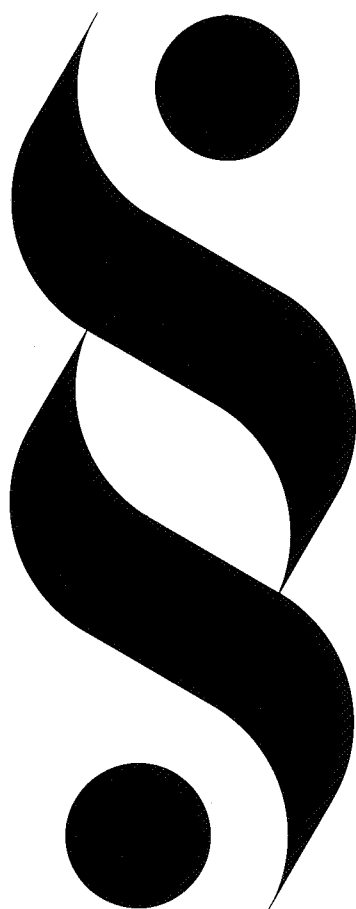




# Droit du bail

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

N° 3 / 1991



## IMPRESSUM

Droit du bail

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

### RÉDACTION:

Comité: Président: Pierre WESSNER (P.W.), professeur  
Membres: Bénédicte FOËX (B.F.), chargé de  
cours, avocat  
Jean GUINAND (J.G.), professeur  
Marie-Claire JEANPRÉTRE (M.C.J.), avocate  
François KNOEPFLER (F.K.), professeur, avocat  
Jean-Marc RAPP (J.M.R.), professeur  
Secrétaire: Monique BISE

A collaboré à ce numéro:

Corinne GROSSENBACHER (C.G.), avocate

### ÉDITION ET ADMINISTRATION:

Séminaire sur le droit du bail  
Université de Neuchâtel  
Avenue du 1<sup>er</sup>-Mars 26  
2000 Neuchâtel  
Tél. 038/25 58 23  
CCP 20-5711-2

PARUTION: Une fois l'an, en automne. 1<sup>re</sup> année: 1989

PRIX DE L'ABONNEMENT: Fr. 25. —

MANIÈRE DE CITER: DB

REPRODUCTION: La reproduction de textes n'est  
admise qu'avec l'autorisation expresse de l'édi-  
teur et avec l'indication exacte de la source.

Il y a une année, dans ces mêmes colonnes, nous exprimions notre volonté d'élargir et de diversifier notre équipe de rédaction. C'est pour ainsi dire chose faite puisque deux juristes de renom ont accepté de collaborer de manière permanente à la revue Droit du bail. Il s'agit de M. Bénédicte Foëx d'une part, de M. Jean-Marc Rapp d'autre part. L'un et l'autre allient les qualités de théoricien et de praticien du droit.

M. Bénédicte Foëx est docteur en droit et avocat au barreau du canton de Genève. Depuis 1989, il exerce parallèlement une charge de cours à la Faculté de droit de l'Université de Genève. Son enseignement touche les droits réels et la partie spéciale du Code des obligations. Quant à M. Jean-Marc Rapp, titulaire lui aussi d'un doctorat et d'un brevet d'avocat, il assume depuis 1986 la fonction de juge suppléant au Tribunal cantonal du canton de Vaud et depuis 1989 celle de professeur ordinaire à la Faculté de droit de l'Université de Lausanne. Son enseignement porte sur le droit commercial et la partie spéciale du Code des obligations.

S'agissant de ce troisième numéro de la revue, on constatera que la partie consacrée à la jurisprudence traite largement d'arrêts rendus par le Tribunal fédéral, qui par la force des choses applique encore souvent l'ancien droit du bail. Il est pourtant évident que nous n'avons retenu ici que des décisions judiciaires qui sont significatives dans le nouveau droit. Cela explique que bon nombre d'entre elles couvrent le domaine de la protection contre les loyers abusifs, un domaine complexe et toujours actuel qui, on le sait, n'a été que peu touché par la révision de 1989.

**Professeur Pierre Wessner**  
Président du Comité de rédaction

<b>ÉDITORIAL</b>	page 1	<b>3. BAIL À FERME</b>	
<b>BIBLIOGRAPHIE</b>	page 4	<b>10</b> Bail à ferme agricole. Violation du contrat par le fermier. Résiliation anticipée. Notion de circonstances graves. Art. 17 al. 1 LBFA	page 11
<b>LÉGISLATION</b>	page 4		
<b>JURISPRUDENCE</b>	page 5	<b>4. LOYERS</b>	
<b>1. PRINCIPES GÉNÉRAUX</b>		<b>11</b> Clause d'indexation fondée sur l'IPC. Compatibilité avec la clause générale d'indexation du bail-type bâlois. Exclusion d'une hausse fondée sur les prestations supplémentaires du bailleur. Art. 9, 11 AMSL (269b nouv. CO); 6 al. 2 OSL	page 11
<b>1</b> Conclusion du bail par actes concluants. Application du principe de la confiance. Art. 1, 253 CO	page 5		
<b>2</b> Union libre. Résiliation du bail. Occupation des locaux par le partenaire non locataire avec l'accord du bailleur. Qualification. Art. 143, 544 al. 3 CO	page 5	<b>12</b> Bail commercial. Loyer proportionnel au chiffre d'affaires du locataire. Exclusion d'une contestation de loyer en cours de bail. Conditions de la contestation du loyer proportionnel. Art. 19, 267e al. 2 anc. CO; 9, 10, 11, 18, 19 AMSL (269b, 269c, 270, 270a, 270b, 270c, 270d nouv. CO)	page 12
<b>2. BAIL À LOYER</b>		<b>13</b> Logements à caractère social. Loyer proportionnel aux revenus des locataires. Soumission à l'AMSL. Appréciation du rendement du logement loué. Art. 14, 15 AMSL (269, 269a nouv. CO)	page 14
<b>3</b> Clause contractuelle prévoyant que le locataire doit souffrir toute réparation nécessaire à l'immeuble. Interprétation de la notion de «travaux nécessaires» à la lumière du nouveau droit. Art. 8 CC; 256 al. 1 anc. (260 al. 1 nouv.) CO	page 7	<b>14</b> Hausse de loyer. Interprétation de la manifestation de volonté du bailleur. Définition du coût de revient (art. 15 al. 1 litt. c AMSL). Rapports entre les art. 14 et 15 AMSL. Application directe de l'art. 14 AMSL. Art. 14, 15 al. 1 litt. c AMSL (269, 269a litt. c nouv. CO)	page 14
<b>4</b> Résiliation anticipée par le locataire. Vente prochaine de l'immeuble. Motif de refus des locataires de remplacement? Art. 257 al. 2 anc. (264 nouv.) CO	page 7	<b>15</b> Immeuble sortant du contrôle cantonal genevois. Calcul du loyer selon l'art. 14 AMSL. Détermination des fonds propres investis. Réévaluation des fonds propres. Sort des provisions pour l'entretien futur du bâtiment. Art. 14 AMSL (269 nouv. CO)	page 16
<b>5</b> Bail commercial. Remise de commerce. Cessation d'exploitation et faillite du «reprenant». Droits du bailleur à l'encontre du preneur. Art. 101, 119, 146, 269 anc. (266g nouv.) CO	page 8	<b>16</b> Hausse de loyer. Rejet d'une prise en compte forfaitaire de l'accroissement des frais d'entretien. Art. 15 al. 1 litt. b AMSL (269a litt. b nouv. CO); 9 al. 1 OSL (12 al. 1 OBLF)	page 18
<b>6</b> Prolongation de bail. Difficultés de relogement. Evaluation des conséquences pénibles du congé. Art. 267a anc. (272 al. 2 litt. e nouv.) CO	page 9	<b>17</b> Importantes réparations. Travaux d'entretien non répercutables sur le loyer. Art. 10 OSL (14 OBLF)	page 18
<b>7</b> Bail commercial lié à un autre contrat. Résiliation des deux contrats. Demande en prolongation de bail. Art. 267a anc. (272 nouv.) CO	page 9	<b>18</b> Majoration de loyer fondée sur la hausse de l'intérêt hypothécaire. Détermination du taux hypothécaire de référence. Art. 15 al. 1 litt. b AMSL (269a litt. b nouv. CO); 9 al. 3 OSL (13 al. 1 OBLF)	page 18
<b>8</b> Location d'un terrain avec rampe. Constructions érigées par le preneur. Qualification. Art. 253, 267a ss anc. (253a, 272 ss nouv.) CO	page 10		
<b>9</b> Location de places d'amarrage pour bateaux. Qualification. Art. 253, 267a ss anc. (253a, 272 ss nouv.) CO	page 10		

**19** Répercussion des variations du taux hypothécaire sur le loyer. Interprétation de l'art. 13 al. 4 OBLF.  
Art. 13 al. 4 OBLF (9 al. 2 bis OSL)

page 20

**20** Réserve d'adaptation de loyer contenue dans le contrat, jugée imprécise. Mention d'un taux hypothécaire inférieur à celui existant à l'époque.  
Art. 18 OBLF

page 22

## 5. DIVERS

**21** Droit transitoire. Droit de rétention du bailleur de locaux d'habitations. Admission du droit de rétention pour des prétentions exigibles avant l'entrée en vigueur du nouveau droit.  
Art. 272, 286 al. 3 anc. (268, 299c nouv.) CO; 283 al. 1 anc. (283 al. 1 nouv.) LP; 1, 3 Titre final CC

page 23

**22** Droit transitoire. Annulation d'un congé selon le nouveau droit.  
Art. 271 al. 1, 271a al. 1 litt. e ch. 4, 272c al. 1 nouv. CO; 5 Disp. finales de la LF du 15.12.1989

page 24

**23** Contrat portant sur la location et l'exploitation d'appareils de jeu à monnaie dans un établissement public. Qualification. Interprétation.

page 25

**24** Contrat de gérance d'immeubles. Pouvoir du gérant de résilier le bail.  
Art. 32 al. 2 CO

page 27

**25** Responsabilité du bailleur pour l'«amende» infligée par le tribunal en raison de l'attitude jugée téméraire de ses auxiliaires (architecte et gérant). Nature juridique de l'«amende».  
Art. 101 CO

page 27

**26** Transfert de propriété de l'immeuble. Conséquence sur la qualité pour agir de l'acquéreur dans la procédure en prolongation de bail. Conséquences attachées au droit de procédure cantonal sur la péremption de l'instance.  
Art. 259 anc. (261 nouv.) CO

page 28

**27** Retard dans le paiement du loyer. Fixation d'un délai comminatoire. Versement tardif. Expulsion du locataire. Abus de droit?  
Art. 265 anc. (257d nouv.) CO

page 28

**28** Expulsion d'un locataire ou fermier pour défaut de paiement du loyer ou fermage. Procédure vaudoise. Absence de décision finale. Irrecevabilité du recours en réforme.  
Art. 48 al. 1 OJ; 265, 293 anc. (257d, 282 nouv.) CO

page 29

**29** Exécution d'un jugement d'expulsion. Motifs fondant l'octroi d'un sursis.  
Art. 4 Cst. féd., 265 anc. (257d nouv.) CO

page 30

**30** Expulsion d'un locataire et occupant illicite. Exécution forcée. Retard injustifié de l'autorité d'exécution.  
Art. 4 Cst. féd.

page 30

**31** Hébergement provisoire de requérants d'asile. Augmentation de la contribution demandée à titre de participation aux frais d'hébergement. Nature de la contestation. Irrecevabilité d'un recours en réforme.

page 31

**Publications récentes**

Etat au 31 août 1991

- BARBEY R., Le nouveau droit du bail. La protection contre les congés, 6° Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 1990
- BARBEY R., Commentaire du droit du bail, Chap. III Protection contre les congés concernant les baux d'habitations et de locaux commerciaux, 1 Introduction et art. 271-271a CO, Genève 1991
- GMUER R., De l'ancien au nouveau droit du bail (questions intertemporelles), traduction de Recordon L., Chiffelle P., Micheli J., Nordmann Ph., Yersin S., Lausanne 1990
- GMUER R., Kündigungsschutz – Prozessuales rund um den «Entscheid» der Schlichtungsbehörde, MP 1990, p. 121
- GUINAND J., Le nouveau droit du bail. Autorités et procédure, 6° Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 1990
- GUINAND J., Le nouveau droit du bail. Droit transitoire, 6° Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 1990
- GUINAND J., Das Übergangsrecht zum neuen Mietrecht, MP 1990, p. 175
- HANGARTNER Y., (éd.), Das neue Mietrecht, Veröffentlichungen des Schweizerischen Instituts für Verwaltungskurse an der Hochschule St. Gallen, Neue Reihe Band 33, Saint-Gall 1991
- HESS-ODONI U., Der Doppelaufwurf nach Art. 142 SchKG und das neue Miet- und Pachtrecht, RSJ 1991, p. 145
- LACHAT D., Le nouveau droit du bail. La protection contre les loyers abusifs ou d'autres prétentions abusives du bailleur, 6° Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 1990
- LACHAT D./STOLL D., Das neue Mietrecht für die Praxis, Zurich 1991
- MONTAVON P., Les contrats de gérance d'immeubles, Etude et pratique, Fribourg/Lausanne 1991
- PFAEFFLI R., Zur Vormerkung von Mietverträgen und Verkaufsrechten (mit Berücksichtigung des neuen Mietrechtes), NB 1990, p. 41
- PORTNER W., Wegleitung zum neuen Mietrecht, Berne 1990
- PREROST R./THANEI A., Das Mieterbuch, Zurich 1990
- RICHARD P., Le nouveau droit du bail. Les dispositions générales, 6° Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 1990
- RICHARD P., Die allgemeinen Bestimmungen des neuen Mietrechtes (Teil 1), MP 1991, p. 39
- RIEDER G., Hypothekarzins und Vorbehalt, MP 1991, p. 1
- RONCORONI G., Le nouveau droit du bail. La protection contre les congés, 6° Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 1990
- THANEI A., Die Erstreckung des Mietverhältnisses, Fachheft Mietrecht Nr. 2, Zurich 1990
- TRACHSEL A., Leitfaden zum Mietrecht, Zurich 1991
- TRUEMPY J., Kurzkommentar zur neuen Verordnung – Hypothekarzinsüberwälzung, MP 1990, p. 72
- USTERI M./BRUNNER K./FUTTERLIEB R./ROHRER B./TSCHUDI J. P., Schweizerisches Mietrecht – Kommentar, Zurich 1991
- WESSNER P., Le nouveau droit du bail. Les dispositions générales, 6° Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 1990
- ZELLER E., Zum Begriff der «Missbräuchlichkeit» im schweizerischen Privatrecht, RDS 1990 I 261

**Nouveau droit du bail****Information législative**

Lettre du TF aux autorités cantonales de surveillance et aux offices de poursuite et de faillite, 20.07.1990, ATF 116 III 51

## 1. Principes généraux

### 1 Conclusion du bail par actes concludants. Application du principe de la confiance.

Tribunal fédéral

03.10.1990

A. c. SI C. SA

#### Art. 1, 253 CO

1. La société immobilière C.SA (demanderesse) a remis à bail un appartement de quatre pièces à une société anonyme qui, pendant plusieurs années, l'a sous-loué à A. (défendeur). Ce dernier savait que l'immeuble allait être rénové.

Le contrat principal et celui de sous-location ont été régulièrement résiliés pour la même échéance. La société locataire étant tombée en liquidation, la demanderesse — agissant par une gérance — a remis au défendeur des bulletins de versement pour lui permettre d'acquitter les loyers en souffrance. Elle précisait qu'en encaissant les sommes en question, elle n'entendait pas reconnaître l'existence de rapports contractuels directs entre elle-même et le sous-locataire. Ce dernier ayant refusé de quitter les lieux, la société propriétaire a déposé, plusieurs mois après l'échéance du contrat de sous-location, une demande d'évacuation. Le défendeur s'y est opposé. Il faisait valoir que la demanderesse avait manifesté son intention de conclure un bail avec lui à titre de locataire principal. Cette argumentation a été repoussée à tous les niveaux de l'instance.

2. Le TF rappelle tout d'abord que le bail n'est soumis à aucune forme légale et qu'il peut donc être conclu tacitement, par actes concludants. Il constate aussi que, dans un premier temps, la bailleuse a expressément refusé de passer un contrat avec le sous-locataire. Il est donc conduit à se demander, en application du principe de la confiance, si par la suite les circonstances se sont modifiées, en particulier «si le défendeur pouvait inférer de bonne foi de l'attitude de la demanderesse que celle-ci avait accepté tacitement de conclure avec lui un contrat de bail et de le considérer dorénavant comme son locataire principal». Selon notre haute Cour, il n'existe aucune circonstance nouvelle qui permette d'arriver à une telle conclusion. On ne saurait en particulier tenir compte du fait que la demanderesse ait accepté des versements de la part du défendeur, ou qu'elle n'ait pas répondu à l'une de ses lettres où il était question de «loyer», ou encore que, postérieurement à l'échéance de la sous-location, elle ait toléré sa présence dans l'appartement litigieux.

P.W.

### 2 Occupation commune de locaux d'habitation par deux personnes vivant en union libre, dont une seule a signé le bail; pas de responsabilité solidaire des concubins pour le paiement du loyer. Après la résiliation du contrat, le partenaire non locataire qui reste seul dans les locaux avec l'accord du bailleur est lié à ce dernier par un rapport juridique analogue à un bail.

Tribunal cantonal, Fribourg

14.06.1988

Extraits 1988, p. 11; RSJ 1990, p. 213

#### Art. 143, 544 al. 3 CO

1. Il n'est pas toujours à l'avantage de personnes vivant en union libre qu'une seule d'entre elles signe le contrat de bail: la situation du partenaire est en effet précaire, surtout lorsque le preneur n'occupe plus les locaux, pour un motif ou un autre. En principe, le concubin non locataire n'a alors plus le droit de continuer à vivre dans le logement, sauf s'il peut se prévaloir d'un titre juridique particulier (*cf. not. CJ GE, 30.11.1987, DB 1990, p. 5, n° 11*).
2. Il peut ne pas être non plus à l'avantage du bailleur qu'un seul des concubins conclue le bail: en cas de non-paiement du loyer, il ne pourra pas s'en prendre au partenaire non locataire, car celui-ci n'assume pas une responsabilité solidaire. C'est la leçon qu'a pu tirer la société bailleuse dans la présente affaire. Le contrat avait été signé par le concubin, qui n'avait pas hésité à imiter la signature de sa compagne à côté de la sienne. Le loyer, fixé à Fr. 1200.— par mois, était versé à raison de Fr. 700.— par l'un et Fr. 500.— par l'autre. Le concubin ayant suspendu ses paiements, la bailleuse introduisit des poursuites contre l'un et l'autre, en résiliant le contrat pour le 30 avril 1984. Les concubins continuèrent d'occuper le logement après cette date. Le concubin locataire décéda le 16 juillet; la concubine quitta les locaux le 6 août. La bailleuse s'en prend à cette dernière pour le paiement des loyers restés impayés.
3. La bailleuse ne peut se prévaloir d'un bail qui la lierait à la concubine non locataire. La signature de cette dernière sur le contrat est en effet un faux et les versements mensuels de Fr. 500.— qu'elle a effectués directement à la bailleuse résultent d'un accord interne entre les partenaires; ces versements constituent sa participation aux frais de ménage, et non une quote-part du loyer.
4. Au sens de l'art. 143 al. 1 CO, il y a solidarité entre plusieurs débiteurs lorsqu'ils déclarent s'obliger de manière qu'à l'égard du créancier, chacun d'eux soit tenu pour le tout. La solidarité n'est jamais présumée

(art. 143 al. 2 CO). Elle doit être prouvée par le créancier. Elle peut naître d'une déclaration expresse ou résulter d'actes concluants (*Engel, Traité des obligations en droit suisse, Neuchâtel 1973, p. 562; Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2<sup>e</sup> éd., Zurich 1988, p. 492 ss*). En l'espèce, le fait que les locaux loués étaient occupés en commun par les deux partenaires n'est pas un acte concluant qui entraînerait la solidarité pour le paiement du loyer.

5. Cette solidarité peut-elle se fonder sur l'art. 544 al. 3 CO (responsabilité solidaire des membres d'une société simple pour les engagements pris envers des tiers)? Le Tribunal cantonal répond par la négative. Raisonnant par analogie, il constate qu'une épouse qui n'a pas signé ou contresigné le bail n'est responsable qu'à titre subsidiaire des dettes contractées pour l'entretien des dettes du ménage commun (art. 207 al. 2, 220 al. 2 et 243 al. 3 anc. CO). En conséquence, «il n'y a pas de raison pour que les concubins soient d'emblée considérés comme codébiteurs solidaires du loyer affectant un objet loué par un seul partenaire alors que, dans le mariage, les conjoints ne sont débiteurs solidaires du loyer que s'il y a engagement individuel de chacun».
6. Dans la présente cause, la concubine n'a été condamnée qu'au paiement d'un mois de loyer (Fr. 1200.—), pour la période du 16 juillet 1984 (date du décès de son compagnon) au 15 août suivant (elle avait quitté les locaux le 6 août). Le Tribunal cantonal fribourgeois a admis l'existence d'un rapport juridique analogue à un bail, car la concubine, avec l'accord de la bailleresse, a gardé l'usage et la jouissance de la chose louée après le décès de son compagnon alors que le contrat avait été résilié pour le 30 avril déjà (*cf. not. CJ GE, 10.04.1988, DB 1990, p. 6, n° 4 et les réf. cit.*).

## Note

7. Si la conclusion de cet arrêt n'est pas choquante, l'application par analogie des règles régissant le mariage à l'union libre peut surprendre. Certes, mariage et union libre sont des situations de fait semblables. Toutefois, une telle application par analogie n'est de loin pas un principe généralement admis (*cf. Noir-Masnata, Les effets patrimoniaux du concubinage et leur influence sur le devoir d'entretien entre époux séparés, Lausanne 1982, p. 30 ss et les réf. cit.*).
8. Le jugement concerne des faits qui se sont déroulés en 1984, sous l'empire de l'ancien droit matrimonial. Si cette affaire s'était passée après l'entrée en vigueur de ce nouveau droit, les conclusions du tribunal seraient sans doute différentes. S'il est vrai qu'hier comme aujourd'hui conclure un bail portant sur une habitation ne fait pas partie des besoins courants du ménage, le nouveau droit du mariage prévoit que les époux sont le plus souvent solidairement responsables du paiement du loyer. Il suffit pour cela que l'époux signataire obtienne l'accord — même tacite — de son conjoint à la conclusion du contrat (*Deschenaux/Steinauer, Le nouveau droit matrimonial, Berne 1987, p. 81 ss; FF 1979 II 1242 s; Lachat/Micheli, Le nouveau droit du bail, Lausanne 1990, p. 81; Wessner, Le bail portant sur le logement de la famille: les incidences du nouveau droit matrimonial, 4<sup>e</sup> Séminaire sur le bail à loyer, Neuchâtel 1986, p. 6-8*). C'est dire qu'en raisonnant par analogie, on arriverait à la conclusion que les personnes vivant en union libre sont solidairement responsables pour les dettes découlant du bail, même lorsqu'une seule des deux est partie au contrat, pour autant que l'autre y ait donné son accord. En revanche, les règles régissant la solidarité, applicables en l'espèce, conduisent à la solution contraire (*cf. Weber, Mietrecht, in Eheähnliche Gemeinschaft (Konkubinat) im schweizerischen Recht, Zurich 1984, p. 75, n° 12*). La solidarité, en effet, ne se présume pas; à défaut de convention, elle n'existe que dans les cas prévus par la loi (art. 143 CO).

C.G.

## 2. Bail à loyer

**3** Clause contractuelle prévoyant que le locataire doit souffrir toute réparation, grosse ou petite, nécessaire à l'immeuble. Interprétation de la notion de «travaux nécessaires» à la lumière du nouveau droit. Importance des critères d'ampleur et d'utilité des travaux.

Tribunal cantonal, Vaud

11.09.1990

SI R. SA c. X. et consorts

**Art. 8 CC; 256 al. 1 anc. (260 al. 1 nouv.) CO**

1. Quels sont les travaux que le locataire doit souffrir pendant la durée de son bail? L'ancien droit ne répondait qu'incomplètement à cette question délicate: l'art. 256 al. 1 anc. CO, de droit dispositif, prévoyait seulement que le locataire devait tolérer les réparations urgentes. Aussi les parties à un contrat de bail prévoient-elles très souvent de réglementer ce problème de façon plus complète. C'était le cas en l'espèce: les parties avaient inséré dans leur contrat une clause stipulant que les locataires devaient souffrir toutes réparations, grosses ou petites, nécessaires à l'immeuble. L'interprétation de cette clause n'a pas posé problème jusqu'au jour où la bailleuse a décidé d'entreprendre des travaux de grande envergure: dans les appartements, elle projetait de remplacer toute la tuyauterie, toutes les fenêtres, toutes les installations sanitaires et tous les agencements de cuisine. Elle prévoyait également de rénover et isoler la toiture et les façades. Les loyers auraient bien entendu été majorés dès la fin des travaux. La bailleuse se prévalait de la clause contractuelle précitée; elle estimait que les transformations envisagées étaient nécessaires à l'immeuble et que les locataires devaient les supporter en cours de bail. Ceux-ci rétorquaient que l'état actuel de leur logement leur convenait parfaitement vu les loyers modestes qu'ils déboursaient, et que la majorité des transformations prévues était superflue. D'autre part, il était à leur avis exclu que la bailleuse entreprît des travaux dans l'immeuble trop longtemps négligé pour ensuite augmenter les loyers. Le Tribunal des baux, puis le Tribunal cantonal ont donné raison aux locataires.
2. Le problème principal était de savoir ce que recouvrait la notion de «travaux nécessaires» contenue dans la clause contractuelle. En premier lieu, le Tribunal cantonal s'est penché sur le sens de l'adjectif «nécessaire»: d'après le principe de la confiance, et selon le sens qui lui est généralement donné dans le langage courant, l'adjectif «nécessaire» est synonyme d'indispensable, d'essentiel. Il implique une action qui s'impose, à laquelle on ne saurait renoncer sans dommage. Quant à la notion de «travaux nécessaires», elle n'a été précisée ni par la jurisprudence, ni par l'ancien droit du bail.

Avec hardiesse, les juges cantonaux ont alors fait appel à l'art. 260 al. 1 nouv. CO, qui ne s'appliquait pas encore à l'affaire. Cet article de droit impératif accorde au bailleur le droit de rénover ou de modifier la chose louée pour autant que les travaux puissent raisonnablement être imposés au locataire et que le bail n'ait pas été résilié (*FF 1985 I 1420; Lachat/Micheli, Le nouveau droit du bail, Lausanne 1990, p. 137 ss; Wessner, Le nouveau droit du bail à loyer. Les dispositions générales, 6<sup>e</sup> Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 1990, p. 10 s*). Deux critères importants s'en dégagent: celui de l'ampleur des travaux, et celui de leur utilité. Plus les travaux projetés sont importants, moins le locataire est tenu de les tolérer; les travaux superflus ne peuvent pas lui être imposés (*Lachat/Micheli, op. cit., p. 137*). En l'espèce, le Tribunal cantonal a jugé que l'utilité des travaux projetés dans les logements n'avait pas été démontrée, que ceux-ci n'étaient au contraire dictés que par souci de modernisation, pour adapter les logements au confort moderne, bref, qu'ils n'étaient pas «nécessaires» au sens du terme. La bailleuse ne saurait dès lors être autorisée à entreprendre ces travaux de rénovation lourde sans l'accord des locataires.

### Note

3. Cet arrêt est intéressant dans la mesure où le Tribunal cantonal interprète à la lumière du nouveau droit — qui ne s'appliquait pas à l'affaire — une clause contractuelle valable conclue avant le 1<sup>er</sup> juillet 1990 et qui dérogeait à l'ancien droit. L'art. 260 al. 1 CO ne précise d'ailleurs pas ce que recouvre exactement la notion de travaux qui peuvent être raisonnablement imposés au locataire. Il appartient à la jurisprudence de définir ces termes de cas en cas, en se fondant sur divers critères, comme par exemple l'ampleur et l'utilité des travaux évoquées plus haut, leur urgence, leur incidence possible sur le montant du loyer, la durée du bail déjà écoulée et celle restant à courir (*Lachat/Micheli, op. cit., p. 137 s; Portner, Wegleitung zum neuen Mietrecht, Berne 1990, p. 68 s; Usteri/Brunner/Futterlieb/Rohrer/Tschudi, Schweizerisches Mietrecht — Kommentar, Zurich 1991, n. 37 ad art. 260-260a CO; Wessner, op. cit., p. 10 s; Zihlmann, Das neue Mietrecht, Zurich 1990, p. 75 ss*).

C.G.

**4** Résiliation anticipée par le locataire. La vente prochaine de l'immeuble ne constitue pas un motif valable de refus des personnes intéressées à la reprise du logement.

Cour de cassation civile, Neuchâtel

27.08.1990

V. et N.

RJN 1990, p. 49

**Art. 257 al. 2 anc. (264 nouv.) CO**

1. La doctrine et la jurisprudence reconnaissent que le bailleur, à l'occasion d'un départ anticipé du locataire, doit réduire le dommage qui en résulte (art. 99 al. 3 et 44 al. 1 CO). Il n'est pas libre de disposer à sa guise des locaux, et doit entreprendre les démarches nécessaires à leur relocation rapide (TF, *I. c. W.*, 21.09.1988, DB 1989, p. 12, n° 10). La question se pose en l'espèce de savoir si la vente prochaine de l'immeuble constitue un motif valable de refus des candidatures proposées. C'était la raison invoquée par le bailleur pour refuser d'examiner quatre propositions sérieuses de personnes disposées à reprendre le logement six mois avant l'échéance contractuelle.
2. La Cour écarte l'argument du bailleur selon lequel il était disposé à relouer pour six mois seulement, aucun locataire ne pouvant assumer un engagement de si courte durée. Elle relève que la relocation du logement n'empêchait pas la vente; le bail de l'autre locataire de l'immeuble a d'ailleurs été repris par l'acquéreur. Même s'il était avantageux que le logement soit vide pour favoriser la vente, il ne s'agit que d'une question de convenance personnelle; celle-ci s'oppose au devoir du bailleur de réduire le dommage résultant pour le locataire d'un départ anticipé. La pesée des intérêts incombe au premier juge, qui dispose d'un large pouvoir d'appréciation. Ce dernier a estimé que le bailleur était en droit de ne pas louer, mais qu'il ne pouvait le faire au détriment du locataire. Cette solution est conforme au nouvel art. 264 CO, qui prévoit expressément que le locataire qui restitue les locaux avant terme est libéré de ses obligations envers le bailleur s'il lui propose une personne solvable disposée à reprendre le bail aux mêmes conditions, et que le bailleur ne puisse raisonnablement refuser. La Cour en conclut qu'en refusant de contracter avec l'une des personnes proposées, pour des motifs étrangers à la personne de ceux-ci, le bailleur se privait de la possibilité d'exiger le paiement du loyer de l'ancien locataire (FF 1985 I 1426).

M.C.J.

## **5** Bail commercial. Remise de commerce. Cessation d'exploitation par le «reprenant», suivie de la faillite de ce dernier. Droits du bailleur à l'encontre du preneur, resté tenu de l'exécution du contrat de bail.

Tribunal fédéral

17.08.1990

C. SA c. A.

ATF 116 II 512; JT 1991 I 309

### **Art. 101, 119, 146, 269 anc. (266g nouv.) CO**

1. Le preneur d'un bail commercial remet son commerce (un salon de jeu) à un tiers, cède à ce dernier tous les droits découlant du bail mais demeure tenu,

d'entente avec le bailleur, de l'exécution du contrat. Quelques mois plus tard, le «reprenant», plutôt que de prendre les mesures exigées par la police pour lutter contre le commerce de la drogue dans son établissement, cesse de son plein gré l'exploitation de celui-ci et ne paie plus le loyer, dont il est incontesté qu'il était devenu codébiteur solidaire aux côtés du preneur.

2. Le TF retient que le preneur ne saurait invoquer l'art. 146 CO pour se soustraire à son obligation de payer le loyer; cette disposition ne vaut que sauf convention contraire; à cet égard, la clause de la solidarité est déterminante. Or, dans le cas particulier, la solidarité a pour origine la remise du commerce, par laquelle le preneur a confié au «reprenant» l'exécution de ses obligations de locataire (art. 101 CO).
3. Par ailleurs, l'intervention de la police n'ayant pas rendu impossible l'utilisation de la chose, le preneur n'est pas fondé à invoquer l'art. 119 al. 2 CO. Enfin, ayant cédé tous ses droits découlant du bail, il ne peut pas résilier le contrat de façon anticipée (art. 269 anc. CO).
4. En conséquence, le bailleur peut exiger du preneur le paiement des loyers impayés par le «reprenant», tombé en faillite.

#### **Note**

5. Il a déjà été jugé qu'un débiteur peut être l'auxiliaire de son codébiteur solidaire (*cf. en cas de reprise du bail par l'acquéreur de la chose louée: ATF 82 II 533, JT 1957 I 245*). S'il est compréhensible que le TF ait maintenu ce principe dans le cas particulier, il est en revanche surprenant que notre haute Cour ait conféré à un simple auxiliaire, et à lui seul, la faculté de résilier le bail de façon anticipée.
6. Il n'était dès lors probablement pas indifférent de trancher une question que le TF a expressément laissée ouverte: la convention des parties constituait-elle in casu une cession de bail ou le transfert de celui-ci? (*Sur cette distinction, voir notamment: TC VS 24/26.02.1988, DB 1989, p. 14, n° 12; Tercier, La partie spéciale du Code des obligations, Zurich 1988, n° 1158*).

En effet, il n'est pas interdit de penser que celui qui cède ses droits découlant d'un rapport contractuel (sans pour autant transférer celui-ci) conserve néanmoins les droits formateurs qui y sont attachés (*sic: von Tuhr/Escher, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Tome II, 3<sup>e</sup> éd., Zurich 1974, p. 342 s; contra, semble-t-il, en cas de cession de bail: Schmid, Miète, Pacht, Leihe, in Das Obligationenrecht, 3<sup>e</sup> éd., V 2 b, Zurich 1977, n. 27 ad art. 264 CO*).

7. Il convient enfin de souligner que si l'ancien droit ne réglait expressément que la cession de bail (*cf. art. 264 anc. CO*), le droit actuel ne mentionne que le transfert d'un bail commercial (art. 263 CO; à noter qu'en vertu de l'art. 263 al. 4 CO, l'ancien locataire reste débiteur solidaire des dettes contractuelles pour une période limitée).

Cette modification législative ne signifie pas, à notre sens, que les autres baux ne peuvent plus être cédés ou transférés. Dans son Message, le CF admet la cession (*voir aussi: Wessner, Le nouveau droit du bail à loyer. Les dispositions générales, 6<sup>e</sup> Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 1990, p. 17*), mais semble rejeter le transfert, motif pris, d'une part, que le locataire dispose de la restitution anticipée de l'art. 264 CO et, d'autre part, que « l'intérêt du locataire à imposer au bailleur un nouveau locataire déterminé n'existe (...) que dans le cas où, en plus du bail, il veut aussi faire reprendre une plus-value qu'il a conférée à la chose louée, par exemple, sa clientèle » (*FF 1985 I 1424*). Or, un tel intérêt peut également exister pour d'autres baux, notamment les baux d'habitations. L'on voit dès lors mal ce qui empêcherait les parties de s'entendre sur le transfert dans ces cas également.

B.F.

## 6 Prolongation de bail. Perspectives de trouver des locaux de remplacement quasi nulles. Prise en compte de la pénurie dans l'appréciation des conséquences pénibles du congé.

Tribunal fédéral

19.09.1990

Société en nom collectif Perrin & Zbinden  
c. SI Pâquis-Ecole

ATF 116 II 446; JT 1991 I 63; SJ 1991, p. 2

### Art. 267a anc. (272 al. 2 litt. e nouv.) CO

1. Une société avait loué trois appartements pour y exploiter un petit hôtel garni. En février 1987, le bail fut résilié pour son terme, le 30 avril 1989. Durant la procédure de prolongation, relativement longue, la société locataire avait envoyé sans résultat des lettres aux gérances et agences immobilières de la place. Les tribunaux genevois ont rejeté la demande, considérant que les recherches de locaux de remplacement étaient insuffisantes. Par ailleurs, ils ont constaté que la demanderesse exploitait un petit hôtel de condition modeste et qu'elle aurait de grosses difficultés à se reloger. Or la prolongation ne peut se justifier que si le locataire a de sérieuses perspectives de trouver à une date ultérieure des locaux de remplacement.
2. Le TF annule le jugement. Il est vrai que, de jurisprudence constante, la prolongation n'a de sens que si elle permet d'atténuer — et non seulement de différer — les conséquences pénibles du congé. Son but n'est pas de faire profiter le locataire le plus longtemps possible de locaux avantageux, mais de lui donner plus de temps qu'il n'en aurait, selon le délai de résiliation ordinaire, pour chercher de nouveaux locaux (*ATF 102 II 256, JT 1977 I 558 rés.; 105 II 198, JT 1980 I 163*). Selon le TF, il ne faut cependant pas

en déduire qu'une prolongation de bail ne se justifie que dans les cas où le locataire a de réelles perspectives de louer d'autres locaux, ni qu'elle doit être refusée si ces perspectives sont nulles. Figurent également au nombre des conséquences pénibles celles qui sont dues à la pénurie, lorsque le locataire n'est pas en mesure de trouver un logement ou des locaux qu'il puisse raisonnablement accepter (*Jean-prêtre, La prolongation des baux à loyer, Dixième journée juridique, Genève 1970, p. 138; Egger, Les justes motifs de la prolongation judiciaire du bail, Fribourg 1984, p. 69; Th. Egli, Kündigungsbeschränkungen im Mietrecht, Zurich 1986, p. 43*). Le législateur de la réforme a d'ailleurs expressément mentionné, à l'art. 272 al. 2 litt. e nouv. CO, que la situation sur le marché local du logement faisait partie des éléments à prendre en considération pour évaluer les circonstances pénibles découlant du congé.

3. Il n'est pas nécessaire de déterminer si les démarches entreprises par la société locataire en vue de se reloger étaient effectivement insuffisantes. La Cour cantonale a constaté souverainement qu'il n'existait aucune possibilité de trouver des locaux offrant des avantages équivalents, même à un prix raisonnablement adapté, compte tenu de la pénurie notoire du marché immobilier genevois; elle a reconnu à juste titre les conséquences pénibles du congé. La bailleresse n'ayant pas établi son intérêt à disposer des locaux, il apparaît que les conditions légales pour l'octroi de la prolongation demandée (2 ans) sont réalisées.

M.C.J.

## 7 Contrat de bail commercial lié à un autre contrat. Résiliation des deux contrats. Demande en prolongation de bail.

Tribunal fédéral

07.11.1989

Dr X. c. Y. SA

ATF 115 II 452; JT 1990 I 303

### Art. 267a anc. (272 nouv.) CO

1. Un contrat de bail lié à un autre contrat est-il susceptible de prolongation au sens de l'art. 267a anc. CO? La réponse dépend de la relation existant entre les deux contrats combinés ou composés (*sur cette notion, voir Meier-Hayoz, Contrats non prévus par la loi II, FJS 1135, p. 2*). Si, de par la volonté concordante des parties (ou, le cas échéant, selon le principe de la confiance), le bail est subordonné à l'autre contrat, de telle sorte que la cession de l'usage de la chose louée ne constitue en réalité qu'une clause accessoire dans l'ensemble de leurs relations, la prolongation du bail est exclue.

2. En l'espèce, une clinique et un médecin avaient tout d'abord convenu que celui-ci devenait médecin-consultant de la clinique pour une durée indéterminée. Quelques mois plus tard, les parties avaient conclu un contrat de bail (également de durée indéterminée), par lequel la clinique mettait à la disposition du médecin un cabinet en ses murs; il était fait renvoi au premier contrat en ce qui concerne le délai de résiliation.

Le TF a retenu qu'il résultait de l'ensemble des circonstances que le bail était un contrat accessoire dans les relations des parties et qu'en particulier, la mise à disposition du cabinet médical n'avait d'intérêt pour la clinique que dans la mesure où la collaboration entre les parties se poursuivait. En conséquence, il y avait lieu de rejeter la demande de prolongation de bail, déposée par le médecin à la suite de la résiliation des deux contrats par la clinique.

#### Note

3. Cette jurisprudence doit être approuvée: il aurait en effet été artificiel d'accorder la prolongation, en isolant le contrat de bail du complexe contractuel unissant les parties et en faisant abstraction du fait qu'elles avaient avant tout entendu être liées par un autre rapport contractuel.
4. L'on peut toutefois se demander si le TF s'inspirerait aujourd'hui des mêmes principes. En effet, selon le nouveau droit, l'autorité saisie d'une demande en prolongation de bail doit procéder à une pesée des intérêts, en se fondant notamment sur «les circonstances de la conclusion du bail et le contenu du contrat» (art. 272 al. 2 litt. a nouv. CO); l'existence d'un autre contrat liant les parties ne serait dès lors qu'un élément dont l'autorité doit tenir compte dans sa pesée des intérêts (*cf. FF 1985 I 1442*). Cette solution n'est pas satisfaisante (*voir à cet égard les remarques critiques de Barbey, Commentaire du droit du bail, III/1, Genève 1991, n. 159 ad Introduction*); ainsi donc, même sous le nouveau droit, ce sont à notre sens les principes développés dans le présent arrêt, et non l'art. 272 nouv. CO, qui régissent la question de la prolongation d'un contrat de bail combiné avec un autre contrat.
5. Notons enfin qu'à rigueur de la loi, le contrat de collaboration aurait constitué sous le nouveau droit une transaction couplée entachée de nullité, puisque la conclusion et la continuation du bail y étaient subordonnées et que les obligations qui en découlaient pour le médecin n'étaient pas «en relation directe avec l'usage de la chose louée» (art. 254 nouv. CO).
- Un tel résultat nous paraît difficilement soutenable. L'on doit en conclure que le texte de l'art. 254 CO a été formulé de façon trop vague; il convient en conséquence de ramener le champ d'application de cette disposition aux cas pour lesquels elle a été conçue (tels que par exemple, l'obligation du locataire d'acheter la chose louée ou de conclure un contrat d'assurance; *voir, à cet égard, l'art. 3 OBLF ainsi que l'art. 16 AMSL, qui régissait la matière sous l'ancien droit*).

B.F.

## 8 Location d'un terrain avec rampe. Constructions érigées par le preneur. Qualification.

Tribunal fédéral

25.07.1990

K. c. Y.

### Art. 253, 267a ss anc. (253a, 272 ss nouv.) CO

Le contrat portant sur un terrain avec rampe, sur lequel le locataire exploite une installation de récupération des huiles usées, n'est pas un bail commercial et ne peut être prolongé, au sens des art. 267a ss anc. CO. Peu importe que les constructions érigées par le preneur soient des constructions mobilières. A la fin du bail, ce dernier était en effet tenu contractuellement de démolir toutes les constructions, avec leurs installations et aménagements, et de remettre en état le terrain selon les instructions du bailleur. Les conditions tout à fait particulières selon lesquelles le TF a réservé l'application par analogie des art. 267a ss anc. CO à un terrain non bâti ne sont pas réalisées (*ATF 98 II 204, JT 1973 I 171s*: «par exemple lorsqu'un bail a été conclu pour un temps indéterminé, que le preneur élève au su du bailleur une coûteuse construction mobilière pour y habiter ou à des fins commerciales et qu'il peut compter que le contrat ne sera pas résilié pour une date prévisible»).

M.C.J.

## 9 Location de places d'amarrage pour bateaux. Qualification.

Tribunal fédéral

25.07.1990

Ecole de voile X. SA c. Y. SA

### Art. 253, 267a ss anc. (253a, 272 ss nouv.) CO

Le contrat portant sur la location de places d'amarrage pour bateaux dans un port n'est pas un bail commercial. Le locataire ne peut en demander la prolongation selon les art. 267a ss anc. CO. Même si la définition du bail commercial est large (*ATF 113 II 413, DB 1989, p. 20s, n° 23*), cela ne signifie pas qu'elle englobe n'importe quelle chose louée. La question de savoir si des places d'amarrage constituent des immeubles construits n'a pas d'importance, dans la mesure où il ne s'y trouve pas de locaux commerciaux (*Geschäftsräume*). A cet égard, les textes français et italiens (*locaux, locali*) montrent clairement qu'on ne saurait y assimiler des places d'amarrage pour bateaux.

M.C.J.

### 3. Bail à ferme

**10** Bail à ferme agricole. Violation du contrat par le fermier. Résiliation anticipée. Notion de circonstances graves.

Tribunal fédéral

12.07.1990

B. c. X.

**Art. 17 al. 1 LBFA**

L'art. 17 al.1 LBFA prévoit que le bail peut être résilié de manière anticipée si, du fait de circonstances graves, l'exécution du contrat devient intolérable à l'une des parties. Le refus du fermier

d'exploiter le fonds affermé conformément au contrat constitue une circonstance grave. Le fermier soutient ici, avec la doctrine, que la violation du bail doit entraîner un danger imminent pour la chose affermée (*Studer/Hofer, Le droit du bail à ferme agricole, Brugg 1988, p. 146 s.*). Ces auteurs reconnaissent cependant que la notion de circonstances graves relève du pouvoir d'appréciation du juge (art. 4 CC), qui tiendra compte de toutes les particularités du cas (*Studer/Hofer, op. cit., p. 149; ATF 115 II 32 cons. 1b, JT 1989 I 602*). En l'espèce, le fermier a refusé expressément et de façon répétée de remplir son obligation contractuelle de faucher l'herbe sur la totalité du fonds une fois par année. Les juges cantonaux pouvaient en déduire sans arbitraire que ce fait constituait une circonstance grave au sens de l'art. 17 al. 1 LBFA.

M.C.J.

### 4. Loyers

**11** Clause d'indexation fondée uniquement sur l'évolution de l'indice des prix à la consommation. Compatibilité avec la clause générale d'indexation du bail-type bâlois. Exclusion d'une hausse fondée sur les prestations supplémentaires du bailleur.

Tribunal fédéral

06.06.1990

Dame K. c. dame S.

**Art. 9, 11 AMSL (269b nouv. CO); 6 al. 2 OSL**

1. Le contrat-type bâlois prévoit, dans ses clauses générales, que des modifications de loyer peuvent intervenir en cours de bail «dans le cadre des dispositions légales». Le TF avait déjà affirmé la validité de cette clause, pour autant que le contrat soit conclu pour une durée de 5 ans au moins (*ATF 108 II 470 ss, JT 1983 I 209 ss*). En l'espèce, le contrat-type avait été complété par une disposition particulière, prévoyant une indexation fondée uniquement sur l'IPC. La bailleresse fait valoir comme motif de hausse, outre l'évolution de l'indice, les prestations supplémentaires qu'elle a effectuées. En instances cantonales et fédérale, seule la hausse fondée sur l'indice est admise.
2. C'est une question d'interprétation de savoir si la bailleresse pouvait se prévaloir de la clause générale pour invoquer d'autres motifs de hausse que l'IPC. En application des principes généraux (interprétation des manifestations de volonté contre la partie qui les a rédigées, primauté des clauses spéciales sur les conditions générales), les tribunaux

arrivent à la conclusion que la clause d'indexation stipulée spécialement fixait exhaustivement les conditions d'une hausse et remplaçait les conditions générales. La locataire avait en effet vendu son immeuble à la bailleresse, se faisant octroyer un «droit d'habitation de caractère obligationnel» par la conclusion d'un bail de 20 ans. De plus, la bailleresse s'était déclarée d'accord de laisser l'immeuble en l'état, sauf travaux nécessaires (lesquels font partie de ses obligations et ne justifient pas une majoration de loyer). La locataire ne devait donc pas s'attendre à une hausse dépassant l'évolution de l'indice des prix.

3. L'art. 6 al. 2 OSL réserve, pour les baux indexés, la possibilité de majorer le loyer en cas de prestations supplémentaires du bailleur. La clause générale d'indexation du contrat-type ne peut s'appliquer que dans ce cadre étroit. Une telle réserve doit cependant être formulée clairement par les parties, ce qui n'est pas le cas ici.

**Note**

4. L'art. 6 al. 2 OSL n'a pas été repris dans le nouveau droit. Il y a lieu d'admettre néanmoins, avec Lachat/Micheli (*Le nouveau droit du bail, Lausanne 1990, p. 253*) que les loyers indexés peuvent être augmentés dans une mesure qui dépasse la hausse de l'IPC (seul motif désormais admis), si l'augmentation est justifiée par des prestations supplémentaires du bailleur. Il faut cependant que cette possibilité ait été expressément prévue dans le contrat (*cf. FF 1985 I 1468*). Le locataire devra pouvoir contester la hausse pour ce motif en application des art. 269a litt. b nouv. CO et 14 OBLF.

M.C.J.

## 12 Bail commercial. Clause prévoyant un loyer proportionnel au chiffre d'affaires du locataire. Exclusion d'une contestation de loyer en cours de bail. Conditions de la contestation du loyer proportionnel.

Tribunal fédéral

08.11.1990

V. SA c. B. SA

ATF 116 II 587; JT 1991 I 191 (rés.); SJ 1991, p. 129

**Art. 19, 267e al. 2 anc. CO; 9, 10, 11, 18, 19 AMSL (269b, 269c, 270, 270a, 270b, 270c, 270d nouv. CO)**

1. Le bail à loyer commercial, on le sait, ne fait pas l'objet d'un statut juridique spécifique en droit suisse. A quelques différences, il est assimilé au bail de logements quant aux règles applicables. Les nécessités inhérentes à l'exercice d'une activité commerciale ont donné naissance à un certain nombre de pratiques non réglées par la loi. Par exemple – et c'est le problème qui nous intéresse ici –, il est fréquent que les parties prévoient un loyer proportionnel au chiffre d'affaires réalisé par le locataire commerçant dans les lieux loués (bail partiaire). L'application d'une clause de loyer proportionnel dans le cadre des dispositions sur les loyers abusifs (AMSL, art. 269 ss nouv. CO) n'a donné lieu qu'à peu de commentaires en doctrine et de jurisprudence publiée. Comme le relève Jeanprêtre dans son article consacré à cette question, «l'institution du bail partiaire paraît bien vivante mais elle semble vivre en marge de la loi. Les intéressés ne s'en plaignent pas. Pourvu que ça dure ...» (*in Le loyer proportionnel au chiffre d'affaires du locataire, 3<sup>e</sup> Séminaire sur le bail à loyer, Neuchâtel 1984, p. 10*).
2. Les intéressés ont fini par s'en plaindre puisqu'un litige vient d'être soumis au TF. Il s'agissait d'un bail prévoyant un loyer composé d'un loyer de base indexé à l'IPC, et, «si et dans la mesure où il dépasse le loyer de base, d'un loyer complémentaire calculé en fonction d'un pourcentage du chiffre d'affaires réalisé par le locataire» (p. 588). Plusieurs procédures antérieures avaient amené le locataire à reconnaître expressément la validité de la clause. A l'occasion de nouvelles contestations, le locataire remet en cause tant le mode de calcul que le caractère abusif du loyer.
3. Le TF reconnaît la licéité d'une clause de loyer proportionnel, en accord avec la doctrine unanime (*Jeanprêtre, op. cit., p. 2; Barbey, L'arrêté fédéral instituant des mesures contre les abus dans le secteur locatif, Lausanne 1984, p. 111; Barbey, Vom Umsatz oder Einkommen des Mieters abhängige Mietzinse, MP 1989, p. 91 ss; Lachat/Micheli, Le nouveau droit du bail, Lausanne 1990, p. 239; Zihlmann, Das neue Mietrecht, Zurich 1990, p. 49 et 180*). Elle résulte de la liberté des conventions (art. 19 CO). De

plus, une clause de cette nature ne viole pas les art. 267e al. 2 anc. CO et 11 AMSL, ne donnant pas au bailleur le droit d'augmenter le loyer inconditionnellement ou unilatéralement; au contraire, elle se réfère à un critère objectif: le chiffre d'affaires du locataire (*Jeanprêtre, op. cit., p. 2 s; Barbey, op. cit., L'AMSL, p. 112 et MP 1989, p. 94*).

4. Le principe de la soumission à l'AMSL du loyer proportionnel est également admis. C'est sur le droit du locataire de contester le loyer en cours de bail que le TF diverge fondamentalement de la doctrine. Les auteurs déjà cités reconnaissent (après hésitations) qu'un tel loyer n'est ni échelonné, ni indexé; certains admettent cependant un droit de contestation du locataire en cours de bail, à l'occasion de chaque fixation du loyer, sur la base de l'art. 19 AMSL. Lachat/Micheli (*op. cit., p. 240*) ainsi que la Cour de justice de Genève dans un arrêt rendu entre les mêmes parties (*Comm. 18, n° 5*), jugent obligatoire l'utilisation de la formule officielle si le nouveau loyer est plus élevé que le précédent.

Le TF estime quant à lui que le loyer proportionnel, et notamment le pourcentage convenu, ne peut être contesté en cours de bail. Il s'agit d'un mode de fixation du loyer qui prévoit un calcul fixe et précis en fonction du résultat comptable de l'activité du locataire commerçant durant l'année écoulée. Il peut donc varier à la hausse ou à la baisse, sans rapport avec le loyer antérieur ou futur. Le TF en conclut qu'un tel loyer «ne peut qu'être assimilé à un loyer fixe, arrêté d'un commun accord par les parties lors de la conclusion du bail» (p. 592). En conséquence, la contestation n'est admissible que «dans les 30 jours dès la signature du contrat ou lors d'une éventuelle reconduction du bail, en application de l'art. 19 AMSL ou en vertu de l'art. 18 AMSL si la clause de loyer est modifiée à la hausse. Dans cette dernière hypothèse seulement, le bailleur devra faire usage de la formule officielle» (p. 593). En l'espèce, la contestation porte sur la modification du loyer en cours de bail et elle doit être rejetée.

### Note

5. Cet arrêt a été rendu sous l'empire de l'ancienne législation, mais manifestement dans l'optique du nouveau droit (*voir la doctrine citée, ainsi que le renvoi du locataire à agir en contestation du loyer initial, qui n'était pas ouverte au locataire commerçant sous l'ancien droit*).

La position du TF nous laisse perplexe. Il applique strictement les dispositions sur les loyers abusifs à un loyer qui n'est fondé ni sur les coûts, ni sur les loyers du marché (soit les deux modes de fixation du loyer retenus par le législateur). Il tire la conclusion que le loyer n'étant ni indexé, ni échelonné, il ne peut être contesté en cours de bail. La conclusion logique eût été que le loyer proportionnel était incompatible avec le système légal, en tous les cas sous le nouveau droit. L'application de la loi porte non seulement sur la contestation du loyer abusif, mais également sur le mode de fixation du loyer, dans la mesure où celui-ci entraîne des variations. Seuls les loyers échelonnés et indexés sont autorisés. Le TF se fonde sur l'art. 19 CO pour admettre la

validité d'un bail partiaire, mais la liberté contractuelle est justement restreinte dans le domaine du bail (cf. not. Richard, *Le nouveau droit du bail. Les dispositions générales, 6<sup>e</sup> Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 1990, p. 2*). La doctrine reconnaît la validité du loyer proportionnel sous le nouveau droit pour des raisons historiques (*procès-verbal de la commission du Conseil national chargée de la révision du droit du bail, 1988, p. 107 s, cité par Barbey in SJ 1990, p. 584; cf. également Lachat/Micheli, op. cit., p. 240*); à notre avis, cette question a été trop brièvement évoquée pour en conclure à la compatibilité d'une clause de loyer proportionnel avec le nouveau droit.

6. En réalité, le TF détourne le problème (délicat il est vrai). Dans sa conception du bail partiaire, il n'y a plus de loyer ni de variation du loyer, il n'y a qu'un mode de détermination du loyer, qui reste fixe. Le loyer devient une notion abstraite, qui n'est plus exprimée en francs, mais en pour-cent. Ce système n'est pas praticable. Le loyer étant la rémunération versée par le locataire au bailleur pour la cession de l'usage de la chose (art. 257 nouv. CO), il faudra néanmoins en déterminer le montant. Le bail partiaire n'est licite que parce que le loyer est déterminable. Le mode de fixation étant donné pour toute la durée du bail, le montant du loyer mensuel est équivalent à une moyenne de tous les montants versés. Il n'est donc jamais connu avant l'échéance. Toute procédure de contestation devrait donc être suspendue pendant toute la durée du bail ou d'une période de renouvellement, afin de déterminer si l'ensemble des montants versés a procuré au bailleur un rendement abusif ou dépasse ce qui était admissible pour des locaux semblables durant la même période. Juger immédiatement d'une contestation reviendrait à la vouer à l'échec ou à la rendre totalement aléatoire. La notion de loyer fixe, si on ne l'entend pas pour toute la durée du bail, est une vue de l'esprit.

Par exemple, en cas de contestation du loyer initial, il est probable que le chiffre d'affaires soit très bas, au moment de l'ouverture de la procédure. On ne saurait donc juger, sur cette base, du caractère abusif du loyer pour une longue période durant laquelle on peut présumer qu'il évoluera. Si le bail prévoit un loyer de base minimum, dont on peut penser qu'il est convenable (le but du loyer proportionnel étant d'encourager le commerçant qui débute ses activités dans les locaux loués), le loyer ne serait abusif que s'il dépasse le loyer de base, soit après un certain temps, et donc en cours de bail. En cas de contestation à l'échéance, le problème de la détermination du loyer à prendre en considération pour juger de son caractère abusif se pose également. En principe, le loyer n'aura aucun rapport avec celui de la période précédente; en conséquence, il faudrait également attendre l'échéance pour en connaître le montant.

Par contre, on ne saurait juger du caractère abusif de la clause de loyer proportionnel elle-même. Celle-ci ne peut être admissible que parce que le loyer est déterminable. A notre avis, l'art. 11 al. 1 OBLF ne permet pas de procéder à la comparaison avec le pourcentage du chiffre d'affaires des commerçants de la place (*contra: Lachat/Micheli, op. cit., p. 240, et*

*les auteurs cités*). Seuls les locaux eux-mêmes (ou leur surface en application de l'art. 11 al. 2 OBLF) font l'objet de la comparaison. Le chiffre d'affaires d'un bijoutier et celui d'un épicier n'ont du reste rien de comparable, ni, dans la même branche d'activités, le chiffre d'affaires d'un commerçant particulièrement actif et qualifié et celui d'un commerçant qui le serait moins.

En bref, le système conçu par le TF est inapplicable au regard des règles du chap. 2 de la nouvelle loi. Il favorise la contestation, puisque c'est dans ce cadre-là uniquement qu'on examinera le loyer au regard des art. 269 et 269a CO. Il cautionne l'existence de systèmes hybrides: dans les cas où un loyer de base minimum est prévu, celui-ci ne peut être qu'indexé ou échelonné (avec notification sur formule officielle et possibilité de contester en cours de bail); dès que le pourcentage du chiffre d'affaires prévu dépasse le loyer de base, le locataire n'a plus rien à dire.

7. C'est à notre sens un problème plus général en matière de bail à loyer commercial. Il est admis qu'il n'y a pas de statut spécial du locataire commerçant, et que cela est voulu («*Les initiatives prises en faveur d'une réglementation légale du bail commercial n'ont pas abouti jusqu'à maintenant... L'absence de cette institution en droit suisse ne constitue pas une lacune que le juge devrait combler*», ATF 93 II 460). La pratique, avec parfois l'appui de la jurisprudence (on pense notamment à l'obligation d'exploiter le commerce, cf. DB 1989, p. 18 s, n° 20), a fait preuve d'imagination pour s'adapter à la réalité économique. Le loyer proportionnel en est un exemple. Dans cette optique et sous l'empire de l'AMSL, il était admissible de prévoir une telle clause, avec possibilité de contester les variations du loyer en cours de bail, par analogie avec les dispositions sur les loyers indexés ou échelonnés. Sous le nouveau droit, l'analogie n'est plus possible, puisque le droit de contester le loyer indexé ou échelonné est limité à une simple vérification de l'échelon ou du calcul de l'évolution de l'indice. Il n'en demeure pas moins que le système légal, y compris les règles sur les loyers abusifs, est applicable au bail commercial. Pour cette raison, nous ne partageons pas l'opinion du TF et de la doctrine selon laquelle le loyer proportionnel est compatible avec les règles légales. Il en va de la sécurité du droit. Le TF rejoint notre point de vue légaliste, en argumentant que le loyer proportionnel ne varie pas. Dans ce sens, sa solution est logique, et devient difficilement critiquable dans l'application des principes. Encore faut-il se convaincre que le loyer qui varie en fonction du chiffre d'affaires du locataire ne... varie pas, et en tirer la conséquence qu'il ne peut être connu avant chaque échéance. Avec les problèmes pratiques que nous avons soulevés.

8. On peut se demander pourquoi, dans cet arrêt, le TF ne fait aucune allusion à l'arrêt C. c. Fondation pour la construction d'habitations à loyers modérés de la ville de Genève rendu quelques mois plus tôt (ATF 116 II 184, *infra* n° 13). Le rapprochement nous paraît pourtant inévitable. Que le loyer varie en fonction du revenu d'un locataire non commerçant ou du chiffre d'affaires d'un locataire commerçant suppose un

raisonnement identique, les dispositions sur les loyers abusifs étant applicables dans les deux cas. Les propriétaires de logements à caractère social, qui n'ont pas apprécié la jurisprudence récente du TF, tireront probablement du présent arrêt les conséquences qui s'imposent.

M.C.J.

### **13** Logements à caractère social. Calcul des loyers en proportion des revenus des locataires. Application de l'AMSL, en particulier les art. 14 et 15. Appréciation du rendement du logement en cause, et non de tous les logements de l'immeuble.

Tribunal fédéral

22.05.1990

Epoux C. c. Fondation pour la construction d'habitations à loyers modérés de la ville de Genève

ATF 116 II 184; JT 1990 I 587 (rés.); SJ 1990, p. 578

#### **Art. 14, 15 AMSL (269, 269a nouv. CO)**

1. La Fondation propriétaire s'est dotée d'un règlement relatif à la fixation des loyers. Celui-ci stipule que le loyer tient compte du revenu des occupants de l'appartement, et ne doit pas dépasser le 15% de celui-ci. L'évolution du revenu est prise en compte à concurrence de 15%, et le loyer revu chaque année. Les locataires contestent une hausse de loyer fondée sur ce règlement.
2. Les logements en cause présentent un caractère social, mais ne sont pas soumis au contrôle d'une autorité, au sens de l'art. 4 al. 2 OSL. L'AMSL est donc applicable sans restriction.
3. Le TF constate qu'un bail prévoyant la faculté de réadapter le loyer en fonction du revenu n'est pas contraire à l'AMSL. Le loyer doit néanmoins être apprécié conformément à l'art. 14 AMSL, et ne pas procurer au bailleur un rendement excessif du logement loué. A l'occasion d'une contestation de hausse de loyer, le caractère admissible ou excessif du loyer ne s'apprécie qu'au regard du local loué par le locataire partie à la procédure. Peu importe que le rendement de l'immeuble soit abusif ou insuffisant, en tous les cas lorsqu'il existe une disparité manifeste entre les loyers d'un même immeuble; seul le rendement du logement en cause doit être pris en considération (ATF 113 II 51). Cela suppose une ventilation du revenu locatif entre les divers locaux loués,

selon les clefs de répartition usuelles pour les immeubles constitués en PPE (ATF SI Ciel-Bleu «B» c. Panissod, SJ 1981, p. 504 ss).

4. La Cour de justice genevoise déroge à ces principes dans les immeubles sociaux dont les loyers tiennent compte des revenus des locataires, s'en référant alors au rendement de l'immeuble entier. Le TF ne l'admet pas. De lege lata, la jurisprudence genevoise est contraire à la loi et à la jurisprudence fédérale. De lege ferenda, elle introduit un système de fixation et de modification des loyers qui ne tient pas compte de l'importance de chaque logement. Un locataire d'un immeuble social ne saurait être traité plus défavorablement que celui d'un autre immeuble. Une différence de traitement se justifierait par la solidarité entre locataires, mais, affirme le TF, une telle notion est «totalement étrangère à l'AMSL». C'est donc ailleurs que le bailleur doit trouver des ressources pour fournir des logements à bas prix à des locataires moins favorisés. Dans l'arrêt Panissod, notre haute Cour avait déjà jugé qu'un locataire au bénéfice d'un bas loyer ne pouvait se prévaloir des loyers élevés de l'immeuble; de même, un locataire qui paye un loyer élevé ne doit pas se voir opposer les loyers bas existant dans l'immeuble.

M.C.J.

### **14** Hausse de loyer. Interprétation de la manifestation de volonté du bailleur. Définition du coût de revient, au sens de l'art. 15 al. 1 litt. c AMSL. Rapports entre les art. 14 et 15 AMSL. Portée autonome de l'art. 14 AMSL. Possibilité pour le bailleur de s'en prévaloir directement.

Tribunal fédéral

02.10.1990

K. c. Epoux B. et consorts

ATF 116 II 594; JT 1991 I 299

#### **Art. 14, 15 al. 1 litt. c AMSL (269, 269a litt. c nouv. CO)**

1. Plusieurs immeubles locatifs ont été érigés à Bâle, en 1973 et 1978, puis vendus par le constructeur à une caisse de pensions. Celle-ci les a revendus en juin 1988 à K., pour plus de 42 millions de francs. En décembre de la même année, le nouveau propriétaire a notifié d'importantes majorations de loyer motivées comme suit: «Adaptation partielle en raison d'un rendement brut insuffisant et d'un

rendement insuffisant du capital; adaptation générale au renchérissement. La majoration a pour but d'améliorer partiellement le rendement brut insuffisant et le rendement insuffisant du capital; elle doit d'une façon générale compenser le renchérissement conformément à l'art. 15 litt. c de l'AMSL» (*trad. JT 1991 I 300*). Ces majorations ayant été contestées, le bailleur a épuisé en vain les instances cantonales pour faire constater leur caractère non abusif. Le TF admet partiellement ses recours en réforme.

2. S'agissant de la motivation de l'avis de majoration, le TF rappelle qu'elle doit être claire. Les motifs à l'appui d'une hausse de loyer doivent, en tant que déclaration de volonté, être interprétés selon le principe de la confiance. Ici, l'insuffisance du rendement brut dont se prévaut le bailleur signifie, selon le TF, que «les majorations sont justifiées parce que les loyers antérieurs ne permettent pas de renter convenablement le prix de revient engagé par le demandeur» (*trad. JT, p. 301 s*). La Cour cantonale, statuant dans le cadre de l'art. 15 al. 1 litt. c AMSL (dont s'est prévalu le bailleur), l'avait jugé inapplicable. Toutefois, quelle que soit l'interprétation de cette disposition, «la Cour d'appel devait rechercher si l'acheteur d'un immeuble peut augmenter le loyer de façon à renter convenablement sa mise de fonds, et cela en vertu du droit fédéral, abstraction faite de l'art. 15 al. 1 litt. c AMSL» (*trad. JT, p. 302*). Les juges bâlois ne devaient donc pas se contenter d'examiner le loyer au regard de la disposition légale expressément visée par le bailleur, mais rechercher d'office si le loyer était admissible compte tenu des faits dûment allégués et prouvés par ce dernier.

3. L'art. 15 al. 1 litt. c AMSL prévoit que ne sont pas abusifs, en règle générale, les loyers qui, pour les constructions récentes, se tiennent dans les limites du rendement brut permettant de couvrir les frais, calculé d'après le coût de revient. La Cour bâloise avait écarté l'application de cette disposition dans le cas d'espèce, ce que conteste le demandeur. Pour résoudre la question, le TF précise l'interprétation de la norme en partant de la notion de «coût de revient» (Anlagekosten).

Après analyse de la lettre et de la genèse de l'art. 15 al. 1 litt. c AMSL (dont la teneur a été reprise aux art. 269a litt. c nouv. CO et 15 OBLF), ainsi que de la doctrine, le TF en conclut que le coût de revient au sens de cette disposition «correspond aux investissements engagés par le constructeur d'un bâtiment récent ou par le premier acquéreur dudit bâtiment, vendu immédiatement après son achèvement. C'est sur cette base que se calcule le rendement brut permettant de couvrir les frais» (*trad. JT, p. 304 s*). Le TF ne tranche pas la question de savoir si les investissements doivent être augmentés en fonction du renchérissement intervenu entre-temps, le bailleur n'ayant rien allégué ni prouvé sur les investissements du constructeur ou du premier acquéreur. Partant, l'art. 15 al. 1 litt. c AMSL n'entre pas en ligne de compte ici.

4. Le TF revient sur les rapports entre les art. 14 et 15 AMSL. L'art. 14 prévoit que les loyers sont abusifs s'ils procurent au bailleur un rendement excessif de la chose louée, ou s'ils sont fondés sur un prix d'achat manifestement exagéré. L'art. 7 OSL précise qu'un prix est manifestement exagéré lorsqu'il dépasse manifestement la valeur de rendement d'un immeuble calculée sur les loyers usuels dans la localité ou le quartier pour des objets semblables. Cette réglementation a été reprise dans le nouveau droit (art. 269 nouv. CO et 10 OBLF). L'art. 15 AMSL (269a nouv. CO) énumère différents motifs de majoration ou d'adaptation de loyer.

Selon la jurisprudence du TF, il faut d'abord examiner si la majoration de loyer est abusive au sens de l'art. 15 AMSL. Si l'une des conditions prévues par cette disposition est réalisée, le loyer est présumé non abusif; cette présomption est renversée s'il existe des indices laissant supposer que le loyer procure au bailleur un rendement excessif au sens de l'art. 14 AMSL. Parallèlement, le bailleur peut s'opposer à une demande de diminution de loyer (art. 19 AMSL) en invoquant que le loyer ne lui procure pas un rendement excessif au sens de l'art. 14 AMSL, sans être limité aux motifs prévus à l'art. 15 AMSL.

5. Le TF n'a jamais tranché la question de l'application directe de l'art. 14 AMSL, indépendamment des conditions prévues par l'art. 15 AMSL. Après examen du texte, de la genèse et du but de ces dispositions, le TF juge que l'art. 14 AMSL a une portée autonome par rapport à l'art. 15 AMSL. Le loyer abusif résulte soit d'un taux excessif du rendement de la chose louée, soit d'investissements exagérés du bailleur. «A contrario, dit le TF, un rendement convenable d'investissements raisonnables n'est pas abusif» (*trad. JT, p. 308*). Le bailleur peut demander au juge qu'il se prononce sur ces points, même s'il invoque conjointement d'autres moyens de justifier la hausse fondés sur l'art. 15 AMSL. L'art. 14 AMSL est donc indépendant des cas particuliers prévus à l'art. 15 AMSL.

La cohabitation de ces deux dispositions n'est pas incohérente. Par rapport à l'art. 14 AMSL, le champ d'application de l'art. 15 AMSL est plus étroit, sa ratio legis différente. Par exemple, le rendement convenable au sens de l'art. 15 al. 1 litt. c AMSL peut être supérieur aux loyers usuels dans la localité ou le quartier, alors que le prix de vente raisonnable au sens de l'art. 14 al. 2 AMSL se fonde sur les loyers usuels dans la localité ou le quartier (art. 7 OSL).

6. Le TF renvoie l'affaire en cause à la Cour cantonale, afin qu'elle examine les majorations de loyer au regard de l'art. 14 AMSL. Les juges pourront dès lors s'affranchir de la méthode relative et prendre en considération des faits antérieurs à la conclusion du contrat ou à la dernière fixation du loyer.

## Note

7. Cet arrêt constitue sans nul doute une nouvelle évolution dans la jurisprudence relative aux loyers abusifs ou d'autres prétentions abusives du bailleur. Il garde tout son sens dans le nouveau droit, qui a repris aux art. 269 et 269a nouv. CO l'essentiel des art. 14 et 15 AMSL; le législateur a laissé aux tribunaux, en 1972 comme en 1989, le soin de trancher la question des rapports entre les divers critères de fixation du loyer des deux dispositions.
  8. Le TF a longtemps privilégié l'application de la méthode relative. Sauf réserve claire et précise (désormais chiffrée, art. 18 OBLF), le dernier loyer fixé est censé apporter au bailleur un rendement convenable. Seule la modification de critères économiques, au sens de l'art. 15 AMSL (269a nouv. CO) intervenue depuis lors peut justifier une adaptation du loyer. Cette méthode, qui peut donner lieu à des situations choquantes, est atténuée par un correctif: en cas d'indices d'abus, le locataire peut s'opposer à une hausse de loyer justifiée par l'un des critères de l'art. 15 AMSL (269a nouv. CO), et demander un calcul de rendement au sens de l'art. 14 AMSL (269 nouv. CO). Par souci d'égalité entre les partenaires contractuels, le TF a admis le bailleur à se prévaloir d'un calcul de rendement à l'occasion d'une demande de diminution du loyer (ATF 116 II 73, DB 1990, p. 20, n° 31). L'application de l'art. 14 AMSL n'a donc eu jusqu'à présent qu'une portée subsidiaire par rapport à l'art. 15 AMSL; les parties ne pouvaient s'en prévaloir directement (le locataire à l'occasion d'une prétention de hausse du bailleur, le second à l'occasion d'une prétention de baisse du premier).
  9. La méthode relative a le mérite de la simplicité. Elle est fondée sur le principe de la confiance, chaque partie pouvant présumer que le loyer est convenable pour son cocontractant à un moment déterminant, celui de la dernière fixation du loyer. Le TF lui avait encore attribué un avantage: elle évite que par un recours systématique à l'art. 14 AMSL, on vide de sa substance l'art. 15 AMSL. Cette argumentation n'a apparemment plus sa raison d'être.
  10. Le TF admet désormais que le bailleur puisse se prévaloir d'emblée de l'art. 14 AMSL. Il incombera cependant à la jurisprudence de préciser la portée d'une telle atteinte à la suprématie de la méthode relative. Dans les deux cas où le TF a reconnu ce principe (*ici et infra n° 15*), il s'agissait d'immeubles récemment vendus ou sortis d'un régime de contrôle, dans des cas d'application proches de l'art. 15 al. 1 litt. c AMSL (269a litt. c nouv. CO).
- Outre les circonstances dans lesquelles le bailleur peut se prévaloir directement de l'art. 269 nouv. CO, il faudra encore définir si une partie, à l'occasion d'une prétention de son cocontractant justifiée par la méthode relative, est toujours contrainte de démontrer l'existence d'indices d'abus avant de pouvoir bénéficier d'un calcul de rendement. Dans la logique d'un système plus ouvert à la méthode absolue, la réponse devrait être négative. Enfin, il faut se

demander si le locataire peut également recourir à l'art. 269 nouv. CO pour fonder une demande en diminution du loyer. Le texte de l'art. 270a nouv. CO l'y autorise expressément, mais restreint l'application de la norme à une notable modification des bases de calcul. Il y a contradiction au sein même de la disposition légale. Avec Lachat/Micheli (*Le nouveau droit du bail, Lausanne 1990, p. 247 s*), nous pensons qu'il faut privilégier le principe de l'égalité entre bailleurs et locataires, comme l'a fait le TF dans l'arrêt G. c. SI Y. (ATF 116 II 73; cf. *supra, point 8*); le locataire devrait donc également pouvoir invoquer directement un rendement excessif à l'appui d'une demande fondée sur l'art. 270a nouv. CO. A notre avis, toutes ces questions sont liées.

11. Bien que le TF s'en défende, il n'est pas exclu que cet arrêt sonne le glas de la méthode relative. On voit mal que puisse subsister une méthode dont l'essence est de poser des présomptions sur la manifestation de volonté des parties, alors que le recours direct à un calcul de rendement est admis justement parce qu'il n'appartient pas aux parties de définir si le loyer est abusif ou non (*Egli, Aperçu de la jurisprudence récente du TF en application de l'AMSL, RJB 1988, p. 61*). Laisser à l'une des parties le libre choix de la méthode de calcul, par la motivation de sa prétention, c'est laisser à l'autre le libre choix de s'y opposer par la méthode de calcul qu'elle jugera opportune. La porte est à nouveau ouverte vers un recours systématique à l'art. 269 CO. Il est vrai que la consécration de la méthode relative a soulevé de nombreuses critiques; il n'est toutefois pas certain que les praticiens se réjouiront de ce retour vers un système compliqué, et dont la cohérence n'est pas établie.

M.C.J.

## **15** Immeuble sortant du contrôle cantonal genevois. Calcul du loyer selon l'art. 14 AMSL. Détermination des fonds propres investis. Réévaluation des fonds propres. Sort des provisions pour l'entretien futur du bâtiment.

Tribunal fédéral

29.01.1991

R. c. SI C. SA

SJ 1991, p. 301

### **Art. 14 AMSL (269 nouv. CO)**

1. La SI C. SA a acheté en 1974 des immeubles en voie d'achèvement. Ceux-ci ont été construits au bénéfice de la loi genevoise concernant l'encouragement à la

construction de logements destinés à la classe moyenne (HCM), et leurs loyers soumis au contrôle cantonal jusqu'en 1984. Au sortir du régime de contrôle, la société propriétaire a notifié des hausses de loyer de plus de 30 %, invoquant essentiellement l'art. 14 AMSL.

2. Se fondant sur sa jurisprudence récente (*cf. supra n° 14*), le TF admet l'application directe de l'art. 14 AMSL: le bailleur doit pouvoir demander au juge qu'il détermine si ses investissements ou le rendement du nouveau loyer sont ou non exagérés, et cela indépendamment du fait qu'il a invoqué l'un des critères de l'art. 15 al. 1 AMSL. En définitive, dit le TF, «le bailleur peut établir directement que le loyer lui procure un rendement convenable, même si le critère de rendement normal des fonds investis n'apparaît pas très différent de celui de l'art. 15 al. 1 litt. a ou c AMSL». La bailleresse qui, en l'espèce, invoque l'art. 14 AMSL, fait précisément valoir que le loyer se tient dans les limites du rendement net des fonds propres investis, sans prendre en considération les variations de certains paramètres depuis la dernière fixation du loyer. C'est donc bien la méthode absolue qu'il faut appliquer, laquelle ne tient compte que de la situation financière à un moment donné, et non pas de l'évolution dans le temps du loyer litigieux (*Lachat/Micheli, Le nouveau droit du bail, Lausanne 1990, p. 223*). L'application de cette méthode est d'autant plus appropriée en l'espèce que le loyer est le résultat de calculs fondés sur le droit cantonal, et non sur l'AMSL. Il faut donc déterminer si, à l'expiration du contrôle cantonal, le loyer était admissible en fonction des coûts d'exploitation, des capitaux empruntés et de l'investissement du bailleur (*Barbey, L'arrêt fédéral instituant des mesures contre les abus dans le secteur locatif, Lausanne 1984, p. 46; Lachat/Micheli, op. cit., p. 203 ss*).

### 3. Détermination des fonds propres investis.

Le rendement net au sens de l'art. 14 AMSL résulte du rapport entre les fonds propres investis dans la chose louée et le loyer après déduction des charges d'exploitation et des intérêts débiteurs sur les fonds empruntés (*ATF 106 II 359 cons. 2; Lachat/Micheli, op. cit., p. 203; Barbey, op. cit., p. 63*). Les fonds propres investis sont le résultat de la soustraction des fonds étrangers (garantis ou non par hypothèque) du coût de revient effectif de l'immeuble. Pour les immeubles neufs, le coût de revient comprend le prix du terrain (sauf s'il est manifestement exagéré), les éventuels droits de mutation, le prix de la construction et les frais financiers. Pour les immeubles récents, il comprend le prix d'acquisition et les frais rattachés à la transaction; dans un cas où, comme dans la présente affaire, le promoteur construit des immeubles et les revend aussitôt après, celui-ci peut légitimement prétendre à un bénéfice, pour autant qu'il reste dans les limites du raisonnable. Tel est le cas d'une marge de 11,14 % entre le prix de revient contrôlé par l'autorité genevoise et le prix payé par la société bailleresse, compte tenu des risques rattachés à une opération immobilière de grande envergure. Les fonds propres sont donc ici

de Fr. 15600000.— (achat des parcelles et achèvement des travaux) plus Fr. 300000.— (frais de mutation, art. 9 al. 2 OSL) moins Fr. 10500000.— (hypothèques en 1<sup>er</sup> et 2<sup>e</sup> rang), soit Fr. 5400000.—. A cela s'ajoute l'amortissement des hypothèques (Fr. 1400000.—), qui contribue à augmenter les fonds propres. Le TF précise enfin que le capital à prendre en considération dans l'application de la méthode absolue correspond aux fonds propres effectivement investis, et non pas aux fonds propres théoriques représentant les 40 % de la valeur de l'immeuble (*Egli, Aperçu de la jurisprudence récente du TF en application de l'AMSL, RJB 1988, p. 55*).

### 4. Réévaluation des fonds propres.

En principe, l'investissement initial du bailleur doit être réadapté au coût de la vie (art. 15 al. 1 litt. d AMSL), depuis la date à laquelle est déterminé le prix de revient de l'immeuble (dans le cadre de la méthode absolue). Le système genevois de contrôle officiel des loyers ne tient pas compte du maintien du pouvoir d'achat du capital exposé aux risques. La question se pose dès lors, pour les immeubles sortant du contrôle cantonal, de savoir si la réévaluation des fonds propres investis doit être calculée sur la base du loyer en vigueur à la sortie du contrôle cantonal, ou depuis la date de l'achèvement de la construction (mise des fonds propres initiaux). Suivant l'opinion de Barbey (*op. cit., p. 96 s*), le TF tranche pour la seconde solution, le bailleur ne devant pas être pénalisé par la non prise en considération de l'inflation durant la période de contrôle; le rendement d'un immeuble libéré d'un système différent de l'AMSL doit être voisin de celui d'un immeuble qui a toujours été soumis à cette loi. En l'espèce, les fonds propres initiaux de Fr. 5400000.— doivent être réévalués en prenant l'évolution de l'IPC depuis le début du contrôle de l'Etat jusqu'à la date de notification de la hausse (46,2 %). Les amortissements hypothécaires payés durant le contrôle doivent également être réévalués, sur la base d'un amortissement moyen calculé sur une période de 10 ans. Seuls les 50 % des 46,2 % doivent être pris en compte sur le total de l'amortissement.

5. Le TF juge enfin que les provisions pour l'entretien futur d'un bâtiment ne peuvent être comptabilisées dans les charges pour le calcul du nouvel état locatif. D'une part, le locataire ne peut en contrôler l'affectation tant que ces réserves n'ont pas été utilisées, et ne peut en profiter s'il quitte l'immeuble. D'autre part, il n'est pas certain que ces provisions passent à l'acquéreur en cas de vente de l'immeuble, ni qu'elles seront effectivement affectées à l'entretien du bâtiment (*Lachat/Micheli, op. cit., p. 212 s*). Peu importe en l'espèce que de telles provisions aient été constituées obligatoirement de par le droit public cantonal. Le TF décide néanmoins de renvoyer la cause à l'instance cantonale afin qu'elle détermine la moyenne des charges d'entretien effectives durant les 5 ans précédant la hausse contestée.

**16** Majoration de loyer motivée par un accroissement des frais d'entretien de la chose. Seul un accroissement effectif, et non forfaitaire, peut justifier la majoration de loyer.

Tribunal d'appel, Bâle-Ville

08.09.1989

K. c. Fonds de placement P.

MP 1990, p. 105

**Art. 15 al. 1 litt. b AMSL (269a litt. b nouv. CO);  
9 al. 1 OSL (12 al. 1 OBLF)**

1. Une hausse de coûts, au sens de l'art. 15 al. 1 litt. b AMSL, peut s'entendre d'un accroissement des frais d'entretien (art. 9 al. 1 OSL). Il est fréquent, en pratique, que les bailleurs invoquent une hausse forfaitaire annuelle de ces frais, et que les arrangements conclus devant les commissions de conciliation le soient sur la base d'un tel forfait. Le cas d'espèce se déroule à Bâle, où la commission admet une hausse des frais d'entretien de 0,5% par an, suivie dans cette pratique par les juges de première instance. Le locataire conteste que l'on puisse prendre en considération une majoration de loyer pour ce motif alors que l'accroissement effectif des frais d'entretien n'a pas été démontré. Le Tribunal d'appel admet son recours.
2. L'art. 254 al. 1 anc. CO met à charge du bailleur l'obligation d'entretenir la chose louée dans un état approprié à l'usage convenu, et cela pendant toute la durée du bail. Les frais d'entretien sont normalement compris dans le loyer. Seule une hausse de leur coût peut justifier une majoration de loyer. Prendre en compte une augmentation annuelle forfaitaire, sans égard aux frais effectivement investis, permettrait au bailleur qui néglige son obligation d'entretien d'obtenir tout de même une majoration du loyer. Tel n'est évidemment pas le sens de la loi. Une hausse des frais d'entretien ne peut être prise en considération que si elle est fondée concrètement, en comparant la moyenne des charges effectives avant la dernière fixation du loyer avec la moyenne de ces charges pour les années suivantes.
3. En l'espèce, le bailleur n'a pas apporté la preuve, qui lui incombe, d'une hausse effective des frais d'entretien. Il ne peut se contenter d'invoquer la pratique de la commission de conciliation, ou les recommandations des associations de propriétaires, qui préconisent quant à elles une hausse de 0,75% par an. Peu importe également que le locataire n'ait pas exigé les pièces justificatives en première instance. Une majoration de loyer fondée sur ce motif doit être rejetée, faute de preuves.

M.C.J.

**17** Importantes réparations. La part des travaux considérée comme de l'entretien ne peut être répercutée sur les loyers.

Tribunal fédéral

17.05.1990

S. c. A., E. et J.

**Art. 10 OSL (14 OBLF)**

1. La question des importantes réparations et de leur répercussion sur les loyers se pose périodiquement. C'est ici l'occasion pour le TF d'affirmer une fois encore que les investissements qui ne sont pas considérés comme des plus-values sont couverts par les loyers et ne donnent pas droit à une hausse. On rappelle que ce point de vue était contesté, notamment par la Cour de justice de Genève (CJ, 15.12.1986, SJ 1987, p. 444, Comm. 21, n° 4; cf. aussi Barbey, *Pratique récente en matière d'AMSL, 5<sup>e</sup> Séminaire sur le bail à loyer, Neuchâtel 1988, p. 12 s.*)
2. Jusqu'ici, le TF avait ignoré la polémique. L'affaire en cause lui donne l'occasion de rejeter expressément l'argumentation des juges genevois. Notre haute Cour constate à juste titre que la hausse des frais d'entretien donne droit à une majoration de loyer sur la base de l'art. 9 al. 1 in fine OSL. Le bailleur qui utilise à d'autres fins la part des loyers destinée à l'entretien («anderweitig verbraucht hat»), et qui par conséquent retarde et finalement cumule les travaux d'entretien, pourrait les faire considérer comme des grosses réparations donnant droit à une plus-value; il serait ainsi avantagé par rapport à celui qui entretient régulièrement son immeuble. Une telle pratique est contraire au sens et au but de la législation sur les abus. En l'espèce, les parties se sont mises d'accord sur une hausse de 1,91% motivée par l'accroissement des frais d'entretien; ces frais ne sauraient donc entrer une seconde fois en considération.

M.C.J.

**18** Majoration de loyer justifiée par une hausse de l'intérêt hypothécaire. Détermination du taux hypothécaire de référence.

Cour de cassation civile, Neuchâtel

02.07.1991

SI X. SA c. G. et S.

**Art. 15 al. 1 litt. b AMSL (269a litt. b nouv. CO);  
9 al. 3 OSL (13 al. 1 OBLF)**

1. Selon la loi, n'est pas abusif le loyer qui est justifié par une hausse des coûts, singulièrement par une augmentation du taux de l'intérêt hypothécaire (art. 15 al. 1 litt. b AMSL, 9 al. 1 et 3 OSL). La hausse de loyer, rappelle la Cour, «ne dépend pas des effets concrets que le relèvement de l'intérêt hypothécaire peut avoir pour le propriétaire concerné; elle est admissible quel que soit le montant de la dette hypothécaire et même pour des immeubles francs d'hypothèques». Sur ce point, la jurisprudence est constante (ATF 101 II 338, JT 1976 I 584 s; 103 II 263; 05.03.1985, SJ 1985, p. 385). Elle vaut en cas de demande d'augmentation de loyer mais aussi en cas de demande de diminution. Elle se justifie pour des raisons pratiques et d'équité, selon lesquelles l'évolution du marché hypothécaire doit être répercutée sur les loyers d'après une clé généralement applicable à tous les immeubles.
2. S'agissant du taux de référence de l'intérêt hypothécaire, la Cour cantonale constate que la loi est muette. Elle souligne pourtant que le TF a précisé que «des raisons pratiques imposent que l'on applique le même taux hypothécaire dans une même région et pour des immeubles de même espèce, soit le taux des prêts en premier rang pratiqué par les banques cantonales de crédit hypothécaire» (TF, 05.03.1985, SJ 1985, p. 388). Elle juge que ne saurait être qualifiée de contraire au droit fédéral la préférence donnée par le premier juge au taux d'intérêt de la Banque cantonale neuchâteloise (in casu: 5,75%) plutôt qu'à celui supérieur (in casu: 6%) du créancier hypothécaire – en l'espèce une grande banque – de la bailleresse. La Cour conclut que «les autorités judiciaires neuchâteloises peuvent dès lors, sans tomber dans l'arbitraire ou l'erreur de droit, se référer au taux des prêts en premier rang pratiqué par la Banque cantonale neuchâteloise, lorsqu'elles sont appelées à statuer sur des augmentations ou des diminutions de loyer motivées par la variation du taux de l'intérêt hypothécaire».

**Note**

3. La décision rendue par la Cour de cassation civile du canton de Neuchâtel a été confirmée le 11 février 1991 par le TF statuant – sous l'angle étroit de l'arbitraire – sur un recours de droit public déposé par la bailleresse. Elle trouve appui sur la jurisprudence fédérale (notamment sur l'arrêt précité du 5 mars 1985, au sujet duquel on se demande encore pourquoi il n'a pas fait l'objet d'une publication officielle) et sur la doctrine majoritaire (*Bastian, Pratique récente en matière d'AMSL, 4<sup>e</sup> Séminaire sur le bail à loyer, Neuchâtel 1986, p. 2; Egli, Aperçu de la jurisprudence récente du TF en application de l'AMSL, RJB 1988, p. 59; Lachat/Micheli, Le nouveau droit du bail, Lausanne 1990, p. 227; Zihlmann, Das neue Mietrecht, Zurich 1990, p. 147; contra: Barbey, L'arrêté fédéral instituant des mesures contre les abus dans le secteur locatif, Lausanne 1984, p. 57*).
4. La décision de la Cour de cassation neuchâteloise doit être approuvée. Elle s'inscrit dans la logique d'un système qui, dans la prise en compte de l'incidence du taux hypothécaire sur les loyers, se fonde sur un modèle théorique; ce modèle, on le rappelle, exclut de son application la question de savoir si et

dans quelle mesure l'immeuble est ou non grevé d'une hypothèque (art. 9 al. 3 OSL, 13 al. 1 OBLF). Partant, le taux de référence de l'intérêt hypothécaire doit être unique dans une même région et pour les immeubles de même espèce, ce qui permet – et cela de manière constante comme le relève à juste titre la Cour – de placer tous les intéressés sur un pied d'égalité.

5. Quant au taux hypothécaire de référence, il faut prendre en considération, selon la solution retenue, celui des prêts accordés par la Banque cantonale pour les anciennes hypothèques en premier rang. Sur ce point, il paraît présomptueux de parler de taux de marché, comme le font Lachat et Micheli (*op. cit.*, p. 227). Car dans ce domaine la réalité économique peut varier d'un canton à l'autre. Il n'en demeure pas moins qu'il s'agit en général d'un taux significatif, dans la mesure où, globalement, les banques cantonales occupent une position relativement forte sur le marché des crédits hypothécaires. On se souviendra qu'en 1989, les banques assuraient dans leur ensemble près de 90% du total du financement hypothécaire, ce qui représentait une somme d'environ 334 milliards de francs (*Domaine public, n° spécial 1019, Pour une réforme du marché hypothécaire. La fièvre et ses remèdes, Lausanne 1990, p. 2, 22 s*). Sur cette somme, 34,3% étaient couverts par les banques cantonales, 38,4% par les grandes banques et le reste par d'autres établissements bancaires, comme les banques régionales et étrangères ou les caisses de crédit mutuelles ou Raiffeisen.

Au cours de cette même année 1989 – année du litige dont il est question ici – le montant des crédits hypothécaires accordés par les banques dans le canton de Neuchâtel s'élevait à 6,348 milliards de francs. A elle seule, la Banque cantonale neuchâteloise en assumait une part de plus de 20%, contre près de 60% supportés ensemble par les grandes banques (*Les banques en Suisse en 1989, Publication annuelle de la Banque nationale suisse, n° 74, Zurich 1989, p. 91*). D'où l'argument avancé par la Cour de cassation selon lequel «il est admissible que, pour ce qui est des augmentations de loyer dans le canton de Neuchâtel, le juge se réfère au taux d'intérêt pratiqué par un établissement bancaire neuchâtelois plutôt qu'à celui des grandes banques suisses qui peuvent aussi adopter des taux différents l'une par rapport à l'autre». D'un point de vue pratique, la solution retenue gagne en simplicité en même temps qu'elle garantit, dans une certaine mesure à tout le moins, la sécurité juridique. Il est vrai qu'elle n'exclut pas une inégalité de traitement entre propriétaires, selon qu'ils peuvent ou non bénéficier d'emprunts hypothécaires auprès de l'établissement cantonal bancaire dont le taux sert de référence. Il s'agit là d'une conséquence inhérente au système. On ne saurait en exagérer l'importance. Car, ce qui est en fin de compte déterminant dans le calcul du loyer selon la méthode dite relative, c'est l'évolution du taux hypothécaire. Or, même si comme en l'espèce il est inférieur, le taux de l'établissement cantonal bancaire qui fait foi fluctue aussi, de sorte que la marge de variation des loyers peut être exactement la même que celle pratiquée par les grandes banques.

P.W.

## 19 Répercussion des variations du taux hypothécaire sur le loyer. Interprétation de l'art. 13 al. 4 OBLF.

Tribunal des baux, Vaud

27.09.1990

SI M. SA c. H.

MP 1991, p. 96

### Art. 13 al. 4 OBLF (9 al. 2 bis OSL)

1. Le présent arrêt est un cas d'application de l'art. 13 al. 4 OBLF. Cette disposition prévoit que «lors d'une modification du loyer faisant suite à une variation du taux hypothécaire, il y a lieu de voir en outre si et dans quelle mesure les variations antérieures ont entraîné une modification du loyer». Compte tenu de la conjoncture actuelle, cette disposition revêt une importance pratique considérable. Elle pose problème dans son application. Nous avons choisi cet arrêt parmi d'autres comme le plus représentatif de la méthode de calcul qu'il convient, selon nous, d'adopter.
2. Les parties ont signé un contrat de bail, pour une période allant du 01.11.81 au 01.10.82, renouvelable d'année en année. Le loyer initial était de Fr. 500.-. Le loyer a évolué de la manière suivante:
  - 01.10.82: Fr. 550.- (motif: augmentation des charges, maintien du pouvoir d'achat du capital exposé aux risques, art. 15 al. 1 litt. b et d AMSL);
  - 01.10.85: Fr. 567.- (motif: limites des loyers usuels, maintien du pouvoir d'achat du capital exposé aux risques, art. 15 al. 1 litt. a et d AMSL);
  - 01.10.89: Fr. 727.- (motif: adaptation dans les limites des loyers pratiqués dans le quartier, prestations supplémentaires du bailleur par des investissements en travaux importants, maintien du pouvoir d'achat du capital exposé aux risques adapté à l'indice IPC 112,0 selon art. 11 OSL, art. 15 al. 1 litt. a, b et d AMSL; une lettre d'accompagnement expliquait qu'il avait été tenu compte des baisses du taux hypothécaire).

Ces hausses n'ont pas été contestées.
3. Une nouvelle hausse a été notifiée au locataire pour le 01.10.90, portant le loyer à Fr. 810.- (motif: maintien du pouvoir d'achat du capital exposé aux risques, art. 15 al. 1 litt. d AMSL, à 243,3 pts, et hausse du taux d'intérêt hypothécaire à 5,75%). Cette hausse a été contestée, le locataire invoquant le fait que la baisse du taux d'intérêt hypothécaire n'avait pas été répercutée lors de la dernière fixation du loyer.
4. Le Tribunal examine tout d'abord la hausse contestée selon la méthode relative. En principe, elle devrait être de 11,86% (10,5% pour le passage du taux hypothécaire de 5% à 5,75% et 1,36% pour l'évolution de l'IPC). Toutefois, les juges vaudois

considèrent que l'art. 13 al. 4 OBLF (9 al. 2 bis OSL) crée une brèche dans l'application de la méthode relative; ils se rallient à l'interprétation qu'en a donnée Trümpy (*MP 1989, p. 146 ss*). Appliqué à la présente cause, le raisonnement est le suivant.

5. Il faut réexaminer la hausse entrée en vigueur le 01.10.89 pour vérifier si et dans quelle mesure le bailleur a tenu compte des deux baisses du taux hypothécaire intervenues auparavant (de 5,5% à 5,25% le 01.01.87 et de 5,25% à 5% le 01.08.88):
 

- recalcul des travaux importants:	+ 26,47 %
- baisse du taux hypothécaire:	- 6,76 %
- coût de la vie:	+ 1,67 %
La hausse aurait dû être de:	21,38 %

Sans baisse du taux hypothécaire, elle aurait dû être de 28,14%. Elle a été en réalité de 28,22% (Fr. 567.- à Fr. 727.-). Conclusion: le bailleur n'a pas tenu compte des deux baisses du taux hypothécaire. Le taux de référence à prendre en considération pour juger de l'admissibilité de la hausse contestée est donc le taux de 5,5% en vigueur au moment de la notification de l'antépénultième hausse (1985). Le Tribunal estime ne pas devoir remonter au-delà dans le temps pour examiner si la baisse du taux intervenue en avril 1983 (de 6% à 5,5%) avait influencé le loyer; en effet, «l'adaptation aux loyers du quartier invoquée en 1985 (pour un appartement de 3 pièces passant à Fr. 567.- de loyer net) aurait sans doute suffi pour compenser la baisse du taux hypothécaire».

6. La hausse litigieuse est donc admissible à raison de 3,5% pour le taux hypothécaire (de 5,5% à 5,75%) et de 1,36% pour le coût de la vie, soit un total de 4,86%.

### Note

7. L'art. 9 al. 2 bis OSL est entré en vigueur le 18 septembre 1989. Avec quelques modifications rédactionnelles, il a été repris à l'art. 13 al. 4 OBLF. Cette nouvelle disposition ne fait l'unanimité que sur un point: son manque de clarté.

En majorité, doctrine et jurisprudence l'interprètent dans le sens d'une brèche dans la méthode relative. Le Tribunal des baux et loyers genevois s'est ainsi exprimé: «Cette disposition oblige le juge, s'agissant de déterminer le caractère licite ou non du loyer contesté, à vérifier «en outre», c'est-à-dire après avoir effectué le calcul de la hausse licite selon la méthode relative, à vérifier dans le passé, donc nécessairement au-delà de la dernière fixation du loyer, si des variations antérieures du taux hypothécaire ont, et de manière suffisante («si et dans quelle mesure»), été répercutées sur le loyer. Si tel n'a pas été le cas, il ne s'agira nullement, bien entendu, de modifier rétroactivement les loyers fixés lors de hausses précédentes, mais simplement d'en tirer les conséquences pour l'avenir, en statuant sur la validité de la hausse contestée» (*jugement du 30.10.90, SI C. c. B.; cette opinion est reproduite et approuvée par le Tribunal des baux vaudois dans l'affaire susmentionnée*).

Certains juges genevois estiment quant à eux que l'on ne peut remonter au-delà de la dernière fixation du loyer et nient toute portée pratique à la modification de l'ordonnance (*not. Tribunal des baux et loyers, 30.01.91, SI M. c. C.*); cette opinion ne saurait être suivie.

8. L'arrêt que nous avons choisi s'inspire de l'interprétation de Trümpy (*op. cit.*). Il est fondé sur un certain nombre de principes, qui devraient également s'appliquer à l'inverse, en cas de demande de diminution de loyer.
  - a) La majoration de loyer contestée doit être motivée par la hausse du taux hypothécaire.
  - b) Cette majoration doit entrer en vigueur après le 18 septembre 1989, date de l'introduction de l'art. 9 al. 2 bis OSL.
  - c) L'examen de la répercussion des variations du taux hypothécaire sur le loyer peut remonter dans le temps jusqu'à l'entrée en vigueur du bail, mais au plus jusqu'à l'entrée en vigueur de l'AMSL, le 14.07.1972.
  - d) Cet examen est limité aux variations effectives du loyer (dans une jurisprudence que le Tribunal des baux vaudois a abandonnée, il portait sur toutes les échéances du bail, une modification hypothétique du loyer étant calculée à chaque échéance suivant une variation du taux hypothécaire; *jugement du 07.06.1990, W. c. H.*).
  - e) L'examen doit être limité également aux motifs effectivement invoqués par le bailleur à l'appui de chaque hausse; celui-ci ne peut donc, après coup, invoquer d'autres facteurs de hausse en compensation de la baisse du taux (par exemple les loyers du quartier). En exception à ce principe, le bailleur peut objecter qu'il n'a pas ou partiellement répercuté une hausse antérieure du taux hypothécaire; on ne saurait, dans un tel cas, lui opposer l'absence de réserve valable.
  - f) Enfin, une différence de loyer apparue dans le cadre de cet examen en défaveur d'une partie ne peut donner lieu à remboursement ou compensation; en effet, la loi exige le respect de délais pour l'entrée en vigueur de hausses ou de baisses de loyer. Admettre des compensations reviendrait à accorder plus tard à une partie ce qu'elle aurait dû demander tout de suite. Cette question est controversée. Le Tribunal d'appel de Bâle-Ville admet par exemple que l'on retarde l'entrée en vigueur d'une hausse fondée sur le taux hypothécaire (en l'espèce de 5,5% à 6%) pour une période équivalente à celle durant laquelle la diminution antérieure du taux (de 5,5% à 5%) n'avait pas été répercutée (*jugement du 15.11.90, MP 1991, p. 92*); le Tribunal des baux vaudois opérait également une compensation sous forme de report de la hausse, dans son ancienne jurisprudence (*mentionnée supra sous litt. d.*).
9. L'énumération de ces principes ne résout pas encore tous les problèmes. Les praticiens sont d'une part confrontés à des modifications du loyer qui sont souvent mal motivées (cumuls de motifs sans

précision des bases de calcul, coexistence de motifs fondés à la fois sur les coûts et sur les prix du marché). D'autre part et après avoir constaté qu'une variation antérieure du taux n'a pas été répercutée, il faut en tirer les conséquences en relation avec la hausse contestée. Cela peut se faire de diverses manières:

La méthode genevoise, semble-t-il majoritaire, consiste à calculer le pourcentage de hausse selon la méthode relative, à examiner les modifications du loyer passées, à déduire le cas échéant de cet examen qu'un certain pourcentage n'a pas compensé la baisse du taux hypothécaire et à soustraire ce pourcentage du premier calcul. Selon les situations de fait, ce raisonnement aboutit au même résultat que la méthode vaudoise. Si la déduction finale empiète sur d'autres facteurs que le taux hypothécaire, cette méthode donne lieu à compensation partielle.

Nous préférons quant à nous la méthode vaudoise, qui raisonne en bases de calcul. Pour ce qui concerne les autres motifs invoqués à l'appui de la hausse contestée (autres coûts, renchérissement pour le capital exposé aux risques), on se reporte aux bases de calcul de la dernière fixation du loyer. S'agissant du taux hypothécaire, on examine si les variations du taux ont influencé le dernier loyer. Si tel n'est pas le cas, on se reporte à la hausse précédente, on procède au même examen, et ainsi de suite. En bref, il faut rétablir la base de calcul réelle compte tenu de la répercussion effective des variations du taux hypothécaire sur le loyer.

10. Cette méthode permet de résoudre un certain nombre de problèmes qui se sont posés dans la pratique. En particulier, elle ne tient pas compte de la motivation du bailleur à l'égard du taux hypothécaire. Il est possible par exemple, comme c'était le cas dans l'arrêt ci-dessus, que le bailleur prétende avoir tenu compte de la baisse du taux, ce qui s'est avéré faux en refaisant les calculs. Il est courant que le bailleur mentionne sur la formule, comme base de calcul, le taux existant à l'époque de la notification, sans avoir répercuté la variation en réalité. On rencontre également (le cas est fréquent) des majorations de loyer motivées par la hausse du taux, p. ex. de 5% à 5,5% (en stricte application de la méthode relative), non contestées, alors que le loyer était déjà fondé sur un taux de 5,5%; dans l'examen de la hausse ultérieure contestée (p. ex. passage du taux de 5,5% à 5,75%), il faudra considérer que le loyer est déjà fondé sur un taux de 6% (ou ce qui revient au même que le locataire dispose d'une «réserve» de 7% qu'il peut compenser aux 3,5% justifiés, sa réserve étant alors ramenée à 3,5%). Dans un tel cas, le locataire ne peut demander la diminution du loyer pour la raison que ce dernier est fondé sur un taux plus élevé que le taux de référence; cela reviendrait à lui permettre de récupérer après coup une partie de la hausse précédente non contestée. Par contre, le locataire ne doit pas être pénalisé de n'avoir pas contesté dans le passé une hausse fondée sur le taux hypothécaire, ou être contraint de recourir à un calcul de rendement, le trop-payé pour ce motif constituant un indice d'abus.

C'est justement ce que devrait permettre d'éviter la nouvelle disposition.

En bref, l'art. 13 al. 4 OBLF doit à notre sens être compris comme un instrument de mesure indiquant à quel niveau de taux hypothécaire se trouve le loyer, et à n'autoriser la hausse que si et dans la mesure où le taux de référence de la banque cantonale dépasse ce taux. Ce raisonnement est à notre avis en accord avec le but de la modification de l'ordonnance, qui vise à éviter que le locataire, par une application stricte de la méthode relative, ne paie deux fois pour le même motif.

11. Une difficulté nous semble encore devoir être abordée. Quid si dans le passé une hausse est justifiée par un calcul selon la méthode absolue? Autrement dit, peut-on remonter au-delà dans le temps ou doit-on prendre comme base de calcul le taux hypothécaire existant au moment de l'entrée en vigueur de cette majoration? A notre avis, il faut laisser cette question à l'appréciation des tribunaux si la hausse de loyer examinée est motivée par le critère des loyers comparatifs, surtout s'il est invoqué conjointement avec d'autres motifs (*cf. le raisonnement du Tribunal des baux vaudois dans l'arrêt ci-dessus*). Par contre, si le loyer, à une certaine époque de son histoire, est le résultat d'un calcul de rendement, on ne devrait pas pouvoir remonter au-delà dans le temps.

M.C.J.

## **20** Réserve d'adaptation de loyer contenue dans le contrat, jugée imprécise: mention d'un taux hypothécaire inférieur à celui existant à l'époque.

Tribunal fédéral

01.05.1991

S. SA c. Epoux E.

ATF 117 II...

### **Art. 18 OBLF**

1. Le bail signé en 1982 mentionne que le loyer est fondé sur un taux hypothécaire de 5%. A l'époque, le taux était en réalité de 6%. Les locataires n'ont pas contesté en 1989 une hausse motivée par l'augmentation du coût de la vie. Ils ont par contre contesté la majoration qui a suivi (soumise à l'ancien droit), justifiée par la hausse du taux hypothécaire de 5% à 5,25%.
2. Le Tribunal d'appel de Bâle-Ville a rejeté la demande de la bailleuse en validation de la hausse contestée (*arrêt publié in MP 1991, p. 82 s*). La Cour bâloise avait déjà eu l'occasion de juger que la mention dans un contrat d'un IPC inférieur à celui

existant au moment de la conclusion ne constituait pas une réserve de hausse suffisamment précise pour permettre au locataire d'en apprécier la portée (*DB 1989, p. 31, n° 43*). Le même raisonnement s'impose en l'espèce: faute de réserve valable, la base de calcul à prendre en considération est un taux hypothécaire de 6%; il ne saurait donc y avoir de majoration de loyer pour la hausse du taux invoquée.

3. Le TF confirme ce jugement. Dans l'application de la méthode relative, le bailleur ne peut se prévaloir que de l'évolution des facteurs de hausse depuis la dernière fixation du loyer, à moins qu'il n'ait expressément réservé un motif de hausse (*ATF 111 II 203, et les réf. cit.*). En l'espèce, la clause litigieuse ne contient aucune indication sur une possible hausse de loyer qui aurait été réservée. Il importe donc peu de savoir si le locataire, en tant qu'avocat-stagiaire, aurait dû savoir que le taux mentionné dans le contrat n'était pas le taux réel et comprendre la clause comme une réserve de hausse future. A la conclusion du bail, le locataire ne doit normalement pas s'attendre à ce que le bailleur puisse faire valoir peu de temps après des circonstances qui se sont produites avant la conclusion, à moins d'une réserve claire et précise sur la possibilité d'une telle hausse.
4. La bailleuse invoque le fait que la dernière fixation du loyer remonte à une époque (1989) où le taux hypothécaire était à 5%. Les locataires n'ayant pas contesté la hausse, ce taux devrait servir de base de calcul pour la hausse suivante. Le TF écarte ce point de vue, en raison là encore de sa jurisprudence sur la méthode relative. La manifestation de volonté du bailleur qui modifie le loyer doit être interprétée, selon le principe de la confiance, de la façon dont le locataire (et non le bailleur) peut la comprendre de bonne foi. En outre, la hausse de 1989, justifiée uniquement par l'adaptation au renchérissement, fait expressément abstraction des autres motifs de hausse. C'est donc bien le taux en vigueur lors de la conclusion du bail qui doit ici servir de référence (*TF, 05.03.1985, SJ 1985, p. 391*).

### **Note**

5. Si les tribunaux ont toujours, comme ici, appliqué avec sévérité la notion de réserve expresse et précise, le nouveau droit l'a mieux définie (adaptation partielle, art. 18 OBLF): une réserve valable doit désormais être exprimée en francs ou en pour-cent du loyer. La simple mention d'une base de calcul ne remplit pas cette condition (*Lachat/Micheli, Le nouveau droit du bail, Lausanne 1990, p. 225*). On doit cependant admettre que le bailleur puisse se référer aux critères économiques connus au moment de la notification du dernier avis de majoration de loyer (ou à défaut de la signature du contrat), pour autant qu'il les ait mentionnés, afin de ne pas être pénalisé par la jurisprudence qui privilégie le moment de l'entrée en vigueur de la dernière fixation du loyer (*Egli, Aperçu de la jurisprudence récente du TF en application de l'AMSL, RJB 1988, p. 57*). La référence à un indice trop éloigné de la réalité économique

doit par contre être considérée comme une réserve non valable (*Lachat/Micheli, op. cit., p. 225, n. 45, et la réf. cit.*).

6. On remarquera que, sur le dernier argument abordé dans cet arrêt, la solution aurait été identique en application de l'art. 13 al. 4 OBLF (à l'époque 9

al. 2 bis OSL): la dernière fixation du loyer, en 1989, n'ayant pas été influencée par les variations du taux hypothécaire, le TF n'en tient pas compte et se reporte, pour les termes de comparaison, au moment de la fixation du loyer précédente, qui est celui de la conclusion du contrat (*cf. supra n° 19*).

M.C.J.

## 5. Divers

### **21** Droit de rétention du bailleur de locaux d'habitations. Droit transitoire. Admission du droit de rétention pour des prétentions de loyer exigibles avant l'entrée en vigueur du Code révisé.

Tribunal fédéral

12.12.1990

S. c. Autorité de surveillance des poursuites du canton de Soleure

ATF 116 III 120; SJ 1991, p. 262 (rés.)

**Art. 272, 286 al. 3 anc. (268, 299c nouv.) CO; 283 al. 1 anc. (283 al. 1 nouv.) LP; 1, 3 Titre final CC**

1. Comme on le sait, le nouveau droit du bail (art. 268 al. 1, 299c CO; cf. aussi art. 283 al. 1 nouv. LP) accorde au seul bailleur de locaux commerciaux un droit de rétention sur les meubles qui se trouvent dans les locaux loués et qui servent soit à l'aménagement, soit à l'usage de ceux-ci. La question que pose le présent arrêt est celle de savoir si le bailleur de locaux d'habitations peut encore se prévaloir du droit de rétention qui le protégeait sous le Code de 1911 (art. 272 al. 1, 286 al. 3) pour des prétentions de loyer exigibles avant l'entrée en vigueur du Code révisé (1<sup>er</sup> juillet 1990). C'est une question de droit transitoire. La Chambre des poursuites, et des faillites du TF y répond par l'affirmative, contrairement aux instances cantonales soleuroises.
2. S'agissant du droit de rétention du bailleur, le Code révisé ne contient pas de disposition transitoire spéciale. En conséquence, ce sont les règles générales du Titre final du CC qui sont ici applicables, notamment les art. 1 à 4. L'art. 1 pose le principe de la non-rétroactivité de la loi nouvelle. Les art. 2 à 4 prévoient des exceptions. C'est surtout celle posée à l'art. 3 qui est litigieuse dans la présente affaire. Cette disposition prévoit que les cas réglés par la loi

indépendamment de la volonté des parties sont soumis à la loi nouvelle, dès son entrée en vigueur, même s'ils remontent à une époque antérieure.

3. Pour l'Autorité de surveillance des poursuites du canton de Soleure qui se fonde sur Broggin (*Intertemporales Privatrecht, DPS I, Bâle 1967, p. 453*), le cas en question tombe sous le coup de l'art. 3 du Titre final du CC. Les dispositions sur le droit de rétention étant de nature impérative (*Roncoroni, Zwingende und dispositive Bestimmungen im revidierten Mietrecht, MP 1990, p. 91 et 93*), elles sont applicables dès l'entrée en vigueur du nouveau droit du bail. A compter du 1<sup>er</sup> juillet 1990, le bailleur de locaux d'habitations ne saurait donc plus exercer de droit de rétention, même pour la garantie de prétentions de loyer exigibles antérieurement.
4. Pour le TF, la thèse suivie par l'instance cantonale ne peut comme telle être approuvée. Elle ne prend pas en compte le principe de la confiance, dont Vischer a mis en évidence dans ce domaine la signification fondamentale (*Die allgemeinen Bestimmungen des schweizerischen intertemporalen Privatrechts, thèse, Zurich 1986, p. 81 ss*). Ce principe exige « que les effets juridiques déjà nés sous l'empire de l'ancien droit continuent d'être reconnus et que le droit nouveau ne soit applicable, selon l'art. 3 Titre final CC, qu'aux effets juridiques nés après son entrée en vigueur » (*trad. SJ 1991, p. 263*). Une telle interprétation est admise depuis longtemps en jurisprudence (*ATF 41 II 414, cons. 3*) comme en doctrine (*Mutzner, Schweizerisches Zivilgesetzbuch. Schlusstitel: Anwendungs- und Einführungsbestimmungen, I, 2<sup>e</sup> éd., Berne 1926, n. 52 ad art. 3*). Cf. sur ce point l'opinion critique de Roncoroni, *Il nuovo diritto della locazione: considerazioni di diritto intertemporale, Rep. 1990, p. ..., § 4.1.3*.
5. En l'espèce, les objets pour lesquels la rétention est requise ont été amenés dans le logement loué avant le 1<sup>er</sup> juillet 1990. En conséquence, conformément au principe de la confiance, le droit de rétention du bailleur doit être considéré comme acquis et protégé pour des prétentions de loyer exigibles avant l'entrée en vigueur du nouveau droit du bail.

P.W.

## **22** Droit transitoire. Annulation d'un congé selon le nouveau droit.

Tribunal des baux du district de Zurich

23.08.1990

K. c. G. et G.

MP 1990, p. 183

**Art. 271 al. 1, 271a al. 1 litt. e ch. 4, 272c al. 1 nouv. CO; 5 Disp. finales de la LF du 15.12.1989**

1. Contrat de bail conclu le 14 août 1989 pour un appartement de quatre pièces et demie à Dietikon, les époux K., locataires, assumant la conciergerie de l'immeuble. Quittée par son mari et en charge de deux enfants, dame K. ne peut plus remplir seule cette tâche et les bailleurs G. résilient le bail en novembre 1989 avec effet au 31 mars 1990. Suite au dépôt d'une demande de prolongation, et avant même l'audience de conciliation, les bailleurs offrent à dame K. un autre appartement de quatre pièces et demie dans la même rue. Contrat de bail signé pour ce nouveau logement le 11 décembre 1989 avec entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 1990, pour un loyer de Fr. 965. — . Retrait de la demande de prolongation, ce dont le tribunal prend acte en rayant la cause du rôle le 21 décembre 1989. Le 31 janvier 1990, les parties conviennent que tout en pouvant emménager immédiatement dans son nouveau logement, la locataire paierait l'ancien loyer jusqu'au 31 mars, assumerait la conciergerie de l'immeuble qu'elle quitte jusqu'à la même date, et rendrait l'ancien appartement libre et propre dans un délai au 28 février. Se voyant le 28 mars 1990 signifier son congé par les bailleurs pour le 30 septembre 1990, la locataire ouvre action le 4 avril en prolongation de bail, puis conclut principalement à l'annulation du congé à l'audience du 19 juillet 1990. Les bailleurs concluent au rejet et demandent subsidiairement que le loyer soit porté à Fr. 1120. — dès le 1<sup>er</sup> octobre 1990, possibilités d'adaptation légales réservées. Le tribunal annule le congé et prend acte de l'accord de la locataire avec l'adaptation de loyer demandée.
2. L'art. 5 al. 2 Disp. finales de la LF du 15.12.1989 modifiant le CO prévoit que lorsqu'un bail à loyer ou à ferme a été résilié avant l'entrée en vigueur de cette loi (1<sup>er</sup> juillet 1990) et que le congé ne produit effet qu'après cette date, les délais pour contester le congé et pour demander une prolongation de bail (art. 273 nouv. CO) ne commencent à courir qu'au moment de l'entrée en vigueur de cette loi. Les juges admettent que si cette règle ne vise que les congés produisant effet après le 1<sup>er</sup> juillet 1990, elle implique alors l'application du nouveau droit non seulement aux requêtes déposées dans le délai de trente jours qu'elle restitue aux locataires, mais aussi aux procédures encore pendantes le 1<sup>er</sup> juillet, pour autant qu'elles concernent une annulation ou une première prolongation de bail. Partant, les art. 271 ss nouv. CO sont applicables à la cause.
3. Sur le fond, celle-ci amène à se demander d'abord si la locataire peut invoquer l'art. 271a al. 1 litt. e ch. 4 nouv. CO prévoyant l'annulation du congé donné par le bailleur dans les trois ans à compter de la fin d'une procédure au sujet du bail, et dans laquelle le bailleur a conclu une transaction ou s'est entendu de toute autre manière avec le locataire. Cette règle s'applique-t-elle au cas où, comme en l'espèce, le congé litigieux ne porte pas sur le logement en cause dans la précédente procédure, mais sur des locaux offerts en remplacement? Le tribunal concède qu'on pourrait très bien l'admettre compte tenu du but de la norme, qui est de faciliter au locataire l'exercice de ses droits; autrement, il serait facile aux bailleurs disposant de locaux de remplacement de les offrir à leurs locataires pour mettre fin à une procédure judiciaire et supprimer ainsi la période de protection. Toutefois, affirment les juges, une telle manœuvre contreviendrait aux règles de la bonne foi et tomberait alors sous le coup de l'art. 271 al. 1 nouv. CO. Il y a donc lieu de réserver l'application de l'art. 271a al. 1 litt. e nouv. CO aux cas où le congé litigieux porterait sur le même bail qu'auparavant, ainsi lorsque les parties auraient conclu un « nouveau » contrat sur le même objet; tel n'est pas le cas en l'espèce du contrat du 11 décembre, de sorte que la validité du congé doit être examinée uniquement sous l'angle de l'art. 271 al. 1 nouv. CO. A cette fin, il faut examiner les motifs de résiliation avancés par les bailleurs.
4. Ceux-ci invoquent essentiellement le fait que la locataire a provoqué un important dégât d'eau en laissant fonctionner sans surveillance la machine à laver à sa disposition. Comme il s'agissait d'un incident isolé dont les conséquences dommageables étaient couvertes par l'assurance souscrite par la locataire, la résiliation du bail était excessive. Il aurait le cas échéant suffi aux bailleurs d'interdire l'usage de la machine à la demanderesse. Les autres griefs visant le comportement de la locataire et de ses enfants n'ont pas besoin d'être élucidés; il n'est pas établi que la conduite de la demanderesse ait été particulièrement critiquable depuis la signature de la convention du 31 janvier 1990, qui ne relève rien à son encontre; les quelques reproches qui pourraient lui être adressés pour cette période ne justifient de toute façon pas la résiliation du contrat un mois après l'entrée en jouissance, en dépit du fait qu'un avertissement écrit lui a été adressé à une occasion. Le congé sera donc annulé, ce qui rend sans objet la demande de prolongation.
5. Pour le cas où sa demande de prolongation serait admise, la locataire s'est déclarée d'accord avec l'adaptation de loyer demandée par les bailleurs sur la base de l'art. 272c nouv. CO. On doit admettre que cet accord vaut aussi pour l'hypothèse de l'annulation du congé qui est au fond plus favorable à la locataire.

### Note

6. Sur les questions de droit transitoire, le jugement traduit et résumé ci-dessus consacre les solutions défendues par Gmür (*De l'ancien au nouveau droit du bail, questions intertemporelles, cahier spécialisé*

du droit du bail n° 1, Zurich 1990, trad. Recordon/Chiffelle/Micheli/Nordmann/ Yersin, p. 23 ss), tout en admettant implicitement que pour agir dans le délai de trente jours de l'art. 5 al. 2 Disp. finales de la LF 1989, le locataire n'a pas besoin de déposer une nouvelle requête devant l'autorité de conciliation, mais peut se borner à prendre des conclusions nouvelles devant la juridiction de jugement déjà saisie (dans ce sens: Lachat/Micheli, *Le nouveau droit du bail*, Lausanne 1990, p. 54). On peut toutefois douter qu'une telle solution soit conforme au droit fédéral puisque celui-ci impose dans ce cas la saisine préalable de l'autorité de conciliation selon l'art. 273 nouv. CO auquel renvoie l'art. 5 al. 2 Disp. finales de la LF 1989 (cf. Barbey, *Commentaire du droit du bail*, III/1, Genève 1991, n. 268 ad Introduction; voir également la solution neuchâteloise présentée par Guinand, *Le nouveau droit du bail à loyer. Le droit transitoire*, 6<sup>e</sup> Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 1990, p. 7, et l'arrêt genevois publié in MP 1990, p. 154).

7. Sur le fond, le raisonnement des juges à propos de l'art. 271a al. 1 litt. e ch. 4 nouv. CO nous paraît contestable. En effet, le législateur a prévu à l'art. 272a al. 2 nouv. CO qu'aucune prolongation ne pouvait être en général accordée lorsque le bailleur offre au locataire un logement équivalent. Favorable au locataire, cette solution deviendrait lettre morte si elle impliquait du même coup pour le bailleur l'interdiction automatique de résilier le nouveau bail conclu pendant trois ans, en vertu d'une règle qui ne permet pas de distinguer selon les motifs animant le bailleur (cf. à ce sujet Barbey, *op. cit.*, n. 101 ad art. 271-271a CO). Il est d'ailleurs généralement admis qu'une procédure de prolongation ne peut pas constituer une procédure au sens de l'art. 271a al. 1 litt. e nouv. CO (Barbey, *op. cit.*, n. 109 ad art. 271-271a CO; cf. toutefois n. 135 ad art. 271-271a CO où cet auteur paraît approuver la décision ci-dessus sur ce point en la résumant de façon erronée). Si le contrat dont la conclusion est expressément prévue à l'art. 272c al. 2 nouv. CO devait être qualifié de transaction ou d'accord au sens de l'art. 271a al. 1 litt. e ch. 4 nouv. CO, le locataire d'un logement obtiendrait du même coup une situation beaucoup plus favorable que celle qu'il pouvait espérer par la prolongation; il bénéficierait en effet d'une prohibition de résilier son nouveau bail pendant trois ans, puis naturellement des autres possibilités de contester un éventuel congé après cette période. Tel n'a certainement pas été la volonté du législateur. En revanche, il va de soi que si elle n'est pas soumise à la période d'interdiction de trois ans, la résiliation du nouveau bail conclu selon l'art. 272c nouv. CO peut être contestée pour d'autres motifs, ou ce bail prolongé aux conditions des art. 272 ss nouv. CO, ce qui sauvegarde suffisamment les intérêts du locataire. En d'autres termes, mais pour des raisons discutables, les juges zurichois ont écarté à juste titre l'application de l'art. 271a al. 1 litt. e nouv. CO.
8. En revanche, c'est selon nous à tort qu'ils ont jugé en l'espèce la résiliation abusive au regard de l'art. 271 al. 1 nouv. CO. Avec Barbey (*op. cit.*, n. 204 ss ad art. 271-271a CO), nous estimons que doit être tenue pour valable une résiliation ordinaire justifiée par

une raison proche d'un motif de congé anticipé, même si les conditions légales d'un congé prématuré ne sont pas toutes réalisées. En pareil cas, on ne saurait dire que le bailleur contrevient aux règles de la bonne foi en s'en tenant aux termes et délais ordinaires pour résilier le contrat. En l'espèce, s'ils n'étaient sans doute pas fondés à rompre prématurément le bail, les bailleurs avaient des raisons suffisantes pour effectuer une résiliation normale, quitte à se faire imposer une prolongation. A suivre la voie tracée par le jugement qui précède, on ne verrait guère dans quelles hypothèses un congé ordinaire pourrait être désormais jugé légitime ou serait encore possible. On pourrait d'ailleurs deviner un repentir à ce sujet dans la décision du tribunal concernant l'adaptation du loyer, exclue en cas d'annulation du congé (Lachat/Micheli, *op. cit.*, p. 333 et n. 67), et à laquelle la locataire n'avait consenti que dans l'hypothèse d'une prolongation de son bail. On relèvera enfin que le jugement qui précède a, semble-t-il, fait l'objet d'un recours (*note in MP 1990*, p. 189), dont le sort ne nous est pas connu.

J.M.R.

## 23 Contrat portant sur la location et l'exploitation d'appareils de jeu à monnaie dans un établissement public. Qualification. Interprétation.

Tribunal fédéral

16.02.1990

F.A. SA c. K.

1. On retiendra qu'un contrat a été conclu le 14 février 1983 entre K., restaurateur à Zurich, et la société F.A. SA qui s'engageait à mettre à disposition du restaurateur dès le 20 février 1983 un appareil de jeu à monnaie. Ce dernier promettait de ne pas changer l'emplacement de l'appareil sans l'accord du propriétaire, de n'accepter aucun autre appareil dans son local, d'entretenir les appareils et de les protéger contre toute atteinte. Au lieu d'être conclu pour une durée de cinq ans ainsi que le prévoyait le texte préimprimé du contrat, celui-ci fut conclu pour une durée d'un an. A l'échéance, et à moins d'une résiliation intervenue au moins six mois à l'avance, le contrat devait être reconduit tacitement pour cinq ans. Une telle reconduction quinquennale devait également intervenir chaque fois que l'appareil était remplacé par un nouveau modèle, une telle modification nécessitant l'accord exprès du restaurateur. Le contrat prévoyait qu'en cas d'inexécution le restaurateur devrait payer une indemnité forfaitaire de Fr. 20.— par jour au moins calculée sur la durée résiduelle du contrat. Enfin les accords oraux étaient exclus. F.A. SA a placé dans le restaurant de K. deux appareils à monnaie, le «Lucky Gambler» et le «Big 20 Joker». Le 30 septembre 1983, K. a dénoncé le contrat pour le 31 décembre 1983. Les appareils sont restés à disposition des clients du restaurant jusqu'à

fin 1983. Selon une circulaire de la direction cantonale de police du 6 juillet 1984, tous les appareils à monnaie devaient être remplacés par des appareils d'un autre type et cela dès le 1<sup>er</sup> janvier 1986 au plus tard.

2. Le TF concentre son examen sur l'éventuelle obligation pour le restaurateur d'accepter dès le 1<sup>er</sup> janvier 1986 des appareils de remplacement. Le contrat en cause n'est pas qualifié ni réglé spécialement par la loi. Parmi les différentes formes qui ont été retenues par la doctrine et la jurisprudence, le TF estime, comme il l'a déjà fait précédemment, que le restaurateur n'est pas qu'un simple bailleur d'un emplacement mis à disposition du propriétaire de l'appareil. D'autres obligations, qui ne sont pas propres au contrat de bail, sont mises à la charge du propriétaire du local. Cependant, le TF considère qu'en l'occurrence il est superflu de dire si les obligations en cause concernent le devoir de celui qui met une place à disposition (bailleur) ou de celui qui loue un appareil (locataire), car dans l'un et l'autre cas le contrat est arrivé à terme à la fin de 1985.

Le TF va donc examiner l'interprétation raisonnable que l'on peut donner aux obligations réciproques des parties dans le cadre général du contrat.

Si, à l'origine, le contrat portait sur une chose de genre (Spielgerät mit Auszahlung), c'est un bien déterminé qui ensuite a été mis en place par la société propriétaire des appareils. Par ce fait, il y a eu accord des parties; un type déterminé d'appareils a été contractuellement admis à l'exclusion de tout autre. Pour contraindre le restaurateur, pendant la durée du contrat, à accepter n'importe quel appareil du même genre, la société F.A. SA aurait dû prévoir expressément un tel droit en sa faveur. La façon dont le contrat est rédigé, sur une formule préimprimée, permettait au restaurateur de penser que toutes les questions importantes avaient été réglées. De surcroît, dans le cadre d'un contrat de bail à loyer, l'exécution est devenue impossible au restaurateur dès le moment où la loi fait interdiction d'utiliser un certain type d'appareils (art. 119 CO).

Il est clair également que le restaurateur n'était pas tenu de devoir accepter les appareils placés chez lui jusqu'à la fin du contrat. Le formulaire utilisé précise en détail les obligations du restaurateur et d'autre part ajoute qu'il s'agit là d'une description exhaustive qui exclut tout accord oral. Or ce contrat, au demeurant très complet, ne prévoit aucune obligation à charge du restaurateur en cas de modification des exigences légales. La seule situation prévoyant des appareils de remplacement est celle qui fait référence à un accord des parties. On ne peut tirer de cette clause une obligation générale du restaurateur d'accepter n'importe quel appareil de remplacement.

## Note

Cette décision appelle deux brefs commentaires:

3. Le contrat portant sur la location ou l'exploitation d'appareils à monnaie peut être qualifié de diverses manières. L'importance de la qualification n'échappera à personne: il est particulièrement important de

savoir si, dans le silence du contrat, celui-ci est résiliable en tant que bail d'une chose mobilière (art. 266f nouv. CO) ou au contraire d'une chose immobilière (art. 266d nouv. CO), ou encore moyennant un autre délai. On peut en effet imaginer les solutions suivantes:

- un bail portant sur une chose mobilière par lequel le propriétaire de l'immeuble loue l'usage d'un appareil à monnaie;
- un bail d'une chose immobilière par lequel le propriétaire d'un immeuble met une surface à disposition du propriétaire des appareils à monnaie. Une variante de cette hypothèse retient que le donneur de place prend des engagements supplémentaires relatifs à la bonne marche des appareils à monnaie. C'est la solution retenue dans l'ATF 110 II 475 et confirmée dans la présente espèce;
- il a aussi été soutenu que, dans la mesure où chaque partie a un droit ou un intérêt soit à la remise des locaux soit à la remise de l'appareil, et doit à l'autre la contre-valeur de cette prestation, le contrat soit appelé «bail contre bail». Ceci ne règle pas le problème particulier des délais de résiliation car on imagine guère que la même obligation inexécutée par l'une ou l'autre partie puisse être jugée différemment;
- enfin on pourrait s'éloigner du contrat de bail et envisager un contrat de société simple. La complexité de certains des accords entre propriétaire d'immeuble et propriétaire des appareils à monnaie sur les répartitions des bénéfices plaide en faveur de cette dernière solution.

4. L'arrêt en question est également un utile rappel de la jurisprudence relative à l'interprétation des contrats selon le principe de la confiance. Dans le cas de contrats préformés ou contrats d'adhésion, les clauses peu claires sont de jurisprudence constante interprétées au détriment de celui qui les a rédigées (règle «*contra proferentem*» et les ATF 110 II 146 et 113 II 49). On peut en effet attendre de ceux qui rédigent des clauses, dont le but est d'éviter les litiges et de protéger le mieux possible leurs droits, qu'ils vouent à leurs textes une attention toute particulière. On ne peut qu'approuver le TF de se montrer sévère à l'égard d'une forme de conclusion des contrats certes fort utile mais dangereuse pour le consommateur au sens large. Il n'appartient pas aux juges de combler une prétendue lacune du contrat et de déterminer la règle que les parties auraient pu énoncer si elles l'avaient résolue (la «*fiktives Sichverständlichmachen*»; à ce propos voir Keller/Schöbi, *Allgemeine Lehren des Vertragsrechts*, 3<sup>e</sup> éd., Bâle 1988, p. 26 ss). Cette jurisprudence se justifie d'autant plus lorsque la règle à interpréter porte sur un élément essentiel du contrat comme c'est le cas ici, ou que la règle s'écarte largement du droit dispositif (clause exorbitante).

F.K.

**24** Contrat de gérance d'immeubles. Pouvoir du gérant de signifier le congé au locataire.

Tribunal supérieur, Lucerne

07.10.1988

MP 1990, p. 165; LGVE 1988, p. 22

**Art. 32 al. 2 CO**

1. Dans de nombreux baux immobiliers, le bailleur est représenté par une personne — physique ou morale — appelée communément le gérant ou le régisseur. Ce dernier dispose ordinairement d'une procuration générale qui lui permet d'accomplir tous les actes juridiques relevant du rapport contractuel, lesquels produisent directement leurs effets dans la sphère du représenté comme dans celle du tiers locataire. Encore faut-il que le gérant manifeste qu'il agit au nom du bailleur. Cette manifestation peut être expresse, mais elle peut aussi être tacite quand, comme en l'espèce, le tiers «devait inférer des circonstances qu'il existait un rapport de représentation» (art. 32 al. 2 CO; cf. sur ce point *Montavon, Les contrats de gérance d'immeubles, Fribourg/Lausanne 1991, p. 169 ss et les réf. cit.*).
2. Dans la présente affaire, le locataire contestait la validité de la résiliation pour le motif que le congé lui avait été signifié par une gérance — la K. Immobilien AG — qui n'était pas celle désignée comme représentante du bailleur dans le contrat. Le Tribunal supérieur du canton de Lucerne ne l'entend pas de cette oreille. Il rappelle que le droit de résilier est un droit formateur qui peut être exercé par un représentant autorisé, comme l'était ici la K. Immobilien AG. Il constate que le locataire, jusqu'au stade du recours, n'a jamais mis en doute le rapport de représentation sur lequel se fondait le congé, qu'il n'a pas non plus exigé une procuration de la part du nouveau gérant dans la correspondance échangée avec lui. C'est dire qu'il devait déduire des circonstances l'existence d'un rapport de représentation, au sens de l'art. 32 al. 2 CO. Le congé doit dès lors être considéré comme valable et déclarée infondée l'objection du défendeur — soulevée quelque 20 mois plus tard — selon laquelle la preuve d'une procuration n'aurait pas été rapportée.

P.W.

**25** Comportement de l'architecte et du gérant du bailleur jugé téméraire. Responsabilité de ce dernier pour l'«amende» infligée par le tribunal en raison de l'attitude de ses auxiliaires. Nature juridique de l'«amende».

Tribunal cantonal, Vaud

23.10.1990

Hoirs V. c. M.

**Art. 101 CO**

1. En cours de bail, le bailleur a installé une buanderie au-dessus de l'appartement de sa locataire. Dérangée par le bruit et les vibrations, celle-ci s'est plainte à de nombreuses reprises auprès de la gérance, en vain. Ses doléances n'ont abouti qu'à la résiliation de son contrat de bail. La locataire a alors introduit contre son bailleur une requête de mesures provisionnelles pour faire interdire immédiatement l'usage de la machine à laver, et une action tendant principalement à constater la nullité du congé, subsidiairement à obtenir la prolongation du bail.
2. En septembre 1989, à réception de l'expertise ordonnée par le tribunal, le juge a découvert que l'architecte et le gérant du bailleur intimé avaient, en janvier 1989 déjà, sollicité une expertise d'un groupe de bureaux techniques et omis délibérément de transmettre au tribunal les conclusions du rapport. Les expertises privée et judiciaire étaient toutes deux défavorables au bailleur. Ce n'est toutefois qu'après avoir pris connaissance de l'expertise judiciaire que le bailleur a renoncé à l'usage de la buanderie. Désormais sans objet, la procédure provisionnelle a pris fin par le prononcé sur frais et dépens du juge de la première instance, qui a considéré que l'attitude de l'architecte et du gérant avait été «gravement téméraire: ceux-ci ont, d'une part, fait montre de négligence dans l'aménagement de la buanderie et d'une rare désinvolture dans la résolution du problème posé par les nuisances sonores et, d'autre part, passé sous silence le rapport établi le 24 janvier 1989, dont la dissimulation a compliqué inutilement la procédure et augmenté les frais d'expertise». Le tribunal a jugé qu'architecte et gérant étaient des auxiliaires du bailleur au sens de l'art. 101 CO, que leur comportement téméraire devait donc être imputé à l'intimé, et que celui-ci répondait dès lors du paiement cumulé d'une amende de Fr. 500. — et de dépens fixés à Fr. 800. —, à charge du plaideur téméraire en vertu de l'art. 14 LTB (Loi vaudoise sur le tribunal des baux).
3. Les héritiers du bailleur, entre-temps décédé, ont recouru contre le jugement, soutenant d'une part que l'art. 101 CO n'est applicable qu'en matière contractuelle et non pas en procédure civile et d'autre part que l'amende prévue par l'art. 14 LTB, vu son caractère pénal, ne peut être infligée à un plaideur en raison du comportement de tiers. Le recours a été rejeté sur ces deux points, pour les motifs suivants:
4. Contrairement à la thèse des recourants, l'art. 101 CO n'est pas applicable en matière contractuelle seulement: par renvoi de l'art. 7 CC, il s'applique par analogie aux autres matières du droit civil (*Riemer, Die Einleitungsartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Berne et Zurich 1987, p. 107, n. 3*), donc aussi en matière de procédure civile (*Spiro, Die Haftung für Erfüllungsgehilfen, Berne 1984, p. 481 ss et les réf. cit.; ATF 114 Ib 67*). De plus, un gérant est un représentant du bailleur au sens de l'art. 32 CO (*Wessner, La conclusion du bail immobilier, 5° Séminaire sur le bail à loyer, Neuchâtel 1988, p. 11*). Pour ces raisons, le bailleur doit se voir imputer le comportement téméraire de son architecte et de son gérant.

5. Quant à l'«amende» prévue par l'art. 14 al. 2 LTB, malgré son sens littéral, il faut y voir non pas une sanction à caractère pénal ou disciplinaire, mais une participation aux frais de justice à charge du plaideur téméraire. Cette interprétation se fonde sur la systématique de l'art. 14 LTB qui, après avoir posé le principe de la gratuité de la procédure, indique des exceptions dans les cas où une partie agit de manière téméraire ou complique inutilement la procédure.

### Note

6. Ainsi que le rappelle le tribunal, la notion de témérité est objective. Est téméraire par exemple la partie qui use de procédés dilatoires, dont la demande n'est absolument pas fondée, qui omet sans motif de produire un document important, ou qui allègue des faits non véridiques (cf. à ce sujet notamment Amman, *Die Entschädigungspflicht der Parteien im zürcherischen Zivilprozess*, thèse, Zurich 1971, p. 32 s; Rhyner, *Die Kostenregelung nach sanktgallischem Zivilprozessrecht*, thèse, Berne 1987, p. 97 s). En définitive, il appartient au juge de déterminer de cas en cas la frontière parfois fragile qui sépare la juste combativité de l'entêtement procédural.

C.G.

## **26** Transfert de propriété de l'immeuble. Conséquence sur la qualité pour agir du nouveau propriétaire dans la procédure en prolongation de bail. Conséquences attachées au droit de procédure cantonal sur la péremption de l'instance.

Tribunal fédéral

30.05.1990

N. c. D. SA

### Art. 259 anc. (261 nouv.) CO

1. M., propriétaire d'un immeuble, loue des locaux à N. En 1985, l'immeuble est acheté par C. qui résilie les baux pour leur échéance. N. sollicite une prolongation de bail. Lors d'une comparution des parties en justice, celles-ci conviennent le 4 mars 1987 de suspendre la cause (art. 307 Loi de procédure genevoise). L'immeuble est acheté par D. SA le 9 juillet 1987. Le 19 septembre 1987, cette dernière déclare ne pas vouloir conclure de nouveaux baux avec N. et se substitue à C. dans la procédure de prolongation. Le locataire refuse cette substitution. Le 7 juillet 1988, D. SA, se prévalant du fait que la cause suspendue n'avait pas été reprise dans le délai d'un an, et que l'instance était de ce fait périmée, demande l'évacuation des lieux par N. Les tribunaux genevois donnent raison au propriétaire. Sur recours du locataire, le TF confirme l'avis des juridictions inférieures.

2. Le TF précise tout d'abord que la qualité pour agir dans un procès civil relève du fondement matériel de l'action et doit être examinée d'office. L'absence de cette qualité entraîne le rejet de l'action. «Pour trancher cette question, qui porte sur la titularité du droit invoqué en justice, il faut déterminer si la partie demanderesse est bien le sujet actif de ce droit».

L'arrêt est intéressant dans la mesure où il concerne une disposition légale de l'ancien droit (art. 259 CO) dont le contenu est aujourd'hui différent (art. 261 nouv. CO). En l'occurrence la situation du locataire n'aurait cependant pas été jugée différemment.

Selon l'art. 261 nouv. CO, le bail aurait automatiquement passé de l'ancien propriétaire C. à l'acquéreur D. SA avec la propriété de la chose (avec la faculté pour lui de résilier le bail dans le respect des conditions strictes de l'art. 261 al. 2 litt. a CO). D. SA aurait donc eu la qualité pour agir dans la procédure en prolongation de bail.

Dans le cadre du droit appliqué par le TF, une alternative théorique existait, à savoir:

- Si le nouveau propriétaire a repris les baux (ce qui n'était pas le cas en l'occurrence), il est de ce fait entré dans la relation contractuelle en tant que bailleur: il bénéficie de la résiliation du bail notifiée par le précédent bailleur. Il a qualité pour agir.
- Le nouveau propriétaire a manifesté la volonté de ne pas reprendre le bail. Il doit alors le respecter jusqu'au plus prochain terme légal. Là aussi il a qualité pour agir dans la procédure en prolongation de bail introduite par le locataire.

3. Le droit genevois prévoit qu'à l'échéance d'un délai d'un an la cause suspendue est périmée. Selon toute vraisemblance, le locataire avait oublié cette disposition. Peu importe l'attitude qu'il a eue à l'égard du nouveau propriétaire: il aurait dû en tout état de cause solliciter la reprise de la procédure et éviter de la sorte que l'instance soit périmée et le droit à la prolongation éteint. Ce faisant, et à l'échéance des baux, le tiers acquéreur auquel le bail n'était pas opposable a pu exiger la remise immédiate de la chose et agir en évacuation des lieux contre le locataire. Ce droit était fondé aussi bien sur les dispositions du bail à loyer que sur l'art. 641 al. 2 CC. Cet arrêt illustre bien les conséquences draconiennes qu'une faute de procédure peut entraîner pour une des parties.

F.K.

## **27** Locataire sommée de verser les arriérés de loyer dans le délai comminatoire fixé. Paiement effectué un jour après l'expiration du délai. Validité de la résiliation. Rejet de l'application du principe de l'interdiction de l'abus de droit.

Tribunal fédéral

18.10.1990

E. SA c. L. & B. SA

**Art. 265 anc. (257d nouv.) CO**

1. Sous l'ancien droit (art. 265 anc. CO), le locataire mis en demeure par son bailleur de verser les arriérés du loyer encourait une résiliation automatique du bail s'il n'avait pas payé son dû à l'expiration du délai comminatoire fixé (cf. *entre autres Tercier, Partie spéciale du Code des obligations, Zurich 1988, n° 1274*). Cette disposition avait l'effet d'un couperet pour le locataire, quels qu'étaient les motifs pour lesquels il était en retard et l'importance de l'arriéré. Dans la présente affaire, la locataire a versé la somme due un jour seulement après l'expiration du délai. La bailleresse a aussitôt entrepris une procédure d'expulsion, en invoquant la résiliation automatique du bail. La locataire a tenté — en vain — d'échapper aux effets rigoureux de l'art. 265 CO.
2. En premier lieu, elle invoque la nullité de la mise en demeure: fondées sur une hausse de loyer irrégulièrement notifiée, donc nulle (art. 18 AMSL), la sommation et la fixation d'un délai comminatoire par la société bailleresse seraient, elles aussi, nulles. Le TF rejette cette argumentation et rappelle — sans examiner la validité de la hausse de loyer — qu'une telle circonstance ne libère de toute façon pas la locataire de payer, dans le délai fixé, la part de loyer non contestée. D'autre part, le fait qu'un bailleur exige par sommation un montant trop élevé n'entraîne pas la nullité de la mise en demeure, sauf s'il viole les règles de la bonne foi (*Giger, Der zahlungs-unwillige Mieter, Zurich 1987, p. 114 s*). En l'espèce, la locataire n'a pas payé dans le délai la part de loyer non contestée; son contrat de bail est dès lors automatiquement résilié (cf. *entre autres Guinand, Conséquences du non-paiement du loyer, 3<sup>e</sup> Séminaire sur le bail à loyer, Neuchâtel 1984, p. 6*).
3. La locataire fait valoir en second lieu qu'un nouveau bail avait été tacitement conclu après l'expiration du délai comminatoire par le fait que la bailleresse avait accepté les versements de loyers intervenus ultérieurement. Le TF rejette cette thèse: le simple fait de tolérer la présence de la locataire dans les locaux après la résiliation et de percevoir un certain montant à titre de contre-prestation ne vaut pas consentement tacite à la conclusion d'un nouveau contrat de bail (cf. *ATF 63 II 371 cons. 2, JT 1938 I 201*). Pour que tel soit le cas, il faudrait qu'il y ait accord sur les deux points essentiels que sont le paiement d'un loyer et la cession de l'usage des locaux (cf. *Tercier, op. cit., n° 1016-1017 et n° 1245; Guinand, op. cit., p. 7; Tribunal supérieur, Thurgovie, 07.11.1988, DB 1990, p. 13, n° 17*). Dans la présente affaire, la bailleresse avait immédiatement entrepris des démarches visant l'expulsion de la locataire, montrant par là qu'elle n'entendait plus lui céder l'usage des locaux.

4. La locataire argue en dernier ressort que la bailleresse avait commis un abus de droit en invoquant la résiliation du contrat de bail, alors que le paiement des arriérés était intervenu un jour seulement après l'expiration du délai. Sur ce point également, le TF lui donne tort. Selon lui, on aurait pu retenir un abus de droit si la bailleresse n'avait eu aucun intérêt au respect du délai, ce qui n'était pas le cas en l'espèce (cf. *ATF 108 II 192 cons. 2, JT 1983 I 114; Merz, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Berne 1966, n. 384 ad art. 2 CC*).

**Note**

5. L'effet couperet de l'ancien art. 265 CO n'a pas été repris dans le nouveau droit du bail. L'art. 257d CO ne change pas fondamentalement le système de la demeure du locataire, si ce n'est que la résiliation du contrat à l'échéance du délai comminatoire n'est plus automatique pour le débiteur qui ne s'est pas exécuté (cf. *entre autres Lachat/Micheli, Le nouveau droit du bail, Lausanne 1990, p. 148 ss et 331 s; Zihlmann, Das neue Mietrecht, Zurich 1990, p. 53 ss; Richard, Le nouveau droit du bail à loyer. Les dispositions générales, 6<sup>e</sup> Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 1990, p. 22*). La nouvelle réglementation n'empêche pas le bailleur de résilier, dans les formes et les délais spéciaux prévus par la loi, le bail d'un locataire qui a versé ses arriérés un jour après la fin du délai. Sous réserve de l'abus de droit, une telle résiliation est pleinement valable. Et, dans un cas pareil, aucune prolongation du contrat ne peut être accordée par le juge (art. 272a al. 1 litt. a CO).

C.G.

**28** Expulsion en application de la procédure vaudoise d'un locataire (ou fermier) pour défaut de paiement du loyer (ou fermage). Absence de décision finale. Irrecevabilité du recours en réforme.

Tribunal fédéral

05.07.1990

P. c. L. SA

ATF 116 II 381; JT 1990 I 587 (rés.)

**Art. 48 al. 1 OJ; 265, 293 anc. (257d, 282 nouv.) CO**

En règle générale, le recours en réforme n'est recevable que contre une décision finale au sens de l'art. 48 al. 1 OJ. Tel est le cas «lorsque la juridiction cantonale statue sur une prétention matérielle ou refuse d'en juger pour un motif interdisant définitivement que la même prétention soit une nouvelle fois émise entre les mêmes parties». Tel n'est pas le cas de l'ordonnance d'expulsion d'un locataire ou d'un fermier rendue par un Juge de paix vaudois,

confirmée en vertu d'un pouvoir d'examen limité à l'arbitraire par la Chambre des recours du TC du canton de Vaud. Une telle décision ne prive pas les parties de porter le litige devant le juge du fond (cf. aussi TF, 16.02.1989, DB 1990, p. 32, n° 48).

P.W.

## 29 Exécution d'un jugement d'expulsion repoussée à deux reprises. Existence de motifs fondant l'octroi d'un sursis à l'exécution niée.

Tribunal fédéral

20.09.1990

Fondation X. c. Procureur général du canton de Genève

Art. 4 Cst. féd.; 265 anc. (257d nouv.) CO

1. Le bailleur qui veut faire quitter le logement à un locataire insolvable et récalcitrant doit s'adresser successivement à deux autorités: l'autorité de jugement, qui ordonne l'expulsion et fixe la date à partir de laquelle il pourra être procédé à l'exécution forcée du jugement, et l'autorité d'exécution, qui fixe la date à laquelle l'expulsion aura lieu et veille au respect du jugement d'évacuation, au besoin par la force. Cette procédure d'expulsion, consécutive à l'application de l'art. 257d CO (art. 265 anc. CO), constitue une procédure sommaire, soumise au droit cantonal (cf. Guinand, *Conséquences du non-paiement du loyer. Réalisation du dépôt de garantie*, 3<sup>e</sup> Séminaire sur le bail à loyer, Neuchâtel 1984, p. 6 s).

L'autorité de jugement n'accorde à l'expulsé « que le délai strictement indispensable sur les plans humanitaire et pratique » (cf. Giger, *Der zahlungsunwillige Mieter*, Zurich 1987, p. 145 s et les réf. jurisprudentielles citées). Quant à l'autorité d'exécution, elle peut octroyer un sursis à l'expulsé avant de faire procéder à son évacuation. Le problème est alors de savoir dans quels cas un sursis peut être accordé, et quelle sera sa durée.

2. De manière générale, le sursis doit rester exceptionnel et le délai octroyé être bref, car il ne s'agit pas d'accorder une prolongation de bail. Quant aux motifs du sursis, différents de cas en cas, ils doivent être dictés par des « raisons élémentaires d'humanité ». Sont notamment des motifs de ce genre la maladie grave ou le décès de l'expulsé ou d'un membre de sa famille (Cour de justice, Genève, 05.03.1937, SJ 1937, p. 301), le grand âge ou la situation modeste de l'expulsé (Cour de justice, Genève, 24.06.1955, SJ 1957, p. 75 s), le fait que les locaux loués servent à la fois à l'habitation et à l'élevage d'une basse-cour, rendant ainsi difficile le relogement de l'expulsé (Cour de justice, Genève,

24.06.1955, SJ 1957, p. 75 s). En revanche, la pénurie de logements ou le fait que l'expulsé entretient de bons rapports avec ses voisins ne sont pas des motifs d'octroi d'un sursis. C'est ce qu'a jugé le TF dans la présente affaire.

3. Par décision du 31 mai 1989, le Tribunal des baux et loyers du canton de Genève a ordonné au locataire insolvable d'évacuer immédiatement les locaux loués. Le Procureur général, autorité d'exécution, a fixé au 30 avril 1990 la date d'évacuation, puis a décidé par deux fois de surseoir à son ordre d'exécution, contre l'avis de la bailleresse, pour les motifs qu'un tiers s'était porté garant du paiement de l'indemnité pour occupation illicite du logement, que l'expulsé s'était engagé à rembourser par acomptes les Fr. 30000. — d'arriérés, que la pénurie de logements rendait impossible le relogement de la famille concernée et que celle-ci entretenait de bons rapports avec ses voisins. La bailleresse a fait un recours de droit public contre la décision — jugée arbitraire — du Procureur général. Le TF lui donne raison: aucun des motifs invoqués n'était propre en l'espèce à fonder l'octroi d'un sursis à l'expulsion. En conséquence, la décision attaquée est annulée et le Procureur général est invité à faire en sorte que le jugement d'évacuation soit exécuté sans délai.

### Note

4. Le sursis accordé par les autorités compétentes ou le refus de l'Etat de prêter main-forte à l'exécution d'un jugement d'évacuation peut dans certains cas constituer un acte illicite et fonder la responsabilité de l'Etat. La Cour de justice du canton de Genève l'a notamment admis dans un arrêt rendu le 5 mars 1937 (SJ 1937, p. 298 ss) et dans un autre du 17 octobre 1941 (SJ 1942, p. 131 ss). Elle l'a par exemple niée dans une affaire du 24 juin 1955 (SJ 1957, p. 74).
5. Selon les cantons, le jugement d'expulsion peut n'être qu'une mesure provisoire non revêtue de l'autorité de chose jugée — Berne, Bâle-Ville, Neuchâtel, Genève — ou peut être une décision au fond, comme dans le canton de Zurich (cf. Corboz, *La nature du jugement d'évacuation pour défaut de paiement du loyer*, in SJ 1989, p. 588). Mais quelle que soit la nature du jugement d'expulsion, l'exécution peut à l'évidence en être requise.

C.G.

## 30 Expulsion d'un locataire et occupant illicite. Exécution forcée. Retard injustifié de l'autorité d'exécution.

Tribunal fédéral

02.05.1990

B. c. Procureur général du canton de Genève et S.

**Art. 4 Cst. féd.**

1. S. est condamné à libérer tous les locaux qu'il sous-loue (jugement du 12 juin 1985, confirmé en dernier lieu par le Tribunal fédéral le 2 juin 1987) et occupe sans droit (arrêt de la Cour de justice de Genève du 7 février 1985) dans l'immeuble carougeois propriété de B. Sommé à deux reprises par le Procureur général d'exécuter ces jugements d'évacuation (décisions des 22 mai 1986 et 10 novembre 1988), il ne s'exécute pas mais multiplie les procédures judiciaires pour gagner du temps: il prétend d'abord (demande du 11 décembre 1986) être au bénéfice d'un précontrat de bail avec B., mais échoue (jugement du 13 octobre 1988, confirmé par arrêt cantonal du 5 juin 1989); puis il requiert (2 novembre 1988) la suspension des jugements d'évacuation, et n'obtient que le renvoi de l'exécution de l'arrêt du 7 février 1985 jusqu'à nouvelle sommation du Procureur (jugement du 1<sup>er</sup> décembre 1988, confirmé par arrêts cantonal du 24 février 1989 et fédéral du 24 mai 1989). Celle-ci intervient le 10 février 1989 et, le 11 mai 1989, le Procureur général fixe l'exécution des jugements au 30 juin 1989. Restant sur place, S. dépose encore le 17 août 1989 une requête d'opposition à exécution qui échoue et lui vaut des amendes (jugement du 9 novembre 1989, arrêts cantonal du 25 janvier 1990 et fédéral du 18 avril 1990). Entre-temps, par décision du 15 février 1990, le Procureur général ordonne à la force publique de procéder à l'exécution forcée des jugements d'évacuation le 30 juin 1990, dernier délai.

C'est B., cette fois, qui dépose contre cette décision un recours de droit public au TF, fondé sur l'art. 4 Cst. féd.; il demande à la Cour, outre l'annulation, d'ordonner elle-même l'exécution forcée des jugements d'expulsion, sinon d'inviter le Procureur général à le faire sans tarder. Il obtient raison sous forme d'un arrêt invitant le Procureur général à donner sans tarder l'ordre d'exécution.

2. Le TF rappelle et approuve la jurisprudence genevoise permettant à l'autorité de surseoir à l'exécution de jugements dans des cas exceptionnels, pour des motifs élémentaires d'humanité, en accordant un délai aussi bref que possible (*SJ 1957, p. 73 s et 1937, p. 301 s*); cette pratique permet en effet de garantir le principe de proportionnalité et d'éviter qu'une personne ne soit soudainement privée d'abri. Mais il ajoute que l'exécution doit cependant être menée à chef et que les mesures prises à ce stade ne doivent pas équivaloir à une prolongation de bail, ni l'exécution être mise en échec du seul fait que l'évacuation forcée ne cause peut-être pas de préjudice important au bailleur (*note du rédacteur*: l'arrêt voulait sans doute dire «l'absence d'évacuation forcée»).

En l'espèce, le Procureur général a manifestement violé ces principes en accordant à S. un nouveau sursis de quatre mois et demi après avoir déjà ordonné à trois reprises l'exécution des jugements d'évacuation. S'il est vrai que les démarches qu'il a entreprises ont été paralysées de 1986 à 1989 par des pourparlers entre les parties ou par les procédures dilatoires engagées par l'intimé, il a depuis lors manifesté une singulière mansuétude à l'égard de S., sans donner à ce sujet d'explications convaincantes. En effet, il n'est nullement établi que les

négociations menées par S. pour trouver de nouveaux locaux soient proches d'aboutir. D'autre part, il importe peu que l'évacuation forcée provoque une interruption des activités de l'entreprise exploitée par S. ou même sa faillite, car il appartiendra aux personnes lésées d'élever le cas échéant leurs prétentions contre S. Enfin, c'est à tort que le Procureur a invoqué le dépôt du recours de droit public de S. contre l'arrêt cantonal du 25 janvier 1990 pour surseoir à l'exécution, un tel recours n'ayant pas d'effet suspensif. Le TF n'a, pour le surplus, pas à rechercher les raisons qui poussent B. à exiger l'expulsion de S.; il lui suffit de constater que le sursis de quatre mois et demi accordé est arbitraire.

**Note**

3. L'arrêt qui précède mérite sans doute d'être approuvé. En admettant que l'autorité peut exceptionnellement différer l'exécution d'un jugement d'expulsion, il rappelle que les mesures prises à ce stade sont naturellement soumises au principe constitutionnel de proportionnalité (*cf. Poudret/Sandoz-Monod, Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire, I, Berne 1990, n. 1.3 ad art. 39*), ce qui laisse à l'autorité d'exécution une petite marge d'appréciation (*contra: TC, 08.06.76, JT 1977 III 16, décision vaudoise dont les considérants nous paraissent trop absolus de ce point de vue*). En revanche, il est bien clair que l'autorité d'exécution ne saurait se substituer ni s'ajouter au juge de la prolongation de bail, ce d'autant que selon un arrêt récent, une prolongation de bail peut être accordée même lorsqu'il n'est pas possible au locataire de trouver des locaux comparables (*TF, 19.09.1990, SJ 1991, p. 2, supra n° 6*). Autrement dit, aux moyens considérables à disposition des locataires pour contester un congé ou en différer les effets, il ne saurait être question d'en ajouter d'autres au stade de l'exécution. C'est dire que la Cour a eu entièrement raison de sanctionner l'attitude par trop laxiste de l'autorité dans ce cas d'espèce. Celui-ci nous paraît d'autre part illustrer la richesse des moyens retardateurs apparemment offerts par les règles de la procédure genevoise d'exécution qui, pour les jugements d'évacuation, exige que la sommation préalable (art. 473 CPC GE) non suivie d'effets soit suivie d'une audience devant le Procureur général (art. 474 CPC GE); par comparaison, on notera qu'à Zurich, la fixation d'un délai par l'autorité d'exécution à la partie rénitente n'est même pas automatique (*Sträuli/Messner, Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozessordnung, 2<sup>e</sup> éd., Zurich 1982, n. 1 ad art. 307 ZPO*).

J.M.R.

**31 Hébergement provisoire des demandeurs d'asile dans des centres d'accueil. Nature de la contestation d'une augmentation de la contribution demandée aux requérants à titre de participation aux frais d'hébergement. Irrécevabilité du recours en réforme.**

Tribunal fédéral

15.01.1991

T. et consorts c. Croix-Rouge Suisse, section  
Lausanne (SLCRS)

1. Le rapport entre des demandeurs d'asile et les responsables du centre chargés de les héberger ne relève pas du droit privé. Ainsi, le Tribunal des baux est incompétent pour connaître d'une contestation portant sur l'augmentation de la contribution demandée aux requérants salariés à titre de participation aux frais d'hébergement.
2. Le recours en réforme n'est ouvert que si le litige porte sur une contestation civile entre des parties agissant comme titulaires de droits privés. L'égalité, et non un rapport de dépendance, doit exister entre elles.
3. La liberté contractuelle est le fondement du droit civil, sous ses trois aspects essentiels: la liberté de contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer l'objet du contrat. Les requérants d'asile n'ont pas la possibilité de choisir leur lieu d'hébergement, ni de négocier leur participation financière; leurs absences du centre sont réglementées. De son côté, la SLCRS a l'obligation d'accueillir tous les requérants remplissant certaines conditions; la contribution qu'elle demande est fixée par le Délégué aux réfugiés et entièrement reversée à l'Etat; la SLCRS apparaît comme un organe de l'Etat auquel a été déléguée une tâche administrative. A cela s'ajoute que la contribution demandée n'est pas un loyer décidé par les parties, mais un montant fixé par l'autorité administrative et exigé de certaines personnes seulement (les requérants salariés avec un revenu minimal); compte tenu de sa nature, de son montant et de sa destination, cette contribution s'apparente plutôt à une taxe d'utilisation. Le litige en cause ne portant pas sur une contestation civile, le recours en réforme doit être déclaré irrecevable.

M.C.J.

<b>AGVE</b>	Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide
<b>AMSL</b>	Arrêté fédéral instituant des mesures contre les abus dans le secteur locatif du 30 juin 1972
<b>AmtsB.</b>	Amtsbericht (divers cantons)
<b>anc.</b>	ancien
<b>ATF</b>	Arrêts du Tribunal fédéral suisse
<b>BJM</b>	Basler Juristische Mitteilungen
<b>BISchK</b>	Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs
<b>BO</b>	Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale
<b>CC</b>	Code civil suisse du 10 décembre 1907
<b>CE</b>	Conseil des États
<b>CF</b>	Conseil fédéral
<b>ch.</b>	chiffre
<b>CN</b>	Conseil national
<b>CO</b>	Code des obligations du 30 mars 1911
<b>Comm.</b>	Communications de l'Office fédéral du logement concernant le droit du loyer
<b>cons.</b>	considérant
<b>CP</b>	Code pénal suisse du 21 décembre 1937
<b>Cst. féd.</b>	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874
<b>DB</b>	Droit du bail
<b>DC</b>	Droit de la construction
<b>DPS</b>	Traité de droit privé suisse
<b>éd.</b>	édition
<b>Extraits</b>	Extraits des principaux arrêts du TC de l'État de Fribourg
<b>FF</b>	Feuille fédérale
<b>FJJ</b>	Fichier de Jurisprudence du Tribunal cantonal jurassien
<b>FJS</b>	Fiches juridiques suisses
<b>GVP</b>	Gerichts- und Verwaltungspraxis (divers cantons)
<b>IPC</b>	Indice suisse des prix à la consommation
<b>JT</b>	Journal des Tribunaux
<b>LBFA</b>	LF sur le bail à ferme agricole du 4 octobre 1985
<b>LC</b>	Loi cantonale
<b>LF</b>	Loi fédérale
<b>LGVE</b>	Luzerner Gerichts- und Verwaltungsentscheide
<b>litt.</b>	littera (lettre)
<b>LP</b>	LF sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1889
<b>MP</b>	Mietrechtspraxis
<b>n.</b>	note(s)
<b>NB</b>	Le notaire bernois
<b>n°</b>	numéro(s)
<b>not.</b>	notamment
<b>nouv.</b>	nouveau
<b>n. p.</b>	non publié(s)
<b>O</b>	Ordonnance
<b>OBLF</b>	Ordonnance sur le bail à loyer et le bail à ferme d'habitations et de locaux commerciaux du 9 mai 1990
<b>OG</b>	Obergericht
<b>OJ</b>	LF d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943
<b>op. cit.</b>	opus citatum (œuvre citée)
<b>OSL</b>	Ordonnance du CF concernant des mesures contre les abus dans le secteur locatif du 10 juillet 1972
<b>p.</b>	page(s)
<b>Pra.</b>	Die Praxis des schweizerischen Bundesgerichts
<b>RDS</b>	Revue de droit suisse
<b>RechB.</b>	Rechenschaftsbericht (divers cantons)
<b>réf. cit.</b>	référence(s) citée(s)
<b>Rep.</b>	Repertorio di Giurisprudenza Patria
<b>rés.</b>	résumé
<b>RF</b>	Registre foncier
<b>RJB</b>	Revue de la société des juristes bernois
<b>RJN</b>	Recueil de jurisprudence neuchâteloise
<b>RNRF</b>	Revue suisse du notariat et du registre foncier
<b>ROLF</b>	Recueil officiel des lois fédérales
<b>RS</b>	Recueil systématique du droit fédéral
<b>RSJ</b>	Revue suisse de jurisprudence
<b>RVJ</b>	Revue valaisanne de jurisprudence
<b>s</b>	suivant(e)
<b>SOG</b>	Solothurnische Gerichtspraxis
<b>ss</b>	suivants, suivantes
<b>TC</b>	Tribunal cantonal
<b>TF</b>	Tribunal fédéral
<b>ZR</b>	Blätter für Zürcherische Rechtssprechung

