capital imputables de l'installation, lesquels ne doivent pas dépasser le taux « approprié » pour les intérêts et l'amortissement de l'investissement²²¹⁻²²² ;
 - les coûts d'exploitation et d'entretien de l'installation²²³ ;
- b. les coûts de l'énergie soutirée du réseau²²⁴ ;
- c. les coûts pour la mesure interne, la mise à disposition des données, l'administration et la facturation²²⁵.
189. Les coûts liés à l'introduction de la consommation propre commune dans l'immeuble doivent, en revanche, être pris en charge par le propriétaire foncier et ne peuvent être répercutés sur le locataire, dans la mesure où ils ne sont pas couverts par la rémunération pour l'utilisation du réseau (art. 17 al. 4 LEne). Il en va ainsi des coûts de raccordement du regroupement au réseau²²⁶.
190. Les investissements effectués dans l'installation de production d'électricité sont rémunérés par un intérêt facturé au titre de coûts de capital²²⁷, intérêt qui, aux termes de l'art. 16 al. 2 OEne, ne peut dépasser le « taux approprié pour les intérêts et l'amortissement de l'investissement ».
191. La doctrine est partagée sur la question de savoir si la notion de « taux approprié » dont il est question dans cette disposition doit

²²¹ Art. 16 al. 1 let. a ch. 1 et al. 2 OEne.

²²² Seul l'investissement effectif doit être pris en compte. Les éventuelles subventions touchées par le propriétaire foncier doivent ainsi être déduites du montant retenu.

²²³ Art. 16 al. 1 let. a ch. 2 OEne.

²²⁴ Art. 16 al. 1 let. b OEne. Voir ci-dessus N 147.

²²⁵ Art. 16 al. 1 let. c OEne.

²²⁶ ÇELIK, N 13 ; Kommentar zum Energierecht-RECHSTEINER/WALDNER, Art. 17 LEne, N 15 ; SIFONIOS, Regroupements, N 41 à 43. Ce dernier précise d'ailleurs que ces investissements pourraient, le cas échéant, être répercutés sur le loyer net à titre de prestations supplémentaires du bailleur (14 OBLF) ou de frais d'entretien de l'immeuble (art. 12 al. 1 OBLF).

²²⁷ Art. 16 al. 1 let. a ch. 1 OEne.

être interprétée à la lumière du droit du bail ou à celle du droit de l'énergie.

192. Selon certains auteurs²²⁸, le taux à prendre en compte correspondrait au taux du droit du bail à loyer à savoir le taux hypothécaire de référence majoré d'un demi pourcent, voire de 2% si l'on tient compte de la jurisprudence rendue par le Tribunal fédéral dans l'ATF 147 III 14²²⁹. Le taux étant fixé à 1.25% depuis le 3 mars 2020, le rendement maximum que pourrait avoir le propriétaire foncier sur l'investissement effectué se monterait alors à 1.75%, voire à 3.25%. Or, aucun de ces auteurs n'explique pour quel motif les règles de droit du bail devraient prendre le pas sur les règles de droit de l'énergie et ne tiennent pas compte du renvoi à l'art. 6 LAPEl contenu dans l'art. 17 al. 2 et 3 LEne.
193. Une autre partie de la doctrine²³⁰, à laquelle nous nous rattachons, considère en revanche que c'est le droit de l'énergie qui doit guider l'interprétation de l'art. 16 OEne et non le droit du bail. Le taux à prendre en compte correspondrait alors au WACC²³¹ de la production, fixé par la Commission fédérale de l'électricité (ElCom) à 4.98% pour l'année 2022²³².

²²⁸ BRÄNDLI (p. 314) précise expressément qu'il part du postulat que la relation contractuelle qui lie les parties est une relation bailleur-locataire mais sans indiquer pourquoi. SPIRIG (Eigenverbrauch, p. 123 s.) précise qu'on ne voit pas pourquoi le prix de l'énergie électrique produite sur place devrait être calculé différemment du prix de la chaleur produite sur place. Un tel argument peut toutefois sembler étonnant dès lors qu'on ne voit pas à quel moment le taux hypothécaire de référence (majoré de 0.5% ou 2%) est retenu dans la détermination voire dans la répartition des frais de chauffage et d'eau chaude. SPRINGER/DORSCHER (N 7 s.) précisent quant à eux que le taux à retenir équivaut au taux hypothécaire de référence majoré de 2% (ATF 147 III 14) mais ne donnent pas plus de motifs expliquant cette solution.

²²⁹ En ce sens, SPRINGER/DORSCHER, N 26.

²³⁰ SIFONIOS, Regroupements, N 58 ss ; SIFONIOS, Contracting, N 95.

²³¹ *Weighted Average Cost of Capital* (coût moyen pondéré du capital).

²³² SIFONIOS, Contracting, N 97 et référence citée. Voir également Kommentar zum Energierecht-RECHSTEINER/WALDNER, Art. 18 LEne, N 10.

194. Une analyse de la nature de la relation contractuelle qui lie les parties²³³, ainsi que l'examen de l'art. 16 OEné à l'aune des méthodes d'interprétation usuelles²³⁴, permettent tous deux d'aboutir à cette conclusion. De surcroît, on voit difficilement pourquoi le propriétaire foncier qui vend de l'électricité à des locataires ayant intégré le regroupement devrait être traité différemment du GRD qui vend de fait le même type de fluide en application de l'art. 6 LApEl²³⁵.
195. Au niveau de la répartition des frais entre les membres du regroupement, les coûts pour l'électricité produite en interne (*supra* N 188 let. a), ainsi que les coûts de l'énergie soutirée du réseau (*supra* N 188 let. b) doivent être répartis entre les locataires sur la base de leur consommation individuelle. Les coûts pour la mesure interne, la mise à disposition des données et l'administration et la facturation (*supra* N 188 let. c) peuvent, quant à eux, être répartis sur la base de la consommation individuelle ou à parts égales (art. 16 al. 1^{bis} OEné).
196. Une répartition sur la base de la consommation implique que le propriétaire doit poser des compteurs permettant de déterminer la consommation individuelle des membres du regroupement, compteurs qu'il doit entretenir et dont il doit assurer le fonctionnement et le relevé régulier. Un tel mode de répartition exclut en outre une quelconque augmentation du loyer mensuel net au motif que les panneaux solaires photovoltaïques installés sur l'immeuble constitueraient une prestation supplémentaire du bailleur au sens des art. 269a let. b CO et 14 al. 2 et 3 OBLF²³⁶.
197. Enfin, selon le commentaire du DETEC, la répartition selon la consommation « vise à assurer la transparence et à inciter à une utilisation efficace de l'énergie », ce qui exclut une facturation

²³³ *Supra* III/B/4/b/aa, N 154 ss, spec. N 160. Voir ég. SIFONIOS, Contracting, N 94 s.

²³⁴ Pour une analyse détaillée, voir SIFONIOS, Regroupements, N 58 ss ; ainsi que SIFONIOS, Contracting, N 94 ss.

²³⁵ *Ibid.*

²³⁶ Kommentar zum Energierecht-RECHSTEINER/WALDNER, Art. 18 LEné, N 6 ; SIFONIOS, Regroupements, N 48 à 52 ; SPIRIG, Eigenverbrauch, p. 116.

forfaitaire des coûts (art. 4 OBLF) ou leur intégration dans le loyer.

198. L'art. 16 al. 3 OEne prescrit un plafond maximum pour le prix de vente de l'énergie aux locataires. Les coûts internes qui sont facturés à ces derniers par le propriétaire foncier – soit les coûts de l'électricité produite en interne et les coûts de mesure interne, de mise à disposition des données, d'administration et de facturation – ne peuvent pas dépasser les coûts qu'ils paieraient pour un produit électrique standard extérieur²³⁷ s'ils n'étaient pas membres du regroupement. Si les coûts internes sont inférieurs aux coûts du produit électrique extérieur, le propriétaire peut facturer aux locataires au maximum la moitié des économies réalisées.

Si les coûts internes du propriétaire se montent à CHF 0.25/kWh, mais qu'un produit électrique standard extérieur coûte CHF 0.22/kWh, le propriétaire foncier ne peut facturer un montant supérieur à CHF 0.22/kWh aux locataires ayant intégré le regroupement. Si les coûts du propriétaire foncier sont inférieurs et se montent à CHF 0.18/kWh, celui-ci pourra facturer aux locataires un montant maximum de CHF 0.20/kWh.

199. Ces règles permettent au locataire de ne pas être désavantagé en raison de son choix d'intégrer le regroupement.

ee) Sortie du regroupement

200. Une fois le regroupement intégré, le locataire ne peut en sortir qu'aux conditions restrictives clairement définies dans la législation.
201. Il peut tout d'abord quitter le regroupement lorsque le propriétaire foncier n'honore pas les obligations qui lui sont faites en matière d'approvisionnement approprié (art. 17 al. 3 LEne et art. 16 al. 5 let. b OEne) ou ne respecte pas les prescriptions de

²³⁷ En principe, le produit proposé par défaut par le GRD.

l'OENE concernant les coûts qui peuvent être reportés sur les locataires (art. 16 al. 5 let. b OENE).

202. Toute irrégularité ne saurait toutefois être invoquée par le locataire pour justifier sa sortie du regroupement. En effet, ce n'est que lorsque les manquements du propriétaire foncier rendent la participation du locataire au RCP intolérable que ce dernier pourra faire valoir son droit de sortie²³⁸. Il en irait ainsi, par exemple, en cas de coupures de courant récurrentes et de longue durée dont aucun tiers à la relation contractuelle n'est responsable²³⁹. Avant cela, il devra s'adresser à l'autorité de conciliation compétente afin de régler les éventuelles mésententes qui les opposent²⁴⁰.
203. Le locataire peut également sortir du regroupement lorsque sa consommation individuelle annuelle est supérieure à 100'000 kWh²⁴¹ et lui permet ainsi de faire valoir un accès au marché libre de l'électricité en qualité de grand consommateur (art. 16 al. 5 let. a OENE).
204. Le départ du regroupement doit être annoncé par le locataire au propriétaire foncier trois mois à l'avance, par écrit et avec indication des motifs (art. 16 al. 6 OENE)²⁴².
205. Le propriétaire qui conteste les motifs de sortie invoqués par le locataire pourra s'adresser à l'autorité de conciliation compétente (*infra* N 107 à 109) et ainsi contraindre le locataire à rester dans le regroupement (art. 62 al. 4 let. b LENE).
206. Une telle règle assure une stabilité du regroupement et permet au propriétaire de l'installation de production d'énergie électrique

²³⁸ En ce sens, SPIRIG, *Eigenverbrauch*, p. 118 ; SUISSEENERGIE, p. 14 ; DETEC, *Commentaires OENE*, p. 17.

²³⁹ DETEC, *Commentaires OENE*, p. 17.

²⁴⁰ Le propriétaire ne lui a pas adressé de décompte ou celui-ci contient des erreurs. SUISSEENERGIE, p. 14.

²⁴¹ Art. 6 al. 2 LApEl *a contrario*.

²⁴² L'envoi d'un e-mail sans signature certifiée au sens de la loi fédérale du 18 mars 2016 sur la signature électronique (SCSE, RS 943.03) et de son ordonnance d'exécution (OSCSE, RS 943.032) ne remplit pas l'exigence de forme écrite. SPIRIG, *Eigenverbrauch*, p. 111.

d'avoir une bonne visibilité sur l'amortissement de ses installations.

c) Règlement des litiges

207. Le juge civil est compétent pour les litiges concernant les conventions conclues entre les propriétaires fonciers membres du regroupement, ainsi que pour les litiges juridiques qui opposent les propriétaires fonciers et les locataires ou fermiers lorsque ceux-ci sont membres du regroupement (art. 62 al. 4 LEne).
208. La qualification juridique qui sera donnée à la convention qui lie les parties pour la vente de l'énergie photovoltaïque – frais de consommation ou frais accessoires – permettra ainsi de déterminer si ce sont les tribunaux civils ordinaires qui seront compétents pour connaître des litiges en la matière ou, en revanche, les autorités spécialisées en matière de bail²⁴³.
209. La Commission fédérale de l'électricité reste quant à elle compétente pour traiter des autres litiges liés à l'application de la consommation propre visés aux art. 16 à 18 LEne (art. 62 al. 3 LEne), soit notamment les litiges qui opposent le regroupement au GRD.

5. Conclusion

210. Les conditions-cadres posées par la nouvelle loi sur l'énergie ont été adoptées dans le but de favoriser la production décentralisée d'énergies renouvelables et respectueuses de l'environnement, en particulier de l'énergie solaire photovoltaïque. Si, sur le principe, ces évolutions sont positives, il reste de nombreuses controverses que la jurisprudence sera amenée à clarifier. Or, tout comme dans le cadre du contracting énergétique, l'interprétation qui sera

²⁴³ Comme nous l'avons mentionné ci-dessus (N 160), la relation juridique qui lie le propriétaire foncier au locataire étant, à notre sens, distincte et indépendante du contrat de bail à loyer, les tribunaux civils ordinaires devraient ainsi normalement être compétents et non les juridictions spécialisées en matière de bail à loyer dans les cantons qui les connaissent.

favorisée ne doit pas perdre de vue le but qui a commandé l'adoption de ces dispositions et ne pas être de nature à freiner les investissements des propriétaires fonciers dans des installations de production locales et donc la constitution de nouveaux regroupements.

C. Le contrat de performance énergétique (survol)²⁴⁴

1. Introduction

211. Connu depuis plus de 30 ans en Amérique du Nord et en constant développement en Allemagne, en Autriche ou encore en France, le contrat de performance énergétique (ci-après : « CPE ») n'a été que très peu utilisé en Suisse, notamment en raison des difficultés à repercuter ses coûts sur les loyers²⁴⁵.
212. L'entrée en vigueur, au 1^{er} juin 2020, de l'art. 6c OBLF, lequel permet au bailleur de facturer au locataire d'une habitation ou d'un local commercial les charges liées au CPE, devrait donc, selon certains, apporter un coup de pouce bienvenu à son développement sur le marché suisse²⁴⁶.

2. Notion et spécificités du contrat

213. Le CPE est un contrat en vertu duquel une société fournissant des services énergétiques – aussi appelée « *Energy Services Company* » (ci-après : « ESCO ») – s'engage vis-à-vis d'un

²⁴⁴ Pour un examen plus complet de cette question, voir le rapport explicatif de l'OFL concernant la révision de l'ordonnance sur le bail à loyer et à ferme. Voir également le Guide Suisse des Contrats de performance énergétique rédigé par Swissesco (Version de 2021 complètement remaniée), ainsi que les divers outils et modèles que cette association propose pour sa mise en œuvre à l'adresse : <https://www.swissesco.ch/fr/marche/documents.html>. Enfin, bien que ne portant pas à proprement parler sur le CPE tel que prévu à l'art. 6c OBLF vu qu'elle est antérieure à l'adoption de cette disposition légale, la contribution de FABJAN apporte également quelques précisions utiles.

²⁴⁵ OFL, p. 3.

²⁴⁶ SWISSESCO, Guide, p. 5.

propriétaire à améliorer la performance énergétique d'un bâtiment et, ainsi, pendant une certaine durée²⁴⁷ à réduire la consommation énergétique et les émissions de CO₂ par des mesures techniques appropriées et, si nécessaire, structurelles²⁴⁸.

214. Son contenu n'étant pas réglementé, il relève intégralement de la liberté contractuelle²⁴⁹.
215. Une étude préliminaire est en principe réalisée pour permettre d'examiner le potentiel d'optimisation énergétique du bâtiment concerné. Une liste de recommandations et/ou de travaux à réaliser est ensuite transmise au propriétaire avec un plan d'économies définies.
216. Les mesures d'économie d'énergie qui peuvent être envisagées dans le contrat qui lie la société fournissant des services énergétiques au propriétaire sont notamment l'optimisation du système de chauffage, de la ventilation ou de la climatisation, l'introduction de la domotique, le remplacement du système ou de l'équipement existant, l'amélioration de l'isolation thermique du bâtiment, voire de simples instructions et conseils – dispensés aux occupants de l'immeuble, au concierge ou encore à tout autre personnel spécialisé – destinés à modifier le comportement des utilisateurs et ayant ainsi une influence sur leur consommation d'énergie (art. 6c al. 2 OBLF).
217. Si les économies vont principalement porter sur les frais de chauffage et d'eau chaude, il n'est pas exclu que d'autres éléments comme l'électricité nécessaire au fonctionnement des installations communes (ventilation, éclairage des communs, buanderie, etc.) – mais non la consommation privée des ménages ou commerces – soient également concernés²⁵⁰.

²⁴⁷ La durée est généralement comprise entre 3 et 15 ans selon la durée d'amortissement de l'investissement (SWISSESCO, p. 12).

²⁴⁸ OFL, p. 2.

²⁴⁹ *Ibid.*

²⁵⁰ OFL, p. 3.

3. Les coûts du contrat de performance énergétique

218. En sus des services de planification et de réalisation, le CPE comprend le financement, l'entretien et la surveillance de l'exploitation, la formation du personnel du propriétaire de l'immeuble concerné chargé de l'exploitation rationnelle des installations, ainsi que la mesure et la vérification des économies réalisées²⁵¹.
219. La rémunération de la société est généralement calculée en fonction de la valeur de l'énergie effectivement économisée par le propriétaire²⁵². Ainsi, pour ce dernier, le coût de la conclusion d'un tel contrat est, en principe, égal au montant total des économies réalisées grâce aux services, sur toute la durée du contrat.
220. Le succès est généralement partagé. En effet, si l'objectif annuel d'économies est dépassé, le client et l'ESCO se partagent le bénéfice (bonus). En revanche, en cas de perte, l'entreprise verse au client, selon l'accord qui les lie, la différence entre la valeur convenue et l'économie réelle ou reçoit de celui-ci une part moindre des économies (malus)²⁵³.

4. Le report des coûts sur les locataires

221. Depuis le 1^{er} juin 2020, l'art. 6c OBLF permet au bailleur de facturer au locataire les coûts liés au CPE aux conditions suivantes :
- Le bailleur doit avoir conclu un CPE avec une entreprise de services énergétiques, contrat dans lequel cette dernière s'engage à réduire la consommation énergétique d'un bâtiment par des mesures techniques et/ou structurelles pendant toute la durée du contrat.

²⁵¹ SWISSESCO, Guide, p. 11.

²⁵² SWISSESCO, FAQ, p. 5 et 9.

²⁵³ SWISSESCO, Guide, p. 13.

- Les coûts du contrat peuvent être facturés au locataire à titre de frais accessoires pour une durée de dix ans au maximum (art. 6c al. 3 OBLF) et cela, même dans l'hypothèse où le CPE conclu est d'une durée supérieure ou si les économies d'énergie dont bénéficie le locataire perdurent au-delà de ce délai.

Selon l'OFL, une telle limitation vise à protéger le locataire en évitant, d'une part, qu'il doive s'acquitter des coûts d'un CPE pendant une durée disproportionnée et, d'autre part, que le bailleur en profite pour percevoir à titre de frais accessoires des dépenses importantes d'entretien d'ores et déjà comprises dans le loyer mensuel net²⁵⁴.

En cas de changement de locataire, le CPE reste en vigueur et la durée d'ores et déjà écoulée est déduite de la période maximale de dix ans. Une nouvelle période ne commence pas à courir²⁵⁵.

- Le montant facturé annuellement au locataire sous la forme de frais accessoires ne peut être supérieur aux économies de coûts énergétiques effectivement réalisées grâce au CPE pendant la période de décompte correspondante (art. 6c al. 4 OBLF)²⁵⁶.

Une comparaison entre la consommation effective de la période et une période de référence définie contractuellement sera dès lors indispensable pour déterminer précisément les économies de coûts énergétiques effectivement réalisées. L'influence des conditions météorologiques (art. 6c al. 5 OBLF), voire d'autres facteurs sans rapport avec les mesures d'économie prises mais pouvant influencer la consommation d'énergie, comme le

²⁵⁴ OFL, p. 5.

²⁵⁵ OFL, p. 4 ; SWISSESCO, FAQ, p. 12.

²⁵⁶ Pour divers exemples chiffrés, voir OFL, p. 7 à 10.

comportement du consommateur, pourront également être pris en compte²⁵⁷.

Le bailleur étant tenu de permettre au locataire de consulter les pièces justificatives (art. 257b al. 2 CO), il veillera à être particulièrement attentif sur ce point et à ne prendre en compte que des facteurs dont l'impact sur les économies d'énergie peut être facilement démontré²⁵⁸.

- Les subventions perçues par le propriétaire pour le remplacement des installations de production de chaleur ou l'amélioration de l'enveloppe du bâtiment prévus par le CPE devront être déduites des coûts facturés au locataire uniformément sur toute la période du contrat (art. 6c al. 6 OBLF)²⁵⁹.
- Seule la fraction des coûts liée aux économies d'énergie peut être répercutée sur le locataire au titre de frais accessoires. Une éventuelle facturation des intérêts sur le capital investi est ainsi exclue²⁶⁰.
- Les investissements qui aboutissent à des améliorations créant des plus-values (art. 14 OBLF) et qui ont fait l'objet d'une hausse de loyer ne peuvent pas être en outre facturés au locataire au titre de coûts afférents au CPE²⁶¹.
- Si les travaux liés au CPE sont financés par des fonds propres du propriétaire, celui-ci ne peut facturer au locataire les montants ainsi investis au titre de frais accessoires²⁶². Il peut, en revanche, rentabiliser la plus-value créée par son investissement par le biais d'une augmentation des loyers mensuels nets selon la méthode dite « Fracheboud » (art. 14 al. 4 OBLF), sans toucher aux frais accessoires.

²⁵⁷ OFL, p. 6.

²⁵⁸ *Ibid.*

²⁵⁹ Pour un exemple chiffré, voir OFL, p. 6 s.

²⁶⁰ SWISSESCO, FAQ, p. 7

²⁶¹ OFL, p. 5.

²⁶² SWISSESCO, FAQ, p. 6.

222. Dans les immeubles neufs ou lors d'un changement de locataire, le bailleur qui entend facturer les coûts liés à un CPE au titre de frais accessoires, doit l'indiquer de façon claire et précise dans tous les contrats signés à l'avenir²⁶³.
223. En cours de bail, l'introduction de tels coûts doit être communiquée au locataire au moyen d'une formule agréée par le canton (art. 269d CO), laquelle doit désigner précisément les prétentions du bailleur, la date de leur entrée en vigueur, ainsi que les motifs qui les justifient, ceci afin de permettre au locataire d'apprécier en pleine connaissance de cause l'opportunité de la contester ou non.
224. Conformément à l'art. 269d al. 1 CO (applicable par le renvoi de l'art. 269d al. 3 CO), la modification annoncée par le bailleur ne peut produire des effets que pour le prochain terme de résiliation. La formule officielle doit parvenir au locataire au moins 10 jours avant le début du délai de résiliation du contrat de bail à loyer, faute de quoi elle n'entrera en vigueur qu'à l'échéance suivante.
225. La non-utilisation du formulaire officiel, l'absence de motivation ou encore une motivation imprécise entraînent la nullité de la nouvelle prétention du bailleur²⁶⁴.

5. Conclusion

226. L'art. 6c OBLF est entré en vigueur en toute discrétion lorsque l'ensemble des regards étaient tournés vers les mesures et restrictions destinées à endiguer la pandémie de coronavirus annoncées semaine après semaine par le Conseil fédéral²⁶⁵.
227. Or, si l'on en croit le rapport explicatif, il se présente comme une « alternative efficace à l'approche conventionnelle de la rénovation des bâtiments »²⁶⁶, dont tout le monde sortirait

²⁶³ SWISSESCO, FAQ, p. 12.

²⁶⁴ Voir *supra* N 69.

²⁶⁵ En ce sens, ANSERMET, p. 42.

²⁶⁶ OFL, p. 2.

gagnant. Le locataire se voit garantir qu'il n'aura pas à supporter de charge financière supplémentaire, le bailleur voit s'accroître la qualité énergétique de son immeuble tout en économisant des frais d'investissement et la société fournissant les services énergétiques aura là une opportunité de réaliser de bonnes affaires²⁶⁷. Enfin, la multiplication des mesures d'économie qu'implique un tel contrat aura forcément un impact positif sur l'environnement et permettra de contribuer à la décarbonation du parc immobilier suisse, contribuant par là même à la réalisation de la stratégie énergétique et climatique du Conseil fédéral²⁶⁸.

228. Or, si l'adoption de cette disposition part d'une bonne intention, force est de constater qu'elle laisse également diverses questions en suspens, notamment : Quels sont les coûts liés au CPE qu'il est possible de refacturer au titre de frais accessoires ? Comment calculer précisément les économies d'énergie réalisées grâce au CPE ? Comment tenir compte des autres facteurs non mentionnés dans le texte légal, mais ayant également un impact sur les économies réalisées comme, par exemple, le comportement des utilisateurs de l'immeuble concerné ? Comment concilier les travaux réalisés pour la mise en place du CPE et les « autres travaux » nécessaires sur l'immeuble ?
229. L'avenir nous dira si ce nouvel instrument va réellement répondre à ses promesses ou si, compte tenu des nombreuses questions qui semblent encore ouvertes, il va plutôt s'approcher d'une « usine à gaz » donnant place à une multiplication des litiges entre les bailleurs et les locataires²⁶⁹.

²⁶⁷ ANSERMET, p. 43 s.

²⁶⁸ Communiqué du Conseil fédéral du 29 avril 2020 consultable à l'adresse <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-78937.html>.

²⁶⁹ En ce sens, ANSERMET, p. 43.

Bibliographie

ALVAREZ CIPRIANO, Die am 1. August 1996 in Kraft getretene Änderung der VMWG, *in* : mp 3/96, p. 129

ANSERMET JACQUES/JAQUES MARTINE/PEREIRA SANDRA, Le droit du bail en 400 questions des plus simples aux plus pointues, Lausanne 2021

ANSERMET JACQUES, Contrat de performance énergétique : une entrée en vigueur discrète !, *in* : Magazine Propriété 6/2020, p. 42

BÄTTIG HANS, Mietrechtliche Aspekte des Energiecontracting, *in* : MRA 5/06, p. 163

BOHNET FRANÇOIS, Les termes et délais en droit du bail à loyer, *in* : 13^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2004

BOHNET FRANÇOIS/CARRON BLAISE/MONTINI MARINO (édit.), Droit du bail à loyer et à ferme, Commentaire pratique, 2^e éd., Bâle 2017 (cité : CPra Bail-AUTEUR)

BOHNET FRANÇOIS/CONOD PHILIPPE, Droit du bail – Fond et procédure, 2^e éd., Neuchâtel/Bâle 2021

BRÄNDLI TOBIAS, Verbrauchersabhängige Nebenkosten, mp 3/2020, p. 295

BRANDNER BALTHASAR, « Energie-Contracting » – kein alter Wein in neuen Schläuchen, *in* : AJP/PJA 12/97, p. 1517

BURKHALTER PETER/MARTINEZ-FAVRE EMMANUELLE, Le droit suisse du bail à loyer : Commentaire, Lausanne 2011 (cité : Commentaire SVIT)

ÇELIK HÜSEYİN, Der Zusammenschluss zum Eigenverbrauch nach Art. 17 EnG, *in* : Jusletter 21 février 2022

CONOD PHILIPPE, Modification du régime des frais accessoires sans diminution du loyer lors de la conclusion du nouveau bail, *in* : Newsletter Bail.ch août 2018

DETEC, Rapport explicatif concernant la révision de l'ordonnance sur l'énergie, Mars 2022 (cité : DETEC, Rapport explicatif mars 2022)

DETEC, Rapport explicatif concernant la révision de l'ordonnance sur l'énergie (OEnE, RS 730.01), Novembre 2021 (cité : DETEC, Rapport explicatif)

DETEC, Dispositions d'exécution de la nouvelle loi du 30 septembre 2016 sur l'énergie, Révision totale de l'ordonnance sur l'énergie – Commentaires, Novembre 2017 (cité : DETEC, Commentaires OEnE)

DIETSCHY-MARTENET PATRICIA, Frais accessoires effectifs dépassant notablement les acomptes versés : le locataire supporte le « fardeau de l'information », *in* : Newsletter Bail.ch mars 2019

DORSCHNER SOPHIE/HOHN MICHAEL/SPRINGER URS MARTIN, Zusammenschluss zum Eigenverbrauch von Solarstrom, *in* : Jusletter 17 août 2020

FABJAN ANDREAS, Le contrat d'optimisation énergétique à la lumière du droit du bail, Cahiers du bail 1/2014, p. 1

KRATZ BRIGITTA/MERKER MICHAEL/TAMI RENATO/RECHSTEINER STEFAN (édit.), Kommentar zum Energierecht – Band III, Berne 2000 (cité : Kommentar zum Energierecht-AUTEUR)

LACHAT DAVID/GROBET THORENS KARIN/RUBLI XAVIER/STASTNY PIERRE, Le bail à loyer, 3^e éd., Lausanne 2019 (cité : LACHAT DAVID ET AL., Le bail à loyer)

MAAG ANDREAS, Vertragsänderung : separate Abrechnung von neu anfallenden oder von Kosten, die bisher im Nettomietzins eingeschlossen waren, *in* : MRA 2/12, p. 81

OBERLE THOMAS, Nebenkosten – Heizkosten, 7^e éd., Zurich 2019

OFL, Rapport explicatif concernant la révision de l'ordonnance sur le bail à loyer et à ferme (OBLF, RS 221.213.11), avril 2020

PEREIRA SANDRA, Les frais accessoires dans la jurisprudence du Tribunal fédéral : questions choisies, *in* : Cahiers du bail 3/2020, p. 81

PÜNTENER RICHARD, Der Vertrauensschutz bei der Mietzins- und Nebenkostengestaltung, *in* : mp 1/06, p. 1

ROHRER BEAT, Änderungen der Verordnung über die Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen (VMWG) vom 26.6.1996, in Kraft seit 1. August 1996, *in* : MRA 4/96, p. 143

SIFONIOS DAVID, La consommation propre d'électricité, Lausanne (*à paraître*) (cité : SIFONIOS, Consommation propre)

SIFONIOS DAVID, Le contracting énergétique, *in* : WERMELINGER AMÉDÉO/DÉFAGO VALÉRIE (édit.), Servitudes, territoire et approvisionnement énergétique : trio explosif ?, Neuchâtel 2022, p. 175 (cité : SIFONIOS, Contracting)

SIFONIOS DAVID, Les regroupements d'autoconsommateurs dans la nouvelle LEn : Le cas particulier des regroupements entre un bailleur et des locataires, *in* : Jusletter 12 mars 2018 (cité : SIFONIOS, Regroupements)

SIMONA MATHIEU, Le contracting énergétique dans les immeubles locatifs, *in* : Jusletter 12 novembre 2018

SPIRIG IRENE, Eigenverbrauch von Solarstrom in Mietliegenschaften, *in* : mp 2/2019, p. 110 (cité : SPIRIG, Eigenverbrauch)

SPIRIG IRENE, Mietrechtliche Fragen bei Energiedienstleistungen im Anlagen-Contracting, *in* : mp 3/02, p. 141 (cité : SPIRIG, Anlagen-Contracting)

SPRINGER URS MARTIN/DORSCHNER SOPHIE, Angemessene Verzinsung von Investitionen in Photovoltaikanlagen, *in* : Jusletter 23 août 2021

SVIT (Schweizerischer Verband der Immobilien-Treuhänder, édit.), Das Schweizerische Mietrecht : Kommentar, 4^e éd., Zurich 2018 (cité : SVIT-K-AUTEUR)

SUISSEENERGIE, Guide pratique de la consommation propre, Version 2.2, juillet 2021

SWISSESCO, Guide Suisse des Contrat de Performance Energétique (CPE), Berne 2021 (cité : SWISSESCO, Guide)

SWISSESCO, Révision de l'OBLF : Questions issues de la pratique (cité : SWISSESCO, FAQ)