



Droit du bail

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

N° 15 / 2003

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.), professeur associé, avocat
Christine CHAPPUIS (C.C.), professeure
Michel DUCROT (M.D.), avocat et notaire
David LACHAT (D.L.), avocat
Ariane MORIN (A.M.), professeure assistante, avocate
Henri-Robert SCHÜPBACH (H.R.S.), professeur
Oliver WAESPI (O.W.), licencié en droit, assistant

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 032 718 12 61
e-mail: seminaire.bail@unine.ch
<http://www.unine.ch/bail>
CCP 20-5711-2

PARUTION: Une fois l'an, en automne. 1^{re} année: 1989

PRIX DE L'ABONNEMENT: Fr. 30.-

MANIÈRE DE CITER: DB (ex. DB 2002, p. 7, n° 2)

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



AMSL	Arrêté fédéral instituant des mesures contre les abus dans le secteur locatif du 30 juin 1972
AmtsB.	Amtsbericht (divers cantons)
anc.	ancien
ATF	Arrêts du Tribunal fédéral suisse
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
BISchK	Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs
BO	Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907
CdB	Cahiers du bail
CE	Conseil des États
CEDH	Convention européenne des droits de l'homme
CF	Conseil fédéral
ch.	chiffre
CN	Conseil national
CO	Code des obligations du 30 mars 1911
Comm.	Communications de l'Office fédéral du logement concernant le droit du loyer
cons.	considérant
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937
Cst. féd.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999
DB	Droit du bail
DC	Droit de la construction
DPS	Traité de droit privé suisse
éd.	édition
FF	Feuille fédérale
FJS	Fiches juridiques suisses
GVP	Gerichts- und Verwaltungspraxis (divers cantons)
IPC	Indice suisse des prix à la consommation
JT	Journal des Tribunaux
LBFA	LF sur le bail à ferme agricole du 4 octobre 1985
LC	Loi cantonale
LCAP	LF encourageant la construction et l'accession à la propriété de logements du 4 octobre 1974
LDIP	LF sur le droit international privé du 18 décembre 1987
LF	Loi fédérale
LGVE	Luzerner Gerichts- und Verwaltungsentscheide
lit.	littera (lettre)
LOG	LF encourageant le logement à loyer ou à prix modérés du 21 mars 2003
LP	LF sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1889
MP	Mietrechtspraxis
MRA	MietRecht Aktuell
n.	note(s)
NB	Le notaire bernois
not.	notamment
nouv.	nouveau
n. p.	non publié(s)
O	Ordonnance
OBLF	Ordonnance sur le bail à loyer et le bail à ferme d'habitations et de locaux commerciaux du 9 mai 1990
OCAP	Ordonnance relative à la LF encourageant la construction et l'accession à la propriété de logements du 30 novembre 1981
OFL	Office fédéral du logement
OG	Obergericht
OJ	LF d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943
op. cit.	opus citatum (œuvre citée)
ORFI	Ordonnance du TF sur la réalisation forcée des immeubles du 23 avril 1920
OSL	Ordonnance du CF concernant des mesures contre les abus dans le secteur locatif du 10 juillet 1972
p.	page(s)
PCF	LF de procédure fédérale du 4 décembre 1947
PJA	Pratique juridique actuelle
Pra.	Die Praxis des schweizerischen Bundesgerichts
RDS	Revue de droit suisse
réf. cit.	référence(s) citée(s)
Rep.	Repertorio di Giurisprudenza Patria
rés.	résumé
RF	Registre foncier
RFJ	Revue fribourgeoise de jurisprudence
RJB	Revue de la société des juristes bernois
RJJ	Revue jurassienne de jurisprudence
RJN	Recueil de jurisprudence neuchâteloise
RNRf	Revue suisse du notariat et du registre foncier
ROLF	Recueil officiel des lois fédérales
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RSJ	Revue suisse de jurisprudence
RVJ	Revue valaisanne de jurisprudence
s.	suivant(e)
SJ	Semaine judiciaire
ss	suivants, suivantes
TC	Tribunal cantonal
TF	Tribunal fédéral
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtssprechung

ABRÉVIATIONS	page 1	8 Bail portant sur une habitation. Installation sans l'accord du bailleur de vitrages sur le balcon. Résiliation anticipée du contrat par le bailleur pour prétendue violation du devoir de diligence imposé au locataire. Résiliation jugée inefficace au vu des circonstances, notamment en raison du non-respect des principes de la proportionnalité et de subsidiarité. Le laps de temps écoulé entre une ultime protestation et la résiliation du bail constitue un indice pertinent pour déterminer le degré de tolérance manifesté par le bailleur. Art. 257f al. 3 CO; 4 CC	page 14
BIBLIOGRAPHIE	page 4	9 Conclusion du bail à loyer. Accord sur les éléments objectivement et subjectivement essentiels. Forme solennelle ou probatoire. Mesures provisionnelles. Art. 102, 107 al. 2, 253, 256 al. 1 CO	page 15
JURISPRUDENCE	page 5	10 Contrat de bail portant sur un appartement. Indication erronée de plus de 10% de la surface des locaux. Erreur essentielle du locataire niée. Art. 24 al. 1 ch. 4, 31 al. 1 CO	page 18
1. DISPOSITIONS GÉNÉRALES		11 Contrat de bail portant sur des bureaux. Indication erronée de la surface des locaux. Défaut de la chose louée pour inexistance d'une qualité promise. Réduction de loyer. Erreur essentielle. Art. 24 al. 1 ch. 4, 31 al. 1, 62 s., 67 al. 1, 120 al. 3, 256, 259d, 265 CO	page 20
1 Contrat mixte. Applicabilité des règles du bail. Local commercial. Modification du contrat par actes concluants? Compétence. Art. 253, 266l al. 2 CO	page 5	12 Baux portant sur une habitation. Restitution anticipée des locaux loués. Cas du candidat-locataire qui n'est pas disposé à reprendre le bail aux mêmes conditions, pour des motifs non imputables au bailleur. Incombances pesant sur l'une et l'autre des parties. Art. 264 CO	page 22
2 Bail commun portant sur une habitation. Résiliation notifiée par une personne qui n'a pas la qualité de propriétaire et de bailleur. Nullité de la résiliation. Forme de la résiliation en cas de pluralité de locataires. Art. 253, 266a al. 1 CO	page 6	13 Contrat de bail. Résiliation anticipée pour justes motifs. Base de calcul des dommages-intérêts. Art. 266g CO	page 22
3 Frais accessoires. Exigence d'un accord spécial des parties pour mettre ces frais à la charge du locataire. Fondement et prescription de la prétention du locataire en restitution d'acomptes de frais accessoires payés en trop. Art. 62, 128, 257a CO; art. 5 OBLF	page 7	14 Bail à loyer portant sur un appartement occupé par un couple dont le mariage en Egypte n'est pas reconnu immédiatement en Suisse. Retard dans le paiement du loyer. Avis comminatoire et résiliation. Nullité de celle-ci pour non-respect de la double notification de l'avis comminatoire et du congé. Art. 266n CO	page 24
4 Frais accessoires. Interprétation de la convention passée entre les parties. Art. 256b, 257a CO	page 9	2. PROTECTION CONTRE LES LOYERS ABUSIFS	
5 Garantie de loyer. Poursuite ordinaire. Contestation du mode de poursuite. Exception du <i>beneficium excussionis realis</i> . Plainte LP. Art. 257e CO; 37, 41 al. 1bis LP	page 10	15 Contestation du loyer initial. Conditions de recevabilité de la contestation. Art. 270 al. 1 CO	page 24
6 Bail portant sur un centre médical. Violation du devoir de diligence du locataire. Ne constitue pas un usage soigneux des locaux l'utilisation inadéquate d'une installation, en l'espèce la non-fermeture d'un robinet de vidange provoquant une surconsommation considérable d'eau. Condamnation du locataire au paiement de dommages-intérêts. Substitution, en cours de procès, du bailleur décédé par ses exécuteurs testamentaires. Art. 97 al. 1, 257f al. 1 CO; 518 CC	page 11	16 Demande de diminution du loyer. Méthode relative ou absolue? Art. 270a CO	page 25
7 Baux portant d'une part sur une station-service pour automobilistes, d'autre part sur un local de vente de divers articles. Cessation anticipée de l'activité commerciale par la locataire. Violation de l'obligation tacite d'exploiter. Résiliation anticipée des baux par le bailleur et réparation du dommage subi par lui. Art. 257f al. 1 et 3 CO	page 13		

17 Bail portant sur des appartements dans un immeuble dont la construction a été subventionnée par la Confédération. Nécessité d'une décision constatatoire à la fin de la procédure en vérification du loyer par l'Office fédéral du logement. Vérification des loyers à titre rétroactif. Admissibilité d'un loyer différent entre plusieurs appartements d'un même immeuble en fonction de leur emplacement, aménagement intérieur ou exposition au soleil sans approbation par l'Office fédéral.
Art. 253b al. 3 CO; 45 LCAP; 17 al. 3, 21a, 75a OCAP

page 27

3. PROTECTION CONTRE LES CONGÉS

18 Prolongation de bail refusée. Absence de responsabilité du locataire pour le dommage subi par le bailleur du fait de l'impossibilité de réintégrer la villa louée.
Art. 41, 97 al. 1, 272a CO

page 29

19 Prédécision de l'autorité de conciliation restée inattaquée dans le délai de l'art. 273 al. 5 CO. Autorité de la chose jugée. Vices pouvant affecter un congé.
Art. 273 al. 1 et 5 CO

page 31

4. AUTORITÉS ET PROCÉDURE

20 Conciliation préalable. Demande reconventionnelle non soumise à l'autorité de conciliation.
Art. 274a al. 1 lit. b CO

page 32

21 Défaut. Bruit perçu dans la chambre à coucher. Valeur litigieuse: remise en état de la chose et réduction de loyer. Maxime inquisitoire sociale. Fardeau de la preuve.
Art. 8 CC; 256 al. 1, 274d al. 3 CO; 36 al. 4 et 5 OJ

page 33

5. BAIL À FERME

22 Bail à ferme agricole. Interprétation du contrat. Validité d'une modification conventionnelle du fermage en cours de bail.
Art. 18 al. 1, 253b, 269d, 270, 275 CO

page 34

6. DIVERS

23 Squatters. Refus du Procureur général de procéder à leur évacuation. Politique des autorités genevoises consistant à ne pas recourir à la force publique lorsque le résultat d'une telle intervention revient à laisser vide un immeuble d'habitation. Rejet du recours de droit public pour déni de justice formel, violation de la garantie de la propriété et atteinte à l'ordre public.
Art. 9, 26 al. 1 Cst. féd.; 43 al. 1 lit. c Loi d'organisation judiciaire genevoise

page 36

24 Remise d'un commerce portant sur l'agencement, le matériel, des installations, le droit au bail, la clientèle et l'enseigne. Qualification du contrat. Amiante dans les plafonds. Défaut de la chose vendue au sens de l'art. 197 CO nié. Négation de la valeur probatoire d'un devis de réparation pour établir un dommage.
Art. 8 CC; 19, 41 al. 1, 51, 97 al. 1, 197 CO

page 39

25 Signification juridique d'un « crédit d'aménagement » convenu entre la bailleuse et le locataire. Principe de la confiance.
Art. 18 al. 1 CO

page 40

26 Gérance légale. Prélèvement par l'Office des poursuites d'un émolument supplémentaire de 3% sur le produit des loyers. Plainte du créancier-gagiste. Caractère exhaustif du tarif des émoluments arrêté par le CF.
Art. 16 LP; 2, 27 de l'Ordonnance sur les émoluments perçus en application de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (OELP)

page 42

27 Gérance légale. Administration de l'immeuble à réaliser dans la poursuite en réalisation de gage. Distinction selon qu'il s'agit de la période antérieure ou postérieure à la réquisition de vente. Des rentes de superficie ne peuvent être assimilées à des redevances courantes au sens de l'art. 94 ORFI.
Art. 102 al. 3, 155 al. 1 LP; 94, 101 ORFI

page 43

28 Gérance légale. Résiliation du mandat pour conflit d'intérêts. Qualité pour recourir du gérant légal évincé. Annulation de la résiliation pour abus de pouvoir de l'autorité intimée.
Art. 19 LP; 16 ss, 94 ORFI

page 44

Publications récentes

Etat au 31 octobre 2003

- ALVAREZ C., Das vom Parlament verabschiedete neue Mietrecht – eine Übersicht, MP 2002, p. 187 (22 pages)
- BARTELS T., Die Fristwahrung im Mietrecht – insbesondere bei empfangsbedürftigen Willenserklärungen, I, MRA 2001, p. 103 (8 pages), II, MRA 2002, p. 1 (8 pages), III, MRA 2002, p. 125 (12 pages), p. 165 (11 pages)
- BRAENDLI R., Die örtliche Zuständigkeit für die Aberkennungsklage nach SchKG Art. 83 in mietrechtlichen Sachen dem neuen Gerichtsstandsgesetz (GestG), RJB 2003, p. 465 (9 pages)
- BULA A.-C., La situation du créancier-gagiste antérieur confronté à un bail dépréciatif, Lausanne 2003 (178 pages)
- EGGER ROCHAT G., Les squatters et autres occupants sans droit d'immeuble, Zurich 2002 (486 pages)
- EMMERICH V., Das Verhältnis der Gewährleistungsregeln bei Kauf und Miete zur culpa in contrahendo, in: Besonderes Vertragsrecht – aktuelle Probleme, Festschrift für Heinrich Honsell zum 60. Geburtstag, Zurich 2002, p. 209 (13 pages)
- GOETSCHEL A./BOLLIGER G., Auswirkungen der neuen Rechtsstellung von Tieren auf das Mietrecht, MP 2003, p. 91 (20 pages)
- GUICHARD Y., Les restrictions du droit de disposer du logement de la famille. Etude des art. 169 al. 1 CC et 266m al. 1 CO, Lausanne 2002 (215 pages)
- HEDIGER B., Entwicklungen im Mietrecht, RSJ 2003, p. 326 (6 pages)
- HIESTAND T./BÖHRINGER P./FORRER F., Repetitorium, Obligationenrecht, Besonderer Teil, Zurich 2003 (416 pages)
- HIGI P., Fluglärm und mietrechtlicher Mangel, DC 2003, p. 152 (5 pages)
- HONSELL H., Schweizerisches Obligationenrecht – Besonderer Teil, 7^e éd., Zurich 2003
- HOTTELIER M./FOËX B., La propriété par étages, Fondements théoriques et questions pratiques, Zurich/Bâle/Genève 2003 (238 pages)
- JANS A., Mietrechtsmodelle auf dem Prüfstand, Mietzinsentwicklungen in der Schweiz 1980-2025 nach verschiedenen Szenarien mit spezieller Berücksichtigung der Europäischen Währungsunion, Zurich 2002 (63 pages)
- LACHAT D., Du bail à loyer (art. 253-274g CO), in: Commentaire romand – Code des obligations I, éd. par Thévenoz L./Werro F., Bâle/Genève/Munich 2003, p. 1305 (163 pages)
- LACHAT D., Nouveautés en droit du bail: les contrats-cadres; le montant du loyer, SJ 2003 II 153 (32 pages)
- OFFICE FÉDÉRAL DU LOGEMENT, Concevoir, évaluer et comparer des logements: système d'évaluation de logements SEL, Granges 2000 (94 pages)
- OFFICE FÉDÉRAL DU LOGEMENT, Recherche sur le logement: 2001-2003: programme de la Commission de recherche pour le logement CRL, Granges 2001 (27 pages)
- OFFICE FÉDÉRAL DU LOGEMENT/DÜRR D., Petite propriété du logement: nouvelle formule pour accéder à la propriété?, Granges 1999 (126 pages)
- OFFICE FÉDÉRAL DU LOGEMENT/GERHEUSER F., Charges locatives et conditions de logement: résultats de l'enquête fédérale sur la consommation de 1998, Granges 2001 (123 pages)
- RONCORONI G., Du bail à ferme (art. 275-304 CO), in: Commentaire romand – Code des obligations I, éd. par Thévenoz L./Werro F., Bâle/Genève/Munich 2003, p. 1469 (46 pages)
- SAVIAUX N., Le sort du bail en cas de changements de propriétaire, CdB 2003, p. 65 (17 pages)
- STAUDER B., Neues Leasingrecht, Plaidoyer 3/2003, p. 30 (5 pages)
- SULLIGER D./ANSERMET J., Le contrat-cadre romand de baux à loyer et les dispositions paritaires romandes et règles et usages locatifs du canton de Vaud, CdB 2002, p. 97 (22 pages)
- TERCIER P., Les contrats spéciaux, 3^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2003 (1129 pages) (not. Le bail à loyer, p. 245 à 365; Le bail à ferme, p. 367 à 383)
- THANEI A., Mietzinsserhöhung für Renovationsarbeiten – Kommentar zu einem Bundesgerichtsentscheid (ATF 26.03.2002), MP 2003, p. 1 (4 pages)
- THEVENOZ L., La gérance immobilière, in: Journées Suisses du droit de la construction, Fribourg 2003, p. 107 (21 pages)
- TSCHUMY J.-L., Le refus de désemperer, CdB 2003, p. 1 (8 pages)
- WETTSTEIN C., Der indexierte Mietzins, MP 2003, p. 49 (5 pages)

1. Dispositions générales

1 Contrat mixte. Applicabilité des règles du bail. Local commercial. Modification du contrat par actes concluants? Compétence.

Tribunal fédéral

18.03.2002

M. c. C. SA

4P.328/2001

Art. 253, 266I al. 2 CO

1. M., professeur de tennis, qui donne des cours depuis plus de vingt ans dans un centre sportif exploité par B. SA, s'est constitué une importante clientèle. La propriété et l'exploitation des installations sportives du centre sont transférées à la société C. SA, sans conclusion d'un contrat de reprise. Les relations de C. SA avec les professeurs de tennis sont alors assujetties à un nouveau règlement. Par la suite, C. SA signifie à M. la résiliation de leurs relations contractuelles, en précisant que le centre ne ferait plus appel à ses services et qu'à teneur du nouveau règlement il n'était plus autorisé à donner des leçons privées en utilisant les courts du centre. M. conteste cette résiliation par le biais de mesures provisionnelles et préprovisionnelles devant le Tribunal des baux et loyers. Celui-ci déclare son incompétence *ratione materiae*, confirmée par la Chambre d'appel en matière de baux et loyers du canton de Genève. La question, soumise au TF par la voie du recours de droit public, est de savoir s'il était arbitraire de nier l'existence d'un contrat de bail en l'espèce. Le contrat liant les parties comportait des éléments du bail à loyer (pour l'utilisation des courts par la clientèle privée de M.) et du mandat (pour les cours donnés aux membres du club dans le cadre de stages). Plusieurs questions intéressantes sont tranchées: la qualification de ce contrat, la notion de local commercial et l'existence d'un éventuel accord par actes concluants.
2. A propos de la première question, le TF rappelle que «l'application des dispositions sur l'extinction des rapports contractuels édictées pour protéger le locataire suppose l'existence d'un véritable contrat de bail à loyer. En cas de contrats composés, réunissant diverses conventions distinctes mais dépendantes entre elles, ou de contrat mixte contenant d'autres éléments que ceux ayant trait au bail à loyer ou à ferme, il convient de rechercher le centre de gravité des relations contractuelles, appréhendées comme un seul et unique accord. Compte tenu de leur dépendance réciproque, il n'est en effet pas possible de soumettre chaque composante du contrat à un sort juridique propre, ce qui n'est pas sans incidence sur l'extinction du contrat. En conséquence, l'application des dispositions sur l'extinction du bail est exclue lorsque la cession de l'usage de l'objet du contrat n'apparaît que comme un élément purement accessoire et secondaire, l'accent étant mis sur d'autres éléments du contrat» (ATF 118 II 157 cons. 3a). Distinguant

les rapports entre M. et B. SA, puis avec C. SA, le TF constate que l'aspect du bail était prépondérant dans la première phase.

3. Il s'agit ensuite de déterminer selon quelle disposition le contrat pouvait être résilié. La convention portait à la fois sur des courts extérieurs et un court intérieur. Le TF s'est contenté de ce seul court intérieur – constituant indubitablement un local commercial – pour soumettre l'ensemble de la convention aux règles concernant la location de locaux commerciaux, en particulier à l'art. 266I al. 2 CO. B. SA, avant de cesser son activité, avait résilié le contrat la liant à M., mais sans respecter l'exigence de la formule agréée par le canton. La résiliation était donc nulle. En vertu de l'art. 261 CO, le contrat avait passé à C. SA.
 4. Le nouveau règlement élaboré par C. SA modifiait les relations contractuelles en déplaçant le centre de gravité du contrat mixte vers le mandat, l'aspect du bail devenant accessoire. Toutefois, ce règlement n'avait pas été accepté par M., ni expressément ni par actes concluants. Au contraire, M. avait continué, comme par le passé, de donner des leçons privées sur les courts du centre sportif et, de son côté, C. SA n'avait pas exigé le respect du règlement; elle avait ainsi, sans réagir, encaissé les montants que versait M. pour l'utilisation des courts. Les parties n'avaient dès lors pas, par leur comportement, manifesté leur volonté de modifier leurs relations contractuelles qualifiées de contrat mixte. On notera que, s'agissant de mettre un terme à un rapport de bail (même mixte) par un accord des parties, et non de manière unilatérale, la jurisprudence pose des exigences sévères pour éviter que ne soient éludées les dispositions sur la fin du bail (*Chappuis, Résiliation unilatérale en temps inopportun ou accord mettant fin au contrat de travail?*, SJ 2003 I 225 ss).
- Les relations contractuelles restant centrées sur le bail, elles ne pouvaient pas être soumises aux règles du mandat. L'arrêt constate par conséquent que c'est à tort que les autorités genevoises ont nié la compétence du Tribunal des baux et loyers.
5. L'arrêt montre une intéressante application des principes relatifs à la qualification du contrat (*Thévenoz, in: Commentaire romand, CO I, Bâle/Genève/Munich 2003, n. 22 ss, 24, 19 ad Intro. art. 184-529 CO*), de la notion de local commercial (*Lachat, idem, n. 3 ad art. 253a CO; SJ 2002 I 341; ATF 124 III 108 cons. 2b, JT 1999 I 107*) et des règles relatives à la conclusion d'un accord par actes concluants (art. 1 al. 2 CO; cf. *SJ 2002 I 557; ATF 123 II 53 cons. 5*).

C.C.



2 Bail commun portant sur une habitation. Résiliation notifiée par une personne qui n'a pas la qualité de propriétaire et de bailleur. Nullité de la résiliation. Forme de la résiliation en cas de pluralité de locataires.

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

07.10.2002

S.N. c. Société X.

MP 2003, p. 125

Art. 253, 266a al. 1 CO

1. Par contrat du 29 février 2000, J.F., propriétaire d'une maison d'habitation à Genève, l'a remise à bail aux époux N. La représentante d'une soi-disant société portant comme nom l'adresse de la maison louée a mis en demeure S.N. de payer l'arriéré des loyers, puis a résilié le bail, en ouvrant une procédure d'expulsion. L'évacuation a été prononcée par le Tribunal des baux, qui ne mentionne pas J.F. comme bailleur. Le locataire S.N. recourt en appel contre la décision rendue en première instance.
2. La Chambre d'appel constate que J.F. est propriétaire de l'immeuble litigieux et bailleur selon le contrat conclu le 29 février 2000. Il est donc seul « à détenir la légitimité active », à l'exclusion de la société qui est intervenue dans le litige. Lui seul pourrait donc requérir l'expulsion du locataire, ou des locataires, pour défaut de paiement du loyer. En conséquence, la requête d'évacuation intentée par la société X. est nulle et l'appel est déclaré recevable.
3. La Chambre d'appel constate encore que le congé a été adressé à S.N., et non également à son épouse, comme l'exigerait l'art. 266n CO. Toutefois, la séparation des époux, voire le divorce (sur ce point le statut d'état civil des locataires n'est pas clair) fait perdre à la maison louée son caractère de logement familial. Il n'empêche que rien n'indique que l'épouse (ou l'ex-épouse) de S.N. n'a plus sa qualité de colocataire.

C'est une seconde raison de déclarer le congé nul, dans la mesure où il n'a été adressé qu'à S.N.

Note

4. Sous réserve d'une représentation du bailleur ou d'un cas de transfert de bail ou de succession à cause de mort ou entre vifs, le congé qui n'émane pas du cocontractant est nul. Il est « sans effet, ce qui peut être constaté en tout temps par toute autorité compétente » (cf. Corboz, *Les congés affectés d'un vice*, in: 9^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 1996, p. 12). C'est donc avec raison qu'en l'espèce la Chambre d'appel en matière de baux et loyers de Genève s'est prononcée sur le défaut de qualité pour agir d'une société tierce qui n'avait aucun rapport avec le bail en cause.

5. En cas de bail commun, le congé doit être adressé à chaque locataire, à son domicile. Lorsque ce domicile est à l'adresse des locaux loués, on admet que le bailleur puisse envoyer le courrier au lieu ainsi désigné, et même que la résiliation puisse être signifiée au moyen d'une seule formule officielle portant le nom de tous les locataires (cf. Lachat, *Le bail à loyer*, Lausanne 1997, p. 413; Corboz, *op. cit.*, p. 15, qui précise que si l'un des destinataires n'a pas reçu ou n'a pas pu recevoir l'envoi, le congé est nul pour tous; est réservée l'hypothèse de l'art. 266n CO, qui prévoit, en cas de logement de la famille, que la signification de la résiliation doit se faire de manière séparée pour l'un et l'autre des conjoints). Ici aussi, on réservera les règles sur la représentation des locataires par un seul ou par un tiers.

Dans l'arrêt en discussion, la Chambre d'appel déclare que le congé par un bailleur à une pluralité de locataires doit, à peine de nullité, être adressé à l'ensemble d'entre eux. A l'appui de son argumentation et en citant Lachat (cf. *supra*, *op. cit.*), les juges genevois se réfèrent à l'art. 70 CO. Cette disposition, à notre sens, régit l'exécution d'une obligation indivisible. Autrement dit, elle règle les cas de pluralité de créanciers et de débiteurs. Dans la première hypothèse, le débiteur d'une obligation indivisible doit remettre la prestation en mains de tous les créanciers ensemble, et chacun d'entre eux peut exiger l'exécution (art. 70 al. 1 CO). En cas de pluralité de débiteurs, chacun d'eux est tenu de l'exécution intégrale (art. 70 al. 2 CO). Le débiteur qui s'est exécuté dispose d'un droit de recours contre les autres, et, dans cette mesure, il est subrogé au droit du créancier (art. 70 al. 3 CO). On peut voir en cette règle une forme – non exprimée – de solidarité passive (art. 143 CO).

En l'espèce, c'est la résiliation du bail (et, postérieurement, l'évacuation des locataires) qui est en cause. Or, la résiliation est par définition un acte formateur résolutoire, et non pas une obligation dans le sens entendu à l'art. 70 CO. En conséquence, et sans que cela ne change rien au résultat de l'affaire qui est correct, cette disposition ne saurait être en l'occurrence de mise. En effet, la partie générale du Code des obligations ne dresse pas une théorie générale de l'acte juridique, et en particulier de l'acte formateur.

P.W.

3 Frais accessoires. Exigence d'un accord spécial des parties pour mettre ces frais à la charge du locataire. Fondement et prescription de la prétention du locataire en restitution d'acomptes de frais accessoires payés en trop.

Tribunal fédéral

29.04.2002

Hoirie A. c. Caisse de pension S.

4C.24/2002; MRA 2002, p. 108

Art. 62, 128, 257a CO; art. 5 OBLF

1. B. et son défunt mari A. ont été locataires d'un appartement à Zurich, en vertu d'un contrat de bail qui a duré du 1^{er} mai 1993 au 31 janvier 1999. Ils ont versé chaque mois un acompte de frais de chauffage et d'exploitation. La bailleresse Caisse de pension S. a établi chaque année un décompte relatif à ces frais. B. et les héritiers de A. ont saisi le Tribunal des baux de Zurich d'une requête tendant à ce que la Caisse de pension S. soit condamnée à leur verser Fr. 8011.80, somme correspondant aux frais accessoires qu'ils estimaient avoir payé en trop durant toute la durée du bail. Par jugement du 8 mars 2001, le Tribunal des baux a rejeté cette requête. Par décision du 8 novembre 2001, le TC zurichois a partiellement admis le recours des locataires et a condamné la bailleresse à leur verser Fr. 641.10 plus intérêts. B. et l'hoirie A. ont recouru en réforme contre cette décision le 14 janvier 2002.
2. Dans son arrêt, le TF se demande tout d'abord si les frais accessoires mentionnés dans les décomptes et payés par les recourants sont dus en vertu du contrat de bail en cause.

Le TF rappelle à cet égard que d'après l'art. 257a al. 2 CO, le locataire ne doit s'acquitter des frais accessoires que s'il l'a spécialement convenu avec le bailleur. Les frais accessoires sont en principe à la charge du bailleur. Le locataire ne répond de ces frais que s'ils ont été clairement et précisément décrits dans le contrat. A défaut, ils sont inclus dans le loyer (ATF 121 III 460 cons. 2a/aa; Higi, *Die Miete*, in: *Obligationenrecht*, 3^e éd., V 2 b, Zurich 1994, n. 13 ad art. 257a-257b CO; SVIT-Kommentar *Mietrecht*, 2^e éd., Zurich 1998, n. 18 ad art. 257-257b CO; Wessner, *L'obligation du locataire de payer le loyer et les frais accessoires*, in: 9^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 1996, p. 9).

En l'espèce, la question litigieuse est de savoir si l'intimée pouvait ou non facturer comme frais accessoires les frais d'eau chaude et les frais administratifs pour le décompte de chauffage et l'établissement du décompte de frais accessoires.

Le TF constate que le bail prévoit le paiement d'un acompte mensuel de chauffage/frais d'exploitation de Fr. 218.– et indique que les frais administratifs feront l'objet d'un décompte avec les frais de

chauffage. Des « dispositions générales pour baux d'habitation » font en outre partie intégrante du bail. Elles précisent notamment que les frais de chauffage comprennent tous les frais de distribution centrale d'eau chaude et les frais administratifs.

S'agissant des frais d'eau chaude, le TF relève que le bail ne parle pas des coûts relatifs à la préparation de l'eau chaude. Il en déduit que les parties ne se sont pas entendues sur le paiement de tels frais. Le TF souligne que les conditions générales contractuelles ne permettent pas non plus de fonder un devoir des locataires de s'acquitter des frais d'eau chaude, quand bien même elles incluent les frais de distribution centrale d'eau chaude dans les frais de chauffage.

D'après le TF, le renvoi à une annexe standardisée du contrat ne suffit pas pour qu'on puisse admettre que les parties se sont spécialement mises d'accord sur le paiement des frais accessoires. En effet, on ne peut exiger du locataire qu'il se fasse une idée des frais accessoires sur la seule base d'une consultation attentive des conditions contractuelles. Le locataire a bien au contraire le droit de n'être tenu que des frais accessoires clairement et précisément décrits dans le contrat.

Certes, précise le TF, il est envisageable que les conditions générales du contrat concrétisent les frais accessoires mentionnés dans ce dernier. Cela pourrait éventuellement être le cas lorsque le devoir de payer les frais de chauffage est clairement étendu aux frais d'eau chaude. Le chauffage des locaux n'est toutefois pas forcément couplé avec la préparation de l'eau chaude. Il peut arriver que, selon les circonstances, un bouilleur électrique soit installé dans des immeubles avec chauffage central à mazout ou à gaz, de sorte que l'eau chaude est préparée indépendamment du chauffage. On ne peut donc soutenir qu'en l'espèce, les recourants avaient un devoir de s'acquitter des frais d'eau chaude lié à leur devoir de payer les frais accessoires de chauffage.

Quant aux frais administratifs pour le décompte de chauffage et l'établissement du décompte de frais accessoires, le TF considère qu'en l'espèce, les honoraires d'administration (cf. art. 4 et 5 OBLF) se rapportent – du moins en partie – aux postes des frais accessoires qui n'auraient pas dus être pris en compte, faute d'accord contractuel à leur propos. Or, si des frais accessoires ne sont pas dus, des honoraires ne peuvent évidemment pas non plus être facturés pour l'établissement d'un décompte de frais accessoires erroné.

3. Après avoir constaté que l'intimée avait facturé à tort aux recourants les frais d'eau chaude et les frais administratifs sans relation avec le chauffage, le TF se demande dans quelle mesure l'intimée doit restituer ces montants aux recourants.
4. Le TF s'interroge premièrement sur le principe d'un droit des recourants à récupérer ces montants. Il se demande si, en acceptant les décomptes antérieurs à 1998-1999, les recourants ont renoncé à remettre en cause ces décomptes et perdu ainsi toute prétention en restitution pour les périodes antérieures à 1998-1999.

Le TF relève à ce propos que par la présentation du solde (en l'espèce, l'établissement du décompte de frais accessoires) et sa reconnaissance (soit par l'absence de réclamation dans le délai fixé contractuellement), les parties concluent un accord sur le solde, qui remplace les prétentions réciproques des parties concernant une période déterminée. La correction d'un solde erroné est néanmoins possible après un accord sur le solde. Cet accord sur le solde n'entraîne donc pas de renonciation aux objections contre des comptabilisations fausses. Il a avant tout pour conséquence que la partie qui veut contester l'exactitude du solde reconnu doit prouver l'inexactitude de ce solde (ATF 104 II 190 cons. 3a; TF, 23.12.1993, 4C.264/1993, SJ 1994, p. 269 ss; Aeppli, *Das Erlöschen der Obligationen*, in: *Obligationenrecht*, 3^e éd., V 1 h, Zurich 1991, n. 121 ad art. 117 CO; Schwenger, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 2^e éd., Berne 2000, p. 429, n° 80.07; Gauch/Schluép/Schmid/Rey, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 7^e éd., Zurich 1998, p. 233, n. 3239; Bucher, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 2^e éd., Zurich 1988, p. 413). De même, en matière de bail, des frais accessoires payés en trop peuvent être répétés malgré la reconnaissance du décompte de frais accessoires (SVIT-Kommentar, op. cit., n. 27 ad art. 257-257b CO; Lachat/Stoll/Brunner, *Das Mietrecht für die Praxis*, 4^e éd., Zurich 1999, p. 228, note 66 et p. 229; Oberle, *Nebenkosten – Heizkosten*, Zurich 1999, p. 42).

Le TF en conclut que les recourants ont droit à la restitution des montants payés en trop sur la base des décomptes antérieurs à 1998-1999, malgré leur reconnaissance de ces décomptes.

5. Le TF examine en second lieu la question de la prescription de la prétention en restitution des recourants. Pour trancher, le TF distingue deux situations:
 - Avant la présentation du solde, la prétention en restitution d'acomptes payés en trop découle du contrat. Elle se prescrit conformément à l'art. 128 CO (ATF 126 III 119 ss).
 - Après la présentation du solde et sa reconnaissance, le rapport de droit entre les parties repose sur une nouvelle base. La correction ultérieure du solde ne s'opère plus en vertu de la relation contractuelle originelle, mais sur la base du droit de l'enrichissement illégitime (en général: TF, 23.12.1993, 4C.264/1993, SJ 1994, p. 269 ss; Von Tuhr/Escher, *Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts*, 3^e éd., II, Zurich 1984, p. 185 s.; Aeppli, op. cit., n. 42 ad art. 117 CO; Bucher, op. cit., p. 413; Schwenger, op. cit., p. 429; pour le droit du bail, cf. en particulier Lachat/Stoll/Brunner, op. cit., p. 229; Oberle, op. cit., p. 42; Higi, op. cit., n. 24 ad art. 257a-257b CO). La prétention en restitution d'acomptes payés en trop découle ici des art. 62 ss CO. Elle se prescrit conformément à l'art. 67 CO.

En l'espèce, le TF indique que les prétentions en restitution, formées après la présentation des différents décomptes de frais accessoires, sont soumises aux art. 62 ss CO et se prescrivent par un an à compter du jour où les recourants ont eu

connaissance de leur droit à répétition (art. 67 CO). Le TF constate qu'ils ont su le 30 décembre 1998 que l'intimée leur facturait des frais accessoires non prévus dans le contrat de bail. Comme ils n'ont saisi l'Autorité de conciliation que le 19 janvier 2000, leurs prétentions sont prescrites en tant qu'elles concernent les décomptes antérieurs à la période 1997-1998.

Note

6. Cet arrêt confirme que l'art. 257a al. 2 CO est une règle spéciale qui déroge à l'art. 18 al. 1 CO (Higi, op. cit., n. 14 ad art. 257a-257b CO; Wessner, op. cit., p. 9; Lachat, *Le bail à loyer*, Lausanne 1997, p. 222, note 10): en l'absence d'un accord des parties qui décrit de façon claire et précise les frais accessoires à la charge du locataire en sus du loyer, l'art. 257a al. 2 CO impose au juge de considérer que les parties s'en sont tenues au principe selon lequel le loyer visé aux art. 253 et 257 CO englobe toutes les prestations du bailleur (Higi, op. cit., n. 13 et 14 ad art. 254a-257b CO; Jäggi/Gauch, *Kommentar zu Art. 18 OR*, in: *Obligationenrecht*, 3^e éd., V 1 b, Zurich 1980, n. 412 ad art. 18 CO; Kramer, *Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht*, 3^e éd., VI 1, Berne 1986, n. 49 ad art. 18 CO; Lachat, op. cit., p. 222; Tercier, *Les contrats spéciaux*, 3^e éd., Zurich 2002, p. 289, n° 2013).

Si l'art. 257a al. 2 CO est strict quant au contenu de l'accord sur les frais accessoires, il ne pose aucune règle sur la forme de cet accord, qui peut par conséquent résulter de déclarations orales ou écrites, expresses ou tacites (art. 1 al. 2 CO) ou encore d'actes concluants (RJJ 1993, p. 170 ss, cons. 2; Higi, op. cit., n. 13 ad art. 257-257b CO; Wessner, op. cit., p. 9; Lachat, op. cit., p. 222, note 7).

Le TF précise qu'il n'y a pas d'accord spécial au sens de l'art. 257a al. 2 CO si les parties se sont contentées de renvoyer à des conditions générales annexées au contrat pour la question des frais accessoires. Elles doivent donc avoir individuellement convenu que certains frais accessoires sont à la charge du locataire (*dans le même sens*: RJJ 1993, p. 170 ss, cons. 2b). On peut se demander s'il ne faut pas en déduire qu'en cas d'incorporation globale de conditions générales (*c'est-à-dire sans que le locataire connaisse leur contenu précis parce qu'il ne les a pas lues ou pas comprises*, Gauch/Schluép/Schmid/Rey, op. cit., p. 233, n. 1130) à un contrat de bail qui ne traite pas des frais accessoires, une clause contenue dans ces conditions générales mettant certains frais accessoires à la charge du locataire est insolite, car contraire au principe selon lequel le loyer couvre toutes les prestations du bailleur, et partant ne produit aucun effet (ATF 119 II 142 cons. 1a, JT 1994 I 71; Gauch/Schluép/Schmid/Rey, op. cit., p. 236 s., n. 1141-1142).

Si les parties ont individuellement convenu que le locataire assumera certains frais accessoires, le TF admet que des conditions générales incorporées au contrat précisent en quoi consistent ces frais. Par exemple, si les parties ont convenu que le locataire supportera les frais de chauffage, les conditions générales peuvent détailler les frais d'exploitation

qui rentrent dans cette catégorie. Conformément à l'art. 257a al. 2 CO, ces conditions générales ne seront cependant opposables au locataire que si leur interprétation (à ce propos, voir ATF 122 III 118 cons. 2a et d; Gauch/Schluep/Schmid/Rey, op. cit., p. 262, n. 1231 s.; Polivka, MRA 2002, p. 114 ss) démontre qu'elles indiquent sans la moindre ambiguïté le contenu de ces frais, par exemple si elles incluent dans les frais de chauffage visés dans le contrat de bail les frais qui par définition ne se conçoivent qu'avec l'exploitation du chauffage (cf. art. 5 al. 2 OBLF).

7. En l'absence d'un accord au sens de l'art. 257a al. 2 CO, le locataire peut réclamer au bailleur la restitution des acomptes de frais accessoires versés en trop.

Formée avant la reconnaissance du solde du décompte annuel de frais accessoires (art. 4 al. 1 OBLF), cette prétention a un fondement contractuel (ATF 126 III 119 cons. 2b et d, JT 2000 I 630) et se prescrit dans le délai de cinq ans de l'art. 128 al. 1 CO. En principe, ce délai court dès la réception du décompte annuel de frais accessoires (art. 75 et 130 CO; cf. Higi, op. cit., n. 23 ad art. 257a-257b CO).

Comme le laisse entendre le TF, la reconnaissance du solde emporte novation (art. 117 al. 2 CO), raison pour laquelle le locataire qui veut récupérer ses acomptes après cette reconnaissance doit agir selon les art. 62 ss CO (ATF 104 II 190 cons. 3a, JT 1979 I 8; SJ 1993, p. 269 ss, cons. 4a/bb; sur l'application de l'art. 117 CO à la reconnaissance du solde du décompte de frais accessoires, voir Aeppli, op. cit., n. 7 ad art. 117 CO), dans le délai de prescription de l'art. 67 CO. Si la reconnaissance du solde ne supplée pas à l'absence d'un accord au sens de l'art. 257a al. 2 CO, elle vaut en revanche renonciation du locataire à se prévaloir d'un vice du consentement découvert antérieurement et qui affecterait un des articles du compte et à invoquer les exceptions qu'il avait déjà soulevées ou dont l'existence était incertaine au moment de la reconnaissance, mais qu'il n'avait pas expressément réservées (ATF 104 II 190 cons. 3, JT 1979 I 8; Aeppli, op. cit., n. 42 ad art. 117 CO). On peut par conséquent se demander si, par exemple, le locataire qui constate l'absence d'un accord au sens de l'art. 257a al. 2 CO (ou qui doute de son existence) après le paiement des acomptes mais avant la reconnaissance du solde ne devrait pas être déchu de son droit d'agir en restitution de ces acomptes s'il l'invoque seulement après cette reconnaissance.

A.M.

4 Frais accessoires. Interprétation de la convention passée entre les parties.

Tribunal fédéral

16.11.2001

X. SA c.Y. SA

4C.190/2001

Art. 256b, 257a CO

1. Pour que les frais accessoires puissent être mis à la charge du locataire, il faut que les parties en soient convenues d'une manière suffisamment précise et détaillée (ATF 121 III 460 cons. 2a/aa; SVIT-Kommentar, Mietrecht, 2^e éd., Zurich 1998, n. 18 ad art. 257-257b CO; Lachat, Le bail à loyer, Lausanne 1997, p. 222, ch. 1.4 et 1.5; Higi, Die Miete, in: Obligationenrecht, 3^e éd., V 2 b, Zurich 1994, n. 13 ad art. 257a-257b CO; Weber/Zihlmann, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, in: Obligationenrecht I, 2^e éd., Bâle 1996, n. 5 ad art. 257a CO). Il n'est pas nécessaire que la convention soit conclue par écrit; elle peut aussi résulter d'actes concluants (SVIT-Kommentar Mietrecht, op. cit., n. 19 ad art. 257-257b CO; Lachat, op. cit., p. 222, ch. 1.4; Higi, op. cit., n. 13 ad art. 257a-257b CO). L'art. 257a al. 2 CO se présente comme une règle particulière d'interprétation en ce sens que les frais accessoires sont à la charge du bailleur dans tous les cas où il n'est pas établi qu'ils ont été mis conventionnellement à la charge du locataire (Higi, op. cit., n. 14 ad art. 257a-257b CO; Lachat, op. cit., p. 222, ch. 1.5). En conséquence, le bailleur ne peut facturer au locataire d'autres frais accessoires que ceux qui ont été convenus; à défaut de convention, ceux-ci sont compris dans le loyer (ATF 121 III 460 cons. 2a/aa).
2. En l'espèce, il ne ressort pas de l'arrêt attaqué que la Cour cantonale aurait déterminé la volonté réelle des parties. Il faut donc procéder à une interprétation selon le principe de la confiance. Il convient tout d'abord d'observer que l'on se trouve en présence d'un bail commercial portant sur une valeur locative considérable, de sorte que l'on doit supposer que les parties, dûment conseillées, en ont examiné les termes avec soin. Les constatations souveraines de l'autorité cantonale ne contiennent en tout cas aucun élément qui puisse faire penser que les parties se sont servies de dénominations inexactes.

L'art. 9 des contrats contient une liste des frais accessoires à la charge du locataire, qui sont décrits de manière précise. La clause ne comporte aucun renvoi aux usages locatifs, ni aucune mention telle que «notamment» ou «en particulier» qui montrerait que la liste n'est pas exhaustive. La Cour cantonale n'a pas violé les règles du droit fédéral sur l'interprétation des manifestations de volonté en considérant que la liste figurant à l'art. 9 devait être tenue pour complète.

Il est vrai que les contrats, à un tout autre emplacement, contiennent une clause générale de renvoi au CO et aux usages locatifs, mais ce renvoi ne vaut – selon son texte clair – que pour autant que les clauses contractuelles n'y dérogent pas. Or, les parties, pour les frais accessoires, ont adopté une disposition spéciale (l'art. 9) qui se présente comme une énumération exhaustive, excluant tout complément.

Que la liste contenue à l'art. 9 des conventions ne corresponde pas entièrement aux usages ne permet aucune conclusion décisive, puisque les parties pouvaient, en vertu de la liberté contractuelle, déroger aux usages. La manière dont une autre société aurait compris la même clause ne revêt aucun caractère pertinent et ne saurait lier l'intimée.

Même si les premières réclamations de la demanderesse n'ont pas été soigneusement motivées, il ressort des constatations cantonales qu'elle a contesté d'emblée le montant qui lui était réclamé; on ne peut déduire d'une contestation globale du montant réclamé une quelconque acceptation des bases de calcul.

3. Entrant dans le détail, la recourante essaie de démontrer que certains postes écartés par la Cour cantonale pouvaient entrer dans le cadre de la liste contenue à l'art. 9 des contrats.
 - S'agissant des frais de chauffage, elle soutient que l'art. 9 s'est borné à énoncer les points sur lesquels il divergeait des usages locatifs, de sorte que ceux-ci seraient applicables pour le surplus. Si telle était réellement la volonté de la recourante, il lui incombait de le dire clairement dans la clause contractuelle. En soumettant à son cocontractant une clause qu'elle a rédigée elle-même et qui se présente comme une énumération exhaustive, elle a créé une apparence qui lui est opposable.
 - S'agissant des frais pour le refroidissement de l'air, on ne peut pas dire – comme le soutient la recourante – qu'ils sont compris dans les frais de chauffage. En effet, les notions de chauffage et de refroidissement sont parfaitement antinomiques.
 - La clause contractuelle énumère de manière détaillée les différents frais d'entretien qui sont à la charge du locataire (frais d'entretien des locaux communs, frais d'entretien des parkings du centre et des parkings extérieurs, frais d'entretien des places de jeu...); il n'est fait aucune mention des frais d'entretien des locaux techniques, de sorte que la Cour cantonale n'a pas transgressé le droit fédéral en les excluant.
 - On pourrait peut-être se demander si les frais d'entretien des gazons ne sont pas compris dans la notion de frais d'entretien des plantations. La recourante ne développe pas d'argumentation précise à ce sujet et il est probable, selon le sens courant des mots, que l'on visait plutôt des arbres, arbustes et massifs floraux.
 - S'agissant des frais liés aux ascenseurs, la recourante relève elle-même que les usages locatifs les mentionnent expressément; dès lors qu'il s'agit

d'un poste qu'il est d'usage de mentionner, la Cour cantonale pouvait déduire de l'absence de mention que ce poste avait été exclu à l'art. 9.

Il suit de là qu'aucun élément dans les constatations cantonales ne permet de penser que les parties auraient passé, à un moment quelconque, un accord dérogeant à l'art. 9.

F.B.

5 Garantie de loyer. Poursuite ordinaire. Contestation du mode de poursuite. Exception du *beneficium excussionis realis*. Plainte LP.

Tribunal fédéral

20.02.2003

X. SA c. Autorité de surveillance

7B.243/2002; ATF 129 III 360

Art. 257e CO ; 37, 41 al. 1bis LP

1. Dans le cadre d'une poursuite ordinaire, Y. SA a réclamé à X. SA le paiement d'un montant de quelque Fr. 8700.–, représentant des loyers et charges dus, pour la période du 1^{er} avril au 30 juin 2002, en vertu d'un contrat de bail du 1^{er} janvier 2001. Ce bail avait été résilié pour le 28 février 2002, mais X. SA était restée dans les locaux loués jusqu'au 1^{er} juillet 2002 et avait versé les loyers et indemnités pour occupation illicite jusqu'à fin mars 2002. X. SA a formé opposition au commandement de payer et a déposé une plainte dans laquelle elle a soulevé l'exception du *beneficium excussionis realis*, concluant à l'annulation de la poursuite. A l'appui de sa plainte, X. SA a exposé qu'elle avait fourni à la créancière une garantie bancaire de Fr. 10 200.–, établie le 13 juin 1995, en vue de garantir l'exécution de ses obligations résultant du contrat de bail. L'Autorité cantonale de surveillance a rejeté la plainte. X. SA a recouru au TF, lequel a retenu en substance ce qui suit.
2. Selon l'art. 41 al. 1bis LP, lorsqu'une poursuite par voie de saisie ou de faillite est introduite pour une créance garantie par gage, le débiteur peut demander, par le biais d'une plainte (art. 17), que le créancier exerce d'abord son droit sur l'objet du gage. Le débiteur soulève à cet égard l'exception du *beneficium excussionis realis*. Il doit dès lors démontrer, de façon claire, que la créance en poursuite est garantie par un gage défini par l'art. 37 LP.
3. En l'occurrence, X. SA a fait une telle démonstration. Elle a justifié avant tout, et la décision entreprise le confirme, que la garantie de loyer qu'elle avait fournie couvrait, à défaut de clause spéciale, l'intégralité des prétentions que la créancière peut faire valoir en vertu du contrat litigieux, partant la créance en poursuite. Elle a ensuite établi que la doctrine et la jurisprudence admettaient en général que les sûretés fournies par le locataire selon l'art. 257e CO étaient une forme de consignation à

titre de sûreté qui fait naître un droit de gage au sens de l'art. 37 LP au bénéfice du bailleur (*Higi, Die Miete, in: Obligationenrecht, 3^e éd., V 2 b, Zurich 1994, n. 25 ad art. 257e CO; USPI, Commentaire du bail à loyer, Genève 1992, n. 17 ad art. 257e CO; Gilliéron, Bailleur et locataire d'une chose immobilière dans l'exécution forcée, in: 7^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 1992, p. 7; Foëx, Les sûretés et le bail à loyer, in: 12^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2002, p. 10*). Le fait qu'une telle sûreté a un caractère subsidiaire ne change en rien la nature de celle-ci.

4. Le locataire qui a fourni des sûretés en espèces ou sous forme de papiers-valeurs, que le bailleur a déposées auprès d'une banque au nom du locataire (art. 257e al. 1 CO), peut donc, par la voie de la plainte, exciper du *beneficium excussionis realis* et contraindre le bailleur à requérir une poursuite en réalisation du gage mobilier (*Gilliéron, op. cit., p. 11*). Au vu de ce qui précède, force est dès lors de constater que X. SA était en droit de faire valoir une telle exception; sa plainte conduit donc à l'annulation de la poursuite ordinaire engagée à son endroit.

Note

5. A lire cet arrêt, il semble que le TF admette sans autre que les sûretés fournies par le locataire durant le bail couvrent également les prétentions du bailleur en indemnités pour occupation illicite, pour le cas où le locataire ne quitte pas les locaux à la fin du bail. Une telle affirmation pose la question générale du cercle des créances garanties par les sûretés. A cet égard, Lachat (*in: Commentaire romand, CO I, Bâle/Genève/Munich 2003, n. 2 ad art. 257e CO*) expose que par la prétention à des sûretés, le bailleur vise à se prémunir contre l'insolvabilité du locataire ou contre d'éventuels dégâts à la chose louée et, qu'à défaut de clause particulière, les sûretés fournies couvrent toutes les prétentions que le bailleur peut émettre en vertu du bail. Foëx (*op. cit., p. 5*) relève à ce sujet que la doctrine semble effectivement considérer que sauf convention contraire, ce sont toutes les créances du bailleur envers le locataire qui sont garanties. Il estime toutefois que cette manière de voir a un caractère quelque peu hardi. En effet, c'est l'interprétation de la convention ayant donné naissance à la sûreté qui, selon lui, est déterminante. Nous pensons également que c'est la convention des parties qui est décisive pour connaître l'étendue des créances garanties par les sûretés. A cet égard, on notera que le contrat-cadre pour la Suisse romande, dont la force obligatoire a été prononcée par le CF le 5 septembre 2001 (pris effet le 1^{er} décembre 2001), prévoit expressément que les sûretés garantissent aussi l'exécution des obligations du locataire envers le bailleur découlant de la possession, au-delà du bail, de la chose louée. Le contrat-cadre s'applique cependant uniquement aux baux à loyer portant sur des habitations, à l'exception des maisons individuelles et des appartements de luxe de six pièces ou plus et des appartements de vacances loués pour trois mois ou moins. En l'espèce, on ignore tout de la nature des locaux qui étaient loués par

X. SA. La locataire étant une société anonyme, on peut toutefois raisonnablement imaginer que le contrat portait sur des locaux à usage commercial: dans ce cas, le contrat-cadre pour la Suisse romande n'aura été d'aucun secours à notre haute Cour. Ignorant enfin la teneur de la convention passée entre les parties, reste partant ouverte la question de savoir sur quelle base le TF est parvenu à la conclusion que les sûretés bancaires fournies par X. SA garantissaient également les prétentions du bailleur en indemnités pour occupation illicite des locaux.

6. En l'état, nous nous autorisons deux remarques finales. Premièrement, la prudence conduit à attendre une décision jurisprudentielle claire sur le cercle des créances garanties par les sûretés au sens de l'art. 257e CO, étant précisé, une nouvelle fois, que la question ne devrait pas se poser à l'occasion d'un bail d'habitation régi par le contrat-cadre romand (dont le texte retient une solution explicite en la matière). Deuxièmement, nous confirmons qu'à notre avis, la solution dépendra avant tout de la convention des parties (sous réserve de l'application impérative de règles telles que celles figurant dans le contrat-cadre romand).

M.M.

6 Bail portant sur un centre médical. Violation du devoir de diligence du locataire. Ne constitue pas un usage soigneux des locaux l'utilisation inadéquate d'une installation, en l'espèce la non-fermeture d'un robinet de vidange provoquant une surconsommation considérable d'eau. Condamnation du locataire au paiement de dommages-intérêts. Substitution, en cours de procès, du bailleur décédé par ses exécuteurs testamentaires.

Tribunal fédéral

25.10.2000

Centre médical X. SA et Y. c. K. et S.

4C.175/2000

Art. 97 al. 1, 257f al. 1 CO; 518 CC

1. En vertu de l'art. 257f al. 1 CO, le locataire est tenu d'user de la chose avec le soin nécessaire. Il en découle principalement qu'il ne doit pas endommager la chose, ni en diminuer la valeur par un mauvais usage ou causer de quelque manière que ce soit un préjudice au bailleur. En cas de violation du devoir de diligence (cf. le titre marginal de la disposition), ce dernier peut, après une protestation écrite restée sans effet, résilier le contrat de façon anticipée, en fixant en principe un délai de congé de 30 jours pour la fin d'un mois lorsqu'il s'agit d'un bail d'habitation ou de locaux commerciaux

(art. 257f al. 3 CO). En revanche, la règle en question est muette sur l'octroi d'une éventuelle indemnisation du bailleur.

2. En l'espèce, G. a conclu en 1982 un bail portant sur des locaux à usage d'unité médicale avec la société anonyme X. et Y., solidairement entre eux. Le contrat prévoyait que les « sanitaires » étaient à la charge de la société locataire, avec une participation de près de Fr. 10 000.– du bailleur.

De 1988 à 1994, la consommation annuelle d'eau froide de l'immeuble facturée au bailleur par les services industriels de la ville de Lausanne a passé, en chiffres arrondis, de 11 000 m³ à près de 30 000 m³ (coût: Fr. 1.50 le m³ en 1994). Il apparut que la cause de la surconsommation d'eau résidait selon toute vraisemblance dans le fait qu'un robinet de vidange de conduite d'écoulement installé par la locataire dans le centre médical était resté malencontreusement ouvert. Selon le Tribunal des baux, puis le TC du canton de Vaud, ce fait était imputable à faute à la société locataire et justifiait le paiement de quelque Fr. 40 000.– à titre de dommages-intérêts au bailleur. Ce dernier étant décédé, ses exécuteurs testamentaires K. et S. prirent sa place dans le procès qu'il avait intenté, notamment dans la procédure de recours en réforme devant le TF.

3. Selon notre haute Cour, l'obligation de diligence imposée au locataire par l'art. 257f CO implique qu'il ne fasse pas de la chose un usage contraire à son affectation. Cette obligation est en particulier violée lorsqu'il utilise de manière inadéquate une installation attachée aux locaux loués et cause de ce fait un dommage inutile au bailleur. Ainsi en est-il, comme dans la présente affaire, lorsqu'il laisse couler « inconsidérément l'eau d'un robinet de vidange au point d'entraîner une surconsommation importante et insolite » (p. 8). Et le TF de confirmer sèchement la condamnation des défendeurs X. SA et Y. à indemniser le bailleur (donc, ses héritiers) du préjudice subi, en dépit du fait que l'art. 257f CO ne mentionne pas une telle conséquence.

Note

4. Cet arrêt ne suscitera guère d'étonnement chez les connaisseurs du droit du bail, car il confirme sur plus d'un point des principes reconnus qui touchent l'obligation de diligence du locataire dans l'usage de la chose louée, au sens de l'art. 257f CO. Cela ne nous dispense néanmoins pas de quelques commentaires.
5. S'agissant tout d'abord du contenu de l'obligation de diligence, et spécialement de la détermination de « l'usage soigneux » – pour reprendre les termes du TF – que le bailleur est en droit d'attendre du locataire, c'est prioritairement dans le contrat qu'il faut chercher la réponse, au regard notamment de l'affectation de la chose louée telle qu'elle a été voulue par les parties (cf. sur ce point l'ATF 123 III 124, JT 1998 I 295, cons. 2, qui critique la teneur du texte de l'art. 257f CO, jugée trop étroite). Qui dit

« contrat » dit aussi d'autres normes que celles du Code qui sont sans autre applicables, comme les « règles et usages locatifs » qui, dans le canton de Vaud, ont force obligatoire (cf. Sulliger, *Le contrat-cadre romand de baux à loyer et les dispositions paritaires romandes et règles et usages locatifs du canton de Vaud*, CdB 2002, p. 97 ss). On ajoutera un éventuel « règlement de maison » porté à connaissance des locataires (cf. Lachat, *Le bail à loyer*, Lausanne 1997, p. 50). A défaut de norme spécifique, ce sont les circonstances interprétées selon le principe de la bonne foi qui permettront de définir de cas en cas si le locataire a fait de la chose un usage soigneux. Le TF ne manque pas de le rappeler en l'occurrence (p. 7).

6. Quant à la violation de l'obligation de diligence pour le locataire, l'art. 257f CO ne mentionne comme conséquence que la résiliation anticipée du bail. Mais la doctrine (Lachat, *op. cit.*, p. 51; *SVIT-Kommentar Mietrecht*, 2^e éd., Zurich 1997, n. 3 ad art. 257f CO) et la jurisprudence (*l'arrêt en discussion*, p. 8) admettent qu'une sanction compensatoire puisse aussi frapper le locataire qui se voit imputer une faute, fût-ce une simple négligence, au sens de l'art. 97 al. 1 CO. Cette sanction peut consister dans la prise en charge de frais de réparation de la chose louée et/ou dans le paiement de dommages-intérêts au bailleur. Il faut y voir l'application pure et simple de la norme générale instituant la responsabilité contractuelle du débiteur, qui entre notamment en ligne de compte en cas de violation des devoirs – souvent non discutés par les parties – de sécurité et de sauvegarde des intérêts légitimes du créancier. L'ancien droit du bail, soit dit en passant, mentionnait expressément une telle sanction dans la disposition correspondant à l'art. 257f CO (cf. art. 261 al. 2 anc. CO).
7. L'arrêt commenté rappelle également la substitution procédurale d'une partie qui décède par son exécuteur testamentaire, en application de l'art. 518 CO (cf. aussi sur ce point ATF 116 II 131, qui précise que lorsque l'administration des biens de la succession lui est confiée, l'exécuteur testamentaire conduit le procès concernant l'actif ou le passif en son propre nom).
8. Pour clore, est-il besoin de souligner que la fourniture de prestations accessoires – en l'occurrence, la fourniture d'eau froide – par une collectivité publique ou un tiers, sans contrôle de l'exploitation de distribution dans l'immeuble par le bailleur et sans fixation d'un critère de répartition des frais en découlant entre les usagers, ne peut qu'être source de litiges. A la limite, mais les faits relatés dans l'arrêt sont trop succincts pour qu'on en tire une critique péremptoire, on est en droit de se demander si, en de telles circonstances, le bailleur n'aurait pas dû garder à sa charge une part du dommage subi, en raison d'une faute concomitante (art. 44 al. 1 CO). Cette faute aurait tout d'abord pu consister à laisser installer par la locataire un système d'utilisation d'eau apparemment non fiable et auquel il n'avait pas accès, mais dont il assumait le coût de la consommation envers les services industriels de la ville de Lausanne. Cette faute aurait également pu

résider dans la passivité du bailleur à intervenir auprès de la locataire, après avoir constaté que, au fil des années, la consommation d'eau dans son immeuble ne laissait d'augmenter pour devenir de toute évidence excessive (l'expert mandaté par le Tribunal des baux a observé en 1994 une surconsommation moyenne de 41 m³ par jour!). Bref, le demandeur avait-il tout fait pour prévenir et/ou diminuer son préjudice, selon les règles de la bonne foi? A notre sens, une telle question méritait à tout le moins d'être posée.

P.W.

7 Baux portant d'une part sur une station-service pour automobilistes, d'autre part sur un local de vente de divers articles. Cessation anticipée de l'activité commerciale par la locataire. Violation de l'obligation tacite d'exploiter. Résiliation anticipée des baux par le bailleur et réparation du dommage subi par lui.

Tribunal cantonal, Valais

08.01.2002

X. SA c. W.S.

RVJ 2002, p. 261

Art. 257f al. 1 et 3 CO

1. Le locataire d'un bail à loyer a le droit d'utiliser la chose louée, mais non l'obligation. En principe, le bailleur ne saurait donc exiger de lui un usage effectif. Néanmoins une obligation d'usage peut être contractuellement prévue. Elle est assez fréquente dans le domaine commercial. On admet même que la clause puisse être tacite.

Dans un arrêt qui a fait jurisprudence (*ATF 103 II 247, JT 1978 I 504, cons. 2c, confirmé par la suite: TF, 26.05.1992, DB 1995, p. 6, n° 4*), le TF a admis qu'une obligation d'usage pouvait, à défaut de clause expresse, être déduite de l'obligation du locataire d'user de la chose avec le soin nécessaire (art. 261 al. 1 anc. CO, 257f al. 1 CO), combinée avec le principe de la bonne foi (art. 2 al. 1 CC). Dans les baux portant en particulier sur des immeubles industriels ou commerciaux avec affectation particulière, le TF a précisé que le locataire pouvait être tenu tacitement d'exploiter les locaux loués. Il a considéré que, dans de tels cas, le bailleur a en général la volonté de créer ou de maintenir une clientèle spécifique à l'activité exercée et que toute interruption était propre à entraîner pour lui une dépréciation de la valeur des locaux. Le locataire ne saurait en règle générale méconnaître un tel intérêt de son partenaire contractuel, en application du principe de la confiance dans les affaires. Cette jurisprudence a trouvé l'approbation de la doctrine (*cf. en particulier Higi, Die Miete, in: Obligationenrecht, 3^e éd., V 2 b, Zurich 1994, n. 22 ad art. 257f CO*

et les réf. cit; Knoepfler, note, DB 1995, p. 6, n° 4; SVIT-Kommentar Mietrecht, 2^e éd., Zurich 1998, n. 14 ss ad art. 257f CO).

2. En l'espèce, les parties avaient conclu deux baux, l'un portant sur une station-service pour automobilistes, l'autre sur un local de vente de divers articles (un «shop» dans le langage souvent utilisé), pour une durée de dix ans. Après six ans, soit en août 1997, la société locataire a cessé d'user des locaux pour exploiter une activité du même genre, ailleurs, dans un lieu jugé plus attractif. Les locaux loués, désaffectés, ressemblaient à un chantier à ce moment-là.

Le bailleur résilie les contrats de façon anticipée, en application de l'art. 257f al. 3 CO. Il réclame au surplus des dommages-intérêts à la locataire. A la question de savoir si cette dernière était contractuellement tenue d'exploiter les locaux loués, le TC du Valais répond affirmativement et donne droit à indemnisation au demandeur.

3. Les juges se réfèrent à la jurisprudence du TF et à la doctrine, en rappelant que ce sont les circonstances concrètes du cas d'espèce qui permettent de déterminer, en l'absence d'une clause expresse en la matière, si une obligation d'exploiter peut se déduire du principe de la bonne foi, au regard de l'affectation particulière des locaux et de la clientèle qui est attachée à l'activité exercée.

C'est en vain que la locataire argue ici qu'elle a aménagé les locaux en question et y a installé son logo à ses frais. En effet, le bailleur exploitait en ce lieu, bien avant que les baux litigieux ne soient signés, une activité commerciale de ce genre et s'était ainsi créé une clientèle; à cela s'ajoute qu'il a installé durant la période contractuelle une station de lavage de véhicules et un bar, dans une partie du bâtiment loué à proximité.

Et le TC valaisan d'admettre en l'occurrence l'existence d'une clause tacite d'exploitation des locaux loués, qui n'a pas été respectée par la locataire, sans que le bailleur n'encoure un grief. Ce dernier était donc en droit de résilier de façon anticipée les contrats, en respectant les conditions posées à l'art. 257f al. 3 CO.

4. Les juges reconnaissent également au bailleur une créance en réparation du dommage subi (au sens de l'art. 97 al. 1 CO): compensation de l'intérêt à l'exécution du contrat (*sur la question de la réparation du dommage en rapport avec la violation du devoir de diligence du locataire, cf. supra n° 6, point 6.*). Ce dommage comprend ici d'une part la pleine perte de loyers pendant 10 mois (du 1^{er} septembre 1997 au 30 juin 1998), période pendant laquelle les locaux sont restés inexploités. Le préjudice comprend d'autre part la perte partielle des loyers subie dès la relocation à un tiers à des conditions moins favorables, et cela jusqu'à l'échéance des baux litigieux, soit durant 30 mois (du 1^{er} juillet 1998 au 31 décembre 2000). Au total, c'est un montant de quelque Fr. 160 000.– que la locataire doit au bailleur.

P.W.



8 Bail portant sur une habitation. Installation sans l'accord du bailleur de vitrages sur le balcon. Résiliation anticipée du contrat par le bailleur pour prétendue violation du devoir de diligence imposé au locataire. Résiliation jugée inefficace au vu des circonstances, notamment en raison du non-respect des principes de la proportionnalité et de subsidiarité. Le laps de temps écoulé entre une ultime protestation et la résiliation du bail constitue un indice pertinent pour déterminer le degré de tolérance manifesté par le bailleur.

Tribunal fédéral

08.08.2001

Association X. c. Epoux H.

4C.118/2001; MRA 2001, p. 154 ss

Art. 257f al. 3 CO ; 4 CC

1. En 1996, l'Association X. a remis à bail aux époux H. un appartement situé au premier étage d'un immeuble qui lui appartient. Par plusieurs lettres (dont une ultime du 13 mars 1997), elle a demandé aux locataires d'enlever les vitrages qu'ils avaient posés sans son accord sur leur balcon, en invoquant notamment des motifs esthétiques.

Sur dénonciation de la bailleuse, la Police des constructions, à plusieurs reprises (dont la dernière le 27 avril 1998), a ordonné aux époux H. de démonter l'installation.

Le 18 septembre 1998, l'Association X. a résilié le contrat pour le 31 octobre 1998, en invoquant les art. 257f et 260a CO.

Par arrêté du 31 mars 1999, le Conseil d'Etat du canton de Genève a donné suite à une requête des locataires. Il a admis le maintien à titre précaire « *ad personam* » de l'installation litigieuse, « pour le motif qu'une mesure aussi grave que la démolition apparaissait disproportionnée au vu des intérêts en cause et de la modestie de l'intervention ».

Agissant par la voie du recours en réforme, la bailleuse invite en vain le TF à annuler l'arrêt de la Chambre d'appel en matière de baux et loyers de Genève, qui avait déclaré le congé inefficace et donc rejette la requête en évacuation déposée par elle.

2. Le TF commence par rappeler succinctement la teneur des dispositions dont se prévaut l'Association X. Selon l'art. 260a al. 1 CO, le locataire n'a le droit de rénover ou de modifier la chose qu'avec le consentement écrit du bailleur. Par ailleurs, il est tenu d'user de la chose avec le soin nécessaire (art. 257f al. 1 CO). A défaut, et lorsque le maintien du bail devient insupportable parce que le locataire persiste à enfreindre son devoir de diligence, nonobstant une protestation écrite du bailleur, ce dernier a la faculté de résilier le contrat de façon anticipée, voire avec effet immédiat (art. 257f al. 3 et 4 CO).

3. Le TF limite son examen à la seule question litigieuse: savoir si le congé anticipé était justifié ou non, autrement dit si le maintien du contrat était devenu insupportable ou non pour le bailleur. Cette question se résout en équité, c'est-à-dire « en tenant compte de toutes les circonstances essentielles du cas d'espèce » (cons. 1a). Et de rappeler qu'en de tels cas, jugés en application des principes tirés de l'art. 4 CC, il ne revoit qu'avec réserve la décision prise par l'instance cantonale; il ne la sanctionne que lorsqu'elle « aboutit à un résultat manifestement injuste ou à une iniquité choquante » (cons. 1a).

4. Comme la Cour cantonale, le TF souligne que le laps de temps écoulé entre une ultime protestation (ici: le 13 mars 1997) et la résiliation du bail (ici: le 18 septembre 1998) « constitue un indice pertinent pour déterminer le degré de tolérance manifesté par le bailleur » (cons. 1b). Plus ce laps de temps est long, plus le seuil de tolérance à l'égard de la nuisance reprochée au locataire peut être considéré comme élevé. Appliqué au cas d'espèce, ce facteur fait douter de l'impossibilité du maintien du contrat pour la demanderesse. Notre haute Cour fait siens également d'autres facteurs retenus par la Chambre d'appel genevoise: notamment l'arrêté du Conseil d'Etat qui, se fondant sur l'ensemble des circonstances, octroie aux locataires le maintien à titre précaire des vitrines sur le balcon; également la modestie de l'installation litigieuse et le fait qu'elle soit peu visible de l'extérieur de l'immeuble. Et le TF de conclure: la résiliation contestée ne respecte pas les principes de la proportionnalité et de subsidiarité, en ce sens qu'elle constitue une sanction disproportionnée (elle est jugée trop grave au regard du comportement du locataire) et impropre à atteindre son but (elle vise en réalité l'enlèvement des vitrages posés sur le balcon, et non pas le départ du locataire). En d'autres termes, on ne saurait ici parler d'une persistance dans la violation de l'obligation de diligence propre à justifier la résiliation anticipée du contrat, selon l'art. 257f al. 3 CO.

Note

5. Cet arrêt constitue un rappel utile de la jurisprudence en matière de congés extraordinaires du bail à loyer, notamment quand l'une des parties invoque à l'appui de la dénonciation anticipée un motif rendant selon elle intolérable la poursuite de rapports contractuels. Tout d'abord cette partie se souviendra qu'elle ne saurait laisser s'écouler une longue période entre le moment où elle a connaissance du motif invoqué et celui où elle met fin au bail, au risque sinon de se voir opposer l'argument retenu par les juges dans la présente espèce, à savoir que le congé constitue une sanction inadéquate et disproportionnée. Le fait qu'une autorité administrative intervienne dans le litige à un titre ou à un autre n'y change rien. Au surplus, on se rappellera que la résiliation extraordinaire dont les conditions – matérielles – ne sont pas remplies est inefficace, c'est-à-dire est dépourvue d'effet juridique, et donc nulle de plein droit, et non pas annulable au sens des art. 271 al. 1 et 273a al. 1 CO. C'est dire que le vice n'a pas à être invoqué péremptoirement dans le

délaï de 30 jours prévu dans cette dernière disposition. Cette solution est conforme à la jurisprudence posée dans un arrêt de principe rendu en 1995 (ATF 121 III 156, DB 1995, p. 25, n° 26). La doctrine dominante y souscrit (cf. notamment Corboz, *Les congés affectés d'un vice*, in: 9^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 1996, p. 25 ss; Lachat, *Le bail à loyer*, Lausanne 1997, p. 467).

P.W.

9 Conclusion du bail à loyer. Accord sur les éléments objectivement et subjectivement essentiels. Forme solennelle ou probatoire. Mesures provisionnelles.

Tribunal des baux, Vaud

03.11.2003

L. c. Z.

CdB 2002, p. 14

Art. 102, 107 al. 2, 253, 256 al. 1 CO

1. L'immeuble propriété de Z. est une villa de deux appartements, situés au rez-de-chaussée et au premier étage, avec un jardin. Les locataires de l'appartement du premier étage ont résilié leur bail de façon anticipée en faisant paraître des annonces en vue de trouver un locataire de remplacement. Les requérants L. ont visité l'appartement et ont appris de la bouche du locataire que celui-ci avait la jouissance de l'entier du jardin de la villa. Les époux L. ont ensuite visité une seconde fois l'appartement avec le gérant et auraient reçu confirmation de la jouissance du jardin.

Un bail à loyer, rédigé par la gérance, est envoyé aux locataires le 17 avril 2001 avec une lettre d'accompagnement invitant les requérants à retourner à la gérance un des exemplaires du bail dûment signé. Le bail ne porte aucune indication relative à la jouissance du jardin. A la question orale des locataires, le gérant se serait montré rassurant, expliquant qu'on ne pouvait pas « tout mettre sur un contrat de bail ». Les requérants ont alors apposé leur signature sur le contrat avec une lettre d'accompagnement du 21 avril qui indiquait qu'ils considéraient que la partie jardin faisait « partie intégrante de notre location ». Ils sollicitaient de connaître la relation bancaire pour le versement de la garantie ainsi que la date de l'état des lieux. Le gérant répond le 25 avril en prévoyant que l'état des lieux est fixé au 30 mai (date qui sera finalement avancée au 28 mai) et que la garantie de loyer peut être versée dans l'établissement bancaire choisi par les requérants.

Lors de l'état des lieux, la question de la jouissance du jardin a été abordée à nouveau. Il a été précisé sur un plan la partie du jardin qui était attribuée aux requérants qui ont admis ne pas avoir une

jouissance exclusive dudit jardin. Un différend est alors survenu du fait que le gérant a procédé rapidement à une visite des lieux, sans y associer les requérants qui ont refusé alors de signer le constat dressé dans de telles conditions, demandant que celui-ci soit établi en leur présence, ce que le gérant aurait refusé. Quelques heures plus tard, le gérant a informé les requérants par téléphone qu'il refusait de leur louer l'appartement en cause. Le même jour, le gérant a indiqué aux requérants, par écrit, qu'il refusait leur « contre-offre » et constatait que la garantie de loyer n'avait pas été constituée et qu'ils s'étaient refusés à signer l'état des lieux, sans motif. Le gérant ajoutait que vu le comportement agressif et impulsif des requérants, il ne pouvait donner suite à leurs « tractations ».

Le 29 mai, les requérants ont précisé par écrit qu'ils avaient ouvert le compte de garantie le 30 avril 2001 déjà et qu'ils étaient contraints de louer un logement provisoire « en attendant de récupérer leur appartement ». Le 5 juin 2001, l'assurance de protection juridique des requérants a écrit au gérant pour lui faire part de leur étonnement face à l'attitude adoptée, jugeant celle-ci constitutive d'une *culpa in contrahendo*. La lettre mentionnait une demande en dommages-intérêts que les époux L. chiffreraient au moment où ils pourraient se reloger. Les 7 et 13 juin, le gérant a fait paraître une annonce proposant le logement en cause à la location. Le 20 juin 2001, les requérants ont sollicité du Tribunal des baux l'octroi de mesures provisionnelles et préprovisionnelles, faisant d'une part interdiction à l'intimé, sous menace des peines prévues par l'art. 292 CP, de louer à un tiers l'appartement litigieux et demandant aussi que les clés de l'appartement leur soient remises immédiatement. Le 21 juin, la présidente du Tribunal des baux a enjoint l'intimé à respecter les engagements qu'il pouvait avoir pris envers les requérants. Le 25 juin, l'appartement litigieux a été reloué à un tiers avec effet au 1^{er} juillet 2001.

2. Le tribunal rappelle tout d'abord quelles sont les conditions mises à l'octroi de mesures provisionnelles tant en droit fédéral que cantonal. Parmi les quatre conditions cumulatives, le tribunal estime déterminante la question de la vraisemblance des faits (en plus de l'apparence du droit, du besoin de protection et de l'urgence ou de la menace d'un dommage difficile à réparer). Les parties sont divisées sur l'existence d'un contrat de bail. Dès lors, l'instruction va se concentrer sur la conclusion du contrat avec ensuite, dans l'hypothèse de son existence, le droit pour les requérants d'en exiger l'exécution.

Le tribunal rappelle que le bail à loyer est un contrat qui est parfait lorsque les parties se sont mises d'accord sur tous ses éléments essentiels. Il estime que :

« III. ab) En l'espèce, il est constant que les parties, soit les requérants et l'intimé, par l'intermédiaire de son gérant (art. 32 CO), se sont mises d'accord oralement sur les éléments objectivement essentiels du contrat, soit d'une part la cession de l'usage de l'appartement litigieux dès le 1^{er} juin 2001, pour une durée initiale d'une année, et d'autre part le loyer

dont le montant a été arrêté à Fr. 1500.– brut par mois. D'ailleurs, les termes de ce contrat ont été fidèlement transcrits sur formules préimprimées par le gérant et envoyées pour signature aux requérants le 17 avril 2001.

ac) Or, selon le représentant de l'intimé, le contrat n'est pas venu à chef, faute d'accord sur la jouissance du jardin. Les requérants prétendaient à sa jouissance totale, alors que l'intimé ne pouvait leur en accorder qu'une jouissance partielle.

La jouissance du jardin n'est pas un élément objectivement essentiel à la conclusion d'un contrat de bail. Cela étant, si on considère qu'elle constituait un élément subjectivement essentiel pour les requérants – ce qui semble peu probable compte tenu du fait que ces derniers ont consenti à une jouissance partielle du jardin – force est de constater que les parties sont tombées d'accord sur ce point également. En effet, inquiète de ne pas voir figurer la jouissance du jardin sur le contrat reçu pour signature, la requérante a téléphoné au gérant. Ce dernier – qui n'a point contesté ce fait – l'a rassurée, déclarant qu'« on ne peut pas tout mettre dans un contrat de bail ». Cette déclaration signifie que la question de la jouissance du jardin avait été abordée oralement lors des pourparlers contractuels, et surtout que les parties avaient trouvé un accord sur ce sujet, mais n'ont pas estimé nécessaire de le transcrire dans le contrat, pareille mention écrite n'étant pas d'usage selon le gérant. Le courrier des requérants du 21 avril 2001 n'est ainsi qu'une confirmation écrite de l'accord intervenu oralement au plus tard lors dudit entretien téléphonique. Par conséquent, le consentement des parties ayant porté sur tous les éléments objectivement et subjectivement essentiels, un contrat de bail oral était venu à chef entre elles ».

Le tribunal rejette l'allégation du bailleur qui voyait dans le courrier des époux L. du 21 avril 2001 une contre-offre qui n'aurait pas été acceptée. Le tribunal estime que cet argument ne tient pas puisque le gérant, dans son courrier du 25 avril, n'a pas contesté le contenu de la lettre du 21 avril 2001 mais a fixé la date de l'état des lieux d'entrée et répondu à la question relative au dépôt de garantie. De surcroît, le gérant s'est rendu à l'état des lieux finalement avancé au 28 mai 2001, rencontre qui aurait été complètement incompréhensible s'il avait refusé la prétendue contre-offre du 21 avril 2001.

Le troisième argument tenait à la forme du contrat. L'intimé soutenait que le contrat n'était pas venu à chef vu le non-respect de la forme écrite convenue entre parties. Le tribunal relève que « le bail à loyer n'est soumis à aucune forme. Si toutefois les parties conviennent de lui donner une forme spéciale, notamment la forme écrite, elles sont réputées au sens de l'art. 16 al. 1 CO n'avoir entendu se lier que dès l'accomplissement de celle-ci (forme dite solennelle), à moins que la forme n'ait été réservée après la conclusion d'un accord sur l'objet du contrat (ATF 105 II 75 ss, JT 1980 I 66 ss, cons. 1). Il suffit à cet égard que les parties aient prévu d'un commun accord une convention en la forme donnée; point n'est besoin qu'elles aient entendu, expressément ou tacitement, ne se lier que dès l'accomplissement

de cette forme. Tel sera le cas par exemple lorsqu'une partie remet à l'autre deux exemplaires d'un contrat à signer.

La présomption légale de l'art. 16 al. 1 CO peut toutefois être renversée. Il appartient alors à celui qui l'invoque (art. 8 CC) d'établir que le respect de cette forme n'était pas une condition de validité du contrat, mais n'avait qu'un but probatoire. Pour admettre le renversement de la présomption, la jurisprudence met des exigences de preuve relativement sévères. Il faut établir soit que les partenaires n'ont voulu donner à la forme réservée qu'un but probatoire, c'est-à-dire qu'elles se considéraient comme liées déjà avant l'observation de la forme, soit qu'ils ont ultérieurement renoncé à l'exigence de la forme réservée, par exemple en exécutant sans réserve le bail, pour autant bien sûr qu'un accord définitif soit intervenu (ATF 105 II 78 ss, JT 1980 I 69; Tribunal des baux, Vaud, 03.08.1987, V. SA c. C.).

En l'espèce, alors même que la gérance a adressé aux requérants deux exemplaires du bail pour signature, il y a lieu de considérer que la présomption de l'art. 16 al. 1 CO est renversée.

En effet, l'on doit admettre que le gérant avait laissé entendre aux locataires que l'appartement leur avait été attribué. Jamais, il n'a fait dépendre la conclusion du contrat de la signature préalable du bail. Ce n'est qu'une fois l'objet, la durée et le montant du loyer arrêtés qu'il a été question de bail écrit entre les parties. Au surplus, le gérant a fixé un état des lieux d'entrée, respectivement invité les requérants à déposer une garantie locative. Il a enfin procédé à l'état des lieux, tout cela sans même faire allusion à la signature du contrat. Ces circonstances suffisent à démontrer que la forme écrite réservée par les parties n'avait qu'une valeur probatoire et que le bail était d'ores et déjà conclu avant l'accomplissement de cette formalité. Un indice supplémentaire de l'absence de la volonté de l'intimé de subordonner à la forme écrite la venue à chef des contrats de bail avec ses locataires réside dans le fait que le bail des locataires précédents ne porte pas non plus la signature de la gérance, ce qui n'a nullement empêché ni son existence ni son exécution ».

Le tribunal estime de surcroît que même si la forme écrite avait été convenue, l'attitude du gérant constitue une renonciation tacite à la forme écrite. De ce fait, un contrat de bail a été conclu et les requérants sont en principe fondés à en exiger l'exécution dès le 1^{er} juin 2001.

3. Reste à savoir si, en se fondant sur les art. 102 ss CO, notamment sur l'art. 107 CO, les requérants peuvent exiger la remise des clés, c'est-à-dire l'exécution du contrat par le bailleur. Après avoir rappelé le mécanisme de l'art. 107 CO et de l'alternative offerte au créancier, le tribunal poursuit en déclarant:

« En l'occurrence, le contrat de bail conclu entre les parties était prévu pour débiter le 1^{er} juin 2001. Aucune exécution n'étant intervenue à cette date, l'intimé était en demeure simple et qualifiée dès l'expiration de cette dernière (art. 102 al. 2 CO). En

effet, la fixation à l'intimé d'un délai supplémentaire pour s'exécuter (art. 107 al. 1 CO) aurait été infructueuse, voire totalement inutile vu l'attitude de son gérant (art. 108 al. 1 ch. 1 CO). Ce dernier a exprimé explicitement à maintes reprises son intention de ne pas délivrer l'objet loué. Ceci étant, dans leur lettre adressée au gérant le 5 juin 2001, les requérants, par l'intermédiaire de leur assurance de protection juridique, ont réclamé des dommages et intérêts « dès qu'ils auraient réussi à se reloger ». Par cette déclaration, interprétée selon le principe de la confiance, les requérants ont signifié au gérant qu'ils renonçaient à l'exécution du contrat tout en se réservant le droit de réclamer par la suite des dommages-intérêts. Cette position a été confirmée par leur silence à réception du courrier du 7 juin 2001 du gérant.

Dès lors que les requérants ont opté irrévocablement pour la non-exécution du contrat de bail les liant avec l'intimé, ils ne peuvent plus revenir en arrière et réclamer la remise des clés de l'appartement. Ils échouent donc dans la preuve de la vraisemblance d'un droit à la délivrance de l'objet loué, qui aurait permis le cas échéant d'admettre leurs conclusions provisionnelles ».

Au vu de ce qui précède, la requête de mesures provisionnelles des requérants a été rejetée.

4. Dans un dernier considérant, jugeant que l'attitude de l'intimé dans la procédure a été désinvolte, le tribunal l'a condamné, malgré l'issue de la cause, à payer Fr. 100.– de frais et des dépens de Fr. 200.–.

Note

5. Cette décision pose une fois de plus la question « très complexe » (*Guggenheim, in: Commentaire romand, CO I, Bâle/Genève/Munich 2003, n. 2 ad art. 16 CO*) de savoir quand il y a accord sur l'exigence de la forme écrite au sens de l'art. 16 CO. On sait que le contrat de bail n'est pas impérativement soumis à la forme écrite et que l'accord prévu à l'art. 253 CO existe dès que les parties ont réciproquement échangé leur volonté sur les points essentiels (*voir notamment Higi, Die Miète, in: Obligationenrecht, 3^e éd., V 2 b, Zurich 1994, n. 36 ad art. 253 CO*). Le problème de la forme écrite peut être envisagé au travers de deux questions : quand et comment la forme écrite est-elle décidée par les parties ?

On doit admettre que logiquement, l'accord sur la forme doit être antérieur ou concomitant à l'accord sur le fond. Une partie ne doit pas pouvoir imposer la forme écrite alors qu'un accord sur le fond est intervenu sans réserve et qu'aucun élément sérieux n'existe quant à une volonté expresse ou implicite des parties de réserver la forme écrite. Il faut considérer que cette forme écrite a donc une portée uniquement probatoire si elle a été réservée après la conclusion d'un accord sur l'objet du contrat (*ATF 100 II 21, JT 1974 I 354, 358 où le TF relève que l'art. 16 « implique cependant que les parties sont parvenues à un accord lors de la négociation orale ». Même son de cloche dans l'ATF 105 II 75, 78 où le TF déclare « eine solche Funktion dürfte*

die schriftliche Form zudem nur beschränkt werden, wenn sie erst nach Einigung über den Inhalt des Vertrages verabredet worden wäre »).

La conclusion d'un bail à loyer portant sur un immeuble est souvent formalisée par un document écrit. Mais il ne s'agit là que d'un usage. Si les parties n'ont pas expressément spécifié qu'elles ne souhaitent être liées que par un contrat écrit, force est de trouver des indices permettant alors de déceler une volonté implicite. Le fait précisément qu'un usage existe n'est pas suffisant ; la volonté des parties doit être établie. Il a déjà été relevé que le fait que les parties échangent des projets de convention préalables à un accord définitif est un indice de poids en faveur de l'exigence de la forme écrite, comme aussi le fait que l'objet du contrat est très complexe ce qui n'est pas nécessairement le cas d'un bail à loyer (*ATF 106 II 356, SJ 1981, p. 181 ; 105 II 75*). Selon la doctrine, on peut présumer la réserve de la forme écrite lorsqu'une partie envoie à l'autre deux doubles du contrat pour signature (*Lachat, Le bail à loyer, Lausanne 1997, p. 115*). Avec Guggenheim (*op. cit., n. 4 ad art. 16 CO*), on note d'emblée le fait qu'il doit y avoir « deux doubles ». Mais encore faut-il que ceux-ci portent la signature des deux parties. Tel n'est pas le cas de la présente espèce puisque le représentant du bailleur avait envoyé deux doubles non signés en demandant aux locataires de lui en retourner un signé. Pour voir dans l'attitude du bailleur l'indice d'une volonté de forme écrite selon l'art. 16 CO, et dans l'hypothèse où le bail n'aurait pas déjà été conclu, il aurait fallu que le gérant envoie deux exemplaires déjà signés par lui, à charge pour les locataires d'en retourner un signé. Autre solution possible, le gérant aurait pu envoyer deux exemplaires non signés, demandant aux locataires de les retourner les deux, à charge pour lui d'en remettre après coup un exemplaire signé aux locataires. Le contrat aurait été alors conclu au moment de l'apposition de la deuxième signature. Mais il n'y a pas de raison d'admettre que les parties auraient envisagé un système boiteux où le contrat ne serait conclu qu'à la signature d'un document écrit par le locataire seulement. Même si en Suisse le bail écrit correspond à une pratique notamment lorsque le bailleur est représenté par un professionnel (*Lachat, op. cit., p. 115*), encore faut-il que le système soit équilibré et que l'attitude du professionnel ne soit précisément pas contraire à la bonne foi. En l'occurrence, les déclarations successives du représentant du bailleur démontrent que ce dernier ne donnait à la forme écrite qu'une valeur probatoire, conclusion renforcée par le fait qu'il a, à réception du contrat, prévu la visite des lieux et que celle-ci s'est effectivement déroulée.

6. Le tribunal a relevé que le contrat est conclu dès qu'un accord a été réalisé sur les éléments essentiels qui, en matière de bail, sont l'objet du contrat, le prix et la durée. Le tribunal considère que la cession de l'usage de l'appartement est essentielle. En revanche, il ajoute que « la jouissance du jardin n'est pas un élément objectivement essentiel à la conclusion d'un contrat de bail ». On peut n'être pas d'accord avec cette affirmation tant au plan objectif

que subjectif. En l'occurrence, tout tend à démontrer que l'usage du jardin était un élément objectivement et subjectivement essentiel pour les futurs locataires qui vivaient jusqu'alors dans un duplex. Leur insistance à obtenir toute garantie quant à l'inclusion du jardin dans l'objet du bail démontre qu'il s'agissait là d'un élément essentiel. Il ne s'agit pas seulement d'un élément subjectif tel que la prise en compte du voisinage, de la vue ou du calme mais bien d'un élément déterminable de façon objective, preuve en est que les parties l'ont finalement fixé par rapport à un plan cadastral. Ce qui en revanche peut être relativement secondaire, c'est l'assiette exacte de la surface à disposition du locataire. On sait en effet que, sur la question de l'usage du jardin, l'accord s'est fait immédiatement, avant même l'établissement du bail écrit, ce qui est démontré par la conversation qui a eu lieu entre le gérant et les futurs locataires entre le 17 et le 21 avril. Un jardin constitue donc, dans une négociation conduisant à la conclusion d'un contrat de bail, un élément qui est aussi essentiel que la surface habitable ou le nombre de pièces.

7. Le cas est très illustratif des conséquences qui sont liées à l'usage de certains mots parfois mal choisis. L'analyse faite par le tribunal des faits en relation avec l'art. 107 CO est parfaitement correcte. Dès la rupture des pourparlers, les requérants ont utilisé des termes qui ne manifestaient pas la volonté d'occuper l'appartement qu'ils avaient loué. Le représentant de leur assurance de protection juridique a lui aussi mis l'accent sur le dommage créé par l'attitude du bailleur mais n'a jamais demandé l'exécution du contrat de bail. Dès lors, les conclusions provisionnelles des requérants étaient d'emblée vouées à l'échec. En cas d'inexécution d'un contrat, les parties doivent donc bien peser leurs mots et d'abord savoir ce qu'elles veulent réellement. Une fois le choix fait, celui-ci est irrévocable.

F.K.

10 Contrat de bail portant sur un appartement. Indication erronée de plus de 10% de la surface des locaux. Erreur essentielle du locataire niée.

Tribunal fédéral

16.03.2001

A. c. B. et C.

4C.5/2001

Art. 24 al. 1 ch. 4, 31 al. 1 CO

1. Le législateur a prévu que le contrat n'obligeait pas celle des parties qui, au moment de le conclure, était dans une erreur essentielle (art. 23 CO). Il s'agit là d'un vice du consentement dont l'énumération exemplative se trouve à l'art. 24 CO. Cette disposition fait tout d'abord état de trois cas d'erreur essentielle dans la déclaration : l'erreur sur la nature

du contrat (art. 24 al. 1 ch. 1 CO); l'erreur sur la chose ou sur la personne (art. 24 al. 1 ch. 2 CO); et l'erreur sur la quantité (art. 24 al. 1 ch. 3 CO). Bien que le législateur ait ensuite considéré par principe que l'erreur sur les motifs n'était pas essentielle (art. 24 al. 2 CO), il a toutefois apporté un tempérament à cette règle et a érigé au rang d'erreur essentielle celle qui porte sur la base nécessaire du contrat (art. 24 al. 1 ch. 4 CO). Pour que ce cas d'erreur puisse être retenu, il faut néanmoins encore que celui qui s'en prévaut ait subjectivement considéré un fait déterminé comme la base du contrat et qu'objectivement, il pouvait le considérer comme tel d'après les règles de la loyauté en affaires. Autrement dit, si, du point de vue subjectif, ce fait doit apparaître pour la victime de l'erreur comme une condition *sine qua non* de son consentement, l'erreur doit encore pour être jugée comme essentielle être notamment d'une importance reconnaissable (ou d'une importance que le cocontractant eût dû ou pu reconnaître) au moment de la conclusion du contrat (aspect objectif). Enfin, l'art. 24 al. 3 CO dispose que de simples erreurs de calcul n'affectent pas le contrat et doivent ainsi être corrigées; en effet, l'accord est en ces cas bien réalisé sur les éléments mêmes du calcul, seule une faute ayant été commise dans une opération arithmétique. A préciser encore qu'une erreur de calcul doit être niée si celui qui s'en prévaut n'a pas explicité dans sa déclaration les éléments de calcul, mais a posé uniquement le résultat final erroné auquel il est parvenu. Dans ce cas et si le désaccord est considérable, le contrat pourrait alors être attaqué pour erreur sur la quantité ou par application de l'art. 24 al. 1 ch. 4 CO si les conditions en sont remplies (*sur l'ensemble de la question, Engel, Traité des obligations en droit suisse, 2^e éd., Berne 1997, p. 324 ss.*)

2. En novembre 1994, A. a pris à bail de B. et C. un appartement de trois pièces de 100 m², pour un loyer annuel de Fr. 16 800.-. De durée indéterminée, le contrat prévoyait une première durée fixe échéant le 31 mars 2000. En septembre 1998, le locataire a résilié le contrat de bail pour le 31 mars 2000 et a annoncé rechercher dans l'intervalle un locataire de remplacement. A la fin du mois de novembre 1998, A. s'est rendu compte que la superficie des locaux loués était en réalité inférieure à celle figurant sur les documents en sa possession; deux semaines plus tard, il a dès lors résilié le bail avec effet immédiat. B. et C. ont contesté cette résiliation devant l'autorité de conciliation. A. a ensuite saisi le juge du litige; il lui a demandé principalement de confirmer la nullité du contrat de bail et, à titre subsidiaire, de constater la validité de la résiliation donnée pour justes motifs. A. a également conclu au paiement d'un montant de l'ordre de Fr. 15 000.-, notamment pour la différence entre le loyer payé et celui d'autres locaux qui lui avaient été proposés. Dans sa décision, le juge a admis la nullité partielle du contrat et réduit le loyer. Il a constaté en particulier que l'appartement ne mesurait pas 100 m² mais seulement 87,7 m², soit une surface de 12,3% en moins. La Cour cantonale a pour sa part nié l'erreur essentielle de A. et a ainsi rejeté toutes ses prétentions. Celui-ci a recouru en réforme contre cette décision, en invoquant la

violation des dispositions légales sur l'erreur essentielle. Les considérants de l'arrêt du TF sont ici résumés et brièvement commentés.

3. A l'appui de son recours, le locataire soutient que selon l'expérience générale en affaires, et en particulier dans le domaine de la location de locaux commerciaux, le rapport superficie/loyer (soit le coût au m²) est d'une importance fondamentale de telle sorte qu'une erreur à cet égard constitue une erreur essentielle au sens de la loi, susceptible d'invalider le contrat de bail.
4. En matière de droit du bail, il est communément admis que le loyer d'un appartement est fonction de sa grandeur, en particulier du nombre de pièces et de sa surface habitable si bien que les informations y relatives sont propres à influencer la conclusion du contrat et ses conditions. A mesure que les dimensions des locaux en déterminent la valeur du marché, celui qui s'intéresse à les prendre en location peut légitimement – selon le principe de la bonne foi en affaires – considérer le rapport entre superficie et loyer comme un élément nécessaire du contrat (ATF 113 II 25 cons. 1b). A noter également qu'à la différence de l'acheteur, le locataire n'est pas tenu de vérifier l'état de la chose qui lui est remise de telle sorte qu'en règle générale, l'on doit pouvoir se fier aux indications du bailleur; partant et sauf circonstances particulières, le locataire n'a pas à contrôler l'exactitude des informations en sa possession et relatives aux dimensions de l'appartement (ATF précité).
5. Comme on l'a vu, le bail mentionnait en l'espèce une surface de 100 m² alors que les locaux ne comptaient en réalité que 87,7 m². Cela représente une différence de 12,3 m² ce qui correspond aux dimensions d'une petite chambre (voir également l'ATF précité, p. 28). Il s'agit là d'une différence qui n'est pas négligeable. Par ailleurs, l'on ne saurait soutenir, comme l'ont fait pourtant les juges cantonaux, qu'une semblable divergence est facilement reconnaissable à l'œil nu et qu'ensuite de la visite des lieux, la grandeur réelle de ceux-ci doit être considérée comme connue. Bien au contraire. Il est en effet communément admis que l'impression d'ensemble ne peut remplacer les indications précises de la superficie d'un appartement – qu'il soit destiné à l'habitation ou à l'exercice d'une activité commerciale –; elle ne les rend du reste pas superflues. Le nombre et la grandeur des pièces déterminent il est vrai la possibilité d'utiliser l'appartement et influent sur sa valeur.
6. Pour être admise, l'erreur au sens des art. 23 ss CC suppose encore qu'elle soit subjectivement relevante. A cet égard, c'est le lieu de préciser que, contrairement à ce qui ressort du recours, la composante subjective de l'erreur essentielle a une portée propre et ne découle pas automatiquement de l'admission du caractère essentiel de l'erreur du point de vue objectif (Schwenzer, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 2^e éd., Berne 2000, p. 226, n° 37.02; Gauch/Schluemp/Schmid/Rey, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 7^e éd., Zurich 1998, p. 157, n. 778; Engel, *op. cit.*,

p. 328). Une erreur est subjectivement essentielle lorsqu'elle touche une circonstance de fait décisive, sans laquelle la victime de l'erreur n'aurait pas conclu l'accord ou, à tout le moins, pas aux mêmes conditions. Autrement dit, il doit exister à cet égard un lien de causalité entre l'erreur et la conclusion du contrat (Bucher, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 2^e éd., Zurich 1988, p. 206; Engel, *op. cit.*, p. 329; Gauch/Schluemp/Schmid/Rey, *op. cit.*, p. 157, n. 779; Schwenzer, *op. cit.*, p. 232, n° 37.25).

7. Concrètement, l'autorité inférieure a constaté, de manière à lier le TF appelé à statuer sur un recours en réforme, que la surface des locaux loués ne constituait pas pour le locataire un élément subjectivement nécessaire à son consentement. Elle est parvenue à cette conclusion à mesure que le locataire a invoqué l'erreur essentielle alors qu'il avait occupé les locaux durant près de quatre ans; de même, le vice du consentement a été avancé seulement quelques semaines après la résiliation ordinaire du bail et quelques jours après la proposition écrite de A. relative à un locataire de remplacement et au versement de Fr. 10 000.– afin d'être libéré du bail. Le TF confirme ainsi la décision cantonale.

Note

8. La dichotomie entre l'élément objectif et celui subjectif de l'erreur sur la base du contrat est juste dans son énoncé théorique; en l'occurrence, la position de l'autorité inférieure, confirmée par le TF, apparaît toutefois comme discutable. Il semble en effet difficilement pensable qu'un locataire qui porte son choix sur un appartement avec une surface indiquée de quelque 100 m² l'aurait loué aux mêmes conditions (singulièrement en ce qui concerne le loyer) s'il avait su qu'en réalité, la surface locative était de près de 13% en moins, soit les dimensions d'une petite chambre. Nous aurions en effet tendance à admettre sans autre, dans ces conditions, que l'élément subjectif de l'erreur doit être reconnu dès lors que celui objectif est avéré. C'est du reste ce que soutenait le recourant dans le cas d'espèce.
9. On peut ensuite se demander pourquoi le locataire n'a pas invoqué, à titre subsidiaire, la réduction de loyer pour défaut de la chose louée (sur la question, voir aussi *infra* n° 11). C'est le lieu de noter que de jurisprudence constante (not. ATF 114 II 131; 127 III 83), le TF admet, en droit de la vente, l'application alternative des art. 197 ss CO (garantie pour les défauts) et 24 al. 1 ch. 4 CO (erreur essentielle). Ce concours d'actions est d'ailleurs reconnu de manière inconditionnelle. Toutefois, si l'acheteur choisit d'exercer son droit à la garantie, il doit se laisser opposer ce choix; il ne peut en effet plus invoquer son erreur pour invalider le contrat puisque l'exercice du droit à la garantie suppose une ratification du contrat selon l'art. 31 CO. Rien ne s'oppose en revanche à ce que l'acheteur tente, à titre principal, d'invalider le contrat pour erreur et demande, à titre subsidiaire, d'être mis au bénéfice de la garantie. Cette jurisprudence fait cependant l'objet de critiques de la part de certains auteurs qui



estiment notamment qu'il faut refuser à l'acheteur la possibilité de recourir aux droits découlant de l'art. 24 al. 1 ch. 4 CO (sur l'ensemble de la question, voir Venturi, in: *Commentaire romand, CO I, Genève/Bâle/Munich 2003, n. 9 ss ad Intro. art. 197-210 CO*; Tercier, *Les contrats spéciaux, 3^e éd., Zurich 2002, p. 95, n° 624 ss*; Schmidlin, in: *Commentaire romand, CO I, Genève/Bâle/Munich 2003, n. 70 ss ad art. 23-24 CO*; en matière de contrat d'entreprise, voir aussi, Chaix, in: *Commentaire romand, CO I, Genève/Bâle/Munich 2003, n. 67 ad art. 368 CO*). Dans le domaine du droit du bail, le TF a récemment constaté que le locataire avait perdu son droit d'invalidier le contrat du fait qu'il avait conclu à la réduction du loyer; ce dernier arrêt se situe d'ailleurs dans le droit fil de la jurisprudence dont il vient d'être question et selon laquelle l'acheteur doit se laisser opposer son choix de l'un des moyens à sa disposition. Ainsi, selon le TF, le locataire qui opte pour la réduction du loyer ratifie par là-même le contrat de bail. Chappuis (*DB 2002, n° 18, p. 30, sous note*) critique cette jurisprudence et estime que «la demande du locataire ou de l'acheteur en réduction du loyer ou du prix peut, si elle ne remplit pas les conditions correspondantes, être interprétée comme une invalidation valable du contrat pour autant qu'elle soit intervenue dans le délai de l'art. 31 al. 1 CO». Nous partageons ce dernier avis qui a le mérite par ailleurs de protéger, en tous les cas dans le domaine du bail, la partie faible au contrat.

M.M.

11 Contrat de bail portant sur des bureaux. Indication erronée de la surface des locaux. Défaut de la chose louée pour inexistence d'une qualité promise. Réduction de loyer. Erreur essentielle.

Tribunal des baux, Vaud

21.11.2000

F. c. SI R. et SI P.

CdB 2002, p. 24

Art. 24 al. 1 ch. 4, 31 al. 1, 62 s., 67 al. 1, 120 al. 3, 256, 259d, 265 CO

1. B. SA et L. ont pris à bail de la SI R. SA trois locaux (n°s 6, 7 et 8), dès décembre 1986. D'une durée fixe échéant le 1^{er} janvier 1997, le contrat n'indiquait pas la surface respective des trois locaux et précisait que le locataire déclarait ne pas demander une plus large énumération des locaux puisqu'il les connaissait déjà pour les exploiter. Le bail prévoyait en outre une renonciation à la compensation. Au mois de novembre 1990, F. s'est intéressée à une annonce relative à la location de trois bureaux d'une surface totale de 155 m² et garages. La surface des locaux recherchés constituait un sujet de préoccupation central pour F. à mesure que le prix au m² devait rester défendable auprès de ses bailleurs de fonds. Or, un prix annuel de l'ordre de Fr. 250.-/m² paraissait

correct, voire même avantageux. Reste qu'un prix supérieur ne l'aurait pas intéressée. Était également déterminant pour F. l'étendue des nouveaux locaux qui devait lui permettre d'exercer ses diverses activités. Ce n'est qu'après l'état des lieux de fin janvier 1991, que F. a du reste signé l'acte de transfert, lequel stipulait que celle-ci avait pris connaissance du bail initial et qu'elle en respecterait toutes les clauses et conditions. Dans une lettre du 1^{er} février 1991, la locataire F. s'est étonnée de l'augmentation de loyer de 15%, en l'absence de travaux depuis la dernière augmentation en janvier 1987. A la même occasion, elle demandait un descriptif des surfaces louées et leur localisation. En raison de son financement public, la locataire avait en effet besoin d'obtenir de telles indications précises pour son dossier, pour justifier les montants dépensés, en particulier le prix au m² des locaux loués. Le même jour, la gérance S. SA a indiqué à la locataire que le local n° 6 comptait 43,5 m² et le local n° 8 39 m². En 1996, la locataire F. a visité diverses surfaces commerciales en vue d'un déménagement. Dans ce cadre-là, elle s'est aperçue que les locaux qu'elle louait devaient en réalité être moins spacieux que ce qui était indiqué dans le bail. Elle a alors fait mesurer la surface des locaux loués, ce qui a laissé apparaître des différences importantes. A quelques nuances près, le représentant B. de la régie a confirmé ces différences. Celles-ci peuvent être reprises de la manière suivante: 30,4 m² (34,42 m² selon B.) au lieu de 43,5 m² et 29,2 m² (29,04 m² selon B.) au lieu de 39 m². F. a alors réclamé un montant global de Fr. 37 114.40, correspondant à l'excédent de loyer versé durant 5 ans et 8 mois. Elle a par ailleurs cessé de payer le loyer et a résilié le bail portant sur les deux locaux en question pour l'échéance du 31 décembre 1996. De son côté, la régie a réclamé de F. le paiement d'un montant de Fr. 10 404.65 et lui a adressé divers rappels comminatoires. A fin février 1997, F. a, par le truchement de sa représentante, déclaré invalider le contrat de transfert de bail du 14 janvier 1991 pour erreur essentielle au sens des art. 23 ss CO. Elle précisait considérer la différence de surface comme un défaut de la chose louée au sens de l'art. 258 ss CO donnant droit au locataire à une réduction proportionnelle du loyer du début du contrat jusqu'à la libération des locaux (art. 259d CO). Elle déclarait enfin compenser sa créance avec les loyers impayés. De leur côté, les bailleuses, les SI R. SA et SI P. SA, ont ouvert des poursuites à l'encontre de F., réclamant principalement le paiement des loyers des mois d'octobre à décembre 1996. F. s'est opposée à ces poursuites et les bailleuses ont alors saisi la Commission de conciliation d'une requête en paiement, laquelle a été déclarée non conciliée. Les bailleuses n'ont toutefois pas soumis le litige au Tribunal des baux. En revanche, la locataire a déposé auprès de la Commission de conciliation une requête en libération de dette, en reconnaissance de dette et en libération des garanties locatives. Faute de conciliation, F. a saisi le Tribunal des baux.

2. La première question examinée par le Tribunal des baux est celle de savoir si la différence de surface constatée est constitutive d'un défaut au sens des

art. 259 ss CO, et si elle ouvre, cas échéant, à la locataire un droit à une réduction de loyer. Selon les termes de l'art. 256 al. 1 CO, le bailleur doit délivrer la chose à la date convenue, dans un état approprié à l'usage pour lequel elle a été louée, et de l'entretenir dans cet état. L'art. 258 al. 1 CO dispose à cet égard que si le bailleur ne délivre pas la chose à la date convenue ou qu'il la délivre avec des défauts qui excluent ou entravent considérablement l'usage pour lequel elle a été louée, le locataire peut invoquer les art. 107 à 109 concernant l'inexécution des contrats. L'alinéa 2 de cette disposition prévoit que si, malgré de tels défauts, le locataire accepte la chose et réclame l'exécution parfaite du contrat, il ne peut faire valoir que les prétentions qu'il serait en droit d'élever si les défauts étaient apparus pendant le bail (art. 259a à 259i CO).

3. Si un défaut entrave ou restreint en cours de bail l'usage pour lequel la chose a été louée, le locataire peut exiger du bailleur une réduction proportionnelle du loyer à partir du moment où le bailleur a eu connaissance du défaut et jusqu'à l'élimination de ce dernier (art. 259d CO). Pour fixer la réduction de loyer à cet égard, l'on compare l'usage de la chose louée, affectée des défauts, avec son usage conforme au contrat, exempt de défauts. Autrement dit, il convient de réduire le loyer, sans les frais accessoires, dans un pourcentage identique à la réduction effective de l'usage des locaux (*Lachat, Le bail à loyer, Lausanne 1997, p. 169; Higi, Die Miete, in: Obligationenrecht, 3^e éd., V 2 b, Zurich 1994, n. 12 s. ad art. 259d CO*).
4. En l'occurrence, force est d'admettre que la surface louée est constitutive d'une qualité promise par les bailleuses à la locataire. En effet, celle-ci s'est expressément inquiétée, durant l'état des lieux et par un courrier du lendemain, de la surface exacte des locaux. Elle n'a d'ailleurs signé l'acte de transfert qu'après l'état des lieux, soit après indication du nombre de m² par la gérance. Aucun indice ne contredisant ces données, elle pouvait sans autre s'y fier: elle n'a à cet égard jamais obtenu les plans des locaux qu'elle a réclamés en vain. Partant, les surfaces indiquées par les bailleuses étaient bien une qualité promise et leur surévaluation un défaut. Détentrices des plans, ces dernières devaient, avant même l'avis des défauts, connaître la surface réelle et savoir que le prix avantageux au m² qu'elles offraient était faux. Aussi, si la locataire avait plaidé en l'espèce l'invalidation partielle du contrat pour vice du consentement, force aurait été d'admettre l'erreur essentielle. Comme nous l'avons vu, la différence de surface était en l'occurrence considérable et ouvre dès lors le droit à une réduction du loyer, selon la méthode proportionnelle: cette réduction correspond au pourcentage dont la locataire s'est vue frustrée depuis le début du bail, à savoir approximativement Fr. 40 000.– pour la durée du bail.
5. La deuxième question à trancher par le Tribunal des baux est celle de la nature de la créance en restitution du trop perçu de loyer et du délai de prescription applicable. Le TF n'a, semble-t-il, jamais eu à se prononcer sur la nature du droit à la réduction du

loyer (*Rizzolio, Les travaux de rénovation et de modification de la chose louée entrepris par le bailleur, thèse, Lausanne 1998, p. 318*). S'agissant des diverses jurisprudences cantonales, celles-ci sont loin d'être unanimes, du moins sous l'ancien droit (*Züst, Die Mängelrechte des Mieters von Wohn- und Geschäftsräumen, Berne 1992, p. 168*). La doctrine quant à elle est souvent muette sur la question ou l'a traitée de manière peu étayée (*voir not. USPI, Commentaire du bail à loyer, Genève 1992, n. 18 ss ad art. 257d CO; Lachat, op. cit., p. 170 s.*). Toutefois, pour Higi et d'autres auteurs qui ont étudié de manière plus particulière les droits découlant des défauts de la chose louée, le droit du locataire à la réduction de loyer est perçu comme un droit formateur modificateur qu'il peut faire valoir par une simple manifestation de volonté unilatérale (*Higi, op. cit., n. 6 ad art. 259d CO; Züst, op. cit., p. 163 ss; Rizzolio, op. cit., p. 320*). Partant, les règles sur l'enrichissement illégitime (art. 62 ss CO), et donc la prescription d'une année, s'appliquent à cette prétention, puisque la cause juridique – partielle ou totale – du paiement disparaît de manière subséquente (*Higi, op. cit., n. 25 ad art. 259d CO; Züst, op. cit., p. 180*). A noter au passage que l'examen de la prétention de la locataire sous l'angle de l'invalidation partielle pour erreur essentielle aurait à cet égard conduit au même résultat.

6. Dans le cas d'espèce, la locataire a eu connaissance de la différence entre les surfaces effectivement louées et celles inscrites sur le bail durant l'été 1996 ou au plus tard le 3 octobre 1996. C'est en effet à cette date qu'elle a exposé aux bailleuses les différences constatées et a réclamé un montant de Fr. 37 114.–, correspondant à l'excédent de loyer (manifestant ainsi sa volonté de réduire le loyer). Or, ce n'est qu'à fin janvier 1998 que F. a saisi pour la première fois la justice (singulièrement la Commission de conciliation) d'une action en restitution des loyers perçus en trop. Celle-ci est manifestement tardive et le droit de répétition de la locataire est ainsi prescrit.
7. La locataire a cependant fait également valoir la compensation jusqu'à due concurrence, entre sa prétention en réduction et les trois derniers mois de loyer (octobre à décembre 1996), soit un montant global de Fr. 5901.–, dont elle ne conteste pas être redevable. Selon l'art. 120 al. 3 CO, la compensation d'une créance prescrite peut être invoquée, si la créance n'était pas éteinte par la prescription au moment où elle pouvait être compensée. Le 1^{er} octobre 1996, lorsque la créance des bailleuses en paiement de Fr. 5901.– de loyer est devenue exigible, la créance (largement supérieure à celle-là) de la locataire en répétition de l'indu pour réduction de loyer n'était pas prescrite si bien que les conditions de la compensation étaient remplies. Reste alors à examiner la question de la clause contractuelle de renonciation à la compensation. Cette clause est nulle dès lors qu'elle est contraire à la disposition impérative de l'art. 256 CO qui interdit au bailleur et au locataire de renoncer à l'avance au droit de compenser les créances découlant du bail (*Roncoroni, Zwingende und dispositiva Bestimmungen im revidierten Mietrecht, MP 1990, p. 76 ss*,

80; Higi, *op. cit.*, n. 10, 11 et 15 ad art. 265 CO). Partant, les conclusions reconventionnelles des bailleuses en paiement des loyers d'octobre à décembre 1996 doivent être repoussées et l'action en libération de dettes y relative de la locataire pour le montant de Fr. 5901.– accueillie favorablement.

Note

8. Nous nous permettons de renvoyer le lecteur au commentaire de l'arrêt publié *supra* (n° 10).

M.M.

12 Baux portant sur une habitation. Restitution anticipée des locaux loués. Cas du candidat-locataire qui n'est pas disposé à reprendre le bail aux mêmes conditions, pour des motifs non imputables au bailleur. Incombances pesant sur l'une et l'autre des parties.

Tribunal fédéral

19.08.2002

A. c. B. et C.

4C.118/2002; CdB 2003, p. 9

Art. 264 CO

- B. et C., colocataires d'une habitation, ont restitué celle-ci quelque deux ans avant l'échéance du bail. Les locaux restent vides pendant environ un an. Le bailleur réclame les loyers impayés durant cette période aux colocataires. Un litige s'ensuit, qui occupe de multiples instances et à deux reprises le TF. En fin de compte, celui-ci rend un arrêt qui confirme et précise sa jurisprudence relative à l'art. 264 CO.
- S'agissant de la confirmation de jurisprudence, elle touche la question du locataire qui, comme candidat, n'est pas disposé à reprendre le bail aux mêmes conditions, pour des motifs qui ne sont pas imputables au bailleur. Le cas échéant, les conditions de la libération du locataire sortant ne sont pas remplies; ce dernier reste tenu du paiement du loyer en souffrance (*cf. ATF 117 II 156, JT 1992 I 317, DB 1992, p. 10, n° 7*).
- Quant à la précision de jurisprudence, elle touche les devoirs – à proprement parler des incombances – dont sont tenues les parties en cas de restitution anticipée des locaux loués. En application de l'art. 264 al. 2 lit. b CO, on attend du bailleur qu'il fasse tout ce qu'on peut raisonnablement attendre de lui pour diminuer le dommage découlant du non-respect du contrat (quant à la durée). Le principe de la bonne foi guide cette attitude; mais seuls les manquements « intentionnels » sont sanctionnés (*cf. Higi, Die Miete, in: Obligationenrecht, 3^e éd.*,

V 2 b, Zurich 1994, n. 35 s. ad art. 264 CO). Et le TF de préciser: il incombe prioritairement au locataire sortant de rechercher un locataire de remplacement. Le bailleur n'est tenu d'entreprendre des démarches que lorsqu'il se rend compte que son partenaire contractuel ne fait pas tout pour la relocation de la chose louée. En cas de longue période de vacance (ici, environ un an), le bailleur ne doit certes pas rester inactif (en l'espèce, il avait fait insérer plus d'une dizaine d'annonces dans plusieurs journaux). Mais – et c'est le point signifiant de l'arrêt – il est en droit d'escompter que le locataire sortant persistera en dépit d'échecs à continuer des recherches en vue de relouer les locaux. Car, en fin de compte, c'est bien ce dernier qui répond du paiement du loyer jusqu'à l'échéance du contrat.

P.W.

13 Contrat de bail. Résiliation anticipée pour justes motifs. Base de calcul des dommages-intérêts.

Tribunal fédéral

31.08.2001

A.M. et H.M. c. C. SA

4C.375/2000; CdB 2001, p. 102 ss

Art. 266g CO

- Le 1^{er} juin 1996, A.M. et H.M. (locataires) avaient loué à C. SA (bailleur) un appartement ainsi que – par contrat séparé – deux places de parc. Les deux contrats ne pouvaient être résiliés avant le 30 septembre 1997. Le premier jour suivant l'emménagement de A.M. et H.M., leur appartement fut cambriolé. Pour cette raison, A.M. et H.M., par lettre du 11 juillet 1996, résilièrent le contrat de bail pour le 31 août 1996 justifiant cette résiliation anticipée par le fait que A.M., suite au cambriolage, devait suivre un traitement médical, et que le médecin traitant estimait que la seule manière de guérir était de changer d'appartement. C. SA n'accepta pas la résiliation. Par la suite, A.M. et H.M. payèrent le loyer jusqu'à et y compris fin septembre 1996 et quittèrent les lieux. N'ayant pu louer à nouveau l'appartement que dès le 1^{er} juillet 1997, C. SA réclame à A.M. et H.M. les loyers dus pour la période pendant laquelle l'appartement était vacant, prétention contre laquelle ces derniers s'opposent en invoquant la résiliation anticipée du contrat de base pour justes motifs (art. 266g CO).
- Le TC a admis les prétentions de la bailleur: il a considéré, en l'occurrence, que les conditions de l'art. 266g CO n'étaient pas remplies. Certes, il était constant que A.M. souffrait d'une peur panique dans son appartement suite au cambriolage et que son désir de quitter les lieux le plus rapidement possible était parfaitement compréhensible. Cependant, le

TC a estimé que la continuation du contrat de bail pour onze mois supplémentaires ne pouvait pas être considérée comme objectivement insoutenable. En effet, le changement de domicile ne constituait pas une nécessité pour la pleine guérison de A.M. et il était tout à fait raisonnable que celui-ci se soumette aux traitements spécifiques recommandés par son médecin de famille, ce qu'il refusait toutefois de faire. En plus, il avait été établi par un expert que le changement de domicile, d'un point de vue médical, ne constituait pas la mesure principale.

3. Le TF, dans son arrêt, balaie l'argumentation du TC. Il rappelle que l'art. 266g al. 1 CO permet à une partie de résilier de manière anticipée un contrat de bail en invoquant de justes motifs, c'est-à-dire des motifs qui, de par leur nature, empêchent raisonnablement la partie qui résilie d'exécuter le contrat. On entend par justes motifs des circonstances telles que la continuation du contrat jusqu'au prochain terme ordinaire de résiliation ne peut être considérée objectivement comme raisonnable. C'est donc le caractère extraordinaire et la gravité de ces circonstances qui sont déterminants, et la simple perception subjective de la partie qui les invoque est insignifiante (*Higi, Die Miete, in: Obligationenrecht, 4^e éd., V 2 b, Zurich 1995, n. 11 et 31 ss ad art. 266g CO*). Le juge doit appliquer les règles du droit et de l'équité pour apprécier l'existence de justes motifs (art. 4 CC) et procéder à une pesée des intérêts, respectivement entre le motif invoqué pour la résiliation immédiate et le principe de *pacta sunt servanda*, de la sécurité du droit et de l'intérêt de l'autre partie au maintien du contrat (*ATF 122 III 262 cons. 2a/aa; Pra. 84, n. 142, cons. 1a, MRA 1995, p. 133; TF, 03.10.1995, MP 1996, p. 11 ss; Schmid, Miete, Pacht, Leihe, in: Das Obligationenrecht, 3^e éd., V 2 b, Zurich 1977, n. 13 ad art. 269 anc. CO; SVIT-Kommentar Mietrecht, 2^e éd., Zurich 1998, n. 10 ad art. 266g CO*).
4. Déjà sous le régime de l'ancien droit de bail, la doctrine estimait que l'on était en présence d'un juste motif permettant une résiliation anticipée du bail au sens de l'art. 269 al. 1 anc. CO lorsque l'état de santé du locataire ne lui permettait plus de vivre dans l'appartement loué (*Schmid, op. cit., n. 18 ad art. 269 anc. CO*). L'entrée en vigueur du nouveau droit du bail depuis le 1^{er} juillet 1990 n'y a rien changé, et la doctrine actuelle considère également qu'une maladie grave du locataire doit être considérée comme un juste motif permettant la résiliation anticipée du contrat de bail (*Higi, op. cit., n. 50 ad art. 266g CO; SVIT-Kommentar Mietrecht, op. cit., n. 13 ad art. 266g CO*). Ainsi, le locataire souffrant d'une peur panique dans son appartement suite au cambriolage de ce dernier doit être considéré comme frappé par une maladie grave. Ce juste motif doit être jugé d'une telle gravité, qu'il apparaît que l'on ne peut objectivement imposer à ce dernier de rester dans l'appartement loué.
5. Tout autre est la question de savoir si l'état psychique de A.M. exigeait un changement d'appartement aussi rapide que possible. Le TC estimait que cette mesure n'était pas celle à envisager en première ligne. Au contraire, le locataire aurait pu d'abord

se soumettre à un traitement approprié chez un spécialiste. Ce dernier ayant refusé de suivre une thérapie, on ne pourrait considérer qu'il existait un juste motif au sens de l'art. 266g CO. Cette motivation est contestée par le TF qui estime qu'en imposant au locataire de se soumettre à un traitement, on touche au noyau dur des droits de la personnalité, à savoir le droit à l'autodétermination, alors même que dans pareil cas ce moyen de guérison apparaissait comme approprié. L'intérêt de la bailleuse au maintien du contrat ne saurait contrebalancer cette atteinte aux droits de la personnalité. Il est donc établi que, même si cette mesure n'est pas celle à envisager en première ligne, le changement d'appartement aurait un effet positif sur l'état de santé du locataire. En conclusion, le cas d'espèce constitue non seulement un juste motif au sens de l'art. 266g CO mais, en plus, on ne peut obliger le locataire à se soumettre à un traitement psychiatrique contre son gré.

6. Une fois établi que les conditions d'une résiliation anticipée du bail au sens de l'art. 266g CO sont remplies, il faut en déterminer les conséquences pécuniaires. En vertu de l'al. 2 dudit article, il appartient au juge de statuer sur les conséquences pécuniaires du congé anticipé, «en tenant compte de toutes les circonstances». Contrairement à l'ancien droit du bail, où celui qui résiliait devait en principe réparer entièrement le dommage subi par le bailleur (*principe alors relativisé par l'ATF 61 II 259 cons. 3a*), ce n'est plus l'intérêt à l'exécution du contrat qui doit être pris en compte dans le nouveau droit du bail. Au contraire, le juge, en vertu de l'art. 266g CO et 4 CC, doit déterminer le montant de l'indemnité à nouveau selon les règles du droit et de l'équité (*ATF 122 III 262 cons. 2a/aa; Lachat/Stoll/Brunner, Das Mietrecht für die Praxis, 4^e éd., Zurich 1999, p. 491; Higi, op. cit., n. 80 ad art. 266g CO*). Comme il a été dit dans l'ATF 61 II 259 concernant l'ancien droit, mais qui vaut également sous le régime de l'art. 266g al. 2 CO, le dommage subi par la bailleuse doit être fixé en respectant les principes établis à l'art. 99 CO en relation avec les art. 43 s. CO (*Higi, op. cit., n. 80 ad art. 266g CO; SVIT-Kommentar Mietrecht, op. cit., n. 20 ad art. 266g CO*). Dans le cadre de l'obligation de la bailleuse de limiter le dommage, il faudra tenir compte notamment de ses efforts afin de relouer l'objet (*Lachat/Stoll/Brunner, op. cit., p. 491; Higi, op. cit., n. 83 ad art. 266g CO*). La situation financière des parties au moment du jugement est aussi déterminante lors de la fixation de l'indemnité (*ATF 122 III 262 cons. 2a/aa*). Enfin, toute autre circonstance relevante du cas d'espèce doit être prise en considération: on pense notamment à une éventuelle faute de la partie qui se voit notifier la résiliation; par exemple, dans cette affaire, il faudra évaluer quelle était la protection qui était fournie dans l'immeuble loué contre les cambriolages (*Higi, op. cit., n. 84 ad art. 266g CO*). Le TF précise enfin que le fait de ne pas vouloir se soumettre à un traitement médical ne constitue pas un critère qui doit être pris en considération dans le calcul de l'indemnité due par le locataire.

T.P.

14 Bail à loyer portant sur un appartement occupé par un couple dont le mariage en Egypte n'est pas reconnu immédiatement en Suisse. Retard dans le paiement du loyer. Avis comminatoire et résiliation. Nullité de celle-ci pour non-respect de la double notification de l'avis comminatoire et du congé.

Tribunal d'appel, Tessin

01.07.2002

M.A. c. S. SA

Art. 266n CO

1. Citoyen égyptien, M.A. prend à bail de S. SA un appartement, dès le mois de juin 1997. En retard dans le paiement du loyer des mois de février et mars 2001, la bailleuse lui adresse l'avis comminatoire de l'art. 257d CO et résilie ensuite le bail pour le 30 avril 2001, faute de respect du délai de paiement de 30 jours. Saisie, l'Autorité de conciliation constate la validité du congé. En revanche, le juge la déclare nulle dès lors que l'avis comminatoire et la formule de résiliation n'ont pas été notifiés de manière séparée à l'épouse du locataire, comme l'exige pourtant l'art. 266n CO. De l'avis du juge, le fait que le mariage égyptien du locataire avec la femme avec laquelle il vit dans l'appartement n'ait pas été reconnu en Suisse n'est pas un obstacle pour admettre le caractère de logement familial à cet appartement, avec les conséquences légales qui

s'ensuivent. Dans son recours, la bailleuse estime en particulier que par logement familial, il faut entendre celui qui sert de domicile aux personnes mariées; n'est à ce titre pas visé le logement occupé par les concubins et les personnes mariées à l'étranger dont le mariage n'est pas reconnu en Suisse, selon les règles du droit international privé.

2. L'instance de recours relève pour sa part que l'Office de contrôle des habitants a communiqué durant la procédure que M.A. vit avec son épouse et leur fils et que la transcription dans les registres de l'état civil de leur mariage contracté au Caire le 15 janvier 1988 a finalement été ordonné le 4 décembre 2001. La reconnaissance en Suisse d'un mariage contracté en Egypte signifie que celui-ci est valable (art. 45 LDIP) et son inscription au registre suisse des mariages n'a pas d'effet constitutif mais seulement déclaratif (*Götz, Das Familienrecht, in: Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 3^e éd., II 1 1, Berne 1964, n. 129 ad art. 117 CC*). Les effets et les conséquences juridiques du mariage remontent au moment de sa célébration, qui en l'occurrence est intervenue en 1988. Par conséquent, l'appartement en question, occupé par des personnes valablement mariées, constitue leur logement familial (comme cela ressort du reste du contrat de bail lui-même qui indique que la chose louée sert au logement familial) avec la nécessité, pour la notification de l'avis comminatoire et du congé au sens de l'art. 257d CO, de suivre les formalités prévues à l'art. 266n CO. Ces formalités n'ayant pas été respectées en l'occurrence, le contrat de bail n'a pas pris fin et l'expulsion requise est mal fondée.

M.M.

2. Protection contre les loyers abusifs

15 Contestation du loyer initial. Conditions de recevabilité de la contestation.

Tribunal fédéral

12.03.2002

X. c. Y.

4C.367/2001; CdB 2002, p. 90

Art. 270 al. 1 CO

1. Le TF rappelle d'abord les conditions de recevabilité de la contestation du loyer initial (art. 270 al. 1 CO):
 - soit le locataire a été contraint de conclure le bail par nécessité personnelle ou familiale (art. 270 al. 1 lit. a CO, première hypothèse);
 - soit il a été contraint de le conclure en raison de la situation du marché local (art. 270 al. 1 lit. a CO, deuxième hypothèse);

- soit le loyer a été sensiblement augmenté par rapport au loyer payé par le précédent locataire (art. 270 al. 1 lit. b CO, troisième hypothèse).

Ces trois conditions sont alternatives. Il suffit que l'une d'entre elles soit remplie pour que le juge doive entrer en matière sur la contestation du loyer initial (*TF, 28.07.1999, 4C.121/1999, cons. 2a*).

2. La notion de contrainte visée par les deux premières hypothèses rappelées ci-dessus suppose que le locataire ait de bonnes raisons de changer de logement, et que l'on ne puisse pas attendre de lui qu'il renonce à une occasion qui se présente, et cela parce que les motifs de nécessité personnelle ou familiale ou que la situation du marché local du logement sont tels qu'une renonciation serait déraisonnable (*ATF 114 II 74 cons. 3c*).

Ces deux hypothèses exigent un lien de causalité entre la nécessité personnelle ou familiale et la conclusion du bail, ou bien entre la situation du marché local du logement et des locaux commerciaux et la conclusion du bail.

3. La condition de la situation difficile du marché local du logement et des locaux commerciaux (art. 270 al. 1 lit. a CO, deuxième hypothèse) est remplie dès que le canton impose, dans le secteur locatif considéré, l'usage de la formule officielle pour la fixation du loyer initial (art. 270 al. 2 CO).

En conséquence, la constatation officielle de la pénurie, par le biais de statistiques sérieuses, qui est à la base de la décision cantonale d'imposer la formule officielle de l'art. 270 al. 2 CO pour une catégorie donnée de logements, dispense le locataire de faire la preuve de la pénurie, en tous cas en matière de baux d'habitation.

Dans ces conditions, il n'est pas nécessaire d'amener le locataire à prouver, en sus, les démarches infructueuses qu'il a effectuées pour tenter de trouver une habitation dans les catégories frappées par la pénurie.

Note

4. En retenant que la pénurie est un fait notoire, statistiquement prouvé, dont l'existence et les effets sur le locataire n'ont pas à être démontrés (*Lachat, in: Commentaire romand, CO I, Bâle/Genève/Munich 2003, n. 5 ad art. 270 CO*), le TF s'écarte de l'opinion du SVIT-Kommentar Mietrecht (2^e éd., Zurich 1998, n. 10-11 ad art. 270 CO), de Higi (*Die Miete, in: Obligationenrecht, 4^e éd., V 2 b, Zurich 1998, n. 42 ss ad art. 270 CO*) et des juridictions genevoises et fribourgeoises (*CdB 2001, p. 44 et CdB 2000, p. 25*). Ces auteurs et tribunaux exigent, même en cas de pénurie, que le locataire prouve qu'il s'est trouvé dans une certaine urgence (objective) de conclure le contrat incriminé. Autrement dit, pour ces auteurs et tribunaux, le locataire devrait prouver, même si le marché immobilier est asséché, qu'il a fait de nombreuses et vaines recherches de logements avant de conclure le bail dont le loyer est contesté.

D.L.

16 Demande de diminution du loyer. Méthode relative ou absolue ?

Tribunal fédéral

09.07.2002

X. SA c. A. et consorts

4C.291/2001; CdB 2002, p. 135

Art. 270a CO

1. L'arrêt tranche, en deux temps, la question de savoir si un locataire peut demander une baisse de loyer (art. 270a CO) en se fondant sur la méthode absolue. Dans un premier temps, le TF répond en principe par la négative. Dans un second temps, toutefois, notre haute Cour entrevoit des hypothèses exceptionnelles où le locataire pourrait se référer directement aux facteurs absolus de fixation du loyer.

2. D'abord le principe (extrait des considérants) :

a) Selon une jurisprudence bien établie, une demande de diminution de loyer s'apprécie selon la méthode relative. Le locataire ne peut invoquer que les facteurs de baisse qui se sont réalisés depuis la dernière fixation du loyer (ATF 121 III 163 cons. 2d/bb, confirmé in ATF 124 III 67 cons. 3 et 126 III 124 cons. 2a).

b) La rédaction de l'art. 270a al. 1 CO justifie cette solution. Son texte («... à cause d'une notable modification des bases de calcul...») fait clairement ressortir l'exigence d'une modification des critères en fonction desquels le loyer actuel a été fixé. Or, c'est précisément la caractéristique de la méthode relative que de prendre appui sur la situation existante, c'est-à-dire la manière dont les parties ont aménagé et développé jusqu'alors leurs rapports contractuels pour examiner si une modification du contrat est admissible.

c) L'égalité de traitement entre bailleurs et locataires (ATF 121 III 163 cons. 2d/aa; 116 II 73 cons. 2a) ne fait pas obstacle à l'application de la seule méthode relative aux demandes de baisse de loyer. En effet, la jurisprudence a relativisé les facteurs absolus de majoration du loyer. Dès lors, il est conforme à l'égalité de traitement de ne pas permettre aux locataires d'invoquer la méthode absolue à l'appui d'une demande de baisse de loyer dans une situation où les bailleurs ne pourraient pas non plus y recourir pour motiver une hausse de loyer. Au demeurant bailleurs et locataires sont traités sur pied d'égalité, dès lors que les uns et les autres peuvent réclamer l'application de la méthode absolue pour s'opposer à une augmentation de loyer (ATF 124 III 310 cons. 2b; 122 III 76 cons. 4c; 121 III 163 cons. 2d/aa) ou à une demande de baisse de loyer (ATF 122 II 257 cons. 4; 121 III 163 cons. 2d/aa).

d) La doctrine, émanant pourtant de milieux antagonistes, démontre sur ce sujet sensible une certaine convergence et approuve l'application de la seule méthode relative aux demandes de baisse de loyer (parmi d'autres: *Lachat/Stoll/Brunner, Das Mietrecht für die Praxis, 4^e éd., Zurich 1999, p. 390, ch. 5.4.1; SVIT-Kommentar Mietrecht, 2^e éd., Zurich 1998, n. 18 ad art. 270a CO; Richard, Le point sur la méthode absolue, CdB 1998, p. 65 ss, 81*).

e) L'application de la méthode relative n'implique pas nécessairement le recours à des critères relatifs. Méthodes et critères de calcul ne doivent en effet pas être confondus. L'évolution des facteurs absolus de fixation du loyer, tels les loyers comparatifs, pendant une période suffisamment longue pour être significative (TF, 15.06.2001, 4C.40/2001, cons. 4b; ATF 118 II 130 cons. 3b), peut justifier une majoration du loyer selon la méthode relative (*Lachat, Le bail à loyer, Lausanne 1997, p. 274, note 111 et p. 359, ch. 5.3.3*). Par égalité de traitement, la même faculté doit être offerte au locataire. Partant, rien ne s'oppose à ce que le locataire invoque la baisse éventuelle des loyers comparatifs pour justifier une demande de diminution du loyer,

toujours sous réserve de l'écoulement d'une période suffisamment longue au regard des lois de la statistique (*Lachat, op. cit., p. 274, note 111 et p. 361, ch. 5.4.1; contra: SVIT-Kommentar Mietrecht, op. cit., n. 5 ad art. 270a CO*). A cet égard, il convient de souligner que, dans son Message du 4 octobre 1976 concernant la prorogation et la modification de l'arrêté fédéral instituant des mesures contre les abus dans le secteur locatif (AMSL), le CF formulait la remarque suivante au sujet de l'art. 19 al. 1 AMSL (actuellement: art. 270a al. 1 CO): «l'expression «bases de calcul» n'englobe d'ailleurs pas uniquement les baisses de frais car il se peut aussi que les loyers de certains quartiers diminuent. En pareil cas, le locataire aura la faculté, en vertu des nouvelles dispositions, de demander que son loyer soit adapté à la situation du marché». Pour le surplus, s'agissant du rendement (art. 269 CO), il faut admettre, avec *Lachat (op. cit., p. 361, note 71)*, que le locataire n'a pas à se référer à ce critère absolu pour demander une baisse de loyer. En effet, comme le rendement est présumé équitable lors de la dernière fixation du loyer, en invoquant une baisse des charges, le locataire fait valoir implicitement que le rendement est devenu excessif.

3. Dans un second temps, le TF examine si, à titre exceptionnel, le locataire peut se prévaloir de la méthode absolue, c'est-à-dire directement d'un facteur absolu pour solliciter une diminution du loyer. Peut-on appliquer à la baisse, par analogie, la jurisprudence qui autorise le bailleur, dans certains cas exceptionnels (*ATF 123 III 171 cons. 6a*) à majorer unilatéralement le loyer en évoquant directement un facteur absolu?

A cette question, le TF répond comme suit:

- a) Le locataire, contrairement au bailleur (art. 18 OBLF) n'a pas la possibilité de formuler une réserve de baisse au moment de conclure le bail (*cf. Lachat, op. cit., p. 354, note 33*). Dès lors, même s'il a émis des réserves à ce moment-là (plutôt que de contester le loyer initial, art. 270 CO), le locataire ne peut pas s'en prévaloir pour demander ultérieurement une baisse du loyer en se fondant directement sur des critères absolus.
- b) Il devrait en aller de même du motif pris de la sortie de l'immeuble du contrôle cantonal des loyers. Il est vraisemblable, dans cette hypothèse, qu'un calcul de rendement aboutira généralement à la fixation d'un loyer supérieur à celui qui était soumis au contrôle administratif. A supposer toutefois que ce ne soit pas le cas, rien ne devrait alors interdire au locataire d'invoquer la méthode absolue pour justifier sa demande de baisse de loyer.
- c) Dans l'hypothèse de la vente de l'immeuble, il ne faut pas systématiquement accorder au locataire la faculté de solliciter une baisse de loyer en se fondant sur la méthode absolue. On ne voit, en effet, pas pourquoi le locataire qui s'est accommodé d'un loyer initial abusif devrait pouvoir invoquer ladite méthode du seul fait – aléatoire – que l'immeuble a changé de mains, sans que son

loyer ait été augmenté, alors qu'il ne pourrait pas le faire si l'immeuble n'avait pas été transféré à un tiers. Admettre cette possibilité reviendrait à faire supporter au nouvel acquéreur les conséquences d'un éventuel abus commis par le précédent propriétaire, respectivement du manque de diligence du locataire au moment de la conclusion du bail. Cependant, on ne saurait non plus exclure en toute hypothèse la faculté pour le locataire de se prévaloir d'un facteur absolu à l'occasion de la vente de l'immeuble abritant l'appartement loué. En effet, suivant les circonstances, un tel transfert pourra entraîner une notable modification des bases de calcul. Ce sera, par exemple le cas, si le prix de vente de l'immeuble en question – pour autant que ce prix corresponde à celui du marché et qu'il ne s'agisse pas d'un prix d'ami (hypothèse de la donation pure ou mixte) – est sensiblement inférieur à celui qui a servi à déterminer le montant du loyer actuel.

- d) Le cas où le précédent loyer résulte d'un bail échelonné ou indexé constitue une circonstance exceptionnelle justifiant le recours à la méthode absolue (*ATF 121 III 397 cons. 2b/bb; ATF 123 III 76 cons. 4c*), et ce aussi bien pour les locataires que pour les bailleurs.
- e) Enfin, si l'on autorise le bailleur, après qu'il a épuisé tous les facteurs de hausse relatifs, à invoquer directement la méthode absolue dans des situations exceptionnelles telles que la longue période qui s'est écoulée depuis la dernière fixation du loyer selon la méthode absolue, il n'y a pas de raison d'interdire au locataire d'agir de même lorsqu'il a épuisé tous les facteurs de baisse relatifs.

Note

- 4. Les juridictions vaudoises qui autorisaient sans restriction le locataire à se prévaloir de la méthode absolue pour demander une baisse de loyer (*CdB 1996, p. 58 ss*) sont ici désavouées.
- 5. La solution du TF, (*commentée par Conod in CdB 2002, p. 143-144 et par Bättig in MRA 2002, p. 189-191*), a le mérite de la logique et de la cohérence. Bailleur et locataire sont traités sur pied d'égalité. Le premier ne peut prétendre à une majoration de loyer que par référence à la méthode relative. Le second ne peut demander une baisse de loyer qu'en recourant à la même méthode. Ce n'est que dans des cas exceptionnels que l'une ou l'autre des parties peut tenter de faire modifier le loyer en sa faveur en invoquant directement des critères absolus (méthode absolue).
- 6. L'arrêt vise avant tout la possibilité pour le locataire de se prévaloir des loyers comparatifs pour demander une baisse de son loyer (*cf. ci-dessus point 2. in fine*). Dès lors, en pratique la tâche du locataire sera quasi impossible. Il est en effet déjà ardu pour le bailleur (*recte*: pour le gérant d'immeubles) de se procurer un nombre suffisant (cinq en principe) d'exemples comparatifs probants

pour justifier une majoration. Le locataire qui dispose d'un moindre accès aux données du marché immobilier sera encore plus emprunté pour justifier sa baisse de loyer par le critère des loyers comparatifs. Intéressant dès lors en théorie, l'arrêt nous semble d'une portée pratique limitée.

D.L.

17 Bail portant sur des appartements dans un immeuble dont la construction a été subventionnée par la Confédération. Nécessité d'une décision constatatoire à la fin de la procédure en vérification du loyer par l'Office fédéral du logement. Vérification des loyers à titre rétroactif. Admissibilité d'un loyer différent entre plusieurs appartements d'un même immeuble en fonction de leur emplacement, aménagement intérieur ou exposition au soleil sans approbation par l'Office fédéral.

Tribunal fédéral

03.12.2002

A. c. M.B. et A.B.

2A.254/2002; ATF 129 II 125

Art. 253b al. 3 CO; 45 LCAP; 17 al. 3, 21a, 75a OCAP

1. L'immeuble dont il est question dans la présente affaire avait été construit en 1983 par une coopérative de construction qui a bénéficié de subsides fédéraux au sens de la LCAP et a été vendu en 1988 à A., en faveur duquel la Confédération a garanti la continuation de l'aide fédérale. Avec effet dès le 1^{er} avril 1990, A. a loué à M.B. et A.B. un appartement ainsi qu'un garage dans son immeuble. Le 18 novembre 1998, M.B. et A.B. ont demandé une réduction du loyer à cause d'un abaissement du taux hypothécaire. Suite au refus de leur demande par le propriétaire, les locataires ont sollicité l'Office fédéral du logement (ci-après, l'Office fédéral) afin qu'il vérifie si l'augmentation du loyer en 1990 avait été licite. Ils ont résilié le contrat de bail pour le 31 mars 2000.

Par correspondance du 28 février 2000 adressée au propriétaire, l'Office fédéral a statué que le loyer approuvé de l'appartement en question a été dépassé de Fr. 8655.- entre 1990 et 1999 et a exigé de A. qu'il restitue cette somme avec intérêts aux locataires B. A. a interjeté un recours contre la lettre de l'Office fédéral auprès de la commission de recours du Département fédéral de l'économie. Cette dernière a tenu compte des observations des locataires B. également en tant que recours. En

admettant les deux recours, elle a annulé la décision de l'Office fédéral et a statué que les locataires avaient droit au remboursement de Fr. 24 996.-, montant correspondant au loyer versé en trop entre 1990 et 2000. A. a intenté un recours de droit administratif auprès du TF contre l'arrêt de la commission de recours. Le TF admet partiellement le recours.

2. La première question soulevée par le recours concerne la nature juridique de la « communication » du 28 février 2000 émanant de l'Office fédéral. Le TF rappelle d'abord les modes de subventionnement ainsi que le système de surveillance des loyers subventionnés, système qui se distingue du régime de protection contre les loyers abusifs au sens du CO (et se trouve expressément réservé par l'art. 253b al. 3 CO). Les locataires d'appartements subventionnés n'ont que la possibilité de faire contrôler par l'Office fédéral la conformité ou les adaptations de leur loyer au plan des loyers (art. 17a OCAP), plan que le propriétaire doit établir avant l'octroi de subventions (cf. art. 21 al. 1 OCAP). Le TF précise qu'une vérification des loyers subventionnés peut également avoir lieu à titre rétroactif, par rapport aux loyers déjà versés, pendant toute la durée de la surveillance administrative des loyers. Toutefois, cette procédure ne permet pas aux locataires de mettre en question le plan des loyers en tant que tel, une fois qu'il a été approuvé.

Au cas où le loyer vérifié ne correspond pas au plan, c'est l'Office fédéral qui doit intervenir afin de forcer le bailleur à modifier le loyer. Le rapport entre la Confédération et le propriétaire constitue un contrat de droit public conforme à la décision de subventionnement prise par l'Office fédéral (art. 57 al. 3 LCAP). En ce qui concerne les montants versés par les locataires qui dépassent le loyer approuvé, l'Office fédéral peut exiger leur remboursement du propriétaire, en lui impartissant un délai de trois mois (cf. art. 17 al. 3 OCAP). Si le propriétaire refuse de rembourser le loyer versé en trop, c'est la commission de recours précitée qui tranche comme commission d'arbitrage (art. 75a OCAP). La répétition du loyer payé en trop doit donc être clairement distinguée de la procédure en vérification du loyer. Cela n'empêche pas aux yeux du TF que la procédure de vérification des loyers prévue à l'art. 17a OCAP ne permet une protection adéquate du locataire que si elle se termine par une décision au sens de l'art. 5 LF sur la procédure administrative qui a pour effet de constater la légalité du loyer en question. Dans le cas présent, la « lettre » envoyée par l'Office fédéral le 28 février 2000 aux locataires ne constitue dès lors pas une simple communication; il s'agit bel et bien d'une décision constatatoire concrète, unilatérale, rendue par l'Office *iure imperii* dans sa fonction d'autorité compétente pour la surveillance administrative des loyers.

3. Une autre question est celle de savoir si un bailleur peut, sans autorisation de l'Office fédéral, modifier les loyers des appartements d'un immeuble, tout en respectant globalement le rendement admis dans le plan de financement. Le TF répond par l'affirmative à cette question au niveau du principe et donne ainsi

raison au recourant qui a pratiqué des suppléments et réductions par étage jusqu'à concurrence de Fr. 201.–. Il est vrai qu'aussi bien l'art. 45 LCAP que l'art. 21 al. 3 OCAP et la doctrine y relative n'admettent pas des changements de loyer – dépendants ou non de la situation générale du marché – sans approbation par l'Office fédéral. Le TF souligne toutefois que l'Office fédéral admet dans une pratique constante que le bailleur procède sans autorisation particulière à une compensation des loyers à l'intérieur d'un même type d'immeuble sous la forme d'un supplément ou d'une réduction par étage (jusqu'à concurrence de Fr. 100.– vers le haut ou vers le bas selon une pratique récente, de Fr. 150.– selon une pratique antérieure mais pertinente pour le présent cas) en fonction de l'emplacement des appartements, leur aménagement intérieur etc., à condition que la somme globale des loyers subventionnés ne dépasse pas le montant fixé dans le plan des loyers. La question de la base légale ne se pose pas, car le rapport entre le propriétaire et la Confédération est régi en premier lieu par un contrat de droit public, dont l'interprétation est soumise au principe de la bonne foi et la pratique administrative en la matière.

4. Il ressort cependant de l'état de fait que le recourant a pratiqué des loyers dépassant la différence de Fr. 150.– par rapport au plan; en plus, ces loyers n'ont pas été compensés entièrement par la diminution des loyers d'autres appartements. Le recourant soutient qu'il faut tenir compte des loyers des garages dans le calcul global afin de juger l'admissibilité des loyers. Mais le TF ne suit pas le point de vue du recourant. La formulation des directives indique sans équivoque que les modifications de loyer sans approbation de l'Office fédéral ne sont admissibles que par rapport aux appartements. En plus, en l'espèce, les appartements peuvent être loués sans garage, et aucun locataire n'est obligé de louer un garage avec son appartement, raison pour laquelle l'Office fédéral établit des plans de loyer séparés pour les deux catégories de locaux. En l'espèce, le bailleur A. n'a certes pas dépassé des loyers arrêtés pour les garages dans le plan approuvé par l'Office fédéral; il a même exigé des loyers inférieurs. Mais il ressort des principes décrits

que ces loyers ne sont pas pris en compte pour juger l'admissibilité de la compensation des loyers des appartements.

5. La présente affaire soulève en outre une série de questions d'ordre procédural (*reformatio in peius*; absence d'indication des voies de droit; prise en compte des observations des locataires B. en tant que recours) sans relation particulière avec le droit du bail, raison pour laquelle nous renvoyons le lecteur, en cas d'intérêt, au cons. 3 de l'ATF.

Note

6. La situation juridique en rapport avec le subventionnement fédéral de locaux d'habitation a évolué depuis cet arrêt. Le Parlement a accepté une nouvelle loi fédérale encourageant le logement à loyer ou à prix modérés (loi sur le logement, LOG, du 21 mars 2003, RO 2003, p. 3083), dont l'entrée en vigueur a été fixée au 1^{er} octobre 2003. Cette loi est destinée à remplacer à moyen terme la LCAP; celle-ci reste en vigueur s'agissant des demandes d'aide fédérale approuvées en vertu d'elle avant l'entrée en vigueur de la LOG. Tout comme la LCAP, la LOG prévoit différents modes de subventionnement de la construction de locaux d'habitation à loyer modéré ainsi qu'un contrôle des loyers. L'ATF 129 II 125 résumé ci-dessus, qui montre la haute complexité des procédures en vérification et en répétition des loyers selon la LCAP, a en tout cas eu un impact sur la nouvelle loi dans la mesure où il est dit à l'art. 54 al. 2 LOG que l'Office fédéral doit rendre une décision sur la demande de vérification des loyers, s'il n'arrive pas à concilier les parties. Pour le reste, la dualité entre les deux types de procédures subsiste (cf. les art. 54 LOG et 58 du projet de l'Ordonnance sur le logement, OLOG). A noter en outre que la flexibilité au niveau de la fixation des suppléments ou réductions par étage pratiquée par l'Office fédéral et approuvée par le TF risque de disparaître sous l'empire de la LOG; l'art. 10 du projet de l'OLOG stipule en effet que de tels ajustements du loyer ne peuvent avoir lieu qu'avec l'autorisation de l'Office fédéral.

O.W.

3. Protection contre les congés

18 Prolongation de bail refusée. Absence de responsabilité du locataire pour le dommage subi par le bailleur du fait de l'impossibilité de réintégrer la villa louée.

Tribunal fédéral

14.11.2001

N. c. D.

4C.256/2001

Art. 41, 97 al. 1, 272a CO

1. Titulaire d'un bail de durée déterminée non reconductible, le locataire en demande la prolongation après que le bailleur l'a informé de son intention de réintégrer la villa louée à l'échéance du contrat. La prolongation de bail est admise par la Commission de conciliation, puis refusée par les deux instances cantonales. De même, les conclusions du bailleur en paiement de dommages-intérêts tant que le locataire occuperait la villa et que le bailleur demeurerait dans l'appartement qu'il habitait alors, d'abord admises, sont rejetées en dernière instance cantonale. Seule la prétention en dommages-intérêts du bailleur est soumise au TF. Elle est rejetée.
2. Voilà donc un bail qui a pris fin le 31 décembre 1999. La prolongation en est refusée le 18 mai 2000 et le 27 décembre 2000, ce refus n'étant pas remis en cause devant le TF. Dans l'intervalle, le locataire qui, selon les constatations de l'autorité cantonale, se plaisait dans la villa louée et avait toujours souhaité y rester, « n'est pas parti à l'échéance du bail, faute d'avoir trouvé un autre logement à sa convenance. En outre, il n'entendait pas quitter la villa louée avant l'achèvement de la construction de la sienne, qui devait intervenir au plus tôt le 1^{er} mars 2001 ». On ignore à quel moment le bailleur est finalement autorisé à réintégrer son bien, mais il est établi qu'il a été contraint à trouver un logement de remplacement et à un double déménagement, du fait du refus du locataire de restituer les locaux loués à la fin du bail. On en déduit que c'est au bailleur seul qu'incombent tous les inconvénients et le dommage liés à cette situation. Ce résultat est choquant.

Le bailleur, sur la longue route conduisant au rejet de la demande de prolongation, avait bien tenté d'obtenir la réparation du dommage qu'il subissait. La première instance cantonale avait d'ailleurs reconnu que le locataire était « débiteur du demandeur de la somme de 3000 francs (...) ainsi que de 1720 francs par mois, intérêts en sus, tant qu'il occuperait la villa et que le demandeur demeurerait dans son appartement de Genève (...) ». Les postes du dommage n'apparaissent pas clairement à la lecture du dispositif du jugement, mais on peut supposer que le bailleur réclamait le remboursement des frais du déménagement supplémentaire qui lui était imposé, ainsi que la différence entre le loyer de son logement de remplacement et le loyer que versait le locataire.

3. Deux fondements juridiques à cette prétention en réparation du dommage sont envisageables: la responsabilité délictuelle (art. 41 CO) et la responsabilité contractuelle (art. 97 CO). Le TF n'a examiné, pour la rejeter, que la responsabilité délictuelle qui fera l'objet d'une première série de réflexions (*cf. infra 4.*). J'examinerai ensuite la responsabilité contractuelle du locataire (*cf. infra 5.*).
4. On traitera donc tout d'abord de la question de la responsabilité délictuelle (art. 41 CO). L'alinéa 1^{er} de l'art. 41 CO vise le dommage causé à autrui par un acte illicite fautif, l'alinéa second le dommage causé intentionnellement par un acte contraire aux mœurs. Les deux fondements de responsabilité doivent être distingués.

Après avoir rappelé qu'« il serait contraire à un principe fondamental de l'Etat de droit que celui qui intente une action objectivement injustifiée engage en principe sa responsabilité en vertu du droit privé de la Confédération », le TF précise qu'est responsable « celui qui ouvre abusivement un procès ou se comporte en procédure d'une manière qui peut être qualifiée de déloyale ou de malveillante » (*ATF 117 II 394, JT 1992 I 550*). Il poursuit en rappelant que la contrariété aux mœurs ne doit pas être utilisée pour vider de sa substance l'exigence de l'illicéité, raison pour laquelle un acte contraire aux mœurs n'est admis qu'exceptionnellement. En effet, l'art. 41 al. 2 CO vise en premier lieu la chicane. Est ainsi « contraire aux mœurs selon cette disposition un comportement qui ne sert pas à sauvegarder les intérêts propres de son auteur, mais qui tend exclusivement ou essentiellement à porter atteinte aux intérêts d'autrui (*ATF 124 III 297 cons. 5e*) ». Appliquant ces principes à l'ouverture d'une procédure en prolongation de bail, le TF relève que le juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation en la matière. Etant donné la pondération des intérêts en présence prévue à l'art. 272 al. 2 CO, il est difficile de savoir si une telle procédure est d'emblée vouée à l'échec. En l'espèce, vu le fait que le marché du logement était tendu dans la région considérée et que le locataire avait entrepris certaines démarches, il y avait matière à discussion. Le TF en conclut qu'on « ne saurait assimiler l'ouverture d'une action en prolongation de bail par le défendeur à un comportement déloyal ou malveillant, procédant d'un acte intentionnel contraire aux mœurs au sens de la jurisprudence rappelée plus haut ». La prétention en réparation du dommage du bailleur est par conséquent rejetée.

Cette conclusion révèle une confusion entre les deux alinéas de l'art. 41 CO, entre la responsabilité pour un acte illicite fautif et celle pour un acte intentionnel contraire aux mœurs. Jusqu'ici, la réflexion relative à la responsabilité pour un comportement procédural s'est placée sur le premier terrain (*la thèse de Casanova, Die Haftung der Parteien für prozessuales Verhalten, Fribourg 1982, se concentre sur l'illicéité du comportement procédural et n'aborde pas la question sous l'angle de la contrariété aux mœurs: voir § 11, p. 85 ss, § 12, p. 140 ss; cf. également, Rey, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 2^e éd., Zurich 1998, n° 725 ss, 743 ss, 792 ss; Oftinger/Stark, Schweizerisches Haftpflichtrecht, vol. II, 4^e éd.,*

Zurich 1987, n° 156 ss, 191 ss; pour la jurisprudence: ATF 88 II 276 cons. 4, JT 1963 I 140, moins clair: ATF 117 II 394 cons. 4, JT 1972 I 550). En l'espèce, l'hypothèse d'un dommage causé de manière intentionnelle par un acte contraire aux mœurs doit être écartée. En effet, le locataire n'avait pas l'intention de causer un dommage au bailleur. Son but était de rester dans la villa louée en attendant de pouvoir emménager dans sa propre villa. Il poursuivait ses propres intérêts, mais n'avait pas pour but essentiel, sinon exclusif, de nuire aux intérêts du bailleur (ATF 124 III 297 cons. 5e). C'est donc la commission d'un acte illicite qui doit être examinée ici (art. 41 al. 1 CO). La distinction est importante, car la responsabilité pour acte illicite n'a pas le caractère exceptionnel que revêt la responsabilité pour acte intentionnel contraire aux mœurs.

Revenons-en aux principes: un procès perdu n'est pas, en tant que tel, constitutif d'un acte illicite, sinon il faudrait admettre que toute partie qui succombe commet un acte illicite. On ne peut pas non plus partir du principe inverse que l'ouverture d'un procès n'est jamais illicite (Casanova, *op. cit.*, p. 105 ss). L'illicéité doit seulement être admise en cas d'ouverture abusive d'un procès ou d'un comportement déloyal pendant le procès. Il s'agit d'une règle de comportement non écrite interdisant l'introduction d'une action dénuée de toute justification matérielle (ATF 117 II 394 cons. 4 et les réf. cit., JT 1972 I 550; ATF 88 II 276 cons. 4, JT 1963 I 140). Il faut reconnaître avec le TF que l'absence de toute justification matérielle est difficile à admettre dans le cadre de la procédure en prolongation de bail dont le résultat dépend de la pesée des intérêts effectuée par le juge exerçant pleinement le pouvoir d'appréciation que lui réserve la loi (art. 272 CO, 4 CC).

Pourtant, dans le cas d'espèce, la pesée des intérêts était très clairement défavorable au locataire: le bailleur avait d'emblée refusé la conclusion d'un bail de plus de quatre ans en vue d'un retour ultérieur dans les locaux (art. 272 al. 1 lit. a CO); la durée du bail avait été fixée à quatre ans, la reconduction étant expressément exclue (art. 272 al. 1 lit. b CO); le bailleur avait besoin d'utiliser les locaux à son retour, ce que le locataire savait (art. 272 al. 1 lit. c CO); la situation tendue du marché local du logement, qui aurait empêché le locataire de trouver un autre logement, n'avait pas eu le même effet pour le bailleur contraint, lui, à se reloger ailleurs (art. 272 al. 1 lit. e CO). Les intérêts du bailleur justifiaient de manière évidente le désavantage consistant pour le locataire à trouver un logement à titre provisoire et à déménager deux fois (art. 272 al. 1 *in fine* CO). Ces circonstances suffisaient-elles pour que la demande de prolongation du locataire soit considérée comme dénuée de toute justification matérielle, autrement dit déloyale, donc constitutive d'un acte illicite? L'admettre n'aurait pas été choquant, d'autant moins si, contrairement aux considérations de l'arrêt, la condition de l'illicéité de l'art. 41 al. 1 CO n'avait pas été confondue avec l'intention de nuire exigée par l'al. 2. Le TF en a jugé autrement.

5. On s'attardera maintenant à la question de la responsabilité contractuelle.

Il reste à examiner si le bailleur pouvait obtenir la réparation du dommage subi en invoquant la violation du contrat de bail, en particulier de l'obligation du locataire de restituer la chose à la fin du bail (art. 267 al. 1 et 97 al. 1 CO). Selon les constatations de la Cour cantonale, «si le défendeur était resté dans les locaux postérieurement à l'échéance du bail, pareille circonstance ne constituait pas la violation d'une obligation contractuelle, le bail litigieux n'ayant pas pris effectivement fin en raison de la procédure de prolongation dont le sort n'était pas encore scellé». La question essentielle est de savoir à quel moment un bail non prolongé prend fin.

La doctrine et la jurisprudence donnent quelques indications sur le sort du bail prolongé (i), s'intéressent peu au sort du contrat pendant la durée de la procédure (ii) et encore moins aux effets du refus de prolongation (iii). (i) Le bail, qui reste en vigueur pendant la prolongation (art. 272c al. 2 CO), ne repose plus sur le consentement des parties, mais suppose l'intervention du juge; il est dès lors qualifié de rapport de bail d'un genre propre dont le fondement est quasi légal (Higi, *Die Miete*, in: *Obligationenrecht*, 4^e éd., V 2 b, Zurich 1996, n. 84 s. ad art. 271-273c CO; voir aussi Schmid, *Miete, Pacht, Leihe*, in: *Das Obligationenrecht*, 3^e éd., V 2 b, Zurich 1977, n. 3 ad art. 267a anc. CO). (ii) Pendant la durée de la procédure de prolongation, on admet que «les effets du congé sont suspendus» (Engel, *Contrats de droit suisse*, 2^e éd., Berne 2000, p. 217; Lachat, *Le bail à loyer*, Lausanne 1997, p. 517, ch. 8.9; ATF 104 II 311, JT 1979 I 495). (iii) En cas de refus de prolongation, le locataire doit quitter les lieux à l'échéance du bail (Schmid, *op. cit.*, n. 21 ad art. 267a CO), ce qui supposerait qu'une décision définitive intervienne avant l'échéance. Une telle hypothèse est toutefois peu vraisemblable lorsque le locataire utilise les moyens de recours offerts par la loi (Polivka, *MRA* 1999, p. 47 ss, 53, *déplore la durée de la procédure, c'est-à-dire trois ans, dans l'arrêt qu'il commente*). Selon Schmid, dans le silence de la loi, il appartient alors au juge de fixer au locataire un délai approprié pour quitter les locaux, ce qui ne préjuge pas du sort du contrat non prolongé.

La loi, il est vrai, ne règle pas la relation des parties pendant la durée de la procédure. Deux observations peuvent être faites à cet égard. (i) Le bail prolongé – quelle que soit sa nature juridique – «reste en vigueur» sous réserve d'une éventuelle adaptation par le juge (cf. art. 272c CO), d'où l'on peut déduire que le bail qui n'est pas prolongé ne reste pas en vigueur après son échéance ou sa résiliation. Il prend donc fin à son échéance normale, sous une réserve. (ii) Pendant toute la durée de la procédure, il n'est pas question d'une évacuation des locaux nonobstant la fin du contrat. Ainsi s'explique le fait que les effets de la fin du contrat soient suspendus. Cette suspension cesse par un jugement formateur de prolongation. Elle cesse également par un jugement refusant de prolonger le bail. Cela signifie que, soit le contrat ne prend pas fin, soit les effets de la fin du bail cessent d'être suspendus. Dans cette dernière hypothèse, le contrat prend bel et bien fin à son échéance ou par l'effet d'une résiliation valable. Etant donné que la prolongation du

bail constitue une institution exceptionnelle en droit des contrats, de par l'intervention formatrice du juge, dans la relation contractuelle, il n'est pas envisageable que le bail soit prolongé *de facto* alors que les conditions légales de la prolongation ne sont pas réunies. La restitution des locaux est par conséquent due dès la fin du contrat.

Dans le cas présent, le locataire viole l'obligation prévue par l'art. 267 al. 1 CO dès le 31 décembre 1999 en ne restituant pas les locaux. Il répond du dommage qui en résulte pour le bailleur (frais de déménagement supplémentaire et différence entre le loyer payé par le bailleur et celui qu'il perçoit du locataire), à moins qu'il ne réussisse à prouver son absence de faute quant à la non-restitution des locaux. La non-restitution est ici volontaire. Le locataire ne peut pas invoquer l'ouverture de la procédure en prolongation en faisant valoir qu'il pouvait se croire autorisé à agir ainsi. Sur la base des constatations de l'autorité cantonale, il faudrait admettre ici une faute par dol éventuel (*Schwenzer, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2° éd., Berne 2000, p. 116, n° 22.12; voir aussi Brehm, Das Obligationenrecht, in: Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 3° éd., VI 3 1, Berne 1998, n. 195 ad art. 41 CO; Rey, op. cit., n° 841 s.*). Il est en effet établi que le locataire « n'entendait pas quitter la villa louée avant l'achèvement de la construction de la sienne ». Le locataire avait donc décidé de ne pas restituer les locaux quoi qu'il arrive et admis l'éventualité que la prolongation ne soit pas accordée. Vu les possibilités de recours, et quelle que soit l'issue de la procédure en prolongation, le locataire était assuré de pouvoir rester sur place le temps nécessaire à la construction de sa villa. En ne quittant pas les locaux loués, il avait, au moins par dol éventuel, envisagé de violer son obligation de restitution. La preuve libératoire de l'absence de faute ouverte par l'art. 97 al. 1 CO au débiteur n'aurait vraisemblablement pas été admise dans les circonstances de l'espèce. La prétention en dommages-intérêts du bailleur pouvait par conséquent être admise dans la mesure où elle était fondée sur la violation du contrat.

6. En conclusion, le résultat de l'arrêt aurait été différent et le bailleur aurait pu obtenir la réparation de son dommage, si l'on n'avait pas confondu les deux hypothèses de l'art. 41 CO ou si l'on avait creusé la question au plan contractuel. Les effets pervers d'une législation – à juste titre – protectrice auraient ainsi pu être partiellement contrecarrés dans un cas particulier.

C.C.

19 Prédécision de l'autorité de conciliation restée inattaquée dans le délai de l'art. 273 al. 5 CO. Autorité de la chose jugée. Vices pouvant affecter un congé.

Tribunal fédéral

04.09.2001

X. c. Y.

4C.135/2001

Art. 273 al. 1 et 5 CO

1. Le 19 mars 1999, le bailleur a notifié une résiliation sur formule officielle. Le 17 avril 1999, le locataire a saisi l'Autorité de conciliation pour contester la validité du congé. En audience, il a encore requis subsidiairement une prolongation du bail. Par décision du 2 juillet 1999, l'Autorité de conciliation a jugé que le bail était valablement résilié, en précisant que la partie qui succombait pouvait saisir le juge dans les trente jours à défaut de quoi la décision deviendrait définitive. Le locataire a « recouru » contre cette décision le 23 août 1999. Le Tribunal des baux a déclaré irrecevables les conclusions du locataire au motif qu'il avait agi tardivement. Le TC et le TF ont rejeté les recours formés par le locataire.
2. Dans l'arrêt rendu sur le recours en réforme, le TF a relevé que le locataire n'avait pas respecté le délai de 30 jours de l'art. 273 al. 4 CO, que, dès lors, la décision de l'Autorité de conciliation – plus exactement la « prédécision » – (« *prima facie* » *Vorentscheid: ATF 121 III 266 ss, 269*) était devenue définitive et qu'elle bénéficiait, par voie de conséquence, de l'autorité de la chose jugée.

Note

3. Un congé peut être affecté de divers vices (*cf. Corboz, Les congés affectés d'un vice, in: 9° Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 1996, p. 4 s.*). L'acte nul prive d'emblée et définitivement de ses effets juridiques. La nullité n'existe que si elle est prévue par la loi ou découle de son sens et de son but (*Corboz, op. cit., p. 5 s.*). Lorsque les conditions les plus élémentaires pour l'accomplissement d'un acte juridique font défaut, on parle d'acte inexistant. Il s'agit d'une sorte d'acte nul (*Corboz, op. cit., p. 6*). Par ailleurs, à côté des actes nuls ou inexistants, il en existe d'autres qui, sans être annulables, sont inefficaces et dénués d'effet parce qu'ils ne satisfont pas aux exigences légales ou contractuelles auxquelles est subordonné leur exercice (*ATF 121 III 156 ss, 160 s.*). Sur le plan pratique, la distinction entre acte nul, inexistant ou inefficace ne présente guère d'intérêt: le vice doit être pris en considération d'office, en tout temps et par toute autorité (*ATF 121 I 97 ss, 98; Corboz, op. cit., p. 7*). Il s'ensuit que le locataire peut – sous réserve de l'abus de droit – rester inactif sans perdre le moyen de défense fondé sur la nullité, l'inexistence ou l'inefficacité du congé.

Il n'est, dès lors, pas tenu de saisir l'autorité de conciliation dans le délai de l'art. 273 al. 1 CO et il peut soulever le moyen en question à titre préjudiciel en l'opposant à une demande que le bailleur pourrait introduire contre lui. En revanche, s'il procède à cette démarche comme dans le cas d'espèce et s'il est débouté par l'autorité de conciliation, il doit alors poursuivre l'instance conformément à l'art. 273 al. 5

CO faute de quoi le «préjugement» bénéficiera de l'autorité de la chose jugée. Cela signifie que le locataire ne pourra plus remettre en cause la validité du congé dans une autre procédure, p. ex. lorsque le bailleur demandera son expulsion (TF, 24.06.1992, 4C.32/1992, cons. 3d; TF, 18.01.2000, DB 2000, p. 38, n° 26).

M.D.

4. Autorités et procédure

20 Conciliation préalable. Demande reconventionnelle non soumise à l'autorité de conciliation.

Tribunal cantonal, Vaud

04.10.2000

D.C.-L. c. J.G.

JT 2002 III 17

Art. 274a al. 1 lit. b CO

1. J.G. avait loué un appartement à dame C.-L. La locataire quitta les lieux le 26 juin 1995 avant l'échéance du contrat et le bailleur reloua l'appartement à partir du 1^{er} mai 1996. Le 17 octobre 1996, J.G. introduisit une poursuite correspondant aux loyers impayés du 1^{er} juillet 1994 au 30 avril 1996, poursuite à laquelle C.-L. forma opposition. Par décision du 29 avril 1997, le président du Tribunal de district prononça la mainlevée provisoire à concurrence de Fr. 39 600.-. Par requête du 27 juin 1997, C.-L. saisit l'Autorité de conciliation en concluant à ce qu'il soit prononcé qu'elle n'était pas la débitrice de J.G., son opposition étant définitivement maintenue. La conciliation n'ayant pas abouti, la locataire déposa une requête auprès du Tribunal des baux en reprenant les mêmes conclusions que celles formulées devant l'Autorité de conciliation. Le bailleur a, quant à lui, conclu au rejet des conclusions et, reconventionnellement, à ce que la locataire soit reconnue comme sa débitrice, d'une part, de diverses sommes qui n'avaient pas fait l'objet de la poursuite et, d'autre part, au titre des loyers mentionnés dans la poursuite en question. Le Tribunal des baux admit les conclusions de J.G. C.-L. recourut auprès du TC. A l'appui de son recours, elle fit valoir qu'une partie des conclusions reconventionnelles n'avaient pas été soumises à l'Autorité de conciliation.
2. A teneur de l'art. 274a al. 1 CO, les cantons instituent des autorités cantonales, régionales ou communales de conciliation qui sont notamment chargées de tenter, en cas de litige, de les amener à un accord. Il ressort de la jurisprudence rendue

au sujet de cette disposition que celle-ci doit être interprétée en ce sens que toute contestation en matière de baux d'habitation ou de locaux commerciaux, sous réserve des cas d'expulsion pour non-paiement du loyer, doit faire l'objet d'une tentative de conciliation auprès de l'autorité de conciliation désignée par le canton. Cet avis est partagé par la doctrine majoritaire (ATF 118 II 307; Lachat, *Le bail à loyer*, Lausanne 1997, p. 93).

3. Il s'ensuit que, si le défendeur n'a pas pris de conclusions reconventionnelles devant l'autorité de conciliation, il ne peut pas formuler de telles conclusions devant l'autorité judiciaire. Il faut toutefois faire une exception à cette règle et réserver les conclusions reconventionnelles actives correspondant aux montants réclamés dans la poursuite en cause. De telles prétentions ne sont pas nouvelles puisque ce sont précisément celles que la partie adverse a soumises à l'autorité de conciliation.

La conclusion reconventionnelle prise par le défendeur est donc recevable lorsqu'elle a pour objet les loyers compris dans la poursuite dès lors que cette prétention a été traitée dans la procédure de conciliation introduite par la demanderesse principale. En revanche, faute de conciliation préalable, les autres conclusions reconventionnelles sont nouvelles et, partant, irrecevables. Le recours doit, dès lors, être admis et le jugement réformé en ce sens que le dossier est retourné au Tribunal des baux pour qu'il le transmette à l'Autorité de conciliation afin que celle-ci procède à la tentative de conciliation préalable sur les conclusions nouvelles du défendeur.

Note

4. L'arrêt commenté s'inscrit dans le prolongement de la jurisprudence du TF qui a consacré la compétence générale, de droit impératif, de l'autorité de conciliation (cf. au sujet de cette problématique: Higi, *Die Miete*, in: *Obligationenrecht*, 4^e éd., V 2 b, Zurich 1996, n. 43 ss ad art. 274a CO). Cette règle vaut aussi lorsque le défendeur entend former une demande reconventionnelle: il doit d'abord articuler ses conclusions devant l'autorité de conciliation.

La réserve mentionnée dans l'arrêt au sujet de l'expulsion du locataire suite à une résiliation en cas de non-paiement du loyer doit être nuancée.

Lorsque la procédure ressortit à l'art. 274g CO, la tentative de conciliation n'a pas à être opérée. En revanche, si le bailleur conclut à l'expulsion alors que l'art. 274g CO n'est pas applicable, sa demande doit être préalablement soumise à l'autorité de conciliation (cf. *Ducrot, L'expulsion du locataire, in: 9^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 1996, p. 23; TF, 06.04.2001, 4C.347/2000, DB 2001, p. 35, n° 24*).

M.D.

21 Défaut. Bruit perçu dans la chambre à coucher. Valeur litigieuse: remise en état de la chose et réduction de loyer. Maxime inquisitoire sociale. Fardeau de la preuve.

Tribunal fédéral

31.05.2002

X. SA c. F.

4C.65/2002

Art. 8 CC; 256 al. 1, 274d al. 3 CO; 36 al. 4 et 5 OJ

1. Aux termes de l'art. 36 al. 4 et 5 OJ, les revenus et prestations périodiques ont la valeur du capital qu'ils représentent; si leur durée est indéterminée ou illimitée, le capital est formé par le montant annuel du revenu ou de la prestation, multiplié par vingt. Il ne suffit toutefois pas que la durée ne puisse être fixée avec précision pour la qualifier d'indéterminée au sens de l'art. 36 al. 5 OJ; si la prestation ou le revenu est dû pour une durée vraisemblablement inférieure à vingt ans, il conviendra alors de se fonder sur la valeur capitalisée pour la durée limitée probable (*Poudret/Sandoz-Monod, Commentaire de la Loi fédérale d'organisation judiciaire, I, Berne 1990, n. 8.2 ad art. 36 OJ; Wurzbürger, Les conditions objectives du recours en réforme au Tribunal fédéral, thèse, Lausanne 1964, p. 147*). En l'espèce, les points encore litigieux devant la Chambre d'appel concernaient la remise en état de la chose louée et la réduction du loyer de 15% jusqu'à la réparation du défaut. Une telle réduction correspond à Fr. 1077.– par an. Or, selon toute vraisemblance, le défaut sera réparé avant vingt ans; il n'est dès lors pas possible de se référer en l'espèce à l'art. 36 al. 5 OJ. De plus, on peut évaluer très probablement à moins de huit ans le temps qu'il faudra pour éliminer le défaut. S'agissant de la conclusion en réduction de loyer, la valeur litigieuse est donc vraisemblablement inférieure à Fr. 8000.–. Par ailleurs, selon l'arrêt attaqué, le bruit dont se plaint le demandeur est lié au chauffage; cependant, on ignore tout du coût de la réparation. Même en admettant que les conclusions en exécution et en réduction de loyer puissent être cumulées en l'occurrence, il paraît ainsi douteux que le seuil de Fr. 8000.– soit atteint.
2. Aux termes de l'art. 274d al. 3 CO, le juge établit d'office les faits et apprécie librement les preuves; pour leur part, les parties sont tenues de lui présenter toutes les pièces nécessaires à l'appréciation du litige. Le principe d'instruction ainsi posé n'est pas une maxime officielle absolue, mais une maxime inquisitoire sociale. C'est dire que le juge ne doit pas instruire d'office le litige lorsqu'une partie renonce à expliquer sa position. En revanche, il doit interroger les parties et les informer de leur devoir de collaboration et de production des pièces; il est tenu de s'assurer que les allégations et offres de preuves sont complètes uniquement 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 leurs moyens de preuve 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.
3. Au surplus, la maxime inquisitoire sociale ne modifie pas la répartition du fardeau de la preuve. Sur ce point, l'art. 8 CC dispose que chaque partie doit, si la loi ne prescrit le contraire, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit. Cette règle s'applique à toute prétention fondée sur le droit fédéral. Elle répartit le fardeau de la preuve et détermine ainsi la partie qui doit assumer les conséquences d'une absence de preuve. Se fondant en particulier sur le témoignage de la voisine du locataire, la Cour cantonale, à la suite du Tribunal des baux et loyers, a jugé que le demandeur avait démontré l'existence de nuisances sonores dans sa chambre à coucher. Ce faisant, elle n'a méconnu ni la répartition du fardeau de la preuve selon l'art. 8 CC, ni le droit à la contre-preuve de la défenderesse. Cette dernière ne prétend pas avoir proposé régulièrement une contre-preuve, assortie de moyens de preuve importants et pertinents (cf. *ATF 115 II 305*). Pour le surplus, l'appréciation des preuves à laquelle la Chambre d'appel s'est livrée échappe au champ d'application de l'art. 8 CC.
4. L'arrêt attaqué ne consacre pas de violation de l'art. 274d al. 3 CO. Comme la Cour cantonale le fait observer à juste titre, la bailleuse s'est vu impartir, lors de la procédure de première instance, différents délais pour se prononcer sur les allégués et moyens du demandeur; or, elle est restée complètement silencieuse, ne désignant aucun témoin et ne sollicitant aucune mesure probatoire complémentaire lors de la clôture des enquêtes. Face à une partie qui adopte une telle attitude, le juge n'avait pas à instruire d'office; en particulier, il n'avait pas à ordonner un transport sur place, ni des mesures de bruit. Il suffisait qu'il donne à la défenderesse l'occasion de s'expliquer, ce qu'elle a eu tout loisir de faire.
5. Selon l'art. 256 al. 1 CO, le bailleur est tenu de délivrer la chose dans un état approprié à l'usage pour lequel elle a été louée et de l'entretenir dans cet état. En effet, le loyer couvre, en règle générale, les frais d'entretien (*ATF 110 II 404 cons. 3a*). Si la chose est affectée d'un défaut qui entrave ou restreint l'usage pour lequel elle a été louée, le locataire peut exiger une réduction proportionnelle du loyer

jusqu'à l'élimination du défaut. Faute de définition légale, la notion de défaut doit être rapprochée de l'état approprié à l'usage pour lequel la chose a été louée; elle suppose la comparaison entre l'état réel de la chose et l'état convenu (TF, 26.01.1998, 4C.81/1997, cons. 3a; TF, 29.05.1997, 4C.527/1996, cons. 3a, SJ 1997, p. 661). Il y a ainsi défaut lorsque la chose ne présente pas une qualité que le bailleur avait promise ou sur laquelle le locataire pouvait légitimement compter en se référant à l'état approprié à l'usage convenu. Le montant du loyer sera l'un des éléments à prendre en considération (TF précité du 26.01.1998, cons. 3a). En l'espèce, il ressort des faits établis souverainement en instance cantonale que le bruit perçu dans la chambre à coucher du locataire est tel qu'il trouble le sommeil du demandeur. Le même bruit affecte du reste également les nuits de la voisine entendue à titre de témoin. S'agissant d'une chose louée aux fins d'habitation, le défaut doit être qualifié de moyenne importance; son élimination incombe donc à la bailleresse. On ne saurait à cet égard arguer du loyer modeste payé par le demandeur pour imposer à ce dernier de s'accommoder de la situation. Des

nuisances sonores propres à perturber le sommeil ne sont admissibles dans aucune sorte de logement d'habitation. De plus, le défaut est survenu en cours de bail; l'état actuel de la chose louée ne correspond dès lors plus à l'état convenu.

Note

- On ne compte plus les arrêts non publiés du TF traitant de la maxime inquisitoire sociale (cf. par exemple TF, 27.04.2001, 4P.1/2001; TF, 26.01.2001, 4C.332/2000; TF, 03.01.2001, 4C.255/2000). L'intérêt de l'arrêt commenté à cet égard est son rappel des liens entre maxime inquisitoire (sociale) et fardeau de la preuve. Sur ce point on lira également avec intérêt l'arrêt du TF du 12 février 2001 (4C.301/2000), selon lequel l'art. 274d al. 3 CO ne fait pas du juge l'avocat des parties et ne lui commande pas davantage de se substituer aux mandataires de celles-ci pour compléter ou modifier leur argumentation.

F.B.

5. Bail à ferme

22 Bail à ferme agricole. Interprétation du contrat. Validité d'une modification conventionnelle du fermage en cours de bail.

Tribunal fédéral

19.08.2002

X. c. Y.

4C.145/2002; ATF 128 III 419

Art. 18 al. 1, 253b, 269d, 270, 275 CO

- Par contrat de gérance libre du 10 septembre 1993, Y. a cédé à X. l'exploitation de son café-restaurant entièrement équipé pour une durée de cinq ans du 1^{er} mai 1994 au 30 avril 1999, contre paiement d'une redevance mensuelle de Fr. 10 000.-. Avant l'entrée en vigueur du contrat, les parties ont signé le 14 septembre 1993 un document intitulé «modification des contrats», qui prévoyait que la redevance mensuelle due par le gérant s'élèverait à Fr. 12 000.-. Dès le début de la gérance, X. a versé Fr. 10 000.- par mois à Y. Dans un avenant au contrat de gérance libre du 1^{er} janvier 1995, les parties ont porté le montant de la redevance à Fr. 12 000.- par mois. Dès cette date, X. a versé chaque mois Fr. 12 000.- à Y., jusqu'à l'échéance du contrat fixée au 30 avril 1999. Le 14 septembre 1999, X. a déposé une demande en paiement contre Y. devant le Tribunal des baux et loyers du canton de Genève. D'après lui, la modification de la

redevance du 1^{er} janvier 1995 était une augmentation du fermage, qui était nulle, faute d'avoir été notifiée sur formule officielle. Il a réclamé à ce titre la restitution de Fr. 104 000.- plus intérêt à 5% dès le 1^{er} mars 1997. Par jugement du 21 juin 2001, le Tribunal des baux et loyers du canton de Genève a donné suite aux conclusions de X. Saisie d'un appel de Y., la Chambre d'appel en matière de baux et loyers a considéré au contraire dans un arrêt du 18 mars 2002 que X. ne pouvait rien réclamer à Y. X. a recouru en réforme contre cette décision cantonale. Le TF a rejeté le recours et confirmé l'arrêt attaqué.

- A titre préalable, le TF qualifie le contrat de gérance libre passé entre les parties de bail à ferme non agricole (art. 275 CO), car il avait pour objet la cession d'un établissement public complètement équipé, soit d'un outil de production et non seulement de locaux qu'il appartenait au cocontractant d'aménager pour en faire une entreprise productive, auquel cas il aurait constitué un bail à loyer (TF, 21.05.2000, 4C.43/2000, cons. 2a; Lachat, *Le bail à loyer, Lausanne 1997*, p. 55, note 21; Tercier, *Les contrats spéciaux*, 2^e éd., Zurich 1995, p. 266, n° 2172).
- Le TF relève ensuite que la question litigieuse se rapporte à l'interprétation des documents signés les 14 septembre 1993 et 1^{er} janvier 1995, qui portent chacun la redevance mensuelle à Fr. 12 000.-. Il rappelle à ce propos les règles classiques d'interprétation des contrats: selon l'art. 18 al. 1 CO, le juge saisi d'un litige sur l'interprétation d'un contrat doit s'efforcer en premier lieu de déterminer la commune

et réelle intention des parties sans s'arrêter aux expressions et dénominations inexactes dont elles ont pu se servir, soit par erreur, soit pour déguiser la nature véritable de la convention (ATF 127 III 444 cons. 1b). Si la Cour cantonale parvient à se convaincre d'une commune et réelle intention des parties, il s'agit d'une constatation de fait, qui lie le TF et ne peut être remise en cause dans un recours en réforme (ATF 126 III 25 cons. 3e; ATF 126 III 375 cons. 2e/aa; ATF 125 III 305 cons. 2b; ATF 125 III 435 cons. 2a/aa; ATF 118 II 58 cons. 2a; ATF 113 II 25 cons. 1a). Si la volonté réelle des parties ne peut pas être établie ou si elle est divergente, le juge doit appliquer le principe de la confiance et se demander comment une déclaration ou une attitude pourrait être comprise de bonne foi en fonction de l'ensemble des circonstances (ATF 127 III 444 cons. 1b; ATF 126 III 59 cons. 5b; ATF 126 III 375 cons. 2e/aa). Cela peut conduire à imputer à une partie le sens objectif de sa déclaration ou de son comportement, même si celui-ci ne correspond pas à sa volonté intime (ATF 127 III 279 cons. 2c/ee; Wiegand, *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, in: *Obligationenrecht I*, 2^e éd., Bâle 1996, n. 8 ad art. 18 CO; Kramer, *Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht*, 3^e éd., VI 1, Berne 1986, n. 101 s. ad art. 1 CO; Bucher, *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, in: *Obligationenrecht I*, 2^e éd., Bâle 1996, n. 6 ad art. 1 CO; Engel, *Traité des obligations en droit suisse*, 2^e éd., Berne 1997, p. 216 s.). L'application du principe de la confiance est une question de droit, que le TF saisi d'un recours en réforme peut examiner librement (ATF 126 III 375 cons. 2e/aa; ATF 124 III 363 cons. 5a; ATF 123 III 165 cons. 3a).

En l'espèce, le TF constate que la Cour cantonale ne s'est pas convaincue d'une réelle et commune intention des parties et s'est efforcée d'interpréter selon le principe de la confiance les documents produits et les circonstances. Elle a donc tranché une question de droit, que le TF peut revoir librement.

4. S'agissant de la portée de la convention du 14 septembre 1993, le TF observe qu'elle constitue clairement un accord par lequel les parties ont convenu de modifier le bail à ferme du 10 septembre 1993, en portant la redevance mensuelle de Fr. 10 000.– à Fr. 12 000.–. Dans la mesure où, toutefois, le recourant n'a payé que Fr. 10 000.– par mois à l'intimé dès le début de l'exploitation le 1^{er} mai 1994 et jusqu'au 1^{er} janvier 1995, sans que l'intimé ne formule la moindre opposition et où, en outre, les parties ont estimé nécessaire de conclure un avenant le 1^{er} janvier 1995 pour porter la redevance à Fr. 12 000.–, le TF retient que les parties ont convenu au moins par actes concluants (art. 1 al. 2 CO) de renoncer au montant figurant dans l'accord du 14 septembre 1993 et de s'en tenir à celui prévu dans le contrat initial.
5. Le TF s'interroge par conséquent sur la validité de l'avenant du 1^{er} janvier 1995. Il se demande si la majoration du fermage contenue dans ce document aurait ou non dû être notifiée sur formule officielle (art. 269d al. 2 lit. a CO).

- a) Sur le plan des principes, le TF indique qu'en l'absence d'une clause d'indexation ou d'échelonnement, le bailleur ne peut majorer le loyer ou le fermage d'un bail à ferme non agricole que pour le prochain terme de résiliation. Une telle majoration n'est donc concevable qu'en cas de bail de durée indéterminée (art. 269d al. 1 1^{re} phrase CO; TF, 28.03.1995, 4C.496/1994, cons. 2a, Pra. 85, n° 129, p. 425; Weber/Zihlmann, *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, in: *Obligationenrecht I*, 2^e éd., n. 1 et 5 ad art. 269d CO; SVIT-Kommentar *Mietrecht*, 2^e éd., Zurich 1998, n. 7, 8 et 10 ad art. 269d CO; Lachat, *op. cit.*, p. 267, ch. 3.1.8; Higi, *Die Miete*, in: *Obligationenrecht*, 3^e éd., V 2 b, Zurich 1994, n. 20 ad art. 257 CO; Honsell, *Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil*, 6^e éd., Berne 2001, p. 235). D'après l'art. 269d al. 2 lit. a CO, elle n'est de plus valable que si elle est notifiée au locataire sur la formule officielle.

Le locataire qui reçoit une formule officielle de majoration unilatérale du loyer dans l'une des hypothèses évoquées ci-dessus peut demander à l'autorité de s'assurer que le rendement n'est pas excessif (art. 269 CO). Il s'expose alors au risque que cette hausse soit déclarée non abusive et lui soit opposable contre sa volonté.

La faculté donnée au bailleur de demander unilatéralement une augmentation de loyer pour le prochain terme de résiliation (*sur cette figure juridique*, cf. Honsell, *op. cit.*, p. 236) n'empêche pas les parties de convenir valablement, même sans l'usage d'une formule officielle, d'augmenter le loyer pour l'échéance (TF, 28.03.1995, 4C.496/1994, cons. 2b, Pra. 85, n° 129, p. 425, in MP 1995, p. 145 et in MRA 1995, p. 256; TF, 28.08.1998, 4C.117/1998, cons. 2, Pra. 88, n° 8, p. 44; TF, 18.10.2001, 4C.134/2001, cons. 2b; Higi, *Die Miete*, in: *Obligationenrecht*, 4^e éd., V 2 b, Zurich 1998, n. 13 ad art. 269d CO; Lachat, *op. cit.*, p. 265, ch. 3.1.4). Une telle majoration conventionnelle doit toutefois respecter le but protecteur de l'art. 269d al. 2 CO. Dès lors, elle n'est admissible que si le locataire était suffisamment informé de son droit de contester dans le délai de trente jours la majoration du loyer (cf. DB 1997, p. 24, n° 18) et s'il n'a pas consenti sous la menace d'une résiliation (TF, 18.10.2001, 4C.134/2001, cons. 2b; ATF 123 III 74 cons. 3b).

- b) En l'espèce, le TF constate que le contrat de gérance libre est de durée indéterminée. Il considère néanmoins que, d'après le principe de la confiance, il faut retenir qu'en signant l'avenant du 1^{er} janvier 1995, les parties sont convenues d'une modification immédiate du fermage et non seulement pour l'échéance du bail le 30 avril 1999, beaucoup trop éloignée dans le temps. On ne se trouve par conséquent pas dans l'hypothèse visée par l'art. 269d al. 1 CO, à savoir celle d'une augmentation unilatérale par le bailleur pour le prochain terme de résiliation. Cette disposition n'est donc pas applicable.

Le TF ajoute que l'avenant du 1^{er} janvier 1995 n'a pas pu éluder le régime de protection prévu par les art. 269 ss CO. En effet, en l'absence de toute

clause d'indexation ou d'échelonnement et d'une volonté de l'intimé d'augmenter le loyer pour le prochain terme de résiliation, il suffisait au recourant de refuser de signer cet avenant pour que toute modification du fermage soit exclue avant l'échéance du 1^{er} avril 1999. Les droits du recourant étaient tellement évidents qu'il n'avait besoin d'aucune information par le moyen d'une formule officielle. Le TF constate de surcroît que l'existence d'un consentement libre et éclairé du recourant se déduit tant du fait que, commerçant assisté d'une fiduciaire à l'époque de la conclusion de l'avenant, il était en principe au courant de ses droits (TF, 28.03.1995, 4C.496/1994, cons. 2c, Pra. 85, n° 129, p. 45), que du fait qu'il a payé le fermage modifié pendant plus de quatre ans sans la moindre protestation.

Le TF remarque pour finir que le nouveau fermage fixé conventionnellement le 1^{er} janvier 1995 s'assimile à un fermage initial (*dans ce sens: Higi, op. cit., n. 185 ad art. 269d CO, n. 25 ad art. 270 CO; Honsell, op. cit., p. 235*). Il expose que le droit fédéral n'exige pas l'utilisation d'une formule officielle pour communiquer un fermage initial et que le droit cantonal ne peut l'imposer lorsque, comme en l'espèce, l'objet loué n'est pas un logement (art. 270 CO; ATF 117 Ia 398 cons. 3d).

Le TF en conclut que l'avenant du 1^{er} janvier 1995 a été valablement passé et n'exigeait pas l'emploi d'une formule officielle.

A.M.

6. Divers

23 **Squatters. Refus du Procureur général de procéder à leur évacuation. Politique des autorités genevoises consistant à ne pas recourir à la force publique lorsque le résultat d'une telle intervention revient à laisser vide un immeuble d'habitation. Rejet du recours de droit public pour déni de justice formel, violation de la garantie de la propriété et atteinte à l'ordre public.**

Tribunal fédéral

10.05.2002

Banque X. SA c. Procureur général du canton de Genève

1P.175/2002

Art. 9, 26 al. 1 Cst. féd.; 43 al. 1 lit. c Loi d'organisation judiciaire genevoise

1. Dès le mois de mai 2001, une banque met une partie d'une « ancienne ferme convertie en maison d'habitation » dont elle est propriétaire, à disposition précaire d'une de ses employées et de la fille de celle-ci, contre une redevance mensuelle et quelques services.

Il est précisé, encore que cela ne soit déterminant, que la ferme, acquise aux enchères publiques en 1997, n'a été libérée par les anciens propriétaires qu'« au terme d'une longue procédure judiciaire ».

En été 2001, l'employée s'établit en ville. Elle conserve la maison d'habitation. Elle y laisse des poules et un chat dont elle s'occupe. Elle y passe les fins de semaine.

2. Le 15 mars 2002, un collectif occupe les lieux et sollicite de la banque la conclusion d'un « contrat de confiance autorisant ses membres à occuper les locaux jusqu'à ce que des travaux de rénovation complète et définitive soient entrepris, moyennant la prise en charge des factures d'eau, d'électricité et de chauffage et l'engagement de préserver en l'état le bâtiment et ses alentours ». Il n'est pas précisé comment le collectif a occupé l'habitation ni si celui-ci a offert une redevance en contrepartie.

Le 18 mars, la banque décline la proposition, l'immeuble devant être vendu le 28 à une personne qui entend l'acquérir vierge d'occupants à évacuer. Simultanément, elle porte plainte pour violation de domicile et sollicite l'évacuation des lieux, exposant que la présence de squatters pouvait faire échouer la vente ou entraîner une réduction de son prix.

L'employée porte plainte également pour violation de domicile et contrainte, le collectif occupant les lieux contre sa volonté, utilisant certaines de ses affaires et l'empêchant d'y pénétrer pour soigner ses animaux et y passer le week-end avec sa fille.

3. Les 20 et 26 mars, le Ministère public refuse d'ordonner l'évacuation, faute de décision d'expulsion et en raison « de la politique suivie par les autorités ... consistant à ne pas faire appel à la force publique lorsque le résultat d'une telle intervention revient à laisser un immeuble d'habitation vide et partant sujet à une nouvelle occupation illicite ».

La banque recourt au TF pour arbitraire et violation de la garantie de la propriété. Le recours de droit public est, en tant que recevable, rejeté le 10 mai 2002.

Note

4. Trois extraits des considérants résumant l'arrêt. L'occupation non autorisée est admise de part et d'autre. L'appréciation du refus d'ordonner l'évacuation est un problème de droit.

La solution a provoqué la réaction du Centre patronal vaudois et de l'ASLOCA, cités dans l'ordre de parution des appréciations, « politique laxiste », « légitimité et bon sens » (*Patrons, juillet-août 2002 n°s 7-8, p. 3*: « Genève et le TF laissent les squatters dormir sur leurs deux oreilles; Droit au logement, octobre 2002, n° 156: « L'ASLOCA salue la jurisprudence du Tribunal fédéral car les actions des squatters sont souvent favorables à l'ensemble des habitants »).

Ce n'est le lieu ni de huer ni d'applaudir, mais de rechercher le fondement d'une « politique », d'une décision qui la suit et d'un arrêt qui n'y trouve rien à redire. Si ce fondement existe, il doit être dans l'arrêt. S'il ne s'y trouvait pas, ou il serait ailleurs et l'arrêt pécherait par absence de motivation, ou il n'existerait pas et l'arrêt pécherait plus gravement par absence de motif.

5. Les considérants 1.1 à 1.4 sont sans portée sur la solution du problème: le TF examine d'office et librement la recevabilité des recours, de simples lettres sont des décisions; le recours de droit public est cassatoire, mais « dans les cas exceptionnels où il ne suffit pas de casser » une conclusion, notamment en évacuation de squatters, est recevable. Un énoncé du considérant 1.1 est troublant toutefois: « Le recours est donc infondé, en tant que la recourante se plaint d'un déni de justice ». Il faut comprendre, selon la tradition, que la recourante n'est pas fondée à se plaindre d'un déni de justice formel, ayant obtenu, sinon satisfaction, du moins réponse. Le rédacteur aurait pu être plus précis et conclure non au mal fondé mais à l'irrecevabilité du moyen tiré du déni de justice formel. Quoi qu'il en soit, et en fait de déni de justice formel, un silence et une affirmation nous laissent songeur.

Le silence d'abord. Il concerne l'allégation selon laquelle le collectif aurait utilisé des affaires personnelles de l'employée et l'aurait empêchée de réintégrer les lieux. Est-ce à dire, parce que l'employée n'avait pas qualité de recourante, que la banque ne pouvait invoquer le trouble de celle-ci? Un mot eût été bienvenu.

L'affirmation ensuite. Elle est difficile à extraire – nous la marquons en italique –, car elle est faite du début et de la fin d'une période dont la séquence centrale sera reprise plus bas: « *Il n'y a pas lieu d'examiner si, comme elle le prétend, la présence de squatters a effectivement dissuadé l'acheteur potentiel de l'immeuble de finaliser la vente et si une intervention immédiate de la police aurait permis d'éviter l'échec des négociations*; une telle intervention ne donnait en effet de toute manière au futur acquéreur aucune garantie contre une éventuelle occupation

ultérieure des lieux jusqu'à l'exécution des travaux de rénovation; aussi, en l'absence d'un jugement d'expulsion ou d'une décision analogue définitive et exécutoire, le Procureur général n'a pas failli au devoir de préserver l'ordre public que lui impose le droit cantonal en admettant que l'assurance donnée à la recourante ou au futur acquéreur d'une intervention immédiate de la force publique aussitôt que les travaux de rénovation seraient entrepris constituait une garantie suffisante pour le propriétaire des lieux de pouvoir jouir sans entrave de sa propriété et que l'intérêt privé de la recourante à concrétiser la vente de l'immeuble ne justifiait pas une telle intervention ». Le premier membre de l'affirmation pourrait, tout aussi valablement, avoir la forme positive « Il y a lieu d'examiner si... », et le second, la forme négative « l'assurance donnée... ne constituait pas une garantie suffisante pour le propriétaire de... », si la propriété inclut le droit de jouir sans entrave des biens qui en sont l'occasion et d'en disposer selon les règles de la liberté économique et de la liberté contractuelle.

6. Le considérant 2 est consacré au grief d'arbitraire et, encore qu'il ne l'épuise pas, l'examen étant poursuivi au considérant 3.1, aboutit à une conclusion catégorique d'abord, « Ces considérations échappent au grief d'arbitraire », et nuancée ensuite, « Dans ces circonstances, le Procureur général pouvait de manière encore soutenable... ». Le raisonnement fait référence aux autorités genevoises, à la politique de celles-ci et à l'assurance donnée par le Procureur général.

Les autorités genevoises d'abord. On voudrait en savoir plus. En effet, le pouvoir de faire respecter certaines règles de droit n'implique pas, en général, celui d'en fixer le contenu.

La politique de ces autorités ensuite. Elle consiste « à ne pas recourir à la force publique lorsque le résultat d'une telle intervention revient à laisser un immeuble d'habitation vide et, par conséquent, sujet à une nouvelle occupation illicite, sous réserve des cas où la tranquillité du voisinage ou la sécurité de tiers sont en cause ». La ligne de cette politique souffre d'une évidente pétition de principe: à supposer qu'elle se vérifiât, la prédiction de réoccupation illicite, loin de justifier l'inaction des autorités, en serait la conséquence directe. Qui plus est, la non-réalisation, sous-entendue plus qu'examinée, des conditions des exceptions à l'inaction, la tranquillité du voisinage et la sécurité des tiers, confine à la politique d'un certain volatile; elle élude la possession originaire et médiate de la banque, celle, dérivée et immédiate, de l'employée (qui, si elle n'est recourante est un tiers) et la somme des deux, toutes possessions réglées par le droit civil, et ceci par le tour de passe-passe de leur caractère non effectif ou non permanent. On se demande ce que devient, dans cette optique, l'institution de la possession dans un pays dont un nombre incalculable de demeures est possédé de manière encore moins effective et moins permanente que celle considérée.

L'assurance donnée par le Procureur général enfin. Celui-ci « ferait, le cas échéant, appel à la force publique aussitôt que la recourante ou le futur

acquéreur de l'immeuble sera en mesure de prendre concrètement possession des lieux, respectivement de faire usage effectif des locaux, le passage occasionnel pour nourrir un chat ou des poules ne pouvant être assimilé à un tel usage». Cette assurance prête le flanc aux mêmes critiques et ne s'accorde pas avec le motif, répété plusieurs fois par la suite, que la banque «ne peut se prévaloir d'un jugement d'expulsion» (*cons. 3.1*).

7. Le considérant 3.1 poursuit l'examen du grief d'arbitraire. Le début est inutile, tous impliqués étant d'accord que «La recourante ne peut se prévaloir d'un jugement d'expulsion, qui la protégerait contre une application arbitraire des règles concernant l'exécution de ce prononcé».

La suite est de la même veine: «les actes d'usurpation et de trouble de la possession ... portent également atteinte à l'ordre public au respect duquel le Procureur général à la charge de veiller... La victime de tels actes doit cependant s'adresser en priorité au juge civil pour obtenir le respect ou le rétablissement de ses droits». Le renvoi au juge civil est hors de propos puisque la question est de savoir quel moyen est à disposition de la victime jusqu'à l'obtention d'une décision exécutoire de ce juge et il est contredit par l'assurance réitérée d'une expulsion sans procès.

Le considérant 3.1 *in fine* aborde le point crucial de savoir si l'occupation, dont l'illicéité est incontestée, appelle, à requête évidemment, la réaction de l'autorité sous la forme d'une mesure de police assortie, au besoin, raisonnablement et humainement, de ce qu'il est convenu de qualifier «la force publique». Le TF examine d'abord une condition dont la réalisation est incontestée: une «intervention immédiate» doit être «impossible à obtenir en temps utile par la voie civile» et passe sans transition à un point non seulement incontesté mais non allégué: «La banque ... ne prétend pas que le recours immédiat à la force publique se justifierait ... parce que les membres du collectif ... auraient causé des dégâts ou qu'ils auraient menacé de s'en prendre à son employée». La question des effets de l'occupation illicite sur la négociation en cours écartée, comme observé déjà, le TF reprend l'argument de l'absence de décision civile, la prédiction d'une réoccupation après évacuation forcée et l'assurance donnée d'une évacuation immédiate «aussitôt ... les travaux de rénovation entrepris», pour conclure au caractère non arbitraire du refus compte tenu de «la valeur des intérêts en jeu et de la gravité de l'atteinte qui leur est portée».

8. Le grief d'arbitraire «au regard du droit cantonal» rejeté, reste la compatibilité du refus avec la garantie de la propriété. Le TF examine «librement» la question au considérant 3.2.

Le point de savoir si la garantie de la propriété permet «d'exiger une prestation positive de l'Etat sous la forme d'une évacuation forcée des squatters», laissé indécis dans une affaire antérieure, est derechef laissé tel, au motif que, dans l'affirmative la «prétention ... ne serait pas absolue ou inconditionnelle, mais dépendrait d'une pesée des

intérêts en présence et de la proportionnalité d'une intervention immédiate de la force publique». L'argument surprend parce que même si la prétention n'est pas absolue, il s'agit de savoir si le cas rentre ou non dans son champ, parce que la propriété est un droit et non seulement un intérêt et parce que la proportionnalité de l'évacuation forcée ou constitue une aporie car on ne peut juger d'un usage de la force publique refusé, conséquemment non exercé ni programmé, ou est un problème résolu, et résolu non pas selon la proportionnalité, mais selon l'égalité, le seul usage concevable de la force en l'occurrence ne pouvant consister qu'à imposer aux occupants de quitter les lieux comme ils les ont investis.

Le deuxième alinéa du considérant 3.2 éclaire, s'il ne convainc, le sens du premier. Le point de savoir si la garantie de la propriété inclut un droit à une prestation positive n'est pas résolu parce que le refus d'ordonner l'évacuation, assorti de l'assurance de «pouvoir demander l'expulsion immédiate ... lorsque les travaux de rénovation auront commencé est propre à concilier l'intérêt privé du propriétaire à jouir sans entrave de son bien et l'intérêt public à ne pas ordonner l'évacuation forcée d'un immeuble susceptible d'être réoccupé dans les jours suivants l'intervention de la force publique». La substance de l'arrêt se réduit à la reprise des *leitmotive* dont nous avons dit ce que nous pensions. La chute est inattendue: la propriété n'est plus garantie que contre l'arbitraire!

9. Pour requérir des talents d'impressionnistes, l'usage de la force publique se justifie, schématiquement, dans trois groupes de situations: celles qui requièrent un jugement au fond, celles qui ne requièrent que des mesures provisionnelles et celles qui commandent une intervention sans procès. L'espèce appartient à ce dernier groupe et l'arrêt n'a de légitimité, si c'en est une, que les circonstances.

Sans douter de la célérité des autorités genevoises d'expulsion, élément décisif en l'occurrence, nous nous sommes demandés, à l'occasion du Colloque tenu en l'honneur du professeur François Perret le 6 mars 2003 à Genève, dont les travaux seront publiés, si les art. 266 et 267 de l'Avant-projet de Code de procédure civile suisse relatifs à la «Protection rapide dans les cas clairs» dénoueraient ce nœud gordien. Nous avons répondu négativement parce que les dispositions projetées exigent, à tout le moins, le temps d'une décision civile. Le droit processuel est une chose, le droit de police en est une autre.

La moralité de l'affaire est que l'arrêt n'est pas de principe mais d'espèce. Le considérer autrement reviendrait à imposer, jusqu'à reddition d'une décision en bonne et due forme, un devoir d'hospitalité à ceux qui, en rentrant chez eux le soir, auraient la surprise d'y rencontrer quelque paisible intrus. Il y a des raisons de penser que, pour charitable qu'il soit, ce devoir ne sera pas institué et que de l'eau passera sous les ponts avant qu'un semblable cas n'occupe le TF.

H.R.S.

24 Remise d'un commerce portant sur l'agencement, le matériel, des installations, le droit au bail, la clientèle et l'enseigne. Qualification du contrat. Amiante dans les plafonds. Défaut de la chose vendue au sens de l'art. 197 CO nié. Négation de la valeur probatoire d'un devis de réparation pour établir un dommage.

Tribunal fédéral

10.10.2002

A. c. B. SA

4C.197/2002; ATF 129 III 18

Art. 8 CC; 19, 41 al. 1, 51, 97 al. 1, 197 CO

1. La société B. a cédé le 1^{er} septembre 1995 à la société C., représentée par son directeur A., une boîte de nuit sise dans un immeuble propriété de la SI E. Le contrat porte sur l'intégralité du mobilier, de l'agencement, du matériel et des installations garnissant les locaux, le fonds de commerce, la clientèle, le droit à l'enseigne et le bail. Un litige est survenu dans la mesure où l'acquéreur affirmait que les locaux loués avaient été floqués à l'amiante en 1966 ce qui nécessitait, selon l'avis d'un expert, un investissement de près de Fr. 200 000.– et une période de travaux de 32 jours sans compter une perte de gain et une perte de clientèle. A., devenu en 1999 le cessionnaire des droits et obligations de la société C., a fait valoir à titre de compensation à la demande en paiement du solde du prix de vente, sa créance en réduction du prix et celle en réparation des dommages consécutifs aux défauts constatés.
2. Le Tribunal de 1^{re} instance de Genève a jugé que la présence d'amiante avait été dolosivement cachée et que le prix des travaux devait être déduit du prix de vente.
3. Sur appel, la Cour de justice du canton de Genève a estimé que la présence d'amiante ne constituait pas un défaut de la chose vendue, puisque l'amiante se trouvait dans les plafonds remis à bail par la SI E. et non dans les biens aliénés.
4. A. recourt au TF et persiste dans ses conclusions tendant à la réduction du prix de vente et à l'indemnisation de son dommage.

Le recourant soutient que le contrat de remise de commerce doit être qualifié de contrat *sui generis* et se réfère à un arrêt du TF du 10 décembre 1986 (SJ 1987, p. 179). Le TF observe que la cession de commerce ne peut pas sans autre être soumise aux règles sur la vente. La référence à l'art. 197 CO sur les défauts de la chose laisse supposer l'existence d'un contrat de vente. Or le TF, tout en relevant que la vente peut porter aussi bien sur une chose que sur une créance de droit immatériel ou un avantage comme la clientèle, estime que si l'objet est une créance, ce sont les art. 171 à 173 CO qui se substituent à l'art. 197 CO. En l'occurrence, il ne

ressort pas du dossier que l'amiante se trouvait dans une installation mise en place et cédée par l'exploitant du dancing à son successeur. Elle se trouvait plutôt dans les plafonds, soit dans la structure du bâtiment qui comprend le sol, le plafond et les murs, toutes choses qui font l'objet de la cession du droit au bail. Pour les locaux, la qualification de vente est erronée puisqu'il ne s'agit que d'un usage temporaire. «On pourrait certes se demander si la présence de l'amiante n'a pas pour effet de rendre défectueux les biens que la cédante a transférés définitivement à la reprenante. Il n'y a pas de raison de le penser puisque le défaut allégué ne réside pas dans ces biens et qu'il n'a pas été constaté que l'exploitation du commerce aurait été entravée ou que le chiffre d'affaires aurait été diminué; d'après les constatations cantonales, les travaux d'assainissement n'ont même pas été exécutés. Dans le transfert de bail, le transférant ne devient pas garant aux côtés du bailleur, des défauts qui pourraient affecter la chose louée.» (cons. 2.3).

Quant au dol invoqué par A., il ne saurait être retenu puisqu'il n'a pas été invoqué à temps et qu'au contraire A. a entériné le contrat de vente en demandant une réduction du prix.

5. Sur les art. 41 et 97 CO, le TF observe qu'ils supposent un dommage, dont la qualification constitue une question de droit fédéral qui peut être revue par lui. Cependant, il constate que le devis des travaux de réparation ne constitue qu'un pronostic sur un coût futur éventuel et qu'il n'établit pas une véritable diminution de l'actif ni une augmentation du passif. Un devis est donc impropre à établir un dommage au sens juridique. Quant à la perte de clientèle et de chiffre d'affaires, elle concerne un gain manqué futur et éventuel et dans la mesure où les travaux n'ont pas été exécutés, ces allégués sont impropres à démontrer l'existence d'un dommage actuel. En revanche, la notion de dommage découlant des art. 41 et 97 CO ne doit pas être confondue avec celle de réduction du prix en garantie des défauts selon l'art. 205 al. 1 CO. Le TF renonce à discuter de la responsabilité de la société propriétaire en tant que garante du défaut invoqué puisque celle-ci n'est pas partie à la procédure.

Note

6. Il est tout à fait exact que le contrat litigieux du 1^{er} septembre 1995 contient des éléments qui concernent la vente mobilière, le transfert de droits immatériels et une cession de bail. Le contrat mériterait, plutôt que la qualification de *sui generis*, celle de contrat complexe en ce sens qu'il est constitué de plusieurs contrats qui chacun peuvent être traités séparément.
7. Le problème réside dans la présence d'amiante dans les locaux objet du contrat de bail. Cette amiante est intégrée à l'infrastructure des locaux, à leur structure. Il ne s'agit pas d'un bien qui pourrait être qualifié de meuble ou d'installation. L'amiante ne fait donc pas partie des biens vendus. De ce fait, les dispositions sur les défauts affectant le bien vendu ne sont pas applicables.

8. Le locataire n'est cependant pas démuné de toute protection. Les art. 259a et 259b CO lui offre une protection adéquate et simplifiée. La présence d'amiante, en particulier dans un local destiné à l'habitation ou à une exploitation commerciale, constitue un défaut majeur de la chose louée et de ce fait devrait être éliminée. Si le défaut n'est pas imputable au locataire, ce dernier peut, lorsque le bailleur ne réagit pas positivement dans un délai convenable, demander au juge d'ordonner au bailleur de procéder à la réparation de défauts graves. Si le bailleur n'obtempère pas à l'ordre du juge, ce dernier peut autoriser le locataire à procéder aux réparations nécessaires aux frais du bailleur (cf. *Lachat, Le bail à loyer, Lausanne 1997, p. 167, ch. 2.8; Lachat, in: Commentaire romand, CO I, Bâle/Genève/Munich 2003, n. 7 ad art. 259b CO; Higi, Die Miète, in: Obligationenrecht, 3^e éd., V 2 b, Zurich 1994, n. 46 ad art. 259b CO*). Ces auteurs rappellent que dans ce cas l'intervention du juge est fondée sur l'art. 98 CO. La preuve qui est requise du demandeur ne s'examine pas ici par référence à la jurisprudence développée en application des art. 41 et 97 CO. Un devis permettra certainement au juge de se convaincre de la gravité du défaut.

9. De façon plus générale, et donc en dehors de l'application des art. 259a et 259b CO, on peut se demander si la jurisprudence du TF sur la valeur probante d'un devis n'est pas un peu trop sévère. Le demandeur doit prouver son dommage (art. 42 CO et 8 CC). Le TF estime qu'un devis des travaux d'assainissement « ne fait cependant qu'établir un pronostic sur un coût futur éventuel. Il n'établit pas que la somme a été effectivement dépensée (diminution de l'actif) ou qu'une somme est due à l'entrepreneur (augmentation du passif). L'existence de ce devis est donc impropre à établir un dommage au sens juridique » (*cons. 2.4*). La doctrine et la jurisprudence admettent qu'un dommage doit être certain pour être réparé. Il doit être réalisé ou doit « se réaliser à coup sûr » (*Engel, Contrats de droit suisse, 2^e éd., Berne 2000, p. 473*). Le dommage futur n'est pas exclu du domaine de la réparation pour autant que « sa survenance soit du domaine de la certitude, ou que sa survenance ou son existence soit extrêmement vraisemblable » (*Cuendet, La faute contractuelle et ses effets, Berne 1970, p. 30*). Même opinion chez *Oftinger/Stark (Schweizerisches Haftpflichtrecht, 5^e éd., vol. I, Zurich 1995, p. 249*), qui admettent l'élément de certitude « wenn die Entwicklung der Zukunft mit einiger Sicherheit vorausgehen werden kann ». On admet qu'un dommage simplement menaçant n'est pas suffisant ce qui n'exclut pas une action en constatation par le juge du devoir de réparation. Ainsi, le TF a estimé « qu'il n'est pas nécessaire en revanche qu'il (le lésé) en sache assez pour chiffrer le préjudice. Il n'est pas nécessaire non plus que le dommage ait déjà affecté le patrimoine du lésé. Celui-ci peut agir en réparation d'un dommage futur dont l'ampleur peut croître ou décroître en raison d'événements ultérieurs et ne saurait encore être estimé à coup sûr ». Le Tribunal avait dans cette affaire déclaré l'action irrecevable parce que le dommage (un œil crevé accidentellement) était connu depuis longtemps et

qu'une évaluation était possible. En revanche, le TF rappelait que le juge pourra retenir un intérêt pour agir « lorsqu'une incertitude plane sur les relations juridiques des parties et qu'une constatation judiciaire sur l'existence et l'objet du rapport pourrait l'éliminer » (*ATF 114 II 253 cons. 2*). Si les autres conditions exigées par la loi sont remplies, le devis satisfait aux exigences en matière d'existence et de calcul du dommage. Il peut même être forfaitaire et déterminer avec précisions la prétention du demandeur. Il constitue un indice suffisant pour permettre à un tribunal de retenir un fait pour constant. Dans ces conditions, on ne voit pas pourquoi, dans une action dirigée contre le responsable d'un dommage, un devis serait impropre à établir un dommage au sens juridique. Le fait que les travaux couverts par le devis n'aient pas encore été effectués s'explique par le souci du demandeur de soumettre au juge l'examen de tous les paramètres de son problème avant de procéder à la suppression effective du préjudice qu'il subit.

F.K.

25 Signification juridique d'un « crédit d'aménagement » convenu entre la bailleuse et le locataire. Principe de la confiance.

Tribunal fédéral

02.03.2000

S. SA contre K.

4C.453/1999; MRA 2002, p. 118 ss.

Art. 18 al. 1 CO

1. Fondée en 1983, S. SA (bailleuse) a pour but d'exploiter un bâtiment commercial comprenant des magasins, des bureaux et des places de parc. K. (locataire) tient 34 % du capital-actions de S. SA et est membre du conseil d'administration de cette société. En mars 1988, S. SA et K. concluent un bail de locaux commerciaux ainsi qu'une convention supplémentaire par laquelle la bailleuse s'engage à céder à K. une « cafétéria y compris l'aménagement extérieur » contre paiement d'un loyer initial de Fr. 5920.- par mois. Le bail est conclu pour dix ans avec l'option de le reconduire de dix ans en dix ans jusqu'à une durée maximale de 50 ans. La convention supplémentaire stipule notamment ce qui suit:

- Investissement d'aménagement à la charge de la bailleuse: Fr. 210 000.-
- Crédit d'aménagement (avec intérêt à 6,5%) en faveur du locataire: Fr. 190 000.-
- Crédit d'aménagement (sans intérêt) en faveur de K.: Fr. 100 000.-

- Décompte des investissements : il sera établi un décompte des investissements effectués par le locataire. La bailleuse prend en charge un montant maximal de Fr. 500 000.–. Tous les frais supplémentaires seront à la charge du locataire.
- 2. Par action en justice du 7 avril 1997, la bailleuse demande au locataire la somme de Fr. 282 333.15 (plus intérêts), soit essentiellement le remboursement des deux « crédits d'aménagement ». Le Tribunal des baux rejette la demande et la Cour suprême du Canton de Zurich confirme ce jugement. La bailleuse adresse un recours au TF qui le rejette.
- 3. La question à résoudre par le TF était celle de savoir si les deux « crédits d'aménagement » sont des prêts à rembourser par le locataire ou plutôt des crédits d'investissement que la bailleuse a mis à disposition du locataire pour l'aménagement de l'objet loué.
 - a) En cas d'absence d'une réelle et commune intention des parties, une déclaration de volonté doit être interprétée selon le principe de la confiance, à savoir selon le sens que le destinataire peut et doit attribuer de bonne foi à la déclaration. Le texte clair n'est pas forcément déterminant car il peut ressortir du rapport avec d'autres clauses contractuelles ou du but visé par les parties que le texte n'exprime pas correctement le sens de la convention. Par conséquent, l'interprétation normative d'un contrat doit toujours tenir compte de l'ensemble des circonstances, c'est-à-dire que les clauses d'un contrat ou les déclarations d'une partie contractante ne doivent pas être détachées de leur contexte mais sont à interpréter à la lumière de la situation concrète (*ATF 123 III 165 cons. 3a*). Le résultat d'une telle interprétation relevant de l'application du droit, le TF l'examine librement. Par contre, le TF est lié par les constatations de l'instance cantonale relatives aux circonstances de la conclusion du contrat et à la connaissance respectivement à la volonté réelle des parties contractantes (*ATF 125 III 435 cons. 2a/aa; 123 III 165 cons. 3a; 121 III 118 cons. 4b/aa, et réf. cit.*).
 - b) Il est vrai que le terme « crédit » se réfère régulièrement au fait de prêter de l'argent à quelqu'un. Toutefois, la signification ordinaire d'une notion n'est pas pertinente lorsqu'il est établi que les parties contractantes l'ont employée dans un sens particulier qui s'écarte du sens ordinaire. En l'occurrence, le décompte des investissements indique que la bailleuse prend à sa charge les investissements jusqu'à concurrence de Fr. 500 000.– alors que les frais dépassant ce montant sont à la charge du locataire. Il n'est pas indiqué que cette répartition est purement provisoire et un tel sens ne se dégage pas non plus des autres clauses contractuelles. Bien que le terme « crédit » soit employé pour les deux crédits d'aménagement, ce terme ne figure plus dans le décompte des investissements. Contrairement à ce que prétend la bailleuse, on ne voit pas pourquoi les parties auraient voulu régler par le décompte des investissements uniquement le

financement provisoire et non pas la répartition définitive des coûts d'aménagement. A cela s'ajoute que nulle part le contrat déclare que la somme des deux crédits d'aménagement est remboursable. De plus, les investissements étaient basés sur une durée escomptée du bail de 50 ans et la plus-value créée revenait à la bailleuse en tant que propriétaire de l'immeuble. Cela étant il incombait à la bailleuse de clarifier dans le contrat que les deux crédits constituaient des prêts remboursables par le locataire. Selon le principe de la confiance, le locataire n'avait pas pu et dû comprendre que les investissements à la charge de la bailleuse seraient limités à Fr. 210 000.–.

Note

- 4. L'arrêt résumé ci-dessus rappelle deux choses. Premièrement, il montre l'importance de rédiger un contrat avec beaucoup de circonspection. Les parties qui renoncent à se faire conseiller par un juriste afin d'économiser des frais lors de la rédaction d'un contrat, risquent de payer plus tard lorsqu'une ambiguïté du texte contractuel conduit à un litige coûteux. En effet, l'expérience montre que – également en droit – il vaut mieux prévenir que guérir. Deuxièmement, lorsque les parties conviennent que le locataire aménage l'immeuble loué afin de l'adapter au mieux à ses besoins et que le financement est assuré par le bailleur, il y a deux façons de procéder que les parties n'ont pas suffisamment bien distinguées dans la présente affaire :
 - a) Le bailleur met à disposition les fonds nécessaires pour l'aménagement et reporte ensuite l'amortissement des investissements sur le loyer à payer par le locataire. Dans cette hypothèse, les intérêts sur les fonds investis dans l'objet loué forment une partie du loyer et sont sujets au régime légal relatif à la protection contre des loyers abusifs (art. 269 ss CO, art. 14 OBLF).
 - b) Le bailleur accorde un prêt au locataire que celui-ci aura à rembourser. Dans cette hypothèse, il est judicieux de régler le prêt avec toutes les modalités (intérêts, amortissements, garantie hypothécaire, résiliation etc.) dans un contrat séparé du bail puisque le droit du bail ne s'appliquera pas au contrat de prêt. Le sort de ce dernier sera indépendant du contrat de bail comme dans le cas où un tiers (p. ex. une banque) accorde un prêt au locataire pour financer l'aménagement de l'objet loué.

T.P.



26 **Gérance légale. Prélèvement par l'Office des poursuites d'un émolument supplémentaire de 3% sur le produit des loyers. Plainte du créancier-gagiste. Caractère exhaustif du tarif des émoluments arrêté par le CF.**

Tribunal fédéral

09.10.2002

X.

7B.112/2002; ATF 128 III 476

Art. 16 LP; 2, 27 de l'Ordonnance sur les émoluments perçus en application de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (OELP)

1. Dans le cadre d'une poursuite en réalisation de gage immobilier, une gérance légale a été instaurée et confiée à C., sous la responsabilité de l'Office des poursuites. Dans son compte de gestion portant sur une période de six mois, le gérant a indiqué l'encaissement de loyers bruts pour près de Fr. 100 000.–, soit environ Fr. 60 000.– de loyers nets. Au nombre des charges, il a fait état en particulier des honoraires de gérance, soit 5% des montants perçus pour le compte du propriétaire. Par la suite, l'Office des poursuites a transmis à X., cessionnaire des droits de la créancière, un décompte de gérance; dans ce décompte, l'Office précité déduisait un émolument complémentaire de 3%, fondé sur l'art. 27 al. 4 OELP. Le créancier cessionnaire a porté plainte contre la perception de cet émolument supplémentaire, le tenant pour injustifié. L'Autorité cantonale de surveillance a rejeté la plainte, motif pris notamment que le prélèvement de l'émolument supplémentaire se fondait sur deux directives en vigueur édictées par elle en 1992 et 1993, et qui n'avaient jusqu'alors jamais fait l'objet d'une quelconque plainte de la part de créancier. En substance, la première de ces directives autorisait à prélever un émolument supplémentaire de 1% pour tenir compte de l'augmentation du volume des procédures immobilières et de la création consécutive d'une cellule immobilière; la seconde autorisait une majoration de l'émolument supplémentaire de 2% pour tenir compte de l'augmentation constante des biens immobiliers à gérer et de la division d'un office unique en trois offices, nécessitant de porter à cinq le nombre des cellules immobilières. Le créancier cessionnaire a contesté cette décision par-devant le TF dont les considérants sont repris brièvement comme suit.
2. L'OELP, édicté par le CF en application de l'art. 16 al. 1 LP, règle de manière exhaustive les émoluments et indemnités perçus par les offices, autorités et autres organes qui effectuent des opérations dans le cadre d'une exécution forcée, d'un concordat ou d'un sursis extraordinaire (art. 1 OELP; voir aussi Gilliéron, *Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite*, Lausanne 1999, n. 6 ad art. 16 LP; ATF 34 I 175; 126 III 490).

Au sens de l'art. 27 al. 1 OELP, l'émolument pour la gérance d'immeubles, y compris la conclusion de contrats de bail à loyer ou à ferme, la tenue des livres et de la comptabilité, est de 5% des loyers ou fermages perçus ou à percevoir pendant la durée de la gérance. L'alinéa 4 de cette disposition prévoit que l'autorité de surveillance peut, dans des cas particuliers, augmenter l'émolument dans la mesure nécessaire. En l'occurrence, la décision attaquée ne mentionne aucun élément particulier à la gérance de l'immeuble en cause, susceptible de justifier une augmentation de l'émolument dans une mesure « nécessaire » de 3%. Elle confirme au contraire la perception systématique d'un émolument de 8% pour l'ensemble des dossiers de gérance légale de tous les offices du canton, sur la base de considérations générales. Suivant le recourant, le TF a dès lors constaté que le prélèvement d'un émolument supplémentaire de 3% sur tous les immeubles en gérance légale, indépendamment de toute difficulté propre au cas particulier, était inconciliable avec le texte clair de l'art. 27 al. 4 OELP et le caractère exhaustif de la tarification fédérale. Contrairement à ce qu'a retenu l'autorité cantonale, il n'est du reste pas décisif à cet égard que le recourant soit le premier en dix ans à se plaindre de l'émolument supplémentaire litigieux, ce qui laisserait supposer que l'immense majorité des intéressés tiendrait cet émolument pour justifié. Enfin, notre haute Cour n'a pas manqué de rappeler que le rapport final de l'Inspection cantonale des finances du 31 août 2001 – rapport auquel se réfère précisément la décision entreprise – avait lui-même qualifié les directives de 1992 et 1993 de discutables au regard du texte de la disposition précitée, qui n'autorise une majoration que « de façon exceptionnelle et de cas en cas après examen du dossier concerné, et non de façon générale et *a priori* ». Pour l'ensemble de ces motifs, le TF a admis le recours et réformé la décision attaquée, supprimant la perception de l'émolument contesté.

Note

3. Cet arrêt, qui mérite d'être approuvé, n'appelle pas de commentaire particulier, sous réserve de la précision suivante. Aux termes de l'art. 2 OELP, les autorités de surveillance doivent veiller à ce que ladite ordonnance soit appliquée correctement. Cependant, l'art. 1^{er} OELP n'est pas une prescription établie dans l'intérêt public ou dans l'intérêt d'un nombre indéterminé de tiers si bien que le TF n'intervient pas d'office en la matière, mais uniquement sur recours (ATF 103 III 44).

M.M.

27 Gérance légale. Administration de l'immeuble à réaliser dans la poursuite en réalisation de gage. Distinction selon qu'il s'agit de la période antérieure ou postérieure à la réquisition de vente. Des rentes de superficie ne peuvent être assimilées à des redevances courantes au sens de l'art. 94 ORFI.

Tribunal fédéral

08.01.2003

X. SA

7B.234/2002

Art. 102 al. 3, 155 al. 1 LP; 94, 101 ORFI

1. X. SA est titulaire d'un droit de superficie sur deux parcelles, propriété de la Fondation Y.; elle loue à des tiers certains locaux dans les bâtiments construits sur ces parcelles. Créancière hypothécaire et détentrice de cédules hypothécaires grevant ledit droit de superficie, la Fondation A. a requis des poursuites en réalisation de gage immobilier à l'encontre de X. SA. Sollicité d'étendre la saisie aux loyers et fermages, l'Office des poursuites a confié à un tiers un mandat de gérance limitée, en vue de l'encaissement des loyers. La Fondation A. ayant fait savoir par la suite à l'Office qu'elle s'opposait au paiement des rentes de superficie, le tiers gérant a informé la propriétaire des parcelles qu'il ne pouvait plus assumer le paiement des rentes en question. La propriétaire a dès lors requis à son tour des poursuites à l'encontre de X. SA qui a formé opposition. Informé par X. SA du prononcé de mainlevée provisoire rendu dans cette seconde poursuite et requis par elle d'avancer les frais d'action en libération de dette ou alors d'acquitter les rentes de superficie en souffrance, l'Office n'a pas répondu, ni réagi d'aucune autre manière. Contre cette inaction de l'Office, X. SA a déposé une plainte qui a été rejetée par l'Autorité cantonale de surveillance. Elle a ainsi interjeté recours auprès de la Chambre des poursuites et des faillites du TF. Les considérants de l'arrêt de celle-ci sont ici repris en partie.
2. Les obligations de l'Office des poursuites quant à l'administration de l'immeuble à réaliser dans la poursuite des art. 151 ss LP diffèrent selon qu'il s'agit de la période allant de l'avis aux locataires ou fermiers jusqu'au dépôt de la réquisition de vente ou de la période postérieure à ce dépôt (ATF 43 III 200; Gilliéron, *Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Lausanne 2000, n. 26 ad art. 152 LP*). Après la notification de l'avis aux locataires et fermiers (art. 91 al. 1 ORFI) et jusqu'à ce que le créancier gagiste requière la réalisation, l'Office est tenu, en vertu de l'art. 94 al. 1 ORFI, de prendre, en lieu et place du propriétaire du gage, toutes les mesures nécessaires pour assurer et opérer l'encaissement des loyers et fermages. Il a le droit également d'ordonner les réparations urgentes et d'affecter les loyers et

fermages perçus par lui au paiement des redevances courantes (gaz, eau, électricité, etc.) – soit de sommes dues à titre de rémunération d'un service spécial dont l'immeuble bénéficie et dont la privation entraînerait une diminution de sa valeur de rendement (ATF 62 III 56) –, ainsi qu'au paiement des frais de réparations et des contributions à l'entretien du débiteur (art. 103 al. 2 LP). Il s'agit là d'une gérance limitée à ces seules mesures conservatoires urgentes, qui peuvent d'ailleurs être confiées à un tiers en vertu de l'art. 94 al. 2 ORFI (ATF 109 III 45; Gilliéron, *op. cit.*, n. 34 ad art. 152 LP et n. 26 ad art. 155 LP). Dès la date de la réquisition de vente, l'office pourvoit en vertu de l'art. 101 al. 1 ORFI, sauf si le poursuivant y a expressément renoncé, à la gérance et à la culture de l'immeuble de la manière prévue, en matière de poursuite par voie de saisie, dès la date de la saisie (art. 155 al. 1 et 102 al. 3 LP; art. 16 ss ORFI). Cette gérance a une portée plus grande que celle de l'art. 94 ORFI (Schellenberg, *Die Rechtsstellung des Dritteigentümers in der Betreuung auf Pfandverwertung, thèse, Zurich 1968, p. 141*); elle couvre, tout d'abord, les nombreuses mesures ordinaires au maintien de l'immeuble en bon état de rendement, à l'exception des intérêts hypothécaires, et, ensuite, les mesures extraordinaires comme, par exemple, l'introduction des procès nécessaires dans l'intérêt d'une bonne gestion de l'immeuble (art. 18 ORFI).

3. En l'occurrence, l'Autorité cantonale de surveillance a rappelé à bon escient la distinction précitée et a estimé à raison qu'une gérance légale complète au sens de l'art. 101 al. 1 ORFI n'entraîne pas en considération dans le cas particulier puisque la réquisition de vente n'avait pas encore été déposée. Elle a en outre retenu que, dans le cadre de la gérance limitée au sens de l'art. 94 ORFI, telle qu'elle avait été instaurée en l'espèce, les rentes de superficie ne pouvaient être considérées comme une rémunération d'un service spécial de la propriétaire du fonds, soit une redevance courante au sens de l'art. 94 ORFI; constituant la rétribution pour un usage de longue durée des parcelles en cause (ATF 101 Ib 329), elles s'apparentent plutôt à des intérêts hypothécaires qui sont la compensation due au créancier pour le capital dont celui-ci est privé. Or de tels intérêts, venus à échéance pendant la durée de la gérance ou déjà échus auparavant, ne peuvent être payés par l'Office ou le tiers gérant même dans le cadre d'une gérance complète (art. 17 *in fine* ORFI). Partant, c'est à bon droit que l'Office s'était opposé au paiement des rentes de superficie et, *a fortiori*, avait refusé de soutenir un procès en libération de dette contre la propriétaire des parcelles.

Note

4. De l'arrêt qui vient d'être traité, on tirera en particulier l'enseignement suivant: le propriétaire d'une parcelle faisant l'objet d'un droit de superficie ne peut, en cas de poursuite en réalisation de gage à l'encontre du titulaire de ce droit, bénéficier du paiement des rentes de superficie au moyen des loyers et fermages éventuellement saisis. Cette situation manifestement défavorable pour le propriétaire du



sol ne dépend nullement du stade de la procédure en réalisation du gage immobilier. Point n'est dès lors besoin à cet égard de faire la distinction entre le moment allant de l'avis aux locataires ou fermiers jusqu'au dépôt de la réquisition de vente et celui qui suit ce dépôt.

M.M.

28 Gérance légale. Résiliation du mandat pour conflit d'intérêts. Qualité pour recourir du gérant légal évincé. Annulation de la résiliation pour abus de pouvoir de l'autorité intimée.

Tribunal fédéral

29.04.2003

X. c. Autorité de surveillance

7B.36/2003; ATF 129 III 400

Art. 19 LP; 16 ss, 94 ORFI

1. Dans le cadre de poursuites en réalisation de gage immobilier, X. s'est vu confié de l'Office des poursuites compétent le mandat de gérer les immeubles objet du gage. Par la suite, l'Office précité a résilié ces mandats au motif que la créancière s'opposait à ce que X. continue d'assurer la gérance légale en raison de l'importance du parc immobilier détenu par le poursuivi et des accords financiers qu'il avait pu conclure avec le gérant désigné. Il en a en effet déduit l'existence d'un risque potentiel de conflit d'intérêts. X. a contesté, par la voie d'une plainte à l'autorité cantonale de surveillance, la résiliation de ses mandats, exposant en substance n'avoir conclu aucun accord financier particulier avec le débiteur et niant l'existence d'un éventuel conflit d'intérêts. Suite au rejet de sa plainte, X. a recouru au TF, lequel a admis le recours et annulé la décision entreprise selon les considérants qui sont résumés ici.
2. Au sens de l'art. 19 al. 1 LP, est susceptible d'être déférée au TF la décision par laquelle l'autorité cantonale (supérieure) de surveillance statue sur les conclusions formulées contre une mesure (ou une omission) des autorités de poursuite ou de faillite, ou ordonne elle-même une telle mesure.
3. Le contenu du mandat de gérance légale est fixé de manière précise et détaillée par les dispositions sur la gérance limitée de l'art. 94 al. 1 ORFI et par celles de la gérance plus étendue des art. 17 et 18 ORFI (ATF 129 III 90). Dès lors, selon ces deux dernières dispositions, la gérance légale comprend notamment la commande et le paiement de petites réparations, les ensemencements et plantations, la conclusion et le renouvellement des assurances usuelles, la résiliation des baux, la récolte et la vente des fruits, la rentrée des loyers et fermages au besoin par voie de poursuites, l'exercice du droit de rétention du bailleur, le paiement des redevances courantes, la conduite de procès ou la prise de mesures exceptionnelles dans l'intérêt d'une bonne gestion. Tous ces actes d'administration peuvent donner lieu à une plainte aux autorités de surveillance (Jäger, *Commentaire de la LP, Lausanne 1920, n. 7 ad art. 102 LP*) et la responsabilité en découlant est régie non par le droit privé (art. 321e et 398 al. 1 CO), mais par le droit de la poursuite (art. 16 al. 3 et 94 al. 2 ORFI; 5 LP; Gilliéron, *Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Lausanne 1999, n. 21 ad art. 5 LP*). Les parties à la procédure de poursuite en cause, le créancier et le débiteur en particulier, ont donc incontestablement qualité pour attaquer une décision fondée sur les art. 16 al. 3 et 94 al. 2 ORFI par la voie d'un recours au sens des art. 19 LP et 78 ss OJ (Jäger, *op. cit., n. 7 ad art. 102 LP*). En tant qu'auxiliaire de l'office, dont le mandat est régi pour l'essentiel par le droit fédéral de la poursuite et la rémunération fixée en dernier ressort par l'autorité cantonale de surveillance, le tiers chargé de la gérance doit aussi se voir reconnaître la qualité pour former un tel recours (voir ATF 120 III 42 cons. 3) et invoquer par exemple que la résiliation de son mandat consacre un abus du pouvoir d'appréciation. C'est d'ailleurs précisément un tel grief que X. fait valoir en l'occurrence.
4. Commet un abus ou un excès de son pouvoir d'appréciation l'autorité qui retient des critères inappropriés, ne tient pas compte de circonstances pertinentes ou rend une décision déraisonnable, contraire au bon sens, arbitraire (ATF 123 III 274 cons. 1a/cc; ATF 110 III 17 cons. 2; Poudret/Sandoz-Monod, *Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire, II, Berne 1990, n. 2.3 ad art. 78 OJ; Gilliéron, op. cit., n. 57 ad art. 19 LP*). A l'appui de son recours, X. avance que la décision entreprise repose uniquement sur l'existence d'un risque potentiel de conflit d'intérêts et que le seul motif invoqué par l'office et l'autorité de surveillance relatif à ce risque est l'affirmation qui en a été faite par la créancière. C'est à raison que X. relève que cette seule affirmation ne suffit pas à légitimer l'existence dudit conflit d'intérêts, laquelle ne peut être fondée que sur la base d'éléments concrets. Cependant, tant la décision dont est recours que le dossier ne font état d'aucun de ces éléments, et rien n'indique qu'une instruction a été faite à ce sujet. Aussi, le reproche adressé par X. à l'autorité de surveillance est donc bien fondé et la résiliation de ses mandats injustifiée: celle-ci s'avère en conséquence arbitraire au sens de la jurisprudence qui vient d'être rappelée. Le recours est donc admis par le TF, la décision entreprise annulée et la cause renvoyée à l'autorité inférieure pour qu'elle instruisse sur l'existence d'un risque potentiel de conflit d'intérêts et rende une nouvelle décision.

M.M.



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