

Le droit du bail en procédure civile suisse

par

François Bohnet

Professeur à l'Université, avocat, Neuchâtel

I. Introduction.....	5
II. Les fors	6
A. Généralités	6
B. En matière immobilière.....	6
C. En matière mobilière	7
D. En matière de droit des poursuites	8
III. La compétence matérielle.....	9
A. L'autorité de conciliation	9
B. Les tribunaux.....	10
IV. La représentation et l'assistance.....	11
A. Devant l'autorité de conciliation.....	11
B. Devant les tribunaux	12
1. La personne de confiance.....	12
2. Les avocats inscrits au registre cantonal	13
3. Les mandataires professionnellement qualifiés.....	13
4. Les agents d'affaires et les agents juridiques brevetés.....	14
V. La tentative de conciliation	14
A. Le principe	14
B. Les exceptions	15
1. L'absence de conciliation.....	15
a. La procédure sommaire	15
b. La libération de dette	16

c. La demande reconventionnelle	17
d. L'intervention principale et l'appel en cause.....	17
e. La validation des mesures provisionnelles	18
f. La renonciation d'un commun accord.....	19
g. La renonciation par le demandeur	19
2. Le remplacement de la conciliation par la médiation	20
C. Les écritures	21
1. La requête de conciliation	21
2. La prise de position du défendeur	22
D. La procédure de conciliation.....	23
1. La comparution personnelle à l'audience.....	23
2. Le défaut	24
3. Les preuves	26
4. La durée et le nombre d'audiences.....	27
5. La confidentialité	28
6. La gratuité	29
E. L'aboutissement de la conciliation.....	30
F. L'échec de la conciliation.....	30
1. L'autorisation de procéder	30
a. Le principe	30
b. Le contenu	31
c. Le destinataire.....	32
d. Le délai pour agir.....	32
2. La proposition de jugement.....	33
a. Les cas visés.....	33
b. Le contenu	35
c. Les effets.....	35
d. L'opposition.....	35
3. La décision	38
VI. La procédure au fond	40
A. La procédure simplifiée	40
1. Le champ d'application.....	40

Le droit du bail en procédure civile suisse

2. Les écritures	42
a. La « demande simplifiée »	42
b. La prise de position du défendeur.....	43
3. Le déroulement du procès au fond	44
a. Les audiences	44
b. Les maximes applicables	46
c. Les plaidoiries	48
d. La décision.....	48
B. La procédure ordinaire	49
1. Le champ d'application	49
2. L'allégation des faits	49
3. Les maximes applicables.....	51
4. Les plaidoiries	51
5. La décision	52
C. La procédure sommaire	52
1. Le champ d'application.....	52
2. Quelques remarques sur la procédure	52
D. La procédure applicable en matière d'expulsion	54
E. Les frais	54
VII. Les voies de recours.....	55
A. L'appel	55
1. Les décisions attaquables	55
2. Les motifs.....	55
3. Les écritures	56
a. L'appel	56
b. La réponse et l'appel joint	57
c. Le second échange d'écritures	57
4. Les effets de l'appel	57
5. Le déroulement du procès en appel.....	58
6. La décision sur appel.....	59
B. Le recours.....	59

1. Les décisions attaquables	59
2. Les motifs.....	59
3. Les écritures	61
a. Le recours	61
b. La réponse.....	61
4. Les effets du recours	62
5. Le déroulement du procès sur recours	62
6. La décision sur recours	62
VIII. Les dispositions transitoires	63
IX. Conclusion	63

I. Introduction

1. Le Code de procédure civile suisse (CPC) entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2011¹. Si près de cent ans séparent ainsi le Code civil suisse et le Code (révisé) des obligations de la loi fédérale visant à permettre leur consécration judiciaire, le trou n'est pas béant. Tout au long du 20^{ème} siècle, le législateur fédéral a adopté des règles de procédure visant à assurer une application uniforme du droit privé sur tout le territoire de la Confédération, et le Tribunal fédéral a déduit de ce droit un nombre important de principes de procédure.
2. En droit du bail tout particulièrement, le législateur a été conscient du caractère primordial de la sanction judiciaire du dispositif de protection du locataire. L'AMSL, adopté le 30 juin 1972, et plus encore le « nouveau » droit du bail du 15 décembre 1989, contiennent des dispositions essentielles de procédure. Le principe d'un préalable obligatoire et gratuit de conciliation en matière de bail immobilier devant une autorité de conciliation est ancré dans la loi depuis plus de vingt ans désormais, tout comme son pouvoir de décision en matière de consignation, d'annulation du congé et de prolongation du bail. Le Code des obligations impose également une procédure simple, rapide et gratuite dans ces domaines, ainsi que la maxime inquisitoire sociale.
3. Autant dire que l'on pourrait croire, a priori, que l'entrée en vigueur du Code de procédure civile suisse n'apportera que peu de nouveautés en matière de droit du bail. Que l'on se détrompe : sur bien des points le régime actuel est modifié, parfois sans grandes réflexions.
4. Alors que les nombreuses tentatives de modifier le régime des loyers ont toutes échoué, le nouveau régime procédural du droit du bail aura été adopté sans longs débats, sans doute parce qu'il ne constituait qu'un pan particulier de l'un des chantiers législatifs les plus importants de ces dernières décennies.
5. Cette contribution présente, de manière systématique, en suivant l'ordre du CPC, les dispositions procédurales applicables en droit du bail (en particulier immobilier) dès le 1^{er} janvier 2011, en prenant l'ancien droit comme point de comparaison. Compte tenu de l'ampleur du sujet, nous avons dû renoncer à traiter des voies d'exécution. Quant aux recours

¹ RO 2010 1835.

devant le Tribunal fédéral, ils ont été présentés par le Juge fédéral REEB, il y a quatre ans².

II. Les fors

A. Généralités

6. C'est désormais le CPC qui régit la compétence locale dans les litiges internes en matière de bail. Il abroge la Loi fédérale sur les fors en matière civile³ qui avait elle-même entraîné la suppression de l'art. 274b CO⁴. Les dispositions de la LFors sont globalement reprises. On relèvera la nouveauté du for du lieu d'exécution, qui ne trouve cependant à s'appliquer qu'aux baux de choses mobilières.
7. Lorsque la cause est internationale, ce sont les art. 22 ch. 1 CL révisée et 112-113 LDIP qui continuent de s'appliquer⁵.

B. En matière immobilière

8. En matière de baux immobiliers, l'art. 33 CPC prévoit la compétence des autorités de conciliation et du tribunal du *lieu de situation de l'immeuble*. Même si cette disposition se réfère de manière malheureuse au « contrat de bail »⁶, le for du lieu de situation de l'immeuble s'impose selon nous⁷ à tous les litiges « dont l'état de fait est soumis au droit du bail », comme la jurisprudence rendue sous l'empire de l'art. 23 al. 1 LFors l'a établi⁸. Le Conseil fédéral ne relève d'ailleurs aucune différence par rapport à l'art. 23 al. 1 LFors⁹.
9. Ce for est *partiellement impératif* pour le locataire d'*habitations* ou de *locaux commerciaux*, ou encore d'une chose mobilière dont l'usage a

² REEB BERTRAND, La nouvelle loi fédérale sur le Tribunal fédéral dans le cadre de la réforme de la Justice (avec quelques références au contrat de bail), in : 14^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2006.

³ LFors, RS 272 ; entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2001.

⁴ CPra Bail-BOHNET/SANDOZ, art. 274b CO N 1.

⁵ CPra Bail-GUILLAUME, art. 16 CL-112/113 LDIP N 2 ss.

⁶ Comp. art. 34 CPC qui se réfère aux « actions relevant du droit du travail ».

⁷ CPra Bail-BOHNET/SANDOZ, art. 274b CO N 3.

⁸ TF du 04.09.2003, 5C.181/2003, cons. 2.3 ; ATF 120 II 112, cons. 3c, JdT 1995 I 203, SJ 1994 569, DB 1995 N 29 ; SVIT-K, art. 274c CO N 8.

⁹ Message CPC, FF 2006 6884.

été cédé avec une habitation ou un local commercial (voir art. 253a al. 1 CO). Celui-ci ne peut pas renoncer au for du lieu de situation de l'immeuble à l'avance (prorogation de for) ou tacitement (art. 18 et 35 al. 1 lit. b CPC). Il peut seulement conclure une élection de for par écrit après la naissance d'un litige. En revanche, le bailleur est lié par une clause de prorogation de for qu'il aurait lui-même tenté d'imposer au locataire¹⁰.

10. Le locataire d'*autres baux immobiliers* (un terrain nu ou une place d'installation d'une antenne de téléphonie mobile p. ex.) n'est pas protégé par l'art. 35 al. 1 lit. b CPC.
11. En matière d'expulsion, le bailleur ne peut pas à notre sens se prévaloir de son statut de propriétaire pour invoquer le for de l'art. 29 CPC ouvert pour les prétentions réelles (lieu de l'inscription de l'immeuble au registre foncier, qui peut diverger du lieu de situation de l'immeuble).
12. Le for du lieu de situation de l'immeuble est applicable à notre avis aux baux de *logements de vacances* d'une durée de trois mois ou moins au vu du texte clair de l'art. 33 CPC¹¹. C'est également le cas des *logements de luxe* et des *logements subventionnés* au sens de l'art. 253b al. 2 et 3 CO¹².
13. Une *demande reconventionnelle* peut bénéficier du for de la connexité¹³. On songe, par exemple, aux parties qui ont échangé des appartements et se retrouvent chacune bailleuses et locataires. En cas de litige croisé, le défendeur peut agir au for de la demande principale conformément à l'art. 14 CPC, alors même que l'immeuble objet du litige serait situé dans un autre ressort¹⁴.

C. En matière mobilière

14. En cas de litige portant sur la location d'une chose mobilière, le for est au domicile ou au siège du défendeur (art. 10 CPC), ou au lieu où la

¹⁰ Comp. TF du 21.03.2006, 4C.29/2006, RSPC 2006 240, en matière de droit du travail.

¹¹ Idem déjà pour l'art. 23 al. 1 LFors ; comp. SVIT-K, art. 274c CO N 7 ; CPra Bail-BOHNET/SANDOZ, art. 274b CO N 4 ; contra, en vertu de l'exclusion de l'art. 253a al. 2 CO : LCHAT, *Le bail à loyer*, Lausanne 2008, p. 142 n. 62 et les réf. cit.

¹² Comp. sous l'ancien droit, LCHAT (n. 11), p. 142 n. 62.

¹³ Sur cette notion, voir par exemple ATF 129 III 230, cons. 3, JdT 2003 I 643 et les références de doctrine citées ; TF du 21.03.2006, 4C.356/2005, RSPC 2006 237.

¹⁴ CPra Bail-BOHNET/SANDOZ, art. 274b CO N 5.

prestation caractéristique doit être exécutée (art. 31 CPC), c'est-à-dire au lieu où l'objet loué doit être remis ; si celui-là n'a pas été déterminé par les parties (art. 74 al. 1 CO), il correspond au lieu où la chose se trouvait au moment de la conclusion du contrat (art. 74 al. 2 ch. 2 CO). Si le demandeur invoque parallèlement les règles sur la propriété ou la possession, il peut aussi agir au lieu où se trouve la chose (art. 30 CPC).

15. Cependant, si le bail porte sur un bien de consommation courante¹⁵ destiné à l'usage personnel du locataire-consommateur, celui-ci bénéficiera également du for de son domicile, et il ne pourra renoncer à l'avance ou tacitement aux fors prévus à l'art. 32 al. 1 lit. a CPC, à savoir le domicile de l'une des parties, en vertu de l'art. 35 al. 1 lit. a CPC (for partiellement impératif).

D. En matière de droit des poursuites

16. La requête de mainlevée (art. 80 ss LP), la demande en annulation de la poursuite (art. 85 et 85a LP) et l'action en contestation de l'état de collocation (art. 148, 157 et 250 LP), qui relèvent du pur contentieux de droit des poursuites, quel que soit le domaine concerné, doivent être introduites au domicile du débiteur (art. 46 al. 1 LP, réservé par l'art. 46 CPC).
17. Quant aux actions matérielles, comme l'action en reconnaissance de dette (art. 79 LP), l'action générale en reconnaissance négative de dette et l'action en validation du séquestre (art. 279 LP), elles sont régies par les dispositions ordinaires mentionnées ci-dessus. Selon les art. 83 al. 2 et 86 al. 2 LP, les demandes en libération de dette et en répétition de l'indu sont introduites au for de la poursuite¹⁶. Comme l'art. 46 CPC réserve les fors en matière de LP, ceux-ci devraient normalement s'appliquer. Cependant, à en croire une partie de la doctrine, les fors impératifs et partiellement impératifs de la LFors (et donc désormais du CPC), devraient prévaloir¹⁷. En tout cas, ces fors de la LP peuvent être

¹⁵ Sur la notion, voir TF du 08.02.2008, 4A_432/2007, cons. 4 [non publié à l'ATF 134 III 218], RSPC 2008 230.

¹⁶ Comp. GASSER DOMINIK, GestG-Kommentar, Berne 2005, art. 1 LFors N 32 ; ou au for du domicile du défendeur pour l'action en répétition de l'indu.

¹⁷ De cet avis : BSK SchKG-STAEHELIN, art. 83 LP N 34 ; LACHAT (n. 11), p. 146 et les réf. cit. sous n. 87.

prorogés¹⁸, si bien que lorsque le bail prévoit que le for est au lieu de situation de l'immeuble, la compétence à ce lieu ne fait aucun doute.

III. La compétence matérielle

18. Comme par le passé, l'organisation judiciaire demeure de la compétence des cantons (art. 122 al. 2 Cst.). En matière de baux immobiliers, le législateur fédéral a cependant ouvert une brèche dès 1989, en imposant aux cantons la création d'autorités de conciliation paritaires — administratives ou judiciaires —, chargées de tenter la conciliation entre les parties et de prendre les décisions prévues par la loi (art. 274a CO).

A. L'autorité de conciliation

19. De manière surprenante, à l'heure de l'unification, le CPC ne va pas au-delà — il renonce à imposer des autorités de conciliation judiciaires —, mais plutôt en deçà du droit actuel, puisqu'il exige, sans raison apparente, une autorité paritaire pour les seuls baux à loyer ou à ferme portant sur des habitations et des locaux commerciaux (art. 200 al. 1 CPC) et non plus pour tous les baux immobiliers (art. 274a al. 1 CO).
20. Désormais, les cantons pourront ainsi, s'ils s'en tiennent au minimum imposé par le droit fédéral¹⁹, soumettre à une *autorité de conciliation non paritaire* les baux portant sur des terrains nus et des places de parc louées seules (art. 253a CO *a contrario*), des appartements de vacances loués pour trois mois ou moins (art. 253 CO), ou encore des places d'encrage d'antennes de téléphonie mobile²⁰ par exemple. En revanche, les chambres meublées sont en principe des habitations ou des locaux commerciaux à notre sens²¹, et les litiges les concernant doivent être soumis à l'autorité paritaire. Lorsque le contrat est *mixte*, l'autorité compétente dépend de l'aspect prépondérant du contrat²². Pour le déterminer, il faut rechercher son centre de gravité, en examinant quelle

¹⁸ BSK SchKG-STAEHLIN, art. 83 LP N 35.

¹⁹ C'est par exemple le cas à Neuchâtel, voir art. 12 al. 1 OJN du 27 janvier 2010.

²⁰ CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY, art. 253a CO N 9 (à moins que l'antenne ne prenne ancrage dans un local).

²¹ CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY, art. 253 CO N 4.

²² Pour des développements, voir CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY, art. 253 CO N 82 ss.

est la portée de chacun des éléments du contrat mixte eu égard à la situation juridique dans son ensemble²³.

21. Il aurait été opportun d'imposer aux cantons, avec le passage au nouveau code, la création d'*autorités judiciaires* de conciliation, pour des motifs d'indépendance évidents, et d'exclure parallèlement que le juge de la conciliation puisse intervenir comme juge du fond. Le Conseil fédéral a renoncé²⁴ à proposer aux Chambres ces innovations prévues au stade de l'avant-projet²⁵ (art. 191 AP-CPC). Celles-ci n'y sont plus revenues²⁶. On le comprend d'autant moins que le CPC accorde un large pouvoir aux autorités de conciliation de formuler des propositions de jugement (art. 210 CPC) et de rendre des décisions sur requête du demandeur lorsque la valeur litigieuse ne dépasse pas 2000 francs (art. 212 CPC)²⁷. Selon le Message, « [l']autorité de conciliation doit seulement être matériellement et physiquement indépendante de l'administration – la structure d'un tribunal au sens formel n'est pas nécessaire »²⁸. Au mieux, le concept est vague, au pire, il est inconsistant.
22. Les cantons sont libres de prévoir *plusieurs circonscriptions* pour leurs autorités de conciliation²⁹. Celles-ci n'ont pas nécessairement à correspondre aux circonscriptions prévues pour les tribunaux.

B. Les tribunaux

23. Les tribunaux chargés du contentieux en matière de bail peuvent être ou ne pas être spécialisés dans ce domaine, à la discrétion des cantons. Il ne faut pas s'attendre à de grands changements dans ce domaine : les trois cantons (Zurich, Vaud, Genève) qui connaissent aujourd'hui un tribunal des baux vont le conserver ; les autres maintiennent la compétence de leurs tribunaux de première instance.

²³ ATF 131 III 528, cons. 7.1, DB 2007 N 1.

²⁴ Message CPC, FF 2006 6887, 6936.

²⁵ Voir, en particulier, art. 191 AP-CPC.

²⁶ Comp. le texte des art. 197 et 47 al. 2 lit. b CPC.

²⁷ De cet avis également, LACHAT DAVID, La nouvelle procédure de baux à loyer, Séminaire Asloca du 19 juin 2010, p. 7.

²⁸ FF 2006 6936.

²⁹ BSK-INFANGER, art. 202 CPC N 24.

24. Le fait cependant que la représentation par les mandataires professionnellement qualifiés³⁰ ne soit autorisée, au choix des cantons (art. 68 al. 2 lit. d CPC), que devant les tribunaux spécialisés, pourrait pousser certains cantons à créer un tribunal des baux ; peut-être aurait-il mieux valu ouvrir la représentation par les mandataires professionnellement qualifiés en matière de bail quelle que soit la cour compétente. La solution³¹ consistant à autoriser la représentation par les avocats titulaires du brevet du canton, mais non inscrits au registre cantonal, par exemple parce qu'ils sont employés d'une association professionnelle, nous semble douteuse : l'art. 68 al. 2 lit. a CPC réserve en effet la représentation aux seuls avocats autorisés à représenter devant les tribunaux suisses. Or un tel avocat ne peut représenter que dans son canton, en vertu de la réserve de l'art. 3 al. 2 LLCA, et non en Suisse comme l'exige le Code.
25. L'art. 80 al. 2 LTF impose un double degré de juridiction en matière civile, obligation transcrite dans le CPC qui impose un appel généralisé (art. 308 ss CPC), encore inconnu à Neuchâtel et dans le canton de Vaud par exemple.

IV. La représentation et l'assistance

A. Devant l'autorité de conciliation

26. En principe, seule l'*assistance* est autorisée devant l'autorité de conciliation (art. 204 al. 2 CPC). Les parties doivent en effet comparaître personnellement à l'audience de conciliation (art. 204 al. 2 CPC), à moins de domicile en dehors du canton ou à l'étranger ou

³⁰ Sur cette notion, voir ci-après, N 33 ss.

³¹ Solution retenue à Neuchâtel, voir art. 7 de loi d'introduction du code des obligations (LI-CO) du 27 janvier 2010 : « Toute personne capable d'ester en justice peut se faire représenter au procès par un mandataire professionnel titulaire d'un brevet d'avocat neuchâtelois, remplissant les conditions personnelles de l'art. 8 al. 1 lit. a, lit. b et lit. c de la Loi fédérale sur la libre circulation des avocats du 23 juin 2000, employé par une organisation représentative qui défend les intérêts des bailleurs ou des locataires au sens de l'art. 3 al. 1 lit. a de la Loi fédérale sur les contrats-cadres de baux à loyers et leur déclaration de force obligatoire du 23 juin 1995, pour tous les litiges en matière de contrat de bail soumis à la procédure devant l'autorité de conciliation, à la procédure simplifiée et à la procédure sommaire ».

d'empêchement de comparaître pour cause de maladie, d'âge ou en raison d'autres justes motifs (art. 204 al. 3 lit. a et b CPC)³².

27. En cas de *colocation*, il devrait être admis largement qu'un colocataire puisse représenter les autres, lorsque ceux-ci peuvent difficilement se libérer.
28. Le CPC prévoit une *exception* pour les *bailleurs*, qui peuvent se faire représenter, lorsque s'applique la procédure simplifiée³³, par le gérant de l'immeuble, à la condition que celui-ci soit habilité par écrit à transiger. Le locataire doit en avoir été informé au préalable (art. 204 al. 3 lit. c et 4 CPC)³⁴.
29. Le CPC admet l'assistance devant l'autorité de conciliation « d'un *conseil juridique* ou d'une *personne de confiance* » (art 204 al. 2 CPC). Les conseils juridiques peuvent être choisis au sein des catégories prévues à l'art. 68 al. 2 lit. a, b et d CPC³⁵. Aucuns dépens ne sont accordés pour la procédure de conciliation, que le mandataire intervienne à titre professionnel ou non (art. 113 al. 1 CPC).

B. Devant les tribunaux

1. La personne de confiance

30. La personne capable d'ester en justice peut se faire représenter au procès par une personne de son choix (art. 68 al. 1 CPC). Dès lors, toute « personne de confiance » a, en principe, vocation à la représenter³⁶. En bref, une personne n'agissant pas à titre professionnel peut en représenter une autre en matière civile.
31. S'il s'agit d'une nouveauté en Suisse romande, cette ouverture était déjà connue dans de nombreux cantons alémaniques, où elle trouve ses origines historiques dans la défiance à l'égard des avocats³⁷. Elle

³² Voir N 69.

³³ Voir N 138 ss.

³⁴ Voir N 74.

³⁵ Pour des développements, voir BOHNET FRANÇOIS/MARTENET VINCENT, Droit de la profession d'avocat, Berne 2009, N 941 ss. Contra : HOFMANN/LÜSCHER, 129, qui considèrent que l'assistance devant l'autorité de conciliation est entièrement libre.

³⁶ Message CPC, FF 2006 6893 ; BOHNET/MARTENET (n. 35), N 937.

³⁷ BOHNET FRANÇOIS, Procédure civile suisse : plaider pour un retour vers le futur, in : Le temps et le droit, Neuchâtel 2008, p. 12 ss.

s'explique difficilement de nos jours. Qu'une partie puisse intervenir seule en justice ne justifie pas que l'on autorise l'intervention d'un représentant sans aucune connaissance juridique, en particulier en procédure ordinaire.

2. Les avocats inscrits au registre cantonal

32. Lorsque la représentation intervient à titre professionnel, elle est en principe réservée à l'avocat autorisé à pratiquer la représentation en justice devant les tribunaux suisses en vertu de la LLCA (art. 68 al. 2 lit. a CPC).

3. Les mandataires professionnellement qualifiés

33. En matière de bail cependant — tout comme en droit du travail —, les mandataires professionnellement qualifiés sont autorisés à représenter les parties devant les tribunaux spécialisés dans ces domaines, si le droit cantonal le prévoit (art. 68 al. 2 lit. d CPC).
34. Par mandataires professionnellement qualifiés, le législateur a probablement voulu faire référence à ceux issus des partenaires sociaux³⁸. Sont ainsi essentiellement visés les associations de locataires et celles de propriétaires immobiliers ou de gérants d'immeubles d'une part, les syndicats et les associations patronales d'autre part. L'association — qui est généralement mandatée elle-même — a la qualité de mandataire professionnellement qualifié³⁹.
35. La qualité de mandataire professionnellement qualifié pourrait également être reconnue à une personne (physique ou morale) spécialisée en droit du travail ou du bail, dont l'activité passée et présente laisse penser qu'elle est à même de représenter efficacement les intérêts de son mandant et qui prend les mesures nécessaires pour éviter de créer toute confusion avec un cabinet d'avocats (cabinets de conseils spécialisés en droit du travail ou en droit du bail et constitués en SA ou en Sàrl et éventuellement des fiduciaires ou des régies immobilières remplissant les conditions qui précèdent)⁴⁰.

³⁸ BO CN 2008 649 ; BOHNET/MARTENET (n. 35), N 957.

³⁹ Pour des détails, BOHNET/MARTENET (n. 35), N 958, et les réf.

⁴⁰ Pour des développements, voir BOHNET/MARTENET (n. 35), N 959 ss.

4. Les agents d'affaires et les agents juridiques brevetés

36. Les agents d'affaires et les agents juridiques brevetés⁴¹ peuvent quant à eux intervenir dans les affaires patrimoniales soumises à la procédure simplifiée et dans les affaires soumises à la procédure sommaire (art. 68 al. 2 lit. b CPC ; mainlevée d'opposition, art. 251 lit. a CPC ; cas clair, art. 257 CPC).

V. La tentative de conciliation

A. Le principe

37. Compte tenu du succès rencontré par la conciliation préalable en matière de bail, le CPC reprend le principe, en l'élargissant à toutes les matières du droit privé. L'art. 197 CPC pose le principe d'une procédure de conciliation obligatoire préalable à tous débats au fond.
38. Les art. 198 et 199 du CPC prévoient quelques *exceptions* à ce principe, notamment lorsque la procédure sommaire est applicable (art. 198 lit. a CPC), en matière de libération de dette (art. 198 lit. e ch. 1 CPC), de demande reconventionnelle, d'appel en cause ou d'intervention principale (art. 198 lit. g CPC), lorsque le tribunal a fixé un délai pour le dépôt de la demande (art. 198 lit. h CPC) ou encore lorsque les parties, d'un commun accord, renoncent à la conciliation dans un litige patrimonial dont la valeur litigieuse atteint CHF 100'000.- au moins (art. 199 al. 1 CPC). Enfin, le demandeur peut renoncer à la procédure de conciliation lorsque le domicile ou le siège du défendeur est à l'étranger ou que son lieu de résidence est inconnu (art. 199 al. 2 lit. a et b CPC).

⁴¹ Quelques cantons seulement — dont les cantons de Vaud et de Genève — ont réglementé la profession d'agent d'affaires ou celle d'agent juridique, voir BOHNET/MARTENET (n. 35), N 953, et les réf.

B. Les exceptions

1. L'absence de conciliation

a. La procédure sommaire

39. Le préalable de conciliation n'a pas lieu lorsque la procédure sommaire s'applique (art. 198 lit. a CPC). C'est en particulier le cas en matière de LP, pour la procédure de *mainlevée de l'opposition* (art. 251 lit. a CPC). En cas de retard dans le paiement du loyer, le bailleur peut introduire des poursuites et, en cas d'opposition, demander la mainlevée provisoire sur la base du contrat de bail, sans passer par la procédure de conciliation préalable. La situation demeure inchangée sur ce point.
40. La procédure sommaire s'applique également en matière de *mesures provisionnelles* (art. 261 ss CPC). Elles relèvent de la compétence du tribunal (déterminé par le droit cantonal, sous réserve de l'art. 5 al. 2 CPC), sans préalable de conciliation.
41. La conciliation n'est pas non plus nécessaire pour la *protection dans les cas clairs* (art. 257 CPC). La protection dans les cas clairs constitue une des principales innovations du CPC pour les cantons romands. L'institution existe dans un grand nombre de cantons alémaniques et depuis peu au Tessin. Le Message⁴² relève que toutes les prétentions, y compris pécuniaires, peuvent être invoquées en procédure sommaire si le cas est clair, ce qui n'était, sauf exception, pas prévu en droit cantonal.
42. L'art. 257 CPC soumet la protection à la condition que le litige relève de la libre disposition des parties — c'est le cas en droit du bail —, que l'état de fait ne soit pas litigieux ou, s'il l'est, qu'il soit susceptible d'être immédiatement prouvé et que la situation juridique soit claire⁴³.
43. Selon le Message, cela ne peut être le cas que si la norme s'applique au cas concret et y déploie ses effets de manière évidente, sur la base d'une doctrine et d'une jurisprudence éprouvées⁴⁴. On devrait l'admettre en

⁴² Message CPC, FF 2006 6959.

⁴³ Pour des développements, voir BOHNET FRANÇOIS, La procédure sommaire selon le Code de procédure civile suisse, RVJ 2008 281 ss ; ALBERTI ANDREA, Tutela giurisdizionale nei casi manifesti (art. 257 CPC), RSPC 2010 101 ss.

⁴⁴ Message CPC, FF 2006 6959.

matière d'*expulsion*, lorsqu'un congé ordinaire valable en la forme n'a pas été contesté ou lorsqu'il est donné pour cause de demeure avérée du locataire et que les règles formelles de résiliation ont été respectées. Tel ne sera pas le cas en revanche si la résiliation du bail est intervenue pour cause de justes motifs et que les motifs invoqués peuvent donner lieu à discussion.

44. Lorsque le cas n'est pas clair au sens décrit ci-avant, l'expulsion doit être précédée d'un préalable de conciliation, que la requête d'expulsion fasse suite à un congé ordinaire ou extraordinaire. Le CPC ne reprend pas le système des art. 274a lit. d et 274g CO qui prévoyaient la compétence exclusive du juge en matière d'expulsion en cas de congé extraordinaire. La proposition faite devant les Chambres de reprendre le mécanisme du Code des obligations sur ce point n'a pas été suivie⁴⁵.

b. La libération de dette

45. L'art. 198 lit. e ch. 1 CPC exclut le préalable de conciliation en cas d'action en libération de dette. On comprend mal la raison de cette exception, qui rompt sans motif véritable avec le régime actuel⁴⁶, et qui distingue désormais la procédure applicable en cas d'action en reconnaissance de dette ou d'action générale en constat négatif de dette. Mieux aurait fallu n'exclure le préalable de conciliation que dans les procédures que la LP soumettait à la procédure accélérée, procédure que le CPC n'a pas reprise comme telle⁴⁷.
46. Qu'en est-il lorsque le demandeur entend non seulement agir en libération de dette, mais souhaite de plus faire valoir des *prétentions additionnelles* ? A notre sens, lorsque celles-ci supposent une conciliation préalable, le demandeur ne peut éviter le préalable les concernant. Il devra donc débiter deux procédures en parallèle, quitte à demander — lorsque la procédure applicable est la même (art. 90 lit. b CPC) — leur jonction (art. 125 lit. c CPC) faute de conciliation et de dépôt d'une deuxième demande auprès du tribunal.

⁴⁵ Voir HOFMANN DAVID/LÜSCHER CHRISTIAN, Le Code de procédure civile, Berne 2009, p. 111 ss.

⁴⁶ Comp. ATF 133 III 645. Critique également : THANEI ANITA, Auswirkungen der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung auf die mietrechtlichen Verfahren, insbesondere auf das Schlichtungsverfahren, MP 2009 188.

⁴⁷ Comp. Message CPC, FF 2006 6937, 6957.

c. La demande reconventionnelle

47. La demande reconventionnelle ne requiert pas de préalable de conciliation (art. 198 lit. g CPC). Cela signifie que le défendeur peut faire valoir toute prétention devant le tribunal à l'encontre du demandeur, pour peu que le même juge soit compétent (si le droit cantonal prévoit une telle restriction ; comp. art. 90 lit. a CPC en matière de cumul d'actions) et la même procédure applicable (art. 224 al. 1 CPC). A notre sens, si celle-ci dépend de la valeur litigieuse et non de la nature de la cause, le principe d'économie de procédure justifie qu'une demande reconventionnelle puisse être introduite en procédure ordinaire alors même qu'elle porte sur une prétention ne dépassant pas CHF 30'000.⁴⁸.
48. Ainsi, lorsque le bailleur s'oppose à la proposition de jugement de l'autorité de conciliation qui porte sur l'annulation du congé (art. 211 al. 2 lit. a CPC), le locataire pourrait, reconventionnellement, demander que le juge lui accorde une réduction de loyer en raison d'un défaut non réparé ou fixe le montant du loyer parce qu'une notification sur formule officielle ne serait pas intervenue. En revanche, lorsque l'autorité renonce à formuler une proposition de jugement et délivre l'autorisation de procéder, il revient au locataire d'agir en annulation du congé devant le tribunal (art. 209 al. 1 lit. b CPC). Dans un tel cas, le locataire est demandeur et il peut modifier ses conclusions en cas de connexité entre les premières conclusions et les conclusions modifiées, en vertu de l'art. 227 al. 1 lit. a CPC. Tel est en particulier le cas lorsque les prétentions reposent sur le même contrat⁴⁹.

d. L'intervention principale et l'appel en cause

49. L'intervention principale (art. 73 CPC) et l'appel en cause (art. 81 s. CPC) sont également dispensés de préalable de conciliation (art. 198 lit. g CPC). La portée de ces institutions est toutefois limitée en matière de bail, puisque d'une part l'appel en cause est exclu lorsque la procédure sommaire ou simplifiée s'applique (art. 81 al. 3 CPC) et que

⁴⁸ Du même avis : GASSER DOMINIK/RICKLI BRIGITTE, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkommentar, Zurich/St-Gall 2010, art. 224 CPC N 3.

⁴⁹ ATF 129 III 230, cons. 3.1, JdT 2003 I 463 ; TF du 30.03.2007, 5C.260/2006, RSPC 2007 351 ; TF du 28.05.2004, 4C.61/2003, SJ 2004 I 525 ; comp. BOHNET FRANÇOIS, Les défenses en procédure civile suisse, RDS 2009 II 265 s.

d'autre part l'appel en cause et plus encore l'intervention principale sont rarement envisageables lorsque l'organisation judiciaire cantonale connaît des tribunaux spécialisés. En effet, même si contrairement au texte du projet et de l'avant-projet⁵⁰, le CPC ne le dit plus, par souci de simplification rédactionnelle⁵¹, une intervention ou un appel en cause n'est possible que lorsque le tribunal saisi est compétent matériellement pour juger des prétentions à l'encontre du tiers⁵², comme le Code le prévoit expressément en cas de cumul d'actions (art. 90 CPC).

50. En clair, l'*appel en cause* ne devrait pouvoir être envisagé devant un tribunal des baux que s'il concerne un colocataire, un sous-locataire, un co-bailleur ou un sous-bailleur. Ce sera en particulier le cas lorsque ceux-ci ne sont pas liés par un rapport de consorité nécessaire, si bien qu'ils ont pu agir ou être attaqués seuls en justice⁵³. Si par exemple le bailleur agit en réparation d'un dommage contre un seul des colocataires, celui-ci pourrait souhaiter appeler en cause l'autre colocataire.
51. Les cas d'*intervention principale* devant un tribunal des baux sont plus difficiles encore à envisager. Une telle intervention suppose un droit préférable excluant totalement ou partiellement celui des parties. On peut imaginer le cas d'un locataire qui agit en délivrance de la chose à l'encontre d'un bailleur et d'un tiers qui le conteste en prétendant être le véritable ayant droit des locaux.
52. De plus, la *même procédure* doit être applicable, comme le retenaient expressément le projet et l'avant-projet⁵⁴ et comme le retient l'art. 90 CPC en cas de cumul d'actions.

e. La validation des mesures provisionnelles

53. Les Chambres ont prévu de renoncer au préalable de conciliation lorsque le juge fixe au demandeur un délai pour agir en justice (art. 198 lit. h CPC). C'est le cas en matière de mesures provisionnelles : lorsque celles-ci sont accordées avant le dépôt de la demande au fond, le juge

⁵⁰ Art. 79 al. 1 lit. b P-CPC et 71 al. 1 AP-CPC (pour l'appel en cause).

⁵¹ Voir HALDY JACQUES, note in RSPC 2008 410 s.

⁵² Voir HALDY JACQUES, De l'utilité de l'appel en cause, RSPC 2005 447 s. et les réf.

⁵³ Pour des développements, voir CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY, art. 253 CO N 4 ss, 24 ss.

⁵⁴ Art. 79 al. 1 lit. c P-CPC et 71 al. 1 AP-CPC (pour l'appel en cause).

doit fixer au requérant un délai pour valider les mesures (art. 263 CPC)⁵⁵.

f. La renonciation d'un commun accord

54. Si l'art. 274a CO ne prévoyait pas d'exception au principe de la conciliation préalable en matière de baux immobiliers, le CPC autorise en revanche les parties à renoncer à la conciliation en cas de valeur litigieuse de CHF 100'000.- au moins, quel que soit le domaine du droit concerné (art. 199 al. 1 CPC). La proposition faite par le Conseil national d'exclure les litiges relatifs aux loyers et aux fermages a été rejetée, la majorité considérant que le locataire était déjà suffisamment protégé, un accord des deux parties — le cas échéant tacite — étant nécessaire pour une telle renonciation⁵⁶.
55. Il convient cependant de relever que le CPC n'exclut pas une *renonciation préalable*. On pourrait ainsi concevoir que des baux prévoient que la conciliation n'aura pas lieu si le litige présente une valeur supérieure ou égale à CHF 100'000.-. Or cette valeur est rapidement atteinte en cas de litige en matière de congé : « la valeur litigieuse se détermine selon le loyer dû pour la période durant laquelle le contrat subsiste nécessairement, en supposant que l'on admette la contestation, et qui s'étend jusqu'au moment pour lequel un nouveau congé aurait pu être donné ou l'a été effectivement. Pour déterminer la prochaine échéance possible, il faut donc supposer que l'on admette la contestation, c'est-à-dire que le congé litigieux ne soit pas valable. Lorsque le bail bénéficie de la protection contre les congés des art. 271 ss CO, il convient, sauf exceptions, de prendre en considération la période de trois ans prévue à l'art. 271a al. 1 lit. e CO »⁵⁷.

g. La renonciation par le demandeur

56. L'art. 199 al. 1 CPC reprend les exceptions inconnues dans le régime actuel du droit du bail mais prévues dans la plupart des législations

⁵⁵ BO CE 2007 519. Confus sur ce point : HOFMANN/LÜSCHER (n. 45), p. 109, 169.

⁵⁶ BO CN 2008 952.

⁵⁷ TF du 10.02.2010, 4A_551/2009, cons. 1.1 (publication prévue) ; TF du 26.05.2008, 4A_130/2008, SJ 2008 I 461 ; TF du 22.11.2005, 4C.273/2005, RSPC 2006 134 ; TF du 30.08.2000, SJ 2001 I 17 ; ATF 119 II 147, cons. 1.

cantonales qui connaissaient le préalable obligatoire⁵⁸. Il en va ainsi du domicile à l'étranger et du lieu de résidence inconnu. Il va de soi que le fait d'être locataire d'un appartement ne signifie pas que son domicile est à ce lieu⁵⁹, si bien que ces exceptions pourraient parfois trouver à s'appliquer en droit du bail. Lorsque le locataire disparaît sans laisser d'adresse, le bailleur préférera cependant agir par la voie du cas clair, pour laquelle le préalable de conciliation n'est pas prévu⁶⁰.

2. Le remplacement de la conciliation par la médiation

57. Le législateur a souhaité que la procédure au fond soit en principe précédée d'une tentative de règlement amiable du litige. Le préalable de conciliation qu'il met en place n'est pas la seule voie envisageable. Afin de valoriser les mécanismes alternatifs au procès, le CPC prévoit ainsi que si toutes les parties en font la demande, la procédure de conciliation est remplacée par une médiation (art. 213 al. 1 CPC)⁶¹. Celle-ci voit intervenir un *tiers neutre, indépendant et impartial* aider les parties en les amenant à renouer le dialogue afin qu'elles trouvent elles-mêmes et sous leur propre responsabilité une solution à leur litige. La demande doit être déposée dans la requête de conciliation ou à l'audience (art. 213 al. 2 CPC). L'autorité de conciliation délivre l'autorisation de procéder lorsqu'une partie lui communique l'échec de la médiation (art. 213 al. 3 CPC)⁶².
58. On peut s'interroger sur la validité d'une *clause insérée dans le contrat* de bail et qui stipulerait que les parties entendent remplacer la tentative légale de conciliation par une médiation. Dans la mesure où la loi prévoit que la demande est faite dans la requête ou à l'audience, on doit sans doute retenir qu'une telle clause n'a pas de force contraignante. Elle pourrait du reste avoir pour but de décourager la partie faible au litige de faire valoir ses droits, compte tenu du caractère onéreux de la médiation et de l'impossibilité d'une certaine « contrainte » dans ce cadre (l'autorité de conciliation peut administrer des preuves et faire

⁵⁸ Le Message CPC, FF 2006 6938, parle de « cas d'école ».

⁵⁹ Comp. art. 23 ss CC ; 20 LDIP ; 52 CL.

⁶⁰ Voir N 41.

⁶¹ FF 2006 6943 ss.

⁶² Pour des développements, voir BOHNET FRANÇOIS/MONBARON SAMUEL, Les modes amiables de résolution des conflits en procédure civile suisse : présentation au regard du droit français, berceau de la conciliation, RSPC 2010 87 ss.

une proposition de jugement). On remarque d'ailleurs qu'en raison du besoin de protection du locataire, le législateur retient, encore sous l'empire du CPC (art. 361 al. 4) qu'une clause compromissoire ne vaut que si elle désigne l'autorité de conciliation comme tribunal arbitral. Il convient cependant de réserver les cas où le litige présente une valeur qui dépasse CHF 100'000.-, puisque dans cette situation les parties peuvent renoncer par avance au préalable de conciliation⁶³.

C. Les écritures

1. La requête de conciliation

59. La requête de conciliation *fixe la litispendance* (art. 62 al. 1 CPC). Elle est formée par écrit (en exemplaires suffisants, voir art. 131 al. 1 CPC) ou par voie électronique (art. 130 al. 1, 202 al. 1 CPC), signée dans les deux cas, ou dictée au procès-verbal au greffe de l'autorité de conciliation. L'art. 202 al. 2 CPC précise que la requête de conciliation contient la désignation de la partie adverse, les conclusions et la description de l'objet du litige. En cas de vice formel, un délai est accordé au demandeur par l'autorité pour réparer le vice (art. 132 al. 1 CPC).
60. Si la forme est donc très simple — pas besoin en particulier d'allégués par numéros d'ordre, suivis des moyens de preuve proposés —, l'exigence de *conclusions* et de *description de l'objet du litige* montre que le législateur a souhaité circonscrire celui-ci (c'est lui qui fixe l'étendue de la litispendance⁶⁴) et assurer une certaine prévisibilité au processus de conciliation et à ses éventuelles suites procédurales. Par objet du litige, on entend, selon le Tribunal fédéral, le complexe de faits sur lequel les conclusions se fondent⁶⁵.
61. Les conclusions et l'objet du procès peuvent être complétés lors de la phase de conciliation, de manière souple, si la condition de la connexité est remplie⁶⁶, ou, à défaut, en cas d'accord de l'adversaire (art. 227 CPC, applicable par le renvoi de l'art. 219 CPC). Cette souplesse

⁶³ Voir N 55.

⁶⁴ BSK ZPO-INFANGER, art. 202 CPC N 4.

⁶⁵ TF du 10.03.2010, 5A_795/2009, cons. 4.3.1 (publication prévue); ATF 116 II 738, cons. 2; 105 II 268, cons. 2; 97 II 390, cons. 4.

⁶⁶ Voir N 157. BSK ZPO-INFANGER, art. 202 CPC N 4, ne semble pas même exiger de connexité.

s'impose dans la mesure où de telles modifications sont également possibles après que l'autorisation de procéder a été délivrée⁶⁷.

62. Une *attestation de dépôt* de la requête de conciliation est délivrée aux parties par l'autorité de conciliation (art. 62 al. 2 CPC).

2. La prise de position du défendeur

63. L'art. 202 al. 4 CPC prévoit que l'autorité de conciliation peut, dans les litiges relatifs aux baux à loyer ou à ferme d'habitations ou de locaux commerciaux — ceux pour lesquels sa composition est paritaire en vertu de l'art. 200 al. 1 CPC — ordonner à *titre exceptionnel* un échange d'écritures préalable, si une proposition de jugement ou une décision est envisagée.
64. Le Code est plus restrictif que le projet, qui réservait certes cette possibilité aux autorités paritaires — pour leur permettre, dans les dossiers complexes, de bien préparer l'audience⁶⁸ — mais ne la limitait pas aux cas où celles-ci envisagent une proposition de jugement ou le prononcé d'une décision et ne mentionnait pas son caractère exceptionnel. La volonté du législateur est d'éviter que l'échange préalable devienne la règle, la procédure de conciliation devant demeurer informelle et rapide⁶⁹.
65. Dans la règle, l'autorité de conciliation *citera les parties* à son audience, en même temps qu'elle communique la requête au défendeur (art. 200 al. 3 CPC). Rien n'empêche en revanche le défendeur de *déposer spontanément une prise de position écrite* dans l'intervalle, ou le cas échéant à l'audience⁷⁰. Ce droit, déduit de l'art. 53 CPC, ne peut lui être refusé, une prise de position orale à l'audience n'étant pas l'équivalent de l'acte écrit déposé par le requérant : si le refus du formalisme explique que l'on renonce à imposer un échange préalable, interdire le dépôt d'une réponse au défendeur qui souhaite s'exprimer par écrit constitue également un formalisme injustifié. On peut également le

⁶⁷ Voir N 157.

⁶⁸ Message CPC, FF 2006 6939.

⁶⁹ Voir BO CN 2008 954-956.

⁷⁰ Contra : HOFMANN/LÜSCHER (n. 45), p. 127 s.

rattacher au droit de réplique, que le Tribunal fédéral tire de l'art. 29 al. 1 Cst⁷¹.

66. Le défendeur peut formuler des *prétentions reconventionnelles*, dans une réponse écrite ou à l'audience (art. 209 al. 2 lit. b CPC). Il n'y est toutefois pas contraint, puisque la reconvention est possible devant le juge, même à défaut de conciliation préalable (art. 198 lit. g CPC).

D. La procédure de conciliation

67. Qui dit conciliation dit rencontre entre les parties en vue de trouver avec l'aide d'un tiers une solution transigée au litige. La conciliation suppose en principe la comparution personnelle des parties (infra ch. 1 et 2) à une voire plusieurs audiences (infra ch. 3 et 4), dans un « environnement » favorable à la conciliation — on pense à la confidentialité (infra ch. 5) et à la gratuité (infra ch. 6).

1. La comparution personnelle à l'audience

68. L'art. 204 al. 1 CPC pose le principe de la comparution personnelle des parties à l'audience. Leur présence est essentielle pour la réussite du processus de conciliation.
69. Des *exceptions* sont cependant admises, lorsque la partie a son domicile en dehors du canton ou à l'étranger (art. 204 al. 3 lit. a CPC) — c'est rarement le cas du locataire, parfois celui du bailleur —, ou en cas de justes motifs, rendus à tout le moins vraisemblables⁷², comme la maladie et l'âge (art. 204 al. 3 lit. b CPC), ou encore, selon notre interprétation, un accident, un décès, un séjour à l'étranger ou une indisponibilité pour motifs professionnels. Lorsque la présence de l'intéressé semble indispensable et que le motif peut disparaître, l'autorité pourra *reporter l'audience*.
70. Dans ces cas, la partie absente doit être *représentée*. Il peut s'agir selon nous⁷³ de toute personne autorisée à l'assister à l'audience, à savoir un conseil juridique⁷⁴ ou toute personne de confiance.

⁷¹ ATF 133 I 100, JdT 2008 I 368.

⁷² BSK-INFANGER, art. 204 CPC N 4.

⁷³ Contra : LACHAT (n. 27), p. 9.

⁷⁴ Voir N 29.

71. Lorsque la cause au fond est régie par la procédure simplifiée, le bailleur peut déléguer le *gérant de l'immeuble*, à la condition qu'il soit habilité, par écrit, à transiger (art. 204 al. 3 lit. c CPC). Par gérant, on entend également un employé de l'agence en charge de l'immeuble. Quant aux pouvoirs, ils peuvent être décrits de manière large. Mais rien n'empêche le cas échéant au bailleur de fixer de manière très stricte le champ de manœuvre du représentant.
72. Sont soumis à la procédure simplifiée (art. 243 CPC) :
- les litiges portant sur des baux à loyer ou à ferme d'*habitations* et de *locaux commerciaux* et sur des baux à ferme agricoles :
 - en matière de consignation du loyer ou du fermage, de protection contre les loyers ou les fermages abusifs, de protection contre les congés ou la prolongation du bail à loyer ou à ferme ;
 - ou :
 - lorsque la valeur litigieuse ne dépasse pas CHF 30'000.-.
 - les litiges concernant des baux à loyer ou à ferme portant sur un autre objet :
 - lorsque la valeur litigieuse ne dépasse pas CHF 30'000.-.
73. L'autorité devra ainsi *vérifier quelle procédure régira le procès* pour déterminer si le bailleur peut être représenté. A notre sens, si une partie des prétentions est soumise à la procédure simplifiée (annulation du congé), l'autre à la procédure ordinaire (restitution de la chose, lorsque la valeur dépasse CHF 30'000.-), il serait exagérément formaliste de refuser la représentation par le gérant.
74. L'autorité devra également *informer la partie adverse* de la représentation, avant l'audience (art. 204 al. 4 CPC : à l'avance). Si l'on s'en tient à la lettre de cet alinéa, ce devoir ne concerne que les cas de représentation au sens étroit, et non l'assistance. Cela semble logique⁷⁵.

2. Le défaut

75. Une partie est défaillante lorsqu'elle omet d'accomplir un acte de procédure dans le délai prescrit ou ne se présente pas lorsqu'elle est

⁷⁵ Contra : GASSER/RICKLI (n. 48), art. 204 CPC N 3.

citée à comparaître (art. 147 al. 1 CPC). En principe, le défaut a pour seule conséquence que la procédure suit son cours sans qu'il soit tenu compte du défaut (art. 147 al. 2 CPC). Mais cette même disposition réserve les dispositions contraires de la loi. Or le défaut à l'audience de conciliation est régi spécifiquement — et strictement — par l'art. 206 CPC.

76. Lorsque le *demandeur* n'est pas présent à l'audience, ni valablement représenté (art. 204 al. 3 CPC), la requête est considérée comme retirée ; la procédure devient sans objet et l'affaire est rayée du rôle (art. 206 al. 1 CPC). Un tel « retrait » ne vaut pas désistement d'action : seul le retrait de la demande devant le *juge* compétent a cet effet selon l'art. 65 CPC⁷⁶. L'intéressé peut déposer une nouvelle requête ultérieurement, à moins que le droit en question soit soumis à un délai de déchéance, par exemple une demande en annulation du congé (art. 273 CO). Lorsque la procédure n'est pas gratuite⁷⁷, le demandeur défaillant supporte les frais de la procédure de conciliation (art. 207 al. 1 lit. b CPC).
77. L'absence du *défendeur* ou d'un représentant autorisé (art. 204 al. 3 CPC) a pour conséquence que l'autorité de conciliation procède comme si la procédure n'avait pas abouti à un accord (art. 206 al. 2 CPC ; art. 209 à 212 CPC). Quant au défaut des *deux parties*, ses conséquences sont les mêmes que celles du défaut du demandeur : la procédure devient sans objet et l'affaire est rayée du rôle (art. 206 al. 3 CPC).
78. Un *retard de quelques minutes* à l'audience ne devrait pas être considéré comme un défaut, à moins qu'un agenda particulièrement chargé contraigne les autorités à un horaire très strict (qu'elles devraient elles aussi respecter, par souci de cohérence !), auquel les parties devraient être rendues attentives. Pour INFANGER, il convient, sous peine de formalisme excessif, d'accorder un quart d'heure de politesse⁷⁸.

⁷⁶ BOHNET (n. 49), p. 301 ; HOFMANN/LÜSCHER (n. 45), p. 49, 131 ; REYMOND JEAN-MARC, Les conditions de recevabilité, la litispendance et les preuves, in Suzana Lukic, (éd.), Le projet de Code de procédure civile fédéral : travaux de la journée d'étude organisée à l'Université de Lausanne le 8 mars 2007, Lausanne 2008, p. 52 s. Comp. ATF 118 II 479, cons. 2, JdT 1994 I 120.

⁷⁷ Voir N 91.

⁷⁸ BSK ZPO-INFANGER, art. 206 CPC N 6.

79. L'autorité de conciliation doit *informer* les parties des conséquences du défaut (art. 147 al. 3 CPC). Par ailleurs, tant le défaut du demandeur que du défendeur peuvent faire l'objet d'une *restitution*. L'art. 148 al. 1 CPC précise à cet égard que le tribunal peut citer les parties à une nouvelle audience lorsque la partie défaillante en fait la requête et rend vraisemblable que le défaut ne lui est pas imputable ou n'est imputable qu'à une *faute légère* (une erreur d'agenda par exemple). Cette requête doit être formulée dans les dix jours dès le moment où l'empêchement a cessé (art. 148 al. 2 CPC) ; la partie adverse doit être entendue (art. 149 CPC). Lorsque la procédure n'est pas gratuite, les frais résultant du défaut devraient être à la charge du défaillant (art. 108 CPC : frais causés inutilement).
80. Une partie n'est défaillante que si elle a été *citée valablement* (art. 148 al. 1 CPC, en lien avec art. 136 lit. a CPC)⁷⁹. Si tel n'est pas le cas, celle-ci est en droit d'être citée à une nouvelle audience, sans qu'un détour par l'art. 148 CPC soit nécessaire.

3. Les preuves

81. Aux termes de l'art. 203 al. 2 CPC, l'autorité de conciliation prend en considération les *documents* qui lui sont présentés ; elle peut procéder à une *inspection*.
82. Lorsqu'une *proposition de jugement* ou une *décision* est envisagée, l'autorité de conciliation peut également administrer, selon l'art. 203 al. 2 CPC, les autres preuves qui lui sont offertes, à condition que la procédure ne s'en trouve pas substantiellement retardée. Il peut s'agir de *témoignages*, de *renseignements écrits* ou éventuellement d'une *expertise* (art. 168 al. 1 CPC). Selon le Message, les autorités de conciliation « feront cependant preuve d'une grande retenue avant d'administrer des preuves, car la procédure doit rester informelle et simple »⁸⁰.
83. Il ne semblerait en revanche pas opportun que l'autorité de conciliation, vu sa tâche principale, procède à un *interrogatoire formel* (art. 191 CPC) et moins encore à une *audition* de partie (art. 192 CPC). L'autorité de conciliation entend les parties pour tenter de trouver, avec elles, une solution à leur litige (art. 201 al. 1 CPC). L'art. 205 al. 1 CPC

⁷⁹ BSK-INFANGER, art. 206 CPC N 5.

⁸⁰ Message CPC, FF 2006 6939.

précise d'ailleurs que les *dépositions des parties* ne doivent ni figurer au procès-verbal de conciliation ni être prises en compte par la suite, durant la procédure au fond. L'al. 2 de la même disposition réserve cependant la prise en compte des dépositions dans une proposition de jugement ou une décision de l'autorité, a priori sur la base de ses notes.

84. A lire strictement l'art. 203 CPC, l'autorité de conciliation ne peut pas requérir la production de documents, ni ordonner d'office — dans l'hypothèse où elle envisage une proposition de jugement ou une décision — l'audition d'un témoin, l'envoi d'un questionnaire ou une expertise. Seule une inspection locale semble pouvoir être ordonnée. On doit cependant admettre que l'autorité requière — quel que soit le domaine concerné — la présentation des documents utiles à sa compréhension du litige⁸¹.
85. De plus, jusqu'à ce jour, l'autorité de conciliation appliquait la *maxime inquisitoire sociale*⁸², comme le tribunal, pour les litiges en matière de baux immobiliers (art. 274d al. 3 CO). Ainsi, elle devait inviter les parties à compléter un état de fait paraissant lacunaire et à présenter des preuves⁸³. Il ne semble pas que cette modification ait été souhaitée, ni même envisagée. A notre sens, l'autorité doit pouvoir ordonner toute preuve lorsqu'elle envisage de faire une proposition de jugement ou de rendre une décision⁸⁴. Et dans tous les cas, son devoir de conseiller les parties (art. 201 al. 2 CPC) lui permettra de rendre attentive une partie au fait qu'elle serait inspirée de déposer certaines pièces ou d'en requérir (art. 160 al. 1 lit. b CPC).

4. La durée et le nombre d'audiences

86. Le Code précise que l'audience a lieu dans les deux mois qui suivent la réception de la requête ou la fin de l'échange d'écritures (art. 203 al. 1 CPC). Même s'il s'agit d'un *délai d'ordre*⁸⁵, l'autorité fera en sorte de citer les parties dans ce délai, dans la mesure où la procédure préalable de conciliation se veut simple et rapide.

⁸¹ Comp. BSK-INFANGER, art. 203 CPC N 8.

⁸² Sur cette maxime, voir CPra Bail-BOHNET/SANDOZ, art. 274d CO N 19 ss.

⁸³ ATF 125 III 231, cons. 4a, JdT 2000 I 194, DB 2000 N2 ; TF du 21.12.2000, DB 2001 N 25 avec note de BOHNET, et les réf.

⁸⁴ BSK-INFANGER, art. 203 CPC N 9 s., également de cet avis.

⁸⁵ BSK-INFANGER, art. 202 CPC N 27 ; art. 203 N 3.

87. De plus, l'al. 4 de la même disposition retient que si *plusieurs audiences* peuvent être tenues avec l'*accord des parties*, la procédure ne peut en revanche excéder douze mois. Un accord étant nécessaire, le défendeur voulant éviter que l'autorité de conciliation fasse une proposition de jugement pourrait s'opposer à une seconde audience, empêchant ainsi l'audition de témoins par exemple et rendant toute proposition de jugement périlleuse.

5. La confidentialité

88. L'audience de conciliation doit se dérouler dans un *climat favorable* à l'émergence de solutions concertées. On comprend dès lors que la règle soit l'absence de publicité (art. 203 al. 3 CPC). Une certaine discrétion permet aux parties de s'exprimer plus librement⁸⁶. Cependant, la même disposition réserve les situations dans lesquelles l'intérêt public pourrait au contraire justifier une publicité partielle ou complète. Selon le Message, tel est le cas devant les autorités paritaires, pour lesquelles il peut exister un intérêt de connaître la pratique. L'argument est peu pertinent : l'art. 203 al. 3 CPC réserve manifestement les situations particulières devant ces autorités. Or l'intérêt de connaître leur pratique vaut dans toutes les causes qui leur sont soumises et ne constitue dès lors pas une situation particulière qui justifierait une exception à l'absence de publicité⁸⁷.
89. Comme relevé ci-dessus⁸⁸, l'art. 205 al. 1 CPC précise que les *dépositions des parties* ne doivent ni figurer au procès-verbal de conciliation, ni être prises en compte par la suite durant la procédure au fond. Cela signifie dès lors que les parties ne devraient pas se référer aux discussions intervenues devant l'autorité⁸⁹. Un avocat qui dévoilerait de telles discussions pourrait se voir reprocher une violation de son devoir de diligence (art. 12 lit. a LLCA). Quant aux *pièces*, elles doivent être restituées aux parties. Une partie ne pourra en tirer parti qu'avec l'accord (le cas échéant tacite) de celle qui les a déposées⁹⁰.

⁸⁶ Message CPC, FF 2006 6939.

⁸⁷ Comp. également BSK-INFANGER, art. 203 CPC N 15.

⁸⁸ Voir N 83.

⁸⁹ BSK-INFANGER, art. 205 CPC N 5.

⁹⁰ Plus restrictif, BSK-INFANGER, art. 205 CPC N 6.

90. L'al. 2 de la même disposition réserve cependant la prise en compte des dépositions dans une proposition de jugement ou une décision de l'autorité, a priori sur la base de ses notes. Contrairement à INFANGER⁹¹, nous ne pensons pas que, par souci du maintien de la confidentialité, la proposition de jugement ne doive pas être déposée devant le tribunal de première instance en cas d'opposition. Dans le régime du CO, les décisions *prima facie* de l'autorité de conciliation étaient d'ailleurs déposées auprès du juge, sans qu'il en résulte de difficultés insurmontables.

6. La gratuité

91. La gratuité est de mise pour les litiges portant sur des baux à loyer ou à ferme d'habitations ou de locaux commerciaux ou des baux à ferme agricoles (art. 113 al. 2 lit. c CPC), et ce pour toute la procédure de conciliation, qu'elle aboutisse le cas échéant à une proposition de jugement ou à une décision. Tel n'est plus le cas en revanche pour les autres baux immobiliers (comp. art. 274d al. 2 CO), comme ceux portant sur un terrain nu⁹². Dans ces litiges, les frais de la procédure de conciliation sont mis à la *charge du demandeur* lorsqu'il retire sa requête, lorsque l'affaire est rayée du rôle en raison d'un défaut ou enfin lorsqu'une autorisation de procéder est délivrée (art. 207 al. 1 CPC). Les frais de la procédure de conciliation suivent le sort de la cause lorsque la demande est déposée (art. 207 al. 2 CPC).
92. Dans tous les cas, les frais judiciaires peuvent, même dans les procédures gratuites, être mis à la charge de la partie qui a procédé de façon *téméraire* ou de mauvaise foi (art. 115 CPC). Sous l'empire de l'art. 274d al. 2 CO, la notion était interprétée de manière restrictive⁹³. Il faut s'y tenir.
93. Les *dépens* sont exclus en procédure de conciliation, quel que soit le domaine concerné (art. 113 al. 1 CPC) et même en cas de témérité ou de mauvaise foi, contrairement à ce que retenait l'art. 274d al. 2 CO.

⁹¹ BSK-INFANGER, art. 205 CPC N 9.

⁹² Voir N 10.

⁹³ CPra Bail-BOHNET/SANDOZ, art. 274d CO N 18.

E. L'aboutissement de la conciliation

94. En cas de réussite de la tentative de conciliation, l'autorité consigne l'accord trouvé au procès-verbal, et le soumet à la signature des parties (art. 208 al. 1 CPC). Un acquiescement et un désistement d'action (« inconditionnel » selon l'expression de l'art. 208 al. 1 CPC) sont également envisageables. La transaction, l'acquiescement et le désistement d'action ont les effets d'une décision entrée en force (art. 208 al. 2 CPC). Tel n'est pas le cas en revanche du simple retrait de la requête, avant ou pendant l'audience⁹⁴. Chaque partie reçoit une copie du procès-verbal (art. 208 al. 1 *in fine* CPC).
95. La transaction peut porter sur des points qui n'étaient pas visés dans la requête ou la réponse (art. 201 al. 1 CPC : dans la mesure où cela contribue à la résolution du litige⁹⁵). On peut envisager qu'elle lie également des tiers, si elle est signée par eux.
96. La transaction, l'acquiescement et le désistement d'action peuvent être remis en cause en cas de *vice du consentement* (art. 23 ss CO), par la voie de la révision (art. 328 al. 1 lit. c CPC)⁹⁶. L'autorité de conciliation est compétente pour se prononcer (art. 328 al. 1 CPC, à tout le moins par analogie).

F. L'échec de la conciliation

97. En cas d'échec de la tentative de conciliation, l'autorité peut soit délivrer une autorisation de procéder (infra ch. 1), soit, dans certains cas, formuler une proposition de jugement (infra ch. 2) ou même rendre une décision (infra ch. 3).

1. L'autorisation de procéder

a. Le principe

98. Faute de conciliation, l'autorité consigne l'échec au procès-verbal et peut, *en toute hypothèse*, délivrer une autorisation de procéder (art. 209

⁹⁴ BOHNET (n. 47), p. 301 ; HOFMANN/LÜSCHER (n. 45), p. 49, 131 ; REYMOND (n. 76), p. 52 s.

⁹⁵ BSK ZPO-INFANGER, art. 202 CPC N 4, rappelle qu'il faut être souple sur ce point.

⁹⁶ BSK-INFANGER, art. 208 CPC N 22.

al. 1 CPC). Elle n'a jamais l'obligation, mais uniquement le droit, dans certaines situations, de formuler une proposition de jugement ou de rendre une décision. Il convient d'examiner le contenu (infra lit. b) et le destinataire (infra lit. c) de l'autorisation de procéder, ainsi que le délai pour agir (infra lit. d).

b. Le contenu

99. Aux termes de l'art. 209 al. 2 CPC, l'autorisation de procéder contient :
- a. les noms et les adresses des parties et, le cas échéant, de leurs représentants ;
 - b. les conclusions du demandeur, la description de l'objet du litige et les conclusions reconventionnelles éventuelles ;
 - c. la date de l'introduction de la procédure de conciliation ;
 - d. la décision sur les frais de la procédure de conciliation ;
 - e. la date de l'autorisation de procéder ;
 - f. la signature de l'autorité de conciliation.
100. On constate ainsi que bien que la *demande reconventionnelle* ne fasse pas nécessairement l'objet d'un préalable de conciliation, rien n'empêche en revanche au défendeur de formuler des prétentions reconventionnelles devant l'autorité. Elles figureront le cas échéant sur l'autorisation de procéder.
101. L'autorisation de procéder peut figurer sur le *procès-verbal* de l'autorité, ou sur un *document séparé*. On pourrait même imaginer qu'elle figure sur la requête (*timbre humide* complété à la main) si elle remplit, avec celle-là, les conditions de l'art. 209 al. 2 CPC. Elle peut être notifiée à l'audience ou par courrier, dans les deux cas contre accusé de réception (art. 136 et 138 al. 1 CPC)⁹⁷.
102. Un *vice* éventuel de l'autorisation de procéder pourra le cas échéant être réparé par le biais d'une requête en interprétation (art. 334 CPC, par analogie). De son côté, le défendeur pourrait faire valoir que le vice — non redressé — équivaut à l'absence d'autorisation de procéder et entraîne l'irrecevabilité de la demande, faute d'une condition de

⁹⁷ BOHNET FRANÇOIS/BRÜGGER NICOLAS, La notification en procédure civile suisse, RDS 2010 I 291, p. 306, 311, 319.

recevabilité (art. 59 al. 1 CPC). Un délai devrait cependant être accordé au demandeur pour faire rectifier l'acte, si un tel procédé est envisageable (art. 131 al. 2 CPC par analogie)⁹⁸.

c. Le destinataire

103. En principe, l'autorisation de procéder est délivrée au *demandeur* (art. 209 al. 1 lit. b CPC). Afin toutefois de maintenir la solution actuelle en matière de *contestation d'une hausse* de loyer ou de fermage (art. 274f CO)⁹⁹, les Chambres¹⁰⁰ ont prévu d'imposer au *bailleur* la charge d'agir devant le tribunal, si bien que l'autorisation de procéder lui est délivrée (art. 209 al. 1 lit. a CPC). Cette solution trouve son fondement dans le fait que c'est le bailleur qui fait valoir une nouvelle prétention, et non le locataire.
104. Lorsque le locataire conteste une hausse de loyer et réclame simultanément une baisse (art. 270a al. 3 CO) ou fait valoir une autre prétention, l'autorisation de procéder devrait être délivrée au bailleur pour la validation de la hausse, et au locataire pour les autres objets. Relevons cependant que le locataire peut attendre et faire valoir ses prétentions à titre reconventionnel devant le juge, le préalable de conciliation n'étant pas nécessaire pour la reconvention (art. 198 lit. g CPC).

d. Le délai pour agir

105. Le délai pour agir devant le tribunal est de trois mois à compter de la notification de l'autorisation de procéder (art. 209 al. 3 CPC). Il est cependant de *30 jours*, comme aujourd'hui (art. 274f al. 1 CO), dans les litiges relatifs aux baux à loyer ou à ferme d'habitations ou de locaux commerciaux et aux baux à ferme agricoles.
106. Si le demandeur *cumule des prétentions* relatives à un bail à loyer ou à ferme et une autre prétention soumise de par le droit cantonal à la même autorité¹⁰¹, celle-ci devra fixer des délais distincts suivant la prétention considérée.

⁹⁸ BOHNET (n. 49), p. 266 s.

⁹⁹ ATF 136 III 90 ; CPra Bail-BOHNET/SANDOZ, art. 274f CO N 6.

¹⁰⁰ BO CN 2008 956 ss.

¹⁰¹ Voir N 20 s.

2. La proposition de jugement

a. Les cas visés

107. A l'heure actuelle, faute d'accord entre les parties, l'autorité de conciliation décide sur les prétentions des parties en matière de consignation (art. 259i al. 1 CO), de protection contre les congés et de prolongation du bail (art. 273 al. 1, 2 et 4 CO). Il s'agit en réalité d'une prédécision rendue *prima facie* dont le but est de déterminer à quelle partie il incombe d'intenter la procédure judiciaire ultérieure¹⁰².
108. Dès le 1^{er} janvier 2011, l'autorité de conciliation sera en droit — sans en avoir l'obligation — de soumettre dans certaines hypothèses aux parties une proposition de jugement¹⁰³. Il a été renoncé d'imposer aux autorités de conciliation de rendre des décisions, sans doute afin qu'elles puissent se concentrer sur leur tâche première, la conciliation. On peut regretter ce choix, dans la mesure où il va entraîner des disparités entre les cantons, parfois entre les autorités de conciliation d'un canton, voire entre les diverses compositions d'une même autorité.
109. La notion de proposition de jugement correspond plus justement qu'aujourd'hui à la nature des prononcés de l'autorité de conciliation, qui n'est pas fondamentalement modifiée¹⁰⁴. Quant aux cas visés, il s'agit des situations actuelles, auxquelles ont été ajoutées devant les Chambres¹⁰⁵ les contestations en matière de hausse de loyer et de fermage. Peuvent également faire l'objet d'une proposition de jugement, quel que soit le domaine visé, les autres litiges patrimoniaux dont la valeur litigieuse ne dépasse pas CHF 5'000.-.
110. En bref, l'autorité de conciliation *peut formuler* une proposition de jugement en matière de bail à loyer ou à ferme (art. 210 al. 1 CPC) :
- en matière de consignation du loyer ou du fermage ;
 - en matière de protection contre les loyers et fermages abusifs ;

¹⁰² ATF 121 III 266, cons. 2b, JdT 1996 I 43, DB 1996 N 28.

¹⁰³ Le fait qu'une partie annonce d'emblée qu'elle fera opposition n'empêche en rien l'autorité de formuler malgré tout une proposition de jugement, voir BSK-INFANGER, art. 210 CPC N 11.

¹⁰⁴ Comp. Message CPC, FF 2006 6941.

¹⁰⁵ BO CN 2008 956 ss.

- en matière de protection contre les congés ou de prolongation du bail à loyer ou à ferme ;
 - dans les autres litiges patrimoniaux dont la valeur litigieuse ne dépasse pas CHF 5'000.-.
111. Qu'entend-on par litige en matière de *consignation* ? Si l'on se réfère à l'art. 259h CO, il s'agit de l'ensemble des prétentions (au sens de l'art. 259a al. 1 CO : remise en état de la chose, réduction proportionnelle du loyer, dommages-intérêts ou prise en charge du procès contre un tiers) soulevées par le locataire devant l'autorité de conciliation dans les 30 jours dès la consignation du premier loyer.
112. La *protection contre les congés* et la prolongation du bail comprennent les questions préjudicielles de droit civil à celle de l'annulation du congé, en particulier la nullité ou l'inefficacité du congé¹⁰⁶. Elles tendent formellement à un prononcé formateur du juge. En revanche, les litiges portant exclusivement sur la validité du congé (nullité ou inefficacité), tout comme la question de la restitution des locaux, ne relèvent pas de la protection contre les congés, ce qui peut poser d'importants problèmes lorsque ces diverses prétentions se trouvent réunies.
113. La *protection contre les loyers abusifs* couvre à notre sens l'ensemble des prétentions résultant du chapitre II du Titre huitième du Code des obligations, y compris les *autres prétentions abusives* du bailleur. Elle comprend dès lors les contestations en matière de hausse et de baisse de loyer ou de nouvelles prétentions (art. 269d al. 3 CO), mais non les litiges portant sur le paiement d'arriérés ou sur la contestation du solde de charges ou du remboursement de l'indu.
114. Des *litiges variés* peuvent présenter une valeur ne dépassant pas CHF 5'000.-. Il peut s'agir du versement ou de la libération des sûretés, du paiement de loyers arriérés, de répétition de l'indu, de dommages et intérêts ou encore du constat de la nullité du congé ou de son inefficacité en cas de vices formels, si l'on retient que dans ces deux derniers cas, le locataire ne dispose pas d'une période de protection de trois ans. En effet, la valeur litigieuse se limiterait alors à quelques mois de loyer courant jusqu'à la prochaine échéance possible du bail¹⁰⁷.

¹⁰⁶ Comp. en droit actuel, ATF 132 III 65, cons. 3.2, JdT 2007 I 269. Sur ces notions, CPra Bail-WESSNER, art. 257d CO N 39 ss.

¹⁰⁷ Voir TF du 22.11.2005, 4C.273/2005, RSPC 2006 134 ; TF du 14.03.2006, 4C.418/2005, RSPC 2006 285 ; TF du 18.04.2008, 4A_148/2008, DB 2008 N 22 et note

b. Le contenu

115. La proposition de jugement peut (mais ne doit pas, puisque les parties peuvent s’y opposer sans motivation¹⁰⁸) contenir une *brève motivation* (art. 210 al. 2 CPC) — on voit mal cependant quelle sanction pourrait intervenir en cas de motivation trop détaillée (à moins qu’elle ne soit d’ordre politique, compte tenu du temps à disposition pour chaque dossier); au surplus, elle comprend les mêmes mentions qu’une décision (art. 238 CPC, applicable par analogie selon l’art. 210 al. 2 CPC). La possibilité d’y faire opposition doit être mentionnée (art. 211 al. 4 CPC ; comp. art. 238 lit. f CPC pour les voies de recours).

c. Les effets

116. La proposition de jugement *entre en force*, faute d’opposition par l’une ou l’autre des parties dans les 20 jours dès sa communication écrite (art. 211 al. 1 CPC). Elle ne peut pas être attaquée par un appel ou un recours. Seule la voie de la révision est ouverte le cas échéant¹⁰⁹.

d. L’opposition

117. Pour qu’il y ait opposition, il suffit de faire connaître, en termes simples, son refus de la proposition, sans qu’une motivation soit nécessaire¹¹⁰. A priori, compte tenu du principe du parallélisme des formes (art. 202 al. 1 CPC), une opposition *formulée oralement* à l’issue de l’audience — mais pas avant la réception de la proposition de jugement ! — ou ensuite, dans le délai, au greffe, est valable. Elle doit être consignée dans un procès verbal par celui-ci.
118. Le délai de vingt jours part de sa communication écrite (art. 211 al. 1 CPC). Il n’est pas suspendu pendant les vacances judiciaires (art. 145 al. 2 lit. a CPC)¹¹¹.

de BOHNET ; ATF 119 II 147, cons. 1 ; 111 II 384, cons. 1 ; LACHAT (n. 11), p. 748 ; SVIT-K, 3^{ème} éd., art. 271 CO N 18.

¹⁰⁸ Comp. BSK ZPO-INFANGER art. 210 CPC N 5.

¹⁰⁹ BSK ZPO-INFANGER art. 211 CPC N 3.

¹¹⁰ Comp. BSK ZPO-INFANGER art. 211 CPC N 5.

¹¹¹ BSK ZPO-INFANGER art. 211 CPC N 4.

119. Si l'autorité *refuse de délivrer une autorisation de procéder*, qu'elle considère qu'il n'y a pas eu d'opposition valable, ou seulement une opposition tardive, l'intéressé devrait pouvoir recourir contre ce refus, par la voie du recours (art. 319 al. 2 lit. b CPC). Il serait cependant plus simple de retenir que le tribunal de première instance puisse considérer que les conditions formelles de la délivrance d'une autorisation de procéder étaient remplies et que la demande est recevable sous cet angle.
120. A réception de l'opposition, l'autorité de conciliation délivre l'autorisation de procéder (art. 211 al. 2 CPC) :
- à l'*opposant*, dans les litiges :
 - en matière de consignation du loyer ou du fermage ;
 - en matière de protection contre les loyers et fermages abusifs ;
 - en matière de protection contre les congés ou la prolongation du bail à loyer ou à ferme ;
 - au *demandeur*, dans les autres litiges patrimoniaux dont la valeur litigieuse ne dépasse pas CHF 5'000.-.
121. En matière de consignation, de protection contre les congés, de prolongation du bail et de protection contre les congés abusifs, la proposition de jugement est considérée comme reconnue et déploie les effets d'une *décision entrée en force* lorsque l'action n'est pas intentée dans le délai légal de 30 jours (art. 211 al. 3, 209 al. 4 CPC).
122. Lorsque la proposition de jugement porte sur une autre prétention patrimoniale ne dépassant pas CHF 5'000.-, et que le demandeur n'agit pas dans un délai de 30 jours dès l'autorisation de procéder (art. 209 al. 4 CPC), la *demande est réputée non introduite*.
123. Afin de maintenir tant bien que mal la situation actuelle, les règles particulières ont ainsi été multipliées devant les Chambres, ce qui rend le texte peu lisible et une présentation simple du système pratiquement impossible. De plus, dès que l'on envisage des situations où les prétentions sont cumulées, le régime adopté devient simplement impraticable.
124. Ainsi, que dire de la proposition de jugement *contestée par les deux parties* ? L'autorisation de procéder sera-t-elle adressée aux deux

parties ? Logiquement oui¹¹², étant précisé que la partie qui n'agirait pas dans le délai légal serait en droit de prendre des conclusions reconventionnelles dans la procédure entamée par son adversaire, le préalable de conciliation n'étant pas imposé dans ce cas¹¹³.

125. Si *une seule partie s'oppose*, elle seule peut ensuite agir devant le tribunal dans le délai légal de 30 jours. Si elle ne le fait pas, le jugement entre en force. L'autre partie peut uniquement agir par la voie reconventionnelle dans un tel cas.
126. Si l'opposant saisit le juge mais qu'il *retire* ensuite sa demande¹¹⁴, ou que celle-ci est déclarée irrecevable, la proposition de jugement entre en force, comme la décision *prima facie*¹¹⁵ sous l'ancien droit. Un retrait est envisageable jusqu'à la clôture des débats (comp. art. 234 et 236 CPC). Il faut réserver la possibilité pour le demandeur débouté (ou qui retire sa demande pour éviter un prononcé d'irrecevabilité) de déposer à nouveau sa demande dans le mois devant le tribunal compétent ou selon les formes applicables (art. 63 al. 1 et 2 CPC).
127. En cas de *prétentions reconventionnelles* dans une telle situation, le retrait de la demande ne peut avoir d'effets qu'à l'égard des postes non touchés par la reconvention. Pour ceux-ci, la proposition de jugement entre en force. Si, par exemple, le bailleur s'oppose à une proposition de jugement ne validant pas une hausse de loyer, et qu'il retire ensuite sa demande de validation suite aux conclusions reconventionnelles du locataire visant à la baisse du loyer, son retrait entraîne le rejet définitif de la demande de hausse, la question de la baisse demeurant à juger. Si la validation d'une hausse n'est que partielle et que seul le bailleur s'oppose ou que lui seul saisit le juge, le locataire concluant devant le tribunal au rejet de la demande en validation, un retrait de la demande n'a d'autre effet que de limiter le débat à la partie de la hausse retenue par l'autorité de conciliation. La conclusion du défendeur en rejet complet de la demande de hausse ne saurait être traitée moins favorablement qu'une demande reconventionnelle. Dans la situation inverse, si seul le locataire saisit le tribunal en rejet complet de la hausse, et que le bailleur conclut au rejet de la demande, sans prendre de conclusion reconventionnelle, le retrait de la demande entraîne la

¹¹² Dans ce sens, HOFMANN/LÜSCHER (n. 45), p. 121.

¹¹³ Voir N 47.

¹¹⁴ Comp. HOFMANN/LÜSCHER (n. 45), p. 124.

¹¹⁵ Voir N 107.

validation partielle de la hausse, telle que proposée par l'autorité de conciliation. Si le bailleur a conclu reconventionnellement à la validation de l'ensemble de la hausse, le retrait de la demande a pour effet que la hausse est partiellement validée et qu'il reste à traiter de la partie encore disputée.

128. Autre exemple : le locataire consigne le loyer, demande la réparation des défauts allégués, une réduction de 25%, CHF 10'000.- de dommages-intérêts et la libération dans cette mesure des loyers consignés. L'autorité de conciliation retient dans sa proposition de jugement une réduction de 10% et la libération dans cette mesure des loyers consignés. Les parties font toutes deux opposition. Seul le bailleur agit en libération à son profit de l'ensemble des loyers consignés. Le locataire conclut au rejet. Si celui-ci ne demande pas reconventionnellement les postes qui n'ont pas été retenus par l'autorité de conciliation, un retrait de sa demande par le bailleur entraîne le rejet définitif de ceux-ci.
129. Lorsque le litige porte sur un *congé* par exemple et une *créance inférieure à CHF 5'000.-*, deux autorisations de procéder peuvent devoir être notifiées : l'une à l'opposant, par hypothèse le défendeur, l'autre au demandeur pour ladite créance.

3. La décision

130. L'autorité de conciliation dispose d'un véritable pouvoir de décision dans les litiges patrimoniaux dont la valeur litigieuse *ne dépasse pas CHF 2'000.-* (art. 212 al. 1 CPC). Elle ne peut cependant en faire usage — à son entière discrétion — que sur requête du demandeur. Celui-ci peut du reste la retirer tant que l'autorité n'a pas indiqué au procès-verbal qu'elle allait décider faute d'accord entre les parties¹¹⁶.
131. La *valeur litigieuse* est celle de la demande dans son ensemble ; l'autorité ne peut pas isoler une prétention pour décider sur son sort. Elle ne peut pas davantage trancher au fond lorsque, à une conclusion en argent, s'ajoute une prétention non patrimoniale, la cessation d'une atteinte à la personnalité par exemple. Une valeur ne dépassant pas CHF 2'000.- sera exceptionnelle dans les domaines de la consignation du loyer, de la protection contre les congés et contre les loyers abusifs.

¹¹⁶ BSK ZPO-INFANGER art. 212 CPC N 6.

132. La *requête* devrait être formulée dans la demande de conciliation, de telle manière à mettre le défendeur en position de prendre les mesures utiles, en particulier le dépôt d'une réponse écrite, qui ne peut lui être refusée, nous l'avons vu¹¹⁷. Si l'on devait considérer, avec INFANGER¹¹⁸, que la requête peut être formée ultérieurement, il faudrait à tout le moins que le défendeur ait été informé, lors de la transmission de la requête, par une formule standard, que l'autorité de conciliation peut rendre une décision sur requête du demandeur lorsque la valeur litigieuse ne dépasse pas CHF 2'000.-. A notre sens, la requête devrait alors intervenir au plus tard en début d'audience, le cas échéant sur interpellation de l'autorité (comp. art. 56 CPC). Une diminution des conclusions pourrait intervenir à ce stade pour permettre une prise de décision par l'autorité.
133. La *procédure applicable* n'est pas détaillée dans le Code, qui se contente d'indiquer qu'elle est « orale ». Cela signifie apparemment que les témoignages, auditions et interrogatoires ne sont pas verbalisés (art. 176 CPC *a contrario*¹¹⁹). Pour le reste, la procédure n'étant pas sommaire au sens des art. 248 ss CPC, tous les moyens de preuves sont en principe admis. Dans les cas évidents, le demandeur préférera la procédure dans les cas clairs (art. 257 CPC), qui demeure plus expéditive¹²⁰.
134. L'autorité de conciliation ne favorisera la voie de la décision que si le cas lui semble simple, en fait et en droit, et qu'il ne nécessite pas d'instruction complexe qui impose une procédure ordinaire¹²¹.
135. La décision, qui doit comprendre les mentions prescrites à l'art. 238 CPC, peut ne *pas être motivée* (art. 239 al. 1 CPC). Une motivation écrite est notifiée aux parties, à la demande de l'une d'elles, formée dans les dix jours dès la communication de la décision. A défaut, les parties sont considérées avoir renoncé au recours (art. 239 al. 2 CPC).

¹¹⁷ Voir N 65. Voir également BSK ZPO-INFANGER, art. 212 CPC N 6.

¹¹⁸ BSK ZPO-INFANGER, art. 212 CPC N 7.

¹¹⁹ Voir cependant BSK ZPO-INFANGER, art. 212 CPC N 6, qui exige un procès-verbal des opérations.

¹²⁰ Voir N 41 ss.

¹²¹ Comp. BSK ZPO-INFANGER, art. 212 CPC N 8 ss.

VI. La procédure au fond

136. La procédure qu'il convient d'entamer au fond diverge suivant la nature et l'importance des prétentions invoquées. Elle peut également dépendre des preuves à disposition.
137. En bref, peuvent être envisagées la procédure simplifiée (A), la procédure ordinaire (B) et la procédure sommaire (C).

A. La procédure simplifiée

1. Le champ d'application

138. La procédure simplifiée s'applique en matière de bail à loyer et à ferme dans les cas suivants (art. 243 CPC) :
- en matière de consignation du loyer ou du fermage ;
 - en matière de protection contre les loyers et fermages abusifs ;
 - en matière de protection contre les congés ou de prolongation du bail à loyer ou à ferme ;
 - dans les autres litiges dont la valeur litigieuse ne dépasse pas CHF 30'000.-.
139. Encore convient-il de déterminer quels litiges entrent dans les catégories qui viennent d'être énumérées.
140. Comme relevé ci-dessus¹²², on entend par litige en matière de *consignation*, l'ensemble des prétentions soulevées par le locataire devant l'autorité de conciliation dans les 30 jours dès la consignation du premier loyer (art. 259a al. 1 CO).
141. La *protection contre les congés* et la prolongation du bail comprennent les questions préjudicielles de droit civil à celle de l'annulation du congé, en particulier la nullité ou l'inefficacité du congé¹²³.
142. La *protection contre les loyers abusifs* couvre l'ensemble des prétentions résultant du chapitre II du Titre huitième du Code des obligations, y compris les autres prétentions abusives du bailleur¹²⁴.

¹²² Voir N 111.

¹²³ Voir N 112.

143. Toute autre prétention ne dépassant pas une valeur litigieuse de CHF 30'000.- relève également de la procédure simplifiée. A cet égard, un problème particulier intervient en matière d'*expulsion*. Si la situation n'est pas évidente et que le bailleur est privé du cas clair¹²⁵, le bailleur ne peut pas agir en procédure sommaire. L'expulsion ne relevant pas comme telle de la protection contre les congés, la procédure applicable dépend a priori de la valeur litigieuse. Selon quelques arrêts non publiés du Tribunal fédéral, celle-ci serait établie dans ce domaine selon le même critère que pour l'annulation du congé, à savoir le temps minimum restant à courir en cas de rejet de la demande¹²⁶. Dans de nombreux cas, ce montant dépassera CHF 30'000.-, si l'on songe déjà à un loyer de CHF 1'000.-, compte tenu d'une durée de protection de trois ans en cas d'annulation du congé. Or il semblerait particulièrement contre-productif de soumettre l'expulsion à la procédure ordinaire, alors que la contestation du congé est soumise à la procédure simplifiée. A notre sens, lorsque le locataire agit en annulation du congé et que le bailleur conclut reconventionnellement en expulsion, il faut admettre que cette conclusion s'inscrit dans cette même procédure et que la question de la valeur litigieuse ne se pose pas. Certes, l'art. 224 al. 1 CPC précise que les prétentions reconventionnelles ne sont admissibles que si elles sont soumises à la même procédure. Il faudrait admettre que tel est le cas dans ce contexte.
144. En revanche, si l'expulsion n'est pas requise à l'occasion d'une procédure en contestation du congé, la procédure applicable devrait dépendre de la valeur litigieuse. Le résultat n'est pas heureux : la procédure ordinaire pourrait s'appliquer lorsque seule l'inefficacité du congé est invoquée à l'occasion de la procédure d'expulsion, alors que la procédure simplifiée s'appliquerait en cas de requête en annulation du congé.

¹²⁴ Voir N 113.

¹²⁵ Voir N 41 ss.

¹²⁶ TF du 04.02.2008, 4A_493/2007, cons. 1 ; TF du 26.07.2005, 4C.124/2005, cons. 1.1.

2. Les écritures

a. La « demande simplifiée »

145. La « demande simplifiée » selon l'expression de l'art. 244 CPC est formée par écrit (en exemplaires suffisants, voir art. 131 al. 1 CPC) ou par voie électronique (art. 130 al. 1 CPC), signée dans les deux cas, ou dictée au procès-verbal au greffe du tribunal compétent¹²⁷. L'art. 244 al. 1 CPC précise que la demande contient la désignation des parties, les conclusions, la description de l'objet du litige et, lorsque la procédure applicable en dépend, la valeur litigieuse. Une motivation n'est pas nécessaire (art. 244 al. 2 CPC)¹²⁸. En cas de vice formel, un délai est accordé par le juge au demandeur pour réparer le vice (art. 132 al. 1 CPC).
146. Doivent être joints à la demande la *procuracion* en cas de représentation, l'*autorisation de procéder* et les *titres disponibles* (art. 244 al. 3 CPC). D'autres documents pourront être remis à l'audience et d'autres preuves proposées à ce stade. Un bordereau n'a pas à être joint à la requête¹²⁹.
147. En bref, le *formalisme* est *très limité*. L'acte peut se réduire à quelques mentions dans un style télégraphique, ce qui sera souvent le cas lorsque la demande est dictée au procès-verbal.
148. Le cas échéant, le demandeur peut reproduire à l'identique sa requête en conciliation, en prenant cette fois des conclusions condamnatoires, formatrices ou en constat (art. 84 ss CPC).
149. Si le juge considère que les conclusions ou l'objet du litige n'est pas clairement défini, il peut demander des précisions, soit avant la notification à la partie adverse, soit à l'audience (art. 56 et 247 al. 1 CPC : devoir d'interpellation). En cas de *vice de forme* (absence de signature ; acte rédigé dans une autre langue que celle du canton), il fixe

¹²⁷ Une dictée par téléphone n'est à l'évidence pas envisageable, voir BSK ZPO-MAZAN, art. 244 CPC N 11.

¹²⁸ Pour un résumé des discussions devant les Chambres, voir BSK ZPO-MAZAN, art. 244 CPC N 13.

¹²⁹ Dans ce sens, HOFMANN/LÜSCHER (n. 45), p. 154.

un délai à la partie pour redresser l'acte (art. 130 al. 1 CPC)¹³⁰, avant de le notifier.

b. La prise de position du défendeur

150. Lorsque la *demande* n'est pas motivée, le juge la notifie au défendeur en citant les parties à une audience. Le défendeur est en droit de déposer une prise de position écrite, jusqu'à l'audience, dans l'une des formes prescrites pour la demande¹³¹. A défaut, ses conclusions sont inscrites au procès-verbal de l'audience. En revanche, les allégués n'ont pas à être consignés par écrit (art. 235 al. 2 CPC *a contrario*) — simplicité oblige —, à moins d'une demande expresse du défendeur pour certains points centraux. Si les circonstances l'exigent, le juge pourrait ordonner un échange préalable d'écritures (art. 246 al. 2 CPC).
151. Si la *demande* est motivée, le juge fixe au défendeur un délai pour se prononcer par écrit (art. 245 al. 2 CPC). Ce délai peut le cas échéant être prolongé, sur requête avant son échéance (art. 144 al. 2 CPC). On devrait à notre sens admettre que le défendeur dépose sa réponse à l'audience. Sinon, ses conclusions sont inscrites au procès-verbal (art. 235 al. 1 CPC). L'art. 223 CPC qui prévoit, en procédure ordinaire, la fixation d'un bref délai supplémentaire et, à son échéance, un prononcé immédiat si la cause est en état d'être jugée, ne nous semble pas adapté à la procédure simplifiée (pas d'application analogique au sens de l'art. 219 CPC)¹³². Aucun motif ne justifie que le défendeur voie sa situation procédurale modifiée par le choix du demandeur de motiver ou non sa demande.
152. Des *conclusions reconventionnelles* peuvent être formulées, dans la réponse ou à l'audience, même si elles n'ont pas été articulées en conciliation¹³³, lorsque la même procédure leur est applicable et que le tribunal demeure compétent compte tenu de la nature de l'affaire (art. 224 al. 1 et 2 CPC). Nous avons vu qu'un problème se pose en particulier en matière d'expulsion¹³⁴.

¹³⁰ Pour des développements, voir BOHNET (n. 49), p. 268 ss.

¹³¹ Voir N 65.

¹³² Contra : BSK ZPO-MAZAN, art. 244 CPC N 19, qui toutefois critique cette solution.

¹³³ Voir N 66.

¹³⁴ Voir N 142.

153. En cas de demande reconventionnelle, que celle-ci soit formée dans la réponse ou à l'audience, le demandeur doit se voir accorder un délai pour répliquer ; il ne peut en revanche former une demande reconventionnelle (art. 224 al. 3 CPC ; selon l'adage « reconvention sur reconvention ne vaut » ; voir aussi art. 246 al. 2 CPC). Le retrait de la demande est sans effet sur les conclusions reconventionnelles (art. 14 al. 2 CPC, implicitement)¹³⁵.
154. En matière de bail, le *for* ne pose généralement pas de problème. Notons cependant que l'art. 14 al. 1 CPC accorde le *for* de la reconvention lorsque les prétentions sont connexes uniquement.

3. Le déroulement du procès au fond

a. Les audiences

155. Le Code part de l'idée que l'ensemble des opérations se déroule en principe en *une audience de débats* (art. 246 al. 1 CPC). Il n'exclut pas des *audiences d'instruction*.
156. Le tribunal doit prendre les mesures utiles pour favoriser un *règlement rapide* — en une audience si possible — de la contestation (art. 246 al. 1 CPC, expression particulière de l'art. 124 al. 1 CPC). Ainsi, il proposera parfois un *échange d'écritures*, alors même que la demande a été déposée sans motivation (art. 246 al. 2 CPC). Cette décision ne doit cependant pas revenir à prohiber de fait une demande non motivée. Elle pourrait par exemple se justifier lorsque le demandeur, non représenté par un mandataire professionnel, annonce ensuite avoir constitué un mandataire¹³⁶. Dans tous les cas, si une partie ne dépose pas son acte, la seule conséquence doit être la poursuite du procès sans l'acte omis (art. 147 al. 2 CPC). Les conséquences particulières du défaut prévues en procédure ordinaire (art. 234 et 223 al. 2 CPC) ne peuvent pas être retenues, sauf à remettre profondément en cause les fondements même d'une procédure simplifiée¹³⁷. Le juge pourra aussi fixer aux parties un délai pour leur *proposition de preuves*, de telle manière le cas échéant à

¹³⁵ Voir N 127 s.

¹³⁶ BSK ZPO-MAZAN, art. 246 CPC N 13, considère que l'échange d'écritures ne doit être ordonné qu'avec une grande retenue, afin de conserver à la procédure simplifiée son caractère « *Laienfreundlich* ».

¹³⁷ Contra : BSK ZPO-MAZAN, art. 246 CPC N 14.

faire citer les témoins à l'audience de débats. A cette occasion, il devra également les *rendre attentives* aux faits à prouver et aux allégués à compléter (art. 247 al. 1 CPC : devoir d'interpellation renforcé¹³⁸).

157. Une *audience d'instruction* a son sens lorsque le juge (le cas échéant délégué, voir art. 124 al. 2 CPC) doit organiser les débats avec les parties et qu'il ne peut pas se contenter d'un échange écrit pour fixer le cadre du procès¹³⁹.
158. Le juge doit en particulier rendre une *ordonnance de preuves* (qui peut être modifiée en tout temps), qui désigne les moyens de preuve admis et détermine pour chaque fait à quelle partie incombe la preuve ou la contre-preuve (art. 154 CPC). Il peut souhaiter voir les parties à une audience d'instruction avant de se prononcer.
159. Plusieurs audiences d'instruction sont concevables, suivant les circonstances. Des preuves peuvent être administrées à cette occasion (art. 226 al. 3 CPC, par renvoi de l'art. 219 CPC). Les parties sont en droit de *compléter leur état de fait* et leurs propositions de preuves lors des audiences d'instruction et de modifier leurs conclusions en cas de connexité ou d'accord de l'autre partie (art. 227 al. 1 CPC), à condition que la même procédure soit applicable (art. 227 al. 2 CPC).
160. Le tribunal peut également citer d'emblée les parties aux *débats*, en se réservant la possibilité de procéder à plusieurs audiences de débats. Cette solution — qui implique selon nous la présence des membres du tribunal¹⁴⁰, et non seulement du juge délégué — a pour avantage de délimiter rapidement le cadre du litige, puisque les faits et les preuves ne peuvent être complétés que jusqu'à l'ouverture des débats principaux (faute d'audience d'instruction, art. 229 al. 2 CPC). Les conclusions peuvent être modifiées jusqu'au même stade, en cas de connexité ou d'accord de l'autre partie (art. 227 al. 1 CPC), à condition que la même procédure soit applicable. Si toutefois la valeur litigieuse de la demande modifiée dépasse la compétence matérielle du tribunal, celui-ci la transmet au tribunal compétent (art. 227 al. 2 CPC).

¹³⁸ Voir N 163.

¹³⁹ Selon l'art. 226 al. 2 CPC, « [l]es débats d'instruction servent à déterminer de manière informelle l'objet du litige, à compléter l'état de fait, à trouver un accord entre les parties et à préparer les débats principaux ».

¹⁴⁰ A moins qu'une audience de débats ne soit limitée à l'administration des preuves, selon l'art. 155 al. 1 CPC. Mais il serait alors plus logique de passer par des audiences d'instruction.

161. Cependant — et c'est souvent le cas en matière de baux à loyer et à ferme d'habitations et de locaux commerciaux¹⁴¹ —, lorsque le juge doit *établir les faits d'office*, le tribunal admet des faits et moyens de preuve nouveaux jusqu'aux délibérations (art. 227 al. 3 CPC)¹⁴², donc jusqu'à la clôture des débats, qui intervient à la fin des plaidoiries. Les conclusions peuvent être modifiées sur la base des ces éléments, toujours aux mêmes conditions (art. 227 al. 1 et 2 CPC).

b. Les maximes applicables

162. En procédure simplifiée, l'apport des faits est en principe régi par la *maxime des débats* : il revient aux parties d'alléguer tous les faits sur lesquels elles se fondent pour en déduire leur droit (art. 55 al. 1 CPC).
163. La maxime des débats est tempérée par un *devoir d'interpellation renforcé* du tribunal : celui-ci doit non seulement interpellier les parties lorsque leurs actes ou déclarations sont peu clairs, contradictoires, imprécis ou manifestement incomplets et leur donner l'occasion de les clarifier et de les compléter (art. 56 CPC), mais il doit encore amener les parties, par des questions appropriées, à compléter leurs allégations insuffisantes et à désigner leurs moyens de preuve (art. 247 al. 1 CPC).
164. Dans les litiges portant sur des baux à loyer et à ferme d'habitations et de locaux commerciaux et sur des baux à ferme agricoles (qu'il s'agisse de la consignation, de la protection contre les loyers, fermages ou congés abusifs, ou des autres litiges soumis à la procédure simplifiée), le tribunal *établit* cependant les *faits d'office* (art. 247 al. 2 CPC).
165. Si l'on reprend les *débats parlementaires*, on constate que la volonté était de reprendre à l'identique le régime actuel, prévoyant une *maxime inquisitoire sociale* dans les litiges en matière de baux d'habitation et de locaux commerciaux et de travail, mais généralement d'y renoncer pour les autres causes soumises à la procédure simplifiée¹⁴³. Tant l'art. 343 al. 3 CO que l'art. 274d al. 3 CO parlent d'ailleurs d'établissement des faits d'office. Le Tribunal fédéral a délimité la notion en précisant que dans ces causes sociales, le juge doit interpellier les parties et leur signaler qu'elles doivent coopérer à la constatation des faits ainsi qu'à

¹⁴¹ Voir N 164.

¹⁴² BSK ZPO-MAZAN, art. 247 CPC N 23.

¹⁴³ BO CE 2007 532, intervention d'INDERKUM. Comp. BSK ZPO-MAZAN, art. 247 CPC N 7.

l'administration des preuves. Il est aussi tenu de s'assurer que leurs allégations et leurs offres de preuve sont complètes si des doutes sérieux existent sur ce point. Le juge doit simplement inviter les parties à indiquer et à produire leurs moyens de preuve. Lorsque, contrairement à ce qu'on serait en droit d'attendre d'elle, une partie refuse de collaborer à l'administration des preuves, celle-ci peut être close. La maxime inquisitoriale applicable aux litiges en matière de bail à loyer n'oblige pas le tribunal à étendre à volonté la procédure probatoire et à administrer toutes les preuves possibles¹⁴⁴.

166. En bref, la maxime inquisitoriale, qui se fonde sur des considérations socio-politiques, tend à protéger la partie la plus faible économiquement, à établir l'égalité entre les parties et à accélérer la procédure. Celles-ci ne sont toutefois pas dispensées de collaborer activement à la constatation des faits pertinents et d'indiquer au besoin les preuves à apporter. Même dans la maxime inquisitoriale, elles répondent de l'établissement des faits¹⁴⁵. L'implication du magistrat sera fonction des connaissances des parties (juridiques ; linguistiques), de la complexité du cas et de la présence d'un conseil juridique¹⁴⁶.
167. Violerait ainsi la maxime inquisitoire sociale¹⁴⁷ : le juge qui refuse sans motivation d'ordonner une expertise et d'entendre des témoins proposés à l'appui d'une créance invoquée en compensation de loyers en retard¹⁴⁸ ; le juge qui n'éclaircit pas une situation confuse en ce qui concerne l'établissement des comptes sociaux¹⁴⁹ ; le juge qui ne prend pas en compte, parce que soi-disant trop vague, une contestation par le locataire du poste « électricité chauffage » du décompte de chauffage¹⁵⁰.
168. A première vue, il existe peu de différences entre la maxime inquisitoire sociale (art. 247 al. 2 CPC) et le devoir d'interpellation renforcé décrit à l'art. 247 al. 1 CPC¹⁵¹. A notre sens, les deux régimes diffèrent de par l'obligation faite au juge, lorsque la maxime inquisitoire sociale

¹⁴⁴ ATF 125 III 231, cons. 4a, JdT 2000 I 194.

¹⁴⁵ *Ibid.*

¹⁴⁶ BSK ZPO-MAZAN, art. 247 CPC N 16 ss.

¹⁴⁷ Voir également CPra Bail-BOHNET/SANDOZ, art. 274d CO N 19 ss.

¹⁴⁸ TF du 28.09.2006, 4C.212/2006, RSPC 2007 14.

¹⁴⁹ TF du 31.05.2006, 4C.52/2006, cons. 3.2.

¹⁵⁰ TF du 28.06.2005, 4P.187/2004, RSPC 2005 375.

¹⁵¹ Dans ce sens, BO CE 2007 532, intervention de BLOCHER ; GASSER/RICKLI (n. 48), art. 247 CPC N 4 ; BSK ZPO-MAZAN, art. 247 CPC N 10.

s'applique, de tenir compte de faits non allégués par les parties mais qui résultent des preuves administrées. De plus, dans ce régime, le juge est en droit — même s'il n'en a pas l'obligation — d'administrer des preuves d'office (art. 153 al. 1 CPC), et les parties peuvent compléter leurs allégués et propositions de preuves jusqu'à la clôture des débats (art. 229 al. 3 CPC)¹⁵².

169. Le procès demeure soumis au *principe de disposition* (art. 58 al. 1 CPC). La tentative faite au Conseil national de soumettre à la maxime d'office les procès sociaux a été refusée¹⁵³. Le tribunal est donc lié par les conclusions des parties.

c. Les plaidoiries

170. Le Code est muet sur les plaidoiries en procédure simplifiée. Il faut en conclure que le régime prévu en procédure ordinaire (art. 232 CPC) s'applique par analogie (art. 219 CPC)¹⁵⁴ : les plaidoiries sont soit orales (deux tours de parole le cas échéant), soit formulées par écrit en cas de requête des parties¹⁵⁵.

d. La décision

171. Comme en procédure ordinaire¹⁵⁶, la décision, qui comporte en particulier l'*indication des voies de recours* si les parties n'ont pas renoncé à recourir (art. 238 lit. f CPC), peut être notifiée *sans motivation écrite*. Le tribunal communique le dispositif écrit soit à l'audience, avec une motivation orale sommaire, soit par la voie ordinaire (art. 239 al. 1 CPC).
172. Une motivation écrite est remise aux parties si l'une d'elles le demande dans un délai de dix jours à compter de la communication de la décision. Si la motivation n'est pas demandée, les parties sont considérées avoir renoncé à l'appel ou au recours (art. 239 al. 2 CPC).

¹⁵² Voir N 161.

¹⁵³ BO CN 2008 968.

¹⁵⁴ Dans ce sens, HOFMANN/LÜSCHER (n. 45), p. 155.

¹⁵⁵ Voir N 185.

¹⁵⁶ Voir N 171.

B. La procédure ordinaire

1. Le champ d'application

173. La procédure ordinaire s'applique en matière de bail à loyer et à ferme dans les litiges au fond qui présentent une *valeur litigieuse dépassant CHF 30'000.-* et qui ne portent pas sur un domaine réservé à la procédure simplifiée (art. 219 et 243 CPC), à savoir la consignation, la protection contre les congés, les hausses de loyers et de fermages et la prolongation du bail¹⁵⁷.
174. Dans certaines hypothèses, l'expulsion pourrait être soumise à cette voie, ce qui semble peu praticable¹⁵⁸.

2. L'allégation des faits

175. Le régime de l'allégation des faits en procédure ordinaire est loin d'être évident. Les dispositions du projet ont été remaniées par les Chambres¹⁵⁹ en vue d'atteindre un équilibre entre une maxime éventuelle stricte et un régime trop permissif en matière d'allégation des faits en cours de procès¹⁶⁰.
176. Il revient aux parties d'alléguer l'ensemble des faits et de proposer leurs preuves *dans leurs écritures* (demande et réponse ; art. 221 ss CPC). Si un second échange d'écritures (art. 225 CPC) n'est pas requis ou n'est pas accordé, des faits et moyens de preuve peuvent encore être ajoutés à l'ouverture des débats principaux. Cependant, si le juge a cité les parties à une ou plusieurs audiences d'instruction, lors desquelles les faits et moyens de preuves peuvent être librement complétés (art. 226 CPC), cette possibilité n'est plus offerte.
177. Pour le reste, des faits et moyens de preuves nouveaux ne sont admis aux débats principaux que s'ils sont invoqués sans retard et qu'ils remplissent l'une des conditions suivantes (art. 229 CPC) :

¹⁵⁷ Voir N 138.

¹⁵⁸ Voir N 143.

¹⁵⁹ Voir HOFMANN/LÜSCHER, p. 144 ss.

¹⁶⁰ Voir BOHNET FRANÇOIS, La face cachée du code de procédure civile suisse, Plaidoyer 3/2010, p. 34 s.

- ils sont postérieurs à l'échange d'écritures ou à la dernière audience d'instruction ou ont été découverts postérieurement (novas proprement dits dans la terminologie du Code ; lit. a) ;
 - ils existaient avant la clôture de l'échange d'écritures ou la dernière audience d'instruction mais ne pouvaient être invoqués antérieurement bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise (novas improprement dits dans la terminologie du Code ; lit. b).
178. Les deux catégories se recoupent étonnamment puisqu'un fait découvert postérieurement à l'échange des écritures ou à la dernière audience d'instruction est qualifié de nova proprement dit, tout en consistant également en un nova improprement dit, puisqu'il s'agit d'un fait existant avant la clôture de l'échange d'écritures ou la dernière audience d'instruction, mais qui ne pouvait pas être invoqué antérieurement, puisqu'il a été découvert postérieurement. Si l'on veut exclure ce recoupement, il faut alors considérer que les pseudo novas ne sont que les faits et moyens de preuve dont on avait connaissance auparavant, mais que l'on ne pouvait pas faire valoir à l'époque, par exemple une pièce égarée, ou encore l'audition d'un témoin qui avait mentionné à la partie qu'il se prévaudrait du secret professionnel, et qui annonce ensuite être d'accord de déposer¹⁶¹.
179. Il reviendra à la jurisprudence de détailler la notion d'invocation « sans retard ». On peut en particulier s'interroger sur le régime qui sera retenu pour les faits qui se succèdent de manière répétée au cours du procès. Il faudrait à notre sens admettre une allégation « en bloc » avant la clôture de l'instruction (la notion de clôture n'apparaît d'ailleurs pas clairement ; elle découle implicitement de l'art. 232 CPC).
180. Quant à la forme, l'art. 235 al. 2 CPC prévoit que « les allégués des parties qui ne se trouvent pas dans leurs actes écrits sont consignés dans leur substance. Ils peuvent au surplus être enregistrés sur bandes magnétiques, vidéo ou par tout autre moyen technique approprié ». Il nous semble clair que les parties conservent la possibilité de déposer à l'audience ou auparavant un complément à leur dernier acte écrit.
181. La *modification des conclusions* est régie par les art. 227 et 230 CPC :

¹⁶¹ Comp. pour une situation de ce genre, TF du 07.11.2006, 4C.111/2006, RSPC 2007 300.

- lors du second échange d'écritures ou aux audiences d'instruction, la demande peut être modifiée (art. 227 CPC) si la prétention nouvelle ou modifiée relève de la même procédure et si elle présente un lien de connexité avec la dernière prétention (lit. a) ou à défaut, en cas de consentement de la partie adverse (lit. b) ;
- lors des débats principaux, aux mêmes conditions, mais uniquement si la prétention nouvelle ou modifiée se fonde sur des *novas* ou des *pseudo novas* apportés à temps dans le procès (art. 230 CPC) ;
- dans les deux cas, lorsque la valeur litigieuse de la demande modifiée dépasse la compétence matérielle du tribunal, celui-ci la transmet au tribunal compétent.

3. Les maximes applicables

182. En procédure ordinaire, l'apport des faits est régi par la *maxime des débats* : il revient aux parties d'alléguer tous les faits sur lesquels elles se fondent pour en déduire leur droit (art. 55 al. 1 CPC).
183. Le tribunal est cependant lié par un *devoir d'interpellation* : il doit interpellier les parties lorsque leurs actes ou déclarations sont peu clairs, contradictoires, imprécis ou manifestement incomplets et leur donner l'occasion de les clarifier et de les compléter (art. 56 CPC).
184. Le *principe de disposition* s'applique sans nuance : le tribunal ne peut aller au-delà des conclusions des parties (art. 58 al. 1 CPC).

4. Les plaidoiries

185. Les plaidoiries sont soit orales (deux tours de parole le cas échéant), soit formulées par écrit en cas de requête des parties en ce sens (art. 232 CPC), que le juge ne devrait pas pouvoir rejeter, maxime des débats oblige¹⁶². Les mémoires écrits doivent-ils être échangés ou déposés l'un ensuite de l'autre ? Le texte semble retenir la première solution, qui a cours généralement et semble logique, mais il ne l'indique pas expressément, ni le Message du reste¹⁶³. Le Conseil fédéral retient que

¹⁶² Contra : GASSER/RICKLI (n. 48), art. 232 CPC N 2 : pouvoir d'appréciation du juge.

¹⁶³ Comp. FF 2006 6950. GASSER/RICKLI (n. 48), art. 232 CPC N 2 retiennent cette solution, pour des raisons de praticabilité.

le second tour intervient également par écrit¹⁶⁴. Rien n'empêche selon nous les parties de convenir que le second tour sera oral¹⁶⁵. D'après le Message enfin, « [s]i les plaidoiries sont tenues oralement, la remise de *notes de plaidoiries* complémentaires est interdite »¹⁶⁶.

5. La décision

186. La décision, qui comporte en particulier l'*indication des voies de recours* si les parties n'ont pas renoncé à recourir (art. 238 lit. f CPC), peut être notifiée *sans motivation écrite*. Le tribunal communique le dispositif écrit soit à l'audience, avec une motivation orale sommaire, soit par la voie ordinaire (art. 239 al. 1 CPC).
187. Une motivation écrite est remise aux parties si l'une d'elles le demande dans un délai de dix jours à compter de la communication de la décision. Si la motivation n'est pas demandée, les parties sont considérées avoir renoncé à l'appel ou au recours (art. 239 al. 2 CPC).

C. La procédure sommaire

1. Le champ d'application

188. Pour le sujet qui nous occupe, il suffit de mentionner que la procédure sommaire s'applique en matière de contentieux de droit des poursuites, en particulier en matière de *mainlevée provisoire et définitive* de l'opposition (art. 251 lit. a CPC), en matière de *mesures provisionnelles* (art. 261 ss CPC)¹⁶⁷ et dans les *cas clairs* (art. 257 CPC)¹⁶⁸.

2. Quelques remarques sur la procédure

189. La procédure sommaire tire son nom de son caractère prompt et sans grande formalité¹⁶⁹. La procédure est introduite par *requête* (art. 252

¹⁶⁴ FF 2006 6950. Voir également GASSER/RICKLI (n. 48), art. 232 CPC N 2.

¹⁶⁵ Contra : BO CN 2008 966, intervention de LÜSCHER.

¹⁶⁶ Contra : GASSER/RICKLI (n. 48), art. 232 CPC N 2.

¹⁶⁷ Voir N 40.

¹⁶⁸ Voir N 41 ss.

¹⁶⁹ Pour des développements, voir BOHNET FRANÇOIS, La procédure sommaire en procédure civile suisse, RJJ 2008 264 ss.

CPC), qui fixe la litispendance (art. 62 al. 1 CPC)¹⁷⁰, sans préalable de conciliation. Elle peut être écrite et adressée au tribunal sous forme de document papier ou électronique (art. 252 et 130 al. 1 CPC). Elle doit être signée (art. 130 al. 1 CPC) ou certifiée par signature électronique (art. 130 al. 2 CPC). A défaut, un délai est accordé par le juge au requérant pour réparer le vice (art. 132 al. 1 CPC).

190. Si le cas est simple ou urgent, la requête peut également être déposée oralement. Cela suppose qu'elle puisse être consignée sans travail démesuré au procès-verbal (art. 252 al. 2 CPC). Le procès-verbal devrait en principe être signé par le requérant.
191. Le requérant doit joindre à sa requête tout document utile conformément à l'art. 221 al. 2 CPC, qui s'appliquerait également à la procédure sommaire en vertu du renvoi général de l'art. 219 CPC. Le renvoi ne nous paraît cependant pas évident puisque la procédure sommaire se distingue en particulier de la procédure ordinaire par une renonciation à tout formalisme. Il n'est pas mentionné jusqu'à quel moment les pièces peuvent être produites. Dans le silence de la loi, on peut supposer que ces documents pourraient être présentés jusqu'à la fin de l'administration des preuves, s'il est tenu une voire plusieurs audiences. Si tel n'est pas le cas, le juge devrait fixer un délai aux parties pour le dépôt de leurs moyens de preuve, en précisant qu'il sera statué sur pièces.
192. Le défendeur peut *répondre*, soit par écrit (même si la requête a été dictée au procès-verbal), soit par oral (art. 253 CPC). La réponse sera écrite si le tribunal a renoncé aux débats.
193. La *preuve* est en principe apportée par titre(s) au sens de l'art. 177 CPC. Les autres moyens de preuve énoncés à l'art. 168 CPC ne sont admis, selon l'art. 254 al. 2 CPC, que dans la mesure où leur administration ne retarde pas sensiblement la procédure, si son but l'exige.
194. La procédure sommaire est soumise à la *maxime des débats* (art. 55 al. 1 CPC). Il revient donc aux parties d'alléguer les faits sur lesquels elles se fondent et de produire les preuves qui s'y rapportent.
195. Le Code prévoit que les débats peuvent être supprimés par le tribunal, qui statuera alors sur pièces. Les décisions sont communiquées aux parties par la remise du dispositif écrit, soit en audience, soit par la

¹⁷⁰ Message CPC, FF 2006 6957.

poste (art. 239 al. 1 CPC). Si la décision est communiquée en audience, le tribunal exposera oralement ses motifs de manière sommaire. La motivation écrite du jugement n'est pas obligatoire et il revient aux parties de la demander dans les dix jours qui suivent sa communication (art. 239 al. 2 CPC)¹⁷¹.

D. La procédure applicable en matière d'expulsion

196. Nous l'avons vu, le Code ne consacre *pas de disposition spécifique* à l'expulsion. Celle-ci suit donc divers régimes, suivant les moyens de preuve à disposition, le cadre dans lequel elle intervient et le cas échéant la valeur litigieuse.
197. Lorsque le *cas est clair* (art. 257 CPC), l'expulsion peut être demandée en procédure sommaire¹⁷².
198. Lorsque l'expulsion est demandée à titre reconventionnel à l'occasion d'une procédure en *annulation du congé*, elle est régie par la procédure simplifiée¹⁷³.
199. Si le cas n'est pas évident — le locataire invoque par exemple la compensation avec le montant ouvert du loyer et donc l'inefficacité du congé —, le bailleur doit agir selon les règles de la procédure ordinaire ou simplifiée suivant que la valeur litigieuse dépasse ou non CHF 30'000.-¹⁷⁴.

E. Les frais

200. La procédure au fond n'est *pas gratuite*, à moins que le droit cantonal le prévoie (art. 116 al. 1 CPC). Le tribunal doit informer la partie qui n'est pas assistée d'un avocat sur le montant probable des dépens et sur l'assistance judiciaire (art. 97 CPC). Il peut exiger du demandeur une avance à la hauteur de la totalité des frais judiciaires présumés (art. 98 CPC).
201. En principe, la partie succombant supporte les frais judiciaires (art. 106 al. 1 CPC). Une répartition en *équité*, selon la libre appréciation du tribunal, est possible (art. 107 CPC), entre autres lorsque le demandeur

¹⁷¹ Message CPC, FF 2006 6958.

¹⁷² Voir N 41.

¹⁷³ Voir N 140.

¹⁷⁴ Voir N 174.

obtient gain de cause sur le principe de ses conclusions mais non sur leur montant, celui-ci étant tributaire de l'appréciation du tribunal ou *difficile à chiffrer* (art. 107 lit. a CPC). Tel est par exemple le cas en matière de demande de baisse de loyer, lorsque le locataire ne dispose pas des documents lui permettant de vérifier les calculs de rendement proposés par le bailleur. Par ailleurs, si le *bailleur refuse de déposer les pièces utiles* à un calcul de rendement devant l'autorité de conciliation dans une procédure de contestation de hausse de loyer, et que celui-ci gagne ensuite en tout ou partie le procès en validation de la hausse de loyer, le juge pourrait retenir que les circonstances rendent la répartition en fonction du sort de la cause *inéquitable* (art. 107 lit. f CPC).

VII. Les voies de recours

A. L'appel

1. Les décisions attaquables

202. En matière de bail à loyer et à ferme, l'appel est ouvert contre les décisions incidentes et finales ou portant sur des mesures provisionnelles de première instance lorsque la valeur litigieuse au dernier état des conclusions est de *CHF 10'000.- au moins* (art. 308 CPC).
203. Par *décision finale*, on entend celle qui met un terme au procès (art. 236 al. 1 CPC). Est une *décision incidente* une décision qui, réformée, mettrait fin au procès et permettrait de réaliser une économie de temps ou de frais appréciable (art. 237 al. 1 CPC). Elle doit être attaquée immédiatement (art. 237 al. 2 CPC). On songe à une décision sur la compétence du tribunal saisi ou sur une autre condition de recevabilité.
204. Les autres décisions et ordonnances ne peuvent pas être attaquées par la voie de l'appel¹⁷⁵.

2. Les motifs

205. L'appel peut être formé pour violation du droit (fédéral, cantonal et étranger, privé et public)¹⁷⁶, y compris l'inopportunité¹⁷⁷, ou constatation

¹⁷⁵ Voir N 221.

inexacte des faits (art. 310 CPC). L'appelant n'a en revanche pas à démontrer un arbitraire dans la constatation des faits. Cela distingue l'appel du recours¹⁷⁸.

3. Les écritures

a. L'appel

206. L'appel est formé par mémoire motivé adressé à l'*autorité d'appel* dans les *30 jours* dès la notification de la décision motivée (art. 311 al. 1 CPC). Celle-ci est jointe au recours (art. 311 al. 2 CPC¹⁷⁹). Le délai est de dix jours lorsque l'appel porte sur une décision prise en procédure sommaire (mesures provisionnelles, cas clair, mainlevée ; art. 313 al. 1 CPC).
207. L'appel doit être *motivé*, même simplement, et ce à notre avis que l'appel porte sur une affaire jugée en procédure ordinaire ou simplifiée¹⁸⁰. Cela signifie que l'instance d'appel peut déclarer irrecevable un appel qui se contente de demander un nouveau jugement sur l'affaire¹⁸¹. Le recourant doit indiquer en quoi pèche le raisonnement du premier juge. En revanche, la cour d'appel devrait *examiner librement le jugement* sans être liée par les griefs invoqués¹⁸², pas plus que ne l'est le Tribunal fédéral saisi d'un recours en matière civile (art. 106 al. 1 LTF). Elle peut substituer son appréciation à celle du premier juge et par exemple accorder une plus longue ou une plus brève prolongation du bail, revoir la fixation du loyer initial, etc.

¹⁷⁶ Message CPC, FF 2006 6979 ; BSK ZPO-SPÜHLER, art. 310 CPC N 1-3.

¹⁷⁷ GASSER/RICKLI (n. 48), art. 310 CPC N 3.

¹⁷⁸ Voir N 225.

¹⁷⁹ Il s'agit d'une règle d'ordre selon BSK ZPO-SPÜHLER, art. 311 CPC N 6.

¹⁸⁰ Le Message CPC, FF 2006 6979, distingue de manière surprenante les exigences de motivation selon que l'appel est formé contre une décision rendue dans une affaire jugée en procédure ordinaire ou simplifiée. Critiqué également : FRANÇOIS CHAIX, Introduction au recours de la nouvelle procédure civile fédérale, SJ 2009 II 257, 263 s.

¹⁸¹ Comp. BALTZER-BADER CHRISTINE, Die Rechtsmittel, in : Die Künftige schweizerische Zivilprozessordnung, Zurich 2003, p. 94 ; GASSER/RICKLI (n. 48), art. 311 CPC N 5.

¹⁸² Message CPC, FF 2006 6979.

b. La réponse et l'appel joint

208. La *réponse* et l'appel joint interviennent dans les 30 jours dès la notification de l'appel (art. 312 CPC). Le délai est de dix jours lorsque l'appel porte sur une décision prise en procédure sommaire. Dans ce cas, l'appel joint est exclu (art. 314 al. 2 CPC).
209. L'*appel joint*, comme son nom l'indique, dépend de l'appel. Dès lors, celui-là devient caduc lorsque l'appel est déclaré irrecevable, rejeté comme manifestement infondé ou retiré avant le début des délibérations (art. 313 al. 2 CPC).
210. L'instance précédente n'est pas invitée à se prononcer sur l'appel (comp. art. 324 CPC pour le recours).

c. Le second échange d'écritures

211. L'instance d'appel peut ordonner un second échange d'écritures (art. 316 al. 2 CPC), sur requête d'une ou des deux parties, ou d'office. Une partie est par ailleurs toujours en *droit de répliquer* à toute prise de position dans le dossier¹⁸³, même au-delà du second échange, en vertu des art. 6 ch. 1 CEDH et 29 al. 2 Cst.

4. Les effets de l'appel

212. L'appel *suspend l'entrée en force* et le caractère exécutoire de la décision dans la mesure des conclusions prises en appel (art. 315 al. 1 CPC). Mais l'instance d'appel peut autoriser l'exécution anticipée et ordonner au besoin des mesures conservatoires ou la fourniture de sûretés (art. 315 al. 2 CPC). Cela est cependant exclu (art. 315 al. 3 CPC) en cas de jugement formateur (art. 87 CPC), telle la validation d'une hausse ou d'une baisse de loyer, l'annulation d'un congé ou la prolongation du bail. En revanche, un jugement rejetant le prononcé formateur requis ou constatant par exemple la nullité ou la validité d'un congé n'est pas formateur.

¹⁸³ ATF 132 I 42 ; 133 I 98, cons. 2.2 ; voir également TF du 11.02.2008, 2C_688/2007, RSPC 2008 242 ; TF du 20.08.2008, 4A_144/2008, RSPC 2009 56 ; TF du 01.09.2008, 2C_160/2008, RSPC 2009 129 ; TF du 01.05.2009, 4A_42/2009, RSPC 2009 400 ; TF du 04.08.2009, 5A_370/2009, RSPC 2010 10.

213. L'effet suspensif n'est pas donné lorsque la décision porte sur des *mesures provisionnelles* (art. 315 al. 4 CPC), sauf décision contraire dans des cas exceptionnels, si la partie concernée risque de subir un préjudice difficilement réparable (art. 315 al. 5 CPC). Selon les principes généraux, le juge doit procéder à une pesée des intérêts en présence et en particulier se demander si sa décision est de nature à provoquer une situation irréversible ; les chances de succès du recours doivent être prises en compte, l'effet suspensif devant être refusé à l'appel fait à titre dilatoire¹⁸⁴.

5. Le déroulement du procès en appel

214. Des *débats* peuvent intervenir en appel (art. 316 al. 1 CPC), que le tribunal souhaite entendre *plaider* les parties (le cas échéant sur tel ou tel point) ou lorsque par exemple des *preuves* méritent d'être administrées à ce stade (art. 316 al. 3 CPC). L'instance d'appel pourrait décider d'entendre des témoins refusés par le tribunal de première instance, procéder à une vision locale pour comprendre la situation à laquelle elle fait face ou ordonner un complément d'expertise.
215. Quant aux *faits et moyens de preuve nouveaux*, on retrouve au stade de l'appel le même mécanisme que devant la première instance : ils ne sont pris en compte que s'ils sont invoqués ou produits sans retard alors qu'ils ne pouvaient être invoqués ou produits devant la première instance bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise (art. 317 al. 1 CPC). Les faits peuvent être complétés dans l'appel et la réponse à l'appel lorsque la maxime inquisitoire s'applique¹⁸⁵ : en effet, ils pouvaient être invoqués librement jusqu'au stade des délibérations (art. 229 al. 3 CPC), et on doit dès lors admettre qu'ils le soient immédiatement en appel.
216. Les *conclusions* ne peuvent être modifiées que si la modification repose sur des faits ou des moyens de preuve nouveaux et que la prétention nouvelle ou modifiée relève de la même procédure et qu'elle présente un lien de connexité avec la dernière prétention ou, à défaut, en cas de consentement de la partie adverse (art. 317 al. 2 CPC).

¹⁸⁴ TF du 25.03.2010, 4D_30/2010, cons. 2.3 (en matière de recours contre une ordonnance d'expulsion), et les réf. ; CORBOZ BERNARD, Commentaire de la LTF, Berne 2009, art. 103 LTF N 28 s. ; BSK BGG-MEYER, art. 103 LTF N 33 ss.

¹⁸⁵ GASSER/RICKLI (n. 48), art. 317 CPC N 4. Voir également BSK ZPO-SPÜHLER, art. 318 CPC N 13.

6. La décision sur appel

217. L'instance d'appel peut soit *confirmer la décision* attaquée (c'est le cas lorsqu'elle rejette le recours) ou *statuer à nouveau* (elle se prononce alors aussi sur les frais de première instance, art. 318 al. 3 CPC). C'est logique pour une voie de recours ordinaire, dévolutive (art. 318 al. 1 CPC) et suspensive (art. 315 CPC).
218. Elle *renvoie la cause* à la première instance lorsqu'un élément essentiel de la demande n'a pas été jugé ou lorsque l'état de fait doit être complété sur des points essentiels (art. 318 al. 1 lit. c CPC).
219. La décision est *motivée* (art. 318 al. 2 CPC).

B. Le recours

1. Les décisions attaquables

220. En matière de bail à loyer et à ferme, le recours est ouvert contre les décisions incidentes et finales ou portant sur des mesures provisionnelles de première instance lorsque la valeur litigieuse au dernier état des conclusions est inférieure à *CHF 10'000.-* (art. 319 lit. a et 308 CPC).
221. Il est également ouvert contre les *autres décisions* et ordonnances de première instance lorsque la loi le prévoit¹⁸⁶ ou, à défaut, lorsque celles-ci sont susceptibles de causer un dommage difficilement réparable (art. 319 lit. b CPC)¹⁸⁷.
222. Enfin, le *retard à statuer* peut faire l'objet d'un recours (art. 319 lit. c CPC).

2. Les motifs

223. Le recours peut être formé pour violation du droit ou constatation manifestement inexacte des faits (art. 320 CPC).

¹⁸⁶ Par exemple art. 50 al. 2 CPC (récusation), 75 al. 2 CPC (intervention accessoire), 82 al. 4 CPC (appel en cause), 103 CPC (avance de frais et sûretés), 110 CPC (décisions sur frais).

¹⁸⁷ Sur cette notion, voir BOHNET (n. 49), p. 208 s.

224. L'autorité de recours examine librement si l'autorité de jugement a *violé le droit* (fédéral, cantonal et étranger¹⁸⁸, privé et public)¹⁸⁹, comme en procédure d'appel¹⁹⁰. L'interprétation du premier juge n'a pas à être favorisée. Comme en appel, l'autorité de recours peut substituer son appréciation à celle du premier juge et par exemple accorder une plus longue ou une plus brève prolongation du bail, revoir la fixation du loyer initial, etc. De plus, elle peut retenir une argumentation juridique différente de celle invoquée par le recourant. Comme le droit comprend le droit de procédure et les droits constitutionnels¹⁹¹, l'autorité de recours pourrait en théorie retenir une violation du droit d'être entendu ou du procès équitable qui n'aurait pas été invoquée par le recourant.
225. La constatation manifestement inexacte des faits vise l'*arbitraire*¹⁹². Il convient de se référer à la jurisprudence tirée de l'art. 9 Cst. : « l'arbitraire ne résulte pas du seul fait qu'une autre solution pourrait entrer en considération ou même qu'elle serait préférable ; le Tribunal fédéral n'annulera la décision attaquée que lorsque celle-ci est manifestement insoutenable, qu'elle se trouve en contradiction claire avec la situation de fait, qu'elle viole gravement une norme ou un principe juridique indiscuté, ou encore lorsqu'elle heurte de manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité ; pour qu'une décision soit annulée pour cause d'arbitraire, il ne suffit pas que la motivation formulée soit insoutenable, il faut encore que la décision apparaisse arbitraire dans son résultat »¹⁹³. En matière de preuve, il n'y a arbitraire que si l'autorité de jugement a omis, sans aucune raison sérieuse, de prendre en compte un élément de preuve propre à modifier la décision attaquée, si elle s'est manifestement trompé sur son sens et sa portée ou encore si, en se fondant sur les éléments recueillis, elle en a tiré des constatations insoutenables¹⁹⁴.

¹⁸⁸ Pour des détails, voir CHAIX (n. 180), p. 270.

¹⁸⁹ Message CPC, FF 2006 6984 ; CHAIX (n. 180), p. 269 s.

¹⁹⁰ CHAIX (n. 180), p. 264 s. ; GASSER/RICKLI (n. 48), art. 320 CPC N 1 ; BSK ZPO-SPÜHLER, art. 320 CPC N 1.

¹⁹¹ Message CPC, FF 2006 6984 et 6979.

¹⁹² Message CPC, FF 2006 6984 ; CHAIX (n. 180), p. 266 s. ; BSK ZPO-SPÜHLER, art. 320 CPC N 2.

¹⁹³ ATF 129 I 8, cons. 2.1, et les réf.

¹⁹⁴ ATF 129 I 8, cons. 2.1.

3. Les écritures

a. Le recours

226. Le recours est formé par mémoire motivé adressé à l'autorité de recours dans les *30 jours* dès la notification de la décision motivée (art. 321 al. 1 CPC). Celle-ci est jointe au recours, lorsqu'elle est en mains du recourant (art. 321 al. 3 CPC). Le délai est de *dix jours* lorsque le recours porte sur une décision prise en procédure sommaire (mesures provisionnelles, cas clair, mainlevée ; art. 321 al. 2 CPC) ou sur une ordonnance d'instruction, sauf mention particulière dans la loi. Le recours contre un retard à statuer peut être formé en tout temps (art. 321 al. 4 CPC).
227. Comme l'appel, le recours doit être *motivé* (art. 321 al. 1 CPC)¹⁹⁵. Le recourant doit indiquer en quoi pèche le raisonnement du premier juge. L'absence complète de motivation, tout comme une simple protestation, entraîne l'irrecevabilité du recours¹⁹⁶. En revanche, si le recours est suffisamment motivé, l'autorité de recours peut annuler la décision attaquée au terme d'une autre analyse juridique.

b. La réponse

228. La *réponse* intervient dans les 30 jours dès la notification du recours. Le délai est de dix jours lorsque le recours porte sur une décision prise en procédure sommaire ou une ordonnance d'instruction (art. 322 al. 2 CPC).
229. Le *recours joint* est exclu (art. 323 CPC).
230. L'*autorité de jugement* peut être invitée à se prononcer sur le recours (art. 324 CPC). Cela s'explique par le caractère non dévolutif du recours : l'autorité supérieure « juge le jugement ». Le recourant et l'intimé doivent pouvoir répliquer¹⁹⁷.

¹⁹⁵ GASSER/RICKLI (n. 48), art. 321 CPC N 4.

¹⁹⁶ Pour des développements, voir CHAIX, (n. 180), p. 264 s. ; BALTZER-BADER (n. 181), p. 102.

¹⁹⁷ Voir N 211. HOFMANN/LÜSCHER (n. 45), p. 201, n'excluent pas un second tour de parole.

4. Les effets du recours

231. Le recours est en principe *privé d'effet suspensif* (art. 325 al. 1 CPC). L'instance de recours peut cependant l'accorder et ordonner au besoin des mesures conservatoires ou la fourniture de sûretés (art. 325 al. 2 CPC). Selon les principes généraux, le juge doit procéder à une pesée des intérêts en présence et en particulier se demander si sa décision est de nature à provoquer une situation irréversible ; les chances de succès du recours doivent être prises en compte, l'effet suspensif devant être refusé au recours interjeté à titre dilatoire¹⁹⁸.

5. Le déroulement du procès sur recours

232. L'instance de recours statue en principe sur pièces (art. 327 al. 2 CPC), après avoir demandé le dossier à l'instance précédente (art. 327 al. 1 CPC). Des débats ne sont cependant pas exclus (art. 327 al. 2 CPC *a contrario*)¹⁹⁹, lorsque le tribunal souhaite entendre *plaider* les parties (le cas échéant sur tel ou tel point) ou lorsque par exemple des *preuves* méritent d'être administrées à ce stade.
233. A moins de disposition légale contraire (par exemple en matière de prononcé de faillite, art. 174 al. 1 LP), les *conclusions*, les *allégations* et les *preuves nouvelles* sont irrecevables (art. 326 CPC), y compris lorsque la maxime inquisitoire s'applique²⁰⁰.

6. La décision sur recours

234. L'autorité de recours soit rejette le recours, soit annule la décision et renvoie la cause à l'autorité de jugement (art. 327 al. 3 lit. a CPC). Elle est également en droit de statuer au fond si la cause est en état d'être jugée (art. 327 al. 3 lit. b CPC). Cette possibilité n'existe donc que pour les décisions finales ou susceptibles de l'être. Les ordonnances d'instruction ne peuvent qu'être annulées en cas d'admission du

¹⁹⁸ TF du 25.03.2010, 4D_30/2010, cons. 2.3 (en matière de recours contre une ordonnance d'expulsion), et les réf. ; CORBOZ BERNARD, Commentaire de la LTF, Berne 2009, art. 103 LTF N 28 s. ; BSK BGG-MEYER, art. 103 LTF N 33 ss.

¹⁹⁹ HOFMANN/LÜSCHER (n. 45), p. 201.

²⁰⁰ GASSER/RICKLI (n. 48), art. 326 CPC N 2 ; BSK ZPO-SPÜHLER, art. 327 CPC N 2.

recours²⁰¹. En cas de retard à statuer, l'autorité de recours peut impartir à l'instance précédente un délai pour traiter la cause (art. 327 al. 4 CPC).

235. La décision est *motivée* (art. 327 al. 5 CPC).

VIII. Les dispositions transitoires²⁰²

236. Les *procédures en cours* à l'entrée en vigueur du CPC le 1^{er} janvier 2011 sont régies par l'ancien droit de procédure jusqu'à la clôture de l'instance (art. 404 al. 1 CPC). Une procédure pendante devant l'*autorité de conciliation* est une procédure en cours²⁰³. Les *mesures provisionnelles* requises sous l'ancien droit demeurent soumises à ce droit, y compris le délai pour les valider. En revanche, le procès en validation est soumis au nouveau droit s'il est introduit après le 31 décembre 2010²⁰⁴.

237. Les *recours* sont en revanche régis par le droit en vigueur au moment de la communication de la décision aux parties (art. 405 al. 1 CPC). Qu'en est-il de la remise en cause d'une décision *prima facie* de l'autorité de conciliation²⁰⁵ devant le tribunal ? Dans la mesure où il ne s'agit pas d'un recours à proprement parler, l'ancienne procédure devrait demeurer applicable.

IX. Conclusion

238. On pouvait penser, au premier abord, que l'entrée en vigueur du Code de procédure civile suisse le 1^{er} janvier 2011 n'apporterait pas de grandes nouveautés dans le domaine du droit du bail. Certes, le législateur fédéral avait partiellement unifié les règles de procédure dans ce domaine, en vue d'assurer une application uniforme du droit de fond — protégeant la partie faible au contrat. En réalité, les nouveautés sont nombreuses, que l'on pense par exemple à la limitation de la plupart des règles spéciales aux baux à loyer et à ferme d'habitations et de locaux commerciaux, au pouvoir de décision élargi à la protection

²⁰¹ HOFMANN/LÜSCHER (n. 45), p. 201.

²⁰² Pour des développements, voir TAPPY DENIS, Le droit transitoire applicable lors de l'introduction de la nouvelle procédure civile unifiée, JdT 2010 III 11.

²⁰³ Voir TAPPY (n. 202), p. 19 ss.

²⁰⁴ Voir TAPPY (n. 202), p. 21 ss.

²⁰⁵ Voir N 107 ss.

contre les loyers abusifs, à la nouvelle — et complexe — articulation entre la procédure de conciliation et la procédure judiciaire, aux normes (ou à l'absence de normes) en matière d'expulsion.

239. Dans un premier temps, il est à craindre que l'application des nouvelles règles soit un peu flottante. Dans un domaine aussi polarisé que le bail, qui demeure l'un des grands pourvoyeurs d'affaires au Tribunal fédéral, il y a fort à parier que notre cour suprême devra rapidement s'en mêler.