

N° 29/2017

# Droit du bail

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



Helbing  
Lichtenhahn  
Verlag

## IMPRESSUM

### Droit du bail

Publication annuelle du Séminaire sur le droit du bail  
Université de Neuchâtel  
N° 29/2017

### Edition et administration

Séminaire sur le droit du bail  
Université de Neuchâtel  
Avenue du 1<sup>er</sup>-Mars 26  
CH-2000 Neuchâtel  
Téléphone +41 32 718 12 60  
Téléfax +41 32 718 12 61  
Courriel: [seminaire.bail@unine.ch](mailto:seminaire.bail@unine.ch)  
Internet: [www.bail.ch](http://www.bail.ch)  
CCP 20-5711-2  
Secrétaire: Sylvia STÄHLI

### Parution

Dernier trimestre de chaque année. 1<sup>re</sup> année: 1989

### Abonnement

Fr. 35.– par an. Sauf avis contraire avant le  
15 septembre de chaque année, l'abonnement est  
renouvelé sans formalité.

### Manière de citer

DB (ex. DB 2002 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.

### Comité de rédaction

Président: François BOHNET (F.B.), professeur et avocat,  
Neuchâtel

Membres: Blaise CARRON (B.C.), professeur et avocat,  
Neuchâtel et Berne

Philippe CONOD (P.C.), avocat et professeur associé,  
Lausanne et Neuchâtel

Patricia DIETSCHY-MARTENET (P.D.-M.), Dr en droit,  
collaboratrice scientifique et chargée d'enseignement  
et de cours, Neuchâtel, Fribourg et Lausanne

Pierre WESSNER (P.W.), professeur honoraire,  
Neuchâtel

### Ont collaboré à ce numéro :

Carole AUBERT (C.A.), avocate, Neuchâtel

Julien BROQUET (J.B.), avocat, Neuchâtel

Christine CHAPPUIS (C.C.), professeure, Genève

Pascal JEANNIN (P.J.), avocat, doctorant, Neuchâtel

Guillaume JÉQUIER (G.J.), avocat, doctorant, Neuchâtel

Sylvain MARCHAND (S.M.), professeur, Genève et Neuchâtel

Marino MONTINI (M.M.), avocat, Neuchâtel

### ISSN

1661-5409

|   |    |
|---|----|
| <b>Editorial</b> .....  | 2  |
| <b>Abréviations</b> .....                                     | 3  |
| <b>Chapeaux d'arrêts en français, allemand, italien</b> ..... | 4  |
| <b>Bibliographie</b> .....                                    | 10 |
| <b>Jurisprudence</b> .....                                    | 11 |
| 1. Dispositions générales .....                               | 11 |
| 2. Protection contre les loyers abusifs .....                 | 24 |
| 3. Protection contre les congés .....                         | 34 |
| 4. Autorités et procédure .....                               | 46 |
| 5. Divers .....   | 58 |
| <b>Actualité jurisprudentielle</b> .....                      | 65 |

En 2017, l'actualité en droit du bail a été marquée par la publication d'un nouveau taux d'intérêt de référence, valable pour la fixation des loyers dans toute la Suisse, qui est passé à 1,5 %, soit une baisse de 0.25 point de pourcentage par rapport à sa dernière publication. Il est entré en vigueur le 2 juin 2017.

Au début de l'année 2017, le Conseil fédéral a rejeté l'initiative populaire pour « Davantage de logements abordables », considérant que les instruments et objectifs présentés dans cette initiative constituaient une ingérence disproportionnée et inutile dans l'approvisionnement en logements, laquelle fonctionne bien dans son ensemble. En réponse à cette initiative, il a toutefois présenté, le 30 août 2017, un arrêté fédéral relatif à un crédit-cadre destiné à augmenter la dotation du fonds de roulement en faveur de la construction de logements d'utilité publique. Le message sur l'initiative populaire et sur un projet d'acte en rapport étroit avec l'initiative doit être soumis au Parlement d'ici au 18 avril 2018.

S'agissant des activités du Séminaire sur le droit du bail, outre la présente Revue et la Newsletter gratuite proposée chaque mois, la deuxième édition du Commentaire pratique de droit du bail, édité conjointement par le Séminaire et la maison d'édition Helbing Lichtenhahn, est parue à la fin de l'année passée. Elle contient non seulement une mise à jour des textes existants en fonction des développements jurisprudentiels et doctrinaux, mais aussi le commentaire de nouvelles dispositions, celles relatives au bail à ferme non agricole et celles du Code de procédure civile pertinentes au regard des litiges de droit du bail. Quant aux prochaines journées de formation continue, elles auront lieu les 5-6 et 19-20 octobre 2018.

Pour le Comité de rédaction

François Bohnet

Patricia Dietschy-Martenet

|               |   |                   |   |
|---------------|---|-------------------|---|
| <b>AJ</b>     | Assistance judiciaire   | <b>LPD</b>        | Loi fédérale sur la protection des données du 19 juin 1992 (RS 235.1)   |
| <b>al.</b>    | alinéa(s)   | <b>LTF</b>        | Loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (RS 173.110)  |
| <b>art.</b>   | article(s)  | <b>MP</b>         | Mietrechtspraxis  |
| <b>ATF</b>    | Arrêts du Tribunal fédéral (recueil officiel)   | <b>MRA</b>        | MietRecht Aktuell   |
| <b>BGB</b>    | Bürgerliches Gesetzbuch   | <b>N</b>          | numéro marginal (numéros marginaux)   |
| <b>BJM</b>    | Basler Juristische Mitteilungen   | <b>not.</b>       | notamment   |
| <b>c.</b>     | considérant(s)  | <b>n.</b>         | note(s)   |
| <b>CC</b>     | Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)  | <b>n°</b>         | numéro(s)   |
| <b>CCR</b>    | Contrat-cadre romand de baux à loyer du 12 décembre 2007 (« Dispositions paritaires romandes pour habitation ») | <b>Newsletter</b> | Newsletter du Séminaire sur le droit du bail de l'Université de Neuchâtel, <a href="http://www.bail.ch">www.bail.ch</a> |
| <b>CdB</b>    | Cahiers du bail   | <b>OBLF</b>       | Ordonnance du 9 mai 1990 sur le bail à loyer et le bail à ferme d'habitations et de locaux commerciaux (RS 221.213.11)  |
| <b>cf.</b>    | <i>confer</i>   | <b>OGer</b>       | Obergericht   |
| <b>CFC</b>    | Code des frais de la construction   | <b>op. cit.</b>   | <i>opus citatum</i> (œuvre citée)   |
| <b>ch.</b>    | chiffre(s)  | <b>p.</b>         | page(s)   |
| <b>CHF</b>    | franc(s) suisse(s)  | <b>p.ex.</b>      | par exemple   |
| <b>CO</b>     | Code des obligations du 30 mars 1911 (RS 220)   | <b>PCEF</b>       | Revue suisse de droit de procédure civile et d'exécution forcée   |
| <b>CP</b>     | Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0)  | <b>PJA</b>        | Pratique juridique actuelle   |
| <b>CPC</b>    | Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (RS 272)   | <b>PPE</b>        | Propriété par étages  |
| <b>CPP</b>    | Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 (RS 312.0)  | <b>RC</b>         | Registre du commerce  |
| <b>Cst.</b>   | Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101)                                      | <b>RDS</b>        | Revue de droit suisse   |
| <b>DB</b>     | Droit du bail   | <b>réf. cit.</b>  | référence(s) citée(s)   |
| <b>éd.</b>    | édition/éditeur(s)  | <b>RJB</b>        | Revue de la Société des juristes bernois  |
| <b>et al.</b> | <i>et alii</i>  | <b>RS</b>         | Recueil systématique du droit fédéral   |
| <b>etc.</b>   | <i>et cetera</i>  | <b>RSJ</b>        | Revue Suisse de Jurisprudence   |
| <b>FF</b>     | Feuille fédérale  | <b>RSPC</b>       | Revue suisse de procédure civile  |
| <b>i.f.</b>   | <i>in fine</i>  | <b>RULV</b>       | Règles et usages locatifs du canton de Vaud   |
| <b>IPC</b>    | Indice suisse des prix à la consommation  | <b>s.</b>         | suivant(e)  |
| <b>JdT</b>    | Journal des Tribunaux   | <b>SA</b>         | société anonyme   |
| <b>LBFA</b>   | Loi fédérale sur le bail à ferme agricole du 4 octobre 1985 (RS 221.213.2)                                      | <b>Sàrl</b>       | société à responsabilité limitée  |
| <b>LCAP</b>   | Loi fédérale encourageant la construction et l'accession à la propriété de logements du 4 octobre 1974 (RS 843) | <b>SJ</b>         | Semaine judiciaire  |
| <b>LDFR</b>   | Loi fédérale sur le droit foncier rural du 4 octobre 1991 (RS 211.412.11)                                       | <b>ss</b>         | suivant(e)s   |
| <b>lit.</b>   | <i>litera</i> (lettre)  | <b>SVIT</b>       | Schweizerischer Verband der Immobilienwirtschaft  |
| <b>LP</b>     | Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1889 (RS 281.1)                            | <b>TC</b>         | Tribunal cantonal   |
|               |   | <b>TF</b>         | Tribunal fédéral  |
|               |   | <b>ZMP</b>        | Zürcher Mietrechtspraxis  |
|               |   | <b>ZPO</b>        | Zivilprozessordnung   |

## 1. Dispositions générales

Allgemeine Bestimmungen

*Disposizioni generali*

---

**1**

**11**

**Garantie bancaire autonome destinée à couvrir les droits du bailleur découlant du contrat de bail.**

**Art. 257e CO ; 2 al. 2 CC**

Abstrakte Bankgarantie zum Zwecke der Deckung der Forderungen des Vermieters aus dem Mietvertrag.

Art. 257e OR ; 2 Abs. 2 ZGB

*Garanzia bancaria autonoma destinata a coprire i diritti del locatore derivanti dal contratto di locazione.*

Art. 257e CO ; 2 cpv. 2 CC

---

**2**

**12**

**Congé signifié par le bailleur en raison de la violation du devoir de diligence du locataire (transgression des règles sur la sous-location), avec fixation d'un terme correspondant à l'échéance contractuelle ordinaire. Le congé extraordinaire est déclaré inefficace, le bailleur ne pouvant établir que le maintien du bail lui était désormais insupportable.**

**Art. 257f al. 3, 262, 271 al. 3 lit. c CO**

Vermieterseitige Kündigung wegen Verletzung der Sorgfaltspflicht (unzulässige Untervermietung), wobei der Kündigungstermin dem ordentlichen Vertragsende entspricht. Die ausserordentliche Kündigung erweist sich als unwirksam, weil der Vermieter nicht darlegen konnte, dass ihm die Aufrechterhaltung des Mietverhältnisses unzumutbar wäre.

Art. 257f Abs. 3, 262, 271 Abs. 3 lit. c OR

*Disdetta notificata dal locatore a causa della violazione del dovere di diligenza del conduttore (trasgressione delle regole concernenti la sublocazione), con fissazione di un termine corrispondente alla scadenza contrattuale ordinaria. La disdetta straordinaria è dichiarata inefficace, il locatore non potendo stabilire che il mantenimento del contratto di locazione gli era oramai insopportabile.*

Art. 257f cpv. 3, 262, 271 cpv. 3 lit. c CO

---

**3**

**13**

**Bail portant sur une habitation, utilisée comme salon de massage. Congé extraordinaire du bailleur en raison de la violation persistante par le locataire de l'usage convenu des locaux loués. Rapports entre le congé en question et la résiliation ordinaire signifiée antérieurement par le bailleur.**

**Art. 257f al. 3, 271a al. 1 lit. d et al. 3 lit. c CO**

Mietvertrag für Wohnräume, in denen ein Massagesalon betrieben wird. Ausserordentliche vermierterseitige Kündigung wegen fortgesetztem Verstoss gegen den vereinbarten Verwendungszweck. Verhältnis zwischen dieser Kündigung und der vorher vermierterseits ausgesprochenen ordentlichen Kündigung.

Art. 257f Abs. 3, 271a Abs. 1 lit. d und Abs. 3 lit. c OR

*Contratto di locazione di un'abitazione, utilizzata come salone di massaggio. Disdetta straordinaria del locatore a causa della violazione persistente da parte del conduttore dell'uso convenuto dei locali. Rapporti tra la disdetta in questione e la disdetta ordinaria notificata anteriormente dal locatore.*

Art. 257f cpv. 3, 271a cpv. 1 lit. d e cpv. 3 lit. c CO

---

**4**

**14**

**Sous-location non autorisée sur une plateforme de mise en relation. Action en interdiction par le bailleur et en remise du gain. Application de la maxime inquisitoriale sociale pour préciser les conclusions des parties.**

**Art. 262, 423 CO ; 153 al. 2, 247 al. 2 lit. b ch. 1 CPC**

Unerlaubte Untervermietung über eine Buchungsplattform. Klage des Vermieters auf Unterlassung und Herausgabe des Gewinns. Anwendung der sozialen Untersuchungsmaxime zur Präzisierung der Rechtsbegehren.

Art. 262, 423 OR ; 153 Abs. 2, 247 Abs. 2 lit. b Ziff. 1 ZPO

*Sublocazione non autorizzata su una piattaforma online. Azione di proibizione di fare da parte del locatore e di consegna degli utili. Applicazione della massima inquisitoria sociale per precisare le conclusioni delle parti.*

Art. 262, 423 CO ; 153 cpv. 2, 247 cpv. 2 lit. b cf. 1 CPC

---

**5****15**

**Sous-location. Illicéité de la sous-location en raison d'un sous-loyer abusif. Régime applicable à la restitution des profits de la sous-location. Art. 423 al. 1 CO (gestion d'affaires sans mandat imparfaite de mauvaise foi) applicable au locataire principal de mauvaise foi.**

**Art. 262 al. 2 lit. b, 423 al. 1 CO**

Untermiete. Unzulässigkeit der Untermiete wegen eines missbräuchlichen Untermietzinses. Auf die Herausgabe des Gewinns aus der Untervermietung anwendbare Bestimmungen. Anwendbarkeit von Art. 423 Abs. 1 OR (unechte, bösgläubige Geschäftsführung ohne Auftrag) auf den bösgläubigen Hauptmieter.

Art. 262 Abs. 2 lit. b, 423 Abs. 1 OR

*Sublocazione. Illiceità della sublocazione a causa di una pigione abusiva. Regime applicabile alla restituzione dei profitti della sublocazione. Art. 423 cpv. 1 CO (gestione imperfetta di affari senza mandato in malafede) applicabile al locatore principale in malafede.*

Art. 262 cpv. 2 let. b, 423 cpv. 1 CO

---

**6****17**

**Restitution anticipée. Solvabilité du locataire de remplacement et durée résiduelle du bail.**

**Art. 264 CO ; 2 CC**

Vorzeitige Rückgabe. Zahlungsfähigkeit des Ersatzmieters und Restdauer des Mietverhältnisses.

Art. 264 OR ; 2 ZGB

*Restituzione anticipata della cosa. Solvibilità del nuovo conduttore e durata residua del contratto di locazione.*

Art. 264 CO ; 2 CC

---

**7****20**

**Résiliation. Représentation. Interprétation de la désignation de la personne du bailleur figurant sur la formule officielle de congé.**

**Art. 32, 266l CO**

Kündigung. Stellvertretung. Auslegung der Bezeichnung der Person des Vermieters auf dem amtlichen Kündigungsförmular.

Art. 32, 266l OR

*Disdetta. Rappresentanza. Interpretazione della designazione della persona del locatore figurante sul modulo ufficiale della disdetta.*

Art. 32, 266l CO

---

**8****21**

**Résiliation de bail. Formule officielle scannée de taille et de qualité réduites. Validité du congé. Appréciation des motifs du congé au moment où celui-ci est donné. Prolongation de bail.**

**Art. 266l al. 2, 271, 271a, 272 CO**

Kündigung des Mietvertrags. Verkleinert und in reduzierter Qualität eingescanntes amtliches Formular. Gültigkeit der Kündigung. Beurteilung der Kündigungsgründe im Zeitpunkt, in welchem die Kündigung ausgesprochen wird. Erstreckung des Mietverhältnisses.

Art. 266l Abs. 2, 271, 271a, 272 OR

*Disdetta del contratto di locazione. Modulo ufficiale scansionato di misura e qualità ridotte. Validità della disdetta. Apprezzamento dei motivi della disdetta al momento in cui questa è data. Protrazione della locazione.*

Art. 266l cpv. 2, 271, 271a, 272 CO

## **2. Protection contre les loyers abusifs**

Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen

*Protezione dalle pigioni abusive*

---

**9****24**

**Nullité de la clause d'échelonnement en cas de bail inférieur à trois ans. Preuve de la réception de la demande de baisse de loyer. Report de la baisse pour le prochain terme. Incidence sur le calcul de rendement. Art. 269c CO**

Nichtigkeit der Staffelmiete bei einer Mietdauer von weniger als drei Jahren. Beweis des Empfangs des Mietzinsherabsetzungsbegehrens. Verschiebung der Herabsetzung auf den nächsten Kündigungstermin. Auswirkungen auf die Renditeberechnung.

Art. 269c OR

*Nullità della clausola di pigioni scalari in caso di locazione inferiore ai tre anni. Prova della ricezione della domanda di riduzione della pigione. Riporto della riduzione per il prossimo termine. Incidenza sul calcolo di rendimento.*  
Art. 269c CO

10

25

**Bail à loyer de durée indéterminée. Hausse de loyer acceptée par le locataire à l'occasion de la rénovation des locaux, mais non notifiée au moyen de la formule agréée. Loyer majoré payé par le locataire qui réclame restitution neuf ans plus tard en invoquant la nullité de la hausse. Modification conventionnelle ? Abus de droit du locataire ?**  
Art. 62 ss, 269d CO ; 2 al. 2 CC

Unbefristetes Mietverhältnis. Nicht mit amtlichem Formular mitgeteilte, aber vom Mieter akzeptierte Mietzinserhöhung infolge Sanierung des Mietobjekts. Rückforderung des vom Mieter bezahlten Mehrbetrages neun Jahre später unter Berufung auf die Nichtigkeit der Erhöhung. Konsensuale Vertragsanpassung ? Rechtsmissbrauch des Mieters ?  
Art. 62 ff., 269d OR ; 2 Abs. 2 ZGB

*Contratto di locazione di durata indeterminata. Aumento della pigione accettata dal conduttore in occasione del rinnovo dei locali, ma non notificata a mezzo del modulo ufficiale. Canone di locazione maggiorato pagato dal conduttore che ne reclama la restituzione nove anni più tardi invocando la nullità dell'aumento. Modifica convenzionale ? Abuso di diritto del conduttore ?*  
Art. 62 segg., 269d CO ; 2 cpv. 2 CC

11

27

**Réserve de hausse contenue dans le contrat de bail. Demande de diminution de loyer en cours de bail par le locataire. Méthode de calcul.**  
Art. 269, 269a lit. a et c CO ; 247 CPC

Im Mietvertrag vereinbarte Mietzinsreserve. Herabsetzungsbegehren bei laufendem Mietverhältnis. Berechnungsmethode.  
Art. 269, 269a lit. a und c OR ; 247 ZPO

*Riserva di aumento di pigione contenuta nel contratto di locazione. Domanda di diminuzione della pigione in corso di locazione da parte del conduttore. Metodo di calcolo.*  
Art. 269, 269a let. a e let.c CO ; 247 CPC

12

29

**Absence de notification par formulaire officiel du loyer initial. Action en répétition de l'indu. Délai de prescription. Abus de droit.**  
Art. 67, 270 CO ; 19 OBLF ; 2 al. 2, 8 CC

Fehlende Mitteilung des Anfangsmietzinses mittels amtlichem Formular. Rückforderungsklage. Verjährungsfrist. Rechtsmissbrauch.  
Art. 67, 270 OR ; 19 VMWG ; 2 Abs. 2, 8 ZGB

*Assenza di notifica per il tramite del modulo ufficiale per la notificazione di aumenti di pigione e/o altre modifiche unilaterali. Azione per ripetizione per pagamento indebito. Termine di prescrizione. Abuso di diritto.*  
Art. 67, 270 CO ; 19 OLAL ; 2 cpv. 2, 8 CC

13

32

**Fardeau de la preuve du caractère abusif du loyer initial en cas d'immeuble ancien.**  
Art. 269, 269a, 270 CO ; 11 OBLF ; 8 CC

Beweislast für die Missbräuchlichkeit des Anfangsmietzinses bei einem Altbau.  
Art. 269, 269a, 270 OR ; 11 VMWG ; 8 ZGB

*Onere della prova del carattere abusivo della pigione iniziale in caso di immobile vecchio.*  
Art. 269, 269a, 270 CO ; 11 OLAL ; 8 CC

### 3. Protection contre les congés

Kündigungsschutz

*Protezione dalle disdette*

14

34

**Résiliation ordinaire. Validité du congé donné par le bailleur en raison d'une hospitalisation de plusieurs mois de la locataire âgée, puis de son placement dans un établissement médico-social (EMS).**  
Art. 271, 271a CO ; 2 al. 2 CC

Ordentliche Kündigung. Gültigkeit der vermietetseitigen Kündigung aufgrund einer mehrmonatigen Hospitalisierung der älteren Mieterin mit anschliessendem Eintritt in ein Alters- und Pflegeheim.  
Art. 271, 271a OR ; 2 Abs. 2 ZGB

*Disdetta ordinaria. Validità della disdetta data dal locatore a causa di un'ospedalizzazione di più mesi dell'anziana conduttrice, poi del suo collocamento in casa di cura.*

Art. 271, 271a CO; 2 cpv. 2 CC

15

36

**Bail d'habitation. Résiliation ordinaire en vue de travaux de rénovation urgents, qui ne peuvent être réalisés en présence du locataire. Moment et étendue de la motivation du congé.**

**Art. 271, 271a, 272 CO**

Wohnungsmiete. Ordentliche Kündigung im Hinblick auf dringende Sanierungsarbeiten, welche nicht in Anwesenheit der Mieter durchgeführt werden können. Zeitpunkt der Kündigung und Begründungsanforderungen.

Art. 271, 271a, 272 OR

*Locazione di locali di abitazione. Disdetta ordinaria in vista di lavori di rinnovo urgenti, che non possono essere realizzati in presenza dei locatori. Momento e portata della motivazione della disdetta.*

Art. 271, 271a, 272 CO

16

38

**Congé-rénovations. Compatibilité de la présence du locataire au regard de la finalité des travaux.**

**Art. 271, 271a CO; 2 CC**

Kündigung bei Sanierung. Vereinbarkeit des Verbleibens des Mieters im Objekt mit dem Zweck der Arbeiten.

Art. 271, 271a OR; 2 ZGB

*Disdetta-rinnovo. Compatibilità della presenza del conduttore per quanto riguarda la finalità dei lavori.*

Art. 271, 271a CO; 2 CC

17

39

**Prolongation d'un bail commercial. Chances de succès de la contestation du congé face au devoir du locataire de chercher de nouveaux locaux. Large pouvoir d'appréciation de l'autorité cantonale sur la durée de la prolongation accordée.**

**Art. 271 al. 1, 272 al. 1, 272b al. 1 CO; 2 al. 1 et 2 CC**

Erstreckung eines Geschäftsmietverhältnisses. Erfolgsaussichten der Kündigungsanfechtung im Verhältnis zur Pflicht des Mieters, ein Ersatzobjekt zu suchen. Weiter Ermessensspielraum der kantonalen Instanzen bei der Bemessung der Erstreckungsdauer.

Art. 271 Abs. 1, 272 Abs. 1, 272b Abs. 1 OR; 2 Abs. 1 und 2 ZGB

*Protrazione di un contratto di locazione commerciale. Possibilità di successo della contestazione della disdetta di fronte al dovere del conduttore di cercare dei nuovi locali. Largo potere di apprezzamento dell'autorità cantonale sulla durata della protrazione accordata.*

Art. 271 cpv. 1, 272 cpv. 1, 272b cpv. 1 CO; 2 cpv. 1 e 2 CC

18

42

**Notification de la résiliation du bail durant l'absence ou les vacances du locataire. Théorie de la réception absolue.**

**Art. 273 CO**

Zustellung der Kündigung bei Abwesenheit des Mieters oder während dessen Ferien. Absolute Empfangstheorie.

Art. 273 OR

*Notifica della disdetta della locazione durante l'assenza o le vacanze del conduttore. Teoria della ricezione assoluta.*

Art. 273 CO

## 4. Autorités et procédure

Behörden und Verfahren

*Autorità e procedura*

19

46

**Communauté héréditaire. Qualité pour agir d'un colocataire en contestation du congé d'un bail de locaux commerciaux.**

**Art. 271 ss CO; 560, 602, 653 CC; 70 CPC**

Erbengemeinschaft. Aktivlegitimation eines der Mieter zur Anfechtung der Kündigung eines Mietvertrags für Geschäftsräume.

Art. 271 ff. OR; 560, 602, 653 ZGB; 70 ZPO

*Comunione ereditaria. Qualità per agire di un coinquilino in contestazione della disdetta di una locazione di locali commerciali.*

Art. 271 segg. CO; 560, 602, 653 CC; 70 CPC

20

48

**Délimitation de la compétence entre le tribunal de commerce et le tribunal des baux. Cas clair en matière d'expulsion avec examen préalable de la validité du congé.**

**Art. 6, 243, 257 CPC**

Abgrenzung der Zuständigkeit zwischen Handels- und Mietgericht. Rechtsschutz in klaren Fällen betreffend Ausweisung mit vorfrageweiser Prüfung der Gültigkeit der Kündigung.

Art. 6, 243, 257 ZPO

*Delimitazione della competenza tra il tribunale commerciale e il tribunale competente in materia di locazione. Procedura di tutela giurisdizionale nei casi manifesti in materia di espulsione con esame preliminare della validità della disdetta.*

Art. 6, 243, 257 CPC

21

48

**Requalification d'un bail de durée déterminée en bail de durée indéterminée. Compétence pour rendre une proposition de jugement.**

**Art. 210 al. 1 lit. b, 243 al. 2 lit. c CPC**

Umwandlung eines befristeten in ein unbefristetes Mietverhältnis. Zuständigkeit, einen Urteilsvorschlag zu unterbreiten.

Art. 210 Abs. 1 lit. b, 243 Abs. 2 lit. c ZPO

*Riquifica di un contratto di locazione di durata determinata in contratto di durata indeterminata. Competenza per sottoporre una proposta di giudizio.*

Art. 210 cpv. 1 lit. b, 243 cpv. 2 lit. c CPC

22

50

**Application de la procédure simplifiée lorsque les conclusions tendent au constat que le bail a été prorogé pour une certaine durée en vertu de l'exercice d'un droit d'option et à la détermination des conditions du loyer durant la période prorogée.**

**Art. 243 al. 2 lit. c CPC**

Anwendung des vereinfachten Verfahrens, wenn die Verlängerung des Mietverhältnisses infolge Optionsausübung und die Mietzinskonditionen für die Verlängerungsdauer festgestellt werden sollen.

Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO

*Applicazione della procedura semplificata nel caso in cui le conclusioni tendano alla constatazione che la locazione è stata prorogata per una certa durata in virtù dell'esercizio di un diritto di opzione e alla determinazione delle condizioni della pigione durante il periodo prorogato.*

Art. 243 cpv. 2 lit. c CPC

23

51

**Exigence d'une ordonnance de preuves même en procédure simplifiée. Recours ouvert en tout temps à défaut d'une telle ordonnance.**

**Art. 53, 154, 155, 160, 245, 246, 319 lit. b ch. 2 et lit. c, 321 CPC; 29 al. 2 Cst.**

Erforderlichkeit einer Beweisverfügung auch im vereinfachten Verfahren. Jederzeitige Beschwerdemöglichkeit bei Fehlen einer solchen Verfügung.

Art. 53, 154, 155, 160, 245, 246, 319 lit. b Ziff. 2 und lit. c, 321 ZPO; 29 Abs. 2 BV

*Esigenza di un'ordinanza sulle prove perfino in procedura semplificata. Ricorso aperto in ogni tempo in mancanza di una tale ordinanza.*

Art. 53, 154, 155, 160, 245, 246, 319 lit. b cf. 2 e lit. c, 321 CPC; 29 cpv. 2 Cst.

24

53

**Maximes au procès. Moyens de défense invoqués par le bailleur pour contester une demande de diminution de loyer.**

**Art. 58, 151, 247 al. 2 lit. a CPC; 269a lit. e CO**

Prozessmaximen. Abwehrmittel des Vermieters gegen ein Mietzinsherabsetzungsbegehren.

Art. 58, 151, 247 Abs. 2 lit. a ZPO; 269a lit. e OR

*Massime processuali. Mezzi di difesa invocati dal locatore per contestare una domanda di diminuzione della pigione.*

Art. 58, 151, 247 cpv. 2 lit. a CPC; 269a lit. e CO

25

54

**Découverte du motif du congé après l'entrée en délibération du tribunal. Conditions de la révision.**

**Art. 316, 317 et 328 CPC**

Entdeckung des Kündigungsgrundes nach Beginn der Urteilsberatung. Voraussetzungen der Revision.

Art. 316, 317 und 328 ZPO

*Scoperta del motivo della disdetta dopo l'inizio della deliberazione della sentenza. Condizioni della revisione.*  
Art. 316, 317 e 328 CPC

**26****56**

**Désignation des parties. Formalisme excessif.**  
**Art. 29 al. 1 Cst.**

Parteibezeichnung. Überspitzter Formalismus.  
Art. 29 Abs. 1 BV

*Designazione delle parti. Formalismo eccessivo.*  
Art. 29 al. 1 Cst.

**27****57**

**Procédure en expulsion. Demande de suspension de la procédure par le locataire au motif qu'il est au bénéfice d'un sursis concordataire provisoire. Rejetée, faute pour la prétention de constituer une créance concordataire.**

**Art. 38, 293c al. 1, 297 al. 5, 310, 314 LP; 257, 335 CPC; 267 CO**

Ausweisungsverfahren. Antrag des Mieters auf Sistierung des Verfahrens unter Hinweis auf eine ihm gewährte provisorische Nachlassstundung. Zurückgewiesen, weil es sich beim eingeklagten Anspruch nicht um eine Nachlassforderung handelt.

Art. 38, 293c Abs. 1, 297 Abs. 5, 310, 314 SchKG; 257, 335 ZPO; 267 OR

*Procedura di espulsione. Domanda di sospensione della procedura da parte del conduttore che invoca il beneficio di una moratoria concordataria provvisoria. Rigettata poiché la pretesa non costituisce un credito concordatario.*

Art. 38, 293c cpv. 1, 297 cpv. 5, 310, 314 LEF; 257, 335 CPC; 267 CO

**5. Divers**

Varia

Varie

**28****58**

**Bail à ferme agricole. Conclusion d'un bail à ferme agricole par actes concludants. Précision de la notion d'entreprise agricole.**

**Art. 11 CO; 1 LBFA**

Landwirtschaftliche Pacht. Abschluss eines landwirtschaftlichen Pachtvertrags durch konkludente Handlung. Präzisierung des Begriffs des landwirtschaftlichen Gewerbes.  
Art. 11 OR; 1 LPG

*Affitto agricolo. Conclusione di un affitto agricolo per atti concludenti. Precisazione della nozione di azienda agricola.*

Art. 11 CO; 1 LAAgr

**29****60**

**Contrainte en cas de notification d'un commandement de payer au locataire par le bailleur.**

**Art. 181 CP**

Nötigung des Mieters durch vermietetseitige Betriebsandrohung.

Art. 181 StGB

*Coazione in caso di notifica di un precetto esecutivo al conduttore da parte del locatore.*

Art. 181 CP

# Publications récentes

Etat au 31 octobre 2017

- BACHOFNER E., Zur Streitwertberechnung der Mieterausweisung im Verfahren um Rechtsschutz in klaren Fällen: Löst ein gescheitertes Ausweisungsgesuch im Verfahren um Rechtsschutz in klaren Fällen eine Sperrfrist nach Art. 271a Abs. 1 lit. e OR aus?, in: MRA 2/2017 p. 55 ss (13 pages)
- BÄRTSCHI H./ACKERMANN R., Empfang der Wohnungskündigung bei Ferienabwesenheit, in: Jusletter du 23 janvier 2017
- BIBER I., Der Mietvertrag im Shopping Center – ausgewählte Aspekte, in: RSJ 113/2017 p. 309 ss (11 pages)
- BIERI L., Le droit à la réduction du loyer en cas de défaut de la chose louée, in: Jusletter du 9 janvier 2017
- BOHNET F., Un loyer identique à celui payé par le précédent locataire doit-il être motivé sur la formule utilisée à la conclusion d'un nouveau bail?, in: CdB 2/2017 p. 33 ss (10 pages)
- BOHNET F./CARRON B./MONTINI M. (éd.), Commentaire pratique, Droit du bail à loyer et à ferme, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2017 (1867 pages)
- BRÄNDLI T., Nebenkosten: rechtliche Grenzen bei der Verteilung, in: MP 4/2016 p. 281 ss (25 pages)
- BRÜLLHARDT B., Inkohärenzen bei Kosten- und Verfahrensfragen vor der paritätischen Schlichtungsbehörde, in: MP 1/2017 p. 1 ss (27 pages)
- DOVAT F., Les devoirs du locataire à la fin d'un contrat de bail commercial, in: Questions de droit 103, Lausanne 2017, p. 7 ss (4 pages)
- ENGLER T., Das vereinfachte Verfahren im Zivilprozess, Besonderheiten und Abgrenzungsfragen insbesondere in mietrechtlichen Verfahren, in: PCEF 2016 p. 220 ss (9 pages)
- FRESE L./KOBEL M., Vorsorgliche Massnahmen im Mietrecht, in: MP 2/2016 p. 87 ss (35 pages)
- FUCHS N., Die Kündigungsanfechtung bei Familienwohnungen – Aspekte der Prozessstandschaft, in: BJM 2017 p. 11 ss (22 pages)
- GEHRI M., Durchsetzung des mietrechtlichen Retentionsrechts in der Praxis, in: PCEF 2016 p. 86 ss (5 pages)
- GIAVARINI M., Kündigung wegen Liegenschaftssanierung – Darstellung und Würdigung der aktuellen Praxis des Bundesgerichts, in: MP 4/2016 p. 185 ss (12 pages)
- GRELL B., Fremdfinanzierung beim vorgemerkten Mietvertrag, in: Jusletter du 16 janvier 2017
- HERZOG J./KÄGI A., Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Mietvertragsrecht im Jahr 2015, in: Jusletter du 13 mars 2017
- HONSELL H., Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 10<sup>e</sup> éd., Berne 2017 (562 pages)
- HUNKELER D./HENSELER S., Zur Solidarhaftung des früheren Mieters nach Übertragung des Geschäftsmietvertrags während der Nachlassstundung, in: Jusletter du 29 mai 2017
- KOLLER T., Nichtig, unwirksam, anfechtbar – eine einfache Trias im Kündigungsrecht bei der Wohn- und Geschäftsraummiete!, in: Jusletter du 14 août 2017
- LACHAT D., Trois ans de jurisprudence fédérale sur les locataires: 2013-2016, in: CdB 4/2016 p. 101 ss (26 pages)
- LARDI M./BOLDI CH. (éd.), Immobilienrecht: Handbuch zu rechtlichen und wirtschaftlichen Aspekten, Zurich 2017 (178 pages)
- PÜNTENER R., Zivilprozessrecht für die Mietrechtspraxis, Bâle 2016 (488 pages)
- REUDT D., Zins- und Schadenersatzforderungen im Konkurs des Mieters und des Pächters – Einige Überlegungen zu Art. 266h und 297a OR, in: MRA 3/2016 p. 115 ss (13 pages)
- SCHOCH R., Spannungsfelder im genossenschaftsrechtlichen Mietverhältnis, in: MP 2/2017 p. 87 ss (28 pages)
- SPIRIG I./WETTSTEIN C., Nettorendite als Massstab der Missbräuchlichkeit, in: MP 3/2017 p. 169 ss (24 pages)
- STASTNY P., Questions choisies en matière de droit du bail, in: Plaidoyer 3/2017 p. 36 ss (5 pages)
- TERCIER P./BIERI L./CARRON B., Les contrats spéciaux, 5<sup>e</sup> éd., Zurich 2016 (1308 pages)
- TSCHUDI M., Entwicklung im Mietrecht, RSJ 113/2017 p. 319 ss (6 pages)
- WULLSCHLEGER P., Sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts in Mietsachen, in: PCEF 2016 p. 178 ss (10 pages)
- WYTTENBACH M./GABATHULER TH., Neuerungen im Arbeits- und Mietrecht, Ein Überblick über die wichtigsten Entscheide im Arbeits- und Mietrecht des letzten Jahres, in: Plaidoyer 3/2017 p. 52 ss (9 pages)

# 1. Dispositions générales

## 1

### Garantie bancaire autonome destinée à couvrir les droits du bailleur découlant du contrat de bail.

Tribunal fédéral

01.12.2016

A. AG c. B. AG

4A\_422/2016

Art. 257e CO ; 2 al. 2 CC

1. B. SA conclut avec A. SA un contrat de bail de durée déterminée. Le locataire A. SA fournit une garantie bancaire autonome, avec renonciation aux exceptions et objections, portant sur une valeur maximale de 2 millions de francs destinée à couvrir les droits du bailleur découlant du contrat de bail.
2. Un litige survient entre les parties quant au montant du loyer et à son adaptation. A. SA ne paie plus le loyer. B. SA résilie le bail et se prévaut de la garantie.
3. La banque garante procède au paiement et débite le compte du locataire en conséquence.
4. Le bailleur réclame au locataire les créances impayées de loyer. Il ajoute à cela, dans le courant de la procédure, les montants des loyers supplémentaires qui étaient échus, ainsi que les intérêts pour les mois de mai 2014 jusqu'à janvier 2015. En outre, il demande la mainlevée sur les créances de loyer impayées pour l'exploitation en cours.
5. Le locataire présente une demande reconventionnelle tendant à la restitution du montant de la garantie sous déduction des loyers pour lesquels il fait valoir la compensation.
6. Le Tribunal admet la demande de B. SA et rejette la demande reconventionnelle de A. SA.
7. Au terme d'une garantie bancaire, la banque s'oblige, sur demande écrite du bailleur qui atteste que le loca-

taire n'a pas rempli les obligations de son contrat de bail, à payer la somme garantie.

8. Le but d'une garantie bancaire est d'assurer que l'ensemble des droits découlant du contrat de bail soient couverts. Elle diffère ainsi d'autres types de sûretés, comme par exemple les sûretés de l'art. 257e al. 3 CO. Ces dernières ne doivent pas être débloquées aussi longtemps qu'un devoir de payer est contesté et qu'aucun jugement exécutoire n'est entré en force entre les parties.
9. Ainsi, une attestation écrite du bailleur indiquant que le locataire n'a pas respecté ses obligations découlant de son contrat de bail suffit en l'occurrence à déclencher la garantie bancaire, indépendamment de toute autre considération.
10. La compensation du loyer en cours, soit une créance non exigible, n'est pas autorisée avant qu'un jugement définitif sur l'existence de la créance pour laquelle la garantie a été appelée ne soit rendu. Dans l'hypothèse inverse, la recourante disposerait d'un avantage en comparaison avec d'autres types de sûretés, comme le dépôt de garantie.
11. L'appel à la garantie ne serait abusif que s'il était évident que le bailleur n'a aucune créance contre le locataire (art. 2 al. 2 CC). Dans un tel cas, une compensation entre la restitution de la garantie et les loyers en cours aurait pu être admise. Le recours est rejeté.

#### Note

12. La jurisprudence admet que d'autres types de garanties que les sûretés prévues par l'art. 257e al. 3 LP soient convenus par les parties (*voir Marchand, in : Bohnet/Carron/Montini [éd.], Droit du bail à loyer et à ferme, Commentaire pratique, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2017, art. 257e CO N 1*). Le locataire doit être conscient qu'il ne bénéficie pas dans un tel cas des protections prévues par la loi. Les lois cantonales limitent parfois à juste titre le recours à d'autres garanties, comme des garanties bancaires abstraites, qui donnent tout pouvoir au bailleur (*à Genève, voir l'art. 1 de la loi protégeant les garanties fournies par les locataires, du 18 avril 1975, LGFL, RS GE I 4 10*).

S.M.

2

**Congé signifié par le bailleur en raison de la violation du devoir de diligence du locataire (transgression des règles sur la sous-location), avec fixation d'un terme correspondant à l'échéance contractuelle ordinaire. Le congé extraordinaire est déclaré inefficace, le bailleur ne pouvant établir que le maintien du bail lui était désormais insupportable.**

Tribunal fédéral

10.11.2016

X. c. A. et B.

4A\_347/2016

Art. 257f al. 3, 262, 271 al. 3 lit. c CO

1. C'est un bail commercial qui est en cause, conclu en 1982 et portant sur l'usage d'un cabinet dentaire par A. et B. Deux emplacements de parking se sont ajoutés aux locaux primitivement loués. En 2007, X. est devenu propriétaire et donc bailleur des lieux.
2. Nous ne relaterons pas toutes les péripéties contractuelles de l'affaire. Tout au plus faut-il retenir que le propriétaire a résilié les baux pour le prochain terme contractuel ordinaire, en arguant que les locataires n'avaient pas communiqué toutes les conditions de la sous-location partielle conclue avec un tiers, qui partageait le loyer et les charges avec le colocataire restant, l'autre ayant cessé son activité. L'auteur de la résiliation s'appuie sur l'art. 257f al. 3 CO, qui permet à certaines conditions un congé extraordinaire anticipé, en raison de la violation du devoir de diligence par le locataire.
3. La question litigieuse soumise à l'examen du TF par le bailleur recourant est celle de savoir si le congé signifié le 12 juin 2014 remplit les conditions de l'art. 257f al. 3 CO, quand bien même le terme fixé correspondait à l'échéance contractuelle ordinaire, auquel cas l'art. 271a al. 3 lit. c CO devrait être applicable, avec pour effet que les locataires ne pourraient se prévaloir des règles protectrices prévues à l'art. 271a al. 1 lit. d et e CO.
4. Notre cour suprême commence par rappeler que l'art. 257f al. 3 CO vise un congé anticipé par le bailleur pour violation du devoir de diligence du locataire. Cette disposition exclut le recours aux règles sur la demeure du débiteur (art. 107 ss CO; ATF 132 III 109 c. 5).
5. L'art. 257f al. 3 CO est notamment applicable lorsque le locataire sous-loue tout ou partie des locaux sans requérir le consentement du bailleur, en violation de

l'art. 262 CO (ATF 134 III 300 c. 3.1). Et le TF d'égrener les cinq conditions cumulatives qui doivent normalement être réunies à cet effet. Nous ne les répéterons pas, en précisant que c'est la quatrième condition qui est ici litigieuse, soit la question de savoir si la transgression par le locataire du devoir de diligence rend insupportable pour le bailleur le maintien du bail. En cas de sous-location, cette condition est réalisée soit lorsque le bailleur a refusé à juste titre d'y donner son consentement (art. 262 al. 2 CO), soit lorsqu'il aurait été en droit de refuser son consentement si le locataire le lui avait demandé. Et dans l'hypothèse où l'un des motifs de refus de l'art. 262 al. 2 CO est réalisé (lit. a à c), la condition du caractère insupportable du maintien du contrat pour le bailleur, au sens de l'art. 257f al. 3 CO, est automatiquement réalisée.

6. Qu'en est-il – et c'est finalement la question topique de l'arrêt – si le bailleur ne résilie pas le contrat de façon anticipée, alors qu'il invoque un moyen d'extinction extraordinaire, c'est-à-dire en ne respectant pas les exigences temporelles fixées à l'art. 257f al. 3 CO (congé signifié pour la fin d'un mois moyennant le respect d'un délai de 30 jours)? Autrement dit, qu'en est-il si, comme en l'espèce, il met fin au bail pour l'échéance ordinaire? Le TF en déduit logiquement qu'on ne peut alors plus parler d'un congé extraordinaire, en ce sens que son auteur ne peut plus arguer que le maintien du bail lui est désormais insupportable. En clair, les conditions de l'art. 257f al. 3 CO ne sont pas réunies. Le cas échéant, la résiliation est inefficace. Et elle ne saurait en principe être convertie en une résiliation ordinaire (ATF 135 III 441 c. 3.3; cf. sur ce point Wessner, in: *Bohnet/Carron/Montini [éd.], Commentaire pratique, Droit du bail à loyer et à ferme, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2017, art. 257f CO N 50*). La question de savoir si l'art. 271a al. 3 lit. c CO pourrait s'appliquer ne se pose donc pas. Le bailleur voit ainsi son recours être rejeté.

■ Note

7. L'arrêt résumé ci-dessus n'est pas innovant. Il se situe dans la ligne de la jurisprudence qui fixe les conditions d'application de l'art. 257f al. 3 CO, lorsque la violation du devoir de diligence par le locataire consiste dans le non-respect des dispositions régissant la sous-location.
8. Cette décision constitue pour le TF une occasion de rappeler l'importance qu'il attache à la mise en œuvre des congés dans le droit du bail (et implicitement dans d'autres contrats de durée) et à la distinction entre les causes d'extinction ordinaire et extraordinaire du rapport juridique. Il en appelle à la responsabilité et à la cohérence de l'auteur du congé, compte tenu de la nature juridique de l'acte formateur – inconditionnel et irrévocable – et du besoin de sécurité de la personne qui en est le destinataire, eu égard aux implications

possibles (échéance du contrat, application des règles protectrices des art. 271 ss CO). Comme le sermonne notre cour suprême: «la qualification de la résiliation ne dépend pas de la volonté subjective de celui qui l'a communiquée, mais du respect des conditions légales régissant ces deux types de résiliation» (ordinaire et extraordinaire; c. 3.1).

P.W.

### 3

**Bail portant sur une habitation, utilisée comme salon de massage. Congé extraordinaire du bailleur en raison de la violation persistante par le locataire de l'usage convenu des locaux loués. Rapports entre le congé en question et la résiliation ordinaire signifiée antérieurement par le bailleur.**

Tribunal fédéral

27.06.2017

Y. et Z. c. X.

4A\_94/2017

Art. 257f al. 3, 271a al. 1 lit. d et al. 3 lit. c CO

1. La bailleuse (X.) a conclu un bail à loyer portant sur une habitation à Genève avec deux locataires (Y. et Z.). Le contrat était conclu pour une durée d'un an, soit jusqu'au 31 août 2015, avec une clause de reconduction annuelle, sauf résiliation signifiée trois mois avant l'échéance.
2. Par avis du 18 mars 2015, X. a mis fin au bail pour la prochaine échéance contractuelle (le 31 août de la même année). Dans sa lettre, elle somme les locataires de cesser l'activité exercée dans les lieux, en l'espèce l'exploitation d'un salon de massages. Elle leur fixe un délai au 30 avril pour réintégrer les locaux, à défaut de quoi le contrat sera résilié conformément à l'art. 257f CO.
3. Les locataires s'opposent au congé – prétendument inefficace – devant la Commission de conciliation, puis devant le Tribunal des baux et loyers du canton de Genève. Précision: le 12 mai encore, ils étaient domiciliés à d'autres adresses que celle de l'appartement en cause.
4. Le 13 mai 2015, la bailleuse a mis fin au contrat pour le 30 juin 2015, en invoquant l'art. 257f CO et l'avertissement du 18 mars 2015. Les locataires ont à nouveau saisi les instances judiciaires cantonales pour contester le congé. Par arrêt du 16 janvier 2017, la Chambre des baux et loyers de la Cour de justice a confirmé, sur appel, le jugement de l'instance inférieure, qui avait dé-

claré valable la résiliation du 13 mai 2015. Le TF a finalement rejeté le recours en matière civile interjeté par Y. et Z.

5. Notre haute cour constate tout d'abord l'existence d'un double congé donné par la bailleuse: le premier ordinaire du 18 mars 2015, le second extraordinaire du 13 mai 2015, adressé durant la procédure de contestation de la première résiliation. La nature différente de ces deux actes formateurs résolutoires, et les effets spécifiques qui en découlent (ainsi: les échéances ne sont pas identiques), obligent les juges à procéder à un choix exclusif, pour admettre la validité du congé fondé sur l'art. 257f al. 3 CO, avec effet au 30 juin 2015.
6. Notre haute cour constate ensuite que le bail était conclu à l'usage d'habitation, alors qu'en réalité les locaux ont servi à la prostitution, et cela au-delà du 30 avril 2015, échéance fixée aux locataires pour se conformer au mode d'usage convenu. Le TF rappelle le devoir de diligence qui pèse sur eux, en énonçant, en cas de violation, le principe et les conditions du congé anticipé institué à l'art. 257f al. 3 CO, sur lesquels nous ne reviendrons pas (c. 3.1). Et surtout, il insiste sur la jurisprudence rendue dans un arrêt de principe du 9 janvier 2006 (*ATF 132 III 109 c. 5*), selon lequel la règle est propre à sanctionner tout usage persistant qui est non conforme à une clause du contrat, et cela même si l'activité incriminée n'engendre pas une situation insupportable pour le bailleur (en l'espèce, il s'agissait de locaux loués pour des bureaux et qui étaient utilisés pour l'exploitation d'un salon de massages). Dans le cas résumé ici, les juges de Mon Repos n'ont aucune peine à démontrer que la prostitution a perduré dans l'habitation louée, en dépit de la protestation de la bailleuse. En conséquence, le bail a valablement été résilié pour fin juin 2015. La gravité du motif d'extinction anticipée du contrat prive les locataires de tout droit à la prolongation de la relation juridique (art. 272a al. 1 lit. b CO).

■ **Note**

7. S'agissant du double congé, en soi incompatible, le TF apporte une réponse claire et logique, qui découle d'une interprétation systématique de la loi, singulièrement des dispositions protectrices régissant la résiliation dans les baux d'habitations et de locaux commerciaux, notamment lorsque celle-ci se fonde sur l'art. 257f al. 3 CO. En clair, l'application de l'art. 271a al. 3 lit. c CO exclut celle de l'art. 271a al. 1 lit. d CO. C'est donc à juste titre qu'il a été jugé que le congé extraordinaire évinçait celui ordinaire signifié antérieurement aux locataires.
8. Quant à la question de la validité du congé extraordinaire, la réponse apportée par le TF s'avère incontes-

table. Elle se réfère à un *leading case* (ATF 132 III 109 c. 5, DB 2006 N 8). Cette sentence élargit la portée de l'art. 257f al. 3 CO, dans la mesure où l'extinction prématurée du contrat se base sur la transgression d'une clause d'affectation des locaux loués, quand bien même l'activité qui y était pratiquée n'engendrait pas une situation insupportable pour le bailleur. La jurisprudence en question a été confirmée à plusieurs reprises (ainsi: ATF 134 III 300 c. 3, DB 2008 N 8; TF, 06.10.2010, 4A\_429/2010 c. 2.3, DB 2011 N 8). Sur cette problématique, nous renvoyons à notre contribution dans le Commentaire pratique (Wessner, in: *Bohnet/Carron/Montini [éd.], Commentaire pratique, Droit du bail à loyer et à ferme, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2017, art. 257f CO N 5 s., 15, 21 s. et 39, ainsi que les réf. cit.*).

P.W.

## 4

### **Sous-location non autorisée sur une plateforme de mise en relation. Action en interdiction par le bailleur et en remise du gain. Application de la maxime inquisitoriale sociale pour préciser les conclusions des parties.**

Mietgericht des Bezirkes Zürich

09.02.2017

MG160009-L; ZMP 2017 N 2

Art. 262, 423 CO; 153 al. 2, 247 al. 2 lit. b ch. 1 CPC

1. Les parties ont conclu un contrat de bail portant sur un appartement de 4,5 pièces à Zurich, pour un loyer net de CHF 2 914.40 depuis le 1<sup>er</sup> octobre 2015. Le bailleur agit contre le locataire en exigeant qu'interdiction lui soit faite de mettre en location son logement sur des plateformes de mise en relation sur Internet à l'instar de Airbnb. En outre, le bailleur conclut à ce que le locataire soit condamné à lui verser un montant de CHF 4 296.– à titre de remise de gain, que le bailleur prétend que ce dernier aurait réalisé sur les sous-locations réalisées via Internet.
2. En premier lieu, le tribunal se penche sur la qualification de la mise en location d'un appartement sur Airbnb. Comme il y a dans tous les cas une mise à disposition d'un hébergement à titre onéreux, les règles sur la sous-location trouvent application, que l'on soit en présence d'un contrat de bail typique ou atypique, voire d'un contrat d'hôtellerie. En outre, comme dans le cas d'espèce, le locataire n'a pas renoncé durablement à l'objet du bail et entend continuer à occuper les lieux personnellement, une caractéristique essentielle de la sous-location est donnée.
3. Le tribunal rappelle ensuite que la sous-location est un droit et qu'il appartient au bailleur de démontrer qu'un des motifs de refus énumérés à l'art. 262 al. 2 CO existe, de même que le gain réalisé de manière illicite par le locataire. Selon le tribunal, les risques liés à une sous-location via Airbnb ne peuvent par principe pas être qualifiés de plus importants qu'une sous-location classique, de sorte qu'il appartient au bailleur dans le cas concret d'amener des preuves que la sous-location présente pose des inconvénients majeurs.
4. En l'espèce, le bailleur ayant fait défaut aux débats et le tribunal ayant des doutes par rapport aux allégations du locataire que l'appartement n'aurait été sous-loué qu'à trois ou quatre reprises, il décide de compléter les allégations insuffisantes et établir d'office les faits (art. 153 al. 2 et 247 CPC). Le tribunal arrive ainsi à la conclusion en examinant les impressions de la page Airbnb relative au logement litigieux, en particulier les évaluations faites par les hôtes, que le locataire a loué son logement au moins à douze reprises depuis novembre 2015 et retient ainsi que les allégations du locataire sont clairement mensongères. En outre, le tribunal estime que les hôtes n'étaient nullement des amis du locataire comme celui-ci a prétendu, toujours en examinant le contenu des évaluations postées (en particulier de nombreuses évaluations négatives) et en retenant de manière logique qu'une sous-location à des connaissances se ferait en direct et non via une plateforme de mise en relation sur Internet comme Airbnb. Le tribunal retient aussi que c'est bien le locataire lui-même et non son épouse qui a géré la page Airbnb et les mises en location. Enfin, alors que le locataire prétendait louer à prix coûtant à raison de CHF 150.– par nuit, le tribunal retient, sur la base de l'annonce postée par le locataire et qui n'a pas été modifiée entre juin et octobre 2016, un prix par nuitée de CHF 220.–, auquel s'ajoute un forfait de nettoyage entre CHF 60.– et CHF 80.–, plus un supplément de CHF 45.– par personne et par nuit à partir de quatre occupants.
5. Sur cette base, le tribunal doit déterminer si le bailleur était en droit d'interdire la sous-location aux conditions ainsi déterminées. Le locataire ayant menti sur les conditions effectives de sous-location et n'ayant pas respecté l'engagement pris de ne plus mettre l'appartement sur les plateformes de location, le tribunal estime déjà qu'à ce titre le bailleur peut interdire la sous-location en vertu de l'art. 262 al. 2 lit. a CO, à savoir lorsque le locataire refuse de communiquer les conditions de la sous-location. En outre, le tribunal arrive également à la conclusion que la sous-location constitue des inconvénients majeurs (art. 262 al. 2 lit. c CO) dans le cas d'espèce, motif supplémentaire d'interdiction. L'appartement se situe dans un environnement calme et relativement aisé. Le locataire n'occupe le logement que deux à trois jours en semaine. Le fait que l'appartement ait été sous-loué de manière répétée jusqu'à six per-

sonnes pour des séjours plus longs a entraîné des nuisances, allégation que le locataire n'a pas contestée. En outre, le locataire était précisément absent lorsqu'il sous-louait, de sorte qu'il ne pouvait avoir aucun contrôle sur le comportement de ses hôtes. Enfin, le tribunal arrive aussi à la conclusion que le prix exigé par nuitée excède largement la fourchette maximale admissible que le locataire a lui-même admise comme couvrant les coûts (CHF 150.–) et par comparaison au loyer mensuel net divisé par 30 jours et constituait également à ce titre une sous-location abusive (art. 262 al. 2 lit. b CO).

6. En cas de sous-location abusive, le locataire s'expose à une action en remise du gain basée sur la gestion d'affaires sans mandat (art. 423 al. 1 CO). Le tribunal applique la maxime inquisitoriale sociale afin de déterminer la période sur laquelle le bailleur exige une indemnité et sur quelles bases et définir ainsi la portée de l'objet du litige. En s'appuyant sur les preuves déposées au dossier, le tribunal retient qu'au minimum dix-huit nuitées ont été effectuées (six locations) sur les mois de juin et juillet 2016, soit un gain de CHF 4 320.– y compris le supplément pour le nettoyage. En y soustrayant le montant admissible de CHF 150.– par nuitée, c'est ainsi un gain injustifié d'au moins de CHF 1 620.– qui doit être restitué au bailleur. Pour le surplus, le tribunal renvoie le bailleur à une nouvelle action s'il entend agir en remise du gain pour des sous-locations sur les autres périodes, non prouvées dans la présente procédure et insuffisamment alléguées.

■ **Note**

7. Cet arrêt est intéressant à mesure que, s'il ne qualifie pas directement les rapports contractuels entre les hôtes et le locataire principal (en particulier la conclusion du contrat via une plateforme Internet de mise en relation de type Airbnb), le tribunal retient que, du point de vue du contrat de bail principal, la légitimité de cette mise à disposition de tiers s'examine selon les règles de l'art. 262 CO, afin de déterminer si le locataire est ou non en droit d'obtenir l'autorisation du bailleur. En outre, le bailleur ne peut pas d'emblée refuser son autorisation au motif qu'il s'agit d'une location Airbnb, mais uniquement selon les circonstances du cas d'espèce. Dans un *obiter dictum*, le tribunal semble admettre que les parties peuvent dans un tel cas aussi prévoir une autorisation générale fixant à l'avance les conditions de ce type de sous-location, les règles de l'art. 262 CO s'appliquant sinon difficilement aux locations de courte durée de type Airbnb. Le tribunal ne tranche également pas la controverse doctrinale portant sur les conséquences d'une sous-location sans autorisation préalable, notamment un congé extraordinaire, à mesure qu'aucune résiliation n'avait été donnée

dans le cas d'espèce par le bailleur, qui souhaitait uniquement faire interdire au locataire toute sous-location future.

8. Enfin et s'agissant du calcul de la remise du gain, il nous semble que les frais de nettoyage ne devaient pas être pris en compte dans le calcul du gain réalisé, dans la mesure où cela correspond à une prestation effective du locataire, indépendante du montant du loyer lui-même.

C.A.

**5**

**Sous-location. Illicéité de la sous-location en raison d'un sous-loyer abusif. Régime applicable à la restitution des profits de la sous-location. Art. 423 al. 1 CO (gestion d'affaires sans mandat imparfaite de mauvaise foi) applicable au locataire principal de mauvaise foi.**

Tribunal fédéral

07.07.2016

A. c. X.

4A\_211/2016

Art. 262 al. 2 lit. b, 423 al. 1 CO

1. Le bail litigieux a été conclu en 1997 et le loyer a été fixé à CHF 586.–, plus CHF 200.– de frais accessoires mensuels. La locataire a – sans se référer à la bailleresse – conclu un contrat de sous-location avec un tiers pour un loyer mensuel de CHF 1 060.–, plus CHF 140.– de frais mensuels. La locataire a officiellement déménagé en 2011. Lorsque la bailleresse a eu connaissance de la sous-location et a demandé à la locataire d'y mettre fin, celle-ci a nié la sous-location, prétextant cohabiter avec un membre de sa famille. Suite à la résiliation du bail par la bailleresse, les locaux ont été restitués au 1<sup>er</sup> juillet 2013.
2. En 2013, la bailleresse a ouvert action contre la locataire pour récupérer la somme correspondant au bénéfice perçu par la locataire en raison de la sous-location, intérêts en sus. Aussi bien le juge de première instance que le tribunal cantonal ont admis la demande et condamné la locataire à payer à la bailleresse la somme de CHF 27 493.– pour les gains illicitement perçus, ainsi que la somme de CHF 434.85 à titre de solde de loyer.
3. La locataire recourt au Tribunal fédéral. D'une part, elle soutient que le loyer de la sous-location était conforme au marché et que la sous-locataire ne s'en

était jamais plainte. D'autre part, elle considère que la bailleuse ne peut prétendre à la différence entre le loyer initial et le sous-loyer. Le TF rejette le recours introduit par la locataire.

4. Le TF rappelle d'abord que la sous-location est illicite lorsque les conditions de celle-ci sont abusives en comparaison avec les conditions du contrat de bail principal (art. 262 al. 2 lit. b CO). Tel est en particulier le cas lorsque le sous-loyer est nettement supérieur au loyer principal, sans que cela ne soit justifié par des investissements ou des prestations supplémentaires de la part du locataire principal (ATF 119 II 353 c. 6). Il ne doit pas être tenu compte des loyers usuels du quartier et du fait que la sous-locataire ne se soit pas plainte. En l'espèce, un sous-loyer de 81 % supérieur au loyer principal était clairement abusif.
5. Le TF confirme ensuite sa jurisprudence selon laquelle la sous-location illicite constitue une ingérence du locataire dans les affaires patrimoniales du bailleur, de sorte que ce dernier est en droit d'exiger la restitution du profit ainsi réalisé. Lorsque le locataire est de mauvaise foi, le bailleur peut agir en restitution sur la base de l'art. 423 al. 1 CO. En l'absence de mauvaise foi, les règles sur l'enrichissement illégitime sont applicables (ATF 129 III 422 c. 4 et TF, 18.04.2011, 4A\_456/2010 c. 4). Le locataire ne peut se prévaloir d'une méconnaissance de loi en matière de sous-location (ATF 132 III 242 c. 4.2 e contrario).
6. En l'espèce, la mauvaise foi de la locataire n'est pas contestée par cette dernière et ressort de son attitude lors de la découverte de la sous-location par la bailleuse et du fait que le contrat de bail interdisait expressément la sous-location.

## Note

7. L'arrêt commenté n'apporte pas de nouveauté particulière s'agissant d'une sous-location abusive, il se réfère largement à l'ATF 119 II 353 et permet de revenir sur certains principes développés dans cet arrêt de référence :
  - La formulation de l'art. 262 al. 2 lit. b CO, selon lequel une sous-location est illicite lorsque ses conditions, comparées à celles du bail principal, sont abusives, fait essentiellement référence au montant du sous-loyer dû par le sous-locataire. Le caractère abusif nécessite un écart important entre le loyer payé par le locataire et celui exigé du sous-locataire, sans pour autant que celui-ci soit usuraire au sens de l'art. 157 CP (ATF 119 II 353 c. 6d et 6f).
  - Vu que le caractère abusif de la sous-location est déterminé par la comparaison du sous-loyer avec le loyer principal, il en découle que les critères permettant de qualifier un loyer d'abusif ou non au sens des art. 269 ss CO ne s'appliquent pas (ATF 119 II 353 c. 5a).
  - Le locataire peut prétendre à une « rémunération » lorsqu'il fournit des prestations supplémentaires au sous-locataire, telles que la mise à disposition du mobilier (ATF 119 II 353 c. 5c). Rentrent également en ligne de compte d'éventuelles charges spécifiques à la sous-location, telles que le nettoyage. Il convient toutefois de ne pas étendre cette liste à l'infini (p.ex. en tenant compte de l'emplacement des pièces lors d'une sous-location partielle) : le juge dispose d'une marge d'appréciation dans l'application de l'art. 262 al. 2 lit. b CO et aucun montant ne peut être fixé avec une rigueur mathématique absolue.
  - Finalement, le Tribunal fédéral a considéré qu'un écart de 30-40 % entre les conditions de location et de sous-location est manifestement abusif (ATF 119 II 353 c. 6f).
8. En excluant toute prise en compte des loyers usuels ainsi que du fait que le sous-locataire ne se soit pas plaint du sous-loyer, la décision commentée confirme que le caractère abusif de la sous-location s'apprécie uniquement par une comparaison avec le loyer principal.
9. Finalement, l'arrêt commenté rappelle que le bailleur est en droit d'exiger la restitution du profit réalisé par le locataire grâce à la sous-location abusive, en distinguant le cas où le locataire est de mauvaise foi de celui où il est de bonne foi :
  - Le locataire principal est de mauvaise foi s'il sait ou aurait dû savoir qu'il sous-loue la chose en violation de ses obligations contractuelles et qu'il en retire un profit illégitime. Dans ce cas, la sous-location non autorisée par le bailleur constitue une gestion d'affaires sans mandat imparfaite de mauvaise foi au sens de l'art. 423 al. 1 CO. Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de préciser ce point de vue déjà dans l'ATF 126 III 69 c. 2a. Dans cette hypothèse, le bailleur peut obtenir la restitution des profits sur la base de l'art. 423 CO, ce qui l'autorise à réclamer la totalité du profit net réalisé par le gérant. La prétention du bailleur en restitution des profits suppose que des profits aient été effectivement réalisés par le locataire principal et qu'il existe un lien de causalité entre ceux-ci et l'ingérence du locataire principal dans les affaires du bailleur ; seuls les profits effectivement obtenus sont dus (TF, 19.04.2011, 4A\_456/2010 c. 4).
  - Si le locataire principal est de bonne foi, le bailleur ne peut se fonder que sur les art. 62 ss CO, qui ne nécessitent aucune faute mais qui ne lui permettent d'obtenir que la valeur (objective) de l'enrichissement, à l'exclusion de la plus-value découlant des éventuels efforts du locataire principal (Tercier/Bieri/Carron, *Les contrats spéciaux*, 5<sup>ème</sup> éd., Zurich 2016, n. 5292 et réf. contenues).

- Qu'on se trouve en présence d'un locataire de bonne ou mauvaise foi, un transfert de patrimoine entre le bailleur et le locataire n'est pas nécessaire. Il est suffisant que le locataire se soit enrichi aux dépens du bailleur (*ATF 129 III 442 c. 4*).
10. Le raisonnement du TF doit être approuvé s'agissant du critère déterminant permettant de retenir une sous-location abusive. L'art. 262 al. 2 lit. b CO protège principalement les intérêts du bailleur et il se justifie donc de comparer loyer principal et sous-loyer (*TF, 19.11.2014, 4A\_518/2014 c. 3*). Le sous-locataire, quant à lui, peut se prévaloir des dispositions sur la protection contre les loyers abusifs (art. 269 ss CO) vis-à-vis du sous-bailleur.
11. Le régime de la restitution du profit réalisé par le locataire en raison de la sous-location abusive est également justifié. On se contentera de souligner que, dans l'hypothèse où un sous-loyer serait abusif tant au sens de l'art. 262 al. 2 lit. b CO que de celui des art. 269 ss CO et que le sous-locataire ne s'en plaindrait pas, le bailleur se verrait alors restituer le profit du locataire principal, de telle sorte que le loyer global perçu par celui-ci deviendrait abusif au sens des art. 269 ss CO. Bien que cette conséquence ne soit pas idéale, elle s'explique par la passivité du sous-locataire, qui n'a pas invoqué les règles sur la protection contre les loyers abusifs.

**B.C.**

## 6

### Restitution anticipée. Solvabilité du locataire de remplacement et durée résiduelle du bail.

Tribunal fédéral

20.09.2016

B1., B2. et B3. SA c. L1. et L2.

4A\_332/2016; Newsletter décembre 2016

Art. 264 CO; 2 CC

1. Les bailleuses B1, B2 et B3 SA louent au couple L1 et L2 un appartement de 6,5 pièces à Genève depuis 2009, pour un loyer mensuel de CHF 6 000.– plus CHF 250.– de charges. Le bail devait arriver à échéance le 31 décembre 2012. En février 2012, les locataires ont demandé aux bailleuses le renouvellement du contrat pour quatre ans à son échéance ou, à défaut, la possibilité de résilier de manière facilitée. La régie représentant les bailleuses a répondu qu'un nouveau bail ne pourrait pas être conclu et qu'une résiliation anticipée serait acceptée uniquement si un candidat de remplacement solvable disposé à signer un bail aux mêmes conditions était proposé, avec les documents permettant de vérifier ladite solvabilité.
2. Le 13 juillet 2012, les locataires ont « résilié » le bail pour le 14 août suivant et proposé deux locataires de remplacement: L3 et sa femme d'une part, L4 et L5 d'autre part. L3 est un diplomate de nationalité israélienne qui avait pris ses fonctions à la Mission permanente d'Israël en juillet 2012 et qui disposait d'un revenu mensuel brut de CHF 20 000.–. Une attestation de la Mission permanente d'Israël à Genève confirmait ceci. L4 et L5 étaient de nationalité respectivement américaine et canadienne et effectuaient des démarches pour obtenir un permis B. L4 devait débiter une activité de trader à Genève dès le 1<sup>er</sup> août 2012 pour un revenu annuel brut de CHF 225 000.–. Son employeur le décrivait comme une personne sérieuse et de confiance. L'agence de location mandatée par ces deux candidats avait écrit à la régie des bailleuses en juillet que ses clients étaient très intéressés par l'objet litigieux et souhaitaient faire une demande de location ferme à certaines conditions énumérées dans le courrier, notamment la conclusion d'un bail de cinq ans renouvelable débutant au 15 août 2012.
3. Le 16 juillet 2012, les bailleuses ont informé les locataires que les dossiers de candidature ne satisfaisaient pas les exigences légales et n'étaient donc pas acceptables. Elles reprochaient aux deux dossiers l'absence d'attestation de non-poursuite et de déclaration écrite selon laquelle le bail serait repris jusqu'au 31 décembre 2012. Les locataires ont répondu que L4 et L5 ne pouvaient pas transmettre une attestation de non-poursuite car ils étaient encore il y a peu domiciliés à l'étranger. Pour L3, il ne pouvait pas fournir une telle attestation parce qu'il bénéficiait d'une immunité de poursuite en raison de son statut de diplomate. Les locataires relevaient que les revenus des candidats étaient supérieurs à leurs propres revenus. Enfin, ils voyaient dans l'exigence d'une déclaration écrite de reprise jusqu'au 31 décembre un non-sens car il était évident que les locataires proposés voulaient rester à Genève pour une durée indéterminée. Les locataires ont quitté les locaux le 14 août 2012 en restituant les clés aux bailleuses; ils ont payé le loyer jusqu'au 15 août 2012. Les bailleuses ont quant à elles précisé que la remise des clés ne libérait pas les locataires de leurs obligations.
4. Bailleuses et locataires ont saisi la justice, les premières pour obtenir le paiement des arriérés de loyer pour les mois d'août à décembre 2012, les seconds pour faire constater leur libération des obligations découlant du bail avec effet au 15 août 2012 et obtenir la libération des sûretés en leur faveur. En procédure, les bailleuses ont indiqué que l'appartement avait été re-loué depuis le 1<sup>er</sup> mars 2013 jusqu'au 28 février 2015 pour un loyer mensuel de CHF 5 450.– plus charges. L'appartement avait été offert à la location dès la fin juillet 2012. Un employé de la régie a été entendu

comme témoin. D'après lui, les candidats proposés par les locataires avaient été interpellés par la régie pour savoir s'ils étaient prêts à reprendre le bail jusqu'à l'échéance du 31 décembre 2012, ce à quoi ils avaient répondu non. Or la pratique des bailleuses était de conclure des baux à termes fixes, avec la possibilité de négocier à l'échéance un nouveau bail. Deux employés de l'agence de relocation des époux L4 et L5 ont également été entendus. Ils ont indiqué que leurs clients n'auraient pas accepté de reprendre le bail pour quatre mois et demi seulement (mi-août à fin décembre). Selon l'un d'eux, l'usage, en cas de durée résiduelle courte, était de reprendre le bail pour la durée restante avec un engagement de renouveler le contrat par la suite, soit au même loyer, soit à un loyer différent. Le Tribunal des baux et loyers a constaté la libération des locataires au 15 août 2012 et a débouté les bailleuses de leurs conclusions. La Chambre des baux et loyers de la Cour de justice a confirmé le jugement de première instance. Saisi par les bailleuses, le Tribunal fédéral rejette le recours.

5. L'art. 264 CO permet au locataire de restituer la chose louée de manière anticipée s'il présente un locataire de remplacement qui soit solvable, prêt à reprendre le bail aux mêmes conditions et que le bailleur ne puisse raisonnablement refuser. Savoir si le bailleur peut raisonnablement refuser une candidature donnée est une question à résoudre de cas en cas, en fonction des circonstances. En principe, un locataire de remplacement est acceptable s'il n'y a pas de justes motifs de rejeter sa candidature. De vagues appréhensions, une antipathie ou une attitude négative par principe envers une certaine catégorie de personnes ne constituent pas une raison suffisante; l'est en revanche une inimitié entre le bailleur et le candidat, une rivalité commerciale, le risque de désagréments pour les autres locataires ou des doutes fondés quant à la solvabilité de l'intéressé (ATF 119 II 36 c. 3d; TF, 22.05.2001, 4C.15/2001 c. 3a).
6. L'idée que sous-tend l'art. 264 CO est que le bailleur se retrouve dans la situation qui serait la sienne si le bail s'était poursuivi avec le même locataire (TF, 06.01.2010, 4A\_504/2009 c. 2.4, SJ 2010 I 491; cf. ATF 117 II 156 c. 3b). Le Tribunal fédéral a par exemple considéré que le bailleur pouvait refuser un candidat qui n'était disposé à payer qu'un loyer sensiblement plus bas que le loyer actuel mais a laissé indécise la question de savoir si une réduction minime pouvait justifier un refus (ATF 117 II 156 c. 3b; cf. aussi ATF 119 II 36 c. 3d). Il a également précisé que le candidat devait accepter les modalités du bail en lien avec la durée du contrat, notamment en cas de durée résiduelle courte (TF, 06.01.2010, 4A\_504/2009 c. 2.4 et les réf.). Ainsi, le candidat doit accepter une durée résiduelle de cinq mois au terme de laquelle l'immeuble doit être vendu (Chaix, L'article 264 CO: à la recherche du locataire de remplacement, SJ 1999 II 49, p. 67 n. 115).
7. Autre condition, celle de la solvabilité. Le Tribunal fédéral n'accorde pas une importance démesurée à la proportion entre le loyer et les revenus du locataire de remplacement et ne fixe pas de limite rigide au-delà de laquelle le bailleur ne saurait être tenu d'accepter le candidat. Il faut bien plutôt prendre en compte les circonstances du cas d'espèce et garder à l'esprit que le bailleur ne doit en tout cas pas se laisser imposer un locataire de remplacement dont la solvabilité n'est en rien comparable à celle du locataire actuel (ATF 119 II 36 c. 3d). Il appartient au locataire de présenter au bailleur un candidat qui réponde aux exigences légales et lui fournir tous les renseignements utiles. Le bailleur doit disposer d'un délai de réflexion suffisant. Si le locataire faillit à son devoir, le bailleur pourra être amené à le sommer d'agir et, si cette sommation reste vaine, se mettre lui-même à la recherche d'un nouveau locataire. Cela résulte du devoir du bailleur de réduire son dommage (art. 264 al. 3 lit. b CO). Il ne faut toutefois pas inverser les rôles: il revient au locataire de faire en sorte que le bailleur subisse le moins possible les conséquences d'une restitution anticipée. Il incombe par conséquent au locataire sortant de fournir les informations nécessaires pour apprécier la solvabilité des candidats. La doctrine mentionne comme exemple des fiches de salaire et un extrait du registre des poursuites (Bise/Planas, in: Bohnet/Carron/Montini [éd.], *Commentaire pratique, Droit du bail à loyer et à ferme*, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2017, art. 264 CO N38; Chaix, *op. cit.*, p. 68 s.). D'après notre haute cour, il ne faut cependant pas fixer un cadre rigide quant aux documents exigibles mais se concentrer sur le cas d'espèce pour déterminer si le bailleur est légitimé à refuser le candidat en raison de doutes fondés sur sa solvabilité (ATF 119 II 36 c. 3d; TF, 22.05.2001, 4C.15/2001, c. 3a). La production d'un extrait du registre des poursuites ne constitue pas une exigence formelle imposée en toutes circonstances.
8. Enfin, le Tribunal fédéral rappelle que le bailleur doit examiner les dossiers dans le respect des principes de la bonne foi et de l'interdiction de l'abus de droit (art. 2 al. 2 CC). Les cas typiques d'abus de droit sont l'absence d'intérêt à l'exercice d'un droit, l'utilisation d'une institution juridique de façon contraire à son but, la disproportion manifeste des intérêts en présence, l'exercice d'un droit sans ménagement ou encore l'attitude contradictoire (ATF 135 III 162 c. 3.3.1; 129 III 493 c. 5.1). Ainsi, le Tribunal cantonal tessinois a retenu un abus de droit du bailleur qui avait d'abord refusé un candidat qui proposait de reprendre le bail à un loyer moins élevé en raison d'une modification de l'usage puis qui avait finalement conclu avec un tiers un contrat aux mêmes conditions que celles proposées par ledit candidat (TC TI, 31.03.2004, MP 2006 p. 200).
9. En l'espèce, les bailleuses soutiennent qu'elles ne pouvaient pas accepter le candidat L3 en raison de son immunité diplomatique qui empêchait de l'assigner en

justice ou d'engager des poursuites contre lui. Le Tribunal fédéral relève d'abord qu'au moment du dépôt de sa candidature en juillet, les bailleresse n'avaient émis aucune critique à ce propos et avaient seulement relevé l'absence d'attestation de non-poursuite et d'engagement à reprendre le bail jusqu'au 31 décembre. Partant, un tel motif, invoqué a posteriori, n'avait pas pu justifier objectivement un refus. En outre, la crainte relative à la solvabilité de L3 était purement hypothétique dans la mesure où aucun élément ne permettait de douter de celle-ci. Enfin, l'argument avancé par les bailleresse était dans tous les cas vain dès lors que la protection découlant de la Convention de Vienne et du droit fédéral applicable en matière de privilèges et immunités diplomatiques n'est pas moindre que celle du droit suisse des poursuites et faillites. Le seul fait que les démarches soient plus compliquées ne justifie pas de retenir une aggravation de la situation du bailleur lui permettant d'écarter le candidat.

10. Autre argument soulevé, celui du manque de renseignements pour apprécier la solvabilité des candidats, du fait de l'absence d'extraits du registre des poursuites. D'après les informations remises par les locataires, tant L3 que L4 disposaient de revenus suffisants pour s'acquitter du loyer demandé. Ils étaient en revanche objectivement dans l'impossibilité de produire une attestation de l'office des poursuites, l'un en raison de son statut de diplomate et l'autre de son domicile à l'étranger. Partant, les bailleresse ne pouvaient écarter les candidatures pour ce seul motif.
11. Dernier argument avancé, l'absence d'engagement des candidats à reprendre le bail pour la seule durée résiduelle de quatre mois et demi. Cet argument, apprécié à l'aune du respect des principes de la bonne foi et de l'interdiction de l'abus de droit, est rejeté par le TF. En effet, les bailleresse avaient refusé les candidats en juillet 2012 en indiquant que la durée du bail était absolument limitée à la fin de l'année. Or elles ont publié simultanément une offre de relocation dès le mois d'août 2012 sans préciser de limite de durée. Elles ont ensuite reloué l'objet litigieux dès le 1<sup>er</sup> mars 2013 jusqu'au 28 février 2015. Elles n'ont fait valoir aucun intérêt particulier de mettre un terme effectif au 31 décembre, par exemple pour exécuter des travaux incompatibles avec la présence de locataires ou pour reprendre l'usage des lieux pour elles-mêmes ou leurs proches. Par conséquent, les bailleresse avaient dès l'été 2012 l'intention de poursuivre la location du logement en cause au-delà du 31 décembre. En invoquant l'art. 264 CO dans un but uniquement formaliste, sans motifs valables ni utilité matérielle effective et en adoptant par la suite un comportement contradictoire, les bailleresse ont violé l'art. 2 CC. Les locataires ont donc à bon droit été libérés de leurs obligations contractuelles par les autorités cantonales précédentes.

■ Note

12. Les arrêts fédéraux qui portent sur l'art. 264 CO ne sont pas nombreux. L'arrêt ici commenté permet de rappeler les conditions d'une restitution anticipée. Les questions de la solvabilité suffisante et de la durée résiduelle du bail y sont en particulier développées et font l'objet de notre commentaire.
13. Dans un arrêt rendu en 1993, le Tribunal fédéral a posé le principe selon lequel la solvabilité suffisante du locataire de remplacement devait être appréciée en fonction des circonstances d'espèce, la seule proportion entre les revenus de celui-ci et le loyer n'étant pas déterminante (*ATF 119 II 36 c. 3d*). En l'occurrence, les candidats proposés disposaient d'un revenu brut total supérieur à CHF 4 000.– et le loyer litigieux, avec les charges, s'élevait à CHF 1 350.–; leur solvabilité a été considérée comme suffisante. Et notre haute cour d'ajouter que « de nos jours, la situation économique sur le marché du logement est telle que de nombreuses personnes, notamment les jeunes couples, de toute origine sociale, doivent consacrer le tiers ou plus de leurs revenus au paiement du loyer et des charges, sans que l'on puisse douter pour autant de leur solvabilité ». Plus de vingt plus tard, le même constat demeure. En réalité, l'exigence de solvabilité suffisante ne s'examine pas à l'aune d'un calcul de proportion entre revenus du candidat et montant du loyer, mais par comparaison avec la solvabilité du locataire en place (*Bise/Planas, op. cit., art. 264 CO N 46*). En effet, « le bailleur ne doit pas se laisser imposer un locataire de remplacement dont la solvabilité ne serait en rien comparable à celle du locataire actuel » (*ATF 119 II 36 c. 3d*). Est-ce à dire qu'un bailleur peut refuser un candidat dont les revenus sont inférieurs au locataire en place mais permettent néanmoins d'assurer le paiement du loyer? Certainement pas (*Mietgericht ZH, 17.02.1994, MRA 1/1996 p. 21, cité par Terrapon, La restitution des locaux loués et l'offre d'un locataire de remplacement, in: 12<sup>e</sup> Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2002, p. 13 n. 51; Bise/Planas, op. cit., art. 264 CO N 45*), aussi longtemps que les situations financières ne sont pas « en rien » comparables. Il ne faut pas tenir compte de proportions fixes entre revenus et loyer mais s'attacher à la situation concrète et procéder à une comparaison raisonnable des situations financières entre locataire en place et locataire de remplacement.
14. Comment faut-il régler la situation du locataire dont les revenus ont diminué depuis la conclusion du bail, ou au contraire augmenté? La comparaison devrait en principe s'effectuer par rapport à la situation financière actuelle. Certes, ce n'est pas sur cette base que le bailleur avait accepté de se lier au locataire. Il n'en demeure pas moins que ce sont les circonstances effectives au moment de la restitution qui permettent de déterminer si le bailleur se retrouve dans la même situation après le

changement de locataire (*comp. l'arrêt ici commenté, c. 3.2.2: « L'idée sous-jacente à l'art. 264 al. 1 CO est que le bailleur doit se trouver dans la situation qui serait la sienne si le bail s'était poursuivi avec le même preneur. »*). Il faut réserver les cas exceptionnels où les revenus du locataire en place ont drastiquement diminué ou augmenté, soit des situations que le bailleur ne pouvait pas envisager lors de la conclusion du bail et qui entraînent un certain déséquilibre entre les revenus et le montant du loyer.

15. Autre point discuté dans cet arrêt, celui des documents à fournir pour attester d'une solvabilité suffisante. Le Tribunal fédéral considère qu'il ne faut pas fixer un cadre rigide quant aux documents exigibles. En particulier, un extrait du registre des poursuites ne constitue pas une exigence formelle imposée en toutes circonstances. Dans le cas d'espèce, les locataires de remplacement n'étaient pas en mesure de produire une telle attestation du fait pour l'un de son statut de diplomate et pour les autres de leur résidence à l'étranger. Il va de soi qu'en pareilles circonstances, le bailleur ne saurait refuser les candidats pour ce motif. En revanche, lorsque la pratique du bailleur est d'exiger, pour toute nouvelle location, la production d'un tel document et que le candidat ne se trouve pas dans une impossibilité objective de le fournir, un refus du bailleur pourrait être admis. A défaut, on placerait le locataire de remplacement dans une situation plus favorable que celle du locataire initial et des autres locataires potentiels futurs, ce qui va à l'encontre de l'esprit de l'art. 264 CO.
16. Enfin, le Tribunal fédéral rappelle que le locataire de remplacement doit être prêt à reprendre le bail jusqu'à l'échéance de la durée de celui-ci, aussi courte soit-elle. Il tempère néanmoins le principe en admettant, selon les circonstances, un abus de droit du bailleur à refuser un candidat pour ce motif, en particulier lorsque le bailleur n'a aucun intérêt à mettre un terme effectif au rapport de bail à la date prévue. Cela revient à dire que le bailleur qui tirerait argument de la non-réalisation de cette condition – soit que le candidat n'est pas prêt à ne reprendre le bail que jusqu'à l'échéance de celui-ci – doit démontrer qu'il dispose d'un motif pour ne pas poursuivre la relation contractuelle au-delà de l'échéance initiale. La simple réalisation de travaux d'entretien tels que peintures ne devrait pas suffire, tant que la présence du locataire reste possible.

**P.D.-M.**

## 7

### Résiliation. Représentation. Interprétation de la désignation de la personne du bailleur figurant sur la formule officielle de congé.

Tribunal fédéral

24.10.2016

A.X. et B.X. c. Z.

4A\_196/2016

Art. 32, 266I CO

1. En 1999, B.X. a remis à Z. un appartement de deux pièces. Le contrat de bail et l'avis de fixation du loyer initial indiquent que la bailleuse est représentée par sa régie. D'après le registre foncier, l'appartement appartient en copropriété à B.X. et à A.X. par moitié.
2. Le 18 juin 2013, A.X., agissant par cette même régie, a résilié le bail. Seul le nom de A.X. figure sous la rubrique « bailleur » de l'avis de résiliation. Le nom de B.X. n'apparaît ni dans l'avis ni dans la lettre d'accompagnement de la régie. Le 17 juillet, la locataire a, par l'intermédiaire de l'Asloca, demandé à connaître le motif du congé, a invoqué la nullité des avis de hausse de loyer de 2007, 2008, 2010 et 2011, et a réclamé le remboursement du trop-perçu qui en résultait et une baisse de loyer dès le 1<sup>er</sup> janvier suivant. Le même jour, elle a contesté le congé par requête de conciliation dirigée contre A.X. seulement.
3. En première instance, le Tribunal des baux et loyers a déclaré le congé valable et octroyé une unique prolongation de bail de trois ans. En appel, la Chambre des baux et loyers de la Cour de justice a annulé le jugement et constaté la nullité de la résiliation. A.X. et B.X. recourent au Tribunal fédéral en concluant à ce que la décision cantonale soit réformée dans le sens jugé par le Tribunal des baux. Le recours est rejeté et la nullité du congé confirmée.
4. Sur la qualité pour recourir, le Tribunal fédéral relève que si B.X. est la bailleuse, A.X., qui se prétend représentant de son épouse, est copropriétaire. Or comme le congé émane de A.X. en tant que bailleur et comme l'action a été ouverte contre lui, celui-ci a qualité pour recourir. S'agissant de B.X., elle a également cette qualité dès lors que, en tant que bailleuse, elle est intéressée à l'issue de la procédure.
5. Sur le fond, notre haute cour rappelle que lorsque le bail lie une pluralité de parties, en l'occurrence de bailleurs, ceux-ci doivent résilier en commun, car le rapport juridique créé par le bail ne peut être annulé

qu'une seule fois et pour tous les cocontractants (TF, 02.06.2004, 4C.17/2004 c. 5.3.1). Le bailleur peut confier à un représentant le soin de résilier. Le congé qui n'a pas été communiqué par un représentant autorisé est nul. La question de savoir si une telle résiliation peut être guérie par une ratification ultérieure est controversée (TF, 02.06.2004, 4C.17/2004 c. 5.3.1).

6. D'après l'art. 266l al. 2 CO, le bailleur doit notifier le congé au moyen d'une formule officielle agréée par le canton. Il s'agit d'une forme écrite qualifiée qui porte non seulement sur le mode mais aussi sur le contenu de la communication. Le droit du bail étant empreint de formalisme, il faut se montrer strict en matière de respect des prescriptions de forme et ne pas admettre en principe d'exceptions aux règles édictées dans l'intérêt du locataire (ATF 121 III 6 c. 3a). La résiliation est un acte formateur dont la détermination du sens et de la portée s'effectue selon les principes généraux en matière d'interprétation des manifestations de volonté. Si les parties ne sont pas d'accord sur le sens à donner à l'avis formel de résiliation, il y a lieu de l'interpréter selon le principe de la confiance (comp., sur l'interprétation d'un avis de hausse de loyer, ATF 121 III 6 c. 3c).

7. En l'espèce, l'avis de résiliation indique, sous la rubrique « bailleur », le nom de A.X. et, sous la rubrique « représenté par » le nom de la régie. B.X. ne figure nulle part. Il n'est donc pas possible d'en déduire que la bailleuse B.X. aurait valablement résilié le bail en se faisant représenter par son époux. Le fait qu'un bailleur puisse se faire représenter par un tiers ne signifie pas que le congé puisse être communiqué par ce tiers en son seul nom. La locataire ne pouvait pas, de bonne foi, déduire de l'avis que la résiliation lui était valablement communiquée par la bailleuse B.X., même si elle avait bien compris que la résiliation de son bail lui était signifiée. En outre, comme le congé n'a pas été notifié au nom de la bailleuse par un représentant sans pouvoirs, la question de la ratification ne se pose pas. Le Tribunal fédéral confirme donc la décision cantonale selon laquelle le bail a été résilié par un non-bailleur et, partant, que cette résiliation est nulle.

■ **Note**

8. La désignation de la personne du bailleur qui figure sur la formule officielle de congé doit être interprétée strictement; toute extrapolation doit être évitée. Voilà l'enseignement de cet arrêt (voir TF, 07.12.2016, 4A\_622/2016 c. 3.1, qui reprend ce principe). La solution retenue en l'espèce nous paraît toutefois sévère. En effet, la représentation suppose la réunion de deux conditions (art. 32 al. 1 CO): la manifestation de la volonté d'agir au nom d'autrui et l'existence de pouvoirs en ce sens (Chappuis, in: *Commentaire romand, Code des obligations I*, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2012, art. 32 CO N 10 ss).

Cette première condition aurait fait défaut en l'espèce. Or la volonté de représenter peut être exprimée de façon tacite (art. 32 al. 2 CO), si le destinataire doit inférer des circonstances qu'un tel rapport existe (TF, 13.07.2009, 4A\_189/2009 c. 3.1-3.2; TF, 02.06.2004, 4C.17/2004 c. 5.3.1-5.3.2). Tel peut être le cas en raison de la nature des liens qui unissent le représentant au représenté – lien marital notamment – et du comportement passif du représenté durant les relations contractuelles (TF, 02.06.2004, 4C.17/2004 c. 5.3.2.3). Or dans la présente affaire, l'époux de la bailleuse avait signé seul plusieurs avis de majoration de loyer durant les rapports de bail. Il avait par ailleurs eu, avant la résiliation, des contacts directs avec la locataire au sujet de la fin prochaine du contrat. Dans ces circonstances, la locataire aurait pu inférer des circonstances que l'époux avait la volonté de donner congé au nom de la bailleuse. Autre est la question de savoir s'il avait les pouvoirs en ce sens; l'état de fait de l'arrêt ne permet pas d'y répondre.

P.D.-M.

8

**Résiliation de bail. Formule officielle scannée de taille et de qualité réduites. Validité du congé. Appréciation des motifs du congé au moment où celui-ci est donné. Prolongation de bail.**

Tribunal fédéral

07.06.2016

X. c. Z. SA

4A\_67/2016

Art. 266l al. 2, 271, 271a, 272 CO

1. En avril 2004, X. a conclu avec le précédent titulaire du droit de superficie sur la parcelle P. un contrat de bail à loyer commercial portant sur des locaux destinés à l'usage d'un atelier mécanique de réparation de voitures et à l'achat/vente de véhicules neufs et d'occasion, ainsi que sur un parking. X. y exploite un garage automobile. En 2012, Z. SA a acquis le droit de superficie de son précédent titulaire. À noter que par courrier de fin août 2012, X. a revendiqué un certain nombre de prétentions à l'égard du nouveau titulaire du droit de superficie, Z. SA. En particulier, il a signalé que le chauffage devait être remplacé et le compresseur d'air isolé. Il précisait également attendre une détermination quant aux travaux à plus-value effectués par ses soins et sollicitait la prise en charge du dommage causé à ses véhicules qui avaient été souillés lors des travaux entrepris sur la parcelle du Centre T. ce qui avait nécessité leur lavage et leur polissage.

2. Par courrier de début octobre 2012, Z. SA a répondu qu'un spécialiste serait dépêché sur place pour régler la question du chauffage et a accepté d'assumer la moitié du coût de l'isolation du compresseur d'air, dont elle est copropriétaire avec le locataire. Elle a pris acte de ce que le locataire avait réalisé des travaux et a déclaré vouloir examiner cette question lors de la restitution des locaux. Par contre, s'agissant des nuisances causées par le chantier voisin, elle a refusé d'entrer en matière. Le même jour, Z. SA a notifié au locataire la résiliation du bail pour le 31 mars 2014, sur un exemplaire scanné et légèrement réduit de la formule officielle cantonale, rempli et signé à la main, en invoquant qu'elle devait récupérer la totalité des surfaces pour l'exploitation de son propre Centre T. situé sur la parcelle voisine. Le locataire X. a contesté cette résiliation, en invoquant principalement sa nullité, subsidiairement son annulabilité et plus subsidiairement encore une prolongation de bail de six ans.
3. En substance, la cour cantonale a considéré tout d'abord que la notification du congé intervenue au moyen d'un exemplaire scanné de la formule officielle cantonale, lequel a été rempli à la main et signé, était valable et, partant, que la résiliation du bail n'était pas nulle. En outre, elle a jugé que le motif réel du congé était la nécessité de construire un nouveau bâtiment pour l'extension du Centre T.; il ne s'agissait pas d'un prétexte et il n'y avait pas lieu d'annuler le congé pour violation des règles de la bonne foi. Enfin, la cour cantonale a, sur la base d'une pesée des intérêts respectifs des parties, estimé appropriée une prolongation du bail de deux ans.
4. Aux termes de l'art. 266l al. 2 CO, le bailleur doit donner le congé en utilisant une formule qui a été agréée par le canton et qui indique au locataire la manière dont il doit procéder s'il entend contester le congé ou demander la prolongation du bail. La formule officielle exigée par cette disposition a pour but, comme cela résulte du texte de cette disposition, d'informer le locataire de son droit de contester le congé et/ou de demander la prolongation du bail. Son contenu est précisé par l'art. 9 al. 1 OBLF. En particulier, en vertu de la lettre d de cette disposition, qui reprend le texte même de l'art. 266l al. 2 CO, la formule doit indiquer les conditions légales dans lesquelles le locataire peut contester le congé et demander la prolongation du bail (art. 271 à 273 CO) (ATF 140 III 244 c. 4.1 et les arrêts cités). L'inobservation de cette condition entraîne la nullité du congé (art. 266o CO). Cette nullité peut être invoquée en tout temps, à n'importe quel stade de la procédure, et le juge doit la relever d'office, l'abus de droit étant réservé (art. 2 al. 2 CC) (ATF 140 III 244 c. 4.1 et les arrêts cités). Il a ainsi été jugé que si une ancienne formule agréée a été employée, il y a lieu de déterminer les conséquences de cette irrégularité en fonction du but visé par l'obligation d'user de la formule officielle en vigueur. En effet, sous peine de tomber dans le formalisme excessif, l'ancienne formule agréée ne doit entraîner la nullité du congé que si elle ne contient pas les mêmes informations que la formule actuelle, en tant qu'elles sont exigées par les art. 266l al. 2 CO et 9 al. 1 OBLF (ATF 140 III 244 c. 4.1 et les arrêts cités).
5. En l'espèce, le TF a retenu en substance que même si la reproduction scannée était de taille et qualité réduites, l'on ne pouvait en déduire, sous peine de formalisme excessif, qu'il y avait eu violation de l'art. 266l al. 2 CO: il a ainsi nié la nullité de la résiliation. Partant, le congé est valable, du point de vue formel.
6. Ensuite, pour dire si le congé contrevient ou non aux règles de la bonne foi (art. 271-271a CO), il faut se placer au moment où celui-ci a été notifié (ATF 140 III 496 c. 4.1; 138 III 59 c. 2.1; TF, 16.01.2012, 4A\_735/2011 c. 2.2 *in fine*). Des faits survenus ultérieurement ne sont pas susceptibles d'influer *a posteriori* sur cette qualification; tout au plus peuvent-ils fournir un éclairage sur les intentions des parties au moment de la résiliation (ATF 138 III 59 c. 2.1 *in fine*; TF, 14.02.2014, 4A\_430/2013 c. 2; TF, 02.02.2011, 4A\_623/2010 c. 2.4). Pour pouvoir dire si le congé est abusif ou non, il faut donc préalablement en déterminer le motif réel – au moment de la résiliation –, ce qui relève des constatations de fait (ATF 136 III 190 c. 2; 131 III 535 c. 4.3; 130 III 699 c. 4.1). A cet égard, le TF est en principe lié par les constatations de l'arrêt cantonal (art. 105 al. 1 LTF).
7. La cour cantonale a retenu que la nécessité d'agrandir le Centre T. en construisant un nouveau bâtiment sur la parcelle acquise n'était pas un prétexte et que le congé n'avait pas été donné en raison des prétentions que le locataire avait émises dans son courrier du 12 août 2012. Il ressort effectivement du dossier que le motif réel du congé est bien l'agrandissement du Centre T., situé sur la parcelle voisine, si bien que la résiliation n'est pas abusive et n'a donc nullement à être annulée.
8. La prolongation du bail a normalement pour but de donner au locataire du temps pour trouver une solution de remplacement (ATF 125 III 226 c. 4b) ou à tout le moins d'adoucir les conséquences pénibles résultant d'une extinction du contrat (ATF 116 II 446 c. 3b; TF, 10.07.2000, 4C.139/2000 c. 2a). La pesée des intérêts en présence imposée par l'art. 272 al. 2 *in initio* CO implique que l'on ait égard aux intérêts des deux co-contractants. Pour ce qui est du bailleur, il ne faut pas tenir compte uniquement de son besoin propre et urgent d'utiliser les locaux (art. 272 al. 2 lit. d CO), mais aussi de sa situation personnelle, familiale et financière (art. 272 al. 2 lit. c CO). Le besoin urgent du bailleur n'est en effet qu'une circonstance dont le juge doit tenir compte dans la balance des intérêts.

L'énumération de l'art. 272 al. 2 CO n'étant pas exhaustive, il est possible de prendre en considération tous les intérêts financiers du bailleur (*ATF 142 III 336 c. 5.3.1; TF, 10.07.2000, 4C.139/2000 c. 2b et les références à la doctrine*). En particulier, l'urgence du besoin du bailleur doit être prise en considération pour statuer tant sur le principe que sur la durée de la prolongation. Le besoin du bailleur ne prime celui du locataire que lorsque celui-là est autorisé, par décision administrative, à commencer les travaux, mais pas avant. Le juge ne saurait toutefois accorder une prolongation du bail jusqu'à une échéance indéterminée, qui serait liée à l'entrée en force exécutoire de l'autorisation de construire. Il ne peut pas non plus accorder sans autres une prolongation du bail de locaux commerciaux pour une durée de six ans (durée maximale; cf. art. 272b al. 1 CO). Lorsqu'il est difficile de prévoir le moment où le locataire devra évacuer les locaux, il s'impose de lui accorder une première prolongation d'une durée inférieure à six ans.

9. Lorsqu'il doit se prononcer sur une prolongation de bail, le juge apprécie librement, selon les règles du droit et de l'équité (art. 4 CC), s'il y a lieu de prolonger le bail et, dans l'affirmative, pour quelle durée. Il doit procéder à la pesée des intérêts en présence et tenir compte du but de la prolongation, consistant à donner du temps au locataire pour trouver des locaux de remplacement. Il lui incombe de prendre en considération tous les éléments du cas particulier, tels que la durée du bail, la situation personnelle et financière de chaque partie, leur comportement, de même que la situation sur le marché locatif local (*ATF 136 III 190 c. 6; 125 III 226 c. 4b*). Il peut tenir compte du délai qui s'est écoulé entre le moment de la résiliation et celui où elle devait prendre effet, ainsi que du fait que le locataire n'a pas entrepris de démarches sérieuses pour trouver une solution de remplacement (*ATF 125 III 226 c. 4c*). Le TF ne revoit qu'avec réserve la décision d'équité prise en dernière instance cantonale. Il n'intervient que lorsque celle-ci s'écarte sans raison des règles établies par la doctrine et la jurisprudence en matière de libre appréciation, ou lorsqu'elle s'appuie sur des faits qui, dans le cas particulier, ne devaient jouer aucun rôle, ou encore lorsqu'elle ignore des éléments qui auraient absolument dû être pris en considération; en outre, le TF redresse les décisions rendues en vertu d'un pouvoir d'appréciation lorsqu'elles aboutissent à un résultat manifestement injuste ou à une iniquité choquante (*ATF 142 III 336 c. 5.3.1; 135 III 121 c. 2; 125 III 226 c. 4b; voir aussi ATF 133 III 201 c. 5.4; 132 III 109 c. 2*). La cour cantonale a en l'espèce pesé les intérêts respectifs des parties et sa décision ne saurait être remise en question.

■ Note

10. Cet arrêt doit être approuvé. Il apparaît comme une utile jurisprudence s'agissant des exigences formelles du congé. Dans un arrêt à peine plus récent (*TF, 24.10.2016, 4A\_196/2016*), notre haute cour rappelait d'ailleurs qu'au terme de l'art. 266l al. 2 CO, le bailleur doit donner le congé en utilisant une formule qui a été agréée par le canton et qui indique au locataire la manière dont il doit procéder s'il entend contester le congé ou demander la prolongation du bail. Il s'agit d'une forme écrite qualifiée, qui porte non seulement sur le mode, mais aussi sur le contenu de la communication. Le droit du bail est un domaine juridique empreint de formalisme, dans lequel il convient de se montrer strict en matière de respect de prescriptions de forme et de ne pas admettre en principe d'exceptions aux règles édictées dans l'intérêt du locataire (*ATF 121 III 6 c. 3a*). Dans le cas d'espèce, le TF a ainsi fait preuve d'une certaine souplesse dans un domaine où le formalisme est en principe de rigueur. En effet, il a considéré que dans la présente cause, il ne fallait pas faire preuve de formalisme excessif et tenir pour valable une formule officielle scannée, cela quand bien même celle-ci était de qualité nécessairement inférieure et de taille quelque peu réduite. Notre haute cour a considéré que la photocopie en question n'était pas illisible et permettait de fournir au locataire toutes les indications destinées à lui permettre d'exercer son droit de contester le congé et/ou de demander la prolongation du bail.
11. Du point de vue de l'annulabilité du congé, l'arrêt présenté rappelle à bon escient qu'il convient de se placer au moment où la résiliation a été donnée; des faits intervenus ultérieurement ne doivent pas influencer *a posteriori* sur cette qualification, étant entendu que ces faits peuvent, tout au plus, fournir un éclairage sur les intentions de la partie auteure du congé, au moment de celui-ci. Enfin, l'arrêt ici commenté revient sur le caractère non exhaustif de l'énumération mentionnée à l'art. 272 al. 2 CO et sur le fait qu'au-delà du besoin urgent du bailleur qui peut être pris en considération, comme circonstance qui entre dans la balance des intérêts, il y a lieu de tenir compte de tous les intérêts financiers que peut avancer le bailleur (*TF, 31.03.2016, 4A\_447/2015 c. 5.3.1*).

M.M.

## 2. Protection contre les loyers abusifs

### 9

**Nullité de la clause d'échelonnement en cas de bail inférieur à trois ans. Preuve de la réception de la demande de baisse de loyer. Report de la baisse pour le prochain terme. Incidence sur le calcul de rendement.**

Tribunal fédéral

22.08.2016

X. SA c. H.Z. et F.Z.

4A\_415/2015

Art. 269c CO

1. Le 17 février 2010, les parties ont conclu un contrat de bail pour une durée initiale d'une année, soit du 1<sup>er</sup> mars 2010 au 28 février 2011, avec clause de renouvellement tacite d'année en année. Le loyer de l'appartement a été fixé à CHF 18 894.– par an, soit un loyer mensuel net de CHF 1 574.50. L'immeuble étant classé jusqu'au 31 décembre 2011 dans la catégorie des habitations à loyers modérés soumis à la loi genevoise sur le logement et la protection des locataires, les parties ont passé un avenant également le 17 février 2010. En substance, la teneur de l'avenant et de l'avis de majoration est la suivante : l'immeuble sort du régime HLM au 31 décembre 2011. D'entente entre les parties il est donc précisé ce qui suit : dès le 1<sup>er</sup> mars 2012, le loyer passe à CHF 2 100.– + les charges. Le loyer annuel est augmenté à CHF 25 200.– dès le 1<sup>er</sup> mars 2012. La motivation de l'avis de majoration est la suivante : « Fin du régime HLM. 269a CO, lettre a : Adaptation aux loyers usuels pratiqués dans le quartier, soit une hausse de CHF 525.50/mois ».
2. Les locataires n'ont pas contesté l'avis de majoration dans le délai de 30 jours imparti par l'art. 270 al. 1 CO. Cependant, par courrier du 29 novembre 2011, ils ont sollicité une baisse de loyer de CHF 474.50 par mois dès le 1<sup>er</sup> mars 2012 et requis un calcul de rendement. La bailleresse n'est pas entrée en matière.
3. En première instance, le Tribunal des baux a considéré que la convention prévoyant une augmentation de loyer prédéterminée devait être qualifiée de bail à loyers échelonnés au sens de l'art. 269c CO. Compte tenu toutefois d'une durée inférieure à trois ans, la clause d'échelonnement devait être considérée comme nulle. Le Tribunal des baux a par conséquent constaté la nullité de l'avis de majoration. Sur la base du calcul de rendement, il a

fixé le loyer annuel net à CHF 16 656.– à compter du 1<sup>er</sup> mars 2012 et a rejeté toutes autres conclusions. Ce jugement a été confirmé en appel s'agissant de la nullité de la clause d'échelonnement. La bailleresse a saisi le TF, qui a partiellement admis le recours.

4. S'agissant de la validité de la clause d'échelonnement, le TF rappelle qu'en application de l'art. 269c lit. a CO, il faut que le bail à loyers échelonnés ait une durée minimale de trois ans. En cas d'irrespect de cette exigence, le contrat est frappé de nullité partielle et le juge peut, le cas échéant, compléter le contrat en fixant sa durée minimale à trois ans si cela correspond à la volonté des parties. En présence d'un contrat prévoyant une durée initiale d'une année, le TF constate que la durée convenue était nettement inférieure aux trois ans exigés par la loi. C'est donc à juste titre que l'instance inférieure a constaté que la clause d'échelonnement était nulle. Sous réserve de l'abus de droit, le TF rappelle ensuite que la nullité de la clause d'échelonnement peut être constatée en tout temps. En l'espèce, rien ne permet de s'écarter de ce principe.
5. S'agissant de l'examen de la demande de baisse de loyer du 29 novembre 2011, le TF a considéré, contrairement à l'instance précédente, que les locataires n'avaient pas apporté la preuve de la date de la notification de la demande de loyer. En présence d'un cas de protection contre les loyers abusifs, la procédure simplifiée (art. 243 al. 2 lit. c CPC) s'applique. L'existence de la réception du courrier n'étant pas contestée, seule la date de la demande a fait l'objet d'une contestation de la recourante dans ses écritures. En ne produisant la preuve de la date de notification qu'au stade de l'appel, la pièce est irrecevable. Par conséquent, il n'est pas prouvé que la demande en réduction de loyer ait été reçue le 30 novembre 2011. En application de l'art. 266a al. 2 CO applicable par analogie, la demande ne peut avoir d'effet qu'à compter du prochain terme convenu par les parties, soit fin février 2013. La baisse de loyer devra donc prendre effet dès le 1<sup>er</sup> mars 2013. Compte tenu de ce report, le TF examine ensuite le calcul de rendement et admet très partiellement le recours de la bailleresse, compte tenu de la prise en considération d'un taux hypothécaire et d'une variation de l'IPC différents de ceux retenus par la cour cantonale.

■ **Note**

6. Comme l'a rappelé à juste titre le TF dans son arrêt, l'art. 269c CO prévoit qu'une convention d'échelonnement n'est valable qu'à trois conditions : le bail doit être conclu pour une durée minimale de trois ans (lit. a), le

loyer n'est pas augmenté plus d'une fois par an (lit. b) et le montant de l'augmentation est fixé en francs (lit. c). Une seule majoration prévue en cours de bail permet déjà de qualifier un bail de bail à loyer échelonné (ATF 124 III 57 c. 3b). Lorsque la durée minimale de trois ans n'est pas respectée, le bail est en principe frappé de nullité partielle, limitée à la clause d'échelonnement (Dietschy-Martinet, in: Bohnet/Carron/Montini [éd.], *Commentaire pratique, Droit du bail à loyer et à ferme*, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2017, art. 269c CO N 11). Avec le TF et la doctrine, il faut admettre que le juge peut, en application des art. 20 et 269c CO, compléter le contrat en fixant sa durée minimale à trois ans, pour autant que cela corresponde à la volonté hypothétique des parties. Il appartient alors au juge de déterminer si c'est la durée limitée du bail ou la volonté du bailleur d'adapter le loyer en cours de bail qui a été déterminante pour les parties. Il convient ici d'approuver la solution du TF, qui a considéré que la durée d'une année était nettement inférieure aux trois ans prévus par la loi et ne permettait pas de compléter le contrat, la clause d'échelonnement étant par conséquent nulle.

7. L'arrêt du TF tranche également la question de la tardiveté de la remise en cause de la clause d'échelonnement par les locataires. Le TF se rallie ici à la doctrine majoritaire, qui estime que la nullité de la clause peut être constatée en tout temps. Avec le TF, nous sommes d'avis que l'on peut définitivement écarter l'existence d'une incombance du locataire de contester l'avis de hausse notifié par formule officielle si celui-ci repose sur une clause contractuelle contrevenant aux exigences légales sur la durée du contrat. La seule réserve à mentionner ici est celle de l'abus de droit, que le TF considère comme un correctif suffisant au principe général qui veut que la nullité peut être constatée en tout temps.

J.B.

## 10

**Bail à loyer de durée indéterminée. Hausse de loyer acceptée par le locataire à l'occasion de la rénovation des locaux, mais non notifiée au moyen de la formule agréée. Loyer majoré payé par le locataire qui réclame restitution neuf ans plus tard en invoquant la nullité de la hausse. Modification conventionnelle ? Abus de droit du locataire ?**

Tribunal fédéral

03.03.2017

A. AG c. B.

4A\_637/2016

Art. 62 ss, 269d CO ; 2 al. 2 CC

1. Le locataire est au bénéfice d'un bail de durée déterminée conclu en 1987, dont le loyer se monte à CHF 1 100.- (valeur janvier 2000). Au cours d'une réunion en février 2003, l'administration de la propriété informe l'ensemble des locataires que des travaux de rénovation d'une durée d'une semaine par appartement seront entrepris. Un document signé par une vingtaine de locataires, mais non par l'administration de la propriété, mentionne l'étendue et la durée des rénovations, le fait qu'un appartement vide sera mis à disposition des locataires pendant les rénovations, le montant de l'augmentation du loyer, ainsi que la renonciation à une hausse plus importante en échange de l'absence de diminution du loyer pendant les travaux. Dès mai 2005, le locataire verse le loyer majoré. A l'occasion d'un cas de responsabilité du propriétaire d'ouvrage survenu en janvier 2013, le locataire apprend par son avocat que la hausse de loyer intervenue dès mai 2005 était affectée d'un vice de forme. En date du 18 juin 2014, invoquant la nullité de la hausse non notifiée au moyen de la formule officielle, il réclame le remboursement de CHF 24 000.-. A la suite des instances cantonales, le TF donne droit au locataire en niant que l'augmentation de loyer ait été convenue, admet la restitution sur la base de l'enrichissement illégitime (art. 63 CO) et nie l'existence d'un abus de droit du locataire (art. 2 al. 2 CC).
2. Le TF rappelle d'abord sa jurisprudence (bien établie) sur la modification conventionnelle du loyer de nature à justifier la renonciation à l'exigence de la formule officielle valant, selon l'art. 269d al. 1 CO, pour les modifications unilatérales du contrat par le bailleur (arrêt commenté, c. 2.1). L'ATF 128 III 419 c. 2.4.2 soumet à trois conditions la modification consensuelle du contrat de bail (voir aussi, TF, 18.10.2001, 4C.134/2001 c. 2b; ATF 123 III 74 c. 3b). Le bailleur doit établir : *i.* que le locataire a été informé de son droit de contester le loyer, *ii.* que le locataire a consciemment renoncé à la formule officielle, donc à contester la majoration et, *iii.* que le locataire n'a pas donné son consentement sous la menace d'une résiliation. Selon les constatations de fait de l'autorité inférieure, qui laisse ouvert le caractère juridique du document mentionné ci-dessus (contrat ou liste de présences), ces conditions ne sont pas réalisées dans le cas présent (arrêt commenté, c. 2.2 et 2.3), ce que le recours ne parvient pas à remettre en cause.
3. S'agissant du fondement de la prétention en restitution du loyer payé en trop, les règles sur l'enrichissement illégitime trouvent application (art. 62 ss CO; ATF 140 III 583 c. 3.2.2; 130 III 504 c. 6.2) (arrêt commenté, c. 3). Le loyer faisant l'objet d'un paiement volontaire, le locataire devrait prouver qu'il a payé « par erreur » pour avoir droit à restitution selon l'art. 63 al. 1 CO. Dans la mesure où l'augmentation de loyer n'est pas notifiée au moyen de la formule agréée, la présomption que « nul n'est censé ignorer la loi » ne peut être

opposée au locataire sans aller à l'encontre du but même de l'art. 269d al. 1 CO (ATF 113 II 187 c. 1a). Le recours ne parvient pas non plus à ébranler l'arrêt cantonal sur ce point.

4. Pour terminer, le TF examine l'exception de l'abus de droit de la part du locataire à se prévaloir d'un vice de forme après avoir payé sans réserve le loyer pendant de nombreuses années (12 selon l'instance cantonale qui nie l'abus de droit : c. 4.2). Il rappelle sa jurisprudence (classique) sur l'abus de droit à invoquer un vice de forme, selon laquelle toutes les circonstances du cas d'espèce, à prouver par celui qui se prévaut de l'abus de droit, doivent être prises en compte sans que le juge ne soit lié par des règles rigides (arrêt commenté, c. 4.1 ; ATF 140 III 583 c. 3.2.4 ; 140 III 200 c. 4.2 ; 138 III 425 c. 5.2 ; 138 III 123 c. 2.4.2). Parmi ces circonstances, l'exécution du contrat, au moins sur le principal, du plein gré de celui qui exécute et en connaissance de cause, fait apparaître comme abusif un refus ultérieur d'exécuter le solde fondé sur le vice de forme (arrêt commenté, c. 4.1 ; ATF 138 III 401 c. 2.3.1, JdT 2015 II 267, 269). « En connaissance de cause » signifie, dans ce cas, en connaissance du vice de forme. L'invocation du vice de forme n'est en principe pas admissible lorsque les parties, au moment de la conclusion et de l'exécution du contrat, savaient ou pouvaient raisonnablement savoir que l'acte juridique qu'elles ont fait ne respectait pas les formes légales » (arrêt commenté, c. 4.1 ; ATF 138 III 401 c. 2.3.1, JdT 2015 II 267, 269). Le fait d'exécuter volontairement un contrat nul à la forme sans connaître l'existence du vice n'est ainsi pas de nature à créer la confiance justifiée de l'autre partie dans la validité de l'acte juridique et ne permet donc pas de conclure à un abus de droit lorsque le vice est ultérieurement invoqué. Tel était précisément le cas dans l'arrêt commenté, car le bailleur ne pouvait prouver avoir donné l'information nécessaire au locataire et une connaissance générale des règles sur la notification d'une hausse unilatérale de loyer ne pouvait être imputée au locataire. Aucune confiance légitime ne pouvait ainsi avoir été créée chez le bailleur. Ne retenant par ailleurs aucun comportement contradictoire à charge du locataire, le TF rejette l'exception d'abus de droit et accorde au locataire le remboursement du loyer perçu en trop.

■ **Note**

5. La décision est convaincante, même si une demande de remboursement après neuf années de paisible paiement d'un loyer majoré pouvait paraître sujette à caution. Dans cette affaire, le bailleur semblait avoir pris toutes les précautions nécessaires en convoquant une réunion des locataires pour les informer des travaux à venir, des dispositions prises pendant la durée des travaux, des conséquences en termes d'augmentation fu-

ture des loyers et du fait qu'il avait renoncé à répercuter tous les frais de rénovation sur le loyer en échange d'une renonciation de la part des locataires à une diminution du loyer pendant les travaux. Ce nonobstant, il succombe : non notifiée au moyen de la formule officielle, la majoration de loyer était nulle (art. 269d al. 2 lit. a CO ; sur l'exigence de la formule agréée et son contenu : ATF 135 III 220, JdT 2009 I 486 c. 1.2 et 1.5.3).

6. Deux constructions juridiques auraient pu sauver le bailleur : la renonciation conventionnelle au droit de contester la hausse de loyer, d'une part, et l'abus de droit (art. 2 al. 2 CC), d'autre part. L'une et l'autre méritent d'être maniées avec une précaution particulière si l'on veut éviter de rendre illusoire la protection mise en place par la loi. Le problème est ancien, il est connu et la solution bien éprouvée, tant en matière de bail que de travail (TF, 19.04.2002, 4C.27/2002, SJ 2003 I 220-225 et note p. 225-227 ; Koller, Die mietrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2012, RJB 149/2013 p. 876 ss, 902). Les locataires n'avaient ici reçu aucune information sur leur droit de contester la hausse de loyer post-travaux (arrêt sous revue, c. 2.3), une information pourtant cruciale qui explique le but de l'exigence légale d'une notification par le biais de la formule agréée (ATF 138 III 401 c. 2.4.2, JdT 2015 II 267). L'absence de cette information fait obstacle aux deux constructions juridiques invoquées pour pallier la non-notification correcte de la hausse. Premièrement, si le locataire ne sait pas qu'il a le droit de contester la hausse de loyer (parce qu'il n'en a pas été informé), il ne peut pas « consciemment » renoncer à ce droit par convention, en application classique des règles sur la modification conventionnelle du contrat de bail. Deuxièmement, s'il ne connaît pas le vice de forme affectant la hausse de loyer – et ne pouvait pas connaître ce vice de manière qui lui soit imputable – le locataire ne paye pas « en connaissance de cause » un loyer trop élevé ; les circonstances ne sont alors pas suffisantes pour faire naître la confiance de l'autre partie (bailleresse) dans la validité de la hausse. On ne discerne ainsi ni modification conventionnelle, ni abus de droit dans le présent cas.
7. L'on notera pour terminer que le test de l'abus du droit d'invoquer un vice de forme, que rappelle de manière exacte le TF dans l'arrêt sous revue (supra, N 4), est ici appliqué avec toute la sévérité requise et sans nuire au locataire. En effet, ce dernier n'est pas considéré comme agissant de manière manifestement abusive en relevant le vice de forme qui affecte la hausse de loyer, malgré les neuf années écoulées. Dans cette affaire, et contrairement à l'ATF 138 III 401 qui admet un abus de droit du locataire à invoquer l'absence de signature manuscrite de la formule de hausse, le TF ne poursuit pas sur cette route défavorable au locataire invoquant ses droits, qu'avait critiquée Koller (op. cit., p. 902, 905 ss). Il faut dire qu'à la différence de la dernière

affaire citée, le locataire n'a ici pas du tout été informé de la possibilité de contester la hausse de loyer. Le nombre d'années écoulées n'y a rien pu changer!

C.C.

## 11

### Réserve de hausse contenue dans le contrat de bail. Demande de diminution de loyer en cours de bail par le locataire. Méthode de calcul.

Tribunal fédéral

09.02.2017

A.A. et B.A. c. C.

4A\_549/2016; Newsletter mai 2017

Art. 269, 269a lit. a et c CO; 247 CPC

1. A.A. et B.A. sont locataires depuis 2002 d'un appartement de 4,5 pièces loué par C. Le contrat daté du 23 avril 2002 indique un loyer mensuel net de CHF 1 460.– plus un acompte de frais accessoires de CHF 210.–. Le chiffre 3 du contrat précise que le loyer net est basé sur un taux hypothécaire de 4 %, une hausse des coûts compensée jusqu'en mai 1991 et un indice des prix à la consommation, d'avril 1991, de 127,2 points (base : décembre 1982 = 100). Il est indiqué que la réserve légale de hausse s'élève actuellement à 12,44 %, soit de 0 % pour la non-répercussion du taux hypothécaire, de 5,58 % pour la non-répercussion de la hausse de coûts et de 6,86 % pour la non-répercussion de l'augmentation de l'IPC (127,2 à 149 points). En septembre 2013, les locataires ont réclamé une diminution de loyer en se fondant sur la baisse de 2 % du taux hypothécaire de référence. La bailleuse a refusé la baisse au motif qu'elle pourrait même augmenter le loyer en raison de la compensation de la hausse des coûts et de l'IPC. Les locataires ont saisi l'autorité de conciliation puis le Tribunal des baux d'une demande en réduction de loyer de 16,85 %, c'est-à-dire de CHF 1 460.– à CHF 1 213.95, dès le 1<sup>er</sup> février 2014. L'action des locataires a été rejetée, au motif que le montant – non contesté – de la baisse réclamée était compensé par la réserve de hausse de la bailleuse figurant dans le contrat. Saisi par les locataires, le Tribunal cantonal du canton de Fribourg a partiellement admis l'appel et a réduit le loyer mensuel, dès le 1<sup>er</sup> février 2014, de 2,05 %, soit CHF 29.95, correspondant à une baisse de loyer de CHF 1 460.– à CHF 1 430.05. Il a estimé que la hausse des coûts entre 2003 et 2012 s'élevait à 2,36 % et que ce taux devait s'ajouter aux 12,44 % réservés dans le contrat. Au total, les locataires avaient donc droit à une baisse de 2,05 % (16,85 % – 12,44 % – 2,36 %). Les locataires re-

courent au Tribunal fédéral, qui confirme la décision attaquée.

2. Les locataires contestent que la réserve de hausse de 12,44 % figurant dans le contrat soit matériellement justifiée. La cour cantonale a considéré que la réserve de hausse litigieuse était prouvée, dans la mesure où cette réserve correspondait arithmétiquement à la possibilité non contestée d'augmenter le loyer en fonction du renchérissement et n'apparaissait pas excessive au regard de la hausse des coûts entre 1991 et 2002.
3. Le Tribunal fédéral rappelle que le loyer initial est en principe contrôlé selon la méthode absolue. Une réserve de hausse figurant dans le contrat de bail doit donc se référer à cette méthode et ne peut concerner que des motifs indépendants des relations contractuelles concrètes entre les parties. Le bailleur peut ainsi se prévaloir du fait que le loyer initial ne lui procure pas un rendement net suffisant (art. 269 CO), qu'il ne correspond pas aux loyers du quartier (art. 269a lit. a CO) ou qu'il ne se situe pas dans les limites du rendement brut permettant de couvrir les frais (art. 269a lit. c CO). Les parties peuvent cependant aussi maintenir les bases de calcul du loyer payé par le précédent locataire et soumettre le loyer à la méthode relative. Dans ce cas, la réserve de hausse peut se rapporter au fait que la hausse des prix ou l'augmentation des coûts ont été insuffisamment répercutées. Il faut alors que le bailleur ait repris les bases de calcul relatives au loyer du précédent locataire dans le nouveau loyer. Celui-ci ne peut plus être calculé par référence à la méthode absolue. Seule la méthode relative est applicable. Le locataire peut en effet partir du principe que le loyer convenu dans le contrat ou qui a été adapté par la suite procure au bailleur un montant admissible et suffisant, dans la mesure où le bailleur n'a pas fait de réserve expresse à ce propos (*art. 18 OBLF; ATF 118 II 124, JdT 1993 I 643*). La méthode relative prime donc la méthode absolue, aussi longtemps que l'application de cette méthode n'aboutit pas à un rendement excessif selon la méthode absolue. Une application mixte des deux méthodes est dans tous les cas exclue. Le bailleur ne peut pas déterminer le montant du loyer initial sur la base de la méthode absolue et augmenter celui-ci de manière considérable en se prévalant de motifs relatifs qui se rapporteraient aux relations contractuelles avec le précédent locataire (*voir, pour un résumé, TF, 07.08.1995, 4C.391/1994 c. 2c, MP 1995 p. 212*).
4. Même dans les procédures qui, comme en l'espèce, sont soumises à la maxime inquisitoire sociale, les parties doivent collaborer activement en renseignant le juge sur les faits de la cause et en indiquant les moyens de preuve propres à établir ceux-ci (*ATF 141 III 569 c. 2.3.2; TF, 16.12.2014, 4A\_561/2014 c. 3.1.2*). Le juge n'est soumis qu'à un devoir d'interpellation accru, de sorte qu'il revient aux parties, comme dans la maxime

des débats de la procédure ordinaire, de présenter les éléments factuels et probatoires pertinents. Le tribunal interroge les parties pour s'assurer que leurs allégués de fait et offres de preuves sont complets. Il ne se livre en revanche à aucune investigation de sa propre initiative. Lorsque les parties sont représentées par des avocats, le tribunal doit faire preuve de retenue, comme dans un procès soumis à la procédure ordinaire (ATF 141 III 569 c. 2.3.1; TF, 27.01.2016, 4A\_333/2015 c. 6.1 et les références citées).

5. En l'espèce, la bailleresse a motivé la réserve de hausse contenue dans le contrat par le fait qu'elle n'avait pas répercuté la hausse des coûts et le renchérissement depuis 1991. Elle s'est donc prévaluée de motifs de hausse relatifs et a clairement exprimé souhaiter maintenir les bases de calcul du loyer du précédent locataire. La réserve de hausse repose sur la déclaration simple que les locataires paieraient le même loyer que le précédent et que ce dernier payait un loyer qui n'était pas abusif mais qui n'avait pas été adapté à la hausse des coûts et au renchérissement depuis 1991. Lorsque la bailleresse s'est référée à cette réserve de hausse dans la procédure en diminution de loyer, elle a présenté les allégations nécessaires et pertinentes à cette fin. Les locataires ne reprochent pas à la cour cantonale un établissement arbitraire des faits. Ladite cour a constaté que le Tribunal des baux avait tenu la réserve de hausse comme valable sur la forme, ce qui n'est plus contesté. Elle a également retenu que les locataires avaient invoqué, dans leur mémoire d'appel, que le Tribunal des baux avait admis de manière erronée le bien-fondé matériel de la hausse des coûts. D'après les locataires, la maxime inquisitoire sociale imposait au Tribunal des baux d'inviter la bailleresse à produire les pièces nécessaires à l'évolution des frais d'entretien effectifs. D'après les constatations de la cour cantonale, les locataires n'ont soulevé qu'en appel le fait que la bailleresse n'avait pas prouvé que la réserve de hausse était justifiée d'un point de vue matériel – et ce grief n'a par ailleurs été invoqué que par rapport à la hausse des coûts et non au renchérissement également réservé dans le contrat.
6. L'examen du bien-fondé d'une réserve de hausse qui se rapporte à des critères relatifs ne peut pas se faire sans connaître les contours de la relation contractuelle avec le précédent locataire. Les locataires auraient dû contester la validité matérielle de la réserve de hausse en se référant à la relation contractuelle du précédent locataire, comparée à la leur. D'après les constatations de la cour cantonale, qui lie le Tribunal fédéral, les locataires, représentés par un avocat, n'ont pas présenté d'allégations en ce sens. La bailleresse n'était donc pas dans l'obligation de présenter des explications complémentaires au sujet du rapport contractuel précédent et d'offrir des moyens de preuve à cet égard. Il n'appartenait pas non plus à la cour cantonale précédente ou au tribunal de première instance, dans le cadre de la

maxime inquisitoire sociale, d'inviter la bailleresse à détailler ses allégations ou à présenter des moyens de preuve. Le recours en matière civile se révèle ainsi mal fondé; il est rejeté.

■ **Note**

7. Cet arrêt est l'occasion de rappeler les principes applicables en matière de réserve de hausse. Tout d'abord, l'art. 18 OBLF impose une exigence de clarté, soit que la réserve soit exprimée en francs ou en pourcent du loyer; à défaut, elle est nulle. Ensuite, la réserve doit être contestée au moment où le bailleur la fait valoir et non dans le cadre d'une action en contestation du loyer initial ou d'une hausse de loyer notifiée en cours de bail (TF, 26.07.1995, SJ 1996 p. 5, c. 3b/cc; TF, 09.03.1994, DB 1994 N 18; Fetter, *La contestation du loyer initial*, thèse, Berne 2005, p. 92 s. N 200). La doctrine majoritaire considère dès lors que la réserve ne doit pas nécessairement figurer dans le formulaire officiel, qu'il s'agisse de la notification du loyer initial ou d'une hausse de loyer (Dietschy-Martenet, in: Bohnet/Carron/Montini [éd.], *Commentaire pratique, Droit du bail à loyer et à ferme*, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2017, art. 270 CO N 79; Fetter, op. cit., p. 92 s. N 200; Lachat, *Bail à loyer*, Lausanne 2008, p. 533 s.; Marchand, in: Bohnet/Carron/Montini [éd.], op. cit., art. 269d CO N 26; Zahradnik, *Fragen im Zusammenhang mit der Anfechtung der Anfangsmiete und der Formularpflicht*, MP 2014 p. 267 ss, p. 290 s. D'un avis différent: Weber, in: Basler Kommentar Obligationenrecht I, 6<sup>e</sup> éd., Bâle 2015, art. 270 CO N 13; Burkhalter/Martinez-Favre, *Le droit suisse du bail à loyer, adaptation française de la 3<sup>e</sup> éd. du SVIT Kommentar de Ramyond Bisang et al.*, Genève 2011, art. 269d CO N 71); il suffit qu'elle figure respectivement dans le contrat de bail ou dans une lettre d'accompagnement.
8. Lorsque la réserve de hausse, contenue dans le bail, se fonde sur des motifs absolus (rendement brut ou net ou loyers du quartier, art. 269 et 269a lit. a et c CO), l'examen du loyer, lorsque la réserve est invoquée par le bailleur en cours de bail, doit s'effectuer d'après la méthode absolue (ATF 118 II 124 c. 4b, JdT 1993 I 643). Il s'agit de contrôler le loyer pour lui-même, sans tenir compte de l'évolution dans le temps dudit loyer (ATF 120 II 240 c. 2). Si, à l'inverse, la réserve de hausse se réfère à des critères relatifs, liés au rapport contractuel précédent, la méthode relative, qui a pour fondement la confiance éveillée chez le cocontractant (ATF 120 II 240 c. 2), l'emporte en bonne logique sur la méthode absolue: le contrôle du loyer a lieu en tenant compte de l'évolution de celui-ci au cours de la relation contractuelle, du locataire précédent et du locataire actuel.
9. Pour terminer, il faut relever la problématique liée au fardeau de l'allégation et de la contestation. Ainsi, le

bailleur qui se prévaut de la réserve de hausse doit alléguer celle-ci; le locataire qui conteste un point ou un autre de la réserve doit l'exposer clairement, afin que le bailleur puisse apporter la preuve des points contestés, en l'occurrence le renchérissement (*voir également, au sujet du fardeau de la contestation, TF, 29.07.2015, 4A\_9/2015 c. 5, SJ 2015 I 473*). Le Tribunal fédéral rappelle encore qu'il appartient aux parties de présenter les éléments factuels et probatoires pertinents, même lorsque la maxime inquisitoire sociale s'applique, et à plus forte raison en cas de représentation par un avocat.

**P.D.-M.**

## 12

### **Absence de notification par formulaire officiel du loyer initial. Action en répétition de l'indu. Délai de prescription. Abus de droit.**

Tribunal fédéral

10.07.2017

F.X. et H.X. c. A. et B.

4A\_254/2016; Newsletter août 2017

Art. 67, 270 CO; 19 OBLF; 2 al. 2, 8 CC

1. En 2009, F.X. et H.X. ont pris à bail un appartement de trois pièces et demie d'environ 97 m<sup>2</sup>, pour un loyer initial de CHF 1 500.-, charges en plus. La formule officielle de notification du loyer initial n'a pas été remise aux locataires. A. et B. sont devenus propriétaires du bien loué en mars 2010 et le bail est donc passé en leurs mains.
2. Une première procédure, de baisse de loyer, a opposé les parties fin 2011. Les locataires ont sollicité une réduction de leur loyer en raison de la baisse du taux hypothécaire de référence et de l'indice suisse des prix à la consommation. Le 31 janvier 2012, les locataires ont consulté l'Asloca. A cette occasion, ils étaient munis d'un exemplaire du contrat de bail qu'ils ont présenté au consultant juridique de l'Asloca. Par courrier du 1<sup>er</sup> février 2012, préparé par ce dernier, les locataires ont demandé une baisse plus importante. Le même jour, les locataires ont saisi la Commission de conciliation d'une requête de baisse de loyer. Les parties ont par la suite transigé.
3. Une deuxième procédure, de résiliation ordinaire du bail, a opposé les locataires aux bailleurs, suite au congé donné par le bailleur B. le 31 octobre 2012. Les locataires ont consulté l'Asloca le 12 novembre 2012. Ils ont saisi la Commission de conciliation d'une requête tendant à la constatation de la nullité de cette résiliation, respectivement à son annulation. Ils étaient assistés d'une consultante de l'Asloca lors de l'audience de conciliation, audience au cours de laquelle la question du loyer initial n'a pas été abordée. Le 11 avril 2013, les locataires, agissant par l'intermédiaire d'un avocat, ont déposé leur demande devant le Tribunal des baux du canton de Vaud, concluant à la nullité, subsidiairement à l'annulation de la résiliation et plus subsidiairement à la prolongation de leur bail. Le 3 septembre 2013, le procès a pris fin par acquiescement du défendeur B. à l'action en nullité de la résiliation ordinaire.
4. Dans l'intervalle, le 24 avril 2013, les locataires ont introduit une troisième procédure devant la Commission de conciliation, concluant à la constatation de la nullité du loyer initial, faute de notification de la formule officielle, à la fixation du loyer initial à CHF 900.- dès le 1<sup>er</sup> juillet 2009 et au remboursement des parts de loyer perçues en trop depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2009. La conciliation ayant échoué, les locataires ont déposé leur demande devant le Tribunal des baux. Ils ont conclu notamment à la constatation de la nullité du loyer initial, à la fixation du loyer à CHF 750.-, et à la restitution du trop-perçu. Le Tribunal des baux a tenu deux audiences, au cours desquelles il a interrogé comme témoin les deux consultants de l'Asloca, puis une audience de jugement le 11 septembre 2014. Par jugement du 13 novembre 2014, il a rejeté la demande. Le 5 février 2016, la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal a rejeté l'appel formé par les locataires. Ceux-ci recourent au Tribunal fédéral, avec succès.
5. Le Tribunal fédéral rappelle d'abord l'importance de la communication de la formule officielle de notification du loyer initial et les conséquences de l'absence de communication du formulaire. La formule officielle doit être notifiée au locataire au moment de la conclusion du bail ou, au plus tard, le jour de la remise de la chose louée. Elle a pour but de l'informer, en lui fournissant toutes les indications utiles, de sa possibilité de saisir l'autorité de conciliation afin de contester le montant du loyer. Elle sert à empêcher les hausses abusives de loyer lors d'un changement de locataires. L'indication du loyer versé par le précédent locataire doit y figurer. Si la formule officielle lui a été communiquée, le locataire peut, dans les 30 jours qui suivent la réception de la chose, saisir l'autorité de conciliation pour contester le loyer initial et en demander la diminution, pour autant que le montant convenu soit abusif et que les autres conditions de l'art. 270 al. 1 CO soient remplies (*ATF 142 III 442 c. 3*). A défaut, il est réputé avoir accepté le loyer et il est déchu du droit de le contester (*délai de péremption; ATF 131 III 566 c. 3.2*). Selon la jurisprudence, si la formule officielle lui est communiquée plus tard, mais dans les 30 jours après son entrée dans les locaux, le point de départ du délai pour agir est reporté au moment de cette communication. En revanche, une communication intervenant au-delà du délai de 30 jours équivaut à une absence de notification (*ATF 140 III 583 c. 3.1 et les arrêts cités*).

6. Lorsque le bail a été conclu sans que soit communiquée la formule officielle ou sans que la hausse de loyer par rapport à celui payé par le précédent locataire n'y soit motivée, le loyer fixé est nul (nullité partielle du contrat) (ATF 140 III 583 c. 3.2.1 et 3.2.2). Comme, en matière de bail, le législateur présume l'ignorance du locataire quant à l'obligation du bailleur d'utiliser la formule officielle, il appartient au bailleur de prouver, s'il y a contestation, la remise de la formule officielle au locataire (art. 8 CC; ATF 142 III 369 c. 4.1).
7. Le locataire qui n'a pas reçu la formule officielle peut agir en fixation judiciaire du loyer initial et en restitution de l'éventuel trop-perçu. Il s'agit là d'un cumul d'actions (art. 90 CPC): la première action tend, après constatation, à titre préjudiciel, de la nullité du loyer convenu, à la fixation judiciaire de celui-ci et la seconde action, en tant que conséquence de la première, vise à la restitution des prestations effectuées sans cause conformément aux règles de l'enrichissement illégitime (art. 62 ss CO) (ATF 140 III 583 c. 3.2.3 et les arrêts cités). Puisque le législateur n'a pas prévu de règle limitant l'invocation du vice de forme dans le temps, par exemple à la durée du bail, seules les règles de la prescription de l'action en enrichissement illégitime peuvent constituer une limite à l'intérêt du locataire à agir en fixation judiciaire du loyer. L'action en enrichissement illégitime se prescrit par un an à compter du jour où le locataire a eu connaissance de son droit de répétition et, dans tous les cas, par dix ans dès la naissance de ce droit, conformément à l'art. 67 al. 1 CO. Par conséquent, tant que cette action n'est pas prescrite ou que le débiteur n'a pas soulevé l'exception de prescription (art. 142 CO), le locataire a également un intérêt à son action en fixation judiciaire du loyer (ATF 140 III 583 c. 3.2.3).
8. Le créancier a connaissance de son droit de répétition lorsqu'il connaît suffisamment d'éléments pour fonder et motiver son action en justice, laquelle n'a pas besoin d'être chiffrée (art. 85 CPC). Cela suppose qu'il ait connaissance de la mesure approximative de l'atteinte à son patrimoine, de l'absence de cause du déplacement de patrimoine et de la personne de l'enrichi. Est déterminant le moment de la connaissance effective de sa prétention, et non celui où il aurait pu connaître son droit en faisant preuve de l'attention commandée par les circonstances (ATF 129 III 503 c. 3.4; 109 II 433 c. 2). Dans le cas du locataire qui n'a pas reçu la formule officielle et dont l'ignorance est présumée, la connaissance effective intervient lorsqu'il sait que l'absence de cette formule, respectivement de l'indication du loyer du locataire précédent ou de la motivation de la hausse, entraîne la nullité du loyer initial, que le loyer qu'il a versé était trop élevé et qu'il était, partant, abusif, et non pas lorsqu'il aurait pu ou dû le savoir (ATF 140 III 583 c. 3.2.2; TF, 02.02.2015, 4A\_517/2014 c. 4.1.2 et 4.2 in fine).
9. Même si le locataire a invoqué la nullité partielle en temps utile, l'abus manifeste de droit (art. 2 al. 2 CC) demeure réservé (ATF 140 III 583 c. 3.2.4). Ce principe permet de corriger les effets de la loi dans certains cas où l'exercice du droit allégué créerait une injustice manifeste. Le juge apprécie la question au regard des circonstances concrètes, qui sont déterminantes. L'emploi dans le texte légal du qualificatif « manifeste » démontre que l'abus de droit doit être admis restrictivement. Les cas typiques en sont l'absence d'intérêt à l'exercice d'un droit, l'utilisation d'une institution juridique de façon contraire à son but, la disproportion manifeste des intérêts en présence, l'exercice d'un droit sans ménagement ou l'attitude contradictoire (ATF 137 III 625 c. 4.3; 135 III 162 c. 3.3.1). Au titre de l'attitude contradictoire du locataire, la jurisprudence a retenu qu'une exception au droit de répétition des art. 62 ss CO peut être admise, par exemple, lorsque le preneur s'est rendu compte du vice de forme et s'est abstenu de protester dans le dessein d'en tirer, le cas échéant, ultérieurement profit (ATF 113 II 187 c. 1a; cf. également ATF 138 III 401 c. 2.3.2), ou encore lorsque le locataire a renoncé expressément et en toute connaissance de cause à la notification de la formule officielle et a exécuté de son plein gré l'accord conclu (ATF 123 III 70 c. 3c et 3d). En revanche, le seul fait d'avoir payé, sans discuter, le loyer pendant un long laps de temps ne saurait, à lui seul, conduire à la conclusion que le locataire commet un abus de droit (ATF 138 III 401 c. 2.3.3). Au titre de l'utilisation d'une institution juridique de façon contraire à son but, la jurisprudence a retenu, notamment, que le locataire qui soulève la nullité du loyer convenu pour s'opposer à la résiliation immédiate du contrat et à son expulsion commet un abus de droit (ATF 137 III 547 c. 2.3).
10. Le Tribunal fédéral relève qu'il faut bien distinguer les deux étapes du raisonnement lors de l'examen de la nullité du loyer initial: d'une part, lorsque le bailleur a soulevé l'exception de prescription à l'action en enrichissement illégitime (art. 142 CO), il convient d'examiner si le délai d'un an (art. 67 al. 1 CO) dans lequel le locataire doit agir en nullité a été respecté et, d'autre part, lorsque ce délai est respecté, si le locataire commet un abus de droit en invoquant la nullité.
11. En l'espèce, il est établi que la formule officielle de notification du loyer initial n'a pas été remise aux locataires et que les bailleurs ont soulevé l'exception de prescription de l'action. Il y a donc lieu de vérifier si les locataires ont invoqué la nullité du loyer initial, faute de notification de la formule officielle, dans le délai d'un an dès qu'ils ont eu connaissance de leur droit à la restitution (art. 67 al. 1 CO). Comme ils ont ouvert action le 24 avril 2013 par le dépôt d'une requête de conciliation, le moment où ils ont eu connaissance de leur droit doit être postérieur au 24 avril 2012, à défaut de quoi leur action doit être rejetée. La cour cantonale

n'a pas constaté en fait si les locataires ou leur représentant ont eu une connaissance effective avant ou après le 24 avril 2012. Elle s'est en réalité contentée d'admettre en droit, en se fondant sur l'art. 3 al. 2 CC, que les locataires devaient savoir depuis le 31 janvier 2012 que le loyer initial était nul, parce que leur consultant de l'Asloca aurait dû vérifier la validité du bail à ce moment-là et que cette omission leur est imputable. Ce faisant, la cour cantonale mélange la connaissance effective déterminante pour le calcul du délai de l'art. 67 al. 1 CO et l'abus de droit (art. 2 al. 2 CC). Lorsqu'elle admet sur cette base une attitude contradictoire des locataires, constitutive d'un abus de droit, elle confond en outre les conditions de l'abus de droit (art. 2 al. 2 CC) et celles du droit à la protection de la bonne foi (art. 3 al. 2 CC). Or l'art. 3 al. 2 CC ne s'applique pas en l'espèce, car, selon la volonté du législateur, l'ignorance du locataire quant à l'obligation d'utiliser la formule officielle est présumée. Contrairement à ce que croit la cour cantonale, il était décisif de savoir si la question de la nullité du loyer initial avait été ou non effectivement abordée lors de la consultation de l'Asloca le 31 janvier 2012. C'est en outre à tort que la cour cantonale croit que la nullité peut être invoquée en tout temps. En effet, l'action en restitution de l'enrichissement illégitime se prescrit dans le délai d'un an dès la connaissance du droit à la restitution (art. 67 al. 1 CO) et, partant, l'intérêt à la constatation de la nullité du loyer initial en raison du vice de forme cesse dans ce même délai si le débiteur a invoqué la prescription. Dans l'ATF 140 III 583 c. 3.2.2, le Tribunal fédéral a recherché si le législateur avait prévu une règle limitant l'invocation du vice de forme, par exemple à la durée du bail. Il a constaté que tel n'est pas le cas et que l'intérêt du locataire à invoquer le vice de forme n'est limité que par les règles sur la prescription qui régissent son action en enrichissement illégitime, dans laquelle est examinée préjudiciellement la nullité partielle du loyer. Tant que son action en enrichissement illégitime n'est pas prescrite ou tant que le débiteur n'a pas soulevé l'exception de prescription, le locataire a donc un intérêt à invoquer la nullité. Il n'y a au demeurant pas non plus abus de droit si le locataire ne proteste pas dans un délai raisonnable, mais qu'il agit dans le délai d'un an de l'action en enrichissement illégitime. Cela étant, le Tribunal fédéral admet le recours et renvoie la cause à la cour cantonale pour qu'elle examine la question de savoir si les locataires ou leur représentant ont eu ou non une connaissance effective de la nullité du loyer initial pour défaut de communication de la formule officielle postérieurement au 24 avril 2012.

■ **Note**

12. Le Tribunal fédéral réitère une nouvelle fois le principe posé à l'ATF 140 III 583 (DB 2015 N 15): tant que l'ac-

tion en restitution des parts de loyers payées en trop n'est pas prescrite ou que le débiteur n'a pas soulevé l'exception de prescription, le locataire a un intérêt à agir en fixation judiciaire du loyer initial. Ce principe, qui avait déjà été repris dans un arrêt ultérieur non publié (TF, 02.02.2015, 4A\_517/2014, DB 2015 N 16), a été critiqué à juste titre par Carron (DB 2015 N 16): tant que dure le bail, le locataire dispose toujours d'un intérêt à invoquer le vice de forme lors de la notification du loyer initial, ne serait-ce que pour la fixation des loyers futurs. Ainsi, lorsque le bail n'a pas pris fin – ce qui semble être le cas en l'espèce puisque le bailleur a admis que la résiliation qu'il avait notifiée était nulle –, le locataire garde un intérêt à agir en fixation de son loyer initial. Certes, si son action en restitution du trop-perçu est prescrite, il ne pourra pas récupérer les parts de loyers versées en trop par le passé. Mais il pourra en revanche obtenir un loyer moins élevé pour l'avenir. En l'occurrence, la question de savoir si la nullité du loyer initial a été abordée ou non lors de la consultation de l'Asloca par les locataires le 31 janvier 2012 n'est donc décisive que pour le bien-fondé de l'action en restitution des loyers payés en trop, mais non pour celle en fixation judiciaire du loyer initial, dans la mesure où le contrat court toujours.

13. Notre haute cour clarifie dans cet arrêt le raisonnement à suivre lorsque la nullité du loyer initial est invoquée et une action en restitution de l'indu introduite. Si le bailleur a soulevé l'exception de prescription, le juge doit d'abord examiner si le délai d'un an de l'art. 67 al. 1 CO a été respecté, c'est-à-dire si le locataire a agi dans l'année qui suit la connaissance effective que l'absence de communication par formule officielle entraîne la nullité du loyer initial, que le loyer qu'il a versé était trop élevé et qu'il était, partant, abusif. Lorsque ce délai a été respecté, le juge doit ensuite se poser la question de l'éventuel abus de droit du locataire à invoquer la nullité du loyer initial. A notre avis, lorsque le bail court toujours, le juge qui répond par la négative à la première question posée doit rejeter la demande en restitution du trop-versé. Il doit en revanche passer à la seconde étape, celle de l'abus de droit à invoquer le vice, pour examiner le bien-fondé de l'action en fixation judiciaire du loyer initial. Le locataire dont le bail court toujours et qui conteste son loyer initial plus d'une année après avoir connu le vice abuse-t-il de son droit? Là n'est pas le critère. Les circonstances d'espèce seront déterminantes. D'après le Tribunal fédéral, le seul fait d'avoir payé, sans discuter, le loyer pendant un long laps de temps ne saurait, à lui seul, conduire à la conclusion que le locataire commet un abus de droit (ATF 138 III 401 c. 2.3.3). Il faut donc un élément supplémentaire, comme la volonté de tirer ultérieurement profit du vice de forme (ATF 113 II 187 c. 1a; TF, 26.01.2012, 4A\_647/2011 c. 4.1; TF, 18.10.2001, 4C.134/2001 c. 3b). Il appartient au bailleur qui invoque l'abus de droit du locataire d'apporter la preuve

des circonstances conduisant à retenir un tel abus (TF, 12.04.2013, 4A\_38/2013 c. 2.1).

- En l'espèce, si les locataires ont appris le vice de forme lors de leur première consultation de l'Asloca en janvier 2012, leur action en remboursement des loyers payés en trop est prescrite et sera rejetée. Restera cependant à juger de l'action en fixation du loyer initial, d'abord sous l'angle de l'abus de droit. A défaut d'un tel abus, le loyer admissible devra être déterminé par le juge.

P.D.-M.

## 13

### Fardeau de la preuve du caractère abusif du loyer initial en cas d'immeuble ancien.

Tribunal fédéral

29.11.2016

X. SA c. Z.

4A\_295/2016; Newsletter janvier 2017

Art. 269, 269a, 270 CO; 11 OBLF; 8 CC

- Les parties sont liées depuis le 1<sup>er</sup> février 2014 par un bail portant sur un appartement à Genève pour un loyer mensuel de CHF 2 060.– plus charges. D'après la formule officielle, le loyer initial est identique à celui payé par le précédent locataire et se situe dans les limites des loyers usuels du quartier. L'immeuble date de 1929 et est resté en mains de la même propriétaire depuis cette date.
- Le locataire a contesté son loyer initial et a conclu à ce que celui-ci soit fixé à CHF 840.– par mois. Le Tribunal des baux a rejeté la demande, au motif que le locataire n'avait fourni aucun élément comparatif des loyers usuels du quartier et que l'utilisation des statistiques cantonales genevoises n'était pas possible vu leur manque de précision. Saisie par le locataire, la Chambre des baux et loyers de la Cour de justice a admis l'appel et réformé le jugement en ce sens que le loyer initial a été fixé à CHF 1 250.– par mois. La Cour s'est fondée sur les statistiques cantonales de mai 2013 pour retenir que le loyer initial était abusif et a imposé à la bailleuse de produire des éléments comparatifs suffisants; celle-ci n'ayant apporté que quatre éléments de comparaison, l'échec de la preuve lui a été imputé. Le loyer initial a été calculé sur la base des statistiques susmentionnées, après pondération. La bailleuse recourt au Tribunal fédéral.
- Le Tribunal fédéral rappelle que le locataire peut contester le loyer initial et en demander la diminution lorsque le montant du loyer est abusif au sens des art. 269 et 269a CO. Le contrôle de l'admissibilité du loyer initial ne peut être effectué qu'au moyen de la méthode absolue. Dans l'application de cette méthode, les deux critères applicables (coûts ou loyers du marché) sont antinomiques et exclusifs l'un de l'autre (ATF 121 III 6 c. 3c). Le critère du rendement excessif prédomine celui des loyers du quartier (ATF 124 III 310 c. 2; TF, 27.01.2012, 4A\_645/2011 c. 3.2). Lorsque l'immeuble est ancien, c'est-à-dire lorsqu'il a été construit ou acquis il y a plusieurs décennies (ATF 140 III 433 c. 3.1.1; 139 III 13 c. 3.1.2), la hiérarchie des critères est cependant inversée (ATF 124 III 310 c. 2). Il ne faut alors pas calculer le rendement net du logement mais déterminer sa valeur par référence aux loyers usuels du quartier, en comparant le loyer en cause avec le loyer moyen du quartier (art. 269a lit. a CO) ou en établissant, par capitalisation de celui-ci, le prix de revient théorique de l'immeuble (ATF 140 III 433 c. 3.1; 139 III 13 c. 3.1.2). En l'espèce, l'immeuble litigieux date de 1929 et est resté en mains de la même propriétaire depuis cette époque. Il a subi des travaux de rénovation en 2005, 2006 et 2007. Le Tribunal fédéral considère qu'il s'agit « manifestement » d'un immeuble ancien au sens de la jurisprudence. Cela étant, le loyer initial doit être déterminé sur la base des loyers du quartier.
- D'après la jurisprudence relative aux loyers du quartier, le juge doit procéder à des comparaisons concrètes fondées sur les critères énumérés à l'art. 11 al. 1 OBLF (emplacement, dimension, équipement, état et année de construction) et ne peut pas statuer sur la base d'une impression d'ensemble. Il peut se fonder soit sur des statistiques officielles (art. 11 al. 4 OBLF), soit sur au moins cinq logements comparables (ATF 141 III 569 c. 2.2.1). Les statistiques officielles doivent satisfaire aux exigences de l'art. 11 al. 1 OBLF, c'est-à-dire contenir des données chiffrées, suffisamment différenciées et dûment établies sur les critères de l'art. 11 al. 1 OBLF et tenir compte de l'évolution récente des loyers (ATF 141 III 569 c. 2.2.1 et 2.2.2; 123 III 317 c. 4a). Si le juge applique la méthode des cinq logements de comparaison, ceux-ci doivent présenter, pour l'essentiel, les mêmes caractéristiques que le logement litigieux quant aux critères susmentionnés et tenir compte de l'évolution récente de leurs loyers au regard du taux hypothécaire et de l'indice suisse des prix à la consommation (ATF 141 III 589 c. 2.2.3; 136 III 74 c. 3.1; 123 III 317 c. 4a). Les loyers de référence ne doivent pas être en eux-mêmes abusifs, c'est pourquoi il est nécessaire de les adapter aux baisses du taux hypothécaire survenues depuis la date de la dernière fixation du loyer (ATF 127 III 411 c. 5a), ce qui nécessite de connaître le taux hypothécaire (ATF 141 III 589 c. 2.2.3). En effet, le but de la législation sur la protection des loyers abusifs est d'éviter

que le bailleur n'obtienne un rendement excessif de la chose louée. Il serait donc contraire à ce but de prendre comme éléments de comparaison des loyers qui sont eux-mêmes abusifs parce que les bailleurs concernés ne les ont pas adaptés à l'évolution des facteurs de baisse. Partant, la détermination des loyers usuels n'obéit pas aux seules lois du marché (ATF 141 III 569 c. 2.2.1; 123 III 317 c. 4d; 127 III 411 c. 5a; 136 III 74 c. 3.1). En l'occurrence, il n'existe pas à Genève de statistiques officielles qui satisfont aux exigences de l'art. 11 OBLF (ATF 136 III 74 c. 4; 123 III 317 c. 4c/cc). Seule la méthode des cinq logements de comparaison peut donc servir à établir les loyers usuels du quartier.

5. Le Tribunal fédéral s'intéresse ensuite à la question du fardeau de la preuve. D'après la jurisprudence, lorsque l'immeuble est ancien, le fardeau de la preuve des loyers usuels du quartier appartient au locataire qui conteste son loyer initial (ATF 139 III 13 c. 3.1.3). Le caractère abusif du loyer est un fait dirimant dont le fardeau de la preuve incombe à la partie adverse du titulaire du droit, autrement dit au locataire. Lorsque le bailleur se prévaut des loyers usuels dans la formule officielle, il revient donc au locataire de démontrer que le loyer est abusif. Si le loyer initial a été augmenté de 10 % au moins par rapport au loyer précédent effectivement payé (sans tenir compte du fait que ce loyer a été ou non adapté au vu des facteurs relatifs), il est présumé abusif et il appartient alors au bailleur d'apporter la contre-preuve du caractère non abusif du loyer initial, sur la base d'éléments comparatifs suffisants (ATF 139 III 13 c. 3.1.2, 3.2 et 3.3). En revanche, lorsque le loyer initial est le même que le loyer précédent, il ne peut pas être présumé abusif sur la base de statistiques générales, cantonales ou communales. En outre, on ne peut pas exiger du bailleur de collaborer à l'administration des preuves alors qu'il ne dispose pas lui-même des éléments de comparaison et ne peut être contraint de se les procurer auprès de tiers (ATF 117 II 113 c. 2; cf. TF, 06.12.2012, 4A\_475/2012 c. 2.4.3). Enfin, le juge ne peut pas corriger le loyer convenu à l'aide de données statistiques générales ou en se basant sur son expérience du marché locatif (TF, 02.02.2015, 4A\_517/2014 c. 5.1).
6. En l'espèce, le loyer est resté inchangé par rapport au loyer précédent. Le locataire supportait le fardeau de la preuve des loyers usuels. Il n'a pas produit les cinq exemples de comparaison nécessaires. Le bailleur n'a fourni que quatre exemples, lesquels n'ont donc pas permis au juge de statuer. Le Tribunal fédéral relève à cet égard qu'il « est bien conscient du fait qu'il est difficile de trouver des logements comparatifs, qui présentent les mêmes caractéristiques que l'appartement litigieux, raison pour laquelle il n'en a exigé que cinq ». Il n'entend toutefois pas réduire ce chiffre (ATF 141 III 569). Il ajoute qu'il peut être aussi difficile pour un bailleur que pour un locataire de se procurer ces cinq éléments de comparaison. Pareille difficulté ne justifie

cependant pas de déroger à la règle du fardeau de la preuve déduite de l'art. 8 CC. La cour cantonale a fait supporter au bailleur l'échec de la preuve des loyers usuels, ce qui contrevient au principe de répartition du fardeau de la preuve de l'art. 8 CC. Le Tribunal fédéral annule le jugement attaqué et renvoie la cause à l'autorité cantonale pour instruction complémentaire et nouvelle décision. En effet, le locataire n'avait pas été invité par les juges précédents à fournir les cinq éléments de comparaison alors que la maxime inquisitoire sociale était applicable (ATF 141 III 569 c. 2.3).

■ Note

7. Cet arrêt vient préciser la jurisprudence du Tribunal fédéral relative au fardeau de la preuve du caractère abusif du loyer initial en cas d'immeuble ancien et d'application de la méthode des loyers du quartier. Dans l'arrêt de principe rendu par le Tribunal fédéral sur cette question (ATF 139 III 13), il a été retenu en substance qu'il appartient au locataire de prouver le caractère abusif du loyer initial, c'est-à-dire d'apporter les cinq éléments de comparaison nécessaires. Une exception a été admise lorsque, « sur la base des éléments contenus dans le dossier, la différence de loyer est très certainement abusive » (ATF 139 III 13 c. 3.1.4), le bailleur devant apporter la contre-preuve du caractère non abusif du loyer initial (c. 3.1.4). En l'occurrence, le bail avait été conclu en 2006; le Tribunal fédéral s'était référé à la conjoncture économique, en particulier le fait que le taux hypothécaire de référence avait amorcé une lente décroissance depuis le début des années 2000 jusqu'en 2012, passant de 4,5 % à 2,25 %, et que l'indice suisse des prix à la consommation n'avait subi qu'une faible augmentation depuis l'année 2001 jusqu'en 2009 (voir sur ce point le commentaire de Biéri, in: PJA 2014 p. 1398 ss, 1401, selon lequel il paraît « étonnant d'invoquer l'évolution du taux hypothécaire de référence jusqu'en juin 2012, et de se référer à l'indice suisse des prix à la consommation de 2009, alors que le loyer initial a été stipulé dans un contrat conclu le 17 mars 2006. Des événements survenus après le 17 mars 2006, soit après la conclusion du contrat, ne semblent en effet pas pertinents pour se prononcer sur le caractère abusif du loyer initial. »); une hausse de loyer de passé 43 % était ainsi conjoncturellement injustifiable. Il ressort de l'argumentation développée au considérant 3.1.4 de l'arrêt précité que la présomption du caractère abusif de l'augmentation devait se faire au regard des éléments du dossier et de la conjoncture économique. Toutefois, au considérant suivant 3.2, notre haute cour retenait que le devoir du bailleur de collaborer à la preuve valait lorsque le loyer initial avait été majoré de 10 % au moins par rapport à l'ancien loyer, sans se référer cette fois à la conjoncture économique (« le devoir du bailleur de collaborer à l'administration des preuves trouve tout son sens dans l'hypothèse où ce dernier, comme en

*L'espèce, a augmenté le nouveau loyer de 10 % par rapport à l'ancien loyer*»). L'on pouvait donc se demander si la limite de 10 % était ou non déterminante pour imposer au bailleur d'apporter la contre-preuve du caractère non abusif du loyer (*Biéri, op. cité, p. 1402*). Dans l'arrêt ici commenté, le Tribunal fédéral se réfère exclusivement à cette limite de 10 % et ne dit mot de la conjoncture économique (c. 5.3.1). Il semble ainsi que le critère permettant de présumer le caractère abusif du loyer initial soit celui de la hausse de 10 % au moins, peu importe, au final, la conjoncture économique.

8. Ce critère des 10 % ne va pas sans poser problème. Il entraîne des situations très inégalitaires, le TF refusant de prendre en compte les critères de fixation du loyer précédent (c. 5.3.1 : *le loyer du précédent locataire « se détermine en fonction du loyer effectivement payé par celui-ci (sans tenir compte de ce qu'il est ou non adapté, au vu de facteurs relatifs) »*). Imaginons le cas suivant : deux appartements identiques (A et B) se trouvent dans le même immeuble, qui est ancien ; l'appartement A est loué depuis de nombreuses années au locataire précédent pour un loyer de CHF 1 000.– par mois ; l'appartement B a changé plusieurs fois de mains et le dernier locataire versait un montant mensuel de CHF 1 250.– ; les deux appartements sont reloués à la même date à deux locataires différents, à un loyer identique de CHF 1 300.–. D'après la jurisprudence, le locataire de l'appartement A, qui supporte une augmentation de 30 % par rapport au loyer précédent, peut

contester son loyer initial et le loyer sera présumé abusif, avec pour conséquence que le bailleur devra apporter les cinq éléments de comparaison nécessaires. Dans la situation B, le loyer a été augmenté de moins de 10 % par rapport au loyer précédent, à charge donc pour le locataire d'amener la preuve des loyers du quartier. Or comment justifier la différence de traitement entre ces deux locataires, qui, au final, se trouvent tributaires du comportement du ou des locataires précédents ? A notre avis, la présomption du caractère abusif du loyer initial ne devrait pas se limiter à un seul critère prédéfini. Le caractère abusif du loyer initial devrait pouvoir être présumé par d'autres moyens, notamment à l'aide de statistiques générales – c'est d'ailleurs ce qui avait été admis par la cour supérieure genevoise dans cette affaire.

9. Dans tous les cas, ne faut-il pas considérer que la véritable source du problème se trouve au niveau des exigences trop strictes posées par la jurisprudence sur les loyers du quartier, jurisprudence d'ailleurs vivement critiquée par une partie de la doctrine qui relève l'inapplicabilité de fait de ce critère (*voir à cet égard Jeannin, in : DB 2016 N 27 et les réf. citées, ainsi que Conod, in : DB 2016 N 12*) ? Le TF reconnaît lui-même les difficultés pour les parties, bailleuses ou locataires, de disposer des éléments de comparaison suffisants. Or à quoi sert un critère de fixation du loyer s'il ne peut jamais, ou à tout le moins très rarement, être appliqué ?

P.D.-M.

### 3. Protection contre les congés

#### 14

**Résiliation ordinaire. Validité du congé donné par le bailleur en raison d'une hospitalisation de plusieurs mois de la locataire âgée, puis de son placement dans un établissement médico-social (EMS).**

Tribunal fédéral

15.03.2017

Société X. c. Z.

4A\_388/2016

Art. 271, 271a CO ; 2 al. 2 CC

1. En 1980, Z. est locataire d'un appartement à Genève. Depuis le 31 janvier 2013, elle est hospitalisée dans différents hôpitaux, jusqu'au 17 octobre 2013 où elle est placée dans un établissement médico-social (EMS). Le 31 juillet 2013, la fille de la locataire annonce à la bailleuse Société X., devenue propriétaire de l'immeuble, que sa mère est très malade et qu'elle ignore si elle pourra retourner chez elle, mais que, de toute façon, elle-même viendra habiter dans l'appartement avec ses enfants. Par courriers des 26 et 27 août 2013, elle annonce à la régie qu'elle occupe désormais l'appartement et mentionne certains « défauts » de la chose louée. Le 30 octobre 2013, la bailleuse résilie le contrat de bail pour le 31 mars 2014, sans indication de motifs. Par correspondance du 5 mars 2014, la bailleuse explique que le congé donné est motivé par le placement définitif en EMS de la locataire.

2. Par jugement du 29 juin 2015, le Tribunal des baux et loyers du canton de Genève a validé le congé. Il a, en outre, refusé d'octroyer une prolongation du bail, en raison du placement en EMS. Par arrêt du 17 mai 2016, la Cour de justice du canton de Genève a admis l'appel et, par conséquent, annulé le congé, estimant qu'il contrevient aux règles de la bonne foi. La Société X. a recouru au Tribunal fédéral contre cette décision.
3. Le TF rappelle que chaque cocontractant peut résilier son bail à l'échéance contractuelle ou légale, en respectant le délai de congé. La seule limite à la liberté contractuelle consiste en l'interdiction de violer les règles de la bonne foi (art. 271 al. 1 CO). Dans ce cadre, le motif de résiliation présente une importance toute particulière; une motivation erronée ou lacunaire du congé constitue un indice d'une absence d'intérêt digne de protection à la résiliation. Par ailleurs, pour déterminer si le congé est contraire à la bonne foi, il s'agira de se placer au moment de la notification de la résiliation. Ainsi, le juge doit tenir compte des événements survenus postérieurement au congé uniquement dans le but de confirmer la volonté du bailleur au moment de la résiliation. Dans une procédure en annulation du congé, le locataire en supporte le fardeau de la preuve, le bailleur étant toutefois tenu de collaborer à l'administration des preuves.
4. En l'espèce, la bailleuse a résilié le bail à loyer pour l'échéance contractuelle (résiliation ordinaire). Se pose dès lors la question de savoir si le congé donné le 30 octobre 2013 est contraire aux règles de la bonne foi, puisqu'il n'a été motivé qu'ultérieurement, en mars 2014, mais, surtout, du fait que la bailleuse a résilié au motif du placement définitif de la locataire. Or, au moment de la résiliation, la bailleuse n'avait pas encore reçu de document attestant qu'elle établissait son domicile à l'EMS. Ce n'est que le 20 décembre 2013 que la bailleuse a reçu une attestation dans ce sens.
5. Le TF explique: « [p]our juger si le congé contrevient aux règles de la bonne foi, il ne s'agit pas de déterminer si la locataire était placée définitivement en EMS au moment de la résiliation de son bail, mais bien plutôt de savoir si la bailleuse pouvait légitimement déduire des éléments dont elle avait connaissance le 30 octobre 2013 que la locataire ne reviendrait plus dans son logement ». Le TF analyse en détail les courriers adressés par la fille de la locataire à la régie. Il relève que la locataire était une dame âgée, hospitalisée depuis plusieurs mois. Par ailleurs, la dernière missive de la fille de la locataire ne parlait plus du tout d'un éventuel retour de cette dernière à son domicile, contrairement au précédent cour-

rier envoyé un mois avant. Au contraire, elle annonçait s'être installée dans l'appartement avec ses enfants et sollicitait la remise en état de certaines installations dans l'appartement. Ceci laissait ainsi à penser qu'elle voulait emménager de manière pérenne. Finalement, la haute cour arrive à la conclusion que la bailleuse pouvait raisonnablement croire que le locataire ne retournerait plus vivre dans l'appartement loué. Dès lors, la résiliation du bail du 30 octobre 2013 a été validée par le Tribunal fédéral. La cause a, en outre, été renvoyée à l'autorité cantonale pour qu'elle se détermine sur une éventuelle prolongation du bail.

#### ■ Note

6. Selon l'art. 271 al. 2 CO, le congé doit être motivé si l'autre partie le demande. Pour reprendre la définition de Lachat, l'art. 271 CO vise toute résiliation qui ne repose sur aucun intérêt digne de protection, consacre une attitude déloyale, qui résulte d'une disproportion manifeste entre les intérêts en présence ou dont le motif n'est manifestement qu'un prétexte (*Lachat, Bail à loyer, Lausanne 2008, p. 733 N 4.3*). C'est sur la base des explications données que le destinataire du congé, en l'espèce le locataire, peut décider, en toute connaissance de cause, s'il conteste ou non la résiliation. De jurisprudence constante, le Tribunal fédéral considère que le bien-fondé de la résiliation doit être apprécié au moment où l'auteur du congé manifeste sa volonté de mettre un terme au contrat (*ATF 138 III 59 c. 2.1*). Dans le cas d'espèce, au moment de la résiliation, la bailleuse n'avait pas reçu le document qui attestait du placement définitif de la locataire en EMS. Ce n'est que par la suite qu'elle a reçu un tel document. La Cour de justice avait admis ainsi qu'au moment où elle a donné le congé, la bailleuse n'avait aucune certitude quant à un placement définitif. Pour le Tribunal fédéral, la question est tout autre. Il s'agit de savoir si au moment où la résiliation a été communiquée, la bailleuse disposait d'éléments suffisants pour penser que la locataire ne réintégrerait plus son logement. C'est sur la base des échanges de courriers entre la fille de la locataire et la régie que le Tribunal fédéral s'est déterminé et a admis finalement que tel était bien le cas. C'est à juste titre que le Tribunal fédéral a validé le congé. En effet, l'intérêt de la locataire résidait plutôt dans l'intérêt de la fille de celle-ci à pouvoir se loger dans le logement vraisemblablement au bénéfice d'un loyer intéressant. Ainsi, c'est la fille de la locataire qui, par ses propres déclarations, a démontré qu'il n'y avait aucun retour envisageable de la part de sa maman.

P.C.

15

**Bail d'habitation. Résiliation ordinaire en vue de travaux de rénovation urgents, qui ne peuvent être réalisés en présence du locataire. Moment et étendue de la motivation du congé.**

Tribunal fédéral

24.05.2017

A. c. Pensionskasse B.

4A\_703/2016 ; ATF 143 III 344 ; Newsletter juillet 2017

Art. 271, 271a, 272 CO

1. La Caisse de pensions B. est propriétaire de la construction C., comprenant de nombreux appartements, duplex, et autres aménagements commerciaux. Le locataire A. loue depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2004 l'un de ces logements.
2. Le 26 février 2014, la propriétaire B. résilie le bail de A. pour le 30 septembre 2014. Elle argue devoir procéder urgemment à des travaux de réfection des plafonds dans tous les appartements et que ceux-là ne pourront être réalisés en présence des locataires.
3. Le Mietgericht de Zurich déclare la résiliation comme valable. Il octroie toutefois une prolongation de bail jusqu'au 30 septembre 2015. Cette décision est confirmée par l'Obergericht. Le locataire recourt auprès du Tribunal fédéral, sans succès.
4. Dans un premier temps, le Tribunal fédéral rappelle sa jurisprudence relative à la résiliation d'un contrat de bail de durée indéterminée, évoquant notamment deux arrêts francophones très récents (*ATF 142 III 91 et 140 III 496*). La résiliation ordinaire d'un contrat de bail de durée indéterminée ne requiert aucun motif particulier. Elle peut intervenir en tout temps moyennant le respect des délais et termes prévus (art. 266a CO). La seule cautèle à respecter est qu'elle ne doit pas contrevenir aux règles de la bonne foi (art. 271 al. 1 et 271a CO). Tel sera notamment le cas si la résiliation intervient par pur esprit de chicane. Pour se prononcer sur ce point, le juge devra se replacer au moment de la notification du congé. Les motifs qui ont poussé le bailleur à résilier relèvent d'une question de fait.
5. Dans un deuxième temps, le Tribunal fédéral se focalise plus précisément sur les résiliations ordinaires en lien avec des travaux de transformation ou rénovation dans le bien loué. De jurisprudence constante, il n'est, en soi, pas contraire à la bonne foi que le bailleur résilie le bail du fait que l'utilisation du bien loué sera entravée par des travaux. Toutefois, si la présence du locataire n'entrave pas ou entrave dans une moindre mesure les travaux projetés, le bailleur n'aura aucun motif sérieux pour résilier le contrat. Dans un tel cas, la résiliation serait abusive.
6. La résiliation sera également abusive si les travaux projetés ne sont pas réalistes ou objectivement réalisables, en particulier lorsqu'ils pourraient contrevenir au droit en vigueur. Néanmoins, cette exigence n'est pas conditionnée au fait que le bailleur ait déjà obtenu toutes les autorisations administratives nécessaires ou qu'il ait déposé les documents utiles pour la réalisation des travaux. Ainsi, la question de savoir si le locataire peut rester ou non dans le logement s'analysera, de cas en cas, selon le projet d'assainissement proposé.
7. En l'occurrence, lorsque le congé a été donné, la propriétaire avait décidé de procéder à des constructions, respectivement rénovations conséquentes, soit l'étanchéité du toit plat et des loggias, la couverture des plafonds et l'étanchéité des salles d'eau. La volonté de la propriétaire, l'ampleur des travaux, ainsi que la faisabilité du projet n'étaient pas mises en cause. Par ailleurs, durant toute la réalisation des travaux, il était nécessaire que les chambres soient entièrement évacuées et vidées de leurs meubles. Le projet de réfection des plafonds entravait, à lui seul, de manière importante, l'utilisation de l'appartement loué. Or il est, en plus, prévu des travaux d'amélioration de l'étanchéité conséquents, sans prendre en compte les nuisances liées au bruit et à la poussière. Lorsque le congé a été notifié, les travaux d'assainissement étaient déjà prévus et leur réalisation faisait apercevoir que ceux-ci ne pourraient être réalisés en présence du locataire, de sorte que la résiliation ne contrevient pas aux règles de la bonne foi.
8. Le locataire fait ensuite valoir que la résiliation donnée est contraire à la bonne foi, car elle est incomplète et peu précise. De plus, la résiliation irait à l'encontre du comportement adopté par la propriétaire. La propriétaire motive la résiliation dans la lettre d'accompagnement à la formule officielle. Selon cette lettre, la résiliation intervient en raison de l'assainissement des plafonds dans tous les appartements de l'immeuble C., travaux qui ne pourraient être conduits en présence des locataires.
9. Selon la jurisprudence fédérale, les résiliations ordinaires n'ont pas besoin d'être motivées pour être valables. La motivation peut toutefois être demandée (art. 271 al. 2 CO). Une motivation lacunaire ou erronée ne conduit pas automatiquement à déclarer la résiliation comme abusive, mais cela constitue un indice qu'elle ne correspond pas à un intérêt digne de protection. Si le motif de résiliation donné est simplement de circonstance et que le motif réel n'est, quant à lui, pas perceptible/discernable, il s'agira alors manifestement d'un cas où la résiliation est contraire à la bonne foi. La loi ne précise pas jusqu'à quand les motifs qui justi-

fient la résiliation doivent/peuvent être développés. Sur la base de la théorie des novas, le TF est arrivé à la conclusion qu'ils peuvent l'être encore durant la procédure de première instance (ATF 138 III 59 c. 2.3, *JdT* 2014 II 418). Toutefois, si la partie qui résilie tarde trop à énoncer ces motifs, et ce sans raison, cela pourra être retenu comme un indice en sa défaveur ou les frais pourraient être mis à sa charge. En revanche, le complètement ou la précision des motifs déjà évoqués peut être fait sans autre.

10. Dans le cadre de résiliations données en vue de travaux de rénovation conséquents, le TF précise qu'il est important que le locataire dispose de suffisamment de renseignements pour estimer la réalité tangible du projet proposé et se rendre compte si les travaux peuvent être menés en sa présence. Le locataire doit pouvoir estimer ses chances de succès en contestant la résiliation. Dans la doctrine, les auteurs sont divisés quant à savoir quelles conséquences réserver au fait de révéler plus tard certains motifs de résiliation. La jurisprudence n'apporte pas non plus de réponse claire (ATF 142 III 91; 140 III 496; 138 III 59). Ainsi, il s'agit de déterminer si l'exigence de motivation est une condition de validité lorsqu'interviennent des travaux d'assainissement ou de transformation. La loi ne prévoit rien de particulier. Il n'y a ainsi aucune raison de prévoir un régime particulier pour ces cas de résiliation.
11. Il faut souligner que la motivation peut prendre une place considérable au niveau factuel, dans le cadre de l'appréciation des preuves, alors même que d'un point de vue du droit, il s'agit simplement d'une obligation de la partie qui résilie. Dans le cadre de travaux de rénovation, si la partie bailleuse a un projet suffisamment mûr au moment de résilier, elle peut facilement justifier le congé, afin que le locataire puisse juger si sa présence est possible ou non pendant les travaux. Il peut être discuté de la véracité d'un motif de résiliation lorsque celui-ci est ensuite remplacé, en cours de procédure, par un autre.
12. En l'espèce, lorsqu'elle a notifié le congé, la bailleuse projetait des travaux d'assainissement qui remplissent tous les critères pour résilier le bail sans violer les règles de la bonne foi. Même si, pour le TF, la motivation n'était pas très précise quant à l'urgence et à la conduite des travaux dans les appartements, comme le fait valoir le recourant, la résiliation n'est pas abusive de ce seul fait, puisqu'elle répond à un intérêt digne de protection.
13. Le TF examine enfin les conclusions subsidiaires du recourant en prolongation du bail, mais les rejette, car le recourant ne prouve pas être dans un cas difficile (« Härtefall ») au sens de l'art. 272 al. 1 CO.

■ Note

14. Décidément, la problématique des congés-rénovation, soit les congés donnés en vue de vastes travaux d'assainissement, reste une source inépuisable d'arrêts. La bailleuse entendait procéder à d'importants travaux de rénovation (étanchéité du toit, plafonds, salles de bain, etc.). Le locataire ne contestait pas le bien-fondé des travaux projetés. De plus, le projet du bailleur existait au moment où la résiliation a été donnée et on peut dès lors parler d'un projet tangible pour le locataire qui était à même de mesurer les nuisances d'un tel chantier. Il s'agit dès lors non pas de la simple intention de transformer et de rénover un immeuble, mais d'un projet suffisamment mûr et élaboré au sens de la jurisprudence (ATF 140 III 496 c. 4.2.2; TF, 29.10.2014, 4A\_391/2014 c. 2).
15. Le Tribunal fédéral considère ainsi que le locataire était à même de percevoir tant le projet que les nuisances en découlant. De plus, toutes les chambres devaient être libérées de tout objet pour permettre les travaux. Par conséquent, il faut admettre que l'utilisation des locaux était considérablement entravée par les travaux. Dans ce sens-là, le Tribunal fédéral ne fait que conforter la jurisprudence de l'ATF 135 III 112.
16. L'élément important de cet arrêt réside cependant dans le fait que le Tribunal fédéral relève expressément qu'il ne doit pas y avoir un régime différencié au niveau de la motivation du congé dans le cadre d'un congé-rénovation. Toutefois, le bailleur doit disposer au moment où il résilie d'un projet suffisamment mûr. Il est dès lors facile de justifier du bien-fondé de la résiliation lorsqu'il résilie. Pratiquement, même s'il n'y a pas de traitement différencié, le bailleur a intérêt à informer le locataire des travaux projetés. Ainsi dans le cas d'espèce, le Tribunal fédéral relève que la motivation de la bailleuse n'était pas des plus précises – elle n'avait pas énuméré l'entier des travaux projetés –, mais qu'elle suffisait pour que le locataire soit informé de ce qui allait se passer et par conséquent, qu'il puisse réaliser que les travaux voulus par le bailleur pouvaient difficilement s'effectuer en sa présence.
17. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral apporte une précision bienvenue dans la mesure où le bailleur qui entend procéder à de gros travaux de rénovation n'a pas à présenter en quelque sorte une liste des travaux qu'il entend effectuer par CFC. Dans le fond, il suffit que le locataire connaisse dans les grandes lignes le projet et puisse se faire une idée de la compatibilité des travaux avec sa présence dans les locaux.

P.C.

16

**Congé-rénovations. Compatibilité de la présence du locataire au regard de la finalité des travaux.**

Tribunal fédéral

04.05.2017

A. SA c. B. SA et C.

4A\_694/2016

Art. 271, 271a CO; 2 CC

1. Par contrat du 6 août 1996, la bailleresse A. SA a loué à B. SA et C. des locaux commerciaux dans un immeuble sis à Genève en vue d'y exploiter un restaurant. Le bail était convenu pour une durée de cinq ans, puis renouvelable tacitement de cinq ans en cinq ans. Un avenant a prorogé le bail jusqu'au 31 décembre 2005. D'autres locaux du même bâtiment ont été affectés à un bar et loués à E.
2. Par avis de résiliation du 17 décembre 2012, la bailleresse a résilié le contrat pour le 31 décembre 2015. Sur demande des locataires, la bailleresse a motivé le congé par son souhait d'exécuter des travaux de rénovation incompatibles avec la présence des locataires, son projet concernant notamment la réunification des locaux du restaurant et du bar situés dans l'immeuble.
3. Les locataires ont contesté le congé, devant l'autorité de conciliation puis le Tribunal des baux et loyers. Selon eux, les motifs avancés n'étaient qu'un prétexte, le véritable objectif étant de maîtriser la remise du restaurant à leur détriment et d'augmenter le loyer du futur preneur.
4. Le Tribunal des baux et loyers a annulé le congé, la bailleresse n'ayant fourni aucune description des travaux envisagés ni aucun projet concret. Sur appel, la Cour de justice a confirmé la décision attaquée. Si elle a reconnu la réelle volonté de la bailleresse d'entreprendre des travaux pour réunifier les locaux abritant le restaurant et le bar, elle a reproché à celle-ci de ne pas avoir démontré que ces travaux imposaient le départ des locataires en place. La bailleresse recourt au Tribunal fédéral, avec succès.
5. Le Tribunal fédéral rappelle d'abord les principes applicables au congé ordinaire. Lorsque le bail est de durée indéterminée, chaque partie peut en principe résilier le contrat en respectant les délai et terme de congé (art. 266a CO; ATF 140 III 496 c. 4.1; 138 III 59 c. 2.1). La résiliation ordinaire ne suppose pas l'existence d'un motif particulier (ATF 140 III 496 c. 4.1; 138 III 59 c. 2.1). Le bailleur est en principe libre de résilier le bail

pour exploiter son bien de la manière qu'il juge la plus conforme à ses intérêts (ATF 136 III 190 c. 3), pour effectuer des travaux de transformation ou de rénovation (ATF 142 III 91 c. 3.2.1), pour obtenir un rendement plus élevé (ATF 136 III 190 c. 2; TF, 13.12.2016, 4A\_293/2016 c. 5.2.3) ou pour utiliser les locaux lui-même ou les attribuer à ses proches (TF, 07.10.2016, 4A\_198/2016 c. 4). La seule limite à la liberté contractuelle découle des règles de la bonne foi (art. 2 al. 1 et 2 CC), le congé d'un bail d'habitation ou de locaux commerciaux pouvant le cas échéant être annulé (art. 271-271a CO). L'abus de droit n'a pas à être manifeste. Contrevient notamment à la bonne foi le congé purement chicanier, qui ne répond à aucun intérêt objectif, sérieux et digne de protection (ATF 140 III 496 c. 4.1; 136 III 190 c. 2; 135 III 112 c. 4.1). Une motivation inexistante ou erronée peut être l'indice que le congé ne répond à aucun intérêt digne de protection. Ainsi, le congé est abusif lorsque le motif invoqué n'est qu'un prétexte et que le véritable motif n'est pas constatable (ATF 138 III 59 c. 2.1; 132 III 737 c. 3.4.2; 125 III 231 c. 4b). La résiliation n'est en revanche pas contraire à la bonne foi du seul fait qu'elle entraîne des conséquences pénibles pour le locataire (ATF 140 III 496 c. 4.1) ou que l'intérêt du locataire au maintien du bail prévaut sur celui du bailleur à la fin du contrat, une pesée des intérêts entre les parties n'intervenant que dans l'examen de la prolongation du bail (TF, 15.03.2017, 4A\_388/2016 c. 3.2; TF, 26.08.2016, 4A\_18/2016 c. 3.2).

6. Pour savoir si le congé est contraire à la bonne foi, il faut en connaître le motif. La partie qui veut faire annuler le congé doit prouver les circonstances permettant de déduire que la résiliation contrevient aux règles de la bonne foi (TF, 20.02.2017, 4A\_476/2016 c. 2.2.1). L'auteur du congé doit cependant collaborer en indiquant le motif du congé s'il en est requis (art. 271 al. 2 CO) et en fournissant tous les éléments en sa possession qui permettent la vérification du motif (ATF 135 III 112 c. 4.1; 120 II 105 c. 3c). Dans le cadre de l'appréciation des preuves, le refus de donner le motif de congé ou de fournir les éléments pertinents peut conduire le cas échéant à la conclusion que l'auteur du congé n'a pas de motif admissible (TF, 08.01.2008, 4A\_345/2007 c. 2.4.3).
7. En matière de congé motivé par d'importants travaux de rénovation, de transformation ou d'assainissement, la résiliation n'est pas abusive lorsque les travaux limiteront considérablement la possibilité d'utiliser les locaux loués (ATF 135 III 112 c. 4.2). La validité du congé suppose qu'au moment où il est donné, le bailleur dispose d'un projet suffisamment mûr et élaboré pour pouvoir constater concrètement que la présence du locataire entraverait les travaux, engendrerait des complications, des coûts supplémentaires ou des retards, au point de nécessiter l'évacuation du locataire; à défaut, la résiliation est abusive (ATF 140 III 496 c. 4.2.2; 142

III 91 c. 3.2.1). Il en va de même lorsque le projet du bailleur semble objectivement impossible, notamment parce qu'il est de toute évidence incompatible avec les règles du droit public applicables et que le bailleur n'obtiendra pas les autorisations nécessaires, la preuve de l'impossibilité incombant au locataire (ATF 140 III 496 c. 4.1).

8. En l'espèce, la bailleuse a motivé le congé par d'importants travaux de rénovation visant la réunification des locaux abritant le restaurant et le bar situés dans le même immeuble. Il ressort de l'arrêt cantonal que la bailleuse n'a pas varié dans ses explications et a produit des pièces démontrant que les travaux et le projet évoqués n'étaient pas qu'un prétexte, de sorte qu'elle avait pour réelle volonté d'entreprendre des travaux en vue de réunifier les deux locaux susmentionnés. Il s'agit dès lors de déterminer si ce motif est contraire à la bonne foi. En souhaitant réunifier deux surfaces destinées à l'usage d'établissements publics – soit celle occupée par les locataires et une autre dont le locataire a fait l'objet d'un jugement d'expulsion en février 2013 – en une seule vouée à être louée à un seul locataire, l'objet du bail litigieux sera tout autre puisqu'il portera sur une surface agrandie. La question n'est donc pas de savoir si la présence des locataires entrave ou complique les travaux, puisque ce ne sont pas les travaux eux-mêmes qui impliquent le départ des locataires, mais leur résultat, soit la réunion des locaux. Il ne faut donc pas prendre en compte la compatibilité de la présence des locataires avec l'exécution des travaux, mais avec la finalité de ceux-ci. En l'occurrence, le but des travaux n'est pas compatible avec le maintien des locataires. Le congé n'est donc pas abusif pour ce motif. Il ne l'est pas non plus au regard de la faisabilité des travaux, car il appartenait le cas échéant au locataire de démontrer l'impossibilité de les exécuter. Partant, la résiliation du bailleur est valable, l'arrêt attaqué est annulé et la cause est retournée à l'autorité cantonale pour qu'elle statue sur la conclusion des locataires en prolongation du bail.

■ **Note**

9. Rien n'est jamais perdu ! Comme le montre cet arrêt, il faut parfois attendre la sentence de l'instance suprême pour obtenir gain de cause. Du côté adverse, la nouvelle est particulièrement douloureuse puisque, après deux victoires, le congé est finalement validé et le départ des locataires assuré.
10. L'affaire en cause est intéressante en ce qu'elle apporte une (nouvelle) précision aux cas de congés-rénovations : pour que la résiliation puisse être qualifiée d'abusive, la présence du locataire doit être compatible non seulement avec l'exécution des travaux, mais aussi avec la finalité de ceux-ci. En l'occurrence, ce qui posait pro-

blème ne tenait pas à la présence des locataires durant les travaux, mais une fois ceux-ci terminés. Lier la validité d'un congé avec la finalité des travaux nous semble aller de soi. La seule critique qui peut être formulée relève de l'aspect temporel. En effet, le congé ne se justifie alors plus « en vue » des travaux – puisque la présence du locataire ne gêne pas pendant leur exécution –, mais « pour la fin » de ceux-ci. En d'autres termes, ne faudrait-il pas imposer au bailleur de démontrer que l'échéance du contrat correspond à la fin – programmée – des travaux envisagés ou déjà en cours d'exécution ? En l'occurrence, la solution n'aurait certainement pas varié, dans la mesure où le délai de congé était long (cinq ans) ; le bailleur aurait aisément pu démontrer que les travaux seraient terminés pour l'échéance. A défaut de tenir compte de cet élément dans l'appréciation de la validité du congé, la durée probable des travaux devrait être prise en compte pour fixer la durée de la prolongation du bail à accorder.

P.D.-M.

## 17

**Prolongation d'un bail commercial. Chances de succès de la contestation du congé face au devoir du locataire de chercher de nouveaux locaux. Large pouvoir d'appréciation de l'autorité cantonale sur la durée de la prolongation accordée.**

Tribunal fédéral

17.01.2017

X. SA c. Z. SA

4A\_346/2016 ; Newsletter mars 2017

Art. 271 al. 1, 272 al. 1, 272b al. 1 CO ; 2 al. 1 et 2 CC

1. Z. SA est une société du groupe U. actif dans le commerce de détail et de nombreux autres secteurs des services et de la consommation. Elle est propriétaire d'un centre commercial à proximité de Genève. Dès le 1<sup>er</sup> septembre 2000, elle a remis à bail à X. SA des locaux dans ce centre, destinés à l'exploitation d'un fitness, pour une durée initiale de dix ans. X. SA est elle-même intégrée à un groupe qui exploite plusieurs fitness à Genève et sur l'arc lémanique. En septembre 2013, la bailleuse a résilié le bail pour le 30 septembre 2014. Elle a motivé le congé en ce sens qu'une autre société du groupe U., W. SA, cherchait à développer un réseau de fitness en Suisse romande et la bailleuse voulait l'accueillir dans son centre commercial à cette fin. La locataire a contesté le congé devant les autorités compétentes genevoises. Le tribunal saisi au fond a constaté la validité du congé et octroyé à la locataire une unique prolongation de cinq ans, jusqu'au

30 septembre 2019. La Chambre des baux et loyers de la Cour de justice a confirmé ce jugement. Les parties recourent toutes deux au Tribunal fédéral. La locataire réclame l'annulation du congé, subsidiairement une prolongation de six ans, jusqu'au 30 septembre 2020; la bailleuse demande que la prolongation soit réduite à deux ans, échue au 30 septembre 2016. Le Tribunal fédéral rejette les deux recours.

2. Chaque cocontractant est en principe libre de mettre fin au bail de durée indéterminée dans le respect des délai et terme. Le congé est toutefois annulable lorsqu'il contrevient aux règles de la bonne foi (art. 271 al. 1 CO). Cette disposition protège le locataire notamment contre le congé purement chicanier qui ne répond à aucun intérêt objectif, sérieux et digne de protection, et dont le motif n'est qu'un prétexte. Le locataire est également protégé en cas de disproportion grossière des intérêts en présence ou lorsque le bailleur use de son droit de manière inutilement rigoureuse ou adopte une attitude contradictoire. C'est l'expression des principes de la bonne foi et de l'interdiction de l'abus de droit de l'art. 2 al. 1 et 2 CC. Un abus « manifeste » n'est cependant pas nécessaire (ATF 120 II 105 c. 3; 120 II 31 c. 4a). La validité du congé s'apprécie au moment où la manifestation de volonté est donnée (ATF 142 III 91 c. 3.2.1; 140 III 496; 138 III 59). Dans tous les cas, l'art. 271 CO ne tend pas à supprimer la liberté du bailleur de résilier le contrat, mais seulement à protéger le locataire contre d'éventuels abus de cette liberté.
3. En l'espèce, le congé est motivé par la volonté de remplacer la locataire par une autre société du même groupe que la bailleuse, pour y pratiquer la même activité commerciale. D'un point de vue économique, ce remplacement permettra au groupe d'offrir lui-même les prestations d'un fitness dans un centre commercial qui lui appartient, au lieu de louer à un groupe tiers des surfaces consacrées à cette activité. La logique économique de cette opération est évidente et indiscutable. On ne discerne pas en quoi le congé serait chicanier ou dépourvu de motif objectif. Le seul fait que le nouveau locataire bénéficiera d'emblée d'une clientèle déjà habituée à la présence d'un fitness à l'emplacement concerné du centre commercial ne donne pas au congé un caractère déloyal et abusif. La bailleuse s'était initialement engagée à louer les locaux pour une durée minimale de dix ans, qui était entièrement écoulée au moment de la résiliation. Ses devoirs de loyauté ne s'étendent pas au-delà. De son côté, en acceptant une telle durée, la locataire acceptait que la bailleuse puisse par la suite résilier le bail pour faire valoir ses propres intérêts. La validité du congé est donc confirmée par le Tribunal fédéral.
4. S'agissant de la prolongation du bail, le Tribunal fédéral rappelle qu'en matière de baux commerciaux, le lo-

caire peut demander une prolongation d'une durée de six ans maximum (art. 272b al. 1 CO), lorsque la fin du contrat aurait pour lui des conséquences pénibles et que les intérêts du bailleur ne les justifient pas (art. 272 CO). Dans cette limite de temps, le juge peut octroyer une ou deux prolongations. Il apprécie librement le droit et la durée de la prolongation, en procédant à une pesée des intérêts en présence et en tenant compte du but de la prolongation, soit de donner du temps au locataire pour trouver des locaux de remplacement. Tous les éléments du cas d'espèce doivent être pris en considération, notamment la durée du bail, la situation personnelle et financière du locataire et du bailleur, le comportement de ceux-ci et l'état du marché locatif local (art. 272 al. 2 CO; ATF 136 III 190 c. 6; 135 III 121 c. 2; 125 III 226 c. 4b). Le Tribunal fédéral n'intervient qu'avec retenue dans l'exercice du pouvoir d'appréciation du juge, c'est-à-dire lorsque la cour cantonale s'écarte sans raison des règles établies en la matière ou lorsqu'elle s'appuie sur des faits qui ne devaient pas jouer de rôle, ou encore si elle ignore des éléments qui auraient absolument dû être pris en compte. Le TF intervient encore lorsque la décision aboutit à un résultat manifestement injuste ou à une iniquité choquante (ATF 138 III 252 c. 2.1; 136 III 278 c. 2.2.1; 135 III 121 c. 2).

5. En l'espèce, la cour cantonale a constaté que la bailleuse n'avait pas de besoin impérieux d'intégrer W. SA dans son centre commercial. La locataire a de son côté pu amortir ses frais d'installation initiaux. Si elle a par la suite supporté des frais d'entretien des locaux, elle n'a pas réclamé à la bailleuse de garantie pour pouvoir les amortir sur une certaine durée. D'autres frais ont encore porté sur des biens meubles, mais la locataire pourra déplacer ceux-ci et les utiliser dans d'autres locaux. La locataire n'a pas cherché de locaux de remplacement quand bien même il existe de nombreuses surfaces commerciales vacantes dans les environs. La durée de la prolongation de cinq ans accordée par le tribunal de première instance tenait enfin compte de manière adéquate du risque de perte de clientèle. C'est pourquoi la cour cantonale a confirmé la prolongation de cinq ans. De son côté, le Tribunal fédéral relève que la présence de nombreuses autres surfaces commerciales vacantes dans les environs n'est pas mise en doute par la locataire. La cour cantonale n'a cependant pas constaté que ces surfaces présenteraient des caractéristiques appropriées pour l'exploitation d'un fitness. Le risque d'une perte de clientèle consécutive à un déménagement est incontestable, car les usagers accordent une grande importance à l'emplacement du fitness. Une prolongation supérieure à deux ans permet à la locataire de trouver des locaux de remplacement aux caractéristiques réellement appropriées et voisins de l'emplacement actuel, en vue de réduire le plus possible le risque de perte de clientèle. Le fait que la locataire n'ait pas cherché des locaux de remplacement ne

doit pas être surestimé, car la contestation du congé pouvait présenter certaines chances de succès. Par conséquent, la durée de cinq ans accordée au niveau cantonal, si elle est certes très importante et très favorable à la locataire, s'inscrit néanmoins dans les limites du pouvoir d'appréciation du juge. Il n'y a pas lieu de s'en écarter.

■ **Note**

6. Le Tribunal fédéral rejette les recours respectifs de la locataire et de la bailleuse. Il donne néanmoins du grain à moudre à chacune des parties. Du côté locataire, il relève que, pour statuer sur la prolongation du bail, le juge ne doit pas « surestimer » le fait que la locataire n'ait pas cherché de locaux de remplacement dans la mesure où « la contestation du congé pouvait présenter certaines chances de succès » (arrêt commenté, c. 4). Or, selon la jurisprudence, l'absence de démarches en vue de trouver un nouveau local constitue un facteur à prendre en compte même lorsqu'il s'agit de statuer sur une première prolongation (TF, 26.05.2008, 4A\_130/2008 c. 3.2; TF, 08.09.2004, 4C.176/2004 c. 3.2 et les réf. citées). Le Tribunal fédéral avait déjà admis que les exigences étaient réduites en cas de chances de succès. Il semblait cependant lier ces chances au fait qu'au moins l'une des autorités ayant statué au niveau cantonal ait invalidé ou annulé la résiliation (TF, 13.04.2010, 4A\_62/2010 c. 6.1.1: *congé considéré comme nul par l'autorité de conciliation et par le tribunal de première instance puis validé par l'autorité cantonale supérieure*; TF, 22.12.2004, 4C.343/2004 c. 4.2: *annulation du congé par l'autorité de conciliation*; TF, 18.11.2002, 4C.267/2002 c. 3: *congé annulé par l'autorité de conciliation, validé par le tribunal de première instance puis à nouveau annulé par l'autorité cantonale supérieure*; le TF avait quant à lui prononcé la validité du congé tout en relevant, dans l'appréciation de la durée de la prolongation à accorder, que l'arrêt de la cour cantonale pouvait légitimement dissuader les locataires de poursuivre activement leurs recherches), ce qui était « de nature à dissuader [le locataire] d'entreprendre sans délai des recherches en vue de trouver d'autres locaux » (TF, 22.12.2004, 4C.343/2004 c. 4.2). En d'autres termes, le locataire devait avoir eu quelque espoir de réussite devant l'une ou l'autre des instances inférieures. En revanche, dès le moment où une autorité avait confirmé la validité du congé, le locataire ne pouvait plus rester inactif (TF, 10.10.2012, 4A\_454/2012 c. 3.4: « *La recourante a certes obtenu une annulation de congé par l'autorité de conciliation, mais le Tribunal des baux a rendu le 30 novembre 2009 une décision défavorable, qui a été confirmée par la Cour de justice le 15 novembre 2010. A partir de ce moment, la recourante devait comprendre l'importance de rechercher sérieusement d'autres locaux.* »; TF, 16.12.2010, 4A\_518/2010 c. 3.3: *le locataire, qui avait perdu à tous les échelons cantonaux, « ne*

*saurait se dispenser de toute démarche visant la recherche d'un nouvel appartement* » au moins depuis la décision de la Commission de conciliation qui avait confirmé la validité du congé. Voir encore TF, 28.05.2014, 4A\_106/2014 c. 4.1 et TF, 26.05.2014, 4A\_15/2014 c. 4.1, qui évoquent le principe, mais ne l'appliquent pas au cas d'espèce). Dans une affaire où la résiliation avait été validée par toutes les juridictions cantonales, le Tribunal fédéral relevait même que la contestation du congé ne suffisait pas à affranchir le locataire de son devoir de rechercher un nouveau logement parce qu'il ne pouvait pas partir de l'idée que son point de vue serait nécessairement partagé par l'autorité judiciaire appelée à statuer (TF, 26.05.2008, 4A\_130/2008 c. 3.2). Dans l'arrêt ici commenté, le Tribunal fédéral semble donc assouplir le principe puisqu'il admet que le congé présentait « certaines chances de succès » alors même que la locataire avait perdu à tous les échelons.

7. Comment savoir désormais si la cause peut présenter « certaines chances de succès » (*en allemand*: « *mit Aussicht auf Erfolg* », voir TF, 28.05.2014, 4A\_106/2014 c. 4.1)? On pourrait appliquer par analogie la jurisprudence du Tribunal fédéral en lien avec l'octroi de l'assistance judiciaire. D'ailleurs, notre haute cour utilise aussi les termes « certaines chances de succès » dans des arrêts relatifs à l'AJ, en lien avec l'art. 64 LTF (voir TF, 27.05.2008, 4A\_102/2008 c. 5; TF, 06.02.2009, 4A\_533/2008 c. 3; TF, 05.08.2004, 1P.294/2004 c. 5 [application de l'art. 152 OJ qui comprenait les mêmes termes que l'art. 64 LTF]). Cette disposition prévoit que l'assistance judiciaire est accordée si les « conclusions ne paraissent pas vouées à l'échec ». De son côté, l'art. 117 CPC indique que l'assistance judiciaire est octroyée si « la cause ne paraît pas dépourvue de toute chance de succès ». Si les termes diffèrent dans les deux dispositions, les exigences quant aux chances de succès sont les mêmes. Il faut que les perspectives de gagner le procès ne soient pas notablement plus faibles que les risques de le perdre et qu'elles puissent être considérées comme sérieuses (*pour la LTF, voir ATF 139 III 396 c. 1.2; pour le CPC, voir ATF 138 III 217 c. 2.2.4; 133 III 614 c. 5*). La situation doit s'apprécier au moment du dépôt de la requête d'assistance judiciaire, sur la base d'un examen sommaire (ATF 142 III 138 c. 5; 139 III 475 c. 2.2). Il faut procéder à une appréciation d'ensemble *prima facie*, sans analyser chaque grief individuellement (Corboz, in: Corboz/Wurzbürger/Ferrari/Frésard/Aubry Girardin (éd.), *Commentaire de la LTF*, 2<sup>e</sup> éd., Berne 2014, art. 64 LTF N 39). A notre avis, les exigences en matière d'AJ sont trop souples pour pouvoir être transposées aux chances de succès suffisantes pour la contestation du congé, qui permettraient au locataire de rester inactif ou peu actif dans ses recherches de locaux de remplacement. A défaut, on viderait ce critère de tout son sens. Compte tenu de la difficulté de définir ce qu'il faut comprendre par chances de succès suffisantes et de l'insécurité juridique

qui en découle, il conviendrait plutôt de s'en tenir à la jurisprudence antérieure du TF, selon laquelle le locataire peut rester passif aussi longtemps qu'il a obtenu gain de cause devant l'une des instances cantonales.

8. Du côté bailleur, le Tribunal fédéral ne revient certes pas sur la durée de la prolongation de cinq ans accordée par l'autorité précédente, devoir de retenue oblige, mais relève néanmoins que cette durée «semble très importante, donc très favorable» à la locataire (arrêt commenté, c.4). Il faut certainement en déduire que les membres de la Ire Cour civile, s'ils avaient statué en première ou deuxième instance, n'auraient pas accordé une prolongation si longue. Les juges cantonaux ont, eux, opté pour la solution la plus favorable au locataire, qui constituait manifestement la limite supérieure acceptable. Leur large pouvoir d'appréciation le leur permettait. L'on gardera en tête que le combat sur la durée de la prolongation a essentiellement lieu au stade cantonal.

P.D.-M.

## 18

### Notification de la résiliation du bail durant l'absence ou les vacances du locataire. Théorie de la réception absolue.

Tribunal fédéral

13.12.2016

X. c. H.Z. et F.Z.

4A\_293/2016 ; ATF 143 III 15 ; Newsletter janvier 2017

Art. 273 CO

1. En 1995, deux époux ont conclu un bail d'habitation pour une durée d'une année, renouvelable ensuite tacitement d'année en année sauf préavis de résiliation de trois mois avant l'échéance. Suite à leur divorce, l'appartement a été attribué à l'épouse mais l'époux est resté locataire. En 2008, le bail a été modifié et a été renouvelé pour une durée de cinq ans jusqu'au 31 mars 2014, renouvelable ensuite de cinq ans en cinq ans, sauf résiliation trois mois avant son échéance.
2. Par plis recommandés du 29 novembre 2013 adressés aux deux locataires, le bailleur a résilié le bail pour le 31 mars 2014. Les plis recommandés n'ayant pas pu être remis en mains propres, l'agent postal a déposé un avis de retrait possible entre le 2 et le 9 décembre 2013. La locataire, qui s'était absentée durant dix jours vers la fin novembre 2013, n'a découvert l'avis de retrait que le 9 décembre 2013 à une heure trop tardive pour se rendre à la poste. Les plis recommandés non retirés ont été retournés au bailleur le 10 décembre 2013 à 15h27. Le 23 janvier 2014, la régie a renvoyé aux locataires, sous pli simple, la résiliation du 29 novembre 2013, en prétendant qu'un pli recommandé non retiré était considéré comme reçu le dernier jour du délai de garde postal et produisait par conséquent tous ses effets.
3. Le 7 février 2014, les locataires ont ouvert action en contestation du congé. Le tribunal de première instance a considéré la demande tardive et donc irrecevable, car la résiliation était intervenue le lendemain du jour où l'avis de retrait avait été déposé dans la boîte aux lettres des locataires, soit le 3 décembre 2013, et l'action intentée le 7 février 2014 ne respectait pas le délai de 30 jours de l'art. 273 al. 1 CO pour contester le congé. Au contraire, le tribunal cantonal a déclaré la requête des locataires recevable et renvoyé la cause au tribunal de première instance pour suite d'instruction. Le bailleur a interjeté recours en matière civile au Tribunal fédéral contre cette décision.
4. Le délai de péremption de 30 jours de l'art. 273 al. 1 CO pour ouvrir action en contestation du congé court à partir du moment de la réception de la résiliation du bail. En vertu du principe de l'unité de l'ordre juridique, tant le point de départ de ce délai que sa computation doivent se faire selon le droit matériel (et pas selon les règles de procédure du CPC). La communication de la résiliation du bail est soumise à la théorie de la réception dite absolue. Le point de départ du délai correspond au moment où la résiliation du bail parvient dans la sphère d'influence (*Machtbereich*) du destinataire ou de son représentant, de telle sorte qu'en organisant normalement ses affaires, celui-ci est à même d'en prendre connaissance. Lorsque la manifestation de volonté est communiquée par pli recommandé, si l'agent postal n'a pas pu le remettre effectivement au destinataire et qu'il laisse un avis de retrait dans la boîte aux lettres ou la case postale, le pli est reçu dès que le destinataire est en mesure d'en prendre connaissance au bureau de la poste selon l'avis de retrait; il s'agit soit du jour même où l'avis est déposé dans la boîte aux lettres si l'on peut attendre du destinataire qu'il le retire aussitôt, sinon en règle générale le lendemain de ce jour (c. 4.1).
5. En l'espèce, selon les constatations de l'arrêt attaqué, l'avis de retrait de la formule officielle de résiliation et de la lettre d'accompagnement, envoyées sous pli recommandé par le bailleur le 29 novembre 2013, a été mis dans la boîte aux lettres de la locataire le 2 décembre 2013. Le délai de garde a couru du 2 au 9 décembre 2013. La locataire qui s'était absentée une dizaine de jours a trouvé l'avis de retrait à son retour le lundi 9 décembre 2013, à une heure trop tardive pour se rendre à la poste. Le pli recommandé n'a pas été retiré par la locataire. La poste a retourné le pli recommandé au bailleur le 10 décembre 2013 à 15h27. La

notification de la résiliation est donc valablement intervenue le 3 décembre 2013, soit le lendemain du dépôt de l'avis de retrait dans la boîte aux lettres de la locataire, comme l'a retenu le Tribunal de première instance en conformité avec la théorie de la réception absolue des actes juridiques (c. 4.2).

■ **Note**

6. Dans un commentaire consacré à l'ATF 140 III 244 et portant également sur la détermination du point de départ du délai pour contester un congé donné par le bailleur (DB 2014 N 19), nous avons conclu notre analyse en ces termes : « *La question [de l'application de la théorie de la réception absolue au point de départ du délai prévu à l'art. 273 al. 1 CO] pourrait sembler définitivement tranchée. C'est sans compter que le Tribunal fédéral, en se fondant sur un arrêt en droit du travail, met en évidence une exception à la théorie de la réception (absolue ou relative), jusque-là peu explorée en droit du bail : une « communication est considérée comme non avenue si l'auteur de l'envoi sait que le destinataire est en vacances ou absent ».* Voilà un argument que s'empresseront d'invoquer les locataires ayant reçu une résiliation en période de vacances et une occasion de plus pour le Tribunal fédéral de préciser sa jurisprudence sur la théorie de la réception en veillant à l'unité du droit (matériel fédéral) des obligations ... ». Nous y voici !
- 7. Si l'on s'attache à la généalogie de la décision commentée, il faut mentionner deux précédents relatifs à la détermination du point de départ de délais matériels en droit du bail :
  - ATF 137 III 208 c. 3.1 : la théorie de la réception absolue s'applique à propos du délai de congé extraordinaire fondé sur l'art. 261 al. 2 lit. a CO ; le délai de congé de l'art. 266d CO (six mois pour le terme fixé par l'usage local) court dès que la résiliation est parvenue dans la sphère d'influence du destinataire, de telle sorte qu'en organisant normalement ses affaires celui-ci soit à même d'en prendre connaissance. Lorsque l'agent postal n'a pas pu remettre le pli recommandé contenant la résiliation et a laissé un avis de retrait, le pli est reçu dès que le destinataire est en mesure d'en prendre connaissance au bureau de la poste selon l'avis de retrait, soit le jour même où l'avis de retrait est déposé dans la boîte aux lettres, sinon en règle générale le lendemain de ce jour.
  - ATF 140 III 244 c. 5 : le délai d'ouverture d'action de l'art. 273 al. 1 CO, à l'instar de tous les délais dans lesquels une action doit être introduite en justice, est un délai de droit matériel fédéral soumis à la théorie de la réception absolue. Dans un *obiter dictum*, le Tribunal fédéral laisse cependant entendre que le bailleur ne peut toutefois pas profiter de l'absence ou de l'indisponibilité du locataire pour lui

notifier un congé ; en effet, la communication serait considérée comme non avenue si l'auteur de l'envoi savait que le destinataire était en vacances ou absent.

8. L'arrêt commenté ne mérite pas que nous nous attardions trop longtemps sur des questions désormais tranchées et au sujet desquelles nous nous sommes déjà exprimés (voir DB 2014 N 19, qui précise les motifs pour lesquels nous soutenons la solution retenue par le Tribunal fédéral, au contraire de la majorité des auteurs). Nous nous contenterons de quelques rappels.
9. Nous ne reviendrons d'abord pas en détail sur la théorie générale de la réception d'une manifestation de volonté et sur la détermination du moment pertinent lorsque le bailleur adresse une résiliation au locataire, si ce n'est pour souligner que le principe de l'unité de l'ordre juridique impose d'appliquer les règles de droit matériel pour fixer le point de départ du délai de contestation du congé et pour effectuer sa computation. Les règles de procédure du CPC ne sont pas pertinentes pour les délais de droit matériel. En particulier, la fiction de notification au 7<sup>e</sup> jour du délai de garde (art. 138 al. 3 lit. a CPC ; art. 44 al. 2 LTF) et le fait que cette fiction ne vaut que si le destinataire devait s'attendre à recevoir une notification (art. 138 al. 3 lit. a *in fine* CPC) ne sont pas applicables.
10. Nous ne détaillerons ensuite pas les deux exceptions admises en droit du bail, auxquelles s'applique la théorie de la réception relative. Nous nous contenterons de rappeler qu'il s'agit d'une part du délai de dix jours de l'art. 269d al. 1 CO à la disposition du locataire pour résilier le contrat s'il n'entend pas accepter la majoration de loyer communiquée par le bailleur (ATF 107 II 189) et, d'autre part, du délai de 30 jours de l'art. 257d al. 1 CO suivant l'avis comminatoire de paiement afin que le locataire puisse réunir les fonds pour régler les arriérés de loyer non payés (ATF 119 II 147). Il est cependant intéressant de souligner que, pour la première fois, le Tribunal fédéral fait un lien exprès entre les règles applicables aux deux exceptions précitées en matière de bail et les dispositions de procédure civile (c. 4.1, 1<sup>er</sup> paragraphe). Le Tribunal fédéral précise même que « les règles sur la fiction de notification à l'échéance du délai de garde postal de 7 jours et sur son exception, à savoir lorsque le destinataire ne devait pas s'attendre à recevoir une communication » s'appliquent « aux deux cas de l'avis de majoration du loyer et de la sommation de payer » (c. 4.3, 2<sup>e</sup> paragraphe). Ce point de vue nous semble discutable, en particulier pour le délai de l'art. 269d al. 1 CO : si le Tribunal fédéral dit vrai, le locataire pourra aisément faire échec à la fiction de notification en n'allant pas chercher le courrier recommandé à l'office de poste et en argumentant qu'il ne devait pas s'attendre à recevoir une majoration de loyer ; il repoussera ainsi abusivement le moment de

la réception de la manifestation de volonté du bailleur. A notre avis, le lien direct établi par le Tribunal fédéral entre le régime applicable en procédure civile et celui concernant les exceptions de droit matériel en bail n'est pas judicieux : ce n'est pas parce que les deux délais de droit matériel connaissent le système de la réception relative qu'il faut nécessairement leur appliquer les dispositions du CPC, en particulier l'art. 138 al. 3 lit. a *in fine* CPC. Une différence entre le régime exceptionnel de la réception relative en droit matériel et le régime ordinaire du droit procédural peut tout à fait demeurer.

11. Enfin, nous n'évoquerons pas en détail le principe de la réception absolue, si ce n'est pour rappeler qu'il joue un rôle uniquement en cas de courrier recommandé non distribué pour lequel l'agent postal a déposé un avis de retrait. Le moment de la réception dudit courrier a alors lieu dès que le locataire peut en prendre connaissance selon l'avis de retrait : il s'agit en principe du lendemain du dépôt de cet avis dans la boîte à lettres ou la case postale du locataire.
12. La nouveauté de l'arrêt commenté réside avant tout dans les développements concernant le moment de la réception du congé dans l'hypothèse particulière d'une « absence ou [des] vacances du locataire ». Le Tribunal fédéral applique la théorie de la réception absolue : même si le locataire est absent ou en vacances, le congé adressé par courrier recommandé et non distribué est donc reçu soit le jour même où l'avis de retrait est déposé dans la boîte aux lettres si l'on peut attendre du destinataire qu'il le retire aussitôt, sinon en règle générale le lendemain de ce jour (c. 4.1).
13. Précisons que le Tribunal fédéral, comme le tribunal de première instance, a retenu en l'espèce que la notification de la résiliation était intervenue le 3 décembre 2013, bien que l'avis de retrait invitât le locataire à retirer l'envoi déjà à partir du 2 décembre 2013, date de remise de l'avis dans la boîte aux lettres du locataire (c. 4.2). Le choix de fixer le départ du délai le 3 décembre plutôt que le 2 décembre 2013 peut surprendre et aurait mérité quelques précisions supplémentaires. Cette décision ne peut s'expliquer que par des éléments de fait non contenus dans l'arrêt de dernière instance. Elle met néanmoins en évidence un élément du test appliqué : la réception a lieu le jour même du dépôt de l'avis de retrait uniquement « si l'on peut attendre du destinataire qu'il le retire aussitôt » (c. 4.1). Dans le cas contraire et en principe, c'est le lendemain. Par conséquent, la détermination du jour de la notification ne dépend pas seulement du moment où l'agent postal, qui a fini sa tournée, rapporte le courrier recommandé à l'office de poste, mais aussi d'une appréciation du juge sur le fait que l'on puisse attendre du locataire qu'il vienne retirer le courrier le jour même. Dans le cas d'espèce, la solution retenue s'explique parce que les juges fédéraux, à la suite du juge de première instance, ont considéré que l'on ne pouvait pas attendre du locataire qu'il retirât le courrier recommandé le jour même de la remise de l'avis de retrait (2 décembre 2013), mais uniquement le lendemain (3 décembre 2013).
14. Au-delà de l'argument de principe de l'unité de l'ordre juridique au sein du droit (matériel fédéral) des obligations, le Tribunal fédéral justifie de manière convaincante l'application de la théorie absolue de la réception en démontrant que ce système tient équitablement compte des intérêts privés antagonistes présents (c. 4.1). D'une part, l'expéditeur (le bailleur), qui choisit le moyen de communication (envoi recommandé), supporte le risque de la transmission jusqu'au moment où sa manifestation de volonté parvient dans la sphère d'influence du destinataire (locataire), mais il n'a ensuite aucune maîtrise sur la prise de connaissance effective de la résiliation. D'autre part, le locataire est responsable d'organiser normalement ses affaires afin d'être à même de prendre connaissance de la résiliation dès qu'elle se trouve à l'intérieur de sa sphère d'influence (*cf. ATF 137 III 208 c. 3.1.2*). C'est donc au locataire de supporter le risque du caractère tardif ou de l'absence de prise de connaissance de la manifestation de volonté, au moins lorsqu'il n'a pas organisé normalement ses affaires en vue d'éviter ce risque.
15. Au contraire de l'ATF 140 III 244 (c. 5.2), qui mentionnait explicitement la décision du TF 4P.307/1999 du 5 avril 2000, l'arrêt commenté ne fait pas allusion à cette jurisprudence en matière de contrat de travail relative à la réception, par le travailleur en vacances, d'une manifestation de volonté provenant de son employeur. Une explication sur la délimitation entre les deux régimes contractuels (bail et travail) aurait pourtant été bienvenue, ce d'autant plus que la locataire était en vacances (c. 4.3 *in initio* : « si, pour d'autres raisons que ses vacances »). En effet, selon l'arrêt du TF 4P.307/1999 du 5 avril 2000, « l'employeur, de bonne foi, doit escompter que le travailleur s'absentera de son domicile pendant ses vacances [...]. Du moment que les vacances ont été instituées pour que le travailleur puisse se reposer sans plus penser à son travail, il est exclu de considérer que celui-ci, pendant son absence, a le devoir de faire en sorte qu'une éventuelle lettre de résiliation de son contrat puisse lui parvenir, comme ce doit être le cas pendant le temps de travail. » (c. 3.c). L'arrêt du TF 4C.34/2006 du 4 mai 2006 va dans le même sens en affirmant que « l'employeur doit escompter que le travailleur s'absentera de son domicile lors de ses vacances, de sorte qu'il est gravement contraire au principe de la confiance d'admettre qu'un congé signifié au domicile du travailleur puisse déployer ses effets alors que celui-ci est en vacances au su de son employeur » (c. 2.1). En matière de contrat de travail, le congé adressé au travailleur à son domicile

pendant ses vacances n'est censé reçu qu'à son retour, à moins qu'il ne soit resté chez lui pendant la période considérée, qu'il ait fait suivre son courrier à son adresse de vacances ou qu'il soit parti en vacances sans en informer son employeur (TF, 05.04.2000, 4P.307/1999 c. 3.c).

16. A notre avis, l'arrêt commenté et les jurisprudences en matière de travail mentionnées ci-dessus ne sont pas contradictoires. A première vue, on pourrait être tenté d'appliquer la solution du contrat de travail au contrat de bail lorsqu'il s'agit de déterminer le moment de la réception d'une manifestation de volonté provenant de la partie dite forte (bailleur ou employeur). Un tel choix s'expliquerait par le souci commun des deux réglementations légales (bail et travail) de protéger la partie faible au contrat. Selon nous toutefois, la jurisprudence applicable au travailleur absent est directement liée à l'institution des vacances (elle ne s'applique d'ailleurs pas nécessairement à d'autres types d'absence du travailleur). Elle découle notamment du fait que, selon l'art. 329c al. 2 CO, c'est l'employeur qui fixe les dates des vacances du travailleur en tenant compte des désirs de ce dernier. Dès lors, il serait contraire aux règles de la bonne foi qu'un employeur puisse à la fois fixer les vacances de son employé et choisir ce moment précis pour lui notifier son congé. En revanche, le droit du bail ne connaît pas d'institution comparable aux vacances : le bailleur ne peut pas fixer les absences du locataire et celui-ci n'est pas tenu d'informer le bailleur de ses vacances. Par conséquent, les solutions différentes pour les contrats de bail et de travail s'expliquent par le fait que les vacances soient une institution spécifique au contrat de travail et, en particulier, par le contenu de l'art. 329c al. 2 CO.

17. L'arrêt commenté ne distingue pas selon que le locataire est absent ou en vacances. Les deux termes semblent être synonymes (cf. c. 4.2: « [...] la locataire qui s'était absentée une dizaine de jours »; c. 4.3: « [...] pour d'autres raisons que ses vacances »). Le Tribunal fédéral précise tout de même qu'il n'a pas examiné la question d'une maladie qui aurait empêché le locataire de se rendre à la poste, arguant qu'il s'agit d'une question purement théorique au vu des circonstances concrètes (c. 4.3). A notre avis, la solution applicable doit dépendre du type d'absence. Nous distinguons trois hypothèses principales :

- Si le locataire s'est absenté *volontairement*, qu'il n'a pas informé le bailleur de son absence et que celui-ci n'a pas connaissance de celle-ci (p.ex. pour des vacances ; c'est l'hypothèse de l'arrêt commenté), il convient d'appliquer le principe de la réception absolue pour les raisons mentionnées ci-dessus, en particulier pour tenir compte des intérêts antagonistes du bailleur et du locataire dans la transmission privée de manifestations de volonté. Le délai pour ouvrir action en contestation du congé débute

donc le lendemain du dépôt de l'avis de retrait dans la boîte aux lettres du locataire, même si celui-ci ne peut pas en prendre connaissance parce qu'il s'absente plus longtemps que le délai de garde de la poste. Le Tribunal fédéral est d'ailleurs parfaitement conscient des conséquences pratiques de sa décision : « [...] Cela signifie que le locataire ne peut pas simplement ignorer l'avis de retrait qui a été déposé dans sa boîte aux lettres ou sa case postale lorsqu'il était absent ou en vacances, et ce même si le délai de garde est échu lorsqu'il le trouve à son retour. Il doit s'informer auprès de la poste pour connaître le nom de l'expéditeur du pli recommandé ; d'ailleurs, actuellement, il lui est même souvent possible d'obtenir cette information en consultant le site internet de la poste, à l'aide du code figurant sur l'avis de retrait. Si la poste n'est plus en possession du pli, le locataire devra s'enquérir alors directement auprès de l'expéditeur pour connaître le contenu du pli et en obtenir copie. » (c. 4.1). Dans une telle hypothèse, le locataire ne disposera plus des 30 jours prévus par l'art. 273 al. 1 CO pour contester le congé. A l'instar du Tribunal fédéral, il ne nous semble toutefois pas impératif que le locataire bénéficie de la totalité de ce délai pour (faire) déposer, voire dicter au procès-verbal de l'autorité de conciliation, une requête répondant aux exigences de l'art. 202 CPC.

- Si le locataire s'est absenté *volontairement* et qu'il a informé le bailleur de son absence (p.ex. pour des vacances ou pour une hospitalisation planifiée) ou que celui-ci a connaissance de cette absence pour une autre raison (p.ex. parce qu'il habite dans le même immeuble que le locataire), la situation reste semblable à la première hypothèse. Le fait que le locataire ait averti le bailleur n'est en principe pas pertinent. Selon la formule du Tribunal fédéral, le locataire doit « organiser normalement ses affaires » (c. 4.1), de telle sorte qu'il puisse prendre connaissance des manifestations de volonté qui lui sont adressées par ses cocontractants. Il peut notamment faire suivre son courrier vers son lieu de séjour provisoire, ou charger une personne de relever son courrier. Il peut aussi accorder une procuration pour retirer à la poste le courrier recommandé : une procuration unique, c'est-à-dire pour le retrait d'un envoi clairement défini, est gratuite et peut se faire par internet ou par téléphone. Il suffit d'indiquer le numéro du pli figurant sur l'avis de retrait. Exceptionnellement, le fait que le bailleur connaisse l'absence du locataire peut constituer un indice pertinent pour établir un abus de droit (art. 2 al. 2 CC) de sa part. En cas de litige, le bailleur doit alors révéler pourquoi il a notifié le congé pendant l'absence du locataire et le juge doit procéder à une pesée des intérêts. Il y aura par exemple abus si le bailleur a intentionnellement adressé sa résiliation alors que le locataire était absent pendant plus de

trente jours et qu'il aurait encore pu la notifier au retour de celui-ci, en respectant les délai et terme contractuels. Dans cette hypothèse, la réception du congé a lieu lorsque le locataire a réintégré son domicile, à l'instar de la jurisprudence développée en droit du travail (cf. *TF, 05.04.2000, 4P.307/1999 c. 3.c*). En revanche et contrairement à ce que laisse entendre l'*obiter dictum* contenu dans l'ATF 140 III 244, c. 5.2 *in fine* (qui parle de communication « non avenue »), il n'est à notre sens pas opportun d'admettre systématiquement un report de la réception du congé, voire une inexistence de celui-ci, lorsque le bailleur connaît l'absence du locataire. D'abord, nous avons mis ci-dessus en évidence en quoi les motifs justifiant la solution applicable aux vacances du travailleur ne sont pas nécessairement pertinents en cas d'absence ou de vacances du locataire. Ensuite, si l'on devait retenir un report systématique de la réception, le locataire n'aurait aucune incitation à organiser normalement ses affaires afin de prendre connaissance le plus tôt possible des manifestations de volonté du bailleur. Cela contreviendrait au compromis recherché par le législateur pour tenir compte des intérêts privés antagonistes du bailleur et du locataire. Enfin, on pourrait

même imaginer qu'un locataire, au bénéfice d'un bail de cinq ans renouvelable de cinq en cinq ans sauf résiliation trois mois avant son échéance (comme dans l'arrêt commenté), annonce et organise, de manière ciblée et abusive, son absence en fin de contrat pour empêcher la réception d'une résiliation adressée à temps par le bailleur.

- Si le locataire s'est absenté *involontairement* et que cette absence l'empêche de prendre connaissance de l'avis de retrait dans sa boîte à lettres (p.ex. lors d'une hospitalisation d'urgence), la réception du congé et le départ du délai de contestation du congé ne doivent débiter qu'au moment où on peut raisonnablement attendre du locataire, absent involontaire, qu'il soit à même de prendre connaissance dudit courrier. Le délai de contestation peut tout à fait débiter avant la fin de l'hospitalisation, par exemple dès que le locataire est à même d'accorder une procuration à un tiers pour aller chercher le courrier recommandé (si le délai de garde n'est pas échu) ou de contacter l'expéditeur en vue de connaître le contenu du pli recommandé (si le courrier a été retourné à l'expéditeur avant d'être retiré).

B.C.

## 4. Autorités et procédure

### 19

#### Communauté héréditaire. Qualité pour agir d'un colocataire en contestation du congé d'un bail de locaux commerciaux.

Tribunal fédéral

28.08.2017

A.X. c. SI M. et B.X.

4A\_689/2016 ; Newsletter octobre 2017

Art. 271 ss CO ; 560, 602, 653 CC ; 70 CPC

1. La SI M. SA loue à R.X. et son épouse P.X., actionnaires de la société précitée, une arcade à Genève pour l'exploitation du Café U. Le fils de ceux-ci, A.X., exploite ledit café depuis 1981. En 1992, P.X. est décédée. R.X. est devenu usufruitier des actions de son épouse défunte. Il a sous-loué les locaux à son fils par contrat du 31 octobre 1994, pour un loyer annuel de CHF 18 000.–. Le

contrat a été conclu pour cinq ans puis était renouvelable tacitement de cinq ans en cinq ans, sauf résiliation signifiée six mois avant l'échéance. R.X. est décédé en septembre 2012. Ses héritiers sont sa fille B.X. et son fils A.X. Une notaire a été désignée exécutrice testamentaire de la succession, ses pouvoirs ayant toutefois été restreints aux actes de gestion conservatoire nécessaires. Les deux héritiers sont divisés par plusieurs procédures judiciaires au sujet de la succession.

2. Le 1<sup>er</sup> mai 2014, le conseil d'administration de la bailleresse a décidé de résilier le bail de l'arcade pour le prochain terme utile, en vue de sa relocation au prix du marché. Un premier congé a été adressé à A.X. Il a ensuite été retiré en raison du vice de forme dont il était affecté, A.X. étant le sous-locataire et non le locataire principal. Une seconde résiliation a été adressée, par deux avis, l'un aux hoirs B.X. et A.X. et l'autre à l'exécutrice testamentaire, avec effets au 31 décembre 2014.
3. A.X. a contesté le congé devant la Commission de conciliation compétente et a dirigé sa requête contre la bailleresse ainsi que contre sa sœur, cohéritière. Il a

conclu au constat de la nullité, voire de l'inefficacité de la résiliation, subsidiairement à son annulation et plus subsidiairement à une prolongation de six ans. Faute de conciliation, il a déposé une demande devant le Tribunal des baux et loyers. La procédure a été limitée à la question de la qualité pour agir de A.X. Par jugement du 16 décembre 2015, le Tribunal a déclaré irrecevable la demande en justice en considérant que seule l'exécutrice testamentaire avait la qualité pour contester le congé. Sur appel, la Chambre des baux et loyers de la Cour de justice a confirmé le jugement. A.X. recourt au Tribunal fédéral. Il obtient gain de cause.

4. Le Tribunal fédéral commence par rappeler l'objet du litige, celui de la qualité pour agir du demandeur en contestation de la résiliation du bail. Il relève que les instances précédentes ont nié cette qualité et ont déclaré la demande irrecevable, alors qu'elles auraient dû la rejeter, le défaut de qualité pour agir étant une condition de droit matériel. Il n'est au demeurant pas contesté que le recourant A.X. est locataire commun de l'arcade litigieuse, en tant que membre de la communauté héréditaire de feu son père R.X.
5. D'après la jurisprudence (ATF 140 III 598 c. 3.2), l'action en annulation du congé est formatrice et suppose en principe le concours de tous les colocataires, qui forment une consorité matérielle nécessaire (art. 70 CPC). En matière d'actions formatrices, le principe de l'action commune peut être tempéré en ce sens qu'il suffit que tous les colocataires soient parties au procès, d'un côté ou de l'autre de la barre. Un colocataire peut donc agir seul pour autant qu'il assigne aux côtés du bailleur le ou les colocataires qui ne veulent pas contester le congé. Le droit de s'opposer à une résiliation abusive garanti par le droit du bail répond à un besoin de protection sociale.
6. Le Tribunal fédéral considère ici que cette jurisprudence vaut également pour l'action formatrice en annulation intentée par les héritiers qui ont succédé au défunt dans la relation contractuelle de bail (art. 560 CC). En principe, les cohéritiers, qui sont titulaires ensemble d'un seul et même droit sur chacun des biens de la succession et ne peuvent en disposer qu'ensemble (art. 602 al. 2 et 653 al. 2 CC), doivent agir ensemble en justice en qualité de consorts matériels nécessaires. Chacun d'eux peut cependant agir seul en annulation, en nullité ou en inefficacité du congé lorsque les cohéritiers s'y refusent, pour autant que ceux-ci soient assignés comme codéfendeurs. D'ailleurs, la jurisprudence retient que, lorsque des enfants adultes succèdent au locataire décédé, la protection du locataire est réservée à la personne habitant le logement à titre principal et refusée à la personne qui ne séjournait que de manière intermittente avec le défunt (TF, 18.04.2017, 4A\_34/2017 c. 5; TF, 09.09.2016, 4A\_195/2016 c. 1.2). Le Tribunal fédéral relève pour terminer que les principes déduits de l'ATF

140 III 598 – qui concernait un bail d'habitation – s'appliquent aussi aux baux de locaux commerciaux.

7. En l'espèce, l'héritier demandeur a ouvert action contre la bailleuse et contre sa sœur, cohéritière. La qualité pour agir seul doit lui être reconnue. A.X. est au demeurant l'occupant des locaux et l'exploitant du café. Peu importe que la succession soit administrée par un exécuteur testamentaire. Le recours est donc admis et la cause renvoyée à la cour cantonale pour suite de la procédure de contestation de la résiliation de bail.

■ Note

8. L'ATF 140 III 598 a posé le principe de la qualité pour agir seul d'un colocataire en annulation du congé d'un bail d'habitation, pour autant que le ou les autres colocataires soient assignés au procès en qualité de codéfendeurs du bailleur. Cette jurisprudence est précisée dans l'arrêt ici commenté. D'abord, ce principe vaut aussi en cas de colocataires formant une communauté héréditaire suite au décès du locataire. Il faut cependant que l'héritier demandeur soit une personne adulte qui a l'usage des locaux. Cette condition se recoupe en réalité avec celle de l'intérêt digne de protection prévue à l'art. 59 al. 2 lit. a CPC. Faute d'occuper le logement ou les locaux commerciaux, on peine en effet à voir l'intérêt d'une partie à contester la résiliation du bail (voir TF, 09.09.2016, 4A\_195/2016 c. 1.2). Notons que la Cour d'appel du Tribunal cantonal vaudois avait statué dans le même sens dans un arrêt daté du 21 janvier 2016 (JdT 2016 III 92 c. 3.3.3, avec une note nuancée de Piotet), considérant que chacun des cohéritiers avait un droit individuel à contester le congé, indépendamment de la position des autres colocataires et quelles que soient les règles régissant, sur le plan interne, la communauté des locataires.
9. Ensuite, l'arrêt précise que le principe posé par l'ATF 140 III 598 concerne également les actions en nullité ou en inefficacité du congé (dans certains cas, un colocataire devrait même pouvoir agir seul sans assigner le ou les autres, lorsque ceux-ci n'ont pas d'intérêt au constat vu l'art. 59 al. 2 lit. a CPC, voir Dietschy-Martenet, Les colocataires de baux d'habitations ou de locaux commerciaux, in: Bohnet/Carron (éd.), 19<sup>e</sup> Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel/Bâle 2016, 183-220, p. 214), et pas seulement celle en annulation. Il devrait logiquement en aller de même de l'action en prolongation du bail (Bohnet/Dietschy-Martenet, in: Bohnet/Carron/Montini [éd.], Commentaire pratique, Droit du bail à loyer et à ferme, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2017, art. 253 CO N 36b; Koller, Zum Jahresabschluss 2014 ein weiser Entscheid des Bundesgerichts im Mietrecht, in: Jusletter du 12 janvier 2015, N6) – les intérêts du locataire récalcitrant devant être pris en compte dans le cadre de la pesée des intérêts des parties (Bohnet/Dietschy-Martenet, op. cit., art. 253

CO N 36b) – et des actions qui concernent la protection contre les loyers abusifs, compte tenu du but de protection sociale poursuivi dans ce domaine également.

10. Enfin, le Tribunal fédéral admet que la possibilité offerte à un colocataire d'agir seul concerne les baux tant d'habitations que de locaux commerciaux, dans la mesure où les art. 271 ss CO visent ces deux types de baux. Cette précision est bienvenue, puisque la solution n'allait pas de soi, l'ATF 140 III 598 mentionnant « le besoin de protection sociale particulièrement aigu lorsqu'un local d'habitation est en jeu ». Or l'argument selon lequel un tel besoin est moins prononcé pour les locaux commerciaux aurait pu être entendu et donner lieu à des jurisprudences cantonales divergentes.

P.D.-M.

## 20

### Délimitation de la compétence entre le tribunal de commerce et le tribunal des baux. Cas clair en matière d'expulsion avec examen préalable de la validité du congé.

Tribunal fédéral

13.08.2016

A. c. B. SA

4A\_100/2016; ATF 142 III 515

Art. 6, 243, 257 CPC

1. En matière de compétence matérielle du tribunal de commerce, une acceptation tacite n'entre pas en ligne de compte (ATF 140 III 355 c. 2.4; 138 III 471 c. 3.1).
2. Compte tenu des spécificités de la procédure simplifiée et de l'atteinte au principe de l'application uniforme du droit voulu par le CPC qui résulterait du fait que la procédure applicable varie en fonction du tribunal compétent, le Tribunal fédéral a jugé (ATF 139 III 457) que le tribunal de commerce n'était pas compétent lorsque la procédure simplifiée s'applique dans les litiges prévus par l'art. 243 al. 2 lit. c CPC. En effet, la procédure simplifiée ne s'applique pas devant le tribunal de commerce et la maxime inquisitoire sociale prévue dans cette procédure implique que la procédure applicable prévale face aux règles de compétence matérielle. En revanche, la procédure du cas clair est une procédure sommaire, procédure pour laquelle le tribunal de commerce est compétent (TF, 11.08.2015, 4A\_184/2015 c. 1, non publié à l'ATF 141 III 262; voir aussi art. 6 al. 5 en lien avec l'art. 248 lit. d CPC concernant les mesures provisionnelles). Il n'existe donc pas de conflit entre procédure

applicable et compétence matérielle, si bien que la jurisprudence de l'ATF 139 III 457 n'est pas applicable. Lorsque le congé a été attaqué et que sa validité doit être examinée à titre préalable, les conditions de l'art. 257 al. 1 CPC portent également sur ce point; si elles ne sont pas remplies, il convient de ne pas entrer en matière sur la requête (ATF 141 III 262 c. 3.2). Afin que la protection par la voie du cas clair ne remette pas en cause la protection en matière de congé visée par les art. 243 al. 2 lit. c et 247 al. 2 lit. a CPC, il convient de n'accorder celle-ci que s'il n'existe aucun doute quant au caractère complet de l'état de fait et que sur cette base le congé apparaisse comme clairement justifié (TF, 11.08.2015, 4A\_184/2015 c. 4.2.2 et les réf., non publié in: ATF 141 III 262). Le fait que la compétence pour la même matière soit scindée et que l'expulsion par la voie du cas clair, y compris la question préalable de la validité du congé, relève du tribunal de commerce lorsque les conditions de l'art. 6 al. 2 CPC sont réunies, alors que les autres cas relevant du droit du bail relèvent des tribunaux des baux ou ordinaires ne permet pas de déroger à la législation applicable.

### Note

3. Le Tribunal fédéral a délimité par touches successives la compétence du tribunal de commerce en matière de baux d'habitations et de locaux commerciaux. Lorsque s'applique la procédure simplifiée, le tribunal de commerce n'est pas compétent (ATF 139 III 457 c. 3, 4.4.3.1–4.4.3.3, RSPC 2014 91). La règle vaut d'ailleurs pour toute les causes soumises à cette procédure, et non seulement à celles qui le sont en vertu de l'art. 243 al. 2 lit. c CPC (ATF 143 III 137, RSPC 2017 199). En revanche, la procédure sommaire s'applique devant le tribunal de commerce, en particulier en matière de cas clair. Le Tribunal fédéral l'avait relevé sans autre développement dans un arrêt 4A\_480/2013 c. 3.1, du 10 février 2014. Il le motive dans l'ATF 142 III 515 c. 2.2.4.

F.B.

## 21

### Requalification d'un bail de durée déterminée en bail de durée indéterminée. Compétence pour rendre une proposition de jugement.

Tribunal fédéral

03.10.2016

X. et Y. c. Z.

4A\_47/2016; ATF 142 III 690; Newsletter novembre 2016

Art. 210 al. 1 lit. b, 243 al. 2 lit. c CPC

1. Par contrat du 18 juin 2014, deux locataires ont pris à bail un logement dans un immeuble à Lausanne. Le bail a été conclu pour une durée limitée de cinq ans, du 1<sup>er</sup> juillet 2014 au 30 septembre 2019, les locataires pouvant le résilier durant cette période pour la fin des mois de septembre ou mars, moyennant un préavis de quatre mois. Le loyer initial mensuel net a été fixé à CHF 2 140.–, l'acompte mensuel pour les frais de chauffage et d'eau chaude de CHF 200.– et l'acompte mensuel pour les frais d'exploitation de CHF 150.– étant payables en sus.
2. Le 29 juillet 2014, les locataires ont ouvert action en fixation du loyer initial et en requalification du bail en contrat de durée indéterminée, subsidiairement en prolongation de quatre ans, devant la Commission de conciliation en matière de baux à loyer du district de Lausanne. La tentative de conciliation ayant échoué, la Commission de conciliation a rendu une proposition de jugement disposant notamment que le loyer initial net est fixé à CHF 1 940.– et que le bail, du 1<sup>er</sup> juillet 2014 au 30 septembre 2019, se renouvelle aux mêmes conditions pour cinq ans sauf avis de résiliation de l'une ou l'autre des parties donné et reçu au moins trois mois à l'avance pour la prochaine échéance et ainsi de suite de cinq ans en cinq ans, les locataires ayant par ailleurs la faculté de le résilier une fois par année pour le 30 septembre moyennant un préavis de trois mois.
3. Suite à la demande déposée par la bailleuse et concluant entre autres à la nullité de la proposition de jugement visant à requalifier le contrat, le Tribunal des baux a, par jugement partiel du 5 mai 2015, admis la compétence de la Commission de conciliation pour trancher cet objet par proposition de jugement et a donc rejeté les conclusions prises par la bailleuse. Il a considéré que l'usage d'un contrat de durée déterminée pouvait constituer un artifice destiné uniquement à dissuader le locataire d'exercer ses droits, en particulier de contester le loyer initial, de sorte que ce mécanisme tombait sous le coup de l'art. 210 al. 1 lit. b CPC.
4. Par prononcé du 13 novembre 2015, le Tribunal cantonal vaudois a admis l'appel de la bailleuse, retenu l'incompétence de la Commission de conciliation pour trancher cet objet et, réformant le jugement attaqué, a annulé la requalification du contrat de bail de la proposition de jugement, annulé l'autorisation de procéder délivrée à la bailleuse sur ce point et invité la Commission de conciliation à la délivrer aux locataires. En substance, il a considéré qu'il n'était pas possible de déduire automatiquement que le problème du contrat de durée déterminée entrerait dans la « protection contre un congé de repréailles » soumis à la procédure simplifiée, mais qu'il ressortait à la procédure ordinaire. Le recours en matière civile formé contre ce prononcé a été admis par le Tribunal fédéral.
5. Rappelant que la notion de « protection contre les congés » a été examinée de manière détaillée par ses soins il y a peu (ATF 142 III 402), le Tribunal fédéral retient (c. 3.1) que la notion de « protection contre les congés » doit être comprise dans un sens large, la règle ayant pour but la protection du locataire, lequel doit bénéficier de la procédure simplifiée – moins formelle et plus rapide (art. 244 ss CPC) – et d'une plus forte implication du juge par le biais de la maxime inquisitoire simple sans égard à la valeur litigieuse (art. 247 al. 2 lit. a CPC) (ATF 142 III 402). Selon le sens et l'esprit de cette jurisprudence, le litige relève donc de la « protection contre les congés » dès que le tribunal doit se prononcer sur la fin du bail, que ce soit par exemple en raison d'un congé ordinaire ou extraordinaire ou en raison de l'inexistence d'un rapport contractuel ou de l'expiration d'un contrat de bail de durée déterminée; peu importe que le juge ait été saisi par le locataire de conclusions en inefficacité, invalidité, nullité ou annulation à titre principal et/ou subsidiaire, respectivement en prolongation du bail, ou qu'il l'ait été par le bailleur de conclusions principales ou reconventionnelles en expulsion ou en constatation de la fin du bail.
6. Au vu de l'objectif clair poursuivi par le législateur, à savoir la protection du locataire, il ne se justifie pas selon le Tribunal fédéral de traiter de manière différente, sur le plan procédural, tout particulièrement quant à l'application de la maxime inquisitoire sociale, la question de la fin d'un bail de durée déterminée. Les conséquences pour ce locataire peuvent en effet se révéler aussi lourdes que celles subies par le locataire qui, disposant d'un bail à durée indéterminée, reçoit son congé. Dès lors, le Tribunal fédéral retient (c. 3.2) que l'autorité de conciliation peut soumettre aux parties une proposition de jugement dans tout litige relevant selon cette jurisprudence de la protection contre les congés, y compris dans un litige portant sur la requalification d'un contrat de bail de durée déterminée en bail de durée indéterminée. Le Tribunal fédéral relève encore au même considérant que l'admission de la compétence de l'autorité de conciliation s'impose d'ailleurs d'autant plus en l'espèce que la question de la requalification était connexe à une action en contestation du loyer initial – qualifié d'abusif – et en fixation judiciaire du loyer et qu'on ne saurait dès lors exiger des parties, en particulier des locataires, qu'ils doivent tenter deux procédures séparées pour voir tranchée la validité de leur bail.

■ Note

7. L'ATF 142 III 402 (du 21 juin 2016) avait posé le principe: la notion de « protection contre les congés » doit être entendue très largement et couvre les litiges où le juge n'aura pas à statuer sur l'annulabilité des congés ni sur la prolongation du bail, mais tout au plus sur la

validité des congés. Ainsi, il faut admettre selon cette jurisprudence que la procédure simplifiée s'applique à toute procédure d'expulsion entamée hors du cas clair, puisque l'art. 243 al. 2 lit. c CPC impose cette procédure à toute cause relevant de la protection contre les congés.

8. L'ATF 142 III 690 confirme le principe posé dans l'ATF 142 III 402. S'il est publié, c'est peut-être parce qu'il vise à écarter tout doute possible quant à la portée du dit principe. Il retient que dès l'instant où le tribunal doit se prononcer sur la fin d'un bail, soit en raison d'un congé ordinaire ou extraordinaire, ou en raison de l'inexistence d'un rapport contractuel ou de l'expiration d'un contrat de bail de durée déterminée, il faut appliquer la procédure simplifiée, et donc, en amont, reconnaître à l'autorité de conciliation la possibilité de formuler une proposition de jugement chaque fois que la fin du bail est concernée, même dans plusieurs années. Cet arrêt semble donc éliminer toutes les zones d'ombre que nous avons évoquées dans notre commentaire de l'ATF 142 III 402 (*DB 2016 N26*) quant à la portée exacte de principe posé, qui concerne ainsi toute fin de bail. On est donc bien loin de la notion de protection contre les congés du Code des obligations (*voir DB 2016 N26*). Doit-on considérer qu'elle vise aussi les cas où le locataire *se prévaut* d'une fin de bail, par exemple en cas de restitution anticipée (art. 264 CO) ou de résiliation par le locataire pour justes motifs (art. 266 g CO)? On voit assez mal le lien avec la protection contre les congés à l'égard du locataire, mais si l'on s'en tient aux considérants de ce dernier arrêt, il s'agit bien dans ces cas de problématiques relatives à la fin d'un bail. Nul doute, compte tenu de l'important contentieux en matière de bail, que le Tribunal fédéral aura l'occasion de se pencher sur de telles situations, qui à notre sens démontrent les limites de l'approche retenue par notre haute cour.

F.B.

## 22

**Application de la procédure simplifiée lorsque les conclusions tendent au constat que le bail a été prorogé pour une certaine durée en vertu de l'exercice d'un droit d'option et à la détermination des conditions du loyer durant la période prorogée.**

Tribunal fédéral

24.07.2017

A. AG c. B. Anlagestiftung, C. AG, D. AG, E. AG et F. AG

4A\_340/2017 ; Newsletter septembre 2017

Art. 243 al. 2 lit. c CPC

1. La société A. AG a introduit une procédure devant le Tribunal de commerce de Zurich en prenant des conclusions en constat que le contrat de bail liant les parties a été prorogé de cinq ans en raison de l'exercice, par la demanderesse, d'un droit d'option et prendra fin au plus tôt le 31 janvier 2023 et en fixation des conditions du loyer dès la date de prorogation. Le Tribunal de commerce n'est pas entré en matière sur la demande, niant sa compétence matérielle. La demanderesse recourt au Tribunal fédéral, qui confirme la décision attaquée.
2. D'après l'art. 243 al. 2 lit. c CPC, les litiges de baux d'habitation ou de locaux commerciaux ou de baux à ferme agricoles qui concernent la protection contre les congés sont soumis à la procédure simplifiée. La jurisprudence (*ATF 142 III 690 c. 3.1 ; cf. N21*) interprète largement la notion de « protection contre les congés », qui vise tous les cas où l'autorité doit se prononcer sur la fin du bail, que ce soit en raison d'un congé ordinaire ou extraordinaire ou en raison de l'expiration d'un bail de durée déterminée. Ainsi, lorsque, dans le cadre d'une procédure d'expulsion, le tribunal doit juger de la validité de la résiliation, la procédure simplifiée s'applique.
3. En l'espèce, le Tribunal de commerce a retenu qu'il devait statuer sur la fin ou non du bail dans la mesure où la demanderesse entendait faire constater que le contrat liant les parties avait été prorogé pour une durée de cinq ans en vertu de l'exercice d'un droit d'option ; partant, la procédure simplifiée était applicable. Il en va de même selon lui de la seconde conclusion, tendant à la détermination des conditions du loyer durant la prorogation, laquelle dépendrait de la question de savoir si le bail est maintenu ou s'il a pris fin. Le Tribunal fédéral confirme l'argumentation de la cour précédente. Peu importe, comme le fait valoir la recourante, que la question litigieuse porte sur l'existence d'une option proprement dite ou improprement dite. Le juge doit dans tous les cas se poser la question de la fin ou de la prorogation du bail. Peu importe également que le bail initial n'ait pas encore pris fin et que la recourante n'ait pas (encore) demandé de prolongation.
4. Comme la procédure simplifiée est applicable, le Tribunal de commerce n'est pas compétent (*ATF 143 III 137 c. 2.2*). Il a donc à juste titre refusé d'entrer en matière sur la demande.

### Note

5. Un arrêt de plus sur la notion de « protection contre les congés ». Il confirme que la prétention en constat de la prorogation du bail en vertu de l'exercice d'une option relève de la procédure simplifiée au sens de l'art. 243 al. 2 lit. c CPC. Dans l'ATF 142 III 278, le Tribunal fé-

déral l'avait déjà admis, mais parce que la demande comportait une conclusion subsidiaire en prolongation du bail. La jurisprudence avait toutefois rapidement évolué puisque, à l'ATF 142 III 690, rendu à peine six mois plus tard, le Tribunal fédéral avait encore étendu la notion de « protection contre les congés » à toutes les affaires dans lesquelles la question de la fin du bail se pose, indépendamment de l'existence d'un congé (voir Engler, *Das vereinfachte Verfahren im Zivilprozessrecht*, in: PCEF 39/2016 220-228, p.222: « Kündigungsschutz gibt es also auch ohne Kündigung. »). Cette interprétation extensive a suscité de vives critiques dans la doctrine, au niveau dogmatique à tout le moins (Bohnet, *DB 2017 N 21*; Engler, *op. cit.*, p. 222; Giavarini, *Kommentar in: MRA 2/2017 86 ss*, p. 91). C'est l'occasion ici de faire un état des lieux des arrêts publiés rendus par le Tribunal fédéral en la matière :

- ATF 139 III 457, DB 2014 N 22 : lorsqu'un locataire fait valoir à titre principal l'inefficacité, la nullité ou l'invalidité de la résiliation et, subsidiairement, demande l'annulation du congé, la procédure simplifiée s'applique; en effet, le juge doit se prononcer sur la validité du congé avant de statuer sur l'annulation de celui-ci; la question est laissée ouverte de savoir si tel est également le cas lorsque seul le constat de l'inefficacité ou de la nullité de la résiliation est demandé.
- ATF 142 III 278, DB 2016 N 25 : la procédure simplifiée s'applique au litige visant le constat de la validité de l'exercice d'une option et subsidiairement la prolongation du bail; celle-ci suppose en effet que le bail ait pris fin, de sorte qu'elle ne peut pas être traitée tant que la question de la fin du bail n'a pas été réglée; or on ne peut pas imposer aux parties de supporter deux procédures séparées.
- ATF 142 III 402, DB 2016 N 26 : d'après une interprétation historique et téléologique, la notion de « protection contre les congés » doit recevoir une acception large et couvre tous les litiges où le juge doit se prononcer sur la validité d'un congé, même si aucune conclusion n'est prise en annulation de la résiliation ou en prolongation du bail; ainsi, lorsque le bailleur conclut, comme en l'espèce, à l'expulsion du locataire, la question de la fin du bail se pose et la procédure simplifiée s'applique; cette solution se justifie par un souci de protection du locataire et a le mérite de la clarté et de la sécurité juridique.
- ATF 142 III 690, DB 2017 N 21 : la procédure simplifiée s'applique dès que le tribunal doit se prononcer sur la fin du bail, que ce soit en raison d'un congé ordinaire ou extraordinaire, en raison de l'inexistence d'un rapport de bail, ou en raison de l'expiration d'un bail de durée déterminée; peu importe que le juge ait été saisi par le locataire de conclusions en inefficacité, invalidité, nullité ou annulation à titre principal ou subsidiaire, ou qu'il l'ait été par le bailleur de conclusions principales

ou reconventionnelles en expulsion ou en constat de la fin du bail; au regard du but de protection du locataire, il ne faut pas traiter différemment, sur un plan procédural, la question de la fin du bail de durée déterminée de celle découlant d'un congé; par conséquent, la conclusion prise par le locataire en requalification d'un bail de durée déterminée en bail de durée indéterminée relève de la procédure simplifiée.

6. Il faut donc retenir de la jurisprudence du Tribunal fédéral que la procédure simplifiée s'applique chaque fois que le juge doit se poser la question de la fin du bail, que celui-ci soit de durée déterminée ou indéterminée et qu'il ait ou non déjà pris fin, et peu importe le motif pour lequel le contrat s'est terminé. Ainsi, à suivre cette jurisprudence – qui se targue de clarté et de sécurité juridique –, le litige qui porte sur la validité d'une restitution anticipée de l'objet loué (art. 264 CO) ou d'un transfert de bail (art. 263 CO) devrait entrer dans la notion de « protection contre les congés », de même que les litiges concernant la validité d'un congé donné par le locataire et contesté par le bailleur, notamment une résiliation pour justes motifs du locataire. Peu importe la partie qui conteste le congé, il suffit que la question de la fin du bail se pose.

P.D.-M.

## 23

### Exigence d'une ordonnance de preuves même en procédure simplifiée. Recours ouvert en tout temps à défaut d'une telle ordonnance.

Tribunal fédéral

30.05.2017

X. c. Z.

4A\_108/2017

Art. 53, 154, 155, 160, 245, 246, 319 lit. b ch. 2 et lit. c, 321 CPC; 29 al. 2 Cst.

1. A l'occasion d'une procédure opposant la bailleresse Z. au locataire X., celle-ci requiert la production d'un rapport de police figurant dans le dossier d'une procédure de mesures protectrices de l'union conjugale concernant le locataire et son épouse. La Présidente du Tribunal des baux a requis la pièce en question auprès du Tribunal d'arrondissement de la Côte par courrier du 8 novembre 2017 et adressé copie de son courrier aux avocats des parties. Le locataire s'est opposé à la « production » de ce rapport, considérant que celui-ci ne présentait aucun lien avec la procédure de résiliation du bail, ni avec les motifs invoqués par la bailleresse.

De surcroît, cette « demande de production de pièce » était, selon lui, contraire à l'art. 156 CPC et le locataire n'avait pas été entendu préalablement sur cette question. La Présidente a refusé d'ordonner le retranchement de la pièce litigieuse, au motif qu'elle avait été requise par la bailleresse par courrier du 19 avril 2016, de sorte que le demandeur avait eu largement le temps de s'y opposer avant « l'ordonnance de production de cette pièce » datée du 8 novembre 2016. Sur le fond, elle a estimé que la pièce en question n'apparaissait pas dénuée de pertinence, dès lors que l'instruction de la cause devait porter sur l'attitude du demandeur avant la résiliation litigieuse, et que la transmission de ce rapport de police à la partie adverse ne portait pas atteinte à un intérêt digne de protection de celui-ci.

2. La Chambre des recours civile du Tribunal cantonal vaudois, statuant par décision incidente du 28 décembre 2016, a déclaré le recours contre ce prononcé irrecevable. Elle a considéré en substance que le courrier de la Présidente du 29 novembre 2016 constituait le refus de retrancher une pièce du dossier et non une ordonnance de preuves. La décision du 8 novembre 2016 ordonnait la production de la pièce litigieuse et, si cette pièce portait atteinte à ses droits, le demandeur devait recourir au Tribunal cantonal contre cette décision – constituant une ordonnance de preuves complémentaire – et ne pas se contenter de s'opposer à la production en s'adressant à l'autorité de première instance. Elle a donc jugé le recours du 12 décembre 2016 tardif et, partant, irrecevable.
3. Selon le Tribunal fédéral, contrairement à ce que croit la cour cantonale, le courrier du 8 novembre 2016 n'est pas une ordonnance de preuves, mais bien directement l'administration de la preuve elle-même. Dès lors que le recourant invoque qu'il n'a pas été entendu sur la nécessité de cette preuve, n'a pas eu la possibilité de recourir, faute d'ordonnance de preuves en bonne et due forme, et par suite a été privé de la possibilité de faire valoir que cette preuve porte atteinte à sa sphère privée, ainsi qu'à celle de sa femme et de sa fille, il y a lieu d'admettre l'existence d'un dommage irréparable. En effet, ce rapport de police, en mains de la bailleresse, est susceptible d'être utilisé (et notamment divulgué) et, le cas échéant, il ne sera plus possible de revenir en arrière. En ce sens, le préjudice ne pourrait plus être entièrement réparé par un recours contre la décision finale.
4. Bien que la procédure de contestation de la résiliation du bail soit soumise à la procédure simplifiée (art. 243 al. 2 lit. c CPC) et que la maxime inquisitoire simple (ou sociale) soit applicable (art. 247 al. 2 lit. a CPC), les règles d'administration des preuves de la procédure ordinaire sont applicables (art. 219 CPC). Le juge doit décider quels faits doivent être prouvés et quels moyens de preuve il est nécessaire d'administrer. Il doit ensuite communiquer sa décision aux parties par une ordon-

nance de preuves (art. 154 CPC), laquelle leur sera adressée en principe avec la citation des parties à l'audience (art. 245 et 246 CPC) (*Lachat, Procédure civile en matière de baux et loyers, Genève 2011, p. 160*). L'ordonnance de preuves peut faire l'objet d'un recours au sens de l'art. 319 lit. b ch. 2 CPC, dans un délai de dix jours (art. 321 al. 2 CPC). Il découle clairement de ces règles de procédure que le droit d'être entendu des parties doit être respecté (cf. art. 53 CPC et 29 al. 2 Cst.). Le juge procède ensuite à l'administration des preuves en audience (art. 155 CPC); il prend les mesures propres à éviter que l'administration des preuves ne porte atteinte à des intérêts dignes de protection des parties ou de tiers, notamment des secrets d'affaires (art. 156 CPC).

5. En l'espèce, le courrier du 8 novembre 2016 que la Présidente du Tribunal des baux a adressé au Tribunal d'arrondissement est un ordre donné à un tiers de collaborer à l'administration des preuves en produisant un titre déterminé (art. 160 al. 1 lit. b CPC). Il s'agit là de l'administration même d'un moyen de preuve (art. 155 CPC) et non, comme l'a retenu la cour cantonale, d'une ordonnance de preuves complémentaire (art. 154 CPC). Dès lors que ce courrier n'a pas été précédé d'une ordonnance de preuves (écrite ou consignée au procès-verbal de l'audience), ce sont non seulement les règles des art. 154 s. CPC, mais également le droit d'être entendu du demandeur (art. 53 CPC; 29 al. 2 Cst.) qui ont été violés. Le fait que la partie adverse ait requis la pièce litigieuse le 19 avril 2016 et qu'il se soit écoulé sept mois jusqu'au courrier du 8 novembre 2016 ne dispense pas le juge de respecter les règles de procédure; il ne l'autorise pas à tirer la conclusion que le demandeur avait « donc largement le temps de [s'y] opposer dans l'intervalle ». Il s'ensuit que, en l'absence de toute décision constituant une ordonnance de preuves, le recours au Tribunal cantonal ne saurait être considéré comme tardif. L'omission d'un acte par le tribunal peut faire l'objet d'un recours en tout temps (art. 319 lit. c et 321 al. 4 CPC).

■ **Note**

6. Avant d'ordonner une preuve, le juge doit donner l'occasion aux parties de se prononcer. Si le juge souhaite requérir des pièces avant une discussion sur preuve à l'audience, il doit respecter le droit d'être entendu des parties en leur soumettant les offres de preuve, avec un délai pour se prononcer, puis rendre une ordonnance de preuve. Ce principe découle assez clairement du considérant 3.1 de cet arrêt. Ce n'est qu'après que le droit d'être entendu a été donné que le juge rend une ordonnance de preuve, susceptible d'un recours. Si le juge viole le droit d'être entendu et requiert de plus la preuve sans ordonnance de preuve préalable, les parties sont privées d'une décision susceptible de recours.

F.B.

## 24

**Maximes au procès. Moyens de défense invoqués par le bailleur pour contester une demande de diminution de loyer.**

Tribunal fédéral

02.03.2017

X. SA c. Z.

4A\_36/2017 ; Newsletter avril 2017

Art. 58, 151, 247 al. 2 lit. a CPC ; 269a lit. e CO

1. La demanderesse, locataire d'un appartement de trois pièces à Genève depuis le 1<sup>er</sup> avril 1997, a ouvert en 2015 une action en diminution du loyer de CHF 10 596.– à CHF 7 791.– et en restitution des montants versés en trop. Elle faisait valoir que, depuis la conclusion du contrat, le taux hypothécaire de référence était passé de 5 % à 2 %. La défenderesse a conclu au rejet de l'action ; elle alléguait que le loyer de l'appartement occupé par la demanderesse était inférieur à ceux pratiqués dans le quartier. Par jugement du 9 mars 2016, le Tribunal des baux et loyer du canton de Genève a donné entièrement gain de cause à la demanderesse.
2. La défenderesse a appelé du jugement, concluant principalement au rejet de l'action, subsidiairement à la fixation du loyer annuel à CHF 8 808.–. Elle invoquait notamment que la hausse de l'indice suisse des prix à la consommation intervenue depuis le début du contrat aurait dû être prise en considération d'office. La Chambre des baux et loyers de la Cour de justice a rejeté son appel.
3. Agissant par la voie du recours en matière civile, la défenderesse requiert le Tribunal fédéral de fixer le loyer litigieux à CHF 8 808.– par année dès le 1<sup>er</sup> avril 2015. Elle soutient que la Cour de justice aurait dû prendre en considération la hausse de l'indice suisse des prix à la consommation ; pour le surplus, le jugement d'appel n'est pas contesté.
4. La recourante fait valoir que la variation de l'indice suisse des prix à la consommation est un fait notoire au sens de l'art. 151 CPC et qu'il n'est pas nécessaire de le prouver ni de l'alléguer. L'autorité inférieure aurait donc dû prendre en considération d'office la hausse de l'IPC, alors même qu'elle ne l'avait ni allégué ni prouvé. La défenderesse soutient également que le Tribunal des baux et loyers a violé l'art. 247 al. 2 lit. a CPC en omettant d'attirer l'attention des parties sur ce fait notoire et l'influence qu'il pouvait exercer sur l'issue de la cause.
5. Le Tribunal fédéral considère que les art. 151 et 247 al. 2 lit. a CPC ne remettent pas en cause la maxime de disposition (art. 58 al. 1 CPC). Il n'incombe pas au juge mais exclusivement aux parties de décider si et dans quelle mesure elles entendent faire valoir les moyens et prétentions qui leur appartiennent. Cette maxime est pleinement applicable pour les contestations en matière de bail à loyer. Or la défenderesse n'a pas fait valoir, devant le Tribunal des baux et loyers, le moyen, offert par l'art. 269a lit. e CO et fondé sur la hausse de l'indice des prix à la consommation. Dès lors, il n'y a pas eu de violation de la maxime inquisitoire sociale, ni de l'art. 151 CPC.

## ■ Note

6. Cet arrêt illustre l'opposition classique entre maxime des débats et maxime inquisitoire d'une part, maxime de disposition et maxime d'office de l'autre. Ces deux paires de maximes répondent à des questions différentes : la maxime inquisitoire (que ce soit dans sa forme pure ou atténuée, la maxime inquisitoire sociale) et la maxime des débats répondent à la question de savoir à qui – du tribunal ou des parties – incombe la tâche d'alléguer et d'apporter les preuves des faits pertinents ; en application de la maxime des débats, cette tâche incombe aux parties, en application de la maxime inquisitoire « pure » au tribunal. Lorsque la procédure est soumise à la maxime inquisitoire sociale, la responsabilité pour l'établissement de l'état de fait est partagée (*Bohnet/Jeannin, La maxime inquisitoire sociale sous l'empire du CPC, RDS 2015 I 223 ss, p. 241 ss*) : le juge de première instance n'est pas tenu d'instruire d'office le litige lorsqu'un plaideur renonce à expliquer sa position ; il doit en revanche interroger les parties et les informer de leur devoir de collaborer à l'instruction et de fournir des preuves. Si des motifs objectifs le conduisent à soupçonner que les allégations et offres de preuves d'une partie sont lacunaires, le juge doit inviter cette partie à compléter ses moyens (*ATF 141 III 569 c. 2.3.1 et 2.3.2*).
7. La maxime d'office et la maxime de disposition traitent d'une autre question, celle de la maîtrise de l'objet du litige (*Bohnet/Jeannin, op. cit., p. 241*). En application de la maxime de disposition, les parties ont l'initiative du procès, de son objet et de son déroulement (*OGER BL, 16.12.1975, BJM 1976 p. 104*). Ce sont les parties qui déterminent les prétentions qu'elles entendent faire valoir (*Bohnet/Jeannin, op. cit., p. 246*). Le respect de la maxime de disposition suppose que le tribunal demeure dans le cadre des conclusions prises par les parties. Il ne saurait attribuer à une partie plus ou autre chose que ce qu'elle a réclamé (*ne eat iudex ultra petita partium* ; *Sutter-Somm/Seiler, in : Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [éd.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3<sup>e</sup> éd., Zurich 2016, art. 58*

CPC N 9). Lorsque s'applique la maxime d'office en revanche, l'objet du procès relève du tribunal, qui peut aller au-delà des conclusions des parties (*OGer BL, 16.12.1975, BJM 1976 p. 104*). Cela suppose naturellement que le tribunal puisse établir les faits d'office. Cette maxime se combine dès lors avec la maxime inquisitoire pure alors que, dans les procès soumis à la maxime des débats et à la maxime inquisitoire sociale, la maxime de disposition est applicable (*Bohnet/Jean-nin, op. cit., p. 246*).

8. En l'occurrence, la recourante a confondu maxime inquisitoire sociale et maxime d'office: en vertu de la maxime inquisitoire sociale, le tribunal doit uniquement rendre attentive la partie aux faits qu'elle a omis d'alléguer ou de prouver, lorsque celle-ci fait valoir une prétention pour laquelle les faits en question sont pertinents. Les juges n'ont pas pour tâche d'inciter les parties à faire valoir des prétentions supplémentaires. Ce n'est que si la maxime d'office est applicable qu'ils peuvent allouer à une partie plus ou autre chose que ce qu'elle a fait valoir.
9. Au demeurant, un constat semblable s'impose pour les faits notoires: ce n'est pas parce que le tribunal doit prendre en compte d'office ces faits (art. 151 CPC) qu'il devrait accorder à la partie une prétention découlant de ce fait et que la partie n'a pas fait valoir.
10. Du point de vue du droit de fond, il peut être remarqué que le locataire a invoqué un critère relatif – à savoir une baisse des coûts selon l'art. 269a lit. b CO – auquel le bailleur a opposé dans un premier temps un critère absolu – les loyers comparatifs selon l'art. 269a lit. a CO –, puis un autre critère relatif – celui du renchérissement, prévu à l'art. 269a lit. e CO. Lorsque le locataire dépose une action en diminution du loyer, les deux types de critères sont admissibles comme moyens de défense pour le bailleur (*Montini/Wahlen, in: Bohnet/Carron/Montini [éd.], Commentaire pratique, Droit du bail à loyer et à ferme, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2017, art. 270a N 30; Lachat, Le bail à loyer, Lausanne 2008, p. 541*). En revanche, dans les autres actions, le bailleur n'a en principe pas le choix: lorsque le locataire conteste le loyer initial, le bailleur peut uniquement se fonder sur des critères absolus, alors que s'il augmente le loyer en cours de bail, il peut uniquement se fonder sur des critères relatifs (*Lachat, op. cit., p. 537 s; sur le tout, voir: Bohnet, in: Bohnet/Carron/Montini [éd.], Commentaire pratique, Droit du bail à loyer et à ferme, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2017, Intro. art. 269-270e CO N 13 ss*).
11. En résumé, le nœud du problème n'était pas en l'espèce l'omission de la défenderesse d'alléguer et de prouver la variation de l'indice suisse des prix à la consommation (IPC), mais son omission d'avoir fait valoir la prétention découlant du droit du bailleur d'adapter le loyer à l'augmentation de l'IPC (art. 269a lit. e CO). Elle s'était

cantonnée à invoquer un critère absolu des loyers comparatifs comme moyen de défense. N'ayant pas tiré argument du critère relatif du renchérissement, alors que cela aurait été parfaitement admissible, elle ne pouvait donc que s'en prendre à elle-même.

F.B./P.J.

## 25

### Découverte du motif du congé après l'entrée en délibération du tribunal. Conditions de la révision.

Tribunal fédéral

02.05.2017

X. c. Z.

4A\_511/2016; ATF 143 III 272; Newsletter juin 2017

Art. 316, 317 et 328 CPC

1. Dans une procédure portant sur l'annulation du congé et la prolongation d'un bail de locaux commerciaux à Genève, alors que les parties sont en appel et que la cause a été gardée à juger, les parties discutent en septembre et octobre 2015 d'un éventuel nouveau bail. Le bailleur mentionne son intention de donner l'immeuble à ses enfants l'an suivant et propose au locataire un bail de cinq ans à terme fixe, proposition demeurée sans suite. Trois ans plus tôt, le motif annoncé pour la résiliation était la volonté du bailleur de procéder à un réaménagement complet du local commercial destiné à être relié avec un autre local commercial exploité par lui-même.
2. L'appel du locataire est rejeté le 23 novembre 2015. Celui-ci dépose une demande en révision, en se prévalant des discussions intervenues en cours de procédure d'appel, démontrant selon lui que le motif du congé n'était pas véridique. La demande est rejetée, la Cour d'appel considérant que les faits annoncés ne revêtaient pas le caractère pertinent nécessaire à l'ouverture de la voie de la révision. Le Tribunal fédéral rejette le recours en matière civile interjeté contre ce prononcé, par substitution de motifs.
3. Le Tribunal fédéral résume sa jurisprudence consacrée au motif de révision inscrit à l'art. 328 al. 1 lit. a CPC, selon lequel une partie peut demander la révision de la décision entrée en force au tribunal qui a statué en dernière instance « lorsqu'elle découvre après coup des faits pertinents ou des moyens de preuve concluants qu'elle n'avait pas pu invoquer dans la procédure précédente, à l'exclusion des faits et moyens de preuve postérieurs à la décision ». Cet alinéa pose ainsi cinq conditions.

- le requérant invoque un ou des faits ;
  - ce ou ces faits sont « pertinents », dans le sens d'importants (*erhebliche*), c'est-à-dire qu'ils sont de nature à modifier l'état de fait qui est à la base du jugement et à conduire à un jugement différent en fonction d'une appréciation juridique correcte (TF, 27.06.2007, 4F\_3/2007 c. 3.1 ; ATF 134 IV 48, c. 1.2) ;
  - ces faits existaient déjà lorsque le jugement a été rendu : il s'agit de pseudo-nova (*unechte Noven*), c'est-à-dire de faits antérieurs au jugement ou, plus précisément, de faits qui se sont produits jusqu'au moment où, dans la procédure principale, des allégations de faits étaient encore recevables (ATF 134 IV 48 c. 1.2 ; TF, 27.06.2007, 4F\_3/2007 c. 3.1 ; TF, 09.10.2014, 5A\_382/2014 c. 4.1). Les faits qui se sont produits postérieurement à ce moment (les vrais faits nouveaux ou vrais nova ; *echte Noven*) sont expressément exclus (art. 328 al. 1 lit. a *in fine* CPC) ; en effet, seule une lacune dans l'état de fait à la base du jugement peut justifier sa révision, alors que des faits postérieurs pourront éventuellement donner lieu à une nouvelle action ;
  - ces faits ont été découverts après coup (*nachträglich*), soit postérieurement au jugement ou, plus précisément, après l'ultime moment auquel ils pouvaient encore être utilement invoqués dans la procédure principale ;
  - le requérant n'a pas pu, malgré toute sa diligence, invoquer ces faits dans la procédure précédente (TF, 27.06.2007, 4F\_3/2007 c. 3.1 ; ATF 134 IV 48 c. 1.2).
4. Les moyens de preuve concluants supposent aussi la réunion de cinq conditions :
- ils doivent porter sur des faits antérieurs (pseudo-nova) ;
  - ils doivent être concluants, c'est-à-dire propres à entraîner une modification du jugement dans un sens favorable au requérant ;
  - ils doivent avoir déjà existé lorsque le jugement a été rendu (plus précisément jusqu'au dernier moment où ils pouvaient encore être introduits dans la procédure principale) ;
  - ils doivent avoir été découverts seulement après coup ; et
  - le requérant n'a pas pu les invoquer, sans faute de sa part, dans la procédure précédente.
5. En l'espèce la troisième condition n'est pas remplie, puisque la cause avait été gardée à juger le 22 décembre 2014, alors que les faits invoqués dans la demande de révision ne sont survenus qu'ultérieurement, en septembre et octobre 2015. Le recours en matière civile doit ainsi être rejeté, par substitution de motifs.

■ Note

6. L'ATF 143 III 272 propose une synthèse des conditions d'une demande en révision présentée pour « faits ou moyens de preuve nouveaux » (art. 328 lit. a CPC). Cette synthèse – en français – explique vraisemblablement que cet arrêt soit publié au recueil officiel, car pour le reste, il ne fait que suivre la ligne de l'ATF 142 III 413 c. 2.2.6 (d). Le Tribunal fédéral rappelle que la révision ne peut être demandée que pour des faits qui existaient déjà lorsque le jugement a été rendu, pour préciser ensuite que le moment déterminant n'est pas le jugement, mais le moment ultime d'allégation des faits dans la procédure. Les faits intervenus ultérieurement, comme ceux survenus après le jugement, doivent le cas échéant être invoqués dans une nouvelle demande. L'ajout de faits ou de moyens de preuve (nova et pseudo nova) peut intervenir, en première instance ou en appel, tant que les délibérations n'ont pas débuté (art. 229 al. 3 CPC). La notion de début des délibérations a été examinée dans l'ATF 138 III 788 c. 4.2 (RSPC 2013 146) qui retient que les délibérations commencent après la clôture des débats principaux qui se terminent par les plaidoiries finales (art. 232 CPC). Comme il arrive que le juge fixe dans certaines procédures un délai pour le dépôt de pièces après l'audience, ou qu'il n'y ait pas de débats principaux, tout particulièrement en appel, le début des délibérations doit encore être précisé. Le TF rappelle qu'en appel, lorsqu'il n'y pas de débats principaux, « la phase des délibérations débute dès que l'autorité d'appel a communiqué aux parties que la cause a été gardée à juger. Dans l'hypothèse où l'autorité d'appel rend une décision par laquelle elle renonce à un second échange d'écritures et à des débats, il y a lieu de considérer que la cause est en état d'être jugée et que la phase des délibérations a commencé » (ATF 142 III 413 c. 2.2.3 à 2.2.6).
7. Lorsque le tribunal tarde à statuer, la période entre l'entrée en délibération et le jugement peut être longue, avec le risque décuplé de circonstances nouvelles. Le Tribunal fédéral semble laisser désormais ouverte la question de savoir si « après avoir communiqué que la cause est en état d'être jugée, la cour d'appel peut décider d'office, en revenant sur son ordonnance d'instruction, de rouvrir la procédure d'administration des preuves pour tenir compte de faits nouveaux, en particulier de vrais nova qui se sont produits subséquemment », alors qu'il avait répondu positivement dans l'ATF 138 III 788 c. 5. Dans tous les cas cependant, « les parties n'ont pas un droit à la réouverture de la procédure probatoire ; un refus de la cour d'appel ne pourrait pas faire l'objet d'un recours au Tribunal fédéral ».
8. En l'espèce, le Tribunal fédéral considère que les faits en cause étaient postérieurs à la date à laquelle la Cour a annoncé que la cause était gardée à juger, si bien

qu'ils ne pouvaient fonder une demande en révision. Cependant, le fait que le locataire entendait démontrer tenait à la volonté interne du bailleur, si l'on comprend bien, au moment de la résiliation. Les déclarations ultérieures du bailleur, documentées dans deux titres, postérieures à l'entrée en délibération, visaient à démontrer ce fait bel et bien antérieur. Contrairement à ce que retient le Tribunal fédéral, il ne s'agissait donc pas d'une question de fait, mais de preuve. Certes, le Tribunal fédéral considère également dans l'arrêt commenté que les preuves doivent « avoir déjà existé lorsque le jugement a été rendu (plus précisément jusqu'au dernier moment où elles pouvaient encore être introduites dans la procédure principale) », si bien qu'il serait parvenu à la même conclusion sous cet angle. Est-elle cependant justifiée? Imaginons, pour prendre un exemple plus évident, que le bailleur ait rédigé un mail, postérieur à l'entrée en délibération, adressé par erreur à la partie adverse et dans lequel il annoncerait sans équivoque qu'il n'a jamais eu l'intention annoncée lors de la résiliation. Faudrait-il véritablement y voir une preuve inexploitable en procédure de révision? A notre avis, tel ne serait pas le cas, car elle se rapporte à un fait dans le débat. Le Tribunal fédéral avait d'ailleurs laissé ouverte cette question dans un arrêt précédent (TF, 11.10.2013, 5A\_313/2013 c. 4.1 ss). En l'espèce, c'est donc bien la nature non pertinente des échanges, impropres à prouver la volonté du bailleur au moment de la résiliation, qui pouvait justifier le rejet de la demande en révision, et non le moment de leur survenance.

F.B.

## 26

### Désignation des parties. Formalisme excessif.

Tribunal fédéral

21.06.2016

X. c. Z.

4A\_622/2016

Art. 29 al. 1 Cst.

1. Dans le contexte de la résiliation du bail, qui doit être notifiée sur formule officielle, le Tribunal fédéral a jugé que la désignation de la personne du bailleur figurant sur l'avis de résiliation doit être interprétée strictement (conformément au principe de la confiance), toute extrapolation devant être évitée (TF, 24.10.2016, 4A\_196/2016 c. 3.3.1). Il en irait de même pour la dési-

gnation de la personne du locataire. En procédure civile, les parties demanderesse et défenderesse doivent être désignées de manière exacte dans la requête de conciliation lorsque la conciliation est obligatoire, respectivement dans la demande lorsque la conciliation est exclue. Il n'est pas possible de rectifier une erreur touchant à la qualité pour agir ou à la qualité pour défendre (pour la partie demanderesse, cf. ATF 142 III 782 c. 3.1.3; pour la partie défenderesse, cf. TF, 20.05.2016, 4A\_560/2015 c. 4.1).

2. En l'espèce, la requête de conciliation dans l'action en contestation du 9 mai 2013, sur papier à en-tête de V.SA et signée, sous la mention V.SA, par X. a été déposée par V.SA. La société seule a ouvert action en tant que demanderesse. La cour cantonale n'a donc pas fait preuve de formalisme excessif en refusant d'admettre que X. aurait également agi à titre personnel.
3. On ne saurait donc reprocher à l'autorité précédente d'être arrivée à la conclusion que le locataire n'avait agi que pour la société V.SA, et non également pour lui-même, et d'avoir confirmé l'irrecevabilité de la contestation du congé formée par le locataire lui-même.

### Note

4. A moins que la problématique ne relève d'une désignation inexacte (TF, 20.05.2016, 4A\_560/2015 c. 4.2, RSPC 2016 410), la partie qui agit en annulation du congé alors qu'elle n'est pas titulaire de la relation juridique en cause doit voir sa demande jugée mal fondée si elle prétend (à tort) être locataire, irrecevable si elle admet invoquer le droit d'un tiers alors qu'aucune disposition légale ne lui accorde ce droit (à l'exemple du droit du conjoint du locataire d'agir en annulation du congé, cas de *Prozessstandschaft*, voir *Bohnet*, *Prozessführungsrecht*, *Prozessführungsbefugnis*, *Prozessstandschaft*, *Sachlegitimation* et *qualité pour agir: Plaidoyer pour un réexamen conceptuel et terminologique*, RSPC 2017 478). En l'espèce, une société affirmait être locataire. Les tribunaux saisis sont arrivés à la conclusion que le locataire était en réalité l'administrateur de ladite société. Celui-ci ayant uniquement signé la requête en annulation du congé en qualité d'administrateur de la société, la contestation du congé n'émanait pas du locataire, et elle devait donc être jugée mal fondée, la saisine du tribunal suite à l'échec de la conciliation par le locataire étant quant à elle irrecevable, celle-là ayant été conduite par la société et non par le locataire.

F.B.

## 27

**Procédure en expulsion. Demande de suspension de la procédure par le locataire au motif qu'il est au bénéfice d'un sursis concordataire provisoire. Rejetée, faute pour la prétention de constituer une créance concordataire.**

Tribunal fédéral

19.04.2017

X. SA et X. c. A., B., C. et D.

4A\_52/2017; ATF 143 III 173

Art. 38, 293c al. 1, 297 al. 5, 310, 314 LP; 257, 335 CPC; 267 CO

1. X. SA est locataire de locaux commerciaux à Genève. Les bailleurs A., B., C. et D. mettent X. SA en demeure pour des arriérés de loyers puis résilient le bail. Les bailleurs initient une procédure sommaire en cas clair (art. 257 CPC) tendant à l'évacuation du locataire auprès du Tribunal des baux et loyers du canton de Genève. Le locataire requiert la suspension de la procédure au motif qu'il est au bénéfice d'un sursis concordataire provisoire. Les juridictions cantonales refusent la suspension et condamnent le locataire à l'évacuation des locaux.
2. Les créances visées ont pour objet le loyer des locaux remis à bail. Par conséquent, elles sont des créances concordataires (art. 297 al. 5 LP). Cependant, le procès civil dont la suspension est litigieuse porte sur le droit des bailleurs à la restitution des locaux (art. 267 al. 1 CO). Cette prétention n'est pas une prestation pécuniaire. Les art. 38 al. 1 LP et 335 al. 1 et 2 CPC ex-

cluent que cette restitution puisse être l'objet d'une poursuite pour dettes. La créance du bailleur en restitution des locaux n'est pas une créance concordataire au sens de l'art. 297 al. 5 LP. Le recours est rejeté.

■ **Note**

3. L'arrêt est juste, mais la motivation discutable. En soi, le fait qu'une créance ne soit pas pécuniaire ne l'exclut pas des créances concordataires, puisque le nouvel art. 297 al. 9 LP prévoit l'application de l'art. 211 LP en matière concordataire. Les créances non pécuniaires peuvent donc être converties en créances pécuniaires.
4. De jurisprudence constante, une prétention en évacuation du locataire est un « cas urgent » au sens de l'art. 207 LP, excluant la suspension (*TF, 05.08.2005, 4C.129/2005 et 4C.131/2005 c. 4.1 et 4.2, SJ 2006 I 90, confirmé à l'ATF 133 III 377 c. 7.1; jurisprudence cantonale genevoise: CJ GE, 06.11.2006, ACJC/1221/2006 c. 2; CJ GE, 12.12.2005, ACJC/1441/2005 c. 1; CJ GE, 17.10.1994, ACJC/1430/1994 c. 4; CJ GE, 12.03.1993, ACJC/96/1993 c. 2*).
5. L'arrêt aurait pu être une occasion de réfléchir à l'opportunité de cette jurisprudence en matière concordataire. La procédure concordataire tend à permettre au débiteur, malgré des difficultés financières passagères, de continuer ses activités commerciales. Une expulsion est difficilement compatible avec cet objectif. La loi prévoit que la réalisation d'un gage immobilier peut être suspendue pendant une année, pour permettre au propriétaire de continuer ses activités dans l'immeuble grevé (art. 306a LP). Une règle similaire pourrait être envisagée lorsque le débiteur est locataire.

**S.M.**

## 5. Divers

28

### Bail à ferme agricole. Conclusion d'un bail à ferme agricole par actes concluants. Précision de la notion d'entreprise agricole.

Tribunal fédéral

03.08.2016

A. c. B., C. et D./D. c. B., C. et A.

4A\_57/2016 et 4A\_59/2016

Art. 11 CO; 1 LBFA

1. L'entreprise agricole, qui comprend notamment trois parcelles et est propriété de la communauté héréditaire G., en la personne de C. et D., a été affermée il y a plus de 20 ans aux deux fermiers E. et F., avec l'accord de l'Autorité foncière cantonale. Le bail à ferme durait jusqu'en février 2013. Suite au partage successoral, D. a été inscrit le 12 mai 2015 comme unique propriétaire desdites parcelles. Après la résiliation anticipée du bail à ferme agricole par E. en février 2012, B. a repris le bail à ferme agricole de deux des parcelles jusqu'au 28 février 2013, avec l'accord de l'Autorité foncière cantonale. Dès février 2013, B. a également repris le bail à ferme agricole de F, exploitant ainsi l'ensemble de l'entreprise agricole et a procédé au paiement des fermages fixés par l'Autorité foncière cantonale. Le 30 avril 2013, D. a conclu un contrat de bail à ferme agricole avec A. portant sur l'ensemble de l'entreprise agricole, sous réserve qu'elle en devienne l'unique propriétaire.
2. Le 10 mars 2014, B. a ouvert action à l'encontre des héritiers C. et D. afin de faire constater l'existence d'un bail à ferme agricole depuis le 1<sup>er</sup> mars 2013. C. et A., ce dernier en tant que dénoncé, ont demandé le rejet de la demande. Le juge de première instance ainsi que le tribunal cantonal ont retenu l'existence d'un bail à ferme agricole avec B. portant sur l'ensemble de l'entreprise agricole dès le 1<sup>er</sup> mars 2013.
3. Par des recours séparés, A. et D. ont saisi le TF, invoquant l'absence de contrat de bail à ferme agricole conclu avec B.
4. Le TF rappelle que les litiges portant sur des baux à ferme ne doivent pas être qualifiés de litige « en matière [...] de droit du bail à loyer » au sens de l'art. 74 al. 1 lit. a LTF (*ATF 141 III 159 c. 1.2*), de sorte que le recours au TF n'est recevable que si la valeur litigieuse du cas s'élève à CHF 30 000.– (art. 74 al. 1 lit. b LTF) (c. 2). En l'espèce, la valeur litigieuse a été fixée à CHF 306 000.– par les parties de sorte que les recours sont recevables.
5. Le litige porte premièrement sur l'existence d'un bail à ferme agricole. Le contrat de bail à ferme agricole est défini et principalement réglé par la Loi sur le bail à ferme agricole (art. 4 al. 1 LBFA). Les dispositions du Code des obligations s'appliquent subsidiairement. Le contrat de bail à ferme agricole est valablement conclu par un échange de manifestations de volonté concordantes des parties (art. 1 al. 1 CO). La volonté réelle des parties au moment de la conclusion du contrat est déterminante. Si la volonté réelle des parties ne peut être établie, les manifestations de volonté sont interprétées selon le principe de la confiance. L'établissement de la volonté réelle des parties relève de l'appréciation des preuves et ne peut être revu par le TF que dans les limites de l'art. 105 LTF. Par contre, l'interprétation du contrat en vertu du principe de la confiance est une question de droit que le TF peut revoir librement. La validité d'un bail à ferme agricole n'est soumise à aucune forme, de sorte qu'un tel contrat peut être conclu par actes concluants (*ATF 118 II 441 c. 1 et TF, 29.03.2006, 5A.31/2005 c. 2.1.3*). La conclusion d'un contrat de bail agricole est en particulier admise lorsque le bailleur a connaissance du fait qu'un nouveau fermier exploite l'entreprise agricole et ne prend aucune disposition pour l'expulser. Le bailleur a connaissance de l'exploitation de l'entreprise agricole par un nouveau fermier au plus tard lorsqu'il reçoit des fermages de sa part. En l'espèce, le fermier a exploité l'entreprise agricole au vu et au su des propriétaires. Ces derniers ne s'y sont jamais opposés et ont accepté sans réserve les fermages à titre de rétribution, déjà en cours d'année 2012 pour le fermage concernant deux des parcelles puis, en décembre 2012, pour la première tranche du fermage de l'année 2013. Par conséquent, le TF admet l'existence d'un accord de fait sur les éléments essentiels du bail à ferme agricole (c. 4). Le TF rappelle aussi que le juge doit faire appel au principe de la confiance uniquement lorsque la volonté réelle des parties ne peut pas être établie, ce qui n'est pas le cas en l'espèce (c. 5.7).
6. Deuxièmement, le TF précise l'étendue du bail à ferme agricole en ce sens que les bâtiments d'exploitation ainsi que les bâtiments d'habitation font en principe partie intégrante de l'entreprise agricole, s'ils sont nécessaires à l'exploitation de l'entreprise. De tels bâtiments sont en particulier nécessaires en cas de détention de bétail et lorsqu'aucun lieu d'habitation suffisamment proche du centre de l'exploitation n'est

disponible. En revanche, une entreprise agricole peut exister indépendamment de bâtiments d'habitation lorsque ceux-ci ne sont pas nécessaires à son exploitation. En l'espèce, le fait que le fermier ne vive pas dans la partie habitable du domaine n'influe aucunement sur l'existence d'un contrat de bail à ferme agricole sur l'ensemble dudit domaine, dans la mesure où l'utilisation de la partie habitable n'est pas nécessaire à l'exploitation de l'entreprise agricole (c. 5.4).

■ **Note**

7. D'un point de vue procédural, l'arrêt commenté rappelle que l'art. 74 al. 1 lit. a LTF qui prévoit une valeur litigieuse minimale différente pour le droit du bail à loyer (et du droit du travail) ne s'applique pas aux litiges portant sur des baux à ferme. Un recours au TF n'est par conséquent recevable que si la valeur litigieuse s'élève à au moins CHF 30 000.– (c. 2) (*voir ég. Carron, Les spécificités du bail à ferme, une comparaison avec le bail à loyer, in: Bohnet/Carron [éd.], 19<sup>e</sup> Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel/Bâle 2016, p. 121 ss, N 231 ss et réf.*).
8. Compte tenu de l'absence de litige sur ce point, la décision commentée ne précise pas la manière dont la valeur litigieuse doit être calculée. Le TF a cependant eu l'occasion de décrire la méthode pertinente dans une décision antérieure concernant un bail à ferme non agricole (ATF 136 III 196 c. 1.1). Si le contrat est de durée déterminée, la valeur litigieuse équivaut au loyer pendant la durée convenue. En cas de durée indéterminée, la valeur litigieuse correspond au loyer de la période minimum pendant laquelle le contrat subsiste si la résiliation n'est pas valable. Cette période s'étend jusqu'à la date pour laquelle un nouveau congé peut être donné. En revanche, la période de protection de l'art. 271a al. 1 lit. e CO, applicable au bail à ferme non agricole en vertu de l'art. 300 al. 1 CO (ATF 136 III 106 c. 1.1), ne s'applique à notre avis pas à un bail à ferme agricole en raison de l'exception figurant à l'art. 1 al. 4 LBFA.
9. D'un point de vue matériel, l'arrêt commenté applique la théorie générale de la formation du contrat à la conclusion par actes concluants d'un bail à ferme agricole. Il convient sur ce point de mentionner deux précédents concernant la formation du contrat de bail agricole :
  - ATF 118 II 441 c. 1 : La conclusion d'un contrat de bail à ferme agricole n'est pas subordonnée à une forme particulière ou à la manifestation de volonté expresse des parties, mais peut survenir tacitement par actes concluants. En l'espèce, l'utilisation par le fermier de l'entreprise agricole, sans intervention

du bailleur pour l'en empêcher, et l'acceptation par ce dernier des fermages, constituent des actes concluants en vertu desquels un bail à ferme agricole a été valablement conclu.

- TF, 29.03.2006, 5A.31/2005 c. 2.1.3 : Lorsque les parties semblent en désaccord sur le montant du fermage, le fait pour le bailleur de recevoir le fermage que le fermier considère devoir et de ne prendre aucune mesure pour l'empêcher d'exploiter l'entreprise constitue un acte concluant par lequel les parties se sont mises d'accord sur les éléments essentiels du contrat, y compris le montant du fermage.
10. L'arrêt commenté apporte une précision quant au moment à partir duquel les parties concluent un bail à ferme agricole par actes concluants. Le contrat existe aussitôt que le bailleur a connaissance de l'exploitation de l'entreprise par le nouveau fermier et qu'il n'entreprend aucune mesure pour l'en empêcher. Selon le TF, la connaissance par le bailleur de l'exploitation de l'entreprise par le nouveau fermier intervient au plus tard (« spätestens ») à la réception du fermage. Pour admettre la conclusion par actes concluants d'un bail à ferme agricole, il ne serait donc pas nécessaire que le bailleur reçoive et accepte un premier fermage, un élément pourtant essentiel du contrat de bail à ferme agricole (*pour le bail à ferme, cf. Carron, in: Bohnet/Carron/Montini [éd.], Commentaire pratique du bail à loyer et à ferme, 2<sup>e</sup> éd. 2017, art. 275 CO N 33 et réf.*). A notre avis, cette précision s'explique par le fait que, dans le cas présent, le fermage avait déjà été fixé par l'Autorité foncière cantonale.
  11. Enfin, l'arrêt commenté précise la notion d'« entreprise agricole » (*landwirtschaftliches Gewerbe*) au sens de l'art. 1 al. 1 lit. b LBFA et des art. 7 s. LDFR. Il tranche plus précisément la question de savoir si un bail à ferme agricole peut porter sur une « entreprise agricole » lorsqu'aucune habitation ne fait partie de la chose affermée. Suivant en cela l'analyse de l'instance précédente, le TF admet que les bâtiments d'exploitation et d'habitation du bien-fonds font en principe partie intégrante de l'entreprise agricole. Tel est le cas lorsque ces bâtiments sont nécessaires à l'exploitation de l'entreprise, et dès lors à l'exécution du contrat de bail à ferme agricole, en particulier en cas de détention de bétail ou encore lorsqu'aucun lieu d'habitation suffisamment proche de l'entreprise n'est disponible. Cependant, une entreprise agricole peut très bien exister et faire l'objet d'un bail à ferme agricole indépendamment du fait que de tels bâtiments ne font pas partie de la chose louée, lorsque ceux-ci ne sont pas nécessaires à l'exploitation de l'entreprise agricole.

**B.C.**

**Contrainte en cas de notification d'un commandement de payer au locataire par le bailleur.**

Tribunal fédéral

13.08.2016

X. c. Ministère public de la République et Canton de Genève et A.

6B\_378/2016 ; Newsletter février 2017

Art. 181 CP

1. La plaignante, A., était liée, en qualité de locataire, à X. et B., bailleurs, par un contrat de bail d'une durée de dix ans ayant débuté le 1<sup>er</sup> novembre 2012. Aux termes du contrat, le loyer était payable le 1<sup>er</sup> de chaque mois au plus tard et la garantie de loyer devait être versée pour le 1<sup>er</sup> janvier 2013. A. a résilié le bail pour le 15 janvier 2013 sans avoir allégué de graves défauts ou prouvé de justes motifs. Elle n'a pas non plus proposé un preneur solvable pour le bail. Par courriel du 9 janvier 2013, X., agissant au nom des bailleurs, a indiqué à A. que la résiliation ne déploierait ses effets qu'à l'échéance du délai de dix ans et qu'il n'y avait pas de place pour une quelconque dénonciation anticipée. Il a proposé de régler amiablement le litige moyennant paiement par la locataire d'une somme de CHF 20 000.–. En cas de refus de la proposition, X. a informé A. qu'il agirait immédiatement à son encontre par diverses mesures dont des poursuites. Le 24 janvier 2013, les bailleurs ont fait établir un commandement de payer à hauteur de CHF 611 325.–, représentant les loyers pour la totalité des dix ans de bail.
2. Par jugement du 16 juin 2015, confirmé par jugement de la Chambre pénale d'appel et de révision de la Cour de justice du canton de Genève du 8 février 2016, le Tribunal de police a déclaré X. coupable de tentative de contrainte et l'a condamné à 60 jours-amende à CHF 400.– le jour avec sursis durant trois ans et à une amende de CHF 4 800.–. Il l'a également condamné à payer la moitié des frais de la procédure. X. a interjeté un recours en matière pénale au Tribunal fédéral contre le jugement de la Chambre pénale d'appel et de révision de la Cour de justice du 8 février 2016. Il concluait, avec suite de frais et dépens, principalement, à l'annulation du jugement et à son acquittement de la prévention de tentative de contrainte, ainsi que, subsidiairement, au renvoi de la cause à l'autorité précédente pour nouvelle décision au sens des considérants. Par ordonnance du 14 avril 2016, le Président de la Cour de céans a renoncé à entrer en matière sur la requête d'effet suspensif jointe au recours. Par jugement du 15 décembre 2016, le Tribunal fédéral a rejeté le recours déposé par X.
3. Dans un premier temps, le recourant a contesté le lien que la cour cantonale a fait entre une proposition de règlement à l'amiable visant à solder la résiliation hors délai prononcée par le locataire et l'envoi d'un commandement de payer. Il reprochait également à la Chambre d'appel pénale et de révision d'avoir ensuite retenu que ce commandement de payer constituait une entrave dans la liberté du locataire de se déterminer sur la proposition de règlement amiable. Le Tribunal fédéral a jugé que la manière de voir du recourant ne saurait être suivie. En effet, dans son courriel du 9 janvier 2013, celui-ci a demandé le « versement immédiat d'une indemnité équivalente [...] à CHF 20 000.– ». Cette offre avait une durée de validité jusqu'au 11 janvier 2013 à 17 heures. Passé ce délai, le recourant annonçait sa volonté d'agir immédiatement à l'encontre de A. « pour l'ensemble des montants dus et exigibles (soit, au minimum, en l'état, le loyer de janvier 2013 et la garantie de loyer, soit, au maximum, l'ensemble du loyer portant sur les dix ans du bail), avec frais et intérêts, par les voies suivantes : poursuite dirigée à votre encontre [...] ». Par la suite, le recourant a saisi l'Office des poursuites du district de Nyon, qui a établi, le 24 janvier 2013, un commandement de payer contre A. à hauteur de CHF 611 325.– en indiquant comme titre de la créance « Bail à loyer du 1<sup>er</sup> novembre 2012, conclu pour une durée déterminée de 10 ans, résilié par la locataire de manière anticipée avec effet au 15 janvier 2013, sans justes motifs ». Il résulte clairement de l'enchaînement chronologique et des différentes références au bail conclu entre parties, que le courriel constituait l'annonce du commandement de payer. Le fait que celui-ci ait été requis après l'échéance du délai imparti pour accepter l'arrangement n'a pas d'importance. Il ressort en effet d'un courriel du 30 avril 2013 que l'offre de règlement amiable avait été portée à CHF 25 000.– et prorogée jusqu'au 10 mai 2013. De ce fait, il faut admettre que le recourant n'avait pas abandonné toute idée d'obtenir le montant réclamé transactionnellement. Ainsi, la cour cantonale pouvait, sans arbitraire, retenir un lien entre le courriel et le commandement de payer (c. 1.2).
4. Après ce premier considérant sur les liens entre le commandement de payer et l'offre transactionnelle, le Tribunal fédéral s'est penché sur les éléments constitutifs de la contrainte. Selon l'art. 181 CP, celui qui, en usant de violence envers une personne ou en la menaçant d'un dommage sérieux, ou en l'entravant de quelque autre manière dans sa liberté d'action, l'aura obligée à faire, ne pas faire ou à laisser faire un acte se rend coupable de contrainte. Le Tribunal fédéral rappelle que la menace au sens de cette disposition est un moyen de pression psychologique consistant à annoncer un dommage futur dont la réalisation est présentée comme dépendante de la volonté de l'auteur, sans toutefois qu'il soit nécessaire que cette dépendance soit effective ni que l'auteur ait réellement la volonté de réaliser sa me-

nace. Le dommage doit être sérieux, à savoir propre à entraver le destinataire dans sa liberté de décision ou d'action et sa réalisation doit être ressentie comme une conséquence du choix de celui-ci. Ces critères de menace et de dommage sérieux doivent être analysés selon des critères objectifs, du point de vue d'une personne moyenne. Selon la jurisprudence, la contrainte n'est contraire au droit que si elle est illicite, soit parce que le moyen utilisé ou le but poursuivi est illicite, soit parce que le moyen est disproportionné pour atteindre le but visé, soit encore parce qu'un moyen conforme au droit utilisé pour atteindre un but légitime constitue, au vu des circonstances, un moyen de pression abusif ou contraire aux mœurs.

5. Le Tribunal fédéral juge ensuite que, pour une personne de sensibilité moyenne, faire l'objet d'un commandement de payer d'une importante somme d'argent est, à l'instar d'une plainte pénale, une source de tourments et de poids psychologique, en raison des inconvénients découlant de la procédure de poursuite elle-même et de la perspective de devoir peut-être payer le montant en question. Un tel commandement de payer est ainsi propre à inciter une personne de sensibilité moyenne à céder à la pression subie, donc à l'entraver d'une manière substantielle dans sa liberté de décision ou d'action. Certes, faire notifier un commandement de payer lorsqu'on est fondé à réclamer une telle somme est licite. En revanche, utiliser un tel procédé comme moyen de pression est clairement abusif, donc illicite (c. 2.1). Le bailleur alléguait que le locataire n'était pas une personne de sensibilité moyenne et que le commandement de payer ne pouvait ainsi représenter un choc pour lui. Le Tribunal fédéral rejette cet argument, en rappelant sa jurisprudence et en précisant que la sensibilité du locataire, présentée par le bailleur, constituait une appréciation subjective de celui-ci, difficilement quantifiable, raison pour laquelle le recours à la sensibilité moyenne se justifie. Sur cette base, il confirme que l'envoi d'un commandement de payer de plus de CHF 600 000.– remplit les critères développés (c. 2.2).
6. Le recourant avançait encore qu'un commandement de payer recouvrant des montants non exigibles n'était pas illicite et que l'entier des loyers était devenu immédiatement exigible, car cette créance représentait une indemnité pour dommages et intérêts positifs ensuite de la résiliation anticipée du bail. Le TF estime toutefois que la question de savoir si le recourant était en droit de réclamer CHF 611 325.–, soit dix ans de loyer, le 24 janvier 2013 au moyen d'un commandement de payer peut être laissée ouverte. En effet, même l'utilisation d'un moyen conforme au droit (*in casu*: la notification d'un commandement de payer conformément à la LP) pour atteindre un but légitime (*in casu*: la récupération du montant du dommage résultant de la résiliation anticipée du bail) peut constituer un moyen de pression abusif, donc illicite.
7. Sur le plan subjectif, le recourant contestait que la cour cantonale ait pu retenir qu'il avait fait notifier un commandement de payer à A. dans un autre but que celui d'obtenir le paiement des dommages subis par la résiliation anticipée du bail. Pour le recourant, le courriel du 9 janvier 2013 ne constituerait pas une menace, mais uniquement une indication des mesures qu'il s'estimait fondé à entreprendre. Notre haute cour a donc examiné l'intention du recourant lorsqu'il a fait notifier le commandement de payer. Elle retient à cet égard qu'il a fait procéder à la notification peu de temps après la résiliation anticipée du bail pour un montant très important dont il estimait lui-même qu'il s'agissait du montant maximum. A la suite de l'opposition de l'intimée, le recourant a demandé la mainlevée de celle-ci, qui lui a été refusée. Cette décision est restée sans suite de la part du recourant, qui semble l'avoir acceptée, se contentant du fait que sa créance n'était pas prescrite. Une telle manière d'agir, très rapidement après la résiliation, et l'absence de suite donnée à un rejet de la mainlevée d'opposition, laisse planer des doutes sur la volonté du recourant d'obtenir rapidement un paiement de la part de l'intimée. En revanche, le courriel du 9 janvier 2013, rédigé par un avocat, mentionne que le recourant envisage de faire des poursuites sur lesquelles il entend faire figurer les motifs de celles-ci et pour lesquelles il prévoit de demander une saisie de salaire directement en mains de l'employeur. De plus, il précise que, malgré les poursuites portant sur le loyer de dix ans de bail, il renouvellera, avec suite de frais et dépens, sa poursuite chaque mois pour le loyer en cours durant les dix ans. A cela, le recourant a ajouté la possibilité d'une action en justice avec une requête en mesures provisionnelles et, le cas échéant, un séquestre. Enfin, après l'énumération de toutes les mesures envisagées, le recourant a insisté sur la saisie en mains de l'employeur en rappelant que celui-ci « ne manquera pas d'apprécier » cette mesure.
8. En s'adressant de cette façon à l'intimée puis en lui notifiant un commandement de payer portant sur la créance maximale, le recourant montrait son intention d'utiliser le commandement de payer comme un moyen de pression envers l'intimée pour l'amener à accepter le règlement amiable qu'il proposait. Dans ces circonstances, la cour cantonale pouvait, sans arbitraire ni violation du droit fédéral, admettre que ce moyen de pression était abusif, que l'élément subjectif était réalisé et que, partant, les conditions d'une tentative de contrainte au sens de l'art. 181 CP étaient données. Le recours est donc rejeté.

■ **Note**

9. Cet arrêt est l'occasion de parcourir quelques éléments en lien avec la problématique des poursuites abusives, dans le contexte du droit du bail. Il sera ainsi briève-

ment revenu sur la contrainte que peut représenter ce moyen légal et le caractère exigible des loyers poursuivis sera également examiné. Savoir si le comportement incriminé est également constitutif d'extorsion fera l'objet de quelques réflexions, avant que la possibilité d'introduire une action en constat négatif dans le cadre d'une procédure pénale ne soit abordée, de même que les derniers développements du Parlement en lien avec la consultation par des tiers de poursuites abusives.

10. Le Tribunal fédéral apporte une précision claire sur la contrainte que peut représenter l'envoi d'un commandement de payer à un locataire, lorsque cette démarche n'est pas légitime et qu'elle vise à le pousser à accepter un arrangement. En l'espèce, le but de la poursuite, analysé en fonction des circonstances qui entouraient l'envoi du commandement de payer, était de forcer le locataire à payer un montant de CHF 20 000.– ou CHF 25 000.– afin d'être libéré du contrat de bail (pour un loyer mensuel d'environ CHF 5 800.–, calculé en fonction du montant réclamé par le biais du commandement de payer, l'arrêt ne le mentionnant pas). Ainsi, le Tribunal fédéral rappelle clairement que « l'utilisation d'un moyen conforme au droit (*in casu*: la notification d'un commandement de payer conformément à la LP) pour atteindre un but légitime (*in casu*: la récupération du montant du dommage résultant de la résiliation anticipée du bail) peut constituer un moyen de pression abusif, donc illicite » (c. 2.3, avec renvoi au c. 2.1). Il confirme également que la sensibilité du destinataire du commandement de payer n'a pas à être examinée, le critère objectif de sensibilité moyenne devant être retenu.
11. Si le Tribunal fédéral précise qu'il n'est pas nécessaire, en l'espèce, de déterminer si la créance de loyer était exigible (cf. c. 2.3), l'on s'y arrêtera néanmoins quelques instants. Selon les faits contenus dans l'arrêt, le montant était payable par mois et d'avance. Il est ainsi incontestable que les loyers jusqu'à l'échéance du contrat n'étaient pas exigibles. Le bailleur estimait toutefois qu'il disposait d'une créance exigible, à savoir l'indemnisation de son dommage positif, qui consistait en l'espèce en l'entier des loyers. Une telle conception, pour qu'elle soit valable sur le principe, aurait néanmoins nécessité que le contrat ait valablement pris fin, ce qui n'était, selon l'arrêt, pas le cas. Une éventuelle indemnisation du préjudice subi par le bailleur, qui ne peut plus encaisser les loyers de son locataire sur la totalité de la durée prévue, n'est envisageable que si l'obligation, par le locataire, de payer son loyer a disparu. Tant que dure le contrat, le locataire reste en effet débiteur et le bailleur peut exiger de celui-ci le paiement du loyer chaque mois. A défaut, il pourra mettre en œuvre les mécanismes de la demeure du locataire (art. 259d CO), résilier le bail et enfin demander l'indemnisation de son préjudice (ATF 127 III 548, c. 5, DB 2001 N5). Il ne pourra cependant pas exiger de
- manière automatique la totalité des loyers perçus, l'art. 44 CO lui imposant de réduire son dommage. Il devra ainsi imputer les frais accessoires n'existant plus et surtout chercher un locataire de remplacement (Wessner, in: Bohnet/Carron/Montini [éd.], *Commentaire pratique, Droit du bail à loyer et à ferme*, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2017, art. 259d CO N51). Nul doute en l'espèce que le bailleur aurait trouvé un remplaçant avant l'échéance prévue du bail puisqu'au moment de la résiliation prononcée par le locataire, il restait encore huit ans et dix mois de bail. Réclamer l'intégralité des loyers était ainsi manifestement abusif, ceux-ci n'étant sans conteste pas exigibles.
12. L'envoi d'un commandement de payer abusif a déjà été reconnu comme une tentative de contrainte par le passé, également dans un contexte de droit du bail. Les poursuites s'inscrivaient dans un contexte de conflit global, ayant pris sa source dans des problèmes d'égard entre voisins. Après avoir vu leur contrat de bail résilié, des locataires avaient fait feu de tout bois, notamment pour tenter de récupérer des montants selon eux investis à fond perdu en raison de la perspective qui était la leur de rester à long terme dans l'appartement qu'ils avaient dû quitter. La Cour d'appel pénale du Tribunal cantonal vaudois avait également confirmé la condamnation pour tentative de contrainte, le but que les locataires cherchaient à obtenir par le biais de ces poursuites étant abusif (TC VD, *Cour d'appel pénale*, 24.08.2015, n° PE10.028413-ARS/TDE). Par ailleurs, dans un domaine périphérique à l'arrêt analysé, l'on notera que le bailleur qui résilie ou menace de résilier le bail, en laissant à penser que la seule manière de le continuer ou de le maintenir est d'accepter de payer un loyer plus élevé (ceci alors que le loyer avait fait l'objet d'un contrôle des prix), se rend également coupable de contrainte ou de tentative de contrainte (RSJ 1963 p. 378 N184).
13. Il faut ainsi se montrer prudent dans l'emploi des moyens légaux permettant de recouvrer une somme d'argent et s'assurer que leur usage vise bien à atteindre ce but uniquement et qu'ils ne portent que sur des montants exigibles. De même, il faut éviter de faire usage des facultés de résiliation dans le seul but d'obtenir un loyer plus élevé qui ne pourrait être exigé d'un nouveau locataire, parce qu'il serait abusif (à cet égard, cf. Conod, in: Bohnet/Carron/Montini [éd.], *op. cit.*, art. 271 CO N17ss sur les possibilités de résilier un contrat pour obtenir un loyer plus élevé). Quelle que soit la menace en cause, celle-ci ne sera constitutive de contrainte que si le locataire se voit entravé dans la décision qu'il doit prendre, ce qui se vérifie à l'aune d'une sensibilité moyenne. Cela étant, et en fonction des faits décrits dans l'arrêt commenté, l'on peut se demander si le comportement incriminé n'est pas également constitutif d'une tentative d'extorsion. Selon l'art. 156 CP, celui qui, dans le dessein de se procurer ou de procurer à

un tiers un enrichissement illégitime, aura déterminé une personne à des actes préjudiciables à ses intérêts pécuniaires ou à ceux d'un tiers, en usant de violence ou en la menaçant d'un dommage sérieux, sera puni d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire. La notion de menace d'un dommage sérieux de l'art. 156 CP est la même que celle que l'on retrouve dans l'infraction de contrainte de l'art. 181 CP (*Dupuis et al., Petit commentaire du code pénal, Bâle 2012, art. 156 CP N9*). Les autres éléments constitutifs consistent en la réalisation d'un acte de disposition préjudiciable par le lésé, un dommage, un lien de causalité et, sur le plan subjectif, l'intention et un dessein d'enrichissement illégitime. L'enrichissement doit être illégitime, ce qui n'est pas le cas lorsque l'auteur y a droit. Selon une partie de la doctrine, il y a un enrichissement illégitime lorsqu'il est obtenu de manière contraire à l'ordre juridique (*Corboz, Les infractions en droit suisse, Vol. I, 3<sup>e</sup> éd., Berne 2010, art. 138 CP N 15*). L'enrichissement peut n'être que temporaire ou provisoire (*Corboz, op. cit., art. 146 CP N36, la notion de dommage au sens de l'art. 156 CP étant la même que celle de l'art. 146 CP, cf. le même ouvrage, art. 156 CP N 19*). Lorsque la menace a été prise au sérieux, mais que l'avantage indu n'a pas été procuré, l'on est en présence d'une tentative d'extorsion (*ATF 79 IV 60 c.2*). Précisons qu'il existe un concours imparfait entre la contrainte et l'extorsion, la seconde présentant une forme qualifiée de la première, en raison du dessein d'enrichissement illégitime (*Favre/Pellet/Stoudmann, Code pénal annoté, 3<sup>e</sup> éd., Lausanne 2011, art. 156 CP N1.7*).

14. Selon le Tribunal fédéral, « une infraction d'extorsion peut aussi exister en cas de moyen de pression licite. Tel est le cas si l'auteur menace d'un comportement en soi permis, dépendant de sa volonté – par exemple le dépôt d'une plainte pénale –, pour obtenir l'exécution d'une prestation, alors que la prétention demandée n'existe pas, n'est juridiquement pas fondée ou est disproportionnée. Celui qui, sous la menace d'une plainte pénale, exige, dans un dessein d'enrichissement, plus que ce qui lui est dû, commet une extorsion. Si, en revanche, la prestation est due, il n'y a pas d'extorsion, mais éventuellement une infraction de contrainte, en cas de rapport « moyen/but » abusif ou contraire aux mœurs » (*TF, 09.12.2016, 6B\_275/2016, c. 4.2.2*). Si, dans cet arrêt, la menace sérieuse est représentée par le dépôt d'une plainte pénale, l'arrêt commenté place sur le même plan la plainte pénale et le commandement de payer (c. 2.1). Il faut ainsi en conclure que les développements élaborés autour de la plainte pénale s'appliquent *mutatis mutandis* au commandement de payer. La distinction entre contrainte et extorsion réside ainsi dans le dessein d'enrichissement illégitime, étant rappelé que l'encaissement d'une créance due n'entraîne pas d'enrichissement illégitime. En l'espèce, l'enrichissement illégitime (de même que le dommage)

pourrait se concrétiser par le fait que le bailleur tente d'obtenir du locataire le paiement d'une indemnité transactionnelle qui n'est pas due, en invoquant une menace de perception de montants qui ne sont pas exigibles et qui ne pourraient certainement pas l'être dans l'ampleur réclamée, en raison de l'absence de résiliation du contrat – ce qui implique que les loyers ne sont exigibles que de mois en mois – et de l'obligation du bailleur de réduire son dommage (sans compter la possibilité, pour le locataire, de présenter un locataire de remplacement).

15. L'arrêt analysé est également l'occasion de faire le lien avec les possibilités existantes pour une personne poursuivie de faire constater le caractère abusif d'une poursuite, afin que celle-ci ne soit pas communiquée à des tiers (art. 8a al. 3 lit. a LP). Le poursuivi qui s'estime être victime d'une poursuite sans fondement peut tenter l'action en annulation de la poursuite prévue à l'art. 85a LP au for de la poursuite. Celle-ci suppose néanmoins qu'opposition ait été formée et que mainlevée il y ait eu, l'annulation ne pouvant de surcroît intervenir que jusqu'à la distribution des deniers ou la faillite (*Bohnet, in: Bohnet/Haldy/Jeandin/Schweizer/Tappy [éd.], Code de procédure civile commenté, Bâle 2011, art. 88 CPC N11*). Lorsque ces conditions ne sont pas remplies, le poursuivi dispose de l'action générale en constat négatif de droit visant à faire constater qu'un droit n'existe pas (art. 88 CPC). Il doit toutefois disposer d'un intérêt digne de protection pour que son action soit recevable (art. 59 al. 2 lit. a CPC). Dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral a estimé qu'en principe, un intérêt à faire constater l'inexistence d'une dette existait dès que celle-ci faisait l'objet d'une poursuite, sous réserve du cas où la réquisition de poursuite a été envoyée afin d'interrompre la prescription après que le poursuivi a refusé de signer une renonciation à invoquer la prescription (*ATF 141 III 68, RSPC 2015 220*). Une telle action implique cependant que le poursuivi verse une avance de frais qui peut être considérable en fonction du montant des poursuites et qu'il agisse de surcroît au for du défendeur ou à un for spécifique, déterminé selon le fondement prétendu de l'adversaire (*Bohnet, op. cit., art. 88 CPC N70 ss*).

16. Pour éviter ces écueils, le destinataire du commandement de payer peut déposer une plainte pénale pour contrainte – ou extorsion – et y former des prétentions civiles tendant à constater le caractère abusif de la poursuite (art. 122 al. 1 CPP) (*pour les avantages de faire valoir ses conclusions civiles dans une procédure pénale, en termes de for, de formes de la demande, d'appui du Ministère public dans la constatation des faits, de frais judiciaires ou encore de nombre de jugements, cf. Jeanne-rot, Genève – Neuchâtel et retour, Un voyage en quinze étapes à travers le droit pénal, Liber amicorum pour la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, Zurich/St-Gall 2016, p. 69 ss*). Une partie plaignante est admise

à déposer ses conclusions civiles lorsque celles-ci sont fondées sur le droit civil et devraient normalement être débattues devant les juridictions civiles. «La notion de prétentions civiles englobe non seulement les prétentions en dommages-intérêts et en réparation du tort moral, mais aussi celles qui visent toute satisfaction ou protection offerte par le droit privé. Il doit toutefois s'agir de prétentions qui puissent être invoquées dans le cadre de la procédure pénale par la voie d'une constitution de partie civile, c'est-à-dire de prétentions contre l'accusé découlant de la commission même de l'infraction» (ATF 127 IV 185 c. 1a). Au surplus, selon le TF, la notion de prétention civile doit être interprétée de manière large : «elle ne vise pas seulement les dommages-intérêts et l'indemnité pour tort moral, mais aussi les conclusions tendant à une interdiction, à la cessation d'un comportement illicite ou à la constatation de ce caractère illicite, comme le prévoit l'art. 9 LPD» (ATF 122 IV 139 c. 3b). Si cet arrêt fait spécialement référence à l'art. 9 LPD, il n'apparaît pas que seule cette action en constatation est ouverte. Il faut au contraire examiner dans chaque cas d'espèce si la prétention civile présente un lien de connexité suffisant avec l'infraction poursuivie (Moreillon/Parein-Rey-

mond, *Petit commentaire CPP*, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2016, art. 122 CPP N4). A cet égard, il nous paraît que les faits à la base de l'arrêt commenté auraient permis au locataire de joindre des conclusions civiles en constat négatif et qu'il aurait ainsi pu profiter des facilités de l'action civile jointe à la procédure pénale.

17. Enfin, c'est encore l'occasion de rappeler que le Parlement vient tout récemment d'adopter une modification de la LP en lien avec les poursuites abusives, afin que ceux qui en sont victimes soient mieux protégés. Il est ainsi prévu que l'action en annulation de la poursuite pourra être intentée que la poursuite ait été frappée d'opposition ou non (nouvel art. 85a al. 1 LP), que le poursuivi pourra en tout temps demander que le poursuivant présente ses moyens de preuves à l'office des poursuites (nouvel art. 73 LP) et que le poursuivi pourra demander à ce que la poursuite frappée d'opposition ne soit pas communiquée à des tiers, l'office ne pouvant le faire que lorsque le créancier aura démontré avoir entamé des procédures visant à lever l'opposition (nouvel art. 8a al. 3 lit. d LP) (FF 2016 8631, l'entrée en vigueur n'a pas encore été fixée par le Conseil fédéral).

G.J.

# Liste des arrêts rendus par le TF entre le 1<sup>er</sup> octobre 2016 et le 30 septembre 2017

| Référence | Date | Mots-clés | Commenté in DB 2017 |
|-----------|------|-----------|---------------------|
|-----------|------|-----------|---------------------|

| <b>1. Dispositions générales</b> |            |  |       |
|----------------------------------|------------|--|-------|
| 4A_211/2016                      | 07.07.2016 | Sous-loyer illicite ; restitution du profit illégitime   | n° 5  |
| 4A_67/2016                       | 07.06.2016 | Congé notifié au moyen d'une formule officielle scannée  | n° 8  |
| 4A_65/2016                       | 02.09.2016 | Demeure dans le paiement du loyer ; accord de suspension du paiement du loyer  |       |
| 4A_16/2016                       | 26.08.2016 | Notion de besoin propre urgent du bailleur ; justes motifs de résiliation anticipée  |       |
| 4A_18/2016                       | 26.08.2016 | Congé ordinaire fondé sur le besoin du bailleur d'occuper lui-même les locaux  |       |
| 4A_195/2016                      | 09.09.2016 | Résiliation par le nouveau propriétaire ; notion de besoin propre et urgent ; prise en compte des intérêts du locataire dans le cadre de la prolongation                   |       |
| 4A_332/2016                      | 20.09.2016 | Restitution anticipée ; conditions à la libération des locataires  | n° 6  |
| 4A_353/2016                      | 10.10.2016 | Demeure du locataire ; validité du congé envoyé avant l'échéance du délai de paiement  |       |
| 4A_424/2016                      | 15.11.2016 | Congé pour demeure dans le paiement du loyer ; invocation d'une prétention en compensation par le locataire  |       |
| 4A_344/2016                      | 21.10.2016 | Résiliation anticipée en cas de changement d'affectation des locaux par le locataire   |       |
| 4A_196/2016                      | 24.10.2016 | Validité du congé en cas de représentation   | n° 7  |
| 4A_366/2016                      | 02.09.2016 | Erreur dans la motivation du congé anticipé ; conséquences sur la validité de celui-ci   |       |
| 4A_198/2016                      | 07.10.2016 | Congé ordinaire en raison du besoin propre de la fille du bailleur ; limite tirée des règles de la bonne foi ; pesée des intérêts dans le cadre de la prolongation du bail |       |
| 4A_293/2016, ATF 143 III 15      | 13.12.2016 | Notification de la résiliation du bail durant les vacances du locataire ; théorie de la réception absolue  | n° 18 |
| 4A_347/2016                      | 10.11.2016 | Conditions à un congé anticipé en cas de sous-location non autorisée   | n° 2  |
| 4A_537/2016                      | 16.11.2016 | Résiliation pour demeure dans le paiement du loyer ; expulsion en cas clair  |       |
| 4A_423/2016                      | 21.12.2016 | Fin du bail et conclusion d'un nouveau contrat ; interprétation de la volonté des parties  |       |
| 4A_422/2016                      | 01.12.2016 | Bail commercial ; garantie bancaire ; compensation   | n° 1  |
| 4A_637/2016                      | 03.03.2017 | Modification consensuelle du loyer ; restitution des loyers payés en trop en cas de hausse nulle pour vice de forme ; abus de droit  | n° 10 |
| 4A_718/2016                      | 21.02.2017 | Congé pour demeure dans le paiement du loyer ; expulsion en cas clair  |       |
| 4A_44/2017                       | 21.03.2017 | Congé pour demeure dans le paiement du loyer ; expulsion en cas clair  |       |
| 4A_9/2017                        | 06.03.2017 | Validité de l'avis comminatoire rédigé dans une autre langue que celle du lieu de situation de la chose louée  |       |

|             |            |   |      |
|-------------|------------|---|------|
| 4A_616/2016 | 10.05.2017 | Fardeau de la preuve en cas d'obligation soumise à conditions   |      |
| 4A_58/2017  | 23.05.2017 | Congé pour besoin propre et urgent en vue de travaux de démolition et de reconstruction ; priorité des intérêts du bailleur dès l'obtention de l'autorisation de construire ; prolongation du bail exclue |      |
| 4A_577/2016 | 25.04.2017 | Température excessive dans l'appartement due à l'ensoleillement ; travaux pour y remédier et pourcentage de la baisse de loyer accordée   |      |
| 4A_581/2016 | 25.04.2017 | Température excessive dans l'appartement due à l'ensoleillement ; travaux pour y remédier et pourcentage de la baisse de loyer accordée ; défaut en cas de décoloration du sol                            |      |
| 4A_94/2017  | 27.06.2017 | Congé extraordinaire du bailleur en raison de la violation persistante du locataire par rapport à l'affectation des locaux (salon de massages)  | n° 3 |

## 2. Protection contre les loyers abusifs

|             |            |  |       |
|-------------|------------|--|-------|
| 4A_415/2015 | 22.08.2016 | Nullité de la clause d'échelonnement en cas de bail inférieur à trois ans ; preuve de la réception de la demande de baisse de loyer                                  | n° 9  |
| 4A_147/2016 | 12.09.2016 | Valeur de l'immeuble à prendre en compte pour un calcul de rendement en cas de décès du propriétaire ; exception au calcul de rendement net en cas d'immeuble ancien |       |
| 4A_295/2016 | 29.11.2016 | Fardeau de la preuve du caractère abusif du loyer initial en cas d'immeuble ancien   | n° 13 |
| 4A_549/2016 | 09.02.2017 | Réserve de hausse de loyer ; méthode de calcul   | n° 11 |
| 4A_513/2016 | 18.04.2017 | Fixation du loyer initial lorsque le calcul de rendement net est impossible faute de disposer des pièces nécessaires ; pouvoir d'appréciation du juge                |       |
| 4A_531/2016 | 11.04.2017 | Hausse de loyer ; investissements à plus-value en cas d'importantes réparations  |       |
| 4A_254/2016 | 10.07.2017 | Absence de notification par formulaire officiel du loyer initial ; action en répétition de l'indu ; délai de prescription ; abus de droit                            | n° 12 |
| 4A_17/2017  | 07.09.2017 | Preuve du caractère abusif du loyer initial ; devoir du bailleur de collaborer   |       |

## 3. Protection contre les congés

|                              |            |  |       |
|------------------------------|------------|--|-------|
| 4A_409/2016                  | 13.09.2016 | Congé en vue d'importants travaux de transformation et de rénovation   |       |
| 4A_396/2016                  | 22.09.2016 | Liberté de résilier le contrat ; limite tirée de la bonne foi  |       |
| 4A_477/2016                  | 27.09.2016 | Prolongation ; critères à prendre en compte ; pesée des intérêts   |       |
| 4A_293/2016, ATF 143 III 15  | 13.12.2016 | Annulabilité du congé pour motifs économiques  | n° 18 |
| 4A_346/2016 et 4A_358/2016   | 17.01.2017 | Congé en vue de relouer à une société du même groupe que la bailleuse ; durée de la prolongation                         | n° 17 |
| 4A_474/2016                  | 20.02.2017 | Congé contraire aux règles de la bonne foi ; fardeau de la preuve  |       |
| 4A_476/2016                  | 20.02.2017 | Congé en vue d'importants travaux de rénovation ; contraire aux règles de la bonne foi                                   |       |
| 4A_19/2016                   | 02.05.2017 | Congé pour motifs économiques du bailleur  |       |
| 4A_34/2017                   | 18.04.2017 | Protection contre les congés conférée aux membres de la famille du locataire décédé qui habitaient le logement litigieux |       |
| 4A_388/2016                  | 15.03.2017 | Congé donné en raison du placement de la locataire en EMS ; non contraire à la bonne foi                                 | n° 14 |
| 4A_703/2016, ATF 143 III 344 | 24.05.2017 | Congé pour travaux de rénovation ou d'assainissement ; moment et étendue de la motivation du congé par le bailleur       | n° 15 |
| 4A_705/2016                  | 24.05.2017 | Congé pour travaux de rénovation ou d'assainissement ; moment et étendue de la motivation du congé par le bailleur       |       |

|             |            |   |       |
|-------------|------------|---|-------|
| 4A_58/2017  | 23.05.2017 | Congé pour besoin propre et urgent en vue de travaux de démolition et de reconstruction ; priorité des intérêts du bailleur dès l'obtention de l'autorisation de construire ; prolongation du bail exclue |       |
| 4A_694/2016 | 04.05.2017 | Congé donné pour effectuer d'importants travaux visant à réunifier deux surfaces commerciales ; validité de la résiliation au regard de la finalité des travaux   | n° 16 |
| 4A_94/2017  | 27.06.2017 | Congé extraordinaire du bailleur en raison de la violation persistante du locataire par rapport à l'affectation des locaux (salon de massages)  | n° 3  |
| 4A_689/2016 | 28.08.2017 | Communauté héréditaire ; qualité pour agir en contestation du congé d'un bail de locaux commerciaux   | n° 19 |

#### 4. Autorités et procédure

|                                 |            |   |       |
|---------------------------------|------------|---|-------|
| 4A_100/2016,<br>ATF 142 III 515 | 13.07.2016 | Délimitation de la compétence entre le tribunal de commerce et le tribunal des baux   | n° 20 |
| 4A_47/2016,<br>ATF 142 III 690  | 03.10.2016 | Requalification du bail de durée déterminée en durée indéterminée ; compétence pour rendre une proposition de jugement                | n° 21 |
| 4A_300/2016                     | 05.10.2016 | Type de procédure applicable en cas de prétention en expulsion ; compétence du tribunal de commerce                                   |       |
| 4A_321/2016                     | 03.10.2016 | Violation du droit d'être entendu ; motivation de la décision   |       |
| 4A_472/2016                     | 22.09.2016 | Révision ; nova   |       |
| 4A_518/2016                     | 26.09.2016 | Motivation du recours au Tribunal fédéral   |       |
| 4A_517/2016                     | 20.10.2016 | Droit à l'administration de preuves   |       |
| 4A_440/2016                     | 24.10.2016 | Expulsion en cas clair ; question préjudicielle de la validité du congé   |       |
| 4A_551/2016                     | 03.11.2016 | Expulsion en procédure sommaire ; exigence de clarté quant à la fin du bail   |       |
| 4D_54/2016                      | 02.11.2016 | Motivation du montant accordé à titre de dépens ; situation de la partie non représentée professionnellement                          |       |
| 4A_622/2016                     | 07.12.2016 | Valeur litigieuse devant le Tribunal fédéral ; désignation des parties ; formalisme excessif  | n° 26 |
| 4F_22/2016                      | 21.11.2016 | Motivation du recours au Tribunal fédéral   |       |
| 4D_83/2016                      | 02.12.2016 | Irrecevabilité de conclusions nouvelles devant le TF  |       |
| 4A_432/2016                     | 21.12.2016 | Assistance judiciaire ; calcul du minimum vital   |       |
| 4A_547/2016                     | 05.12.2016 | Procédure simplifiée ; notion de « protection contre les congés » ; requalification du bail de durée déterminée en durée indéterminée |       |
| 4A_331/2016                     | 08.02.2017 | Conciliation obligatoire sous l'ancien droit de procédure ; cumul de prétentions  |       |
| 4A_558/2016                     | 03.02.2017 | Violation du droit de réplique ; annulation de la décision  |       |
| 4A_69/2017                      | 13.02.2017 | Recours au TF devenu sans objet   |       |
| 4A_36/2017                      | 02.03.2017 | Principe de disposition ; moyens de défense   | n° 24 |
| 4A_43/2017                      | 07.03.2017 | Transaction judiciaire ; exécution forcée ; partie décédée  |       |
| 4A_645/2016                     | 02.03.2017 | Garantie d'impartialité des juges ; absence de prévention en cas de mesures de discipline   |       |
| 4A_114/2017                     | 13.03.2017 | Motivation du recours au Tribunal fédéral   |       |
| 4A_9/2017                       | 06.03.2017 | Absence à l'audience ; conditions à la restitution de délai   |       |
| 4A_419/2016                     | 02.03.2017 | Qualification de la décision de preuve à futur (incidente ou finale) ; recours au Tribunal fédéral                                    |       |
| 4A_698/2016                     | 04.04.2017 | Mesures provisionnelles visant à obtenir l'autorisation de poursuivre l'exploitation des immeubles                                    |       |
| 4A_179/2017                     | 06.04.2017 | Motivation du recours au Tribunal fédéral   |       |
| 4A_52/2017,<br>ATF 143 III 173  | 19.04.2017 | Sursis concordataire ; prétention en restitution des locaux   | n° 27 |

|                              |            |  |       |
|------------------------------|------------|--|-------|
| 4A_71/2017                   | 02.05.2017 | Clause générale de récusation d'un juge  |       |
| 4A_214/2017                  | 01.05.2017 | Valeur litigieuse pour recourir en matière civile au Tribunal fédéral ; motivation du recours  |       |
| 4A_511/2016, ATF 143 III 272 | 02.05.2017 | Révision d'une décision ; qualification de faits postérieurs ou antérieurs ; moment pour introduire des nova en appel                      | n° 25 |
| 4A_616/2016                  | 10.05.2017 | Administration de preuves en appel   |       |
| 4A_182/2017                  | 08.06.2017 | Erreur de la poste dans la notification de la décision attaquée ; délai de recours au TF   |       |
| 4A_254/2016                  | 10.07.2017 | Transaction judiciaire ; autorité de chose jugée   | n° 12 |
| 4A_108/2017                  | 30.05.2017 | Exigence d'une ordonnance de preuves même en procédure simplifiée ; recours ouvert en tout temps à défaut d'une telle ordonnance           | n° 23 |
| 4A_185/2017                  | 15.06.2017 | Cas clair ; interprétation d'une clause contractuelle selon le principe de la confiance  |       |
| 4A_340/2017                  | 24.07.2017 | Application de la procédure simplifiée en cas de conclusions visant à faire constater que le bail est prorogé en vertu d'un droit d'option | n° 22 |
| 5A_293/2017                  | 05.07.2017 | Renvoi de l'audience dans une procédure de faillite sans poursuite préalable   |       |
| 4A_689/2016                  | 28.08.2017 | Communauté héréditaire ; qualité pour agir en contestation du congé d'un bail de locaux commerciaux  | n° 19 |
| 4A_327/2017                  | 31.08.2017 | Récusation d'un juge cantonal  |       |
| 4A_1/2017                    | 22.06.2017 | Changement dans la composition de la cour d'appel entre l'arrêt de renvoi et l'arrêt final   |       |
| 4A_402/2017                  | 07.09.2017 | Recours au Tribunal fédéral contre une décision incidente  |       |
| 4A_387/2017                  | 28.08.2017 | Motivation du recours au Tribunal fédéral  |       |
| 4A_377/2017                  | 30.08.2017 | Arbitraire dans l'établissement des faits  |       |

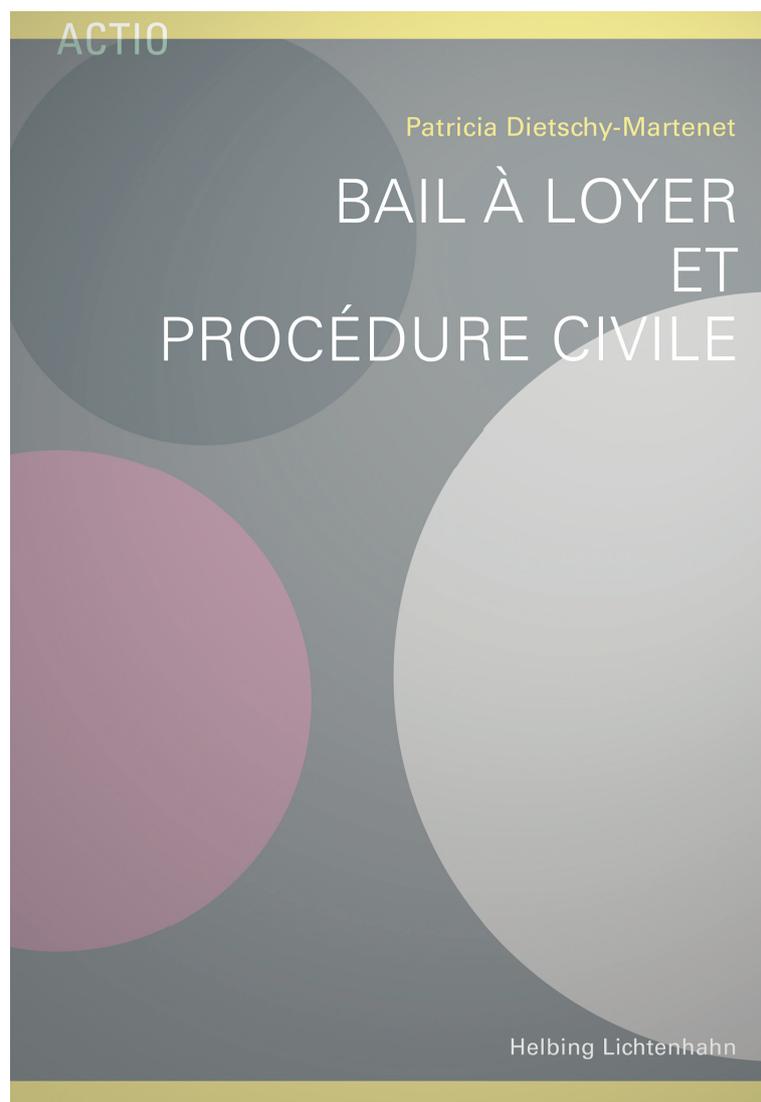
**5. Bail à ferme**

|                          |            |  |       |
|--------------------------|------------|--|-------|
| 4A_57/2016 et 4A_59/2016 | 03.08.2016 | Conclusion d'un bail à ferme agricole par actes concluants ; étendue du bail à ferme agricole      | n° 28 |
| 2C_1030/2016             | 17.03.2017 | Montant du fermage d'un bail à ferme agricole portant sur un alpage                                |       |
| 4A_698/2016              | 04.04.2017 | Mesures provisionnelles visant à obtenir l'autorisation de poursuivre l'exploitation des immeubles |       |

**6. Divers**

|                            |            |  |       |
|----------------------------|------------|--|-------|
| 5A_452/2016                | 12.10.2016 | Faillite sans poursuite préalable  |       |
| 6B_378/2016                | 15.12.2016 | Contrainte en cas de notification d'un commandement de payer par le bailleur   | n° 29 |
| 4A_341/2016 et 4A_343/2016 | 10.02.2017 | Contrat d'hébergement ; responsabilité de l'hôtelier   |       |
| 4A_201/2016                | 01.03.2017 | Contrat d'affrètement ; demeure du débiteur  |       |
| 6B_55/2017                 | 24.03.2017 | Production dans un procès matrimonial d'un bail contenant une signature contrefaite du locataire par le bailleur ; éléments constitutifs du faux dans les titres |       |
| 1C_416/2016                | 23.03.2017 | Aliénation d'un appartement loué ; refus de l'autorité administrative  |       |
| 2C_1101/2016               | 24.07.2017 | Vente d'immeubles soumis à la LCAP ; hausses de loyer admissibles et dommages-intérêts   |       |

# Helbing



2018  
env. 180 pages, broché  
CHF 58.-  
Livraison mars 2018  
ISBN 978-3-7190-3999-8  
[www.helbing.ch/3999](http://www.helbing.ch/3999)

**Pour des procédures réussies  
en matière de bail à loyer.**

**unine**

UNIVERSITÉ DE  
NEUCHÂTEL

FACULTÉ DE DROIT

## **Séminaire sur le droit du bail**

Avenue du 1<sup>er</sup>-Mars 26 • CH-2000 Neuchâtel • Téléphone: +41 32 718 12 60 • Fax: +41 32 718 12 61  
[www.bail.ch](http://www.bail.ch) • courriel: [seminaire.bail@unine.ch](mailto:seminaire.bail@unine.ch)