Université de Neuchâtel
Faculté de droit

Analyse de l'arrêt TF 4A_153/2023

Marie-Laure Percassi, Docteure en droit, collaboratrice scientifique à l'Université de Neuchâtel et avocate

TF 4A_153/2023, 3 juillet 2023

Thèmes : *Conclusion, Frais accessoires*
Lois : *Art. 269d al. 3 CO, Art. 18 CO*

Newletter bail.ch août 2023

17 août 2023

La non-application de l'art. 269d CO en cas de modification du contrat de bail ne concernant pas le loyer

I. Objet de l'arrêt

L'arrêt 4A_153/2023 porte sur l'art. 269d al. 3 CO, qui concerne les modifications du contrat de bail autres que la hausse du loyer. Le Tribunal fédéral y expose les conditions permettant de considérer qu'une modification du contrat de bail est consensuelle et n'est donc pas soumise aux conditions de l'art. 269d al. 1 et 2 CO.

II. Résumé de l'arrêt

A. Les faits

A. AG (bailleresse et recourante) et B. AG (locataire et intimée) sont liées depuis longtemps par des contrats de bail portant sur des bureaux et des entrepôts à U.

Le 8 février 2008, elles ont remplacé quatre contrats de bail qui les liaient par un contrat unique et ont convenu d'un forfait pour les frais accessoires de CHF 649.45. Par un avenant du 24 novembre 2009 (avenant 1), le forfait pour les frais accessoires a été augmenté à CHF 700.-.

Par un avenant ultérieur du 19 octobre 2011 (avenant 4), les parties ont convenu de passer à un système d'acomptes pour les frais accessoires et ont fixé l'acompte mensuel à CHF 950.-.

Le 29 janvier 2015, la locataire a résilié le bail s'agissant d'un des entrepôts. Par avenant du 15 avril 2015 (avenant 5), les parties ont convenu de retirer la résiliation, de réduire le loyer mensuel de CHF 6'712.- à 6'312.- et de ne pas modifier le montant de l'acompte mensuel pour les frais accessoires.

Le 21 janvier 2019, la locataire a à nouveau résilié le bail relatif à l'entrepôt précité.

Le 11 septembre 2020, la locataire a ouvert action contre la bailleresse devant le tribunal civil de Bâle-Ville. Elle demandait le remboursement de CHF 30'000.-, correspondant aux frais accessoires payés en trop sur la base des avenants 4 et 5, ceux-ci devant être considérés comme nuls.

Par jugement du 7 mars 2022, le tribunal civil a admis les prétentions de la locataire et a condamné la bailleresse à lui verser un montant de CHF 30'000.-, intérêts en sus. Le Tribunal d'appel de Bâle-Ville a confirmé ce jugement le 29 janvier 2023.

La bailleresse a déposé un recours contre cette décision devant le Tribunal fédéral.

B. Le droit

Le Tribunal fédéral rappelle les principes guidant l'interprétation des contrats : dans un premier temps, le tribunal doit rechercher la réelle et commune intention des parties. S'il n'y parvient pas, il doit interpréter les déclarations des parties selon le principe de la confiance, afin de déterminer comment elles pouvaient et devaient se comprendre, compte tenu des termes utilisés et de l'ensemble des circonstances (consid. 4).

Dans le cas présent, le désaccord concerne la portée de l'avenant 5 (l'avenant 4 n'étant plus remis en cause) (consid. 5), en particulier sur le fait de savoir si, par cet avenant, les parties ont entériné leur accord – pris dans l'avenant 4 – sur les frais accessoires.

Selon l'art. 269d al. 2 CO, les majorations de loyers sont nulles si elles ne sont pas notifiées au moyen de la formule officielle (let. a), si les motifs ne sont pas indiqués (let. b) ou encore si elles sont assorties d'une résiliation ou d'une menace de résiliation (let. c). L'art. 269d al. 3 CO précise que ces règles s'appliquent également « *lorsque le bailleur envisage d'apporter unilatéralement au contrat d'autres modifications au détriment du locataire, par exemple en diminuant ses prestations ou en introduisant de nouveaux frais accessoires* » (consid. 5.1).

En l'espèce, le tribunal de deuxième instance a considéré que l'avenant 5 devait être qualifié de modification du contrat unilatérale au détriment de la locataire, de sorte qu'il devait répondre aux conditions de l'art. 269d CO. Bien qu'il ait été notifié à l'aide d'une formule officielle, il ne contenait pas de motivation suffisante pour justifier le changement du régime des frais accessoires. De ce fait, l'avenant devait être considéré comme nul (consid. 5.2). Le Tribunal fédéral rejette l'argumentation de la recourante à cet égard (consid. 5.3.1).

Dans une motivation subsidiaire, l'autorité inférieure a estimé que, sur la question de savoir si cette modification du contrat pouvait être qualifiée de consensuelle (ce qui signifie que la formule officielle ne serait pas nécessaire), il serait très douteux que toutes les conditions permettant de retenir cette qualification soient remplies. Dans tous les cas, la bailleresse et recourante n'avait pas élevé de contestation suffisante à cet égard et n'avait de toute manière pas suffisamment allégué les faits à la base de cette argumentation en première instance (consid. 5.3.2). Le Tribunal fédéral rejette la critique de la bailleresse et recourante à cet égard, en soulignant que celle-ci n'a pas suffisamment motivé son recours sur ce point (consid. 5.3.3).

La recourante et bailleresse invoque également que l'autorité inférieure est tombée dans l'arbitraire en considérant que la nouvelle réglementation sur les frais a été introduite par l'avenant 4, et que les parties ne se sont pas mises d'accord dans l'avenant 5 sur les frais accessoires (consid. 5.4). Le Tribunal fédéral considère également que cet argument est infondé (consid. 5.4).

Le Tribunal fédéral estime également que les critiques de la recourante concernant la partie à l'origine de l'avenant 5 sont appellatoires et donc inadmissibles (consid. 5.5, 5.5.1 et 5.5.2).

La recourante reproche ensuite à l'instance précédente d'avoir appliqué l'art. 269d CO de manière contraire au droit. Elle souligne que cette disposition ne régit pas toutes les modifications du contrat de bail (consid. 5.6).

L'art. 269d al. 3 CO ne s'applique pas en cas de modification consensuelle du contrat. Pour que le but de protection de cette disposition ne soit pas contourné, il faut toutefois qu'il ressorte des circonstances que le locataire a suffisamment été informé de ses droits et qu'il n'ait pas accepté la modification sous la menace d'une résiliation (ATF 128 III 419, consid. 2.4.2). Dans l'arrêt 4A_637/2016, le Tribunal fédéral avait jugé que la protection de l'art. 269d CO n'était pas contournée dans l'hypothèse où il peut être établi que des locataires avaient été informés des modalités de contestation de la modification, qu'ils avaient conscience qu'en renonçant à la formule officielle, ils renonçaient à leur droit de contestation et qu'ils n'avaient pas été mis sous pression (consid. 5.6).

A cet égard, le Tribunal fédéral retient tout d'abord que, par son argumentation, la recourante omet que l'instance précédente a retenu qu'il n'y avait pas de consensus entre les parties sur la question des frais. Ces constatations de faits lient le Tribunal fédéral. Celui-ci souligne ensuite que – même en considérant que le consensus concernant l'avenant 5 englobe également les modifications

apportées par l'avenant 4 (entaché de nullité) – la deuxième instance avait estimé que les conditions permettant d'admettre qu'une modification est bien consensuelle n'avaient pas été suffisamment alléguées (consid. 5.6).

La recourante fait également valoir que, même en retenant que l'art. 269d CO est applicable, les conditions de cette disposition sont remplies, de sorte que l'avenant 5 est valable (5.7). A cet égard, les deux premières instances ont retenu que – en admettant que la modification concernant les frais contenue dans l'avenant 4 ait été rendue effective par l'avenant 5 – cela ne dispensait pas la recourante de motiver la modification dans l'avenant 5 (consid. 5.7.1).

Le Tribunal fédéral rejette cet argument. Il souligne que la recourante oublie que, dès lors que l'avenant 4 n'avait pas été motivé, elle ne pouvait pas se dispenser de motiver l'avenant 5. Il relève que la référence à l'arrêt 4A_256/2015 n'est d'aucun secours à la recourante : dans cet arrêt, le Tribunal fédéral avait retenu que, dans le cas où une modification (nulle) du contrat est suivie par une modification valable et non contestée, les montants payés en trop sur la base de la première modification peuvent être réclamés uniquement jusqu'à l'entrée en vigueur de la seconde. L'application de cette jurisprudence dans le cas présent ne serait possible que si l'avenant 5 avait été valide en la forme et non contesté, ce qui n'est pas le cas (consid. 5.7.2).

Enfin, rien n'indique que les instances précédentes aient constaté à tort que la modification du contrat n'était pas suffisamment motivée, de sorte que le Tribunal fédéral rejette également cet argument (consid. 5.7.3).

III. Analyse

Dans l'arrêt résumé ci-dessus, le Tribunal fédéral rejette le recours de la bailleresse et recourante principalement pour des questions de défaut d'allégation et de motivation insuffisante. Il touche toutefois à un sujet intéressant, à savoir les modifications consensuelles du contrat de bail à loyer ne portant pas sur le loyer. Cette décision est donc l'occasion d'approfondir ce sujet.

Les exigences de forme de l'art. 269d al. 1 et 2 CO ne sont applicables à une modification du contrat qui ne consiste pas en une augmentation de loyer que si celle-ci est, cumulativement, *au détriment* de la partie locataire (ci-dessous, a.) et *unilatérale* (ci-dessous, b.) (voir ZK-HIGI, 5e éd., Zurich/Bâle/Genève 2022, art. 269d CO N 52). En d'autres termes, si la modification résulte d'un accord entre les parties ou n'est pas défavorable à la partie locataire (ou les deux), elle n'est pas soumise à l'art. 269d CO.

En revanche, si l'art. 269d CO s'applique et que les conditions de forme de l'art. 269d al. 1 et 2 CO n'ont pas été respectées, la modification est nulle ; la nullité peut être invoquée en tout temps (CPra Bail-MARCHAND, 2e éd., Bâle 2017, art. 269d CO N 3 et 36).

Il convient également de préciser que, contrairement à ce que l'on pourrait croire à la lecture du considérant 5.6 de l'arrêt commenté, toutes les modifications consensuelles du contrat – y compris la majoration du loyer – sont soustraites à l'application de l'art. 269d CO, et non uniquement les « autres modifications » (c'est-à-dire celles qui ne concernent pas le loyer). Cela ressort en particulier de l'ATF 128 III 419, dans lequel le Tribunal fédéral expose que « [*l*]*a faculté donnée au bailleur de demander unilatéralement une augmentation du loyer pour le prochain terme de résiliation […] n'exclut pas que les parties puissent convenir valablement, sans l'usage d'une formule officielle, d'augmenter le loyer pour l'échéance* » (consid. 2.4.2).

a) Modification au détriment de la partie locataire

Premièrement, la modification doit être au détriment de la partie locataire – ce qui n'est pas le cas si elle est neutre (c'est-à-dire qu'elle ne favorise aucune des parties) ou si elle est dans l'intérêt de la partie locataire.

Dans le cas où la modification consiste en une augmentation du loyer (sans prestation supplémentaire de la partie bailleresse), on peut généralement admettre qu'elle est au détriment de la partie locataire. Par contre, pour les autres modifications, il peut être plus difficile de déterminer si

celle-ci est défavorisée ou non. Les circonstances d'espèce devront donc être prises en compte pour déterminer quelle partie au contrat à un intérêt à la modification (ZK-HIGI, *op. cit.*, art. 269d CO N 52).

La question se pose notamment en matière d'acomptes de frais. Dans l'arrêt commenté, la situation était relativement claire : les parties sont passées d'un système de frais forfaitaire de CHF 700.- par mois à un système de facturation par acomptes d'un montant mensuel de CHF 950.- (la bailleresse s'étant probablement rendu compte que le forfait de CHF 700.- ne couvrait plus ses frais effectifs), de sorte que la modification était en défaveur de la locataire (voir à ce sujet CR CO I-LACHAT/BOHNET, 3e éd., Bâle 2021, art. 257a-257b CO N 9).

Mais qu'en est-il en cas de modification à la hausse du montant des acomptes, par exemple en raison d'une augmentation (actuelle ou prévisible) des coûts de l'énergie ? D'une part, cette adaptation du contrat aura pour effet que la partie locataire devra verser plus chaque mois pour ses acomptes ; mais, d'autre part, cela lui évitera d'être contrainte de débourser une somme importante en une fois si, une fois le décompte des charges effectué, il s'avère que les acomptes payés ne couvrent pas l'entier des frais.

LACHAT/BOHNET et la Cour de justice de Genève considèrent qu'une telle modification est défavorable à la partie locataire (Cour de justice de Genève, 16.05.2022, ACJC/638/2022, consid. 2.1 ; CR CO I-LACHAT/BOHNET, *op. cit.*, art. 257a-257b CO N 9). A notre avis, cette qualification est juste, mais une précision est nécessaire : la hausse des acomptes est au détriment de la partie locataire si elle est proposée par la partie bailleresse. En effet, il faut partir du principe que, si la modification émane unilatéralement de cette dernière, elle est dans son intérêt et non pas dans celui de la partie locataire (dans ce sens : CPra Bail-MARCHAND, *op. cit.*, art. 269d CO N 12). En revanche, si la demande d'augmentation des acomptes est faite par la partie locataire, on ne pourra généralement pas considérer qu'elle est en sa défaveur.

b) Modification unilatérale

Deuxièmement, la modification doit être unilatérale (condition qui ressort du titre marginal de l'art. 269d CO ; voir ZK-HIGI, *op. cit.*, art. 269d CO N 13 s.). C'est le cas s'il n'existe pas d'accord entre les parties. Comme indiqué dans l'arrêt 4A_153/2023 (consid. 5.6), il ne suffit pas que les parties aient réciproquement consenti à la modification envisagée pour admettre le caractère consensuel de la modification ; ainsi, deux conditions doivent être remplies : (i) la partie locataire doit avoir été suffisamment informée de ses droits – c'est-à-dire qu'elle doit avoir été avisée de la possibilité de contester la modification, et ainsi avoir connaissance qu'en renonçant à la formule officielle, elle ne pourra plus contester le changement envisagé – et (ii) elle ne doit pas avoir pas donné son accord sous la menace d'une résiliation (ATF 123 III 70, consid. 3b ; TF, 4A_637/2016, 03.03.2017, consid. 2.1 ; TF, 4D_82/2015, 23.05.2016, consid. 5.2).

S'agissant de la condition (i), existe-t-il une présomption que la partie locataire ignore ses droits ? A notre avis, la réponse à cette question est positive, compte tenu de la jurisprudence rendue par le Tribunal fédéral en matière de formule officielle de notification du loyer lors de la conclusion d'un nouveau bail (dans ce sens : SVITK-ROHRER, 4e éd., Genève/Bâle/Zurich 2018). Dans ce dernier contexte, le Tribunal fédéral a en effet retenu qu'il existe une présomption que la partie locataire ignore le caractère obligatoire de la formule officielle et les conséquences attachées à l'absence de celle-ci (ATF 148 III 63, consid. 6.2 ss). Dans le contexte d'une modification du contrat au détriment de la partie locataire, il semble donc cohérent d'également retenir que la partie locataire ignore que la formule officielle est normalement obligatoire – et donc qu'elle ignore aussi les informations qu'elle contient, qui concernent notamment les conditions permettant de contester la modification et la liste des autorités de conciliation du canton (cf. art. 19 al. 1 let. c OBLF).

La partie bailleresse devra donc s'assurer que la partie locataire connaît ses droits – et devra par conséquent, en cas de doute, l'informer à ce sujet. Dans le cadre d'un procès portant sur cet élément, il reviendra à la partie bailleresse de prouver la connaissance de la partie locataire ; à défaut, le caractère consensuel de la modification sera nié. Pour ce faire, on peut se demander si elle peut produire un document contresigné par la partie locataire indiquant que celle-ci sait qu'elle a la possibilité de contester la modification en sa défaveur, mais qu'elle renonce à la formule officielle

et n'aura donc plus cette faculté. L'ATF 128 III 419 paraît répondre négativement à cette question : le Tribunal fédéral y a indiqué qu'une modification n'est pas consensuelle si la partie bailleresse fait signer un document qu'elle a elle-même préparé (ATF 128 III 419, consid. 2.4.2 ; voir également ATF 123 III 70, consid. 3b).

Il convient de réserver l'abus de droit, comme en matière de formule officielle de notification du loyer lors de la conclusion d'un nouveau bail. Ainsi, si la partie locataire est consciente du caractère obligatoire de la formule officielle indépendamment d'une éventuelle information donnée par la partie bailleresse (par exemple si elle a des connaissances en droit du bail), elle commet un abus de droit en se prévalant de son ignorance (BOHNET, 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, p. 4 s.).

En pratique, cela signifie que le caractère consensuel de la modification ne sera a priori pas retenu si la *seule* preuve apportée par la partie bailleresse est un document qu'elle a préparé et qui a été signé par la partie locataire. Dans ces circonstances, en cas de modification en défaveur de la partie locataire, il sera plus prudent pour la partie bailleresse de notifier une modification unilatérale avec une formule officielle plutôt que de solliciter l'accord de la partie locataire.

Proposition de citation

Marie-Laure Percassi, La non-application de l'art. 269d CO en cas de modification du contrat de bail ne concernant pas le loyer (arrêt 4A_153/2023), Newsletter Bail.ch août 2023