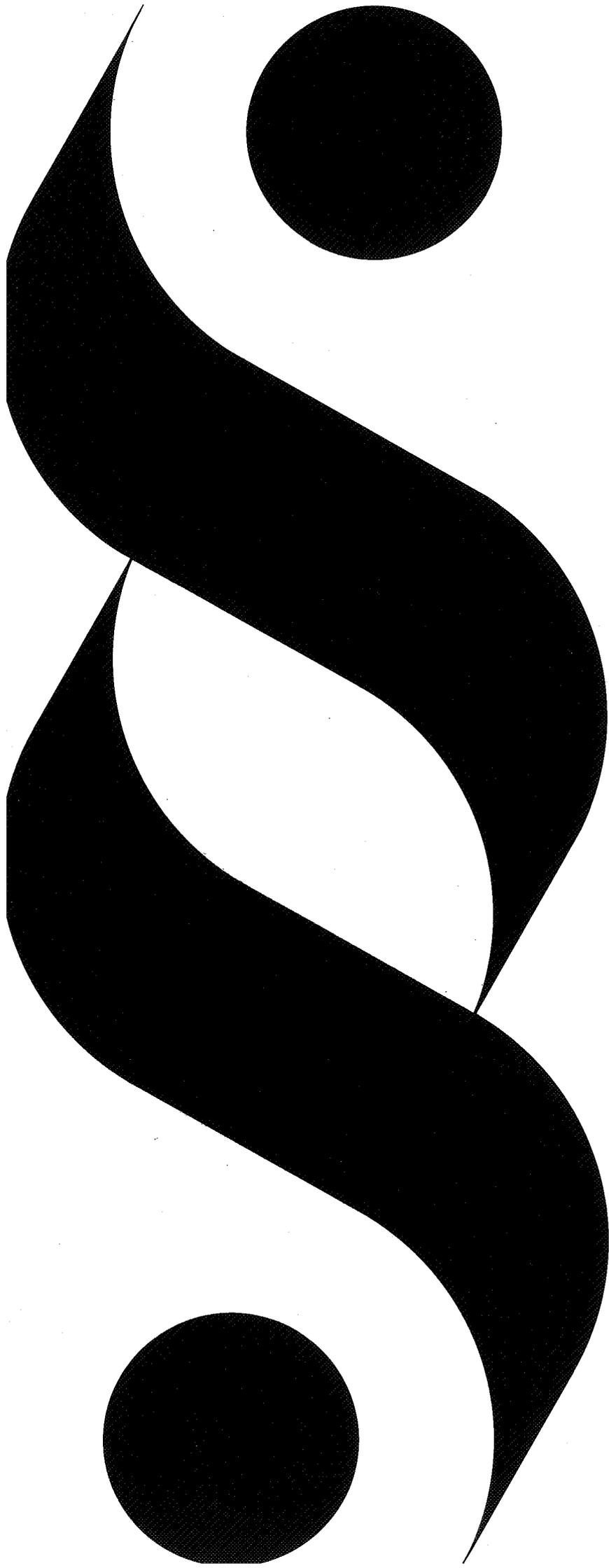
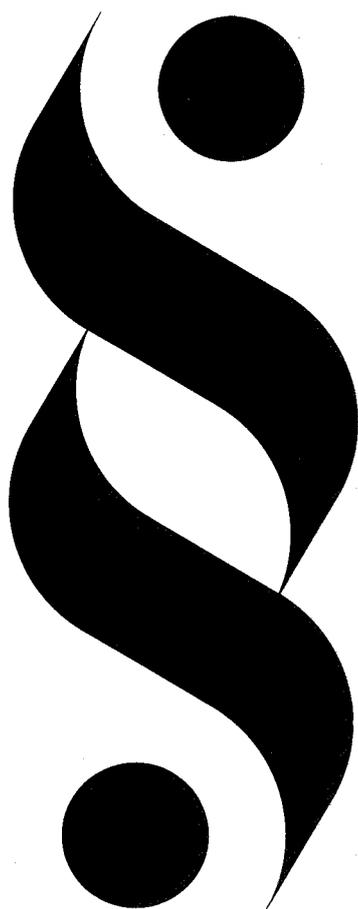


# Droit du bail

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

N° 13/2001





## IMPRESSUM

Droit du bail

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

### RÉDACTION:

Comité: Président: Pierre WESSNER (P. W.), professeur  
Membres: François KNOEPFLER (F. K.), professeur, avocat  
Marino MONTINI (M. M.), avocat  
Thomas PROBST (T. P.), professeur  
Jean-Marc RAPP (J. M. R.), professeur  
Secrétaire: Monique BISE

### Ont collaboré à ce numéro:

François BOHNET (F. B.), chargé de cours, avocat  
Shokraneh HABIBI-AMINI (S. H. A.), avocate  
David LACHAT (D. L.), avocat  
Henri-Robert SCHÜPBACH (H. R. S.), professeur

### ÉDITION ET ADMINISTRATION:

Séminaire sur le droit du bail  
Université de Neuchâtel  
Faubourg de l'Hôpital 106  
2000 Neuchâtel  
Téléphone (032) 718 12 60 / Téléfax 718 12 61  
e-mail: [seminaire.bail@unine.ch](mailto:seminaire.bail@unine.ch)  
<http://www.unine.ch/bail>  
CCP 20-5711-2

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

PRIX DE L'ABONNEMENT: Fr. 30.-

MANIÈRE DE CITER: DB

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

<b>AMSL</b>	Arrêté fédéral instituant des mesures contre les abus dans le secteur locatif du 30 juin 1972
<b>AmtsB.</b>	Amtsbericht (divers cantons)
<b>anc.</b>	ancien
<b>ATF</b>	Arrêts du Tribunal fédéral suisse
<b>BJM</b>	Basler Juristische Mitteilungen
<b>BISchK</b>	Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs
<b>BO</b>	Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale
<b>CC</b>	Code civil suisse du 10 décembre 1907
<b>CdB</b>	Cahiers du bail
<b>CE</b>	Conseil des États
<b>CF</b>	Conseil fédéral
<b>ch.</b>	chiffre
<b>CN</b>	Conseil national
<b>CO</b>	Code des obligations du 30 mars 1911
<b>Comm.</b>	Communications de l'Office fédéral du logement concernant le droit du loyer
<b>cons.</b>	considérant
<b>CP</b>	Code pénal suisse du 21 décembre 1937
<b>Cst. féd.</b>	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999
<b>DB</b>	Droit du bail
<b>DC</b>	Droit de la construction
<b>DPS</b>	Traité de droit privé suisse
<b>éd.</b>	édition
<b>FF</b>	Feuille fédérale
<b>FJS</b>	Fiches juridiques suisses
<b>GVP</b>	Gerichts- und Verwaltungspraxis (divers cantons)
<b>IPC</b>	Indice suisse des prix à la consommation
<b>JT</b>	Journal des Tribunaux
<b>LBFA</b>	LF sur le bail à ferme agricole du 4 octobre 1985
<b>LC</b>	Loi cantonale
<b>LCAP</b>	LF encourageant la construction et l'accèsion à la propriété de logements du 4 octobre 1974
<b>LDIP</b>	LF sur le droit international privé du 18 décembre 1987
<b>LF</b>	Loi fédérale
<b>LGVE</b>	Luzerner Gerichts- und Verwaltungsentscheide
<b>lit.</b>	littera (lettre)
<b>LP</b>	LF sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1889
<b>MP</b>	Mietrechtspraxis
<b>MRA</b>	MietRecht Aktuell
<b>n.</b>	note(s)
<b>NB</b>	Le notaire bernois
<b>not.</b>	notamment
<b>nouv.</b>	nouveau
<b>n. p.</b>	non publié(s)
<b>O</b>	Ordonnance
<b>OBLF</b>	Ordonnance sur le bail à loyer et le bail à ferme d'habitations et de locaux commerciaux du 9 mai 1990
<b>OCAP</b>	Ordonnance relative à la LF encourageant la construction et l'accèsion à la propriété de logements du 30 novembre 1981
<b>OFL</b>	Office fédéral du logement
<b>OG</b>	Obergericht
<b>OJ</b>	LF d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943
<b>op. cit.</b>	opus citatum (œuvre citée)
<b>ORFI</b>	Ordonnance du TF sur la réalisation forcée des immeubles du 23 avril 1920
<b>OSL</b>	Ordonnance du CF concernant des mesures contre les abus dans le secteur locatif du 10 juillet 1972
<b>p.</b>	page(s)
<b>PCF</b>	LF de procédure fédérale du 4 décembre 1947
<b>PJA</b>	Pratique juridique actuelle
<b>Pra.</b>	Die Praxis des schweizerischen Bundesgerichts
<b>RDS</b>	Revue de droit suisse
<b>réf. cit.</b>	référence(s) citée(s)
<b>Rep.</b>	Repertorio di Giurisprudenza Patria
<b>rés.</b>	résumé
<b>RF</b>	Registre foncier
<b>RFJ</b>	Revue fribourgeoise de jurisprudence
<b>RJB</b>	Revue de la société des juristes bernois
<b>RJJ</b>	Revue jurassienne de jurisprudence
<b>RJN</b>	Recueil de jurisprudence neuchâteloise
<b>RNRF</b>	Revue suisse du notariat et du registre foncier
<b>ROLF</b>	Recueil officiel des lois fédérales
<b>RS</b>	Recueil systématique du droit fédéral
<b>RSJ</b>	Revue suisse de jurisprudence
<b>RVJ</b>	Revue valaisanne de jurisprudence
<b>s</b>	suivant(e)
<b>SJ</b>	Semaine judiciaire
<b>ss</b>	suivants, suivantes
<b>TC</b>	Tribunal cantonal
<b>TF</b>	Tribunal fédéral
<b>ZR</b>	Blätter für Zürcherische Rechtssprechung

<b>ABRÉVIATIONS</b>	page 1		
<b>BIBLIOGRAPHIE</b>	page 4		
<b>JURISPRUDENCE</b>	page 5		
<b>1. DISPOSITIONS GÉNÉRALES</b>			
<b>1</b> Notion de local commercial. Interprétation large qui suppose toutefois nécessairement un local et non simplement une portion de terrain destinée uniquement à des activités jardinières. Art. 253a, 253b CO	page 5	<b>8</b> Défaut de la chose louée résultant de la hauteur insuffisante d'un parapet de balcon. Art. 259a ss CO	page 12
<b>2</b> Notion de dommage. La perte de l'usage d'un bien ne constitue pas en soi un dommage au sens juridique. Elle peut tout au plus justifier une réparation morale. Art. 41 al. 1, 49, 97 al. 1 CO	page 6	<b>9</b> Bail commercial. Vente de l'immeuble avec double mise à prix. Résiliation du contrat par l'adjudicataire. Résiliation remise en mains du locataire sans qu'il en prenne connaissance. Non-respect des délais de congé. Nullité de l'expulsion requise avant le terme légal de résiliation. Art. 261 al. 1, 266a al. 2, 266d CO	page 14
<b>3</b> Demeure de la locataire. Demande d'expulsion par la bailleuse. Objection de compensation par la locataire. Spécification des frais accessoires. Art. 257a, 257d CO	page 7	<b>10</b> Résiliation du bail principal en raison de la sous-location dont les conditions non abusives avaient été communiquées au bailleur. Notion d'inconvénients majeurs de la sous-location. Annulation du congé. Art. 262, 271a al. 1 lit. a CO	page 16
<b>4</b> Bail portant sur un restaurant. Convention des parties touchant les modalités de paiement du loyer. Retard du locataire dans le règlement de mensualités. Fixation par le bailleur d'un délai comminatoire sans indication du montant de l'arriéré échu. Résiliation anticipée du bail et requête d'expulsion du locataire. Art. 257d al. 1 CO	page 8	<b>11</b> Contrat de prêt convenu pour une durée indéterminée portant sur un appartement. Résiliation par le prêteur. Non-application par analogie des dispositions du droit du bail sur les délais de résiliation. Art. 266a ss, 310 CO	page 18
<b>5</b> Demeure du locataire dans le paiement du loyer. Résiliation anticipée du contrat par le bailleur. Nature et étendue des dommages-intérêts dus à ce dernier. Applicabilité de l'art. 257d CO lors même que le locataire n'a pas usé de la chose louée. Art. 44 al. 1, 97 al. 1, 257d CO	page 9	<b>12</b> Décès de la locataire. Occupation de l'appartement par son petit-fils. Résiliation du bail. Nullité du congé donné à l'aide d'un avis officiel comportant comme signature la seule apposition d'un timbre humide. Contestation du congé en raison de changement dans la situation familiale du locataire. Procédure en annulation du congé donné pour corriger un vice de forme affectant un précédent congé. Art. 266l al. 1, 271a al. 1 lit. d et f CO; 9 OBLF	page 19
<b>6</b> Demeure du locataire dans le paiement du loyer. Résiliation du bail. Occupation illicite des locaux. Expulsion du locataire. Dommages-intérêts résultant de la perte de gain dus au propriétaire jusqu'à la prochaine échéance contractuelle. Art. 257d CO	page 10	<b>13</b> Inventaire des objets soumis à rétention du bailleur commercial. Conditions de mesures de sûreté. Art. 268 CO; 17 ss, 98 ss, 271 ss, 283 s LP; 2 OELP	page 20
<b>7</b> Bail portant sur une habitation. Sûreté en espèces fournie par le locataire, mais non déposée en banque par les bailleurs. Existence d'un dépôt irrégulier, au sens de l'art. 481 CO, qui justifie à l'extinction du bail la demande de restitution par le locataire et prive les bailleurs du droit de compenser, en application de l'art. 125 ch. 1 CO. Calcul des intérêts s'ajoutant au montant de la sûreté à restituer. Art. 257e CO	page 11	<b>2. PROTECTION CONTRE LES LOYERS ABUSIFS</b>	
		<b>14</b> Majoration de loyer fondée sur un rendement net insuffisant. Acquisition de l'immeuble dans le cadre d'un partage successoral. Art. 269 CO	page 23
		<b>15</b> Méthode absolue opposée à une demande de baisse de loyer. Loyers comparatifs. Art. 269a lit. a CO; 11 OBLF	page 23

**16** Hausse de loyer. Loyers usuels du quartier. Adaptation théorique des loyers de comparaison à la baisse du taux hypothécaire.  
Art. 269a lit. a CO

page 25

**17** Critère des loyers comparatifs dans la localité ou dans le quartier.  
Art. 269a lit. a CO ; 11 OBLF

page 27

**18** Droit d'option en prolongation d'un bail assorti d'une clause d'indexation. Effets de l'option sur la poursuite du contrat et conditions de la prolongation. Mode de fixation du loyer. A défaut de convention particulière entre les parties, poursuite des rapports de location sans changement.  
Art. 255, 266, 269b, 270a à 270c CO

page 28

**19** Bail portant sur une habitation. Nullité des majorations de loyer exigées oralement, sans utilisation de la formule officielle. Demande en restitution des majorations payées en trop en application des règles fondées sur l'enrichissement illégitime à l'encontre du bailleur enrichi, et non à l'encontre des acquéreurs des locaux loués. Irrécevabilité du recours en réforme en raison du dépôt de conclusions nouvelles.  
Art. 62 ss, 261, 269d al. 2 lit. a CO ; 55 al. 1 lit. b OJ

page 30

**20** Contestation du loyer initial. Notion de contrainte.  
Art. 270 al. 1 CO

page 30

### 3. PROTECTION CONTRE LES CONGÉS

**21** Locaux commerciaux. Résiliation du bail en vue de la démolition du bâtiment. Autorisation de démolir non encore accordée par les autorités compétentes. Contestation de la résiliation. Principe de la bonne foi et de l'interdiction de l'abus de droit.  
Art. 271, 271a CO

page 32

**22** Bail à loyer portant sur une villa de service. Dénonciation par le locataire. Nouveau contrat avec l'occupant accompagné d'une réduction de loyer. Dénonciation par le bailleur. Validité du congé. Besoin du propriétaire. Abus de droit du locataire. Prolongation du bail.  
Art. 2 CC ; 271, 271a, 272 CO

page 32

**23** Bail portant sur des places de parc et sur une station-service. Bail commun. Première résiliation donnée par une partie des bailleurs. Nullité de la résiliation. Nouvelle résiliation émanant de l'ensemble des bailleurs. Validité du congé. Prolongation du bail.  
Art. 271a al. 1 lit. e ch. 1, 272 CO

page 34

### 4. AUTORITÉS ET PROCÉDURE

**24** Caractère impératif de la tentative de conciliation préalable prescrite par l'art. 274a CO. Moyen tiré du défaut de conciliation constitutif d'un abus de droit lorsqu'il est invoqué au stade des conclusions en cause.  
Art. 274a al.1 CO

page 35

**25** Maxime inquisitoire sociale. Loyers comparatifs.  
Art. 274d al. 3 CO

page 36

**26** Collaboration à l'administration des preuves en procédure de conciliation. Incidence sur les frais et dépens de la procédure judiciaire.  
Art. 274d al. 3 CO ; § 64, 68 Zivilprozessordnung (ZPO)

page 36

### 5. DIVERS

**27** Caution versée par le locataire non placée sur un compte bancaire à son nom. Faillite du bailleur. Créance de loyer de la masse. Compensation invoquée par le locataire. Refus.  
Art. 211, 213 LP ; 257e, 261, 401 CO

page 38

**28** Poursuite en réalisation de gage immobilier, loyers inclus. Opposition et contestation du gage sur les loyers. Fixation au poursuivant, en conformité de l'art. 93 ORFI, du délai pour agir. Mainlevée requise en temps utile validant la mainmise sur les loyers et la gérance de l'immeuble. Levée de l'opposition et fixation au poursuivant du délai pour agir en reconnaissance du gage sur les loyers.  
Art. 806 CC ; 152 s LP ; 91 ss ORFI

page 40

**29** Hypothèque légale des artisans et des entrepreneurs lors de travaux commandés par un locataire. Droit à l'inscription contre un tiers acquéreur de l'immeuble.  
Art. 837 al. 1 ch. 3 CC

page 42

**Publications récentes**

Etat au 31 octobre 2001

- AMBERG P., Der Konkurs des Vermieters: Folgen für den Vermieter; Auswirkung auf den Mietvertrag, in: Schuldbetreibung und Konkurs im Wandel, Bâle 2000, p. 173 (20 pages)
- BÄR H., Die Versicherung bei Wohnungs- und Geschäftsmiete, MP 2001, p. 61 (32 pages)
- BLASER P., La prise en considération des loyers usuels dans la fixation du loyer, in CdB 2001, p. 1 (26 pages)
- BRUNNER A., Störungen der Mieterinnen und Mieter durch Immissionen, insbesondere Bau- und Verkehrslärm – zivil- und öffentlichrechtliche Rechtshilfe und deren Durchsetzung (2. Teil), MP 2000, p. 153 (25 pages)
- CAVIN O./CONTINI F./DE DARDEL N./MAILLARD Chr./RECORDON L., Le guide pratique du locataire, Lausanne 2000 (131 pages)
- DEILLON-SCHEGG B., Die gerichtliche Zusprechung eines dinglichen Wohnrechts an der «Wohnung der Familie» nach dem revidierten Scheidungsrecht, recht 2000, p. 14 (15 pages)
- DÜRR D., Fluglärm und Mietvertrag, PJA 2001, p. 394 (9 pages)
- GASCHE J., Die Mietfläche von Wohn- und Geschäftsräumen, MP 2001, p. 1 (10 pages)
- HEDIGER B., Entwicklungen im Mietrecht, RSJ 2001, p. 296 (4 pages)
- HEINRICH P., Die Untermiete, thèse, Zurich 1999 (290 pages)
- HIGI P., Die Pacht, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, V 2 b (art. 275-304 OR), 3° éd., Zurich 2000 (365 pages)
- MAAG A., Reservationsrecht, Vormietrecht und Option, in MRA 2001, p. 37 (5 pages)
- MINOTTI PERUCCHI M./MOSCA G., Raccolta di giurisprudenza in materia di locazione, vol. 5 (1998-1999), éd. par le Dipartimento delle istituzioni del Ticino, Bellinzona (290 pages)
- PEDRAZZINI L./MICHELI F., Le prix des immeubles, 10 cas pratiques, Genève 2000 (171 pages)
- THANEI A., Die Rechtsprechung des Bundesgerichtes zur Mietzinsfestsetzung, Fachreihe Mietrecht n° 7, Zurich 2000 (51 pages)
- WALZ U., Die renditebezogene Missbrauchskontrolle nach Art. 269 OR, thèse, Zurich 2001 (178 pages)
- WICKI P., Mehr Lärm reduziert den Mietzins, Plädoyer 2001, p. 20 (4 pages)
- ZEHNDER H., Die Mängelrüge im Kauf-, Werkvertrags- und Mietrecht, RSJ 2000, p. 545 (6 pages)

## 1. Dispositions générales

### 1 Notion de local commercial. Interprétation large qui suppose toutefois nécessairement un local et non simplement une portion de terrain destinée uniquement à des activités jardinières.

Chambre d'appel en matière de baux et loyers, Genève

13.03.2000

M.C. c. A.F.

Comm. 33, p. 1

#### Art. 253a, 253b CO

1. Ce n'est pas la première fois que la jurisprudence se penche sur la définition du local commercial. Sans doute, cela est-il dû au fait que le législateur n'a pas donné de définition de cette notion. Pour sa part, le Message de 1985 (*FF 1985 I 1402*) n'a apporté à cet égard que peu d'éclaircissements puisque la notion de local commercial était supposée être connue depuis longtemps. Il a dès lors toujours appartenu à la jurisprudence de distinguer entre les locaux d'habitations, les locaux commerciaux et les autres locaux. Cette distinction n'est naturellement pas dénuée de conséquences pratiques et juridiques puisque seuls les deux premiers types de locaux bénéficient en particulier de la protection légale contre les loyers abusifs (art. 269 ss CO) et contre les congés (art. 271 ss CO). Sous l'empire de l'ancien droit, notre haute Cour avait adopté une définition très large des locaux commerciaux. Au fil de ses décisions, le TF a précisé cette notion. L'arrêt cantonal ici relaté s'inspire de la jurisprudence fédérale.
2. Par contrat du 20 février 1985, C. a pris à bail une parcelle de jardin d'environ 79 m<sup>2</sup>. Le contrat disposait que cette location était consentie « à disposition de culture exclusivement » pour un loyer annuel de Fr. 120.-. Il était indépendant de la mise à disposition de tout logement ou de tout local commercial. Cette portion de terrain avait primitivement été louée (avant 1968) au père de C. (décédé en 1984) qui l'avait nettoyée et aménagée en jardin potager, avec l'accord du précédent bailleur. Depuis la mort de son père, C. cultive ce jardin avec sa mère qui est très attachée à cet endroit (qui lui rappelle son bonheur passé). Nouveau propriétaire de la parcelle, F. est entré dans le rapport de location et a résilié le bail en usant de la formule officielle. Ce congé a été contesté en temps utile par le locataire devant la Commission de conciliation. Parallèlement, le bailleur a demandé l'expulsion de F. Faute de conciliation, le premier juge saisi de la cause a rejeté la contestation du congé et prononcé l'évacuation de F., considérant que ce dernier ne pouvait se prévaloir de la protection légale puisque l'objet du bail ne constituait ni une habitation ni un local commercial. Appelé à trancher le litige suite au recours du locataire, la Chambre d'appel en matière de baux et loyers a rendu en substance les considérants suivants.
3. Dans le cadre de la législation relative au contrat de bail immobilier portant sur une habitation ou un local commercial (art. 253a et 253b CO), une protection spéciale du locataire est prévue en matière de « loyers abusifs ou d'autres prétentions abusives du bailleur » (*intitulé du Chapitre II du Titre huitième du CO*) ainsi que « contre les congés concernant les baux d'habitations et de locaux commerciaux » (*intitulé du Chapitre III du Titre huitième du CO*). Par quoi il faut entendre que le législateur a voulu protéger le locataire dans ses intérêts vitaux (*Schutz existentieller Grundbedürfnisse*), considérant le déséquilibre des forces en présence. Le texte de la loi est clair pour ce qui concerne les logements, par contre il manque une définition de la notion de local commercial. Dans sa jurisprudence publiée (*ATF 118 II 40, DB 1992, p. 7, n° 3*), le TF précise que la notion de local commercial s'interprète largement : elle ne suppose pas nécessairement un local affecté à l'exercice d'une activité lucrative, mais comprend toute activité contribuant effectivement au développement de la personnalité privée ou économique du locataire (espèce relative à une construction ajoutée à un garage qu'un mécanicien utilisait pour la pratique de son violon d'Ingres : la remise en état de voitures anciennes dont il retirait un revenu accessoire). Dans une jurisprudence non publiée officiellement (*RJB 1995, p. 418, DB 1997, p. 28, n° 22*), notre haute Cour maintient cette définition, confirmant que les locaux destinés à la pratique d'un hobby peuvent constituer des locaux commerciaux, mais la protection de la loi ne peut pas leur être étendue dès lors qu'il ne s'agit plus de la sauvegarde des intérêts vitaux du locataire (espèce relative à une parcelle et à une construction destinées à la garde d'un cheval d'équitation).
4. Mais cette dispute (savoir si la pratique d'un hobby représente un intérêt vital, ou non, pour le locataire) n'a pas à être tranchée en l'espèce à mesure que le texte de la loi fait expressément référence à des locaux (c'est-à-dire un bâtiment plus ou moins fermé; *Lachat, Le bail à loyer, Lausanne 1997, p. 83, ch. 4.3.1*), et non pas comme dans la présente affaire une simple portion de terrain destinée à des activités jardinières. *Lachat (op. cit., p. 83, ch. 4.3.1)* exclut d'ailleurs de la protection légale le terrain nu, la place de parc non rattachée à un local d'habitation ou commercial, la construction mobilière érigée par le seul locataire et la place d'amarrage d'un bateau.
5. Même s'il est admis en l'espèce que la résiliation en examen a des conséquences pénibles pour le locataire et sa mère, le juge se doit d'appliquer la loi. En l'état de la jurisprudence, il n'est en ce sens pas possible de considérer que la pratique d'une activité récréative (voire récréatrice) représente un intérêt vital pour le locataire, et en tout cas pas lorsqu'elle est exercée sur un terrain non bâti.
6. Enfin, la Cour considère que, même si le bailleur a utilisé la formule officielle de congé pour résilier le contrat, le locataire ne peut pas en tirer un avantage sur le fond. Elle rappelle à ce propos que l'utilisation de la formule officielle n'a qu'une fonction d'information (rendre le locataire attentif aux droits qu'il



peut invoquer; *Lachat, op. cit., p. 406, ch. 2.2*), et non pas matérielle (accorder au locataire une protection supplémentaire sans modification de l'objet du bail). Elle constate qu'en l'occurrence, ni l'objet du bail (parcelle de terrain destinée à la culture uniquement), ni sa durée (un an tacitement renouvelable), ni son mode de résiliation (par écrit trois mois avant l'échéance du 31 décembre) n'ont été modifiés par la notification de cet avis officiel, de sorte qu'il n'y a pas lieu de retenir que, par la seule utilisation de la formule en question par le bailleur, le locataire bénéficie d'une protection supplémentaire. Force est dès lors de constater que C. s'est vu seulement offrir par son bailleur la possibilité de saisir la Commission de conciliation de cette affaire, mais sans pour cela être mis au bénéfice d'une protection supplémentaire tirée du droit de fond.

## Note

7. Nous approuvons la décision de l'autorité cantonale qui a d'emblée tranché le litige en considérant que l'objet du bail n'entraîne pas en l'occurrence dans la notion de locaux commerciaux qui supposent une surface construite. En ce sens, cette décision est conforme à la jurisprudence rendue en 1997 par le TF (*ATF 124 III 108, DB 1999, p. 5, n° 1 et la note de Wessner*; mais non citée par l'autorité de céans): à cette occasion, notre haute Cour avait eu le loisir de préciser que des installations durablement liées au sol pouvaient être considérées comme des locaux commerciaux. Le fait que ceux-ci ne soient pas complètement fermés n'est en revanche pas déterminant: la notion de «local» implique uniquement l'existence d'un volume à trois dimensions, même partiellement ouvert comme une station de lavage de véhicules en libre service (*voir note précitée de Wessner*).

M.M.

## **2** Notion de dommage. La perte de l'usage d'un bien ne constitue pas en soi un dommage au sens juridique. Elle peut tout au plus justifier une réparation morale.

Tribunal fédéral

18.07.2000

C. c. Epoux B.

ATF 126 III 388

### **Art. 41 al. 1, 49, 97 al. 1 CO**

1. Dans le domaine du bail à loyer, il n'est pas rare que le bailleur ou le locataire subisse un dommage en raison de la privation totale ou partielle de l'usage de la chose louée. Pour le bailleur, il peut s'agir par exemple d'une perte de loyer consécutive au fait que les locaux, à la suite d'une construction ou d'une réfection, ne sont pas disponibles à la date

de location convenue; le cas échéant, le propriétaire sera en règle générale en droit d'agir en réparation contre l'architecte ou contre l'entrepreneur fautif. Pour le locataire, il pourra s'agir de certains frais qu'il doit assumer – par exemple des frais d'hôtel ou de déménagement – parce que les locaux sont défectueux ou toujours occupés par le preneur en place qui a obtenu une prolongation judiciaire du bail; en telle occurrence, une action en dommages-intérêts contre le bailleur est en principe possible (*art. 259e CO; ATF 117 II 71, JT 1991 I 651*).

2. En l'espèce, le contrat litigieux n'était pas un bail, mais un contrat d'architecte portant sur la construction d'une villa. Des infiltrations d'eau s'étaient produites à divers endroits de la maison; il s'est avéré qu'elles étaient dues à des défauts dans l'étanchéité de la terrasse et la ventilation du toit. Les maîtres d'œuvre n'avaient pas allégué avoir subi une diminution de leur fortune nette en relation avec leur perte de jouissance d'une partie de l'immeuble, qu'il s'agisse d'avoir manqué une occasion de louer leur maison ou d'avoir dû déménager ou loger à l'hôtel. Néanmoins la Cour cantonale leur a alloué un montant visant uniquement à compenser la perte de l'usage d'une partie de la villa. Le TF juge inadmissible une telle indemnisation.
3. Après avoir rappelé la définition du dommage, les juges de la 1<sup>re</sup> Cour civile constatent qu'en doctrine la question de savoir si la privation de l'usage d'un bien puisse, à elle seule, faire l'objet d'une indemnisation, est controversée. Ils apportent à cette question une réponse négative en relevant que «la perte de l'usage d'un bien ne représente que la source possible d'un dommage, mais pas le dommage en soi. En indemnisant cette perte, on ferait perdre à la notion de dommage consécutif au défaut tout lien concret avec une diminution de la fortune nette. En outre, admettre un dommage dans cette hypothèse entraînerait des difficultés pratiques considérables, tant en raison de la fréquence des situations dans lesquelles une telle indemnisation pourrait être requise que dans la détermination de celle-ci, car l'atteinte liée à la privation de l'usage est, par définition, difficilement évaluable» (*p. 393 s*). Tout au plus, conclut le TF, une telle perte «pourrait à la rigueur justifier une réparation morale au sens de l'art. 49 CO, à condition bien entendu que les circonstances permettent d'établir une atteinte à la personnalité suffisamment grave, ce qui ne ressort pas des constatations de l'arrêt attaqué» (*p. 394*).

## Note

4. L'arrêt en question pose le principe que la perte de l'usage d'un bien ne constitue pas en soi un dommage, au sens juridique. En revanche, une telle perte peut être la source d'un dommage réparable comme dans le cas d'un propriétaire qui manque une occasion de louer la chose dont il est privé de l'usage.
5. Sur le plan dogmatique, cette jurisprudence mérite notre approbation. Elle se fonde sur la définition classique du dommage, considéré comme une

diminution involontaire du patrimoine (ou de la fortune nette), que cette diminution se traduise par une perte éprouvée ou par un gain manqué. C'est dire que la victime qui entend être indemnisée doit prouver une différence effective entre la situation actuelle de son patrimoine et celle qui existerait sans le fait dommageable. Autrement dit, elle doit fournir la preuve d'une perte patrimoniale concrète, chiffrable en francs et en centimes. Il en va en cas d'atteinte à une chose, comme dans le présent arrêt, comme en cas d'atteinte à l'intégrité physique ou psychique d'une personne. Tout autre désavantage qui ne se traduit pas par une perte pécuniaire effective ne peut donner lieu qu'à la réparation du tort moral, aux conditions rigoureuses de l'art. 49 CO.

6. S'agissant des raisons pratiques qui conduisent le TF à refuser l'indemnisation de la seule perte de l'usage d'un bien («difficultés pratiques considérables tant en raison de la fréquence des situations dans lesquelles une telle indemnisation pourrait être requise que dans la détermination de celle-ci»), elles paraissent en revanche discutables, et sur ce point nous rejoignons l'opinion de Werro (*cf. DC 2/2001, p. 78 s*). Des difficultés de cet ordre existent dans d'autres atteintes à des droits dont l'indemnisation n'est en principe pas discutée, comme il en va par exemple de la réparation du préjudice découlant d'une invalidité permanente frappant un jeune lésé.
7. Cette jurisprudence n'est pas sans rappeler celle qui touche le préjudice de frustration résultant de vacances gâchées, que le TF refuse également de considérer comme un dommage réparable, sauf s'il constitue un tort moral (*ATF 115 II 474, DB 1990, p. 28, n° 42; cf. aussi ATF 19.09.1995, DB 1997, p. 5, n° 1*).

P.W.

### **3 Demeure de la locataire. Demande d'expulsion par la bailleuse. Objection de compensation par la locataire. Spécification des frais accessoires.**

Tribunal fédéral

07.04.1999

E. SA c. M. SA

MRA 2000, p. 242

#### **Art. 257a, 257d CO**

1. Le 12 juillet 1996, la société E. SA (bailleuse, demanderesse) conclut un contrat de bail avec la société M. SA (locataire, défenderesse) portant sur des locaux commerciaux. Le loyer mensuel, à payer au début de chaque mois, s'élève à Fr. 28 583.35 plus Fr. 5000.– pour les frais accessoires.

Suite à une interpellation infructueuse du 16 février 1998 pour le loyer échu, la bailleuse résilia le bail par lettre du 20 mars 1998 pour le 30 avril 1998. Le

17 avril 1998, la locataire saisit l'autorité de conciliation en matière de bail en concluant à l'annulation de la résiliation extraordinaire du bail. Par acte du même jour, la bailleuse à son tour demanda auprès du Tribunal du district l'expulsion de la locataire. Ayant joint les deux demandes selon l'art. 274g CO, le juge unique donna une suite favorable à la demande d'expulsion par décision du 18 juin 1998 rendue en procédure sommaire.

Admettant le recours interjeté par la locataire, le TC renversa la décision d'expulsion et annula la résiliation extraordinaire du bail. Contrairement au juge unique, le TC arriva à la conclusion que la locataire n'était pas en demeure dans le paiement du loyer au moment déterminant parce qu'elle avait valablement compensé sa dette avec une créance qu'elle possédait contre la bailleuse. Sur recours en réforme de la bailleuse, le TF confirme la décision du TC en vertu des considérants suivants :

2. Dans sa sommation écrite du 16 février 1998, la bailleuse signifia à la locataire qu'elle résilierait le bail si elle ne recevait pas, jusqu'au 18 mars 1998, le loyer du mois de février, tout en précisant que cette sommation valait également pour les loyers futurs.

Selon l'art. 257d al. 1 CO, le bailleur peut fixer par écrit au locataire, qui est en retard de s'acquitter d'un terme ou de frais accessoires, un délai de paiement et lui signifier qu'à défaut de paiement dans ce délai il résiliera le bail. A juste titre, l'instance inférieure a déduit de cette disposition que la sommation doit se rapporter aux loyers déjà échus de sorte que la sommation était invalide dans la mesure où elle visait des loyers venant à échéance ultérieurement. En plus, l'instance inférieure a jugé à bon escient qu'il ne fallait pas tenir compte des loyers échus non indiqués dans la lettre de sommation. En effet, la locataire doit savoir qu'elle est en demeure de paiement des loyers échus et, à cet effet, la bailleuse doit spécifier le montant exact qu'elle considère comme échu et non payé (*USPI, Commentaire du bail à loyer, 2<sup>e</sup> éd., Genève 1998, n. 26 ad art. 257d CO*). Le grief de la bailleuse, selon lequel l'instance inférieure aurait également dû tenir compte d'une somme de Fr. 300 000.– de loyers échus non indiqués dans la sommation, se révèle donc infondé.

3. Le contrat de bail du 12 juillet 1996 statuait que la locataire paierait la somme mensuelle de Fr. 5000.– «à titre forfaitaire pour les frais accessoires sans électricité». L'instance inférieure a jugé cette clause non valable parce que la loi (art. 257a al. 2 CO) exige que chaque poste des frais accessoires soit indiqué clairement et individuellement. La demanderesse considère que cette avis viole le droit fédéral.

Selon l'art. 257a al. 2 CO, les frais accessoires ne sont à la charge du locataire que si cela a été convenu spécialement avec le bailleur. Doctrine et jurisprudence en déduisent que les postes des frais accessoires doivent être indiqués individuellement ou, à défaut d'une convention écrite, être déterminables selon les circonstances. Une clause contractuelle selon laquelle le locataire aurait à payer «tous les frais accessoires» ne satisfait pas à ces exigences (*USPI, op. cit., n. 18 s ad art. 257-257b*

CO; Higi, *Die Miete, in Obligationenrecht*, 3<sup>e</sup> éd., V 2 b, Zurich 1994, n. 13 à 16 ad art. 257a-257b CO; ATF 121 III 460 cons. 2a/aa). Il en est de même de la présente clause prévoyant une somme forfaitaire « pour les frais accessoires sans électricité » et n'indiquant aucun poste spécifique des frais accessoires. Sur ce point également, l'instance inférieure n'a donc pas violé le droit fédéral.

4. Selon le jugement déféré, la locataire, par lettre du 17 mars 1998, avait valablement compensé sa dette de loyer avec la créance de Fr. 47 800.– qu'elle détenait contre la bailleuse. C'est à tort que celle-ci le conteste. En effet, par lettre du 17 mars 1998, qui se référait à la lettre du 27 janvier 1998, la locataire déclara vouloir confirmer la compensation. Il en ressortait avec suffisamment de clarté que la locataire, à ce moment-là, entendait faire valoir la compensation. Par ailleurs, il ne pouvait y avoir aucun doute pour la bailleuse quelles créances étaient en cause étant donné que, dans sa lettre du 27 janvier 1998, la locataire avait expliqué qu'elle demandait le remboursement de la somme de Fr. 95 000.– payée entre juillet 1996 et janvier 1998 à titre de frais accessoires. Contrairement à l'avis de la bailleuse, les créances de la locataire ne manquaient donc pas de la spécification suffisante.

T.P.

## **4 Bail portant sur un restaurant. Convention des parties touchant les modalités de paiement du loyer. Retard du locataire dans le règlement de mensualités. Fixation par le bailleur d'un délai comminatoire sans indication du montant de l'arriéré échu. Résiliation anticipée du bail et requête d'expulsion du locataire.**

Tribunal fédéral

14.06.2000

S. SA c. Hoirs P.

CdB 2000, p. 107

### **Art. 257d al. 1 CO**

1. L'art. 257d CO régit de manière spéciale la demeure du locataire dans le paiement du loyer et des frais accessoires, et l'une de ses conséquences possibles, soit la faculté pour le bailleur de résilier prématurément le contrat. Cette sanction est subordonnée à la fixation au locataire d'un délai comminatoire de paiement.

Si l'art. 257d al. 1 CO précise – par rapport au régime général de la demeure du débiteur des art. 107 à 109 CO – que le délai en question doit être signifié par écrit et être de 30 jours au moins pour les baux d'habitations et de locaux commerciaux, il ne dit rien du contenu de l'avis comminatoire. En particulier, il ne détermine pas si le bailleur

doit indiquer le montant du loyer en souffrance. Le présent arrêt nie qu'une telle exigence soit impérativement requise, pourvu que la sommation, ainsi que la Cour cantonale l'a jugé, soit rédigée de façon claire et nette (« klar und deutlich »).

2. En l'espèce, P. a remis à bail en février 1954 un restaurant pour une durée fixée à 15 ans. Depuis mai 1996, le loyer mensuel s'élevait à Fr. 11 000.–, sans prise en compte de l'augmentation de l'IPC. Par la suite, consécutivement à des difficultés de la société locataire dans l'acquittement du loyer, les parties se sont mises d'accord sur de nouvelles modalités de paiement. Ainsi, pendant les mois d'été (avril à septembre) qui connaissent un chiffre d'affaires plus élevé, la locataire s'obligeait à verser un montant mensuel de Fr. 17 000.–, et pendant les mois d'hiver (octobre à mars), un montant mensuel réduit à Fr. 5000.–.

Par lettre du 21 septembre 1999, le bailleur somma la locataire de s'acquitter des loyers restés impayés d'août et de septembre, dans un délai de 30 jours. Le 20 octobre, la débitrice versa seulement Fr. 16 300.–. C'est alors que le bailleur a résilié le contrat, puis requis l'expulsion de la locataire. Déboutée au niveau cantonal, cette dernière recourt auprès du TF. Elle se plaint que les conditions de l'art. 257d CO n'ont pas été respectées, par le fait notamment que le bailleur n'a pas indiqué précisément le montant du loyer en souffrance dans l'avis comminatoire du 21 septembre 1999.

3. Contrairement aux allégations de la locataire, selon lesquelles il y aurait incertitude sur le montant de la rémunération de la location, le TF constate que le loyer annuel convenu de Fr. 132 000.– n'a pas subi de changement dans sa globalité. Seules les modalités de paiement se sont modifiées, les parties substituant volontairement au système classique de douze mensualités s'élevant ici à Fr. 11 000.– un régime de six mensualités de Fr. 5000.– et de six autres mensualités de Fr. 17 000.–. A l'instar du TC valaisan, le TF ne trouve à juste titre rien à redire à une telle clause s'écartant du contrat écrit, dans la mesure où elle n'implique pas la modification du montant du loyer annuel. D'ailleurs, et jusqu'en juillet 1999, la locataire s'est régulièrement acquittée des loyers de Fr. 5000.– durant les mois d'hiver, et de Fr. 17 000.– durant les mois d'été.

4. Quant au contenu de l'avis comminatoire, le TF admet que le TC valaisan n'a pas violé le droit fédéral en jugeant que, si la sommation signifiée par le bailleur doit être claire et nette, elle n'a pas impérativement à indiquer le montant en souffrance de façon chiffrée. En d'autres termes, les conditions matérielles de l'art. 257d al. 1 CO sont remplies si le montant des arriérés est déterminable. Tel est le cas en l'espèce, puisque l'avis comminatoire du 21 septembre 1999 faisait expressément allusion aux loyers impayés d'août et de septembre, ce qui représentait – sans intérêts moratoires – une somme totale de Fr. 34 000.–. Or force est de constater que ce montant n'a pas été réglé dans le délai légal imparti. Le recours de la locataire est ainsi rejeté.

P.W.

**5 Demeure du locataire dans le paiement du loyer. Résiliation anticipée du contrat par le bailleur. Nature et étendue des dommages-intérêts dus à ce dernier. Applicabilité de l'art. 257d CO lors même que le locataire n'a pas usé de la chose louée.**

Tribunal fédéral

27.03.2001

SI X. SA c. Epoux F.

**Art. 44 al. 1, 97 al. 1, 257d CO**

1. Dans le cas où le locataire est en demeure et qu'il ne s'est pas acquitté du loyer en retard dans le délai fixé par le bailleur (art. 257d al. 1 CO), ce dernier peut résilier le contrat de façon anticipée (art. 257d al. 2 CO). Outre cette conséquence, et sans parler ici des droits d'action et de poursuite pour les arriérés échus, la résiliation anticipée du contrat peut causer un dommage au bailleur. Tel est le cas notamment lorsque le bail porte sur des locaux qui ne peuvent être – immédiatement – reloués à l'extinction des rapports contractuels.
2. La question de l'indemnisation du bailleur est dans cette hypothèse incontestée, pourvu que le non-paiement du loyer résulte d'une faute du locataire, ce qui est le plus souvent le cas. En revanche, le problème de la nature du dommage réparable est controversé (cf. à ce sujet et en résumé, avec les réf. cit. : Wessner, *L'obligation du locataire de payer le loyer et les frais accessoires*, 9<sup>e</sup> Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 1996, p. 26 s; ATF 03.10.1995, MP 1996, p. 10, DB 1997, p. 9, n° 6). Pour un premier courant de la doctrine (cf. not. von Tuhr/Escher, *Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts*, 3<sup>e</sup> éd., Zurich 1974, p. 156 s; Tercier, *Les contrats spéciaux*, 2<sup>e</sup> éd., Zurich 1995, p. 227, n. 1843), le bailleur ne devrait pouvoir exiger que des dommages-intérêts négatifs compensant l'intérêt à la non-conclusion du contrat (exemples: remboursement des dépenses inutiles consenties en prévision de l'exécution du bail, perte de loyer découlant d'un bail que le bailleur aurait pu conclure avec un tiers et auquel il a renoncé en raison du contrat en cause). Pour un deuxième courant d'opinion (SVIT-Kommentar Mietrecht, 2<sup>e</sup> éd., Zurich 1998, n. 45 ad art. 257d CO; USPI, *Commentaire du bail à loyer*, Genève 1992, n. 45 ad art. 257d CO; Lachat, *Le bail à loyer*, Lausanne 1997, p. 214), le bailleur pourrait prétendre à des dommages-intérêts positifs compensant l'intérêt à l'exécution du contrat (exemple: perte de loyers jusqu'à l'extinction ordinaire du bail, sous déduction des gains qu'il a obtenus ou aurait pu obtenir à la suite d'un autre usage de la chose). Un troisième courant d'opinion (Giger, *Der zahlungs-unwillige Mieter*, Zurich 1987, p. 92 s et 134 s; Higi, *Die Miete*, in *Obligationenrecht*, V 2 b, Zurich 1994, n. 63 ad art. 257d CO) se prononce pour l'application de la réglementation générale posée aux art. 107 à 109 CO, ce qui conférerait au bailleur le droit d'opter entre les dommages-intérêts positifs ou négatifs.
3. En l'espèce, la société immobilière X. SA a loué aux époux F. des locaux portant sur un appartement du 1<sup>er</sup> avril 1996 au 1<sup>er</sup> avril 1997. Compte tenu que les colocataires n'ont ni emménagé, ni payé les loyers, elle a résilié le contrat avec effet au 31 juillet 1996 et a engagé une poursuite pour les loyers dus jusqu'à cette date. Mais les locaux n'ont pu être reloués qu'à compter du 1<sup>er</sup> avril 1997.  
  
La bailleresse demande à titre de dommages-intérêts d'une part la compensation de la perte de loyers du 1<sup>er</sup> août 1996 au 31 mars 1997, d'autre part le remboursement des frais d'annonces destinées à la relocation de l'appartement. Ce dernier poste, pour la part prouvée, a été indemnisé, mais non la perte de loyers demandée. Le pourvoi déposé par la bailleresse auprès de la Cour de cassation civile du canton de Neuchâtel a été rejeté (*RJN 2000, p. 91*); celle-ci constate que, selon la volonté du législateur du nouveau droit du bail (*Mess. du CF, in FF 1985 I 1409*), l'art. 257d CO exclut la faculté pour le bailleur de mettre fin au contrat tout en demandant des dommages-intérêts – positifs – pour cause d'inexécution. Sur ce point, et suite à un recours de la bailleresse, l'instance cantonale est désavouée par le TF.
4. Notre haute Cour vérifie en premier lieu l'applicabilité au cas présent de l'art. 257d CO, compte tenu que les défendeurs n'ont jamais occupé les locaux loués. Il en compare les versions française (« après la réception de la chose »), allemande (« nach der Übernahme der Sache ») et italienne (« dopo la consegna della cosa ») pour juger que cette dernière version doit être préférée et constater que « la demanderesse a bel et bien remis la chose louée aux défendeurs, puisqu'elle l'a tenue à leur disposition » (p. 7). Il est de ce point de vue sans importance que les locataires n'aient fait aucun usage de l'appartement loué. L'art. 257d CO trouve ainsi application. Cette disposition, précisent les juges de la 1<sup>re</sup> Cour civile, ne donne pas le droit au bailleur de résoudre le bail avec effet rétroactif (*ex tunc*), mais de le résilier *ex nunc*, eu égard au caractère durable de ce genre de contrat. Tout cela pour souligner que la bailleresse a agi en parfaite conformité au droit fédéral.
5. En revanche, le fait que le bail, dans une telle hypothèse, soit résiliable sans effet rétroactif ne saurait conduire à la conséquence admise par l'instance cantonale que le bailleur ne peut réclamer que l'indemnisation du dommage négatif, soit la compensation de l'intérêt à la non-conclusion du contrat. Suivre une telle opinion « ne tiendrait pas compte de la circonstance que la demanderesse, avant de résilier de manière prématurée le bail en vertu de l'art. 257d CO, a gardé la chose louée à disposition des défendeurs pendant un temps donné, sans chercher d'autres locataires pour le logement remis à bail » (p. 8). Et le TF de conclure: « L'indemnité à laquelle la recourante peut prétendre dans un tel cas équivaut aux loyers fixés contractuellement qu'elle n'a pas perçus du fait de la rupture anticipée du bail, cela pendant la période qui s'est écoulée entre, d'une part, la fin prématurée du bail, et, d'autre part, le terme pour lequel la chose pouvait être



objectivement relouée, la date de l'échéance contractuelle ordinaire du bail primitivement conclu en constituant la limite maximale » (p. 8 et 9).

L'affaire est ainsi renvoyée à l'instance cantonale pour qu'elle calcule le dommage subi en l'espèce par la bailleuse, en déterminant objectivement le moment où l'appartement en cause pouvait être reloué entre l'échéance du 31 juillet 1996 et celle contractuelle ordinaire du 1<sup>er</sup> avril 1997.

## Note

- Le premier mérite de l'arrêt résumé plus haut (*références: 4C. 290/2000*), qui sera publié au Recueil officiel des ATF, est de trancher clairement une controverse qui existait déjà sous l'empire de l'ancien droit du bail (art. 265 anc. CO) et que le TF, dans un arrêt récent (*ATF du 03.10.1995, cité supra sous point 2*) avait laissé ouverte. Notre haute Cour juge que l'indemnisation du dommage consécutif à la résiliation anticipée du contrat par le bailleur, au sens de l'art. 257d CO, vise à la compensation de l'intérêt à l'exécution du bail au plus jusqu'à l'échéance ordinaire. En d'autres termes, c'est à des dommages-intérêts positifs que peut prétendre le bailleur, soit au paiement des loyers qu'il n'a pas pu percevoir du fait de la rupture anticipée du contrat. Sur ce point, et sans le dire expressément, le TF admet que l'art. 257d CO constitue une disposition spéciale qui, même si elle ne régit pas la question de l'indemnisation du bailleur, exclut l'application de la réglementation générale sur la demeure du débiteur, et notamment le droit d'option conféré au créancier lié à un contrat synallagmatique (art. 107 à 109 CO).
- S'agissant de la nature du dommage réparable (compensation de l'intérêt à l'exécution du bail jusqu'à son terme ordinaire), le TF la justifie par le fait que la sanction à la demeure du locataire consiste dans la résiliation du contrat sans effet rétroactif et par le fait que le bailleur, avant de résilier, a gardé la chose louée à disposition du locataire pendant un temps donné, celui prévu par le contrat. Cet argument est discutable dans la mesure où, selon la réglementation générale sur la demeure du débiteur, le créancier qui résout le contrat et demande des dommages-intérêts négatifs se trouve dans la même situation, avant qu'il ait exercé le droit d'option prévu à l'art. 107 al. 2 CO. Ce qui nous avait fait pencher pour l'octroi de dommages-intérêts négatifs, dans une telle hypothèse (*cf. les réf. cit. supra et notamment la note à l'ATF de 1995*), c'est le fait que l'art. 257d CO conduit à la résiliation du bail, et donc à son extinction, et qu'il paraît illogique dans une telle hypothèse de compenser l'intérêt du bailleur à l'exécution du contrat jusqu'à son terme ordinaire. Il faudrait au contraire replacer le bailleur dans la situation patrimoniale qui aurait été la sienne si le contrat résilié prématurément n'avait pas été conclu pour la période postérieure à la résiliation (*cf. Gauch, System der Beendigung von Dauerverträgen, Fribourg 1968, p. 165 s et 223*). Cette opinion est partagée par d'autres auteurs et elle est conforme à la volonté du législateur, à lire le Message du CF

(*FF 1985 I 1409*). Il reste qu'elle peut conduire à des résultats inéquitables pour le bailleur, dans la mesure où il devrait supporter le risque de la perte de gain découlant de l'extinction prématurée du bail, un risque qu'il n'assumerait en revanche pas s'il décide de maintenir le contrat. Il n'en demeure pas moins que dans les faits, l'une ou l'autre solution (dommage-intérêts positifs ou négatifs) ne devrait pas développer de conséquences pratiques très différentes dans le cas où le locataire est insolvable ou que le marché immobilier ou la nature de l'objet loué offre des possibilités de relocation rapide à un tiers (*cf. von Tuhr/Escher, op. cit., p. 157, n. 105*).

A ce constat s'ajoute le principe qu'en toute hypothèse, et quelle que soit finalement la nature du dommage réparable, le bailleur devra tout faire pour diminuer le préjudice subi sous la forme de perte de loyers (art. 44 al. 1 CO). Il sera évidemment tenu de chercher un locataire de remplacement par voie d'annonces et, suivant les circonstances et notamment l'évolution à la baisse du marché locatif, on pourrait attendre de lui qu'il offre ou accepte un loyer inférieur à celui qu'aurait dû payer jusqu'à l'échéance ordinaire du bail le locataire en demeure (*cf. notamment l'ATF précité de 1995*).

P.W.

## **6** Demeure du locataire dans le paiement du loyer. Résiliation du bail. Occupation illicite des locaux. Expulsion du locataire. Dommages-intérêts résultant de la perte de gain dus au propriétaire jusqu'à la prochaine échéance contractuelle.

Tribunal des baux, Vaud

24.02.2000

G. c. SI R. SA

CdB 2000, p. 87

### Art. 257d CO

- Par contrat du 28 mai 1996, la bailleuse a loué à la demanderesse G., ainsi qu'à son petit-fils F., solidairement entre eux, un appartement à usage d'habitation. Le bail est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> juin 1996 pour se terminer le 1<sup>er</sup> octobre 1997; mais il pouvait « se renouveler aux mêmes conditions pour une année, sauf avis de résiliation de l'une ou l'autre des parties donné et reçu par lettre chargée au moins quatre mois à l'avance pour la prochaine échéance, et ainsi de suite d'année en année ».
- Les locataires ayant été en demeure de payer le loyer, la résiliation du bail leur a été signifiée le 24 avril 1997 pour le 31 mai de la même année. F. n'a pas libéré les locaux à cette échéance, de sorte qu'une ordonnance d'expulsion lui a été notifiée. Il a finalement quitté les lieux le 13 août 1997. C'est à partir de novembre 1997 que la bailleuse a fait des démarches en vue de relouer l'appartement.

Auparavant, elle avait dû procéder à l'évacuation des objets que le locataire F. avait laissés sur place, ainsi qu'à un rafraîchissement des locaux. En fin de compte, le logement n'a été reloué que le 1<sup>er</sup> décembre 1998.

3. Les locataires ne reconnaissent devoir les loyers que jusqu'au 1<sup>er</sup> octobre 1997, alors que la bailleuse est d'avis que l'obligation d'indemnisation s'étend jusqu'au 1<sup>er</sup> octobre 1998. Une poursuite est alors intentée contre la demanderesse G. La mainlevée provisoire de l'opposition ayant été prononcée, la locataire a saisi la Commission de conciliation en libération de dette. La conciliation a été tentée sans succès. Saisi, le Tribunal des baux donne raison à la demanderesse. Le recours interjeté auprès du TC du canton de Vaud par la défenderesse a été repoussé.
4. Après avoir rappelé la teneur de l'art. 257d CO, le Tribunal des baux précise que si, à la fin du bail, le locataire continue à user des locaux, « il le fait sans droit et le bailleur peut lui demander une indemnité pour occupation illicite, qui correspond en principe au loyer mensuel » (p. 8). Au-delà de l'occupation illicite, le locataire peut être tenu de réparer le dommage supplémentaire subi par le propriétaire, notamment le loyer échu entre le départ du locataire et le moment de la relocation des locaux, ou si les locaux ne sont pas reloués, le loyer dû jusqu'à la première échéance contractuelle (*Lachat, Le bail à loyer, Lausanne 1997, p. 214; USPI, Commentaire du bail à loyer, Genève 1992, n. 45 ad art. 257d CO*).
5. En l'occurrence, le bail a formellement pris fin le 31 mai 1997. Par la suite, F. a occupé sans droit le logement jusqu'au 13 août 1997, et le solde de ses objets personnels a été évacué le 22 septembre 1997. Jusqu'à cette dernière date, la défenderesse peut donc prétendre à une indemnité pour occupation illicite des locaux. Au-delà et jusqu'à la prochaine échéance contractuelle, elle a droit à des dommages-intérêts. La question litigieuse est de déterminer cette échéance. Autrement dit, est-ce que le délai de résiliation de quatre mois doit être compté à partir du moment où le locataire a effectivement libéré les locaux (dans cette hypothèse, avancée par la défenderesse, l'échéance est fixée au 1<sup>er</sup> octobre 1998) ou à partir du moment où le locataire aurait pu résilier le contrat si le bailleur ne s'était pas prévalu du moyen de l'art. 257d al. 2 CO (dans cette hypothèse avancée par la demanderesse et suivie par le Tribunal, l'échéance est fixée au 1<sup>er</sup> octobre 1997)? Tout au plus, précise le Tribunal, pourrait-on adopter le point de vue de la défenderesse « dans l'hypothèse où le locataire serait resté dans l'appartement au-delà de l'échéance ordinaire du bail, ce qui n'est toutefois pas le cas en l'espèce » (p. 10).

#### Note

6. La résiliation anticipée du bail, suite à la demeure du locataire, peut causer au bailleur un préjudice, sous la forme de frais effectifs (frais d'annonce de

relocation des locaux, par exemple) ou de gain manqué (perte de loyer jusqu'à la relocation de la chose, par exemple) (*cf. arrêt précédent*). Sur ce dernier point, il y a deux remarques à faire.

- Le gain manqué n'est pas forcément dû jusqu'à la relocation effective des locaux, mais jusqu'au moment qui était nécessaire au bailleur, selon les circonstances et notamment le marché du logement, pour trouver un locataire de remplacement. En d'autres termes faut-il rappeler que pèse sur le propriétaire une incombance de limiter au maximum le dommage qu'il subit, en application des art. 44 al. 1 et 99 al. 3 CO.
- Dans la règle, le gain manqué ne saurait être dû pour la période qui excède l'échéance pour laquelle le locataire aurait pu résilier le bail de manière ordinaire, si le bailleur n'avait pas fait application de son droit à la résiliation anticipée. C'est à juste titre ce que juge le Tribunal des baux dans la présente espèce; ce faisant, il suit l'opinion de Lachat (*op. cit., p. 214*) qui précise que pour fixer cette échéance, il faut calculer le délai de résiliation à partir du jour où le congé du bailleur a été donné valablement, c'est-à-dire où il a été reçu par le locataire. Ce principe s'applique sous la double réserve alternative que le logement n'ait pas été reloué avant l'échéance ou que le locataire ait effectivement quitté les lieux à cette échéance.

P.W.

**7 Bail portant sur une habitation. Sûreté en espèces fournie par le locataire, mais non déposée en banque par les bailleurs. Existence d'un dépôt irrégulier, au sens de l'art. 481 CO, qui justifie à l'extinction du bail la demande de restitution par le locataire et prive les bailleurs du droit de compenser, en application de l'art. 125 ch. 1 CO. Calcul des intérêts s'ajoutant au montant de la sûreté à restituer.**

Chambre d'appel en matière de baux et loyers, Genève

10.04.2000

Epoux C. c. P.

CdB 2000, p. 110; MRA 2001, p. 9

#### Art. 257e CO

1. Selon les termes de l'art. 257e al. 1 CO, si le locataire d'habitations ou de locaux commerciaux fournit des sûretés en espèces ou sous forme de papiers-valeurs, le bailleur doit les déposer auprès d'une banque, sur un compte d'épargne ou de dépôt au nom du locataire.

2. Dans la présente affaire, le locataire P. a remis aux époux C., cobailleurs, une garantie de loyer de Fr. 3000.– qui n'a pas été déposée auprès d'une banque. Quelque deux ans plus tard, il a quitté le logement loué sans résilier le bail. Si les époux C. ne se sont pas opposés à ce mode de faire, ils ont refusé de restituer le montant de la garantie, en invoquant la compensation avec une indemnité de Fr. 3210.– que leur devrait le locataire à la suite de son départ abrupt des locaux loués (perte de trois mensualités de loyer). Suite à la non-conciliation des parties, le Tribunal des baux et loyers de Genève a déclaré bien fondée la demande de restitution formée par le locataire. Les bailleurs font recours auprès de la Chambre d'appel en matière de baux et loyers.
3. L'instance cantonale de recours observe tout d'abord que l'obligation incombant au bailleur de déposer en banque la sûreté fournie par le locataire n'existe que pendant la durée du bail et qu'à l'extinction de celui-ci elle se transforme en une obligation de restituer. Dans son principe, la demande de restitution de P. est donc fondée.
4. La Chambre d'appel en matière de baux et loyers considère au surplus que les bailleurs ne sauraient en l'espèce se prévaloir de la compensation, et cela non pas en raison du défaut d'exigibilité de la créance compensable (créance de la partie qui déclare la compensation) – comme l'a jugé l'instance inférieure – mais parce que la créance en restitution n'était pas compensable (créance de la partie qui subit la compensation), en application de l'art. 125 ch. 1 CO. Dans le but de protéger les déposants, cette disposition énonce en effet que les créances ayant pour objet la contre-valeur d'une chose déposée, comme il en va ici de la sûreté en espèces remise aux bailleurs (art. 481 CO), ne peuvent être éteintes par compensation contre la volonté du créancier. Or, il n'est nullement établi que le locataire aurait consenti à la compensation.
5. La Chambre d'appel en matière de baux et loyers juge enfin que le bailleur qui omet de déposer en banque les sûretés fournies par le locataire doit à ce dernier des dommages-intérêts « dont le montant correspond à celui de l'intérêt qu'auraient produit les sûretés d'après le taux usuel pour les dépôts d'épargne en vigueur au lieu de la chose louée » (en l'espèce, le taux usuel pratiqué par la Banque cantonale de Genève).

P.W.

## **8** Défaut de la chose louée résultant de la hauteur insuffisante d'un parapet de balcon.

Tribunal cantonal, Vaud

30.03.1999

K.H. et consorts c. Epoux G.

RSJ 2001, p. 327

### **Art. 259a ss CO**

1. Au sens des art. 259 ss CO, il y a défaut lorsque la chose louée ne présente pas une qualité attendue ou promise. Contrairement à ce qui est prévu dans le contrat de vente (art. 201 CO) et dans le contrat d'entreprise (art. 367 CO), le droit du bail n'impose pas au locataire, qui entend faire valoir ses droits à la garantie, d'incombances particulières (*Tercier, Les contrats spéciaux, 2<sup>e</sup> éd., Zurich 1995, p. 202, n. 1601*). Dans ces conditions, s'est posée en doctrine la question de savoir quels étaient les effets du silence du locataire en présence de défauts à la chose louée. Il s'agit d'une question controversée que l'arrêt du TC vaudois ne tranche malheureusement pas.
2. Depuis le 1<sup>er</sup> mai 1989, les époux G. ont pris à bail de K.H. et consorts un appartement de 4 1/2 pièces au sixième étage d'un immeuble de 60 logements (dont le permis de construire avait été délivré en 1973). Le parapet du balcon de l'appartement des locataires atteint 88 cm de hauteur. Aucune réserve sur ce point n'avait été émise dans le permis de construire précité. Durant le mois de juillet 1996, les locataires G. ont fait apposer à leurs frais une protection en treillis ajoutant une hauteur de 30 cm, estimant que ledit parapet n'offrait pas une sécurité suffisante pour leur enfant, né en octobre 1993. Si la présence de ce treillis déroge à l'uniformité des étages, on ne saurait prétendre qu'elle rompt l'esthétique du bâtiment; il a été posé avec soin et la remise en état des points de fixation, en cas d'enlèvement, ne devrait pas poser de problème. Il ressort des recommandations du Bureau fédéral de prévention des accidents que nombre de chutes ont leur origine dans la curiosité des enfants et leur besoin de bouger, qui les incitent notamment à grimper sur la balustrade du balcon. Aussi et selon ces recommandations toujours, les balustrades et les parapets doivent être assurés de telle sorte que les enfants ne puissent pas les escalader. Ils doivent avoir une hauteur minimale de 90 à 110 cm. Selon la norme SIA 358, éditée en 1996, la hauteur normale d'un élément de protection est d'au moins un mètre. Il est à noter que d'autres locataires de l'immeuble avaient déjà essayé d'obtenir l'autorisation d'ajouter une barrière de protection sur leur balcon. Cela leur avait été interdit. Les bailleurs ont exigé des époux G. qu'ils retirent la protection posée. Les locataires ont donc porté l'affaire devant la Commission de conciliation. La tentative de conciliation ayant échoué, le Tribunal des baux a alors été saisi du litige et autorisa les époux G. à maintenir le dispositif de protection installé sur le

parapet de leur balcon, interdiction étant faite aux bailleurs, sous menace des peines de l'art. 292 CP, de procéder ou faire procéder à l'enlèvement dudit dispositif. K.H. et consorts recourent contre ce jugement. En substance, ces derniers invoquent à l'appui de leur recours que l'appartement en cause n'est pas affecté d'un défaut et que les locataires ne l'avaient pas signalé jusqu'en 1996, alors que le contrat avait débuté le 1<sup>er</sup> janvier 1989. Ils soutiennent que la norme et la recommandation SIA 358 ne sont pas déterminantes, car ce sont des normes techniques qui ont en outre été établies postérieurement à la construction de l'immeuble.

3. Ainsi que l'ont remarqué les premiers juges, il y a, selon la doctrine, défaut chaque fois que la chose louée ne présente pas une qualité qu'elle devrait avoir en vertu du contrat. Il peut s'agir soit de qualités promises par le bailleur, soit de qualités attendues de bonne foi par le locataire, compte tenu de la nature de la chose et de l'usage pour lequel elle a été cédée (*Tercier, op. cit., p. 197, n. 251; Zihlmann, Das Mietrecht, 2<sup>e</sup> éd., Zurich 1995, p. 70*). La notion de défaut est éminemment relative. Elle présuppose un examen de cas en cas; elle dépend de la rédaction du contrat, de la destination des locaux, du type de construction, du montant du loyer, des exigences particulières du locataire, des promesses faites par le bailleur, mais aussi de l'évolution des mœurs et de la technique. Ainsi, par exemple, un ascenseur des années 1960 peut être aujourd'hui considéré comme défectueux, car dangereux (*Lachat, Le bail à loyer, Lausanne 1997, p. 143 et les réf. cit.*). En effet, la doctrine admet que le bailleur doit garantir la sécurité de son locataire. Cette obligation existe même si le nouveau droit n'a pas repris l'ancien art. 254 al. 3 CO, lequel prévoyait que le locataire pouvait résilier le contrat si les défauts de la chose louée constituaient un danger sérieux pour sa santé (*FF 1985 I 1405*). Le principe demeure que l'obligation de sécurité existe non seulement à l'égard du locataire, mais aussi à l'égard de tous ceux qui font avec lui usage de la chose. Par sécurité, l'on entend le fait d'assurer au locataire un usage tranquille et sûr de la chose, en l'absence de tout danger pour la santé physique, psychique, voire morale (*Tercier, op. cit., p. 198, n. 1571; Lachat, op. cit., p. 142; Higi, Die Miete, in Obligationenrecht, 3<sup>e</sup> éd., V 2 b, Zurich 1994, n. 45 ad art. 256 CO*).
4. En l'espèce, les locataires ont estimé que la hauteur du parapet en cause était insuffisante pour assurer la sécurité de leur enfant. Cette appréciation subjective est confirmée par celle objective de la recommandation et de la norme SIA 358. La chambre des recours estime, avec les premiers juges, que ce parapet constitue donc un danger pour un enfant, même s'il n'implique pas une carence au sens de la législation sur les constructions. Ce danger empêche que l'enfant des locataires puisse demeurer seul sur le balcon et constitue partant un défaut qui empêche une utilisation normale de l'appartement en cause.
5. La question des effets du silence du locataire relatif aux défauts apparents est controversée en doctrine.
  - Un courant admet que, dans cette hypothèse, le locataire n'est pas déchu de son droit d'invoquer le défaut, sous réserve de l'abus de droit, en prenant en compte le fait que le droit du bail n'impose pas l'avis immédiat et que le nouveau droit a supprimé la présomption selon laquelle le locataire était présumé avoir reçu la chose en bon état (*Lachat, op. cit., p. 143 et les réf. cit.*). Selon un autre courant, l'on peut déduire du silence du locataire à l'entrée en possession que la chose correspond à un état conforme à l'usage convenu, sous réserve du cas du défaut caché ou du défaut que le bailleur a tu intentionnellement (*Higi, op. cit., n. 32 ad art. 256 CO*). Pour Tercier, la renonciation à se prévaloir d'un défaut peut être tacite si le locataire en connaît l'existence et ne le fait pas valoir, soit en début de bail, soit en cours de bail. Reste qu'il convient d'être prudent dans cette affirmation, le législateur ayant délibérément renoncé à imposer au locataire des incombances particulières (*Tercier, op. cit., p. 201, n. 1600*). Selon l'autorité de recours, cette question peut cependant demeurer indécise. En effet, l'on doit admettre que les locataires pouvaient de bonne foi penser que le parapet en cause avait été conçu de façon à préserver leur sécurité et qu'ils n'étaient pas tenus de le vérifier lors de l'entrée en possession. Le défaut de hauteur et les dangers particuliers qui en résultent pour un enfant ne pouvaient en conséquence être constatés que lorsque celui-ci était en âge de l'escalader. Il faut partant considérer que le défaut en cause était caché jusqu'à ce moment-là et les époux G. ne peuvent se voir opposer leur silence à cet égard. En outre, l'on ignore si les bailleurs avaient déjà reçu des demandes de modification des parapets des autres appartements au moment de la conclusion du bail en cause, ce qui aurait entraîné une obligation d'avis de leur part.
  6. Les bailleurs font enfin valoir que le locataire ne peut rénover ou moderniser l'objet loué à ses frais contre la volonté du bailleur (art. 260a al. 1 CO). Toutefois, en vertu de l'art. 259b CO, le locataire peut, aux frais du bailleur, remédier au défaut si le défaut restreint, sans l'entraver considérablement, l'usage pour lequel la chose a été louée, cela même si cette opération constitue une modification de la chose louée, l'art. 260a CO étant inapplicable dans cette hypothèse (*Higi, op. cit., n. 11 ad art. 260a CO*). Certes, les locataires n'ont pas avisé les bailleurs du défaut ni imparti un délai pour y remédier. Il y a lieu cependant de considérer que ces démarches auraient été superflues puisque les bailleurs avaient par le passé systématiquement refusé à d'autres locataires toute mesure de protection. En outre, l'installation litigieuse ne choque pas le regard et a le mérite d'offrir la sécurité nécessaire. En conséquence, les locataires G. n'ont pas abusé de leur droit (art. 2 CC) et le recours des bailleurs doit être rejeté.
7. Comme nous l'avons vu, la question controversée des effets du silence du locataire en présence de défauts apparents à la chose louée n'a pas été

#### Note

tranchée par le TC vaudois. L'autorité de recours a en effet estimé que le défaut n'était pas apparent mais caché jusqu'à ce que l'enfant des locataires ait eu atteint l'âge lui permettant d'escalader le parapet du balcon. Même si nous approuvons sur le fond le résultat auquel le TC vaudois est parvenu, nous restons perplexes sur le caractère caché du défaut dont il était question. Nous partageons en effet l'avis de Lachat (*op. cit.*, p. 143) selon lequel le locataire n'est pas déchu des droits prévus aux art. 259a ss CO du seul fait qu'il ne réagit pas en constatant l'existence d'un défaut apparent (excepté les cas d'abus de droit). A titre exemplatif, le fait que l'appartement loué l'ait été avec une cuisine agencée dotée d'un lave-vaisselle dont le dysfonctionnement n'est signalé par le locataire que plusieurs mois après la remise des locaux (et pour autant qu'aucune réserve ne soit prévue à cet égard dans le bail) permettra toujours à ce dernier de s'en prévaloir et de demander notamment la réparation ou le remplacement de cet appareil ménager puisqu'il pouvait s'attendre, selon les circonstances, à ce qu'il soit en état de fonctionner. Reste que le locataire ne pourra invoquer les droits découlant des art. 259a ss CO qu'une fois le défaut signalé; ainsi, il ne pourra, cas échéant, prétendre par exemple à une réduction de loyer qu'à partir de ce moment-là. Le même raisonnement doit être tenu en ce qui concerne les défauts qui sont de nature à mettre en danger la sécurité du locataire. En effet, le locataire qui loue un appartement ou un local commercial est en droit à notre sens de s'attendre à ce que les locaux soient exempts de tout défaut de conception et de construction qui pourrait mettre en péril sa sécurité et celle des personnes qui vivent avec lui. Le locataire doit en conséquence pouvoir les signaler et s'en prévaloir tout au long du bail. Par ailleurs et l'arrêt le dit, la notion de défaut est éminemment relative. Elle varie dans le temps et dépend notamment de l'évolution des mœurs et de la technique. Tel était le cas dans l'arrêt ici traité puisqu'on s'est aperçu que la hauteur du parapet ne correspondait plus à celle prescrite par les normes de sécurité.

8. Enfin, l'on n'oubliera pas de signaler qu'en vertu de l'art. 257g al. 1 CO, le locataire doit signaler au bailleur les défauts auxquels il n'est pas tenu de remédier lui-même. Cette obligation vise à permettre au bailleur de réparer rapidement la chose louée, avant que le défaut ne s'amplifie et endommage davantage les locaux (*Lachat, op. cit.*, p. 151). Le locataire répond d'ailleurs du dommage résultant de l'omission d'aviser le bailleur (art. 257g al. 2 CO). Il sera alors bien avisé d'informer son bailleur de tout défaut qui risque d'engendrer un dommage.

M.M.

## **9 Bail commercial. Vente de l'immeuble avec double mise à prix. Résiliation du contrat par l'adjudicataire. Résiliation remise en mains du locataire sans qu'il en prenne connaissance. Non-respect des délais de congé. Nullité de l'expulsion requise avant le terme légal de résiliation.**

Tribunal d'appel, Tessin

02.02.2000

Banque S. en liquidation c. F.

### **Art. 261 al. 1, 266a al. 2, 266d CO**

1. Portant sur des locaux à usage d'établissement public, le bail en examen a été conclu le 18 novembre 1997 pour une durée déterminée venant à échéance à la fin novembre 2001, avec faculté de le prolonger pour cinq années supplémentaires. Suite à la faillite du bailleur, la banque S. est entrée dans le rapport de location après adjudication du bien immobilier à la double mise à prix le 22 février 1999. Faisant usage de la formule officielle, la nouvelle bailleuse a résilié le contrat pour le 30 septembre 1999. Le locataire n'a toutefois pas libéré les locaux à cette date et la bailleuse a demandé l'expulsion de celui-ci. Le premier juge a ordonné l'expulsion après avoir en particulier constaté la validité de la résiliation notifiée au locataire par un messenger (*brevi manu*) en date du 31 mars 1999. Dans son appel, le locataire F. soutient de ne pas avoir pris connaissance de la résiliation et en déduit donc le maintien du bail.
2. Pour des raisons de procédure, le témoignage de R., qui s'était chargée en présence d'un tiers de notifier *brevi manu* la résiliation à F., a été considéré comme nul. Le code de procédure civile tessinois (ci-après le CPC tessinois) prévoit en effet des règles strictes en matière d'audition des témoins, notamment en ce qui concerne l'impartialité de ces derniers, leur indifférence à l'issue du procès, leur exhortation à dire la vérité et leur mise en garde face aux conséquences pénales du faux témoignage. A vrai dire, la rigueur de ces règles ne réside non pas dans leur teneur (que l'on retrouve dans d'autres codes – voir not. art. 244 CPC neuchâtelois), mais en particulier en ce que l'accomplissement de ces diverses exigences doit ressortir de manière expresse du procès-verbal d'audition, sous peine de nullité de cette dernière. Selon la jurisprudence tessinoise, ces exigences ne représentent pas de pures formalités, mais permettent de distinguer une quelconque narration de faits – même faite devant un juge – du témoignage, moyen de preuve au sens du CPC tessinois. Pour le témoin, ces dispositions sont à même de le rendre attentif sur l'importance procédurale de ses déclarations qui seront considérées comme l'expression de la vérité faute de preuve contraire. En l'occurrence, le procès-verbal d'audition de R. ne répondait pas aux exigences précitées et son témoignage a dès lors été déclaré nul.

3. A mesure que ce moyen de preuve doit être écarté, il convient de savoir si la notification de la résiliation peut être prouvée d'une autre manière. Il faut entre autres se fonder à cet égard sur les déclarations du locataire F. Celui-ci a prétendu en particulier que l'enveloppe fermée lui avait été remise, mais qu'il n'avait pas voulu l'ouvrir, ni la conserver en sa possession, ni d'ailleurs signer un accusé de réception, en raison du fait qu'elle ne portait pas son adresse, mais celle de la Banque S. D'un autre côté, le locataire F. a admis au cours de la procédure que les personnes qui s'étaient rendues à son domicile insistaient pour qu'il ouvre l'enveloppe, laquelle contenait la formule officielle de résiliation, mais qu'il les avait invitées à procéder selon la notification postale habituelle.
4. La résiliation du bail est une manifestation de volonté soumise à réception; elle déploie d'ailleurs ses effets lorsqu'elle entre dans la sphère de puissance de son destinataire. Dans ces conditions, il n'est nullement exclu que la notification du congé intervienne avant même que le destinataire en prenne personnellement connaissance (*Zihlmann, Das Mietrecht, 2<sup>e</sup> éd., Zurich 1995, p. 105*). Autrement dit, la doctrine estime par principe que la notification d'un acte entré dans la sphère d'influence du destinataire est valable sans qu'il soit nécessaire que ce dernier prenne effectivement connaissance de son contenu (*Thilo, A quel moment la résiliation du bail est-elle effective?, JT 1954 I 546 s.; Engel, Traité des obligations en droit suisse, 2<sup>e</sup> éd., p. 133; Higi, Die Miete, in Obligationenrecht, 4<sup>e</sup> éd., V 2 b, Zurich 1995, n. 38 ad art. 266-266o CO*). En revanche, la remise d'un acte personnellement à son destinataire n'équivaut pas toujours à une notification régulière, en particulier en présence d'une attitude de résistance ou de refus. La doctrine appréhende ces différents cas de manière différenciée selon que le comportement du destinataire de refuser la remise de l'acte est ou non justifié (*Higi, op. cit., n. 38 ad art. 266-266o CO*), respectivement qu'il est ou non conforme au principe de la confiance; dans cette mesure, le juge considérera comme valable la notification refusée de mauvaise foi par son destinataire (*Engel, op. cit., p. 134*).
5. En l'occurrence, il y a lieu en particulier de relever que les personnes chargées de la notification avaient indiqué à F. qu'il était bien le destinataire de l'envoi litigieux. Ce dernier n'a de son côté pas contesté connaître le contenu de cet envoi. En substance, F. a donc refusé sans motif la notification de la résiliation et celle-ci doit dès lors être considérée comme valable.
6. La décision entreprise rappelle à juste titre que suite à la vente aux enchères de l'immeuble à la double mise à prix, le contrat de bail non annoté passe à l'acquéreur en vertu de l'art. 261 al. 1 CO. Ce dernier peut résilier le contrat pour la plus prochaine échéance légale (art. 261 al. 2 CO) même en l'absence d'un besoin urgent (*ATF 125 III 123, DB 1999, p. 38, n° 28*). D'autre part, l'art. 266d CO prévoit que pour la location de locaux commerciaux (comme dans le cas concret), chaque partie peut résilier le contrat avec un préavis de six mois pour

le terme déterminé par l'usage local ou, à défaut d'un tel usage, pour la fin d'un trimestre de bail. Dans le cas d'espèce et faute d'un tel usage local définissant les termes usuels, il y a lieu de retenir à cet égard la fin des trimestres de bail, soit la fin des mois de février, mai, août et novembre (puisque le bail avait commencé le 1<sup>er</sup> décembre 1997 pour se terminer le 31 novembre 2002). La résiliation du 31 mars 1999 ne pouvait dans ces conditions déployer des effets pour la fin septembre, mais uniquement pour le terme valable suivant, soit pour la fin du mois de novembre 1999 (art. 266a al. 2 CO). La demande en expulsion a été déposée le 4 octobre 1999, à savoir avant cette dernière date, raison pour laquelle elle aurait dû être rejetée par le premier juge. Au moment de l'introduction de l'instance, les locaux loués n'étaient en effet pas encore occupés sans cause valable, condition nécessaire à la procédure en expulsion.

#### Note

7. Le locataire a finalement eu gain de cause pour des motifs qu'il n'avait d'ailleurs pas invoqués. Il contestait la validité de la notification du congé. Celle-ci a été reconnue en l'occurrence. Le Tribunal d'appel s'est tout d'abord penché sur la question de la preuve de cette notification. Comme nous l'avons exposé, les moyens de preuve de la bailleuse ont été écartés à ce propos pour des raisons de procédure. La notification a été en revanche considérée comme établie sur la base des déclarations du locataire lui-même. Il a même été relevé par l'autorité de recours que celui-ci a tenté en vain et de mauvaise foi de se dérober à cette notification. Dès lors, le Tribunal d'appel a constaté la validité de la résiliation. Après analyse des délais et termes de congé, il est toutefois parvenu à la conclusion que la résiliation du 31 mars 1999 n'indiquait pas le terme déterminant et que la procédure en expulsion était prématurée, donc vouée à l'échec. Le bail n'ayant pas encore pris fin lorsque son cocontractant avait introduit l'instance en déguerpissement, le locataire était effectivement encore en droit d'occuper valablement les locaux à ce moment-là. Au vu des considérants de l'arrêt, il va sans dire que la bailleuse aurait beau jeu d'introduire à nouveau une procédure en expulsion si le locataire F. ne devait pas libérer spontanément les locaux loués.
8. Dans le cas d'espèce, la notification de la résiliation s'était effectuée par la remise du pli par un messenger *brevi manu*. L'arrêt cantonal expose les cas dans lesquels la remise personnelle d'un acte à son destinataire pourrait s'avérer irrégulière (*supra* n° 4). La notification postale peut également poser problème. En cas d'envoi recommandé (qui devrait être la règle, pour des questions évidentes de preuve), lorsque le destinataire ne peut être atteint au moment de la distribution et que le facteur laisse un avis de retrait, la déclaration est considérée comme reçue dès que le destinataire est en mesure d'en prendre possession au bureau de poste, pour autant qu'on puisse attendre de lui qu'il le fasse aussitôt (*ATF 107 II 191*). Si, par principe, il n'est pas nécessaire que le destinataire prenne effectivement



connaissance du contenu de l'avis de congé pour que sa notification soit pleinement valable, la doctrine dominante estime pourtant que les règles de la bonne foi imposent au déclarant, qui apprend que sa déclaration de volonté n'est pas parvenue à la connaissance de son destinataire de répéter immédiatement la communication. Ainsi, dans l'éventualité d'un retour d'une lettre recommandée à son expéditeur, il y a lieu d'inviter ce dernier à répéter sa communication sous pli simple (DB 1998, p. 8 s, n° 5 et les réf. cit.; USPI, *Commentaire du bail à loyer*, Genève 1992, n. 5 ad art. 266 CO). A côté de ces principes classiques, une partie de la doctrine (Lachat, *Le bail à loyer*, Lausanne 1997, p. 414, note 63; Baselice, in *MRA* 1995, p. 101 ss) prône une application généralisée (dans le domaine du bail) de la théorie limitée de la réception («*eingeschränkte Empfangstheorie*»). Selon cette théorie limitée de la réception, n'est plus forcément décisif le moment où la communication entre dans la sphère de puissance de son destinataire: si l'avis est fait par envoi recommandé, le moment déterminant sera celui de la remise du pli par le facteur ou son retrait effectif au bureau de poste, sinon le septième et dernier jour du délai de garde (ATF 119 II 147, DB 1994, p. 9, n° 5). Ces derniers principes trouvent application avant tout dans la notification des actes de procédure; la jurisprudence les a également appliqué dans le domaine du bail pour la notification de l'avis de majoration du loyer (art. 269d CO; ATF 107 II 189) et de l'avis comminatoire (art. 257d CO; ATF 119 II 147, DB 1994, p. 9, n° 5). Dans un arrêt du 24 août 1990 (GVP 1990, p. 135), la Commission des recours du Tribunal cantonal de Saint-Gall s'est également référée aux mêmes principes pour la réception de la résiliation du contrat de travail. Cette autorité a en effet estimé en substance que le destinataire d'un pli ne pouvait savoir à l'avance s'il s'agissait de la communication d'un acte de procédure ou de droit privé, raison pour laquelle il ne convenait pas de prévoir deux régimes différents; à l'appui de sa décision, elle a également avancé les impératifs liés à la sécurité du droit. Nous pensons pour notre part qu'il y a lieu d'emboîter le pas à ce dernier courant de doctrine et de jurisprudence et de souhaiter à l'avenir une généralisation de ces principes pour toutes les notifications en matière civile. Une telle généralisation permettrait sans ambages une simplification en pratique non négligeable et remplirait les exigences liées à la sécurité du droit.

9. Peut enfin également apparaître problématique le congé qui est mal adressé, qui n'a jamais été mis sous pli ou celui qui s'est perdu après l'expédition (mais avant d'entrer dans la sphère d'influence de son destinataire). Un tel congé doit être considéré comme inexistant et donc sans effet, aussi longtemps que la notification n'a pas été répétée régulièrement. Avec Corboz (*Les congés affectés d'un vice*, 9<sup>e</sup> Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 1996, p. 15) néanmoins, nous estimons à cet égard que si la résiliation a été mal adressée, mais qu'elle parvient tout de même en temps utile à son destinataire (par l'entremise d'un tiers), il faut constater qu'elle a été reçue et que le mauvais adressage est un vice sans conséquence. Autre est enfin la

situation dans laquelle le destinataire reçoit une enveloppe recommandée vide ou qui contient des documents qui ne le concernent pas. La doctrine considère en effet à ce propos que le destinataire sera bien avisé de manifester à l'expéditeur son erreur. A défaut de réaction et en cas de litige, la version de l'expéditeur sur le contenu de l'envoi pourrait bien être préférée à celle du destinataire (dans le cadre de l'appréciation des preuves; Corboz, *op. cit.*, p. 14; Corboz, *La nullité du congé dans le nouveau droit du bail*, in *CdB* 1994, p. 46 s).

M.M.

## **10** Résiliation du bail principal en raison de la sous-location dont les conditions non abusives avaient été communiquées au bailleur. Notion d'inconvénients majeurs de la sous-location. Annulation du congé.

Tribunal fédéral

30.08.2000

SI X. c. Epoux R.

SJ 2001 I 17

### **Art. 262, 271a al. 1 lit. a CO**

1. En octobre 1985, R. conclut avec la SI X. un bail portant sur un appartement de trois pièces avec chambrette qu'il occupe depuis le mois d'avril 1977. Le bail est convenu pour une première période d'une année et est renouvelable d'année en année, sauf résiliation donnée trois mois avant l'échéance. En dernier lieu, le loyer est fixé à Fr. 645.-. Suite au mariage des époux R, le bail est transféré à leurs noms, par avenant du 30 juin 1990. Au mois de mars 1997, les époux R. sous-louent l'appartement à dame A. pour une durée indéterminée et pour un loyer de Fr. 645.-. Ils demandent alors à la société Y., représentante de la bailleuse, l'autorisation de sous-louer l'appartement, en lui soumettant le bail de sous-location. Divers courriers sont alors échangés entre parties, la régie n'admettant une sous-location que pour une année au maximum. En juin 1997, cette dernière prend note toutefois que l'appartement sera occupé par A. jusqu'à la fin du mois d'août 1997 et elle annonce qu'elle reprendra contact avec les locataires au début du mois de septembre 1997. Suite à l'interpellation de la régie, les locataires indiquent en mars 1998 que la situation n'a pas évolué depuis l'été précédent et qu'ils ne manqueront pas de signaler tout changement. La régie Y. indique alors aux époux R. qu'elle entend disposer de tout objet qui est à même de devenir disponible dans l'immeuble de sorte qu'elle ne peut tolérer la sous-location; elle les informe qu'elle est prête à accepter une résiliation anticipée du bail. Pour leur part, les locataires indiquent qu'ils n'entendent pas résilier le contrat. La SI X. résilie alors le contrat de bail par avis du 23 avril 1998. Suite à l'échec de la conciliation, le Tribunal des baux et loyers du canton de Genève annule le

congé. Son jugement est confirmé par l'instance cantonale de recours. Le TF (dont les considérants sont ici résumés) rejette également le recours en réforme de la bailleresse.

2. L'art. 271a al. 1 lit. a CO dispose que le congé est annulable lorsqu'il est donné par le bailleur parce que le locataire fait valoir de bonne foi des prétentions découlant du bail. Le droit de sous-louer aux conditions de l'art. 262 CO compte parmi les prétentions bénéficiant de la protection de l'art. 271a al. 1 lit. a CO (*Higi, Die Miete, in Obligationenrecht, 4<sup>e</sup> éd., V 2 b, Zurich 1996, n. 24 ad art. 271a CO*). Pour que le congé soit annulable, il faut qu'il existe un rapport de cause à effet entre l'exercice de la prétention et la résiliation (*SVIT-Kommentar Mietrecht, 2<sup>e</sup> éd., Zurich 1998, n. 13 ad art. 271a CO*). Le motif pour lequel le bail a été résilié relève du fait (*ATF 115 II 484 cons. 2b*).
3. Dans le cas d'espèce, il ressort des considérants de l'arrêt cantonal que le congé a été donné en relation avec la sous-location, ce qui est expressément admis par la bailleresse. Il convient donc d'examiner si les demandeurs avaient le droit de sous-louer et, le cas échéant, s'ils ont exercé leur droit conformément aux règles de la bonne foi. Selon l'art. 262 al. 1 CO, le locataire ne peut sous-louer qu'avec le consentement du bailleur. Ce dernier ne peut cependant refuser son consentement que dans les limites – qualifiées d'étroites par la jurisprudence – prévues à l'art. 262 al. 2 CO (*ATF 125 III 62 cons. 2a; DB 1995, p. 8, n° 5*), à savoir lorsque le locataire refuse de lui communiquer les conditions de la sous-location (lit. a), lorsque les conditions de la sous-location, comparées à celles du bail principal, sont abusives (lit. b) et, enfin, lorsque la sous-location présente pour le bailleur des inconvénients majeurs (lit. c).
4. En l'occurrence, il ressort de l'arrêt entrepris que les locataires avaient communiqué à leur bailleresse les conditions de la sous-location et que le loyer était identique à celui du bail principal, ce qui exclut l'existence de conditions abusives (*ATF 119 II 353 cons. 5a*). Reste dès lors à se demander si la sous-location en cause pourrait représenter des inconvénients majeurs pour la bailleresse. Celle-ci fait valoir à ce propos que les époux R. ont conclu un contrat de sous-location pour une durée indéterminée et que leur retour dans l'appartement dont il est question n'était que très incertain. Sur le premier point, la jurisprudence a clairement indiqué que l'on ne peut soutenir que la durée limitée de la sous-location serait une condition de celle-ci; une telle opinion ne trouve en effet aucune assise dans le texte clair de l'art. 262 CO (*DB 1995, p. 8, n° 5*). En d'autres termes, le fait que les locataires aient sous-loué l'appartement pour une durée indéterminée ne constitue pas un inconvénient majeur pour la bailleresse. Quant au caractère provisoire de la sous-location, le TF a mis en doute l'idée, soutenue par une partie de la doctrine (*Rollini, Le caractère provisoire de la sous-location et les limites imposées en la matière au locataire, CdB 1995, p. 14 ss*), que la sous-location ne serait admissible que si le sous-bailleur envisageait de reprendre un jour la

chose pour lui-même. Il n'a cependant pas tranché expressément la question, considérant qu'en tous les cas, il suffit que le sous-bailleur n'ait pas perdu toute idée de reprendre l'usage de l'appartement en cause, même si ses intentions ne sont que vagues (*DB 1995, p. 8, n° 5*). C'est précisément le cas en l'espèce, dès lors qu'il a été constaté en fait, de manière à lier notre haute Cour en instance de réforme (art. 63 al. 2 OJ), que les époux R. n'excluaient pas de reprendre dans le futur les locaux en question, en fonction de l'évolution de leur situation familiale. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle ils ont sous-loué l'appartement à une personne qui est restée domiciliée dans un autre canton.

#### Note

5. L'arrêt du TF doit à notre avis être approuvé. Les hypothèses dans lesquelles le bailleur peut refuser à son locataire la possibilité de sous-louer sont énumérées de manière exhaustive à l'alinéa 2 de l'art. 262 CO. Il n'y a pas lieu d'en ajouter d'autres. Admettre que la sous-location doit être uniquement provisoire pour être admissible serait en soi prévoir une nouvelle circonstance – non prévue par le texte clair de la loi – qui autoriserait le bailleur à défendre à son locataire de sous-louer la chose à un tiers. Cela serait certes possible s'il existait effectivement une lacune (proprement dite) dans la loi qui devrait être comblée (art. 1 al. 2 CC). A défaut d'une telle lacune, l'exigence du caractère provisoire de la sous-location ne saurait dès lors être érigée en condition de cette dernière.
6. Ce qui est en revanche déterminant, c'est l'intention du locataire qui sous-loue: celui-ci ne doit en effet pas d'emblée exclure définitivement de retourner dans les locaux loués ou, comme le dit le TF, il ne doit pas perdre « toute idée de reprendre l'usage de l'appartement en cause, même si ses intentions ne sont que vagues ». Il doit dès lors conserver dans cette mesure son *animus locandi*. Si lors de la conclusion du bail de sous-location, le locataire principal n'envisage en effet déjà plus de reprendre un jour la chose pour lui-même, il commet à notre sens un abus de droit qui ne saurait être protégé. Dans ce cas, le locataire qui n'a plus l'*animus locandi* use il est vrai du droit de sous-louer sans y avoir le moindre intérêt et d'une manière contraire à sa finalité.
7. En guise de conclusion, l'on ne voit enfin pas dans quelle mesure, la sous-location pourrait constituer un inconvénient majeur pour le bailleur lorsqu'elle n'a pas un caractère provisoire. Comme le relève en effet Nordmann (*La sous-location, 10<sup>e</sup> Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 1998, p. 15*), les inconvénients majeurs doivent s'apparenter à un véritable dommage, ou en tout cas à un risque concret de dommage futur (p. ex. l'aménagement d'un sous-locataire concurrençant le bailleur ou l'un de ses autres locataires). Ils ne doivent pas être appréciés en cours de la sous-location, mais au moment de la conclusion du bail y relatif. Dans cette mesure, le paiement du loyer n'est en principe



pas mis en péril par la sous-location puisque le locataire principal conserve son obligation à ce titre sans considération de la durée du sous-bail (différemment de ce qui est d'ailleurs prévu à l'art. 263 al. 4 CO). Enfin et il est bon de le rappeler, le bailleur reste toujours libre de résilier en tout temps (moyennant respect des échéances légales ou contractuelles) le contrat principal (notamment pour demeure du locataire au sens de l'art. 257d CO) et dispose même d'un droit direct contre le sous-locataire (notamment pour le contraindre d'user de la chose conformément à l'usage autorisé par le bail principal; art. 262 al. 3 CO).

M.M.

## **11** Contrat de prêt convenu pour une durée indéterminée portant sur un appartement. Résiliation par le prêteur. Non-application par analogie des dispositions du droit du bail sur les délais de résiliation.

Tribunal cantonal, Saint-Gall

22.12.1999

E. et E. c. P.

GVP 1999, p. 126; RSJ 2001, p. 16

### **Art. 266a ss, 310 CO**

1. Le bail à loyer est le contrat par lequel une personne s'oblige à céder à une autre l'usage d'une chose, moyennant un loyer (art. 253 CO). Il suppose en ce sens nécessairement les deux éléments caractéristiques suivants: la cession de l'usage d'une chose pour une certaine durée et le paiement d'un loyer. Comme le relève Lachat (*Le bail à loyer, Lausanne 1997, p. 54*), « sans paiement d'un loyer il n'y a pas de bail. Le bail « gratuit » est un contrat de prêt à usage (art. 305 ss CO) ». Si la cession de l'usage d'une chose (mobilière ou immobilière) se retrouve donc dans ces deux types de contrat, c'est bien le caractère gratuit, respectivement onéreux, qui les distingue. Autre est la question, parfois difficile à trancher, de savoir si une prestation exigée de l'emprunteur constitue une rémunération ou uniquement une obligation accessoire au contrat de prêt (p. ex. celle d'assurer certaines réparations) (*Tercier, Les contrats spéciaux, 2<sup>e</sup> éd., Zurich 1995, p. 187, n. 1482 et p. 283, n. 2307; voir aussi Lachat, op. cit., p. 57*).
2. Dans l'arrêt qui est ici résumé, les parties avaient convenu d'un prêt portant sur un appartement dont l'usage n'était pas limité dans le temps ni défini par une utilisation spécifique. Après la résiliation du contrat par le prêteur, les défendeurs ont fait valoir en justice qu'il faudrait faire une application analogique des dispositions sur la résiliation des baux à loyer en cas de prêt à usage. Le TC de Saint-Gall a toutefois estimé que ce point de vue était manifestement erroné. Conformément aux art. 305 et 310 CO, l'emprunteur est en effet tenu de rendre

la chose après s'en être servi et le prêteur est libre de la lui réclamer en tout temps, sans respecter de forme particulière lorsque le prêt a été fait pour un usage dont la durée n'est, comme en l'espèce, pas déterminée (*Schärer, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 1996, n. 1 s ad art. 310 CO*). La loi n'établit par ailleurs aucune distinction selon la nature de la chose prêtée en sorte que la réglementation rappelée ci-dessus s'applique également au prêt de locaux commerciaux et d'habitation (*RJB 1948, p. 238*). Une application ne serait-ce qu'analogique des dispositions sur la résiliation des baux à loyer est donc exclue (*Higi, Die Miète, in Obligationenrecht, 3<sup>e</sup> éd., V 2 b, Zurich 1994, n. 152 ad art. 253-274g CO*).

3. On notera encore que l'arrêt en sens contraire du Tribunal civil du canton du Tessin (*Rep. 1986, p. 283*) ne convainc guère eu égard à la gratuité du prêt à usage. Cette décision n'est au demeurant d'aucune utilité aux défendeurs. Les juges tessinois se sont bornés à appliquer par analogie les délais et termes de résiliation légaux des baux à loyer dans une affaire où il s'agissait uniquement de laisser à l'emprunteur le temps nécessaire à la restitution de la chose. Dans la présente espèce, les défendeurs ont été mis en demeure le 12 janvier 1999 de quitter les locaux à fin février 1999. Ce délai ne respecte certes pas les prescriptions du droit du bail qui prévoient qu'une partie peut résilier le bail d'un immeuble en observant un délai de congé de trois mois pour le terme fixé par l'usage local ou, à défaut d'un tel usage, pour la fin d'un semestre de bail (art. 266b CO). La résiliation produit cependant effet pour le prochain terme pertinent (art. 266a al. 2 CO), ce qui implique que les défendeurs auraient dû libérer les locaux à fin juin s'ils entendaient se baser sur les critères dégagés par la jurisprudence tessinoise.
4. Ce qui est valable pour le prêt à usage l'est a fortiori pour une convention de jouissance précaire. En l'espèce, la demanderesse a cédé l'usage de sa propriété à bien plaisir. Elle n'est donc pas tenue de le supporter plus longtemps et était en droit de révoquer son agrément en tout temps (*Liver, Die Dienstbarkeiten und Grundlasten, in Obligationenrecht, 3<sup>e</sup> éd., IV 2 a, Zurich 1980, n. 59 ad art. 730 CC*).

### **Note**

5. Cette décision mérite à notre sens d'être approuvée pour diverses raisons. Tout d'abord et même si l'art. 310 CO n'est pas d'une rigueur juridique exemplaire (*voir Engel, Contrats de droit suisse, Berne 1992, p. 246*), l'interprétation littérale de son texte ne laisse aucun doute sur le fait que le prêteur est libre de réclamer la chose en tout temps, sans délai, comme bon lui semble lorsque celle-ci a été prêtée pour un usage qui n'est pas limité dans sa durée ni déterminé par une utilisation particulière. Le texte légal ne contient en effet à notre sens aucune lacune (proprement dite) qui devrait être comblée (art. 1 al. 2 CC) par application analogique

des règles du droit du bail. Il est certes vrai que la réglementation du prêt à usage est assez sommaire et nécessite sur divers points (p. ex. pour ce qui est de l'obligation de garantie ou de celle d'entretien) le recours à l'application analogique des règles ayant cours dans le contrat de bail et dans la donation. Reste cependant que tel n'est pas le cas en l'occurrence.

6. On notera ensuite que même en cas de prêts pour un usage convenu (art. 309 CO), le prêteur peut à certaines conditions réclamer la chose de manière immédiate: il en va ainsi en particulier lorsque l'emprunteur fait de la chose un usage contraire à la convention, qu'il la détériore ou que le prêteur en a un besoin urgent et imprévu. Lorsque le contrat a été fait pour un usage indéterminé, le prêteur doit à plus forte raison pouvoir y mettre un terme sans délai: à notre avis, il faut en effet voir dans la volonté des parties, singulièrement de celle du prêteur, de ne pas fixer de durée déterminée pour le contrat l'intention de pouvoir s'en départir en tout temps et sans respecter de délai. Par référence au droit romain (qui distinguait le *commodat*, dans lequel le prêteur ne pouvait réclamer la chose durant une certaine période, et le *précaire*, dans lequel le prêteur pouvait en tout temps exiger la restitution de la chose; voir *Tercier, op. cit.*, p. 282, n. 2298), on pourra à cet égard parler d'un contrat de prêt à caractère précaire.
7. Ainsi, en cas de prêt pour une durée indéterminée ou pour un usage indéterminé, le prêteur peut en tout temps y mettre un terme par résiliation, sauf à observer les règles de la bonne foi (*comme le relève à juste titre Tercier, op. cit.*, p. 285, n. 2331). Il faut entendre en ce sens que le prêteur devra fixer un délai convenable à son cocontractant afin qu'il libère les locaux prêtés. Contrairement à ce qui a été jugé par le Tribunal civil du canton du Tessin (*arrêt précité*, p. 286), on ne saurait appliquer à cet égard sans autre par analogie les règles prévues aux art. 266a ss CO. Il conviendra en revanche d'apprécier la situation de cas en cas. Le temps nécessaire au déménagement devra en particulier être pris en considération, tout comme celui indispensable pour retrouver des locaux de remplacement, même provisoirement. On notera à ce propos que le droit du bail connaît à côté des délais de congé prévus par les art. 266a ss CO d'autres sensiblement plus courts (voir not. art. 257d et 257f al. 3 CO). Il est même des cas où la résiliation immédiate est prévue dans le domaine des baux d'habitations et de locaux commerciaux (art. 257f al. 4 CO). Dans l'ensemble de ces résiliations dites extraordinaires, le locataire lui-même doit ainsi faire face à des délais très courts pour libérer les locaux loués: rien ne justifierait en soi dès lors que l'emprunteur puisse en revanche systématiquement bénéficier par application analogique des délais de congé ordinaire prévus aux art. 266a ss CO lorsque le prêteur résilie le contrat. Une différence de régime entre la résiliation du contrat de prêt à durée indéterminée et celle du bail de même durée se justifie enfin par le caractère gratuit du premier contrat: dans ce dernier rapport, l'emprunteur ne fournit en effet aucune contre-prestation à son cocontractant

et il est évident qu'il ne saurait prétendre bénéficier des mêmes garanties d'usage que le locataire qui verse régulièrement un loyer en contrepartie de la mise à disposition de la chose.

8. Avant de conclure, on notera que si les instances cantonales ont des avis divergents sur la question, une partie de la doctrine est également favorable à ce que les règles sur les termes et délais du droit du bail soient appliquées par analogie à la résiliation du prêt à usage convenu pour une période indéterminée (*Lachat, op. cit.*, p. 57). Une décision de notre haute Cour en la matière permettra sans aucun doute de trancher définitivement la question.

M.M.

**12** Décès de la locataire. Occupation de l'appartement par son petit-fils. Résiliation du bail. Nullité du congé donné à l'aide d'un avis officiel comportant comme signature la seule apposition d'un timbre humide. Contestation du congé en raison de changement dans la situation familiale du locataire. Procédure en annulation du congé donné pour corriger un vice de forme affectant un précédent congé.

Tribunal fédéral

10.07.1998

M.R. c. Z.

**Art. 266l al. 1, 271a al. 1 lit. d et f CO; 9 OBLF**

1. L'arrêt ici relaté a été rendu ensuite d'un recours interjeté à l'encontre de la décision de la Chambre d'appel en matière de baux et loyers du canton de Genève. Cette dernière décision avait été résumée au DB 1999, p. 28, n° 21 et a été pleinement approuvée par notre haute Cour.
2. Pour rappel, les faits étaient les suivants: en novembre 1989, D. était venu s'installer dans l'appartement de trois pièces loué par sa grand-mère M.R. qui décédait peu de temps après. Le bail de feu M.R. avait alors été résilié. Motivé par le décès de la locataire, le congé était cependant affecté d'un vice de forme. En mars 1993, la baille-resse Z. notifiait dès lors, par l'intermédiaire de sa régie, un nouveau congé pour le même motif; elle usait cette fois de la formule officielle sur laquelle elle n'apposait toutefois pour signature qu'un simple timbre humide. La formule officielle était accompagnée d'une lettre comportant les signatures manuscrites de deux employés de la régie qui étaient cependant dénués du pouvoir de représentation. Les hoirs de feu M.R. (soit son mari – décédé également en cours de procédure – et sa fille J.R.) saisissaient alors la Commission de conciliation d'une requête en annulation du congé et, subsidiairement, en prolongation du bail. Ils étaient déboutés



d'abord par cette commission, puis par le Tribunal des baux et loyers, et enfin par les deux instances de recours saisies par J.R.

3. En substance, les différents problèmes traités dans cette cause avaient trait à la résiliation du bail. Ils consistaient en particulier à connaître :
  - quelles sont les exigences de forme (singulièrement de la signature manuscrite) de l'avis officiel de résiliation (*voir infra 4*);
  - quels sont les pouvoirs qui doivent être nécessairement conférés aux personnes signataires du congé au sein d'une régie (*voir infra 5*);
  - les conditions d'application de l'art. 271a al. 1 lit. f CO (*voir infra 6*).
4. Sur le premier point (exigences de forme de l'avis officiel de résiliation), le TF relève que la question soulevée par la recourante ne trouve certes pas de solution à la simple lecture de l'art. 9 OBLF et qu'elle n'a pas été tranchée à ce jour de manière claire dans sa jurisprudence. Il est vrai en effet que le point pourrait prêter à discussion, s'agissant d'un domaine où règne un assez grand formalisme destiné avant tout à protéger les locataires. Notre haute Cour estime toutefois que l'on tomberait dans l'excès si l'on donnait raison à la thèse de la recourante qui soutient que le congé litigieux est nul parce que seule la lettre d'accompagnement, et non la formule officielle, contient une signature manuscrite: avec la Cour cantonale, il faut donc bien admettre que doit être considérée comme suffisante une signature manuscrite apposée sur la lettre d'accompagnement.
5. S'agissant du pouvoir de représentation nécessaire aux employés de la gérance pour signer la formule de congé, le TF précise que la Cour cantonale a fait une saine application du droit fédéral en jugeant que la régie mandatée par la défenderesse avait la faculté de désigner à son tour un ou plusieurs collaborateurs ne disposant pas de la signature individuelle inscrite au registre du commerce pour entreprendre en son nom des actes juridiques et que la recourante, destinataire de ceux-ci, ne pouvait en l'occurrence, selon le principe de la confiance, mettre en doute les pouvoirs des signataires de la lettre de résiliation reçue.
6. Dans le résumé de l'arrêt cantonal précité (*DB 1999, p. 30, n° 21, sous note*), nous relevions que les faits relatés dans cette décision ne permettaient pas de savoir si le petit-fils de M.R. (qui s'était installé chez sa grand-mère quelques mois avant son décès) eût fait ménage commun avec elle et ainsi pu personnellement bénéficier de la protection offerte par l'art. 271a al. 1 lit. f CO. Le TF lève dans une certaine mesure ce doute en précisant qu'il ne ressort des constatations de la Cour cantonale aucune cohabitation de D. avec sa grand-mère au moment du décès de celle-ci. Il note en effet à ce propos que la recourante, qui s'était faite représenter par son fils D. durant la procédure cantonale et ne pouvait dès lors sérieusement ignorer le cas échéant une telle cohabitation, n'a pas prétendu que ce fût

le cas. M.R. s'est en revanche contenté de soutenir qu'il s'agissait d'un point déterminant que l'instance précédente aurait omis d'éclaircir et qui, s'il s'était réalisé, aurait dû commander une solution différente du litige. C'est dès lors à bon droit que la Cour cantonale a dénié à J.R. la possibilité de se prévaloir de l'art. 271a al. 1 lit. f CO. Notre haute Cour de conclure que l'art. 274d al. 3 CO n'impose pas une maxime inquisitoire absolue et ne libère pas les parties de collaborer activement à l'établissement des faits pertinents (*ATF 118 II 50*).

M.M.

## **13** Inventaire des objets soumis à rétention du bailleur commercial. Conditions de mesures de sûreté.

Tribunal fédéral

22.01.2001

Office des poursuites X.

ATF 127 III 111

**Art. 268 CO; 17 ss, 98 ss, 271 ss, 283 s LP; 2 OELP**

1. Y. SA, rétentionnaire du chef d'une créance de loyers de quelque Fr. 20 000.– contre Z. SA, requiert à fin décembre 1999, avant poursuite, inventaire au sens de l'art. 283 al. 3 LP assorti de mesures de sûreté. L'Office y procède les 29 décembre et 3 janvier, en l'absence de la locataire qui ne peut être atteinte. Il charge le serrurier qu'il a convoqué de changer les serrures des portes d'accès aux locaux. Les frais d'inventaire de Fr. 1626.40 comprennent la note de l'artisan de Fr. 217.70, dont Fr. 48.40 pour déplacement et Fr. 169.30 pour travaux de serrurerie.

Z. SA dépose Fr. 25 000.– le 5 janvier 2000. Le blocage ne dépasse pas de ce fait quelques heures utiles. Elle conteste devant l'Autorité inférieure de surveillance la légalité des mesures de sûreté et la mise des frais à sa charge. La plainte est déclarée fondée, dans son principe et en tant que recevable.

L'Office des poursuites recourt à l'Autorité supérieure puis au TF. Il soutient la légalité des mesures et l'inclusion des frais dans ceux d'inventaire. Il est débouté, en tant que recevable.

### Note

2. Les mots d'abord. La relation des faits est quelque peu obscure. Nous avons conséquemment sollicité la consultation des décisions cantonales. La Chancellerie de l'Obergericht a gracieusement accédé à notre demande et nous l'en remercions. Sur les faits, nous en savons ainsi davantage que n'en dit l'arrêt.

La première obscurité a trait au gain partiel de la locataire. Libérée des frais de serrurerie, elle ne l'a pas été de ceux de déplacement de l'homme de l'art, alors que le bailleur disposait d'une double clé. L'Autorité inférieure de surveillance s'en explique: les portes intérieures des locaux n'étaient pas munies de serrures, mais la locataire était en droit d'en poser; l'Office pouvait donc craindre de les trouver fermées. L'Autorité inférieure a jugé ce point car elle était saisie par la locataire qui, ayant obtenu gain de cause sur le principe, n'a, à juste titre, pas persévéré. Saisis par l'Office, l'Autorité supérieure et le TF avaient à revoir la seule libération des frais de serrurerie. L'imprécision eût été évitée si une voie médiane n'avait été préférée à l'alternative d'évoquer le détail ou de le taire.

A toute chose malheur est bon. L'élucidation du premier point lève une deuxième obscurité, logiquement antécédente. La plainte, fondée dans son principe, a été déclarée partiellement irrecevable aussi. Devant l'Autorité inférieure la locataire concluait 1° à l'illégalité des mesures de sûreté, 2° à l'élimination de la note de l'artisan des frais d'inventaire. La conclusion n° 1 n'a pas été reçue faute d'intérêt actuel, le blocage ayant été levé par le dépôt de la locataire; la conclusion n° 1 a néanmoins été tranchée, mais à titre de question préalable à la conclusion n° 2 relative à la charge des frais. On peut discuter de la subtilité. D'abord, était-il exclu que le cas se représente entre parties? (Amonn/Gasser, *Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts*, 6° éd., Berne 1997, § 6, n° 24 *in fine*; Gilliéron, *Commentaire de la LP*, Lausanne 1999, n. 155 s et 158 ad art. 17 LP). Ensuite, dans la mesure où l'Office est habilité à faire trancher (ou, du moins, a été jugé recevable à le faire, ce sur quoi nous reviendrons) la question principale, on comprend mal que la locataire ne le puisse. Enfin, on peut se demander si les conclusions, que la recourante a pris la peine de clairement articuler en deux chefs, ne doivent pas être interprétées comme un tout, ce d'autant que la différence, *in casu*, entre question principale et question préalable confine à la quatrième dimension.

Un malheur n'arrive jamais seul. La deuxième obscurité en débusque une troisième: les recours de l'Office, eux aussi, ont été rejetés en tant que recevables. Qu'est-ce à dire, si la clause n'est pas de style?

3. Pour répondre, il faut, des mots, passer à la procédure. En deuxième et en ultime instances, le recourant était l'Office des poursuites. Un juge censuré ne recourt pas et, d'ordinaire, les organes d'exécution ne recourent pas en tant qu'ils tiennent le fléau de la balance des intérêts et des droits en conflit. Ils le peuvent en revanche en ce qui concerne l'application de l'Ordonnance sur les émoluments. Ils tiennent la prérogative non de la loi, mais de l'art. 2 OELP (RS 281.35).

La LP est muette sur la qualité pour recourir des organes d'exécution, ce dont les auteurs ne font pas mystère et ce que peut expliquer l'âge du monument, édifié aux temps des balbutiements – en Suisse – de la juridiction administrative. La jurisprudence et

la doctrine ont dû créer; l'œuvre est imparfait (Gilliéron, *Poursuite pour dettes, faillite et concordat*, 3° éd., Lausanne 1996, p. 57 s; Gilliéron, *op. cit.*, n. 94 ad art. 17 LP). Dans la droite ligne de Favre notamment (*Droit des poursuites*, Fribourg 1966, p. 66 et 73), Amonn et Gasser considèrent (*op. cit.*, § 6, n° 29) que l'organe d'exécution est toujours intimé à la plainte; ils sont plus évasifs ailleurs (n°s 78 *in fine* et 79). Gilliéron nous paraît dans le vrai lorsqu'il écrit: «Les autorités de poursuite et les organes de l'exécution forcée n'ont qualité pour recourir que lorsque...» (*op. cit.*, n. 37 ad art. 18 LP). Le droit de recours est donc l'exception; telle est la jurisprudence dominante (ATF 108 III 77 ss, JT 1984 II 141 ss; AGVE 1986, p. 50 ss; JT 1965 II 126 ss, RSJ 62, p. 206; *contra*: ZGGVP 1981-82, p. 99 s, RSJ 81, p. 342 ss, n° 64).

Le cas confine à l'énigme: le point de droit des poursuites à trancher, où porter les frais de serrurerie?, dépend de la question préalable, également de droit des poursuites, des mesures de sûretés accompagnant l'inventaire étaient-elles admissibles? Si la question préalable avait été résolue à titre principal (possibilité dont la locataire s'est privée par le dépôt de Fr. 25 000.–!), elle n'aurait pu, à notre sens du moins, faire l'objet d'un recours de l'Office, dans quelque sens qu'elle ait été tranchée. Nous ne voyons qu'une solution au paradoxe: le recours de l'Office devait être déclaré irrecevable et non seulement mal fondé, un organe d'exécution n'ayant pas qualité pour recourir contre le jugement qui le censure.

4. Le fond enfin, c'est-à-dire le cap que la procédure ne doit jamais perdre de vue. L'horizon, plus familier, n'en est pas moins intéressant. L'inventaire peut être requis antérieurement ou simultanément à la poursuite. L'Office y procède incontinent, mais s'enquiert préalablement des moyens d'accéder aux locaux. En cas de péril en la demeure ou si la récalcitrance ou l'absence de l'occupant est à craindre, il requiert la force publique ou les services compétents. *In casu*, l'inventaire a-t-il été requis pour loyers échus, à échoir ou, encore, échus et à échoir (art. 268 al. 1 CO)? La réquisition pour loyers à échoir précède par définition la poursuite (ATF 105 III 84 ss, JT 1981 II 41 ss sur le délai de validation), mais on ne saurait en déduire que l'inventaire requis avant poursuite procède de loyers à échoir, car le bailleur peut avoir d'autres raisons que la non-échéance de ne pas requérir simultanément la poursuite. L'inventaire pour loyers à échoir est subordonné à des conditions plus strictes (ATF 108 III 77 ss, JT 1984 II 141 ss; JT 1982 II 142 s, SJ 1981, p. 245 ss, non publié aux ATF; ATF 83 III 112 ss, JT 1957 II 112). Le sort réservé en l'occurrence aux mesures dont l'inventaire fut assorti parle plutôt en faveur de loyers échus; en effet, la réquisition d'inventaire pour loyers à échoir aurait probablement dû être rejetée, ce qui aurait privé les mesures de sûreté de toute base. C'est ce que nous retiendrons, en regrettant que le fait n'ait été précisé.

L'inventaire actualise le droit de rétention qui existe, en dérogation à l'art. 895 CC, malgré l'absence de possession du bailleur. Il rend indisponibles les

objets et consolide le droit de rétention. Le créancier peut demander réintégration sans être lié par le délai de dix jours de l'art. 284 et sans avoir à prouver le caractère clandestin ou violent de l'enlèvement, les art. 284 LP et 268b al. 2 (jadis 274 al. 2) CO s'appliquant aux seuls enlèvements antérieurs à l'inventaire (ATF 104 III 25 ss, JT 1979 II 125 ss). Le locataire conserve l'usage des objets jusqu'à enlèvement aux fins de réalisation, mais se rend coupable de « détournement de valeurs patrimoniales mises sous main de justice » (art. 169 CP) s'il en dispose arbitrairement, c'est-à-dire sans la bénédiction de l'Office, en faveur de tiers de bonne foi.

La conformité au droit des mesures de sûreté accompagnant l'inventaire est le nœud gordien de l'affaire; l'Office ne peut, c'est l'évidence, porter en compte les frais de mesures illégales. Le TF se réfère d'abord (cons. 3a) à l'art. 98 LP relatif à la saisie; son application analogique est admise, mais à la condition que l'exécution ait atteint un stade comparable (ATF 29 I 71 cons. 2); il faut donc, à tout le moins, que la poursuite du chef de la créance garantie ait été introduite. Il cite ensuite longuement la doctrine qui n'admet l'analogie qu'une fois surmontée l'opposition à la poursuite en réalisation de gage (cons. 3a, al. 2). Il réserve (cons. 3b) les cas particuliers, non réalisés en l'espèce, qui peuvent justifier des mesures antérieurement à ce stade; il laisse indécis le moment duquel elles peuvent alors être prises. Il réfute enfin la comparaison que l'Office veut faire avec le séquestre (cons. 3c). Les biens inventoriés étaient de trois espèces: des machines de bureau dont l'inventaire n'empêchait pas l'usage sur place, des instruments de chantiers dont il ne devait pas empêcher non plus l'usage hors les locaux, et des biens consommables (colle, dilutif, laque, isolant) que la locataire aurait pu être autorisée à employer plutôt que d'être réduite à l'inactivité.

## 5. La moralité de l'espèce est triple.

Elle démontre d'abord que l'importance théorique des affaires et leur valeur litigieuse n'entretiennent aucun lien logique statistiquement observable. Il faut le rappeler à une société axée sur les profits et aux technocrates à la recherche de critères équitables limitant l'accès à l'Olympe juridictionnel. Pour porter sur quelques francs, la cause n'est pas moins intéressante que nombre de celles dont l'unité de compte est le million.

Ensuite, si « Nul ne peut être juge et partie en la même cause », ce qui ne viendrait à l'idée de personne de révoquer en doute, « Nul ne peut être juge et recourant, puisqu'être recourant, c'est être partie ». Pour appartenir – de près ou de loin – à l'appareil administratif de l'Etat, les organes d'exécution, singulièrement les préposés aux offices des poursuites et des faillites, ont une mission à maints égards juridictionnelle et, pour appartenir à l'Ordre judiciaire, d'authentiques magistrats ont des attributions essentiellement d'exécution. Nous doutons que la dialectique qui procède de ces vérités ait été suivie ici en toute rigueur.

Enfin, si les mesures de sûretés litigieuses ne respectaient pas le principe de la proportionnalité, certains des motifs développés à l'appui de cette évidence peuvent être discutés, car ils pourraient inciter les offices, auxquels on a reproché parfois le manque d'esprit d'entreprise, à l'abstention. Alors que la saisie met en œuvre la responsabilité sur le patrimoine, l'inventaire dont il est ici question met en œuvre un droit de gage, accessoire d'une créance, ce qui n'est pas la même chose. Si d'autre part l'inventaire se différencie du séquestre par l'absence de toute trace de velléité de se soustraire à l'exécution, cela n'empêche que le droit de rétention, opposable *erga omnes* et spécialement *erga omnes alios creditores* comme tout droit de gage, est davantage aussi qu'un séquestre. Droit non subordonné à possession du gagiste – ce qui postule son actualisation par inventaire – il n'est pas sans risques pour le bailleur. Nous doutons qu'il soit indiqué, pour résoudre la question de l'admissibilité des mesures de sûretés dont il peut être assorti, de chercher inspiration dans les règles instituées pour la saisie et pour le séquestre. A pousser la méthode dans ses derniers retranchements, on pourrait en arriver à contester, contre la lettre de l'art. 283 al. 1 LP, son admissibilité avant poursuite! Point n'est besoin d'ailleurs de bouleverser les paramètres du cas pour constater que l'inventaire avant poursuite, respectivement avant entrée en force du commandement de payer, n'est pas toujours la panacée: si, avec ou sans l'aide d'un compagnon de Louis XI, l'Office avait trouvé dans le tiroir-caisse (ce qui eût été, en période de fêtes, une imprudence de la part de la locataire!) la somme dont le dépôt a permis la libération des locaux, aurait-il dû et aurait-il pu prendre la responsabilité de se contenter de l'inventaire? L'Autorité inférieure de surveillance, après une instruction minutieuse, a jugé que les frais ne pouvaient être portés en compte parce que les mesures étaient contraires à la loi. Réduite à sa véritable dimension, l'affaire se résume à savoir si les frais de mesures contraires à la loi peuvent être portés au compte de celui qui les subit. La poser, c'est la résoudre. Et la résoudre, ce n'est pas, dans un Etat de droit, appliquer un tarif sur les émoluments! On cherche en vain d'ailleurs la disposition de l'OELP qui aurait été transgressée ici. Si la locataire n'était pas recevable à faire trancher la question à titre principal, il est difficile d'admettre que l'Office l'ait été; peut-être est-ce le sens caché de la locution « en tant que recevable » qui scelle le destin du recours de l'Office. Ne pas le recevoir, très éventuellement et par surabondance de droit, le déclarer mal fondé, eût été préférable à notre sens. L'irrecevabilité est souvent une évidence de mal fondé, et comme disait Blondet à Lucien de Rubempré dans les Illusions perdues, « chaque idée a son envers et son endroit; personne ne peut prendre sur lui d'affirmer quel est l'endroit » (*Bibliothèque de la Pléiade, Paris 1947, IV, p. 788 s.*)

H.R.S.

## 2. Protection contre les loyers abusifs

### **14** Majoration de loyer fondée sur un rendement net insuffisant. Acquisition de l'immeuble dans le cadre d'un partage successoral.

Tribunal fédéral

09.06.1999

A.S. c. B.S. et D.S.

MRA 1999, p. 189

#### Art. 269 CO

1. Lorsque le bailleur fait valoir un rendement net insuffisant, il convient, d'après la jurisprudence du TF, d'examiner ce rendement sur la base du capital propre investi dans l'immeuble par le propriétaire; le rendement net correspond alors aux intérêts que rapporte le capital propre (ATF 122 III 257 cons. 3a avec renvois; voir également ATF 123 III 171 cons. 6a). Le TF a refusé de calculer le rendement net admissible sur la base de valeurs objectives de l'immeuble, telles la valeur de marché ou la valeur réelle, la valeur fiscale ou la valeur d'assurance; des valeurs objectives relatives à l'immeuble contredisent en effet le principe des loyers calculés sur la base des coûts. Le calcul du rendement net repose sur des facteurs de coûts individuels; ainsi, selon le droit en vigueur, on ne peut calculer le rendement net qu'en se fondant sur les investissements concrets du propriétaire pour la chose louée, de même que sur les autres montants dépensés pour le bien loué (ATF 122 III 257 cons. 3b/bb). Le rendement admissible au sens de l'art. 269 CO doit dès lors être calculé pour chaque chose louée en particulier; il ne saurait être déterminé pour l'ensemble de l'immeuble, et encore moins pour plusieurs immeubles (ATF 116 II 184 cons. 3a; 103 II 41 cons. 5b).
2. L'immeuble a été transféré au bailleur à l'occasion d'un partage successoral. Dans la mesure où un tel partage successoral autorise à calculer le loyer non abusif d'après la méthode absolue – cette question n'ayant pas à être tranchée ici de manière définitive – le montant du capital propre investi doit être déterminé d'après la valeur d'attribution de l'immeuble, dans le cadre du partage successoral. Cette valeur ne peut toutefois être déterminante que si elle n'est pas manifestement surfaite (art. 269 in fine CO). Tout comme dans le cadre d'une vente, c'est donc uniquement la valeur d'attribution réelle, déterminée par les parties, qui devra être prise en considération, même si elle est particulièrement avantageuse; il est exclu de tenir compte d'une valeur de marché qui serait, cas échéant, plus élevée (ATF 122 III 257 cons. 3b; voir également Lachat, *Le bail à loyer*, Lausanne 1997, p. 285, ch. 3.2).
3. En l'espèce, lors du partage successoral, aucune valeur d'attribution n'a été expressément fixée. Il est donc exclu que le bailleur puisse justifier une

augmentation de loyer en invoquant un rendement net insuffisant, le capital propre concrètement investi ne pouvant pas être déterminé (*Higi, Die Miete, in Obligationenrecht*, 4<sup>e</sup> éd., V 2 b, Zurich 1998, n. 272 et 277 ad art. 269 CO). Pour prouver le capital propre investi, il n'est pas suffisant de déterminer par déduction la valeur de l'immeuble que vraisemblablement les hoirs ont pris en compte dans le cadre du partage, ou de la faire fixer par expertise. Il manque donc l'une des conditions indispensables au calcul du rendement net, ce qui a pour conséquence de rendre abusive la hausse de loyer que les demandeurs motivent exclusivement par référence à l'art. 269 CO.

#### Note

4. Le TF laisse ouverte la question de savoir si le partage successoral constitue l'une des hypothèses – comme la vente (ATF 116 II 594 cons. 6b; MP 1994, p. 93 ss) – où le bailleur peut se prévaloir directement de la méthode absolue pour majorer le loyer.

La jurisprudence cantonale et la doctrine distinguent le cas où l'immeuble est directement transféré au nouveau bailleur par voie successorale, et celui où il lui est attribué dans le cadre d'un partage successoral. Seul ce dernier cas de figure est assimilable à une vente et permet au bailleur de se prévaloir directement de la méthode absolue pour majorer le loyer, pour autant qu'il puisse démontrer la valeur d'attribution de l'immeuble, les fonds étrangers et, partant, les fonds propres (MRA 1998, p. 41 ss et commentaire de Bisang; *Higi, op. cit.*, n. 350 ad art. 269 CO et réf. cit.; Lachat/Stoll/Brunner, *Mietrecht für die Praxis*, 4<sup>e</sup> éd., Zurich 1999, p. 292 n. 46 et p. 369; contra: MP 1994, p. 126 ss; Weber/Zihlmann, *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I*, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 1996, n. 16 ad art. 269 CO).

D.L.

### **15** Méthode absolue opposée à une demande de baisse de loyer. Loyers comparatifs.

Tribunal des baux, Vaud

15.02.1999

J. c. Caisse de pensions B.

CdB 2000, p. 120

#### Art. 269a lit. a CO; 11 OBLF

1. Des dix appartements de comparaison proposés par la bailleuse, l'expert n'en a finalement retenu que sept, ce qui est conforme à la jurisprudence de notre haute Cour, selon laquelle, pour pouvoir tirer des conclusions qui offrent quelque sécurité, il faut



disposer, en règle générale, de cinq éléments de comparaison au moins, qui présentent, pour l'essentiel, les mêmes caractéristiques que le logement litigieux quant à l'emplacement, la dimension, l'équipement, l'état et l'année de construction (*ATF 114 II 361, JT 1989 I 78*). Les sept appartements pris en compte sont situés dans des immeubles appartenant à des propriétaires différents.

2. Il y a lieu de considérer que les exemples de comparaison sont situés dans le même quartier et qu'ils ont des avantages analogues (orientation, facilités commerciales et de transports publics, proximité d'une école, distance identique jusqu'au lac et à la place) et des nuisances comparables (route à grand trafic). Ils sont donc équivalents s'agissant de leur emplacement.
3. Pour ce qui est de la dimension, le TF (*ATF 123 III 317*) a retenu que, certes, le nombre de pièces revêtait en principe une importance primordiale, ce qui exclut généralement toute possibilité de comparaison entre des logements ne comprenant pas le même nombre de pièces, mais que, cependant, la dimension du logement et les répartitions des volumes constituaient aussi des critères de comparaison déterminants. En l'espèce, des sept appartements de comparaison, trois comportent trois pièces et quatre trois pièces et demi, soit une demi-pièce de plus que le logement litigieux. Néanmoins, tous se situent dans une fourchette de 67 à 75 m<sup>2</sup> et sont à ce titre comparables. Toutefois, l'appartement G. est plus petit (60 m<sup>2</sup>). Il ressort cependant de l'expertise que ce désavantage est contrebalancé par une organisation optimale de l'espace. Cette organisation de l'espace particulière, réservant le plus grand espace possible aux pièces habitables, justifie d'étendre la comparaison à ce logement également, s'agissant du critère de la dimension.
4. S'agissant de la question de l'équipement, tous les immeubles disposent d'un ascenseur, d'une buanderie, de caves et d'un local pour les vélos et les poussettes, à l'instar de l'immeuble litigieux, à l'exception de l'immeuble G. Des places de stationnement supplémentaires, intérieures ou extérieures sont partout disponibles. Tous les logements bénéficient du chauffage central à mazout. L'isolation des fenêtres qui sont toutes munies de double vitrage, sauf celles du logement litigieux qui sont en P.V.C. et en verre isolant, est comparable. Les matériaux utilisés pour les salles de bains, les chambres et les cuisines sont équivalents. L'équipement des cuisines diffère quelque peu d'un appartement à l'autre. Or, quelques différences dans l'agencement des cuisines ne signifient pas pour autant que les appartements ne peuvent être comparés à celui de la demanderesse. Le Tribunal doit tenir compte de l'ensemble de l'équipement des immeubles et des appartements pour déterminer si une comparaison est possible.
5. L'état général des appartements est bon, sauf pour les logements L. et C., dont l'état est respectivement moyen et moyen à bon. Les travaux accomplis par les différents propriétaires consistent principalement en des travaux d'entretien (peinture, p. ex.) et non des rénovations, de sorte que l'on peut considérer que l'état général des appartements de comparaison est comparable à celui de l'appartement litigieux.
6. Les sept immeubles dans lesquels se trouvent les appartements retenus sont comparables à l'immeuble où se situe l'appartement de la demanderesse, pour ce qui est de la période de construction. Ils ont été construits entre 1967 et 1972/1973. La conception architecturale et les matériaux utilisés sont semblables.
7. Les sept logements proposés par la défenderesse étant comparables à la chose louée quant à l'emplacement, la dimension, l'équipement, l'état et l'année de construction, il sied d'examiner si le loyer litigieux se situe dans les limites des loyers usuels du quartier, tels qu'ils résultent des logements de comparaison proposée.
8. Aux termes de la jurisprudence fédérale rendue sous l'empire de l'AMSL, l'application du critère du loyer comparatif dans le cadre d'une action en réduction de loyer fondée sur la baisse du taux hypothécaire suppose que les loyers dits usuels aient été adaptés à cette baisse (*ATF 108 II 135, confirmé notamment à l'ATF 123 III 317*). En l'espèce, les loyers mensuels nets des objets de comparaison n'ont pas réagi aux variations successives du taux de l'intérêt hypothécaire (ci-après TIH). La construction a permis de connaître les indices de référence (TIH et IPC) sur lesquels ces loyers étaient fixés. A partir de cette indication il a été possible de les adapter théoriquement en fonction des baisses du TIH précité, d'une part, et en fonction des variations de l'IPC, à hauteur de 40%, d'autre part, dès lors que cet indice entre également en considération dans la fixation des loyers. Les loyers de comparaison ayant pu être adaptés aux baisses du TIH, il ne se justifie dès lors pas d'examiner au surplus le rendement de chacun de ces loyers de comparaison, comme le suggère la demanderesse.  
  
La fourchette déterminée consacre une détermination des loyers usuels particulièrement favorable à la demanderesse, dans la mesure où il n'est tenu aucun compte des motifs que pourraient opposer les bailleurs respectifs à de telles baisses des loyers de comparaison. Il convient ici de pondérer quelque peu ces chiffres, pour tenir compte, par exemple, de l'évolution des charges. On remarquera également que plus les loyers baissent et plus le risque que le bailleur puisse opposer avec succès à une demande de baisse un rendement insuffisant augmente.  
  
Vu l'ensemble de ces circonstances, il y a lieu de retenir que le loyer de la demanderesse se situe dans les tendances définies plus haut. Partant, il faut considérer que le loyer de la demanderesse est situé dans les limites des loyers usuels et qu'aucune baisse ne saurait lui être allouée.
9. La défenderesse a également opposé aux demandes de baisse de loyer successives de la place de parc les loyers usuels du quartier. Elle fournit à ce titre six baux à loyer relatifs à des places intérieures

situées dans le même quartier et dont les propriétaires sont tous différents. Il y a lieu de considérer que la défenderesse a fourni en nombre suffisant des objets de comparaison, de manière à pouvoir définir la tendance des loyers du quartier.

Par ailleurs, une place de parc n'étant ni un logement ni un local commercial, les exigences de l'art. 11 OBLF relatives à la détermination d'objets de comparaison ne trouvent pas application en l'espèce. Qui plus est, l'exigence posée par la jurisprudence fédérale, selon laquelle l'application du critère du loyer comparatif dans le cadre d'une action en réduction du loyer et fondée sur la baisse du taux hypothécaire suppose que les loyers usuels aient été adaptés à cette baisse, ne saurait s'appliquer en matière de loyer d'une place de parc. Par conséquent, force est de constater que le loyer litigieux se trouve en dessous des limites des loyers du quartier déterminé par les objets de comparaison proposés. Partant, aucune baisse de loyer pour la place de parc ne peut être allouée.

#### Note

10. Depuis le fameux ATF 123 III 317 (*DB 1998, p. 21, n° 16*; le TF s'y réfère depuis lors, voir par exemple un arrêt de la 1<sup>re</sup> Cour civile du 16 janvier 2001, *SJ 2001 I 247, cf. infra n° 17*), bien des bailleurs avaient renoncé à opposer le critère des loyers du quartier à une demande de baisse formée par leurs locataires. Le jugement commenté, qui se conforme à la jurisprudence fédérale, démontre qu'il n'est pas impossible d'établir qu'un loyer se situe dans les limites des loyers usuels dans le quartier. On peut en déduire que les exigences posées par le TF, si elles sont strictes, ne sont pas excessives pour autant.
11. Selon la jurisprudence fédérale, le bailleur doit démontrer que les exemples comparatifs ont suivi à la baisse l'évolution du taux hypothécaire (*ATF 123 III 317, 325 et les réf. cit.*). Le Tribunal des baux admet de manière convaincante que le bailleur est fondé à procéder à une adaptation fictive des loyers de comparaison lorsque ceux-ci n'ont pas suivi les variations successives du taux. Il suffit en effet pour se faire de connaître les indices de référence sur lesquels ces loyers étaient fixés. Le TF, après avoir renoncé à examiner cette question dans un arrêt du 16 janvier 2001 (*SJ 2001 I 247, cf. infra n° 17*), a admis l'adaptation théorique dans un arrêt du 4 juillet 2001 (*ATF 127 III 411, cf. infra n° 16*). Il cite l'arrêt commenté.
12. Il est surprenant que le Tribunal des baux, au moment de passer à l'examen du loyer de la place de parc, exclue sans autre l'application de l'art. 11 OBLF et renonce à l'exigence posée par la jurisprudence fédérale concernant l'adaptation des objets de comparaison à l'évolution du taux hypothécaire. Si l'on admet en effet que l'art. 269a lit. a CO peut être invoqué pour s'opposer à une demande de baisse, fondée sur une baisse du taux hypothécaire, d'un loyer pour une place de parc, il convient dans ce cas de prendre en compte l'ensemble des critères fixés par la loi et la jurisprudence. Le principe découle de l'art. 253a al. 1 CO. Le TF a

d'ailleurs rappelé (*ATF 125 III 231, SJ 1999 I 373*) qu'une place de stationnement louée à proximité d'un logement, pour permettre au locataire d'y parquer sa voiture lorsqu'il se rend chez lui, constitue une chose dont l'usage est cédé avec l'habitation au sens de l'art. 253a al. 1 CO, les dispositions protectrices des art. 269 ss CO et 271 ss CO s'appliquant dès lors à son égard; peu importe que la location de la place de stationnement ne soit pas convenue en même temps que celle du logement et qu'elle fasse l'objet d'un contrat séparé, comme c'était le cas dans l'affaire commentée.

F.B.

### **16** Hausse de loyer. Loyers usuels du quartier. Adaptation théorique des loyers de comparaison à la baisse du taux hypothécaire.

Tribunal fédéral

04.07.2001

S. c. C.

ATF 127 III 411

#### **Art. 269a lit. a CO**

1. Au terme de l'art. 269a lit. a CO, ne sont en règle générale pas abusifs les loyers qui se situent dans les limites des loyers usuels dans la localité ou dans le quartier. Pour pouvoir tirer des conclusions qui offrent quelque sécurité, la jurisprudence fédérale a estimé qu'il fallait disposer, en principe, de cinq éléments de comparaison au moins, qui présentent, pour l'essentiel, les mêmes caractéristiques que le logement litigieux quant à l'emplacement, la dimension, l'équipement, l'état et l'année de construction (*ATF 114 II 361, DB 1989, p. 27, n° 38; art. 11 al. 1 OBLF*). De plus, il faut tenir compte de l'évolution dans le temps des loyers du quartier: en période de baisse du taux hypothécaire, cela signifie que les loyers de comparaison doivent avoir réagi à la baisse (*ATF 114 II 361, DB 1989, p. 27, n° 38; 108 II 135; 106 II 356*). Admettant certes depuis longtemps que les bailleurs doivent apporter la preuve que les loyers de comparaison ont été adaptés à la baisse du taux de l'intérêt hypothécaire, notre haute Cour n'avait jamais, à notre connaissance, tranché la question de savoir s'il fallait, cas échéant, adapter théoriquement ces loyers à la baisse de ce taux. Dans l'arrêt que nous reprenons ici, le TF se prononce en faveur de l'adaptation théorique des loyers comparatifs, tout en précisant les modalités.
2. Dans le cas d'espèce, le bailleur C. avait notifié à sa locataire S. un avis de majoration. Cette hausse de loyer avait été contestée par S. La tentative de conciliation ayant échoué, le bailleur s'était alors adressé au Tribunal des baux et loyers pour entériner la hausse litigieuse. Celui-ci rejeta cependant la demande. Sur recours, la Chambre d'appel estima pour sa part que le loyer avait été valablement augmenté, estimant que ce dernier était inférieur aux loyers du quartier offerts en comparaison, tenu

compte de l'adaptation théorique de ces loyers à la baisse du taux hypothécaire. S. a recouru en réforme contre cette décision, faisant valoir en particulier que la correction virtuelle opérée par la Cour cantonale sur les loyers des appartements retenus comme éléments de comparaison était incompatible en tant que telle avec le droit fédéral. Le TF a rejeté le recours selon les considérants repris ici en substance.

3. Dans son arrêt de principe du 7 juillet 1997, le TF a confirmé sa jurisprudence voulant qu'il soit exclu de prendre comme éléments de comparaison, pour l'application du critère des loyers usuels, des loyers qui sont eux-mêmes abusifs parce que les bailleurs concernés ne les ont pas adaptés à l'évolution des facteurs de baisse, principalement en s'abstenant de répercuter les baisses successives du taux hypothécaire (ATF 123 III 317 cons. 4d, DB 1998, p. 21, n° 16). Contrairement à ce que soutient la locataire S., la juridiction suprême n'y a nullement tranché – et encore moins par la négative – la question de l'adaptation théorique des loyers comparatifs à l'évolution des facteurs de baisse. Preuve en est le fait que cet arrêt confirmatif mentionne précisément un cas dans lequel une telle adaptation serait non seulement possible, mais encore nécessaire, à savoir quand une baisse du taux hypothécaire doit prendre effet entre le moment de la notification de l'augmentation de loyer litigieuse et l'entrée en vigueur de celle-ci ; en pareille hypothèse, il ne serait, en effet, pas admissible de faire abstraction de cette baisse dans l'examen des loyers comparatifs et de s'en tenir au niveau auquel se situaient ces derniers au moment de la notification de la majoration de loyer contestée.
4. Sur le plan des principes, l'adaptation théorique des loyers comparatifs à l'évolution des facteurs de baisse ne soulève pas d'objection majeure. Il ne s'agit pas de procéder à une réduction effective de ces loyers-là, au motif qu'ils n'auraient pas suivi cette évolution, comme le ferait une autorité appelée à statuer sur une demande de diminution de loyer. L'adaptation théorique n'est, en réalité, qu'une mesure correctrice visant uniquement à éviter que le loyer litigieux ne soit comparé à des loyers eux-mêmes abusifs. Compte tenu de la relativité de la chose jugée, il va sans dire que la décision prise à ce sujet ne sera pas opposable aux titulaires des baux des appartements retenus comme éléments de comparaison. D'autre part, exclure la possibilité d'une correction virtuelle des loyers comparatifs reviendrait à soumettre le sort du litige à l'attitude de personnes qui y sont étrangères. Or, il n'apparaît guère justifiable de pénaliser la partie qui a satisfait aux réquisits de l'art. 11 al. 1 OBLF et de la jurisprudence en la matière du seul fait que des tiers – c'est-à-dire les bailleurs des appartements retenus valablement comme éléments de comparaison – n'ont pas procédé aux adaptations effectives de leurs loyers dictées par l'évolution des facteurs de baisse. Au demeurant, il ne faut pas perdre de vue que le critère fondé sur les coûts (c'est-à-dire l'évolution des facteurs de baisse) constitue un corps étranger par rapport au critère fondé sur les prix du marché (c'est-à-dire les loyers usuels), qu'il s'agit d'un simple correctif et qu'il serait faux, dès lors, de vouloir en étendre encore plus la portée en posant de nouvelles exigences, alors que l'application du critère des loyers comparatifs est déjà soumise à des conditions d'une sévérité telle qu'elles le rendent difficilement praticable.
5. Le TF relève ensuite que dans les procédures en cours, les bailleurs proposent de calculer fictivement la répercussion des baisses du taux hypothécaire sur les loyers comparatifs aux fins de démontrer que le loyer litigieux se situe dans les limites des loyers du marché après adaptation des loyers de comparaison (Jacquemoud-Rossari, *L'évolution récente de la jurisprudence en matière de loyers*, 11<sup>e</sup> Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2000, p. 14). Telle est également la pratique de certaines cours cantonales (voir CdB 2000, p. 120, cf. supra n° 15 ; SJ 2001 I 247, cf. infra n° 17). La doctrine qui s'est penchée sur la question est elle aussi favorable à l'adaptation théorique des loyers comparatifs (Lachat, *Le bail à loyer*, Lausanne 1997, p. 305 ; Lachat/Stoll/Brunner, *Mietrecht für die Praxis*, Zurich 1999, p. 305, ch. 2.2.4 ; Blaser, *La prise en considération des loyers usuels dans la fixation du loyer*, CdB 2001, p. 19). Il convient de lui emboîter le pas.
6. Le principe d'une adaptation théorique des loyers comparatifs étant jugé admissible, encore faut-il apporter quelques précisions en ce qui concerne ses modalités d'application. S'agissant tout d'abord du fardeau de la preuve, il devra être supporté par la partie qui invoque le critère des loyers du marché, soit le bailleur en règle générale ; c'est donc en défaveur de cette partie qu'il conviendra de statuer au cas où les éléments devant permettre de procéder à l'adaptation théorique feraient défaut, ce qui entraînera l'exclusion de l'objet de comparaison pour lequel une telle adaptation n'aura pu être effectuée, à moins qu'il soit établi autrement (p. ex. par un calcul de rendement ou par comparaison avec les autres loyers comparatifs réadaptés) que le loyer comparatif n'est de toute façon pas abusif. Il s'impose ensuite de fixer des limites dans le temps, s'agissant de vérifier l'adaptation théorique des loyers comparatifs à l'évolution des facteurs de baisse. Notre haute Cour estime à cet égard que vouloir refaire l'historique du loyer depuis l'entrée en vigueur du bail de chaque élément de comparaison, ainsi que le préconisait en l'occurrence la locataire, apparaît comme une proposition irréaliste qui reviendrait en soi à exclure l'applicabilité de l'art. 269a lit. a CO. Il est en revanche beaucoup plus sage de n'examiner l'évolution des facteurs de baisse que depuis la date de fixation du dernier loyer de chaque appartement pris comme point de comparaison. Sans doute ne peut-on pas exclure le risque que ce loyer fût lui-même déjà abusif ; c'est la raison pour laquelle il convient de permettre au locataire d'apporter la preuve que tel était le cas, ce qui conduira à exclure l'appartement au loyer abusif comme élément de comparaison. A l'inverse, et contrairement à ce que pourrait donner à penser le résumé placé en tête de l'ATF 123 III 317, le fait que les loyers de comparaison n'ont pas réagi à la baisse du taux hypothécaire n'interdira pas toujours leur prise en considération au titre des loyers

usuels. Il faut, en effet, autoriser le bailleur à établir soit que cette baisse a été compensée par l'évolution à la hausse des autres facteurs relatifs prévus à l'art. 269a CO, tel le renchérissement (*Blaser, op. cit., p. 19*), soit que le loyer comparatif ne procure de toute façon pas un rendement excessif au bailleur (art. 269 et 269a lit. c CO), bien qu'il n'ait pas suivi la baisse du taux hypothécaire.

**Note**

7. Il s'agit ici d'une précision de jurisprudence fort utile et appréciable. Par sa décision, le TF évite de rendre trop difficile à l'excès l'application de l'art. 269a lit. a CO. L'on pense avant tout à la limitation dans le temps de la vérification de l'adaptation théorique des loyers comparatifs à l'évolution des facteurs de baisse. Notre haute Cour estime à cet égard qu'il n'y a pas lieu de refaire tout l'historique du loyer depuis l'entrée en vigueur du bail de chaque élément de comparaison: elle préconise de n'examiner l'évolution des facteurs de baisse que depuis la date de fixation du dernier loyer de chaque appartement pris comme point de comparaison. Tout en qualifiant de sage sa position, le TF relève à juste titre que ce faisant, il n'est pas exclu que le loyer pris en considération pourrait être lui-même déjà abusif, raison pour laquelle il convient d'autoriser le locataire à apporter la preuve que tel est le cas et exclure ainsi cet élément de comparaison. C'est à notre avis une bonne répartition du fardeau de la preuve entre le locataire et le bailleur.
8. Enfin et dans le même sens que *Blaser (op. cit., p. 19)*, nous estimons que le bailleur devrait pouvoir également réadapter, théoriquement, les loyers comparatifs si ces derniers n'ont pas été adaptés aux hausses du taux hypothécaire. Le TF semble aussi l'admettre en considérant que dans le cadre de l'adaptation théorique du loyer aux baisses de ce taux, il convient aussi de tenir compte de l'évolution à la hausse des autres facteurs relatifs contenus à l'art. 269a CO.

M.M.

**17 Critère des loyers comparatifs dans la localité ou dans le quartier.**

Tribunal fédéral

16.01.2001

N. c. Fondation X.

SJ 2001 I 247

**Art. 269a lit. a CO ; 11 OBLF**

1. Le bailleur s'oppose à une demande de baisse de loyer (art. 270a CO), en se prévalant des loyers comparatifs. Le TF examine si les six exemples comparatifs produits par le bailleur satisfont aux critères de l'art. 11 al. 1 OBLF.

2. A propos du critère de l'année de construction, le TF note que les six immeubles dans lesquels se trouvent les appartements retenus par la Cour cantonale comme éléments de comparaison ont été construits entre 1965 et 1973. Ils sont ainsi comparables à l'immeuble dans lequel le demandeur loue son appartement, lequel a été érigé en 1970.
3. S'agissant de la dimension, c'est le critère de la surface qui doit prédominer (*ATF 123 III 317 cons. 4b/cc*). A cet égard, les six appartements, dont la superficie oscille entre 88 et 95 m<sup>2</sup>, peuvent être comparés au logement du demandeur, dont la surface est de très peu inférieure (87,16 m<sup>2</sup>).
4. Le logement du demandeur ne se trouve pas dans un quartier calme. Or, les six appartements retenus comme exemples par la Chambre d'appel sont situés dans un quartier tranquille. Il saute aux yeux que le logement du demandeur, qui est de surcroît démuné de double vitrage, est exposé à des nuisances de bruits importantes, qui n'ont rien de semblable avec celles que subissent cinq objets de comparaison, sis dans un quartier calme et équipés de double vitrage (*cf. sur le critère des nuisances comparables: Lachat/Stoll/Brunner, Das Mietrecht für die Praxis, 4<sup>e</sup> éd., Zurich 1999, p. 315 s; Higi, Die Miete, in Obligationenrecht, 4<sup>e</sup> éd., V 2 b, Zurich 1998, n. 88 ad art. 269a CO; Zihlmann, Das Mietrecht, 2<sup>e</sup> éd., Zurich 1995, p. 146; Lachat, Le bail à loyer, Lausanne 1997, p. 304*). Pour cette seule raison déjà, étant donné que cinq des six éléments de comparaison ne peuvent être pris en compte eu égard au critère de l'emplacement, le recours doit être admis.
5. Selon la doctrine, un raccordement au teleréseau collectif fait partie des installations que l'on trouve aujourd'hui dans la majorité des habitations, de sorte que son absence constitue un écart par rapport au standard normal des logements dont la location est offerte sur le marché (*Lachat/Stoll/Brunner, op. cit., p. 316; Lachat, op. cit., p. 304; Zihlmann, op. cit., p. 146; Higi, op. cit., n. 111 ss ad art. 269a CO, spéc. n. 114 s*).

Si l'on considère les six objets mis en comparaison avec l'appartement du demandeur, un seul n'est pas équipé du teleréseau, à l'instar du logement du demandeur. En accord avec la doctrine, il convient d'admettre que la chose louée qui ne permet pas au locataire de recevoir la télévision par câble est un logement dont le confort est inférieur à la norme usuelle. De fait, la réception hertzienne est notablement inférieure à celle délivrée par le réseau câblé, que ce soit au niveau de la qualité de l'image reçue ou du nombre de chaînes captées. Cela ne saurait être négligé. Partant, à nouveau cinq des six logements pris comme objets de comparaison présentent une différence notable quant à leur équipement par rapport à l'appartement du recourant.

Il suit de là que le nombre minimum d'éléments de comparaison (cinq) n'est pas atteint. Dans ces conditions, l'autorité cantonale a reconnu à tort que la défenderesse avait réussi à établir que le loyer incriminé se situait dans les limites des loyers usuels du quartier, sans qu'il faille même examiner



la critique du recourant dirigée contre l'adaptation théorique des loyers comparatifs à l'évolution du taux hypothécaire, adaptation à laquelle la Cour cantonale a procédé dans l'arrêt entrepris.

D.L.

## **18** Droit d'option en prolongation d'un bail assorti d'une clause d'indexation. Effets de l'option sur la poursuite du contrat et conditions de la prolongation. Mode de fixation du loyer. A défaut de convention particulière entre les parties, poursuite des rapports de location sans changement.

Tribunal des baux, Zurich

07.10.1999

A.K. c. R.T.

Zürcher Mietrechtspraxis 2000, p. 26, n° 8; MRA 2000, p. 347

### **Art. 255, 266, 269b, 270a à 270c CO**

1. Dans un arrêt du 7 octobre 1999, ensuite confirmé par le TC zurichois, le Tribunal des baux du canton de Zurich a considéré qu'en cas de poursuite d'un bail indexé pour une nouvelle période de cinq ans suite à l'exercice d'un droit d'option par le locataire, les dispositions du bail demeuraient inchangées et la clause d'indexation maintenue, si les parties au contrat n'avaient rien convenu à ce sujet. Saisi d'un recours déposé par le locataire à l'encontre de cette décision, le TF n'est quant à lui pas entré en matière sur l'affaire, pour des raisons formelles.

Dans leur appréciation du cas, les tribunaux zurichois se sont principalement fondés sur la nature même du droit d'option, pour aboutir à une solution qui, étant en parfaite conformité avec les dispositions légales applicables, ne prête guère le flanc à la critique. Mais si la solution retenue n'appelle pas de commentaires particuliers, on ne saurait en dire autant du droit d'option lui-même, le litige en cause étant une bonne illustration des problèmes que bailleurs et locataires peuvent rencontrer quant à l'exercice d'un tel droit ainsi qu'à ses effets.

2. Qualifié d'acte formateur générateur par la doctrine et la jurisprudence, le droit d'option confère à son bénéficiaire la faculté, par une déclaration unilatérale de volonté («levée d'option»), de former ou de prolonger directement un rapport d'obligation dont l'objet a été convenu avec l'autre partie (ATF 113 II 31 et réf. cit.; Knoepfler, *Pourparlers précontractuels, promesse de conclure et droit d'option en matière de bail*, 10<sup>e</sup> Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 1998, p. 8 ss).

Bien que non réglementée par le droit du bail, la clause d'option peut également être insérée dans un contrat de bail (ATF 113 II 34; Higi, *Die Miete*, in

*Obligationenrecht*, 3<sup>e</sup> éd., V 2 b, Zurich 1974, n. 54 ad art. 255 CO). Une telle clause permettra à l'une des parties (souvent le locataire) soit de mettre en vigueur un bail préalablement conclu, soit de le prolonger pour une durée déterminée ou indéterminée, ceci par une déclaration unilatérale de volonté irrévocable et soumise à réception, le plus souvent adressée par écrit (Lachat, *Le bail à loyer*, Lausanne 1997, p. 398, n° 3.7; SVIT-Kommentar *Mietrecht*, 2<sup>e</sup> éd., Zurich 1998, n. 17 ad art. 266 CO; Knoepfler, op. cit., p. 12).

Au droit du titulaire de l'option correspond l'obligation réciproque de l'autre partie d'en accepter les effets, sans en entraver l'exercice par une modification unilatérale du contrat ou tout autre acte semblable, bénéficiaire et obligé devant se conformer aux règles de la bonne foi (MRA 2000, p. 348; Higi, op. cit., n. 55 ad art. 255 CO; Knoepfler, op. cit., p. 10).

3. A défaut de réglementation légale portant sur les clauses d'option en prolongation du bail et leurs effets (comme la clause qui nous occupe ici), les parties sont libres de prévoir les conditions auxquelles le contrat se poursuivra en cas de levée d'option.

Parmi ces conditions figurent l'adaptation du loyer ainsi que les critères à prendre en considération dans ce cadre. De nombreuses variantes sont ainsi possibles (exemple: au moment de l'option, adaptation du loyer aux loyers du quartier), pour autant bien sûr que celles-ci soient en harmonie avec les dispositions impératives du droit du bail (MRA 2000, p. 350 s). A titre d'exemple, on citera le cas de l'indexation du loyer; l'indexation n'étant envisageable que pour les baux d'une durée minimale de cinq ans, elle ne pourra donc être reprise comme mode de fixation du nouveau loyer pour la période d'option, qu'à la condition que la durée de ladite période ait, elle aussi, été fixée à un minimum de cinq ans dans la clause d'option (SVIT-Kommentar *Mietrecht*, op. cit., n. 5-7 ad art. 269b CO).

L'usage de l'option peut toutefois s'avérer problématique si les parties n'ont rien convenu à ce sujet au préalable. Cela étant, doctrine et jurisprudence s'accordent à dire qu'en pareil cas, le contrat de bail continue sans changement pour toute la durée de l'option, soit jusqu'au prochain terme de congé (ATF 113 II 34; SJ 1987, p. 31; Higi, op. cit., n. 49 ad art. 255 CO).

Afin d'éviter tout futur litige sur ce point, locataire et bailleur auront néanmoins intérêt à prévoir, lors de la conclusion du bail déjà, les futures conditions de sa poursuite durant la période d'option. Toutefois, d'aucuns voient là une contradiction entre la nature même du droit d'option, soit un acte formateur générateur unilatéralement exercé, autrement dit sans conditions pour son bénéficiaire d'une part, et la nécessité pour les parties au contrat de s'entendre préalablement sur les futurs effets de l'option tels que l'adaptation du loyer d'autre part, puisque à défaut d'un accord ultérieur entre les parties, pourrait se poser la question de savoir si le bail – cas échéant le montant du nouveau loyer – lie bien les deux parties (MRA 2000, p. 351).

4. Dans le cas qui nous occupe, les parties avaient conclu un bail indexé débutant le 1<sup>er</sup> avril 1993, et résiliable avec un préavis de trois mois pour la fin des mois de mars et de septembre de chaque année, la première fois pour le 30 septembre 1998, ceci sauf usage par le locataire d'un droit d'option lui permettant d'exiger la prolongation du contrat jusqu'au 30 septembre 2003, soit pour une nouvelle période de cinq ans.

Ayant exercé son option par pli du 27 décembre 1997, le locataire a parallèlement sollicité une diminution du loyer pour le 1<sup>er</sup> avril 1998, fondée sur la baisse du taux hypothécaire. De son côté, le bailleur s'y est opposé par courrier du 13 août 1998, suite à quoi le locataire a saisi l'autorité de conciliation par une demande de baisse de loyer avec effet au 1<sup>er</sup> octobre 1998.

La conciliation ayant échoué, l'affaire a alors été portée par le locataire devant le Tribunal des baux du canton de Zurich, puis devant le TC zurichois, qui a lui-même confirmé la première décision (le TF n'étant pas entré en matière).

Le locataire prétendait en substance que si, au moment de la conclusion du bail, les futurs effets de l'option, à savoir la prolongation du contrat pour une nouvelle période de cinq ans, étaient clairs pour les parties, celles-ci avaient en revanche laissé en suspens la question des conditions de cette poursuite, dont le mode de fixation du loyer et son adaptation durant la période de bail prolongée par l'option. Il affirmait ainsi avoir ignoré qu'en l'absence d'accord entre les parties, la teneur du bail demeurerait inchangé durant cette période. Le bailleur soutenait au contraire que l'absence de convention sur ce point était précisément la preuve d'une entente claire entre les parties quant à la poursuite du bail aux mêmes conditions, soit également le maintien de la clause d'indexation du loyer au-delà du 30 septembre 1998.

5. A défaut de preuves concrètes à l'appui des déclarations des parties, le Tribunal des baux a, quant à lui, estimé que cette version contradictoire des faits ne laissait guère de place à l'interprétation, mais qu'il convenait plutôt de déterminer quelle solution devait être adoptée en l'absence de convention expresse quant aux modalités de la poursuite du bail durant la période d'option.

Selon l'autorité de jugement, si l'on ne peut constater l'existence d'un accord sur ce point, intervenu au moment de la conclusion du bail ou ultérieurement, rien ne permet non plus de conclure que les parties auraient convenu, pour la période d'option, d'un autre mode de fixation du loyer que son indexation à l'IPC. Dans ces conditions, on doit donc admettre que le bail s'est poursuivi sans que son contenu (dont la clause d'indexation) n'ait été modifié.

Toujours selon le Tribunal des baux, le locataire ne saurait dès lors se prévaloir du fait qu'au moment de la conclusion du bail, il ignorait ce point, pas plus qu'il ne saurait invoquer une quelconque erreur sur la teneur du contrat au sens de l'art. 23 CO, sans compter que celui-ci n'a pas démontré non plus qu'ayant eu connaissance de cet état de fait, il

aurait directement renoncé à la conclusion du bail avec option.

Sur ce premier point, l'appréciation du Tribunal des baux peut difficilement être remise en cause si l'on se réfère à la doctrine et à la jurisprudence susmentionnées, lesquelles parviennent aux mêmes conclusions.

Par ailleurs et surtout, faisant sienne la qualification donnée au droit d'option par la doctrine et la jurisprudence précitées, le premier juge a retenu que la nature d'un tel droit imposait d'établir un certain équilibre entre les intérêts respectifs des parties. Or, il serait manifestement inéquitable qu'exploitant l'absence de convention sur ce point, le locataire soit autorisé, par le biais de l'option, non seulement à s'assurer de manière unilatérale un bail de longue durée et à l'imposer au bailleur, mais à bénéficier en outre d'un mode de fixation du loyer en l'occurrence plus favorable.

Dans cette hypothèse, ne disposant d'aucun moyen pour s'opposer à la poursuite du bail, ceci pour une période relativement longue (cinq ans), le bailleur verrait, en plus, lui échapper toute prérogative quant au mode de fixation du loyer durant une telle période. Il en irait bien sûr différemment si les parties avaient expressément prévu une telle solution dans le bail ou la clause d'option, mais tel n'a pas été le cas ici. C'est la raison pour laquelle, le tribunal zurichois ne voit aucun motif de favoriser davantage une partie (le locataire en l'occurrence) plutôt que l'autre.

Pleinement pertinente, cette opinion ne peut être que suivie.

Reste un dernier élément que l'arrêt en cause ne traite pas, mais que l'on peut relever comme étant une confirmation supplémentaire de son bien-fondé ; il s'agit de la concordance de la durée de la période d'option avec celle exigée par la loi en matière de baux indexés (*MRA 2000, p. 350*). En effet, la durée de la prolongation envisagée ayant été fixée à cinq ans, la période d'option est elle-même conforme à l'art. 269b CO.

6. En conclusion, on peut donc dire que la décision abordée ici s'inscrit pleinement dans l'esprit de la loi, et contribue à clarifier davantage encore la notion de bail avec option et ses effets dans la pratique, tout en mettant en exergue les difficultés que peut engendrer l'exécution d'un tel contrat.

F.K./S.H.A.

**19** Bail portant sur une habitation. Nullité des majorations de loyer exigées oralement, sans utilisation de la formule officielle. Demande en restitution des majorations payées en trop en application des règles fondées sur l'enrichissement illégitime à l'encontre du bailleur enrichi, et non à l'encontre des acquéreurs des locaux loués. Irrecevabilité du recours en réforme en raison du dépôt de conclusions nouvelles.

Tribunal fédéral

16.11.1999

H. c. G. et S.B.

**Art. 62 ss, 261, 269d al. 2 lit. a CO ; 55 al. 1 lit. b OJ**

1. Un bail portant sur une habitation a été conclu en 1992 entre le demandeur H. et le bailleur V. En 1993, ce dernier a signifié oralement, et non au moyen d'une formule officielle, une hausse de loyer au locataire, la mensualité exigée passant de Fr. 3500.- à Fr. 4000.-. Le 26 septembre 1997, il a vendu l'appartement en propriété par étages à G. et S.B. Ceux-ci ont formellement et régulièrement résilié le contrat pour le 31 mars 1998. Le locataire a alors requis la prolongation du bail en même temps que le remboursement des hausses de loyer payées à tort, et cela pour un montant de quelque Fr. 26 000.-.

Suite à l'échec de la conciliation, le Tribunal des baux a rejeté les conclusions du demandeur, en ordonnant à ce dernier, sous menace d'expulsion, de libérer l'appartement loué dans le délai de dix jours à compter de l'entrée en force du jugement. Saisi d'un recours, le Tribunal supérieur du canton de Zurich a confirmé le jugement rendu en première instance. Quant au TF, il déclare irrecevable le recours en réforme interjeté par le locataire, en ne se dispensant toutefois pas de se prononcer sur les conclusions pécuniaires déposées par celui-ci.

2. Le TF observe en premier lieu que, comme il l'a fait lors de la procédure cantonale de recours, le demandeur intente une action en constatation de droit, et non une action en exécution d'une prestation, telle que jugée en première instance. Notre haute Cour y voit une conclusion nouvelle, au sens de l'art. 55 al. 1 lit. b OJ, qui rend le recours en réforme irrecevable.
3. Nonobstant cet argument procédural, le TF juge que le recours ne saurait être admis sur le fond. Il constate en effet que le demandeur exige des codéfendeurs le remboursement de parts de loyer payées en trop, suite à la nullité de l'augmentation due à la non-utilisation de la formule officielle par l'ancien bailleur. Le cas échéant, les règles sur la restitution de l'enrichissement illégitime sont applicables (art. 62 ss CO). Or ces règles commandent

que l'action soit dirigée contre l'enrichi, en l'espèce contre l'ancien propriétaire, et non contre les cobailleurs, qui de toute évidence ne se sont pas enrichis à ce titre et qui, par conséquent, n'ont pas qualité pour défendre dans le présent litige.

**Note**

4. Dans l'affaire décrite ici, le TF rappelle que les majorations de loyer sont nulles lorsqu'elles ne sont pas notifiées au moyen de la formule officielle (art. 269d al. 2 lit. a CO) et que, dans une telle éventualité, le locataire dispose d'une action en restitution du loyer payé en trop pour cause d'enrichissement illégitime (art. 62 ss CO). Sur ce dernier point, le TF se réfère à sa jurisprudence (*cf. not. ATF 113 II 187, JT 1987 I 252*) et à l'opinion de la doctrine (*cf. not. Higi, Die Miete, in Obligationenrecht, 4<sup>e</sup> éd., V 2 b, Zurich 1998, n. 227 ad art. 269d CO; Lachat, Le bail à loyer, Lausanne 1997, p. 270*). Autre est la question de savoir si le locataire peut aussi se prévaloir d'un tel moyen lorsqu'il a sciemment accepté de payer une augmentation de loyer qui n'a pas été notifiée sur formule officielle, mais qui a fait l'objet d'une convention entre les parties. En telle occurrence, la réponse est tranchée sous l'angle de l'abus de droit (*cf. ATF 123 III 70, JT 1998 I 8, DB 1997, p. 24, n° 18*).
5. La présente décision est aussi intéressante dans l'optique de l'art. 261 CO. Cette disposition déclare que le bail passe à l'acquéreur avec la propriété de la chose en cas d'aliénation après la conclusion du contrat. Le transfert qu'elle vise touche les obligations – y compris les droits – attachées au bail, et non celles découlant d'une autre source, comme il en va d'un cas d'enrichissement illégitime (art. 62 ss CO) ou d'un acte illicite (art. 41 ss CO).

P.W.

**20** Contestation du loyer initial. Notion de contrainte.

Tribunal cantonal, Fribourg

19.10.1999

R. c. Caisse de prévoyance X.

CdB 2000, p. 25

**Art. 270 al. 1 CO**

1. R. a signé un contrat de bail à loyer avec la Caisse de prévoyance X. (défenderesse) pour un appartement d'une pièce et demie. Le contrat a été conclu pour la période du 16 septembre 1996 au 30 septembre 1997, avec faculté de le renouveler de six mois en six mois, sauf résiliation signifiée avec préavis de quatre mois pour le 31 mars ou le 30 septembre à midi. Le loyer mensuel a été fixé à Fr. 800.-, plus Fr. 50.- de charges. Suite à la crise politique rwandaise, R., délégué CICR en Afrique,

ainsi que sa femme, ressortissante burundaise qu'il avait épousée en février 1997, ont dû quitter l'Afrique dès la fin mars 1997. L'appartement en question n'étant plus adapté à la nouvelle situation familiale de R., X. lui a offert un appartement plus spacieux, en renonçant à se prévaloir du délai de résiliation de quatre mois pour l'appartement d'une pièce et demie. Le nouveau contrat prévoyait un loyer mensuel de Fr. 1100.-, plus Fr. 85.- de charges.

Dans le délai de trente jours dès la conclusion du bail, les époux R. (demandeurs) ont contesté le loyer initial auprès de la Commission de conciliation en matière de baux à loyer. Suite à l'échec de la procédure de conciliation, les époux R. ont saisi le Tribunal des baux à loyer d'une requête de baisse du loyer initial, à concurrence de Fr. 300.-. Par jugement du 25 janvier 1999, cette instance a arrêté le loyer mensuel à Fr. 1078.60 en rejetant toute autre conclusion des demandeurs. Sur recours des époux X., le TC confirme le jugement des premiers juges en vertu des considérants suivants :

2. L'art. 270 al. 1 CO dispose que lorsque le locataire estime que le montant du loyer initial est abusif au sens des art. 269 et 269a CO, il peut le contester devant l'autorité de conciliation dans les trente jours qui suivent la réception de la chose et en demander la diminution : a) s'il a été contraint de conclure le bail par nécessité personnelle ou familiale ou en raison de la situation sur le marché local du logement et des locaux commerciaux ; ou b) si le bailleur a sensiblement augmenté le loyer initial pour la même chose par rapport au précédent loyer. Le loyer initial ne doit donc être examiné conformément aux critères des art. 269 et 269a CO que si l'une des conditions alternatives de l'art. 270 al. 1 CO est remplie (*Lachat, Le bail à loyer, Lausanne 1997, p. 259*).
3. Les recourants reprochent au Tribunal des baux la violation de l'art. 270 al. 1 lit. a CO pour n'avoir pas admis qu'ils avaient été contraints de conclure le contrat le 23 juillet 1997 en raison de leur situation personnelle.

En doctrine, la notion de contrainte au sens de l'art. 270 al. 1 CO est controversée. Selon la jurisprudence du TF relative à l'art. 17 AMSL (« si la situation difficile dans laquelle il (le locataire) se trouve l'a contraint à conclure le bail »), la contrainte ne suppose pas une annihilation de la volonté ; il suffit que le locataire ait de bonnes raisons de changer de logement et que l'on ne puisse attendre de lui qu'il renonce à une occasion qui se présente, et cela parce que la situation de marché, ou encore ses difficultés personnelles sont telles qu'une renonciation de sa part serait déraisonnable (*ATF 114 II 77 ss*). Or, il est des auteurs qui considèrent que ces critères s'appliquent tels quels à l'art. 270 al. 1 lit. a CO (*cf. Terrier, Les contrats spéciaux, Zurich 1995, p. 250; Lachat, op. cit., p. 260*). En revanche, pour les commentateurs de l'USPI (*Commentaire du bail à loyer, 2<sup>e</sup> éd., Genève 1998,*

*n. 10 s ad art. 270 CO*), la notion de contrainte est plus restrictive ; cela suppose que le locataire – au vu de la situation sur le marché immobilier local ou de sa situation personnelle – ne doit pas avoir eu raisonnablement d'autre choix que de conclure le bail litigieux et qu'un autre comportement devrait être qualifié de déraisonnable. Enfin Higi (*Die Miete, in Obligationenrecht, 3<sup>e</sup> éd., V 2 b, Zurich 1994, n. 42 ss ad art. 270 CO*) estime que le locataire doit non seulement avoir « de bonnes raisons » de changer de logement (*ATF 114 II 78*) mais se trouver dans une certaine urgence (objective) de conclure le contrat incriminé. De même que les premiers juges, le TC se rallie à cette interprétation tout en précisant que, pour apprécier l'état de contrainte, il faudra tenir compte de l'ensemble des circonstances du cas particulier (*Higi, op. cit., n. 43 ss ad art. 270 CO; Lachat, op. cit., p. 260*).

Au vu de toutes les circonstances de l'espèce, le TC se rallie à l'avis des premiers juges qui estimaient que si les époux R. avaient des raisons sérieuses de changer de logement, eu égard à leur nouvelle situation familiale (mariage), ils ne pouvaient cependant se prévaloir d'une quelconque urgence pour justifier la conclusion du nouveau bail.

4. Les recourants reprochent au Tribunal des baux également d'avoir violé l'art. 270 al. 1 lit. b CO. Ils soutiennent que les « bases de calcul des derniers loyers précédents pour le même appartement » sont le seul moyen leur permettant de rendre vraisemblable que le loyer initial procure à la bailleuse un rendement excessif.

Aux termes de l'art. 270 al. 1 lit. b CO, le locataire peut demander la diminution du loyer initial si le bailleur l'a sensiblement augmenté pour la même chose par rapport au précédent loyer. Se fondant sur la doctrine dominante et la jurisprudence cantonale, les premiers juges estimaient que la majoration était sensible lorsqu'elle excédait 10% par rapport au précédent loyer (*Lachat, op. cit., p. 260; Higi, op. cit., n. 50 ss ad art. 270 CO; USPI, op. cit., n. 24 ss ad art. 270 CO*) et que seul le montant des loyers précédent et actuel devait être pris en considération et non pas les bases de calcul du précédent loyer (*USPI, op. cit., n. 24 ss ad art. 270*). Le TC n'a pas vu de raison d'interpréter différemment l'art. 270 al. 1 lit. b CO.

En l'espèce, la bailleuse avait accordé aux époux R. une baisse de loyer de Fr. 70.- par mois. Que cette baisse reposait sur une diminution du taux hypothécaire importait peu. Ce qui était déterminant, c'était que la défenderesse n'avait pas augmenté le loyer initial par rapport au précédent. Au demeurant, pour les faits retenus par les premiers juges, il n'y avait pas d'abus au sens de l'art. 269 CO.

Les recourants n'ayant pas établi qu'une des conditions alternatives de l'art. 270 al. 1 CO était remplie, ils ne pouvaient prétendre à une baisse du loyer initial.

T.P.

## 3. Protection contre les congés

### **21** Locaux commerciaux. Résiliation du bail en vue de la démolition du bâtiment. Autorisation de démolir non encore accordée par les autorités compétentes. Contestation de la résiliation. Principe de la bonne foi et de l'interdiction de l'abus de droit.

Cour de justice, Genève

14.06.1999

F. c. D.B.

Comm. 32, p. 22, n° 7

#### Art. 271, 271a CO

1. D.B. exploite depuis le mois de juin 1994 (époque du décès de sa mère) un établissement public dont ses parents étaient locataires voilà de cela près de 25 ans. Aucun avenant au bail n'a jamais été établi à ce propos. En août 1994, l'immeuble en question est vendu à F. qui résilie le bail de D.B. avec effet au 31 décembre 1997, invoquant la future démolition de l'immeuble. La locataire conteste cette résiliation auprès de l'autorité de conciliation qui en confirme la validité, tout en accordant à D.B. une prolongation de son bail de six ans. D.B. saisit alors le Tribunal des baux et loyers. Suivant l'argumentation avancée par la locataire, ce dernier annule le congé et retient en particulier que la résiliation entreprise a été donnée dès lors que l'immeuble considéré est prétendument destiné à la démolition, que l'autorisation de démolir n'a pas encore été délivrée et qu'il est à craindre que plusieurs années s'écoulent avant qu'une telle autorisation puisse entrer en force. Il faut en effet encore que la commune de C. adopte un plan localisé qui soit homologué par le Conseil d'Etat. De plus, la localité en question fait l'objet d'une procédure législative cantonale visant à modifier le régime des zones de construction sur son territoire : en cas d'adoption, le projet de loi élaboré à cet effet aurait pour conséquence que l'immeuble considéré ne pourrait plus être démoli ou ne pourrait l'être que très difficilement. Enfin, une procédure de classement de cet immeuble est à l'étude. La bailleuse appelle de cette décision.
2. Comme le rappelle à bon escient l'autorité inférieure, l'art. 271 al. 1 CO prévoit que le congé donné par l'une ou l'autre des parties est annulable lorsqu'il contrevient aux règles de la bonne foi ; l'art. 271a CO énumère de façon non exhaustive des cas de congés annulables émanant du bailleur. Selon la jurisprudence, la protection accordée par la loi procède à la fois du principe de la bonne foi et de l'interdiction de l'abus de droit. Les cas typiques d'abus de droit (absence d'intérêts à l'exercice d'un droit, utilisation d'une institution juridique contraire à son but, disproportion grossière des intérêts en présence, exercice d'un droit sans ménagement, attitude contradictoire) justifient l'annulation d'un congé, sans qu'il soit nécessaire que l'attitude de

l'auteur de la résiliation constitue un abus de droit « manifeste » au sens de l'art. 2 al. 2 CC (voir ATF 120 II 105 ; 120 II 31).

3. En l'occurrence, le motif avancé par la bailleuse à l'appui de son congé est la démolition de l'immeuble en question. Il se trouve cependant que l'autorisation de démolir n'a pas encore été délivrée et il est probable que plusieurs années s'écouleront avant qu'une telle autorisation ne puisse entrer en force. En adoptant les termes utilisés par le Tribunal des baux et loyers, la Cour considère en conséquence que le projet de démolition de F. se présente, en l'état actuel du dossier de droit public, comme un véritable « gymkhana procédural » dont nul ne peut affirmer aujourd'hui quelle en sera l'issue. Elle relève en effet que la restructuration de la partie du tissu urbain concerné ne met pas seulement en présence des intérêts publics et privés divergents, mais encore des intérêts publics divergents. Sur le plan privé, force est à la Cour de constater enfin que l'intérêt du locataire à continuer l'exploitation d'une source de revenus est un intérêt concret et actuel par rapport à l'intérêt futur, encore indéterminé de la bailleuse.
4. Il apparaît dès lors que le congé de cette dernière doit être considéré comme abusif au sens des art. 271 et 271a CO et, partant être annulé.

M.M.

### **22** Bail à loyer portant sur une villa de service. Dénonciation par le locataire. Nouveau contrat avec l'occupant accompagné d'une réduction de loyer. Dénonciation par le bailleur. Validité du congé. Besoin du propriétaire. Abus de droit du locataire. Prolongation du bail.

Chambre d'appel en matière de baux et loyers, Genève

17.01.2000

Epoux D. c. H.

CdB 2000, p. 80

#### Art. 2 CC ; 271, 271a, 272 CO

1. Contrat de bail portant sur une villa, passé entre le propriétaire H. et une société B. qui la mettait à disposition de son employé P. et de la famille de celui-ci. Bail conclu pour trois ans, soit jusqu'au 30 avril 1993 avec clause de tacite reconduction d'année en année. Après hésitation, B. dénonce le bail à loyer le 18 octobre 1994 pour le 30 avril 1995. A la demande des époux P., le bailleur H. admet de prolonger le bail jusqu'à fin juin 1995. Puis, le 22 mai 1995, H. et les époux P. concluent un bail valable jusqu'au 30 juin 1996 avec reconduction

tacite. Pour tenir compte de la situation professionnelle des époux P. et pour faciliter la scolarité des enfants, le propriétaire réduit le loyer initial qui passe de Fr. 4800.– à Fr. 4000.– par mois.

2. Le 16 octobre 1996, H. dénonce le bail pour le 30 juin 1997. Il ajoutait dans sa lettre qu'il était prêt à discuter d'un nouveau bail dont les conditions et la durée seraient à revoir. Il confirma le 6 mars 1997 que, sans nouvelles des locataires, il pourrait donc disposer de la villa dès le 1<sup>er</sup> juillet 1997.
3. Le 22 avril 1997, les époux P. invoquaient la nullité du congé. Par un avis officiel du 26 septembre 1997, H. résiliait à nouveau le bail pour le 30 juin 1998. Les motifs invoqués étaient que H. entendait mettre la villa à disposition de son fils qui venait de se marier.
4. Les locataires, dans une requête en conciliation, demandaient l'annulation du congé et subsidiairement l'octroi d'une prolongation jusqu'au 30 juin 2002. La commission a estimé que la déclaration de congé était valable et a accordé une prolongation de deux ans. Les locataires recourent en contestant les motifs de congé et affirment vouloir démontrer l'inanité du besoin allégué.
5. L'instruction conduite par le tribunal établit que le fils du bailleur, H. junior, s'était marié en automne 1997, qu'il avait conçu le projet d'habiter la villa avec sa femme, et qu'il était dans l'obligation de quitter l'appartement qu'il occupait en raison de la législation sur les HLM. Le tribunal a confirmé la décision de la commission et les époux P. ont fait appel de ce jugement auprès de la Cour de justice du canton de Genève. Ils demandent que soit produite la liste des immeubles possédés par H. à Genève.
6. La Cour de justice a retenu en substance ce qui suit :
  - Le fait que H. possède d'autres immeubles à Genève ne porte en rien atteinte à la volonté du propriétaire de louer la villa litigieuse à son fils.
  - L'intention du fils H. de s'installer dans la villa paternelle se fonde sur des raisons objectives (mariage – obligation de quitter un appartement – attachement sentimental à la villa).
  - Le congé donné le 16 octobre 1996, qui n'était pas valable, mentionne certes la possibilité de rediscuter les conditions et la durée du bail, sur demande des locataires, mais pour la Cour et le tribunal de première instance, l'argument du locataire, qui voyait là un motif caché du bailleur de conclure un bail avec les époux P. à des conditions plus avantageuses pour lui, est mal fondé. En effet, le fait d'avoir réduit le loyer pour faciliter le séjour des époux P. à Genève dans la villa permet d'admettre que si ceux-ci veulent rester plus longtemps qu'à l'origine, une renégociation du loyer, à la hausse, n'est pas abusive.
  - Un droit doit être exercé de bonne foi. Les époux P. travestissent la vérité. Toute l'attitude du bailleur a été, jusqu'à la résiliation du mois de septembre 1996, favorable aux locataires et à

leurs besoins particuliers. Le bailleur a notamment pris en compte le souhait des locataires de ne pas retourner immédiatement dans leur pays d'origine, l'Italie, mais seulement au mois de juin 1996. Le locataire qui avait obtenu pour une période déterminée un loyer favorable commet un abus manifeste de droit en voulant se maintenir en place « au mépris des circonstances qui ont conduit à la conclusion du bail ».

7. Il n'y a pas de contradiction à valider un congé et à prolonger du même coup la durée du bail. La prolongation n'implique pas l'absence d'urgence du besoin du bailleur. Il convient simplement, dans le cadre de l'art. 272 al. 2 CO, de procéder à une pesée des intérêts en présence.

#### Note

8. La décision de la Cour de justice paraît à première vue raisonnable. Elle l'est certainement en ce qui concerne le jugement sévère porté sur l'attitude du locataire qui, croyant pouvoir bénéficier de sa position de partie faible, a tenté d'abuser de son droit au mépris des circonstances du cas particulier. On peut cependant formuler deux remarques.
9. Si le locataire a fait un usage manifestement abusif du droit, et en particulier des mesures de protection qui lui sont offertes par le législateur, sied-il encore de lui accorder une prolongation de bail de près de deux ans? Dans l'examen des circonstances auquel se livre le juge, et en particulier du besoin respectif du bailleur (ici du fils du bailleur) et du locataire, on voit mal comment reconnaître *in casu* au locataire un droit à la prolongation généreuse de son bail. On rappellera en effet que dans ses considérants la Cour de justice a retenu que le bail conclu par les parties était de brève durée, justifiée par les circonstances relatives à la scolarité des enfants des locataires. Si, après coup, le même locataire abuse manifestement de son droit en défigurant les faits pour obtenir l'annulation du congé, subsidiairement la prolongation du bail, la sanction ne devrait-elle pas porter non seulement sur la confirmation du congé mais aussi sur le refus pur et simple de la prolongation? Certes l'art. 272a CO prévoit de façon limitative les cas dans lesquels la prolongation peut être refusée. Mais cette disposition ne devrait pas être ici un obstacle au refus de la prolongation car l'abus de droit doit déployer ses effets aussi bien sur la validité du congé que la prolongation. En tout état de cause, la prolongation accordée paraît bien généreuse compte tenu des faits rapportés dans la décision.
10. La seconde remarque a trait au niveau du loyer. Selon la Cour de justice « Il n'est pas contestable qu'il eût été possible au bailleur d'obtenir pour cet objet un loyer supérieur, de manière non abusive ». Cette explication est justifiée par le fait que lorsque le bail conclu à l'origine avec la société B. a été repris par les époux P., le loyer avait été réduit de Fr. 800.– par mois. Bien entendu, ce n'est pas parce que le loyer a été réduit qu'une augmentation ultérieure est automatiquement admissible. En



l'occurrence, il est vraisemblable qu'elle l'aurait été, mais il est évident que les réductions de loyer consenties par le bailleur ne suppriment pas *ipso jure* le droit du locataire de contester ce loyer. La motivation de la Cour de justice est sur ce point très brève parce que le niveau du loyer n'était pas en tant que tel objet du différend. On ne doit pas imaginer que, sur ce point, la jurisprudence sur la définition du loyer abusif et sur le droit du locataire de contester ce loyer a été modifiée.

F.K./S.H.A.

**23** **Bail portant sur des places de parc et sur une station-service. Bail commun. Première résiliation donnée par une partie des bailleurs. Nullité de la résiliation. Nouvelle résiliation émanant de l'ensemble des bailleurs. Validité du congé. Prolongation du bail.**

Tribunal fédéral

29.07.1998

S. SA c. SI V. et consorts

**Art. 271a al. 1 lit. e ch. 1, 272 CO**

1. Les parties sont liées par un bail portant sur 150 places de stationnement, un emplacement de station d'essence, un bureau et divers emplacements pour les services, le graissage, le lavage, l'entreposage de pneus et le dépôt d'huile. Dans un premier temps, certains bailleurs (à l'exception d'un seul) ont notifié à la locataire, chacun pour son compte, une résiliation de bail pour une échéance identique. Après une longue procédure, cette résiliation a toutefois été déclarée nulle par le TF qui a considéré que les parties étaient liées par un contrat commun qui ne pouvait être résilié que par tous les propriétaires. C'est alors que l'ensemble de ces derniers, déclarant agir conjointement et solidairement entre eux, adressa à S. SA une résiliation du bail sur formule officielle. S. SA saisit alors la commission de conciliation en annulation de ce congé, subsidiairement en prolongation du bail. La commission de conciliation ayant rejeté tant l'une que l'autre de ces conclusions, la locataire soumit le litige au Tribunal des baux qui constata également la validité du congé et refusa de prolonger le contrat. Il en alla de même de la Chambre d'appel en matière de baux et loyers (*dont l'arrêt du 29 avril 1997 est résumé au DB 2000, p. 36, n° 24*). S. SA recourt dès lors en réforme auprès du TF dont les considérants sont ici résumés.
2. Selon l'art. 271a al. 1 lit. e ch. 1 CO, le congé est annulable lorsqu'il est donné par le bailleur dans les trois ans à compter de la fin d'une procédure de

conciliation ou d'une procédure judiciaire au sujet du bail et si le bailleur a succombé dans une large mesure. Ainsi, l'application de cette norme ne peut entrer en ligne de compte que si la résiliation a été donnée par le bailleur et si ce dernier a subi, dans la mesure prévue, un échec dans une procédure. La première fois qu'il avait été saisi dans cette affaire, le TF avait retenu que les parties avaient conclu un bail commun et que seule une résiliation de tous les copropriétaires pouvait y mettre fin, raison pour laquelle il avait annulé le premier congé notifié à S. SA. Ce congé qui émanait de certains d'entre eux seulement n'était ainsi pas valable, ces derniers n'ayant pas la qualité pour résilier le bail. L'arrêt rendu à ce propos ne touche que ces propriétaires et ne saurait donc être opposé à la communauté des bailleurs en tant que telle. Les conditions d'application de l'art. 271a al. 1 lit. e CO ne sont ainsi manifestement pas données.

3. A mesure que le congé doit être considéré comme valable, reste à examiner la question de la prolongation éventuelle du bail. En vertu de l'art. 272 al. 1 CO, le locataire peut demander la prolongation d'un bail de durée déterminée ou indéterminée lorsque la fin du contrat aurait pour lui ou sa famille des conséquences pénibles sans que les intérêts du bailleur le justifient. L'alinéa 2 de cette disposition indique, à titre d'exemples, quelques éléments à prendre en considération par l'autorité compétente lorsqu'elle se livre à la pesée des intérêts respectifs des parties. Selon la jurisprudence, le but des dispositions légales concernant la prolongation des baux est d'accorder au locataire plus de temps qu'il n'en aurait, selon le délai de résiliation ordinaire, pour chercher de nouveaux locaux. La prolongation n'a de sens que si le report du congé permet d'espérer une atténuation des conséquences pénibles de la résiliation et laisse prévoir qu'un déménagement ultérieur présentera moins d'inconvénients pour le locataire, lequel ne saurait, en revanche, invoquer les conséquences nécessairement liées à la résiliation du bail en tant que telle (*ATF 116 II 446 cons. 3b et les réf. cit.*). Ce qui précède ne signifie pourtant pas qu'une prolongation ne puisse être accordée que s'il existe des perspectives de trouver de nouveaux locaux car, au nombre des conséquences pénibles qu'une prolongation tend à adoucir, figurent notamment celles qui sont dues à la pénurie de locaux (*arrêt précité*). L'autorité cantonale a constaté en l'espèce que la morosité persistante du marché immobilier à Genève devait permettre à la locataire de dénicher, dans un laps de temps raisonnable, une nouvelle station-service. En ce qui concerne la possibilité de trouver des places de parc à exploiter, l'arrêt attaqué ne contient aucune considération. Cette circonstance met le TF dans l'impossibilité de se prononcer sur la demande en prolongation de bail. Ce n'est que lorsque cette question aura reçu une réponse qu'il sera possible de procéder, en toute connaissance de cause, à une pesée des intérêts des parties. Dans cette mesure, la cause doit être renvoyée à l'autorité cantonale pour nouveau jugement sur ce point.

M.M.

## 4. Autorités et procédure

### **24** Caractère impératif de la tentative de conciliation préalable prescrite par l'art. 274a CO. Moyen tiré du défaut de conciliation constitutif d'un abus de droit lorsqu'il est invoqué au stade des conclusions en cause.

Tribunal fédéral

06.04.2001

Epoux M. c. X. SA

#### Art. 274a al.1 CO

1. Le 3 avril 1997, X. SA a introduit une action contre les époux M. et conclu à ce qu'il soit dit, constaté et prononcé que le contrat de bail à loyer du 1<sup>er</sup> mai 1994 est nul et de nul effet et, conséquemment, que soit ordonné le déguerpissement immédiat des défendeurs des lieux qu'ils occupent sans droit. La demanderesse a soutenu que le prétendu contrat de bail était inexistant. Les défendeurs ont conclu au rejet de la demande, affirmant qu'un contrat de bail avait bel et bien été passé le 1<sup>er</sup> mai 1994 ; dans leurs conclusions en cause du 8 octobre 1999, ils ont encore invoqué le défaut de citation en conciliation devant l'Autorité régionale de conciliation, ce qui rendrait la demande irrecevable.
2. Par jugement du 6 octobre 2000, la 1<sup>re</sup> Cour civile du TC neuchâtelois a ordonné le déguerpissement des époux défendeurs du lieu qu'ils occupent sans droit sur les parcelles formant les articles 3072 et 3073 du cadastre de Z. Les époux M. recourent en réforme au TF. Ils concluent à la réforme du jugement cantonal, en ce sens que la demande du 3 avril 1997 est déclarée irrecevable.
3. Dans un arrêt de principe, le TF a posé que la procédure judiciaire au sens de l'art. 274f CO doit être précédée de l'intervention de l'autorité de conciliation (ATF 118 II 307 cons. 3b/bb et cc). Il s'agit d'un passage obligé, préalable à toute procédure judiciaire proprement dite (*Lachat, Le bail à loyer, Lausanne 1997, p. 93*). La compétence des autorités de conciliation en raison de la matière doit être interprétée largement (*Lachat, op. cit., p. 97, ch. 2.4.2*) ; elle est donnée même si c'est l'existence du bail qui est litigieuse (*SVIT-Kommentar Mietrecht, 2<sup>e</sup> éd., Zurich 1998, n. 11 ad art. 274-274a CO*). Le moyen tiré du défaut de citation préalable en conciliation doit être relevé d'office par le juge (*cf. Bohnet/Schweizer, Les défenses relatives à l'instance et à l'action, in: RJN 1997, p. 60*).
4. En droit strict, le moyen invoqué pourrait donc être considéré comme parfaitement fondé. Mais, au vu des circonstances de l'espèce, le moyen tiré du défaut de conciliation est nettement constitutif d'un abus de droit, qui peut être retenu même à l'égard d'un moyen dont le juge doit se saisir d'office (ATF 105 II 149 cons. 3a). En l'invoquant comme ils l'ont fait, au stade des conclusions en cause, les recourants ont contrevenu aux règles de la bonne foi. Et le principe de la bonne foi doit être respecté

en procédure civile, tant par les parties que par le juge (*Baumann, Einleitung, in Einleitung-Personenrecht, 3<sup>e</sup> éd., I 1, n. 334 et n. 35 ad art. 2 CC; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, p. 208, n. 3*). Un des principaux devoirs imposés au plaideur par la loyauté veut qu'il se prévale de ses moyens au moment prévu par la loi et sans tarder, à défaut de quoi il troublerait inutilement le cours du procès. D'après la jurisprudence, «il est contraire au principe de la bonne foi d'invoquer après coup des moyens que l'on avait renoncé à faire valoir en temps utile au cours de procédure, parce que la décision intervenue a finalement été défavorable» (ATF 111 la 161 cons. 1a; *cf. Egli, La protection de la bonne foi dans le procès, in: Juridiction constitutionnelle et Juridiction administrative, Zurich 1992, p. 239; Guldener, Treu und Glauben im Zivilprozess, RSJ 1943, p. 395*).

5. *In casu*, le moyen invoqué par les recourants à la fin d'une procédure ayant duré plus de deux ans est nettement tardif, et doit être qualifié sans hésitation d'abusif. Cette qualification s'impose d'autant plus qu'en définitive la Cour cantonale est parvenue à la conclusion que le bail invoqué n'existait même pas. On peut encore ajouter que si le juge avait soulevé d'office le moyen, il aurait pu se voir reprocher un formalisme excessif, à considérer les circonstances de l'espèce.

#### Note

6. Le TF réaffirme le caractère obligatoire du passage devant l'autorité de conciliation préalablement à toute procédure judiciaire proprement dite. Il précise que le principe de la saisine obligatoire doit être interprété largement. Dans son arrêt de principe (ATF 118 II 307, DB 1993, p. 30 s, n° 26, arrêt approuvé par la doctrine majoritaire, voir DB 1997, p. 31, n° 24, point 2), le TF n'avait admis expressément le caractère obligatoire du passage devant l'autorité de conciliation que pour les litiges découlant de baux d'habitation et de locaux commerciaux. Il semble aller plus loin ici, puisqu'il cite *Lachat* par deux fois, qui lui pose le principe selon lequel tous les litiges relatifs aux baux d'immeuble, donc également ceux portant sur un terrain nu, doivent être obligatoirement soumis à l'autorité de conciliation. On notera toutefois que la question n'avait pas à être expressément réglée en l'occurrence, puisque le bail invoqué, et dont l'existence était contestée, portait entre autres sur des locaux commerciaux. La doctrine est quant à elle partagée (*voir DB 1993, p. 6, n° 1, point 6*).
7. Le TF relève que la compétence à raison de la matière des autorités de conciliation est même donnée lorsque l'existence du bail est litigieuse. Il en découle que le fait de saisir l'autorité de conciliation tout en contestant l'existence d'un bail ne saurait constituer un aveu concernant l'existence d'un tel contrat. Bien entendu, le demandeur n'agira devant cette autorité que lorsque sa partie a, hors du cadre judiciaire, fait valoir l'existence d'un bail. A défaut d'une prise de position dans ce sens, il vaut mieux tenter d'agir devant l'autorité judiciaire compétente,

quitte à se voir opposer le moyen tiré du défaut de citation préalable en conciliation, plutôt que de donner des armes à son adversaire en l'orientant sur la piste du contrat de bail.

- Le TF relève très justement qu'invoqué tardivement, le moyen tiré du défaut de citation préalable en conciliation doit être considéré comme abusif, et ce même s'il s'agit d'un moyen que le juge doit relever d'office. Le même principe vaut en cas d'incompétence matérielle de l'autorité judiciaire saisie (*voir Bohnet/Schweizer, op. cit., p. 32, note 93*).

F.B.

## **25** Maxime inquisitoire sociale. Loyers comparatifs.

Tribunal fédéral

21.12.2000

Hoirie W. c. V.

SJ 2001 I 278

### **Art. 274d al. 3 CO**

- L'art. 274d al. 3 CO prescrit au juge d'établir d'office l'état des faits, les parties devant lui soumettre toutes les pièces nécessaires à trancher le litige. Il pose le principe d'une maxime inquisitoriale sociale, laquelle ne constitue cependant pas une maxime officielle absolue. Cela découle déjà de la réserve expresse, selon laquelle les parties présentent toutes les pièces nécessaires à l'appréciation du litige. Le juge ne doit pas instruire d'office le litige lorsqu'une partie renonce à expliquer sa position, mais il doit interroger les parties et les informer de leur devoir de collaboration et de production des preuves. Il n'est tenu de s'assurer que les allégations et offres de preuves sont complètes seulement lorsqu'il a des motifs objectifs d'éprouver des doutes sur ce point. L'initiative du juge ne va pas au-delà de l'invitation faite aux parties de mentionner les preuves et de les présenter. La maxime inquisitoire prévue par le droit du bail ne permet pas d'étendre à bien plaisir l'administration des preuves et de recueillir toutes les preuves possibles (*ATF 125 III 231 cons. 4a*).
- La bailleresse a produit douze exemples d'appartements, en vue d'établir que le loyer en cause n'excédait pas les limites des loyers usuels dans le quartier. Comme le relève la Cour cantonale, la bailleresse a elle-même offert, dans son mémoire de réponse au tribunal de première instance, de «prouver par témoignages la réalité des données des fiches techniques précitées». La bailleresse y a subsidiairement conclu «à être acheminée à prouver par toutes voies de droit utiles» les faits qu'elle alléguait. Dès lors qu'elle avait spontanément offert sa collaboration, et pour autant qu'il ait été nécessaire d'y recourir, l'on ne voit pas pour quelle raison la bailleresse aurait dû être formellement interpellée à cet égard par les premiers juges.

- Mais avant tout, la bailleresse devait présenter les pièces nécessaires à l'appréciation du litige, conformément à l'art. 274d al. 3 CO. En estimant que la bailleresse avait omis de présenter suffisamment de pièces contenant les renseignements élémentaires et aisément déterminables, tels l'année de construction d'un appartement, sa surface ou la date de la fixation de son loyer, puis en considérant implicitement, par une appréciation anticipée des moyens proposés, que des témoignages ne pouvaient pas utilement étayer des allégations déjà insuffisantes en elles-mêmes au regard de la loi et de la jurisprudence en la matière, le refus des juges précédents d'administrer les preuves proposées ne contredit pas les exigences de la maxime inquisitoire prévue par l'art. 274d al. 3 CO. Cette disposition laisse, par ailleurs, le juge libre dans l'appréciation des preuves, laquelle ne peut être revue en instance de réforme.

### **Note**

- La maxime inquisitoriale sociale a déjà fait l'objet de plusieurs arrêts du TF (*voir CdB 1996, p. 114; DB 1997, p. 21, n° 16, p. 32, n° 26; DB 1998, p. 18, n° 14; ATF 125 III 231, et de cours cantonales, voir TC Fribourg, RFJ 1997, p. 89 et 96; TC Valais, RVJ 2000, p. 158; Obergericht Lucerne, LGVE 2000 I 44*). Elle s'impose lorsque la procédure reste à la disposition des parties (maxime de disposition, opposée à la maxime d'office), comme c'est le cas en matière de baux à loyer.
- L'arrêt commenté rappelle en outre que l'appréciation des preuves ressortit au juge du fait et que les art. 274d al. 3 CO et 8 CC n'excluent pas l'appréciation anticipée des preuves (*voir ATF 115 II 440; SJ 1997, p. 52*).

F. B.

## **26** Collaboration à l'administration des preuves en procédure de conciliation. Incidence sur les frais et dépens de la procédure judiciaire.

Tribunal des baux, Uster

30.05.2000

M. et C.M. c. E.

MRA 2000, p. 360

### **Art. 274d al. 3 CO; § 64, 68 Zivilprozessordnung (ZPO)**

- Demande de baisse de loyer fondée sur une baisse du taux hypothécaire. Opposition de la bailleresse qui se prévaut d'un rendement insuffisant de l'immeuble, au vu de son coût de construction, et qui dépose devant l'Autorité de conciliation divers documents à l'appui de ses allégations, tout en

offrant lors de l'audience de conciliation de mettre à disposition des locataires d'autres documents qu'ils pourraient désirer. Echec de la conciliation à l'issue de cette audience du 16 août 1999. Requête des locataires le 19 août 1999 auprès de la bailleresse en vue d'obtenir divers documents, reçus le 1<sup>er</sup> septembre 1999, la bailleresse se déclarant prête à fournir encore d'autres documents, possibilité non utilisée par les locataires. Demande déposée le 15 septembre 1999 par les locataires auprès du Tribunal des baux d'Uster, puis retirée le 14 mars 2000, suite au dépôt le 14 décembre 1999 de divers documents par la bailleresse. Les locataires requièrent du Tribunal des baux un partage des frais, sans allocation de dépens; la bailleresse conclut à la prise en charge par les locataires des frais et dépens. Le Tribunal des baux d'Uster condamne les locataires aux frais et dépens, pour les motifs développés ci-après.

2. Les frais de justice sont en règle générale mis à la charge de la partie qui succombe. Si aucune partie n'obtient gain de cause, les frais de justice sont répartis proportionnellement (§ 64 al. 2 ZPO). Il peut en particulier être dérogé à cette règle lorsque la partie qui succombe a engagé une procédure de toute bonne foi ou s'il n'était pas possible d'exiger du demandeur, dont la prétention était justifiée en principe, qu'il chiffre exactement le montant de sa prétention (§ 64 al. 3 ZPO). Une partie doit en principe dédommager l'autre de la même manière pour ses propres frais (§ 68 al. 1, 1<sup>re</sup> phrase ZPO). Ces dispositions valent également pour la procédure devant le Tribunal des baux (*Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, n. 8 ad § 64 ZPO*).
3. Dans la mesure où les locataires ont retiré leur demande, ils sont considérés comme partie ayant totalement succombé, et, conformément aux dispositions précitées, ils doivent être condamnés aux frais et dépens. Les locataires soutiennent toutefois qu'ils ont engagé une procédure de toute bonne foi, dans la mesure où la bailleresse n'avait pas déposé, devant l'Autorité de conciliation, toutes les pièces requises par celle-ci dans sa citation.
4. Aux termes de l'art. 274d al. 3 CO, les parties sont tenues de présenter à l'Autorité de conciliation et au juge toutes les pièces nécessaires à l'appréciation du litige. Conformément à cette disposition, l'Autorité de conciliation a invité les parties à déposer tous les documents déterminants. Toutefois, si la bailleresse n'a pas produit dans la procédure un calcul de rendement clair et précis avec tous les justificatifs correspondants, les locataires étaient clairement en mesure de constater, au vu des documents présentés et sur la base du prix de l'immeuble aisément déterminable, que selon toute vraisemblance la bailleresse ne dégageait pas un rendement brut excessif. Le fait que les locataires ont déposé leur demande auprès du Tribunal des baux sans requérir d'autres pièces de la bailleresse malgré son offre du 1<sup>er</sup> septembre 1999 ne plaide également pas en faveur de la thèse selon laquelle ils auraient

engagé une procédure de toute bonne foi. Il n'y a dès lors aucune raison de déroger à la répartition usuelle des frais et dépens.

#### Note

5. Il est intéressant de lire ce jugement en parallèle avec un arrêt de la Cour de cassation civile neuchâteloise du 14 décembre 1999 en la cause *Compagnie d'assurances X.*, RJN 1999, p. 108, qui rejette un recours formé contre un jugement du Tribunal civil du district de Neuchâtel ordonnant le classement du dossier suite au désistement des locataires, tout en mettant à la charge de la bailleresse les frais et les dépens en se fondant sur des dispositions neuchâteloises de procédure équivalant en substance aux dispositions zurichoises précitées. En l'occurrence – et c'est là toute la différence entre les deux affaires –, la bailleresse avait refusé de déposer les pièces requises par l'Autorité de conciliation. Celle-ci les avait pourtant requises à de nombreuses reprises. Les locataires n'avaient eu d'autre choix que d'agir devant le Tribunal civil afin de préserver leurs droits éventuels et pouvoir se déterminer en toute connaissance de cause.
6. Selon un arrêt du TF du 23 avril 1996, reproduit in *CdB* 1996, p. 111, qui examine la portée de l'art. 274d al. 3 CO, «le simple fait de se déclarer prêt à produire des pièces sans le faire effectivement ne suffit pas à remplir l'obligation de collaborer à l'administration des preuves, ce d'autant plus si la production de ces preuves a été requise» (*il s'agit là d'une des composantes de la maxime inquisitoire sociale, voir à ce sujet CdB* 1996, p. 114; *DB* 1997, p. 21, n° 16, p. 32, n° 26; *DB* 1998, p. 18, n° 14; *ATF* 125 III 231; *SJ* 2001 I 278). On pourrait croire que le Tribunal des baux d'Uster viole ce principe puisqu'il fonde en partie son jugement sur le fait que les locataires n'avaient pas demandé à la bailleresse de pouvoir consulter d'autres documents, malgré son offre du 1<sup>er</sup> septembre 1999. Tel n'est toutefois pas le cas: la règle précitée concerne exclusivement le droit de la preuve. Le fait pour une partie de ne pas déposer les pièces qu'elle se déclare prête à déposer aura des conséquences lors de l'établissement des faits dont la preuve est à sa charge ou à la preuve desquelles elle doit participer. Il pourrait en résulter la perte du procès, par exemple si la bailleresse ne parvient pas à démontrer, faute de preuve, que le rendement de son immeuble n'est pas excessif (*voir l'arrêt du Tribunal précité et un arrêt de la Cour de justice de Genève du 20 novembre 1995, résumé in DB* 1997, p. 32, n° 27). En revanche, lorsqu'une partie propose à l'autre de lui fournir des documents et que celle-ci ne les requiert pas, elle ne peut pas reprocher à sa partie un manque de collaboration l'ayant contraint à agir en justice. A cet égard, le considérant 2a de l'arrêt de la Cour de cassation civile neuchâteloise précité, et qui reprend le passage cité de l'arrêt du TF du 23 avril 1996 hors contexte, pourrait prêter à confusion.

F.B.

## 5. Divers

### **27** Caution versée par le locataire non placée sur un compte bancaire à son nom. Faillite du bailleur. Créance de loyer de la masse. Compensation invoquée par le locataire. Refus.

Tribunal fédéral

21.03.2001

A. A.-S. c. X. SA en liquidation

ATF 127 III 273

#### **Art. 211, 213 LP ; 257e, 261, 401 CO**

1. X. SA a loué divers locaux commerciaux à A. Le locataire a fourni en août 1994 une caution de Fr. 15 000.– que le bailleur n'a pas placée sur un compte selon les exigences légales. Le 29 juillet 1997, le bailleur est tombé en faillite. En février 1998, le locataire a dénoncé le bail. La société X. SA en liquidation a exigé le paiement de Fr. 23 231.10 représentant les loyers échus après le prononcé de la faillite. Le locataire a invoqué compensation à hauteur du montant de la caution. Le Tribunal de district a admis le paiement par compensation alors que l'Obergericht du canton d'Argovie a admis la demande du bailleur dans son entier. Le TF a rejeté le recours du locataire.
2. L'art. 213 al. 2 ch. 2 LP exclut le droit du créancier de compenser sa créance avec celle que le failli peut avoir contre lui « lorsque le créancier du failli est devenu son débiteur ou celui de la masse postérieurement à l'ouverture de la faillite ». *In casu*, le locataire veut éteindre par compensation sa dette représentée par les loyers qui se sont accumulés après l'ouverture de la faillite. Sachant que les créances de loyers naissent après chaque période de paiement, le locataire n'est devenu débiteur de la société en liquidation que postérieurement à l'ouverture de la faillite. De ce fait, il ne peut compenser sa dette avec la créance qu'il a contre le bailleur. La compensation n'est possible que si le locataire a des prétentions à faire valoir contre la masse. Il s'agit dès lors de savoir si la caution qui a été faite permet de déduire de tels droits directement contre la masse.
3. Si le bailleur a placé le montant de la caution sur un compte bancaire, ouvert au nom du locataire, la caution ne tombe pas dans la masse. De ce fait, les droits ainsi créés sont protégés en cas de faillite et, en cas de vente de l'immeuble, ils sont transférés au nouvel acquéreur (voir art. 261 CO). Mais une caution qui n'a pas été régulièrement constituée tombe en principe dans la masse (voir art. 257e CO).

Le TF se demande si le locataire peut revendiquer la caution et dans ce cas si cette prétention peut être exercée par voie de compensation. A la suite du mélange du montant de la caution avec des sommes d'argent appartenant au bailleur, un véritable transfert de propriété a lieu. Le droit du contrat de dépôt, qui s'applique lorsque le bailleur laisse la caution dans sa fortune personnelle (art. 481 CO),

ne donne pas de droit à une revendication séparée en droit de la faillite. De ce fait, il reste à examiner si le recourant peut se fonder sur l'art. 401 al. 3 CO selon lequel le mandant peut revendiquer dans la faillite du mandataire les objets mobiliers acquis par ce dernier en son propre nom mais pour le compte du mandant. Or, les avis divergent sur la définition des biens qui, fondés sur cette disposition, bénéficient d'un droit de revendication spécial. Il est cependant admis que l'art. 401 CO n'est applicable que lorsque le montant revendicable peut être suffisamment individualisé. Malheureusement le TF constate que sur la base des constatations de fait de la décision attaquée il n'est pas possible de savoir si cette condition est ici remplie. De surcroît, un droit de revendication spécial n'est pas donné d'emblée et le recourant ne le fait pas valoir non plus.

Le recourant était d'avis que, par la faillite, le rapport de bail avec tous ses droits et obligations passe à la masse. De ce fait, celle-ci serait tenue de restituer la caution et l'art. 213 al. 2 LP n'exclurait pas la compensation dans ce cas.

Selon l'art. 211 al. 1 LP, les réclamations qui ne font pas l'objet d'une somme d'argent se transforment par l'ouverture de la faillite en créance de valeur équivalente, mais l'administration de la faillite a le droit d'exécuter les contrats conclus par le débiteur. Pour les baux à loyer, l'art. 261 al. 1 CO prévoit que le bail passe à l'acquéreur si la chose louée est enlevée au bailleur dans le cadre d'une faillite. Il en découle que, contrairement à d'autres contrats bilatéraux, il n'appartient pas à la masse de décider selon son bon plaisir si elle veut maintenir le contrat ou non. La masse n'a pas besoin de faire une déclaration dans ce sens (art. 211 al. 2 LP). Le rapport contractuel se poursuit après l'ouverture de la faillite et selon l'art. 261 CO passe à l'acquéreur en cas de vente de l'objet loué (*sous réserve des cas de double mise à prix*, ATF 125 III 123).

Cependant, contrairement à l'avis exprimé par le recourant, la masse n'entre pas réellement dans le rapport de bail. Le partenaire du locataire reste formellement le débiteur. Mais comme le bailleur ne peut plus disposer de la chose, le locataire doit faire valoir son droit à la cession de l'usage (*Gebrauchsüberlassung*) à l'encontre de l'administration de la masse. La prétention est dirigée contre la masse et est traitée comme une dette de la masse. En revanche, les créances de loyers nées après l'ouverture de la faillite deviennent des créances de la masse (ATF 117 III 63 cons. 2b). En cas de transfert de l'immeuble dans le cadre de la procédure d'exécution forcée, le rapport de bail subsiste et passe à l'acquéreur. Dans la mesure où les obligations nées du contrat de bail passent à l'acquéreur, le locataire doit être autorisé à faire valoir contre la masse ses prétentions correspondantes ; c'est contre la masse que doit être dirigée la prétention à l'usage de la chose pendant la procédure de faillite. Il ne serait pas justifié ni praticable de traiter de telles prétentions d'abord comme des prétentions du droit de la faillite puis ensuite, après le transfert de propriété, de les faire revivre contre l'acquéreur. Si, dans le cadre de l'art. 261 CO, le devoir de dépôt de la caution auprès d'une banque

passé à l'acquéreur, le locataire est autorisé à faire valoir sa prétention également contre la masse en faillite et de ce fait la compensation que fait valoir le locataire à l'encontre des prétentions de loyer de la masse serait admissible. Il faut dès lors décider si le devoir d'ouverture d'un compte passe à l'acquéreur dans le cadre de l'art. 261 CO.

Lors de la vente d'un immeuble, le contrat de bail subsiste et l'acheteur entre, de par la loi, dans les droits et obligations issus du contrat de bail. Il en va de même des procès pendants, mais seulement s'ils concernent des faits qui, après le changement de partie, peuvent déployer des effets sur le rapport de bail. L'entrée dans le rapport contractuel n'a pas d'effet rétroactif et le locataire ne peut pas faire valoir contre l'acquéreur de l'objet loué toutes les prétentions qu'il possédait contre l'ancien bailleur.

Le locataire est tenu de verser une caution et de son côté le bailleur a le devoir d'ouvrir un compte bancaire au nom du locataire et d'y verser la caution reçue. Cette prétention à l'ouverture d'un compte ne peut être dirigée contre l'actuel tenant de l'objet loué, mais contre le bailleur, à qui le locataire a confié de l'argent. Ceci est justifié, car le locataire est autorisé à exiger de suite du bailleur le placement conforme à la loi de la caution et en cas de défaut du bailleur de prétendre à la compensation avec les loyers échus. Ceci ne concerne pas le reprenneur de la chose louée lorsque le locataire ne s'est jusque-là pas soucié du placement correct de la caution. A l'inverse l'acquéreur, qui entre dans un rapport de bail existant ne peut pas exiger du locataire qui a déjà versé la caution au précédent propriétaire, et ne l'a pas récupérée, d'en verser une seconde. Il doit s'en prendre au vendeur.

4. Le devoir de dépôt auprès d'une banque énoncé à l'art. 257e al. 1 CO n'est pas limité au cas où le bailleur recevrait les sûretés directement du locataire. On peut imaginer aussi que le bailleur originel transmette la caution payée par le locataire à l'acquéreur de l'immeuble. Dans ce cas, le locataire a le droit d'exiger l'ouverture d'un compte à son nom. D'ailleurs, la remise de l'argent à l'acquéreur de l'objet ne libère pas le vendeur de ses obligations à l'égard du locataire. Le devoir du vendeur d'ouverture d'un compte bancaire au nom du locataire ne s'éteint que par l'exécution, qu'elle ait lieu par l'ancien ou par le nouveau bailleur.

Il s'ensuit, qu'en règle générale le locataire qui veut faire valoir son droit issu d'une caution payée, mais non correctement placée, sera renvoyé à l'état de collocation et que le devoir d'ouverture d'un compte n'entre pas dans les obligations de la masse. En conséquence la compensation de la créance issue du versement d'une garantie de loyer avec les prétentions en loyer nées après l'ouverture de la faillite est exclue par l'art. 213 al. 2 ch. 2 LP.

5. En résumé, le TF considère que les arguments du locataire en faveur de la compensation ne sont pas pertinents. Dans la mesure où le locataire soutient que sa prétention à la restitution de la caution ne serait exigible qu'à la fin du rapport de bail et de ce fait dirigée contre la masse, il méconnaît le fait que

sa prétention au placement correct de la caution est exigible dès la remise des fonds au bailleur. Ce qu'il peut faire valoir lors d'un différend avec le bailleur au sujet de la restitution de la garantie, n'est possible qu'en fin de bail mais seulement dans le cas où la garantie en espèces a été correctement placée sur un compte bancaire (art. 257e al. 3 CO).

#### Note

6. Cet arrêt essaie d'établir un équilibre entre les dispositions du droit civil (code civil et code des obligations) et celles du droit de la faillite. On constate que l'harmonie dans l'établissement d'un système juridique est une tâche difficile. Certes la recherche d'un système où règne la cohérence appartient d'abord au législateur mais il est clair que le rôle de la Cour suprême d'un Etat est déterminant. Un des fondements de la compensation est constitué par l'identité des personnes créancières et débitrices (art. 120 CO). Dans un article dont la lecture est essentielle, Henri-Robert Schüpbach analyse les problèmes supplémentaires que crée le droit de la faillite en précisant que « les règles d'exécution forcée ne devraient pas entraver l'exercice de la compensation »; il ajoute à juste titre que c'est une gageure (*Compensation et exécution forcée, in Schuldbetreibung und Konkurs im Wandel, Bâle, Genève, Munich 2000, p. 135 ss, notamment 139 s, curieusement non citée par le TF*). Le lecteur est aussi renvoyé à lire dans le recueil des ATF les très nombreuses références que le TF fait à la doctrine et en particulier à l'exposé de Michel Bise (*présenté lors du 11<sup>e</sup> Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2000, La faillite du bailleur*). En effet, la difficulté réside dans le fait que la compensation ne doit pas rendre inefficace l'exécution forcée ni porter préjudice à d'autres créanciers. Toute la difficulté se trouve dans les distinctions à opérer entre les créanciers dans la masse, les créanciers de la masse et les créanciers du failli. On se souviendra que « la faillite génère une nouvelle entité, mais non pas une nouvelle personne, en scindant le patrimoine exécuté. Le patrimoine de la masse comprend un actif, dont des créances, et un passif, les créanciers dans la faillite. Le failli conserve un patrimoine, un actif, dont les créances du failli, et un passif, les dettes du failli, garanties par l'actif disponible et recouvrées le cas échéant hors faillite par voie de saisie » (*Schüpbach, op. cit., p. 141*). Essayons de résumer les hypothèses dans lesquelles la jurisprudence du TF peut trouver application.
7. Le premier cas est celui où le bailleur prend immédiatement, dès réception des garanties en espèces fournies par le locataire, les mesures prévues à l'art. 257e al. 1 CO ou, mieux encore, que le locataire procède lui-même à l'ouverture d'un compte bancaire. Dès le moment où les fonds du locataire sont individualisés par un compte bancaire au nom du locataire, la faillite du bailleur n'aura sur ce point aucune incidence sur les droits du locataire. Si le bail se termine (par son échéance contractuelle, par la voie d'une dénonciation faite par la masse en faillite ou l'acquéreur de l'immeuble) le locataire pourra récupérer ses fonds.

8. Dans l'hypothèse qui précède, supposons que le locataire soit débiteur de loyers échus au moment où le bail prend fin. Si la créance de loyer a pris naissance avant l'ouverture de la faillite, la compensation sera possible car en dehors de l'hypothèse de l'art. 213 al. 3 LP. Si le locataire est débiteur de la masse en faillite, la compensation ne sera pas possible mais la position du locataire ne sera pas amoindrie puisqu'il pourra disposer du montant de la garantie placée sur un compte bancaire.
9. Si le bailleur ne place pas sur un compte bancaire répondant aux exigences de la loi les sûretés fournies par le locataire, celui-ci devrait s'enquérir au plus vite et prendre les dispositions pour que le compte bancaire soit créé et alimenté. Une solution pourrait peut-être consister dans la consignation du loyer courant par application analogique de l'art. 259g CO et la saisie de l'autorité de conciliation en exécution de l'obligation du bailleur d'ouvrir un compte bancaire. Le TF laisse ouverte la question de savoir si, dans les circonstances particulières où la faillite survient très peu de temps après le paiement des sûretés et donc sans négligence du locataire, l'art. 213 al. 3 LP pourrait réellement être opposé à la demande de compensation faite par le locataire débiteur face à la demande de paiement d'un loyer dû à la masse en faillite.
10. Le problème devient ardu si les sûretés n'ont pas été correctement placées sur un compte et si le locataire ne peut plus judiciairement agir contre le bailleur pour que celui-ci respecte ses obligations car ce dernier est entre-temps tombé en faillite. Le locataire ne dispose plus que d'une créance contre le bailleur failli. Il pourra opposer compensation à la demande en paiement qui concernerait des loyers échus antérieurement à la faillite. Si les loyers sont nés après l'ouverture de la faillite, le locataire ne pourra pas prétendre bénéficier de la compensation. C'est l'hypothèse envisagée par l'arrêt rapporté.
11. En l'absence d'un compte bancaire *ad hoc*, le locataire peut se trouver face à un nouveau bailleur, soit de la personne qui aura acquis la chose louée dans le cadre d'une vente forcée ou de gré à gré. Si par hasard, hypothèse bien peu probable, le bailleur transmet à l'acquéreur les fonds versés au titre de sûretés, celui-ci pourra être interpellé par le locataire pour ouvrir le compte bancaire. Si les fonds n'ont pas été individualisés de façon suffisante et n'ont pas été placés sur un compte bancaire, le locataire ne peut pas s'en prendre au nouveau propriétaire. En effet les fonds déposés par le locataire ont été absorbés par la fortune du bailleur. Ces fonds n'ont aucune existence propre. En revanche, le TF ajoute que le nouveau bailleur ne peut pas inviter le locataire à effectuer un nouveau versement du montant prévu à l'art. 257e CO. La logique juridique du procédé est discutable: le bail de l'immeuble transféré dans le cadre d'une procédure de faillite passe à l'acquéreur. Sauf cas de dénonciation, il va se poursuivre. La garantie versée par le locataire n'est pas inexistante puisque le nouveau propriétaire ne peut pas la réclamer à nouveau, mais elle est perdue malgré tout si le locataire n'obtient pas de dividende dans la faillite du bailleur d'origine.
12. La situation du locataire dont les sûretés n'ont pas été placées sur un compte bancaire *ad hoc* est périlleuse sous un autre aspect. L'art. 266h CO donne le droit à la masse d'exiger du locataire lui-même en faillite le versement de sûretés pour les loyers à échoir et, faute d'exécution, de résilier le bail avec effet immédiat. On doit admettre que si le nouveau propriétaire de l'immeuble (art. 261 CO) ne peut pas exiger du locataire le versement de sûretés déjà versées au précédent propriétaire mais non individualisées (*cf. ci-dessus n° 11*), la masse ne devrait pas non plus pouvoir appliquer l'art. 266h CO. Mais la réponse n'est pas évidente: si le locataire ne peut pas opposer compensation à la demande de paiement de loyers échus après la faillite en se fondant sur la garantie versée au bailleur failli et non individualisée, et si la masse n'entre pas réellement dans le rapport de bail, le locataire pourrait être dans ce cas appelé à verser une autre garantie. La situation est donc différente suivant que la garantie est exigée par la masse ou par le nouveau propriétaire.
13. La situation du bail qui est conclu entre deux parties, qui est ensuite géré par la masse en faillite du bailleur sans pour autant que celle-ci entre réellement dans le rapport de bail, qui est finalement repris par le nouvel acquéreur, sans pour autant que le premier bailleur soit libéré de ses obligations envers le locataire démontre la complexité, regrettable, des rapports entre le droit civil et le droit de l'exécution forcée.

F.K.

## **28** Poursuite en réalisation de gage immobilier, loyers inclus. Opposition et contestation du gage sur les loyers. Fixation au poursuivant, en conformité de l'art. 93 ORFI, du délai pour agir. Mainlevée requise en temps utile validant la mainmise sur les loyers et la gérance de l'immeuble. Levée de l'opposition et fixation au poursuivant du délai pour agir en reconnaissance du gage sur les loyers.

Tribunal fédéral

28.09.2000

M. c. X. SA

ATF 126 III 481 ; JT 2000 II 60

**Art. 806 CC ; 152 s LP ; 91 ss ORFI**

1. X. SA poursuit le débiteur et constituant M. en réalisation de gage immobilier, loyers inclus. L'Office avise les locataires et ordonne la gérance de l'immeuble.

M. fait opposition au commandement de payer et conteste le gage sur les loyers. L'Office avise X. SA de l'opposition et l'informe que la contestation du gage sur les loyers relève non de la procédure de

mainlevée mais de l'action en reconnaissance de gage. X. SA sollicite en temps utile la levée de l'opposition et laisse à droit connu l'intentat de l'action en reconnaissance de gage sur les loyers.

M. requiert alors la levée de la gérance et de la mainmise sur les loyers. Il est éconduit au motif que la requête de mainlevée a validé ces mesures qui seront maintenues si X. SA agit à l'ordinaire dans les dix jours à lui impartir, en cas de levée d'opposition, dès entrée en force de la décision. L'Autorité cantonale de surveillance et le TF confirment la décision de l'Office.

### Note

2. Le fouillis des faits – et des dispositions d'exécution de la LP, non décantées avec le soin à vouer aux grands crûs que sont les règles de droit et leur interprétation – obscurcit un cas d'école, à la robe limpide, qui, sans dépasser l'ouverture de la poursuite, illustre la portée du gage immobilier sur les loyers (ou fermages) et les mécanismes de résolution des contestations y relatives.

Tel la bête qui va mettre bas, l'immeuble est gros de ses parties intégrantes, fruits pendants et loyers non échus notamment (art. 805 et 892, à comparer avec 643, 756 s, 769, 892 et 904 CC). Séparés ou exigibles, les fruits deviennent des meubles, libres du gage qui grève la chose mère. Courus, c'est-à-dire échus, à compter de l'ouverture de la poursuite en réalisation de gage (respectivement de la déclaration de faillite, art. 806 al. 1 CC), le sort des fruits, civils en l'occurrence, se modifie: le poursuivant peut en prétendre la totalité et non la seule fraction *pro rata temporis*.

Il appartient à la LP et aux ordonnances d'application de mettre en œuvre ce programme.

3. Le problème posé se décompose en deux questions. La première est de savoir si le système en vigueur impose une pluralité de procès comme en ont décidé l'Office et la Justice.

La seconde est de savoir si, en cas de réponse affirmative à la première, la pluralité des procès doit être simultanée ou si elle peut n'être que successive.

4. Le cas est l'occasion de deux autres observations, il est vrai, non déterminantes en l'espèce.

D'abord, la gérance et l'exploitation de l'immeuble, instituée au stade de la saisie dans la poursuite de ce nom (art. 102 al. 3 LP, 16 ss ORFI), ne l'est (par analogie) qu'au stade de la réalisation (art. 155 LP, immeubles «dont la réalisation est requise»), dans la poursuite en réalisation de gage. L'affaire n'a pas atteint le stade de la réalisation, mais X. SA a requis «la saisie (*sic*) ... des loyers» (art. 91 ORFI), ce qui a investi l'Office d'un pouvoir qui équivaut à la gérance sans en avoir le nom (art. 94 ORFI), gérance partielle, limitée à ce qui concerne les loyers (*SJ 2000 II 225*).

Ensuite, la relation au Recueil officiel du contenu de l'avis de l'Office au poursuivant est ambiguë. Pris à la lettre, l'énoncé «... si la contestation n'[a] trait

qu'à la seule mesure prise à l'égard des loyers, la procédure de mainlevée d'opposition n'[est] pas applicable...» pourrait signifier que cette procédure est au contraire applicable lorsque d'autres points sont contestés. L'énoncé nous semble pourtant avoir une signification plus générale, à savoir que la question du gage sur les loyers, qu'elle soit ou non seule litigieuse, ne se règle jamais en procédure de mainlevée, mais toujours par action ordinaire en reconnaissance. Que l'avis ait l'une ou l'autre signification ne change, selon toute vraisemblance, rien à la solution de l'affaire. On peut penser en effet que le poursuivant se sera trouvé dans la situation habituelle des gagistes immobiliers qui détiennent un titre pour la créance et la garantie, mais sont pauvres comme Job et n'ont que la loi – ce qui n'est d'ailleurs pas négligeable! – en ce qui concerne le gage sur les loyers. A pousser le raisonnement, ce n'est pas faire preuve de grande imagination que d'envisager l'hypothèse du gagiste détenteur d'un titre, reconnaissance ou jugement, également en ce qui concerne le gage sur les loyers. On voit mal en telle occurrence ce qui empêcherait que soit vidé l'ensemble des points contestés en procédure de mainlevée (provisoire ou définitive) et on est conduit à se demander si l'interprétation littérale de l'art. 93 al. 2 ORFI ne dépasse pas les bornes de la LP dans la mesure où elle impose la procédure ordinaire là où la sommaire suffit. La question peut rester indécise parce que, disposant ou non du titre imaginé, X. SA n'a pas réuni le contentieux de l'opposition et celui des loyers dans un même procès, mais a requis la mainlevée et renvoyé à plus tard l'action relative au droit de gage sur les loyers.

5. La pluralité des procès est-elle de droit ?

En toute orthodoxie, ce qui relève de la procédure ordinaire ne peut être résolu en procédure sommaire. La réciproque ne se vérifie pas toujours cependant. Ce qui relève de la procédure sommaire peut être porté parfois en procédure ordinaire. Les errances terminologiques sont évidemment laissées de côté; il est notoire que des travestis courent les ruelles de la procédure; nous qualifions de «sommaires» les seules procédures dans lesquelles la cognition du juge est limitée à la vraisemblance.

Il ne semble pas que la question de la pluralité des procès puisse recevoir une réponse unique. Qui dispose d'un titre de mainlevée pour la créance et l'existence du gage, mais non pour le gage sur les loyers, en est réduit, en principe, à la pluralité. Nous disons «en principe», parce que celui qui ne dispose d'une reconnaissance que pour un ou deux des trois éléments, est libre de porter le tout en procédure ordinaire. La pluralité des procès ne s'impose qu'au poursuivant qui entend absolument bénéficier des facilités de la voie sommaire là où elle peut être utilisée.

L'hypothèse – présumée non réalisée en l'espèce – du gagiste disposant d'un titre de mainlevée pour chacun des éléments semble réglée par l'art. 93 al. 2 ORFI. Il est pourtant évident que l'interprétation «décantée» de ce texte, s'accordant avec l'alinéa précédent et plus généralement avec le système de la LP, conduit à une réponse contraire ou

partiellement contraire à sa lettre : si le poursuivant détient un titre de mainlevée définitive sur chacun des éléments, c'est-à-dire d'un jugement, il est exclu de le renvoyer au procès ordinaire !

6. La pluralité admise au sens de l'argumentation qui précède, reste son orchestration. X. SA a choisi le style fugué, la succession, M. voulait le style polyphonique, la simultanéité. L'Office et la Justice ont choisi le style successif et c'est en l'espèce à juste titre.

La simultanéité se heurte à un argument ni invoqué ni même évoqué, fondé sur trois éléments liés : le caractère accessoire du droit de gage, l'adage judiciaire « pas d'intérêt pas d'action » et la nature fonctionnelle de la procédure. La simultanéité imposerait l'ouverture du procès en reconnaissance du gage sur les loyers alors que sa raison d'être même n'est pas avérée, l'action ne satisfaisant pas, ou pas encore, à la condition de l'intérêt juridique actuel, à laquelle est subordonnée la recevabilité de la demande. Ce procès n'a de sens que si la créance principale d'une part et le gage immobilier qui la garantit d'autre part ouvrent la poursuite en réalisation. Le gage sur les loyers a un caractère accessoire et même accessoire au troisième degré puisqu'il l'est par rapport au gage immobilier qui l'est lui-même par rapport à la créance garantie. Intenté en simultané, le procès en reconnaissance devrait être d'emblée suspendu à droit connu sur la créance et le gage. Il deviendrait de plus sans objet, faute de gain sur les chefs principaux.

Moralité? Nonobstant le caractère en l'espèce irréprochable du dispositif, la conformité au droit de l'arrêt est un coup de chance. Il confirme l'arrêt antérieur ATF 71 III 52 (JT 1945 II 76) fondé lui-même sur les arrêts ATF 49 III 71 (JT 1923 II 146) et ATF 62 III 9 (JT 1936 II 114). Ces affaires auraient dû conduire à prêter plus d'attention à l'unique voix critique (Schellenberg, *Die Rechtstellung des Dritteigentümers in der Betreibung auf Pfandverwertung, thèse, Zurich 1968, p. 117 ss*) et, il y a longtemps déjà, à réviser l'art. 93 ORFI ainsi qu'à revoir le contenu des formulaires LP. Rien ne justifie que le litige sur les loyers (ou fermages) doive, à conditions égales, être réglé autrement que les contestations sur la créance et/ou sur le droit de gage. Ces modifications auraient certainement mobilisé moins de forces de travail que les procès consécutifs à leur omission.

H.R.S.

## 29 Hypothèque légale des artisans et des entrepreneurs lors de travaux commandés par un locataire. Droit à l'inscription contre un tiers acquéreur de l'immeuble.

Tribunal fédéral

23.11.2000

X. c. Y. SA

ATF 126 III 505; JT 2001 I 166

### Art. 837 al. 1 ch. 3 CC

1. La société L. SA a pris à bail des locaux commerciaux en « état brut », sis à U. Le contrat de bail autorisait la locataire à procéder à des modifications de l'intérieur des locaux pourvu qu'elle les remette en état à la fin du bail. L. SA confia les travaux d'aménagement intérieur à Y. SA (demanderesse) qui accomplit les derniers travaux le 28 mars 1996. Le 3 juin 1996, L. SA fit faillite. Par la suite, X. (défendeur) acquit l'immeuble et loua les locaux à une autre locataire.

Ayant obtenu l'inscription provisoire au registre foncier, Y. SA intenta une procédure contre X. tendant à l'inscription définitive d'une hypothèque légale des artisans et des entrepreneurs pour la somme de Fr. 79 655.20, plus intérêts et frais. Le TC admet la demande et, sur appel interjeté par X., le Tribunal supérieur confirme le jugement. Le TF confirme ce jugement en vertu des considérants suivants :

2. La demanderesse n'a conclu de contrat ni avec le propriétaire de l'immeuble ni avec un entrepreneur puisque la locataire (L. SA) avait fait effectuer les travaux avec l'accord de l'ancien propriétaire de l'immeuble. Le défendeur reconnaît que la demanderesse peut se prévaloir d'une hypothèque légale mais il veut faire dépendre ce droit de gage de la condition supplémentaire que les travaux non payés aient créé une plus-value considérable. Le Tribunal supérieur a rejeté cette manière de voir et s'est limité à examiner si, d'après le cours ordinaire des choses, les travaux étaient aptes à augmenter la valeur de l'immeuble. Il arrive à une conclusion affirmative.

- a) Selon l'art. 837 al. 1 ch. 3 CC, le droit à l'inscription d'une hypothèque légale appartient aux artisans et entrepreneurs employés à des bâtiments ou autres ouvrages, sur l'immeuble pour lequel ils ont fourni des matériaux et du travail ou du travail seulement, en garantie de leurs créances contre le propriétaire ou un entrepreneur. Suivant cette disposition, le cocontractant de l'artisan est le propriétaire de l'immeuble ou un entrepreneur. Toutefois, d'après l'ATF 116 II 677, l'artisan a également le droit de faire inscrire une hypothèque légale lorsque les travaux ont été commandés par le locataire à condition que le propriétaire (bailleur) ait donné son accord à ces travaux, que les travaux, respectivement leur résultat, aient été durablement intégrés à l'immeuble (principe d'accession) et qu'il en ait

résulté une augmentation de la valeur objective de l'immeuble. Pour déterminer si une plus-value a été réalisée, il faut appliquer une mesure objective, c'est-à-dire qu'il faut examiner si les travaux en cause, d'après le cours ordinaire des choses, étaient aptes à augmenter la valeur de l'immeuble (ATF 116 II 677 cons. 4d).

b) Le Tribunal supérieur a estimé qu'on ne saurait déduire de l'ATF 116 II 677 que le TF avait voulu limiter le droit à une hypothèque légale à la plus-value objective créée par les travaux commandés par le locataire. Le défendeur objecte que l'artisan effectuant des travaux sur demande du locataire n'a droit à une hypothèque légale que dans la mesure où ces travaux augmentent effectivement la valeur de l'immeuble et n'ont pas été payés. Il se réfère à ce sujet à un commentaire d'arrêt de Schumacher (DC 1992, p. 105, n° 185).

aa) Le TF ne partage pas entièrement le point de vue du Tribunal supérieur et le précise comme suit : il faut distinguer entre l'augmentation de la valeur de l'immeuble et la mesure servant à la déterminer. Une augmentation objective de la valeur doit sans doute être réalisée (voir p. ex. l'arrêt non publié en l'affaire *Baugenossenschaft IRIEB c. M. AG du 9 février 1994 où seulement neuf des dix appareils de climatisation contribuaient effectivement à la plus-value*). Pour déterminer la plus-value réalisée par les travaux effectués, il ne faut pas forcément procéder à une expertise. Dans beaucoup de cas, l'expérience générale de la vie permettra de conclure que la plus-value créée par les travaux effectués dépasse la somme pour laquelle l'artisan requiert l'hypothèque légale. Une expertise semble toutefois être indispensable lorsque plusieurs artisans ont effectué des travaux donnant droit à l'hypothèque légale. Tel était le cas dans les procès consécutifs en l'affaire *Baugenossenschaft IRIEB* puisque la plus-value réalisée par les divers travaux ne pouvait être déterminée qu'à l'aide des experts.

bb) Liée à la mesure propre à déterminer la plus-value est la question de savoir quels travaux l'auront créée. L'avis du défendeur, que seule la plus-value correspondant à la part impayée de la créance de l'artisan définit le montant pour lequel celui-ci peut faire valoir son droit de gage, ne saurait être partagé. Une telle répartition des plus-values respectives serait impraticable et conduirait à des résultats inacceptables, comme l'exemple du béton frais produit et livré par le même entrepreneur le démontre. En effet, les deux prestations sont protégées par le droit de gage (ATF 97 II 212 cons. 1 s) mais la production de béton frais qui n'est pas transporté au chantier ne contribue en rien à la plus-value ; il en va de même des transports effectués sans béton frais. En d'autres termes, ce n'est pas chaque action individuelle dans un processus de travail qui crée la plus-value mais la prestation spécifique en tant que telle.

cc) Enfin, le besoin de coordination avec le droit du bail (art. 260a CO), invoqué par le défendeur, n'est pas concluant. L'art. 260a CO règle le rapport entre le bailleur et le locataire : celui-ci a droit à une indemnité lorsque, à la fin de bail, la chose louée présente une plus-value considérable résultant de la rénovation ou de la modification acceptées par le bailleur. Pourquoi l'artisan auquel les travaux ont été confiés par le locataire devrait ainsi n'avoir droit à son gage légal que si ses travaux créent une plus-value considérable ? Une telle solution ne serait pas compréhensible. L'art. 837 al. 1 ch. 3 CC, qui donne à l'artisan un droit de gage pour sa créance entière, n'a rien à voir avec l'art. 260a al. 3 CO. Le calcul différent – en sus du but différent – ressort de la loi (*Higi, Die Miete, in Obligationenrecht, 3<sup>e</sup> éd., V 2 b, Zurich 1994, n. 78 ad art. 260a CO; quant au rapport entre les deux dispositions, voir également l'arrêt non publié du 21 juillet 1999 en l'affaire A. et B. c. C. et D, cons. 1c, 5C. 118/1999*). Le bailleur en qualité de propriétaire est suffisamment protégé envers le locataire voulant effectuer des travaux, soit qu'il refuse son accord (art. 260a al. 1 CO), soit qu'il exclut contractuellement toute indemnité pour le cas où des artisans ne seraient pas intégralement payés par le locataire.

c) Le Tribunal supérieur a déterminé la plus-value en vertu de l'ensemble des travaux effectués par la demanderesse et a fixé la somme couverte par l'hypothèque légale selon le montant impayé de la créance de la demanderesse. Le TF approuve cette manière de procéder. En effet, l'argumentation contraire du défendeur repose sur la prémisse erronée que seuls les travaux d'achèvement restés impayés et, ne créant aucune plus-value, entreraient en compte.

3. En procédure cantonale, le défendeur avait argumenté que l'on ne saurait lui opposer l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs parce que, n'ayant eu aucune connaissance des factures impayées de la demanderesse, il avait acquis l'immeuble de bonne foi. Par contre, le Tribunal supérieur estimait qu'au vu des circonstances le défendeur ne pouvait invoquer sa bonne foi.

Il est constant que le défendeur s'était installé dans le bâtiment en 1995 et que la bailleuse avait tenu compte des besoins spécifiques de son entreprise (imprimerie) qu'il voulait y établir. Il savait également que pour l'aménagement intérieur des locaux loués par L. SA, celle-ci avait confié des travaux, acceptés par la bailleuse, à la demanderesse. Par l'acquisition de l'immeuble, le défendeur a repris le bail dont ressortait que l'ancien propriétaire avait consenti aux travaux de construction que L. SA. avait confiés à la demanderesse. Etant conscient de ces faits, le défendeur avait l'obligation de se renseigner au sujet d'éventuelles factures impayées des artisans. Vu qu'il ne l'a pas fait, il ne peut plus se prévaloir de sa bonne foi (art. 3 al. 2 CC).

T.P.







Université de Neuchâtel

---

**Séminaire sur le droit du bail**

Faubourg de l'Hôpital 106 • CH-2000 Neuchâtel • Téléphone : +41 32 718 1260 • Fax : +41 32 718 1261  
www.unine.ch/bail • e-mail : [seminaire.bail@unine.ch](mailto:seminaire.bail@unine.ch)