

23^e Séminaire sur le droit du bail



*Edité par François Bohnet
et Blaise Carron*

Séminaire sur le droit du bail

Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel

23^e SÉMINAIRE SUR LE DROIT DU BAIL

23^e SÉMINAIRE SUR LE DROIT DU BAIL

Edité par
François Bohnet et Blaise Carron

Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel
Helbing Lichtenhahn



www.unine.ch/bail

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek

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

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

ISBN 978-3-7190-4880-8

© 2024 Helbing Lichtenhahn, Bâle, Séminaire sur le droit du bail,
Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, Neuchâtel

www.helbing.ch
www.bail.ch

Préface

Le présent ouvrage est publié à l'occasion du 23^e Séminaire sur le droit du bail de l'Université de Neuchâtel, organisé pour la première édition les 4 et 5 octobre 2024 et pour la seconde les 18 et 19 octobre 2024.

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

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

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

Neuchâtel, septembre 2024

Sommaire

FRANÇOIS BOHNET Les délais en droit du bail à loyer : vingt ans après	1
BLAISE CARRON et GAËTAN CORTHAY L'enrichissement illégitime en droit du bail	51
PIERRE STASTNY L'usage de la chose louée	115
PATRICIA DIETSCHY L'organisation judiciaire et la réalisation des droits en matière de bail	189
MARIE-LAURE PERCASSI La protection des données dans le domaine du bail à loyer	229
AURÉLIE GANDOUY La liquidation des rapports de bail à loyer : la théorie au service de la pratique	265

Abréviations

ACJC	Arrêt de la Chambre civile de la Cour de justice de la République et canton de Genève
AG BS	Appellationsgericht Basel-Stadt
AP-CPC 2003	Avant-projet du Code de procédure civile suisse de la commission d'experts, juin 2003
AP-CPC 2018	Avant-projet du Code de procédure civile suisse (Amélioration de la praticabilité et de l'applicabilité) de la commission d'experts, du 2 mars 2018
al.	alinéa(s)
aLPD	Loi fédérale sur la protection des données du 19 juin 1992 (RO 1993 1945 ; désormais abrogée)
art.	article(s)
AT	Allgemeiner Teil
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral
BJM	Basler juristische Mitteilungen
BK	Berner Kommentar
BO CE	Bulletin officiel du Conseil des Etats
BO CN	Bulletin officiel du Conseil national
BSK	Basler Kommentar
CABL	Chambre d'appel en matière de baux et loyers
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)
CCR	Contrat-cadre romand de baux à loyer
CdB	Cahiers du bail
CDPJ/VD	Code de droit privé judiciaire vaudois du 12 janvier 2010 (RS VD 211.02) (Vaud)
cf.	confer

Abréviations

ch.	chiffre(s)
CHF	franc suisse
cit.	cité(e)(s)
CJ GE	Cour de justice Genève
Classement des réponses	Classement des réponses à la procédure de consultation : Avant-projet relatif à une loi fédérale sur la procédure civile suisse (PCS), 2004
CNIL	Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés
CO	Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse (Livre cinquième : droit des obligations) (RS 220)
comp.	complément
cons.	considérant(s)
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0)
CPC	Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (RS 272)
CPDT/JUNE	Convention intercantonale relative à la protection des données et à la transparence dans les cantons du Jura et de Neuchâtel des 8 et 9 mai 2012 (RS/NE 150.30)
CPP	Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 (RS 312.0)
CPra Actions	Actions civiles, Commentaire pratique
CPra Bail	Droit du bail à loyer, Commentaire pratique
CR	Commentaire romand
CS	Commentaire Stämpfli
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101)
DB	Droit du bail ; publication annuelle du séminaire sur le droit du bail, Université de Neuchâtel

Abréviations

DIKE	Commentaire DIKE
DSG	Datenschutzgesetz (= LPD)
éd.	édition
édit.	éditeur
Eg./ég.	Egalement
et al.	et alii (et autres)
FF	Feuille fédérale
FR	Canton de Fribourg
GE	Canton de Genève
GOG/ZH	Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess vom 10. Mai 2010 (RS/ZH 211.1) (Zurich)
HAP	Handbücher für die Anwaltspraxis
<i>ibid.</i>	ibidem
JdT	Journal des Tribunaux
JU	Canton du Jura
LaCC/GE	Loi d'application du Code civil suisse et d'autres lois fédérales en matière civile du 11 octobre 2012 (RS/GE E 1 05) (Genève)
LACC/VS	Loi du d'application du code civil suisse du 24 mars 1998 (RS/VS 211.1) (Valais)
LCA	Loi fédérale du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance (RS/221.229.1)
LCD	Loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale (RS 241)
LCH/VD	Loi sur le contrôle des habitants du 9 mai 1983 (RS/VD 142.01) (Vaud)
LEg	Loi fédérale du 24 mars 1995 sur l'égalité entre femmes et hommes (Loi sur l'égalité) (RS 151.1)

Abréviations

let.	lettre
LGBL	Loi du 15 septembre 1971 sur les garanties en matière de baux à loyer (RS/VD 221.307) (Vaud)
LGFL	Loi du 18 avril 1975 protégeant les garanties fournies par les locataires (RS/GE I 4 10) (Genève)
LHRCH/NE	Loi concernant l'harmonisation des registres officiels de personnes et le contrôle des habitants du 3 novembre 2009 (RS/NE 132.0) (Neuchâtel)
LI-CO/NE	Loi d'introduction du code des obligations du 27 janvier 2010 (RS/NE 224.1) (Neuchâtel)
LiCPC/JU	Loi d'introduction du Code de procédure civile suisse du 16 juin 2010 (RS/JU 271.1) (Jura)
LI-CPC/NE	Loi d'introduction du code de procédure civile du 27 janvier 2010 (RS/NE 251.1) (Neuchâtel)
lit.	lettre(s)
LJ/FR	Loi sur la justice du 31 mai 2010 (RS/FR 130.1) (Fribourg)
LJB/VD	Loi sur la juridiction en matière de bail du 9 novembre 2010 (RS/VD 173.655) (Vaud)
LJT/VD	Loi sur la juridiction du travail du 12 janvier 2010 (RS/VD 173.61) (Vaud)
LOJ/GE	Loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 (RS/GE E 2 05) (Genève)
LOJ/JU	Loi d'organisation judiciaire du 23 février 2000 (RS/JU 181.1) (Jura)
LOJ/VS	Loi sur l'organisation de la Justice du 11 février 2009 (RS/VS 173.1) (Valais)
LOJM/BE	Loi sur l'organisation des autorités judiciaires et du Ministère public du 11 juin 2009 (RS/BE 161.1) (Berne)

Abréviations

LOJV	Loi d'organisation judiciaire, du 12 décembre 1979 (RS/VD 173.01) (Vaud)
LP	Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (RS 281.1)
LPD	Loi fédérale sur la protection des données du 25 septembre 2020 (RS 235.1)
LPrD/FR	Loi sur la protection des données du 12 octobre 2023 (RS/FR 17.1) (Fribourg)
LTB/JU	Loi instituant le Tribunal des baux à loyer et à ferme du 30 juin 1983 (RS/JU 182.35) (Jura)
LTfrais	Loi du 6 novembre 2019 fixant le tarif des frais, des émoluments de chancellerie et des dépens en matière civile, pénale et administrative (RS/NE 164.1) (Neuchâtel)
LVLEg/VD	Loi d'application dans le canton de Vaud de la loi fédérale du 24 mars 1995 sur l'égalité entre femmes et hommes (RS/VD 173.63) (Vaud)
Message CPC 2006	Message du Conseil fédéral du 28 juin 2006 relatif au code de procédure civile suisse (FF 2006 6841)
Message CPC 2020	Message du Conseil fédéral du 26 février 2020 relatif à la modification du code de procédure civile suisse (Amélioration de la praticabilité et de l'application du droit)
MGer	Mietgericht
mp	Mietrechtspraxis
MPra	Mietrecht für die Praxis
MRA	Mietrecht Aktuell
n.	note
n ^{o(s)}	numéro(s)
N	numéro(s)
nbp	note de bas de page

Abréviations

OBLF	Ordonnance du 9 mai 1990 sur le bail à loyer et le bail à ferme d'habitations et de locaux commerciaux (RS 221.213.11)
OFK	Orell Füssli Kommentar
OFSP	Office fédéral de la santé publique
OGer	Obergericht
OGer ZH	Obergericht des Kantons Zürich (Tribunal supérieur du canton de Zurich)
OJN/NE	Loi d'organisation judiciaire neuchâteloise du 27 janvier 2010 (RS/NE 161.1) (Neuchâtel)
OPDo	Ordonnance sur la protection des données du 31 août 2022 (RS 235.11)
OR	= CO – Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations) (RS 220) (abréviation allemande)
PA	Loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 (RS 172.021)
PC	Petit commentaire
P-CPC 2006	Projet de Code de procédure civile suisse (CPC) du 28 juin 2006 (FF 2006 7019)
P-CPC 2020	Projet de modification du Code de procédure civile suisse du 26 février 2020 (FF 2020 2693)
p./pp.	page(s)
p. ex.	par exemple
PFPDT	Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence
PJA	Pratique juridique actuelle
Rapport AP-CPC 2003	Rapport accompagnant l'avant-projet du CPC de la commission d'experts, juin 2003

Abréviations

Rapport AP-CPC 2018	Rapport explicatif relatif à la modification du code de procédure civile (Amélioration de la praticabilité et de l'applicabilité), du 2 mars 2018
réf.	référence
réf. cit.	référence(s) citée(s)
RJB	Revue de la Société des juristes bernois
RSDA	Revue suisse de droit des affaires et du marché financier
RSJ	Revue suisse de jurisprudence
RSPC	Revue suisse de procédure civile
RTC/GE	Règlement du Tribunal civil du 2 juin 2014 (RS/GE E 2.05.41) (Genève)
RTFMC/GE	Règlement fixant le tarif des frais en matière civile du 22 décembre 2010 (RS/GE E 1.05.10) (Genève)
RULF	Conditions générales pour habitation et place de parc/garage du bail à loyer de la Chambre fribourgeoise de l'immobilier (CFI) et de l'USPI Fribourg (éd. 2020)
RULG	Conditions générales et règles et usages locatifs pour appartements appliqués dans le canton de Genève de la Chambre genevoise immobilière (éd. 2020)
RULJ	Dispositions générales pour le bail à loyer et règles et usages locatifs du canton du Jura approuvés par l'association jurassienne des propriétaires fonciers, l'ASLOCA Jura et l'USPI Jura (éd. 1991)
RULN	Usages locatifs édités par la Chambre immobilière neuchâteloise, l'USPI Neuchâtel, l'ASLOCA Neuchâtel et l'Union syndicale cantonale neuchâteloise (éd. 2014)
RULV	Dispositions paritaires romandes et règles et usages locatifs du canton de Vaud du 31 janvier 2008 (FF 2008 5297)

Abréviations

RULZ	Allgemeine Bedingungen zum Mietvertrag für Wohnräume, établis par le HEV Zurich, le SVIT et la VZI (éd. 2019)
s./ss	et suivant(e)s
SJ	Semaine judiciaire
SVIT	Schweizerischer Verband von Immobilienreuhänder (Association suisse de l'économie immobilière)
SVIT-K	SVIT-Kommentar
TAF	Tribunal administratif fédéral
TC	Tribunal cantonal
TF	Tribunal fédéral
TFJC/VD	Tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010 (RS/VD 270.11.5) (Vaud)
VD	Canton de Vaud
vol.	volume
ZGB	Zivilgesetzbuch (= CC)
ZH	Canton de Zurich
ZK	Zürcher Kommentar
ZPO	Zivilprozessordnung (= CPC)

Les délais en droit du bail à loyer : vingt ans après

par

François Bohnet

Professeur à l'Université de Neuchâtel, avocat

I. Introduction.....	3
II. Point de départ du délai	4
A. Théorie de la réception.....	5
1. Courrier simple.....	5
2. Courrier A+	6
3. Courrier recommandé.....	7
4. Garde de courrier et demande de réexpédition.....	8
5. Remise à un représentant.....	9
6. Vacances et maladie	10
7. Notification en temps inopportun.....	12
8. Preuve de la réception	13
B. Théorie relative de la réception.....	16
C. Théorie de l'expédition	19
III. Calcul du délai.....	21
IV. Respect du délai	23
V. Prise en compte des samedis, dimanches et jours fériés	25
A. Echéance du délai	25
B. Départ du délai	27

VI. Questions choisies.....	28
A. Théorie relative de la réception en droit du bail	28
1. Hausse du loyer et autre modification unilatérale du bail	28
2. Contestation du loyer initial	30
3. Baisse de loyer.....	32
4. Non-paiement du loyer.....	33
5. Contestation du congé	34
6. Théorie relative et courrier A+.....	38
B. Respect du délai pour saisir l'autorité	39
1. Théorie de l'expédition	39
2. Absence d'interruption ou de suspension.....	40
3. Modes de remise de l'acte	40
4. Preuve de l'expédition.....	41
5. Examen d'office et sanction	43
C. Erreur dans la saisine	44
Bibliographie.....	47

I. Introduction

1. Il y a vingt ans, le Professeur Pierre Wessner avait confié à l'auteur de ces lignes la tâche de présenter les règles essentielles en matière de délais en droit du bail à loyer et de mettre en perspective les règles de droit matériel et de droit de procédure sur ce thème¹. Cela faisait en effet déjà deux décennies que le Professeur Jeanprêtre s'était prêté au même exercice². Il s'était alors agi de dégager un certain nombre de principes généraux et, sans dresser une liste exhaustive des délais en droit du bail à loyer, de discuter les traits spécifiques de certains d'entre eux, en matière conventionnelle et judiciaire.
2. Avec l'évolution de la jurisprudence et le passage en 2011 au Code de procédure civile suisse, il paraissait intéressant de faire le point sur ce thème. La relation contractuelle entre un bailleur et un locataire connaît différents moments charnières et parfois divers aléas : la remise des clés, une éventuelle demande de hausse ou de baisse de loyer, une problématique de défaut, un retard dans le paiement du loyer, un manque d'égard envers les voisins ou encore une résiliation du contrat. Chacun de ces événements peut être lié à une exigence temporelle ou faire courir un délai, puis d'autres délais peuvent entrer en jeu en cas de saisine des tribunaux. De la tentative de conciliation au prononcé final, nombre de délais auront été fixés, calculés et – on l'espère – respectés.
3. La dimension sociale du bail d'habitation et de locaux commerciaux explique l'existence de plusieurs mécanismes, souvent liés au respect de délais, mis sur pied en vue d'assurer la protection des locataires. La jurisprudence joue un rôle non négligeable à cet égard, assurant parfois une fonction d'arbitre sur des questions controversées.

¹ FRANÇOIS BOHNET, Les termes et délais en droit du bail à loyer, *in* : 13^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2004.

² RAYMOND JEANPRÊTRE, Termes et délais dans le bail, *in* : 2^e Séminaire sur le bail à loyer, Neuchâtel 1982.

4. Les développements qui suivent se fondent sur les réflexions de 2004 en les confrontant à la situation actuelle. Ils constituent ainsi une mise à jour. La structure du travail demeure en partie identique, mais nous ne traiterons pas spécifiquement des termes et de la nomenclature des délais, qui n'ont pas évolué. De plus, nous nous concentrerons sur les délais en lien avec les diverses possibilités offertes par le législateur pour modifier le contrat (baisse ou hausse de loyer) ou y mettre un terme (résiliation ordinaire ou extraordinaire), et les contestations judiciaires y relatives. La problématique de la prescription ne sera pas abordée³.

II. Point de départ du délai

5. La Convention européenne sur la computation des délais du 16 mai 1972, entrée en vigueur pour la Suisse le 28 avril 1983, dont les dispositions sont directement applicables⁴, prévoit à son art. 2 que le début du délai est le moment à partir duquel celui-ci commence à courir (*dies a quo*). Selon l'art. 3, les délais exprimés en jours, semaines, mois ou années, courent à partir du « *dies a quo* », minuit, jusqu'au « *dies ad quem* », minuit. Lorsqu'une partie à un bail entend modifier le contrat (hausse ou baisse de loyer) ou y mettre un terme (résiliation ordinaire ou extraordinaire), elle doit communiquer sa volonté à l'autre partie, dont celle-ci doit prendre connaissance. Cette prise de connaissance a également tout son sens quand un justiciable

³ Sur ce thème, voir BOHNET, Prescription, p. 157 ss.

⁴ TF du 13.08.2024, 5A_691/2023, destiné à la publication, cons. 4.1 ; TF du 28.02.2023, 4A_113/2023, cons. 6.3, RSPC 2023 394 ; TF du 20.12.2018, 9C_396/2018, cons. 2.2. ; ATF 124 II 527, cons. 2b. Voir cependant TF du 03.12.1991, 5P.200/1991, cons. 3 *in* : SJ 1992 145, qui le niait de manière discutable pour les art. 2 et 3 parce que seule une disposition suffisamment déterminée et claire par son contenu peut constituer le fondement d'une décision concrète. Or dans son arrêt du 13.08.2024, 5A_691/2023, destiné à la publication, cons. 4.3.1.3, le Tribunal fédéral retient que le jour de l'événement déclencheur du délai coïncide nécessairement avec le jour où le délai commence à courir, ce qui démontre le caractère suffisamment déterminé et clair des art. 2 et 3 de la convention.

reçoit une communication d'une autorité ou d'un tribunal. Le mécanisme n'est cependant pas identique : alors que la communication d'une manifestation de volonté, qui fixe le début du délai, est, en matière conventionnelle, sauf exception, soumise *au principe de la réception* (A), celle des actes judiciaires obéit *au principe relatif de la réception* (B).

6. La communication de l'acte est le moment où son destinataire en prend connaissance ou est supposé en prendre connaissance. Pour des questions de preuve, on privilégie la communication écrite, elle-même soumise à diverses règles qui peuvent parfois se révéler d'application délicate.

A. Théorie de la réception

7. Selon la théorie de la réception, le point de départ du délai correspond au moment où la manifestation de volonté est parvenue dans la sphère d'influence (*Machtbereich*) du destinataire ou de son représentant⁵, de telle sorte qu'en organisant normalement ses affaires celui-ci soit à même d'en prendre connaissance⁶.

1. Courrier simple

8. Si l'envoi est fait en courrier simple (courrier A ou B), il entre dans la sphère de connaissance du destinataire dès qu'il le réceptionne ou dès qu'il est remis dans sa boîte aux lettres ou sa

⁵ Plusieurs dispositions légales, en particulier l'art. 3 al. 2 CO pour l'acceptation des offres de contracter, énoncent le principe, consacré par la jurisprudence (voir déjà ATF 32 II 281, 286, puis : ATF 107 II 189, 192 [avis de majoration de délai] ; 118 II 42, JdT 1993 I 140 [mise en demeure] ; 119 II 147, JdT 1994 I 205 [mise en demeure]) et incontesté en doctrine (voir pour des détails, BK-MÜLLER, art. 1 CO N 93 ss ; CARRON/WESSNER, N 603 ss).

⁶ ATF 140 III 244, cons. 5.1 (délai pour agir en annulation) ; 137 III 208, cons. 3.1.2 (délai pour agir en annulation).

case postale⁷, peu importe que le pli soit ensuite perdu ou caché par un tiers⁸.

9. Pour la case postale⁹, il faut réserver l'hypothèse d'un dépôt intervenant après les heures habituellement consacrées aux affaires¹⁰.

2. Courrier A+

10. En cas de courrier A+, un numéro est attribué au courrier expédié en courrier A, comme un pli recommandé. La différence avec les envois recommandés postaux est que le destinataire ne signe pas de réception. En cas d'absence du destinataire, il n'est donc pas informé par un avis de retrait. En revanche, la notification est enregistrée électroniquement lorsque l'envoi est déposé dans la case postale ou la boîte aux lettres du destinataire. Ainsi, le suivi de l'envoi jusqu'à la zone de réception du destinataire est possible grâce au système de recherche électronique « Track & Trace » de La Poste¹¹.
11. Le Tribunal fédéral relève que l'extrait « Track & Trace » n'est pas susceptible de prouver que l'envoi est effectivement parvenu dans la zone de réception du destinataire, mais uniquement qu'un enregistrement correspondant a été fait dans le système d'enregistrement de la poste. Il s'agit cependant d'un indice qui

⁷ ATF 142 III 599, cons. 2.4.1, JdT 2019 II 169 (en matière administrative : il n'est pas nécessaire que le destinataire prenne véritablement connaissance de la décision) ; 137 III 208, cons. 3.1.2 (délai pour agir en annulation). Sur la case postale commune, voir TF *in* : SJ 2000 I 118 (mandat de répression).

⁸ ATF 118 II 42, cons. 3, JdT 1993 I 140 (notification du congé) : « Bei einer Sendung, die privat oder durch die Post uneingeschrieben zugestellt wird, ist dies dann der Fall, wenn sie zu einer Zeit, in der mit der Leerung gerechnet werden darf, in den Briefkasten des Adressaten gelegt wird » ; CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY-MARTENET, art. 266a CO N 8 ; BK-MÜLLER, art. 1 CO N 108 ; CARRON/WESSNER, N 607.

⁹ Voir ZR 1936, N 37.

¹⁰ Voir *infra*, N 48.

¹¹ ATF 142 III 599, cons. 2.2, JdT 2019 II 169, et les réf. ; BK-MÜLLER, art. 1 CO N 108.

permet de déduire que l'envoi a été déposé dans la boîte à lettres ou la case postale du destinataire¹². Ce pli est ainsi présumé y avoir été remis, même si une erreur de la poste n'est pas absolument exclue ; une telle erreur ne se présume toutefois pas, mais doit apparaître plausible au vu des circonstances¹³. D'après la jurisprudence rendue en matière administrative, on doit tenir compte des explications du destinataire, qui prétend qu'une notification postale incorrecte a eu lieu, si sa description est compréhensible et correspond à une certaine probabilité, sa bonne foi étant présumée¹⁴. Des considérations purement hypothétiques du destinataire ne suffisent pas à cet égard¹⁵.

12. Dès lors, la preuve d'une réception le samedi dans la case postale ou la boîte aux lettres est possible avec un courrier A+¹⁶. Un avant-projet de loi fédérale sur les notifications d'actes le week-end et les jours fériés du 14 février 2024 propose de modifier la loi fédérale du 21 juin 1963 sur la supputation des délais comprenant un samedi afin qu'une communication des autorités ou de personnes privées qui est remise un samedi, un dimanche ou un jour férié selon le droit fédéral ou cantonal sans qu'une signature soit requise soit réputée notifiée le premier jour ouvrable qui suit¹⁷.

3. Courrier recommandé

13. Si l'envoi est fait en recommandé (avec signature attestant de la réception)¹⁸, il faut distinguer :

¹² ATF 142 III 599, cons. 2.2, JdT 2019 II 169 ; TF du 08.09.2016, 4A_10/2016, cons. 2.2.1.

¹³ ATF 142 III 599, cons. 2.4.1, JdT 2019 II 169 ; TF du 08.09.2016, 4A_10/2016, cons. 2.2.1.

¹⁴ ATF 142 III 599, cons. 2.4.1, JdT 2019 II 169 ; TF du 08.09.2016, 4A_10/2016, cons. 2.2.1.

¹⁵ TF du 08.09.2016, 4A_10/2016, cons. 2.2.1.

¹⁶ TF du 11.03.2020, 2C_1032/2019, cons. 3.3.

¹⁷ Art. 1a. Voir *infra*, N 58 ss.

¹⁸ Le même principe vaut pour l'envoi en express, voir OGer TG, 07.08.1989, RSJ 1990 235 et DB 1992 10 N 8.

- lorsque l'agent postal a pu remettre le pli (ou qu'il a été refusé¹⁹) par le destinataire ou un tiers autorisé à en prendre livraison, il entre dans la sphère de connaissance du destinataire²⁰ ;
- lorsque l'agent postal n'a pu remettre le pli à son destinataire ou à un tiers autorisé à en prendre livraison et qu'il laisse un avis de retrait dans sa boîte aux lettres ou sa case postale, le pli est reçu dès que le destinataire est en mesure d'en prendre connaissance au bureau de la poste selon l'avis de retrait ; il s'agit soit du jour même où l'avis de retrait est déposé dans la boîte aux lettres si l'on peut attendre du destinataire qu'il le retire aussitôt, sinon en règle générale le lendemain de ce jour²¹. On parle de *théorie de la réception absolue*²². A notre sens, le jour déterminant est le premier jour ouvrable qui suit la tentative de remise, d'ailleurs mentionné sur l'avis de retrait.

4. Garde de courrier et demande de réexpédition

14. Une demande de garde du courrier ne change rien à la date de réception²³. En revanche, en cas de demande de réexpédition du courrier, la notification intervient à l'adresse désirée, selon les

¹⁹ ATF 90 III 8 (en matière judiciaire), et les réf. : « *La jurisprudence constante admet en effet que, lorsque le destinataire refuse de prendre possession d'une communication, celle-ci est réputée accomplie au moment où elle lui a été présentée* » ; BK-KRAMER, art. 1 CO N 93 ; BK-MÜLLER, art. 1 CO N 128 ; CARRON/WESSNER, N 612, 625.

²⁰ BK-MÜLLER, art. 1 CO N 109 ; ATF 83 III 92, cons. 1 *in initio* (en matière judiciaire) ; *a contrario* : ATF 107 II 189, cons 2 ; 118 II 42, cons. 3, JdT 1993 I 140.

²¹ ATF 140 III 244, cons. 5.1 (délai pour agir en annulation) ; 137 III 208, cons. 3.1.2 (délai pour agir en annulation) ; CARRON/WESSNER, N 627.

²² ATF 140 III 244, cons. 5.1 ; 137 III 208, cons. 3.1.2 ; CARRON/WESSNER, N 626 ss.

²³ ATF 141 II 429, cons. 3.1 (en matière judiciaire) ; 134 V 139, cons. 4 ; 127 I 31, cons. 2b, SJ 2001 I 193 (en matière judiciaire) ; BK-KRAMER, art. 1 CO N 88 ; BK-MÜLLER, art. 1 CO N 109 ; BARTELS, p. 2.

principes décrits ci-dessus²⁴. Cette hypothèse doit être distinguée d'une demande de réexpédition qui interviendrait après la remise de l'avis de retrait²⁵.

5. Remise à un représentant

15. On parle de réception effective que l'acte soit remis à son destinataire ou, à l'adresse appropriée²⁶, à toute autre personne dont on peut légitimement penser qu'elle le représente. La jurisprudence donne comme exemples le conjoint²⁷ et les autres personnes faisant ménage commun avec l'intéressé²⁸ ou, plus largement, toute personne qui selon les apparences agit au nom de l'intéressé²⁹.
16. De manière générale, le pouvoir de représentation active englobe généralement aussi celui de représentation passive. Ainsi, un locataire peut s'attendre à ce qu'une gérance d'immeuble qui représentait activement le bailleur soit également habilitée par ce dernier à recevoir un congé³⁰.
17. Selon le chiffre 2.5.5 des Conditions générales de la Poste relatives aux « Prestations du service postal »³¹, Conditions

²⁴ BK-KRAMER, art. 1 CO N 88 ; BARTELS, p. 2 s. Dans ce sens : TF du 25.03.2022, 4A_280/2021, cons. 4.3.2 (en matière judiciaire). *Contra* : APPGer BS, 29.04.1988, DB 1990 14 N 18.

²⁵ TF du 11.11.2013, 4A_471/2013, B.

²⁶ La réception n'est pas chose faite si le pli n'est pas remis faute d'adresse valable ou pour cause d'erreur de la poste. Voir, pour la mise en demeure de l'art. 257d al. 2 CO, TApp TI, 31.05.1995, DB 1998 8 N 5.

²⁷ ATF 118 II 42, cons. 3b, JdT 1993 I 140 ; TF du 01.10.2010, 4A_325/2010, cons. 3.1.

²⁸ Décision de la Commission fédérale de recours en matière de personnel fédéral du 07.11.2001, JAAC 66/2002 II N° 36, et les références. Voir déjà ATF 32 II 281, 286, cité *in* : ATF 118 II 42, cons. 3b, JdT 1993 I 140.

²⁹ Voir par exemple TF, Egger c. Renaud, du 12 février 1980 : Est valable la notification faite à un proche de la personne dont la partie a indiqué le nom et l'adresse avec l'abréviation « c/o » dans toute la correspondance et qu'elle avait autorisée à recevoir son courrier.

³⁰ TF du 01.10.2010, 4A_325/2010, cons. 3.1.

³¹ Version janvier 2024. Voir aussi CARRON/WESSNER, N 623.

générales auxquelles le Tribunal fédéral se réfère depuis 1998³², ont qualité pour prendre livraison des envois, outre le destinataire, toutes les personnes présentes au même domicile ou au domicile social, sous réserve d'instructions contraires données par l'expéditeur ou le destinataire.

18. Le Tribunal fédéral note que dès qu'une lettre est entrée dans la sphère d'influence du destinataire, ce dernier assume le risque que, dans l'intérieur de cette sphère, la lettre ne parvienne pas à sa connaissance³³.
19. Une résiliation destinée à une *personne sous curatelle* doit être adressée à son curateur³⁴. Si le locataire est représenté par un avocat en relation avec un décompte de charge, le bailleur peut notifier au *représentant* la résiliation du bail faisant suite au non-paiement du solde de charges³⁵.

6. Vacances et maladie

20. En cas de vacances ou d'absence en raison d'une maladie, le destinataire supporte le risque d'une prise de connaissance tardive, ou de l'absence de prise de connaissance, de la manifestation de volonté de l'expéditeur. Le fait que le destinataire ne devait pas s'attendre à recevoir le pli n'est pas

³² Voir TF *in* : SJ 2000 I 118. La loi actuelle sur la poste date du 17 décembre 2010.

³³ TF *in* : SJ 1972, 56, 63 ; ATF 118 II 42, JdT 1993 I 140 (formules de résiliation adressées aux deux conjoints par plis séparés et retenues par le mari) ; OGer ZH, 30.08.1994, MRA 1995 45 ; TF *in* : SJ 2000 I 118 (mandat de répression) : N'a pas qualité pour prendre livraison du courrier le père du recourant qui vit dans le même immeuble que son fils, mais dans un appartement séparé, lorsqu'il n'est pas prouvé que celui-ci ait établi une procuration en faveur de son père qui autoriserait ce dernier à retirer le courrier qui lui est destiné au guichet de la poste.

³⁴ TB Uster, 23.07.1992, DB 1995 4 N 34. Sur le principe : BK-MÜLLER, art. 1 CO N 100.

³⁵ TF du 01.10.2010, 4A_325/2010, cons. 3.4.

pertinent³⁶. Il doit donc prendre les dispositions qui s'imposent pour faire relever son courrier ou le faire suivre³⁷. Une demande de garde du courrier ne suffit pas³⁸. Le locataire ne peut donc pas simplement ignorer l'avis de retrait déposé dans sa boîte aux lettres (ou sa case postale), mais doit s'informer auprès de la poste pour connaître le nom de l'expéditeur du pli recommandé³⁹.

21. Cependant, si l'expéditeur a été averti, par son cocontractant, que le courrier doit être envoyé à une autre adresse, ou s'il connaît, par hypothèse, son lieu de résidence, l'envoi devrait être fait à ce lieu⁴⁰, à moins que le bail mentionne expressément que toute notification sera faite à une adresse donnée. Ainsi, lorsque le bailleur sait le locataire malade ou absent, la communication est considérée comme non avenue d'après le Tribunal fédéral⁴¹. On peut s'interroger sur la date de la réception dans un tel cas. Il s'agit logiquement, en cas d'envoi recommandé, du lendemain de la prise de connaissance de l'avis de retrait lorsque la possibilité de retirer le pli est encore donnée. Si tel n'est plus le cas, dans la

³⁶ ATF 143 III 15, cons. 4.3, qui relève que les règles sur la fiction de notification à l'échéance du délai de garde postal de 7 jours et sur son exception, à savoir lorsque le destinataire ne devait pas s'attendre à recevoir une communication, sont des règles de procédure qui ne sont pas applicables à la computation des délais de droit matériel, sous réserve des deux cas de l'avis de majoration du loyer et de la sommation de payer (TF du 18.06.2008, 4A_250/2008, cons. 3.2) ; CR CO I-HOHL, art. 77 N 5.

³⁷ ATF 141 II 429, cons. 3.1 ; BK-KRAMER, art. 1 CO N 92.

³⁸ ATF 141 II 429, cons. 3.1.

³⁹ ATF 143 III 15. En pratique, la demande est faite par mail : contactcenter@poste.ch. La poste envoie ensuite l'information par courrier. Voir sur ce point les doutes émis par LACHAT, Bail à loyer, p. 840 N 7.5 et STASTNY, p. 40.

⁴⁰ BARTELS, p. 6 ; CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY-MARTENET, art. 266a CO N 9. Le principe ne vaut selon nous que si l'expéditeur peut déterminer sans peine à quel lieu peut être atteint l'intéressé.

⁴¹ ATF 140 III 244, cons. 5.2 *in fine*, qui se réfère à la jurisprudence rendue en droit du travail (TF du 05.04.2000, 4P.307/1999, cons. 3). LACHAT, Bail à loyer, p. 840 N 7.4. Voir déjà JEANPRÊTRE, Expédition et réception, p. 350, qui réserve l'art. 2 CC : ne peut invoquer le principe de la réception l'expéditeur qui savait le destinataire absent ou malade. En droit du travail, voir KOLLER, p. 136 ss.

mesure où le courrier retourne à son expéditeur, il revient à celui-ci de procéder à un nouvel envoi.

22. De plus, si le destinataire ne peut pas se voir reprocher l'absence de prise de disposition pour assurer la réception de son courrier, par exemple en cas de maladie soudaine, la doctrine retient à raison qu'il faut tempérer le principe de la réception et autoriser l'auteur de la communication à la renouveler, sans que le destinataire puisse se prévaloir d'un retard dans la communication⁴². Cela veut ainsi dire que le locataire ne pourrait pas se prévaloir du fait que le congé intervient tardivement. En revanche, le délai pour agir en annulation ne partirait qu'à la communication renouvelée.

7. Notification en temps inopportun

23. La notification ne doit pas intervenir en temps inopportun⁴³. Le destinataire pourrait refuser de recevoir un acte la nuit, ainsi qu'un dimanche ou un jour férié⁴⁴. Toutefois, si le destinataire ou l'un de ses proches accepte la remise de l'acte, la réception est chose faite⁴⁵. Un refus ne se justifie en revanche pas un samedi⁴⁶.

⁴² BK-MÜLLER, art. 1 CO N 125 ; CARRON/WESSNER, N 613. Voir aussi LCHAT, Bail à loyer, p. 839 N 7.3.

⁴³ On interprète ainsi l'art. 79 CO pour les relations entre non-commerçants. Entre commerçants, on se réfère aux heures habituellement consacrées aux affaires, voir CARRON/WESSNER, N 610 ; MENGE, p. 19 ; ZK-SCHRANER, art. 79 CO N 2 ss. Voir également *infra*, N 48.

⁴⁴ Apparemment dans ce sens, BARTELS, p. 110 ; MENGE, p. 19-20 ; BK-WEBER, art. 79 CO N 7, restrictif. Une notification peut en tout cas intervenir à 19h30, voir OGer LU, 07.05.1948, in : RSJ 1948 43 ; ZK-SCHRANER, art. 79 CO N 12 s. ; critiques : CARRON/WESSNER, N 610.

⁴⁵ BK-WEBER, art. 79 CO N 14 ; CR CO I-HOHL, art. 79 N 2.

⁴⁶ Concernant les plis recommandés, on relèvera que selon le factsheet « recommandé (R) », p. 3, ils ne sont pas distribués le samedi. Pour les cases postales, ce document précise que la distribution intervient « *aux cases postales également le samedi, sous réserve que la case postale soit régulièrement vidée le samedi et que la batterie de cases postales dispose d'un guichet de retrait desservi* ».

24. Comme déjà relevé⁴⁷, un avant-projet de loi fédérale sur les notifications d'actes le week-end et les jours fériés du 14 février 2024 propose de modifier la loi fédérale du 21 juin 1963 sur la supputation des délais comprenant un samedi afin qu'une communication des autorités ou de personnes privées qui est remise un samedi, un dimanche ou un jour férié selon le droit fédéral ou cantonal sans qu'une signature soit requise soit réputée notifiée le premier jour ouvrable qui suit.

8. Preuve de la réception

25. Il appartient à l'expéditeur de prouver la réception de l'acte et le moment où elle est intervenue⁴⁸. L'envoi par pli simple est dès lors à déconseiller⁴⁹. Si la réception n'est pas contestée, l'expéditeur peut se prévaloir d'une présomption naturelle selon laquelle la réception intervient un ou deux jours après l'envoi,

⁴⁷ Voir *supra*, N 12.

⁴⁸ CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY-MARTENET, art. 266a CO N 9 ; BK-KRAMER, art. 1 CO N 96-99 ; BK-MÜLLER, art. 1 CO N 135 ; la preuve de l'envoi (sceau postal) est insuffisante, voir TF du 24.10.1991, DB 1993 11 N 8.

⁴⁹ LACHAT, Bail à loyer, p. 839 N 7.2. Ainsi, il n'existe aucune présomption de fait selon laquelle la production d'une copie d'un message suffirait pour admettre que l'original a été déposé à la poste et acheminé à son destinataire, voir ATF 129 I 8, cons. 2.2 ; 137 III 208, cons. 3.1.2 ; 105 III 43, cons. 2a ; CARRON/WESSNER, N 614.

prouvé grâce au timbre postal⁵⁰. Quant à l'envoi en recommandé, la date de sa présentation est inscrite par la poste⁵¹ et fait foi⁵².

26. Selon la jurisprudence⁵³, l'avis de retrait est censé avoir été déposé dans la boîte aux lettres aussi longtemps qu'il n'y a pas de circonstances propres à retenir un comportement incorrect des employés de la poste. Dès lors, il appartient à la partie qui se prévaut de l'irrégularité de la notification, notamment du défaut de remise dans la boîte d'un avis de retrait après présentation infructueuse, d'en rapporter la preuve, une vraisemblance prépondérante étant suffisante⁵⁴.
27. Il est inutile d'envoyer simultanément le pli en courrier simple et recommandé pour gagner un jour⁵⁵ : la seule mention dans une lettre du fait qu'elle est envoyée sous pli simple et sous pli

⁵⁰ Voir ATF 85 II 187, JdT 1960 I 78 ; JEANPRÊTRE, Termes et délais dans le bail, note 15 ; BK-KRAMER, art. 1 CO N 99 ; BK-MÜLLER, art. 1 CO N 135. Il convient à notre sens de retenir la même solution que pour les actes judiciaires : le Tribunal fédéral, ATF 99 Ib 356, 360, considère que lorsque seule la date est en cause, il faut admettre celle qu'allègue le destinataire, même si elle paraît assez tardive, ceci spécialement en période de gros trafic postal, sans omettre la possibilité objective de retards dus au manque de personnel.

⁵¹ La poste conserve actuellement l'information pendant une année, selon les renseignements qu'elle nous a fournis. BARTELS, p. 2, mentionnait déjà un délai d'une année. En cas de doute, mieux vaut donc effectuer rapidement une démarche auprès de la poste. Une alternative pratique est d'utiliser le service online « Track & Trace » qui permet de déterminer la date de distribution et d'en conserver la preuve grâce au numéro d'identification de l'envoi.

⁵² Il revient à l'expéditeur de requérir la preuve de la distribution, étant entendu que le seul non-aboutissement de la notification ne crée pas la présomption que le locataire aurait reçu l'avis de retrait, voir TF, 24.10.1991, DB 1993 11 N 8. Un envoi avec accusé de réception simplifie les choses à cet égard.

⁵³ TF *in* : SJ 1972 56, 63 ; TF du 14.08.1998, cause W. contre Ministère public du canton d'Argovie, cons. 3 ; OGer ZH, 30.08.1994, MRA 1995 45, avec des développements sur les contre-preuves.

⁵⁴ TF du 16.09.2014, 4A_350/2014, cons. 2.2 ; TF du 09.05.2007, 4A_39/2007, cons. 2.2 ; TF *in* : SJ 1999 I 145, 148-149 ; TF *in* : SJ 1972 56, 63.

⁵⁵ Ou jusqu'à sept jours lorsque la théorie relative de la réception s'applique, voir *infra*, N 31.

recommandé ne permet pas d'admettre que la lettre sous pli simple est parvenue à son destinataire⁵⁶.

28. Si l'expéditeur renvoie en courrier simple un pli recommandé non réclamé, ou l'adresse à son destinataire à nouveau en recommandé, la notification est effectuée au premier envoi⁵⁷, à moins à notre sens que le destinataire puisse de bonne foi considérer que l'expéditeur a souhaité se fonder sur la seconde notification⁵⁸. Ainsi, lorsque le bailleur notifie à nouveau une lettre de mise en demeure enjoignant au locataire de payer le même loyer arriéré dans un délai de trente jours, mais en datant son second courrier du jour du nouvel envoi, le locataire allant retirer le pli pourrait partir du principe que ce délai part à réception dudit courrier et non à l'échéance du délai de garde du premier⁵⁹.
29. Concernant le contenu du courrier non réclamé par le destinataire, l'expéditeur n'a qu'à fournir la preuve du dépôt de l'avis de retrait et une copie du courrier envoyé. Une lettre envoyée par un locataire à son bailleur peu avant le début du délai de résiliation est vraisemblablement un préavis de départ, selon une

⁵⁶ Voir par exemple Cour de cassation civile NE, arrêt du 06.12.1993, RJN 1993 74.

⁵⁷ BK-KRAMER, art. 1 CO N 92 ; LCHAT, Bail à loyer, p. 840 N 7.5 ; OGer ZH, 30.08.1994, MRA 1995 45.

⁵⁸ Voir, par analogie, ATF 122 III 316, cons. 3, JdT 1998 I 187 : si l'autorité de conciliation mentionne dans une communication écrite que la partie qui entend faire valoir ses droits doit le faire dans les trente jours, le destinataire peut se fier à cette indication selon le principe de la confiance, et l'autorité ne peut faire partir le délai au moment antérieur d'une éventuelle notification orale lors de l'audience. Voir aussi TF du 08.06.2017, 4A_182/2017, cons. 3 : lorsque suite à une erreur du facteur, le pli recommandé contenant la décision litigieuse a été retourné à l'expéditeur avant l'expiration du délai de garde, si bien que le destinataire qui s'est présenté au guichet n'a pas pu en prendre livraison, et que, de ce fait, la cour cantonale a notifié par la suite une copie de la décision à l'intéressé, le délai de recours au Tribunal fédéral court dès le lendemain de la réception de ladite copie.

⁵⁹ Le Tribunal fédéral a laissé cette question ouverte, voir ATF 119 II 147, JdT 1994 I 205, qui renvoie sur ce point à l'ATF 118 V 190.

présomption naturelle⁶⁰. Si le destinataire reçoit une enveloppe vide, ou contenant un document qui ne le concerne pas ou qui est manifestement insignifiant, on peut attendre de lui qu'il réagisse sans retard pour signaler l'erreur⁶¹.

30. Il est important de souligner que la remise de l'acte peut être effectuée directement, sans recourir à la poste. La signature d'un accusé de réception permet de prévenir des difficultés en matière de preuve. En cas de refus du destinataire, le témoignage d'une tierce personne peut servir de preuve⁶². Devant l'autorité de conciliation par exemple, l'autorisation de procéder peut être remise en main propre, le délai pour agir devant le tribunal compétent partant à ce moment⁶³. Si, par hypothèse, un locataire récupère ses affaires et part sans laisser d'adresse, la lettre de résiliation (sauf si le bailleur considère qu'il y a eu une offre tacite de résiliation du bail) devrait être remise directement à l'appartement, avec un témoin pour attester de la remise, car les services postaux ne peuvent plus être utilisés⁶⁴.

B. Théorie relative de la réception

31. En matière judiciaire, lorsque les actes doivent être notifiés par *pli recommandé*, la théorie relative de la réception s'applique en principe⁶⁵. Les art. 44 al. 2 LTF et 138 al. 3 let. a CPC la consacrent dans leur champ d'application respectif. Elle protège mieux le destinataire, raison pour laquelle le Tribunal fédéral y soumet également certains actes en matière de droit du bail⁶⁶.

⁶⁰ BezGer Uster, 14.09.1977, RSJ 1978 24.

⁶¹ CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY-MARTENET, art. 266a CO N 16 et les réf.

⁶² JEANPRÊTRE, Termes et délais dans le bail, p. 15, recommande le recours à un officier public.

⁶³ Comp., concernant le procès-verbal de non-conciliation, ATF 122 III 316, cons. 2, JdT 1998 I 187.

⁶⁴ CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY-MARTENET, art. 266a CO N 15.

⁶⁵ Voir ATF 122 II 316, cons. 4b, JdT 1998 I 187.

⁶⁶ Le Tribunal fédéral soumet expressément au principe de la réception atténuée l'acte par lequel le bailleur notifie une hausse de loyer (ATF 107 II 189) et fixe au locataire un délai comminatoire pour s'acquitter du loyer (ATF 119 II 147,

32. Selon cette théorie, à défaut de remise effective ou de refus de réception d'un pli recommandé, l'acte est réputé notifié, faute de passage au guichet, à l'échéance du délai de garde⁶⁷. Le délai de garde est de 7 jours⁶⁸ et part de la présentation du pli et de la remise de l'avis de retrait. Par ailleurs, il échoit le septième jour, quel que soit ce jour (samedi, dimanche ou jour férié)⁶⁹.
33. Dans un arrêt du 30 août 2000⁷⁰, le Tribunal fédéral a considéré qu'il n'était pas excessivement formaliste de toujours considérer la notification comme réalisée après l'écoulement de sept jours suivant la tentative infructueuse de notification, indépendamment du délai concret de retrait octroyé par la poste (en l'occurrence de 9 jours), ce principe s'appliquant aussi lorsque le dernier jour du délai de sept jours est un samedi ou un jour férié. La règle a été confirmée peu après⁷¹ dans un arrêt où le pouvoir d'examen du Tribunal fédéral n'était pas limité à l'arbitraire. Le Tribunal fédéral a cependant réservé la situation d'un administré non représenté par un avocat, qui pourrait cependant selon les circonstances se prévaloir d'un délai de garde trop long qui lui a

JdT 1994 I 205). Il refuse en revanche d'appliquer cette théorie en matière d'annulation du congé et de prolongation du bail (ATF 137 III 208, cons. 3.1.3 ; 140 III 244, cons. 5.1 *in fine* ; 143 III 15, cons. 4.1) ; CARRON/WESSNER, N 629 ss ; voir *infra*, N 60 ss.

⁶⁷ ATF 100 III 3, JdT 1976 II 73 ; TF *in* : SJ 1999 I 145.

⁶⁸ Art. 2.5.7 des Conditions générales « Prestations du service postal » de la Poste, édition janvier 2024. L'ancien délai légal a été repris par les conditions générales et reste applicable selon le Tribunal fédéral, voir ATF 127 I 31, SJ 2001 I 193. Le délai de 7 sept jours est consacré par les art. 44 al. 2 LTF et 138 al. 3 let. a CPC.

⁶⁹ En vérité, la question se pose essentiellement pour les jours fériés puisque les lettres recommandées ne sont distribuées ni le samedi (sous réserve des cases postales) ni le dimanche. Le 7^e jour du délai ne peut donc être l'un de ces deux jours. Voir art. 2.5.3 des Conditions générales « Prestations du service postal » de la Poste, édition janvier 2024, pour le dimanche, et art. 1 desdites conditions en lien avec le factsheet « recommandé (R) », p. 3. Pour les cases postales, ce document précise que la distribution intervient « *aux cases postales également le samedi, sous réserve que la case postale soit régulièrement vidée le samedi et que la batterie de cases postales dispose d'un guichet de retrait desservi* ».

⁷⁰ ATF 127 I 31, SJ 2001 I 193.

⁷¹ TF du 31.05.2001, U.216/2000.

été indiqué par la poste (art. 9 Cst.)⁷². En revanche, la partie qui s'est renseignée auprès d'un bureau d'avocat concernant le moment du départ du délai ne peut pas se prévaloir de la jurisprudence selon laquelle on ne peut pas opposer à un laïc ou un juriste n'exerçant pas comme avocat la différence entre le délai de retrait de la poste et le délai légal relatif à la fiction de notification⁷³.

34. Le délai au terme duquel un acte est censé être notifié n'est pas prolongé lorsque la poste permet de retirer le courrier dans un délai plus long, suite à une demande de garde par exemple⁷⁴, ou encore en cas de pont⁷⁵.
35. Le principe selon lequel il revient au destinataire d'organiser la transmission de son courrier en cas d'absence est appliqué avec moins de rigueur en matière judiciaire. Certes, chacun doit faire en sorte que les actes de procédure puissent l'atteindre. Mais ce devoir ne prend naissance qu'avec la qualité de partie au procès et découle du lien d'instance⁷⁶. Ainsi, la fiction de la notification à l'échéance du délai de garde ne vaut que lorsque la notification de l'acte peut être attendue avec une certaine vraisemblance. Ce n'est effectivement que lorsqu'une affaire est pendante que se noue un rapport de procédure qui oblige les parties à se comporter selon les règles de la bonne foi, notamment à faire en sorte que les décisions relatives à cette procédure puissent leur être notifiées⁷⁷.

⁷² TF du 23.10.2010, 2D_37/2010, cons. 3.3.

⁷³ TF du 14.04.2020, 2C_258/2020, cons. 3.2-3.3, RSPC 2020 358.

⁷⁴ ATF 127 I 31, SJ 2001 I 193 ; 123 III 492 ; 107 V 187. Idem en cas de demande de prolongation du délai de garde, voir OGer BS, 29.11.1996, DB 1998 7 N 4 ; CARRON/WESSNER, N 636.

⁷⁵ ATF 127 I 31, SJ 2001 I 193.

⁷⁶ ATF 130 III 396, cons. 1.2.3 ; 127 I 31, cons. 2a/aa. ; 123 III 492, cons. 1. N'a pas encore qualité de partie au sens de cette jurisprudence le destinataire d'un commandement de payer auquel une requête en mainlevée est notifiée après qu'il a fait opposition, voir TF du 03.06.2004, 7B.89/2004.

⁷⁷ ATF 123 III 492 ; TF *in* : SJ 1999 145, 148, et les références ; ATF 115 Ia 12, JdT 1991 I 105 ; 113 Ib 296, et les références. Voir déjà ATF 82 II 165, JdT 1956 I 301 ; 78 I 124, JdT 1953 I 305.

36. Selon l'arrêt TF 4A_250/2008 en matière d'avis comminatoire faute de paiement du loyer, quand s'applique la théorie relative, « *une tentative de notification n'est toutefois valable que si son destinataire devait s'attendre, avec une certaine probabilité, à recevoir une communication de l'autorité ou d'une partie contractante* ». L'ATF 141 III 429 cons. 4.3 réserve lui aussi les cas d'application de la théorie relative en droit du bail⁷⁸.

C. Théorie de l'expédition

37. Les parties peuvent convenir que leurs actes valent comme notifiés le jour de leur envoi, le cachet postal faisant foi⁷⁹. La règle n'a toutefois qu'une portée limitée en droit du bail, le principe de la réception (éventuellement atténuée) s'appliquant⁸⁰ lorsque le code prévoit que le délai que fait courir la notification de l'acte ne peut être abrégé par les parties⁸¹.
38. Ainsi, par exemple, le bail portant sur des locaux d'habitations devant être résilié moyennant un délai de trois mois pour la fin d'un trimestre de bail selon le Code, le délai ne sera respecté que si l'acte entre dans la sphère de connaissance de l'intéressé trois mois avant la date de résiliation. Une remise à la poste le 31 décembre d'une résiliation pour le 31 mars serait tardive et reportée au terme suivant (art. 266a CO).
39. En revanche, si les parties ont étendu les délais légaux, en prévoyant par exemple un délai de six mois pour la résiliation d'un bail d'habitation, elles peuvent également valablement convenir que le cachet postal fait foi pour le respect du délai de

⁷⁸ Voir sur cette question les réflexions de CARRON/WESSNER, N 634.

⁷⁹ ATF 84 II 187, JdT 1958 I 602 ; BK-KRAMER, art. 1 CO N 80 ; BK-MÜLLER, art. 1 CO N 91.

⁸⁰ Dans ce sens déjà JEANPRÊTRE, Termes et délais dans le bail, p. 6, n. 13 ; voir également OGER TG, 07.08.1989, RSJ 1990 236 et DB 1992 10 N 8. *Contra* : BzGer Uster, 14.09.1977, RSJ 1978 24.

⁸¹ Les préavis de résiliation des art. 266a-266e CO et le délai de paiement de l'art. 257d CO sont par exemple relativement impératifs : ils peuvent être contractuellement prolongés, mais non abrégés.

résiliation. Le délai pour agir en annulation du congé part toutefois dans tous les cas au moment de la réception du pli au sens entendu ci-dessus, vu le caractère impératif de l'art. 273 al. 1 CO (trente jours dès la réception du congé).

40. Certains baux⁸² prévoient que le congé est valable s'il est posté le dernier jour avant le début du délai. La clause est sans effet, comme indiqué ci-avant, sauf délai conventionnel plus long que le minimum légal⁸³, et sauf abus de droit du destinataire⁸⁴. A notre sens, un bailleur ne pourra généralement pas se prévaloir d'un report des effets du congé lorsque celui-ci a été envoyé de bonne foi par un locataire le dernier jour avant le début du délai au vu de la mention portée sur le bail.
41. Le principe de l'expédition est avant tout retenu dans les *relations avec les autorités*, en matière de respect du délai. En particulier, si un acte doit être adressé à une autorité judiciaire, le délai est respecté s'il est remis à une poste suisse, ou dans une boîte aux lettres suisse, le dernier jour du délai (art. 143 al. 1 CPC ; art. 48 al. 1 LTF)⁸⁵.
42. La preuve de l'expédition incombe à l'expéditeur⁸⁶. Le sceau postal fait foi. L'expéditeur peut toutefois prouver qu'il a déposé l'acte dans une boîte aux lettres avant la date mentionnée. Toute une jurisprudence s'est développée à cet égard en matière de respect des délais judiciaires⁸⁷.

⁸² Par exemple le bail type édité en 1991 par les associations professionnelles dans le canton de Neuchâtel, qui parle de « *lettre recommandée adressée à l'autre partie jusqu'au* [...] ». Voir déjà JEANPRÊTRE, Termes et délais dans le bail, p. 6 n. 13.

⁸³ Voir ZIHLMANN, p. 105, et les réf.

⁸⁴ CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY-MARTENET, art. 266a CO N 31. LACHAT, Bail à loyer, p. 841 N 7.7 et MENGE, p. 20, posent le principe de la nullité, apparemment sans restriction.

⁸⁵ Voir TF in : JdT 1980 II 61.

⁸⁶ JEANPRÊTRE, Termes et délais dans le bail, p. 8.

⁸⁷ Pour un aperçu, voir BOHNET/WOJCIK, p. 203 ss.

III. Calcul du délai

43. En matière de calcul (ou computation) du délai, les normes de référence sont les art. 77 et 78 CO, qui indiquent de manière détaillée, en matière d'exécution des obligations, comment calculer un délai fixé en jours, en semaines, en mois ou en années. Pour les délais de prescription, l'art. 132 CO renvoie aux dispositions précitées. Les délais de déchéance et ceux liés à l'exercice d'un droit formateur ou d'une autre action analogue à l'acte juridique suivent les mêmes règles⁸⁸. La convention européenne sur la computation des délais, qui s'applique en matière civile, administrative et pénale, y compris la procédure relative à ces matières, pour les délais légaux et conventionnels, contient des principes similaires à son article 4⁸⁹.
44. En bref, le calcul d'un délai fixé en mois, ou – mais ils sont plus rares –, en semaines et années, est aisé, puisque le délai est compté de quantième en quantième. Concrètement, un délai d'un mois commençant à courir un 25 janvier expire le 25 février suivant. Si le point de départ d'un délai d'un mois est le 31 janvier, son échéance est (faute de quantième identique le mois suivant) le 28 – ou, s'il s'agit d'une année bissextile –, le 29 février. Il en va de même si le délai se compte à reculons⁹⁰. Si un congé, par exemple, doit être donné 3 mois avant le 31 mars, il devra l'être au plus tard le 31 décembre.
45. D'après l'art. 142 al. 2 CPC, lorsqu'un délai est fixé en mois, il expire le jour du dernier mois correspondant au jour où il a commencé à courir. Or, selon l'art. 142 al. 1 CPC, les délais déclenchés par la communication ou la survenance d'un événement courent dès le lendemain de celles-ci. Si l'on lit ensemble ces deux alinéas, il pourrait en résulter qu'un délai d'un mois commençant à courir un 25 janvier expire le 26 février

⁸⁸ Voir CR CO I-HOHL, art. 77 N 3.

⁸⁹ Voir TF du 13.08.2024, 5A_691/2023, destiné à la publication ; ATF 125 V 37.

⁹⁰ TF du 02.10.1944, *in* : Rep 1945, p. 117 ; RJN 3 I 165.

suyvant en procédure civile⁹¹. Ce mode de calcul n'est pas conforme à la Convention européenne sur la computation des délais. Aux termes de l'art. 3 de la Convention, les délais courent à partir du « dies a quo » minuit. Et pour les délais en mois, l'art. 4 par. 2 prévoit que « *le "dies ad quem" est le jour du dernier mois ou de la dernière année dont la date correspond à celle du "dies a quo" ou, faute d'une date correspondante, le dernier jour du dernier mois* ». Le Tribunal fédéral vient de confirmer cette interprétation de la convention et il parvient au même résultat au terme d'une analyse historique, téléologique et systématique de l'art. 142 al. 2 CPC : cette disposition doit être interprétée en ce sens que le « jour à partir duquel le délai a commencé à courir » ne se réfère pas à l'art. 142 al. 1 CPC, mais au jour de l'événement déclencheur du délai⁹².

46. Lorsque le délai est exprimé en jours, il faut se livrer à tout un calcul, bien que celui-ci soit simple dans son principe puisqu'il suffit d'ajouter le nombre de jours prévus à la date qui sert de point de départ au délai, seuls les jours pleins étant comptés. Ainsi, par exemple, si une résiliation est notifiée le 20 janvier, un rapide calcul permet d'établir que le délai pour le dépôt d'une demande en annulation du congé, de 30 jours selon l'art. 273 al. 1 CO, expire le 19 février à minuit ($[20 + 30] - 31$). Un autre exemple, plus simple : si un acte est notifié le 10 janvier et qu'il fait partir un délai de 10 jours, ce délai expire le 20 janvier à minuit. Le même principe s'applique si le délai se compte à reculons⁹³.

⁹¹ Dans ce sens : TF du 01.06.2016, 5A_967/2015, cons. 3 ; ATF 138 III 610, cons 2.8, et la doctrine majoritaire.

⁹² TF du 13.08.2024, 5A_691/2023, destiné à la publication, cons. 4-5. Dans ce sens, entre autres : BOHNET, Procédure civile, N 1273 ; ERNST/OBERHOLZER/SUNARIC, N 262. L'arrêt cantonal avait une motivation très détaillée : KG SZ, 17.08.2023, ZK1 2023 14.

⁹³ Voir ZK-SCHRANER, art. 77 CO N 9.

47. Le jour duquel part le délai n'est pas compté⁹⁴, comme il ressort des calculs effectués ci-dessus : si le délai court le premier janvier et dure un jour, il échoit le lendemain à minuit (1+1=2). Le résultat est le même si l'on compte sur les mains, en partant du 2 janvier.

IV. Respect du délai

48. Pour qu'un délai soit respecté, il faut que l'acte à accomplir l'ait été avant l'expiration du délai, à savoir avant son dernier jour, minuit⁹⁵. En matière d'exécution des obligations, l'art. 79 CO précise que celle-ci doit être acceptée le jour de l'échéance, pendant les heures habituellement consacrées aux affaires, entre commerçants⁹⁶. Pour les non-commerçants, on tire de l'art. 79 CO que l'exécution ne doit pas intervenir en temps inopportun⁹⁷. Le principe vaut également pour les actes soumis au principe de la réception : le destinataire pourrait refuser une notification tentée un dimanche par exemple⁹⁸. En revanche, lorsque le délai est respecté par un envoi le jour de son expédition⁹⁹, celle-ci peut intervenir jusqu'à minuit.
49. L'accomplissement de l'acte, s'il s'agit d'un écrit, peut être sa notification, selon la théorie de la réception¹⁰⁰, le cas échéant atténuée¹⁰¹, ou son envoi¹⁰². Lorsque l'acte est formateur (congé ;

⁹⁴ Art. 77 al. 1 CO ; art. 132 al. 1 CO. Ce qui revient à dire que le délai court du *dies a quo*, minuit, comme l'expriment les art. 2 et 3 de la convention européenne sur la computation des délais. Comp. TF du 13.08.2024, 5A_691/2023, destiné à la publication, cons. 4.2.3.

⁹⁵ *Dies ad quem*, voir art. 2 et 3 de la convention européenne sur la computation des délais.

⁹⁶ L'art. 3 ch. 2 de la convention européenne sur la computation des délais réserve cette hypothèse.

⁹⁷ Voir *infra*, N 56.

⁹⁸ Voir *infra*, N 56.

⁹⁹ Voir *supra*, N 37.

¹⁰⁰ Voir *supra*, N 7 ss.

¹⁰¹ Voir *supra*, N 31 ss.

¹⁰² Voir TF *in* : JdT 1980 II 61 : « *Les actes de procédure de la partie (Parteihandlungen) sont soumis au principe de l'expédition, au contraire des*

notification de hausse de loyer) ou consiste en une autre action analogue à l'acte juridique (interpellation ou fixation d'un délai comminatoire), à l'adresse du cocontractant, c'est la théorie de la réception, ou, éventuellement, la théorie relative de la réception, qui s'applique. Il convient d'adresser l'acte *suffisamment à l'avance* pour s'assurer du respect du délai. Une lettre signature avec accusé de réception est à recommander lorsque la marge temporelle n'est pas assurée. Si un bailleur de locaux d'habitations souhaite par exemple notifier une hausse de loyer pour le premier juillet, son acte devant être reçu au sens de la théorie relative au plus tard 10 jours avant le début du délai de congé de trois mois, donc le 21 mars, il lui faudra adresser son acte par lettre signature au locataire si possible le 13 mars. Celui-ci le recevra au plus tôt le 14 mars, et au plus tard le 21 mars (échéance du délai de garde). Il faut toutefois encore tenir compte des samedis, dimanches et jours fériés, comme discuté ci-après¹⁰³.

50. Si l'acte à accomplir doit être adressé à une autorité judiciaire, le délai est respecté s'il est remis à une poste suisse¹⁰⁴, ou dans une boîte aux lettres suisse¹⁰⁵, le dernier jour du délai¹⁰⁶.

actes juridiques du droit privé, qu'il s'agisse de Bewirkungshandlungen (actes produisant directement l'effet visé sans l'intervention du juge) ou d'Ewirkungshandlungen (actes dont l'efficacité dépend du juge) ». Cette terminologie remonte à la doctrine constructiviste allemande du début du 20^e siècle (LEO GOLDSCHMIDT, Der Prozes als Rechtslage : Eine Kritik des Prozessualen Denkens, Berlin 1925).

¹⁰³ Voir *infra*, N 51 ss.

¹⁰⁴ Art. 143 al. 1 CPC ; art. 48 al. 1 LTF.

¹⁰⁵ Il est arbitraire de ne pas assimiler les dépôts dans une boîte aux lettres à la remise à un bureau de poste, voir ATF 109 Ia 183, JdT 1984 I 317.

¹⁰⁶ Voir *infra*, N 92 ss.

V. Prise en compte des samedis, dimanches et jours fériés

A. *Echéance du délai*

51. Les dimanches et jours fériés sont compris dans les délais, mais si le dernier jour du délai se trouve être l'un de ces jours, le délai n'expire que le premier jour ouvrable qui suit. Le principe découle de l'art. 78 CO en droit des obligations (sauf accord contraire, art. 78 al. 2 CO), de l'art. 142 al. 3 CPC pour les délais procéduraux devant les instances cantonales et de l'art. 45 LTF lorsque le délai relève de cette loi. L'art. 5 de la convention européenne sur la computation des délais pose la même règle¹⁰⁷.
52. Les jours fériés sont ceux prévus là où l'acte doit être accompli (art. 78 CO)¹⁰⁸, en matière judiciaire au siège du tribunal (art. 142 al. 3 CPC). Selon l'art. 45 al. 2 LTF, le droit cantonal déterminant est celui du canton où la partie ou son mandataire a son domicile ou son siège¹⁰⁹.
53. Le samedi est assimilé à un jour férié reconnu officiellement pour les délais légaux de droit fédéral et pour les délais fixés par des autorités conformément au droit fédéral¹¹⁰. L'art. 142 al. 3 CPC et 45 LTF l'indiquent d'ailleurs expressément. En revanche, les délais conventionnels ne sont pas reportés au jour ouvrable suivant lorsqu'ils expirent un samedi selon le droit fédéral¹¹¹. Or la convention européenne sur la computation des délais retient également ce principe pour les délais conventionnels, sauf accord contraire¹¹². L'art. 5 de la convention est d'application directe : il est suffisamment déterminé et clair par son contenu pour constituer le fondement d'une décision concrète, pour reprendre

¹⁰⁷ TF du 20.12.2018, 9C_396/2018, cons. 2.2.

¹⁰⁸ ZK-SCHRANER, art. 78 CO N 17.

¹⁰⁹ Voir TF du 03.01.2024, 4A_538/2023, cons. 2, RSPC 2024 167, avec note de GEORGES CHANSON.

¹¹⁰ Art. 1 de la loi fédérale sur la supputation des délais comprenant un samedi, du 21 juin 1963.

¹¹¹ CJ GE, 06.11.1980, SJ 1981 303.

¹¹² Art. 1 ch. 1c et 5 ; CR CO I-HOHL, art. 78 N 7.

les critères fixés par la jurisprudence¹¹³. Ainsi, que le délai soit légal ou conventionnel, son échéance est reportée au jour ouvrable suivant lorsqu'elle tombe un samedi.

54. Dès lors, alors même qu'un délai légal de droit du bail (préavis minimum de résiliation ; délai pour agir en annulation de la résiliation ; délai comminatoire de l'art. 257d CO¹¹⁴, etc.) deviendrait conventionnel en raison d'une durée plus longue prévue par les parties (par exemple, le bailleur accorde au locataire en demeure un délai de non pas trente, mais soixante jours pour s'acquitter du loyer en retard), il est reporté en vertu de l'art. 5 de la convention s'il expire un samedi.
55. Le Tribunal fédéral retient que pour être valable au terme prévu, le congé doit être reçu au plus tard le dernier jour non férié avant que ne commence à s'écouler le délai de résiliation¹¹⁵. La réception équivaut ici à l'échéance d'un délai. Le samedi étant assimilé à un jour férié selon l'art. 1 de la loi fédérale sur la supputation des délais comprenant un samedi et selon la convention européenne – directement applicable –, le congé dont le calcul à reculons pour respecter le terme tomberait un samedi doit être reçu par son destinataire le vendredi qui précède¹¹⁶. A noter que si le dernier jour du bail se trouve être un samedi, un dimanche ou un jour férié, la restitution aura lieu le premier jour ouvrable qui suit (art. 78 al. 1 CO ; art. 1 de la loi fédérale sur la supputation des délais comprenant un samedi)¹¹⁷.

¹¹³ Le Tribunal fédéral retient le caractère directement applicable : comp. TF du 13.08.2024, 5A_691/2023, destiné à la publication, cons. 4.1 ; TF du 20.12.2018, 9C_396/2018, cons. 2.2. Voir aussi TF du 28.02.2023, 4A_113/2023, cons. 6.3, RSPC 2023 394 ; ATF 124 II 527, cons. 2b.

¹¹⁴ Voir une décision de l'Autorité de conciliation de Zurich du 19.11.1999, MRA 2000 238.

¹¹⁵ TF du 24.10.1991, DB 1993 11 N 8.

¹¹⁶ CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY-MARTENET, art. 266a CO N 30 ; WESSNER, p. 15, et les réf. *Contra* : LACHAT, Bail à loyer, p. 841 N 7.6.

¹¹⁷ CPra Bail-AUBERT, art. 267 CO N 6.

B. Départ du délai

56. Selon le droit actuel, le premier jour d'un délai peut être un samedi, un dimanche ou un jour férié, lorsque l'événement qui fait courir le délai tombe l'un de ces jours¹¹⁸. S'il s'agit d'une notification, le destinataire pourrait refuser la remise d'un pli le dimanche ou un jour férié, celle-là ne devant pas intervenir en temps inopportun¹¹⁹. Une notification est en revanche possible le samedi.
57. En procédure civile, la révision du CPC du 17 mars 2023 qui entre en vigueur le 1^{er} janvier 2025 prévoit que lorsqu'un acte notifié par envoi postal normal au sens de l'art. 138 al. 4 CPC est reçu un samedi, la communication au sens de l'al. 1 est réputée avoir lieu le premier jour ouvrable qui suit.
58. Cette solution est aussi prévue par l'avant-projet de loi fédérale sur les notifications d'actes le week-end et les jours fériés pour les autres lois fédérales, en particulier la LTF et la loi fédérale sur la supputation des délais comprenant un samedi, qui deviendrait la « *Loi fédérale sur la supputation des délais et la notification de communications le week-end et les jours fériés* »¹²⁰. Cette loi est applicable à toutes les communications des autorités et des personnes privées, quel que soit le délai déclenché (procédural ou matériel, y compris conventionnel)¹²¹. Elle vise donc spécifiquement les communications du bailleur à l'attention du locataire, y compris celles faisant courir un délai pour saisir une autorité¹²². La nouvelle disposition (art. 1a) prévoit qu'une communication qui est remise un samedi, un dimanche ou un jour

¹¹⁸ ZK-SCHRANER, art. 77 CO N 7, art. 78 CO N 20 ; TF du 03.03.2011, 5A_98/2011, cons. 2.2.2 ; ATF 114 III 55, cons. 1b ; 108 III 49, cons. 2, JdT 1984 II 74 ; 104 IV 47, JdT 1979 IV 91 ; 94 III 83, JdT 1969 II 98, pour le samedi.

¹¹⁹ Art. 79 CO, pendant les heures généralement consacrées aux affaires entre commerçants. Voir BARTELS, p. 110.

¹²⁰ Avant-projet mis en consultation le 14 février 2024.

¹²¹ Avant-projet, p. 17.

¹²² L'avant-projet cite l'art. 266c CO.

férié *sans qu'une signature soit requise* est réputée notifiée le premier jour ouvrable qui suit (fiction de notification). Le rapport à l'appui de l'avant-projet précise que les envois par poste ordinaire, y compris courrier A+, mais aussi par un service de transport de courrier ou un messenger, sont visés¹²³.

59. Cela signifie qu'en cas de courrier A+, le congé envoyé un vendredi ne sera pas reçu le samedi, mais le lundi suivant. De fait, on aboutit à la solution qui vaut en cas de courriers postaux recommandés, ceux-ci n'étant pas distribués le samedi¹²⁴.

VI. Questions choisies

A. Théorie relative de la réception en droit du bail

1. Hausse du loyer et autre modification unilatérale du bail

60. L'augmentation du loyer ou toute autre modification unilatérale du bail doit être notifiée pour l'échéance du contrat¹²⁵. A défaut, les effets de la hausse ou de la modification sont reportés à la plus prochaine échéance utile¹²⁶, si on peut penser que ce report reste compatible avec la volonté du bailleur¹²⁷. Le locataire doit faire preuve de bonne foi en invoquant l'irrespect du délai de notification. Ainsi, comme le retient LACHAT¹²⁸ et la jurisprudence¹²⁹ en matière de délai de congé, le locataire devrait faire savoir au bailleur à réception de la notification, par écrit de

¹²³ Avant-projet, p. 16-17.

¹²⁴ Sous réserve de certaines cases postales, voir *supra*, N 32.

¹²⁵ Art. 269*d*, al. 1 CO. Les loyers indexés ou échelonnés sont réservés, voir art. 269*b* et 269*c* CO.

¹²⁶ Voir, sous l'empire de l'art. 18 AMSL, ATF 107 II 189, 194, qui applique la règle retenue par la doctrine et la jurisprudence en matière de résiliation du bail et du contrat de travail. On admet désormais une application analogique de l'art. 266*a* al. 2 CO, voir ATF 131 III 566, cons. 3.3.

¹²⁷ ATF 128 III 419, cons. 2.4.1.

¹²⁸ LACHAT, Bail à loyer, p. 857 N 4.4.

¹²⁹ ATF 121 III 156, cons. 1 c/bb *in fine*.

préférence, que les effets de la hausse de loyer doivent être reportés à la prochaine échéance et mentionner celle-ci¹³⁰.

61. La hausse de loyer, notifiée sur formule officielle (art. 269d al. 1 CO), doit être reçue par le locataire *dix jours au moins avant le début du délai de résiliation*. Le calcul doit se faire à reculons : si l'échéance du contrat est le 31 mars 2025, le début du délai de résiliation, s'il est de trois mois, est au 1^{er} janvier 2025, et l'avis de majoration doit être reçu au plus tard le 21 décembre 2024. HIGI/BÜHLMANN¹³¹ considèrent inexactement que lorsque le mois qui précède le début du délai de résiliation compte 31 jours, l'avis de résiliation doit être reçu au plus tard le 20, et quand il compte 30 jours, au plus tard le 19 du mois. Or la loi indique que l'avis de majoration doit être en main du locataire dix jours au moins avant le début du délai de résiliation. Si cet avis parvient au locataire le 21^e jour d'un mois en comprenant 31, celui-ci le reçoit bien dix jours avant le début du délai de résiliation (21+10 = 31, le 31 étant le dernier jour avant le début du délai de résiliation)¹³².
62. Selon le Tribunal fédéral, l'avis de notification doit être reçu dans les délais par le locataire *selon le principe de la théorie relative*¹³³. L'arrêt de principe date du 10 mars 1981 (« Ciel Bleu »)¹³⁴. Il a été rendu sous l'empire de l'art. 18 al. 1 AMSL qui, tout comme l'art. 269d al. 1 CO, imposait que l'avis de majoration soit reçu dix jours avant le début du délai de congé.
63. Dès lors, si le locataire n'est pas à son domicile au moment de la notification du pli recommandé ou s'il ne va pas le chercher dans le délai de retrait, la réception est réputée intervenir à l'échéance de ce délai de sept jours.

¹³⁰ *Contra* : BARTELS, p. 133, qui considère que faute de contestation en justice, la hausse entre dans tous les cas en vigueur à la date mentionnée par le bailleur.

¹³¹ ZK-HIGI/BÜHLMANN, art. 269d CO N 149.

¹³² Du même avis, LACHAT/STASTNY, Bail à loyer, p. 508 N 4.5.2 ; BARTELS, p. 132-133.

¹³³ Voir *supra*, N 31.

¹³⁴ ATF 107 II 189. La règle a été confirmée ultérieurement, voir ATF 119 II 147, JdT 1994 I 205.

64. Pour le Tribunal fédéral, l'application de la théorie relative de la réception s'impose dans la mesure où l'avis de majoration de loyer présente deux particularités :
- il doit d'une part être donné dix jours au moins avant le début du délai de résiliation, afin de laisser au preneur la possibilité d'échapper par une résiliation du bail à la hausse qui lui a été notifiée ;
 - d'autre part, sa réception détermine le point de départ du délai de trente jours dont dispose le locataire pour contester le montant du loyer qu'il estime abusif¹³⁵.
65. A notre sens, si le jour qui précède le début du délai de congé est un samedi, un dimanche ou un jour férié, le calcul du délai de dix jours n'est pas modifié. Il n'y a pas ici échéance d'un délai, mais bien cumul de deux délais à respecter. On peut faire une analogie avec le principe selon lequel l'échéance du délai de garde est toujours au septième jour, même si ce jour est un samedi, un dimanche ou un jour férié¹³⁶. De plus, si le locataire entend résilier le bail pendant le délai de réflexion de dix jours, son congé devrait être reçu par le bailleur avant le début de la période de préavis, et ce même si le dernier jour du délai de réflexion est un samedi, un dimanche ou un jour férié.
66. De manière générale, on peut ainsi recommander au bailleur de notifier sa hausse de loyer au plus tard vingt jours avant le début du délai de résiliation, de telle manière à ce que la réception soit chose faite avant le départ du délai de dix jours.

2. Contestation du loyer initial

67. L'art. 270 CO prévoit que le locataire peut, dans certaines circonstances, lorsqu'il estime que le montant du loyer initial est abusif, le contester devant l'autorité de conciliation dans les

¹³⁵ Art. 18 al. 2 AMSL, repris par l'art. 270b al. 1 CO.

¹³⁶ Voir ATF 127 I 31, SJ 2001 I 193.

- 30 jours qui suivent la réception de la chose et en demander la diminution.
68. Qu'en est-il du point de départ pour agir en contestation du loyer lorsque, bien que le canton ait rendu obligatoire l'usage d'une formule officielle pour la conclusion du bail en raison de la pénurie des logements, celle-ci n'a pas encore été reçue par le locataire au jour de la réception de la chose ?
69. Si la notification intervient dans les trente jours dès la réception de la chose louée, le locataire doit saisir l'autorité de conciliation dans les trente jours suivant la notification¹³⁷.
70. On peut se demander si c'est la théorie relative de la réception qui doit s'appliquer ici. BARTELS¹³⁸ est d'avis qu'il n'existe pas de motifs particuliers justifiant une protection accrue du locataire en l'occurrence, le délai de trente jours étant suffisamment long pour que dans tous les cas il dispose d'une marge suffisante pour contester le loyer s'il le souhaite. A notre sens, le délai dans lequel le bailleur doit notifier la formule officielle est certainement soumis au principe de la réception. Est plus délicate en revanche la question de savoir si le même principe s'applique pour le délai de contestation devant l'autorité de conciliation¹³⁹.
71. Si l'on reprend l'argument du Tribunal fédéral en matière de hausse de loyer, selon lequel la théorie relative se justifie par ce que la réception de l'avis de hausse détermine le point de départ du délai de trente jours dont dispose le locataire pour contester le montant du loyer qu'il estime abusif¹⁴⁰, alors la même règle devrait s'appliquer car il est logique que le locataire dispose d'un délai plein dès sa connaissance du loyer payé par le locataire précédent.
72. De plus, par mesure de simplification, il faudrait à notre sens considérer que les délais pour saisir une autorité ne commencent

¹³⁷ Voir ATF 121 III 56.

¹³⁸ BARTELS, p. 126.

¹³⁹ LACHAT/STASTNY, Bail à loyer, p. 490 N 3.2.2, n. 150.

¹⁴⁰ Art. 18 al. 2 AMSL, repris par l'art. 270b al. 1 CO.

à courir que lorsque l'acte a été reçu au sens de la théorie relative, comme c'est le cas lorsqu'on se trouve déjà dans une procédure.

3. Baisse de loyer

73. En cas de diminution du taux de l'intérêt hypothécaire¹⁴¹, le locataire peut requérir par écrit une baisse de loyer au bailleur pour le prochain terme de résiliation. La demande doit respecter le préavis de congé¹⁴², mais non le délai supplémentaire de dix jours de l'art. 269d al. 1 CO, le bailleur ne pouvant pas résilier le contrat lorsqu'un locataire demande une diminution de son loyer. A défaut du respect du délai de préavis, les effets de la baisse sont reportés au plus prochain terme, comme en matière de hausse de loyer¹⁴³.
74. De manière surprenante, au moment de déterminer les critères pertinents pour le calcul du loyer, le Tribunal fédéral, qui se place au moment ultime pour demander la baisse, retient sans autre réflexion que la réception de la demande par le bailleur doit être calculée en tenant compte du délai de garde de sept jours. Il applique ainsi la théorie relative comme en matière de notification de hausse de loyer¹⁴⁴, alors que le bailleur n'a besoin d'aucune protection particulière à cet égard. A priori, on peut imaginer que cette jurisprudence ne sera pas maintenue si elle devait faire l'objet d'un examen centré sur cette problématique.
75. Le bailleur doit prendre position sur la demande de baisse, dans les trente jours à compter de sa réception. Si la réponse ne satisfait pas le locataire, celui-ci doit agir dans les trente jours dès sa réception, selon la théorie absolue, devant l'autorité de conciliation compétente.
76. Lorsque le bailleur ne répond pas, le locataire doit saisir l'autorité de conciliation compétente dans les trente jours qui suivent l'échéance du délai de réponse. Si l'on applique la théorie

¹⁴¹ C'est l'hypothèse principale envisagée par l'art. 270a al. 1 CO.

¹⁴² Voir ATF 119 II 33.

¹⁴³ Voir *supra*, N 60.

¹⁴⁴ ATF 141 III 245, cons. 3.

absolue, il conviendra à notre sens de laisser à tout le moins un jour de marge au locataire. Ainsi, si la demande de baisse a été faite par pli recommandé, on peut supposer que sa réception a été chose faite le lendemain ou le jour suivant, l'échéance du délai de réponse devant être calculée depuis ce jour, et prendre en compte un éventuel samedi, dimanche ou jour férié à son échéance¹⁴⁵. Si l'on retient la théorie relative¹⁴⁶, le délai part au plus tard sept jours après la tentative de remise.

4. Non-paiement du loyer

77. Si, après réception de la chose¹⁴⁷, le locataire a du retard pour s'acquitter d'un loyer ou de frais accessoires échus, le bailleur peut lui fixer par écrit un délai de paiement, de trente jours minimum pour les baux d'habitations ou de locaux commerciaux¹⁴⁸, et lui signifier qu'à défaut de paiement dans ce délai, le bail sera résilié moyennant un délai de congé minimum de trente jours pour la fin d'un mois (art. 257d CO).
78. Quant au moment de la réception, le Tribunal fédéral relève que tout le monde s'accorde à dire que, conformément à l'ATF 107 II 192, la théorie de la réception ne s'applique que sous une forme atténuée (théorie relative)¹⁴⁹. Dès lors, si le locataire n'est pas présent à la remise du pli recommandé ou ne va pas le rechercher dans le délai de garde de sept jours, l'avis est réputé reçu à l'échéance de ce délai de sept jours.

¹⁴⁵ Voir *supra*, p. 14.

¹⁴⁶ ATF 141 III 245, cons. 3.

¹⁴⁷ Auparavant, le bailleur peut invoquer l'exception d'inexécution, ou se départir du contrat selon l'art. 107 al. 2 CO (CR CO I-LACHAT/BOHNET, art. 257d N 1).

¹⁴⁸ Le délai doit être clairement mentionné : prévoir que l'arriéré doit être payé « dans le délai de l'art. 257 lit. d al. 1 CO » ne remplit pas cette condition, puisque cette disposition parle d'un délai minimum de 30 jours, voir TC VD, 03.07.1995, DB 1997 7 N 3.

¹⁴⁹ ATF 119 II 147, JdT 1994 I 205. Cet arrêt confirme une décision de la première Cour civile du 8 décembre 1969 dans la cause Jordan c. Sarteur, *in* : SJ 1972 60, sous l'empire de l'art. 265 al. 2 aCO. Voir également TApp TI, 31.05.1995, DB 1998 8 N 5 : la réception est au surplus exclue si la mise en demeure n'intervient pas à une adresse valable.

5. Contestation du congé

79. Le congé est un droit formateur, dont l'exercice est soumis à la forme écrite (art. 226l al. 1 CO) – qualifiée pour le bailleur en matière d'habitations et de locaux commerciaux (art. 226l al. 2 CO) –, et éventuellement à d'autres règles de forme, en particulier en matière de logement de famille (art. 266m-n CO). Il doit, d'une manière générale, être donné dans un certain délai pour un certain terme.
80. Suivant le type de bail et le caractère ordinaire ou extraordinaire du congé, le délai à respecter, de nature légale – impérative ou dispositive suivant les cas – ou conventionnelle, sera d'une durée variable. Dans tous les cas en revanche, que la résiliation soit ordinaire ou extraordinaire, donnée par le bailleur ou le locataire, le délai est calculé (en tenant compte des samedis, dimanches et jours fériés¹⁵⁰) depuis le jour de la notification du congé, qui selon le principe de la réception absolu est chose faite lorsque la résiliation entre dans la sphère de connaissance du destinataire¹⁵¹.
81. Le principe relatif de la réception ne trouve pas application en matière de respect du délai de congé¹⁵². Ainsi, comme mentionné ci-dessus¹⁵³, si en cas de retard dans le paiement du loyer, la fixation du délai comminatoire est soumise au principe relatif de la réception, la notification de la résiliation donnée faute de paiement de l'arriéré dans le délai est en revanche parfaite au moment de la réception au sens absolu du terme.
82. Il convient de préciser que, dans certaines hypothèses, les parties pourraient retenir l'application du principe de l'expédition¹⁵⁴, et que, à notre sens, le bailleur ne pourrait pas se prévaloir de l'irrespect d'un délai de congé lorsque le bail dont il est le

¹⁵⁰ Voir *supra*, N 51 ss.

¹⁵¹ Voir *supra*, N 7 ss.

¹⁵² ATF 137 III 208, cons. 3.1.2.

¹⁵³ Voir *supra*, N 78.

¹⁵⁴ Voir *supra*, N 37 ss.

rédacteur prévoit que le congé peut être donné jusqu'à une date déterminée à midi pour une échéance contractuelle¹⁵⁵.

83. A réception du congé, le destinataire dispose d'un délai de trente jours (art. 273 al. 1 CO) pour requérir l'annulation du congé, respectivement la prolongation du bail. D'après le Tribunal fédéral¹⁵⁶, c'est la théorie de la réception absolue qui s'applique, tout comme pour l'examen du respect du délai et du terme de congé¹⁵⁷. Il retient que l'application sur ce thème de la théorie absolue procède d'un juste équilibre des intérêts en jeu. Cet équilibre serait rompu si la théorie de la réception relative devait s'appliquer¹⁵⁸.
84. Une partie importante de la doctrine critique cette jurisprudence, dans la mesure où elle est peu compréhensible pour le locataire¹⁵⁹. Comment peut-on justifier que la théorie relative s'applique pour la saisine d'une autorité en matière de contestation d'une hausse de loyer¹⁶⁰ et non en matière de congé ? Dans les deux cas, le locataire doit agir dans un délai bref pour s'opposer à l'exercice d'un droit formateur par le bailleur. D'ailleurs, le Tribunal fédéral oublie¹⁶¹ que l'ATF 107 II 192 retenait expressément que l'un des

¹⁵⁵ Voir *supra*, N 40.

¹⁵⁶ ATF 140 III 244, cons. 5.1 et 143 III 15, cons. 4.1. Voir aussi TF du 11.11.2013, 4A_471/2013, cons. 2, et les critiques de FRANÇOIS BOHNET, (Faux) départ du délai pour contester le congé, Newsletter Bail.ch janvier 2014, p. 2-3, et THOMAS KOLLER, Wenn mir Mon-Repos die Ruhe raubt, Jusletter 03.02.2014.

¹⁵⁷ ATF 137 III 208, cons. 3.1.2.

¹⁵⁸ ATF 140 III 244, cons. 5.1 et 143 III 15, cons. 4.1, qui cite l'ATF 137 III 208, cons. 3.1.3, qui faisait cette analyse pour l'examen du respect du délai et du terme de congé ; CARRON/WESSNER, N 638, approuvent cette analyse, de même que ZK-HIGI/WILDISEN, art. 273 CO N 47 ss et les réf. en n. 49.

¹⁵⁹ BSK OR I-WEBER, art. 273 N 3a et les réf. ; LACHAT, Bail à Loyer, p. 840 N 7.3 et les réf. ; CR CO I-LACHAT/BOHNET, art. 266a N 5a et les réf. Les tribunaux zurichois retenaient l'application la théorie relative, voir MietGer Meilen, 18.07.2001, ZR 101 172 N 4 ; OGer ZH, 30.08.1994, MRA 1995 45. Voir aussi AppGer BS, 10.11.1977, BJM 1978 78.

¹⁶⁰ Voir *supra*, N 62.

¹⁶¹ ATF 140 III 244, cons. 5.1, qui ne mentionne que la problématique du délai de réflexion et du délai de paiement, en reprenant l'ATF 137 III 208, cons. 3.1.3, qui fort logiquement ne mentionnait pas cet argument car il ne portait pas sur

deux motifs justifiant l'application de la théorie relative était le fait que la notification détermine le point de départ du délai de trente jours pour exercer ses droits¹⁶². Le Tribunal fédéral n'explique pas pour quelle raison l'équilibre serait autre en matière de congé, alors que les enjeux ne sont pas moins essentiels pour le locataire qu'en matière de loyers.

85. A notre sens, l'équilibre recherché par le Tribunal fédéral est atteint en matière de congé dès l'instant où l'on distingue le moment pertinent pour l'examen du respect du délai et du terme du congé et celui déterminant pour le départ du délai de contestation du congé. Le premier étant fixé selon la théorie absolue¹⁶³, les intérêts du bailleur sont protégés, car il peut compter avec un respect du délai de résiliation même en adressant son pli en recommandé peu avant l'échéance du délai au locataire¹⁶⁴. Il n'a en revanche aucun intérêt digne de protection à voir le délai pour s'opposer au congé raccourci de quelques jours. Ces quelques jours peuvent en revanche être cruciaux pour le locataire qui doit saisir l'autorité de conciliation en bonne et due forme. La situation se présente de manière différente en matière de hausse de loyer, puisque dans ce domaine, l'équilibre des intérêts en jeu impose que le calcul du respect du délai et du terme soit, comme le départ du délai de contestation, régi par la théorie relative de la réception. En effet, le locataire doit bénéficier de dix jours pour résilier le bail s'il ne veut pas voir son loyer augmenter. C'est d'ailleurs le premier des deux motifs

le délai pour contester le congé. Même oubli chez ZK-HIGI/WILDISEN, art. 273 CO N 50.

¹⁶² Voir *supra*, N 64.

¹⁶³ Voir *supra*, N 80.

¹⁶⁴ C'est d'ailleurs cet intérêt que le Tribunal fédéral relève dans l'ATF 140 III 244, cons. 5.2 : « Une telle pondération ne s'impose pas lorsqu'il s'agit d'un délai de procédure : le tribunal n'a, en effet, pas un intérêt propre à ce que le moment de la réception soit fixé le plus tôt possible, alors que le particulier a un intérêt à ce que la communication soit la plus rapide possible et l'on peut normalement exiger du destinataire qu'il prenne connaissance d'une lettre recommandée dès qu'il reçoit l'avis de retrait ».

retenus par le Tribunal fédéral pour justifier l'application de la théorie relative en matière de hausse de loyer¹⁶⁵.

86. Le fait que le départ du délai de contestation soit potentiellement fixé à une date qui diffère de celle retenue pour l'examen du respect du délai et du terme de congé n'est pas problématique sur un plan dogmatique. Il s'agit en effet d'examiner la validité temporelle de *deux actes différents*, à savoir d'une part la lettre de congé et d'autre part la requête de contestation du congé. La validité temporelle d'un acte pourrait d'ailleurs fort bien être soumise au principe de l'expédition¹⁶⁶, et cet acte faire partir un autre délai à sa réception.
87. Il convient encore de relever que le délai de trente jours correspond aux délais d'appel (art. 311 al. 1 CPC) et de recours (art. 321 al. 1 CPC), pour lesquels la théorie relative s'applique, si bien qu'élargir les exceptions à l'application de la théorie de la réception absolue au cas du délai pour contester le congé se justifie pleinement.
88. Se pose la question de savoir si le délai ne pourrait pas être *prolongé* lorsque le motif d'annulabilité est découvert après son échéance, en particulier en cas de comportement gravement incorrect de l'auteur du congé. Le Tribunal d'appel tessinois s'est penché sur cette question dans un arrêt du 24 avril 2003¹⁶⁷. Il n'a pas eu à trancher car le destinataire du congé n'avait pas agi immédiatement en annulation dès la découverte des prétendus motifs de contestation. Avec HIGI/WILDISEN¹⁶⁸ et WEBER¹⁶⁹, il faut à notre sens admettre dans ce cas une brève prolongation du délai dès la connaissance du motif lorsque le bail court encore ou

¹⁶⁵ Voir *supra*, N 64.

¹⁶⁶ Voir *supra*, N 37 ss.

¹⁶⁷ Résumé *in* : DB 2004 N 21, avec note de MARINO MONTINI. Il ne semble pas que cette question se soit à nouveau posée depuis.

¹⁶⁸ ZK-HIGI/WILDISEN, art. 271 CO N 105.

¹⁶⁹ BSK OR I-WEBER, art. 273 N 3.

que locataire est toujours dans les lieux. Hormis ces hypothèses, le locataire doit réclamer des dommages et intérêts¹⁷⁰.

6. Théorie relative et courrier A+

89. La jurisprudence retient que la théorie relative de la réception s'applique dans deux situations en droit du bail : lorsque le bailleur notifie une hausse de loyer¹⁷¹ ou une mise en demeure faute de paiement du loyer¹⁷². Dans ces deux cas, le but est de protéger le locataire et de s'assurer qu'il dispose d'un délai plein pour réagir.
90. La possibilité offerte au bailleur de notifier une hausse de loyer ou une mise en demeure en courrier non recommandé tout en se ménageant une preuve de la réception, y compris le samedi¹⁷³, remet en cause les buts recherchés par la jurisprudence précitée. Certes, le courrier A+ ne peut être utilisé que si le bail conclu ne prévoit pas l'usage du courrier recommandé, mais une telle réserve n'existe en principe dans les baux que pour les résiliations et les loyers indexés.
91. Il est d'ailleurs intéressant de relever que l'usage du courrier A+ dans les relations avec les autorités n'est pas sans susciter diverses difficultés, difficultés qui ont poussé le législateur à adapter le code de procédure civile pour prévoir que lorsqu'un acte notifié par envoi postal normal est reçu un samedi, un dimanche ou un jour férié prévu par le droit fédéral ou le droit cantonal du siège du tribunal, la communication est réputée avoir lieu le premier jour ouvrable qui suit¹⁷⁴.

¹⁷⁰ ZK-HIGI/WILDISEN, art. 271 CO N 104.

¹⁷¹ ATF 107 II 189. Voir *supra*, N 62.

¹⁷² ATF 119 II 147, JdT 1994 I 205. Voir *supra*, N 78.

¹⁷³ Voir *supra*, N 10 ss ; TF du 11.03.2020, 2C_1032/2019, cons. 3.3.

¹⁷⁴ Art. 142 al. 1^{bis} CPC adopté le 17 mars 2023 et entrant en vigueur le 1^{er} janvier 2025.

92. Comme détaillé ci-dessus¹⁷⁵, un avant-projet de loi fédérale sur les notifications d'actes le week-end et les jours fériés¹⁷⁶ prévoit par ailleurs de réviser la loi fédérale sur la supputation des délais comprenant un samedi pour faire en sorte qu'une communication qui est remise un samedi, un dimanche ou un jour férié *sans qu'une signature soit requise* soit réputée notifiée le premier jour ouvrable qui suit (fiction de notification). Cette solution permettrait de régler la question des courriers A+ notifiés le samedi¹⁷⁷. Mais il n'empêche qu'en cas d'absence du locataire, le délai partira immédiatement (sous réserve du samedi) et non à l'échéance d'un délai de sept jours¹⁷⁸. *De lege ferenda*, une solution serait d'exiger que ces communications interviennent par plis recommandés, comme le droit procédural le prévoit pour les notifications d'actes essentiels¹⁷⁹, afin d'assurer un règlement uniforme de la question.

B. Respect du délai pour saisir l'autorité

1. Théorie de l'expédition

93. La théorie de l'expédition s'applique en matière de respect du délai pour saisir une autorité, y compris en matière d'action formatrice (art. 87 CPC)¹⁸⁰. Il en va ainsi en cas de contestation du loyer initial (art. 270 al. 1 CO) et de hausse de loyer (art. 270b al. 1 CO)¹⁸¹, de refus d'une baisse de loyer par le bailleur (art. 270a al. 2 CO), de contestation du congé et de demande de

¹⁷⁵ Voir *supra*, N 58.

¹⁷⁶ Voir l'avant-projet de loi fédérale sur les notifications d'actes le week-end et les jours fériés.

¹⁷⁷ A noter cependant que l'art. 1a al. 3 de l'avant-projet réserve les clauses contractuelles qui règlent la réception de communications.

¹⁷⁸ Voir le rapport à l'appui de l'avant-projet, p. 18.

¹⁷⁹ Voir art. 138 al. 1 CPC et 85 al. 2 CPP.

¹⁸⁰ JEANPRÊTRE, L'expédition et la réception, p. 349 ; JEANPRÊTRE, Termes et délais dans le bail, p. 8.

¹⁸¹ ATF 107 II 189.

prolongation du bail (art. 273 CO)¹⁸². Dans chacune de ces hypothèses, le locataire dispose d'un délai de trente jours¹⁸³.

2. Absence d'interruption ou de suspension

94. Les délais de déchéance ne peuvent être *ni interrompus, ni suspendus*, en particulier par les vacances judiciaires¹⁸⁴. Ils ne peuvent pas plus être restitués (art. 148 CPC), car il ne s'agit pas de délais de procédure¹⁸⁵. En matière de contestation de loyer initial, le délai continue à courir lorsque le locataire demande à connaître le loyer payé par son prédécesseur, droit inscrit à l'art. 256a al. 2 CO¹⁸⁶.

3. Modes de remise de l'acte

95. Le délai est respecté si l'acte du locataire est remis directement à l'autorité, ou une poste suisse, le cas échéant à un guichet commercial durant les heures d'ouverture, accessible au moyen d'une carte d'accès magnétique¹⁸⁷ ou dans une boîte aux lettres suisse le dernier jour du délai, avant minuit¹⁸⁸.
96. La problématique se posant de manière identique à celle du respect des délais judiciaires, il faut admettre que l'acte soit remis

¹⁸² Voir *supra*, N 37.

¹⁸³ Sous réserve de la demande de prolongation du bail en cas de bail de durée indéterminée : 60 jours avant la fin du bail, art. 273 al. 2 let. b CO.

¹⁸⁴ Voir ATF 123 III 67, JdT 1997 I 601.

¹⁸⁵ ZK-HIGI/WILDISSEN, art. 273 CO N 55 ; SVIT-K-POLIVKA, art. 273 CO N 14 ; Mietrecht Kommentar-PERMAN, art. 273 CO N 7.

¹⁸⁶ LACHAT/STASTNY, Bail à Loyer, p. 482 N 2.5.3.

¹⁸⁷ TF du 10.02.2023, 4A_466/2022, cons. 2-4 ; TF du 12.12.2023, 4A_95/2023, cons. 3.2.

¹⁸⁸ TF du 04.04.2023, 4A_556/2022, cons. 2.1 (recours) : « *bis um 24:00 Uhr des letzten Tages der laufenden Frist* ».

dans un *automate Mypost24*¹⁸⁹ voire à un *coursier de la Poste*¹⁹⁰ en cas de contrat de prise en charge des envois postaux¹⁹¹.

97. On peut se demander si le locataire peut également déposer l'acte à une *représentation diplomatique ou consulaire suisse*, comme le prévoit l'art. 143 al. 1 CPC et l'art. 48 al. 1 LTF. A notre sens, il faut l'admettre par souci de cohérence, car comme en matière de délai judiciaire, il s'agit de s'adresser à une autorité judiciaire en matière civile.
98. L'affranchissement insuffisant ou la mauvaise désignation de l'autorité destinataire sauvegarde le délai, si une nouvelle expédition postale corrige le défaut en question et que l'identité des deux envois est établie¹⁹². L'interdiction des comportements contradictoires oblige cependant l'expéditeur à conserver l'expédition postale pour la seconde tentative de dépôt de son acte, à moins que la poste ne soit à l'origine de l'erreur¹⁹³. Il faut cependant admettre que cette exception à l'exception, si elle se comprend, rend le régime applicable peu lisible.

4. Preuve de l'expédition

99. Une importante jurisprudence s'est développée en matière de preuve de respect du délai pour saisir l'autorité dans le cadre

¹⁸⁹ Comp. ATF 142 V 389, cons. 2.2.

¹⁹⁰ Imaginons par exemple une étude d'avocats, locataire, qui fait usage de ce service pour ses envois.

¹⁹¹ Comp. ATF 142 V 389, cons. 2-3 ; TF du 12.12.2023, 4A_95/2023, cons. 3.2 et les réf. Le Tribunal fédéral relève dans ce dernier arrêt que le contenu matériel de l'art. 143 al. 1 CPC étant identique à celui des dispositions correspondantes des différentes lois de procédure fédérales, la jurisprudence rendue à propos de ces autres dispositions doit être prise en considération.

¹⁹² TF du 29.08.2023, 5A_866/2022, cons. 2.4.1.

¹⁹³ *Ibid.* Sans doute préoccupé par le risque d'une nouvelle erreur de la Poste, l'expéditeur avait alors déposé son acte, le même jour, directement auprès de l'autorité. La décision d'irrecevabilité prononcée, en raison du changement de mode de dépôt, par l'autorité d'appel violait l'interdiction du formalisme excessif, puisque l'expéditeur n'avait pas fait montre d'un comportement contradictoire.

d'une procédure¹⁹⁴. Conformément à l'art. 8 CC, dont la portée est générale et concerne aussi la démonstration du respect des conditions de recevabilité, la preuve de l'expédition d'un acte de procédure en temps utile incombe à son auteur¹⁹⁵.

100. La preuve stricte s'impose¹⁹⁶. Elle peut résulter du sceau postal, du récépissé de l'envoi posté en recommandé, de l'accusé de réception obtenu au guichet postal, de la quittance imprimée par l'automate MyPost 24 ou de tout autre moyen adéquat (*tauglich*), tel le témoignage d'une ou de plusieurs personnes¹⁹⁷. Tous ces principes valent également en matière de respect du délai en matière d'actions formatrices.
101. Lorsque l'expéditeur doit savoir que le sceau postal apposé sur le pli indiquera une date postérieure à l'expiration du délai, les règles de la bonne foi lui commandent d'offrir spontanément (dans l'acte, ses annexes ou sur l'enveloppe) les preuves utiles au renversement de la présomption découlant du sceau postal¹⁹⁸. L'expéditeur doit indiquer en cas de témoin, son nom et son adresse¹⁹⁹. A défaut, il perd son droit d'apporter la preuve du dépôt de l'acte en temps utile dans un deuxième temps²⁰⁰. Il en va de même en cas de dysfonctionnement du service « MyPost 24 » perceptible dès son utilisation (absence de quittance et « régénération du mécanisme ») : il revient dans ce cas à son utilisateur de se prévaloir du témoin présent. On ne peut pas attendre l'annonce de la poste selon laquelle le pli a été perdu²⁰¹. Si, en revanche, l'expéditeur ne peut pas savoir que le

¹⁹⁴ Pour l'historique : JEANPRÊTRE, Termes et délais dans le bail, p. 8 et n. 22.

¹⁹⁵ ATF 142 V 389, cons. 2.2 ; TF du 12.12.2023, 4A_95/2023, cons. 3.2.

¹⁹⁶ ATF 142 V 389, cons. 2.2 ; TF du 12.12.2023, 4A_95/2023, cons. 3.2.

¹⁹⁷ La partie qui prétend avoir déposé son acte antérieurement à la date attestée par le sceau postal a le droit de renverser la présomption, déduite du sceau postal, que sa remise à la poste serait tardive par tous moyens de preuve adéquats : ATF 142 V 389, cons. 2.2 ; TF du 12.12.2023, 4A_95/2023, cons. 3.2. Pour des développements, voir BOHNET/WOJCIK, p. 205.

¹⁹⁸ TF du 12.12.2023, 4A_95/2023, cons. 4.2.1 et les réf.

¹⁹⁹ *Ibid.*

²⁰⁰ *Ibid.*

²⁰¹ TF du 05.02.2019, 5A_972/2018, cons. 3-5, RSPC 2019 260.

sceau aura une date postérieure, il doit pouvoir proposer toute preuve utile conformément aux règles de procédure²⁰².

5. Examen d'office et sanction

102. Le tribunal doit examiner d'office si le délai a été respecté²⁰³. La doctrine est unanime²⁰⁴. La question de savoir si, passé le délai, la demande en contestation du loyer initial, en baisse de loyer ou en annulation du congé ou en prolongation du bail est *irrecevable ou mal fondée* est en revanche controversée. Il est fréquent que les tribunaux cantonaux déclarent irrecevable une demande tardive²⁰⁵. A notre sens, ils le font à raison, car le délai pour agir échu, la protection juridique ne peut plus être obtenue²⁰⁶. Le droit à un jugement au fond suppose en effet l'affirmation d'un droit à la protection juridique méritant d'être protégée, ce qui n'est plus le cas une fois le délai échu. Faute de droit d'action, c'est l'irrecevabilité qui doit sanctionner la demande²⁰⁷. Alors qu'une partie de la doctrine suit cette approche²⁰⁸, une autre retient sans autre analyse que la demande doit être rejetée au fond, parce que

²⁰² TF du 12.12.2023, 4A_95/2023, cons. 4.2.1.

²⁰³ ATF 131 III 566 (contestation d'une hausse de loyer), qui renverse l'ancienne jurisprudence (JdT 1983 I 211, cons. 2 non publié dans l'ATF 108 II 470) ; 140 III 583, cons. 3.1 : « A défaut, il est réputé avoir accepté le loyer et il est déchu du droit de le contester ».

²⁰⁴ SVIT-K-POLIVKA, art. 273 CO N 14 ; CPra Bail-CONOD, art. 273 CO N 13 ; LACHAT, Bail à Loyer, p. 985 N 6.1 et les réf.

²⁰⁵ TF du 22.05.2008, 4A_171/2008, cons. 1.2 ; voir l'état de fait de l'ATF 131 III 566 en matière de contestation de hausse de loyer ; voir aussi le prononcé des tribunaux vaudois *in* : TF du 11.11.2013, 4A_471/2013, B et le prononcé du tribunal des baux et de la Cour de justice *in* : ATF 143 III 15, cons. B.b. Le TF a retenu le mal-fondé, cons. 6.

²⁰⁶ BOHNET, Défense, p. 307.

²⁰⁷ Pour des développements, voir BOHNET/DROESE, p. 486 ss. C'est l'approche en France pour les délais dits préfix, soit un délai dont dispose une partie pour accomplir un acte, voir par exemple CHAINAIS CECILE/FERRAND FREDERIQUE/MAYER LUCIE/GINCHARD SERGE, Procédure civile, 35^e éd., Paris 2020, N 232, 376. Le délai préfix est un exemple classique de fin de non-recevoir qui aboutit à l'irrecevabilité de la demande.

²⁰⁸ CORBOZ, p. 23.

le délai relève du droit matériel²⁰⁹. Or la conséquence du non-respect du délai n'est pas automatiquement rattachée à la branche du droit qui gouverne le délai. Il en va de même de la capacité d'être partie : celle-ci est régie par le droit matériel, mais son défaut aboutit à l'irrecevabilité de la demande (art. 59 al. 2 let. c CPC).

103. Si l'on considère que la question du respect du délai pour agir relève du fond, un examen d'office suppose a priori que la date de réception affirmée par le locataire soit contestée par le bailleur, faute de quoi le juge ne doit en principe pas examiner ce point, sous réserve de l'hypothèse de l'art. 153 al. 2 CPC. Nulle difficulté en revanche si le respect du délai est considéré comme une condition de recevabilité relative à l'action : dans ce cas l'examen d'office résulte de l'art. 60 CPC²¹⁰.

C. Erreur dans la saisine

104. L'art. 62 al 1 CPC indique que l'instance est – entre autres – introduite par le dépôt de la requête de conciliation. Cet acte assure le respect du délai de trente jours pour agir, tout comme il fixe la litispendance. Ces deux effets sont cependant indépendants²¹¹.
105. Dans l'hypothèse où l'acte par lequel le locataire conteste le loyer initial, une hausse de loyer ou un congé, ou par lequel il demande une baisse de loyer ou une diminution de loyer serait déclaré irrecevable après avoir été adressé à une *autorité de conciliation incompétente*²¹² ou directement au tribunal, l'art. 63 al. 1 CPC lui

²⁰⁹ SVIT-K-POLIVKA, art. 273 CO N 14.

²¹⁰ TF du 14.09.2018, 4A_429/2018, cons. 4, RSPC 2019 59 : le juge doit s'assurer qu'un jugement au fond ne sera pas rendu malgré l'absence d'une condition de recevabilité. Il revient à la partie qui veut démontrer qu'une telle condition est remplie de proposer les preuves en soutien de son affirmation.

²¹¹ BOHNET, La prescription, N 37.

²¹² ATF 146 III 47, cons. 2, RSPC 2020 311 : l'autorité de conciliation peut se déclarer incompétente en cas d'incompétence matérielle manifeste. Idem en cas d'incompétence locale manifeste, ATF 146 III 265, cons. 4, RSPC 2020 148.

permet de sauvegarder son délai. Le locataire doit réintroduire le même acte²¹³ dans le mois qui suit la déclaration d'irrecevabilité devant l'autorité de conciliation compétente afin que l'instance soit réputée introduite à la date du premier dépôt de l'acte.

106. Qu'en est-il lorsque l'autorité de conciliation délivre une autorisation de procéder, dont la nullité est ensuite retenue par le tribunal faute de compétence matérielle ou locale²¹⁴ ? L'art. 63 al. 1 CPC s'applique alors, mais le moment déterminant pourrait être le dépôt de la demande, et non celui de la requête de conciliation privée d'effet, puisque c'est la demande qui est dans ce cas déclarée irrecevable et non la requête de conciliation. A notre sens, compte tenu du but assigné à l'art. 63 al. 1 CPC, il faut admettre que l'instance est réputée introduite à la date du premier dépôt de la requête de conciliation²¹⁵.
107. Selon l'art. 143 al. 1^{bis} CPC, adopté le 17 mars 2023 et qui entre en vigueur le 1^{er} janvier 2025, « *Les actes remis dans les délais, mais adressés par erreur à un tribunal suisse incompétent sont réputés remis en temps utile. Lorsqu'un autre tribunal suisse est compétent, le tribunal incompétent les lui transmet d'office* ». Cette problématique devrait donc être simplifiée, étant précisé que l'exigence de transfert vaut aussi pour l'autorité de conciliation²¹⁶, mais uniquement si son incompétence est manifeste et si la compétence de l'autorité à laquelle elle transfère le dossier est elle aussi manifeste²¹⁷.

²¹³ ATF 141 III 481, cons. 3.2.4 : le demandeur doit déposer l'acte qu'il a adressé au tribunal incompétent *en original* au tribunal qu'il tient pour compétent, accompagné, le cas échéant, d'une traduction dans la langue officielle du canton compétent. Voir aussi ATF 145 III 428, cons. 3.5.2, 3.5.4 et 4 (non publié), RSPC 2020 30.

²¹⁴ ATF 146 III 47, cons. 2, RSPC 2020 311. L'autorisation de procéder n'est pas valable si la partie adverse conteste la compétence ou fait défaut (ATF 146 III 265, cons. 5.5.3, RSPC 2020 148).

²¹⁵ CR CPC-BOHNET, art. 63 N 10 et les réf.

²¹⁶ Message révision CPC du 26.02.2020, FF 2020 2656.

²¹⁷ LÖTSCHER/PLATTNER, p. 714.

108. En cas d'*indication inexacte de l'une des parties*, le délai pour saisir l'autorité est respecté s'il ne s'agit que d'une inexactitude purement formelle pouvant être rectifiée en vertu du principe de la bonne foi (art. 52 CPC). Tel est le cas lorsqu'il n'existe dans l'esprit du juge et des parties aucun doute raisonnable sur l'identité de la partie, notamment lorsqu'elle résulte de l'objet du litige²¹⁸. En revanche, en cas de vice grave, lorsque la partie n'est pas déterminable ou est inexistante, la demande est irrecevable et le délai pour agir est épuisé²¹⁹.

²¹⁸ TF du 09.11.2015, 4A_116/2015, cons. 3.5.1 ; ATF 131 I 57, cons. 2.2 ; 114 II 335, cons. 3, JdT 1989 I 337 ; CHK-KILLIAS/WIGET, art. 138 CO N 14, 19.

²¹⁹ ATF 142 III 782, cons. 3.2.1 ; TF du 05.10.2016, 4A_242/2016, cons. 3.2.1 ; TF du 09.11.2015, 4A_116/2015, cons. 3.5.1 et les réf.

Bibliographie

ATAMER YEŞİM M./FURRER ANDRAS (édit.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen, 4^e éd., Zurich/Genève 2023 (cité : CHK-AUTEUR)

BARTELS TOBIAS, Die Fristwahrung im Mietrecht – insbesondere bei empfangsbedürftigen Willenserklärungen, MRA 2002, p. 1 ss (Teil 2) et 125 ss (Teil 3)

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

BOHNET FRANÇOIS, La prescription en procédure civile, *in* : Bohnet/Dupont (édit.), Le nouveau droit de la prescription, Bâle/Neuchâtel 2019, p. 157 ss (cité : BOHNET, prescription)

BOHNET FRANÇOIS, Les défenses en procédure civile suisse, RDS 2009 II, p. 185 ss (cité : BOHNET, Défense)

BOHNET FRANÇOIS/CARRON BLAISE/MONTINI MARINO (édit.), Droit du bail à loyer et à ferme, Commentaire pratique, 2^e éd., Bâle 2017 (cité : CPra Bail-AUTEUR)

BOHNET FRANÇOIS/DROESE LORENZ, Le droit d'action en procédure civile suisse, RSPC 2021, p. 466 ss

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

BOHNET FRANÇOIS/WOJCIK YAN, La poste et la preuve du délai d'appel, Revue de l'avocat 2024, p. 203 ss

CARRON BLAISE/WESSNER PIERRE, Droit des obligations, partie générale, vol. I, Berne 2022

CORBOZ BERNARD, Les congés affectés d'un vice, *in* : 9^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 1996

ERNST WOLFGANG/OBERHOLZER SERAFIN/SUNARIC PREDRAG, Fristen und Fristberechnung im Zivilprozess (ZPO – BGG – SchKG), 2^e éd., Zurich 2021

HIGI PETER/BÜHLMANN ANTON/WILDISEN CHRISTOPH, Zürcher Kommentar, Teilband V2b, Die Miete – Art. 269-273c OR, 5^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2022 (cité : ZK-AUTEUR)

JEANPRÊTRE RAYMOND, Termes et délais dans le bail, *in* : 2^e Séminaire sur le bail à loyer, Neuchâtel 1982 (cité : Termes et délais dans le bail)

JEANPRÊTRE RAYMOND, L'expédition et la réception des actes de procédure et des actes juridiques, RSJ 1973, p. 349 ss (cité : Expédition et réception)

KOLLER ALFRED, Empfangstheorie und « Ferien-Kündigung », RJB 1999, p. 136 ss

KRAMER ERNST A., Berner Kommentar, Band VI, 1. Teilband, 1. Lieferung : Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1 und 2 OR, Berne 1980 (cité : BK-KRAMER)

LCHAT DAVID/GROBET THORENS KARIN/RUBLI XAVIER/STASTNY PIERRE, Le bail à loyer, Lausanne 2019 (cité : AUTEUR, Bail à loyer)

LÖTSCHER CORDULA/PLATTNER PATRICK, Die Weiterleitungspflicht nach Art. 143 Abs. 1^{bis} revZPO, RSPC 2023, p. 689 ss

MENGE JEAN-PIERRE, Kündigung und Kündigungsschutz bei der Miete von Wohn- und Geschäftsräumlichkeiten, Thèse, Bâle 1993

MÜLLER CHRISTOPH, Berner Kommentar, Art. 1-18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht, Berne 2018 (cité : BK-MÜLLER)

PERMANN RICHARD, Mietrecht – Kommentar, 2^e éd., Zurich 2007 (cité : Mietrecht Kommentar-PERMANN)

SCHRANER MARIUS, Zürcher Kommentar, Teilband V 1e, 1. Lieferung : Art. 68-83 OR, 3^e éd., Zurich 1991

STASTNY PIERRE, Questions choisies en matière de droit du bail à loyer, Plaidoyer 2017, p. 36 ss

SVIT (édit.), Das schweizerische Mietrecht – Kommentar, 4^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2018 (cité : SVIT-K-AUTEUR)

THÉVENOZ LUC/WERRO FRANZ (édit.), Commentaire romand Code des obligations I, 3^e éd., Bâle 2021 (cité CR CO I-AUTEUR)

WEBER ROLF H., Berner Kommentar, Teilband 4, Artikel 68-96, 2^e éd., Berne 2005 (cité : BK-WEBER)

WESSNER PIERRE, L'extinction ordinaire du bail à loyer, *in* : 7^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 1992

WIDMER LÜCHINGER CORINNE/OSER DAVID (édit.), Basler Kommentar Obligationenrecht I, 7^e éd., Bâle 2020 (cité : BSK OR I-AUTEUR)

ZIHLMANN PETER, Das Mietrecht, 2^e éd. Zurich 1995

L'enrichissement illégitime en droit du bail

par

Blaise Carron

Professeur à l'Université de Neuchâtel

et

Gaëtan Corthay

Avocat, assistant-doctorant à l'Université de Neuchâtel

I. Introduction.....	53
II. L'enrichissement illégitime	53
A. Les sources.....	53
B. La notion	54
1. Une définition.....	54
2. Les caractéristiques	55
3. Une distinction	56
4. Quelques délimitations.....	57
C. Le régime juridique.....	60
1. Les conditions	60
2. La conséquence	66
3. La prescription.....	69
III. Le droit du bail et la restitution des prestations indues	71
A. Les régimes applicables	71
B. Les principales applications des autres régimes.....	71
1. Le régime des droits réels.....	71
2. Le régime contractuel.....	72

3. Le régime délictuel.....	75
4. La gestion d'affaires sans mandat	77
IV. Les principales applications de l'enrichissement illégitime en droit du bail.....	80
A. Le loyer convenu en début de bail	80
1. La nullité du loyer initial	80
2. La contestation du loyer initial	86
3. La convention spéciale portant sur les frais accessoires inexistante ou nulle.....	89
B. Les attributions indues faites en cours de bail.....	94
1. La demande de baisse de loyer	94
2. La majoration de loyer nulle ou inefficace.....	96
3. Les frais accessoires versés en trop	101
C. Deux autres hypothèses.....	104
1. L'indemnité pour occupation illicite	104
2. Les transactions couplées	106
V. Conclusion.....	109
Bibliographie.....	111

I. Introduction

1. On peut définir le bail comme un contrat d'usage par lequel une partie (le bailleur) s'oblige à céder à une autre (le locataire) l'usage d'une chose pour une certaine durée, moyennant un certain loyer¹. Derrière l'échange de prestations d'apparence régulière et prévisible que suggère cette définition, le contrat de bail est parfois le lieu d'attributions indues.
2. La présente contribution explore le régime applicable à la restitution des prestations indues en matière de bail, en se concentrant sur le régime de l'enrichissement illégitime.
3. Elle adopte la **structure** suivante. Nous présenterons d'abord de façon générale l'enrichissement illégitime en tant que source d'obligations (*infra* II). Nous exposerons ensuite le phénomène de restitution des prestations indues en droit du bail en passant en revue les différents régimes applicables, contractuels et extracontractuels (*infra* III). Avant de conclure (*infra* V), nous détaillerons enfin les principaux cas d'application de l'enrichissement illégitime en droit du bail, en distinguant les hypothèses relatives au loyer convenu en début de contrat, les attributions indues faites en cours de bail et deux autres hypothèses choisies (*infra* IV).

II. L'enrichissement illégitime

A. Les sources

4. Les dispositions légales relatives à l'enrichissement illégitime se trouvent dans le troisième chapitre du titre premier de la partie générale du CO (« De la formation des obligations »). La matière est réglée par les art. 62 à 67 CO.
5. L'enrichissement illégitime est une des sources d'obligations, aux côtés notamment du contrat, des actes illicites et de la gestion d'affaires sans mandat. Il s'agit d'une institution en principe

¹ Pour une définition parmi d'autres, TERCIER/BIERI/CARRON, N 1621.

subsidaire, qui cède régulièrement le pas à d'autres régimes (*infra* N 17).

6. De nombreuses situations et dispositions de l'ordre juridique suisse renvoient expressément ou implicitement aux **art. 62 ss CO**². L'art. 62 CO prévoit le principe d'une obligation en restitution de l'enrichissement illégitime et d'une action en répétition de celui-ci (al. 1). La disposition énumère également les principales hypothèses d'enrichissement (al. 2). L'art. 66 CO exclut l'action en restitution de l'enrichissement illégitime dans certaines circonstances. Quant à l'art. 63 CO, il règle le cas particulier du paiement de l'indu. L'étendue de la réparation est régie par les art. 64 et 65 CO, alors que l'art. 67 CO instaure un régime spécifique de prescription qui déroge aux règles ordinaires des art. 127 ss CO³.

B. La notion

1. Une définition

7. On parle d'enrichissement illégitime (*ungerechtfertigte Bereicherung*) lorsqu'une personne bénéficie, sans cause légitime, d'un avantage patrimonial aux dépens d'une autre⁴.
8. Cette définition trouve son origine dans la loi qui prévoit que « celui qui, sans cause légitime, s'est enrichi aux dépens d'autrui, est tenu à restitution » (art. 62 CO). Il s'agit d'une clause générale, qu'il est nécessaire d'interpréter et de concrétiser. Il reviendrait donc en principe à la pratique judiciaire d'en préciser les contours. Or la jurisprudence relative à l'institution est souvent peu détaillée tout en provenant de domaines très variés.

² Cf. notamment les art. 91 al. 2, 497, 528 al. 1, ou 565 al. 1 CC ainsi que les art. 39 al. 3, 119 al. 2, 421 al. 1 ou 678 CO ; pour une liste exhaustive, CARRON/WESSNER, vol. I, N 1074.

³ ATF 146 III 82, cons. 4.1.1.

⁴ CARRON/WESSNER, vol. I, N 1039 ; ég. dans ce sens, CR CO I-CHAPPUIS, Intro. art. 62-67 N 6.

Ces caractéristiques ont pour conséquence que le système est difficile à appréhender de façon précise et cohérente⁵.

2. Les caractéristiques

9. L'enrichissement illégitime présente en principe les **caractéristiques** suivantes :
10. Il fait intervenir **deux parties**, un débiteur (l'enrichi) et un créancier, titulaire du patrimoine aux dépens duquel l'enrichissement a eu lieu.
11. Moyennant la réunion des conditions matérielles évoquées ci-dessous (*infra* N 27 ss), cette institution est la source d'une **créance en restitution** de l'enrichissement illégitime contre l'enrichi (*Kondiktion*). Les art. 62 ss CO visent ainsi à rétablir un déséquilibre patrimonial survenu sans cause valable ; le régime se justifie par des considérations proches de l'équité⁶⁻⁷.
12. L'enrichissement illégitime est adapté aux cas d'**enrichissement unilatéral**, en particulier lorsqu'un transfert de patrimoine – à l'exclusion des transferts portant sur une chose (*infra* N 18) – a lieu sans cause. Si l'enrichissement est bilatéral, on fait le plus souvent appel à d'autres constructions juridiques, parmi lesquelles le rapport de liquidation contractuel, la résiliation *ex nunc* ou le contrat de fait⁸. L'implication et la portée de ces autres institutions seront évoquées à mesure qu'elles sont pertinentes (*infra* N 19, 167).
13. L'enrichissement illégitime est non seulement une institution de droit privé, mais également un **principe général** du droit⁹. Les

⁵ Dans ce sens, CR CO I-CHAPPUIS, art. 62 N 1.

⁶ ATF 70 II 117, cons. 1, JdT 1944 I 442 ; TF, SJ 1994, p. 269 ; plus nuancé ATF 117 II 404, cons. 3d, JdT 1993 I 66.

⁷ Dans ce sens, GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1465.

⁸ CARRON/WESSNER, vol. I, N 1052.

⁹ CARRON/WESSNER, vol. I, N 1053.

art. 62 ss CO s'appliquent ainsi directement ou par analogie en droit public, y compris en droit des assurances sociales¹⁰.

3. Une distinction

14. En identifiant les différentes **causes** de l'enrichissement, nous opérons une classification selon qu'il provient ou non d'un acte du créancier.
15. Lorsque l'enrichissement **provient d'un acte du créancier** (*Leistungskondiktion*), celui-ci adopte volontairement un comportement et s'en trouve appauvri¹¹. Dans ce cas, l'appauvri fait un acte d'attribution en faveur de l'enrichi, notamment en lui transférant une somme d'argent ou en lui remettant une chose¹².
16. Lorsque l'enrichissement **ne provient pas d'un acte du créancier** (*Nichtleistungskondiktion*), il dépend d'un fait extérieur aux parties ou d'un acte de l'enrichi qui s'imisce sans cause dans le patrimoine du créancier¹³. L'événement extérieur peut consister dans un événement naturel ou le fait d'un tiers. Les modifications du droit de propriété à la suite d'un glissement de terrain (art. 660 al. 2 CC) ou à la force de l'eau (art. 725 al. 1 CC) sont deux exemples d'événements naturels pouvant provoquer un enrichissement¹⁴. Quant au fait d'un tiers, on pense notamment à l'œuvre sauvage d'un maçon qui, avec les matériaux appartenant à son cocontractant, érige un mur sur le terrain d'un tiers enrichi, hors de tout contrat¹⁵. On verra que cette configuration ne suppose ni l'appauvrissement du créancier ni même un déplacement de patrimoine direct entre l'appauvri et l'enrichi (*infra* N 33 ss).

¹⁰ ATF 144 II 412, cons. 3.1 ; 139 V 426, cons. 5.1.

¹¹ TF du 02.05.2005, 4C.279/2003, cons. 3.2.

¹² Pour un exemple, ATF 110 II 335.

¹³ CARRON/WESSNER, vol. I, N 1057 et réf. citées.

¹⁴ CR CO I-CHAPPUIS, art. 62 N 2.

¹⁵ Dans ce sens, GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1492.

4. Quelques délimitations

17. Nous avons qualifié l'enrichissement illégitime de **source d'obligations subsidiaire** (*supra* N 5)¹⁶. D'autres institutions permettent de fonder des prétentions en restitution. Il convient de procéder aux délimitations suivantes :
18. 1° Avec les **prétentions réelles** en restitution (art. 641 ss CC). Un propriétaire dispose du droit de revendiquer une chose mobilière ou immobilière sur la base de son droit de propriété (art. 641 et 975 CC). Ces prétentions réelles ont la priorité sur une éventuelle créance fondée sur l'enrichissement illégitime¹⁷. Les conditions des art. 62 ss CO ne sont alors pas réunies, puisque le possesseur de la chose n'est pas enrichi (*infra* N 29), faute d'en être propriétaire. De ce point de vue, le propriétaire n'est pas non plus appauvri puisqu'il conserve la propriété de son bien¹⁸. Si la prétention réelle venait à s'éteindre, par exemple à la suite d'un mélange (art. 727 CC) ou d'une spécification (art. 726 CC), les conditions des art. 62 ss CO seraient en revanche réunies¹⁹.
19. 2° Avec les **prétentions contractuelles** en restitution. L'existence d'une prétention contractuelle exclut tout concours avec les prétentions fondées sur l'enrichissement illégitime. Un contrat efficace suppose en effet une cause légitime d'enrichissement²⁰. En vertu du principe de subsidiarité, les art. 62 ss CO cèdent donc le pas devant les règles contractuelles²¹. Les prétentions contractuelles concernent en premier chef la restitution de prestations en lien avec un vice dans l'exécution du contrat enrichi (*infra* N 65 ss). Ainsi, lorsque le créancier choisit

¹⁶ ATF 137 III 243, cons. 4.2, JdT 2014 II 443.

¹⁷ ATF 135 III 474, cons. 3.3.1, JdT 2011 II 551.

¹⁸ Pour autant que l'appauvrissement du créancier soit considéré comme une condition de l'enrichissement illégitime. Sur cette question, CARRON/WESSNER, N 1046.

¹⁹ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1502.

²⁰ ATF 135 III 289, cons. 6 ; pour un catalogue des configurations dans lesquelles les règles contractuelles l'emportent sur l'enrichissement illégitime, CARRON/WESSNER, N 1066.

²¹ ATF 137 III 243, cons. 4.4.1, JdT 2014 II 443.

de résoudre un contrat déjà exécuté en vertu des art. 107 al. 2 et 109 CO, les parties doivent restituer leurs prestations sur la base d'un rapport de liquidation contractuel, à l'exclusion des règles sur l'enrichissement illégitime²².

20. La liberté contractuelle permet également aux parties de convenir d'une restitution en cas de prestations exécutées sur le fondement d'une cause qui ne se serait pas réalisée ou qui aurait cessé d'exister. Dans ce cas, en dépit de la réalisation des conditions de l'enrichissement illégitime, le fondement de la restitution sera contractuel²³.
21. **3° Avec les prétentions délictuelles** en restitution. Les prétentions délictuelles fondées sur l'art. 41 CO supposent la commission d'un acte illicite et d'une faute²⁴. Elles visent à compenser la diminution patrimoniale subie par la victime. L'enrichissement illégitime non seulement ne connaît pas les mêmes conditions (*infra* N 27 ss), mais vise davantage le rétablissement de l'équité patrimoniale par la suppression d'un avantage (illégitime ; *supra* N 11)²⁵.
22. Lorsqu'un enrichissement illégitime survient à la suite d'un acte illicite (p.ex. un contrat de vente frappé de dol), le créancier peut invoquer concurremment, voire cumulativement les deux prétentions. Le créancier peut choisir de faire valoir des dommages-intérêts, des prétentions en enrichissement illégitime ou de se fonder en même temps sur les deux institutions, sous réserve de surindemnisation (*infra* N 78 ss)²⁶.
23. **4° Avec les prétentions en restitution fondées sur la gestion d'affaires sans mandat.** Cette institution régit les rapports

²² HUGUENIN, N 1788 ; MORIN, N 13 ; ATF 114 II 152, JdT 1988 I 523 ; ég. 137 III 243, cons. 4.4.1, JdT 2014 II 443.

²³ MORIN, N 14.

²⁴ Sur ces questions, MÜLLER, N 152 ss et 237 ss ; BSK OR-KESSLER, art. 41 N 30 ss et 45 ss.

²⁵ Dans ce sens, HUGUENIN, N 1771 ; KOLLER, OR AT, N 30.01.

²⁶ CARRON/WESSNER, vol. I, N 1069 ; ENGEL, p. 583 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1499 et 1510.

juridiques qui résultent de l'action d'une personne qui exécute des actes de gestion dans la sphère juridique d'autrui, sans y être obligée ni autorisée²⁷.

24. En cas de gestion d'affaires sans mandat **parfaite**, le gérant dispose notamment d'une créance en remboursement de ses dépenses nécessaires et utiles (art. 422 al. 1 CO)²⁸. Les règles sur l'enrichissement illégitime ne s'appliquent pas²⁹.
25. En cas de gestion d'affaires sans mandat **imparfaite de bonne foi**, les règles de l'enrichissement illégitime (art. 62 ss CO) s'appliquent tant à la créance du maître contre le gérant pour s'approprier l'enrichissement que celui-ci a réalisé dans le cadre de sa gestion, qu'à celle du gérant contre le maître pour le remboursement de ses impenses³⁰.
26. En cas de gestion d'affaires sans mandat **imparfaite de mauvaise foi**, l'art. 423 CO constitue une *lex specialis* par rapport aux art. 62 ss CO. En vertu de l'art. 423 al. 2 CO, le gérant ne peut obtenir le remboursement de ses impenses que jusqu'à concurrence de l'enrichissement du maître. En vertu de l'art. 423 al. 1 CO, le maître peut réclamer au gérant la restitution du gain, à savoir la valeur objective de son enrichissement ainsi que le profit réalisé, voire en plus la réparation du dommage³¹. L'art. 423 al. 1 CO est, en principe, plus favorable au maître que les art. 62 ss CO, vu la possibilité de réclamer le gain réalisé et la compensation du dommage, en plus de la valeur objective de l'enrichissement³².

²⁷ TERCIER/BIERI/CARRON, N 5281 et 5302 ss.

²⁸ TERCIER/BIERI/CARRON, N 5358 ss.

²⁹ CARRON/WESSNER, vol. I, N 1071 ; HUGUENIN, N 1826 et réf. ; ég. ATF 55 II 262.

³⁰ TERCIER/BIERI/CARRON, N 5380 et 5383 et réf.

³¹ ATF 133 III 153, cons. 2.4 et 5 ; dans ce sens ég. CR CO I-CHAPPUIS, Intro. art. 62-67 N 8.

³² ATF 133 III 153, cons. 2.4 et 5 ; CARRON/WESSNER, vol. I, N 1071.

C. Le régime juridique

1. Les conditions

27. A teneur de l'**art. 62 al. 1 CO**, « celui qui sans cause légitime, s'est enrichi aux dépens d'autrui est tenu à restitution ». Les conditions de l'enrichissement illégitime qui découlent de cette disposition ne font pas l'objet d'un consensus. Certains auteurs et certaines décisions mentionnent quatre conditions³³, là où d'autres se limitent à trois³⁴.
28. Nous retenons, pour notre part, **quatre conditions** :
29. **1° Un « enrichissement »**. Une créance au sens des art. 62 ss CO suppose qu'une partie se soit enrichie. L'enrichissement est un avantage patrimonial, soit une différence entre le patrimoine actuel et celui qui existerait sans l'événement ayant conduit à l'enrichissement³⁵. Il peut se produire sous la forme d'une augmentation ou d'une non-diminution de l'actif, ou d'une diminution ou d'une non-augmentation du passif³⁶. Il n'y a en revanche pas d'enrichissement lorsqu'un actif en remplace un autre. C'est le cas d'un débiteur qui, versant par erreur à un créancier un montant, diminue du même coup la dette qu'il avait envers lui³⁷.
30. **2° Un enrichissement « aux dépens d'autrui »**. Cette expression exige une atteinte au patrimoine du créancier. Le texte allemand de l'art. 62 CO (« *aus dem Vermögen eines andern* ») est à l'origine d'une controverse. Il existe en effet un débat sur la nécessité, d'une part, d'un appauvrissement du créancier et, d'autre part, d'une connexité entre l'enrichissement

³³ TF du 12.01.2023, 4A_470/2020, cons. 4.2 et réf ; CR CO I-CHAPPUIS, art. 62 N 3 ; CARRON/WESSNER, vol. I, N 1077 ; KOLLER, OR AT, N 30.09 ss.

³⁴ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1465 ; HUGUENIN, N 1773 ; SCHWENZER/FOUNTOLAKIS, N 55.06 ss ; TERCIER/PICHONNAZ, N 1956 ss.

³⁵ ATF 143 II 37, cons. 8.4.1, JdT 2018 I 84.

³⁶ ATF 143 II 37, cons. 8.4.1, JdT 2018 I 84.

³⁷ Pour un exemple avec une institution de prévoyance et son preneur d'assurance, ATF 133 V 205, cons. 4.7.

du débiteur et l'appauvrissement du créancier. A notre avis, l'enrichissement illégitime n'implique pas nécessairement un transfert de patrimoine direct entre l'appauvri et l'enrichi³⁸. Le débiteur doit seulement être enrichi « aux dépens d'autrui »³⁹. Par conséquent, le patrimoine du créancier doit certes être affecté particulièrement, sans pour autant qu'un appauvrissement soit indispensable.

31. L'atteinte particulière au patrimoine du créancier peut revêtir *diverses formes* :
32. a) Lorsqu'elle consiste en un *acte du créancier* appauvri (*Leistungskondiktion*, *supra* N 15), l'atteinte suppose qu'il commette un acte à ses dépens. Celui-ci peut prendre la forme d'une prestation exécutée en vertu d'un contrat nul⁴⁰, d'une prestation exécutée en vertu d'un contrat soumis à une condition suspensive qui ne se réalise pas⁴¹ ou simplement d'une prestation effectuée à tort par suite d'une erreur de l'appauvri⁴². L'acte entraînera toujours un appauvrissement du créancier.
33. b) Lorsque l'atteinte ne découle *pas d'un acte du créancier* appauvri mais d'un acte de l'enrichi ou d'un fait extérieur (*Nichtleistungskondiktion*, *supra* N 16), il n'y a pas nécessairement appauvrissement du créancier ou déplacement de patrimoine direct entre l'appauvri et l'enrichi⁴³. Il suffit que la sphère patrimoniale du créancier subisse une atteinte particulière pour que la condition d'un enrichissement fait « [à ses] dépens » soit remplie⁴⁴.

³⁸ CARRON/WESSNER, vol. I, N 1099 s. et réf.

³⁹ ATF 129 III 646, cons. 4.2, JdT 2004 I 105 ; 129 III 422, cons. 4, JdT 2004 I 56.

⁴⁰ ATF 123 III 101, cons. 2 et 3a, JdT 1997 I 586 ; pour un exemple en matière de bail, TF du 28.02.2020, 4A_495/2019, cons. 3.3 s. non publié *in* : ATF 146 III 82.

⁴¹ ATF 137 III 243, cons. 4.4.7, JdT 2014 II 443 ; 129 III 264, cons. 3.2.2.

⁴² ATF 130 V 414, cons. 4 ; sur cette question en matière de bail, TF du 22.02.2018, 4A_451/2017, cons. 5.3.

⁴³ ATF 129 III 422, cons. 4, JdT 2004 I 56.

⁴⁴ CARRON/WESSNER, vol. I, N 1091.

34. Par **exemple**, le locataire qui, après avoir résilié le bail et mis en demeure la bailleresse de reprendre la chose louée (il s'agissait de matériel d'exploitation pour un café restaurant), continue de l'utiliser sans que la bailleresse s'y oppose, s'enrichit « aux dépens » de celle-ci, sans qu'il faille établir un appauvrissement de celle-ci⁴⁵. Autre exemple : celui qui remet à bail une chose à un tiers alors qu'il n'est pas autorisé à le faire (parce qu'il n'en a pas la maîtrise au sens des droits réels) est enrichi aux dépens du propriétaire de la chose, alors même qu'il n'y a pas de déplacement direct de patrimoine entre le propriétaire et le bailleur⁴⁶.
35. Les exemples précédents démontrent donc que l'enrichissement du débiteur doit être obtenu **aux dépens du patrimoine du créancier** mais qu'un appauvrissement de celui-ci n'est pas nécessaire. Fort de ce constat, il faut aussi conclure qu'un lien de connexité entre l'enrichissement et l'appauvrissement n'est pas non plus nécessaire⁴⁷. Dans sa jurisprudence la plus récente, le TF semble partager ce point de vue⁴⁸.
36. **3° Un enrichissement « illégitime »**. L'augmentation du patrimoine de l'enrichi ne doit pas être juridiquement valable : elle intervient sans cause légitime. Si l'enrichissement repose sur un contrat (p.ex. une vente, art. 184 al. 1 CO ; ég. *supra* N 19 et *infra* N 65) ou sur la loi (p.ex. la prescription acquisitive, art. 722 al. 1 CC), il est légitime.
37. L'art. 62 al. 2 CO énumère *trois hypothèses* d'enrichissement illégitime : l'absence de cause valable (*infra* N 38), la cause qui ne s'est pas réalisée (*infra* N 39), et la cause qui a cessé d'exister

⁴⁵ ATF 119 II 437, cons. 3b/cc. ; ég. CARRON/WESSNER, vol. I, N 1100.

⁴⁶ ATF 129 III 422, cons. 4, JdT 2004 I 56.

⁴⁷ CARRON/WESSNER, vol. I, N 1102 s. ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1565 s. ; HUGUENIN, N 1780 et 1797 ; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 55.09. D'un autre avis, ENGEL, p. 584 ss ; BUCHER, p. 658 s.

⁴⁸ ATF 119 II 437, cons. 3b/cc (en matière de bail, indemnité pour occupation illicite) ; ég. ATF 129 III 646, cons. 4.2, JdT 2004 I 105 ; 129 III 422, cons. 4, JdT 2004 I 56 ; TF du 21.11.2017, 2C_123/2016, cons. 5.3.1.

(*infra* N 40), suite auxquelles nous mentionnerons le cas particulier du paiement de l'indu (*infra* N 41).

38. a) *L'absence de cause valable (condictio sine causa)*. Il s'agit d'un enrichissement qui ne procède d'aucune cause ou, du moins, d'aucune cause reconnue juridiquement⁴⁹. C'est notamment le cas de prestations exécutées sur la base d'un contrat inexistant ou qui ne lie pas la personne qui s'est exécutée⁵⁰. Les prestations effectuées en vertu d'un contrat invalide parce qu'affecté d'un vice du consentement (art. 23 ss CO), de l'objet (art. 19 s. CO) ou de forme (art. 11 CO) n'ont pas non plus de cause valable au sens de ce qui précède⁵¹. Enfin, si le débiteur d'un contrat efficace exécute plus que ce qu'il doit ou une prestation en vertu d'un droit périmé, il s'agit aussi d'une *condictio sine causa*⁵².
39. b) *La cause qui ne s'est pas réalisée (condictio ob causam futuram ou condictio causa data causa non secuta)*. Il s'agit d'un enrichissement qui découle d'une prestation reposant sur la survenance d'une cause future qui, en fin de compte, ne se produit pas⁵³. Cette hypothèse se concrétise lorsqu'un contrat est soumis à une condition suspensive qui ne se réalise finalement jamais (art. 151 ss CO)⁵⁴ ou lorsque le locataire paye à l'avance des loyers pour un objet en travaux qui n'est finalement pas prêt à la date convenue pour la remise⁵⁵.

⁴⁹ CARRON/WESSNER, vol. I, N 1121.

⁵⁰ ATF 41 II 446, cons. 3, JdT 1915 I 647 (non-existence d'un rapport de droit).

⁵¹ CARRON/WESSNER, vol. I, N 1122 ; sur les vices de l'objet, ATF 134 III 438, cons. 2.4, JdT 2008 I 541 ; sur les vices de forme, ATF 113 II 187, cons. 1a. La nullité peut également découler d'autres exigences légales, ATF 133 V 205, cons. 5 (consentement du conjoint) ; ATF 110 II 335, cons. 1 (refus d'une autorisation LFAIE).

⁵² ATF 130 III 504, cons. 6.2 (loyers payés en trop) ; ATF 42 II 674, cons. 1, JT 1917 I 425.

⁵³ CHAUDET, p. 1 ss.

⁵⁴ ATF 129 III 264, cons. 3.2.2.

⁵⁵ BSK OR I-SCHULIN/VOGT, art. 62 N 13 ; pour d'autres exemples typiques, CARRON/WESSNER, vol. I, N 1128.

40. *c) La cause qui a cessé d'exister (condictio ob causam finitam).* Il s'agit d'un enrichissement effectué sur la base d'une cause existant au moment où la prestation est exécutée, mais qui disparaît par la suite. La cause ayant cessé d'exister concerne par exemple une donation effectuée puis révoquée en application de l'art. 249 CO⁵⁶. Elle vise également les cas de représentation sans pouvoirs dans lesquels un tiers preste en faveur du pseudo-représenté qui ne ratifie en fin de compte pas l'acte de représentation⁵⁷.
41. *d) Le cas particulier de l'art. 63 al. 1 CO (condictio indebiti).* Chacune des trois catégories précitées donne en principe lieu à une créance en restitution de l'enrichissement illégitime sur la base de la règle générale de l'art. 62 CO. La répétition de l'indu au sens de l'art. 63 al. 1 CO constitue un cas particulier limitant la portée de cette règle générale⁵⁸, en prévoyant que « [c]elui qui a payé volontairement ce qu'il ne devait pas ne peut le répéter s'il ne prouve qu'il a payé en croyant, par erreur, qu'il devait ce qu'il a payé ». La doctrine y voit une règle de preuve supplémentaire visant à éviter, à certaines conditions, un abus de droit du créancier appauvri⁵⁹. Complexe à saisir à la première lecture en raison de sa double formulation négative, la disposition empêche l'appauvri de répéter sa prestation s'il s'est exécuté volontairement sans être dans l'erreur quant à l'inexistence de sa dette⁶⁰. Formulée positivement, la règle serait : « Si quelqu'un a payé volontairement ce qu'il ne devait pas, il peut le répéter à condition de prouver qu'il croyait par erreur qu'il le devait »⁶¹.
42. L'exclusion exceptionnelle de la répétition de l'indu suppose la réunion des **quatre conditions** suivantes⁶² :

⁵⁶ CARRON/WESSNER, vol. I, N 1128.

⁵⁷ BSK OR I-SCHULIN/VOGT, art. 62 N 15a.

⁵⁸ Dans ce sens, TF du 19.04.2012, 2C_1035/2011, cons. 5.1.

⁵⁹ CR CO I-CHAPPUIS, art. 63 N 2 s.

⁶⁰ A ce sujet, CARRON/WESSNER, vol. I, N 1133 ss et réf.

⁶¹ CARRON/WESSNER, vol. I, N 1147.

⁶² CARRON/WESSNER, vol. I, N 1131 ss.

- (i) Il faut un **appauvrissement** du créancier, le plus souvent par le paiement d'une somme d'argent destiné à éteindre une prétendue dette. On renvoie à ce qui a déjà été dit (*supra* N 15).
- (ii) Le paiement doit concerner une **dette inexistante** (*Nichtschuld*), notamment en raison d'une cause qui n'a jamais existé ou qui a déjà cessé d'exister au moment du paiement⁶³. L'art. 63 CO ne vise en revanche pas les prestations faites en vertu d'une cause future qui ne s'est pas réalisée ou d'une cause qui a cessé d'exister après le paiement⁶⁴.
- (iii) La prestation de l'appauvri doit être **volontaire**⁶⁵. Il y a notamment paiement involontaire lorsque celui qui paye se trouve dans une situation de contrainte le forçant à s'exécuter sans quoi il subirait des inconvénients déraisonnables, ou lorsque sa volonté ne peut pas se former correctement ou est viciée.
- (iv) L'appauvri ne doit **pas être dans l'erreur** quant à l'inexistence de sa dette⁶⁶. Il y a erreur lorsque les circonstances du cas d'espèce permettent d'exclure que celui qui a presté a agi dans l'intention de donner⁶⁷. N'importe quelle erreur, excusable ou non, suffit⁶⁸. Ce qui est décisif, c'est l'existence effective d'une erreur⁶⁹. Par conséquent, le fait d'établir que la personne qui est dans l'erreur aurait dû avoir conscience de celle-ci si elle avait fait preuve de l'attention suffisante, ne suffit pas à remplir la quatrième condition de l'art. 63 ; la personne négligente qui a payé peut tout de même réclamer la restitution de

⁶³ ATF 133 III 43, cons. 3.5.1, JT 2007 I 226.

⁶⁴ TF du 23.12.1993, SJ 1994 269, cons. 4a/bb ; MORIN, N 45.

⁶⁵ Sur la notion, ATF 123 III 101, cons. 3b, JdT 1997 I 586.

⁶⁶ ATF 123 III 101, cons. 3a, JdT 1997 I 586.

⁶⁷ TF du 03.06.2015, 4D_13/2015, cons. 4.1.

⁶⁸ TF du 28.05.2004, 5C.51/2004, cons. 7.1 ; TC ZH du 31.08.1972, RSJ 1973 55 s.

⁶⁹ TF du 22.02.2018, 4A_451/2017, cons. 5.3.

l'indu. Le régime applicable à celui qui se trouve dans le doute (sans être dans l'erreur) fait l'objet d'une controverse doctrinale⁷⁰.

43. Si ces quatre conditions sont remplies, la **conséquence** est que l'appauvri est exceptionnellement empêché de réclamer la restitution de l'enrichissement. En effet, celui qui s'appauvrit en payant volontairement et sans erreur une dette inexistante fait en quelque sorte une donation dont il ne peut ensuite réclamer la restitution⁷¹.
44. **4° L'absence de cause d'exclusion de la restitution.** L'art. 66 CO prévoit qu'« il n'y a pas lieu à restitution de ce qui a été donné en vue d'atteindre un but illicite ou contraire aux mœurs ». Le créancier doit agir intentionnellement dans le but d'inciter l'enrichi à un comportement illicite ou contraire aux mœurs, ou de le récompenser⁷². Il en va ainsi du pot-de-vin versé à un curateur pour l'amener à accepter une offre d'achat pour un immeuble que la personne sous curatelle met en vente⁷³.

2. La conséquence

45. La réunion des quatre conditions qui précèdent (*supra* N 27 ss) fonde une **créance en restitution de l'enrichissement illégitime**. Il s'agit d'une prétention de nature obligationnelle, personnelle et relative en répétition de l'enrichissement

⁷⁰ A ce sujet, CARRON/WESSNER, vol. I, N 1146 et réf.

⁷¹ ATF 64 II 121, cons. 5f, JdT 1938 I 599.

⁷² ATF 134 III 438, cons. 3.2, JdT 2008 I 541, qui correspond à un changement de jurisprudence vers une approche plus restrictive. Auparavant, le TF excluait la répétition non seulement de ce qui avait été remis dans le but de favoriser un acte illicite ou contraire aux mœurs, mais également des prestations convenues ou exécutées en vertu d'un contrat illicite ou contraire aux mœurs (art. 19 s. CO ; ATF 74 II 23, cons. 2 et 3).

⁷³ ATF 95 II 37, cons. 3, JdT 1970 I 75.

illégitime⁷⁴. Elle vise à déplacer l'enrichissement dans le bon patrimoine, concrétisant ainsi un idéal de justice matérielle⁷⁵.

46. La créance est **échue** dès que le créancier manifeste clairement sa volonté d'obtenir la restitution de l'enrichissement illégitime. Cette déclaration vaut interpellation (art. 102 al. 1 CO)⁷⁶.
47. En principe, la restitution devrait avoir lieu **en nature**⁷⁷. L'enrichi doit remettre ce qu'il a effectivement reçu, chose ou créance. Cela n'arrive toutefois que rarement en pratique.
- Lorsque l'enrichissement concerne une **chose**, il y a restitution en nature lorsque l'appauvri créancier souhaite récupérer la chose, mais qu'il ne peut pas se prévaloir de l'action en revendication prioritaire (*supra* N 18). C'est notamment le cas d'un sous-bailleur (non-proprétaire) qui, en cas d'invalidité du contrat de sous-location, réclame la restitution de la chose louée auprès du sous-locataire. Le cas d'application le plus fréquent est toutefois celui de l'art. 119 al. 2 CO lorsque le cocontractant enrichi, libéré d'effectuer sa propre prestation devenue objectivement impossible sans sa faute, doit restituer la chose qu'il a déjà reçue : vu la lettre de la loi (« selon les règles de l'enrichissement illégitime »), le TF applique les art. 62 ss CO, même si ces règles contredisent le système jurisprudentiel actuel qui voudrait y appliquer plutôt le rapport de liquidation contractuel⁷⁸.
 - Lorsque l'enrichissement porte sur une **créance**, la restitution vise la rétrocession de la créance transférée sans cause valable⁷⁹.

⁷⁴ CARRON/WESSNER, vol. I, N 1180.

⁷⁵ CARRON/WESSNER, vol. I, N 1178.

⁷⁶ ATF 130 V 414, cons. 5.1.

⁷⁷ KOLLER, OR AT, N 30.47.

⁷⁸ ATF 137 III 243, cons. 4.4.7, JdT 2014 II 443.

⁷⁹ SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 58.02 ; KOLLER, OR AT, N 30.49.

48. En pratique, la restitution se fait le plus souvent **en valeur**⁸⁰. C'est notamment le cas lorsque l'enrichissement provient d'une somme d'argent qui a été mélangée au reste du patrimoine de l'enrichi, ou lorsque l'action réelle en revendication ne peut pas être exercée, par exemple parce que la chose a été transférée à un tiers de bonne foi, ou encore lorsque la rétrocession de créance n'est pas possible, car celle-ci est éteinte ou déjà cédée à un tiers⁸¹.
49. En principe, la restitution porte sur la **totalité de l'enrichissement**, dans la mesure où la créance en restitution vise à replacer l'enrichissement dans le bon patrimoine⁸². Cette règle ne s'applique en réalité qu'au débiteur de **mauvaise foi**.
50. Lorsque l'enrichi est de **bonne foi**, il n'est toutefois pas tenu de remettre ce dont il n'est plus enrichi au moment où le créancier lui adresse une réclamation dans le sens d'une restitution (art. 64 CO)⁸³. Par conséquent, le créancier ne pourra pas réclamer ce dont l'enrichi s'est dessaisi de bonne foi. Par exemple, l'enrichissement provenant d'une chose détruite avant la demande de restitution ne doit pas être restitué⁸⁴.
51. La notion de **dessaisissement** mérite quelques précisions. On admet son existence lorsque l'enrichi transfère, aliène, donne ou consomme l'objet de la restitution⁸⁵. Un dessaisissement a lieu lorsque l'enrichissement ne laisse pas de trace dans le patrimoine de l'enrichi. Ainsi, si l'enrichi se défait de la possession de biens reçus à tort, mais continue d'en bénéficier économiquement, il n'est pas dessaisi au sens de l'art. 64 CO⁸⁶.

⁸⁰ HUGUENIN, N 1802.

⁸¹ CR CO I-CHAPPUIS, art. 64 N 8 ; ENGEL, p. 598.

⁸² GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1513.

⁸³ CARRON/WESSNER, vol. I, N 1202.

⁸⁴ Dans ce sens, KOLLER, OR AT, N 30.57.

⁸⁵ CARRON/WESSNER, vol. I, N 1203.

⁸⁶ CARRON/WESSNER, vol. I, N 1203.

52. L'enrichi est **dessaisi** notamment lorsque l'enrichissement provient d'une chose détruite avant la demande de répétition⁸⁷ ou d'une somme d'argent donnée à un tiers ou investie dans des dépenses non nécessaires avant la répétition (p. ex. voyage ou loisirs)⁸⁸.
53. L'enrichi n'est en revanche **pas dessaisi**, si la valeur de l'enrichissement a servi à effectuer des dépenses nécessaires ou à payer des frais courants⁸⁹. Le dessaisissement n'a pas non plus valablement lieu lorsque l'enrichi reçoit la valeur objective de remplacement de l'enrichissement (p. ex. prix de vente)⁹⁰.

3. La prescription

54. L'**art. 67 al. 1 CO** prévoit que « l'action pour cause d'enrichissement illégitime se prescrit par trois ans à compter du jour où la partie lésée a eu connaissance de son droit de répétition et, dans tous les cas, par dix ans à compter de la naissance de ce droit ». Il s'agit d'un régime spécifique dérogeant aux art. 127 ss CO, qui concerne toutes les créances en restitution de l'enrichissement illégitime fondées sur le droit privé⁹¹.
55. L'**art. 67 al. 1 CO** contient donc un **double délai**, l'un relatif de trois ans, l'autre absolu de dix ans⁹². L'écoulement complet de l'un des deux suffit à conduire au mal-fondé de la créance, pour autant que le débiteur soulève l'exception correspondante (art. 142 CO).

⁸⁷ KOLLER, OR AT, N 30.57.

⁸⁸ ATF 102 V 91, cons. III/2 ; TF du 12.11.2012, 4A_296/2012, cons. 5.

⁸⁹ ATF 130 V 414, cons. 4.2.3 ; 45 II 447, cons. 2 ; TF du 12.11.2012, 4A_269/2012, cons. 5.

⁹⁰ ENGEL, p. 600.

⁹¹ ATF 146 III 82, cons. 4.1.1 ; en droit public, on se réfère prioritairement à la loi spéciale applicable et subsidiairement au régime des art. 62 ss CO applicable par analogie en tant que principe général, ATF 124 I 247, cons. 5 ; 138 V 426, cons. 5.1.

⁹² TF du 29.06.2011, 4A_267/2011, cons. 2.3.1.

56. Le **point de départ du délai relatif** dépend de la connaissance subjective du créancier. Celle-ci doit être effective et suffisante pour intenter l'action en justice⁹³.
- La connaissance est **effective** lorsque le créancier connaît la personne de l'enrichi, l'absence de cause à l'origine de l'enrichissement et l'étendue (approximative) de l'enrichissement⁹⁴.
 - La connaissance est **suffisante** lorsque le créancier dispose de suffisamment d'éléments pour motiver sa demande, au regard des règles de la bonne foi⁹⁵. Une telle demande n'a pas besoin d'être chiffrée (art. 85 CPC).
57. Le **point de départ du délai absolu** est fixé objectivement. Il court dès l'exigibilité de la créance (art. 130 al. 1 et 75 CO), soit dès la naissance du droit à répétition⁹⁶. L'exigibilité varie selon le type d'absence de cause légitime (*supra* N 37).
- S'il n'y a **pas de cause valable** (*supra* N 38), le point de départ est le moment de l'exécution de la prestation litigieuse⁹⁷.
 - Si la **cause ne s'est pas réalisée** (*supra* N 39), il coïncide avec le moment où il est établi que la cause ne se réalisera pas⁹⁸.
 - Si la **cause a cessé d'exister** (*supra* N 40), le point de départ du délai est le moment de la disparition de la cause⁹⁹.
58. La **computation** des délais de prescription, y compris en cas de suspension ou d'interruption, s'opère en application des règles ordinaires prévues aux art. 132 ss CO. Comme tous les délais de

⁹³ ATF 135 II 289, cons. 7.1, JdT 2010 I 720.

⁹⁴ ATF 129 III 503, cons. 3.4, JdT 2004 I 35.

⁹⁵ ATF 135 II 289, cons. 7.1, JdT 2010 I 720.

⁹⁶ ATF 119 II 20, cons. 2b, JdT 1994 I 34.

⁹⁷ ATF 146 III 82, cons. 4.3.1.

⁹⁸ ATF 119 II 20, cons. 2b ; KOLLER, OR AT, N 33.12.

⁹⁹ ATF 143 II 37, cons. 6.3.1, JdT 2018 I 84.

prescription, ceux de l'art. 67 al. 1 CO peuvent être **suspendus** ou **interrompus** (art. 134 s. CO)¹⁰⁰.

III. Le droit du bail et la restitution des prestations indues

A. Les régimes applicables

59. En droit du bail, la **restitution des prestations indues** peut reposer sur **différents régimes**, allant de l'enrichissement illégitime à d'autres constructions juridiques qui servent le même but. Nous avons déjà délimité ces différentes institutions entre elles (*supra* N 17 ss).
60. Le principal enjeu pratique est la **prescription** applicable¹⁰¹. En effet, selon l'institution pertinente, la durée de ce délai varie et requiert une attention particulière de la part des praticiens. Avant de développer en détail les principaux cas d'application de l'enrichissement illégitime en droit du bail (*infra* N 86 ss), nous procédons ci-après à un survol des principales applications des autres régimes.

B. Les principales applications des autres régimes

1. Le régime des droits réels

61. L'**action en revendication** pour un meuble (art. 641 al. 2 CC) et celle en rectification du registre foncier pour un immeuble (art. 975 CC) appartiennent au propriétaire non-possesseur de la chose. Selon un principe général (*supra* N 18), les prétentions découlant des droits réels ont la priorité sur celles fondées sur les règles subsidiaires de l'enrichissement illégitime¹⁰². Toutefois, le paiement d'une somme d'argent, en particulier du loyer, opère

¹⁰⁰ ATF 123 III 213, cons. 6a ; CARRON/WESSNER, vol. I, N 1236.

¹⁰¹ MORIN, N 4 ss.

¹⁰² ATF 135 III 474, cons. 3.3.1, JdT 2011 II 551.

un transfert de valeur du patrimoine du locataire vers le bailleur, ce qui empêche toute action réelle en revendication¹⁰³.

62. Ainsi, dans le cas d'un **vice relatif à la formation du contrat** (p. ex. vice de forme [art. 11 ss CO], de l'objet [art. 19 s. CO] ou du consentement [art. 23 ss CO]), le bail peut être résilié *ex nunc*¹⁰⁴. L'ex-bailleur propriétaire peut alors revendiquer la chose louée du locataire qui refuserait de la restituer¹⁰⁵.
63. A la **fin du bail**, le bailleur qui est également propriétaire peut revendiquer la chose louée dans le cadre de la procédure d'expulsion¹⁰⁶. En revanche, les actions fondées sur la possession (art. 927 ss CC) ne sont en principe pas ouvertes dans la mesure où le locataire qui reste dans les locaux n'a pas usurpé leur possession¹⁰⁷.
64. S'agissant de la **prescription**, les créances réelles ne posent pas de difficulté. Elles sont imprescriptibles et le bailleur peut introduire une action correspondante aussi longtemps que dure le trouble¹⁰⁸.

2. Le régime contractuel

65. L'existence d'une **prétention contractuelle** exclut également l'application des règles sur l'enrichissement illégitime (*supra* N 19). La prestation fournie en vertu d'un contrat efficace trouve en effet sa cause dans le contrat¹⁰⁹. Ces dernières décennies, les tribunaux, en suivant les propositions doctrinales, ont fondé de plus en plus de prétentions sur le contrat plutôt que sur les règles

¹⁰³ ATF 47 II 267, cons. 2 ; MORIN, N 2 et réf.

¹⁰⁴ ATF 129 III 320, cons. 7.1.2 et 7.1.3, JdT 2003 I 331 ; TF du 09.05.2019, 4A_335/2018, cons. 5.2.1 ; ég. CARRON/WESSNER, vol. I, N 1062, excluant la relation contractuelle de fait (art. 320 al. 3 CO, par analogie).

¹⁰⁵ CARRON/WESSNER, vol. I, N 1062.

¹⁰⁶ LACHAT/RUBLI, p. 1050 s.

¹⁰⁷ LACHAT/RUBLI, p. 1050 s., cependant, ATF 119 II 437, cons. 3a/cc.

¹⁰⁸ STEINAUER, N 1432.

¹⁰⁹ ATF 126 III 119, cons. 3b, JdT 2000 I 630 ; MORIN, N 12.

de l'enrichissement illégitime, ce qui a réduit le rôle des art. 62 ss CO¹¹⁰.

66. Dans le contrat de **bail**, le régime contractuel s'applique notamment dans les **situations** suivantes :
67. 1° La restitution du trop-payé à la suite d'une **action en réduction du loyer** en raison des défauts de la chose louée¹¹¹. L'art. 259d CO prévoit que le locataire « peut exiger du bailleur une réduction proportionnelle du loyer » en cas de défaut. Cette prétention découle du contrat de bail, car elle résulte de la violation des obligations contractuelles du bailleur (art. 256 al. 1 CO)¹¹². Durant le procès, il n'est pas rare que le locataire continue à payer la totalité du loyer au bailleur, pour éviter de tomber en demeure si la réduction accordée est finalement inférieure à ce qu'il demande¹¹³. En fin de procédure, le locataire qui a obtenu gain de cause peut récupérer auprès du bailleur la part du loyer payée en trop sur la base d'une action contractuelle¹¹⁴.
68. Il faut **délimiter** cette hypothèse de celle dans laquelle le locataire verse les loyers en application d'un contrat nul. La répétition du trop-payé découle alors des règles sur l'enrichissement illégitime¹¹⁵.
69. Vu qu'il s'agit d'obtenir la restitution d'une partie des loyers, qui constituent une prestation périodique découlant d'un rapport

¹¹⁰ ATF 137 III 243, cons. 4.4.1, JdT 2014 II 443 ; 130 III 504, cons. 6.1 ; 126 III 119, cons. 3c, JdT 2000 I 630.

¹¹¹ Eg., *infra* N 158, la restitution des acomptes de frais accessoires payés en trop *avant* l'acceptation du décompte peut être demandée sur une base contractuelle.

¹¹² ATF 130 III 504, cons. 6.3 ss ; 126 III 388, cons. 11c ; BSK OR I-WEBER, art. 259d N 4a ; ADDORISIO DE FEO, p. 184.

¹¹³ Le locataire peut aussi consigner le loyer aux conditions de l'art. 259g CO.

¹¹⁴ ATF 130 III 504, cons. 6.3.

¹¹⁵ ATF 106 Ib 412, cons. 1b ; 93 II 97, cons. 2c.

juridique unique, on applique le **délai de prescription** quinquennal de l'art. 128 al. 1 CO¹¹⁶.

70. Le **délai court** dès l'exigibilité de la créance, soit dès que le locataire peut réclamer au bailleur la réduction de loyer liée aux défauts¹¹⁷.
71. 2° En matière de **frais accessoires**, la restitution du trop-perçu demandée *avant* la reconnaissance du décompte est une prétention contractuelle¹¹⁸. L'accord spécifique portant sur le versement d'acomptes relève du contrat, de sorte que l'ajustement des montants à l'aune du décompte final est également de nature contractuelle¹¹⁹. En cas de non-présentation du décompte ou de refus du bailleur d'accorder l'accès aux pièces justificatives, le locataire a également droit à la répétition des montants payés sur la base du régime contractuel (*infra* N 158)¹²⁰.
72. Vu la jurisprudence actuelle du TF concernant l'action en réduction du loyer (*supra* N 69) et vu que les acomptes de frais accessoires sont des prestations périodiques, un délai de **prescription** de cinq ans devrait s'appliquer et courir dès l'exigibilité de la créance en restitution (art. 128 CO)¹²¹. En

¹¹⁶ ATF 130 III 504, cons. 8.1 ; ADDORISIO DE FEO, p. 184 ; WEBER, p. 9 ; LACHAT, p. 373. D'un autre avis : MORIN, N 7 et 59 ; CR CO I-PICHONNAZ, art. 128 N 7b, qui considèrent que l'art. 127 CO doit préférablement s'appliquer.

¹¹⁷ ATF 130 III 504, cons. 8.2 ; TF du 27.04.2011, 4A_41/2011, cons. 2 ; WEBER, p. 9.

¹¹⁸ ATF 130 III 504, cons. 6.4 ; TF du 04.03.2021, 4A_433/2020, cons. 2.1 ; CR CO I-LACHAT/BOHNET, art. 257a/257b N 10 ; BK-GIGER, art. 257a N 74. D'un autre avis, ZK-HIGI/BÜHLMANN, art. 257a/257b N 24 i.f., appliquant l'art. 67 al. 1 CO, sans distinguer si la restitution est exigée avant ou après la reconnaissance du décompte.

¹¹⁹ ATF 130 III 504, cons. 6.4 ; 126 III 119, cons. 3d, JdT 2000 I 630 ; CR CO I-LACHAT/BOHNET, art. 257a/257b N 10.

¹²⁰ LACHAT, p. 425 et réf. citées ; MORIN, N 62.

¹²¹ ATF 126 III 119, cons. 3d, JdT 2000 I 630 (nature contractuelle), en lien avec l'ATF 130 III 504, cons. 8.2 (application de l'art. 128 CO) ; ADDORISIO DE FEO, p. 180. D'un autre avis, CR CO I-PICHONNAZ, art. 128 N 7c ; PIOTET, p. 3.

raison de la nature de l'affaire (art. 75 CO), le délai de prescription ne devrait commencer à courir que trente jours après la remise du décompte¹²². Lorsque le bailleur ne remet pas de décompte ou n'accorde pas l'accès aux pièces justificatives, la prescription court à compter du jour où le bailleur aurait dû remettre le décompte ou les pièces au locataire en vertu du contrat ou des usages locaux¹²³.

73. 3° Le **rapport contractuel de fait** constitue dans certaines circonstances le fondement d'une indemnité pour occupation illicite de la chose louée. Cette situation se présente en particulier lorsque le locataire continue d'occuper la chose après l'expiration du bail¹²⁴. Vu leur nature contractuelle, les prétentions en paiement y relatives se prescrivent par cinq ans (art. 128 CO)¹²⁵. La prescription court dès l'exigibilité. Vu la volonté du TF qui semble maintenir autant que possible le régime prévalant durant le bail, ce moment correspond au jour de l'exigibilité des loyers selon le contrat de bail expiré ou, à défaut de convention, selon la loi (art. 257c CO). Selon cette approche, un nouveau délai quinquennal court à l'échéance de chaque période convenue dans le bail ou fixée par la loi.

3. Le régime délictuel

74. Le droit du bail n'est pas vraiment un terreau fertile pour la **responsabilité délictuelle** (art. 41 ss CO). Sur le plan de la restitution des prestations indues, le régime délictuel intervient le plus souvent de manière complémentaire à l'enrichissement illégitime pour permettre la réparation du dommage causé. Il requiert toutefois l'établissement d'un acte illicite.

¹²² Dans ce sens, ATF 140 III 591, cons. 3.2 ; LACHAT, p. 425 ; BSK OR I-WEBER, art. 257a N 8 ; CR CO I-LACHAT/BOHNET, art. 257a/257b N 10 ; CPra Bail-BIERI, art. 257a/257b CO N 158. D'un autre avis, ADDORISIO DE FEO, p. 178 s.

¹²³ LACHAT, p. 425 et 414.

¹²⁴ TF du 22.07.2019, 4A_276/2018, cons. 3.1.

¹²⁵ CARRON, L'indemnité, p. 4.

75. Par **exemple**, dans l'hypothèse d'une convention spéciale portant sur les frais accessoires viciée pour dol (art. 28 CO), la victime trompée peut invoquer la nullité de la convention visée avec effet *ex tunc*¹²⁶. La nullité sera partielle, ne touchant que la clause en question tout en épargnant le bail principal (art. 20 al. 2 CO)¹²⁷. Si le bailleur a induit en erreur son locataire commercial sur la surface effectivement louée afin de le pousser à conclure le contrat, ce dol constitue également un acte illicite. Selon la jurisprudence, l'art. 28 CO est une norme spécifique de protection dont la violation autorise la réparation du dommage en application de l'art. 41 CO ou de la *culpa in contrahendo*¹²⁸. Par conséquent, le locataire victime d'un dol peut obtenir non seulement la réparation de son dommage sur cette base (p. ex. différence entre le loyer d'un nouveau local et celui d'un bail plus avantageux auquel il a renoncé lorsqu'il a conclu le contrat vicié), mais également la restitution des prestations indues en application des règles sur l'enrichissement illégitime (p. ex. part de loyer payée indûment pour la surface inexistante)¹²⁹.
76. La durée de la **prescription** en matière délictuelle découle de l'art. 60 CO et prévoit aussi un double délai. D'une part, l'action délictuelle se prescrit par trois ans à compter du jour où la partie lésée a eu connaissance de son dommage et de la personne tenue à réparation (délai relatif). D'autre part, l'action se prescrit dans tous les cas par dix ans à compter du jour où le fait dommageable

¹²⁶ Sur les conséquences des vices du consentement, TERCIER/PICHONNAZ, N 831 et 834 ; ég. ATF 129 III 320, cons. 7.1.2 et 7.1.3, JdT 2003 I 331, qui tend à exclure l'existence d'une relation contractuelle de fait au profit d'une résiliation *ex nunc* et écarte ainsi les prétentions fondées sur l'enrichissement illégitime pour la période précédant la fin du contrat.

¹²⁷ Dans ce sens, ATF 137 III 362, cons. 3.2.1 et 3.3 ; PEREIRA, N 69 s.

¹²⁸ ATF 108 II 419, cons. 5, JdT 1983 I 204 ; TF du 03.04.2018, 4A_285/2017, cons. 6.1, SJ 2019 I 265.

¹²⁹ CR CO I-SCHMIDLIN/CAMPI, art. 31 N 49 ; ég. DB 1996 N 6, avec note de WESSNER, qui soutient avec ENGEL, p. 358, que le dommage réparable est limité à l'intérêt négatif en cas d'invalidation du contrat pour dol.

s'est produit, voire par vingt ans en cas de préjudice corporel (délai absolu : art. 60 al. 1 et 1^{bis} CO)¹³⁰.

77. S'agissant du **dies a quo** du délai relatif, le lésé a « connaissance de son dommage » dès qu'il le connaît effectivement au point de pouvoir fonder une demande en justice¹³¹. Quant à l'identité de la personne tenue à réparation, c'est le cas lorsqu'il dispose de suffisamment d'informations à son propos pour ouvrir action à son encontre. Une simple supposition ne suffit pas¹³². Le délai absolu court dès le moment du fait dommageable¹³³.

4. La gestion d'affaires sans mandat

78. La **gestion d'affaires sans mandat** est une source particulière d'obligations¹³⁴. D'aucuns disent que cette institution aurait dû figurer dans la partie générale du CO mais qu'elle se retrouve accidentellement classée au rang des contrats spéciaux (art. 419-424 CO)¹³⁵.
79. La gestion d'affaires sans mandat intervient lorsqu'une personne (le gérant) s'immisce dans la sphère juridique d'une autre (le maître), sans autorisation ni autre forme d'obligation¹³⁶. L'intervention peut être altruiste (ou **parfaite**). Le gérant agit donc dans l'intérêt du maître. Elle peut être égoïste (ou **imparfaite**), lorsque le gérant agit dans son propre intérêt ; à cette occasion, le gérant peut être de bonne ou de mauvaise foi¹³⁷.

¹³⁰ WERRO, N 1580 ss.

¹³¹ ATF 131 III 61, cons. 3.1.1 ; WERRO, N 1600.

¹³² ATF 82 II 43, cons. 1, JdT 1956 I 442.

¹³³ ATF 137 III 16, cons. 2.3 ; WERRO, N 1620.

¹³⁴ CR CO I-HÉRITIERS LACHAT/CHAPPUIS, Intro. art. 419-424 N 1 et 5a.

¹³⁵ ENGEL, p. 567.

¹³⁶ TERCIER/BIERI/CARRON, N 5281.

¹³⁷ TERCIER/BIERI/CARRON, N 5284 s. ; ég. avec des exemples en droit du bail, LACHAT, La gestion d'affaires, N 7 ss.

80. En **droit du bail**, la gestion d'affaires sans mandat peut justifier la restitution de prestations dans différentes hypothèses. Nous en présentons deux :

81. **1° La sous-location non autorisée (art. 262 CO)**. Le locataire principal (gérant d'affaires) gère égoïstement les intérêts du bailleur (maître) lorsqu'il sous-loue la chose de manière non autorisée¹³⁸.

- Si le locataire principal est de **bonne foi**, il ignore que les conditions de la sous-location ne sont pas réunies¹³⁹. Le bailleur conserve, théoriquement, le bénéfice des règles sur l'enrichissement illégitime pour récupérer le loyer perçu en trop (art. 62 ss CO)¹⁴⁰. L'enrichissement illégitime équivaut à la différence entre le loyer principal et le montant du sous-loyer¹⁴¹. Les délais de prescription applicables sont ceux de l'art. 67 al. 1 CO (*supra* N 54)¹⁴².
- Si le locataire principal est de **mauvaise foi**, il n'ignore pas que les conditions de la sous-location ne sont pas réunies et qu'il porte ainsi atteinte de manière illicite aux droits du bailleur¹⁴³. L'art. 423 CO s'applique pour fonder la prétention du bailleur en remise du gain (*supra* N 26)¹⁴⁴. Le montant à réclamer correspond à la différence entre le loyer principal et le loyer tiré de la sous-location¹⁴⁵. S'agissant de la **prescription**, le TF a reconnu la nature délictuelle de l'action tirée de l'art. 423 al. 1 CO¹⁴⁶. Par

¹³⁸ ATF 126 III 69, cons. 2b.

¹³⁹ Sur les conditions de la sous-location, BK-GIGER, art. 262 N 15 ss.

¹⁴⁰ ATF 129 III 422, cons. 4 ; TF du 07.07.2016, 4A_211/2016, cons. 2 ; LACHAT, La gestion d'affaires, N 68.

¹⁴¹ LACHAT, La gestion d'affaires, N 69.

¹⁴² Dans ce sens, ATF 129 III 422, cons. 4.

¹⁴³ TF du 19.11.2014, 4A_518/2014, cons. 6 et réf. ; TERCIER/BIERI/CARRON, N 5403 ss.

¹⁴⁴ ATF 133 III 153, cons. 2.4 s. ; 129 III 422, cons. 4 ; 126 III 69, cons. 2 ; TF du 19.11.2014, 4A_518/2014, cons. 6 ; LACHAT, La gestion d'affaires, N 68 ; CARRON/WESSNER, vol. I, N 1071.

¹⁴⁵ Dans ce sens, TF du 07.07.2016, 4A_211/2016, cons. 2.

¹⁴⁶ ATF 126 III 382, cons. 4dd.

conséquent, l'art. 60 CO s'applique. Les prétentions du bailleur se prescrivent ainsi selon un délai relatif de trois ans et un délai absolu de dix ans (*supra* N 76)¹⁴⁷. A notre avis, le délai relatif court dès que le bailleur apprend l'existence d'une sous-location non autorisée et de ses conditions. Il s'agit du moment à partir duquel le maître a connaissance du gain réalisé par le sous-bailleur. Le délai absolu court, quant à lui, dès la conclusion de la sous-location non autorisée. Ce jour correspond à la réalisation du fait dommageable (art. 60 al. 1 CO ; *supra* N 76).

82. **2° La restitution de la chose louée.** Selon une partie de la doctrine, le bailleur (gérant d'affaires) peut gérer de manière altruiste les intérêts du locataire (maître) lorsque celui-ci déménage, voire disparaît dans la nature sans accomplir les formalités requises à la fin du bail (notamment résilier le bail, évacuer son mobilier)¹⁴⁸. Selon ce courant doctrinal, le bailleur qui récupère les locaux sans procédure d'expulsion, agit dans l'intérêt du locataire selon les règles de la gestion d'affaires altruiste¹⁴⁹, lui épargnant ainsi les coûts d'une procédure judiciaire et l'indemnité pour occupation illicite des locaux. Le bailleur disposerait alors d'une créance en remboursement de ses dépenses nécessaires et utiles à l'encontre du locataire (art. 422 al. 1 CO)¹⁵⁰.
83. Cette approche est à notre avis **discutable**. Dans cette configuration, la liquidation des rapports de bail ne laisse pas vraiment place à la gestion d'affaires puisque les obligations des parties ont un fondement contractuel¹⁵¹. Cette observation nous fait également dire que les parties ont précisément, par le contrat de bail, convenu d'un régime pour régler leur différend. Il n'y a

¹⁴⁷ ATF 126 III 382, cons. 4dd qui a tranché la controverse doctrinale ; CR CO I-HERITIER LACHAT/CHAPPUIS, art. 423 N 23. D'un autre avis, ENGEL, p. 574.

¹⁴⁸ LACHAT, La gestion d'affaires, N 48, à propos d'un déménagement « à la cloche de bois ».

¹⁴⁹ SVIT-K-MÜLLER, Art. 267-267a N 7.

¹⁵⁰ CARRON/WESSNER, vol. I, N 1071.

¹⁵¹ A ce sujet, GANDROY, p. 263 du présent ouvrage.

donc pas de place pour la gestion d'affaires¹⁵². Le bailleur doit procéder selon l'action contractuelle tirée de la restitution de la chose louée (art. 267 CO), cas échéant par la voie du cas clair (art. 257 CPC)¹⁵³.

84. S'agissant de la **prescription**, les prétentions du gérant tirées de l'art. 422 CO (gestion d'affaires altruiste) se rapprochent d'une prétention contractuelle. Il se justifie donc de leur appliquer les art. 127 ss CO¹⁵⁴.
85. Le **délai court** dès l'exigibilité, qui correspond à notre avis à la fin de la gestion par le maître¹⁵⁵.

IV. Les principales applications de l'enrichissement illégitime en droit du bail

A. Le loyer convenu en début de bail

1. La nullité du loyer initial

86. En cas de pénurie de logements, les cantons peuvent rendre obligatoire, sur tout ou une partie de leur territoire, l'utilisation d'une **formule officielle** pour la conclusion de tout nouveau bail (art. 270 al. 2 CO)¹⁵⁶. Cette formule permet la notification valable du loyer initial, en informant le locataire du montant payé par son prédécesseur et de son droit d'opposition¹⁵⁷.
87. Pour l'année 2024, les **cantons** de Vaud, Fribourg, Nidwald, Zoug, Zurich, Genève, Neuchâtel, Lucerne, Fribourg et Bâle-

¹⁵² LACHAT, La gestion d'affaires, N 48.

¹⁵³ GANDOY, N 306 ss ; CPra Actions civiles-BOHNET, vol. II, § 24 N 16.

¹⁵⁴ Dans ce sens, ATF 126 III 382, cons. 4b, en particulier 4b/ee ; CR CO I-HERITIER LACHAT/CHAPPUIS, art. 422 N 20 ; TERCIER/BIERI/CARRON, N 5371.

¹⁵⁵ Par analogie, ATF 91 II 442.

¹⁵⁶ Sur le champ d'application de l'art. 270 al. 2 CO, LACHAT/STASTNY, p. 489 s. ; TERCIER/BIERI/CARRON, N 2171 ss. Sur la notion de pénurie de logements, CPra Bail-DIETSCHY-MARTENET, art. 270 CO N 77 s.

¹⁵⁷ ATF 140 III 583, cons. 3.2.1 ; 139 III 13, cons. 3.1.1 ; 137 III 547, cons. 2.3 ; LACHAT/STASTNY, p. 489.

Ville, ont imposé la formule officielle totalement ou partiellement¹⁵⁸.

88. La fixation du loyer initial est **viciée** lorsque, dans les cantons concernés, le bailleur ne communique pas le loyer initial sur formule officielle¹⁵⁹, lorsque sa notification intervient plus de trente jours après l'entrée du locataire dans les locaux¹⁶⁰, lorsque la motivation du nouveau loyer est absente¹⁶¹, insuffisante ou contradictoire¹⁶², en l'absence de signature manuscrite, ou lorsque l'indication du précédent loyer est inexistante ou erronée¹⁶³. Le locataire peut se plaindre en tout temps du vice de forme, sous réserve d'abus manifeste de droit (art. 2 al. 2 CC)¹⁶⁴. Il n'est en particulier pas tenu par le délai de trente jours, propre à la contestation du loyer initial selon l'art. 270 al. 1 CO (*infra* N 102 ss)¹⁶⁵.
89. Lorsqu'un vice affecte la fixation du loyer initial, celui-ci est **nul**¹⁶⁶. Il s'agit d'un cas de nullité partielle du contrat (art. 20 al. 2 CO)¹⁶⁷.
90. Le locataire dont le loyer initial est nul peut ouvrir **action en fixation du loyer et en restitution du trop-perçu éventuel**. Il

¹⁵⁸ Office fédéral du logement, p. 1 s.

¹⁵⁹ TF du 28.02.2020, 4A_495/2019, cons. 3.3 non publié *in* : ATF 146 III 82 ; ATF 140 III 583, cons. 3.2.1 et 3.2.2 et réf. citées.

¹⁶⁰ ATF 140 III 583, cons. 3.1.

¹⁶¹ TF du 28.02.2020, 4A_495/2019, cons. 3.3 non publié *in* : ATF 146 III 82 ; ATF 140 III 583, cons. 3.2.1 et 3.2.2 et réf. citées.

¹⁶² TF du 27.11.2017, 4A_455/2017, cons. 3.

¹⁶³ CPra Bail-DIESTSCHY-MARTENET, art. 270 CO N 79 et 81 ; ég. BIERI/ETEMI, N 1 qui parlent d'absence d'usage de la formule officielle, d'usage de la formule officielle qui ne contient pas toutes les informations nécessaires ou d'une notification de la formule officielle plus de 30 jours après l'entrée du locataire dans les locaux.

¹⁶⁴ ATF 140 III 583, cons. 3.2.4 et réf., avec plusieurs exemples.

¹⁶⁵ TF du 22.08.2016, 4A_415/2015, cons. 2.2.3.

¹⁶⁶ TF du 28.02.2020, 4A_495/2019, cons. 3.3 non publié *in* : ATF 146 III 82 ; ATF 140 III 583, cons. 3.2.1 et 3.2.2 et réf. citées.

¹⁶⁷ Sur la notion, CARRON/WESSNER, vol. II, N 2545 ss, 2547 et 2778 ss ; TERCIER/PICHONNAZ, N 823.

s'agit d'un cumul d'actions (art. 90 CPC) : la première vise, après constatation à titre préjudiciel de la nullité du loyer convenu, la fixation judiciaire de celui-ci et la seconde, en tant que conséquence de la première, vise la restitution des prestations exécutées indument par le passé¹⁶⁸.

91. Si le locataire **ne s'acquitte pas du loyer** initial (nul) durant la procédure de fixation judiciaire du loyer, il ne tombe en principe pas en demeure (art. 257d al. 1 CO)¹⁶⁹. La seule limite est l'abus manifeste de droit (art. 2 al. 2 CC)¹⁷⁰. Ce sera le cas d'un locataire qui invoque abusivement la nullité du loyer initial dans le cadre d'une procédure d'expulsion pour justifier le non-paiement du loyer et l'usage à titre gratuit de la chose louée¹⁷¹. Si le locataire ne verse pas de loyer pendant la procédure en fixation du loyer initial, le bailleur peut requérir la fixation provisoire d'un loyer par mesures provisionnelles¹⁷².
92. L'action du locataire qui réclame la restitution de la part de loyer versée indument n'est **pas de nature contractuelle**¹⁷³. En effet, vu qu'il s'agit d'un vice relatif à la formation du contrat, la nullité du loyer se manifeste *ex tunc* et les paiements ont lieu sans cause.
93. La restitution des prestations s'effectue donc sur la base des **règles de l'enrichissement illégitime** (art. 62 ss CO) dans la mesure où le bailleur a obtenu des prestations pécuniaires sans cause juridique valable (*condictio sine causa*)¹⁷⁴.

¹⁶⁸ ATF 140 III 583, cons. 3.2.3 ; 120 II 341, cons. 6c ; BIERI/ETEMI, N 3 ; LACHAT/STASTNY, p. 495 ; TERCIER/BIERI/CARRON, N 2173 ; ég. CPra Actions civiles-BOHNET, vol. II, § 18 N 9b.

¹⁶⁹ ATF 120 II 341, cons. 6c ; ég. LACHAT/STASTNY, p. 494.

¹⁷⁰ Dans ce sens, ATF 140 III 583, cons. 3.2.4.

¹⁷¹ ATF 137 III 547, cons. 2.3.

¹⁷² CPra Actions civiles-BOHNET, vol. II, § 18 N 9a ; CPra Bail-DIETSCHY-MARTENET, art. 270 CO N 83.

¹⁷³ ATF 130 III 504, cons. 6.2.

¹⁷⁴ TF du 28.02.2020, 4A_495/2019, cons. 3.4 non publié *in* : ATF 146 III 82 ; ATF 140 III 583, cons. 3.2.3 et réf. citées.

94. Vu qu'il s'agit d'un paiement effectué par le locataire appauvri au bailleur enrichi alors qu'il n'y avait pas de dette (*Nichtschuld*), l'**art. 63 al. 1 CO** relatif à la répétition de l'indu s'applique et limite la portée de l'art. 62 (*supra* N 41). Si le locataire s'est acquitté volontairement du paiement du loyer initial – ce qui devrait être généralement le cas en pratique¹⁷⁵ –, il doit alors établir qu'il était dans l'erreur pour éviter que le bailleur puisse refuser de lui restituer le trop-perçu. Dans ce cadre, rappelons que n'importe quelle erreur effective de l'appauvri suffit, elle peut même être inexcusable (*supra* N 42).
95. En lien avec l'utilisation de la formule officielle, dont le but est précisément de renseigner le locataire, le TF, après avoir hésité ces dernières années, a finalement confirmé à juste titre la **présomption de l'ignorance** du locataire quant à l'obligation d'utiliser la formule officielle et quant aux conséquences de son absence¹⁷⁶. Dans ce contexte, le TF admet donc que le locataire qui réclame les parts de loyers payées en trop n'a pas besoin de prouver qu'il était dans l'erreur¹⁷⁷. En effet, « compte tenu de la *ratio legis* de l'exigence de la notification sur une formule officielle, exigence qui repose sur l'idée que le locataire peut ignorer les droits que lui confère la loi, la présomption 'nul n'est censé ignorer la loi' est ici renversée »¹⁷⁸. L'exclusion de son droit à la répétition ne peut intervenir que dans les limites étroites de l'abus manifeste de droit (art. 2 al. 2 CC), qui doit être prouvé par le bailleur¹⁷⁹.
96. Dès que locataire sait que le vice de forme relatif à la formule officielle entraîne la nullité du loyer et qu'il continue à verser

¹⁷⁵ BIERI/ETEMI, N 12 ; KOLLER T., Jusletter, N 8.

¹⁷⁶ ATF 148 III 63, cons. 6.2.1 ; BOHNET, Formule officielle, p. 3 ; sur les hésitations, ATF 146 III 583, cons. 4.1.3 ; 140 III 583, cons. 3.2.3 et réf. citées.

¹⁷⁷ ATF 140 III 583, cons. 3.2.3 et 3.2.4 ; 113 II 187 ; 148 III 63, cons. 6.2, qui semble toutefois mettre la preuve du bénéfice de la présomption à charge du locataire.

¹⁷⁸ ATF 113 II 187, cons. 1a ; BOHNET, Formule officielle, p. 4.

¹⁷⁹ BOHNET, Formule officielle, p. 4 ; CARRON, Nullité, p. 4 ; CARRON/WESSNER, vol. I, N 1145.

celui-ci au bailleur, il se trouve dans une position que certains ont qualifiée à juste titre d'« inconfortable »¹⁸⁰. En effet, le locataire effectue dorénavant ses paiements volontairement et sans erreur et pourrait se voir refuser la restitution de l'indu en vertu de l'art. 63 CO. Dans une telle situation, la solution pratique consiste pour le locataire à verser son loyer tout en **formulant une réserve** à ce sujet, de sorte que le bailleur ne peut ensuite lui reprocher une attitude contradictoire et invoquer l'art. 63 CO pour refuser de restituer le trop-perçu¹⁸¹.

97. L'**enrichissement** du bailleur correspond à la différence entre le loyer effectivement payé depuis le début du bail et le montant du loyer admissible fixé par le tribunal¹⁸².
98. Les **intérêts moratoires** dus par le bailleur courent dès l'entrée en force du jugement formateur réduisant le loyer initial et ordonnant la restitution du trop-perçu¹⁸³. En effet, avant cette décision, la créance en restitution – dont le montant demeurait incertain – ne pouvait pas faire l'objet d'une interpellation valable et ne pouvait donc pas être échue ; faute d'échéance, le bailleur ne pouvait pas tomber en demeure du débiteur.
99. Le régime de la **prescription** est celui de l'art. 67 al. 1 CO, combinant un délai relatif de trois ans, et un délai absolu de dix ans (*supra* N 55).
100. S'agissant du **point de départ** de la prescription (*supra* N 56 s.), on peut faire les commentaires suivants :
 - Pour le **délai relatif**, la connaissance effective du droit de répétition intervient au moment où le locataire sait, d'une

¹⁸⁰ BIERI/ETEMI, N 15. Contrairement à ces auteurs, nous considérons que le locataire, qui est certain que le loyer est nul, ne prend pas de risque sérieux s'il cesse de payer son loyer lorsqu'il se rend compte du vice, le TF ayant lui-même indiqué que le seul fait de s'être acquitté du loyer pendant une longue période ne constitue pas un abus manifeste de droit (ATF 138 III 401, cons. 2.3.3).

¹⁸¹ Dans ce sens, BIERI/ETEMI, N 16 ; KOLLER T., Jusletter, N 8 ; ég. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1535.

¹⁸² Dans ce sens, ATF 140 III 583, cons. 3.3.1 et 3.3.2.

¹⁸³ TF du 09.07.2002, 4C.291/2001, cons. 6c.

part, que l'absence de la formule officielle entraîne la nullité du loyer initial et, d'autre part, que le loyer qu'il a versé était trop haut et donc abusif¹⁸⁴. Il n'est en revanche pas nécessaire que le locataire connaisse précisément le loyer payé par le locataire précédent¹⁸⁵.

L'ignorance du locataire est présumée. En pratique, la connaissance effective intervient souvent lorsque le locataire cherche conseils auprès d'un avocat ou d'une association de défense des locataires et que cette question est effectivement abordée¹⁸⁶. Selon le TF, il faut réserver les situations dans lesquelles le locataire a des connaissances spécifiques en droit du bail, il a loué par le passé un appartement impliquant la remise d'une formule officielle, ou il a déjà été impliqué dans une procédure de contestation du loyer initial¹⁸⁷. A la suite d'autres auteurs, nous considérons que ces réserves ne sont que des exemples d'abus de droit qui doivent faire l'objet d'une analyse individuelle¹⁸⁸.

- Pour le **délai absolu**, chaque paiement du loyer rend séparément exigible une créance du locataire en restitution du montant correspondant. Chaque versement fait donc partir un délai de dix ans¹⁸⁹.

101. Le TF a récemment précisé sa jurisprudence en lien avec l'**intérêt à agir** du locataire en fixation judiciaire du loyer¹⁹⁰. Tant que le bail n'est pas résilié, le locataire peut toujours se prévaloir du vice de forme à la source de la nullité du loyer

¹⁸⁴ ATF 148 III 63, cons. 6.2.

¹⁸⁵ TF du 02.02.2015, 4A_517/2014, cons. 4.2 ; CARRON, DB 2015, N 15.

¹⁸⁶ ATF 148 III 63, cons. 6.2.1 ; 140 III 583.

¹⁸⁷ ATF 148 III 63, cons. 6.2.3.

¹⁸⁸ BOHNET, Formule officielle, p. 4, avec des exemples pertinents.

¹⁸⁹ ATF 148 III 63, cons. 6.3 ; ATF 146 III 82, cons. 4.3. Sur la controverse jurisprudentielle et doctrinale existant avant cet arrêt, BIERI/ETEMI, N 8 ss ; MEYER, p. 132 (en faveur d'un délai unique de dix ans dès la conclusion du contrat).

¹⁹⁰ ATF 148 III 63, cons. 5 ss ; TF du 28.02.2020, 4A_495/2019, cons. 3.5 non publié *in* : ATF 146 III 82 ; ATF 140 III 583, cons. 3.2.3 ; CARRON, Nullité, p. 2.

initial. Cette conclusion vaut également si la créance en restitution de l'enrichissement illégitime est prescrite (art. 67 CO) : en effet, le locataire conserve un intérêt suffisant à la fixation des loyers futurs. En revanche, lorsque le bail a pris fin, l'intérêt du locataire à agir n'existe plus dès que le débiteur a valablement soulevé l'exception de prescription.

2. La contestation du loyer initial

102. Selon l'art. 270 al. 1 CO, le locataire peut **contester le loyer initial** dans les trente jours dès la réception des locaux loués. La disposition s'applique à tout nouveau bail d'habitation ou de local commercial, dans l'une des circonstances suivantes¹⁹¹ :
103. 1° Le locataire a été contraint de conclure le contrat par nécessité personnelle ou familiale (let. a *i.i.*).
104. 2° La contrainte résulte de la situation du marché local (let. a *i.f.*).
105. 3° Le loyer initial a été sensiblement majoré par rapport à celui payé par le précédent locataire pour le même objet (let. b)¹⁹². Le caractère abusif du loyer s'évalue en fonction des méthodes développées sur la base des art. 269 et 269a CO, en principe à l'aide de la méthode absolue¹⁹³.
106. Le locataire qui considère que son loyer initial est abusif peut **cumuler** une action en contestation dudit loyer avec une action en restitution du trop-payé (art. 90 CPC).
107. Durant la procédure de contestation, le locataire doit continuer de **s'acquitter du loyer** initialement convenu, sous peine de tomber en demeure (art. 270e CO)¹⁹⁴.

¹⁹¹ ATF 142 III 442, cons. 3.1.1, JdT 2017 II 139 ; ég. FETTER, N 387 ss.

¹⁹² FETTER, N 387 ss.

¹⁹³ ATF 121 III 364 ; FETTER, N 476 s.

¹⁹⁴ LCHAT/STASTNY, p. 484, qui réserve le cas rare en pratique de mesures provisoires.

108. Lorsque le tribunal admet l'action, il rend un **jugement formateur** qui fixe le montant admissible du loyer. Le nouveau montant du loyer rétroagit à l'entrée en vigueur du contrat¹⁹⁵.
109. Avec la décision du tribunal, la cause qui justifiait le paiement de la totalité du loyer contractuel cesse d'exister après avoir été dans un premier temps valide (*condictio ob causam finitam*)¹⁹⁶. Le montant payé en trop doit être restitué au locataire **en application des règles de l'enrichissement illégitime** (art. 62 al. 1 CO)¹⁹⁷. Si le locataire a formulé une conclusion en ce sens, le tribunal devrait ordonner formellement la restitution du trop-payé dans le dispositif du jugement¹⁹⁸.
110. **L'art. 63 al. 1 CO ne trouve pas application.** Il ne s'agit en effet pas d'un paiement de l'indu, car les loyers ont été acquittés en vertu d'une cause valable à l'époque du paiement qui a ensuite cessé d'exister (*supra* N 42)¹⁹⁹. Le locataire n'a donc pas besoin de démontrer qu'il était dans l'erreur au moment où il s'est exécuté.
111. **L'enrichissement** du bailleur correspond à la différence entre les loyers payés depuis le début du bail et le montant du loyer admissible fixé par le juge²⁰⁰.
112. Les **intérêts moratoires** dus par le bailleur courent dès l'entrée en force du jugement réduisant le loyer initial et ordonnant la restitution du trop-perçu²⁰¹. En effet, avant cette décision, la créance en restitution du trop-perçu n'est pas exigible et donc pas échue. Faute d'échéance, le bailleur ne saurait donc tomber en demeure du débiteur.

¹⁹⁵ CPra Bail-DIETSCHY-MARTENET, art. 270 CO N 69 et réf. citées.

¹⁹⁶ Dans ce sens, FETTER, N 572.

¹⁹⁷ MORIN, N 52 ; d'un avis différent, WEBER, p. 11 s.

¹⁹⁸ TF du 09.07.2002, 4C.291/2001, cons. 6b ; CPra Bail-DIETSCHY-MARTENET, art. 270 CO N 69 et réf. citées.

¹⁹⁹ FETTER, N 577 ; MORIN, N 52.

²⁰⁰ Dans ce sens, CPra Bail-DIETSCHY-MARTENET, art. 270 CO N 69.

²⁰¹ Dans ce sens, TF du 09.07.2002, 4C.291/2001, cons. 6c.

113. La **prescription** répond au régime de l'art. 67 al. 1 CO, combinant un délai relatif de trois ans et un délai absolu de dix ans (*supra* N 55).
114. S'agissant du point de départ de la prescription (*supra* N 56 s.), le **délai absolu** et le **délai relatif** courent dès le moment de l'entrée en force du jugement réduisant le loyer²⁰². Vu le caractère formateur du jugement en question²⁰³, l'entrée en force correspond à la naissance du droit et partant, au point de départ du délai absolu. Dès lors, le locataire ne peut avoir connaissance de son droit de répétition qu'à partir de ce moment qui marque donc également le point de départ du délai relatif.
115. Quant à l'**échéance de la créance**, point de départ des intérêts moratoires, elle doit également être fixée à ce même moment²⁰⁴.
116. En pratique, le locataire cumulera en principe l'action en contestation du loyer initial avec celle en restitution de l'enrichissement illégitime (art. 90 CPC ; *supra* N 90). Dans ce contexte, le délai de prescription applicable à la créance en restitution du trop-payé constatée par jugement est de dix ans, conformément à l'**art. 137 al. 2 CO**²⁰⁵.

²⁰² D'un avis partiellement différent, FETTER, N 582 s., qui semble certes considérer que le délai absolu court dès l'entrée en force du jugement alors que le délai relatif commencerait à courir au moment de la connaissance de la réduction de loyer accordée judiciairement. Ce moment pourrait correspondre déjà à la notification du jugement et se produire avant son entrée en force.

²⁰³ Il faut rapprocher le caractère formateur de ce type de jugement de celui en matière de baisse de loyer : ATF 146 III 346, cons. 2.3 ; 142 III 557, cons. 8.3.1 (baisse de loyer selon l'art. 270a CO). Notons que la nature du jugement a en revanche été laissée ouverte pour la réduction de loyer dans la garantie pour les défauts (art. 259d CO ; ATF 142 III 557, cons. 8.3). Quant à l'action du bailleur pour valider une hausse de loyer, le TF a dit qu'il s'agissait d'une action constatatoire visant à confirmer l'exercice d'un droit formateur pour la hausse de loyer (TF du 06.05.2021, 4A_616/2020, cons. 4.3.5).

²⁰⁴ TF du 09.07.2002, 4C.291/2001, cons. 6c.

²⁰⁵ CR CO I-PICHONNAZ, art. 137 N 4.

3. La convention spéciale portant sur les frais accessoires inexistante ou nulle

117. Selon les art. 257a al. 1 et 257b al. 1 CO, les frais accessoires rémunèrent les **prestations du bailleur** ou d'un tiers **en rapport avec l'usage** de la chose louée. Pour les habitations et les locaux commerciaux, il s'agit notamment des frais de chauffage, d'eau chaude et autres frais d'exploitation de l'immeuble (p. ex. conciergerie, ascenseur). Certaines contributions publiques résultant de l'utilisation de la chose (p. ex. taxes d'épuration) font également partie des frais accessoires²⁰⁶.
118. La définition des frais accessoires n'est pas laissée à la disposition des parties²⁰⁷. Ainsi, les prestations du bailleur **sans rapport avec l'usage** de la chose (p. ex. primes d'assurance de l'immeuble, impôts fonciers) et les dépenses qui concernent l'entretien et la réparation de l'immeuble ne sont pas des frais accessoires²⁰⁸.
119. L'art. 257a al. 2 CO prévoit que les frais accessoires ne sont à la charge du locataire que si « **cela a été convenu spécialement** ». Les parties doivent donc s'entendre sur chaque poste de frais accessoires spécifique à l'objet loué et mis à la charge du locataire²⁰⁹. A défaut de convention suffisamment précise, le bailleur ne pourra pas astreindre le locataire au paiement des postes en question et devra supporter lui-même ces coûts²¹⁰.

²⁰⁶ CR CO I-BOHNET/LACHAT, art. 257a-257b N 1 ; ZK-HIGI/BÜHLMANN, art. 257a/257b N 8.

²⁰⁷ ATF 137 I 135, cons. 2.4 et réf. citées.

²⁰⁸ CARRON/PLATTNER, N 99 ; ZK-HIGI/BÜHLMANN, art. 257a/257b N 7 s. ; CPra Bail-BIERI, art. 257a/257b CO N 13 ; CR CO I-BOHNET/LACHAT, art. 257a-257b N 1.

²⁰⁹ ATF 135 III 591, cons. 4.2.3 et 4.3 ; 121 III 460, cons. 2a/aa ; TF du 03.11.2022, 4A_305/2022, cons. 4.1.1.

²¹⁰ ATF 137 III 362, cons. 3.2.1 ; TF, arrêt du 03.11.2022, 4A_305/2022, cons. 4.1.1. Sur ces questions examinées sous l'angle d'un rapport de *due diligence*, CARRON/PLATTNER, N 103 ss.

120. L'accord des parties doit également porter sur le **mode de perception**. A défaut de convention spéciale, le loyer convenu est réputé rémunérer tous les frais accessoires (loyer « tout compris »)²¹¹. La convention peut prévoir une perception à forfait ou selon un système d'acomptes provisionnels (*supra* N 119)²¹².
121. Lorsque les frais accessoires sont perçus selon un système d'acomptes provisionnels suivis d'un décompte périodique, la non-contestation du décompte par le locataire et le paiement d'un éventuel solde, y compris durant plusieurs années, ne permettent pas d'admettre l'existence d'une **convention tacite** sur les frais accessoires au sens de l'art. 257a al. 2 CO²¹³. Le TF semble toutefois admettre que les parties puissent concrétiser par actes concluants une convention spéciale portant sur les frais accessoires, initialement insuffisante²¹⁴.
122. En principe, le renvoi à une **annexe standardisée**, p. ex. sous la forme de conditions générales, ne satisfait pas aux exigences de précisions de la convention spéciale²¹⁵. Un renvoi de ce type reste néanmoins admissible si l'annexe ne fait que concrétiser des frais accessoires déjà attribués au locataire par le contrat²¹⁶, avec la précision que seules les rubriques déjà précises dans le contrat, aisément compréhensibles par un non-juriste, peuvent faire l'objet d'une concrétisation (p. ex. « frais de chauffage et d'eau chaude »)²¹⁷, au contraire de notions trop génériques (p. ex. « frais d'exploitation »)²¹⁸. Finalement, les notions génériques contenues dans une annexe restent admissibles lorsque celle-ci n'est pas standardisée. C'est le cas lorsque

²¹¹ LACHAT, p. 406 ; ZK-HIGI/BÜHLMANN, art. 257a/257b N 14.

²¹² Sur ces questions, BK-GIGER, art. 257a N 55 ss.

²¹³ TF du 24.10.2006, 4C.224/2006, cons. 2.4 ; TF du 08.04.2005, 4P.309/2004, cons. 5 ; TF du 21.03.2007, 4P.323/2006, DB 2008 N 5.

²¹⁴ TF du 16.02.2009, 4A_525/2008, cons. 3.2.

²¹⁵ ATF 135 III 591, cons. 4.3.1 ; TF du 04.02.2016, 4A_622/2015, cons. 3.3.

²¹⁶ ATF 135 III 591, cons. 4.3.1 ; TF du 18.07.2022, 4A_620/2021, cons. 4.1.2.

²¹⁷ TF du 09.09.2029, 4A_149/2019, cons. 2.2.

²¹⁸ ATF 135 III 591, cons. 4.3.2 ; TF du 09.09.2020, 4A_149/2019, cons. 2.2.

l'annexe est adaptée individuellement à la relation de bail particulière (p. ex. lorsque certains postes sont biffés ou d'autres ajoutés spécifiquement) ou qu'elle est rédigée individuellement pour la relation en cause²¹⁹.

123. Lorsque la **formule officielle** est imposée pour la notification du loyer initial (*supra* N 86), l'état des frais accessoires doit y figurer à la conclusion du bail²²⁰.
124. Les exigences relatives à la convention spéciale pour les frais accessoires peut donner lieu à **deux cas de paiements indus** :
125. **1° L'absence ou l'insuffisance de convention spéciale.** Lorsque le locataire paye des montants au titre de frais accessoires alors qu'aucun accord – ou qu'aucune convention spéciale suffisante – n'existe à leur propos, il exécute une prestation sans cause juridique (*condictio sine causa*)²²¹.
126. **2° La nullité de l'accord sur les frais accessoires pour vice de forme.** Lorsque le locataire paye des montants qui n'ont pas été notifiés sur formule officielle alors que celle-ci est obligatoire (art. 270 al. 2 CO ; art. 19 al. 1 let. a ch. 1 et 2 et al. 3 OBLF), le vice de forme entraîne la nullité partielle du contrat (art. 20 al. 2 CO par analogie)²²². Le locataire qui s'exécute le fait en vertu d'une cause inexistante (*condictio sine causa*)²²³.
127. Dans les deux hypothèses, le locataire peut se prévaloir des règles sur l'**enrichissement illégitime** puisqu'il n'y a jamais eu

²¹⁹ TF du 18.07.2022, 4A_620/2021, cons. 4.1.2 ; TF du 04.02.2016, 4A_622/2015, cons. 3.3.2.

²²⁰ LCHAT/STASTNY, p. 491.

²²¹ TF du 22.02.2018, 4A_451/2017, cons. 5. Dans ce sens, CPra Bail-BIERI, art. 257a/257b CO N 21.

²²² CARRON/WESSNER, vol. II, N 2545.

²²³ TF du 03.07.2023, 4A_153/2023, cons. 5.1 ; PEREIRA, N 69 s. ; CPra Bail-BIERI, art. 257a/257b CO N 165 ; CARRON/PLATTNER, N 105 ; ég. CPra Bail-MARCHAND, art. 269d CO N 40.

de convention (valable) portant sur le paiement des frais accessoires (art. 62 CO ; *condictio sine causa* ; *supra* N 38)²²⁴.

128. Compte tenu de l'absence ou de la nullité de la convention, le locataire **ne tombe pas en demeure** s'il refuse de s'acquitter des montants réclamés au titre de frais accessoires avant la constatation judiciaire de l'inexistence ou de l'invalidité de la clause de frais accessoires²²⁵. Toutefois, un locataire prudent paiera en principe les montants réclamés durant la procédure. A défaut, il risque de voir son bail résilié pour demeure du locataire (art. 257d al. 1 CO) si un tribunal considère finalement que les frais accessoires impayés reposent sur un fondement valable²²⁶.
129. Dans la mesure où le locataire s'est volontairement acquitté du paiement des frais accessoires en l'absence de cause juridique, on a potentiellement affaire à un paiement de l'indu, ce qui entraîne l'application de l'**art. 63 CO**²²⁷. Si la formule officielle est obligatoire, les précisions jurisprudentielles allégeant la preuve du locataire (*supra* N 93) s'appliquent : celui-ci ne doit donc pas prouver qu'il était dans l'erreur au moment où il s'est exécuté puisque celle-ci est présumée²²⁸. Dans tous les cas, le TF souligne qu'il ne faut pas apprécier de façon trop stricte les circonstances lorsqu'on apprécie s'il y a erreur : en effet, dans les relations d'affaires, il n'y a en principe jamais d'intention de donner. Il faut donc régulièrement retenir l'existence de l'erreur du locataire qui a payé des montants indus²²⁹. En pratique, le locataire qui s'exécute sera bien avisé de formuler une réserve à ce sujet ; cela empêchera le bailleur de lui reprocher ensuite un

²²⁴ TF du 22.02.2018, 4A_451/2017, cons. 5 ; CPra Bail-BIERI, art. 257a/257b CO N 164 et 165.

²²⁵ Comp. en matière de nullité du loyer initial, ATF 140 III 583, cons. 3.2.4 ; FETTER, N 246 s.

²²⁶ ATF 140 III 591, cons. 3.2 ; TF, arrêt du 06.05.2023, 4A_523/2022, cons. 4.1.

²²⁷ TF du 22.02.2018, 4A_451/2017, cons. 5.3.

²²⁸ ATF 140 III 583, cons. 3.2.2 et 3.2.4 ; 113 II 187 ; 148 III 63, cons. 6.2, qui semble toutefois mettre la preuve du bénéfice de la présomption à charge du locataire ; ég. BOHNET, Formule officielle, p. 4.

²²⁹ TF du 22.02.2018, 4A_451/2017, cons. 5.3.

comportement contradictoire et d'invoquer l'art. 63 CO (*supra* N 96).

130. L'**enrichissement** illégitime du bailleur correspond au total des montants versés par le locataire au titre de paiement des frais accessoires non couverts par une convention spéciale, respectant le cas échéant la forme requise (formule officielle).
131. Le locataire ne doit **pas agir dans un délai** défini²³⁰. En particulier, le fait de payer des frais accessoires nuls ou non convenus spécialement n'emporte pas accord tacite à leur propos qui exclurait la répétition²³¹. Seule la prescription affecte ses créances.
132. S'agissant de la **prescription**, l'art. 67 al. 1 CO s'applique, avec les commentaires suivants :
- Le **délai relatif** de trois ans court dès que le locataire a effectivement connaissance du montant payé indument. En s'inspirant du régime applicable pour le loyer initial nul, le moment de la connaissance correspond en principe au jour où le locataire consulte un avocat ou une association de défense des locataires et que cette question est effectivement abordée²³². L'ignorance du locataire doit être présumée (*supra* N 100).
 - Le **délai absolu** de dix ans court dès la naissance du droit, soit dès l'établissement du décompte final ou, en cas de montant forfaitaire (*supra* N 100), dès le paiement de celui-ci. Lorsque le forfait est réglé sous forme de paiements périodiques, un nouveau délai absolu court pour chaque versement effectué²³³.

²³⁰ LACHAT, p. 424.

²³¹ CPra Bail-BIERI, art. 257a/257b CO N 152 et réf. citées ; CR CO I-LACHAT/BOHNET, art. 257a/257b N 2a.

²³² Dans ce sens, ATF 148 III 63, cons. 6.2.1 (cas de nullité du loyer initial) ; ATF 140 III 583.

²³³ Dans ce sens, ATF 148 III 63, cons. 6.2.1 ; 140 III 583 (cas de nullité du loyer initial).

B. Les attributions indues faites en cours de bail

1. La demande de baisse de loyer

133. Selon l'art. 270a CO, le locataire d'une habitation ou d'un local commercial peut demander une **réduction de loyer en cours de bail** de durée indéterminée lorsqu'une modification notable des bases de calcul intervient (art. 269 et 269a CO)²³⁴.
134. La requête de baisse de loyer est une manifestation de volonté unilatérale adressée par écrit directement **au bailleur** pour le prochain terme de résiliation moyennant le respect par le locataire du préavis de résiliation (art. 270a al. 1 CO)²³⁵. Si, dans le délai légal de 30 jours, le bailleur ne donne pas suite à la demande, s'il ne l'accepte que partiellement ou s'il ne répond pas, le locataire peut saisir l'autorité de conciliation (art. 270a al. 2 CO)²³⁶. Il peut cumuler sa demande avec une prétention en restitution du trop-payé (art. 90 CPC)²³⁷.
135. Durant la procédure de contestation, le locataire doit **payer le loyer non réduit** (art. 270e CO), sous peine de tomber en demeure et de risquer la résiliation pour demeure (art. 257d CO).
136. Si le tribunal admet la demande, il rend un jugement formateur entraînant une **modification du contrat** avec effet *ex tunc* depuis l'échéance contractuelle pour laquelle le locataire a adressé sa requête au bailleur²³⁸.
137. Lorsque, pendant la procédure judiciaire, le locataire paie le loyer convenu conformément à son obligation, il s'exécute **en vertu d'une cause valable**. Lors de l'entrée en vigueur de la baisse, la cause de l'obligation cesse d'exister (*condictio ob*

²³⁴ ZK-HIGI/BÜHLMANN, art. 270a N 30 ss.

²³⁵ CR CO I-LACHAT/BOHNET, art. 270a N 7.

²³⁶ CR CO I-LACHAT/BOHNET, art. 270a N 8.

²³⁷ CPra Actions civiles-BOHNET, vol. II, § 19 N 26.

²³⁸ ATF 146 III 346, cons. 2.3 ; 142 III 557, cons. 8.3.1 ; LACHAT/STASTNY, p. 526 ; MORIN, N 56.

causam finitam)²³⁹. Le locataire peut alors récupérer le trop-payé en application des règles sur **l'enrichissement illégitime**²⁴⁰. L'art. 63 al. 1 CO n'est pas applicable (*supra* N 41) : le locataire n'est donc pas tenu de démontrer qu'il était dans l'erreur au moment du paiement²⁴¹.

138. L'**enrichissement** du bailleur correspond à la différence entre le loyer payé depuis le terme contractuel pour lequel la baisse a été demandée et le montant réduit fixé au terme de la procédure.
139. Les **intérêts moratoires** dus par le bailleur courent dès l'entrée en force du jugement de baisse²⁴². Avant cette décision, la créance en restitution n'est pas exigible (et donc pas échue), de sorte que le bailleur ne saurait tomber en demeure simple du débiteur.
140. S'agissant du point de départ de la **prescription** (*supra* N 56 s.), le délai relatif et le délai absolu courent dès le moment de l'entrée en force du jugement réduisant le loyer²⁴³. Vu le caractère formateur du jugement en question²⁴⁴, son entrée en force correspond à la naissance du droit et partant, au point de départ du délai absolu. En outre, le locataire ne peut avoir connaissance de son droit de répétition qu'à partir de ce moment, ce qui constitue également le point de départ du délai relatif.
141. Une fois la créance en restitution du trop-payé reconnue par un jugement en force, le délai de prescription applicable à son recouvrement est de dix ans, conformément à l'**art. 137 al. 2 CO**²⁴⁵.

²³⁹ MORIN, N 56.

²⁴⁰ TF du 09.07.2002, 4C.291/2001, cons. 6c. D'un avis apparemment différent, PIOTET, p. 1 s.

²⁴¹ MORIN, N 56.

²⁴² TF du 09.07.2002, 4C.291/2001, cons. 6c.

²⁴³ D'un avis différent en matière de contestation du loyer initial, FETTER, N 582 s.
²⁴⁴ ATF 146 III 346, cons. 2.3 ; 142 III 557, cons. 8.3.1.

²⁴⁵ CR CO I-PICHONNAZ, art. 137 N 4.

2. La majoration de loyer nulle ou inefficace

142. En cours de bail de durée indéterminée, le bailleur peut **majorer le loyer** pour le prochain terme de résiliation. Alors que les conditions matérielles applicables font principalement l'objet des art. 269 à 269c CO, l'art. 269d CO pose les **conditions formelles** suivantes²⁴⁶ :

- S'agissant du **champ d'application**, cette disposition s'applique non seulement à une augmentation de loyer, mais aussi à toute autre modification unilatérale d'un bail d'habitations ou de locaux commerciaux en faveur du bailleur. Il s'agit notamment de l'introduction de nouveaux frais accessoires ou d'une modification de la répartition de ceux-ci entre les parties (art. 269d al. 3 CO)²⁴⁷.
- S'agissant des exigences de **forme**, la notification doit se faire au moyen d'une formule agréée par le canton, c'est-à-dire une formule officielle (art. 269d al. 1 CO).
- S'agissant du **contenu**, la formule officielle doit contenir les informations prévues à l'art. 19 OBLF, notamment les motifs précis de la hausse. Le bailleur doit, en outre, s'abstenir d'assortir la hausse d'une menace de résiliation²⁴⁸.
- Du point de vue **temporel**, le locataire doit recevoir l'avis de majoration dix jours avant le début du délai de résiliation du bail (art. 269b à 269e CO), pour la prochaine échéance. On applique la théorie de la réception relative²⁴⁹.

²⁴⁶ CPra-Bail MARCHAND, art. 269d N 2 et 16 ss ; CR CO-LACHAT/BOHNET, art. 269d N 2 et 6 ss ; l'art. 269d CO contient également une condition matérielle qui interdit le congé menace (art. 269d al. 2 let. c CO). A ce sujet, CPra-MARCHAND, art. 269d CO N 41 ss et réf.

²⁴⁷ ATF 137 III 362, cons. 3.2.1 ; TF du 29.04.2022, 4C.24/2002, MRA 2002 p. 108, DB 2003 N 14 ; MORIN, N 18 et 20 ; PEREIRA, N 43 ss.

²⁴⁸ Pour les conditions, LACHAT/STASTNY, p. 498 s.

²⁴⁹ ATF 140 III 244, cons. 5.1.

143. Les majorations de loyer qui ne respectent pas les prescriptions de forme ou de contenu – c'est-à-dire lorsque la majoration n'est pas notifiée au moyen d'une formule officielle (art. 269d al. 2 let. a CO) ou qu'elle n'est pas ou insuffisamment motivée (art. 269d al. 2 let. b CO) – sont **nulles**. C'est également le cas lorsque la majoration est assortie d'une résiliation ou d'une menace de résiliation (art. 269d al. 2 let. c CO)²⁵⁰. Il n'y a en revanche pas nullité si l'avis de majoration est notifié trop tard au locataire : l'augmentation du loyer est alors valable, mais n'entre en vigueur qu'à la prochaine échéance du bail²⁵¹.
144. La nullité est **absolue** et **partielle**. Elle est absolue, car elle intervient de plein droit et le tribunal doit la constater d'office²⁵². Elle est partielle (art. 20 al. 2 CO par analogie²⁵³), car elle porte uniquement sur la majoration du loyer ; le reste du contrat de bail, en particulier l'ancien loyer, demeure valable.
145. Lorsqu'une hausse de loyer est nulle, le locataire peut agir en justice en tout temps pour que le tribunal **constate la nullité** et **ordonne la restitution** des montants payés en trop en vertu des **règles de l'enrichissement illégitime**, même s'il s'est régulièrement acquitté du loyer majoré pendant une certaine période²⁵⁴. La seule limite est celle de l'abus manifeste de droit²⁵⁵, par exemple lorsque le locataire est conscient du vice dès le début²⁵⁶ ou lorsqu'après en avoir pris connaissance, il s'en

²⁵⁰ CONOD/BOHNET, p. 102.

²⁵¹ ATF 131 III 566 cons. 3.3 ; CPra-Bail MONTINI/WAHLEN, art. 270b CO N 9 et réf., si le locataire paie néanmoins le loyer augmenté avant l'échéance à laquelle la majoration prend effet, il peut également en demander répétition en se fondant sur les art. 62 s. CO.

²⁵² TF du 17.07.2014, 4A_198/2014, cons. 4.1 ; ég. CARRON/WESSNER, vol. II, N 2536.

²⁵³ CARRON/WESSNER, vol. II, N 2245.

²⁵⁴ TF du 17.07.2014, 4A_198/2014, cons. 4.1 ; ég. CARRON/WESSNER, vol. II, N 2536.

²⁵⁵ TF du 07.07.2008, 4A_198/2008, cons. 3.1 ; ATF 113 II 187, cons. 1a ; CONOD, p. 100 ; LACHAT/STASTNY, p. 510 ; sur l'abus de droit, ATF 138 III 401, cons. 2.2, JdT 2015 II 267.

²⁵⁶ TF, DB 2006 N 19 ; TF du 03.03.2017, 4A_637/2016, cons. 4.1.

désintéresse et ne soulève la nullité que dans le cadre d'une procédure d'expulsion ou d'annulation du congé qui lui a été notifiée²⁵⁷.

146. Une hausse de loyer formellement valide constitue une offre de modification contractuelle que le bailleur doit notifier au locataire (art. 269d al. 1 CO). Le locataire l'accepte tacitement s'il ne la conteste pas matériellement dans les trente jours suivant sa notification (art. 270b al. 1 CO). Le locataire peut aussi **contester matériellement la hausse** de loyer en critiquant d'une part la pertinence des critères relatifs choisis par le bailleur pour justifier la majoration ou en invoquant d'autres²⁵⁸. Le locataire peut d'autre part se prévaloir de critères absolus dans le même but : il s'en prend alors, selon les cas, au rendement brut de l'immeuble, au rendement net ou, alternativement, invoque le montant des loyers usuels du quartier pour un objet comparable, afin de démontrer que le bailleur entend tirer un loyer abusif de la chose louée²⁵⁹. Faute de remplir les conditions matérielles, la hausse sera alors **inefficace**.
147. En procédure, il n'est pas rare que le locataire s'oppose à la hausse en invoquant à la fois des griefs formels (*supra* N 143 ss), et des critiques matérielles (art. 270b al. 1 CO ; *supra* N 146). En cas d'échec de la conciliation, c'est au bailleur de s'adresser au tribunal et d'ouvrir **action en constatation** de la validité de la hausse²⁶⁰.
148. La hausse n'entre pas en vigueur durant la procédure de conciliation et durant la procédure judiciaire, sous réserve de mesures provisionnelles ordonnées par le tribunal (art. 270e CO)²⁶¹. Le locataire continue donc en principe à s'acquitter du

²⁵⁷ ATF 137 III 547, cons. 2.3 ; CPra-Bail DIETSCHY-MARTENET, art. 270 CO N 8, en lien avec une nullité initiale ; dans ce sens, en lien avec une majoration de loyer en cours de bail, TF du 03.03.2017, 4A_637/2016, cons. 4.1.

²⁵⁸ CR CO I-LACHAT/BOHNET, Intro. art. 269-270e N 5.

²⁵⁹ CONOD/BOHNET, p. 116 ss.

²⁶⁰ TF du 06.05.2021, 4A_616/2020, cons. 4.3.5, indiquant que la hausse représente l'exercice d'un droit formateur. Eg. *supra* n. 203.

²⁶¹ CONOD/BOHNET, p. 107 ; BSK OR I-WEBER, art. 270b N 4a.

loyer convenu jusqu'à droit connu sur la hausse. Il n'y a **en principe pas de créance en restitution** de l'enrichissement illégitime.

149. On ne peut toutefois exclure qu'un locataire paye le montant contesté du loyer durant la procédure et le réclame à l'issue de celle-ci lorsque la hausse est jugée nulle ou inefficace. Dans cette hypothèse, il peut récupérer le trop-payé selon les **règles de l'enrichissement illégitime** (art. 62 ss CO)²⁶². En pratique, le locataire cumulera ses conclusions en restitution du trop-payé avec celles visant à obtenir le rejet des conclusions constatatoires du bailleur en validation de la hausse (art. 90 CPC)²⁶³.
150. La **nullité de la hausse de loyer** équivaut à une absence de cause (*condictio sine causa*)²⁶⁴. La restitution de la créance du locataire est donc soumise à l'art. 63 CO dans la mesure où celui-ci s'est acquitté volontairement d'une obligation dépourvue de cause (*supra* N 42)²⁶⁵. Les précisions jurisprudentielles et les conseils pratiques formulés en lien avec la condition de l'erreur du locataire (*supra* N 42, 93) s'appliquent également. En cas de non-utilisation de la formule officielle, l'erreur exigée par l'art. 63 CO est présumée (*supra* N 95).
151. La **hausse de loyer inefficace** équivaut également à une absence de cause (*condictio sine causa*)²⁶⁶. Rappelons en outre que la hausse notifiée par le bailleur n'entre en principe pas en vigueur avant le terme de la procédure (art. 270e CO). Dans cette mesure, le locataire qui paye quand même le loyer majoré s'exécute *sine causa*. L'art. 63 CO s'applique donc aussi à cette configuration, avec les précisions jurisprudentielles et les conseils pratiques

²⁶² CR CO I-PICHONNAZ, art. 128 N 7d.

²⁶³ CPra Actions civiles-BOHNET, vol. II, § 19 N 31.

²⁶⁴ MORIN, N 29 ; CR CO I-PICHONNAZ, art. 128 N 7d.

²⁶⁵ MORIN, N 32 ss, en partie 33.

²⁶⁶ Dans ce sens, MORIN, N 27, qui rappelle que le locataire qui n'est pas le débiteur des montants versés s'exécute sans cause valable (*sine causa*).

formulés en lien avec la condition de l'erreur du locataire (*supra* N 42, 96, 129)²⁶⁷.

152. L'**enrichissement** du bailleur correspond à la part du loyer majoré dont le locataire s'est acquitté à tort dès la notification de la hausse et jusqu'à la décision qui constate la nullité de la hausse ou ne la valide pas pour des raisons matérielles.

153. S'agissant du délai de **prescription**, il est régi par l'art. 67 al. 1 CO²⁶⁸, au sujet duquel nous formulons les remarques suivantes :

- Le **délai relatif** court dès la connaissance effective du droit à la restitution²⁶⁹.

A notre avis, lorsque la hausse de loyer est **nulle**, la connaissance intervient dès que le locataire, dont l'ignorance est également présumée sous l'angle de la prescription, sait qu'en l'absence de formule valable, l'augmentation de loyer payée n'était pas due²⁷⁰. Ce moment correspond au jour où le locataire inaverti en matière de bail consulte un avocat ou une association de protection des locataires et que cette question est effectivement abordée (*supra* N 100)²⁷¹.

Lorsque la hausse de loyer est **inefficace**, la prescription relative court dès la connaissance de la décision judiciaire ne validant pas la hausse²⁷². C'est à ce moment que le locataire connaîtra effectivement l'ampleur de l'enrichissement du bailleur.

²⁶⁷ TF du 22.02.2018, 4A_451/2017, cons. 5.3.

²⁶⁸ D'un avis différent, WEBER, p. 14 s. ; pour une critique convaincante de cette position doctrinale, MORIN, N 28 ss.

²⁶⁹ ATF 140 III 583, cons. 3.2.3.

²⁷⁰ Dans ce sens, ATF 148 III 63, cons. 6.2 ; 140 III 583 (cas de nullité du loyer initial).

²⁷¹ Dans ce sens, ATF 148 III 63, cons. 6.2.1 ; 140 III 583 (cas de nullité du loyer initial).

²⁷² TF du 09.07.2002, 4C.291/2001, cons. 6c, à propos du cas inverse d'une demande de réduction de loyer formulée par le locataire ; dans ce sens, BSK OR I-WEBER, art. 270b N 4b ; ég. FETTER, N 583.

- Le point de départ du **délai absolu** coïncide avec l'exigibilité de la prétention.

Lorsque la hausse est **nulle**, chaque paiement indu fait partir un nouveau délai²⁷³.

Lorsque la hausse n'est **pas validée à l'issue de la procédure**, la solution est identique. Vu que le jugement est constatatoire (et pas formateur ; *supra* N 147), la prétention en restitution est exigible immédiatement après chaque paiement.

- Si le locataire formule ses conclusions en restitution de l'enrichissement illégitime cumulativement à celles visant à rejeter la demande de hausse du bailleur (*supra* N 149), le délai de prescription applicable à la créance en restitution du trop-payé constatée par jugement sera de **dix ans**, conformément à l'**art. 137 al. 2 CO**.

3. Les frais accessoires versés en trop

154. Nous avons déjà présenté le régime de la convention spéciale portant sur les frais accessoires dans le contrat de bail et les conséquences de sa nullité ou de son inexistence (*supra* N 117 ss). Lorsque l'accord est valable mais que le locataire verse un montant **trop élevé**, la question d'une restitution se pose également.
155. Dans le cadre de leur accord spécifique portant sur les frais accessoires, les parties peuvent décider que le paiement aura lieu sur la base d'un décompte périodique des dépenses effectives du bailleur (art. 257a CO et 4 OBLF) ou selon un forfait. Dans le système du décompte périodique, le locataire doit verser des acomptes prévisionnels. Le montant est définitivement fixé dans le **décompte final de frais accessoires**, exigible au terme de la

²⁷³ Dans ce sens, ATF 148 III 63, cons. 6.2 ; 146 III 82, cons. 4.3.4 (cas de nullité du loyer initial).

période convenue. Le décompte doit intervenir au moins une fois par an et être présenté au locataire (art. 4 al. 1 OBLF).

156. Lorsque le total des acomptes versés est **supérieur** au décompte final, le locataire a droit à la restitution du trop-payé. Lorsqu'**aucun décompte n'est présenté** ou que le locataire ne peut pas consulter les pièces justificatives, il dispose également du droit de demander le remboursement des acomptes versés²⁷⁴.
157. Le **fondement** de la prétention du locataire en restitution des frais accessoires payés indument **dépend du moment** de cette demande, selon que celle-ci a lieu avant ou après la reconnaissance du décompte des frais accessoires par le locataire²⁷⁵.
158. La restitution des frais accessoires payés en trop demandée **avant la reconnaissance** du décompte est une prétention contractuelle, dont nous avons déjà parlé (*supra* N 71).
159. La restitution demandée **après la reconnaissance** du décompte relève de l'enrichissement illégitime (art. 62 ss CO)²⁷⁶. La reconnaissance du décompte a un effet novatoire (art. 117 al. 2 CO). La novation a toutefois un caractère causal : la nouvelle dette ne naît que si l'ancienne existait et était valable²⁷⁷. Lorsque, à juste titre, le locataire remet en question un décompte pourtant reconnu dans un premier temps, il se prévaut pour le montant payé en trop d'une obligation dont la cause n'a jamais existé (*condictio sine causa*)²⁷⁸.

²⁷⁴ CR CO I-LACHAT/BOHNET, art. 257a/257b N 12.

²⁷⁵ TF, arrêt du 20.06.2011, 4A_267/2011, cons. 2.2 ; CONOD, p. 103 ; LACHAT, p. 425 s.

²⁷⁶ TF du 08.10.2019, 4A_209/2019, cons. 8.1 ; TF du 29.06.2011, 4A_267/2011, cons. 2.2 ; TF du 29.04.2002, 4C.24/2002, cons. 3.3 ; CR CO I-LACHAT/BOHNET, art. 257a/257b N 12 ; CPra Bail-BIERI, art. 257a/257b CO N 158 ; MORIN, N 64.

²⁷⁷ ATF 127 III 147, cons. 2b ; TERCIER/PICHONNAZ, N 1543.

²⁷⁸ Dans ce sens, CPra Bail-BIERI, art. 257a/257b CO N 158.

160. Le montant de l'**enrichissement** correspond à la différence entre le montant – au besoin corrigé – du décompte final et le total (supérieur) des montants effectivement versés.
161. Le locataire revendique la restitution de prestations qu'il a volontairement exécutées en vertu d'une obligation dont la cause n'a jamais existé (*condictio sine causa*). L'**art. 63 CO** s'applique donc, avec les précisions jurisprudentielles évoquées en matière d'existence d'une erreur effective (*supra* N 42, 93)²⁷⁹. Cette disposition ne devrait en principe pas empêcher la naissance de la créance en restitution du trop-payé, dans la mesure où le locataire était dans l'erreur – il croyait que le décompte reconnu était correct – au moment où il a reconnu le décompte et au moment où il s'est acquitté d'un éventuel solde en faveur du bailleur²⁸⁰.
162. Le locataire qui entend contester le solde des frais accessoires n'a **aucun délai pour agir**. Le bail ne saurait lui en imposer un, en prévoyant par exemple qu'un décompte non contesté dans les trente jours serait définitivement accepté²⁸¹. Toutefois, le TF a, par le passé du moins, adopté une position plus nuancée en admettant de façon isolée l'acceptation tacite d'un décompte après un délai fixé par le bailleur²⁸².
163. D'une manière générale, le locataire qui paye le solde de frais accessoires durant plusieurs années puis réclame la restitution de ces montants ne commet pas d'abus du droit (art. 2 al. 2 CC)²⁸³. Seul le délai de prescription applicable encadre l'exercice de sa prétention (*infra* N 164).

²⁷⁹ TF du 22.02.2018, 4A_451/2017, cons. 5.3 ; CPra Bail-BIERI, art. 257a/257b CO N 158.

²⁸⁰ MORIN, N 64.

²⁸¹ BK-GIGER, art. 257b N 50 ; WEBER, p. 17 ss ; LACHAT, p. 424 ; *contra* MORIN, N 61 et réf. citées.

²⁸² TF du 29.04.2002, 4C.24/2002, cons. 3.3.2, DB 2003 N 3 ; ég. LACHAT, p. 424, n. 131.

²⁸³ TF du 24.10.2006, 4C.224/2006, cons. 2.4 ; TF du 08.04.2005, 4P.309/2004, cons. 5 ; TF du 21.03.2007, 4P.323/2006, DB 2008 N 5.

164. La **prescription** correspond au régime de l'art. 67 al. 1 CO²⁸⁴. Nous formulons les remarques suivantes.
- Le **délai relatif** de trois ans court dès que le locataire a connaissance effective du montant payé indument²⁸⁵. Cette date coïncide le plus souvent avec l'accès effectif aux pièces justificatives et non avec la seule présentation du décompte ou avec la remise de la facture correspondante²⁸⁶.
 - Le **délai absolu** de dix ans court dès la naissance du droit de répétition. Si le locataire n'a pas eu à payer de solde car les acomptes suffisaient, le point de départ est la reconnaissance du décompte. Si le locataire s'est acquitté d'un solde (erroné) après la reconnaissance du décompte, le point de départ pour la restitution de ce solde est le paiement du montant en question.

C. Deux autres hypothèses

1. L'indemnité pour occupation illicite

165. Le locataire restant dans les locaux après la fin du bail peut devoir au bailleur une **indemnité pour occupation illicite**²⁸⁷.
166. Le **fondement** de cette créance demeure controversé²⁸⁸. Il est parfois considéré que le maintien dans les locaux constitue une faute contractuelle qui donne lieu à des dommages-intérêts sur

²⁸⁴ La littérature n'est pas toujours précise à ce sujet. P.ex. ZK-HIGI/BÜHLMANN, art. 257a/257b N 24 ; BK-GIGER, art. 257a N 41, qui ne distinguent pas d'une part entre le point de départ du délai relatif et du délai absolu et, d'autre part, entre la situation où le locataire doit verser ou non un solde après la reconnaissance du décompte.

²⁸⁵ TF du 03.10.2006, 4C.248/2006, cons. 2.3 et 2.5.

²⁸⁶ Dans ce sens, CPra Bail-BIERI, art. 257a/257b CO N 159.

²⁸⁷ Dans ce sens, LACHAT/RUBLI, p. 1053 ; CONOD/BOHNET, p. 222.

²⁸⁸ ATF 131 III 257, cons. 2 et 2.1 ; CONOD/BOHNET, p. 222 ; LACHAT/RUBLI, p. 1053.

la base de l'art. 97 CO (art. 267 al. 1 CO)²⁸⁹. Dans un arrêt récent, le TF ne distingue toutefois plus que les **deux fondements** suivants²⁹⁰ :

167. **1° Le rapport contractuel de fait.** Dans la règle, un locataire qui demeure dans les locaux après l'expiration du bail peut répondre à l'égard du bailleur en vertu d'un rapport contractuel de fait. Cette construction, inspirée du droit allemand, permet au bailleur de réclamer un montant équivalent au loyer convenu ainsi que la réparation de l'éventuel dommage supplémentaire²⁹¹. Dans la mesure où il s'agit d'un cas d'application du régime contractuel, nous renvoyons aux développements correspondants (*supra* N 73).
168. **2° L'enrichissement illégitime.** Lorsque le bail est valablement résilié mais que le bailleur laisse délibérément la chose à la disposition du locataire, ce dernier doit une indemnité pour occupation illicite. Selon le TF, cette indemnité peut se fonder sur les règles de l'enrichissement illégitime (art. 62 ss CO ; *condictio ob causam finitam*)²⁹².
169. Est **enrichi** le locataire qui jouit de la chose sans être astreint au paiement d'un loyer²⁹³. Dans ce cas, l'enrichissement correspond à une non-diminution de l'actif (*supra* N 29)²⁹⁴. Le bailleur n'est pas nécessairement appauvri, notamment s'il n'établit pas qu'il aurait reloué la chose.
170. Le **montant** de l'enrichissement correspond à la valeur locative objective de la chose louée durant son utilisation effective sans

²⁸⁹ ATF 131 III 257, cons. 2 et 2.1 ; GANDROY, N 802 ss ; CONOD/BOHNET, p. 222 ; LACHAT, p. 1053.

²⁹⁰ TF du 22.07.2019, 4A_276/2018, cons. 3.1.

²⁹¹ TF du 22.07.2019, 4A_276/2018, cons. 3.1.

²⁹² TF du 22.07.2019, 4A_276/2018, cons. 3.1 (le Tribunal fédéral prend l'exemple d'un bailleur qui croit à tort que le bail n'est pas résilié et accepte de ce fait la présence des locataires dans les locaux).

²⁹³ ATF 119 II 437, cons. 3a/cc, JdT 2003 I 331 ; TF du 22.07.2019, 4A_276/2018, cons. 3.1.

²⁹⁴ ATF 143 II 37, cons. 8.4.1, JdT 2018 I 84.

contrat²⁹⁵. Selon la jurisprudence, le montant du loyer subjectivement fixé par les parties avant que le contrat ne prenne fin peut servir de référence pour déterminer la valeur locative objective²⁹⁶.

171. Le locataire qui demeure dans les locaux ne peut pas se prévaloir de l'**art. 64 CO** (*supra* N 50), faute de pouvoir invoquer sa bonne foi : en effet, il doit raisonnablement s'attendre à devoir s'acquitter d'une somme pour l'utilisation de la chose²⁹⁷.
172. Le délai de **prescription** de l'art. 67 al. 1 CO est applicable à cette configuration. Nous formulons deux remarques.
- Le point de départ du **délai relatif** correspond au jour où, après l'expiration du bail, il est clair que le locataire ne restituera pas la chose louée²⁹⁸. Ce jour-là, le bailleur dispose en effet de toutes les informations pour faire valoir une créance contre le locataire qui ne paie plus le loyer mais se maintient dans les locaux.
 - Le **délai absolu** court dès l'exigibilité de la créance, lorsque tous les éléments fondant l'obligation de restituer l'enrichissement sont réunis²⁹⁹. Lorsque la cause a cessé d'exister, l'exigibilité correspond au moment de la disparition de la cause³⁰⁰. Ainsi, l'exigibilité survient au premier jour de l'occupation illicite.

2. Les transactions couplées

173. La transaction couplée est un contrat distinct du bail à loyer, qui ne ressortit pas à l'objet ordinaire de celui-ci, et qui est imposé au locataire³⁰¹. Selon l'**art. 254 CO**, les transactions couplées

²⁹⁵ ATF 119 II 437, cons. 3b/cc, JdT 2003 I 331 ; CARRON, L'indemnité, p. 3.

²⁹⁶ ATF 129 III 320, cons. 7.1.3 et 7.1.4, JdT 2003 I 331 ; CARRON, L'indemnité, p. 3.

²⁹⁷ CARRON, L'indemnité, p. 4.

²⁹⁸ Dans ce sens, CARRON/WESSNER, vol. I, N 1228.

²⁹⁹ ATF 146 III 82, cons. 4.3.1.

³⁰⁰ ATF 143 II 37, cons. 6.3.1, JdT 2018 I 84.

³⁰¹ LACHAT/STASTNY, p. 219.

avec le bail d'habitation ou de locaux commerciaux sont nulles lorsque la conclusion ou la continuation du bail y est subordonnée et que, par cette transaction, le locataire contracte une obligation qui n'est pas en relation directe avec l'usage de la chose louée.

174. Parmi les **transactions couplées interdites**, on peut citer le cas du locataire qui, au moment de conclure ou de renouveler le bail, ne souhaitait pas acquérir le logement mais s'y trouve contraint (art. 3 OBLF). L'obligation de payer des frais de dossier à la conclusion du bail³⁰² ou de verser un loyer disproportionné pour le mobilier ou le fonds de commerce sont également des transactions couplées illicites et partant nulles³⁰³.
175. La **nullité** prévue par l'art. 254 CO a une **nature absolue**. Cela signifie notamment qu'un tribunal doit la relever d'office et qu'elle est invocable en tout temps³⁰⁴. La **portée** de la nullité est **variable** : si la transaction couplée est intégrée au bail, la nullité n'affecte que la clause concernée (art. 20 al. 2 CO)³⁰⁵ ; lorsqu'elle figure dans un contrat distinct, celui-ci est totalement nul³⁰⁶. En revanche, l'existence d'une transaction couplée nulle n'affecte jamais la validité du bail³⁰⁷.
176. Le locataire qui s'est exécuté en vertu d'une transaction couplée nulle peut réclamer les prestations effectuées à ce titre en vertu des **art. 62 ss CO**, sous réserve d'une application de la revendication réelle (*supra* N 18)³⁰⁸. Elles ne reposent en effet pas sur une cause valable (*condictio sine causa* ; *supra* N 38). La restitution des prestations suppose en principe un cumul d'actions (art. 90 CPC) : une première conclusion tend, à titre préjudiciel, à la constatation de la nullité de la transaction

³⁰² GROBET THORENS, N 154.

³⁰³ DB 1999 N 3.

³⁰⁴ TF du 22.08.2016, 4A_415/2015, cons. 2.2.3.

³⁰⁵ DB 1999 N 3.

³⁰⁶ LACHAT/STASTNY, p. 226 et réf. citées.

³⁰⁷ BSK OR-WEBER, art. 254 N 6.

³⁰⁸ CPra-Bail MONTINI/BOUVERAT, art. 254 CO N 45.

couplée alors que la seconde demande, en tant que conséquence de la première, au tribunal de condamner le bailleur à restituer l'indu³⁰⁹.

177. Compte tenu de l'absence de cause, l'**art. 63 CO** trouve application (*supra* N 41).
178. L'**enrichissement** correspond au montant des prestations exécutées dans le cadre de la transaction couplée nulle³¹⁰.
179. Selon une partie de la doctrine, l'art. 66 CO (*supra* N 44) ou l'interdiction de l'abus de droit (art. 2 al. 2 CC) pourrait justifier d'**exclure la répétition** des prestations effectuées par le bailleur ou par un tiers³¹¹. A notre avis, la crainte d'une application de l'art. 66 CO était légitime sous l'ancienne jurisprudence, puisque le TF adoptait une interprétation plutôt large en excluant également la répétition de ce qui avait remis en exécution d'un contrat illicite ou contraire aux mœurs³¹². Cette approche est désormais abandonnée et le TF exclut dorénavant uniquement la répétition de prestations exécutées dans le but d'inciter à un comportement illicite, contraire aux mœurs, ou de le récompenser³¹³. Cette nouvelle jurisprudence plus restrictive a pour effet que l'art. 66 CO ne devrait en principe plus s'appliquer en cas de transaction couplée. Quant à l'art. 2 al. 2 CC, son application dépend des circonstances, mais on rappelle qu'il exige un abus manifeste de droit³¹⁴. Lorsque ces dispositions ne s'appliquent pas, la répétition a lieu conformément aux règles précitées³¹⁵.
180. S'agissant de la **prescription**, on applique l'art. 67 al. 1 CO et on peut faire les commentaires suivants sur le *dies a quo* :

³⁰⁹ Par analogie, ATF 140 III 583, cons. 3.2.3.

³¹⁰ CR CO I-LACHAT/BOHNET, art. 254 N 9.

³¹¹ CR CO I-LACHAT/BOHNET, art. 254 N 10 ; CPra-Bail MONTINI/BOUVERAT, art. 254 CO N 46.

³¹² Pour un exemple, ATF 102 II 401, cons. 4, JdT 1978 I 492.

³¹³ ATF 134 III 438, cons. 3.2, JdT 2008 I 541.

³¹⁴ Sur ces questions, PICHONNAZ, N 7 ss.

³¹⁵ MICHELI, p. 26.

- Le **délai relatif** court dès la connaissance du droit à la restitution. A notre avis, ce moment intervient dès que le locataire sait effectivement que la transaction couplée est contraire au droit. Ce moment correspond en principe au moment où le locataire, dont l'ignorance est présumée en la matière, consulte un avocat ou une association de protection des locataires et aborde effectivement cette question³¹⁶.
- Le **délai absolu** débute, quant à lui, à la naissance du droit de répétition. A notre avis, ce moment correspond au jour de l'exécution du contrat portant sur la transaction couplée illicite³¹⁷. S'il s'agit de prestations périodiques, un nouveau délai commence à courir lors de l'exécution de chacune d'elles.

V. Conclusion

181. La présente contribution a d'abord permis d'identifier les régimes applicables à la restitution de prestations indûment fournies dans le cadre d'un contrat de bail. Elle a ensuite présenté plus en détail celui de l'enrichissement illégitime et traité les principaux cas de figure dans lesquels il s'applique aux parties bailleresse et locataire. Depuis les années 2000, la jurisprudence et la doctrine ont en effet délimité son champ d'application de sorte que les juristes peuvent aujourd'hui identifier plus aisément le régime et les modalités applicables.
182. En dépit de son rôle théoriquement subsidiaire par rapport aux autres régimes, la restitution de l'enrichissement illégitime demeure un des mécanismes principaux de restitution des prestations indues en droit du bail. Les questions les plus saillantes sont, d'une part, celle de la prescription – dont la durée et le point de départ diffèrent selon chaque régime – et, d'autre part, celle de la répétition de l'indu et des conditions supplémentaires posées par l'art. 63 CO, en particulier

³¹⁶ Dans ce sens, ATF 148 III 63, cons. 6.2.1 (cas de nullité du loyer initial).

³¹⁷ Dans ce sens, CARRON/WESSNER, vol. I, N 1228.

l'existence d'une erreur du locataire en cas de paiement volontaire.

Bibliographie

ADDORISIO DE FEO RANIERO, Fälligkeit und Verjährungsfristen im Mietrecht, mp 2001, p. 163 ss

BIERI LAURENT/ETEMI SEMSIJA, Nullité du loyer et créance en remboursement du trop-versé, Jusletter 17 février 2020

BOHNET FRANÇOIS/CARRON BLAISE/MONTINI MARINO (édit.), Droit du bail à loyer et à ferme, Commentaire pratique, 2^e éd., Bâle 2017 (cité : CPra Bail-AUTEUR)

BOHNET FRANÇOIS, Actions civiles, Commentaire pratique, 2^e éd, Bâle 2019 (cité : CPra Actions civiles-AUTEUR, vol. II)

BOHNET FRANÇOIS, Formule officielle à la conclusion du bail et présomption d'ignorance des droits du locataire (arrêt TF 4A_302/2021), Newsletter Bail.ch mars 2022 (cité : BOHNET, Formule officielle)

BUCHER EUGEN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2^e éd., Zurich 1988

CARRON BLAISE, L'indemnité pour occupation illicite : rapport contractuel de fait comme fondement, principes de fixation et application de l'art. 42 al. 2 CO (arrêt 4A_276/2018), Newsletter Bail.ch octobre 2019, DB 2019 N 3 (cité : CARRON, L'indemnité)

CARRON BLAISE, Nullité du loyer initial ; point de départ du délai de prescription absolu de l'action en restitution du trop-perçu (arrêt 4A_495/2019), Newsletter Bail.ch avril 2020 (cité : CARRON, Nullité)

CARRON BLAISE, Nullité du loyer initial faut d'utilisation de la formule officielle ; prescription de l'action en restitution du trop-perçu (art. 67 al. 1 CO) ; fixation judiciaire du loyer initial admissible sur la base de données statistiques ou de l'expérience générale du tribunal, DB 2015 N 16 (cité : CARRON, DB 2015)

CARRON BLAISE/PLATTNER PLACIDUS, Contrat de bail et valorisation immobilière, Due diligence relative à la vente d'un immeuble locatif, *in* : Bohnet/Carron (édit.), 18^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel/Bâle 2014, p. 4 ss

CARRON BLAISE/WESSNER PIERRE, Droit des obligations Partie générale – Volume I : les concepts généraux et la représentation – l’enrichissement illégitime – la relation précontractuelle, Berne 2022 (cité : CARRON/WESSNER, vol. I)

CARRON BLAISE/WESSNER PIERRE, Droit des obligations Partie générale – Volume II : la formation du contrat – les conditions générales – l’interprétation du contrat – l’exécution, Berne 2024 (cité : CARRON/WESSNER, vol. II)

CHAUDET FRANÇOIS, *Condictio causa data causa non secuta* – Critique historique de l’action en enrichissement illégitime de l’art. 62 al. 2 CO, thèse Lausanne 1973

CONOD PHILIPPE, Action en répétition de l’indu : qualité pour défendre et prescription, CdB 4/05, p. 97 ss

CONOD PHILIPPE/BOHNET FRANÇOIS, Droit du bail, Fond et procédure, 2^e éd., Neuchâtel/Bâle 2021

ENGEL PIERRE, Traité des obligations en droit suisse, 2^e éd., Berne 1997

FETTER SÉBASTIEN, La contestation du loyer initial, étude de l’art. 270 CO, thèse Berne 2005

GANDOY AURÉLIE, La liquidation des rapports de bail à loyer, aspects de droit matériel et de procédure, thèse Neuchâtel, Neuchâtel/Bâle 2024

GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R. /SCHMID JÖRG, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, vol. I, 11^e éd., Zurich 2020

GIGER HANS, Berner Kommentar, Die Miete, Art. 253-273c OR, Art. 260-266o OR, Berne 2020 (cité : BK-GIGER, art. X N Y)

GIGER HANS, Berner Kommentar, Die Miete, Art. 253-273c OR, Art. 256-259i OR, Berne 2015 (cité : BK-GIGER, art. X N Y)

GROBET THORENS KARIN, Frais d’inscription, de dossier, de conclusion, de rappel, de résiliation : à charge du locataire ?, *in* : Bohnet (édit.), 17^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel/Bâle 2012, p. 183 ss

HIGI PETER/BÜHLMANN ANTON/WILDISEN CHRISTOPH, Zürcher Kommentar, Teilband V2b, Die Miete, Vorbemerkungen zum 8. Titel (Art. 253-273c OR), Art. 253-265 OR, 5^e éd., Zurich 2019 (cité : ZK-HIGI/COAUTEUR, art. X N Y)

HUGUENIN CLAIRE, *Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil*, 3^e éd., Zurich 2019

KOLLER ALFRED, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, vol. 1, 5^e éd., Berne 2023 (cité : KOLLER, OR AT)

KOLLER THOMAS, *Einmal mehr : Fragwürdiges im Mietrecht vom Mon-Repos*, Jusletter 20 novembre 2017 (cité : KOLLER T, Jusletter)

LACHAT DAVID et al., *Le bail à loyer*, Genève 2019 (cité : LACHAT/CO-AUTEUR)

LACHAT DAVID, *La gestion d'affaires sans mandat*, in : Bohnet/Carron (édit.), 22^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel/Bâle 2022, p. 169 ss (cité : LACHAT, *Gestion d'affaires*)

Message relatif à la modification du code des obligations (Droit de la prescription) du 29 novembre 2013, FF 2014 221 ss (cité : Message)

MEYER LAURE, *Contestation du loyer initial, Délai de prescription absolu*, CdB 4/18, p. 128 ss

MICHELI JACQUES, *Les transactions couplées avec le bail*, in : *Faculté de droit et des sciences économiques* (édit.), 13^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2004, § 4 p. 1 ss

MORIN ARIANE, *La restitution des paiements en matière de bail*, in : Bohnet/Wessner (édit.), 15^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel/Bâle 2008, p. 143 ss

MÜLLER CHRISTOPH, *La responsabilité civile extracontractuelle*, 2^e éd., Bâle 2023

MÜLLER CHRISTOPH, *Les contrats de droit suisse*, Berne 2021

OFFICE FÉDÉRAL DU LOGEMENT, *Aperçu pour l'année 2024, Utilisation de la formule officielle pour communiquer le loyer initial* (art. 270 al. 2 CO), Berne 2024 (consultable via le lien suivant : <https://www.bwo.admin.ch/bwo/fr/home/mietrecht/mietrecht--politik.html>)

PEREIRA SANDRA, *Jurisprudence et nouveautés en matière de frais accessoires*, in : Bohnet/Carron (édit.), 22^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel/Bâle 2022, p. 225 ss

PICHONNAZ PASCAL, L'abus de droit dans le contrat de bail à loyer, *in* : Bohnet/Carron (édit.), 18^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel/Bâle 2014, p. 162 ss

PIOTET DENIS, La restitution des loyers ou d'acomptes de frais accessoires perçus à tort : un autre avis sur la question de la prescription et du transfert de la chose louée, CdB 1/06, p. 1 ss

SCHWENZER INGEBORG/FOUNTOULAKIS CHRISTIANA, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 8^e éd., Berne 2020

STEINAUER PAUL-HENRI, Droits réels, vol. I, 6^e éd., Berne 2019

SVIT (édit.), Das Schweizerische Mietrecht – Kommentar, 4^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2018 (cité : SVIT-K-AUTEUR)

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

THÉVENOZ LUC/WERRO FRANZ (édit.), Commentaire romand Code des obligations I, 3^e éd., Bâle 2021 (cité : CR CO I-AUTEUR, art. X N Y)

TERCIER PIERRE/PICHONNAZ PASCAL, Le droit des obligations, 6^e éd., Zurich 2019

WEBER ROGER, Rückforderungsansprüche im Mietrecht, mp 2005 p. 1 ss

WERRO FRANZ, La responsabilité civile, 3^e éd., Berne 2017.

WIDMER LÜCHINGER CORINNE/OSER DAVID (édit.), Basler Kommentar Obligationenrecht I (art. 1-529), 7^e éd., Bâle 2020 (cité : BSK OR I-AUTEUR, art. X N Y)

L'usage de la chose louée

par

Pierre Stastny

Avocat, juriste à l'ASLOCA Genève

I. Introduction.....	119
II. L'usage des mots	120
A. L'habitation.....	120
1. Remarque liminaire	120
2. Le local d'habitation.....	121
3. L'usage d'habitation.....	121
B. L'usage de la chose louée	122
1. Remarque liminaire	122
2. L'usage prévu.....	122
3. L'usage conforme au contrat.....	123
4. L'usage soigneux.....	124
III. L'usage prévu : méthodes de détermination.....	124
A. Remarque liminaire.....	124
B. Le courant « objectiviste »	125
C. Le courant « subjectiviste ».....	126
D. Conséquences pratiques du débat	127
E. Approche pragmatique du Tribunal fédéral et de la doctrine...	128
1. L'usage prévu.....	128
2. L'usage conforme au contrat et l'usage soigneux	131
F. Appréciation	131

IV. L'usage (normal) d'habitation et les standards minimaux	132
V. L'usage de la chose louée : étendue spatiale	135
A. Ce qui vaut chose louée comme habitation.....	135
1. La chose louée.....	135
a) L'habitation en soi	135
b) Les parties et installations communes	136
2. Les choses dont l'usage est cédé avec une habitation	137
a) Généralités	137
b) Meubles et équipements	138
c) Dépendances (annexes immobilières)	139
B. Difficultés pratiques dans la délimitation de la chose louée	140
1. Délimitation de l'habitation <i>en soi</i>	140
a) Sous-location et location de partie d'une villa.....	140
b) Location d'une dépendance ou agrandissement de la chose louée ?.....	140
2. Parties communes ou espaces privés ?.....	141
a) Parties communément communes	141
b) Cas hors du commun	142
ba) Vous êtes ici dans un espace privé !.....	142
bb) Cet espace est à tout le monde !.....	144
3. Problèmes d'accessoires.....	145
a) Caractère onéreux de la cession de l'usage	145
aa) Accessoires mobiliers	146
ab) Dépendances.....	147
b) Contrat unique ou pluralité de contrats ?.....	148
c) Connexité personnelle obligatoire ?	150

ca) Le bailleur du parking n'est pas le même que celui du logement.....	150
cb) Le locataire est différent de celui du logement	151
4. Le retrait de l'usage (rappel des principes)	151
5. L'usage sans droit.....	153
VI. Les usagers de l'habitation.....	154
A. Généralités	154
B. Cession de l'usage par le locataire comme exercice de l'usage convenu.....	155
1. Remarques introductives	155
2. Situation 1 : le bail ne prévoit aucune occupation particulière obligatoire.....	156
a) Le locataire occupe les lieux.....	156
b) Le locataire n'occupe pas le logement	158
3. Situation 2 : le bail prévoit une occupation particulière obligatoire.....	160
a) Exclusion du concubin ?.....	160
b) Le locataire occupe le logement	161
ba) Occupation occasionnelle.....	161
bb) Occupation régulière	162
c) Le locataire n'occupe pas le logement.....	162
C. De l'occupation de la chose louée : non-occupation, sous-occupation, suroccupation.....	163
1. Remarque liminaire	163
2. Fréquence de l'occupation : non-occupation et occupation insuffisante	163
3. Sous-occupation (spatiale)	164
4. Suroccupation.....	166

VII. Règles et usages locatifs	168
1. Les objectifs	168
2. Limitations excessives et règles chicanières proscrites.....	169
3. Régimes afférents aux modalités d'usage	170
4. Voies de droit du locataire.....	171
5. Modifications des modalités d'usage (rappel).....	172
VIII. Quelques cas pratiques	172
A. Détention d'animaux.....	172
1. Remarques introductives	172
2. Le contrat est silencieux sur la question.....	173
3. Le contrat interdit les animaux	174
4. Tolérance des animaux	176
5. Régime d'autorisation et notion de justes motifs	177
6. Agencements pour les animaux.....	179
B. Fumée et grillades	180
1. Fumer chez soi.....	180
2. Grillades	182
C. Verrous de sécurité.....	183
Bibliographie.....	186

I. Introduction

1. L'usage de la chose est une *notion protéiforme* qui traverse et irrigue l'ensemble du droit du bail, en tant notamment qu'elle :
 - Caractérise le contrat de bail (art. 253 CO).
 - Détermine la nature (p. ex. : habitation ; N 7 ss et N 47 ss ci-dessous) et l'étendue de l'objet loué (art. 253a al. 1 CO ; N 60 ss ci-dessous).
 - Cible qui sont les usagers légitimes de la chose louée (N 138 ss ci-dessous).
 - Précise les obligations principales du bailleur et de quelle manière la chose peut et doit être utilisée par le locataire (art. 256 al. 1 CO et art. 257f al. 1 et 2 CO ; N 22 ss ci-dessous).
 - Sert à définir le défaut de la chose louée (art. 258 ss CO).
 - Fixe le champ d'application de certaines règles protectrices réservées à certains types d'usages uniquement (not. : art. 257b CO ; art. 257d al. 1 et 2 CO ; art. 257e al. 2 CO ; art. 269 ss CO et art. 271 ss CO).
 - Permet de déterminer les obligations du locataire en fin de bail (art. 267 CO).
2. La notion est surtout connue des praticiens en tant qu'elle permet la définition du défaut et constitue le fondement des congés pour violation de son devoir de diligence par le locataire. Elle est moins présente à l'esprit, relativement à d'autres sujets.
3. Il n'est évidemment pas possible de cerner tous les contours de « l'usage de la chose », si bien qu'il faut délimiter le propos. Seront ainsi délibérément ciblées ci-après des problématiques en lien avec *les habitations* – quoique nombre des considérations émises valent aussi pour les locaux commerciaux. Nous ne nous pencherons ni sur la notion de défaut ni sur les conséquences de

celui-ci¹, pas plus que nous n'aborderons les conséquences des violations par le locataire de ses obligations de diligence².

4. Après une partie terminologique (II), nous examinerons sous l'angle théorique ce qu'est l'« usage prévu » (III) avant de mettre en évidence comment il se comprend dans le cas particulier de l'habitation (IV), ce après quoi nous délimiterons sur quel objet concret porte cet usage (V). Nous traiterons ensuite de l'occupation de la chose louée et tenterons préalablement, dans ce contexte, de dire qui sont les usagers légitimes de l'habitation (VI). Les régimes de réglementation de l'usage des logements, rencontrés en pratique, seront par la suite brièvement présentés (VII), avant de passer en revue quelques cas pratiques donnant lieu à des débats nourris (VIII).

II. L'usage des mots

A. L'habitation

1. Remarque liminaire

5. Il nous est apparu logique de commencer par définir sommairement ce qu'est une habitation, vu la circonscription du périmètre de la présente contribution à ce type d'usage.
6. La doctrine distingue parfois entre l'objet matériel que constitue le logement (local d'habitation ; *Wohnraum*) et l'usage d'habitation (*Wohnen*), à savoir la destination pour laquelle il a été loué³. C'est cette dernière qui est décisive pour qu'un objet puisse être qualifié de logement.

¹ A ce sujet, AUBERT, *passim*.

² A ce sujet, WESSNER, Le devoir de diligence, N 53 ss.

³ ZK-HIGI, art. 253a-253b CO N 8 ss (*Raum*) et N 13 ss (*Wohnen*) ; MfP-PÜNTENER, p. 87 s. (*Raum*) et p. 91 s. (*Wohnen*).

2. Le local d'habitation

7. Une habitation (logement) est sous l'angle matériel *un local* délimité horizontalement et verticalement⁴, p. ex. une maison individuelle, un appartement ou une chambre⁵, garantissant une protection contre les intempéries (pluie, froid) et les influences extérieures⁶.
8. Le local, conçu pour le séjour prolongé de personnes⁷, dispose en principe d'un *agencement minimum*, tel qu'un espace pour dormir, un coin cuisine, des installations sanitaires, le chauffage et une alimentation électrique⁸. Son agencement, pas plus que sa taille, n'est toutefois pas décisif pour sa qualification comme habitation, tout comme le fait qu'il soit meublé ou non⁹.

3. L'usage d'habitation

9. La qualification d'un objet comme logement ne se détermine pas selon ses qualités externes, mais par *la destination prévue* par les parties¹⁰. C'est l'affectation convenue au moment de la conclusion du contrat qui est décisive, et non l'utilisation effective qui est faite de la chose par la suite¹¹, à moins d'une utilisation prolongée consacrant une modification de la destination initiale.
10. A ce stade, l'on peut se borner à indiquer, de manière un peu laconique, qu'un logement est un objet loué pour y habiter¹², ce

⁴ ATF 124 III 108, cons. 2b.

⁵ Message, p. 1402 ; TF du 12.06.2006, 4C.128/2006, cons. 2.

⁶ TF du 23.09.2015, 4A_109/2015, cons. 3.2.

⁷ BSK OR I-WEBER, art. 253a-253b N 4 ; ZK-HIGI, art. 253a-253b CO N 14.

⁸ TF du 10.02.2014, 4A_451/2013, cons. 4.2.

⁹ BSK OR I-WEBER, art. 253a-253b N 4 ; ZK-HIGI, art. 253a-253b CO N 12 et 14.

¹⁰ LACHAT, Bail à loyer, p. 131 et 133 ; BSK OR I-WEBER, art. 253a-253b N 4.

¹¹ TF du 07.08.2013, 4A_104/2013, cons. 2.2.1.

¹² Message, p. 1402.

qui le distingue notamment d'un local commercial¹³. Nous reviendrons de manière approfondie sur l'usage d'habitation (N 46 ss ci-dessous), puisque la logique commande de définir en premier lieu ce qu'est l'usage en soi.

B. L'usage de la chose louée

1. Remarque liminaire

11. Mal nommer les choses, c'est ajouter aux malheurs du monde disait Albert CAMUS. On peut en dire de même de l'usage de la chose louée : mal désigner les concepts en la matière ajoute aux difficultés de compréhension du sujet, et expose au risque de méconnaître les différences fondamentales entre certaines approches à ce propos (N 22 ss ci-dessous). Quelques précisions terminologiques s'imposent donc.

2. L'usage prévu

12. L'usage de la chose est d'abord *un droit du locataire*, celui de pouvoir utiliser la chose louée¹⁴, mais aussi *l'obligation principale du bailleur*, qui s'engage à le céder puis à entretenir la chose louée dans un état approprié à celui-ci¹⁵. L'objet loué doit être utilisé pour l'usage voulu par les parties (art. 256 al. 1 CO : « l'usage pour lequel elle a été louée »). On parle alors *d'usage prévu* (*vorausgesetzter Gebrauch*).
13. L'usage se caractérise en premier lieu par référence à *la destination des locaux* (*Gebrauchszweck*), p. ex. comme habitation ou local commercial¹⁶. Cette qualification peut être plus précise et est parfois donnée par la loi elle-même

¹³ Si la chose louée est utilisée à la fois comme logement et à des fins commerciales, c'est l'usage prépondérant qui est déterminant : TF du 07.08.2013, 4A_104/2013, cons. 2.2.3.

¹⁴ TERCIER/BIERI/CARRON, N 1666 et N 1827.

¹⁵ SVIT-K-TSCHUDI, art. 256 CO N 3 ss.

¹⁶ ATF 136 III 186, cons. 3.1.1.

(cf. art. 266m al. 1 CO et art. 273a al. 1 CO : « sert de logement à la famille »).

14. L'usage se définit aussi par *les modalités de celui-ci (Gebrauchsmodalitäten)*, à savoir la manière dont la chose louée peut et doit être utilisée, notamment le cercle des utilisateurs¹⁷ (à ce propos : N 138 ss ci-dessous) ou la possibilité de détenir un animal (N 209 ss ci-dessous).
15. L'usage prévu (*vorausgesetzter Gebrauch*) se comprend d'abord comme *l'usage convenu* par les parties (*vereinbarter Gebrauch*), qui se détermine par l'interprétation de leur accord selon les principes usuels en la matière (art. 18 al. 1 CO)¹⁸.
16. En l'absence d'un usage convenu déterminable, l'usage prévu se définit alors objectivement comme *l'usage habituel* ou *normal* de la chose (*üblicher Gebrauch*), c'est-à-dire celui que chacun fait dans les mêmes circonstances d'une chose comparable à celle louée¹⁹. Il est par exemple normal d'héberger des amis et des proches dans un appartement²⁰ (N 138 ss ci-dessous).
17. La notion d'usage prévu englobe donc l'usage convenu et l'usage habituel. Elle est particulièrement importante pour définir ce qu'est un défaut (art. 258 ss CO), puisqu'il s'agit d'un écart par rapport à l'état approprié à cet usage²¹.

3. L'usage conforme au contrat

18. Le locataire doit faire une utilisation de la chose qui respecte la destination prévue (*Gebrauchszweck*). On parle alors *d'usage conforme au contrat (vertragsgemässer Gebrauch)*²².

¹⁷ ATF 136 III 186, cons. 3.1.1.

¹⁸ GAUCH, p. 190 s.

¹⁹ ATF 132 III 109, cons. 2 ; LACHAT/RUBLI, Bail à loyer, p. 262 ; GAUCH, p. 191.

²⁰ ATF 136 III 186, cons. 3.1.2.

²¹ ATF 135 III 345, cons. 3.2

²² WESSNER, Le devoir de diligence, N 17.

19. Cette notion intervient *principalement* en matière de congé extraordinaire donné au locataire qui s'écarte de l'affectation convenue²³, par exemple en déployant une activité commerciale dans un logement. Elle englobe aussi l'obligation complémentaire du locataire d'un immeuble d'avoir pour les voisins les égards qui leur sont dus (art. 257f al. 2 CO)²⁴.

4. L'usage soigneux

20. Le locataire doit respecter aussi les modalités d'usage de la chose louée et en user avec soin (art. 257f al. 1 CO). On parle pour désigner telle manière d'utiliser la chose *d'usage soigneux* (*sorgfältiger Gebrauch*)²⁵. Le Tribunal fédéral estime qu'il fait partie intégrante de l'usage conforme au contrat²⁶.
21. On rencontre le plus souvent cette notion en matière de congé extraordinaire adressé au locataire, parce qu'il ne respecte pas les modalités d'usage (p. ex. en ne nettoyant pas le logement)²⁷.

III. L'usage prévu : méthodes de détermination

A. Remarque liminaire

22. Du point de vue théorique, on peut distinguer deux « écoles » en matière de détermination de l'usage pour lequel la chose a été louée²⁸. Nous les désignons par les termes « objectiviste » (N 24 ss ci-dessous) et « subjectiviste » (N 27 ss ci-dessous).
23. Il s'agit d'une *segmentation simplificatrice* qui facilite la compréhension des différences entre certains auteurs. La plupart des commentateurs – et le Tribunal fédéral également d'ailleurs – n'obéissent strictement à aucune de ces écoles, et pourraient par

²³ ATF 132 III 109, cons. 3 et 5. L'art. 262 al. 3 CO parle quant à lui d'*usage autorisé* (*gestatteter Gebrauch*).

²⁴ BSK OR I-WEBER, 257f N 1.

²⁵ WESSNER, Le devoir de diligence, N 17.

²⁶ ATF 131 III 186, cons. 3.1.2.

²⁷ TF du 18.06.2019, 4A_231/2019, cons. 5.

²⁸ En ce sens : BK-GIGER, art. 256 N 44 et 45.

certains côtés de leurs opinions être rangés tantôt dans l'une, tantôt dans l'autre.

B. Le courant « objectiviste »

24. Ce courant de doctrine donne une importance toute particulière, dans la détermination de l'usage prévu de la chose louée, à *des éléments objectifs*, notamment la destination pour laquelle le bien est loué (*Gebrauchszweck*), ainsi qu'aux attentes que le locataire peut légitimement avoir à son égard, au vu *des circonstances concrètes* entourant la conclusion du bail. L'accent porte sur l'état de la chose qui peut raisonnablement être attendu par le locataire (*vernünftig erwarteter Zustand*)²⁹. Assez logiquement, il faut selon cette approche rapidement recourir à une interprétation objective du contrat (selon le principe de la confiance), quoique l'interprétation subjective doive pourtant primer selon l'art. 18 al. 1 CO.
25. Les soutiens de cette approche se fondent en premier lieu sur *les termes du CO*, qui ont été *modifiés dans sa version allemande* lors de l'entrée en vigueur du « nouveau droit du bail », en 1990. Alors que le texte parlait précédemment de « *vertragsmässiger Gebrauch* » (art. 254 al. 1 aCO), à savoir l'usage conforme au contrat, la formule a été remplacée par « *vorausgesetzter Gebrauch* » (version française : « l'usage pour lequel la chose a été louée »). Le Message du Conseil fédéral de 1985 indique entre autres, à cet égard, que cela permet de souligner que « la chose doit permettre de servir aux buts (...) pour lesquels elle a été louée, conformément à l'interprétation du contrat fondée sur le principe de la confiance »³⁰. Pour les objectivistes, cette modification a été faite sciemment³¹, si bien qu'elle ne peut demeurer sans conséquence sur la notion d'usage prévu, ayant

²⁹ BSK OR I-WEBER, 256 N 4 et 6 ; MfP-KUNZ, p. 238 s. En ce sens (plus nuancé) : GAUCH, p. 190 ss.

³⁰ Message, p. 1404.

³¹ BSK OR I-WEBER, 256 N 2

précisément été faite « afin de mettre mieux en évidence les obligations du bailleur »³².

26. Les auteurs que nous rangeons dans ce courant doctrinal prennent aussi argument, d'une part de *l'art. 256 al. 2 CO* (qui frappe de nullité toute dérogation faite au détriment du locataire quant au fait que la chose doit être appropriée à l'usage prévu), et d'autre part de l'existence *de diverses règles (au moins partiellement impératives)*, pour soutenir que la chose louée doit répondre à des exigences minimales plus ou moins étendues, même si le locataire connaissait l'état insuffisant de la chose lors de la conclusion du bail³³.

C. Le courant « subjectiviste »

27. Les commentateurs que nous classons sous cette appellation mettent en avant *la liberté contractuelle* (art. 19 al. 1 CO), la faisant primer sur toute autre considération. Au fondement de l'usage prévu se trouve la convention des parties. Tout est permis à ces dernières, hormis ce qui est illicite ou immoral (art. 20 al. 1 CO). L'accent porte donc non pas sur des facteurs objectifs, mais sur *l'état convenu (vereinbarter Zustand)*, qui se définit comme la somme des qualités que doit avoir l'objet loué, selon la convention des parties, seule dette du bailleur (*geschuldeter Zustand*)³⁴. Logiquement, un attachement plus marqué est accordé à l'interprétation subjective du contrat, l'interprétation objective étant reléguée au rang de pis-aller. Quant à l'art. 256 al. 2 CO, il n'est pas tenu en grande estime.
28. En clair, suivant cette approche, « [i]l n'existe pas d'habitation louée en dehors de ce que définissent les volontés des parties, et

³² Message, p. 1395.

³³ BSK OR I-WEBER, 256 N 6 ; en ce sens : GAUCH, p. 192 note 16 et p. 194 note 23.

³⁴ Emblématique de ce courant : VISCHER Mo., *passim*. Le commentaire SVIT donne aussi la priorité aux volontés réelles des parties : SVIT-K-TSCHUDI, art. 256 CO N 25 s.

pas d'usage d'une habitation défini indépendamment de la volonté des parties »³⁵.

29. Par ailleurs, à suivre les thèses de ce courant doctrinal, un local commercial n'a pas nécessairement à se prêter au stockage et à la présentation de marchandises, pas plus qu'il ne doit permettre la réception et le service de la clientèle³⁶.

D. Conséquences pratiques du débat

30. Les conséquences pratiques de la définition de l'usage pour lequel la chose a été louée sont, on le comprend aisément, décisives en matière de défauts de la chose louée. Un local commercial ne pouvant recevoir des livraisons ne serait ainsi pas forcément frappé d'un défaut, si semblable possibilité n'a pas été convenue par les parties, serait-ce tacitement³⁷.
31. Les conséquences sont aussi importantes pour notre propos, on le verra, en ce qui concerne les qualités qu'on peut attendre d'une habitation (N 46 ss ci-dessous) et les usages que le locataire peut faire de son logement (N 209 ss ci-dessous).
32. Ceci étant, il ne faut pas exagérer la portée pratique de telle controverse. D'une part, le Tribunal fédéral et la doctrine majoritaire adoptent une approche pragmatique (N 33 ss ci-dessous), qui n'épouse aucune des écoles abstraites, que nous n'avons imaginées que pour illustrer les grandes tendances en matière d'usage prévu de la chose louée. Par ailleurs, il arrive que les deux approches parviennent au même résultat par des voies différentes. Ainsi, dire que telle faculté du locataire (p. ex. fumer dans son logement) fait partie de l'usage prévu, parce que les parties en sont convenues tacitement, ou parce que c'est une

³⁵ VISCHER Ma., p. 1049 (traduction libre).

³⁶ VISCHER Mo., p. 1228.

³⁷ Ce n'est pas l'avis du Tribunal fédéral : TF du 11.07.2018, 4A_54/2018, cons. 4.4, qui juge conforme à l'art. 256 al. 1 CO l'appréciation de l'instance cantonale qui parle de « übliche Zulieferungsmöglichkeit ». En ce sens : LCHAT/RUBLI, Bail à loyer, p. 258 et CPra Bail-MONTINI/BOUVERAT, art. 256 CO N 20.

composante d'un minimum attendu induit par le but d'habitation, revient finalement au même résultat. Mais tout n'est pas toujours si simple, comme on le verra à l'examen de quelques cas illustratifs (N 209 ss ci-dessous).

E. Approche pragmatique du Tribunal fédéral et de la doctrine

33. La plupart des commentateurs et le Tribunal fédéral suivent *une approche pragmatique* « dualiste », qui part certes de la convention des parties, et initie l'interprétation du contrat en priorisant l'établissement de leurs volontés réelles, mais accorde rapidement dans sa démarche de l'importance aux facteurs objectifs et à ce que peut attendre *le* locataire quant à l'usage prévu (N 34 ss ci-dessous). C'est encore plus vrai en ce qui concerne ce que l'on peut attendre *du* locataire, s'agissant de l'usage conforme au contrat (N 38 ss ci-dessous). Ces deux notions étant indissociables à nos yeux³⁸, elles sont logiquement traitées dans la partie portant sur l'usage prévu.

1. L'usage prévu

34. L'usage prévu, celui « pour lequel la chose a été louée » (art. 256 al. 1 CO), s'examine selon la jurisprudence du Tribunal fédéral³⁹ en premier lieu par référence à la convention des parties (*usage convenu*), qui peut être explicite ou tacite, résultant par exemple d'une utilisation adoptée pendant longtemps par le locataire sans opposition du bailleur⁴⁰.
35. Faute d'indication claire du bail, l'usage convenu est dégagé à partir des règles régissant l'interprétation des contrats. D'abord

³⁸ Nous rejoignons ici l'avis de BSK OR I-WEBER, 256 N 1 : « Tout bien considéré, il s'agit toujours d'un seul et même problème. Ce que le locataire a le droit de faire, comment il le peut et comment le bailleur doit y contribuer, ne se laisse pas raisonnablement dissocier » (traduction libre).

³⁹ La plupart des auteurs suivent le même cheminement que le Tribunal fédéral : LACHAT/RUBLI, Bail à loyer, p. 257 ss et les nombreuses réf. citées.

⁴⁰ ATF 136 III 186, cons. 3.1.1 qui fait référence à divers auteurs de doctrine.

par la reconstruction des volontés réelles des parties et, faute d'accord effectif, par la construction d'un accord selon le principe de la confiance⁴¹.

36. Dans ce contexte, et principalement dans le cadre de *l'interprétation objective* selon le principe de la confiance, qui semble avoir la faveur des tribunaux (pas seulement du Tribunal fédéral)⁴², sont pris en considération les éléments suivants :

- *la destination de la chose louée*⁴³ : une habitation permet en principe d'inviter des personnes et d'héberger des proches⁴⁴ ; elle suggère aussi le respect de quelques standards minimaux (N 46 ss ci-dessous) ;
- *le montant du loyer*⁴⁵ : plus il est élevé, plus la qualité attendue augmente ; un état convenu moins bon que ce qui peut être attendu est envisageable si cela se répercute sur le loyer, qui doit alors être réduit⁴⁶ ;
- *la configuration des lieux*⁴⁷ ; il peut s'agir de l'emplacement de l'immeuble (p. ex. : quartier animé ou résidentiel), ou de la manière dont s'agencent les communs⁴⁸ ou l'environnement de l'immeuble ;

⁴¹ ATF 136 III 186, cons. 3.1.2 et 3.2.1.

⁴² En ce sens : CHAPPUIS, note à l'arrêt TF du 17.12.2015, 4A_414/2015, DB 2016 N 1, selon laquelle les juges bifurquent assez rapidement vers l'interprétation normative, notamment vu les difficultés de l'interprétation subjective, souvent impossible, quoiqu'elle doive théoriquement être prioritaire. Critique à cet égard : VISCHER Mo., p. 1227 ss.

⁴³ ATF 135 III 345, cons. 3.3 ; 136 III 186, cons. 3.2.1.

⁴⁴ ATF 136 III 186, cons. 3.2.2.

⁴⁵ ATF 135 III 345, cons. 3.3 ; LACHAT/RUBLI, Bail à loyer, p. 259 ; BSK OR I-WEBER, 256 N 4. *Contra* : SVIT-K-TSCHUDI, art. 256 N 43, qui adopte ici l'approche subjectiviste, et estime qu'on ne peut pas déduire du prix la volonté du bailleur de s'engager sur des qualités qui se concrétisent certes par un prix plus haut, mais qu'il ne maîtrise pas forcément.

⁴⁶ Message, p. 1405 et 1414.

⁴⁷ ATF 135 III 345, cons. 3.3.

⁴⁸ TF du 28.06.2013, 4A_582/2012, cons. 3.5.

- *l'âge de l'immeuble* : ancien, il faut s'attendre à moins de qualité, notamment sous l'angle de l'isolation phonique et thermique⁴⁹ ;
 - *les normes de droit public*⁵⁰ (y compris celles d'aménagement et de construction) et *les normes techniques* (p. ex. normes SIA) ;
 - *les normes de sécurité*⁵¹ ;
 - *les usages courants*⁵² (N 16 ci-dessus) ;
 - *les besoins particuliers du locataire*, connus du bailleur⁵³ ;
 - *l'attitude du locataire* à la remise des clés ou lors d'une visite préalable⁵⁴.
37. On voit que déterminer l'usage prévu est question d'appréciation des circonstances... ce qui donne *un grand pouvoir au juge* dans chaque cas d'espèce⁵⁵ !

⁴⁹ ATF 135 III 345, cons. 3.3 ; GAUCH, p. 192.

⁵⁰ TF du 28.06.2013, 4A_582/2012, cons. 3.5 : le Tribunal fédéral y définit une modalité d'« usage normal » au moyen de règles de la circulation routière.

⁵¹ A ce sujet : WESSNER, L'obligation de sécurité, N 13 ss.

⁵² ATF 135 III 345, cons. 3.3.

⁵³ Message, p. 1404 s. (locataire en chaise roulante) ; TF du 26.03.2018, 4A_309/2017, cons. 3.3.4 : si une *qualité subjective* n'est pas apparente (ici : électrosensibilité du locataire), le locataire doit prouver qu'elle était connue du bailleur ; TF du 26.10.2021, 4A_245/2021, cons. 5.3 (nié, car les *besoins hors-normes* en électricité du restaurateur n'ont pas été intégrés à la convention, ni n'étaient une qualité pouvant être attendue au vu des circonstances).

⁵⁴ C'est un facteur essentiel dans une approche plus subjectiviste : SVIT-K-TSCHUDI, art. 256 CO N 33 (le logement est accepté comme il a été vu) ; en ce sens : ZK-HIGI, art. 256 CO N 32. *Contra* : BSK OR I-WEBER, 256 N 6 ; LCHAT/RUBLI, Bail à loyer, p. 261. Dans l'approche plus objectiviste, le locataire ne peut consentir à certains défauts. Par ailleurs, l'état à la visite préalable ne témoigne pas de ce qui a été convenu, car le locataire peut s'attendre à ce que les défauts soient éliminés avant son entrée. Quant à l'état des lieux d'entrée, il intervient après la conclusion du contrat et n'est donc pas pris en considération dans le cadre de l'interprétation objective.

⁵⁵ CHAPPUIS, note à l'arrêt TF du 17.12.2015, 4A_414/2015, DB 2016 N 1, qui relève que le juge peut même interpréter le contrat contre son texte clair.

2. L'usage conforme au contrat et l'usage soigneux

38. *L'usage conforme* au contrat dépend de la destination de la chose louée (N 18 s. ci-dessus). Il peut être renvoyé à ce qui vient d'être dit quant à la détermination de l'usage prévu (N 34 ss ci-dessus), *mutatis mutandis*.
39. Il se comprend comme *une notion plus large que l'usage soigneux*, puisqu'on peut tout à fait concevoir un usage diligent et respectueux à l'égard des voisins, mais qui ne soit pas conforme au contrat⁵⁶.
40. *L'usage soigneux*, qui est partie de l'usage conforme (N 20 ci-dessus) est, quant à lui, une *notion* considérée unanimement comme *objective*, tout comme les égards dus au voisinage⁵⁷. Il appartient au locataire de se comporter en *pater familias*⁵⁸ et donc de ne pas endommager la chose, s'occuper du petit entretien (notamment le nettoyage), veiller à ne pas nuire au bon aspect et à la réputation de l'immeuble et à ne pas modifier la chose.
41. Le Tribunal fédéral résume en une formule cet usage soigneux et respectueux : *tout usage du logement doit demeurer dans des limites supportables*⁵⁹.

F. Appréciation

42. Les « puristes » de l'école subjectiviste perdent à nos yeux de vue que la liberté contractuelle est passablement encadrée en matière de droit du bail (cf. art. 256 al. 2 CO, mais aussi une pléthore de règles à tout le moins partiellement impératives)⁶⁰. En indiquant qu'il n'existerait pas d'usage d'une habitation qui ne soit défini par les parties (N 28 ci-dessus), ils sont contredits par le texte

⁵⁶ ATF 132 III 109, cons. 5 (prostitution dans des locaux loués comme bureaux) ; ATF 134 III 446 (sous-location déguisant un transfert du bail).

⁵⁷ Sur le tout : WESSNER, Le devoir de diligence, N 26 ss.

⁵⁸ TF du 25.10.2000, 4C.175/2000, cons. 2b.

⁵⁹ TF du 30.04.2021, 4A_74/2021, cons. 2.3.4 (traduction libre).

⁶⁰ Du même avis : BSK OR I-WEBER, 256 N 6.

même de la loi, puisqu'un logement de la famille (art. 169 CC) peut bien exister, sans même que le bailleur ne le sache.

43. Ceci étant, comme le souligne PÜNTENER, en matière de bail portant notamment sur une habitation, il existe une tension permanente entre ce qui relève de la modalité d'usage – définie par un exercice de liberté contractuelle – et ce qui relève de la dérogation (nulle) faite au détriment du locataire (art. 256 al. 2 CO)⁶¹. L'on ne peut se garder de penser, à la lecture des arrêts du Tribunal fédéral, que des éléments objectifs sont rapidement pris en compte dans l'interprétation⁶². Est-ce dû au fait que le droit du bail est empreint de considérations sociales (N 52 ci-dessous) ?
44. Définir *un usage prévu* garantissant *des qualités minimales* à une habitation permet aussi, à l'évidence, de s'épargner d'avoir à établir l'usage subjectivement convenu, que la partie faible au contrat qu'est le locataire a peut-être « voulu sans le vouloir », pour devoir aussitôt le sanctionner de nullité en tant qu'il consacre une dérogation au détriment du locataire... ce qu'il faudrait encore examiner au cas par cas. Un raccourci vers *un usage prévu* garantissant *des qualités minimales* considérées comme usuelles est sans doute plus commode.
45. Relevons pour conclure que nul ne semble s'embarrasser de considérations subjectivistes quand il s'agit de définir l'usage conforme au contrat et l'usage soigneux (N 40 s. ci-dessus).

IV. L'usage (normal) d'habitation et les standards minimaux

46. Ce qu'est l'habitation du point de vue matériel, comme local, a déjà été abordé (N 7 s. ci-dessus).
47. Il a aussi été rappelé que ce qui définit l'habitation est sa destination : habiter (N 9 s. ci-dessus). Ce qui ne dit pas grand-chose. Il convient ici de broser quelques contours à cette notion.

⁶¹ MfP-PÜNTENER, p. 30.

⁶² Cf. note 42 ci-dessus. L'ATF 136 III 186, cons. 3 illustre bien le propos.

48. Habiter consiste naturellement à se *protéger* des intempéries et des influences extérieures. Et à *protéger ses effets personnels* de telles influences⁶³.
49. C'est aussi agencer *son espace personnel* (meubles, décorations, etc.) et recevoir des visites⁶⁴.
50. C'est également et surtout bénéficier d'un lieu privilégié, *centre de la vie sociale et familiale*, où accomplir les actes essentiels de la vie privée : dormir, manger, jouer avec ses enfants, se laver, se reposer, se distraire, entretenir des discussions privées (notamment par téléphone), effectuer des activités choisies par soi-même (lecture, TV, musique, dessin, rédaction de courriers ou d'ouvrages, etc.)⁶⁵.
51. Habiter touche ainsi à la construction et à la préservation d'un environnement familial, de relations de voisinage, à l'enracinement et *au sentiment de sécurité*⁶⁶.
52. Cela explique certainement pourquoi *certaines standards minimaux* valent *usage normal* pour un logement (N 16 ci-dessus), auxquels le locataire ne saurait renoncer valablement⁶⁷. Ce d'autant que, comme le rappelle justement le Message du Conseil fédéral, le locataire de logement, contrairement à d'autres acteurs économiques (acheteurs, locataires de véhicule, maîtres d'ouvrage, etc.), ne peut pas simplement renoncer à louer ou chercher un autre « fournisseur », vu le besoin de stabilité induit par l'usage dont il est question⁶⁸.

⁶³ ZK-HIGI, art. 253a-253b CO N 15.

⁶⁴ ZK-HIGI, art. 253a-253b CO N 15.

⁶⁵ Message, p. 1377 ; LACHAT, Bail à loyer, p. 131 s. ; SVIT-K-TSCHUDI, art. 256 CO N 41 ; ZK-HIGI, art. 253a-253b CO N 15.

⁶⁶ HÜRLIMANN-KAUP, N 81.

⁶⁷ MfP-PÜNTENER, p. 30 ; LACHAT/RUBLI, Bail à loyer, p. 258.

⁶⁸ Message, p. 1377.

53. Ainsi, le logement doit permettre de conserver ses effets personnels et sa personne, donc être doté d'une porte et d'une serrure⁶⁹.
54. Il doit être chauffé durant les saisons froides⁷⁰, être suffisamment ventilé, et bénéficier d'un minimum de lumière naturelle, ce qui proscrit les locations en sous-sol⁷¹.
55. Les règles de sécurité (notamment celles en matière de constructions) doivent être respectées⁷².
56. Espace de repos, le logement doit, sinon bénéficier d'un silence absolu, au moins être exempt de bruits de nature à perturber le sommeil⁷³.
57. On prendra garde néanmoins, lors de la définition de l'habitation dans un cas concret, à ne pas perdre de vue que, de la qualification d'habitation résulte l'application d'un régime protecteur. Evincer de cette protection les plus exposés à des locations précaires, dont les objets ne répondent pas aux standards susmentionnés, n'est certainement pas opportun⁷⁴.
58. Ce d'autant qu'un objet peut être loué comme habitation quoiqu'il ne réponde pas (ou pas encore) à toutes les propriétés adaptées à cet usage : chambre meublée sans cuisine ou sanitaire⁷⁵, objet défectueux ou locaux bruts⁷⁶.
59. Pour terminer, il faut souligner qu'habiter s'inscrit dans une certaine durée, tout comme d'ailleurs la relation contractuelle de

⁶⁹ ZK-HIGI, art. 253a-253b CO N 17.

⁷⁰ CPra Bail-MONTINI/BOUVERAT, art. 256 CO N 20.

⁷¹ LACHAT, Bail à loyer, p. 132.

⁷² Message, p. 1413. Nous renvoyons ici une nouvelle fois à l'incontournable contribution en la matière de WESSNER, L'obligation de sécurité, *passim*.

⁷³ TF du 31.05.2002, 4C.65/2002, cons. 3c ; TF du 31.07.2009, 4A_281/2009, cons. 3.2.

⁷⁴ LACHAT, Bail à loyer, p. 132 ; BSK OR I-WEBER, art. 253a-253b N 4. L'ATF 137 III 123, cons. 2.2 exige au demeurant, dans l'interprétation, de tenir compte de l'intérêt du locataire, qui a un besoin de protection accru.

⁷⁵ ZK-HIGI, art. 253a-253b CO N 12 et 16.

⁷⁶ LACHAT, Bail à loyer, p. 133 ; BSK OR I-WEBER, art. 253a-253b N 4.

bail. Mais la durée du séjour ininterrompu du locataire dans les lieux est sans pertinence pour qu'on puisse conclure qu'il existe une habitation⁷⁷.

V. L'usage de la chose louée : étendue spatiale

60. Ci-après seront définis les contours de la chose louée, en tant qu'objet de l'usage, dans ce qu'elle inclut et dans son étendue spatiale. Puis, seront abordées quelques difficultés rencontrées en pratique, quant à cette délimitation. Le propos se focalise sur les habitations, mais peut aussi concerner les locaux commerciaux.

A. Ce qui vaut chose louée comme habitation

1. La chose louée

a) L'habitation en soi

61. L'habitation comme local a déjà été définie (N 7 s. ci-dessus).
62. En général, l'étendue de celle-ci ne pose que peu de difficultés⁷⁸. Le logement est dans l'immense majorité des cas remis au locataire par le bailleur ou sa régie dans son intégralité, et est désigné sur le bail (p. ex. : 4 pièces au 6^e étage).
63. Des problèmes peuvent se poser en matière de sous-location (partielle) et de location par un bailleur d'une partie de sa propriété (N 83 ss ci-dessous). Il peut s'avérer délicat aussi, parfois, de distinguer ce qui relève de la location d'une dépendance (art. 253a al. 1 CO) de ce qui résulte d'un agrandissement de la chose louée (N 88 ss ci-dessous).

⁷⁷ ATF 136 III 186, cons. 3 ; ZK-HIGI, art. 253a-253b CO N 14.

⁷⁸ Sur les problèmes de surface : AUBERT, N 17.

b) Les parties et installations communes

64. Dans un immeuble locatif, mais aussi dans une maison individuelle louée à un ou plusieurs locataires, voire en cas de sous-locations partielles de chambres d'un grand appartement (p. ex. : « colocation » estudiantine), les *parties communes*⁷⁹ désignent les espaces utilisables par plusieurs locataires⁸⁰, autrement dit qui ne sont pas remis à l'usage exclusif d'un seul⁸¹. Il s'agit dans un immeuble des couloirs, escaliers, buanderie, local à vélos ou à poussettes, etc.⁸².
65. Le Tribunal fédéral semble faire une distinction entre les parties communes et *les accès et abords de l'immeuble*⁸³. S'il ressort de la convention des parties ou des circonstances que l'usage en est partagé, il s'agit de parties communes (N 91 ss ci-dessous).
66. Nous réservons le terme *d'installations communes*⁸⁴ aux équipements et appareils dont l'usage est partagé entre plusieurs locataires (ascenseur, balançoires, étendage ou encore machines à laver)⁸⁵.
67. Dans plusieurs arrêts du Tribunal fédéral, il est indiqué que *la chose louée* « comprend aussi » les parties communes⁸⁶. La formule a certes le mérite de mettre en évidence la distinction

⁷⁹ Nous préférons ce terme à celui de « locaux communs » rencontré dans divers ouvrages : not. CPra Bail-BIERI, art. 257 CO N 20. Il permet en effet d'englober les accès externes et les abords de l'immeuble, ou le jardin collectif, qui ne répondent pas strictement à la définition d'un local (N 7 s. ci-dessus).

⁸⁰ Message, p. 1413 ; ATF 125 III 231, cons. 3a : « allgemein zugängliche Räume ».

⁸¹ ZK-HIGI, art. 253 CO N 21.

⁸² LACHAT, Bail à loyer, p. 65 ; ZK-HIGI, art. 256 CO N 34.

⁸³ TF du 29.05.1997, 4C.527/1996, cons. 3a, SJ 1997 p. 661 ; TF du 28.06.2013, 4A_582/2012, cons. 3.2.

⁸⁴ Le Tribunal fédéral désigne parfois par ce terme toutes les parties communes : TF du 29.05.1997, 4C.527/1996, cons. 3a, SJ 1997 p. 661 ; TF du 28.10.2003, 4C.97/2003, cons. 3.1.

⁸⁵ ZK-HIGI, art. 256 CO N 34.

⁸⁶ TF du 29.05.1997, 4C.527/1996, cons. 3a, SJ 1997 p. 661 ; TF du 28.10.2003, 4C.97/2003, cons. 3.1 ; TF du 28.06.2013, 4A_582/2012, cons. 3.2.

opérée entre ces surfaces et les dépendances – dont l'usage est « cédé avec » l'habitation (art. 253a al. 1 CO, N 78 ci-dessous). Néanmoins, pour éviter toute confusion donnant à penser que le locataire dispose dans ces espaces des mêmes libertés que *dans* la chose louée *en soi* (*i.e.* le logement), la formulation nuancée du Message du Conseil fédéral nous apparaît plus opportune : l'usage de la chose louée *s'étend* aux parties communes⁸⁷.

68. Il n'en demeure pas moins que le loyer payé pour l'habitation l'est aussi pour la jouissance des espaces communs, si bien que le locataire a droit notamment à une réduction de loyer, si ceux-ci sont entravés⁸⁸ ou mal entretenus⁸⁹.
69. Précisons pour finir qu'il est envisageable qu'un seul locataire (ou plusieurs mais pas tous) soit seul autorisé à faire *un usage particulier d'une partie commune*, sans que cela ne fasse perdre à celle-ci sa qualité d'espace dont l'usage est partagé. Il en va ainsi, par exemple, si un locataire est autorisé à laisser sa machine à laver personnelle dans la buanderie⁹⁰.
70. Nous passerons par la suite en revue quelques problèmes rencontrés en pratique, en lien avec la qualification d'une partie comme commune (N 91 ci-dessous) et le retrait de son usage (N 129 ss ci-dessous).

2. Les choses dont l'usage est cédé avec une habitation

a) Généralités

71. Une habitation est rarement louée sans d'autres choses l'accompagnant. Il peut s'agir *de meubles* (p. ex. : électroménagers) ou *d'éléments immobiliers annexes* (cave,

⁸⁷ Message, p. 1413.

⁸⁸ TF du 28.06.2013, 4A_582/2012, cons. 3.7.

⁸⁹ TF du 28.10.2003, 4C.97/2003, cons. 2.2.

⁹⁰ TF du 25.09.2017, 4A_63/2017, cons. 3.2.

grenier, jardin privatif, dépôt, locaux de bricolage, places de parcage, etc.)⁹¹.

72. A la différence des parties et installations communes, l'usage de *ces accessoires* est en principe réservé *exclusivement* au locataire de l'habitation (*chose principale*).
73. Pareils objets bénéficient de la protection des règles prévues pour les habitations, en matière de loyers abusifs et de congés notamment (art. 253a al. 1 CO).
74. Soulignons d'emblée que cela suppose qu'il s'agisse de choses louées – encore que le texte de l'art. 253a al. 1 CO parle de « choses dont l'usage est cédé avec [l]es habitations » –, si bien que cela exige *une cession à titre onéreux*. Cela ressort expressément du texte de l'art. 1 OBLF⁹². Les objets dont l'usage est cédé à titre gratuit dans le cadre d'un prêt ne sont donc pas concernés (N 104 ss ci-dessous).

b) Meubles et équipements

75. La chose louée comme habitation dispose en principe *d'agencements*, vu les fonctionnalités nécessaires à son utilisation comme logement (N 46 ss ci-dessus). Il s'agit par exemple des armoires et du plan de travail de la cuisine, de la baignoire ou de la douche, qui comme éléments fixés à la chose louée, en font *partie intégrante* (art. 642 al. 2 CC).
76. Un logement comporte aussi souvent *des équipements*, notamment des appareils électroménagers (cuisinière/four, frigo-congélateur, lave-vaisselle, lave-linge, etc.), qui sont *des accessoires* au sens de l'art. 644 al. 2 CC. A nos yeux, ils font ainsi quasiment partie de la chose louée, puisqu'ils en suivent le sort, en principe (N 109 ci-dessous).

⁹¹ Message, p. 1402 ; ATF 137 III 123, cons. 2.2 ; MfP-PÜNTENER, p. 104.

⁹² MGer ZH du 27.10.2022, ZMP 2023 N5, cons. III.1.1.1. Par cette précision, l'art. 1 OBLF ne semble pas superflu, en dépit de l'opinion de ZK-HIGI, art. 253a-253b CO N 49.

77. En pratique, ces objets ne posent que peu de difficultés quant à leur lien avec l'usage de la chose louée, hormis concernant le caractère onéreux de la cession de l'usage (N 104 ss ci-dessous).

c) Dépendances (annexes immobilières)

78. Une habitation est régulièrement louée avec une cave, voire un jardin, et le plus souvent avec un emplacement de parcage. Pour être considérées comme cédées avec le logement, ces choses doivent être au service de celui-ci (cf. art. 644 al. 2 CC), ou dit autrement, leur usage doit être en rapport avec celui de la chose principale⁹³.
79. Cette connexité fonctionnelle (interdépendance) est donnée si le locataire n'a loué l'objet que parce qu'il avait loué le logement ou entendait le louer⁹⁴.
80. Tel n'est pas le cas, à lire la jurisprudence du Tribunal fédéral, d'un emplacement loué par le locataire non pour y parquer son véhicule personnel, mais pour y entreposer une voiture de collection qui ne roule plus⁹⁵.
81. En revanche, *le nombre de contrats* (un pour les deux objets ou plusieurs) et leur succession dans le temps (*connexité temporelle*) sont sans importance⁹⁶.
82. La jurisprudence du Tribunal fédéral⁹⁷ et une partie de la doctrine exigent *une connexité personnelle* (identité des parties) : les objets doivent être cédés par contrat(s) liant *le même bailleur au même locataire*. Ce qui ne va pas sans poser de problèmes en pratique (N 122 ss ci-dessous).

⁹³ Message, p. 1402.

⁹⁴ ATF 125 III 231, cons. 2a ; LACHAT, Bail à loyer, p. 146.

⁹⁵ Pour un cas similaire concernant une location commerciale : TF du 03.05.2021, 4A_670/2020, cons. 4.

⁹⁶ Message, p. 1402 ; ATF 137 III 123, cons. 2.2.

⁹⁷ ATF 125 III 231, cons. 2a.

B. Difficultés pratiques dans la délimitation de la chose louée

1. Délimitation de l'habitation en soi

a) Sous-location et location de partie d'une villa

83. Il n'est pas rare, en matière de sous-location d'un logement ou de location d'une partie d'une maison individuelle par son propriétaire, que surviennent des litiges au sujet de la délimitation de la chose louée.
84. Le sous-bailleur soutient souvent que la sous-location n'est que partielle, et entend « réintégrer » sa chambre, après une période au cours de laquelle pourtant il n'occupait pas les lieux.
85. Le petit propriétaire inexpérimenté désignera rarement sur le bail les parties de la maison qu'il entend se réserver pour son usage exclusif.
86. Il faut alors interpréter le contrat et établir la réelle volonté des parties à ce sujet et, à défaut, construire un accord au moyen du principe de la confiance⁹⁸. Les circonstances du cas seront, comme toujours, déterminantes quant à la solution du litige.
87. Dans le cas de la sous-location, si le sous-loyer équivaut au loyer principal ou le dépasse (ce qui est fréquent), on pourra présumer que le sous-bailleur entendait céder l'usage de la chose dans sa totalité, à peine de quoi il n'aurait pas manqué de le préciser sur le bail.

b) Location d'une dépendance ou agrandissement de la chose louée ?

88. Selon les circonstances, il peut s'avérer délicat de distinguer entre la location d'une dépendance (art. 253a al. 1 CO) et un agrandissement de la chose louée, qui peut passer par la location

⁹⁸ TF du 23.01.2015, 4A_463/2014, cons. 2 (relatif à une surface louée comme entrepôt).

d'un local annexe⁹⁹. Ce dernier est considéré comme une prestation supplémentaire du bailleur, au moins lorsque l'« appendice » ne fait pas l'objet d'un bail distinct¹⁰⁰.

89. Exemple :

Une mère de famille loue un 3 pièces au 3^e étage, à très bon prix. Après avoir eu un enfant, elle convoite le local de bricolage (muni d'une fenêtre) situé à côté de son logement, que le bailleur ne louait pas jusqu'alors. Cet objet lui est cédé sans bail écrit, ni que le loyer ne soit majoré à cette occasion. Dans son esprit, il s'agit d'une alternative à la location d'un 4 pièces et d'une extension de son logement. Qu'en est-il, après trois ans, du statut de ce local ?

90. Tout sera ici question d'interprétation. D'aucuns diront que l'annexe a été remise à bien plaie (N 104 ss ci-dessous), vu l'absence de majoration du loyer. D'autres que le loyer était déjà conséquent, si bien que l'on peut considérer après plusieurs années que l'on est dans un cas d'agrandissement de la chose louée¹⁰¹.

2. Parties communes ou espaces privés ?

a) Parties communément communes

91. En principe, c'est la convention des parties qui définit si un espace est commun, s'il est réservé à l'usage particulier d'un locataire ou s'il est exclu de l'usage des locataires.

92. Pour certains espaces, il peut au demeurant apparaître évident que leur usage est commun, à plus forte raison si le bail est explicite à ce propos, en particulier *les conditions générales* intégrées à celui-ci :

⁹⁹ SVIT-K-ROHRER, art. 269a CO N 60.

¹⁰⁰ LACHAT/STASTNY, Bail à loyer, p. 605.

¹⁰¹ Pour un cas similaire (en matière de location commerciale) où les juges ont estimé qu'il y avait eu agrandissement : CJ GE du 24.10.2016, ACJC/1409/2016, cons. 3.2.1.

- L'art. 10 § 1 lit. b et l'art. 20 RULV mentionnent ainsi les allées, escaliers, paliers.
 - L'art. 10 § 1 lit. c RULV indique que les couloirs sont des locaux communs.
93. On conçoit mal que ces espaces, qui font partie de l'aménagement de base, ne soient pas d'usage partagé, puisqu'ils sont nécessaires à l'usage de l'habitation¹⁰². Ceux-ci ne peuvent donc pas être « privatisés » dans une mesure empêchant la jouissance des locaux loués par les locataires de l'immeuble. Ils font souvent l'objet de règles détaillées quant à leurs modalités d'usage.
94. Tout au plus, les locataires peuvent se voir autorisés à des usages spécifiques sur ces parties, par exemple déposer un petit meuble à chaussures sur le palier (cf. art. 10 § 1 lit. b RULV et N 69 ci-dessus).
95. Certains cas sont moins aisés d'approche, en l'absence de disposition claire du contrat, ce qu'illustre la casuistique ci-après.

b) Cas hors du commun

ba) Vous êtes ici dans un espace privé !

96. Il peut arriver qu'une partie de l'immeuble, a priori d'usage partagé, fasse l'objet de prétentions quant à un usage accru, voire exclusif d'un locataire.
97. Il peut s'agir *des abords de l'immeuble*. Le Tribunal fédéral a ainsi eu à se pencher sur le cas d'une garderie qui entendait continuer de faire profiter à ses clients de l'usage *motorisé* d'une route d'accès carrossable longeant l'immeuble¹⁰³. Celle-ci se trouvait désormais entravée par les exploitants d'un commerce situé en bas de l'immeuble, qui prétendaient à un usage accru de la route d'accès. *Un modus vivendi* avait prévalu au fil des dernières années avec les anciens exploitants du commerce. Les

¹⁰² TF du 12.02.2016, 4A_208/2015, cons. 3.2 (en matière commerciale, mais valable par analogie).

¹⁰³ TF du 28.06.2013, 4A_582/2012, cons. 3.5 à 3.7.

parents des jeunes enfants usagers de la garderie ne pouvaient désormais plus stationner devant l'escalier menant à la garderie, le temps de prendre leur bambin et de repartir. L'escalier demeurait néanmoins accessible à pied. La cause a dû être renvoyée à l'autorité cantonale pour complément d'instruction sur les circonstances prévalant à la conclusion du contrat.

Ce cas illustre à tout le moins un point important : si un locataire dispose d'un droit particulier à utiliser un espace, et qu'il en laisse l'usage à d'autres locataires, cela n'est *pas opposable au bailleur* et ne crée pas nécessairement un droit d'usage partagé sur ledit espace.

98. Dans un autre cas, un WC et un dépôt, situés dans la buanderie d'un petit immeuble, ont été considérés comme espaces privés réservés à un commerçant exploitant un salon de coiffure au rez de l'immeuble¹⁰⁴. L'autorité a constaté l'accord réel des parties au bail (interprétation subjective), cas assez rare pour le souligner (N 36 ci-dessus), au vu de l'état des lieux d'entrée et du fait que les clés de ces locaux avaient été remises au locataire à la prise de possession des locaux principaux.

Ce cas illustre que *l'interprétation subjective* ne suppose pas nécessairement que les deux parties admettent s'être accordées dans le sens indiqué par le juge qui peut, sur la base d'éléments de preuves, reconstruire la volonté réelle des parties.

Il met aussi en évidence *le pouvoir immense du juge du fait*, puisque le Tribunal fédéral ne peut revoir librement le résultat de l'interprétation subjective. Il ne le fait que si les faits ayant permis d'y conduire sont attaqués sous l'angle de l'arbitraire par le recourant. Ce qui exige une critique particulièrement bien construite, à peine d'irrecevabilité du recours.

99. Cas plus fréquent dans la pratique, celui *d'un établissement public en rez* qui entend pouvoir installer sa terrasse sur une surface de l'immeuble. Le Tribunal fédéral a rejeté le recours d'un restaurateur prétendant à un tel droit¹⁰⁵. L'autorité cantonale

¹⁰⁴ TF du 25.09.2017, 4A_63/2017, cons. 3.3.

¹⁰⁵ TF du 09.02.2021, 4A_411/2020, cons. 3.3.

avait là aussi constaté l'accord effectif des parties, quant au fait que l'occupation de cet espace avait été tolérée à bien plaisir, ce qui ne permettait pas de déduire un droit à un usage particulier.

bb) Cet espace est à tout le monde !

100. Il peut aussi arriver qu'un locataire soutienne qu'il a le droit d'utiliser un espace qu'il juge commun.
101. Le *Mietgericht* de Zurich a dû trancher le cas de locataires entendant pouvoir utiliser une terrasse située sur le toit de l'immeuble¹⁰⁶. Aucune disposition contractuelle ne l'autorisait explicitement.
102. Le Tribunal zurichois conclut que semblable droit n'existe pas dans le cas d'espèce, se livrant au passage à une impeccable analyse, qui permet de dégager les jalons suivants :
 - Ressort-il *des documents contractuels* que d'autres surfaces communes y figurent ? Si tel est le cas, l'absence de mention de la surface sur laquelle un usage partagé est convoité peut être un indice (silence qualifié).
 - *Le but de l'usage* de la chose louée permet-il d'induire tel droit d'usage ? Il en irait ainsi des accès à la chose (N 93 ci-dessus).
 - *La configuration des lieux* se prête-t-elle à un usage partagé ?
 - *D'autres locataires* avaient-ils le droit d'utiliser la surface à la conclusion du bail, à la connaissance du locataire ?
 - Pouvoir utiliser la surface a-t-il *joué un rôle dans la décision de conclure* le bail ?
 - *Le montant du loyer* permet-il d'inférer un usage sur cette partie ?
 - Le locataire avait-il *d'autres raisons de se fier* à un droit d'usage partagé ?

¹⁰⁶ MGer ZH du 24.02.2015, ZMP 2015 N 2.

Une réponse positive à ces questions permet de conclure qu'une attente du locataire de pouvoir utiliser l'espace est raisonnable et légitime.

103. Dans un second mouvement de son analyse, le *Mietgericht* examine s'il résulte d'un usage prolongé un droit pour le locataire (*convention tacite*).

Tel n'est pas le cas en l'espèce, vu les circonstances suivantes :

- Les conditions générales indiquaient pour d'autres parties un droit d'usage à bien plaie (au sujet de cette expression : N 104 ss ci-dessous).
- Il n'y a pas eu de discussions entre les parties au sujet d'un droit d'usage.
- Une prestation supplémentaire du bailleur ne se présume pas sans contrepartie.

Le cas illustre que la limite entre l'accord tacite (*i.e.* une volonté réelle des parties ou un accord construit sur la base du principe de la confiance) et la tolérance prolongée est souvent délicate à définir. Là encore, le pouvoir d'appréciation du juge est immense.

3. Problèmes d'accessoires

a) Caractère onéreux de la cession de l'usage

104. Il n'est pas sans conséquence de dire si une « chose dont l'usage est cédé » avec une habitation est louée, ou simplement prêtée, puisque l'extension du champ protecteur de certaines règles réservées aux habitations ne vise que les choses remises à titre onéreux (N 74 ci-dessus).
105. *Une chose prêtée* (art. 305 CO) pour une durée indéterminée peut être reprise en tout temps par le prêteur (art. 310 CO), sans respect des préavis et formes prévus par l'art. 269d al. 3 CO, respectivement des art. 271 ss CO (au sujet des règles applicables : N 118 ss ci-dessous). Le bailleur n'est ici limité que par les règles sur l'abus de droit (art. 2 al. 2 CC), qui imposent à

chacun d'exercer son droit avec ménagement. Le retrait de l'usage de la chose ne s'accompagne d'aucune réduction du loyer¹⁰⁷.

106. Par ailleurs, la chose prêtée doit être entretenue par l'emprunteur à ses frais (art. 307 al. 1 CO), ce qui vise *l'entretien ordinaire*, et pas seulement le « petit entretien » visé par l'art. 259 CO, pour le cas de la chose louée.
107. C'est dire si un bailleur « juridiquement habile »¹⁰⁸ pourrait être tenté de contourner son obligation d'entretien de la chose louée (art. 256 al. 1 CO), en prétendant céder l'usage d'accessoires au moyen d'un prêt, pour se soustraire à la sanction de l'art. 256 al. 2 CO, frappant de nullité une convention reportant le devoir d'entretien sur le locataire.

aa) Accessoires mobiliers

108. On lit souvent dans les baux d'habitation que les appareils électroménagers sont remis au locataire « à bien plaire » ou « à titre gratuit », ou encore une conjonction des deux formules.
109. Semblables clauses sont à nos yeux nulles. Si l'on postule que ces appareils sont *des accessoires* (art. 644 al. 2 CC), ils font partie de la chose louée et en suivent le sort (art. 644 al. 1 CC), car cela semble conforme à l'usage normal¹⁰⁹. C'est vrai aussi d'un acte de disposition comme la location¹¹⁰, et comme l'habitation est louée, il en va de même des accessoires. *Une réserve* au sens de l'art. 644 al. 1 *in fine* CC, par laquelle l'accessoire ne suit pas le sort du principal, ne doit être admise en matière de bail, selon notre lecture, que très strictement, vu l'art. 256 al. 2 CO. Dans la mesure où il en résulte des frais pour le locataire, liés à l'entretien des accessoires, une application analogique de l'art. 257a

¹⁰⁷ TF du 17.12.2015, 4A_414/2015, cons. 3.3.

¹⁰⁸ CHAPPUIS, note à l'arrêt TF du 17.12.2015, 4A_414/2015, DB 2016 N 1.

¹⁰⁹ BSK ZGB II-WOLF/WIEGAND, art. 644-645 N 23 citant le cas d'un frigo dans un appartement loué.

¹¹⁰ *Ibid.*, N 32.

al. 2 CO se justifie à nos yeux (convention spéciale permettant de mettre à charge du locataire des frais accessoires). Ainsi, si le bail est passé sous la forme écrite, une réserve mentionnée dans des conditions générales n'est pas valable¹¹¹.

110. En toute hypothèse, dans la mesure où ce type de clause est susceptible de contourner l'art. 256 al. 1 et 2 CO, elle est nulle¹¹².
111. Par conséquent, le locataire dont le lave-vaisselle « cédé à bien plaisir » tombe en panne peut exercer tous les droits issus de la garantie contre les défauts.

ab) Dépendances

112. Régulièrement, des dispositions contractuelles stipulent que la cave ou le jardin est remis « à bien plaisir » ou « à titre gratuit », voire une conjonction des deux formules.
113. Pour certains auteurs, l'usage de tels termes suffit à conclure qu'il s'agit d'une surface remise dans le cadre d'un prêt, tant le texte est clair¹¹³. Pour d'autres, il convient d'interpréter le contrat pour savoir ce que signifie telle clause¹¹⁴, même un texte apparemment clair devant être interprété. C'est l'avis du Tribunal fédéral¹¹⁵.
114. La clause figurant *dans un seul contrat*, cédant l'usage de l'habitation et de l'accessoire, selon laquelle ce dernier est remis « à titre gratuit », n'est souvent pas comprise par le locataire, qui n'entrevoit pas ce qu'elle signifie véritablement. Elle prête donc à l'interprétation, selon le principe de la confiance, et les circonstances du cas sont comme toujours décisives, notamment

¹¹¹ ATF 135 III 591, cons. 4.3.1 par analogie.

¹¹² De cet avis : CPra Bail-AUBERT, art. 259d CO N 2.

¹¹³ CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY-MARTENET, art. 253 CO N 62 et 75, qui réservent le cas d'un abus de droit du bailleur agissant ainsi pour contourner les règles impératives sur les loyers et les congés.

¹¹⁴ LACHAT, Bail à loyer, p. 147 ; BLUMER N 149.

¹¹⁵ TF du 17.12.2015, 4A_414/2015, DB 2016 N 1 et la note de CHAPPUIS ; ex. d'interprétation : AG BS du 08.09.2023, mp 2024 p. 119 ss.

le montant du loyer, qui permet d'inférer ce que le locataire pouvait raisonnablement attendre (N 36 ci-dessus).

115. Au demeurant, si l'expression « à titre gratuit » laisse moins de place à l'interprétation, celle « à bien plaire » autorise à penser que la chose est bien louée, mais que le bailleur se réserve de reprendre l'objet quand il le souhaitera¹¹⁶, ce qui lui est permis, s'agissant d'un bail, moyennant le respect des conditions de l'art. 269d al. 3 CO (N 129 ss ci-dessous).
116. En revanche, si une dépendance est remise au moyen d'un *contrat de prêt séparé*, rappelant les art. 305 ss CO (entretien à charge du locataire, retrait de l'usage en tout temps, sans compensation), la situation se présente plus clairement. Le locataire a au moins, si l'usage de la dépendance est cédé en même temps que l'habitation et qu'il a été contraint d'accepter de telles conditions en raison d'une pénurie de logements, la possibilité de contester le loyer initial de l'habitation, jugé excessif car il n'est pas accompagné des prestations attendues pour ce loyer (notamment la jouissance garantie d'une cave ou du jardin).
117. Relevons, pour finir, que le fait que l'emprunteur prenne à sa charge les frais d'entretien liés à la chose remise gratuitement, voire des dépenses extraordinaires, ne lui permet pas de se prévaloir de l'art. 253a al. 1 CO, en arguant qu'il aurait ainsi, en quelque sorte, payé un loyer. L'entretien ordinaire est précisément une obligation de l'emprunteur (art. 307 al. 1 CO). Quant aux dépenses extraordinaires, elles peuvent selon les cas devoir être indemnisées par le prêteur (art. 307 al. 2 CO)¹¹⁷.

b) Contrat unique ou pluralité de contrats ?

118. Souvent une habitation est louée avec un emplacement de parcage, le plus fréquemment au moyen de deux contrats séparés, un pour le logement et un pour le parking. En cas de connexité fonctionnelle notamment (N 79 ci-dessus), l'accessoire bénéficie

¹¹⁶ CHAPPUIS, note à l'arrêt TF du 17.12.2015, 4A_414/2015, DB 2016 N 1.

¹¹⁷ MGer ZH du 27.10.2022, ZMP 2023 N5, cons. III.1.2.

des règles de protection relatives aux habitations (art. 253a al. 1 CO).

119. C'est la volonté des parties qui est déterminante pour dire si l'on fait face à un seul rapport juridique englobant les deux objets (*unité d'ensemble*), ou s'il faut les traiter de manière distincte, pas le nombre des contrats ni leur succession dans le temps (N 81 ci-dessus). Dans l'analyse, il ne faut toutefois pas perdre de vue l'intérêt des parties, singulièrement celui du locataire qui a besoin d'une protection accrue¹¹⁸. Ici encore, une approche objectiviste (N 24 ss ci-dessus) est adoptée pour permettre de prendre en compte des considérations sociales.
120. Dire si l'on a affaire à une unité d'ensemble ou à une pluralité de contrats n'est pas sans conséquence :
- Si l'on considère que les deux baux forment *une unité d'ensemble*, il n'est pas possible de résilier juste le bail de l'accessoire, car il s'agirait alors d'un congé partiel nul¹¹⁹. Le bailleur doit alors retirer l'usage de l'accessoire au moyen d'un avis de modification du bail (art. 269d al. 3 CO ; N 129 ss ci-dessus) ou résilier les deux baux (p. ex. : si le locataire ne peut concevoir de garder le logement sans le jardin).
 - Si l'on est en présence de *deux contrats au sort distinct*, le bailleur peut (et doit), s'il souhaite en reprendre possession, résilier le bail de l'accessoire, sans devoir mettre fin au bail du logement.
121. On comprend la portée de cette interprétation de la volonté des parties à la lecture de l'ATF 137 III 123. La locataire était en défaut de paiement pour son parking. Le bailleur a résilié le bail *du logement* aussi. Ce qui aurait été licite s'il y avait unité d'ensemble des contrats. Le Tribunal fédéral rappelle donc que, dans l'interprétation, l'intérêt des parties est pris en compte, et spécialement celui de la partie faible au contrat.

¹¹⁸ ATF 137 III 123, cons. 2.2.

¹¹⁹ TF du 20.08.2013, 4A_283/2013, cons. 4.4.1.

c) Connexité personnelle obligatoire ?

122. Le Tribunal fédéral exige que les parties aux contrats portant sur l'habitation et un parking (c'est le cas le plus fréquent, mais le problème pourrait se poser pour d'autres accessoires) soient strictement les mêmes, pour que s'applique l'art. 253a al. 1 CO et que l'accessoire soit mieux protégé. Diverses situations problématiques se présentent en pratique.

ca) Le bailleur du parking n'est pas le même que celui du logement

123. Il n'est pas rare dans les grands ensembles locatifs que l'emplacement de parcage soit loué auprès d'un propriétaire différent de celui du logement, souvent d'ailleurs représenté par la même régie¹²⁰. Il arrive aussi dans les PPE que l'emplacement du garage collectif soit loué par « la communauté des copropriétaires »¹²¹.

124. Comme le locataire n'a loué une place dans le parking de tel immeuble que parce qu'il est proche du sien (voire se confond avec le sien en sous-sol parfois), il y a lieu de le protéger et de le mettre au bénéfice de l'extension de protection résultant de l'art. 253a al. 1 CO¹²². Il devrait en aller ainsi au moins quand c'est *la même régie* qui représente les bailleurs, ce qui donne à penser au locataire qu'il loue les objets conjointement. Ce que les bailleurs ne peuvent ignorer, vu qu'ils sont représentés par la même régie¹²³.

125. Les tribunaux genevois et vaudois admettent à tout le moins que, si les bailleurs respectifs des objets forment *une unité économique*, se prévaloir de l'absence d'identité des parties

¹²⁰ LACHAT, Bail à loyer, p. 146.

¹²¹ Cf. TF du 14.03.2008, 4A_364/2007.

¹²² LACHAT, Bail à loyer, p. 146 s. ; BSK-WEBER, art. 253a-253b N 15 ; *contra* : CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY-MARTENET, art. 253a CO N 17 ; ZK-HIGI, art. 253a-253b CO N 53.

¹²³ *Contra* : TC VD du 16.12.2009, cons. 4c, CdB 2010 p. 71 ss.

relève de l'abus de droit, si bien qu'ils mettent le locataire au profit de la protection accordée par les règles sur les loyers et congés abusifs¹²⁴. Cela doit, selon nous, s'appliquer aussi au cas du locataire – pour son parking – d'une « communauté de copropriétaires ».

126. La jurisprudence genevoise admet aussi que si *le bailleur de la place de stationnement change en raison d'une aliénation* de la chose, il convient de maintenir la protection de l'art. 253a al. 1 CO au profit du locataire¹²⁵.

cb) Le locataire est différent de celui du logement

127. Il n'est pas rare qu'un locataire se marie et demande à ce que son conjoint soit « mis sur le bail » de son logement. On omet presque systématiquement de faire de même pour le parking. La règle de l'art. 6 RULV, qui permet l'adhésion du conjoint au bail, rappelle d'ailleurs expressément qu'elle s'applique aux baux d'habitation.
128. Tel locataire mérite de conserver la protection de son emplacement de stationnement. Le Tribunal fédéral semble d'ailleurs sensible à l'argument que l'identité des parties ne fait pas grand sens « côté locataire », à tout le moins lorsque le locataire de l'habitation est au moins partie au bail de l'accessoire, et a laissé ouverte la question dans son arrêt le plus récent sur la question¹²⁶.

4. Le retrait de l'usage (rappel des principes)

129. Le bailleur d'un logement peut vouloir reprendre l'usage d'une partie de celui-ci ou *d'une dépendance*. Ce qui s'est présenté fréquemment ces dernières années, à mesure que les mansardes et greniers ont été transformés en logements. Les caves sont aussi

¹²⁴ CJ GE du 18.06.2004, DB 2005 N 18 ; TC VD du 16.12.2009, cons. 4b, CdB 2010 p. 71 ss.

¹²⁵ CJ GE du 19.12.2016, mp 2018 p. 31 ss.

¹²⁶ TF du 20.08.2013, 4A_283/2013, cons. 4.4.

souvent concernées, et remplacées par des buanderies par exemple.

130. Le cas de figure peut aussi concerner *une partie commune*, par exemple si le bailleur entend supprimer la buanderie, que presque plus personne n'utilise (car il autorise largement l'installation d'un lave-linge), pour la remplacer par un abri anti-atomique.
131. Même *un accessoire mobilier* pourrait être concerné. Par exemple, le bailleur qui modifie le bail d'une personne à l'origine de trois inondations liées au lave-vaisselle (propriété du bailleur), plutôt que de le résilier.
132. Il n'est pas possible ici de traiter de cette question de manière approfondie. Nous renvoyons aux commentaires et ouvrages spécialisés¹²⁷, sans omettre de rappeler *les grands principes* en la matière :
 - Le bailleur doit agir au moyen d'une modification de bail par avis officiel (art. 269d al. 3 CO)¹²⁸.
 - Pareille démarche n'est pas licite si le bail est un contrat de durée déterminée¹²⁹ ; seule serait alors possible une modification consensuelle, moyennant que le locataire soit dûment informé de ses droits par le bailleur¹³⁰.
 - Il n'est pas permis à ce dernier de reprendre une partie essentielle de la chose louée ; il doit alors résilier le bail¹³¹.
 - En revanche une modification de moindre impact (quelques centimètres de surface de moins, en raison de l'installation d'une cuisine rénovée) est soumise à l'art. 260 CO (elle est

¹²⁷ LACHAT/GROBET THORENS, Bail à loyer, p. 707 ss ; SVIT-K-ROHRER, art. 269d CO N 65 ss ; CPra Bail-MARCHAND, art. 269d CO N 5 ss ; BSK OR I-WEBER, art. 269d N 10-11 ; ZK-HIGI, art. 269d CO N 167 ss et art. 270b CO N 22 ss.

¹²⁸ ATF 125 III 231, cons. 3a.

¹²⁹ LACHAT/GROBET THORENS, Bail à loyer, p. 708.

¹³⁰ LACHAT/GROBET THORENS, Bail à loyer, p. 713.

¹³¹ ATF 125 III 231, cons. 3a.

imposable si elle est exigible du locataire, et en dehors de tout congé)¹³².

- Le retrait de l'usage doit s'accompagner d'une réduction de loyer adaptée¹³³.
 - Il doit se justifier par un intérêt raisonnable du bailleur, et pour certains auteurs, être exigible du locataire¹³⁴. Le juge s'inspire, pour trancher le fond, des principes issus de l'application des art. 271-271a CO¹³⁵.
133. Il est rappelé que si une dépendance ne forme pas une unité d'ensemble avec l'habitation (N 120 ci-dessus), le bail peut être alors résilié *pour soi* et les art. 271 ss CO s'appliquent.

5. L'usage sans droit

134. Quelles conséquences a l'usage sans droit par le locataire d'une partie de l'immeuble locatif ?
135. S'il s'agit *d'une partie commune*, par exemple parce que le locataire y entropose sans droit ses affaires personnelles ou y met en place une installation, le bailleur peut, après l'avoir sommé de mettre un terme à cet usage illicite, saisir le juge afin d'obtenir l'évacuation de ces objets, voire résilier le bail¹³⁶.

¹³² CPra Bail-MARCHAND, art. 269d CO N 14.

¹³³ SVIT-K-ROHRER, art. 269d CO N 76.

¹³⁴ TF du 30.04.2021, 4A_74/2021, cons. 2.3.1 et les réf. citées, le Tribunal fédéral ne tranchant pas la question de savoir si l'un seul de ces critères est suffisant, puisque la modification du bail en question (règlement d'immeuble) passait la rampe sous les deux aspects.

¹³⁵ ATF 125 III 231, cons. 3c.

¹³⁶ TF du 03.03.2003, 4C.324/2002, cons. 2.1.4 (piscine installée par le locataire sur un jardin et le toit d'un garage) ; TF du 07.09.2006, 4C.223/2006, cons. 1.1 (encombrement des alentours).

136. A nos yeux, dans les cas de peu de gravité, le recours à un congé extraordinaire est subsidiaire à une procédure en évacuation des objets¹³⁷.
137. Pour le cas de l'usage illicite *d'une dépendance* (p. ex. : emplacement de stationnement), le bailleur dispose en outre d'une prétention en restitution de l'enrichissement illégitime procuré au locataire (art. 62 ss CO)¹³⁸.

VI. Les usagers de l'habitation

A. Généralités

138. L'usage prévu de la chose louée englobe aussi, parmi les modalités de cet usage, le cercle de ses destinataires (N 14 ci-dessus).
139. Qui sont les usagers légitimes de l'habitation ? La question est d'actualité, puisque selon RAIFFEISEN, il existe une tendance au regroupement, dictée par la pénurie de logements (communautés de vie, « colocations », etc.)¹³⁹. Plusieurs situations peuvent se présenter.
140. Le locataire peut *habiter lui-même* le logement, ce qui sera le plus souvent le cas quand il s'agit d'une personne physique.
141. Il peut aussi avoir loué le bien *pour le profit d'une personne donnée*, le bail pouvant l'indiquer : « à destination de l'habitation de X »¹⁴⁰. L'habitant a alors le droit d'user de la chose conformément à sa destination, mais ne pourra lui-même céder son usage à un tiers qu'à la double condition que le locataire et le bailleur soient d'accord.

¹³⁷ C'est la solution prévue par l'art. 17.1 RULF ; cf. ég. : OGer ZH du 08.06.2017, mp 2018 p. 130 ss. *Contra* : TF du 05.11.2018, 4A_253/2018, cons. 7.

¹³⁸ MGer ZH du 28.03.2014, ZMP 2014 N 8.

¹³⁹ RAIFFEISEN ECONOMIC RESEARCH, p. 18.

¹⁴⁰ Cf. état de fait de l'arrêt TF du 07.06.2022, 4A_287/2021.

142. *Une personne morale* ne peut pas « habiter » un logement, cela tombe sous le sens. Elle peut en revanche louer une habitation dans le but d'y héberger son administrateur, ses employés, ses actionnaires, etc. Si aucune affectation particulière n'est prévue par le bail, on partira de l'idée, sauf convention explicite selon laquelle la personne morale loge « qui elle veut » dans le bien, qu'elle peut y loger les « proches » précités¹⁴¹.
143. Le locataire peut *vivre avec sa famille* (art. 169 CC ; art. 14 LPart). En cas de divorce ou de dissolution du partenariat enregistré, le juge peut attribuer le logement commun à l'un des conjoints (art. 121 al. 3 CC ; art. 32 al. 1 LPart).
144. Le locataire, sauf convention expresse, n'est *pas tenu d'habiter* son logement, et peut y accueillir et y héberger des amis ou des proches¹⁴², pour peu que cela ne provoque pas de suroccupation du bien (N 184 ss ci-dessous).
145. Mais à quelles conditions le locataire peut-il céder l'usage de l'habitation à des tiers, conformément à l'usage prévu ?

B. Cession de l'usage par le locataire comme exercice de l'usage convenu

1. Remarques introductives

146. Plusieurs constellations de faits peuvent se présenter, en considération des éléments suivants :
- *Le bail prévoit ou pas une occupation personnelle* par le locataire (N 147 ss et N 158 ss ci-dessous).
 - *Le locataire occupe effectivement les locaux, serait-ce occasionnellement, ou au contraire ne les occupe plus*. Se pose aussi en telle situation la question de la durée de cette absence d'occupation.

¹⁴¹ TF du 30.06.2020, 4A_596/2019, cons. 4.3.

¹⁴² ATF 136 III 186, cons. 3.

- La personne à qui l'usage est cédé effectue *une contre-prestation*, cas échéant la nature et l'ampleur de celle-ci.
- *Les liens unissant le locataire et le bénéficiaire* de la cession de l'usage.

2. Situation 1 : le bail ne prévoit aucune occupation particulière obligatoire

a) *Le locataire occupe les lieux*

147. Pour que la condition de l'occupation soit réalisée, il suffit que le locataire utilise l'habitation, serait-ce le weekend ou quelques jours par semaine. En bref, il ne doit *pas en avoir perdu l'usage*.
148. Il peut alors *accueillir des tiers gratuitement* (familiers, proches, amis, employés)¹⁴³, même durablement, pour peu que cela n'engendre pas un inconvénient majeur pour le bailleur, comme une suroccupation des lieux (N 184 ss ci-dessous). La remise de l'usage à un tiers sans contre-prestation est un prêt (art. 305 CO). Elle fait partie de l'usage normal de la chose louée, en tout cas quand elle s'exerce au profit de proches¹⁴⁴.
149. Ceux-ci peuvent « *participer aux frais du ménage* », ce qui ne change pas la qualification de la mise à disposition à titre gratuit, si les sommes sont versées non pas en contrepartie de la remise de l'usage, mais pour « remplir le frigo », et ne pas vivre aux crochets du locataire¹⁴⁵.
150. *La vie commune avec le concubin* ne pose, dans ce cas de figure, aucun problème (N 158 ss ci-dessous). Les éventuels montants versés au locataire par son compagnon, même au titre du paiement du loyer, ne changent rien à la qualification, qui ne

¹⁴³ ATF 136 III 186, cons. 3.1.1.

¹⁴⁴ ATF 136 III 186, cons. 3.1.1.

¹⁴⁵ TF du 03.01.2023, 4A_521/2021, cons. 3.2.3. et 3.2.4 ; RUBLI, p. 5.

relève pas de la sous-location, faute de volonté de contracter (*animus contrahendi*)¹⁴⁶.

151. La cession d'une partie du logement à *l'ex-concubin prenant soin de l'enfant commun mineur* n'est pas une sous-location¹⁴⁷. Les soins apportés à l'enfant relèvent en effet au premier chef de considérations d'ordre familial.

152. En cas d'hébergement *d'un enfant majeur* :

- S'il est *en formation et dépend financièrement du locataire*, l'hébergement ne saurait être considéré comme une location, puisqu'il ressortit à une obligation d'entretien (art. 276 al. 1 et art. 277 al. 2 CC), donc relève de l'usage normal d'une habitation¹⁴⁸.
- S'il est *indépendant financièrement du locataire*, alors la qualification dépend d'une éventuelle contre-prestation et de la volonté des parties :
 - L'enfant majeur *paie un loyer pour la cession d'une partie du logement précisément convenue* avec le parent locataire : il s'agit d'une sous-location partielle (art. 262 CO)¹⁴⁹, admissible même durablement¹⁵⁰. A notre avis, comme le plus souvent le parent locataire n'a pas vraiment à l'esprit qu'il sous-loue, vu la situation familiale qui vient au premier plan à ses yeux, il ne faudrait pas se montrer trop regardant quant à une autorisation du bailleur à cet endroit. En particulier, un congé ordinaire adressé parce que semblable sous-location n'a fait l'objet d'aucune autorisation, nous apparaît abusif.

¹⁴⁶ TF du 03.01.2023, 4A_521/2021, cons. 3.2.3.

¹⁴⁷ MGer ZH du 08.12.2022, ZMP 2023 N 6.

¹⁴⁸ TF du 23.07.2019, 4A_39/2019, cons. 4.3.

¹⁴⁹ TF du 03.01.2023, 4A_521/2021, cons. 3.2.4.

¹⁵⁰ ATF 138 III 59, cons. 2.2.1.

- L'enfant majeur ne verse *qu'une participation aux frais* du ménage : il n'y a pas de sous-location, faute d'*animus contrahendi*¹⁵¹.
 - *En l'absence de contre-prestation*, même si une chambre en particulier lui est désignée, il y a prêt à usage (art. 305 CO), ce qui relève de l'usage normal¹⁵².
153. Que de complications ! Comme le relève RUBLI, la jurisprudence y aurait gagné en simplicité et en cohérence, en disant simplement – adoptant une approche plus objectiviste (N 24 ss ci-dessus) – qu'il n'y a pas de sous-location si les liens *entre occupants* du logement sont familiaux (au sens large, incluant l'union libre)¹⁵³.
154. *La sous-location partielle* est une forme de cession de l'usage autorisée *ex lege* (art. 262 CO), si bien qu'elle est admissible, même durablement¹⁵⁴.

b) Le locataire n'occupe pas le logement

155. En l'absence de clause contractuelle à cet égard, le locataire n'est pas tenu d'occuper son logement (N 144 ci-dessus).
156. Si son absence est *temporaire*, il peut remettre le bien gratuitement ou contre paiement d'un loyer raisonnable, à quiconque (sauf hypothétique cas d'inconvénient majeur du bailleur vivant dans l'immeuble), et il peut être renvoyé à ce qui vient d'être dit, avec cette précision que vu le caractère temporaire de l'absence du locataire, une sous-location complète du logement est aussi admissible, dans le respect de l'art. 262 CO¹⁵⁵.

¹⁵¹ TF du 03.01.2023, 4A_521/2021, cons. 3.2.3.

¹⁵² ATF 136 III 186, cons. 3.1.1.

¹⁵³ RUBLI, p. 4 s.

¹⁵⁴ ATF 138 III 59, cons. 2.2.1.

¹⁵⁵ ATF 138 III 59, cons. 2.2.1.

157. Si l'absence du locataire est *durable*, sans volonté de retour prévisible :

- Le locataire peut-il alors héberger *des tiers ou des proches* (y compris l'enfant majeur *indépendant financièrement*) *gratuitement* ?
 - A priori la réponse est positive, vu qu'il n'a pas d'obligation d'occuper les lieux personnellement¹⁵⁶.
 - Mais le Tribunal fédéral semble durcir son approche dans plusieurs arrêts¹⁵⁷, semblant dire qu'alors il y aurait détournement des règles sur la sous-location ou sur l'usage conforme au contrat (sur cette notion : N 18 s. ci-dessus). Cela nous semble résulter d'une formulation malheureuse, puisque précisément s'il n'y a pas de loyer, il n'y a pas de sous-location, et si le contrat ne le dit pas expressément, le locataire n'a pas à occuper le logement personnellement¹⁵⁸. A la rigueur une résiliation ordinaire, motivée par la non-occupation des lieux par le locataire, pourrait-elle se justifier (N 175 ci-dessous).
- L'hébergement résultant de *l'accomplissement d'une obligation familiale* reste licite, car c'est un usage normal de la chose louée comme habitation, même si une contre-prestation est versée :
 - A propos de *l'enfant majeur en formation* : N 152 ci-dessus.
 - La cession de l'usage du logement à *l'épouse dont le locataire vit séparé* relève de son obligation d'entretien, tant que le divorce n'est pas prononcé (art. 159 al. 3 CC, et art. 176 al. 1 CC en cas de jugement sur mesures

¹⁵⁶ ATF 136 III 186, cons. 3.1.1.

¹⁵⁷ TF du 05.09.2017, 4A_227/2017, cons. 4.3.1 et surtout TF du 23.07.2019, 4A_39/2019, cons. 4.3.

¹⁵⁸ D'un autre avis : BLUMER N 590 ; VISCHER, p. 1354.

protectrices de l'union conjugale attribuant la jouissance du logement au dit conjoint)¹⁵⁹.

- A propos de l'ex-concubin prenant soin de l'enfant mineur commun : N 151 ci-dessus.
- En revanche *une sous-location* n'est pas licite, faute de volonté de retour prévisible¹⁶⁰, notamment à un enfant majeur indépendant financièrement (cas d'ailleurs très fréquent de sous-location « déguisant » un transfert du bail).

3. Situation 2 : le bail prévoit une occupation particulière obligatoire

a) *Exclusion du concubin ?*

158. Une délimitation du cercle des destinataires de l'usage est a priori licite¹⁶¹.
159. Le bail peut-il prévoir que le logement ne puisse être partagé avec un concubin ? Les avis doctrinaux divergent à ce sujet.
160. Certains estiment que cela relève de la liberté contractuelle (art. 19 al. 1 CO) et, selon *une approche subjectiviste* (N 27 ci-dessus), cela serait parfaitement envisageable, des considérations morales pouvant trouver place dans le bail¹⁶².
161. On peut toutefois penser que telle restriction des modalités d'usage est nulle, puisque consacrant *une limitation faite au détriment du locataire* à l'usage normal le plus élémentaire (art. 256 al. 2 CO)¹⁶³, voire un engagement excessif (art. 27 al. 2 CC)¹⁶⁴.

¹⁵⁹ TF du 30.06.2020, 4A_596/2019, cons. 4.2.2 et 4.3.

¹⁶⁰ ATF 138 III 59, cons. 2.2.1.

¹⁶¹ ATF 136 III 186, cons. 3.1.1.

¹⁶² ZK-HIGI, art. 257f CO N 12 et 18.

¹⁶³ ATF 136 III 186, cons. 3.2.1 ; LCHAT, Bail à loyer, p. 59 s. ; BLUMER N 389 ; BSK OR I-WEBER, 256 N 9.

¹⁶⁴ DIETSCHY-MARTENET, Les colocataires, N 3 qui réserve le cas d'une suroccupation du logement.

b) Le locataire occupe le logement

ba) Occupation occasionnelle

162. Lorsque le locataire n'occupe qu'*occasionnellement* le logement, des problèmes peuvent se poser si la clause d'affectation du logement dans le bail précise que l'habitation doit être « *le domicile principal* du preneur ». Soulignons d'emblée que telle stipulation ne doit pas être confondue avec celle prévoyant une simple occupation personnelle, sans égard à sa fréquence, qui est quant à elle admise¹⁶⁵. Une clause comme celle précitée est-elle valable ? Autrement dit, le bailleur peut-il « forcer » son locataire à vivre principalement dans l'habitation louée ? Cela nous semble discutable, sous l'angle de l'art. 27 al. 2 CC. Il est néanmoins admis que tel soit le cas dans un régime de loyers subventionnés¹⁶⁶. A suivre une approche subjectiviste (N 27 ss ci-dessus), cela serait parfaitement licite¹⁶⁷.
163. En pareil cas, pour l'hypothèse dans laquelle le locataire n'est que *rarement présent* et cède l'usage du bien à un tiers, il n'use plus de l'objet conformément à sa destination, ce qui, à suivre la jurisprudence du Tribunal fédéral, peut conduire à la résiliation du bail¹⁶⁸.
164. En irait-il de même si le preneur, en cédant l'usage du bien, accomplit *une obligation relevant du droit de la famille* (hébergement du conjoint dont il vit séparé ou de l'enfant envers lequel il a une obligation d'entretien) ? A nos yeux tel n'est pas le cas. Il s'agit d'un usage normal qui équivaut à une occupation personnelle du logement¹⁶⁹.

¹⁶⁵ ATF 136 III 186, cons. 3.1.1 ; GANDOY, Remise de l'usage, N 8.

¹⁶⁶ Cf. pour Genève : art. 5 al. 2 RGL (RS GE I 4 05.01).

¹⁶⁷ VISCHER Ma., p. 1049 (ce qui est permis à l'Etat doit être licite pour les parties au contrat).

¹⁶⁸ ATF 134 III 446, cons. 2.4.

¹⁶⁹ En ce sens : GANDOY, Remise de l'usage, N 8 et Hébergement de l'épouse, p. 5.

bb) Occupation régulière

165. La situation est similaire à l'hypothèse dans laquelle le bail ne prévoit pas d'occupation particulière, si bien qu'il peut y être renvoyé (N 147 ss ci-dessus).

c) Le locataire n'occupe pas le logement

166. Si le locataire a *temporairement* quitté le logement mais n'a pas perdu l'idée de le réintégrer dans un avenir prévisible, il lui est permis de sous-louer son logement, l'art. 262 CO étant de droit impératif¹⁷⁰. A fortiori peut-il en céder l'usage gratuitement¹⁷¹ : pourquoi ne pourrait-il pas, en cas de voyage de quelques mois, demander à un ami de dormir chez lui gratuitement pour s'occuper de son chat et lever son courrier, mais pourrait-il le faire en lui demandant de payer un sous-loyer ? La prudence commande néanmoins ici au locataire de demander l'autorisation de le faire au bailleur¹⁷².
167. Si le locataire a *perdu l'idée d'occuper son logement dans un avenir prévisible*, la situation est en revanche différente. Le locataire ne peut plus ici ni sous-louer le logement¹⁷³ ni le prêter, car cela contreviendrait à l'usage prévu¹⁷⁴. L'hébergement dans le cadre de l'accomplissement d'une obligation familiale demeure en revanche licite, cette obligation légale ne pouvant être restreinte valablement par les parties¹⁷⁵.

¹⁷⁰ La formulation figurant *in* : TF du 07.06.2022, 4A_287/2021, cons. 6.3 selon laquelle les parties pourraient avoir « exclu la sous-location » nous semble erronée.

¹⁷¹ BSK OR I-WEBER, 256 N 9. *Contra* : GANDROY, Remise de l'usage, N 8.

¹⁷² En ce sens : GANDROY, Remise de l'usage, N 5.

¹⁷³ ATF 138 III 59, cons. 2.2.1.

¹⁷⁴ ATF 136 III 186, cons. 3.2.2.

¹⁷⁵ GANDROY, Remise de l'usage, N 8.

C. De l'occupation de la chose louée : non-occupation, sous-occupation, suroccupation

1. Remarque liminaire

168. La remise de l'usage de la chose louée est la première obligation du bailleur (art. 256 al. 1 CO). On ne voit pas qu'un bail d'habitation puisse être valablement conclu tout en interdisant au locataire de vivre dans son logement, par exemple dans le seul but de créer une apparence de domiciliation dans un canton à la fiscalité avantageuse¹⁷⁶. Il ne s'agit alors plus d'un bail.
169. Un logement peut en revanche être très rarement occupé (« lit froid »), sous-occupé du point de vue de sa surface (p. ex. : une personne vit seule dans sept pièces) ou suroccupé (p. ex. : sept personnes vivent dans un studio).
170. Nous réservons *le terme de sous-occupation* à l'aspect spatial de celle-ci, à savoir lorsqu'un logement est habité par peu de personnes en regard de sa surface. La fréquence de l'occupation est traitée ci-dessous de manière séparée.

2. Fréquence de l'occupation : non-occupation et occupation insuffisante

171. Qu'en est-il d'un logement qui ne serait *jamais ou presque jamais habité* ?
172. Le Tribunal fédéral indique certes qu'il n'y a pas d'obligation d'user de la chose louée, lorsque le bail ne dit rien à ce propos¹⁷⁷.
173. Il existe néanmoins pour le bailleur *des inconvénients objectifs* à cet égard. Les conditions générales et les RULV prévoient ainsi des règles visant à prévenir les sinistres en cas d'absence du

¹⁷⁶ Dans le canton de Zoug, une plateforme a eu cette « lumineuse » idée, proposant des chambres en colocation mais sans le droit de les occuper : Watson, 21.01.2024.

¹⁷⁷ ATF 136 III 186, cons. 3.1.1.

locataire (art. 11 RULV ; art. 40 RULG ; art. 17 RULJ). Il incombe en particulier à ce dernier de chauffer au moins un peu en hiver pour éviter le gel ou la moisissure. Cela résulte du devoir de surveillance de la chose louée par le locataire (cf. art. 257g CO ; *Obhutspflicht*)¹⁷⁸.

174. Il est aussi permis de se demander si « *habiter* » ne suppose pas au moins une occupation occasionnelle, quitte à ce que les durées de séjours soient courtes, mais sans période ininterrompue d'inoccupation qui soit d'une durée trop longue (N 59 ci-dessus).
175. Dans un canton où sévit une pénurie de logements, cela peut aussi poser problème sous *l'angle social*, et un bailleur peut souhaiter remettre son bien à un locataire qui l'occupera effectivement. Tel bailleur pourrait alors résilier le bail de manière ordinaire, pour le remettre à une famille qui habitera le bien¹⁷⁹.
176. En revanche, il n'en va pas de même si *le type d'utilisation* pratiqué par le locataire est particulier. On ne saurait ainsi reprocher à un locataire de ne pas « *habiter* » son logement, parce qu'il s'en sert principalement pour méditer ou y faire de la gym, car cela relève de l'usage normal d'une habitation¹⁸⁰.

3. Sous-occupation (spatiale)

177. Qu'en est-il d'un logement dont *le taux d'occupation est très bas*, par exemple d'un 5 pièces, cuisine non comprise, occupé par un couple ?
178. Il n'y a a priori *aucun inconvénient objectif* pour le bailleur, sous l'angle de la sécurité de son bien, à ce que le logement soit sous-occupé, contrairement au cas de la non-occupation (N 173 ss ci-dessus). Pas plus qu'il n'y en a sous l'angle de l'usage prévu d'habiter.

¹⁷⁸ BSK OR I-WEBER, 256 N 11.

¹⁷⁹ TF du 09.12.2009, 4A_414/2009, cons. 3.2.

¹⁸⁰ TF du 09.06.2011, 4A_187/2011, cons. 4.2.

179. Le problème se pose ici avant tout sous l'angle de *la politique sociale du logement*¹⁸¹. Mais il est délicat : se justifie-t-il vraiment de rendre responsable de la pénurie l'ancien locataire qui ne peut déménager vers un logement plus petit, vu les prix actuels, ou qui simplement ne le souhaite pas car son logement lui sert de repère central ?
180. *Une résiliation de bail ordinaire* donnée à un locataire qui sous-occupe les lieux (ensuite d'un décès, d'un divorce, d'un départ de ses enfants) semble a priori contraire à l'art. 271a al. 1 lit. f CO¹⁸². Cette disposition réserve toutefois le cas d'inconvénients majeurs pour le bailleur.
181. Dans le secteur *du logement subventionné*, ou de certaines coopératives de logement, le problème se pose différemment. Les règles sont fixées à l'avance. Chacun sait en louant un logement à prix contrôlé qu'il devra le quitter le jour où le taux d'occupation ne sera plus suffisant.
182. Dans le cas d'un propriétaire louant *dans le secteur libre*, un congé ordinaire ne devrait pouvoir être adressé que pour le cas où le bailleur démontre poursuivre une politique sociale du logement sur l'ensemble de son parc immobilier, si bien que la sous-occupation lui pose un inconvénient majeur¹⁸³. A défaut, tel motif pourrait devenir le cache-sexe de tout congé, par exemple donné pour pouvoir relouer plus cher, sans avoir à faire la preuve que cela ne rend pas le loyer abusif.
183. En tous les cas, il convient de prendre garde à *peser les intérêts* en présence au trébuchet, et à ménager les personnes âgées ou fragilisées par la maladie ou des événements douloureux de la

¹⁸¹ Dans le secteur subventionné, un taux d'occupation minimal est exigé. Cf. p. ex. l'art. 31C lit. e LGL, pour le cas genevois (RS GE I 4 05) : il y a sous-occupation lorsque le nombre de pièces du logement dépasse de plus de deux unités le nombre de personnes occupant le logement.

¹⁸² En ce sens : SVIT-K-REUDT, art. 257f CO N 14.

¹⁸³ En ce sens : OGer ZH du 07.09.1995, MRA 1997 p. 201 ss (coopérative d'habitation) ; CJ GE du 19.02.2019, ACJC/195/2018, cons. 3.2.

vie. Un congé donné pour sous-occupation à un ancien locataire malade ne se justifie selon nous en aucune circonstance¹⁸⁴.

4. Suroccupation

184. L'habitation ne peut être dévalorisée ou endommagée par son locataire, et celui-ci doit prendre garde à ne pas déranger ses voisins (N 38 ss ci-dessus). C'est donc au vu *des critères de l'usure et de l'intensité de l'usage* que doit s'examiner le problème de l'occupation du logement (visites, hébergement de proches, etc.)¹⁸⁵.
185. Certaines affirmations nous semblent, à cette aune, trop absolues. Par exemple, celle que le fait d'héberger une famille supplémentaire dans un logement entraînerait *ipso facto* une suroccupation préjudiciable au bien, donc un inconvénient majeur pour le bailleur au sens de l'art. 271a al. 1 lit. f CO¹⁸⁶. Ou qu'un logement exigü ne peut servir à l'occupation de plusieurs personnes¹⁸⁷.
186. L'examen de ces cas de figure doit *toujours se faire à l'aune des circonstances concrètes* : plaintes du voisinage, inspection de la régie ayant permis de constater des dégâts, etc.
187. Une famille supplémentaire soigneuse et respectueuse du voisinage pose moins problème qu'une personne seule, indiligente et mal éduquée.
188. Cela ne saurait être perdu de vue à l'heure où la pénurie de logements sévit et s'aggrave, et que la tendance chez nombre de locataires, notamment les plus fragiles, est de se regrouper dans des logements « cohabités » (N 139 ci-dessus).
189. A juste titre, le Tribunal fédéral a ainsi jugé non arbitraire la conclusion de la Cour genevoise selon laquelle, en dehors de

¹⁸⁴ De cet avis : THANEI, p. 95.

¹⁸⁵ SVIT-K-REUDT, art. 257f CO N 14.

¹⁸⁶ BOHNET/CONOD, N 309 ; ZK-HIGI, art. 257f CO N 12.

¹⁸⁷ MfP-BRÄNDLI, p. 823.

toute plainte du voisinage et de dégâts constatés à la chose, il n'y avait pas suroccupation d'un logement de trois chambres, habité par cinq personnes¹⁸⁸.

190. Qu'en est-il des dispositions, fréquentes dans les baux des régies alémaniques¹⁸⁹, fixant un *nombre maximal d'occupants* du logement ?
191. Ces dispositions nous semblent nulles¹⁹⁰, pour les motifs suivants :
- Elles consacrent une limitation excessive de l'usage d'habitation (art. 256 al. 2 CO).
 - Elles sont contraires au caractère impératif de l'art. 262 CO qui permet de sous-louer une partie du bien, ce dont il faut déduire que vivre avec un nombre plus élevé de personnes que ne le prévoit le bail doit aussi être autorisé, tant qu'il n'existe pas d'inconvénient majeur pour le bailleur¹⁹¹.
 - Elles sont illicites (art. 20 CO) en tant qu'elles interdisent au locataire de se marier (en cas de nombre maximal d'une personne) ou de fonder une famille à sa guise.
 - Elles consacrent un engagement excessif au sens de l'art. 27 al. 2 CC.
192. Un congé ordinaire, donné en l'absence de toute plainte du voisinage ou de dégâts constatés à la chose, au seul motif que le nombre maximal d'occupants est dépassé, serait annulable au sens de l'art. 271a al. 1 lit. f CO¹⁹².

¹⁸⁸ TF du 03.01.2023, 4A_521/2021, cons. 4.4.

¹⁸⁹ Cf. RULZ art. 3 § 1 : toute augmentation du nombre de personnes autorisé par le bail est soumise à autorisation du bailleur.

¹⁹⁰ Dans le même sens, avec divers motifs : LACHAT, Bail à loyer, p. 59 ; DIETSCHY-MARTENET, Les colataires, N 3 ; WESSNER, Le devoir de diligence, N 24 ; MfP-PÜNTENER, p. 30. *Contra* : SVIT-K-ROHRER, art. 262 CO N 6.

¹⁹¹ BSK OR I-WEBER, 256 N 9.

¹⁹² LACHAT, Bail à loyer, p. 60.

193. Il est évident qu'en cas de plaintes du voisinage ou de dégâts à la chose, le bailleur garde la possibilité de sommer le locataire de rétablir une situation acceptable, et peut résilier le bail de manière extraordinaire si cet avertissement demeure sans effets (art. 257f al. 3 CO).

VII. Règles et usages locatifs

1. Les objectifs

194. A l'examen des réglementations adoptées par les « milieux intéressés », de manière paritaire (RULV, RULN et RULJ)¹⁹³ ou établies par les seules associations immobilières cantonales (RULG, RULF, et RULZ), on peut dégager quatre aspects quant aux buts poursuivis par celles-ci :
- garantir la sécurité et la salubrité de la chose louée ;
 - codifier des règles assurant une vie commune harmonieuse ;
 - préserver la valeur de l'immeuble et des installations propriété du bailleur ;
 - prévenir la détérioration de l'aspect et de la réputation de l'immeuble.
195. On les retrouve, notamment :
- dans le titre de l'art. 46 RULG : « Propreté, sûreté et tranquillité de l'immeuble », qui indique que la disposition vise « l'intérêt de l'ensemble des locataires de l'immeuble » ;
 - aux art. 6 § 2 RULN et 10 § 2 RULV qui débutent par la phrase : « Pour rendre la vie entre cohabitants plus agréable et préserver l'état de l'immeuble » ;
 - à l'art. 25 § 4 RULV (travaux effectués par le locataire) : « (...) ne doivent pas compromettre la sécurité, la salubrité, l'esthétique ou la valeur de l'immeuble ».

¹⁹³ Le CCR n'a plus force obligatoire à dater du 1^{er} juillet 2020, les milieux concernés n'ayant pas souhaité le prolonger.

196. Ces objectifs sont indissociables : un immeuble insalubre et dangereux est déprécié, enlaidi et invivable.
197. Les réglementations forment un genre de « code de conduite » du locataire diligent et respectueux, et visent tant les comportements du locataire (et de ses auxiliaires) dans la chose louée elle-même, que ceux adoptés dans toute son étendue spatiale (N 60 ss ci-dessus)¹⁹⁴.
198. Il faut souligner que seuls *les RULV ont force obligatoire*¹⁹⁵. Les autres régimes sont intégrés au contrat, comme conditions générales, et leurs règles ne valent pas nécessairement « usage local ».
199. Il existe naturellement d'autres ordres de règles que ceux évoqués ci-dessus. Les modes de réglementation ont toutefois souvent des similitudes.

2. Limitations excessives et règles chicanières proscrites

200. Les buts poursuivis par les réglementations précitées sont certes louables, visent l'intérêt des deux parties, et plus largement du voisinage dans son ensemble.
201. Néanmoins, des prescriptions pointilleuses peuvent confiner à la chicane¹⁹⁶ et empêcher le locataire de pouvoir user de la chose conformément à sa destination, qui est d'habiter, à savoir de simplement « vivre »¹⁹⁷. En matière d'habitation, le preneur peut en effet s'attendre à ce que l'objet permette l'épanouissement de sa personnalité¹⁹⁸.
202. Lors de l'application de telles règles fixant les modalités de l'usage de l'habitation, il ne faut donc pas perdre de vue qu'elles ne sont valables que dans la mesure où elles n'entravent pas à

¹⁹⁴ ATF 135 III 65, cons. 2.5.

¹⁹⁵ A propos des RULV : DIETSCHY-MARTENET, Les RULV, N 20 ss.

¹⁹⁶ LACHAT, Bail à loyer, p. 65.

¹⁹⁷ LACHAT, Bail à loyer, p. 132.

¹⁹⁸ BSK OR I-WEBER, 256 N 11.

l'excès l'usage prévu (art. 256 al. 2 CO)¹⁹⁹, ou l'exercice des droits de la personnalité (art. 27 CC)²⁰⁰.

3. Régimes afférents aux modalités d'usage

203. La poursuite des objectifs visés par les règles et usages locatifs (N 194 ss ci-dessus), qui doit se faire sans heurter à l'excès les intérêts des locataires (N 200 ss ci-dessus), s'opère au moyen de réglementations parmi lesquelles on distingue trois grands régimes :

- *La tolérance* : la règle admet le comportement visé, pour peu qu'il n'impacte ni l'état de la chose ni les égards dus aux voisins ; le locataire n'est *pas tenu ici de solliciter un accord* préalable à l'adoption de la conduite en question. Elle correspond à l'usage autorisé (N 20 s. ci-dessus).

· Exemple :

Art. 13 RULV : « Les grillades (...) sont admises pour autant qu'elles ne dérangent pas (...) les voisins ou qu'elles ne provoquent pas de dégâts à l'immeuble ».

- *L'interdiction et l'injonction* : la règle proscriit ou impose la conduite.

· Exemple :

Art. 14.3 RULF : « Il est interdit » (puis, suit une liste des comportements interdits).

- *L'autorisation* : le locataire doit ici solliciter, *préalablement* à l'adoption du comportement visé, un accord du bailleur.

· Il peut exister *un droit à l'obtention* de l'autorisation inscrit dans la règle.

Exemple :

¹⁹⁹ SVIT-K-REUDT, art. 257f CO N 30.

²⁰⁰ BK-GIGER, art. 256 N 63 ; GLOOR, p. 18 s.

Art. 11 RULN : « L'autorisation est accordée pour autant que (...) ».

- Il est aussi parfois prévu que *le refus sera motivé*, à la demande du locataire (p. ex. : art. 21 § 2 RULV) ou spontanément (p. ex. : art. 18 § 1 RULV).
204. Lorsqu'est prévu un régime d'autorisation, celle-ci *ne peut être refusée sans motifs pertinents*, par simple convenance personnelle du bailleur (art. 2 al. 2 CC)²⁰¹. Certaines dispositions le prévoient expressément, comme l'art. 9 RULN qui stipule que le bailleur « ne pourra (...) refuser [l'autorisation] que pour de justes motifs ».

4. Voies de droit du locataire

205. Le locataire qui fait face à une interdiction ou un refus d'autorisation infondé peut agir en justice pour *faire constater son droit* d'adopter la conduite en question. Il dispose d'un intérêt à telle action constatatoire (art. 88 CPC), en ce sens qu'il risque un congé si la conduite visée devait en réalité s'avérer proscrite.
206. Il devra notamment alléguer et prouver :
- l'éventuel régime d'autorisation, ou que certains locataires ont obtenu une autorisation dans le sens voulu ;
 - que le motif de refus ou d'interdiction du bailleur est sans fondement ou consacre une dérogation à l'usage prévu (art. 256 al. 2 CO), voire qu'il limite excessivement l'exercice de ses droits de la personnalité (art. 27 al. 2 CC) ;
 - les entraves à l'usage convenu induites par le refus du bailleur et l'absence d'alternatives raisonnablement exigibles de sa part pour pallier ce refus.
207. Si la règle posée contrevient à l'art. 256 al. 2 CO, ou aux art. 20 al. 1 CO, respectivement 27 al. 2 CC, elle est nulle. Au cas par cas, le juge pourra le constater et par voie de conséquence

²⁰¹ ZK-HIGI, art. 257f CO N 12 ; LACHAT, Bail à loyer, p. 61.

constater le caractère conforme à l'usage prévu du comportement qu'entend adopter le locataire.

5. Modifications des modalités d'usage (rappel)

208. Les règles régissant les modalités d'usage peuvent être modifiées. Une modification faite au détriment du locataire ne peut être faite que :

- consensuellement : il faut alors que le locataire l'accepte librement, sans menace de congé et en ayant été informé de ses droits²⁰² ;
- moyennant le respect des conditions posées par l'art. 269d al. 3 CO²⁰³ (N 132 ci-dessus *mutatis mutandis*).

VIII. Quelques cas pratiques

A. Détention d'animaux

1. Remarques introductives

209. La détention d'animaux est typiquement une problématique mettant en jeu tous les aspects visés par les réglementations des modalités d'usage (N 194 ci-dessus), puisque potentiellement porteuse de dangers pour les habitants de l'immeuble (sécurité), de salissures (salubrité), de gêne au voisinage (vie harmonieuse) et de dégâts à l'immeuble (valeur de ce dernier).

210. C'est une thématique controversée, puisqu'émotionnelle²⁰⁴. Elle met en jeu l'affection qu'on peut avoir pour les animaux, mais aussi la crainte et la répugnance qu'on peut nourrir à leur égard.

²⁰² LCHAT/GROBET THORENS, Bail à loyer, p. 713.

²⁰³ TF du 30.04.2021, 4A_74/2021, cons. 2 (modification des jours/heures où la pratique de la musique est autorisée).

²⁰⁴ MfP-PÜNTENER, p. 31.

211. La possession de petits animaux (hamsters, canaris, poissons d'ornement), en nombre raisonnable, tenus en cage (ou en aquarium), ne fait pas couler beaucoup d'encre. Les réglementations rencontrées en pratique les tolèrent²⁰⁵.
212. C'est évidemment la question des chiens et chats, animaux préférés des ménages suisses, qui fait le plus débat.
213. Les régimes rencontrés à ce propos dans les diverses réglementations en Suisse sont en principe assez bienveillants :
- Les animaux sont ainsi tolérés par les RULV (art. 15), les RULG (art. 48), les RULJ (art. 20) et les RULF (art. 19.1), pour peu qu'ils ne nuisent pas au voisinage et n'endommagent pas l'immeuble.
 - Ils sont soumis à autorisation par l'art. 9 RULN, mais un refus n'intervient que pour de justes motifs.
 - L'art. 10 RULZ les soumet aussi à autorisation.
214. Plusieurs situations peuvent se présenter en pratique :
- Le contrat ne dit rien quant à la détention d'animaux (N 215 ci-dessous).
 - Le bail interdit la détention d'animaux (N 216 ss ci-dessous).
 - La possession de ceux-ci est tolérée (N 224 ss ci-dessous).
 - Leur détention est soumise à autorisation (N 227 ss ci-dessous).

2. Le contrat est silencieux sur la question

215. Si le contrat ne prescrit rien à cet égard, la détention d'animaux « normaux » (chiens et chats), en nombre raisonnable²⁰⁶, est licite puisque faisant partie de l'usage normal, d'autant plus si les

²⁰⁵ Cf. p. ex. : art. 10 § 1 et 2 RULZ.

²⁰⁶ GOETSCHEL/BOLLIGER, p. 95.

circonstances du cas le laissent attendre (lieu de campagne, autres animaux dans l'immeuble, etc.)²⁰⁷.

3. Le contrat interdit les animaux

216. *Une clause prohibant la possession d'animaux* de manière absolue est-elle admissible ? Le Tribunal fédéral l'a admis dans plusieurs arrêts anciens²⁰⁸, et une grande partie de la doctrine lui emboîte le pas²⁰⁹.
217. La jurisprudence du Tribunal fédéral a en particulier admis la validité d'une résiliation de bail adressée à un locataire pour être passé outre telle clause, et ce en dehors même de tout désagrément concret pour le bailleur ou les voisins²¹⁰.
218. L'approche est ici subjectiviste (N 27 ss ci-dessus), la liberté contractuelle, singulièrement la volonté du bailleur²¹¹, devant primer sur toute autre considération, en l'absence d'une norme similaire à l'art. 262 CO permettant de lui imposer un certain usage²¹².
219. Avec la minorité²¹³, nous pensons que, sans justes motifs, la prohibition complète de la détention d'animaux est trop absolue²¹⁴, car :

²⁰⁷ MfP-PÜNTENER, p. 31 s.

²⁰⁸ TF du 21.02.1994, mp 1995 p. 223 ss ; TF du 06.02.2001, 4C.226/2000, cons. 2d.

²⁰⁹ GOETSCHEL/BOLLIGER, p. 95 ; CPra Bail-WESSNER, art. 257f CO N 19 ; ZK-HIGL, art. 257f CO N 12 ; KUNZ, N 83 ; DIETSCHY-MARTENET, Les RULV, N 60 ; BK-GIGER, art. 257f N 45 ; SVIT-K-REUDT, art. 257f CO N 72.

²¹⁰ TF du 06.02.2001, 4C.226/2000, cons. 2d (« violation purement formelle du contrat »).

²¹¹ BK-GIGER, art. 257f N 45.

²¹² A propos de telle disposition légale *de lege ferenda* : KUNZ, N 84 ss.

²¹³ LACHAT, Bail à loyer, p. 60 ; MfP-PÜNTENER, p. 31.

²¹⁴ Pour un argumentaire détaillé, appuyé par des arguments de droit constitutionnel ou axé sur les droits de la personnalité ou la modification du statut de l'animal en droit réel : GOETSCHEL/BOLLIGER, *passim*.

- L'art. 256 al. 2 CO proscrit les règles entravant l'usage de son habitation par le locataire de manière excessive ; or, posséder un animal éduqué et le détenir paisiblement fait aujourd'hui partie de la normalité. Les régimes de tolérance rappelés ci-dessus (N 213) sont là pour le rappeler.
 - Un régime de tolérance est largement adapté à préserver les intérêts en jeu : un bail peut – comme c'est souvent le cas en pratique – prescrire que l'animal (chien/chat) sera tenu en laisse dans l'immeuble ou à ses abords, contraindre son propriétaire à le museler dans ce périmètre, proscrire l'animal dans certaines zones (aires de jeux), etc.²¹⁵.
220. On peut se demander si le Tribunal fédéral validerait aujourd'hui un congé extraordinaire (art. 257f al. 3 CO) adressé à un locataire pour une pure « violation formelle du contrat »²¹⁶. Cela ne nous semblerait pas justifié²¹⁷, car :
- On ne peut pas considérer que *la continuation du bail soit insupportable*, alors que la chose n'est pas endommagée et que les égards au voisinage ne sont pas affectés.
 - Il n'y a pas ici violation de l'usage conforme au contrat, à savoir de modification de *la destination* de la chose louée, comme c'est le cas si un local commercial est transformé en salon de massage²¹⁸, ni *de détournement du but* du contrat, comme lorsque le locataire transfère le bail de manière déguisée sous les atours d'une sous-location²¹⁹. Il y a une simple infraction à *une modalité d'usage* du contrat.

²¹⁵ Un modèle d'annexe au contrat est à cet égard mis en ligne par l'institut IEMT (www.iemt.ch), disponible en plusieurs langues.

²¹⁶ Voir note 210.

²¹⁷ *Contra* : DIETSCHY-MARTENET, Les RULV, N 60 ; BK-GIGER, art. 257f N 13 (pas de protection « sociale » pour qui contrevient au contrat).

²¹⁸ ATF 132 III 109.

²¹⁹ ATF 134 III 446.

221. *Un congé ordinaire* nous semble aussi devoir être *annulable* au vu des circonstances²²⁰. KUNZ évoque par exemple le cas d'un congé validé en présence d'une violation purement formelle de la prescription, le locataire ayant refusé de se séparer du chien d'accompagnement de son fils autiste²²¹.
222. L'interdiction nous semble enfin d'autant plus absurde que, selon nous, elle vise la détention par le locataire d'un animal, mais ne peut l'empêcher de recevoir des visites ayant un chien²²², sauf un animal qui aurait provoqué des dégâts ou se serait montré hostile par le passé. Il serait ainsi plus efficace de prévoir que toute visite munie d'un chien suive les règles de prudence et de bienséance élémentaires (N 219 ci-dessus).
223. Sauf cas particulier de justes motifs (par exemple, si le bailleur vit dans l'immeuble et est allergique aux poils de chat)²²³, une interdiction des animaux normaux (chiens et chats) apparaît, au-delà de tout débat sur les approches juridiques (objectiviste ou subjectiviste), *disproportionnée* puisqu'inapte à atteindre son but (N 222), inopportune (vu les alternatives existantes, N 220) et lésant grossièrement les intérêts du locataire.

4. Tolérance des animaux

224. Heureusement, de nombreux régimes en la matière (N 213) sont plus ouverts et pragmatiques. Les animaux sont tolérés, tant que les règles de l'art. 257f al. 1 et 2 CO sont respectées (diligence due à la chose et aux voisins).

²²⁰ GOETSCHEL/BOLLIGER, p. 96 (chien d'aveugle ou d'accompagnement de handicapé).

²²¹ KUNZ, N 81.

²²² GOETSCHEL/BOLLIGER, p. 97.

²²³ LACHAT, Bail à loyer, p. 60.

225. Dans le canton de Vaud, vu la force obligatoire de l'art. 15 RULV, une clause d'interdiction absolue des animaux est nulle²²⁴.
226. Sur la notion de justes motifs de refus d'un animal : N 231 ss ci-dessous.

5. Régime d'autorisation et notion de justes motifs

227. Dans certains cas, une autorisation doit être préalablement demandée au bailleur pour pouvoir posséder un animal. C'est le régime le plus répandu en Suisse alémanique²²⁵.
228. Si le bailleur tolère la présence d'un animal de manière prolongée (plus de 6 mois), sans protestation, cela équivaut à une autorisation (art. 2 al. 2 CC)²²⁶.
229. L'autorisation donnée pour un animal ne vaut pas pour plusieurs ni pour un autre animal.
230. Elle est parfois assortie d'une obligation pour le locataire de prévoir que son assurance responsabilité civile couvre les dégâts causés par l'animal²²⁷.
231. Il est assez largement admis que dans ce contexte, une autorisation ne puisse être refusée (ou retirée une fois accordée) que pour *de justes motifs* (dégâts à la chose louée, plaintes du voisinage)²²⁸.

²²⁴ TF du 28.06.2018, 4A_ 329/2018, cons. 2 ; DIETSCHY-MARTENET, Les RULV, N 58, qui souligne qu'il faut réserver le cas d'une disposition statutaire de coopérative, vu sa primauté sur les RULV.

²²⁵ MfP-PÜNTENER, p. 32.

²²⁶ ZK-HIGI, art. 257f CO N 12 ; GOETSCHEL/BOLLIGER, p. 98.

²²⁷ Cf. art. 10 § 4 RULZ ; art. 19.2 RULF.

²²⁸ Cf. art. 9 RULN ; art. 10 § 3 RULZ (retrait pour justes motifs après mise en demeure) ; LCHAT, Bail à loyer, p. 61 ; MfP-PÜNTENER, p. 32 citant une décision zurichoise ; DIETSCHY-MARTENET, Les RULV, N 60 ; BSK OR I-WEBER, 256 N 10 ; CPra Bail-MONTINI/BOUVERAT, art. 256 CO N 34 ; ZK-HIGI, art. 257f CO N 12 ; GOETSCHEL/BOLLIGER, p. 97.

232. A cet égard, DIETSCHY-MARTENET propose une interprétation large de *la notion de justes motifs*, permettant au bailleur de prévoir une clause dans un contrat – y compris soumis aux RULV – prohibant certaines races de chiens²²⁹. La gêne engendrée auprès des locataires de l'immeuble par la présence de tel animal, que vise l'art. 15 RULV, engloberait *aussi la crainte* induite par sa dangerosité²³⁰.
233. Semblable lecture nous semble pour le moins discutable. L'usage soigneux et les égards dus au voisinage s'examinent en premier lieu *de manière objective* (N 40 ci-dessus), sur la base d'un locataire moyen placé dans les circonstances du cas. Or, une violation de l'obligation de diligence par le locataire exige en principe une nuisance effective (aboiement, saleté, hostilité)²³¹. Il n'existe pas, en d'autres termes, de « violation virtuelle » de l'obligation de diligence du locataire²³².
234. Si *des immissions peuvent aussi être immatérielles* et affecter la sensibilité morale ou faire naître un sentiment de mal-être (dégoût, répulsion, peur), l'étalon de mesure doit en rester objectif (personne normalement sensible)²³³. Or, les gros chiens sont légion en Suisse et « d'innombrables locataires » vivent à leur côté, la situation étant assez banale²³⁴.
235. Par ailleurs, tout désagrément induit auprès d'un habitant de l'immeuble par un comportement du locataire (en l'espèce la seule possession d'un chien présumé dangereux) ne signifie pas encore qu'il s'agisse effectivement d'un manque d'égards. Il convient en outre que la mesure usuelle soit dépassée, puisque *les*

²²⁹ DIETSCHY-MARTENET, Les RULV, N 58.

²³⁰ GOETSCHEL/BOLLIGER, p. 97 s., réservent aussi le cas de la « mise en danger abstraite », mais pour des animaux atypiques (reptiles, par exemple) ou des chiens au comportement particulièrement agressif. On peut aussi penser aux animaux sauvages dont la détention est soumise à autorisation (art. 89 OPA).

²³¹ BK-GIGER, art. 257f N 56.

²³² PÜNTENER, p. 121.

²³³ Cf. ATF 145 I 250, cons. 5.3.

²³⁴ ATF 135 III 345, cons. 3.3. Le Tribunal fédéral parle ici de la mesure qui doit être dépassée pour qu'il y ait un défaut. L'analogie nous semble justifiée.

égards sont réciproquement dus et une certaine tolérance est donc de mise²³⁵.

236. Il faut aussi considérer les mesures qui peuvent atténuer une nuisance d'ordre immatériel²³⁶. On peut ici penser à l'obligation de porter une muselière dans l'immeuble ou aux abords, pour les gros chiens.
237. Quant à la race et sa dangerosité, ce sont des critères peu praticables. D'une part, classer des chiens par races perd de vue que la plupart des chiens sont issus de croisements. D'autre part, les plus « mordeurs » ne sont pas nécessairement ceux que l'on croirait a priori, ce qu'ont démontré certaines études menées en Suisse²³⁷.
238. Nous sommes donc résolument favorables à des mesures d'accompagnement ciblées et praticables (N 219 ci-dessus), plutôt qu'à des interdictions sources de litiges et de crispations, et au demeurant inefficaces.
239. Le locataire essayant *un refus justifié* peut-il résilier son bail pour juste motif ? Les conditions de l'art. 259b lit. a CO ne sont assurément pas réalisées. En revanche, un congé donné sur la base de l'art. 266g CO pourrait se justifier selon les circonstances, notamment si le motif du bailleur n'était pas dans le champ de ce qui est prévisible (p. ex. : il est allergique aux chats et vit dans le logement situé sur le même palier).

6. Agencements pour les animaux

240. Une fois un animal autorisé, qu'en est-il de certains aménagements qui souvent l'accompagnent ? On pense ici principalement aux chats et à des installations du type chatière, filet ou rampe d'accès.

²³⁵ ZK-HIGI, art. 257f CO N 36 ; SVIT-K-REUDT, art. 257f CO N 32.

²³⁶ Cf. ATF 145 I 250, cons. 5.3.

²³⁷ OFFICE VÉTÉRINAIRE FÉDÉRAL, p. 7.

241. En principe, si une autorisation a été délivrée, il serait logique qu'elle le soit aussi pour les mesures permettant l'épanouissement de l'animal²³⁸.
242. Bien entendu, de tels dispositifs doivent être le moins invasifs possible, être posés et déposés à la charge et sous la responsabilité du locataire, et doivent faire l'objet d'une autorisation spécifique du bailleur (art. 260a CO).

B. Fumée et grillades

1. Fumer chez soi

243. Selon l'OFSP, en 2022, 24% de la population de plus de 15 ans fumait. Chez les 15-24 ans, la proportion atteignait 26%²³⁹. C'est dire si fumer est un comportement largement répandu parmi les Suisses.
244. Là encore le sujet est émotionnel. Il touche au plaisir et à la liberté des uns, mais affecte le nez et potentiellement la santé des autres.
245. Fumer, outre les nuisances olfactives et les conséquences de la fumée passive, peut aussi comporter des risques quant à la sécurité de l'immeuble (incendie) et à la valeur de certaines installations (brûlures, jaunissement des tapisseries, imprégnation d'odeurs)²⁴⁰.
246. Diverses constellations de faits se présentent en pratique. Le voisin d'un fumeur peut être importuné parce que les odeurs sont véhiculées par les canaux de ventilation. Ou parce que le locataire fume sur le balcon. Ou parce que les fumeurs s'attroupent en bas de l'immeuble²⁴¹.
247. Les règlements d'immeuble s'aventurent peu sur ce terrain délicat. Seul l'art. 17.1 RULF évoque qu'il ne faut pas importuner

²³⁸ KUNZ, N 80.

²³⁹ OFSP, Faits & chiffres : tabac, consulté le 20.05.2024 sur www.bag.admin.ch.

²⁴⁰ BK-GIGER, art. 256 N 88.

²⁴¹ TF du 05.09.2017, 4A_227/2017, cons. 5.2.2.

les voisins par des « fumées », sans que cela ne vise la cigarette spécifiquement.

248. On considère en général que fumer chez soi relève de l'usage normal d'une habitation²⁴².
249. Une interdiction fondée sur le fait que fumer accélère l'usure serait contraire à l'art. 257f al. 1 CO, qui autorise le locataire à une usure normale des lieux (cf. art. 267 al. 1 CO)²⁴³.
250. Un article du bail prohibant de fumer chez soi passerait difficilement la rampe, sous l'angle de l'art. 256 al. 2 CO, sauf cas particuliers :
- L'immeuble est intégralement non-fumeur ce que savait le locataire à l'entrée.
 - Il s'agit d'une sous-location pour quelques mois, meublée, et le sous-bailleur est non-fumeur²⁴⁴.
 - Un accord est pris devant l'autorité de conciliation, par lequel le locataire s'engage à ne plus fumer chez lui, ce qui permet le retrait du congé extraordinaire qui lui avait été signifié pour avoir failli bouter le feu à une chambre du logement.
251. Cette faculté d'usage doit, comme tout usage de la chose, s'exercer dans des limites supportables pour les autres²⁴⁵. Il n'est ainsi pas loisible au locataire de « torailler » au point de jaunir les tapisseries et les contaminer à la nicotine, ou d'incommoder les voisins en fumant comme un sapeur des heures sur son balcon²⁴⁶.
252. Il est ainsi admis qu'on puisse encadrer le droit de fumer par des règles proportionnées²⁴⁷ :
- Ne pas fumer dans certaines zones (parties et installations communes ; N 64 ss ci-dessus).

²⁴² CR CO I-BOHNET/LACHAT, art. 257f N 6a ; GLOOR, p. 19.

²⁴³ BSK OR I-WEBER, 256 N 8 ; MfP-BRÄNDLI, p. 824.

²⁴⁴ En ce sens : MfP-PÜNTENER, p. 34 s.

²⁴⁵ TF du 30.04.2021, 4A_74/2021, cons. 2.3.4.

²⁴⁶ BSK OR I-WEBER, 256 N 8.

²⁴⁷ MfP-PÜNTENER, p. 34 ; GLOOR, p. 20.

- Ni à certaines heures, notamment nocturnes, à sa fenêtre et sur le balcon.
 - S'engager à se prêter à une médiation en cas de conflit de voisinage à ce sujet.
253. Ce type de modalités peut être mis en place par accord avec le locataire, au besoin par la voie de l'art. 269d al. 3 CO (N 208 ci-dessus), sans que le bailleur ne doive prouver des nuisances effectivement survenues, dépassant la mesure de l'acceptable²⁴⁸.

2. Grillades

254. Les grillades sont populaires, que cela soit sur les balcons ou dans les jardins collectifs, quand ils sont aménagés à cet effet. Elles sont toutefois source de désagréments pour le voisinage et de dégâts potentiels à l'immeuble (incendie, noircissement des parois, etc.).
255. L'art. 13 RULV les autorise, sauf exception (dérangements aux voisins ou dégâts à l'immeuble). L'art. 46 lit. n RULG les prohibe, sauf autorisation accordée par le bailleur.
256. Le régime des RULV est mieux inspiré. Demander une autorisation est inutilement chicanier pour le locataire, et administrativement contraignant pour la régie. A notre connaissance, la disposition genevoise n'est que rarement appliquée en pratique.
257. Une interdiction complète de faire des grillades sur son balcon serait contraire à l'art. 256 al. 2 CO²⁴⁹.
258. Un régime de tolérance encadré est plus opportun²⁵⁰, au moyen de règles simples, par exemple :
- pas de grillades au charbon, mais au moyen de dispositifs fonctionnant au gaz ou d'appareils électriques

²⁴⁸ TF du 30.04.2021, 4A_74/2021, cons. 2.3.

²⁴⁹ GLOOR, p. 19.

²⁵⁰ GLOOR, p. 20 s.

- pas de grillades après une certaine heure sur le balcon, par exemple après 21h00 ;
- engagement des locataires de se prêter à une médiation en cas de conflits de voisinage à ce sujet.

C. Verrous de sécurité

259. Un locataire a-t-il le droit d'installer un verrou de sécurité (serrure multipoints, barre de sécurité latérale, etc.), sans l'autorisation du bailleur, ou de prétendre à son installation par le bailleur ?
260. Certaines dispositions de réglementations des modalités d'usage interdisent au locataire de poser des verrous supplémentaires, mais aussi de remplacer ceux existants (art. 14.3 RULF). Sous ce dernier aspect, il faut relever que le remplacement du cylindre d'origine de la porte palière peut tout à fait être effectué sans autorisation du bailleur²⁵¹, par exemple quand il est subodoré qu'il aurait conservé une clé – ce qui lui est strictement interdit en dehors de l'accord du locataire²⁵². Le locataire sera alors bien inspiré de conserver celui d'origine – et les clés – en vue de le remettre en place en fin de bail.
261. L'installation d'un dispositif de sécurité plus élaboré est une modification de la chose louée (art. 260a CO), si bien que l'autorisation d'installation doit être requise auprès du bailleur. Certaines portes (anti-incendie) ne peuvent faire l'objet de percements, de sorte qu'il serait imprudent de poser une barre de sécurité sans solliciter pareille autorisation du bailleur, qui selon les cas ne pourra la refuser sans commettre un abus de droit.
262. Selon les circonstances, notamment au regard du montant du loyer et des qualités raisonnablement attendues par le locataire, ce dernier peut prétendre à la pose de verrous d'un type particulier (serrure multipoints ou avec système anti-dégondage)²⁵³.

²⁵¹ TF du 23.01.2015, 4A_463/2014, cons. 4.3.

²⁵² LACHAT, Bail à loyer, p. 57.

²⁵³ MfP-PÜNTENER, p. 28.

263. Il en va également ainsi de l'installation d'un cylindre avec mise en passe (permettant d'utiliser une seule clé pour ouvrir différentes portes), lorsque celle-ci faisait partie des qualités d'origine. En cas d'effraction et de remplacement de la serrure aux frais du bailleur, ce dernier ne peut lui substituer un cylindre classique²⁵⁴.
264. Selon notre lecture, le bailleur d'une habitation est responsable de la sécurité de celle-ci (N 55 ci-dessus)²⁵⁵, ce qui semble aller de soi lorsque l'on parle par exemple du système électrique. Il devrait ainsi être possible d'exiger aussi de sa part, par exemple après un cambriolage ayant mis en évidence un déficit de sécurité de la porte, l'installation d'un dispositif adapté aux circonstances du cas.
265. Le bailleur est au demeurant tenu d'obligations accessoires, résultant du principe de la bonne foi, parmi lesquelles la préservation, autant que faire se peut, d'atteintes au patrimoine du locataire, même lorsqu'elles ne sont pas causées par un défaut de la chose louée. Il est vrai que la limite entre l'obligation principale, celle de céder une chose dans un état approprié pour l'usage prévu (art. 256 al. 1 CO), et l'obligation accessoire, est parfois délicate à fixer²⁵⁶.
266. Enfin, il semble être également dans l'intérêt du bailleur d'aller au-devant d'une demande d'installer un verrou de sécurité amélioré. D'une part, ces dispositifs ont un effet dissuasif sur les « petits » cambriolages, puisqu'ils ne peuvent être percés ou brisés en quelques minutes. Or, en cas d'effraction, les frais de remplacement de l'installation sont à charge du bailleur²⁵⁷. D'autre part, s'il s'agit d'une prestation supplémentaire, elle peut être accompagnée d'une augmentation du loyer en conséquence (art. 269a let. b CO). Alternativement, l'installation peut se faire aux frais du locataire, sans obligation de remise en état par ce

²⁵⁴ TF du 25.04.2017, 4A_577/2016, cons. 6.

²⁵⁵ Le Message du CF, p. 1405, rappelle que le bailleur a une obligation résultant des règles de la bonne foi de protéger la chose.

²⁵⁶ SVIT-K-TSCHUDI, art. 256 CO N 14 ss.

²⁵⁷ TF du 25.04.2017, 4A_577/2016, cons. 6.2.

L'usage de la chose louée

dernier, ni indemnisation de la plus-value résiduelle à sa sortie (art. 260a al. 2 et 3 CO).

Bibliographie

AUBERT CAROLE, Les défauts de la chose louée, *in* : 17^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2012, p. 1 ss

BOHNET FRANCOIS/CONOD PHILIPPE, Droit du bail – Fond et procédure, 2^e éd., Neuchâtel/Bâle 2021

BLUMER MAJA, Gebrauchsüberlassungsverträge (Miete/Pacht), SPR VII/3, Bâle 2012 (cité : BLUMER)

DIETSCHY-MARTENET PATRICIA, Les colocataires de baux d'habitation ou de locaux commerciaux, *in* : 19^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2016, p. 183 ss (cité : DIETSCHY-MARTENET, Les colocataires)

DIETSCHY-MARTENET PATRICIA, Les règles et usages locatifs du canton de Vaud (RULV) face au contrat cadre romand et au code des obligations, *in* : 21^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2020, p. 137 ss (cité : DIETSCHY-MARTENET, Les RULV)

GANDROY AURÉLIE, Remise de l'usage de la chose louée à l'enfant dont la partie locataire a une charge légale d'entretien, Newsletter Bail.ch octobre 2019 (cité : GANDROY, Remise de l'usage)

GANDROY AURÉLIE, Hébergement de l'épouse de l'administrateur de la société locataire, après la séparation des époux, Newsletter Bail.ch septembre 2020 (cité : GANDROY, Hébergement de l'épouse)

GAUCH PETER, Mängelhaftung des Vermieters und mangelhafte Mietsache, RSJB 1992, p. 189 ss

GEISER THOMAS/WOLF STEPHAN (édit.), Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II, 6^e éd., Bâle 2019 (cité : BSK ZGB II-AUTEUR)

GLOOR FABIAN, Toleranz im nachbarschaftlichen Verhältnis, mp 2019, p. 7 ss

GOETSCHEL ANTOINE F./BOLLIGER GIERI, Auswirkungen der neuen Rechtsstellung von Tieren auf das Mietrecht, mp 2003, p. 91 ss

HÜRLIMANN-KAUP BETTINA, Grundfragen des Zusammenwirkens von Miete und Sachenrecht, Zurich 2008

KUNZ PETER V., Tierrecht in der Schweiz, Bâle 2023

MIETERINNEN- UND MIETERVERBAND DEUTSCHSCHWEIZ (édit.), Das Mietrecht für die Praxis, 10^e éd., Zurich 2022 (cité : MfP-AUTEUR)

OFFICE VÉTÉRINAIRE FÉDÉRAL, Chiens, victimes, situations : données relatives aux morsures de chiens en Suisse, 28.08.2002

PÜNTENER RICHARD, Haustierhaltung in Mietwohnungen, mp 1999 p. 113 ss

RAIFFEISEN ECONOMIC RESEARCH, Le prix comme densificateur, Immobilier Suisse – 4T 2023

RUBLI XAVIER, Accueil de l'enfant du locataire en dehors de toute obligation d'entretien : hébergement, prêt ou sous-location ?, Newsletter Bail.ch février 2023

SVIT (édit.), Das schweizerische Mietrecht – Kommentar, 4^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2018 (cité : SVIT-K-AUTEUR)

THANEI ANITA, Neues zum Kündigungsschutz, mp 2012 p. 85 ss

VISCHER MARKUS, Urteil 4A_39/2019 vom 23. Juli 2019, PJA 2019, p. 1353

VISCHER MARKUS, BGer 4A_74/2021 : Einseitige Änderung des Mietvertrags, PJA 2021, p. 1044 ss

VISCHER MORITZ, Die Bedeutung von Art. 256 OR für das Mietvertragsrecht, PJA 2014, p. 1226 ss

WESSNER PIERRE, Le devoir de diligence du locataire dans les baux d'habitations et de locaux commerciaux, *in* : 14^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2006, p. 1 ss (cité : WESSNER, Le devoir de diligence)

WESSNER PIERRE, L'obligation de sécurité du bailleur à l'égard des usagers de l'immeuble, *in* : 16^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2010, p. 65 ss (cité : WESSNER, L'obligation de sécurité)

L'organisation judiciaire et la réalisation des droits en matière de bail

par

Patricia Dietschy

Professeure à l'Université de Lausanne, juge suppléante à la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal vaudois

I. Introduction.....	191
II. Tribunaux ordinaires ou spécialisés.....	191
A. Généralités	191
B. Autorités de conciliation	192
C. Tribunaux compétents au fond	195
1. Tribunal ordinaire ou spécialisé	195
a) Compétence cantonale	195
b) Juges laïcs	196
ba) Principe.....	196
bb) Indépendance et impartialité	196
bc) Composition	199
2. Tribunal de commerce.....	200
3. Instance cantonale unique	200
D. Détermination de la compétence matérielle.....	201
1. Droit fédéral ou cantonal	201
2. Source et fondements	202
3. En cas de contrat mixte	203
4. En cas de contestation de la qualification du contrat	204

5. Compétence impérative et/ou exclusive.....	208
a) Notions.....	208
b) Compétence impérative	208
c) Compétence exclusive	211
d) En cas de demande reconventionnelle.....	212
e) En cas de cumul objectif d'actions	214
6. La compétence duale dans le canton de Vaud.....	214
III. Participation de tiers au procès.....	216
A. Appel en cause	217
B. Dénonciation d'instance.....	217
IV. Représentation par un mandataire professionnellement qualifié.....	218
V. Frais	220
VI. Arbitrage	221
A. Composition du tribunal arbitral	221
B. Litispendance	222
C. Voie de recours	225
VII. Conclusion	225
Bibliographie.....	227

I. Introduction

1. L'organisation judiciaire tient un rôle particulier en droit du bail, avant tout immobilier, dès lors que des autorités spécialisées sont souvent compétentes, au détriment de juridictions ordinaires. Cette spécificité offre des avantages mais aussi des inconvénients, que la présente contribution propose d'examiner en détail.
2. Il s'agit d'abord de déterminer quelles sont les autorités judiciaires compétentes pour se saisir d'un litige de droit du bail. Lorsque l'autorité est spécialisée, se pose la question de sa composition et, lorsque des juges issus des milieux considérés la composent, de son indépendance. Il faut également s'interroger sur le caractère impératif et exclusif de la compétence de telles autorités ; en d'autres termes, peut-il être dérogé à la compétence de ces juridictions ? La détermination de la compétence matérielle peut par ailleurs avoir une incidence sur les personnes autorisées à représenter les parties au procès, ainsi que sur les frais. Enfin, l'organisation judiciaire peut tenir un rôle en matière d'arbitrage interne, en tant que le choix des parties dans la désignation des arbitres est limité en matière de baux d'habitation.

II. Tribunaux ordinaires ou spécialisés

A. Généralités

3. Les cantons organisent librement leurs autorités judiciaires civiles, à moins d'une disposition fédérale contraire (art. 122 al. 2 Cst. ; 3 CPC). La résolution des litiges relevant du bail à loyer peut être confiée à une juridiction ordinaire ou spécialisée, sauf pour la phase de conciliation, qui est soumise aux impératifs de l'art. 200 CPC s'agissant des baux d'habitations ou de locaux commerciaux.

B. Autorités de conciliation

4. L'art. 200 al. 1 CPC exige que l'autorité de conciliation en matière de baux d'habitation ou de locaux commerciaux soit composée paritairement, c'est-à-dire avec des représentants des groupes d'intérêts des deux parties¹. Cette composition était déjà imposée aux cantons avant l'entrée en vigueur du CPC, par l'art. 274a al. 2 aCO². Selon le Tribunal fédéral, la composition et la spécialisation de cette autorité la rendent particulièrement bien placée pour conseiller et concilier les parties³.
5. Le mode de désignation des membres de l'autorité de conciliation dépend de la législation de chaque canton. D'après la jurisprudence toutefois, il découle du principe de parité fixé à l'art. 200 al. 1 CPC que ne doit être actif en tant que conciliateur du côté des bailleurs et des locataires que celui qui peut être clairement attribué à l'un de ces milieux⁴. Pour être désigné en tant que représentant paritaire, il ne suffit donc pas d'être affilié à une association de bailleurs ou de locataires, car l'expérience montre que les membres des grandes associations couvrent un large éventail d'opinions qui ne coïncident pas nécessairement avec les objectifs prioritaires de l'association, mais il faut avoir la confiance de l'association en question, c'est-à-dire être proposé en tant que candidat par celle-ci⁵. L'autorité de nomination peut le cas échéant exiger qu'une pluralité de candidats soit proposée⁶.

En l'espèce, bien que la candidate ait été la représentante de l'ASLOCA lors de la précédente législature, elle n'était plus proposée à l'élection par dite association ni par une autre

¹ ATF 136 I 207, cons. 3.5.3.

² Cette disposition prévoyait ce qui suit : « Bailleurs et locataires sont représentés paritairement au sein des autorités de conciliation par l'intermédiaire de leurs associations ou d'autres organisations défendant des intérêts semblables. »

³ ATF 146 III 47, cons. 3.1.

⁴ ATF 141 III 439, cons. 3.1.

⁵ ATF 141 III 439, cons. 3.2.2.

⁶ ATF 141 III 439, cons. 3.2.2.

organisation, de sorte qu'elle ne pouvait pas être directement attribuée au côté des locataires. Sa réélection a été annulée par le Tribunal fédéral.

6. L'autorité de conciliation doit siéger au minimum à trois membres, un président, un représentant des locataires et un représentant des bailleurs. L'exigence de l'art. 200 CPC vise les baux d'habitation et de locaux commerciaux au sens de l'art. 253a CO : les appartements de vacances loués pour trois mois ou moins n'en font notamment pas partie (art. 253a al. 2 CO)⁷. Les cantons peuvent néanmoins étendre la composition des autorités paritaires à d'autres litiges relevant du bail, par exemple tout le bail immobilier⁸.

Dans le canton de Zurich, l'autorité paritaire de conciliation en matière de bail n'est compétente que pour les baux d'habitation ou de locaux commerciaux au sens de l'art. 253a CO (§ 66 al. 1 GOG/ZH). Il en va de même dans les cantons de Fribourg (art. 61 al. 1 LJ/FR), de Neuchâtel (art. 12 al. 1 OJN) et du Jura (art. 12 al. 1 de l'ordonnance du 24 juin 2015 concernant les commissions de conciliation en matière de bail et la consignation du loyer⁹). Dans le canton du Valais, le Tribunal cantonal¹⁰ a considéré que l'on pouvait déduire de l'art. 82 al. 1 LACC/VS, selon lequel il est institué pour tout le canton une commission compétente pour l'exécution des tâches prévues aux articles 201, 210 alinéa 1 lettre b et 212 du code de procédure civile, que la commission n'était compétente que pour les baux à loyer et à ferme portant sur des habitations et des locaux commerciaux, seuls concernés par l'art. 210 al. 1 lit. b CPC. Peu importe donc que la disposition cantonale ne renvoie pas à l'art. 200 CPC.

En revanche, dans les cantons de Vaud et de Genève, l'autorité paritaire de conciliation est compétente pour

⁷ LACHAT/LACHAT, p. 62.

⁸ CPra Bail-BOHNET, art. 3/200 CPC N 15 et 19 ; LACHAT/LACHAT, p. 59.

⁹ RS/JU 182.351.

¹⁰ TC VS du 17.02.2022, RVJ 2022 229, cons. 2.2.

l'ensemble du bail immobilier (art. 1 al. 1 et art. 2 al. 2 LJB/VD ; art. 89 al. 1 et art. 90 al. 1 LOJ/GE).

7. A notre sens, la présence de représentants paritaires se justifie essentiellement pour les baux d'habitation ou de locaux commerciaux, de par leur besoin de protection accru, exprimé par l'existence de plusieurs normes impératives de droit matériel et formel. Pareille distinction existe dans certains cantons en droit du travail, où une autorité de conciliation paritaire est compétente pour les seuls litiges relevant de la Loi sur l'égalité, la conciliation des autres affaires de droit du travail ayant lieu devant un juge conciliateur unique.

Dans le canton de Vaud, par exemple, l'autorité de conciliation est formée d'un seul membre pour les litiges de droit du travail (art. 2 LJT/VD et 41 CDPJ/VD), alors que, s'agissant des litiges relevant de la LEg, l'autorité se compose d'un président et de deux assesseurs qui représentent les milieux d'employeurs et de travailleurs (art. 2 al. 1^{bis} LVLEg/VD, 6 et 10 al. 2 LJT/VD).

8. Contrairement à ce qui avait été initialement prévu dans l'Avant-projet de CPC (cf. art. 194 AP-CPC 2003), l'autorité de conciliation n'est pas nécessairement une autorité judiciaire¹¹. Le Conseil fédéral a renoncé à l'imposer au vu des avis négatifs exprimés lors de la procédure de consultation¹², certains cantons connaissant des autorités de conciliation rattachées à l'administration cantonale ou communale en matière de bail et de loi sur l'égalité.

Ainsi, dans le canton de Vaud, ce sont les préfets qui officient en tant que président.e.s des commissions de conciliation (art. 7 al. 1 LJB/VD). L'art. 7 al. 2 LJB/VD impose que le préfet dispose d'une formation juridique complète ou d'une formation spécifique en matière de droit du bail. Cette dernière est assurée par la participation au

¹¹ Message CPC 2006, p. 6936.

¹² Classement des réponses, 461 ss ad art. 191 AP-CPC 2003, voir les avis de BS, ZG, FRStZH, MietZG, MV, SchAG.

cours de master « Droit du bail » dispensé par la faculté de droit de l'Université de Neuchâtel.

C. Tribunaux compétents au fond

1. Tribunal ordinaire ou spécialisé

a) Compétence cantonale

9. Les litiges relevant du bail peuvent être de la compétence d'un tribunal ordinaire, compétent pour les causes relevant du droit civil. Les cantons peuvent aussi instituer des tribunaux spécialisés en matière de bail, composés de représentants des associations de locataires et de bailleurs, sous la présidence d'un juge de carrière. Selon le Tribunal fédéral, une telle composition permet d'associer à la délibération des spécialistes de ce domaine juridique, lesquels ont une connaissance directe des problèmes pratiques et des préoccupations de chacun des milieux considérés¹³.
10. Lors de la procédure d'adoption du CPC, il a été question, devant le Conseil national, d'introduire un art. 4a selon lequel « les cantons prévoient des tribunaux des baux et des prud'hommes paritaires ». Les arguments avancés avaient trait, d'une part, au fait que de telles autorités amenaient très souvent les parties à un accord, et, d'autre part, à la meilleure acceptation des jugements rendus par ce type de juridictions, devant lesquelles les parties se sentent mieux représentées et conseillées. Ainsi, les coûts supplémentaires engendrés par l'introduction de tribunaux paritaires dans les cantons qui n'en connaissaient pas auraient été compensés par le taux de liquidation des affaires réglées devant eux. La proposition a finalement été rejetée, parce qu'elle entraînait en contradiction avec l'art. 3 CPC, qui institue l'autonomie des cantons en matière d'organisation judiciaire et n'admet une ingérence fédérale que pour préserver la bonne application du

¹³ ATF 126 I 235, cons. 2a, DB 2002 N 25.

droit fédéral, cette condition n'étant manifestement pas remplie aux yeux de la majorité des parlementaires¹⁴.

b) Juges laïcs

ba) Principe

11. Le tribunal spécialisé est généralement composé d'un président disposant d'une formation juridique complète et de juges assesseurs représentant les intérêts des milieux locataires et bailleurs. Ces représentants ne sont en principe pas titulaires d'une formation juridique, mais disposent d'une certaine pratique ou expérience dans le domaine du bail.

bb) Indépendance et impartialité

12. Les tribunaux composés paritairement sont compatibles avec le principe d'indépendance et d'impartialité pour autant que leur composition dans leur ensemble soit équilibrée¹⁵. D'après la CourEDH¹⁶, « grâce à leur expérience de techniciens, les assesseurs-échevins qui siègent audit tribunal aux côtés de magistrats professionnels semblent en principe fort aptes à participer au règlement des différends entre propriétaires et locataires et des questions spécifiques pouvant s'y poser ». Mais la Cour considère que leur indépendance et leur impartialité peuvent être sujettes à caution dans un cas donné, lorsque les associations de propriétaires et de locataires ont un intérêt commun qui s'oppose à celui du justiciable.

En l'occurrence, le locataire contestait une clause de son bail qui stipulait qu'il s'engageait à ne pas contester le loyer et d'autres conditions du bail qui faisaient partie d'un accord de négociation conclu par des associations de bailleurs et de locataires. Or le tribunal était composé d'assesseurs qui

¹⁴ Voir BO CN, 29.05.2008, BO 2008 N 640 ad art. 4a P-CPC.

¹⁵ CourEDH, Langborger contre Suède, 22.06.1989, n° 11179/84, § 34 s. ; ATF 126 I 235, cons. 2b.

¹⁶ CourEDH, Langborger contre Suède, 22.06.1989, n° 11179/84, § 34.

faisaient partie de ces associations. La CourEDH a donc considéré qu'en l'occurrence les représentants des associations avaient un intérêt dans l'issue de la cause.

13. Le Tribunal fédéral relève quant à lui que même si l'on peut toujours redouter que le juge issu d'un groupement d'intérêts ne fasse pas preuve de l'impartialité exigée, la composition de l'autorité paritaire présente l'avantage d'associer à la délibération des personnes spécialisées dans le domaine juridique en cause et qui ont une connaissance directe des problèmes pratiques qui se posent¹⁷. Selon lui, il faut présumer la capacité des membres d'un tel tribunal de s'élever au-dessus des contingences liées à leur désignation lorsqu'ils sont appelés à rendre des décisions concrètes dans l'exercice de leur charge¹⁸. La composition paritaire d'un tribunal spécialisé ne viole donc pas le principe d'indépendance et d'impartialité, sous un angle objectif et organique. L'hypothèse de l'intérêt direct de l'association dans l'issue de la cause est cependant réservée, laquelle pourrait entraîner pour le juge des craintes de représailles de la part de son employeur¹⁹.

Dans l'ATF 126 I 235, la partie bailleuse faisait valoir une violation du principe d'impartialité dans la mesure où elle avait appris après le jugement que le Tribunal des baux était composé d'un juge assesseur qui était juriste à l'ASLOCA, alors que cette association assistait la partie locataire dans la procédure. Le TF relève que, dès lors qu'une telle composition « ne viole pas le droit à un tribunal indépendant et impartial, il faut en accepter les conséquences. On ne voit pas comment pourrait exister une association de protection des locataires qui ne fournirait ni renseignements, ni services juridiques. On ne discerne pas non plus quelle base légale permettrait d'exiger la fondation de plusieurs associations dans un même canton. Lorsqu'il n'existe qu'une seule association (nul n'est obligé de fonder une association

¹⁷ ATF 126 I 235, cons. 2b, DB 2002 N 25.

¹⁸ ATF 126 I 235, cons. 2b, DB 2002 N 25 ; 119 Ia 81, cons. 4a.

¹⁹ ATF 126 I 235, cons. 2d, DB 2002 N 25.

dissidente) et que celle-ci (comme c'est son but) a donné des conseils juridiques au locataire, le système serait paralysé si cette circonstance suffisait pour récuser le juge assesseur issu de l'association de protection des locataires ». Notre haute cour écarte l'hypothèse d'exiger du juge élu qu'il démissionne de l'association ou qu'il soit transféré dans une association distincte, bien que cela pourrait accroître l'apparence d'indépendance, pour des questions pratiques et du fait que pareille solution « n'apporterait que des avantages de façade ». Il faut en effet supposer que le juge assesseur est conscient du fait qu'il exerce cette activité à titre personnel et qu'il est chargé d'une tâche judiciaire qui lui est confiée dans l'intérêt général. Un manque d'objectivité de sa part au stade des délibérations lui ferait d'ailleurs perdre toute crédibilité, alors que, ne disposant que d'une voix, il n'est pas en mesure d'imposer ses vues.

Dans une affaire vaudoise de 2015, la partie bailleresse avait demandé la récusation du juge assesseur locataire au motif qu'il était membre de l'ASLOCA et que cette association était présidée par l'avocat des locataires défendeurs. Le Tribunal des baux, puis la Cour administrative du Tribunal cantonal, ont rejeté la demande de récusation en se fondant sur l'ATF 126 I 235. Le Tribunal fédéral a déclaré le recours irrecevable, faute de conclusions suffisantes dans l'acte de recours²⁰.

14. Le Tribunal fédéral considère par ailleurs que la récusation d'un juge qui préside un tribunal des baux ne peut pas être demandée pour le seul motif qu'il a travaillé précédemment comme juriste au sein d'une association de locataires ou de bailleurs²¹. En effet, dès lors que le juge a cessé toute activité pour cette association et qu'il n'a pas réellement connu de la cause en tant qu'avocat, rien ne permet de penser que, en raison de son activité passée, il serait tenté d'avantager les parties défendues par cette association ou

²⁰ TF du 27.01.2016, 4A_9/2016, cons. 1.1 et 3.

²¹ ATF 138 I 1, cons. 2.

qu'il aurait acquis dans ce cadre une faveur inconditionnelle pour la cause des locataires.

bc) Composition

15. Les tribunaux des baux sont généralement composés de trois membres, le président et deux juges assesseurs. Des exceptions sont souvent prévues pour certaines catégories de procédures ou de litiges, pour lesquels le président siège seul.

Dans le canton du Jura, le président juge seul les contestations dont la valeur litigieuse est inférieure à CHF 10'000.-, lorsque s'applique la procédure sommaire ou pour connaître des requêtes d'expulsion de locataires ou d'exécution de jugements rendus dans son domaine de compétence (art. 29 LTB/JU et 5 LiCPC/JU).

Dans le canton de Fribourg, le président connaît seul des causes dont la valeur litigieuse est inférieure à CHF 8'000.-, soumises à la procédure sommaire et en matière d'expulsion (art. 56 al. 2 LJ/FR).

Dans le canton de Vaud, l'art. 6 al. 2 LJB/VD prévoit que le président peut, avec l'accord des parties, renoncer au concours des deux assesseurs lorsque la cause ne lui paraît pas présenter de difficultés particulières. Le président statue par ailleurs seul dans les procédures sommaires (art. 43 al. 1 lit. e CDPJ/VD).

Dans le canton de Genève, le Tribunal des baux et loyers est composé de trois membres (art. 88 LOJ/GE), sauf en matière de mesures provisionnelles ou superprovisionnelles (art. 16A RTC/GE). Toutefois, la Cour de justice²² a retenu que le Tribunal des baux et loyers, en raison de sa composition représentative des locataires et des bailleurs, n'était pas une juridiction collégiale visée par l'art. 18 LaCC/GE, et que l'art. 16A al. 3 RTC/GE était par conséquent invalide faute de reposer sur une base légale.

²² CJ GE du 14.10.2019, ACJC/1486/2019.

Partant, une ordonnance de mesures provisionnelles rendue par un juge unique est annulable. Cette interprétation a été jugée non arbitraire par le Tribunal fédéral²³.

2. Tribunal de commerce

16. Les tribunaux de commerce au sens de l'art. 6 CPC peuvent être compétents pour trancher certains litiges en matière de bail, si les conditions de l'art. 6 CPC sont remplies. Le Tribunal fédéral considère que la conclusion de baux sur des immeubles commerciaux et les litiges qui en découlent font partie de la notion d'« activité commerciale » visée à l'art. 6 al. 2 lit. a CPC²⁴. Les causes soumises à la procédure simplifiée ne peuvent cependant pas relever de la compétence du tribunal de commerce, du fait de l'art. 243 al. 3 CPC, le type de procédure devant l'emporter sur la compétence matérielle²⁵.
17. La situation va changer à partir du 1^{er} janvier 2025, la révision du CPC du 17 mars 2023 excluant expressément les litiges de droit du bail portant sur des habitations ou des locaux commerciaux de son nouvel art. 6 al. 2 lit. d. Le Conseil fédéral a relevé que ces litiges « ne relèvent pas vraiment du droit commercial, pour lesquels il existe souvent des autorités spéciales et auxquels il faut appliquer des règles spéciales de procédure », la nouvelle solution permettant une concentration de toutes ces procédures auprès des juridictions ordinaires ou des tribunaux des baux, indépendamment du type de procédure applicable²⁶.

3. Instance cantonale unique

18. Lorsque la valeur litigieuse est d'au moins CHF 100'000.–, l'art. 8 CPC autorise les parties à convenir de soumettre le litige

²³ TF du 30.04.2020, 4A_566/2019, cons. 8.

²⁴ ATF 139 III 457, cons. 3, DB 2014 N 22.

²⁵ ATF 149 III 469, cons. 2 ; 143 III 137, cons. 2.2 ; 142 III 515, cons. 2.2 ; 139 III 457, cons. 4, DB 2014 N 22.

²⁶ Message CPC 2020, p. 2634 s.

directement au tribunal supérieur. Si la cause est soumise à la procédure simplifiée en raison de la nature des prétentions, à savoir lorsqu'elle porte sur la consignation du loyer, la protection contre les loyers abusifs ou la protection contre les congés ou la prolongation du bail (cas de l'art. 243 al. 2 lit. c CPC), il convient selon nous d'appliquer par analogie la solution adoptée par le Tribunal fédéral devant le tribunal de commerce²⁷ en ce sens que le type de procédure prime sur la compétence matérielle, partant que le litige ne peut pas être porté devant l'instance cantonale unique, la procédure simplifiée n'étant pas applicable devant cette autorité (art. 243 al. 3 CPC)²⁸.

D. Détermination de la compétence matérielle

1. Droit fédéral ou cantonal

19. Lorsqu'un canton a institué un tribunal spécialisé, le champ de compétence de ce tribunal est déterminé par la loi cantonale d'organisation judiciaire. Cette loi renvoie souvent à la notion de contrat de bail portant sur des habitations ou des locaux commerciaux ou plus généralement sur des immeubles. Même si une disposition cantonale utilise une notion de droit fédéral ou pose une question préalable de droit fédéral, il s'agit de pur droit cantonal²⁹, ce qui signifie, notamment, que le Tribunal fédéral ne l'examine que sous l'angle de l'arbitraire (art. 95 LTF)³⁰.

Par exemple, les art. 1 al. 1 LJB/VD, 89 al. 1 LOJ/GE, 65 al. 1 LJ/FR et 2 al. 1 LTJ/JU prévoient que la compétence du tribunal des baux porte sur les contestations relatives aux baux à loyer portant sur des choses immobilières. Dans le canton de Zurich, le § 21 al. 1 GOG/ZH indique que le *Mietgericht* du canton de Zurich

²⁷ ATF 143 III 137, cons. 2.

²⁸ DIKE ZPO-BRUNNER, art. 8 CPC N 6. D'un avis différent : BRIDEL, p. 106 N 172 ; PC CPC-STOUDMANN, art. 8 CPC N 7.

²⁹ TF du 03.05.2021, 4A_670/2020, cons. 4.1.

³⁰ TF du 18.03.2010, 4A_137/2010, cons. 3.

n'est compétent que pour les baux d'habitation et de locaux commerciaux au sens de l'art. 253a CO. Malgré le renvoi exprès de la loi zurichoise à la disposition de droit fédéral, la notion doit être traitée comme une réglementation cantonale³¹.

2. Source et fondements

20. En règle générale, le champ de compétence du tribunal spécialisé est interprété largement par la jurisprudence cantonale³². Il devrait suffire que le litige trouve sa source dans un contrat de bail. L'élément déterminant est l'état de fait sur lequel repose la prétention, qui doit ressortir du bail à loyer³³ ou d'un rapport analogue au bail³⁴.

Dans le canton de Genève, il a par exemple été jugé que le Tribunal des baux et loyers était compétent pour tout litige opposant un bailleur principal à un sous-locataire, à l'exclusion d'un squatteur, d'un occupant non titulaire d'un contrat de sous-location ou d'un occupant à titre gratuit titulaire d'un prêt à usage³⁵.

Par ailleurs, toujours selon la jurisprudence genevoise, la juridiction spécialisée est compétente lorsque le litige oppose un bailleur à un tiers qui a émis des garanties en rapport avec le bail, notamment lorsque le tiers s'est porté fort des obligations du locataire et a garanti ainsi la bonne exécution du contrat, même si les parties ne sont pas liées

³¹ TF du 03.05.2021, 4A_670/2020, cons. 4.1.

³² PIOTET, art. 1^{er} et 2 LJB N 6.

³³ Comp. ATF 120 II 112, cons. 3c, JdT 1995 I 202 ; TF du 04.11.2003, 5C.181/2003, cons. 2.3.

³⁴ TC FR du 17.08.2022, 102 2022 76, cons. 2 ; comp. TF du 04.11.2003, 5C.181/2003, cons. 2.3 : « Die Grundlage des Streits muss in einer mietrechtlichen oder jedenfalls mietrechtsähnlichen Beziehung der Parteien liegen ».

³⁵ CJ GE du 06.05.2019, ACJC/646/2019. Voir la solution identique appliquée dans le canton du Jura, TC JU du 12.02.2016, CC 2015 110, cons. 4-6.

par un tel contrat et que la garantie ne relève pas de l'art. 257e CO³⁶. Telle n'est pas la position du Tribunal cantonal vaudois, qui a considéré, comme l'avait fait le Tribunal des baux, que la compétence de celui-ci n'était pas donnée alors que le contrat de bail indiquait sans ambiguïté que la partie au litige intervenait comme « tiers-garant », le bail n'ayant été signé que par le « locataire » et le nombre d'occupants indiqué était de 1. Il ne s'agissait dès lors pas d'un bail commun, de sorte que le tribunal spécialisé n'était pas compétent³⁷.

3. En cas de contrat mixte

21. Lorsque le litige se fonde sur un contrat mixte, il faut appliquer pour chaque prestation les règles relatives au contrat qui la régit³⁸. En matière de résiliation, l'aspect prépondérant du contrat³⁹ détermine les règles de droit matériel et de procédure applicables.

Le contrat de conciergerie est un contrat mixte qui présente des aspects de droit du bail et du travail. L'activité du concierge est régie par les règles sur le contrat de travail et la cession de l'usage du logement par le droit du bail à loyer⁴⁰. En ce qui concerne la résiliation, le contrat prépondérant doit en principe être défini en fonction de l'importance respective des prestations (salaire-loyer)⁴¹ ou selon la nature du logement, à savoir si celui-ci est indispensable ou non à l'accomplissement du travail qu'effectue le concierge⁴². La Chambre des prud'hommes de la Cour de justice de Genève a par exemple retenu l'aspect prépondérant du contrat de travail s'agissant d'un salaire de

³⁶ CJ GE du 16.10.2023, ACJC/1375/2023.

³⁷ TC VD du 24.04.2023, HC/2023/410, n° 76, cons. 3.2.

³⁸ BOISSONNAS, N 11.

³⁹ ATF 131 III 566, cons. 3.1 ; TF du 17.10.2013, 4A_102/2013, cons. 2.2.

⁴⁰ TF du 17.10.2013, 4A_102/2013, cons. 2.2.

⁴¹ TF du 17.10.2013, 4A_102/2013, cons. 2.2.

⁴² CJ GE du 08.03.2013, CAPH/15/2013, cons. 2.2.

CHF 900.– face à un loyer de CHF 779,50 ; elle a relevé que la différence entre lesdits montants était certes ténue, mais que le salaire en question correspondait à une activité de 20% seulement, si bien que, pour un taux d'activité à 100%, la quotité de la rémunération de l'employé dépassait notablement le montant du loyer⁴³. La Cour d'appel civile du Tribunal cantonal a jugé que l'aspect prépondérant du contrat de conciergerie relevait du travail, au regard du salaire mensuel net global de CHF 1'305,70 et du loyer de CHF 732.–⁴⁴.

Dans le cadre d'un contrat comportant des aspects de bail et de dépôt, la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal vaudois a considéré que la composante du bail était prédominante vu l'objet du contrat, à savoir la mise à disposition d'une surface cloisonnée fermée moyennant une contrepartie financière, le fait que la bailleuse doive fournir d'autres contreprestations, notamment logistiques, à la locataire n'étant pas déterminant, ni celui que la bailleuse disposait d'un jeu de clés lui permettant d'accéder aux locaux⁴⁵.

4. En cas de contestation de la qualification du contrat

22. Si la qualification du contrat est contestée par les parties, la question se pose de savoir si le tribunal spécialisé est compétent ou non.

Par exemple, dans un cas où les parties ne s'entendaient pas sur le contrat conclu, l'une invoquant l'existence d'un bail, l'autre d'un prêt, le Tribunal fédéral⁴⁶ a jugé qu'il s'agissait d'un contrat de prêt, vu son caractère gratuit, les parties ayant expressément conclu qu'aucun loyer n'était dû pour la remise de l'appartement et que l'usage était « gratuit ». Le montant de CHF 200.- payé mensuellement correspondait à

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ TC VD, 21.03.2024, HC/2024/208, n° 130, cons. 3.4.

⁴⁵ TC VD, 03.02.2021, HC/2021/77, n° 51, cons. 3.2.

⁴⁶ TF du 09.07.2020, 4A_278/2020, cons. 1.2.2.

une participation forfaitaire aux frais, comme le prévoit l'art. 307 al. 1 CO.

Un autre exemple, celui où se posait la question de savoir si les deux places de parking litigieuses avaient été louées au demandeur comme accessoires des appartements qu'il louait dans le même immeuble ou si elles lui avaient été prêtées gratuitement. Le Tribunal fédéral⁴⁷ a considéré, sur la base d'une interprétation du contrat fondée sur le principe de la confiance, que les places étaient incluses dans le loyer des appartements, dès lors que le nom du demandeur avait été indiqué dans les états locatifs, que celui-ci avait un intérêt à ce que les places de parking soient liées juridiquement à ses appartements et que, partant, il pouvait de bonne foi déduire du comportement de la bailleuse, qui a modifié ses états locatifs, que les places étaient désormais louées, loyers inclus dans ceux de ses appartements.

23. Lorsque la qualification du contrat est litigieuse, la théorie des faits de double pertinence s'applique⁴⁸. Son but est de régler la question de la compétence en début de procédure, sur la base des faits allégués. D'après cette théorie, la compétence doit se déterminer en fonction des allégués, moyens et conclusions de la demande, sauf abus de droit du demandeur, par exemple lorsque la demande est présentée sous une forme destinée à en déguiser la nature véritable ou lorsque les allégués sont manifestement faux⁴⁹. En effet, l'existence d'un contrat de bail est un fait pertinent aussi bien pour déterminer la compétence matérielle du tribunal spécialisé que pour examiner le bien-fondé de l'action⁵⁰. Les faits doublement pertinents n'ont pas à être prouvés au moment de l'examen de la compétence, le tribunal devant uniquement examiner si le fait allégué par le demandeur

⁴⁷ TF du 04.12.2017, 4A_186/2017, cons. 5.

⁴⁸ TF du 06.01.2022, 4A_360/2021, cons. 5.1.2 ; TF du 04.12.2017, 4A_186/2017, cons. 2.

⁴⁹ ATF 141 III 294, cons. 5.2 ; 137 III 32, cons. 2.3 ; 136 III 486, cons. 4.

⁵⁰ ATF 147 III 159, cons. 2.1.2.

permet juridiquement de déduire la qualification du contrat invoquée⁵¹. Si tel n'est pas le cas, la demande est irrecevable⁵². Si tel est le cas, le tribunal doit entrer en matière et il se prononcera sur la question de la qualification du contrat au moment de trancher le fond⁵³. Ainsi lorsque, à l'issue de l'administration des preuves, le fait doublement pertinent n'est pas prouvé, le tribunal doit rejeter la demande – et non la déclarer irrecevable – ou examiner la prétention sur la base des règles du contrat tel qu'il l'a qualifié, par un jugement revêtu de l'autorité de la chose jugée⁵⁴.

Dans un arrêt vaudois⁵⁵ où les conclusions prises par la partie demanderesse tendaient à faire constater que les créances de loyer qui faisaient l'objet de poursuites n'existaient pas et à faire annuler ou suspendre ces poursuites, les juges cantonaux ont retenu que de telles conclusions relevaient de la compétence du Tribunal des baux et non du tribunal ordinaire qui avait été saisi. En effet, même en faisant abstraction du terme « loyer », utilisé dans les réquisitions de poursuite et repris par les offices de poursuite dans les commandements de payer et dans le certificat d'insuffisance de gage, et en considérant que les sommes réclamées n'étaient pas des loyers mais des indemnités pour occupation illicite, il n'en demeurait pas moins que les indemnités litigieuses étaient réclamées pour être censément restés dans les locaux après la résiliation du bail. Partant, les conclusions, prises devant le juge ordinaire, étaient irrecevables.

24. L'application de la théorie des faits de double pertinence peut avoir pour conséquence qu'un tribunal des baux doive appliquer

⁵¹ ATF 147 III 159, cons. 2.1.2.

⁵² TF du 26.04.2023, 4A_393/2022, cons. 2.1.1 ; TF du 11.03.2011, 4A_31/2011, cons. 2.

⁵³ ATF 142 III 466, cons. 4.1 ; 141 III 294, cons. 5.2 ; TF du 03.05.2016, 4A_573/2015, cons. 5.2.1.

⁵⁴ ATF 141 III 294, cons. 5.2 ; TF du 03.05.2016, 4A_573/2015, cons. 5.2.1.

⁵⁵ CACI, 03.11.2023, HC/2023/742, n° 442, JdT 2024 III 17, cons. 3.

des règles de droit matériel relevant d'un autre domaine du droit⁵⁶. A l'inverse, un tribunal ordinaire peut devoir statuer sur une prétention qui s'avère fondée sur les règles du droit du bail en lieu et place du tribunal spécialisé⁵⁷.

25. La Cour de justice du canton de Genève a exposé plusieurs critiques, s'agissant de l'application de cette théorie à la compétence matérielle de tribunaux spécialisés⁵⁸ : lorsque l'action est introduite devant un tribunal ordinaire alors qu'un tribunal spécial existe, la théorie des faits de double pertinence revient à priver la partie défenderesse de la protection sociale caractérisant la procédure devant ce type de juridiction. Un autre problème évoqué est celui de l'égalité de traitement, dans la mesure où, pour un même état de faits, un défendeur peut se voir attiré devant une juridiction différente au choix du demandeur. Enfin, l'application de cette théorie viderait de sa substance les dispositions cantonales d'organisation judiciaire réservées par l'art. 4 CPC. A notre sens, ces critiques ne sont pas suffisantes pour remettre en cause l'application de cette théorie, qui a le mérite de garantir une certaine célérité du procès et une sécurité juridique.
26. La théorie des faits de double pertinence a également été appliquée par le Tribunal fédéral⁵⁹ – bien qu'il ne s'y réfère pas expressément – en matière de compétence de l'autorité de conciliation. Ainsi, lorsque l'autorité paritaire, compétente uniquement en matière de baux d'habitation ou de locaux commerciaux, est saisie, elle doit en principe se fonder sur les allégations de la partie requérante pour juger de la recevabilité de la requête de conciliation. Si l'exposé des faits permet de conclure à un tel bail, l'autorité doit, sous réserve d'abus de droit, mener la procédure de conciliation. Notre haute cour précise que cela vaut également lorsque la partie défenderesse conteste

⁵⁶ TF du 27.08.2020, 4A_84/2020, cons. 5.2 ; TF du 10.12.2019, 4A_484/2018, cons. 5.4.

⁵⁷ D'un avis différent : TC VD du 13.11.2020, HC/2020/362.

⁵⁸ CJ GE du 24.03.2021, ACJC/415/2021, SJ 2022 374.

⁵⁹ ATF 146 III 47, cons. 4.1.

l'existence d'un contrat de bail. Ainsi, ce n'est que si, au regard des faits allégués, l'autorité n'est manifestement pas compétente qu'elle peut rendre une décision de non-entrée en matière.

5. Compétence impérative et/ou exclusive

a) Notions

27. Il convient de déterminer dans chaque cas si la compétence du tribunal des baux est impérative et/ou exclusive. Le caractère impératif signifie qu'il ne peut pas être dérogé à la compétence de la juridiction spéciale au profit d'un autre tribunal. Le caractère exclusif de la compétence signifie que le tribunal spécialisé ne peut pas traiter d'un autre domaine du droit.

Si la loi cantonale prévoit que le tribunal des baux est compétent en matière de baux immobiliers et précise que cette compétence est impérative et exclusive, cela signifie deux choses : (1) qu'une prétention relevant du bail immobilier ne peut pas être soumise à une autre juridiction (caractère impératif) ; (2) qu'une prétention fondée sur un autre domaine du droit ne peut pas être soumise au tribunal des baux (caractère exclusif).

b) Compétence impérative

28. Selon le Tribunal fédéral, la compétence matérielle n'est pas à la libre disposition des parties, celles-ci ne pouvant pas convenir, expressément ou par acceptation tacite, de soumettre leur litige à un tribunal matériellement incompétent, à moins que la loi ne prévoie une telle possibilité⁶⁰.

Par exemple, l'art. 6 al. 3 CPC, relatif à la compétence du tribunal de commerce, laisse le choix au demandeur, lorsque

⁶⁰ ATF 142 III 515, cons. 2.2.1 ; 140 III 355, cons. 2.4 ; 138 III 471, cons. 3.1.

les conditions définies par cette disposition sont réunies, de saisir ce tribunal ou la juridiction ordinaire⁶¹.

29. La compétence matérielle peut ainsi être déclarée impérative, c'est-à-dire que la juridiction en question est seule compétente pour traiter des litiges dans ce domaine. Ainsi, une compétence impérative d'un tribunal des baux signifie que toutes les affaires de baux immobiliers doivent lui être soumises, sans possibilité de s'accorder sur une compétence d'un tribunal ordinaire.
30. Lorsqu'il institue une juridiction spécialisée, le droit cantonal peut admettre qu'il y soit dérogé par une prorogation de compétence ou une acceptation tacite⁶².

Par exemple dans le canton de Zurich, le § 21 al. 2 GOG/ZH prévoit, s'agissant de la compétence du *Mietgericht*, que : « Ist für eine Streitigkeit auch ein anderes Gericht zuständig, können die Parteien schriftlich dessen Zuständigkeit vereinbaren. Der Ausschluss des Mietgerichts darf nicht im Voraus vereinbart werden. »

31. Lorsque la compétence matérielle découle d'une disposition fédérale, c'est le droit fédéral qui détermine s'il peut y être dérogé. En matière de baux d'habitation ou de locaux commerciaux, la composition paritaire imposée par l'art. 200 al. 1 CPC est impérative⁶³, le droit fédéral ne prévoyant pas de possibilité d'y déroger⁶⁴. Le droit cantonal d'organisation judiciaire ne peut donc pas confier la conciliation des litiges visés par cette disposition à d'autres autorités ni autoriser les parties à déroger à cette compétence, expressément ou par acceptation tacite.

⁶¹ Le Tribunal fédéral a précisé cependant qu'il n'est pas possible pour les parties de convenir par avance de la compétence du tribunal de commerce, ATF 142 III 623, cons. 2.

⁶² PFEIFFER, p. 79 ss.

⁶³ ATF 146 III 47, cons. 3.1.

⁶⁴ PFEIFFER, p. 78.

32. S'agissant du tribunal compétent au fond, lorsque le canton a institué un tribunal spécialisé, il faut considérer en principe, et sauf disposition cantonale contraire, que la compétence de cette juridiction est impérative, ce qui devrait découler d'une interprétation aussi bien historique que téléologique. Le but est non seulement de confier ce type de litiges à une juridiction paritaire composée de membres représentant les intérêts des parties et disposant de compétences pratiques, mais aussi de favoriser les issues transactionnelles⁶⁵. Par conséquent, à moins que le droit cantonal ne prévoie le contraire, les parties ne devraient pas pouvoir convenir de soumettre un conflit de droit du bail immobilier à une juridiction ordinaire, en lieu et place du tribunal des baux.

L'art. 2 al. 1 LJB/VD indique que les contestations en matière de bail immobilier relèvent de la compétence *exclusive* du Tribunal des baux. Il faut déduire de ce terme une compétence impérative⁶⁶.

33. Le droit cantonal n'exprime pas toujours clairement s'il peut être dérogé à la compétence d'une juridiction spéciale. PFEIFFER critique l'insécurité juridique découlant de l'absence de réglementation fédérale en matière de prorogation ou d'acceptation tacite de compétence matérielle⁶⁷. La plupart des droits cantonaux ne règlent pas expressément la question. Cet auteur propose dès lors que le CPC contienne des règles, à savoir qu'un tribunal ordinaire puisse toujours être compétent, par prorogation ou acceptation tacite, puisque c'est à lui qu'il appartient en général de rendre la justice. En revanche, s'agissant de tribunaux spécialisés, une acceptation de compétence ne devrait être admise que lorsque leur incompétence n'est pas manifeste, ce qui permettrait de garantir l'économie de procédure tout en évitant que ces tribunaux spéciaux ne doivent mener des procédures manifestement étrangères à leur domaine.

⁶⁵ Voir Loi fédérale de procédure civile : Rapport accompagnant l'avant-projet de la commission d'experts, juin 2013, p. 97 ad art. 194 AP-CPC.

⁶⁶ PIOTET, art. 1^{er} et 2 LJB N 3.

⁶⁷ PFEIFFER, p. 83.

34. Ces critiques nous paraissent justifiées. Il n'est pas certain qu'une réglementation fédérale soit toutefois nécessaire, car des bases légales cantonales claires pourraient permettre de remédier à la situation, sans porter atteinte à la compétence des cantons en matière d'organisation judiciaire. La situation actuelle est problématique du fait que les législations cantonales sont souvent muettes sur le caractère impératif de la compétence d'une autorité judiciaire.

Dans le canton de Fribourg par exemple, le législateur a modifié sa loi cantonale pour clarifier la compétence de la Commission de conciliation en matière d'égalité en cas de cumul d'actions ou de demande reconventionnelle ressortant de la compétence du tribunal de prud'hommes. Un alinéa 1a à l'art. 62 LJ/FR a ainsi été introduit au 1^{er} janvier 2022, admettant de déroger à la compétence du tribunal des prud'hommes pour la conciliation de prétentions relevant du droit du travail opposées reconventionnellement ou cumulativement à une prétention fondée sur la loi sur l'égalité.

c) Compétence exclusive

35. La compétence exclusive signifie que le tribunal n'est compétent que pour la matière qui lui est confiée par la loi, à l'instar du bail immobilier pour le tribunal des baux. Des exceptions au caractère exclusif peuvent être admises, ne serait-ce que par l'application de la théorie des faits de double pertinence⁶⁸. Faute de réglementation expresse en ce sens, il faut considérer que la compétence d'un tribunal des baux n'est pas exclusive, si bien que, dans certains cas de figure, comme une demande reconventionnelle⁶⁹, l'autorité spécialisée peut être amenée à examiner une prétention fondée sur un autre domaine du droit.

Les art. 89 LOJ/GE, 56 LJ/FR et 2 LTB/JU fixent les attributions du tribunal des baux sans préciser que cette

⁶⁸ Cf. *supra* N 22 ss.

⁶⁹ Cf. *infra* N 37 ss.

compétence est exclusive. Il n'est donc pas exclu que cette juridiction doive traiter de prétentions fondées sur un autre domaine du droit.

En revanche, selon l'art. 2 al. 1 LJB/VD, les contestations en matière de bail immobilier relèvent de la compétence *exclusive* du Tribunal des baux. Il faut en déduire qu'il est exclu que des prétentions d'une autre nature soient soumises à cette autorité.

36. Selon le Tribunal fédéral, la compétence de l'autorité paritaire de conciliation fixée à l'art. 200 al. 1 CPC serait exclusive, le fait que cette autorité soit mieux à même de conseiller et de concilier les parties dans les litiges de baux d'habitation ou de locaux commerciaux excluant qu'elle traite de causes d'une autre nature⁷⁰. A notre sens, le droit fédéral ne peut pas empêcher le droit cantonal d'étendre le champ de compétence des autorités paritaires, compte tenu de la compétence des cantons en matière d'organisation judiciaire. Une règle cantonale peut donc prévoir que l'ensemble du bail immobilier relève de la compétence de l'autorité paritaire, à l'instar de la solution retenue dans les cantons de Vaud et de Genève (art. 1 al. 1 et art. 2 al. 2 LJB/VD ; art. 89 al. 1 et art. 90 al. 1 LOJ/GE).

d) En cas de demande reconventionnelle

37. L'art. 224 CPC n'exige pas que les prétentions principale et reconventionnelle relèvent du même tribunal matériellement compétent⁷¹. Lorsque la valeur litigieuse de la reconvention dépasse la compétence du tribunal saisi, la cause doit être transmise à l'autorité nouvellement compétente (art. 224 al. 2 CPC). Si la valeur litigieuse de la prétention reconventionnelle est inférieure à celle de la prétention principale et relève d'un

⁷⁰ ATF 146 III 47, cons. 3.1 : « Dieser Umstand verlangt, dass es gerade die paritätische Schlichtungsbehörde ist, die versucht, Streitigkeiten aus Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen zu schlichten, und er schliesst deren Zuständigkeit bei anderen Streitigkeiten umgekehrt aus. ».

⁷¹ Message CPC 2006, 6947 s.

tribunal différent, la cause reste soumise à la juridiction saisie au principal (art. 224 al. 2 *a contrario* CPC).

38. Le CPC ne règle pas la question de la compétence matérielle déterminée à raison de la matière. Le Tribunal fédéral a laissé ouverte la question de savoir si le tribunal saisi au principal devait ou non être matériellement compétent pour la prétention reconventionnelle⁷². Lorsqu'un tribunal des baux est saisi au principal et qu'une prétention reconventionnelle relevant d'un autre domaine du droit est invoquée, ce tribunal est à notre avis compétent pour statuer sur la reconvention⁷³, sauf si la demande reconventionnelle est soumise à une compétence impérative d'un autre tribunal – par exemple de prud'hommes – et sauf si la compétence du tribunal des baux est exclusive, l'empêchant de traiter d'un autre domaine du droit. Il en va de l'économie de procédure. Par ailleurs, la prétention opposée par le défendeur est parfois invoquée en partie en compensation et en partie à titre reconventionnel. Il se justifie que le tribunal puisse l'examiner entièrement.

Ainsi, dans les cantons de Genève, Fribourg et du Jura, dans lesquels la compétence du tribunal n'est pas exclusive, cette juridiction peut être saisie reconventionnellement d'une prétention fondée sur un autre domaine du droit, par exemple un contrat de prêt. L'exigence de connexité n'est en effet exigée que pour le for (art. 14 CPC).

En revanche, dans le canton de Vaud, où la compétence du Tribunal des baux est déclarée exclusive, une prétention reconventionnelle relevant d'un autre domaine du droit est exclue.

39. A l'inverse, lorsqu'une juridiction ordinaire est saisie de la demande principale et que la prétention reconventionnelle se fonde sur un rapport de bail soumis à un tribunal spécialisé, la

⁷² ATF 143 III 495, cons. 2.2.1 et 2.2.2.2.

⁷³ CR CPC-TAPPY, art. 224 CPC N 23 ; PIOTET, art. 1^{er} et 2 LJB N 5.

compétence du tribunal ordinaire n'est pas admise, sauf si la compétence du tribunal des baux n'est pas impérative⁷⁴.

e) En cas de cumul objectif d'actions

40. Lorsque plusieurs prétentions sont réclamées, elles doivent relever de la compétence matérielle du même tribunal (art. 90 lit. a CPC). Si un tribunal, ordinaire ou spécialisé, est compétent pour l'une des prétentions seulement, le cumul est exclu. Le droit cantonal peut cependant prévoir une attraction de compétence en faveur du tribunal ordinaire ou spécialisé.

Ainsi, deux prétentions fondées respectivement sur le droit du bail et le contrat de prêt ne peuvent pas être cumulées devant un tribunal ordinaire ou spécialisé, sauf si le droit cantonal admet une attraction de compétence en cas de cumul.

6. La compétence duale dans le canton de Vaud

41. Dans le canton de Vaud, l'art. 1 al. 1 LJB/VD prévoit que le Tribunal des baux est compétent en matière de baux immobiliers. Son al. 3 exclut cependant la compétence de cette juridiction pour les procédures d'expulsion dans le cas où le bail est résilié en raison d'un retard dans le paiement du loyer. Selon l'art. 5 al. 1 ch. 30 CDPJ/VD, le juge de paix est alors compétent. Ces compétences parallèles – qui s'expliquent par des considérations historiques⁷⁵ – posent des problèmes pratiques, que la jurisprudence a tenté de résoudre.
42. Par arrêt du 26 mars 2024, le Tribunal cantonal vaudois, dans une formation à cinq juges, est revenu sur la jurisprudence qu'il avait

⁷⁴ CR CPC-TAPPY, art. 224 CPC N 23.

⁷⁵ La loi vaudoise a repris la répartition des compétences qui existait déjà sous le régime de l'ancien droit cantonal, cf. art. 1 al. 1 de la loi du 18 mai 1955 sur la procédure d'expulsion en matière de baux à loyer et à ferme, en vigueur jusqu'au 31 décembre 2010. Voir pour le surplus PIOTET, art. 5 ch. 30 CDPJ N 1.

développée dans plusieurs arrêts à partir de 2012 en lien avec la compétence duale du Tribunal des baux et du Juge de paix⁷⁶. Cette jurisprudence, désormais renversée, prévoyait que lorsque le locataire conteste le congé donné en application l'art. 257d CO et que, dans le cadre de la procédure de conciliation, le bailleur choisit de requérir l'expulsion en application de la procédure simplifiée en prenant des conclusions en ce sens, l'action au fond, qu'elle soit intentée par le bailleur en expulsion ou par le locataire en contestation du congé, devait être introduite devant le Juge de paix⁷⁷. Désormais, le Tribunal des baux est toujours l'autorité compétente pour statuer au fond sur la validité du congé extraordinaire, même lorsque l'expulsion est requise devant le Juge de paix. La cour cantonale a en effet considéré que sa jurisprudence antérieure était contraire au texte clair de la loi, le législateur vaudois ayant clairement distingué les contestations relatives aux congés et la procédure d'expulsion. Par ailleurs, elle créait une compétence allant à l'encontre de la jurisprudence fédérale en matière d'expulsion, selon laquelle le juge de l'expulsion ne statue pas formellement sur la question de la validité du congé, cette compétence étant réservée au juge du fond⁷⁸. Les juges vaudois relèvent qu'une procédure d'expulsion et une procédure en annulation du congé ou en constat de la validité du congé peuvent coexister, en tant qu'elles portent sur des objets différents : si le juge de paix prononce l'expulsion, cela n'empêche pas le locataire de contester le congé et, s'il obtient gain de cause dans la procédure au fond, d'obtenir la restitution de l'objet loué ou des dommages-intérêts si l'exécution n'est plus possible. Dans la situation d'espèce, les juges cantonaux ont considéré que ce changement de jurisprudence ne devait pas préteriter le locataire qui avait pris des conclusions en annulation devant le Juge de paix, dès lors que jusqu'à ce jour, cette autorité était effectivement compétente⁷⁹. Il faut donc considérer que les

⁷⁷ TC VD du 24 mars 2016, n° 186, cons. 2.2.1 ; TC VD du 01.04.2014, JdT 2014 III 88, cons. 3 ; TC VD du 29.05.2012, n° 250, JdT 2012 III 126, cons. 4a.

⁷⁸ Cf. ATF 144 III 462, cons. 3.3.1 ; 141 III 262, cons. 3.2.

⁷⁹ TC VD du 26 mars 2024, n° 140, cons. 3.3.2.2, JdT 2024 III 39.

procédures introduites devant le juge de paix en application de l'ancienne jurisprudence restent recevables si elles l'ont été avant le 26 mars 2024, voire même jusqu'à la publication de l'arrêt au Journal des Tribunaux.

A noter que dès l'entrée en vigueur de la révision du CPC au 1^{er} janvier 2025, le nouvel art. 143 al. 1^{bis}, selon lequel « les actes remis dans les délais mais adressés par erreur à un tribunal suisse incompétent sont réputés remis en temps utile. Lorsqu'un autre tribunal suisse est compétent, le tribunal incompétent les lui transmet d'office », imposera au Tribunal des baux, saisi à la place du Juge de paix, de transmettre d'office la demande à celui-ci, et vice-versa.

En revanche, le fait que l'autorité de conciliation indique faussement la saisine du Tribunal des baux au lieu du Juge de paix, et inversement, ne constituera pas un cas d'application du nouvel art. 52 al. 2 CPC, selon lequel « les indications erronées relatives aux voies de droit sont opposables à tous les tribunaux dans la mesure où elles sont avantageuses pour la partie qui s'en prévaut », dans la mesure où une indication erronée n'est pas susceptible de créer une compétence du tribunal en réalité inexistante⁸⁰.

III. Participation de tiers au procès

43. Lorsqu'un tiers est intéressé au procès, une partie peut vouloir lui dénoncer l'instance ou l'appeler en cause. Se pose alors la question de la compétence matérielle, lorsqu'une autorité spéciale a été instituée pour traiter de certaines prétentions, à l'instar d'un tribunal des baux.

Le bailleur attaqué par un locataire en réduction de loyer et/ou paiement de dommages-intérêts découlant de nuisances provenant d'un chantier voisin peut par exemple vouloir que le propriétaire dudit chantier participe au procès.

⁸⁰ TC VD du 11.12.2013, n° 659, cons. 3c.

Autre exemple, celui du sous-locataire qui réclame des dommages-intérêts au sous-bailleur pour des défauts de la chose louée, le locataire principal souhaitant que le bailleur principal participe à la procédure.

A. Appel en cause

44. L'appel en cause n'est recevable que si le tribunal est compétent à raison de la matière pour les prétentions prises par l'appelant contre l'appelé⁸¹. L'art. 81 al. 1 lit. b le prévoira expressément dès l'entrée en vigueur de la révision du CPC au 1^{er} janvier 2025, de sorte que la question, jusqu'ici débattue en doctrine, n'aura plus lieu d'être⁸². Lorsqu'une juridiction spéciale est instituée, elle doit également être compétente pour la prétention objet de l'appel en cause. A défaut, il s'agit d'opter pour la dénonciation d'instance, qui n'impose pas de condition de compétence.

Par exemple si le locataire réclame des dommages-intérêts à son bailleur découlant de nuisances provenant d'un chantier voisin et qu'un tribunal spécial est institué dans le canton, l'appel en cause du propriétaire voisin ne sera pas admissible, faute pour les conclusions prises contre l'appelé de ressortir de la compétence de cette autorité spécialisée⁸³.

B. Dénonciation d'instance

45. La dénonciation d'instance, qui permet d'inviter un tiers à participer au procès mais pas de prendre des conclusions contre lui, est admissible indépendamment des questions de compétence. Peu importe ainsi de savoir si le tribunal saisi au principal est matériellement compétent pour traiter de la

⁸¹ ATF 139 III 67, cons. 2.4.2, JdT 2014 II 320.

⁸² Voir notam. BSK ZPO-FREI, art. 81 CPC N 36 ss ; KUKO ZPO-DOMEJ, art. 81 CPC N 11, qui regrette le fait que le législateur cantonal soit libre de décider si un instrument de coordination des procédures prévu par le droit fédéral puisse être utilisé.

⁸³ HOFMANN/LÜSCHER, p. 120.

prétention récursoire que pourrait faire valoir le dénonçant contre le dénoncé dans un procès ultérieur⁸⁴. Dès lors, si l'appel en cause n'entre pas en ligne de compte pour une raison de compétence matérielle, la dénonciation d'instance reste possible.

IV. Représentation par un mandataire professionnellement qualifié

46. Selon l'art. 68 al. 2 lit. d CPC, le droit cantonal peut autoriser les parties à se faire représenter par un mandataire professionnellement qualifié « devant une juridiction spéciale en matière de contrat de bail ». La question est débattue de savoir si une juridiction ordinaire est suffisante⁸⁵. La loi impose selon nous une juridiction paritaire⁸⁶. Il en va d'une interprétation aussi bien littérale qu'historique de l'art. 68 al. 2 lit. d CPC⁸⁷.

Dans le canton de Neuchâtel, l'art. 17a OJN prévoit que le tribunal civil œuvre en qualité de juridiction spéciale en matière de bail. En réalité, ce tribunal est une section du tribunal d'instance qui est l'autorité judiciaire ordinaire de première instance. Ce tribunal n'est donc pas un tribunal spécialisé⁸⁸. Le but de l'art. 17a n'était que d'autoriser les parties à être représentées par un mandataire

⁸⁴ PC CPC-DEMIERRE, art. 78 CPC N 15.

⁸⁵ BOISSONNAS, N 499 ss ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 68 CPC N 13 ; TC NE, 31.08.2015, n° ARMC.2015.28.

⁸⁶ BK ZPO-STERCHI, art. 68 CPC N 9c ; CR CPC-BOHNET, art. 68 CPC N 21 ; DIKE ZPO-HRUBESCH-MILLAUER, art. 68 CPC N 10 ; PC CPC-MAY CANELLAS, art. 68 CPC N 19.

⁸⁷ Voir l'intervention de YVES NIDEGGER, BO CN 2008 N 649 du 29 mai 2008 : « dans la logique de la possibilité pour les cantons d'avoir des tribunaux paritaires et d'avoir des juges qui sont issus des partenaires sociaux, il s'agit de conserver également la faculté, pour les mandataires professionnellement qualifiés issus des partenaires sociaux, de pouvoir représenter les parties dans ces causes-là, par respect de la nature et de l'identité de ce type de juridiction paritaire ».

⁸⁸ CPra Bail-BOHNET, art. 3/200 CPC N 54.

professionnellement qualifié⁸⁹, comme le prévoit l'art. 7 LI-CO/NE.

Dans le canton de Vaud, l'art. 11 LJB/VD prévoit que « les personnes dûment autorisées par une organisation représentative de locataires ou de bailleurs préalablement autorisée par le Tribunal cantonal peuvent assister ou représenter professionnellement les parties devant le Tribunal des baux et les commissions de conciliation. » Dans la mesure où le Tribunal des baux est une juridiction spéciale, l'art. 11 LJB/VD est conforme à l'art. 68 CPC. En revanche, l'art. 36 al. 2 CDPJ/VD admet également la représentation par un tel mandataire devant le juge de paix pour les affaires d'expulsion fondée sur une résiliation pour demeure dans le paiement du loyer. Or, comme le juge de paix n'est pas une autorité paritaire, cette disposition vaudoise est contraire au droit fédéral et devrait rester inapplicable.

47. En deuxième instance, l'autorité d'appel ou de recours doit selon nous également revêtir la qualité de juridiction spéciale, à l'instar de la Chambre des baux et loyers de la Cour de justice, à laquelle sont rattachés cinq juges représentant les groupements de locataires et cinq juges représentant les milieux immobiliers (art. 117 al. 3 LOJ/GE) et qui siège dans une composition paritaire, à trois membres (art. 121 LOJ/GE). A défaut, un mandataire professionnellement qualifié n'est pas autorisé. Telle n'est cependant pas toujours la pratique, le Tribunal cantonal vaudois admettant par exemple les actes déposés par cette catégorie de mandataires, alors même que la composition de la Cour d'appel civile ou de la Chambre des recours civile n'est pas paritaire⁹⁰.

⁸⁹ CPra Bail-BOHNET, art. 3/200 CPC N 54.

⁹⁰ TC VD, 01.02.2012, JdT 2012 III 35, cons. 6c.

V. Frais

48. La compétence d'une autorité judiciaire peut avoir des conséquences sur la question des frais, laquelle peut être liée au type de juridiction saisie. Au niveau fédéral, la dispense de frais judiciaires en procédure de conciliation concerne la nature du litige, à savoir les baux d'habitations ou de locaux commerciaux ou les baux à ferme agricoles (art. 113 al. 2 lit. c CPC). Certaines lois cantonales associent en revanche la gratuité à la juridiction saisie plutôt qu'à la catégorie de litige.

Ainsi, dans le canton de Genève, la gratuité des causes de droit du bail est liée à la compétence de la juridiction saisie, l'art. 22 al. 1 LaCC/GE prévoyant qu'« il n'est pas prélevé de frais dans les causes soumises à la juridiction des baux et loyers. » Cette disposition concerne le Tribunal des baux et loyers ainsi que la Chambre des baux et loyers de la Cour de justice⁹¹. Elle devrait logiquement aussi concerner la Commission de conciliation en matière de baux et loyers, pour les cas non visés par l'art. 113 al. 2 lit. c CPC⁹².

Dans le canton de Vaud, l'art. 12 LJB/VD prévoit que « la procédure devant le tribunal est gratuite ». L'art. 13 LJB/VD exclut cependant de la dispense de frais les litiges qui concernent un bail commercial lorsque les circonstances ou la situation des parties ne s'y opposent pas. Dans la mesure toutefois où le Tribunal des baux est compétent pour toute la matière de bail immobilier, cela signifie qu'un bail portant sur un terrain nu ou une place de stationnement est soumis à la gratuité de l'art. 12⁹³. Comme les affaires d'expulsion pour retard dans le paiement du loyer relèvent de la compétence du juge de paix, elles ne sont pas concernées par l'exemption. La législation vaudoise, qui rattache la gratuité à la compétence du Tribunal des baux et non au type de

⁹¹ CJ GE du 22.06.2015, ACJC/742/2015, cons. 5.

⁹² HEINZMANN, p. 319 N 578.

⁹³ HEINZMANN, p. 317 N 574.

cause, entraîne donc une situation insatisfaisante. Elle signifie par ailleurs qu'un litige porté devant ce tribunal, en vertu de la théorie des faits de double pertinence, alors que le contrat n'est finalement pas qualifié de bail, serait soumis à la dispense⁹⁴.

Dans le canton du Jura, les art. 19-20 du Décret fixant les émoluments judiciaires⁹⁵ prévoient que le Tribunal des baux applique un barème réduit pour le calcul des émoluments.

En revanche, l'art. 130 LJ/FR prévoit une exemption de frais judiciaires lorsque le litige porte sur un bail d'habitation qui constitue le logement principal et qui n'est pas luxueux. La prise en compte du type de baux et non du type de juridiction prévaut également dans le canton de Neuchâtel, l'art. 56 du Tarif des frais⁹⁶ prévoit une dispense de frais judiciaires pour les baux d'habitation. Dans ces deux cantons, l'exemption de frais s'applique en première et en deuxième instances⁹⁷.

VI. Arbitrage

A. Composition du tribunal arbitral

49. En matière d'arbitrage interne, l'art. 361 al. 4 CPC limite le choix des parties dans la composition du tribunal arbitral lorsque le litige porte sur un bail d'habitation, seule l'autorité de conciliation pouvant fonctionner en cette qualité. Si la clause arbitrale désigne un autre arbitre, elle est partiellement nulle et il convient de déterminer ce que les parties auraient convenu si elles avaient connu le caractère inadmissible d'une telle désignation (volonté hypothétique, art. 20 al. 2 CO)⁹⁸.

⁹⁴ DIETSCHY-MARTENET, p. 91 N 208 ; HEINZMANN, p. 317 N 575.

⁹⁵ RS/JU 176.511.

⁹⁶ RS/NE 164.1.

⁹⁷ HEINZMANN, p. 316 N 571 s.

⁹⁸ DIKE ZPO-SCHWANDER/STACHER, art. 361 CPC N 19 ; comp. ATF 144 III 235, cons. 2.3.4 ; 120 II 35, cons. 4b ; 124 III 57, cons. 3c.

50. Les parties sont libres de désigner les membres formant le tribunal arbitral parmi les représentants de locataires et de bailleurs actifs au sein de l'autorité⁹⁹. L'autorité de conciliation a l'obligation d'accepter sa désignation¹⁰⁰. Elle doit être localement compétente, étant précisé que l'art. 35 al. 2 CPC autorise les parties à conclure une élection de for après la naissance du différend et que le bailleur peut accepter tacitement un for. Ainsi, il ne s'agit pas nécessairement de l'autorité du lieu de situation de l'immeuble au sens de l'art. 33 CPC¹⁰¹.
51. Selon la jurisprudence, l'exception d'inarbitrabilité du litige obéit à la même règle que l'exception d'incompétence, c'est-à-dire qu'elle doit être soulevée préalablement à toute défense sur le fond sous peine de forclusion¹⁰². Le Tribunal fédéral relève toutefois que si l'inarbitrabilité objective résulte d'une restriction légale à l'autonomie de la volonté des parties, l'entrée en matière sans réserve sur le fond de la partie défenderesse ne devrait pas empêcher le tribunal arbitral d'examiner d'office le défaut d'arbitrabilité du litige, ni cette partie-là de former un recours de ce chef¹⁰³. La conséquence pourrait être la nullité absolue de la sentence arbitrale¹⁰⁴. Ainsi, l'arbitrage d'un litige relevant d'un bail d'habitation mené par une formation autre que celle de l'autorité de conciliation devrait être considéré comme nul.

B. Litispendance

52. D'après l'art. 372 CPC, la litispendance est créée dès qu'une partie saisit le tribunal arbitral désigné dans la convention d'arbitrage (lit. a) ou, si la convention ne désigne aucun tribunal

⁹⁹ BSK ZPO-HABEGGER, art. 361 CPC N 40 ; DIKE ZPO-SCHWANDER/STACHER, art. 361 CPC N 19 ; LACHAT/LACHAT, p. 117.

¹⁰⁰ CPra Bail-BOHNET, art. 3/200 CPC N 25.

¹⁰¹ BSK ZPO-HABEGGER, art. 361 CPC N 40. D'un avis différent : CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, art. 361 CPC N 14 ; DIKE ZPO-SCHWANDER/STACHER, art. 361 CPC N 19.

¹⁰² ATF 143 III 578, cons. 3.2.2.1.

¹⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁴ *Ibid.*

arbitral, dès qu'une partie engage la procédure de constitution du tribunal arbitral (lit. b). A notre avis, la situation visée par la lit. a ne correspond pas à celle de l'art. 361 al. 4 CPC dans la mesure où la convention d'arbitrage désigne uniquement une institution d'arbitrage, mais pas les membres du tribunal arbitral¹⁰⁵.

53. La date de la litispendance est importante en particulier lorsque la prétention est soumise à un délai de péremption tel que le délai de 30 jours imposé par les art. 270 al. 1, 270a al. 2, 270b al. 1 ou 273 CO. Par prudence, le demandeur devrait engager les actes nécessaires à la litispendance arbitrale et déposer ensuite, toujours dans le délai, une requête à l'autorité de conciliation, cette seconde procédure étant suspendue d'office (art. 372 al. 2 CPC). En effet, la question de savoir si la règle de l'art. 63 CPC – permettant à la partie dont l'acte est déclaré irrecevable pour cause d'incompétence de le redéposer devant l'autorité compétente dans le mois qui suit – s'applique aussi en arbitrage est controversée¹⁰⁶, c'est-à-dire si la partie peut se prévaloir de l'art. 63 CPC pour réintroduire, devant l'arbitre, une demande déclarée irrecevable par les autorités judiciaires étatiques. Le but de cette disposition est d'éviter que l'introduction d'une action devant un juge incompétent, débouchant sur un refus d'entrée en matière, entraîne de façon inique la perte d'un droit par l'écoulement d'un délai, de prescription ou de péremption, lors même que le créancier a affiché son intention de faire valoir sa créance, mais s'est trompé de juge¹⁰⁷. L'adoption de l'art. 63 CPC a eu pour conséquence l'abrogation de l'art. 139 CO, qui prévoyait que : « Lorsque l'action ou l'exception a été rejetée par suite de l'incompétence du juge saisi (...), le créancier jouit d'un délai supplémentaire de soixante jours pour faire valoir ses droits,

¹⁰⁵ PC CPC-GÖKSU, art. 372 CPC N 7.

¹⁰⁶ Favorables à l'application de cette disposition par analogie à l'arbitrage, que le justiciable agisse devant la justice étatique incompétente puis devant le tribunal arbitral compétent, ou qu'il fasse le contraire : BK ZPO-STACHER, art. 372 CPC N 66-67 ; DIKE ZPO-MÜLLER-CHEN, art. 63 CPC N 5 ; KUKO ZPO-DASSER, art. 372 CPC N 6 ; PC CPC-CHABLOZ, art. 63 CPC N 2. D'un avis différent : STACHER/WEHRLI, p. 96.

¹⁰⁷ ATF 141 III 481, cons. 3.2.4 ; 136 III 545, cons. 3.1.

si le délai de prescription est expiré dans l'intervalle ». L'art. 63 CPC constituant une règle procédurale, on doit se demander si elle s'impose aussi aux arbitres, par une application analogique. En effet, l'arbitrage interne est traité dans une partie 3 du CPC, indépendante du reste du code. La litispendance fait l'objet de l'art. 372 CPC, qui ne contient pas le pendant de l'art. 63 CPC. Seule une application par analogie entre donc en ligne de compte. Dans un arrêt non publié rendu le 8 novembre 2023¹⁰⁸, le Tribunal fédéral a développé les réflexions suivantes : l'interprétation historique atteste de la nature hybride de l'art. 63 CPC, qui précise le moment où débute la litispendance lorsque le plaideur saisit successivement une autorité incompétente, puis une autorité compétente, mais qui fixe aussi la date d'ouverture d'action, déterminante pour la sauvegarde des délais de prescription et de péremption. Or, déterminer si le droit déduit en justice existe toujours ou s'il est prescrit ou périmé est une question de droit matériel. Par ailleurs, en abrogeant l'art. 139 aCO, le législateur n'avait pas l'intention de diminuer la protection entourant le respect des délais de prescription et de péremption. Le Tribunal fédéral ne tranche cependant pas définitivement la controverse, car, dans le cas d'espèce, la question n'était revue que sous l'angle restreint de l'arbitraire : les juges fédéraux relèvent que l'arbitre était confronté à une question non tranchée et que, même si la doctrine fortement majoritaire reconnaît le caractère hybride de l'art. 63 CPC, elle souligne aussi les lacunes et les incertitudes causées par l'insertion d'une telle réglementation dans un code procédural destiné aux tribunaux internes. Dans un tel contexte, il n'y avait pas d'arbitraire à refuser d'appliquer par analogie l'art. 63 CPC. Cela étant, le Tribunal fédéral semble plutôt favorable à une application analogique de cette disposition en procédure arbitrale, bien que la solution inverse puisse perdurer en tant qu'elle n'est pas jugée insoutenable¹⁰⁹.

¹⁰⁸ TF du 08.11.2023, 4A_16/2023.

¹⁰⁹ Dans le même sens : BASTONS BULLETTI, N 7.

C. Voie de recours

54. La décision de l'autorité de conciliation constitue une sentence arbitrale, susceptible de recours en matière civile au Tribunal fédéral (art. 77 al. 1 lit. b LTF)¹¹⁰.

VII. Conclusion

55. L'organisation judiciaire relève en principe de la compétence des cantons. Le législateur fédéral n'est intervenu en matière de bail que s'agissant de la composition des autorités de conciliation en matière de baux d'habitation et de locaux commerciaux, qui doivent être paritaires. Pour le surplus, les solutions cantonales varient. En principe, lorsqu'un canton a choisi d'instituer un tribunal des baux, celui-ci est compétent en matière immobilière seulement, voire même pour les seuls baux d'habitation ou de locaux commerciaux. C'est dans ce domaine que les apports de juges laïcs sont les plus pertinents, à savoir des connaissances techniques et de terrain. De ce point de vue, limiter la compétence du tribunal spécialisé aux litiges relevant de baux d'habitation ou de locaux commerciaux nous semble cohérent.
56. La mise sur pied de tribunaux spécialisés a pour inconvénient de poser des difficultés lorsque diverses prétentions opposent les parties, qui ne relèvent pas toutes du droit du bail. La question du caractère impératif et/ou exclusif de la compétence de l'autorité a à cet égard de l'importance. L'économie de procédure plaide pour une attraction de compétence en faveur de la juridiction spéciale, bien qu'il appartienne au droit cantonal de résoudre le problème.
57. L'existence de tribunaux des baux peut également avoir une incidence sur les catégories de représentants autorisés. Même si le sujet est source de divergences, la lettre de l'art. 68 al. 2 lit. d CPC n'autorise les mandataires professionnellement qualifiés

¹¹⁰ TF du 04.04.2018, 4A_143/2018, cons. 4.

que devant les juridictions spéciales en matière de bail. La pratique se distancie cependant de cette solution.

58. La compétence matérielle peut encore avoir des conséquences sur la question des frais, qui peut être liée au type de juridiction saisie et non uniquement au type de prétentions élevées.
59. En matière d'arbitrage enfin, le CPC pose une limitation dans le choix des arbitres, seule l'autorité de conciliation pouvant être désignée en cette qualité, ce qui réduit fortement l'attrait de ce mode de résolution des conflits.
60. Les questions d'organisation judiciaire sont centrales dans les litiges de droit du bail immobilier, en particulier d'habitation ou de locaux commerciaux. La création de tribunaux spécialisés vise à garantir une certaine qualité de jugement et à accroître la confiance du justiciable envers l'autorité. Il faut cependant limiter les inconvénients de l'existence de juridictions spéciales, lorsque celle-ci entraîne des conflits de compétences et crée une insécurité juridique. Le législateur cantonal doit être attentif à ces questions et adopter des dispositions claires sur ces sujets.

Bibliographie

ALVAREZ CIPRIANO ET AL. (édit.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Art. 1-352 und Art. 400-406 ZPO, Berner Kommentar, 2 vol., Berne 2012 (cité : BK ZPO-AUTEUR)

BASTONS BULLETTI FRANÇOISE, Litispendance rétroactive et sauvegarde des délais du droit matériel : les aléas de la procédure arbitrale, *in* : CPC Online du 17 janvier 2024

BOHNET FRANÇOIS/CARRON BLAISE/MONTINI MARINO (édit.), Droit du bail à loyer et à ferme, Commentaire pratique, 2^e éd. Bâle 2017 (cité : CPra Bail-AUTEUR)

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

BOISSONNAS ISABEL, Ausgewählte Aspekte der arbeitsrechtlichen Prozess nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, thèse Bâle 2022

BRIDEL BASTIEN, Les effets et la détermination de la valeur litigieuse en procédure civile suisse : Exemples choisis en droit du bail à loyer, thèse Lausanne, Zurich 2020

BRUNNER ALEXANDER/GASSER DOMINIK/SCHWANDER IVO (édit.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, Art. 1-196 ZPO, 2^e éd., Zurich 2016 (cité : DIKE ZPO-AUTEUR)

CHABLOZ ISABELLE/DIETSCHY-MARTENET PATRICIA/HEINZMANN MICHEL (édit.), Code de procédure civile (CPC), Petit commentaire, Bâle 2020 (cité : PC CPC-AUTEUR)

DIETSCHY-MARTENET PATRICIA, Bail à loyer et procédure civile, Bâle 2018

HEINZMANN MICHEL, La procédure simplifiée : Une émanation du procès civil social, Genève/Zurich/Bâle 2018

HOFMANN DAVID/LÜSCHER CHRISTIAN, Le Code de procédure civile, 3^e éd., Berne 2023

LACHAT DAVID/LACHAT BORIS, Procédure civile en matière de baux et loyers, Lausanne 2019

OBERHAMMER PAUL/DOMEJ TANJA/HAAS ULRICH (édit.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkommentar, 3^e éd., Bâle 2021 (cité : KUKO ZPO-AUTEUR)

PFEIFFER RETO, Einlassung vor einem sachlich unzuständigen Zivilgericht, recht 2023 p. 69-83

PIOTET DENIS, Droit privé judiciaire vaudois annoté, Bâle 2021

SPÜHLER KARL/TENCHIO LUCA/INFANGER DOMINIK (édit.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Basler Kommentar, 3^e éd., Bâle 2017 (cité : BSK ZPO-AUTEUR)

STACHER MARCO/WEHRLI DANIEL, Postulat gegen die Streichung von Art. 139 OR, *in* : recht 2008 p. 92-98

SOMM THOMAS/SEILER BÉNÉDIKT (édit.), Handkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zurich 2021 (cité : CHK ZPO-AUTEUR)

La protection des données dans le domaine du bail à loyer

par

Marie-Laure Percassi*

Docteure en droit, avocate, collaboratrice scientifique à l'Université de Neuchâtel et chargée de cours à UniDistance

I. Introduction.....	231
II. Notions de base.....	231
A. Champ d'application de la LPD.....	231
B. Données personnelles et personnes concernées.....	233
C. Responsable du traitement et sous-traitant.....	234
III. Principes.....	235
A. Licéité.....	235
B. Bonne foi.....	236
C. Proportionnalité.....	236
1. Formulaire de location.....	237
2. Durée de conservation.....	239
D. Finalité.....	241
E. Transparence (ou reconnaissabilité).....	241
F. Exactitude.....	242
G. Sécurité.....	242

* L'auteure remercie Me Sandra Mariot, doctorante à l'Université de Neuchâtel et avocate, ainsi que Me Sylvain Métille, professeur associé à l'Université de Lausanne et avocat, pour leur relecture attentive de cette contribution.

IV. Atteinte à la personnalité et motifs justificatifs.....	244
A. Système légal	244
B. Exemples choisis.....	245
1. Collecte d'informations disproportionnée sur des candidats et candidates à une location.....	245
2. Vidéosurveillance.....	246
3. Surveillance par des agences de renseignements privées.....	248
V. Obligations du responsable du traitement	250
A. Devoir d'informer	250
B. Sous-traitance	252
C. Registre des activités de traitement.....	253
D. Transfert à l'étranger.....	254
E. Annonces des violations de la sécurité.....	255
VI. Droits des personnes concernées.....	256
VII. Procédures possibles en cas de violation de la LPD	258
A. Procédure administrative.....	258
B. Procédure civile.....	259
C. Procédure pénale	259
VIII. Conclusion.....	260
Bibliographie.....	262

I. Introduction

1. La problématique de la protection des données dans le contexte du bail à loyer a déjà été traitée lors d'un précédent Séminaire sur le droit du bail organisé par la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel. C'était en 2008, lors de la 15^e édition du Séminaire, par le Prof. THOMAS PROBST. Depuis lors, la situation a passablement évolué dans ce domaine. En particulier, l'utilisation d'outils numériques s'est intensifiée et une nouvelle loi fédérale sur la protection des données, adoptée le 25 septembre 2020, est entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2023.
2. La présente contribution s'inscrit donc dans ce nouveau contexte. Elle a pour objectif d'exposer les règles relatives à la protection des données qui s'appliquent lorsqu'un contrat de bail à loyer va être – ou est déjà – conclu. Pour ce faire, quelques notions de base (II) ainsi que les principes prévus par la LPD (III) seront tout d'abord expliqués, puis la problématique de l'atteinte à la personnalité et des motifs justificatifs sera traitée (IV). Ensuite, les obligations du responsable du traitement (V) et les droits des personnes concernées seront exposés (VI). Enfin, après un aperçu des procédures qui peuvent être mises en œuvre en cas de violation de la LPD (VII), la contribution se terminera par une conclusion (VIII).

II. Notions de base

A. *Champ d'application de la LPD*

3. La LPD s'applique à tout traitement de données personnelles concernant des personnes physiques (art. 2 al. 1 LPD). Elle régit donc notamment le traitement de données personnelles dans le contexte du bail à loyer¹. Soulignons qu'aucune disposition du CO ne concerne spécifiquement cette thématique – contrairement au droit du travail, où un article topique (l'art. 328b CO) traite du

¹ ATF 142 III 263, cons. 2.2.1, JdT 2017 II 423, DB 2016 N 28.

traitement des données personnelles des travailleurs et travailleuses².

4. Seuls les traitements de données personnelles effectués par une personne privée ou un organe fédéral sont soumis à la LPD (art. 2 al. 1 let. a et b). Si le traitement est le fait d'une entité de droit cantonal ou communal, il est régi par l'une des lois cantonales de protection des données³.
5. Des règles différentes s'appliquent dans certains cas suivant que le traitement est effectué par une personne privée ou un organe fédéral⁴. Il convient toutefois de préciser que, selon l'art. 40 LPD, les organes fédéraux sont soumis aux dispositions de la LPD applicables aux personnes privées lorsqu'ils agissent selon le droit privé⁵. L'idée est que les services de la Confédération « doivent être mis sur le même pied que leurs concurrents lorsqu'ils agissent selon le droit privé, autrement dit lorsqu'ils ne sont pas investis de prérogatives de puissance publique. Cette situation se caractérise par le fait que les relations avec les tiers ne prennent pas la forme de décisions mais d'accords de droit privé »⁶.
6. Lorsqu'un organe fédéral est bailleur d'un immeuble et traite dans ce contexte des données concernant ses locataires, il agit selon le droit privé au sens de l'art. 40 LPD et est soumis aux

² ATF 142 III 263, cons. 2.2.1, JdT 2017 II 423, DB 2016 N 28.

³ CR LPD-MÉTILLE/DI TRIA, art. 2 N 41.

⁴ En particulier, le chapitre 5 de la LPD contient des dispositions particulières applicables aux personnes privées et son chapitre 6 des dispositions particulières concernant les organes fédéraux.

⁵ Certaines lois cantonales sur la protection des données prévoient une règle équivalente (voir par exemple art. 15 let. c CPDT/JUNE ou art. 3 al. 2 let. c LPrD/FR). Elles ne s'appliquent donc pas lorsqu'une collectivité cantonale ou communale agit comme une personne privée et cette activité est soumise à la LPD.

⁶ Message aLPD, p. 480 s. (étant précisé que l'art. 23 al. 1 aLPD, dont il est question dans le passage du Message aLPD, prévoyait la même règle que l'actuel art. 40 LPD).

dispositions de la LPD concernant les personnes privées⁷. Pour cette raison, la présente contribution s'intéresse uniquement aux traitements de données personnelles effectués par des personnes privées.

B. Données personnelles et personnes concernées

7. L'art. 5 let. a LPD définit les données personnelles comme étant toutes les informations concernant une personne physique identifiée ou identifiable. La personne physique dont les données sont traitées est qualifiée de personne concernée (art. 5 let. b LPD). Contrairement à l'aLPD, la notion de données personnelles n'englobe plus les données de personnes morales⁸.
8. Dans le contexte d'un contrat de bail, les personnes concernées sont avant tout les locataires et les personnes se portant candidates pour une location. Si une personne morale est locataire, elle n'est pas elle-même une personne concernée⁹. Par contre, les individus qui la représentent ou qui, en étant employés, sont chargés de gérer les aspects liés à un contrat de bail sont des personnes concernées¹⁰.
9. Les données personnelles qui peuvent être traitées sont variées. Il peut notamment s'agir du nom, du prénom, de l'adresse d'une personne ou d'informations concernant son assurance responsabilité civile, sa situation familiale ou ses animaux de compagnie. Les différentes informations collectées au cours du contrat de bail sont également des données personnelles (copies des courriers échangés avec les locataires, décomptes de charges, etc.)¹¹.

⁷ BSK DSG-STÖCKLI/GRÜNINGER, art. 40 N 5 ; CR LPD-EPINEY/SUMBO, art. 40 N 16 ; OFK DSG-JOSURAN-BINDER, art. 40 N 4 ; CS DSG-FEY, art. 40 N 7.

⁸ Message LPD, p. 6595 et 6632 s. ; BSK DSG-BLECHTA/DAL MOLIN/WESIAK-SCHMIDT, art. 5 N 7 ; CR LPD-MÉTILLE/DI TRIA, art. 2 N 3 ; PC LPD-FRANCEY, art. 2 N 8.

⁹ PERCASSI, p. 2.

¹⁰ PERCASSI, p. 2.

¹¹ BUCHELI, p. 386.

C. Responsable du traitement et sous-traitant

10. Selon l'art. 5 let. j LPD, le responsable du traitement correspond à la personne privée ou l'organe fédéral qui, seul ou conjointement avec d'autres, détermine les finalités et les moyens du traitement de données personnelles.
11. Ce rôle doit être distingué de celui de sous-traitant, défini comme étant la personne privée ou l'organe fédéral qui traite des données personnelles pour le compte du responsable du traitement (art. 5 let. k LPD).
12. Il n'est pas toujours aisé de différencier ces deux rôles en pratique, surtout lorsque plusieurs sociétés travaillent ensemble et traitent les données des mêmes personnes. Cette distinction est toutefois importante, car la LPD ne prévoit pas les mêmes règles pour les responsables du traitement et les sous-traitants.
13. Dans le cadre de contrats de bail, la situation est claire lorsque le bailleur ou la bailleuse traite en direct avec les locataires : dans ce cas, il ou elle est responsable du traitement¹².
14. L'analyse juridique se complique lorsqu'une régie ou une gérance¹³ intervient comme intermédiaire : celle-ci est-elle un responsable du traitement indépendant du bailleur ou de la bailleuse, ou un sous-traitant de ce dernier ou cette dernière ?
15. A notre sens, il convient généralement de qualifier les gérances de responsables du traitement indépendants, car elles déterminent souvent elles-mêmes les finalités et les moyens du traitement¹⁴ (choix des informations figurant sur les formulaires de location, types de formulaires utilisés [papier et/ou en ligne], logiciels utilisés pour la base de données des locataires, etc.). Il arrive

¹² CNIL, p. 3 ; PERCASSI, p. 3.

¹³ Les termes « régie » et « gérance » sont utilisés dans la présente contribution comme des synonymes.

¹⁴ CNIL, p. 3 ; PERCASSI, p. 3 ; *contra* : BUCHELI, p. 394 (qui considère que la personne bailleuse et la gérance sont des responsables conjoints du traitement) ; ROSENTHAL, N 10 (qui est d'avis que la gérance est un sous-traitant).

également que les gérances traitent des données personnelles pour un but qui leur est propre et qu'elles ne les partagent pas ultérieurement avec le bailleur ou la bailleuse (par exemple, si une gérance est chargée du choix des locataires, elle ne communiquera que le dossier de la personne choisie pour occuper le logement et non les candidatures écartées).

16. Ce n'est que dans le cas où une régie est chargée de tâches restreintes, pour lesquelles elle ne possède aucune marge de manœuvre (par exemple l'encaissement de loyers), qu'elle pourrait être qualifiée de sous-traitant¹⁵.
17. Quant aux autres sociétés qui peuvent être amenées à travailler avec des propriétaires d'immeubles locatifs (par exemple des entreprises du bâtiment), elles peuvent également avoir accès à des données personnelles concernant des locataires. A notre avis, elles doivent être qualifiées de responsables du traitement indépendants, car elles ne traitent pas ces données personnelles pour le compte de la bailleuse ou du bailleur, mais dans le but d'effectuer leur propre travail. Elles définissent ainsi le but du traitement et les données personnelles dont elles ont besoin pour l'atteindre, et décident des moyens pour les traiter.

III. Principes

18. La LPD contient divers principes que tout responsable du traitement doit respecter. Ils sont présentés ci-après.

A. Licéité

19. L'art. 6 al. 1 LPD prévoit que tout traitement de données personnelles doit être licite. Dans un arrêt rendu en 2019, le Tribunal administratif fédéral a jugé que cette disposition doit être comprise en ce sens qu'un traitement de données personnelles ne doit pas contrevenir à une norme (autre que la

¹⁵ PERCASSI, p. 3.

LPD) qui vise directement ou indirectement à protéger la personnalité d'une personne¹⁶.

20. La doctrine majoritaire suit désormais cette approche¹⁷. Un courant minoritaire de doctrine considère toutefois que le principe de licéité est violé dès qu'un traitement de données personnelles contrevient à une disposition légale, peu importe les intérêts que cette disposition protège¹⁸. A lire le document intitulé « Explications concernant les formulaires d'inscription relatifs à la location d'un appartement » publié par le PFPDT, celui-ci semble également être de cet avis : il considère qu'au vu de l'interdiction des transactions couplées prévue à l'art. 254 CO (disposition qui ne protège pas la personnalité des locataires, mais plutôt leur liberté contractuelle), une gérance immobilière ne peut pas, en vertu du principe de licéité, demander à des personnes intéressées à louer un bien si elles souhaitent conclure un contrat d'assurance auprès d'elle¹⁹.

B. Bonne foi

21. Selon l'art. 6 al. 2 LPD, tout traitement de données personnelles doit être conforme à la bonne foi. Cela signifie en particulier que des données personnelles ne doivent pas être traitées à l'insu de la personne concernée²⁰.

C. Proportionnalité

22. Selon le principe de proportionnalité, ancré à l'art. 6 al. 2 LPD, seules les données aptes et nécessaires pour atteindre les finalités

¹⁶ TAF du 19.03.2019, A-3548/2018, cons. 5.4.4.

¹⁷ Voir notamment BUCHELI, p. 388 s. ; CR LPD-MEIER/TSCHUMY, art. 6 N 19 ; OFK DSG-FANGER, art. 6 N 4 ; MÉTILLE, p. 8 ; ROSENTHAL/STUDER/LOMBARD (pour la traduction), N 34.

¹⁸ CS DSG-BAERISWYL, art. 6 N 8 ; EPINEY/NÜESCH/ROVELLI, p. 85.

¹⁹ PFPDT, Formulaires d'inscription, p. 2.

²⁰ Message aLPD, p. 457 ; PFPDT, Formulaires d'inscription, p. 2 ; PERCASSI, p. 4.

du traitement peuvent être traitées²¹. En outre, ce principe requiert que le rapport entre les finalités et les moyens utilisés pour traiter les données soit raisonnable (proportionnalité au sens étroit)²².

23. En matière de bail, ce principe s'applique notamment aux informations qui sont demandées aux personnes qui souhaitent louer un logement, généralement par le biais d'un formulaire²³, ainsi qu'à la durée de conservation des données²⁴. Ces deux cas d'application sont détaillés ci-dessous.

1. Formulaires de location

24. Les informations collectées concernant un candidat ou une candidate à une location doivent être limitées à ce qui est apte et nécessaire pour déterminer si la personne en question serait acceptable comme locataire. Ainsi, il est admissible de recueillir des informations concernant l'identité (nom, prénom, date de naissance), les coordonnées (numéro de téléphone, adresse électronique), la solvabilité (existence de poursuites ou d'actes de défaut de biens, revenus), les personnes qui occuperont le bien loué (nombre, âge) et la détention d'animaux de compagnie²⁵. Il est aussi possible de prévoir des questions concernant la nationalité de la personne (suisse ou étrangère), et le cas échéant le type de permis qu'elle possède et sa durée de validité, car ces éléments peuvent avoir un impact sur la durée du contrat de bail²⁶. La récolte d'autres informations encore peut parfois se justifier,

²¹ BUCHELI, p. 387 ; MÉTILLE, p. 9.

²² MÉTILLE, p. 9.

²³ BUCHELI, p. 387.

²⁴ BUCHELI, p. 388.

²⁵ PFPDT, Formulaires d'inscription, p. 3 ss ; PROBST, N 53 et 55 s.

²⁶ Jugement de la Commission fédérale de la protection des données VPB 2004 no 153 du 28 août 2003, cons. 8b ; PFPDT, Formulaires d'inscription, p. 4 ; PROBST, N 53 ; BUCHELI, p. 387.

notamment si la location est réservée à une catégorie spécifique de personnes²⁷.

25. En revanche, il n'est généralement pas admissible de demander des renseignements sur l'état civil, la commune d'origine ou la religion des personnes concernées, car ces éléments ne sont pas utiles pour la sélection de locataires²⁸. Il en va de même pour le montant actuel du loyer ou la régie du candidat ou de la candidate²⁹. Une question sur l'affiliation à une association de défense de locataires (ASLOCA) n'est pas non plus autorisée³⁰.
26. Selon le PFPDT, des copies de pièces justificatives (en particulier des dernières fiches de salaire et de l'extrait du registre des poursuites) peuvent être demandées uniquement au moment de la préparation du contrat de bail³¹.
27. Nous ne partageons pas cette opinion : la solvabilité doit pouvoir être vérifiée avant de choisir un ou une locataire. Si les informations sont uniquement contrôlées après coup – et qu'il s'avère que les documents fournis ne correspondent pas aux informations figurant sur le formulaire³² – le processus de sélection doit potentiellement être recommencé depuis le début. Le logement risque donc de rester vide plus longtemps et le bailleur ou la bailleuse n'encaissera pas de loyers durant cette période. Dans les villes où la demande pour des logements en location est forte, on peut toutefois s'interroger sur la nécessité d'exiger des copies des documents de *toutes* les personnes

²⁷ PFPDT, Formulaires d'inscription, p. 3 ; ROSENTHAL, N 22. A titre d'illustration, pour des logements étudiants, une attestation d'immatriculation à l'université peut être demandée (BUCHELI, p. 391 ; ROSENTHAL, N 22).

²⁸ PFPDT, Formulaires d'inscription, p. 4 ; BUCHELI, p. 387 ; PERCASSI, p. 4 ; PROBST, N 54.

²⁹ Jugement de la Commission fédérale de la protection des données VPB 2004 no 153 du 28 août 2003, cons. 8a.

³⁰ PERCASSI, p. 4.

³¹ PFPDT, Formulaires d'inscription, p. 4 ; du même avis : ROSENTHAL, N 32.

³² Par exemple, les décomptes salaires de la personne font état d'un revenu bien plus bas que ce qu'elle avait indiqué ; l'extrait du registre des poursuites mentionne des actes de défaut de biens, alors que la personne avait indiqué ne pas en faire l'objet.

candidates. Il serait ainsi possible, dans un premier temps, de requérir uniquement le formulaire complété, puis, dans un deuxième temps, de demander des pièces justificatives uniquement aux personnes envisagées pour la location. Dans ce cas, vu qu'il y aura certainement plusieurs dossiers retenus, le risque que l'ensemble des formulaires contiennent des informations ne correspondant pas aux documents fournis est faible.

28. S'agissant plus particulièrement des documents permettant d'attester de la solvabilité d'une personne, ils doivent à notre avis en principe se limiter – dans le cas d'une personne salariée – à l'extrait du registre des poursuites et aux trois dernières fiches de salaire. Un décompte bancaire ou une décision de taxation ne devraient pas être sollicités³³ : de tels documents permettent d'obtenir des informations non pertinentes pour la conclusion d'un contrat de bail – et donc non aptes à prouver la solvabilité (par exemple le montant des déductions fiscales, l'existence d'un troisième pilier ou les bénéficiaires de versements bancaires).

2. Durée de conservation

29. Le principe de proportionnalité s'applique également à la durée de conservation des données personnelles³⁴. L'art. 6 al. 4 LPD prévoit d'ailleurs que les données personnelles sont détruites ou

³³ Dans un arrêt concernant une restitution anticipée de la chose (art. 264 CO), sans lien avec la protection des données, le Tribunal fédéral a cependant indiqué qu'un extrait de compte bancaire ou une attestation fiscale pouvaient être requis par la bailleuse ou le bailleur afin vérifier la solvabilité de la personne proposée pour reprendre le bail. Il a précisé qu'« il ne saurait être question à cet égard de fixer un cadre rigide quant aux documents exigibles » (TF du 05.08.2020, 4A_239/2020, cons. 10.2). Cet arrêt laisse penser que de tels documents pourraient être demandés ; toutefois, dans la mesure où cet arrêt ne concerne pas la protection des données, il est difficile d'en tirer de réelles conclusions.

³⁴ CR LPD-MEIER/TSCHUMY, art. 6 N 35 ; PC LPD-FRANCEY, art. 6 N 42.

anonymisées dès qu'elles ne sont plus nécessaires au regard des finalités du traitement³⁵.

30. En matière de bail, la durée de conservation diffère selon les données personnelles traitées.
31. S'agissant de dossiers de candidature écartés, ceux-ci doivent être supprimés une fois le contrat de bail signé³⁶. Il est toutefois admissible de les garder quelques semaines pour l'hypothèse où la personne sélectionnée comme locataire se désiste³⁷. En outre, il convient de réserver le cas où la personne concernée a demandé à figurer sur une liste d'attente ou à recevoir des annonces pour des logements similaires³⁸.
32. Pour ce qui est des locataires en place, seuls les documents utiles pour la relation contractuelle peuvent être gardés par le responsable du traitement³⁹. Cela signifie en particulier que certains des documents initialement transmis avec la demande de location doivent être détruits, comme l'extrait du registre des poursuites.
33. Enfin, en ce qui concerne les locataires ayant définitivement quitté leur logement, leurs données personnelles doivent en principe être supprimées⁴⁰. Il est toutefois admissible de garder certaines informations, notamment si la loi l'impose⁴¹ (ce qui est le cas pour les pièces comptables, qui doivent être conservées pendant dix ans selon l'art. 958^f CO⁴²) ou si elles pourraient se révéler utiles dans le futur. Ainsi, les données qui seraient pertinentes en cas d'ouverture d'une procédure judiciaire peuvent être conservées jusqu'à l'échéance du délai de prescription⁴³. Les

³⁵ Message LPD, p. 6645.

³⁶ PFPDT, Formulaires d'inscription, p. 3 ; PC LPD-FRANCEY, art. 6 N 51 ; PERCASSI, p. 4.

³⁷ ROSENTHAL, N 30.

³⁸ PFPDT, Formulaires d'inscription, p. 3 ; PC LPD-FRANCEY, art. 6 N 51 ; PROBST, N 31 ; ROSENTHAL, N 31 ; à ce sujet, voir également N 50.

³⁹ Dans ce sens : ROSENTHAL, N 32.

⁴⁰ ROSENTHAL, N 46.

⁴¹ ROSENTHAL, N 46.

⁴² PC LPD-FRANCEY, art. 6 N 48.

⁴³ ROSENTHAL, N 46.

coordonnées des locataires ayant déménagé, en particulier leur nouvelle adresse, peuvent également être gardées afin de leur transmettre leur dernier décompte de charges.

D. Finalité

34. L'art. 6 al. 3 LPD consacre le principe de finalité. Selon cette disposition, les données personnelles ne peuvent être collectées que pour des finalités déterminées et reconnaissables pour la personne concernée et doivent être traitées ultérieurement de manière compatible avec ces finalités.
35. L'adresse électronique de candidats ou candidates à une location dont le dossier n'a pas été retenu ne pourrait donc pas être utilisée par une gérance pour leur envoyer de la publicité pour d'autres biens à louer (à moins d'avoir obtenu leur consentement)⁴⁴. L'envoi de courriels constitue en effet une finalité différente de celle pour laquelle les données personnelles ont été initialement collectées.

E. Transparence (ou reconnaissabilité)

36. Le principe de transparence (ou de reconnaissabilité⁴⁵) est prévu à l'art. 6 al. 3 LPD. Selon celui-ci, la collecte de données personnelles et les finalités du traitement doivent être reconnaissables pour la personne concernée⁴⁶. Il est donc respecté si cette dernière est informée, si la loi prévoit le traitement de

⁴⁴ BUCHELI, p. 387. Soulignons que l'art. 3 let. o LCD, qui permet d'envoyer de la publicité par voie de télécommunication sans consentement lorsqu'une personne « a obtenu les coordonnées de ses clients lors de la vente de marchandises, d'œuvres ou de prestations et leur a indiqué qu'ils pouvaient s'opposer à l'envoi de publicité de masse par voie de télécommunication » n'est à notre avis pas applicable dans une telle situation, car – à part la réception et l'éventuel examen du dossier – aucune prestation n'a été fournie par la gérance.

⁴⁵ CR LPD-MEIER/TSCHUMY, art. 6 N 39 ; PC LPD-FRANCEY, art. 6 N 89.

⁴⁶ OFK DSG-FANGER, art. 6 N 8 ; MÉTILLE, p. 10 ; ROSENTHAL/STUDER/LOMBARD (pour la traduction), N 35.

données personnelles ou lorsque les circonstances permettent de comprendre quelles données sont collectées et pourquoi⁴⁷.

37. L'utilité de ce principe est toutefois limitée dans le cadre de la nouvelle LPD, car – par rapport à l'ancienne loi – l'art. 19 LPD soumet désormais le responsable du traitement à un véritable devoir d'information envers les personnes concernées⁴⁸ (voir N 61 ss à ce sujet).

F. Exactitude

38. Le principe d'exactitude figure à l'art. 6 al. 5 LPD. Il exige que le responsable du traitement s'assure que les données personnelles traitées sont exactes et prenne les mesures appropriées pour rectifier, effacer ou détruire les données inexactes ou incomplètes. Une donnée est exacte si elle est correcte, à jour et objective⁴⁹.
39. Ce principe n'oblige toutefois pas le responsable du traitement à vérifier en permanence si les données personnelles qu'il détient sont exactes et à les corriger le cas échéant⁵⁰.

G. Sécurité

40. Le principe de sécurité est consacré par l'art. 8 LPD, selon lequel les responsables du traitement et les sous-traitants doivent assurer, par des mesures organisationnelles et techniques appropriées, une sécurité adéquate des données personnelles par rapport au risque encouru (al. 1), étant précisé que les mesures doivent permettre d'éviter toute violation de la sécurité des données (al. 2). Cette disposition est complétée par les art. 1 ss OPDo.

⁴⁷ OFK DSG-FANGER, art. 6 N 8 ; MÉTILLE, p. 10.

⁴⁸ MÉTILLE, p. 11 ; PERCASSI, p. 4 ; voir également OFK DSG-FANGER, art. 6 N 8.

⁴⁹ PC LPD-FRANCEY, art. 6 N 99 ; MÉTILLE, p. 11.

⁵⁰ MÉTILLE, p. 11.

41. Les mesures techniques sont celles qui ont trait aux aspects techniques du système mis en place pour traiter les données personnelles, par exemple le cryptage des données ou l'utilisation d'un processus d'authentification à deux facteurs pour accéder à des informations⁵¹. Quant aux mesures organisationnelles, elles concernent les personnes utilisant ce système, son environnement ou encore la façon dont il est utilisé⁵². Comme exemple, on peut citer le fait d'autoriser uniquement les personnes qui ont besoin des données à y accéder⁵³.
42. Le PFPDT a récemment sorti un « Guide relatif aux mesures techniques et organisationnelles de la protection des données (TOM) » contenant des conseils utiles pour l'implémentation de ces mesures⁵⁴. La CNIL (qui est l'autorité française de contrôle en matière de protection des données) a également mis à jour dernièrement son « Guide de la sécurité des données personnelles », auquel les responsables du traitement peuvent également se référer⁵⁵.
43. De plus, l'art. 7 LPD, qui est une nouveauté de la LPD révisée, impose désormais au responsable du traitement d'assurer la protection des données dès la conception et par défaut. La protection des données « dès la conception » signifie que les mesures techniques et organisationnelles doivent être prises dès que le traitement est conçu. La protection des données « par défaut » implique, lorsque les personnes concernées peuvent modifier les paramètres de protection des données d'une application, d'un logiciel ou d'un service, que les réglages de base soient limités au minimum requis⁵⁶. En raison de cette

⁵¹ PFPDT, Guide TOM, p. 7 ; BSK DSG-STAMM-PFISTER, art. 8 N 14.

⁵² PFPDT, Guide TOM, p. 7 ; BSK DSG-STAMM-PFISTER, art. 8 N 14.

⁵³ BUCHELL, p. 389.

⁵⁴ Ce guide est disponible sur le site du PFPDT, <https://www.edoeb.admin.ch/> (consulté le 6 mai 2024).

⁵⁵ Ce guide est disponible sur le site de la CNIL, <https://www.cnil.fr/> (consulté le 6 mai 2024).

⁵⁶ CR LPD-FANTI/STAEGGER, art. 7 N 49 ; ROSENTHAL/STUDER/LOMBARD (pour la traduction), N 47.

obligation, si une régie permet l'envoi de candidatures pour un logement via son site internet, ce moyen devrait pouvoir être utilisé sans devoir créer un compte sur le site⁵⁷.

IV. Atteinte à la personnalité et motifs justificatifs

A. Système légal

44. La LPD ayant notamment pour but la protection de la personnalité des personnes physiques (art. 1 LPD), les art. 30 ss LPD reprennent le principe, ancré à l'art. 28 CC, selon lequel une atteinte à la personnalité est illicite à moins d'être justifiée par le consentement de la personne concernée, par un intérêt privé ou public prépondérant, ou par la loi⁵⁸.
45. L'art. 30 al. 2 LPD prévoit trois situations qui constituent une atteinte à la personnalité de la personne concernée : le traitement de données personnelles en violation des principes définis aux art. 6 et 8 LPD (voir N 18 ss concernant ces principes) (let. a), le traitement de données personnelles contre la manifestation expresse de la volonté de la personne concernée (let. b) ou la communication de données sensibles à des tiers (let. c).
46. Si l'une de ces trois hypothèses est réalisée, le traitement de données personnelles est illicite à moins que l'un des motifs justificatifs mentionnés ci-dessus ne soit donné.
47. Pour déterminer si un bailleur ou une bailleuse, ou une régie, effectue un traitement de données personnelles illicite, il convient donc de vérifier si l'une des présomptions d'atteinte à la personnalité est réalisée et – si tel est le cas – si un motif

⁵⁷ Voir Message LPD, p. 6649 ; MÉTILLE, p. 38.

⁵⁸ ROSENTHAL, N 12 (en lien avec l'aLPD). En matière de droit du bail, parmi les dispositions permettant de justifier une atteinte à la personnalité, on peut notamment citer celles qui obligent les bailleuses et bailleurs à annoncer l'arrivée et le départ de locataires (voir par exemple art. 48 al. 1 LHRCH/NE ou art. 14 al. 2 LCH/VD) (BUCHELI, p. 391 ; PERCASSI, p. 6).

justificatif existe. Trois exemples de cette analyse sont présentés ci-dessous.

B. Exemples choisis

1. Collecte d'informations disproportionnée sur des candidats et candidates à une location

48. Nous avons exposé ci-dessus (N 24 ss) qu'en vertu du principe de proportionnalité, les informations collectées sur les personnes se portant candidates à une location doivent être limitées à ce qui est apte et nécessaire pour choisir à qui sera attribué un logement. Si les données personnelles récoltées dépassent ce cadre, il y a par conséquent une violation du principe de proportionnalité et une atteinte à la personnalité selon l'art. 30 al. 2 let. a LPD⁵⁹. On peut donc se demander si une régie, en tant que responsable du traitement, peut dans un tel cas se prévaloir du consentement des personnes concernées comme motif justificatif à l'atteinte (par exemple en mentionnant dans le formulaire de location que certaines informations sont facultatives – ce qui implique que celui ou celle qui les donne le fait volontairement, et donc de manière consentie).
49. A cet égard, le PFPDT – auquel nous nous rallions – souligne que seul un consentement libre et éclairé est un motif justificatif valable ; or, « *les personnes qui cherchent un logement sont, vu la concurrence qui existe entre les candidats intéressés à la location, restreintes dans leur liberté de refuser la collecte de certaines données en vue de la conclusion du bail* »⁶⁰. De ce fait, en principe, des champs facultatifs ne sauraient figurer sur un formulaire de location⁶¹. Si néanmoins de telles questions sont posées, la doctrine considère que la personne intéressée à louer le

⁵⁹ Dans ce sens : ROSENTHAL, N 22.

⁶⁰ PFPDT, Formulaires d'inscription, p. 1 ; dans le même sens : Jugement de la Commission fédérale de la protection des données VPB 2004 no 153 du 28 août 2003, cons. 7c.

⁶¹ ROSENTHAL, N 24.

bien est autorisée à mentir⁶², et que ce mensonge ne devra pas entraîner de désavantages pour elle par la suite.

50. En revanche, certaines questions facultatives concernant des éléments qui n'ont pas de lien avec l'évaluation des candidatures sont parfois admissibles – par exemple une case à cocher si la personne souhaite être mise sur liste d'attente ou recevoir par courriel des annonces pour des logements similaires mis en location⁶³.

2. Vidéosurveillance

51. La question d'une atteinte à la personnalité et d'un éventuel motif justificatif se pose également lorsqu'un ou une locataire demande le démontage de caméras de vidéosurveillance filmant l'intérieur ou les abords de l'immeuble où se situe son logement. En effet, dans une telle hypothèse, il y a atteinte à la personnalité car des données personnelles sont traitées contre la manifestation expresse de la volonté de la personne concernée (art. 30 al. 2 let. b LPD) ; un motif justificatif est donc nécessaire pour que l'atteinte soit licite.
52. La problématique du motif justificatif en cas de vidéosurveillance a été soumise au Tribunal fédéral dans l'ATF 142 III 263 (JdT 2017 II 423, DB 2016 p. 56). Cette affaire concernait des bailleurs ayant installé douze caméras à l'intérieur et à l'extérieur des bâtiments en location. La vidéosurveillance était annoncée par des panneaux indicateurs et visait à prévenir et poursuivre les infractions pouvant être commises à l'intérieur et à l'extérieur de l'immeuble (actes de vandalisme, vols, cambriolages). Un

⁶² ROSENTHAL, N 24. PROBST semble quant à lui considérer qu'un mensonge n'est admissible que si l'information non nécessaire demandée n'est pas indiquée comme étant facultative (PROBST, N 62). Cette approche est celle adoptée en droit du travail, où l'on considère qu'une personne, à qui une question inadmissible (du point de vue de la protection des données) est posée lors du processus d'engagement, peut répondre de façon erronée (voir ATF 149 II 337, cons. 5.2.5 et les références citées).

⁶³ BUCHELL, p. 390 ; ROSENTHAL, N 30.

locataire a donc ouvert une action civile visant à condamner les bailleurs à enlever les caméras. Amené à se prononcer sur l'admissibilité de la vidéosurveillance au regard de la LPD, le Tribunal fédéral a confirmé le raisonnement de l'instance précédente⁶⁴. Celle-ci a estimé que les bailleurs possédaient un intérêt prépondérant à prévenir et élucider les cambriolages et les déprédations dans l'immeuble⁶⁵. L'intérêt des bailleurs n'était toutefois pas suffisant s'agissant de trois caméras filmant l'entrée de l'immeuble où habitait le locataire et les passages intérieurs conduisant à la buanderie⁶⁶. Les bailleurs ont donc été condamnés à démonter ces trois caméras, mais pas les neuf autres – étant ici précisé que certaines de ces neuf caméras filmaient l'intérieur des immeubles, mais que les autres locataires avaient consenti à leur installation⁶⁷.

53. Plusieurs éléments peuvent être tirés de cet arrêt. Premièrement, une atteinte à la personnalité causée par l'installation d'un dispositif de vidéosurveillance peut être justifiée par l'intérêt privé prépondérant du bailleur ou de la bailleuse. Cet intérêt consistera généralement à prévenir et/ou constater des infractions⁶⁸. Deuxièmement, plus la vidéosurveillance est intrusive, moins cet intérêt est important. En particulier, comme souligné par PROBST, la vidéosurveillance ne doit pas permettre de filmer des lieux qui sont utilisés par une seule ou un seul locataire (appartement, balcon, terrasse, palier, etc.)⁶⁹. Enfin, on relèvera que les circonstances d'espèce doivent toujours être prises en compte, et qu'il n'est pas possible de déterminer abstraitement si l'utilisation d'un système de vidéosurveillance est admissible ou non.
54. Deux précisions, qui ne ressortent pas de l'ATF précité, méritent encore d'être mentionnées. D'une part, si le consentement peut certes constituer un motif justificatif à la pose de caméras, il ne

⁶⁴ ATF 142 III 263, cons. 2.2.2, JdT 2017 II 423, DB 2016 N 28.

⁶⁵ ATF 142 III 263, cons. 2.2.2, JdT 2017 II 423, DB 2016 N 28.

⁶⁶ ATF 142 III 263, cons. 2.2.2, JdT 2017 II 423, DB 2016 N 28.

⁶⁷ ATF 142 III 263, cons. 2.2.2, JdT 2017 II 423, DB 2016 N 28.

⁶⁸ ROSENTHAL, N 35.

⁶⁹ PROBST, note *in* : DB 2016, p. 58.

sera pas valable s'il est demandé sur un formulaire de candidature à un logement (voir ci-dessus, N 48 ss). D'autre part, le droit de s'opposer à la mise en place d'un système de vidéosurveillance existe même si les caméras ont été installées avant la conclusion du contrat de bail.

3. Surveillance par des agences de renseignements privées

55. Les gérances font parfois appel à des agences de renseignements privées ou à des détectives pour enquêter sur le comportement de locataires. C'est ce qui s'est passé dans une affaire jugée récemment par le Tribunal fédéral (4A_143/2023), concernant la résiliation d'un contrat de bail en raison d'une sous-location abusive. La bailleresse, après avoir pris des renseignements auprès du voisinage et du concierge, soupçonnait une locataire d'avoir sous-loué son appartement sans avoir aucune intention d'y revenir, comportement constitutif d'un abus de droit. La locataire, après avoir été interpellée par la régie à ce sujet et mise en demeure de réintégrer l'appartement loué, a cependant indiqué ne pas avoir sous-loué son logement. La bailleresse a alors mandaté une agence afin d'enquêter sur sa locataire. Selon l'état de fait figurant dans la décision du Tribunal fédéral, l'enquêteur de l'agence a établi un rapport comprenant des informations sur les adresses officielles de la locataire depuis 1978, sa ligne téléphonique, son abonnement auprès des services industriels, l'adresse mentionnée sur la carte grise de son scooter, les professions qu'elle avait exercées, ainsi que les poursuites et les actes de défaut de biens dont elle faisait l'objet. En outre, l'enquêteur avait effectué des surveillances de l'immeuble concerné et posé des témoins sur la porte d'entrée. Sur la base de ces informations, la bailleresse a résilié le bail de façon extraordinaire pour sous-location abusive. La locataire a contesté cette résiliation – sans succès – jusqu'au Tribunal fédéral.
56. L'arrêt du Tribunal fédéral ne porte pas sur la question de savoir si cette surveillance était admissible ou non au regard du droit de la protection des données. Néanmoins, on peut véritablement se demander si tel était le cas – en particulier parce que, en cas de violation de la LPD, la locataire aurait potentiellement pu

invoquer que le rapport de l'enquêteur était un moyen de preuve obtenu de manière illicite qui n'aurait pas dû être pris en compte par le tribunal (art. 152 al. 2 CPC).

57. Il convient donc d'examiner si la surveillance secrète de locataires – à l'instar de celle mise en place dans l'arrêt 4A_143/2023 – peut être considérée comme conforme à la LPD.
58. Premièrement, une telle surveillance secrète contrevient manifestement au principe de transparence ancré à l'art. 6 al. 3 LPD. En outre, s'agissant plus particulièrement de l'enquête décrite dans l'arrêt 4A_143/2023, celle-ci viole également le principe de proportionnalité : de nombreuses données personnelles récoltées n'étaient pas utiles pour déterminer si la locataire avait effectivement sous-loué son appartement sans aucune volonté d'y revenir un jour (par exemple son adresse entre 1978 et 1992, sa profession, l'existence de poursuites et d'actes de défauts de biens ou encore la pose de témoins sur la porte – qui permettait certes de savoir si une personne se rendait dans l'appartement, mais pas de déterminer son identité). Un tel traitement de données personnelles cause donc une atteinte à la personnalité au sens de l'art. 30 al. 2 let. a LPD.
59. Reste à déterminer si cette atteinte à la personnalité peut être justifiée par l'un des motifs de l'art. 31 LPD. Seul l'intérêt privé du responsable du traitement (qu'il s'agisse du bailleur ou de la baillesse, ou d'une régie) semble ici entrer en ligne de compte. Cet intérêt peut toutefois être considéré comme prépondérant uniquement si certaines conditions sont remplies. Premièrement, la surveillance secrète se présente comme l'*ultima ratio*, qui ne doit être mise en œuvre que s'il existe des soupçons d'abus de droit et que des moyens de moins intrusifs ont été utilisés et n'ont pas permis de découvrir la vérité (comme aller voir le nom figurant sur la boîte aux lettres, demander des informations au voisinage ou à la personne chargée de la conciergerie). Deuxièmement, l'enquête doit se limiter à ce qui est nécessaire pour déterminer s'il y a effectivement sous-location abusive. S'agissant des données personnelles dépassant ce cadre, l'intérêt privé du responsable du traitement ne saurait être considéré

comme prépondérant. Enfin, la surveillance doit cesser dès que les informations utiles ont été récoltées.

V. Obligations du responsable du traitement

60. La LPD soumet les responsables du traitement à différentes obligations en matière de traitement de données personnelles. Les principales obligations pertinentes dans le contexte du bail à loyer sont exposées ci-dessous.

A. Devoir d'informer

61. L'art. 19 LPD prévoit un devoir d'information général⁷⁰ du responsable du traitement envers la personne concernée. Ainsi, selon l'art. 19 al. 2 LPD, celle-ci doit recevoir les informations suivantes : l'identité et les coordonnées du responsable du traitement (let. a), la finalité du traitement (let. b) et, le cas échéant, les destinataires ou les catégories de destinataires auxquels des données personnelles sont transmises (let. c). En outre, si les données personnelles ne sont pas collectées auprès de la personne concernée, elle doit être renseignée sur les catégories de données traitées (art. 19 al. 3 LPD). Enfin, en cas de communication de données personnelles à l'étranger (voir N 73 ss à ce sujet), la personne concernée doit aussi être informée du nom de l'Etat ou de l'organisme international auquel les données sont communiquées et, le cas échéant, des garanties prévues à l'art. 16 al. 2 LPD ou de l'application d'une des exceptions prévues à l'art. 17 LPD (art. 19 al. 4 LPD). Selon l'art. 13 OPDo, les informations précitées doivent être communiquées aux personnes concernées de manière concise, transparente, compréhensible et facilement accessible.
62. Plusieurs exceptions au devoir d'informer sont prévues à l'art. 20 al. 1 LPD. Le responsable du traitement en est en particulier délié

⁷⁰ Sous l'empire de l'aLPD, le devoir d'informer était limité aux cas de collecte de données sensibles ou de profils de la personnalité (art. 14 al. 1 aLPD ; voir BUCHELI, p. 395 ; PERCASSI, p. 6 ; ROSENTHAL/STUDER/LOMBARD [pour la traduction], N 92).

si la personne concernée dispose déjà des informations (let. a) ou si le traitement des données personnelles est prévu par la loi (let. b). Si les données personnelles ne sont pas collectées auprès de la personne concernée, le responsable du traitement n'est pas non plus soumis au devoir d'information dans les deux cas mentionnés à l'art. 20 al. 2 LPD – c'est-à-dire si l'information est impossible à donner (let. a) ou qu'elle nécessite des efforts disproportionnés (let. b). Finalement, le devoir d'information peut être restreint ou différé dans les situations listées à l'art. 20 al. 3 LPD, en particulier si les intérêts prépondérants d'un tiers (let. a) ou du responsable du traitement privé l'exigent (let. c ; pour autant toutefois que les données ne soient pas communiquées à des tiers), ou encore si l'information empêche le traitement d'atteindre son but (let. b).

63. La loi ne précise pas de quelle manière les informations doivent être fournies aux personnes concernées⁷¹. Le responsable du traitement peut mettre à disposition une politique de confidentialité (document également nommé déclaration de confidentialité ou déclaration de protection des données) sur son site Internet⁷². Un renvoi à ce site peut ensuite figurer dans les formulaires de location et les contrats de bail⁷³. Alternativement, les informations peuvent être communiquées en joignant aux documents précités une déclaration de confidentialité⁷⁴ ou en y insérant directement des clauses relatives à la protection des données⁷⁵.
64. En outre, si un immeuble locatif est équipé d'un système de vidéosurveillance, ce traitement de données personnelles devra être signalé par un panneau d'information⁷⁶.

⁷¹ ROSENTHAL/STUDER/LOMBARD (pour la traduction), N 99.

⁷² ROSENTHAL/STUDER/LOMBARD (pour la traduction), N 99.

⁷³ BUCHELI, p. 396 ; PERCASSI, p. 7.

⁷⁴ PERCASSI, p. 7.

⁷⁵ BUCHELI, p. 396.

⁷⁶ BUCHELI, p. 400 s. (qui recommande d'ajouter un QR-Code sur le panneau, qui renvoie à des informations supplémentaires sur le traitement de données).

65. Dans le contexte du bail, rappelons que la bailleuse ou le bailleur est responsable du traitement, de même que la gérance, si la gestion des immeubles lui a été confiée⁷⁷. Ces deux personnes sont donc chacune soumises au devoir d'informer. Si le contrat de bail établi par une gérance renvoie uniquement à sa propre politique de confidentialité, il est recommandé de préciser que cette politique ne concerne que le traitement de données personnelles qu'elle effectue elle-même et d'inviter à consulter la politique de confidentialité établie par la personne bailleuse s'agissant du traitement de données personnelles réalisé par cette dernière.
66. Comme indiqué ci-dessus, le devoir d'information oblige le responsable du traitement à mentionner son identité aux personnes concernées. Vu qu'une personne propriétaire qui met un logement en location a la qualité de responsable du traitement dans le contexte d'un contrat de bail, elle ne pourra pas rester anonyme face à ses locataires. A notre sens, aucune des exceptions de l'art. 20 LPD ne pourrait s'appliquer. La pratique – qui semble devenir de plus en plus courante en Suisse romande – consistant à mentionner uniquement la gérance sur les contrats de bail, en taisant le nom du bailleur ou de la bailleuse, n'est donc pas conforme au droit de la protection des données.

B. Sous-traitance

67. Le responsable du traitement peut déléguer un traitement de données personnelles à un sous-traitant si les conditions de l'art. 9 LPD sont remplies. Premièrement, la sous-traitance doit être autorisée par la loi ou prévue par un contrat (art. 9 al. 1 LPD). Deuxièmement, le responsable du traitement doit être en droit d'effectuer lui-même les traitements délégués et le recours à un sous-traitant ne doit pas être interdit par une obligation légale ou contractuelle de garder le secret (art. 9 al. 1 let. a et b LPD). Enfin, le responsable du traitement doit s'assurer que le sous-traitant est en mesure de garantir la sécurité des données.

⁷⁷ Voir N 13 ss.

68. L'art. 9 al. 3 LPD autorise la sous-traitance ultérieure si le responsable du traitement a autorisé le sous-traitant à le faire.
69. Le recours à des sous-traitants est fréquent en pratique pour les données personnelles traitées informatiquement. Ainsi, une régie fait appel à un sous-traitant lorsqu'elle stocke les données des locataires sur un *cloud*⁷⁸, lorsqu'elle envoie des newsletters par courriel à l'aide d'une application⁷⁹ ou utilise des cookies tiers pour analyser le trafic de son site internet. Comme exposé plus haut, les gérances peuvent également, dans certains cas de figure limités, être considérées comme des sous-traitants de bailleuses ou de bailleurs (voir N 16).

C. Registre des activités de traitement

70. L'art. 12 LPD oblige les responsables du traitement et les sous-traitants à tenir un registre des activités de traitement. Les informations qui doivent figurer au minimum dans le registre sont listées à l'art. 12 al. 1 LPD. La loi ne prescrit pas d'exigences de forme particulières pour ce document, qui peut donc se présenter dans un format très simple (comme un fichier Word ou Excel)⁸⁰.
71. Cette obligation ne s'applique toutefois pas aux responsables du traitement qui sont des entreprises employant moins de 250 collaboratrices et collaborateurs au 1^{er} janvier d'une année ou qui sont des personnes physiques (exception), sauf si le traitement porte sur des données sensibles à grande échelle ou si le traitement constitue un profilage à risque élevé (exception de l'exception) (art. 12 al. 5 LPD et 24 OPDo).
72. En matière de bail, les traitements de données personnelles ne constituent généralement pas des traitements de données

⁷⁸ CR LPD-MÉTILLE, art. 9 N 32 ; PERCASSI, p. 8 ; ROSENTHAL/STUDER/LOMBARD (pour la traduction), N 15 et 57.

⁷⁹ PERCASSI, p. 8 ; ROSENTHAL/STUDER/LOMBARD (pour la traduction), N 15 et 57.

⁸⁰ ROSENTHAL/STUDER/LOMBARD (pour la traduction), N 145.

sensibles à large échelle ni des profilages à risque élevé⁸¹. Par conséquent, ce sont avant tout les personnes morales de taille importante, possédant des immeubles ou actives en tant que gérances, qui sont concernées par cette obligation⁸².

D. Transfert à l'étranger

73. Les art. 16 s. LPD permettent la communication de données personnelles vers des pays tiers dans certaines situations.
74. Premièrement, un tel transfert est possible si l'Etat de destination dispose d'une législation assurant un niveau de protection adéquat (art. 16 al. 1 LPD). Les Etats remplissant cette exigence sont listés à l'Annexe 1 de l'OPDo. Tous les Etats membres de l'Espace économique européen en font partie.
75. Deuxièmement, une communication de données personnelles à l'étranger est possible si un niveau de protection adéquat est garanti par l'un des instruments listés à l'art. 16 al. 2 LPD. Il s'agit en particulier de clauses types de protection des données préalablement approuvées, établies ou reconnues par le PFPDT. Le PFPDT a reconnu les clauses contractuelles types européennes figurant dans l'annexe de la Décision d'exécution (UE) 2021/914 du 4 juin 2021, qui doivent toutefois être adaptées pour la Suisse⁸³. Suivant l'Etat de destination, ces clauses peuvent cependant parfois être insuffisantes⁸⁴.
76. Troisièmement et finalement, un transfert à l'étranger est également admissible en vertu des dérogations figurant à l'art. 17 al. 1 LPD. En particulier, une communication transfrontière est autorisée si la personne concernée y a expressément consenti (art. 17 al. 1 let. a LPD) ou si la communication est en relation

⁸¹ PERCASSI, p. 7 ; dans ce sens également : BUCHELI, p. 395.

⁸² Dans ce sens : BUCHELI, p. 395 ; PERCASSI, p. 7.

⁸³ Voir PFPDT, Transfert de données personnelles dans un pays ne présentant pas le niveau de protection des données requis, en application de clauses contractuelles types et de contrats types reconnus, 27 août 2021, p. 3 et 5 ; CR LPD-FISCHER, art. 16 N 61 ss.

⁸⁴ MÉTILLE, p. 32.

directe avec la conclusion ou l'exécution d'un contrat entre le responsable du traitement et la personne concernée (art. 17 al. 1 let. b ch. 1 LPD).

77. Précisons qu'une communication de données personnelles à l'étranger ne respectant pas les art. 16 s. LPD peut être sanctionnée, sur plainte, d'une amende maximale de CHF 250'000.- (art. 61 let. a LPD) (voir N 96 ss sur la procédure pénale).
78. Les parties au contrat de bail – de même que les autres personnes pouvant être amenées à intervenir dans ce contexte (régies, sanitaires, entreprises de nettoyage, etc.) sont souvent toutes situées en Suisse, de sorte qu'il n'y a généralement pas de transfert de données personnelles de ce point de vue là. En revanche, le recours à des programmes informatiques ou des applications stockant les données sur des *clouds* est de plus en plus courant. Dans ce cas, les données sont fréquemment hébergées à l'étranger et les art. 16 s. LPD doivent être respectés⁸⁵.

E. Annonces des violations de la sécurité

79. L'art. 24 LPD prévoit l'obligation, pour le responsable du traitement, d'annoncer les violations de la sécurité des données dans certaines circonstances. Il s'agit d'une nouveauté par rapport à l'aLPD⁸⁶. La violation de la sécurité des données est définie comme étant toute violation de la sécurité entraînant de manière accidentelle ou illicite la perte de données personnelles, leur modification, leur effacement ou leur destruction, leur divulgation ou un accès non autorisé à ces données (art. 5 let. h LPD).
80. D'une part, le responsable du traitement doit annoncer au PFPDT toute violation de la sécurité entraînant vraisemblablement un

⁸⁵ CR LPD-FISCHER, art. 16 N 129 ; PERCASSI, p. 8.

⁸⁶ MÉTILLE/MEYER, p. 24 ; ROSENTHAL/STUDER/LOMBARD (pour la traduction), N 160.

risque élevé pour la personnalité ou les droits fondamentaux de la personne concernée⁸⁷. Pour une gérance, ce risque élevé serait par exemple réalisé si elle est victime d'une cyberattaque et que les pirates volent des données personnelles de locataires ou si un employé en fin de contrat télécharge la base de données des locataires sur une clé USB privée⁸⁸. Par contre, l'envoi d'un courriel par erreur à la mauvaise personne n'entraîne en principe pas de risque élevé – et donc pas non plus d'obligation d'annonce⁸⁹.

81. L'annonce au PFPDT doit intervenir dans les meilleurs délais (art. 24 al. 1 LPD) et mentionner au minimum la nature de la violation de la sécurité des données, ses conséquences et les mesures prises ou envisagées (art. 24 al. 2 LPD).
82. D'autre part, le responsable du traitement doit également informer la personne concernée lorsque cela est nécessaire à sa protection ou lorsque le PFPDT l'exige, à moins que l'une des exceptions prévues à l'art. 24 al. 5 LPD ne s'applique. La personne concernée devra en particulier être informée lorsque cela lui permet de prendre elle-même des mesures de protection (par exemple lorsqu'elle possède un compte et peut modifier son mot de passe)⁹⁰.
83. Le sous-traitant est également soumis à une obligation d'annonce en cas de violation de la sécurité des données, mais uniquement envers le responsable du traitement (art. 24 al. 3 LPD).

VI. Droits des personnes concernées

84. La LPD octroie aux personnes concernées différents droits. En particulier, elles sont titulaires d'un droit d'accès à leurs données personnelles, qui sera développé ci-dessous. Elles bénéficient

⁸⁷ Un formulaire permettant d'annoncer les violations de la sécurité est disponible sur le site du PFPDT, <https://www.edoeb.admin.ch/> (consulté le 6 mai 2024).

⁸⁸ Dans ce sens : ROSENTHAL/STUDER/LOMBARD (pour la traduction), N 162.

⁸⁹ ROSENTHAL/STUDER/LOMBARD (pour la traduction), N 162.

⁹⁰ Message LPD, p. 6681 ; MÉTILLE, p. 17 ; MÉTILLE/MEYER, p. 27 s. ; ROSENTHAL/STUDER/LOMBARD (pour la traduction), N 166.

également d'un droit à la remise ou à la transmission des données personnelles (art. 28 s. LPD ; ce droit est aussi appelé « droit à la portabilité »), dont le but est de permettre de récupérer ses propres données dans un format électronique courant ou de les faire transmettre à un autre responsable du traitement. Ce droit vise avant tout à permettre aux personnes concernées de changer facilement de fournisseur pour des services numériques (par exemple passer d'un service de messagerie électronique à un autre) et a donc peu de pertinence dans le domaine du droit du bail. Les personnes concernées peuvent également faire valoir les droits mentionnés à l'art. 32 al. 1 et 2 LPD, notamment exiger la rectification de données personnelles inexactes (al. 1), l'interdiction d'un traitement (al. 2 let. a) ou l'effacement ou la destruction de données personnelles (al. 2 let. c).

85. A noter que certaines obligations du responsable du traitement – comme le devoir d'information – peuvent être vues comme étant simultanément des droits des personnes concernées.
86. S'agissant plus spécifiquement du droit d'accès, l'art. 25 LPD permet à toute personne concernée de demander au responsable du traitement si des données personnelles la concernant sont traitées (al. 1) et, si tel est le cas, de recevoir un certain nombre d'informations, listées à l'al. 2 de cette disposition. En plus de renseignements relatifs au traitement, les données personnelles en tant que telles doivent lui être fournies (art. 25 al. 2 let. b LPD).
87. La communication de ces informations par le responsable du traitement peut toutefois être refusée, restreinte ou différée dans les situations mentionnées à l'art. 26 al. 1 et 2 LPD.
88. Le droit d'accès peut ainsi être limité si les intérêts prépondérants d'un tiers l'exigent (art. 26 al. 1 let. b LPD). En matière de bail à loyer, si un ou une locataire demande accès à ses données personnelles et que les noms d'autres personnes figurent sur certains documents, le responsable du traitement devra de ce fait

– suivant les circonstances – caviarder ces noms avant de les transmettre⁹¹.

89. En outre, selon l’art. 26 al. 1 let. c LPD, le responsable du traitement peut refuser de transmettre les informations requises par l’art. 25 al. 2 LPD lorsque la demande d’accès est manifestement infondée, notamment parce qu’elle poursuit un but contraire à la protection des données. Le responsable du traitement – qu’il s’agisse d’une gérance ou d’un bailleur ou une baillesse – peut en particulier se prévaloir de ce motif lorsqu’une personne locataire cherche par ce biais à obtenir des informations qui lui serviront pour une future procédure judiciaire sans lien avec la protection des données, lui permettant ainsi de contourner les règles procédurales relatives à l’obtention de preuves⁹².

VII. Procédures possibles en cas de violation de la LPD

90. En cas de violation de la LPD, plusieurs procédures peuvent être ouvertes. Leurs caractéristiques et leurs issues possibles sont brièvement exposées ci-dessous.

A. Procédure administrative

91. Le PFPDT peut ouvrir – d’office ou sur dénonciation – une procédure administrative contre un responsable du traitement si des indices suffisants font penser qu’un traitement de données pourrait être contraire à des dispositions de protection des données (art. 49 al. 1 LPD). La procédure est régie par la PA (art. 52 al. 1 LPD).
92. Si une violation de la LPD est établie au terme de l’enquête menée par le PFPDT, celui-ci peut prononcer des mesures administratives (art. 51 LPD). Il a notamment la possibilité d’ordonner au responsable du traitement de prendre des mesures

⁹¹ ROSENTHAL, N 38.

⁹² Message LPD, p. 6683 et 6685 ; TF du 18.11.2020, 4A_277/2020, cons. 5.1 et 5.4 ; CR LPD-BENHAMOU, art. 26 N 15 ; PC LPD-BÉGUIN, art. 26 N 16 s.

de sécurité conformément à l'art. 8 LPD (art. 51 al. 3 let. b LPD) ou de respecter son devoir d'information (art. 51 al. 3 let. c LPD). Les mesures administratives peuvent être assorties d'une menace d'amende en cas d'insoumission à la décision (art. 63 LPD).

B. Procédure civile

93. Si le responsable du traitement est une personne privée, la personne concernée dispose de la faculté d'introduire une procédure civile à son encontre.
94. Les droits qui peuvent être invoqués en procédure civile sont en particulier ceux mentionnés l'art. 32 LPD. L'art. 32 al. 2 CPC rappelle notamment que les actions en protection de la personnalité sont régies par les art. 28, 28a et 28g à 28l CC et que toute personne peut notamment demander l'interdiction d'un traitement déterminé de données personnelles (let. a), l'interdiction d'une communication déterminée de données personnelles à des tiers (let. b) ou encore l'effacement ou la destruction de données personnelles (let. c).
95. La procédure est régie par le CPC et se déroule devant les juridictions civiles.

C. Procédure pénale

96. Une violation de la LPD peut également entraîner l'ouverture d'une procédure pénale suite au dépôt d'une plainte.
97. Les art. 60 à 63 LPD prévoient plusieurs infractions permettant de sanctionner le non-respect de certaines dispositions de la LPD par une personne privée, sur plainte, d'une amende de maximum CHF 250'000.-. C'est par exemple le cas de la violation du devoir d'informer (art. 60 al. 1 let. b LPD), ou du non-respect des conditions permettant le transfert de données personnelles à l'étranger (art. 61 let. a LPD) ou la sous-traitance (art. 61 let. b LPD). Ces infractions, punies sur plainte, sont toutes intentionnelles. L'art. 62 LPD instaure en outre un « petit secret professionnel », applicable à toute personne qui a connaissance de données personnelles secrètes dans l'exercice d'une

profession qui requiert la connaissance de telles données, et dont la violation est punissable⁹³.

98. De plus, certaines infractions prévues par le CP sont également susceptibles d'être commises lorsque la LPD n'est pas respectée. C'est le cas des infractions listées aux art. 179 ss CP, par exemple la violation du domaine secret ou du domaine privé au moyen d'un appareil de prise de vues (art. 179^{quater} CP), la soustraction de données personnelles (art. 179^{novies} CP) ou encore l'usurpation d'identité (art. 179^{decies} CP)⁹⁴.
99. La poursuite de ces infractions est régie par le CPP et entre dans la compétence des autorités pénales. En principe, seules les personnes physiques sont punissables en vertu des dispositions de la LPD. A cet égard, le Conseil fédéral a précisé que, dans les entreprises, les personnes punissables seraient en premier lieu les organes dirigeants, et non n'importe quel individu employé de la société⁹⁵. L'entreprise elle-même est susceptible d'être condamnée uniquement si l'amende entrant en ligne de compte ne dépasse pas CHF 50'000.- et que des mesures d'instruction hors de proportion avec la peine encourue seraient nécessaires (art. 64 al. 2 LPD).

VIII. Conclusion

100. Les relations de bail à loyer n'échappent pas à la protection des données et les cas d'application de la LPD dans ce contexte sont nombreux. On observe néanmoins certaines particularités dans ce domaine.
101. Premièrement, le fait que les bailleuses et bailleurs louent couramment des biens par l'intermédiaire de régies implique

⁹³ Pour des détails à ce sujet, voir notamment ROSENTHAL/STUDER/LOMBARD (pour la traduction), N 202 ss.

⁹⁴ L'art. 179^{decies} est entré en vigueur au 1^{er} septembre 2023, en même temps que la LPD.

⁹⁵ Message LPD, p. 6597.

qu'il y a en principe deux responsables de traitement qui traitent les données personnelles des locataires.

102. Deuxièmement, le déséquilibre existant entre les parties au contrat de bail influence la possibilité, pour les locataires, de valablement consentir à un traitement de données personnelles portant atteinte à leur personnalité : en principe, le consentement donné par un ou une locataire ne pourra pas être considéré comme libre – et ne pourra donc pas justifier une atteinte à la personnalité.
103. Troisièmement, un grand nombre de questions liées à la protection des données en droit du bail font depuis longtemps l'objet de discussions (comme la collecte d'informations de candidates et candidats à une location, sujet sur lequel le PFPDT avait déjà émis une recommandation en 1994⁹⁶). De nouvelles problématiques sont néanmoins apparues avec l'accroissement du recours à des outils informatiques pour gérer les relations contractuelles de bail à loyer. La transformation numérique peut notamment impliquer des obligations pour le responsable du traitement (notamment en matière de sous-traitance et de communication transfrontière de données personnelles) qui ne s'appliquaient pas par le passé.
104. Enfin, on constate que la jurisprudence sur la protection des données en droit du bail est peu développée (ce que relevait déjà PROBST en 2008)⁹⁷. Il ne faut pas en déduire qu'il s'agit d'un sujet sans importance. Au contraire, il est important que les locataires, qui sont les parties faibles au contrat de bail, bénéficient d'une protection adéquate s'agissant de leurs données personnelles. A défaut, l'inégalité qui existe déjà entre les parties pourrait encore s'accroître : des locataires dont la personnalité est atteinte en raison d'une violation des règles sur la protection des données n'oseront pas forcément s'en plaindre, par crainte qu'une telle démarche entraîne des conséquences qui leur seraient défavorables sur la relation contractuelle de bail.

⁹⁶ Voir Recommandation du PFPDT du 21.11.1994, FF 1994 V 407-410.

⁹⁷ PROBST, p. 81.

Bibliographie

BAERISWYL BRUNO/PÄRLI KURT/BLONSKI DOMINIKA (édit.), Datenschutzgesetz (DSG), Stämpfli Handkommentar, 2^e éd., Berne 2023 (cité : CS DSG-AUTEUR·E)

BENHAMOU YANIV/COTTIER BERTIL (édit.), Petit commentaire LPD, Loi fédérale sur la protection des données, Bâle 2023 (cité : PC LPD-AUTEUR·E)

BIERI ADRIAN/POWELL JULIAN (édit.), DSG, Kommentar zum Schweizerischen Datenschutzgesetz mit weiteren Erlassen, Orell Füssli Kommentar, Zurich 2023 (cité : OFK DSG-AUTEUR·E)

BLECHTA GABOR-PAUL/VASELLA DAVID (édit.), Datenschutzgesetz/Öffentlichkeitsgesetz, Basler Kommentar, 4^e éd., Bâle 2024 (cité : BSK DSG-AUTEUR·E)

BUCHELI BERNADETTE, Datenschutz im Mietverhältnis : Ausgangslage und Revision des DSG, mp 2020, p. 383 ss

CNIL, Référentiel relatif aux traitements de données à caractère personnel mis en œuvre dans le cadre de la gestion locative, 6 mai 2021, <https://www.cnil.fr/> (consulté le 6 mai 2024)

EPINEY ASTRID/NÜESCH DANIELA/ROVELLI SOPHIA, Datenschutzrecht in der Schweiz : Eine Einführung in das Datenschutzgesetz des Bundes, mit besonderem Akzent auf den für Bundesorgane relevanten Vorgaben, Berne 2023

Message concernant la loi fédérale sur la protection des données (LPD) du 23 mars 1988, FF 1988 II p. 421 ss (cité : Message aLPD)

Message concernant la loi fédérale sur la révision totale de la loi fédérale sur la protection des données et sur la modification d'autres lois fédérales du 15 septembre 2017, FF 2017 p. 6565 ss (cité : Message LPD)

MEIER PHILIPPE/MÉTILLE SYLVAIN (édit.), Loi fédérale sur la protection des données (LPD), Commentaire romand, Bâle 2023 (cité : CR LPD-AUTEUR·E)

MÉTILLE SYLVAIN, La (nouvelle) Loi fédérale sur la protection des données du 25 septembre 2020 : des principes, des droits et des

obligations, *in* : Epiney/Moser/Rovelli (édit.), Die Revision des Datenschutzgesetzes des Bundes/La révision de la Loi fédérale sur la protection des données, Zurich 2022

MÉTILLE SYLVAIN/MEYER PAULINE, Annonce des violations de la sécurité des données : une nouvelle obligation de la nLPD, RSDA 1/2021 p. 23 ss

PERCASSI MARIE-LAURE, Protection des données et baux à loyer : aperçu des règles existantes et des implications de la nouvelle LPD, Newsletter bail.ch mai 2023

PFPDT, Explications concernant les formulaires d'inscription relatifs à la location d'un appartement, 24 juillet 2023, <https://www.edoeb.admin.ch/> (consulté le 6 mai 2024) (cité : Formulaires d'inscription)

PFPDT, Guide relatif aux mesures techniques et organisationnelles de la protection des données (TOM), 15 janvier 2024, <https://www.edoeb.admin.ch/> (consulté le 6 mai 2024) (cité : Guide TOM)

PROBST THOMAS, La protection des données en matière de bail, *in* : Bohnet/Wessner (édit.), 15^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2008

ROSENTHAL DAVID, Datenschutz im Mietrecht, mp 2012 p. 159 ss

ROSENTHAL DAVID/STUDER SAMIRA/LOMBARD ALEXANDRE (pour la traduction), La nouvelle loi sur la protection des données, *in* : Jusletter 16 novembre 2020

La liquidation des rapports de bail à loyer : la théorie au service de la pratique

par

Aurélie Gandoy

Docteure en droit, avocate et chargée de cours en droit du bail à
l'Université de Fribourg

I. Introduction.....	267
II. Liquidation des rapports de bail à loyer de manière générale	267
A. Notion	267
B. Conditions	268
C. Conséquence : création d'un rapport de liquidation.....	269
1. Généralités.....	269
2. Aperçu des obligations de liquidation des rapports de bail à loyer	269
a) Restitution de la chose louée	270
b) Indemnisation pour les travaux à plus-value	270
c) Libération des sûretés	271
III. Onze questions choisies en matière de liquidation des rapports de bail à loyer	272
A. En lien avec l'obligation de restitution	272
1. Comment distinguer l'absence de restitution de la mauvaise restitution ?.....	272
a) Absence de restitution.....	272
b) Mauvaise restitution	275
c) Distinction.....	275
d) Cas particulier de la partie locataire absente	276

2. Des tiers sont-ils tenus à la restitution ?	277
a) Pluralité de parties locataires	277
b) Sous-locataire	278
c) Conjoint·e non-locataire	279
3. Comment déterminer l'état de la chose louée au moment de la restitution ?	280
a) Chose entretenue.....	281
b) Chose exempte de rénovation ou de modification.....	283
c) Chose dans un état résultant d'un usage conforme au contrat	285
4. Quelles incombances la partie bailleuse doit-elle respecter ?	285
5. Le procès-verbal d'état des lieux de sortie peut-il valoir convention d'indemnisation ?.....	287
6. Par quelle procédure requérir l'expulsion ?	289
7. Comment obtenir l'évacuation par exécution forcée ?.....	293
B. En lien avec l'obligation d'indemnisation pour les travaux à plus-value	296
8. Comment déterminer la plus-value et son caractère considérable ?.....	296
9. Comment fixer l'indemnité ?	298
C. En lien avec la libération des sûretés	300
10. A quelles conditions intervient la libération des sûretés au sens de l'art. 257e CO ?.....	300
11. Quelle est la nature de l'assurance de cautionnement ?	302
IV. Conclusion	303
Bibliographie	304

I. Introduction

1. La liquidation des contrats n'est ni définie ni directement traitée dans le Code des obligations. Si la partie générale du Code des obligations traite des causes d'extinction, elle ne contient pas de disposition spécifique à la liquidation des contrats. Diverses dispositions de la partie spéciale du Code des obligations ne traitent, pour leur part, cette thématique qu'en filigrane. Or, à l'extinction des obligations principales, les parties demeurent parfois liées par un rapport juridique, ayant pour but même de liquider ledit contrat.
2. Tel est notamment le cas en matière de contrat de bail à loyer. Les art. 267 et 267a CO relatifs à la restitution de la chose semblent – au premier abord – traiter de la liquidation du contrat de bail. Toutefois, d'autres dispositions légales, disséminées dans le chapitre huit du Code des obligations, permettent d'établir les obligations des parties au moment de la liquidation de leur contrat.
3. Cette contribution a pour vocation de présenter la liquidation des rapports de bail à loyer de manière générale (II) avant d'examiner onze questions choisies, tant matérielles que procédurales en lien avec cette thématique (III). Une brève conclusion clôture cette contribution (IV).

II. Liquidation des rapports de bail à loyer de manière générale

A. Notion

4. La liquidation se définit comme « la relation juridique existant après l'extinction des obligations principales et permettant de mettre fin aux rapports juridiques entre les parties, à l'exclusion d'éventuelles obligations post-contractuelles »¹.

¹ GANDOY, Liquidation, N 74.

5. On distingue trois degrés de fin de contrat : premièrement, la fin du contrat au sens large, intervenant à l'extinction des prestations typiques, sans nécessairement provoquer l'extinction du rapport d'obligation² ; deuxièmement, la fin du contrat au sens relativement étroit, lorsque le contrat est liquidé et qu'aucune obligation – contractuelle ou de liquidation – ne lie plus les parties³ ; troisièmement, la fin du contrat au sens étroit, lorsque le contrat ne déploie plus aucune conséquence juridique⁴. La liquidation conduit donc à la fin du contrat au sens relativement étroit.

B. Conditions

6. La liquidation contractuelle n'intervient qu'en présence, d'une part, d'un contrat efficace et générateur d'obligations et, d'autre part, de l'extinction des obligations principales⁵.
7. Les parties sont liées par un contrat efficace s'il est existant et valide. Il doit donc résulter d'un échange de manifestations de volonté réciproques et concordantes sur les éléments essentiels du contrat. En outre, le contrat doit respecter diverses exigences, notamment relatives à la forme (art. 11 ss CO), et ne doit pas être entaché de lésion ou vice du consentement (art. 21 ss CO). A défaut, le contrat est inefficace et la liquidation des rapports juridiques ne répond pas aux règles contractuelles, mais à celles de l'enrichissement illégitime et des droits réels⁶.

² GAUCH, Beendigung, p. 200 et 202.

³ GAUCH, Beendigung, p. 200 et 205, d'éventuelles obligations post-contractuelles étant réservées.

⁴ GAUCH, Beendigung, p. 200 s.

⁵ MORIN, Liquidation, p. 204 et 207.

⁶ FOUNTOULAKIS, Fin des contrats, p. 57 ; MORIN, Liquidation, p. 203 ; ég. SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, AT, N 32.47 (objet du contrat), N 39.26 ss (vices du consentement) ; TERCIER/PICHONNAZ, N 534 et 540.

8. En outre, par opposition à un contrat générateur d'obligations, un acte de disposition ne crée aucune obligation et ne nécessite pas de liquidation⁷.
9. La création d'un rapport de liquidation du contrat implique par ailleurs l'extinction des obligations typiques (principales) du contrat liant les parties. La cause d'extinction n'est pas déterminante⁸.

C. Conséquence : création d'un rapport de liquidation

1. Généralités

10. La survenance du rapport de liquidation fait naître de nouvelles obligations entre les parties, dont le but intrinsèque est de permettre la suppression de tout lien juridique entre elles, permettant la fin du contrat au sens étroit (*supra* N 5)⁹.
11. Les obligations de liquidation se divisent en trois types d'obligations : de restitution, de remboursement des impenses et d'indemnisation en cas d'inexécution. Ne font en revanche pas partie de cette catégorie, les obligations contractuelles, les obligations résiduelles et les obligations post-contractuelles¹⁰.

2. Aperçu des obligations de liquidation des rapports de bail à loyer

12. En matière de bail à loyer, les obligations de liquidation peuvent être synthétisées en trois obligations : l'obligation de la partie locataire de restituer la chose louée (a), l'obligation de la partie bailleuse d'indemniser la partie locataire pour la plus-value considérable occasionnée par les aménagements de cette dernière (b) ainsi que l'obligation de faire libérer les sûretés (c). En cas

⁷ TERCIER/PICHONNAZ, N 233.

⁸ GAUCH, *Beendigung*, p. 202 ; MORIN, *Liquidation*, p. 207.

⁹ SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, AT, N 82.01.

¹⁰ GANDOY, *Liquidation*, N 110 ss.

d'inexécution en lien avec ces obligations, les parties peuvent être tenues à une indemnisation.

a) Restitution de la chose louée

13. Au début du bail, la partie bailleresse doit remettre la possession de la chose louée à la partie locataire. Lorsque le bail prend fin, la partie locataire doit restituer la chose louée en transférant sa possession à la partie bailleresse¹¹.
14. Conformément à l'art. 267 CO, à la fin du bail, la partie locataire doit restituer la chose louée dans un état qui résulte d'un usage conforme au contrat. Cette disposition constitue d'une part la base légale de l'acte de restitution et de son moment, et d'autre part de l'état de la chose à la restitution¹².
15. Cette obligation amène des questionnements quant à la distinction entre l'absence de restitution et une mauvaise restitution (*infra* N 23 ss), la restitution en lien avec des tiers (*infra* N 39 ss), la détermination de l'état de la chose louée (*infra* N 50 ss), les incombances de la partie bailleresse (*infra* N 67 ss), la possibilité de convention d'indemnisation dans le procès-verbal d'état des lieux de sortie (*infra* N 72 ss), le choix de procédure afin de requérir l'expulsion (*infra* N 79 ss) et enfin au sujet de l'évacuation forcée (*infra* N 88 ss).

b) Indemnisation pour les travaux à plus-value

16. Conformément à l'art. 260a al. 1 CO *a contrario*, la partie locataire peut procéder à des travaux de rénovation ou de modification de la chose louée avec l'accord écrit de la partie bailleresse.
17. En vertu de l'art. 260a al. 3 CO, et pour autant que les parties n'aient pas convenu d'une remise en état, la partie locataire peut prétendre, à certaines conditions, à une indemnité au terme du

¹¹ ZK-HIGI/WILDISEN, art. 267 CO N 70.

¹² GANDROY, Liquidation, N 361.

bail. La partie locataire doit avoir effectué les travaux avec l'accord de la partie bailleresse, et ils doivent procurer à la chose louée une plus-value considérable.

18. Cette obligation d'indemnisation amène des interrogations quant à la détermination d'une plus-value considérable (*infra* N 99 ss) ainsi que de la fixation de l'indemnité (*infra* N 106 ss).

c) Libération des sûretés

19. En louant son bien, la partie bailleresse s'expose à certains risques financiers. Pour cette raison, les parties peuvent prévoir des sûretés. Celles-ci peuvent prendre diverses formes, notamment celles d'un contrat de porte-fort, d'un cautionnement, d'un engagement solidaire ou encore d'une assurance de cautionnement. Lorsque les parties conviennent de la fourniture de sûretés sous forme de papier-valeurs ou d'espèces, l'art. 257e CO est impérativement applicable¹³.
20. En cas de sûretés au sens de l'art. 257e CO, la partie bailleresse bénéficie d'un gage mobilier¹⁴. Au terme du bail, la libération des sûretés n'intervient qu'en présence d'un accord entre les parties, d'un commandement de payer ou d'un jugement exécutoire en faveur de la partie bailleresse, ou encore de l'écoulement du délai d'une année depuis la fin du bail en faveur de la partie locataire.
21. Lorsque les sûretés sont fournies sous une autre forme, la liquidation du rapport juridique existant dépend de chaque régime applicable¹⁵.
22. Les conditions posées à la libération des sûretés au sens de l'art. 257e CO nécessitent certaines précisions (*infra* N 109 ss). En outre, la nature de l'assurance de cautionnement mérite certains développements (*infra* N 114 ss).

¹³ SVIT K.-REUDT, art. 257e CO N 4.

¹⁴ ATF 129 III 360, cons. 2, DB 15/2003 N 5 ; TC VD du 02.11.2020, Plainte/2020/35, cons. IV a) ; NAGEL/NAGEL, Mietzinsdepots, N 5 ; *contra* : JAUQUES, JdT, p. 9 ss.

¹⁵ GANDOY, Liquidation, N 1224 ss.

III. Onze questions choisies en matière de liquidation des rapports de bail à loyer

A. En lien avec l'obligation de restitution

1. Comment distinguer l'absence de restitution de la mauvaise restitution ?

23. Au terme du bail, la partie locataire doit restituer la chose louée de manière effective, définitive et complète¹⁶. Le caractère effectif de la restitution implique d'en (re)transférer la possession à la partie bailleuse¹⁷. La partie locataire y procède en principe par la restitution des clefs ainsi que par l'inoccupation évidente des locaux, qui se traduit par le fait d'avoir vidé les locaux de tous les meubles et occupant·e·s¹⁸. Par ailleurs, la partie locataire doit restituer la chose louée dans un état qui résulte d'un usage conforme au contrat (art. 267 CO).
24. En pratique, il n'est pas toujours aisé pour la partie bailleuse de déterminer si elle est confrontée à une absence de restitution ou à une mauvaise restitution. Si la partie locataire n'a pas valablement restitué la chose louée, il y a absence de restitution (a). Si la partie locataire restitue valablement la chose louée, mais que celle-ci est entachée d'un défaut, il y a mauvaise restitution (b). La distinction entre ces deux degrés d'inexécution est parfois ténue (c). Le cas particulier de la partie locataire absente mérite également quelques remarques dans ce contexte (d).

a) Absence de restitution

25. Lorsque la partie locataire ne restitue pas la chose louée au terme du bail, c'est-à-dire n'en retransfère pas la possession à la partie bailleuse, elle viole son obligation de restitution au sens de

¹⁶ CPra Bail-AUBERT, art. 267 CO N 3 ; KUNZ/WYTTEBACH, Rückgabe, p. 191.

¹⁷ TF du 25.11.2008, 4A_366/2008, cons. 5, DB 21/2009 N 27 ; CPra Bail-AUBERT, art. 267 CO N 3 ; DUCROT, 2006, p. 5.

¹⁸ TF du 07.01.2014, 4A_388/2013, cons. 2.1, DB 26/2014 N 9.

l'art. 267 CO et engage sa responsabilité¹⁹. Dans une telle hypothèse, la partie bailleresse ne peut pas reprendre possession des locaux en se faisant justice elle-même. En agissant de la sorte, elle s'expose à une poursuite pénale pour violation de domicile (art. 186 CP), contrainte (art. 181 CP), voire dommage à la propriété (art. 144 CP)²⁰.

26. En l'absence de restitution, la partie bailleresse dispose contractuellement d'au moins deux prétentions : elle peut obtenir la restitution par la voie de l'expulsion, et prétendre à une indemnisation pour occupation illicite²¹.
27. S'agissant de l'expulsion, la partie bailleresse peut agir sur la base du contrat qui la lie à la partie locataire, par le biais de l'art. 267 CO, mais également en fondant sa prétention sur son éventuel droit de propriété (art. 641 al. 2 CC)²². En revanche, elle ne peut pas procéder par une action possessoire en réintégrande (art. 927 al. 1 CC) à l'encontre d'une partie locataire ou sous-locataire, faute d'usurpation de la possession²³.
28. Jusqu'à l'issue de la procédure d'expulsion, la partie locataire demeure dans les locaux, de sorte que la partie bailleresse supporte le risque qu'en cas d'insolvabilité de la partie locataire, elle ne perçoive pas les loyers, respectivement l'indemnité pour occupation illicite.
29. S'agissant de l'indemnisation pour occupation illicite, elle peut aussi bien se fonder, selon la doctrine et la jurisprudence, sur le régime de la responsabilité contractuelle²⁴, sur la construction

¹⁹ TF du 22.07.2019, 4A_276/2018, cons. 3.1, DB 31/2019 N 3.

²⁰ ATF 118 IV 167, cons. 3 ; BOHNET/CONOD, Fin du bail, N 97 ss.

²¹ ATF 131 III 257, cons. 2, DB 17/2005, N 27 ; TF du 22.07.2019, 4A_276/2018, cons. 3.1, DB 31/2019 N 3.

²² TF du 08.04.2019, 4A_524/2018, cons. 4.1, DB 31/2019 N 22.

²³ BACHOFNER, Mieterausweisung, N 93 s. ; BOHNET, Réintégrande, N 13.

²⁴ ATF 121 III 408, cons. 4c, DB 8/1996 N 9 ; TF du 30.08.2017, 4A_27/2017, cons. 4.14.

juridique du bail de fait et sur le régime de l'acte illicite²⁵ ou encore l'enrichissement illégitime²⁶.

30. La construction juridique du bail de fait ne fonde, à notre sens, qu'un allègement du fardeau de la preuve quant au dommage subi par la partie bailleresse. En effet, le Tribunal fédéral retient – qu'au regard d'un rapport assimilable au contrat de bail – le dommage subi par la partie bailleresse est présumé équivalent au loyer précédemment payé²⁷. Partant, la prétention d'indemnité pour occupation illicite se fonde sur la violation de l'art. 267 CO en lien avec l'art. 97 CO. Toutefois, la construction juridique du bail de fait facilite la preuve du dommage à charge de la partie bailleresse²⁸. Celle-ci peut toutefois se prévaloir d'un dommage supplémentaire, qu'il lui appartiendra de prouver (par ex. qu'elle aurait pu relouer pour un loyer plus élevé)²⁹. A l'inverse, la partie locataire peut ébranler la présomption en démontrant qu'elle retire un usage limité de la chose louée³⁰.
31. La partie bailleresse peut également fonder sa prétention sur la base de l'enrichissement illégitime lorsque la partie locataire continue d'user de la chose au-delà de la fin du bail et que la partie bailleresse est convaincue – à tort – que le bail n'a pas pris fin, ou encore lorsqu'elle est en demeure dans l'acceptation de la restitution³¹.

²⁵ KUNZ/WYTTEBACH, Rückgabe, p. 193.

²⁶ TF du 22.07.2019, 4A_276/2018, cons. 3, DB 31/2019 N 3 ; CARRON, Indemnité, N 14.

²⁷ ATF 119 II 437, cons. 3.b)bb).

²⁸ GANDOY, Liquidation, N 833 ss.

²⁹ TF du 23.01.2015, 4A_463/2014, cons. 3, non publié à l'ATF 141 III 20, DB 27/2015 N 23 ; TF du 22.07.2019, 4A_276/2018, cons. 3.1, DB 31/2019 N 3.

³⁰ ATF 131 III 257, cons. 2.3, DB 17/2005 N 27 ; TF du 22.07.2019, 4A_276/2018, cons. 3.1, DB 31/2019 N 3.

³¹ TF du 22.07.2019, 4A_276/2018, cons. 3.1, DB 31/2019 N 3 ; CARRON, Indemnité, N 14.

b) Mauvaise restitution

32. Lorsque la partie locataire restitue la chose louée, mais que celle-ci présente un défaut, il y a mauvaise restitution au sens de l'art. 267 CO. La partie bailleresse peut en conséquence reprendre possession de la chose louée et la relouer sans s'exposer à une poursuite pénale pour violation de domicile ou contrainte³².
33. Compte tenu de la mauvaise restitution, la partie bailleresse peut prétendre à la réparation de son dommage aux conditions de l'art. 267a CO. Elle doit respecter ses incombances de vérification et d'avis des défauts (*infra* N 67 ss) si elle entend se prévaloir de dommages-intérêts pour violation de l'art. 267 CO en lien avec l'art. 97 CO. La partie bailleresse doit en outre prouver son dommage, lequel peut également comprendre d'éventuels frais d'évacuation des affaires de la partie locataire ou de changement de cylindres de serrures³³, ainsi que le lien de causalité entre la mauvaise restitution et le dommage subi.

c) Distinction

34. Les conséquences juridiques de l'absence de restitution ou de la mauvaise restitution apparaissent relativement claires. Toutefois, la distinction en pratique de l'un ou l'autre degré d'inexécution peut s'avérer délicate. Qu'en est-il lorsque la partie locataire ne restitue pas l'ensemble des clefs, respectivement ne déménage pas l'ensemble de ses affaires ?
35. La jurisprudence cantonale et fédérale retient que, pour admettre la restitution, il faut pouvoir déduire du comportement des parties, et plus particulièrement de celui de la partie locataire, qu'elle entendait restituer la chose louée. De cette manière, le fait qu'elle ne restitue pas l'ensemble des clefs ou qu'elle laisse des

³² TF du 21.11.2022, 4A_234/2022, cons. 4.1.2.

³³ Sur l'étendue des frais de changement de cylindres pouvant être mis à charge de la partie locataire, GANDOY, Liquidation, N 411.

affaires dans la chose louée ne permet pas d'exclure la restitution³⁴. Il convient donc d'examiner si l'ensemble de son comportement revient – également par actes concludants – à restituer la chose louée. A titre d'exemple, le Tribunal fédéral a admis qu'une partie locataire avait restitué la chose louée, quand bien même elle n'avait pas déménagé son mobilier et ses effets personnels, dès lors qu'elle n'avait pas contesté l'avis comminatoire ainsi que la résiliation et qu'elle avait remis les clefs de l'appartement à la partie bailleuse³⁵.

36. Confrontée à une telle situation, la partie bailleuse doit donc tenir compte de l'ensemble des circonstances et examiner si, par son comportement ou par actes concludants, la partie locataire a manifesté sa volonté de restituer la chose louée. La remise des clefs, même partielle, constitue un indice important. Tel est notamment le cas lorsque la partie locataire ne s'oppose pas à la résiliation et informe la partie bailleuse qu'elle a laissé les clefs dans la boîte aux lettres, indépendamment des affaires qu'elle abandonne dans l'appartement. La partie bailleuse doit donc agir en ce qui concerne l'évacuation des affaires et les frais y relatifs de la même manière qu'elle le ferait pour d'éventuels frais de nettoyage en cas de mauvaise restitution de la chose louée, tout en respectant ses incombances de vérification et d'avis des défauts (art. 267a CO).

d) Cas particulier de la partie locataire absente

37. La partie bailleuse peut se trouver confrontée à l'absence de la partie locataire au terme du bail.
38. Il faut distinguer deux hypothèses : dans la première, la partie locataire a « disparu » en manifestant sa volonté de restituer la chose louée, même en y abandonnant ses affaires. Tel serait le cas

³⁴ TF du 21.11.2022, 4A_234/2022, cons. 4.1.2 ; TF du 07.01.2014, 4A_388/2013, cons. 2.2, DB 26/2014 N 9 ; TF du 01.11.2006, 4C.261/2006, cons. 3.2.3.

³⁵ TF du 21.11.2022, 4A_234/2022, cons. 4.1.2.

d'une partie locataire qui quitte son logement avec ses effets personnels, déplace ses papiers et adresse toutes les clefs par la poste à la partie bailleresse ou les dépose auprès de la personne assurant la conciergerie. Dans ce cas, la partie bailleresse peut reprendre la chose louée. Il en va de même si la partie locataire est décédée sans laisser d'héritier·ère·s³⁶. Dans la seconde hypothèse, la partie locataire disparaît sans que son comportement ne puisse être compris comme une volonté de restituer la chose louée. La partie bailleresse ne peut alors pas renoncer à procéder par une expulsion judiciaire³⁷. Selon une partie de la doctrine, la partie bailleresse peut reprendre la chose louée en application de la gestion d'affaires (art. 422 CO)³⁸. A notre sens, cette situation n'est envisageable qu'en cas de décès de la partie locataire sans qu'elle ne laisse d'héritier·ère·s. Dans les autres situations, la partie bailleresse ne peut renoncer à procéder par la voie de l'expulsion³⁹.

2. Des tiers sont-ils tenus à la restitution ?

39. Au terme du bail, la partie locataire doit procéder à la restitution complète de la chose louée, c'est-à-dire vide de toute chose et de tout occupant·e·s. Les situations juridiques en cas de pluralité de parties locataires (a), de partie sous-locataire (b) et lorsque la partie locataire occupe le logement avec un·e conjoint·e (c) peuvent amener des particularités.

a) Pluralité de parties locataires

40. La restitution de la chose louée est une obligation indivisible. Partant, en cas de pluralité de parties locataires, toutes sont tenues

³⁶ LACHAT, Gestion d'affaires, N 48.

³⁷ BRAUN, Wohnungsabgabe, p. 14 ; LACHAT, Gestion d'affaires, N 48 ; LACHAT, Restitution, N 22.

³⁸ SVIT K.-MÜLLER, art. 267-267a CO N 5 s. ; HAP-SCHWANINGER, p. 459 s., N 10.127.

³⁹ GANDOY, Liquidation, N 800 ; ég. LACHAT, Gestion d'affaires, N 48 ; LACHAT, Restitution, N 22.

de restituer la chose louée et la partie bailleresse peut s'adresser à chacune d'elles (art. 70 CO)⁴⁰.

41. Lorsqu'une seule partie locataire occupe encore factuellement les locaux au terme du bail, se pose la question de l'existence d'une responsabilité solidaire des parties locataires ayant déjà quitté la chose louée envers la partie bailleresse pour un éventuel dommage causé.
42. Conformément à l'art. 146 CO, « l'un des débiteurs solidaires ne peut aggraver par son fait personnel la position des autres ». Sur cette base, une partie de la doctrine retient qu'une partie colocataire ayant déjà « restitué » les locaux est libérée envers la partie bailleresse de son obligation de restitution et ne répond pas en cas d'inexécution des parties occupant encore la chose louée⁴¹. Selon le Tribunal fédéral, dont nous partageons l'avis, les parties colocataires sont (et restent) auxiliaires les unes des autres (art. 101 CO). Dès lors, la partie bailleresse peut faire valoir son dommage, notamment pour occupation illicite, à l'encontre de chacune des parties locataires⁴². Tel ne serait en revanche pas le cas si l'ensemble des parties se sont entendues sur la libération d'une partie locataire sortante⁴³.

b) Sous-locataire

43. La partie locataire est tenue à la restitution de la chose louée, même si elle sous-loue la chose avec l'accord de la partie bailleresse au sens de l'art. 262 CO. La partie sous-locataire constitue un auxiliaire de la partie locataire (art. 101 CO)⁴⁴, de

⁴⁰ TF du 02.06.2004, 4C.17/2004, cons. 4.3 ; CJ GE du 14.03.2011, ACJC N 331, cons. 3.1.

⁴¹ THEVENAZ, Solidarité, p. 379.

⁴² TF du 02.06.2009, 4A_125/2009, cons. 3.2, DB 22/2010 N 1 ; DIETSCHY-MARTENET, Colocataires, N 23.

⁴³ CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY-MARTENET, art. 253 CO N 35 ; cas d'une restitution anticipée au sens de l'art. 264 CO : TC/FR du 31.03.2020, 102 2019 57, cons. 2.2.

⁴⁴ ATF 117 II 65, cons. 2b, DB 4/1992 N 11.

sorte que la partie locataire répond de la non-restitution de la chose louée par celle-ci.

44. Le sous-contrat de bail étant conclu entre la partie locataire principale et la partie sous-locataire, il n'existe pas de lien contractuel entre la partie bailleresse et la partie sous-locataire⁴⁵.
45. Une partie de la doctrine considère que la partie bailleresse peut agir en expulsion directement à l'encontre de la partie sous-locataire, notamment sur la base de l'art. 262 al. 3 CO⁴⁶. A notre sens, la partie bailleresse ne dispose pas de prétention contractuelle en restitution de la chose louée à l'encontre de la partie sous-locataire et doit donc soit agir contre la partie locataire sur la base du contrat de bail, soit agir contre la partie sous-locataire sur la base d'une action pétitoire (art. 641 al. 2 CC)⁴⁷.
46. La partie bailleresse doit examiner – selon le cas d'espèce – si elle a un avantage à agir contractuellement à l'encontre de la partie locataire principale ou, en sa qualité de propriétaire, à l'encontre de la partie sous-locataire. Sauf situation particulière, la première alternative apparaît avantageuse, puisque sa prétention à l'encontre de la partie locataire en indemnité pour occupation illicite est présumée équivalente au loyer précédemment payé (cf. *supra* N 30). La partie sous-locataire expulsée à titre d'auxiliaire de la partie bailleresse peut, pour sa part, faire valoir d'éventuels dommages-intérêts à l'encontre de la sous-bailleresse, notamment dans l'hypothèse où celle-ci n'avait pas valablement mis fin au contrat de sous-location.

c) Conjoint-e non-locataire

47. La partie locataire peut occuper le logement avec son ou sa conjoint-e non-locataire, dont elle répond en tant qu'auxiliaire

⁴⁵ BACHOFNER, Mieterausweisung, N 98.

⁴⁶ CERUTTI, Untervertrag, N 474.

⁴⁷ DUCROT, 2006, p. 10 ; HAP-SCHWANINGER, p. 457, N 10.119.

(art. 101 CO). Cela vaut également à l'égard du ou de la concubin·e⁴⁸.

48. Lorsque le logement dont il est question constitue un logement de famille, la partie bailleresse doit adresser, sous pli séparé, la résiliation aussi bien à la partie locataire qu'à son ou sa conjoint·e. Si la partie locataire ne restitue pas la chose louée, la partie bailleresse doit agir en expulsion aussi bien contre la partie locataire que contre son ou sa conjoint·e. A défaut, le jugement d'expulsion ne lui sera pas opposable (art. 169 CC en lien avec l'art. 266*m s.* CO)⁴⁹.
49. Si l'objet du bail ne constitue pas un logement de famille, la partie bailleresse peut faire valoir ses prétentions uniquement à l'encontre de la partie locataire, qui répond de son ou sa conjoint·e en sa qualité d'auxiliaire⁵⁰.

3. Comment déterminer l'état de la chose louée au moment de la restitution ?

50. Selon l'art. 267 CO, la partie locataire doit restituer la chose louée dans un état qui résulte d'un usage conforme au contrat. Cette disposition est insuffisante pour appréhender l'état que doit présenter la chose louée à la restitution⁵¹. Ainsi, il faut se rapporter à d'autres dispositions pour déterminer si la partie locataire s'est correctement exécutée.
51. En l'occurrence, il convient d'examiner les obligations découlant des art. 259 CO et 260*a* CO⁵². La première disposition impose la restitution d'une chose entretenue (a) et la seconde une chose en principe exempte d'aménagements (b). L'art. 267 CO se rapporte pour sa part à l'usure (c).

⁴⁸ CPra Bail-AUBERT, art. 267 CO N 15 ; DIETSCHY-MARTENET, Concubins, p. 113.

⁴⁹ BACHOFNER, Mieterausweisung, N 85 ; CR CO I-LACHAT/BOHNET, art. 273*a* N 6 ; ég. BOHNET/CONOD, Fin du bail, N 138.

⁵⁰ BACHOFNER, Mieterausweisung, N 302.

⁵¹ ZK-HIGI/WILDISEN, art. 267 CO N 79 s.

⁵² TF du 01.11.2006, 4C.261/2006, cons. 3.1 ; BRAUN, Wohnungsabgabe, p. 15.

a) Chose entretenue

52. La partie locataire doit restituer une chose entretenue (art. 259 CO). En effet, il lui appartient d'assumer les menus travaux de nettoyage et de réparation nécessaires à l'entretien de la chose louée. Afin d'examiner à la restitution si la partie locataire l'a correctement entretenue, il convient de déterminer l'étendue de cette disposition, soit la notion de menus travaux, l'impact du renvoi à l'usage local ainsi que la conséquence du caractère semi-impératif de cette disposition.
53. Par menus travaux, il faut entendre des travaux ne nécessitant qu'un investissement personnel et financier limité⁵³. Ces critères sont – *de facto* – cumulatifs⁵⁴.
54. Concernant le premier critère, les travaux doivent correspondre à un investissement personnel limité, c'est-à-dire ne pas impliquer de connaissances ou d'outillages spécifiques. Il convient à cet égard de se rapporter aux compétences d'une partie locataire moyenne, à moins que le contrat de bail ait été conclu en raison de compétences spéciales de la partie locataire (p.ex. conciergerie)⁵⁵. Il faut donc que la partie locataire soit objectivement en mesure d'effectuer elle-même les travaux sans connaissance spécifique, que les travaux ne nécessitent pas d'ouillage spécifique⁵⁶ et que les nettoyages se limitent à l'enlèvement de la saleté au moyen de différents liquides, textiles ou appareils de toutes sortes⁵⁷.
55. S'agissant du second critère, les travaux doivent nécessiter un investissement financier limité. A cet égard, la doctrine et la jurisprudence zurichoise considèrent une limite fixée en pourcentage du loyer comme illicite : la qualification de menus travaux ne peut dépendre de la taille de la chose louée ou de son

⁵³ AUBERT, Défauts, N 31 ; ZUCKER/KUNZ, Unterhalt, p. 4.

⁵⁴ GANDROY, Liquidation, N 531.

⁵⁵ ZUCKER/KUNZ, Unterhalt, p. 5 ss.

⁵⁶ ZUCKER/KUNZ, Unterhalt, p. 7.

⁵⁷ ATF 105 II 35, cons. 4b.

loyer – dont la fixation répond à divers critères⁵⁸. De même, un montant limite fixe constitue une solution inadéquate, dès lors qu'elle ne permet pas de tenir compte des circonstances du cas d'espèce⁵⁹. Il convient de retenir une fourchette de prix entre CHF 70.- et CHF 150.- à titre de ligne directrice, tout en appréciant le coût des travaux au regard de la durée du bail et de l'usage de la chose louée⁶⁰.

56. L'art. 259 CO renvoie à l'usage local. A notre sens, l'usage local peut préciser le devoir d'entretien, mais non l'élargir. A cet égard, bien que l'art. 9 RULV soit de force obligatoire, cette disposition ne peut pas déroger au droit fédéral et donc entrer en contradiction avec l'art. 259 CO⁶¹.
57. De la même manière, les parties peuvent préciser contractuellement l'obligation de la partie locataire, dans les limites de l'art. 259 CO. Un éventuel accord sous forme de liste⁶² ou encore portant sur l'obligation de conclure un contrat de service doit être examiné au regard du régime légal impératif⁶³.
58. En revanche, les parties peuvent imposer à la partie locataire une obligation d'entretien excédant les menus travaux de réparation et de nettoyage en contrepartie d'une répercussion expresse sur le loyer⁶⁴. Sur cette base, la doctrine admet les contrats dits double ou triple net, pour autant que la partie locataire bénéficie d'une compensation totale, respectant ainsi les art. 256 et 259 CO⁶⁵.

⁵⁸ MGer Horgen du 14.05.2007, MD060017, mp 4/2007, p. 218-220 ; LACHAT/RUBLI, Bail à loyer, p. 293 nbp 94 ; ZK-HIGI/WILDISEN, art. 259 CO N 17.

⁵⁹ CARRON, Bail et travaux de construction, N 73.

⁶⁰ AUBERT, Défauts, N 34 ; CARRON, Bail et travaux de construction, N 73.

⁶¹ Eg. DIETSCHY-MARTENET, RULV, N 45.

⁶² LACHAT/RUBLI, Bail à loyer, p. 294.

⁶³ CARRON, Bail et travaux de construction, N 74.

⁶⁴ ATF 104 II 202, cons. 3 ; TF du 23.04.2003, 4C.39/2003 *a contrario*, DB 17/2005 N 12.

⁶⁵ SCHNYDER, Double-net, p. 148 ss ; SOMMER, MRA 2005, p. 186 s. ; URBACH/MOSKRIC, Triple-Net, p. 1001.

59. En conclusion, l'obligation d'entretien de la partie locataire se limite à celle découlant de l'art. 259 CO, de sorte que l'état de la chose louée à la restitution s'examine au regard de cette disposition. Toutefois, si la chose est affectée d'un défaut n'incombant pas à la partie locataire, cette dernière doit en aviser la partie bailleresse, conformément à l'art. 257g CO. Si elle viole cette obligation, la partie locataire engage sa responsabilité sur la base de cette disposition en lien avec l'art. 97 CO⁶⁶.

b) Chose exempte de rénovation ou de modification

60. La partie locataire doit en principe restituer une chose exempte de rénovation et de modification (art. 260a al. 1 CO). Si elle effectue des rénovations ou modifications de la chose louée sans l'accord de la partie bailleresse, elle doit – dans les limites de l'abus de droit⁶⁷ – la remettre dans son état antérieur en vue de sa restitution⁶⁸. Cela correspond en effet à l'usage conforme au contrat (art. 267 CO en lien avec l'art. 260a CO).
61. La partie locataire n'est – par exception – pas tenue à une remise en état si elle a effectué les travaux avec l'accord écrit de la partie bailleresse (art. 260a al. 2 CO). La prescription de forme écrite a pour vocation de garantir la sécurité juridique et de faciliter la preuve, de sorte que le non-respect de la forme écrite n'entraîne pas la nullité de l'accord⁶⁹. La partie bailleresse peut conditionner son accord, et ce notamment à la constitution de sûretés pour le paiement des travaux envisagés. La partie bailleresse – en tant que propriétaire – encourt en effet le risque d'une inscription d'une hypothèque légale des artisans·ne·s et entrepreneur·se·s⁷⁰.

⁶⁶ CARRON/FEROLLES, Dommage, p. 122.

⁶⁷ LACHAT/RUBLI, Bail à loyer, p. 1065.

⁶⁸ TF du 25.06.2020, 4A_162/2020, cons. 9, DB 33/2021 N 1 ; en cours de bail, la partie locataire s'expose en outre à une résiliation du bail fondée sur l'art. 257f al. 3 CO.

⁶⁹ A ce sujet, GANDOY, Liquidation, N 588 ; ég. CARRON, Bail et travaux de construction, N 126 ; CPra Bail-AUBERT, art. 260a CO N 14.

⁷⁰ BSK OR I-WEBER, art. 260a N 7 ; CPra Bail-AUBERT, art. 260a CO N 46 ss.

62. En cas d'accord de la partie bailleuse pour les travaux et en l'absence de convention de remise en état, se pose la question du droit de la partie locataire à l'enlèvement de ses aménagements. Selon le Tribunal fédéral, l'art. 260a CO constitue une *lex specialis* au principe d'accession de la propriété. Ainsi, la partie locataire ne dispose d'un droit d'enlèvement *extra legem* que si elle ne peut pas prétendre à une indemnité fondée sur l'art. 260a al. 3 CO⁷¹.
63. Enfin, lorsque la partie bailleuse donne son accord aux travaux, les parties peuvent convenir par écrit d'une remise en état en fin de bail (art. 260a al. 2 CO). Dans ce cas, la partie locataire doit remettre la chose louée en état avant sa restitution.
64. Dans le cas des locaux nus, le sort des aménagements initiaux et nécessaires à l'usage est discuté. Une partie de la doctrine considère que ces aménagements sont exclusivement régis par l'art. 256 CO, dès lors qu'ils découlent de l'usage normal de la chose. Dans ce cas, la partie locataire n'a donc pas à remettre la chose dans son état initial et peut prétendre à une compensation fondée sur l'art. 256 CO⁷². Une autre partie de la doctrine retient que les aménagements sont soumis directement ou par analogie à l'art. 260a CO⁷³. Partant, la partie locataire n'a pas d'obligation de remise dès lors que la partie bailleuse y consent, souvent dans le contrat de bail ou ses annexes. Les parties peuvent également convenir d'une remise en état des locaux par la partie locataire à la fin du bail⁷⁴.

⁷¹ TF du 11.02.2021, 4A_305/2020, cons. 5.4.3 DB 33/2021 N 3 ; CARRON, Locaux nus, N 180 ; ég. GANDOY, Droit d'enlèvement, N 37.

⁷² Not. BSK OR I-WEBER, art. 260a N 2 et BSK OR I-WEBER, art. 256 N 6a.

⁷³ Not. pour une application par analogie : BIEBER, Rohbaumiete, N 354 ; CARRON, Locaux nus, N 167 ; pour une application directe : BK-GIGER, art. 256 CO N 98 ; VISCHER, Rohbaumiete, N 291.

⁷⁴ Sur les locaux nus, voir spécifiquement CARRON, Locaux nus, N 178 ss ; ég. BIBER, Rohbaumiete, N 358.

c) Chose dans un état résultant d'un usage conforme au contrat

65. La partie locataire doit restituer une chose dans un état résultant d'un usage conforme au contrat. La chose doit présenter une usure normale au regard de sa destination et de la durée de vie moyenne des installations (art. 267 CO)⁷⁵.
66. En pratique, la durée de vie des installations s'apprécie au moyen de tabelles. Or, l'usure normale se détermine aussi bien au regard de la destination des locaux que de la durée de vie moyenne d'une installation, de sorte que les durées des tabelles doivent – selon les circonstances – être adaptées à la hausse ou à la baisse⁷⁶. Si la partie bailleresse entend faire valoir une usure excessive alors qu'en vertu desdites tabelles, les installations concernées seraient amorties, il lui appartient de démontrer que leur durée de vie est plus longue que celle des tabelles, par exemple lorsque que les matériaux d'origine sont de qualité supérieure ou encore que l'usage convenu aurait dû prolonger leur durée de vie. Inversement, la partie locataire peut opposer que les installations étaient de moindre qualité et/ou que la destination des locaux impliquait la réduction de leur durée de vie.

4. Quelles incombances la partie bailleresse doit-elle respecter ?

67. Afin de se prévaloir d'une mauvaise restitution au sens de l'art. 267 al. 1 CO, la partie bailleresse doit respecter les incombances prévues à l'art. 267a CO, faute de quoi elle est déchue de ses droits et ne peut plus faire valoir de prétentions liées à une mauvaise restitution à l'encontre de la partie locataire⁷⁷.
68. D'abord, la partie bailleresse doit procéder à la vérification de la chose louée. Elle doit s'exécuter de manière complète et avec

⁷⁵ TF du 05.08.2020, 4A_239/2020, cons. 8.2, DB 32/2020 N 9.

⁷⁶ TF du 05.08.2020, 4A_239/2020, cons. 8.2, DB 32/2020 N 9 ; TF du 01.11.2006, 4C.261/2006, cons. 3.1.

⁷⁷ ZEHNDER, Mangelrüge, p. 545.

l'attention qui peut être attendue d'elle, soit généralement une vérification visuelle et un test sommaire des appareils techniques⁷⁸. En pratique, l'exercice de cette incombance intervient au moment de la restitution par l'établissement d'un état des lieux de sortie. En l'absence d'état des lieux, la partie bailleresse doit y procéder dans les jours qui suivent, soit dans les deux à trois jours ouvrables dès la restitution⁷⁹. Un délai plus important peut être admis si une vérification immédiate n'est pas possible⁸⁰. Afin de prouver l'état de la chose louée, la partie bailleresse peut consigner au procès-verbal ses constats en cas d'état des lieux contradictoire. En l'absence d'un tel état des lieux, la partie bailleresse peut vérifier et documenter l'état de la chose louée par d'autres moyens tels qu'un constat officiel, une preuve à futur ou des photographies ou vidéos⁸¹.

69. Une fois qu'elle a vérifié la chose louée, la partie bailleresse doit aviser la partie locataire des défauts. Par l'avis des défauts, la partie bailleresse doit lister de manière reconnaissable et claire la nature et l'étendue des dégâts qu'elle entend imputer à la partie locataire⁸². Bien que cet avis ne doive pas revêtir de forme particulière, la partie bailleresse doit valablement l'adresser à la partie locataire. A des fins de preuve, elle devrait donc procéder par une remise contre signature ou par la voie d'un courrier recommandé⁸³.
70. S'agissant du délai de notification d'avis des défauts, il varie selon qu'il s'agit d'un défaut apparent ou caché. En cas de défaut apparent, la partie bailleresse doit notifier l'avis des défauts immédiatement, soit dans les deux à trois jours ouvrables qui

⁷⁸ ZK-HIGI/WILDISEN, art. 267a CO N 8 s.

⁷⁹ MGer Zurich du 14.10.1991, ZMP 1/1992 N 3 ; CPra Bail-AUBERT, art. 267a CO N 4 ; ég. GANDROY, Liquidation, N 914.

⁸⁰ TERCIER/BIERI/CARRON, N 712 s.

⁸¹ TF du 07.01.2013, 4A_557/2012, cons. 2.2, DB 25/2013 N 12 ; CPra Bail-AUBERT, art. 267a CO N 7.

⁸² TF du 16.11.2010, 4D_98/2010, cons. 2.2 ; CPra-AUBERT, art. 267a CO N 14.

⁸³ CPra Bail-AUBERT, art. 267a CO N 13 ; MPra-VON USLAR, p. 988 ; ég. GANDROY, Liquidation, N 919.

suivent la vérification, respectivement la restitution de la chose louée lorsque la partie bailleresse est en demeure dans l'acceptation de celle-ci⁸⁴. En cas de défaut caché, l'avis de défauts doit survenir immédiatement, soit dans les jours ouvrables qui suivent la découverte dudit défaut⁸⁵.

71. Le procès-verbal d'état des lieux de sortie peut valoir avis des défauts, à la condition qu'il indique de manière claire et substantielle les défauts que la partie bailleresse entend faire valoir à l'encontre de la partie locataire. Il faut en outre que le procès-verbal soit notifié, immédiatement ou dans les deux à trois jours qui suivent l'état des lieux, à la partie locataire afin de respecter le délai d'avis⁸⁶. L'établissement d'un procès-verbal numérique est possible. Toutefois, il appartiendra à la partie bailleresse de démontrer que l'avis des défauts a été notifié à la partie locataire : pour cette raison, même en cas d'envoi du procès-verbal par courriel, la partie bailleresse prudente doit également procéder – dans le délai – par l'envoi d'un courrier recommandé⁸⁷.

5. Le procès-verbal d'état des lieux de sortie peut-il valoir convention d'indemnisation ?

72. Lorsqu'au terme du bail, la partie locataire restitue la chose avec un ou plusieurs défauts, les parties peuvent convenir d'une indemnisation.
73. En vertu de l'art. 267 al. 2 CO, « est nulle toute convention conclue avant la fin du bail et prévoyant que le locataire devra verser une indemnité destinée à couvrir autre chose qu'un

⁸⁴ TF du 23.02.2021, 4A_537/2020, cons. 3.1, DB 33/2021 N 16 ; CR CO I-LACHAT/BOHNET, art. 267a N 3.

⁸⁵ CR CO I-LACHAT, art. 267a N 4.

⁸⁶ TF du 25.06.2020, 4A_162/2020, cons. 5.2, DB 33/2021 N 1 ; TF du 11.01.2012, 4A_545/2011, cons. 3.2, DB 24/2012 N 11 ; BRAUN, Wohnungsabgabe, p. 22.

⁸⁷ CPra Bail-AUBERT, art. 267a CO N 13 ; ég. GANDROY, Liquidation, N 705 ss.

dommage éventuel ». *A contrario*, les parties peuvent conclure une convention postérieurement à la fin du contrat de bail.

74. En pratique, les procès-verbaux, souvent numériques et préétablis, contiennent une clause selon laquelle la partie locataire reconnaît sa responsabilité pour les défauts constatés, voire pour le dommage chiffré.
75. Selon la manière dont ces conventions d'indemnisation sont formulées, leur validité ou leurs effets sont limités. Un document préformulé, dont la mention de responsabilité, respectivement de reconnaissance de dette est peu clair, se heurte à diverses limites.
- En cas de formulation peu claire, un tribunal doit interpréter cette clause et, en cas de doute, retenir la solution la plus favorable à la partie locataire⁸⁸.
 - Lorsqu'aucune adaptation du procès-verbal, respectivement d'une partie de clause n'est possible, la clause d'admission de responsabilité, respectivement la clause portant sur une convention d'indemnisation, peut constituer des conditions générales. Son intégration peut donc être exclue de l'accord si elle constitue une clause insolite⁸⁹.
 - Par ailleurs, l'art. 8 LCD permet à un tribunal d'exclure une clause de responsabilité ou de reconnaissance de dette dans les cas de baux d'habitations s'il existe une disproportion notable et contraire à la bonne foi⁹⁰.
 - Enfin, un procès-verbal contenant une convention d'indemnisation et signé sur une tablette électronique ne vaut pas titre de mainlevée, dès lors qu'il ne s'agit pas d'une signature manuscrite (art. 14 CO)⁹¹.
76. Afin de limiter les risques d'une inefficacité d'une convention d'indemnisation, la partie bailleuse peut établir d'une part un état des lieux purement factuel, d'autre part une convention

⁸⁸ BRAUN, *Wohnungsabgabe*, p. 24 s.

⁸⁹ BRAUN, *Wohnungsabgabe*, p. 25 s. ; BIERI, *Insolite*, p. 718.

⁹⁰ BIERI, Art. 8 LCD, N 10 ; BIERI, *Conditions générales*, N 12 ss.

⁹¹ EICHEL, *PJA 2019*, p. 923.

individualisée d'indemnisation selon laquelle la partie locataire reconnaît sa responsabilité concernant les défauts constatés et clairement mentionnés dans la convention. Si la partie bailleuse souhaite disposer d'un titre de mainlevée, la convention doit être imprimée et signée de façon manuscrite par la partie locataire.

77. Un éventuel préconstat présente l'avantage de permettre à la partie locataire d'effectuer les réparations nécessaires à ses frais avant la fin du bail, ou à la partie bailleuse de faire établir les coûts de réparation afin de chiffrer d'ores et déjà l'indemnisation en vue de l'état des lieux de sortie.
78. Dans l'hypothèse où une seule partie locataire est présente à l'état des lieux de sortie et signe la convention d'indemnisation, se pose la question de son effet à l'égard des autres locataires. A notre sens, une telle convention ne lie que les signataires de ladite convention quant à la reconnaissance de responsabilité. En revanche, un état des lieux peut être opposable aux parties locataires absentes, que ce soit à titre de preuve ou d'avis des défauts.

6. Par quelle procédure requérir l'expulsion ?

79. En cas d'absence de restitution, la partie bailleuse peut agir en expulsion afin de récupérer la possession de la chose louée. Elle peut agir soit par la voie du cas clair en procédure sommaire, soit par la procédure simplifiée.
80. L'expulsion par la voie du cas clair est soumise à la procédure sommaire (art. 257 CPC). Cette voie n'est admise que si l'état de fait n'est pas litigieux ou susceptible d'être immédiatement prouvé et que la situation juridique est claire⁹². A défaut, la requête est irrecevable et la partie bailleuse peut réintroduire sa requête d'expulsion par une requête en procédure simplifiée⁹³.

⁹² Sur l'admissibilité et les conditions du cas clair : BOHNET/MELCARNE, Cas clairs.

⁹³ ATF 144 III 462, cons. 3.1 ; BOHNET, Procédure sommaire, N 78.

81. En pratique, la partie bailleresse doit examiner l'opportunité d'agir par la voie du cas clair, notamment en cas de résiliation ordinaire sans contestation du congé par la partie locataire⁹⁴, de la fin conventionnelle du bail⁹⁵, de l'échéance de l'ultime prolongation⁹⁶, ou encore dans les cas de résiliation extraordinaire pour non-paiement du loyer ou en raison de la faillite de la partie locataire⁹⁷. En revanche, lorsque la partie locataire a contesté le congé et qu'une prolongation n'est pas exclue, la partie bailleresse ne peut en principe pas agir par la voie du cas clair⁹⁸. Cette procédure semble compromise lorsque le bail a été résilié de manière extraordinaire en raison de la violation du devoir de diligence au sens de l'art. 257f al. 3 et al. 4 CO. En effet, une telle résiliation fait en principe appel au pouvoir d'appréciation du tribunal, excluant donc le cas clair⁹⁹.
82. Une éventuelle contestation en justice du congé par la partie locataire ne fait pas obstacle à l'expulsion par la voie du cas clair. En effet, l'introduction d'une demande en annulation du congé ne crée pas de litispendance (art. 59 al. 2 let. d. CPC) et permet donc à la partie bailleresse d'agir par la voie du cas clair en expulsion¹⁰⁰. Si elle procède de la sorte, la procédure en annulation du congé est suspendue et le tribunal saisi de l'expulsion examine la validité du congé, respectivement la fin du bail, à titre préliminaire¹⁰¹.

⁹⁴ TF du 18.09.2014, 4A_389/2014, cons. 5.

⁹⁵ TF du 05.08.2013, 4A_192/2013, cons. 4.4.

⁹⁶ TF du 03.11.2016, 4A_551/2016 *a contrario*.

⁹⁷ ATF 141 III 262, cons. 3.2, DB 27/2015 N 27 ; TF du 07.11.2013, 4A_549/2013, cons. 4.

⁹⁸ BACHOFNER, Mieterausweisung, N 459 et 474 ss ; DROESE, Klaren Fall, p. 255.

⁹⁹ GANDOY, Liquidation, N 1518 s.

¹⁰⁰ ATF 141 III 262, cons. 3.2 ; TF du 31.10.2019, 4A_368/2019, cons. 5 ; BOHNET, Cas clair et contestation du congé, N 4. S'agissant du canton de Vaud en lien avec les compétences du Tribunal des baux et de la justice de paix : arrêt du 26 mars 2024 de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal vaudois, XC22.035417-22138.

¹⁰¹ OGer ZH du 01.07.2011, MRA 2012 34, cons. 2.2 ; BOHNET/CONOD, Fin du bail, N 165 ; BOHNET/MELCARNE, Cas clairs, N 54.

83. Dans sa requête en expulsion, la partie bailleresse doit alléguer et prouver tous les faits déterminants pour l'expulsion. Ainsi, si elle a mis fin au contrat de manière extraordinaire en raison du défaut de paiement du loyer, elle doit alléguer et prouver les faits relatifs aux conditions de l'art. 257d CO¹⁰². Si la partie locataire conteste la validité formelle de la résiliation, il appartient également à la partie bailleresse d'alléguer et prouver la notification du congé dans le respect des exigences légales, soit la résiliation au moyen de la formule officielle, au besoin par pli séparé aux colocataires ou au ou à la conjoint-e¹⁰³. Lorsque la procédure sommaire est applicable, la partie bailleresse doit apporter la preuve (certaine) par titre (art. 254 al. 1 CPC)¹⁰⁴. Le Conseil fédéral admet également l'inspection de la chose louée à l'audience¹⁰⁵. En revanche, l'admissibilité d'autres moyens de preuve ne retardant pas sensiblement la procédure, tels que l'audition de témoin ou l'inspection locale est discutée en doctrine, sans que le Tribunal fédéral ne l'exclue. Avec l'entrée en vigueur du nouveau CPC, les parties pourront produire des expertises privées à titre de preuve (art. 177 nCPC).
84. S'agissant des conclusions, que ce soit dans le cadre d'une procédure sommaire ou simplifiée, la partie bailleresse devrait conclure, outre à la condamnation d'évacuation, à l'exécution forcée de la décision faute d'exécution dans un certain délai (*infra* N 91). La partie bailleresse peut dans certains cas conclure au paiement d'une somme à titre d'indemnité pour occupation illicite. A défaut, elle ne disposera pas de titre de mainlevée, l'indemnité pour occupation illicite n'était pas couverte par le contrat de bail¹⁰⁶. La partie bailleresse peut en outre conclure à la

¹⁰² TF du 21.11.2022, 4A_234/2022, cons. 4.1.1.

¹⁰³ TF du 23.05.2023, 4A_574/2022, cons. 3.3.

¹⁰⁴ ATF 138 III 620, cons. 5.1.1, DB 25/2013 N 25 ; 141 III 262, cons. 4.2.1, DB 27/2015 N 27 ; TF du 11.08.2015, 4A_184/2015, cons. 4.2.1 ; CR CPC-BOHNET, art. 257 N 10a et 11 ; sur la preuve stricte : JEANNIN, Preuve, N 224.

¹⁰⁵ CONSEIL FEDERAL, CPC, p. 6959.

¹⁰⁶ TC VD du 11.10.2019, CPF 11 octobre 2019/206, cons. II b) et réf. cit.

libération des sûretés constituées à concurrence des loyers ou montants dus à titre d'indemnité¹⁰⁷.

85. En cas de cumul d'actions, la partie bailleuse doit s'assurer que ses prétentions sont soumises à la même compétence et à la même procédure (art. 90 CPC). Tel n'est notamment pas le cas dans le canton de Vaud lorsque la partie bailleuse agit devant la Justice de Paix en expulsion à la suite d'une résiliation pour défaut de paiement du loyer (art. 1 al. 3 LJB en lien avec l'art. 5 al. 1 ch. 30 CDPJ) et entend également agir en paiement pour les loyers, respectivement l'indemnité pour occupation illicite. Elle doit alors saisir le Tribunal des baux (art. 1 al. 1 LJB)¹⁰⁸. Lorsqu'une compétence différente découle uniquement de la valeur litigieuse, le cumul d'actions demeure possible (art. 90 nCPC)¹⁰⁹.
86. Lorsque l'état de fait, respectivement la situation juridique ne sont pas clairs, la partie bailleuse peut agir en expulsion par la voie de la procédure simplifiée, soit à titre principal, soit à titre reconventionnel dans la procédure d'annulation du congé ou de prolongation du bail introduite par la partie locataire¹¹⁰. Dans la seconde hypothèse, elle n'a pas à prendre de telles conclusions au stade de la conciliation introduite par la partie locataire, ceci afin d'éviter de créer litispendance sur la question de l'expulsion¹¹¹. Ainsi, si la partie locataire renonce à contester le congé au fond, la partie bailleuse pourra introduire une requête d'expulsion par la voie du cas clair.
87. Compte tenu de ce qui précède, la partie bailleuse doit examiner si la rapidité du cas clair et le risque d'irrecevabilité sont préférables à une demande (éventuellement reconventionnelle)

¹⁰⁷ Quant à une proposition de formulation : GANDOY, Liquidation, N 1528.

¹⁰⁸ Sur les compétences du Tribunal des baux et de la justice de paix : arrêt du 26 mars 2024 de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal vaudois, XC22.035417-22138.

¹⁰⁹ CONSEIL FÉDÉRAL, Message CPC 2020, p. 2624.

¹¹⁰ ATF 142 III 515, cons. 2.2.4, DB 29/2017 N 20 ; BACHOFNER, Mieterausweisung, N 519, 539 et 624.

¹¹¹ ATF 148 III 314.

en expulsion par la procédure simplifiée, permettant également plus largement un cumul d'actions.

7. Comment obtenir l'évacuation par exécution forcée ?

88. Une décision d'expulsion rendue par une autorité n'équivaut pas encore à l'évacuation factuelle de la partie locataire. Une décision d'expulsion doit faire l'objet d'une exécution forcée, dont la mise en œuvre ne doit pas être négligée, aussi bien en termes de temps que de coûts.
89. Seule une décision condamnatrice, exécutoire et inexécutée peut faire l'objet d'une exécution forcée conformément à l'art. 335 CPC. Par décision, on entend « un jugement exécutoire rendu par un tribunal ou une autorité judiciaire suisse »¹¹². Cette décision doit être exécutoire, c'est-à-dire entrée en force formelle : concernant une décision d'expulsion en matière de bail à loyer, la décision est susceptible d'un appel de sorte qu'elle devient exécutoire à l'expiration du délai d'appel, au moment du retrait de l'appel valablement introduit ou en cas de renonciation à faire appel¹¹³. A l'expiration de ce délai, la partie bailleuse peut requérir une attestation du caractère exécutoire de la décision à l'autorité ayant rendu la dernière décision¹¹⁴. Les frais judiciaires relatifs à la décision pour laquelle l'attestation du caractère exécutoire est requise sont censés couvrir ladite attestation¹¹⁵. Toutefois, il est fréquent que les lois cantonales prévoient un émolument lorsque cette attestation n'est pas fournie d'office (art. 54 LTFrais dans le canton de Neuchâtel, art. 94 TFJC dans le canton de Vaud).
90. En vue de l'exécution forcée, il faut envisager deux situations : soit la partie bailleuse a pris, dans sa requête en expulsion, des conclusions en exécution forcée, soit elle a omis de le faire.

¹¹² CR CPC-JEANDIN, art. 335 N 11.

¹¹³ GANDOY, Liquidation, N 1584.

¹¹⁴ HUBER, Vollstreckung, N 89 ; LACHAT/LACHAT, Procédure, p. 312.

¹¹⁵ CR CPC-JEANDIN, art. 336 N 12 ; HUBER, Vollstreckung, N 85.

91. Lorsque la partie bailleresse a conclu à l'exécution directe par le biais de conclusions suffisamment précises, le tribunal rendant une décision d'expulsion ordonne dans son dispositif des mesures d'exécution directe¹¹⁶. Une fois la décision entrée en force, la partie bailleresse doit s'adresser à l'autorité d'exécution en démontrant le caractère exécutoire de la décision en vue de sa mise en œuvre¹¹⁷. Cette demande ne doit pas revêtir de forme particulière¹¹⁸.
92. Si la partie bailleresse a agi en expulsion en omettant de prendre des conclusions en exécution, mais que la procédure est encore pendante, elle peut à notre sens prendre de telles conclusions en cours de procédure, dès lors qu'il s'agit de conclusions accessoires non soumises aux exigences des art. 227 et 230 CPC¹¹⁹.
93. En revanche, si la partie bailleresse a omis de prendre des conclusions d'exécution forcée et dispose simplement d'une décision d'expulsion, elle ne peut pas requérir une exécution directe et doit saisir l'autorité compétente d'une requête d'exécution forcée (art. 338 CPC). Conformément à l'art. 339 CPC, *lex specialis* par rapport aux art. 9 ss CPC, elle doit introduire sa requête à choix devant le tribunal du domicile ou du siège de la partie succombante, du lieu où les mesures doivent être exécutées ou du lieu où la décision à exécuter a été rendue. Le droit cantonal précise l'autorité compétente à raison de la matière.
94. La procédure sommaire s'applique à la requête d'exécution (art. 339 al. 2 CPC). La partie bailleresse n'a pas à respecter de forme particulière, et peut donc – dans les cas simples ou

¹¹⁶ CR CPC-JEANDIN, art. 337 N 4a ; LACHAT/LACHAT, Procédure, p. 310.

¹¹⁷ BOHNET/CONOD, Fin du bail, N 220 ; BSK ZPO-DROESE, art. 337 N 25.

¹¹⁸ BOHNET/CONOD, Fin du bail, N 220 ; BSK ZPO-DROESE, art. 337 N 25.

¹¹⁹ CR CPC-JEANDIN, art. 337 N 3 ; GASSER, Vollstreckung, p. 342 ; GANDROY, Liquidation, N 1594.

urgents – dicter sa requête au procès-verbal¹²⁰. Elle doit désigner la décision à exécuter et la produire, alléguer et prouver son caractère exécutoire et les éventuels faits pertinents à l'exécution forcée, tout en concluant à des mesures d'exécution directe (art. 338 al. 3 CPC)¹²¹. Bien que la requête d'exécution forcée ne doive pas intervenir dans un certain délai à compter de la décision dont l'exécution est requise, la partie bailleuse doit être attentive à ce que l'écoulement du temps ne soit pas constitutif d'une conclusion tacite d'un nouveau bail¹²².

95. La procédure en exécution forcée est contradictoire. Sur le fond, la partie succombante peut uniquement opposer des éléments en lien avec le caractère exécutoire de la décision – examiné d'office – ou invoquer des faits s'opposant à l'exécution de la décision et qui se sont produits postérieurement à la notification de celle-ci : elle peut notamment invoquer l'extinction, le sursis, la prescription ou la péremption de la prestation due (art. 341 al. 3 CPC)¹²³. Par ailleurs, le tribunal d'exécution peut ordonner des mesures conservatoires, d'office ou sur requête (art. 340 CPC).
96. Parmi les diverses mesures d'exécution prévues par la loi (art. 343 CPC), l'évacuation forcée constitue une mesure d'exécution directe visant à contraindre, par la force publique, la partie succombante à s'exécuter¹²⁴.
97. Lorsque la partie locataire ou ses auxiliaires possèdent du mobilier dans la chose louée, l'autorité en charge de l'évacuation forcée doit l'entreposer avec diligence. A défaut, elle peut engager sa responsabilité¹²⁵. Le sort des biens varie selon les différentes pratiques cantonales, bien que l'autorité en charge de

¹²⁰ HUBER, Vollstreckung, N 133 ; BOHNET/CONOD, Fin du bail, N 221. D'un autre avis : CR CPC-JEANDIN, art. 338 N 4.

¹²¹ TREZZINI, Exécution, N 20.

¹²² BSK ZPO-DROESE, art. 338 N 9.

¹²³ DIETSCHY-MARTENET, Bail et procédure, N 436.

¹²⁴ TF du 17.12.2013, 4A_391/2013, cons. 7 ; BOHNET/CONOD, Fin du bail, N 219.

¹²⁵ TF du 23.06.2014, 4A_143/2014, cons. 4.1.3 ; TF du 02.06.2014, 4A_132/2014, cons. 2.1 ; BOHNET/CONOD, Fin du bail, N 228 ss ; LACHAT/LACHAT, Procédure, p. 313.

l'exécution forcée doit conserver les biens de la partie locataire durant un délai raisonnable¹²⁶.

98. Les art. 95 ss CPC s'appliquent aux frais de procédure d'exécution, que celle-ci soit traitée dans le cadre de la procédure d'expulsion ou dans une procédure d'exécution forcée subséquente. Partant, le tribunal peut exiger de la partie requérante le paiement d'une avance de frais, couvrant aussi bien les frais d'opération du greffe, de la police ou d'un tiers en charge de l'exécution forcée¹²⁷.

B. En lien avec l'obligation d'indemnisation pour les travaux à plus-value

8. Comment déterminer la plus-value et son caractère considérable ?

99. En vertu de l'art. 260a al. 3 CO, la partie locataire peut exiger une indemnité à la fin du bail à certaines conditions. Cette norme est de nature dispositive¹²⁸. Outre le fait que la partie locataire doit avoir procédé aux travaux avec l'accord de la partie bailleresse (*supra* N 61), cette disposition conditionne la prétention en indemnité à l'existence d'une plus-value, celle-ci devant être considérable. En pratique, il n'est pas aisé d'établir la plus-value, respectivement son caractère considérable.
100. Deux méthodes peuvent s'appliquer afin de déterminer la plus-value. La méthode fondée sur la valeur réelle et celle fondée sur le rendement.

¹²⁶ Sur cette question, voir BOHNET/CONOD, Fin du bail, N 231 ss.

¹²⁷ TF du 31.10.2014, 4A_193/2014, cons. 1 ; TC VD du 18.01.2017, HC/2017/57, cons. 3 ; BSK ZPO-DROESE, art. 339 N 18 s. ; DIETSCHY-MARTENET, Bail et procédure, N 438.

¹²⁸ ATF 124 III 149, cons. 5, DB 11/1998 N 7 ; TF du 19.01.2021, 4A_524/2020, cons. 3.1. Quant à l'application de cette disposition aux aménagements de locaux nus : cf. *supra* N 64.

101. Le calcul fondé sur la valeur réelle implique de prendre en compte les coûts d'investissement, dont il convient de déduire les amortissements et autres diminutions de valeur, tels que les détériorations et un usage excessif¹²⁹. Ainsi, les facteurs non liés à la construction n'influencent pas l'établissement de la plus-value¹³⁰. Cette valeur permet d'aboutir à un résultat objectif en fonction des coûts effectifs et de l'utilité de l'investissement pour la partie bailleresse¹³¹. La détermination de la plus-value fondée sur la valeur réelle implique toutefois de nuancer le résultat en tenant compte d'éventuels prix surfaits, de la valeur des travaux personnels de la partie locataire et de l'utilité objective des travaux pour la partie bailleresse, notamment s'il s'agit d'aménagements de luxe¹³².
102. Le calcul fondé sur la valeur de rendement s'effectue en tenant compte de la valeur capitalisée de la différence entre le loyer payé par la partie locataire et celui auquel la partie bailleresse pourrait relouer la chose louée. Cette méthode tient ainsi compte de facteurs économiques tels que l'offre et la demande¹³³.
103. A notre sens, la détermination de la plus-value selon la valeur réelle des investissements permet à la partie locataire qui requiert une indemnité de disposer des informations pertinentes à l'établissement de la plus-value. En outre, cette méthode trouve écho dans la possibilité légale de la partie bailleresse de répercuter sur le loyer la plus-value liée à des aménagements qu'elle aurait effectués (prestations supplémentaires). En effet, ce calcul s'effectue en tenant compte des frais d'intérêts, d'amortissement et d'entretien en lien avec les coûts

¹²⁹ ZEHNDER, Mehrwertentschädigung, p. 725.

¹³⁰ ZEHNDER, Mehrwertentschädigung, p. 725.

¹³¹ TF du 11.02.2021, 4A_305/2020, cons. 5.4.3, DB 33/2021 N 3 ; TF du 27.03.2015, 4A_678/2014, cons. 4.1.1, DB 27/2015 N 6.

¹³² Sur ces questions : BARBEY, Art. 260a CO, p. 14 ; GANDOY, Liquidation, N 1003 ss.

¹³³ CARRON, Bail et travaux de construction, N 161.

d'investissements (art. 269a let. b CO en lien avec l'art. 14 OBLF).

104. S'agissant de la détermination du caractère considérable de la plus-value, le Tribunal fédéral rejette toute solution schématique et prend en considération l'ensemble des circonstances¹³⁴. Il retient une présomption de fait selon laquelle une plus-value équivalente à 3% de la valeur objective de la chose louée ou à un mois de loyer constitue une plus-value considérable¹³⁵. Une partie de la doctrine propose de tenir compte de critères précis, tels que la limite de 3% de la valeur de la chose louée¹³⁶. Un autre courant doctrinal, auquel nous nous rallions, renonce à une solution schématique et préconise l'examen du cas d'espèce en équité, en tenant compte du coût des travaux, de leur amortissement, du loyer payé ainsi que des éventuels avantages retirés par la partie bailleuse¹³⁷. Bien qu'il appartienne à la partie locataire de prouver le caractère considérable de la plus-value, il convient de permettre un examen en équité au sens de l'art. 42 CO¹³⁸.
105. Compte tenu de ce qui précède, la détermination de la plus-value ainsi que de son caractère doit permettre une solution objective et équitable. A défaut, cela réduirait drastiquement la possibilité pour la partie locataire de requérir une indemnité et viderait de son sens l'art. 260a al. 3 CO.

9. Comment fixer l'indemnité ?

106. Pour autant que la partie locataire démontre une plus-value considérable (*supra* N 99 ss), encore faut-il déterminer l'indemnité à laquelle elle peut prétendre. En cas de litige, il appartient au tribunal de fixer ladite indemnité. Elle n'est en effet

¹³⁴ TF du 11.02.2021, 4A_305/2020, cons. 5.4.3, DB 33/2021 N 3 ; TF du 27.05.2003, 4C.393/2002, cons. 6.2.

¹³⁵ TF du 29.03.2006, 4C.18/2006, cons. 3.1.1, DB 18/2006 N 12.

¹³⁶ BARBEY, Art. 260a CO, p. 15.

¹³⁷ CARRON, Bail et travaux de construction, N 163 ; SVIT K.-BÄTTIG, art. 260a CO N 100 ss.

¹³⁸ GANDOY, Liquidation, N 1036 ss ; SVIT K.-BÄTTIG, art. 260a CO N 100 ss.

pas nécessairement équivalente au montant de la plus-value et doit être établie en équité sur la base d'un certain nombre de critères¹³⁹. Peuvent notamment être pris en compte une éventuelle réduction de loyer dont bénéficie la partie locataire, pour autant qu'elle résulte d'une autre cause que son investissement ou encore les circonstances de la fin du bail (art. 43 al. 1 CO par renvoi de l'art. 99 al. 3 CO)¹⁴⁰.

107. Les parties peuvent également convenir d'une indemnisation (art. 260a al. 3, 2^e phr. CO). Elles peuvent ainsi s'accorder, par écrit, sur une indemnité plus élevée. Si elles s'entendent sur la réduction de l'indemnité ou la renonciation à toute indemnisation, un tel accord n'est pas soumis au respect de la forme écrite¹⁴¹.
108. L'accord des parties peut intervenir en tout temps¹⁴². Les parties peuvent notamment formaliser une telle convention au moment de l'accord de la partie bailleuse à l'exécution des travaux. Cette solution présente l'avantage d'anticiper la détermination de la plus-value, respectivement de son caractère considérable, et d'éviter un litige au terme du bail.

¹³⁹ TF du 09.05.2019, 4A_335/2018, cons. 6.2.1, DB 31/2019 N 11 ; TF du 29.03.2006, 4C.18/2006, cons. 3.1.1 ; BARBEY, Art. 260a CO, p. 15 ; CARRON, Bail et travaux de construction, N 168 ; *contra* : ZEHNDER, Mehrwertentschädigung, p. 726, qui retient que l'indemnité doit correspondre à l'entier de la plus-value.

¹⁴⁰ Voir développement, GANDOY, Liquidation, N 1048 ss. Une partie de la doctrine préconise également de tenir compte d'éventuels avantages au bénéfice de la partie locataire ainsi que de l'absence de perte de profit de la partie bailleuse (not. BARBEY, Art. 260a CO, p. 15).

¹⁴¹ TF du 19.01.2021, 4A_524/2020, cons. 3.2 ; CARRON, Bail et travaux de construction, N 157.

¹⁴² CARRON, Bail et travaux de construction, N 157 ; MPra-WYTTEBACH, p. 1023.

C. En lien avec la libération des sûretés

10. A quelles conditions intervient la libération des sûretés au sens de l'art. 257e CO ?

109. Les parties peuvent prévoir la fourniture de sûretés (*supra* N 19). Lorsque la partie locataire fournit des sûretés en espèces ou sous forme de papiers-valeurs, le régime impératif de l'art. 257e CO s'applique. La libération des sûretés n'intervient alors qu'aux conditions prévues à l'art. 257e al. 3 CO.
110. Lorsque la partie locataire a fourni les sûretés à la partie bailleresse, mais que cette dernière ne les dépose pas sur un compte au nom de la partie locataire, elles ne sont pas valablement constituées. Dans cette hypothèse, la partie bailleresse mélange les sûretés avec ses propres fonds, de telle sorte qu'il y a dépôt irrégulier au sens de l'art. 481 CO¹⁴³. Au terme du bail, la restitution des sûretés n'est pas soumise à l'art. 257e al. 3 CO. La partie locataire doit agir en paiement sur la base de l'art. 97 CO en lien avec l'art. 257e al. 1 CO, et la partie bailleresse ne peut pas compenser ses propres créances avec les sûretés¹⁴⁴.
111. Lorsque les parties ont valablement constitué les sûretés au sens de l'art. 257e CO, leur libération en faveur de la partie bailleresse peut intervenir aussi bien en cours de bail qu'au terme du bail. La libération se produit soit en présence d'un accord entre les parties, soit lorsque la partie bailleresse dispose d'un commandement de payer exécutoire ou d'un jugement exécutoire. Le jugement doit reconnaître une créance de la partie bailleresse, sans qu'il ne soit nécessaire qu'il ordonne directement la libération des sûretés¹⁴⁵. Dans le canton de Vaud, un commandement de payer exécutoire ne permet pas à la partie bailleresse d'obtenir la libération des

¹⁴³ CABL GE du 10.04.2000, MRA 1/2001, p. 9 ss, cons. III ; LACHAT/STASTNY, Bail à loyer, p. 443 s.

¹⁴⁴ CABL GE du 10.04.2000, MRA 1/2001, p. 9 ss, cons. III, DB 13/2001 N 7 ; LACHAT/STASTNY, Bail à loyer, p. 443 s.

¹⁴⁵ NAGEL/NAGEL, Mietzinsdepots, N 39 ; ég. GANDOY, Liquidation, N 1191.

sûretés (art. 2 al. 1 RULV, dérogeant valablement au droit fédéral)¹⁴⁶. Outre cette exception, la partie bailleresse peut obtenir la libération des sûretés dès qu'elle est au bénéfice d'un commandement de payer non frappé d'opposition, si elle peut requérir la continuation de la poursuite ou encore si l'opposition a été retirée ou levée, sans que la partie locataire ait agi en libération de dette¹⁴⁷.

112. La libération de sûretés en faveur de la partie locataire peut soit intervenir d'un commun accord, et ce également en cours de bail, soit à l'expiration d'un délai d'une année après la fin du bail, sans que la partie bailleresse ait créé litispendance par une procédure judiciaire ou en exécution forcée à l'encontre de la partie locataire¹⁴⁸. Les législations des cantons de Vaud et de Genève prévoient que le moment de la restitution des locaux constitue le *dies a quo* de ce délai (Art. 5 LGFL/GE ; art. 3 al. 3 LGBL/VD).
113. En cas de sûretés au sens de l'art. 257e CO, la partie bailleresse dispose d'un droit de gage mobilier (art. 37 LP)¹⁴⁹. Cela a une conséquence d'une part en cas de faillite de la partie locataire, d'autre part quant à la réalisation forcée de ce gage en lien avec l'art. 257e CO.
- En cas de faillite de la partie locataire, les sûretés tombent dans la masse en faillite, dès lors qu'il s'agit d'un élément du patrimoine de la partie locataire. La partie bailleresse dispose alors d'un droit préférentiel dans la faillite (art. 37 LP en lien avec l'art. 219 al. 1 LP)¹⁵⁰.

¹⁴⁶ Sur ce point, JAQUES, Garanties, p. 99.

¹⁴⁷ CPra Bail-MARCHAND, art. 257e CO N 34 ; JAQUES, Garanties, p. 99.

¹⁴⁸ ZK-HIGI/BÜHLMANN, art. 257e CO N 41 ss.

¹⁴⁹ ATF 129 III 360, cons. 2, DB 15/2003 N 5 ; TC VD du 02.11.2020, Plainte/2020/35, cons. IV a) ; NAGEL/NAGEL, Mietzinsdepots, N 5 ; *contra* : JAQUES, JdT, p. 9 ss.

¹⁵⁰ GANDROY, Liquidation, N 1223 ; MPra-WYTTEBACH, p. 375 ; uniquement si sous forme de papier-valeurs : JAQUES, Garanties, p. 107 ; *contra* : KOUMBARAKIS, Sicherheitsleistungen, p. 67 ; SVIT K.-REUDT, art. 257e CO N 15.

- Lorsqu'une partie entend être désintéressée au moyen d'un gage mobilier, elle doit en principe procéder par une poursuite en réalisation du gage (art. 151 ss LP). Dans le cas particulier de l'art. 257e CO, la partie bailleuse n'aura d'intérêt à la continuation de la poursuite par la voie de la réalisation du gage que si les sûretés sont constituées par des papiers-valeurs. En cas de sûretés sous forme d'espèces, il suffit qu'elle dispose d'un commandement de payer exécutoire pour obtenir la libération des sûretés, sans qu'il ne soit nécessaire de procéder par la réalisation du gage¹⁵¹.

11. Quelle est la nature de l'assurance de cautionnement ?

114. Les parties peuvent également convenir d'autres formes de sûretés. Dans cette hypothèse, la « liquidation » de ces sûretés est régie par les rapports contractuels spécifiques.
115. Lorsque la partie locataire conclut une assurance de cautionnement, l'assurance s'engage à indemniser la partie bailleuse en cas d'inexécution de la partie locataire, et ce à concurrence d'un montant déterminé conventionnellement dans le contrat d'assurance. En contrepartie, la partie locataire s'acquitte de primes¹⁵².
116. S'agissant de la relation entre l'assurance et la partie locataire, le Tribunal fédéral admet que l'assurance de cautionnement réunit, malgré certaines particularités, les éléments caractéristiques de la notion d'assurance et non du cautionnement. Le fait que l'assurance dispose d'un droit de recours à l'encontre de la partie locataire n'est en effet pas un élément essentiel du contrat de cautionnement¹⁵³. Les dispositions de la LCA s'appliquent à la conclusion d'une assurance de cautionnement¹⁵⁴.

¹⁵¹ A ce sujet, voir GANDOY, Liquidation, N 1678.

¹⁵² SVIT K.-REUDT, art. 257e CO N 2.

¹⁵³ TF du 21.01.2010, 2C_410/2010, cons. 4.

¹⁵⁴ TF du 21.01.2010, 2C_410/2010, cons. 4.

117. La nature de la relation entre la partie bailleresse, laquelle dispose d'une garantie jusqu'à concurrence du montant de sûretés requis, et l'assurance, est discutée. Nous considérons qu'il s'agit d'une stipulation pour autrui parfaite, pour autant que la partie bailleresse dispose d'un droit contractuel à la prestation (art. 112 CO à titre supplétif aux art. 76 ss LCA)¹⁵⁵. Ainsi, la partie locataire conclut une assurance couvrant un risque, soit sa propre inexécution, et l'assurance s'engage à s'acquitter de la prestation directement envers un tiers¹⁵⁶. Le contrat d'assurance prévoit en pratique des conditions de couverture analogues à celles de la libération des sûretés au sens de l'art. 257e al. 3 CO.
118. A la fin des relations contractuelles, si la partie bailleresse se prévaut de la réalisation d'une de ces situations « assurées », l'assurance dispose d'un droit de recours contre la partie locataire¹⁵⁷.

IV. Conclusion

119. Le processus permettant d'atteindre la fin du contrat au sens relativement étroit en matière de bail à loyer soulève de nombreuses questions pratiques. Les praticien·ne·s doivent faire appel à une multitude de réponses, parfois indirectes, fournies par la loi, la jurisprudence et la doctrine et dont la présente contribution a pour vocation d'offrir un aperçu. Le régime de la liquidation des rapports de bail à loyer demeure toutefois suffisamment indéterminé, permettant ainsi une adaptation aux enjeux futurs en la matière.

¹⁵⁵ Sur ce mécanisme, MARCHAND, Stipulations, N 483 et 487. Voir ég. ATF 61 II 274, principe non remis en cause par l'ATF 133 III 669 ; CR CO I-TEVINI, art. 112 CO N 5.

¹⁵⁶ Dans l'arrêt TF du 21.01.2010, 2C_410/2010, cons. 4.1, le Tribunal fédéral désigne la partie bailleresse comme la personne « assurée » et la partie locataire comme la preneuse d'assurance.

¹⁵⁷ LCHAT/STASTNY, Bail à loyer, p. 447.

Bibliographie

AUBERT CAROLE, Les défauts de la chose louée, *in* : Bohnet (édit.), 17^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2012, p. 1-44 (cité : AUBERT, Défauts)

BACHOFNER EVA, Mieterausweisung, Rechtsschutz in klaren und in weniger klaren Fällen, thèse, Zurich 2019 (cité : BACHOFNER, Mieterausweisung)

BARBEY RICHARD, Les travaux de rénovation et de modification de la chose louée entrepris par le locataire, *in* : 10^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 1998 (cité : BARBEY, Art. 260a CO)

BIBER IRENE, Die Rohbaumiete, thèse, Zurich/St-Gall 2014 (cité : BIBER, Rohbaumiete)

BIERI LAURENT, L'avenir de la règle de l'insolite, *in* : Rumo-Jungo/Pichonnaz/Hürlimann-Kaup/Fountoulakis (édit.), Mélanges en l'honneur de Paul-Henri Steinauer, Berne 2013, p. 713-720 (cité : BIERI, Insolite)

BIERI LAURENT, Le contrôle judiciaire des conditions générales – Réflexions sur le nouvel article 8 LCD, *in* : Bohnet (édit.), Le nouveau droit des conditions générales et pratiques commerciales déloyales, Bâle/Neuchâtel 2012, p. 47-61 (cité : BIERI, Conditions générales)

BIERI LAURENT, Qu'apporte le nouvel article 8 de la loi fédérale contre la concurrence déloyale ?, *in* : Jusletter 24 octobre 2011, p. 1-3 (cité : BIERI, Art. 8 LCD)

BOHNET FRANÇOIS, La procédure sommaire : Cas clair – Mesures provisionnelles – Mise à ban, *in* : Bohnet (édit.), Procédure civile suisse, Les grands thèmes pour les praticiens, Neuchâtel 2010, p. 193-239 (cité : BOHNET, Procédure sommaire)

BOHNET FRANÇOIS, Commentaire de l'ATF 141 III 262, DB 2015 N 27 (cité : BOHNET, Cas clair et contestation du congé)

BOHNET François, Commentaire de l'ATF 144 III 145, DB 2018 N 29 (cité : BOHNET, Réintégrand)

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

BOHNET FRANÇOIS/CONOD PHILIPPE, La fin du bail et l'expulsion du locataire, *in* : Bohnet/Carron (édit.), 18^e Séminaire sur le droit du bail, Bâle/Neuchâtel 2014, p. 79-141 (cité : BOHNET/CONOD, Fin du bail)

BOHNET FRANÇOIS/HALDY JACQUES/JEANDIN NICOLAS/SCHWEIZER PHILIPPE/TAPPY DENIS (édit.), Code de procédure civile, Commentaire romand, Bâle 2019 (cité : CR CPC-AUTEUR, art. x N y)

BOHNET FRANÇOIS/MELCARNE LUCA, Dix ans de cas clairs en droit du bail, *in* : Bohnet/Carron (édit.), 21^e Séminaire sur le droit du bail, Bâle/Neuchâtel 2020, p. 1-46 (cité : BOHNET/MELCARNE, Cas clairs)

BRAUN ANNA, Die Wohnungsabgabe und das Abgabeprotokoll, mp 1/2020 p. 7-35 (cité : BRAUN, Wohnungsabgabe)

CARRON BLAISE, Bail et travaux de construction : aménagement, entretien, rénovation et modification des locaux, *in* : Bohnet (édit.), 17^e Séminaire sur le droit du bail, Bâle/Neuchâtel 2012, p. 45-113 (cité : CARRON, Bail et travaux de construction)

CARRON BLAISE, Le bail de locaux nus ou bruts (Rohbaumiete), *in* : Bohnet/Carron (édit.), 20^e Séminaire sur le droit du bail, Bâle/Neuchâtel 2018, p. 81-108 (cité : CARRON, Locaux nus)

CARRON BLAISE, L'indemnité pour occupation illicite : rapport contractuel de fait comme fondement, principe de fixation et application de l'art. 42 al. 2 CO (TF 4A_276/2018), DB 2019 N 3 (cité : CARRON, Indemnité)

CARRON BLAISE/FÉROLLES Yann, Le dommage consécutif au défaut, *in* : Werro/Pichonnaz (édit.), Le dommage dans tous ses états, sans le dommage corporel ni le tort moral, Berne 2012, p. 69-154 (cité : CARRON/FÉROLLES, Dommage)

CERUTTI ROMEO, Der Untervertrag, thèse, Fribourg 1990 (cité : CERUTTI, Untervertrag)

CONSEIL FÉDÉRAL, Message du 28 juin 2006 relatif au code de procédure civile suisse (CPC), FF 2006 6841 (cité : CONSEIL FÉDÉRAL, CPC)

DIETSCHY-MARTENET PATRICIA, Bail à loyer et procédure civile, Bâle 2018 (cité : DIETSCHY-MARTENET, Bail et procédure)

DIETSCHY-MARTENET PATRICIA, Le bail d'habitation des concubins, Bâle 2014 (cité : DIETSCHY-MARTENET, Concubins)

DIETSCHY-MARTENET PATRICIA, Les colocataires de baux d'habitations ou de locaux commerciaux, *in* : Bohnet/Carron (édit.), 19^e Séminaire sur le droit du bail, Bâle/Neuchâtel 2016, p. 183-220 (cité : DIETSCHY-MARTENET, Colocataires)

DIETSCHY-MARTENET PATRICIA, Les règles et usages locatifs du canton de Vaud (RULV) face au contrat-cadre romand et au code des obligations, *in* : Bohnet/Carron (édit.), 21^e Séminaire sur le droit du bail, Bâle/Neuchâtel 2020, p. 137-186 (cité : DIETSCHY-MARTENET, RULV)

DROESE LORENZ, Unklarheiten um den klaren Fall gemäss art. 257 ZPO, RJB 155/2019, p. 229-260 (cité : DROESE, Klaren Fall)

DUCROT MICHEL, Des usagers indésirables dans les locaux d'habitations ou commerciaux : le locataire à la fin du bail et le sous-locataire non autorisé, *in* : 14^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2006 (cité : DUCROT, 2006)

EICHEL FLORIAN, Provisorische Rechtsöffnung in der Sackgasse ?, PJA 9/2019, p. 920-933 (cité : EICHEL, PJA 2019)

FOUNTOULAKIS CHRISTIANA, Le sort des prestations à la fin des contrats de durée, *in* : Pichonnaz/Werro (édit.), La pratique contractuelle : actualité et perspectives, Zurich 2011, p. 55-73 (cité : FOUNTOULAKIS, Fin des contrats)

GANDROY AURÉLIE, La liquidation des rapports de bail à loyer, aspects de droit matériel et de procédure, Thèse, Neuchâtel 2024 (cité : GANDROY, Liquidation)

GANDROY AURÉLIE, Le droit d'enlèvement face à l'indemnité pour la plus-value apportée à la chose louée (TF 4A_305/2020), DB 2021 N 3 (cité : GANDROY, Droit d'enlèvement)

GAUCH PETER, System der Beendigung von Dauerverträgen, thèse, Fribourg 1968 (cité : GAUCH, Beendigung)

GASSER DOMINIK, Die Vollstreckung nach der Schweizerischen ZPO, Revue de l'avocat 8/2008, p. 340-346 (cité : GASSER, Vollstreckung)

GIGER HANS, Die Miete, Art. 253-273c OR, Art. 256-259i OR, Berner Kommentar, Berne 2015 (cité : BK-GIGER)

HUBER MÉLANIE, Die Vollstreckung von Urteilen nach der Schweizerischen ZPO, thèse, Zurich/St-Gall 2016 (cité : HUBER, Vollstreckung)

JAQUES CHARLES, La libération des garanties locatives de l'art. 257e CO, JdT 2007 II, p. 90-129 (cité : JAQUES, Garanties)

JAQUES CHARLES, Nature juridique des garanties locatives et des assurances de garantie de loyer, JdT 2024 II, p. 4-24 (cité : JAQUES, JdT)

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

KOUMBARAKIS ZINON, Urteil des Bundesgerichts 4A_208/2015 vom 12. Februar 2016, MRA 4/2016, p. 214-225 (cité : KOUMBARAKIS, Sicherheitsleistungen)

KUNZ TOBIAS/WYTTENBACH MARKUS, Die Rückgabe der Mietsache, mp 3/2016 p. 187-208 (cité : KUNZ/WYTTENBACH, Rückgabe)

LACHAT BORIS, Le locataire absent et la restitution des locaux, in : Bohnet/Carron (édit.), 21^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel/Bâle 2020, p. 261-303 (cité : LACHAT, Restitution)

LACHAT DAVID, La gestion d'affaires sans mandat en droit du bail, in : Bohnet/Carron (édit.), 22^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel/Bâle 2022, p. 167-224 (cité : LACHAT, Gestion d'affaires)

LACHAT DAVID/LACHAT BORIS, Procédure civile en matière de baux et loyers, Genève 2019 (cité : LACHAT/LACHAT, Procédure)

MARCHAND SYLVAIN, Les stipulations codifiées du droit suisse – Limitation de responsabilité – Condition – Clause pénale – Cession de créance – Reprise de dette – Solidarité – Porte-fort – Stipulation pour autrui, Bâle 2023 (cité : MARCHAND, Stipulations)

Mieterinnen- und Mieterverband Deutschschweiz (édit.), Das Mietrecht für die Praxis, 10^e éd., Zurich 2022 (cité : MPra-AUTEUR)

MORIN ARIANE, La liquidation du contrat, *in* : Regards comparatistes sur le phénomène contractuel, Aix-en-Provence : Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2009, p. 203-221 (cité : MORIN, Liquidation)

MÜLLER P. JÜRIG (édit.), Wohn- und Geschäftsraummiete, Handbücher für die Anwaltspraxis, Bâle 2016 (cité : HAP-AUTEUR)

NAGEL THOMAS/NAGEL MICHAEL, Die Auflösung von Mietzinsdepots in der Praxis, *in* : jusletter 5 septembre 2022 (cité : NAGEL/NAGEL, Mietzinsdepots)

SCHNYDER SIBYLLE, Double-net, Triple-net und andere besondere Regelungsformen von Unterhaltsverpflichtungen in Geschäftsmietverträgen, MRA 4/2010, p. 147-156 (cité : SCHNYDER, Double-net)

SCHWENZER INGEBORG/FOUNTOULAKIS CHRISTIANA, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 8^e éd., Berne 2020 (cité : SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, AT)

SOMMER MONIKA, Entscheid vom 18.08.2004 des Obergerichts Luzern, LGVE, 2004 I, Nr 19, MRA 4/2005 p. 180-187 (cité : SOMMER, MRA 2005)

TERCIER PIERRE/PICHONNAZ PASCAL, Le droit des obligations, 6^e éd., Genève/Zurich/Bâle 2019 (cité : TERCIER/PICHONNAZ)

THÉVENOZ LUC/WERRO FRANZ (édit.), Code des obligations I (art. 1-529 CO), Commentaire romand, 3^e éd., Bâle 2021 (cité : CR CO I-AUTEUR, art. x N y)

TREZZINI FRANCESCO, L'exécution des décisions portant sur une prestation autre qu'en argent (art. 335 ss CPC), *in* : Bohnet (édit.), Quelques actions en exécution, Bâle/Neuchâtel 2011, p. 87-104 (cité : TREZZINI, Exécution)

URBACH SIMON/MOSKRIC ELISABETH, Die Zulässigkeit von Triple-Net, PJA 8/2008, p. 995-1006 (cité : URBACH/MOSKRIC, Triple-Net)

VISCHER MORITZ, Die Rohbaumiete, thèse, Zurich 2014 (cité : VISCHER, Rohbaumiete)

ZEHNDER HANNES, Die Bestimmung der Mehrwertenschädigung bei Mieterbauten (art. 260a Abs. 3 OR), PJA 1/1996, p. 725-727 (cité : ZEHNDER, Mehrwertenschädigung)

ZEHNDER HANNES, Die Mängelrüge im Kauf-, Werkvertrags- und Mietrecht, RSJ 2000, p. 545-549 (cité : ZEHNDER, Mängelrüge)

ZUCKER ARMIN/KUNZ TOBIAS, Kleiner Unterhalt als Mieterpflicht – Inhalt und Schranken, mp 1/2009, p. 1-13 (cité : ZUCKER/KUNZ, Unterhalt)