

# La résolution amiable des conflits locatifs (petit guide de la bonne transaction)

par

David Lachat\*

Avocat, Genève

I. Avant-propos.....	289
II. Sept bonnes raisons de rechercher une solution amiable.....	290
A. Généralités .....	290
B. Les raisons de transiger .....	291
III. Comment négocier ?.....	296
A. Analyser la situation .....	296
B. Sauvegarder ses droits.....	297
C. Garantir la confidentialité.....	298
D. Dialoguer.....	300
E. Viser une solution « gagnant-gagnant » .....	302
F. Conclure un accord écrit.....	303
IV. Les règles empiriques utiles à la transaction.....	303
A. Introduction.....	303
B. Négociation limitée à l'objet du litige.....	305
C. Négociation étendue à l'ensemble du contrat.....	311
D. Négociation étendue à d'autres parties .....	314

---

\* L'auteur remercie les Professeurs Blaise Carron et Valérie Défago Gaudin, ainsi que Mes Pierre Statsny et Maximilien Lücker. Ils ont aimablement relu ce texte et ont formulé d'utiles et pertinentes suggestions.

Un message particulier de gratitude à Me Pierre-André Morand : il a mis à notre disposition le manuscrit de son ouvrage sur la transaction, une œuvre limpide, qui comble un vide dans la littérature juridique.

V. Les auxiliaires de la négociation .....	317
A. Introduction.....	317
B. L'autorité de conciliation et le juge.....	319
C. Les arbitres .....	324
D. Le médiateur .....	325
E. La personne de confiance .....	326
VI. Le document transactionnel .....	327
A. La nature juridique de la transaction.....	327
B. Son contenu et les précautions à prendre .....	328
C. La remise en cause de la transaction .....	336
VII. L'exécution de la transaction.....	338
VIII. Conclusion.....	341
IX. Bibliographie.....	342

## I. Avant-propos

1. Voici une profession de foi, l'expression d'une conviction, issue de nombreuses années de pratique : les conflits locatifs ne justifient ni de longues procédures, ni des combats acharnés. *Le bailleur et le locataire en conflit ont toujours intérêt à rechercher une solution amiable et à conclure un accord.*
2. Pourquoi faut-il rechercher le compromis<sup>1</sup> ? Comment négocier un accord<sup>2</sup> ? Quelles sont les règles empiriques qui peuvent faciliter la transaction<sup>3</sup> ? Quelles tierces personnes peut-on faire intervenir pour faciliter la recherche d'une entente<sup>4</sup> ? Comment rédiger l'accord auquel on est parvenu<sup>5</sup> ? Enfin comment mettre en œuvre la transaction aboutie<sup>6</sup> ? Autant de questions auxquelles le présent exposé cherche à répondre.
3. Notre petit guide de la bonne transaction ne prétend pas à l'inédit ou à la nouveauté. On notera cependant que dans aucune de ses 18 précédentes éditions le Séminaire du droit du bail n'a abordé le sujet. Récemment cependant le règlement amiable des conflits a suscité un regain de publications<sup>7</sup>.
4. Pour nous il s'agit seulement de rappeler ici quelques vieilles « *recettes de cuisine* », connues de tout praticien du bail à loyer, et de les coucher sur le papier. Elles découlent à nos yeux du bon sens et du souci de limiter les conséquences d'une dispute entre les parties au contrat de bail.

---

<sup>1</sup> Ci-après N 5-16.

<sup>2</sup> Ci-après N 17-37.

<sup>3</sup> Ci-après N 38-53.

<sup>4</sup> Ci-après N 54-71.

<sup>5</sup> Ci-après N 72-79.

<sup>6</sup> Ci-après N 80-84.

<sup>7</sup> Cf. les ouvrages de Mirimanoff (édit.) et MORAND cités dans la bibliographie et parus en avril et juillet 2016.

## II. Sept bonnes raisons de rechercher une solution amiable

### A. Généralités

5. La transaction (*accord, compromis, arrangement, solution amiable ou consensuelle ; Vergleich*) peut se définir comme le contrat par lequel les parties terminent une contestation ou en préviennent une autre, moyennant un prix ou des concessions réciproques<sup>8</sup>. A l'évidence la transaction présuppose d'abord l'existence d'un conflit, d'un différend. Il n'y en a pas lorsque l'une des parties donne immédiatement suite à la demande de l'autre<sup>9</sup>.
6. Pour le Tribunal fédéral, la transaction est le contrat par lequel les parties mettent fin, par des concessions réciproques, à un litige ou à une incertitude dans laquelle elles se trouvent au sujet d'un rapport de droit<sup>10</sup>.
7. Pour résoudre un conflit, les alternatives à la transaction sont *l'acquiescement* ou *la procédure*, judiciaire ou arbitrale.
8. La solution consistant à se ranger « par gain de paix » à l'avis de l'autre partie, qu'en procédure on nomme *acquiescement* ou *désistement d'action*<sup>11</sup>, ne doit pas être exclue d'emblée. Si la demande est justifiée dans son principe et dans sa quotité, peut-être est-il préférable en termes de coûts, d'efforts et de temps, de « capituler » rapidement?
9. La procédure judiciaire ou arbitrale peut être intentée pour préserver ses droits et pour se mettre en bonne position de négociation<sup>12</sup>. En revanche elle ne doit jamais être une fin en soi. Les procès « pour le principe » sont souvent des chimères consommatrices de temps et d'argent, agrémentées

---

<sup>8</sup> L'art. 2044 du Code civil français définit la transaction comme « le contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître ».

<sup>9</sup> ATF 130 III 563, cons. 2.1, DB 17/2005 N 22 ; TF du 09.10.2012, 4A\_383/2012, cons. 4 ; TF du 06.03.2013, 4A\_671/2012, cons. 3.1, DB 25/2013 N 16 : arrêts relatifs à l'art. 271a al. 2 CO ; FAVRE-BULLE/BABEL, p. 1288 ad 0.2.

<sup>10</sup> ATF 130 III 49, cons. 1.2 ; voir aussi les jurisprudences citées ci-après à la note de bas de page 194 ; MORAND, p. 30 N 18 et autres réf. à sa note de bas de page 21. Sur la nature juridique de la transaction : ci-après N 72-73.

<sup>11</sup> Art. 65, 208 al. 2 et 241 CPC ; MORAND, p. 44-45 N 76-77 ; voir aussi ci-après la note de bas de page 228.

<sup>12</sup> Ci-après N 20-22.

de résultats incertains. Attention également aux procès que les associations de bailleurs ou de locataires conduisent dans l'espoir de faire évoluer en leur faveur la jurisprudence. Nombre d'entre eux se sont terminés par des « autogols » !

### ***B. Les raisons de transiger***

10. La première raison de favoriser les transactions réside dans le fait que le bail à loyer est un **contrat de durée**.

Les parties sont « *condamnées* » à entretenir des rapports contractuels sur le long terme. Si le conflit se termine par une décision judiciaire ou arbitrale, une des parties (voire les deux) risque d'en concevoir de l'amertume. Parfois le vainqueur, qui a bénéficié d'une situation de force, en pâtira ultérieurement lorsqu'à une autre occasion il se trouvera en position de faiblesse. La solution amiable permet au contraire de pacifier les rapports entre les parties : elle a été voulue par elles et n'a pas été imposée par un tiers, juge ou arbitre.

Ce premier motif de transiger est plus évident lorsque le bailleur et le locataire entretiennent des *rapports étroits*, par exemple lorsqu'ils habitent ou exercent leurs activités commerciales dans le même immeuble. En outre la pratique démontre que les « petits propriétaires », en nom, sont sensibles aux litiges avec leurs locataires et en conçoivent une certaine rancune. La négociation atténuée souvent leur douleur.

11. Les procédures, judiciaires ou arbitrales, sont **très onéreuses**.

Les plaideurs qui se lancent ou sont entraînés dans un procès doivent assumer les frais d'un *mandataire* (avocat<sup>13</sup>, gérant d'immeubles, association de défense des bailleurs ou des locataires, agent d'affaires). Ils doivent aussi payer dans nombre de cantons, des frais de *justice* une fois dépassé le stade de la conciliation.

En conciliation, la procédure est en effet gratuite<sup>14</sup>, sauf pour les plaideurs téméraires ou de mauvaise foi<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> Le tarif horaire des avocats oscille entre CHF 250.- et CHF 500.- environ.

<sup>14</sup> Art. 113 CPC. Cette norme n'interdit pas au juge du fond d'allouer des dépens pour la procédure de conciliation : ATF 141 III 20, cons. 5, DB 27/2015 N 23 ; cet arrêt est

Ultérieurement, en première instance, dans la plupart des cantons, les plaideurs doivent s'acquitter pour les litiges de baux et loyers des frais de justice et payer des dépens à l'adversaire qui gagne le procès. Toutefois en Suisse romande, les cantons de Genève, Vaud, Fribourg et Neuchâtel<sup>16</sup> connaissent la gratuité, complète ou partielle selon les objets locatifs, des procédures de baux et loyers devant les tribunaux de première instance.

Si la procédure s'étend sur deux instances cantonales<sup>17</sup>, voire finit devant le Tribunal fédéral, la facture est « salée » pour le perdant. Selon la nature du litige, des frais d'expertise peuvent aussi gonfler l'addition.

Sauf dans de rares exceptions, le prix à payer n'est *pas proportionné* aux enjeux, vu la valeur litigieuse souvent faible des litiges locatifs<sup>18</sup>.

Une procédure engendre des *pertes de temps* : attente avant les audiences ; retards des mandataires dans leurs rendez-vous ; renvoi *in extremis* des auditions de témoins, etc. Ces gaspillages de temps ne justifient en pratique aucun dédommagement pour la partie gagnante, notamment au titre d'un prétendu tort moral.

L'argument du coût de la procédure disparaît, il est vrai, pour le plaideur au bénéfice de l'*assistance judiciaire*<sup>19</sup> ou d'une *assurance de protection juridique*. A noter cependant que les autorités compétentes<sup>20</sup> et les compagnies d'assurance de protection juridique rechignent d'ordinaire à assumer les coûts d'un procès lorsque les chances de succès ne sont pas évidentes.

---

commenté par LAURENT BIERI (voir bibliographie).

15

Art. 115 CPC.

16

Cette gratuité de la procédure, accordée en vertu de l'art. 116 al. 1 CPC, ne viole pas le droit fédéral (ATF 139 III 182, cons. 2, DB 25/2013 N 21). Quand la procédure est gratuite comme dans ces cantons, le locataire ne peut pas prétendre à des dommages-intérêts pour ses frais d'avocat et de justice (art. 259e CO ; ATF 139 III 190, cons. 4.3 et 4.4).

17

A Genève la procédure de seconde instance est gratuite et sans dépens.

18

Voir note de bas de page 42 ci-après.

19

L'assistance judiciaire n'est pas vraiment gratuite : elle est remboursable dès que son bénéficiaire est en mesure de le faire, si besoin par mensualités (art. 123 CPC) ; elle est révoquée en cas de gain du procès (art. 120 CPC ; ATF 142 III 131, cession à l'Etat des gains du procès).

20

Art. 117 lettre b CPC.

Certes, en cas de *transaction* les parties doivent assumer les frais de leur mandataire et du tiers qui intervient pour faciliter la transaction<sup>21</sup>, mais en règle générale les coûts pour les plaideurs sont nettement inférieurs. Encore faut-il se décider à conclure un accord avant que le procès éventuellement en cours n'ait engendré de lourdes dépenses.

12. Un procès s'étend nécessairement sur une **longue période**. Il implique pour les parties des *efforts importants* (recherche des preuves ; rédaction et corrections des écritures ; préparation des audiences ; contacts avec les mandataires, etc.) et passablement de tension nerveuse.

Devant la seule autorité de conciliation, la procédure peut durer six mois. Les dispositions<sup>22</sup> (d'ordre) selon lesquelles la première audience doit se tenir dans les deux mois après la réception de la requête par l'autorité de conciliation et la procédure ne doit pas durer plus de douze mois ne sont pas toujours respectées.

Un procès en première instance, même en procédure simplifiée<sup>23</sup>, peut quant à lui, durer facilement un an.

Une procédure de recours ou d'appel s'étend d'ordinaire sur un minimum de six mois supplémentaires, à l'instar d'une procédure au Tribunal fédéral.

Un des buts de la transaction est de réduire considérablement la durée du conflit et de *parvenir en quelques semaines à un compromis*. D'ailleurs moins un litige s'éternise, moins il laisse de traces dans l'esprit des antagonistes.

13. Un procès est **soumis à de nombreux aléas**, liés à l'administration des preuves<sup>24</sup>, au pouvoir d'appréciation des juges et à des considérations sociales et psychologiques<sup>25</sup>. Le mandataire honnête ne peut jamais garantir à son client avec certitude le résultat de la procédure.

---

21 Ci-après N 54-71.

22 Art. 203 al. 1 et al. 4 CPC.

23 Ce qui est la règle pour les litiges de baux à loyer : art. 243 al. 2 lettre c CPC.

24 Les témoignages et les expertises offrent souvent des surprises.

25 Ci-après N 18.

En revanche, avec la transaction le résultat est *connu d'avance* et apparaît certain dès la signature du compromis<sup>26</sup>. En la matière, le dicton « un tien vaut mieux que deux tu l'auras » conserve toute sa pertinence.

14. Le procès reste **limité à l'objet litigieux** (montant du loyer, fin du bail, travaux réclamés, indemnité sollicitée).

Le tribunal qui rend un jugement est lié par l'objet de la demande principale et de la demande reconventionnelle. Il ne peut sortir de ce cadre du débat que lorsqu'une règle de droit de fond le permet<sup>27</sup>.

La négociation permet, elle, d'*élargir la discussion* à des aspects de la relation contractuelle non évoqués dans la demande principale et reconventionnelle. L'art. 201 al. 1 deuxième phrase CPC le prévoit expressément : « une transaction peut porter sur des questions litigieuses qui ne sont pas comprises dans l'objet du litige dans la mesure où cela contribue à sa résolution »<sup>28</sup>. Ainsi lorsque le litige porte sur le montant du loyer, les parties peuvent convenir d'une prolongation de la durée du bail ou de l'exécution de travaux<sup>29</sup>.

15. En règle générale, le procès n'implique **que deux parties**<sup>30</sup>, en l'occurrence le bailleur et le locataire.

Certes l'appel en cause d'une tierce partie<sup>31</sup> et l'intervention d'un tiers<sup>32</sup> dans un procès sont possibles, mais ils génèrent des frais et d'importantes complications procédurales. Il en va de même de la dénonciation d'instance<sup>33</sup> ou de la substitution de partie<sup>34</sup>.

---

<sup>26</sup> Sous réserve de sa remise en cause, voie étroite et difficile : ci-après N 78-79.

<sup>27</sup> Exemple : le juge qui statue sur une demande d'annulation du congé et la rejette doit examiner d'office si une prolongation de bail doit être accordée (art. 273 al. 5 CO).

<sup>28</sup> TF du 27.09.2013, 4A\_295/2013, cons. 2.2 ; CPra Bail-BOHNET/SANDOZ, art. 274e CO N 4. La règle vaut également pour la transaction devant le juge (art. 241 CPC). Sur la nouveauté que représente l'art. 201 CPC : MORAND, p. 153-154 N 489-491.

<sup>29</sup> Ci-après N 46-50.

<sup>30</sup> Ou deux groupes de parties, en cas de bail liant plusieurs bailleurs et/ou plusieurs locataires.

<sup>31</sup> Art. 81-82 CPC.

<sup>32</sup> Art. 73-77 CPC.

<sup>33</sup> Art. 78-80 CPC.

En toute hypothèse dans les cantons qui connaissent des juridictions spécialisées en matière des baux et loyers (Tribunal des baux et loyers), il n'est possible d'attirer devant elles que les tiers qui répondent envers l'une des parties au procès en vertu des règles du bail à loyer ou à ferme non agricole (par exemple le sous-locataire). Ainsi devant le Tribunal des baux, le bailleur ne peut pas attirer le voisin qui est responsable selon les règles du voisinage<sup>35</sup> des défauts de la chose louée dont se plaint le locataire. Ce même bailleur ne peut pas appeler en cause la collectivité publique à l'origine des nuisances justifiant la réduction du loyer<sup>36</sup> sollicitée par le locataire<sup>37</sup>.

En cas de négociation le bailleur et le locataire peuvent sans autre *inclure un tiers* dans le dialogue<sup>38</sup>, s'il y consent : sous-locataire, acquéreur pressenti de l'immeuble ou du fonds de commerce, voisin, collectivité publique, etc. S'il est conclu, l'accord englobera ce tiers dans la convention et le liera.

La négociation permet aussi de traiter plus facilement les *litiges collectifs* (augmentation de tous les loyers d'un immeuble ; congés collectifs), en faisant porter le débat non pas seulement sur un ou quelques cas isolés, mais sur l'ensemble des locataires concernés<sup>39</sup>.

16. Ajoutons que statistiquement les litiges locatifs sont **peu nombreux**.

En 2014, il y avait en Suisse environ 2'104'000 logements loués<sup>40</sup>. En 2015, environ 31'500<sup>41</sup> nouveaux cas litigieux ont été soumis aux autorités de conciliation. Ces cas concernaient donc à peine le 1,5% des logements

---

<sup>34</sup> Art. 83 CPC.

<sup>35</sup> Art. 679 et 684 CC.

<sup>36</sup> Art. 259d CO.

<sup>37</sup> Dans ce cas le bailleur doit agir devant une autre juridiction (commission cantonale ou fédérale d'expropriation) contre la collectivité publique en vertu des règles sur l'expropriation (des droits du voisinage).

<sup>38</sup> Ci-après N 51-52 ; MORAND, p. 154 N 493 (pour la transaction judiciaire).

<sup>39</sup> Ci-après N 53.

<sup>40</sup> Source : Office fédéral de la statistique (construction-logement ; statut d'occupation).

<sup>41</sup> Source : Office fédéral du logement. Au premier semestre de 2015, les autorités de conciliation ont été saisies de 13'939 nouvelles causes ; au second semestre de 2015, de 17'618 nouvelles causes.

loués. Comme tous les cas litigieux ne sont pas soumis aux autorités de conciliation, il est raisonnable de penser qu'au grand maximum chaque année 5% des logements loués font l'objet d'un litige locatif.

Au regard du nombre d'objets loués qu'il gère, le professionnel de l'immobilier qui mène correctement ses affaires n'est donc confronté qu'à un très petit nombre de cas litigieux. Leur impact sur les états locatifs est modeste, compte tenu des valeurs litigieuses d'ordinaire relativement faibles<sup>42</sup>. Il ne vaut dès lors souvent pas la peine d'y consacrer beaucoup de temps, d'énergie et d'argent.

### III. Comment négocier ?

#### A. Analyser la situation

17. Toute négociation<sup>43</sup> implique que les parties procèdent, chacune de leur côté, à une analyse de la situation, la plus objective possible.

Il s'agit d'abord d'apprécier la *solidité de la thèse juridique soutenue*. En règle générale le profane consultera pour ce faire un juriste, si possible un spécialiste du droit du bail.

18. La partie confrontée à un litige doit aussi supputer les forces et les faiblesses de son dossier en termes *d'enjeux financiers, d'image et d'appréciation sociale, éthique et politique*.

Même si l'on a raison, il ne vaut pas la peine de se battre pour quelques centaines de francs.

Une thèse juridiquement solide a de grandes chances de s'imposer si la partie qui la défend a bonne réputation, apparaît crédible, sympathique et digne de soutien. A l'inverse, même bardé d'arguments juridiques pertinents, le plaideur réputé querulent, arrogant ou avide de profit, qui

---

<sup>42</sup> Typiquement les litiges relatifs aux frais accessoires, aux indemnités pour des réparations à la chose louée ou aux modifications de loyer (pour ces dernières la règle de l'art. 92 al. 2 CPC, selon laquelle la valeur litigieuse correspond au montant du loyer annuel multiplié par vingt, est en bonne partie une fiction).

<sup>43</sup> Sur l'art de la négociation : NICOLAS IYNEDJIAN, *Négociation, les trois tensions*, in Mirimanoff (édit.), p. 7 ss. Sur la distinction entre négociation, médiation et conciliation : MIRIMANOFF 2009, p. 161 ss.

donne l'impression d'abuser d'une position de force, aura de la peine à se faire entendre.

A titre d'exemple, nous citerons l'expulsion. Même si celle-ci est juridiquement justifiée, parce que le locataire n'a pas payé son arriéré de loyer dans le délai comminatoire, tout bailleur sait qu'il ne parviendra que difficilement à obtenir le départ du locataire âgé ou malade, de la famille nombreuse, surtout si finalement le loyer en souffrance a été rattrapé. A trop insister, ce bailleur écornera son image et altérera sa réputation.

19. En d'autres termes, pour supputer le résultat possible d'un procès, il ne faut pas se fier uniquement aux arguments juridiques. D'autres facteurs économiques, humains et plus subjectifs jouent, selon nous, un rôle important. Cela est particulièrement vrai dans le domaine des résiliations de bail où le juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation.

### ***B. Sauvegarder ses droits***

20. Une procédure judiciaire peut et doit être considérée comme un bon moyen de préserver ses droits ou de renforcer sa position pour la négociation.

Ainsi est-il opportun, et d'ordinaire bien compris que le locataire saisisse l'autorité de conciliation à la réception de la résiliation de son bail, d'une majoration de son loyer ou d'une autre prétention du bailleur, vu les délais de péremption existant en la matière<sup>44</sup>.

De même, le bailleur avisé protégera ses droits en saisissant l'autorité compétente<sup>45</sup> d'une demande d'expulsion, lorsque de son inaction on pourrait déduire la conclusion d'un nouveau bail tacite<sup>46</sup>.

21. Un autre motif peut inciter le locataire à saisir l'autorité de conciliation et à préserver ainsi ses droits : la loi traite différemment le locataire qui saisit l'autorité de conciliation et celui qui cherche d'abord à négocier. Dans la

---

<sup>44</sup> Art. 270 al. 1, 270a al. 2, 270b al. 1 et 273 CO.

<sup>45</sup> En procédure sommaire pour « cas clair » (art. 257 CPC) ou en procédure ordinaire ou simplifiée, selon les circonstances.

<sup>46</sup> A n'admettre qu'avec beaucoup de prudence. Sur le sujet, récemment : TF du 21.01.2016, 4A\_701/2015, cons. 2.2.2 ; TF du 09.06.2015, 4A\_75/2015, cons. 4 ; TF du 01.04.2015, 4A\_691/2014, cons. 5 et réf. cit.

première hypothèse, le locataire est en principe<sup>47</sup> protégé contre la résiliation qui serait notifiée pendant la procédure. Dans la seconde, le locataire devra démontrer que cette résiliation est abusive : la loi ne protège pas directement contre le congé le locataire qui tente de négocier un accord<sup>48</sup>.

22. Par courtoisie, la partie qui entame une démarche judiciaire précisera à l'autre qu'il ne s'agit que de préserver ses droits. Elle lui fera savoir que la voie du dialogue demeure ouverte.

### ***C. Garantir la confidentialité***

23. Il est essentiel que les parties à la négociation puissent se parler librement, franchement, sans arrière-pensée, ni craintes.

En conséquence il est communément admis que les propos tenus par l'une des parties à l'occasion des pourparlers ne pourront *pas lui être opposés* ultérieurement par l'autre, en cas d'échec des négociations.

Il en va de même des correspondances échangées dans un contexte transactionnel.

Si à l'issue des pourparlers un accord est trouvé, il perd son caractère confidentiel<sup>49</sup>.

24. La règle de la confidentialité se retrouve en toutes lettres dans le CPC<sup>50</sup> pour la phase de *conciliation* : « les dépositions des parties ne doivent ni figurer au procès-verbal de conciliation, ni être prises en compte pour la

---

<sup>47</sup> Principe : art. 271a lettre d CO (annulabilité du congé donné pendant une procédure de conciliation). Exceptions : art. 271a al. 3 CO (congés donnés pendant la procédure pour besoin urgent, demeure, violation grave du devoir de diligence, justes motifs, vente d'immeuble ou faillite), ou si le bailleur démontre que le locataire a procédé au mépris des règles de la bonne foi.

<sup>48</sup> S'il reçoit le congé à ce moment-là, le locataire devra démontrer qu'il est abusif au sens des art. 271 al. 1 ou 271a al. 1 lettres a et b CO. Il doit prouver que le congé vise à faire pression sur lui pendant la négociation.

<sup>49</sup> Toutefois les correspondances qui ont précédé l'accord demeurent confidentielles : BOHNET/MARTENET, p. 511 N 1193 et réf. cit.

<sup>50</sup> Art. 205 al. 1 CPC. Sur la confidentialité durant la phase de conciliation : VIGNERON-MAGGIO-APRILE, in Mirimanoff (édit.), p. 71.

suite, durant la procédure au fond ». Cette norme vaut aussi pour les offres transactionnelles faites ultérieurement, au cours du procès devant le juge.

25. Les us et coutumes des avocats leur interdisent de se prévaloir devant les tribunaux des discussions menées et des correspondances envoyées « *sous les réserves d'usage* » (*ohne Präjudiz*), c'est-à-dire à des fins transactionnelles.

Ainsi, par exemple<sup>51</sup>, l'art. 21 des us et coutumes de l'Ordre des avocats de Genève prévoit ce qui suit :

a) « Tous courriers ou discussions se référant à des propositions transactionnelles sont confidentiels, sauf s'ils ont abouti à un accord complet ou que l'auteur de l'offre s'est expressément réservé de s'en prévaloir ; cette confidentialité s'impose tant à l'expéditeur qu'au destinataire.

b) L'avocat n'a pas le droit, sans le consentement écrit de son confrère, de produire en justice ou d'évoquer avec des tiers tout ou partie d'échanges confidentiels sauf si ces derniers ont abouti à un accord complet ».

Il est interdit de produire, voire même d'évoquer en justice les correspondances échangées entre avocats en vue d'un accord<sup>52</sup>, même si elles ne comportent pas la mention « sous les réserves d'usage »<sup>53</sup>.

La confidentialité recouvre non seulement le contenu des pourparlers, mais également leur existence.

Les pourparlers entre un avocat et un tiers non inscrit au registre des avocats ou entre de tels tiers ne font pas l'objet d'un devoir systématique de confidentialité ; cette dernière doit en règle générale être convenue<sup>54</sup>.

---

<sup>51</sup> TF du 03.05.2005, 2A. 658/2004, cons. 3 et son commentaire de BOHNET, Les grands arrêts, p. 132 ss ; voir également l'art. 13 de la loi genevoise sur la profession d'avocat du 26 avril 2002 (E 6 10) et l'art. 6 du Code de déontologie de la Fédération suisse des avocats.

<sup>52</sup> ATF 140 III 6, cons. 3 : le juge peut écarter les lettres sous les réserves d'usage, en tant que moyens de preuve illicites (art. 152 al. 2 CPC).

<sup>53</sup> BOHNET/MARTENET, p. 511 N 1190 ; TF du 03.05.2005, 2A.658/2004 cons. 3.4.

<sup>54</sup> CHAPPUIS, tome I, p. 70 ; BOHNET/MARTENET, p. 512 N 1196 ; TF du 17.06.2011, 2C\_900/2010, cons. 1.4.

Nous considérons, pour notre part, que la règle de confidentialité des pourparlers transactionnels s'applique à toute négociation, quel que soit le cadre où elle se déroule (judiciaire ou extra-judiciaire), que les parties soient représentées, ou non, par un mandataire, et quel que soit ce dernier (avocat, gérant d'immeubles, mandataire professionnellement qualifié ou agent d'affaires)<sup>55</sup>. A nos yeux, un écrit ne peut pas être évoqué et invoqué en justice s'il résulte de son texte<sup>56</sup> et/ou de son contexte qu'il s'inscrit dans une vaine tentative d'arrangement.

26. Par prudence, les parties se *rappelleront mutuellement* ces usages au début de la négociation, en précisant que leurs discussions seront couvertes par la confidentialité, sauf aboutissement des pourparlers.

Si elles tiennent des procès-verbaux ou échangent des courriers transactionnels, les parties y feront figurer cette règle de confidentialité (« sous les réserves d'usage » ; « sans que cette offre puisse m'être opposée, si elle est refusée »).

Parfois au contraire, les parties ont intérêt à préciser que telle ou telle correspondance n'est pas munie des réserves d'usage ; il en va ainsi de la lettre par laquelle l'avocat du bailleur adresse des propositions de relogement au locataire congédié. Cette correspondance indiquera que le bailleur se réserve de la produire en justice.

#### ***D. Dialoguer***

27. La meilleure manière d'amorcer une négociation est de rencontrer sa partie adverse, si possible *personnellement*, et de lui parler.

Il s'agit en réalité de parler à la personne au courant du problème et qui dispose de la capacité de négocier et de conclure un accord. Le gérant d'immeubles a d'ordinaire de tels pouvoirs<sup>57</sup>. Rien ne sert de parler soit à l'administrateur de la société immobilière, soit à un employé subalterne de

---

<sup>55</sup> Une règle de confidentialité aussi large met les parties en confiance et favorise les transactions.

<sup>56</sup> Par exemple, il suffit que le texte d'une lettre dise : « je suis d'accord de m'arranger sur les bases suivantes... » pour que son destinataire ne puisse pas s'en prévaloir ultérieurement, si l'offre a été refusée ou n'a été acceptée que partiellement.

<sup>57</sup> TF du 25.06.2013, 4C\_1/2013, cons. 4.3.

la gérance, par exemple de son service du contentieux. En principe, ils ne sont pas au courant du litige, pour le premier, ou ils n'ont pas les pouvoirs de transiger, pour les seconds. Quand le locataire est confronté à un « petit propriétaire », il vaut souvent la peine de lui parler personnellement.

Le bon mandataire<sup>58</sup> ne doit jamais faire obstacle à une rencontre directe entre les parties au conflit. Ce n'est pas son rôle d'empêcher son client de transiger. Il doit seulement le rendre attentif aux points positifs et négatifs de la transaction et l'aider à la mettre en forme, dans le respect des règles impératives du droit du bail à loyer ou à ferme.

28. Le dialogue direct permet souvent de briser les préjugés et les opinions préconçues que les parties cultivent l'une envers l'autre. Une tasse de café, un mot gentil, ou une concession faite d'emblée facilite l'amorce du dialogue. La partie désireuse de trouver un accord ne doit pas hésiter à « se jeter à l'eau », c'est-à-dire à formuler la première offre d'arrangement<sup>59</sup>, quitte à garder une marge de négociation, par souci tactique ou pour ménager la susceptibilité de l'interlocuteur. Nombre de pourparlers ont échoué parce que chacune des parties attendait en vain que l'autre fasse une offre.

Lorsque l'état des locaux et des réparations sont en jeu, il est souvent utile que les parties se rencontrent et dialoguent *sur place*. Une visite des lieux complète toujours utilement la production de photographies et de devis.

29. Le dialogue doit respecter un certain *rythme*. Si l'accord est proche, il convient d'accélérer le processus, de « battre le fer tant qu'il est chaud », de provoquer si nécessaire une nouvelle réunion. A l'inverse, une pause dans la négociation est parfois bénéfique ; elle permet à chaque interlocuteur de se calmer et de réfléchir.
30. Des négociations menées par la voie épistolaire peuvent parfois être contreproductives, des *écrits* maladroits laissant en règle générale plus de traces que des paroles inopportunes. En face de son interlocuteur, il est immédiatement possible de corriger ou de moduler ses précédents propos,

---

<sup>58</sup> Sur le bon mandataire, voir aussi ci-après N 54.

<sup>59</sup> Nous ne partageons pas une idée généralement admise : la partie qui, la première, formule une offre transactionnelle se mettrait en position de faiblesse.

s'ils ont été mal perçus ou mal compris. Il ne faut pas oublier que la négociation est avant tout une affaire de psychologie et de diplomatie.

Quand la négociation est menée de vive voix, les parties peuvent coucher sur le papier les progrès effectués, dans un bref procès-verbal. Il servira de point de départ pour une prochaine séance de négociation.

31. Quand le dialogue direct est difficile, les *mandataires* peuvent prendre le relais et poursuivre la négociation hors la présence de leurs clients. D'ordinaire en effet, les discussions entre professionnels sont plus objectives et moins passionnées. Enfin, dans certaines circonstances, l'intervention d'un tiers, facilitateur de la négociation, peut s'avérer décisive<sup>60</sup>.

#### *E. Viser une solution « gagnant-gagnant »<sup>61</sup>*

32. Les conflits naissent souvent de malentendus, de crispations ou de contrariétés. D'ordinaire au début du litige les parties affirment des positions très tranchées. Il leur est ensuite difficile de se déjuger, de reculer.

Des formules consacrées permettent parfois de justifier un certain revirement : « par gain de paix » ; « pour ne pas compromettre la suite de la négociation » ; « vu la faible importance des enjeux » ; « pour tenir compte des problèmes de mon locataire ».

33. Cependant, la meilleure solution consiste à offrir à son interlocuteur une « *porte de sortie* », c'est-à-dire certains avantages contre lesquels il peut être enclin à revoir sa position d'origine. Il s'agit de lui permettre de sauver la face.

Il faut dès lors tenter de trouver une solution « gagnant-gagnant », basée sur la satisfaction des intérêts (objectifs et/ou subjectifs) de chacune des parties.

---

<sup>60</sup> Ci-après N 54-71.

<sup>61</sup> « *Win-win* » ou « *no loss* », en anglais. On rappelle que la transaction implique des concessions réciproques (ci-dessus N 5 et 6).

34. Par exemple, on le verra ci-après<sup>62</sup>, le locataire acceptera plus facilement une majoration de son loyer si, en contrepartie, la durée de son bail est prolongée ou si des travaux sont exécutés aux frais du bailleur.
35. En d'autres mots, la transaction a de bonnes chances d'aboutir si chacune des parties veille à tenir compte de la susceptibilité de l'autre et ne cherche pas à l'humilier. Un bon compromis, dit-on, doit laisser les deux parties un peu insatisfaites, ou ne doit les satisfaire que partiellement. D'où le dicton « *mieux vaut un mauvais accord, qu'un bon procès* ».

### ***F. Conclure un accord écrit***

36. Une fois que la négociation a abouti, il faut la concrétiser rapidement par un accord écrit. Cette évidence sera développée plus loin<sup>63</sup>.
37. Une bonne solution, lorsque la négociation a été longue et difficile, consiste à coucher *immédiatement sur le papier* les termes de la transaction, de manière sommaire et manuscrite s'il le faut. Ce document figurera l'accord des parties. Ledit accord pourra ensuite faire l'objet d'une rédaction plus élaborée, si son contenu ou le contexte (judiciaire ou extra-judiciaire) le justifie.

## **IV. Les règles empiriques utiles à la transaction**

### ***A. Introduction***

38. Dans un séminaire consacré au droit du bail, nous ne prétendons pas que les règles juridiques codifiées dans le Code des obligations et dans l'OBLF, interprétées par la jurisprudence et la doctrine, ne doivent pas être appliquées. Nous prenons seulement la liberté de les « désacraliser » quelque peu. Leur utilité et leur portée doivent être relativisées, surtout quand les parties recherchent un accord.
39. Tout bon connaisseur du droit du bail sait que certaines des règles codifiées sont particulièrement complexes, surtout dans le domaine de la fixation du

---

<sup>62</sup> Ci-après N 47.

<sup>63</sup> Ci-après N 74-77.

loyer. En pratique, les parties au contrat n'y ont recours qu'en cas de procédure judiciaire ou arbitrale.

Par ailleurs le Code, même bardé de normes impératives, laisse une place suffisante à la liberté contractuelle<sup>64</sup> des parties. Elle leur permet, dans leur recherche d'un compromis, d'avoir recours à des *règles empiriques, issues de l'expérience et fondées sur l'équité et le bon sens*

40. Une fois leur accord esquissé, les parties n'en doivent pas moins le confronter au droit existant afin de s'assurer que dans leur volonté commune de mettre fin à leur différend elles *respectent les règles impératives* du Code des obligations, de l'OBLF, voire des contrats-cadre ayant acquis force obligatoire générale.

La juridiction chargée d'homologuer une transaction judiciaire<sup>65</sup> ne peut le faire que si elle respecte les règles impératives du droit du bail.

41. Nous abordons ci-après ces règles dites empiriques, utiles à la transaction, à l'occasion de trois sous-chapitres.

D'abord nous évoquerons quelques-unes de « ces recettes de cuisine » pouvant aider les parties à trouver une solution *sur le seul objet du litige*<sup>66</sup>, en nous focalisant sur le montant du loyer, la durée et la fin du bail et l'entretien de la chose louée. Il s'agit en pratique de la grande majorité des questions litigieuses<sup>67</sup>.

Dans un second temps<sup>68</sup>, nous exposerons qu'un des moyens de trouver un compromis consiste à sortir du strict cadre du litige et d'*élargir la négociation* à d'autres aspects du contrat de bail à loyer.

En troisième lieu, nous esquisserons la solution consistant à *inclure des tiers* dans le débat. Leur implication se justifie lorsqu'ils peuvent avoir une

---

<sup>64</sup> Art. 19 CO.

<sup>65</sup> La transaction est limitée aux droits à la libre disposition des parties ; ci-après N 78-79.

<sup>66</sup> Ci-après N 42-45.

<sup>67</sup> A Genève, en 2015 sur les 3286 nouvelles causes introduites auprès de l'autorité de conciliation, le 35,6% étaient des contestations de congé, le 41% des litiges sur le montant du loyer. Le solde comprenait un nombre important de conflits relatifs aux défauts de la chose louée (source : compte-rendu de l'activité du pouvoir judiciaire en 2015).

<sup>68</sup> Ci-après N 46-50.

responsabilité dans l'origine du litige ou s'ils sont susceptibles de contribuer à sa résolution<sup>69</sup>.

### ***B. Négociation limitée à l'objet du litige***

42. Lorsque les parties se disputent sur le **montant du loyer**, à l'occasion d'une contestation du loyer initial<sup>70</sup>, d'une majoration du loyer<sup>71</sup> ou d'une demande de baisse de loyer<sup>72</sup>, divers critères extra-légaux<sup>73</sup> peuvent faciliter la recherche d'un accord. Nous en citerons quelques-uns.
- *Le rapport qualité/prix.* Le locataire est d'ordinaire attentif à la qualité du logement ou du local commercial concerné, mise en rapport avec le montant du loyer litigieux. Sous la rubrique « qualité », il prête attention à la situation de l'objet<sup>74</sup>, à sa surface et à la disposition des pièces<sup>75</sup>, à la présence de diverses commodités<sup>76</sup>. En d'autres termes, bien qu'il ne s'agisse pas vraiment d'un critère légal de fixation du loyer<sup>77</sup>, le locataire est attentif et sensible à la qualité de l'objet locatif, et accepte en règle générale de payer un loyer en relation avec celle-ci.

---

<sup>69</sup> Ci-après N 51-53.

<sup>70</sup> Art. 270 CO.

<sup>71</sup> Art. 270b CO.

<sup>72</sup> Art. 270a CO.

<sup>73</sup> Les critères légaux des art. 269 et 269a CO ne s'appliquent qu'en cas de contestation judiciaire. Dans le cadre d'un accord, les parties ne sont pas tenues de les respecter. Toutefois, évidemment, la motivation de la prétention (art. 269d al. 1 CO) et les critères invoqués par le demandeur jouent un rôle y compris lors d'une discussion transactionnelle. Ils permettent au défendeur de supputer les chances de succès de son interlocuteur.

<sup>74</sup> L'environnement est-il agréable ou bruyant ? Y a-t-il des commerces à proximité ? L'objet loué est-il bien desservi par les transports publics ? Le logement est-il proche du lieu de travail du locataire ou de l'école des enfants ? Ces critères ont une influence sur les frais (de transport) qu'assume le locataire.

<sup>75</sup> Une grande surface n'est pas nécessairement un avantage, lorsque les locaux comportent des espaces inutilisables ou mal conçus.

<sup>76</sup> Pour les habitations : cuisine agencée ; machine à laver/sécher le linge dans le logement ; cave spacieuse ; grenier ; local à vélos ; ascenseur ; jardin ; place de parc pour la voiture ; etc.

<sup>77</sup> Seuls les loyers comparatifs de l'art. 269a lettre a CO se mesurent à l'aune de ces critères qualitatifs (emplacement, dimension, équipement, état et année de construction : art. 11 al. 1 OBLF).

- *L'état d'entretien des lieux*<sup>78</sup>. Le bailleur qui néglige l'entretien des locaux loués ou de l'immeuble en général doit s'attendre à ce que le locataire s'en plaigne, lorsqu'il s'agit de discuter le montant du loyer.
- *La sécurité du rapport juridique*. Les locataires ont intérêt à garantir la pérennité et la sécurité de leur bail. Les titulaires d'un local commercial sont, par exemple, prêts à monnayer au niveau du loyer une inscription de leur contrat au registre foncier<sup>79</sup>, pour se mettre à l'abri d'une résiliation anticipée du bail en cas de vente de l'immeuble<sup>80</sup>.
- *Les loyers pratiqués dans l'immeuble*. Les locataires aspirent à être traités de manière équitable par rapport aux autres habitants de l'immeuble. Même si les Suisses sont d'ordinaire discrets quant à leurs dépenses, ils échangent souvent avec leurs voisins des informations sur leur loyer. Lorsqu'à qualité égale, il leur est demandé un loyer plus élevé<sup>81</sup> que celui de leurs voisins, ils s'en plaignent.
- *L'existence d'aides étatiques au loyer*. Lorsque le locataire est de condition modeste, le bailleur a tout intérêt à lui signaler la possibilité d'obtenir des aides fédérales<sup>82</sup>, communales ou cantonales<sup>83</sup>, qui tiennent compte dans certaines limites du montant du loyer. Avant de les accorder, les autorités vérifient que le loyer réclamé n'est pas surfait. Il ne s'agit pas pour le bailleur de justifier exclusivement son loyer par l'existence de ces aides étatiques, mais seulement, lorsque sa prétention est fondée, de signaler au locataire qu'il peut en bénéficier.

---

<sup>78</sup> Légalement, une hausse des frais d'entretien ou des prestations supplémentaires du bailleur peut justifier une majoration du loyer (art. 269a lettre b CO) ou influencer le rendement de la chose louée (art. 269 CO).

<sup>79</sup> Art. 261b CO.

<sup>80</sup> Art. 261 al. 2 lettre a CO.

<sup>81</sup> Une prime à l'étage et à l'ancienneté sont admises dans une certaine mesure.

<sup>82</sup> Les aides complémentaires AVS/AI sont versées par les cantons aux rentiers dont les rentes et autres revenus ne couvrent pas les besoins vitaux. Elles prennent en compte le loyer et les frais accessoires annuels à concurrence de CHF 13'200.- pour une personne seule et de CHF 15'000.- pour une personne en couple ou avec un ou des enfants (mémento AVS/AI N0 5.01/f).

<sup>83</sup> Certains cantons connaissent des allocations de logement (aide à la personne ; cf. par exemple les art. 39A ss de la Loi genevoise générale sur le logement du 4 décembre 1977 ; I 4 05).

- *La situation financière du locataire.* Il est dangereux pour un locataire d'accepter un loyer qu'il ne parviendra que difficilement à payer<sup>84</sup>. De son côté, le bailleur n'a aucun intérêt à imposer à son locataire un montant de loyer qui le met en difficulté financière et qui risque de le contraindre à accumuler des retards de paiement. Dès lors, en matière commerciale surtout, il peut être utile pour le locataire de montrer à son bailleur les comptes de l'activité commerciale déployée dans les locaux loués, sur plusieurs années. Les parties pourront alors convenir d'un loyer à la mesure des revenus du locataire<sup>85</sup>, ou lier le loyer à l'évolution du chiffre d'affaires (bail partiaire)<sup>86</sup>.
- *La fidélité contractuelle.* Si le locataire est en place depuis de très longues années, surtout s'il s'agit d'une personne âgée, le bailleur doit être conscient qu'il lui serait difficile de le faire déménager. Dès lors, ce même bailleur doit, même si cela lui semble économiquement ou socialement<sup>87</sup> injustifié, admettre que le locataire en place depuis longtemps bénéficie d'un « bonus » au niveau du loyer.
- *La fréquence des modifications du loyer et leur quotité.* Tout locataire attentif mesure l'évolution de son loyer depuis la conclusion de son bail. Il le compare en particulier à l'évolution du coût de la vie et de son pouvoir d'achat. Dès lors le bailleur responsable ne doit pas tenter à chaque occasion possible de majorer le loyer, et lorsqu'il le fait, il doit se montrer mesuré<sup>88</sup>. Il doit en aller ainsi en particulier en période conjoncturelle peu favorable. Les hausses de loyer notifiées à « contretemps », lorsque le taux hypothécaire est à la baisse ou

---

<sup>84</sup> En pratique le tiers du revenu représente un seuil empirique à ne pas dépasser pour le loyer : ATF 119 II 36, cons. 3d, DB 5/1993 N 5 ; TF MP 1997, p. 155 du 07.03.1995, cons. 3b, DB 7/1995 N 6 ; CPra Bail-BISE/PLANAS, art. 264 CO N 44-46.

<sup>85</sup> Pour le loyer de l'habitation, un lien direct entre le loyer et le revenu du locataire ne se conçoit que pour des habitations sociales (celles de la Ville de Genève par exemple). Il est peu usuel en Suisse que le bailleur se renseigne sur les revenus de son locataire, sauf à l'occasion de la première location. Rien n'empêche que le locataire prenne les devants et fasse part à son bailleur de ses limites financières.

<sup>86</sup> Sur le bail partiaire : ATF 116 II 587, cons. 2 et 3b, DB 3/1991 N 12 ; CPra Bail-BOHNET/BROQUET, art. 269a CO N 3 ; SVIT, art. 269a CO N 33-35 ; BSK-WEBER, art. 269b CO N 10, ainsi que la contribution de SIEGRIST au présent Séminaire.

<sup>87</sup> Dans un marché souffrant de pénurie il est mal compris que des personnes seules ou des couples sans enfants continuent à occuper de très grands logements.

<sup>88</sup> Le bailleur qui spontanément a accordé des baisses de loyer en raison de la diminution des taux hypothécaires est psychologiquement en meilleure position.

lorsque l'indice des prix stagne, sont malvenues. De même, le locataire qui a demandé systématiquement des baisses de loyer chaque fois que le taux hypothécaire a baissé doit s'attendre, un jour ou l'autre, en cas de remontée des taux, à un « effet boomerang ».

- Les parties qui, en vue de transiger sur le montant du loyer, considèrent nécessaire d'esquisser un calcul de rendement, au sens de l'art. 269 CO, peuvent se simplifier la vie, soit en estimant le *rendement brut de la chose louée* (rapport entre le loyer et le coût de revient de l'objet<sup>89</sup>). Elles peuvent aussi *apprécier les charges immobilières de manière forfaitaire*, à l'instar de la pratique en Suisse allemande<sup>90</sup>.
43. Si la **fin du bail** est en jeu, suite à une résiliation, les parties doivent d'abord se demander si cette dernière est justifiée et inéluctable. Le bailleur ne peut-il pas renoncer au congé, moyennant des concessions de la part du locataire ? Ne peut-il pas proposer au locataire un objet locatif de substitution<sup>91</sup> ?

Entre l'annulation du congé<sup>92</sup> et la prolongation du bail<sup>93</sup>, divers *compromis* peuvent être esquissés, comme l'octroi d'une longue prolongation contre l'acceptation du congé par le locataire. De même, les parties peuvent subordonner l'entrée en force du congé et/ou le principe et la durée de la prolongation du bail à la réalisation du motif du congé.

Par exemple, le congé est donné parce que le bailleur entend attribuer le logement à sa fille qui va se marier à l'étranger et qui rentrera ensuite en Suisse. Les parties peuvent dans ce cas convenir que le congé entrera en force trois mois après le mariage et que le bail sera ensuite prolongé une

---

<sup>89</sup> Comme le prévoit l'art. 269a lettre c CO, mais exclusivement pour les immeubles récents.

<sup>90</sup> Les forfaits d'augmentation des charges d'entretien et d'administration (par exemple + 1% par an pour les immeubles de plus de 25 ans) concernent surtout l'application de la méthode relative ; on peut aussi les utiliser dans le cadre du calcul de rendement de l'art. 269 CO. Le Tribunal fédéral n'admet la méthode qu'exceptionnellement, quand un calcul des variations effectives des coûts ne conduit à aucun résultat probant et que l'application des forfaits n'induit pas une majoration injustifiée du loyer : TF du 17.07.2013, 4A\_88/2013, cons. 4.1 à 4.6 ; TF du 01.10.2001, 4C.157/2001, cons. 2c.

<sup>91</sup> Ci-après N 48.

<sup>92</sup> Art. 271-271a CO.

<sup>93</sup> Art. 272 ss CO.

unique fois d'un an. En outre, l'accord comportera une clause pénale prévoyant des dommages-intérêts en faveur du locataire, si après qu'il a libéré le logement, ladite fille ne rentre pas en Suisse ou s'installe à son retour dans un autre logement.

Dans la discussion, les *motifs* invoqués par le bailleur à l'appui du congé et les critères<sup>94</sup> en vertu desquels le juge procède à une pesée des intérêts en vue de l'octroi d'une prolongation de bail joueront un rôle important.

En sus, les solutions empiriques suivantes peuvent contribuer à la recherche d'un compromis :

- Lorsque la fin du bail est justifiée par d'*importants travaux de rénovation ou de transformation*, les parties peuvent faire dépendre l'entrée en vigueur du congé ou l'engagement de départ du locataire de la délivrance ou de l'entrée en force<sup>95</sup> de l'autorisation de construire que le bailleur doit obtenir. Les parties peuvent aussi convenir que le locataire libérera provisoirement les lieux et pourra les réintégrer à la fin des travaux, à des conditions de durée et de loyer d'ores et déjà définies<sup>96</sup>.
- Le *paiement d'une indemnité* au locataire peut faciliter la fin des rapports contractuels. Cette indemnité peut couvrir des frais de déménagement, des travaux à entreprendre dans de nouveaux locaux, une différence de loyer pendant un certain temps. Il peut même s'agir d'une indemnité d'éviction<sup>97</sup>, sans véritable justification économique,

---

<sup>94</sup> Art. 272 al. 2 CO : circonstances de la conclusion du bail et contenu du contrat ; durée du bail ; situation personnelle, familiale et financière des parties, ainsi que leur comportement ; besoin que le bailleur et ses proches parents ou alliés peuvent avoir d'utiliser eux-mêmes les locaux, ainsi que l'urgence de ce besoin ; situation du marché local du logement et des locaux commerciaux. A ces critères s'ajoute celui des recherches de relogement effectuées par le locataire (art. 272 al. 3 CO).

<sup>95</sup> Dans cette hypothèse le locataire devrait s'engager à ne pas recourir ou faire recourir des tiers contre l'autorisation de construire.

<sup>96</sup> TF du 09.12.2009, 4A\_414/2009, cons. 3.1 ; TF du 03.08.2012, 4A\_126/2012, cons. 4.2.

<sup>97</sup> Sur le « *golden handshake* » ou « *key money* » (*Schlüsselgeld*) : MINDER, p. 167-173 N 462-477 ; WETZEL/MESEK, p. 5-9 ; TERRAPON, p. 161 N 32-35. Même si certains de ces accords de « pas-de-porte » sont à la limite de la légalité, les locataires qui y consentent en toute connaissance de cause et mus par l'appât du gain seraient malvenus de les remettre en cause ultérieurement (*venire contra factum proprium* ; art. 2 al. 2 CC).

lorsque le bailleur y trouve son compte, en fonction de ses projets liés aux locaux (souvent commerciaux) concernés. En pratique, de telles indemnités sont souvent dégressives en fonction de l'écoulement du temps : plus le locataire libère vite les locaux, plus il perçoit d'argent. Le locataire qui conclut un tel accord d'indemnisation doit être conscient de ses incidences fiscales : elles sont d'ordinaire taxées comme un revenu<sup>98</sup>.

- Si le *locataire est âgé*, selon les circonstances, le bailleur peut lui accorder une prolongation judiciaire de bail à vie ou jusqu'à son départ en maison de retraite. S'agissant d'une prolongation unique de bail, elle sera opposable à ses héritiers. Ils ne pourront pas prétendre que le bail perdure en leur faveur au-delà de l'échéance (déterminable) de cette prolongation judiciaire du contrat.
44. Enfin, si l'**état des locaux** et leur entretien constituent l'objet du litige les parties doivent avoir à l'esprit les critères suivants.
- *Le rapport qualité/prix*. Plus le loyer est bas, moins le locataire peut être exigeant quant à l'état des lieux.
  - *La situation financière du bailleur*. Si le bailleur est un organisme à but social ou idéal, ne disposant que d'un budget limité pour les travaux d'entretien<sup>99</sup>, le locataire doit en tenir compte, par exemple en acceptant de différer certains travaux, ou en payant une partie des réparations.
  - *La perspective d'une prochaine rénovation ou démolition de l'immeuble*. A l'évidence, si de grands travaux sont planifiés dans l'immeuble dans un horizon temporel raisonnable, le locataire doit se montrer modéré quant à sa prétention de travaux. Il se contentera des réparations indispensables, limitées à la sécurité ou à la salubrité de l'immeuble.
  - *Le coût des travaux souhaités*. Si le locataire demande des travaux d'entretien, la discussion doit s'appuyer sur un ou plusieurs devis. En fonction des coûts devisés, la pratique<sup>100</sup> admet que le locataire

---

<sup>98</sup> L'élémentaire prudence consiste à consulter un fiscaliste avant de passer un tel accord.

<sup>99</sup> Dans cette hypothèse, le bailleur devrait démontrer qu'il a épuisé ou fortement entamé son budget.

<sup>100</sup> L'art. 256 al. 2 CO rend impératives pour les baux d'habitations et de locaux commerciaux les dispositions relatives à l'obligation du bailleur d'entretenir à ses frais

participe financièrement aux travaux, ou consente au bailleur d'autres avantages contractuels<sup>101</sup>. Le locataire peut aussi accepter des travaux échelonnés dans le temps ; le bailleur y trouve parfois un intérêt fiscal<sup>102</sup>.

- Enfin, quand le locataire demande la réparation de défauts et qu'il peut *simultanément prétendre à une réduction provisoire du loyer et/ou à des dommages-intérêts*<sup>103</sup>, la négociation peut porter sur un abandon total ou partiel des prétentions en réduction de loyer et/ou en dommages-intérêts, contre la bonne exécution de tous les travaux nécessaires ou souhaités.
45. Bien entendu, aucune des règles empiriques décrites ci-dessus n'a une portée décisive. Il ne s'agit que d'*aides à la discussion*, de nature à faire réfléchir l'interlocuteur, à faciliter le dialogue et la recherche d'un accord. Leur invocation sera utilement complétée par les considérations issues de l'analyse juridique et de l'appréciation du rapport des forces en présence<sup>104</sup>.

### *C. Négociation étendue à l'ensemble du contrat*

46. Un des grands avantages du compromis est qu'il permet de ne *pas focaliser le débat sur le seul objet* du litige. Les parties qui négocient peuvent orienter la discussion sur l'ensemble du rapport contractuel<sup>105</sup>.
47. Ainsi, le compromis peut inclure une *modification de la durée* du bail lorsque les parties se disputent sur le **montant du loyer**. Contre une majoration du loyer, le bailleur peut consentir une prolongation de la durée du contrat, pendant laquelle la hausse peut être échelonnée<sup>106</sup>. Inversement,

---

les locaux loués. Le locataire ne peut pas valablement renoncer *par avance* à ses droits en la matière. Toutefois, confronté à un défaut concret, il peut valablement renoncer à s'en prévaloir. En outre, le contrat peut valablement mettre certains travaux d'entretien à la charge du locataire, s'il en a été tenu compte dans la fixation du loyer ou de toute autre manière appréciable économiquement (ATF 104 II 202, cons. 3 ; CPra Bail-MONTINI/BOUVERAT, art. 256 CO N 62-63 et réf. cit.).

<sup>101</sup> Ci-après N 49.

<sup>102</sup> En raison de la déductibilité fiscale de tels travaux, jusqu'à une certaine limite annuelle.

<sup>103</sup> Art. 259d et 259e CO.

<sup>104</sup> Ci-dessus N 17 et 18.

<sup>105</sup> Ci-dessus N 14.

<sup>106</sup> Art. 269c CO.

le locataire qui prétend à une diminution du loyer peut avoir intérêt à y renoncer contre une réduction de la durée de son contrat<sup>107</sup>, s'il estime celui-ci trop long et craint de ne pas trouver, le moment venu un locataire de remplacement pour se libérer de ses obligations contractuelles<sup>108</sup>. Le locataire peut aussi se montrer souple à propos du loyer, si le bailleur assume des travaux.

48. Lorsque le litige porte sur la **fin du bail**, suite à sa résiliation, la solution peut consister de la part du locataire à proposer une reconduction du contrat, moyennant un *loyer majoré*. Il pourra en aller ainsi en cas de congé dit « économique<sup>109</sup> », c'est-à-dire motivé par le désir du bailleur de majorer le loyer à l'occasion d'un changement de locataire. Pareille solution pourra intéresser le locataire, s'il a constaté que le loyer des logements de remplacement potentiels est élevé, que le déménagement est onéreux ou qu'il devrait changer de mobilier. Le commerçant congédié peut avoir aussi intérêt à pareille solution, en regard du « pas de porte » exigé pour une arcade de substitution.

La proposition de reconduire le bail résilié contre une majoration du loyer ne peut à nos yeux venir que du locataire, vu l'interdiction faite au bailleur d'assortir une majoration du loyer d'une résiliation ou d'une menace de résiliation<sup>110-111</sup>.

Toujours en cas de résiliation du contrat, la solution peut consister de la part du bailleur à *offrir d'autres locaux* à son locataire<sup>112</sup>. Il pourra en aller ainsi lorsque la résiliation du bail est motivée par une sous-occupation ou une suroccupation des locaux. Le bailleur aura alors intérêt à proposer à

---

<sup>107</sup> Une autre solution pour ce locataire consiste à négocier une « porte de sortie », c'est-à-dire une clause lui permettant de résilier unilatéralement le contrat avant son échéance.

<sup>108</sup> Art. 264 CO.

<sup>109</sup> Sur le congé économique, dernières jurisprudences : ATF 136 III 74, cons. 2.1, DB 22/2010 N 18 ; TF du 08.12.2015, 4A\_211/2015, cons.2 ; TF du 11.02.2014, 4A\_397/2013, cons. 3.5.

<sup>110</sup> Art. 269d al. 2 lettre c CO.

<sup>111</sup> Une telle négociation doit être menée avec prudence de la part du bailleur. La confidentialité des pourparlers est ici essentielle (ci-dessus N 23-26).

<sup>112</sup> L'art. 272a al. 2 CO dispose qu'aucune prolongation de bail n'est en règle générale accordée au locataire à qui le bailleur offre des locaux d'habitation ou des locaux commerciaux équivalents.

son locataire des locaux plus petits ou plus grands, si son parc immobilier comporte de tels objets vacants<sup>113</sup>.

Enfin, selon l'objet de la location, la négociation peut déboucher sur une « *résiliation partielle*<sup>114</sup> du bail » : le locataire accepte de se séparer d'une partie des locaux loués<sup>115</sup>, moyennant une adaptation du contrat.

49. Un litige relatif à l'**état des locaux et à leur entretien** peut trouver son issue dans l'exécution des travaux aux frais du bailleur contre une *majoration du loyer*<sup>116</sup> et/ou une *prolongation du bail*<sup>117</sup>.

Inversement le locataire peut avoir intérêt à payer tout ou partie du coût des réparations, moyennant une *prolongation de la durée* du contrat et un loyer inchangé. Si les travaux financés par le locataire génèrent une plus-value, le bailleur fera, si telle est la volonté des parties, préciser dans l'accord qu'ils ne donneront pas lieu à une indemnité à la fin du bail<sup>118</sup>. La prolongation du bail moyennant un loyer inchangé compense dans ce cas pareille indemnité.

50. Quel que soit l'objet du litige, lorsque les parties sont sérieusement insatisfaites de la relation contractuelle, et s'adressent mutuellement des reproches, il vaut parfois la peine de « mettre toutes les cartes sur la table » au cours de la discussion et d'*envisager d'un commun accord la fin prématurée du contrat*<sup>119</sup>.

---

<sup>113</sup> Ce même bailleur peut tenter de proposer à ses locataires de procéder à un échange d'appartements ou de locaux commerciaux.

<sup>114</sup> On rappelle que la résiliation partielle n'est pas possible. Si les divers locaux loués font l'objet d'un seul bail, la résiliation les concerne tous. La négociation permet de pallier cet inconvénient.

<sup>115</sup> Une des pièces de l'appartement, pour permettre la construction d'un ascenseur ; ou bien l'appartement compris dans le bail du café-restaurant loué.

<sup>116</sup> Faut-il joindre un formulaire officiel à la convention concrétisant pareil accord ? Voir ci-après N 76.

<sup>117</sup> Le bailleur voudra être sûr d'amortir sur la durée du contrat les travaux qu'il assume.

<sup>118</sup> Art. 260a al. 3 CO.

<sup>119</sup> Ici aussi, la proposition devrait émaner du locataire pour que la fin du bail, quoique décidée d'un commun accord, ne soit pas interprétée comme une mesure de représailles (art. 271a al. 1 lettre a CO). D'une manière générale, à l'évidence, le bailleur qui entre en négociation ne doit pas menacer son locataire de congé.

En effet, une relation contractuelle dans laquelle au moins l'un des contractants est insatisfait risque de déboucher sur des conflits à répétition.

Certes, pareille solution est plus facile à concevoir dans un marché immobilier détendu, lorsque ne sévit pas la pénurie de logements ou de locaux commerciaux. Pour faciliter un tel compromis, le bailleur pourra prêter au locataire son assistance en lui versant une indemnité ou en l'aidant à trouver des locaux plus adaptés à ses besoins.

#### ***D. Négociation étendue à d'autres parties***

51. Nous avons déjà exposé<sup>120</sup> que la négociation permet d'introduire des *tierces personnes* dans le débat, autres que les parties au contrat de bail<sup>121</sup>. Si ces tiers sont associés à des pourparlers extra-judiciaires, les parties s'épargneront les questions liées à leur qualité pour agir ou pour défendre, ou au fait de savoir s'ils sont, ou non, justiciables des juridictions de baux et loyers.
52. Ainsi peut-il être utile de solliciter la participation directe<sup>122</sup> ou indirecte<sup>123</sup> à la négociation.
  - Du *sous-locataire*, par exemple lorsqu'il est responsable de dégâts à la chose louée ; lorsqu'il est à l'origine de la demande de travaux que le locataire répercute sur le bailleur principal ; lorsque la résiliation ou la fin du bail principal entraîne celle du bail de sous-location ; si le retard de loyer accumulé par le locataire principal est consécutif à une absence de paiement des loyers de la sous-location.
  - Du *gérant de l'immeuble*. Il peut assumer parfois une certaine responsabilité. Par exemple, s'il n'a pas suffisamment vérifié la solvabilité du locataire au moment de conclure le bail, il peut être invité (lui ou son assureur RC) à participer financièrement à un arrangement en vue d'éponger un arriéré de loyer.

---

<sup>120</sup> Ci-dessus N 15.

<sup>121</sup> Et autres que les auxiliaires de la négociation (ci-après N 54-71).

<sup>122</sup> Le tiers participe directement aux discussions.

<sup>123</sup> Le tiers ne participe pas aux discussions, mais la partie concernée le consulte et s'assure de son appui au fur et à mesure de l'avance des pourparlers.

- De l'assureur RC<sup>124</sup> du locataire auquel, à la fin du bail, des indemnités de remise en état des locaux sont demandées<sup>125</sup>.
- De l'assureur du bailleur appelé à prendre en charge une indemnité due au locataire.
- De l'assureur<sup>126</sup> des entreprises de la construction ou de l'architecte mis en œuvre par le bailleur lorsque, *in fine*, ceux-pourraient assumer des réductions de loyer ou des dommages-intérêts dus aux locataires en raison d'une gestion défailante des travaux entrepris dans l'immeuble.
- De l'assureur de protection juridique du locataire. Plutôt que d'assumer les frais d'une procédure, certains assureurs de protection juridique participent aux discussions avec le bailleur et recherchent un accord. Ainsi avons-nous vu le cas d'un locataire à qui son bailleur réclamait CHF 6'000.- pour de prétendus dégâts à la chose louée. L'assureur RC du locataire acceptait de payer CHF 2'000.-. La transaction s'est faite à hauteur de CHF 3'000.-, l'assureur de protection juridique a ajouté CHF 1'000.-, plutôt que de payer des frais d'avocat et de justice.
- D'autres habitants de l'immeuble à l'origine des nuisances (bruits et troubles dans l'immeuble) ou des défauts<sup>127</sup> (dégâts d'eau) dont un ou plusieurs locataires se plaignent auprès du bailleur.
- De l'administrateur de la PPE lorsque la location porte sur une part de PPE. Dans ce contexte certaines décisions échappent au seul bailleur et impliquent un accord (majoritaire ou unanime) de l'assemblée des copropriétaires<sup>128</sup>.
- Des voisins (et des assureurs de leurs entrepreneurs et architectes) qui mènent un chantier important occasionnant des nuisances

---

<sup>124</sup> On rappelle qu'il n'y a pas d'action directe du bailleur contre l'assureur RC du locataire.

<sup>125</sup> Art. 267 CO.

<sup>126</sup> Récemment la question s'est posée de solliciter l'assureur d'un fabricant. Il avait fourni au locataire une batterie de vélo électrique défectueuse. Elle a explosé dans l'appartement et a provoqué un incendie le détruisant complètement. Hélas ledit fabricant est établi en Chine !

<sup>127</sup> L'assureur RC de ces locataires voisins pourrait éventuellement participer aux discussions.

<sup>128</sup> Art. 647a - 647e CC.

accrues<sup>129</sup> envers le voisinage. Les locataires demandent alors des réductions de loyer à leur bailleur, qui se retourne contre les voisins<sup>130\_131</sup>.

- Des *collectivités publiques*<sup>132</sup> qui exploitent des installations causant des nuisances pour le voisinage (aéroport, autoroute, chemin de fer, usine d'incinération, station d'épuration, etc.).
- De l'*acquéreur pressenti de l'immeuble*. Le bailleur qui a signé une promesse de vendre son immeuble serait bien inspiré d'associer, directement ou indirectement<sup>133</sup>, le promettant-acquéreur aux discussions ayant trait à des litiges, si la solution esquissée peut déployer des effets après la signature de l'acte de vente (montant des loyers, durée des baux).
- Du *bénéficiaire d'un transfert de bail commercial*<sup>134</sup>. Le locataire transférant devrait associer le bénéficiaire du transfert aux discussions transactionnelles dont les effets seront postérieurs à la prise d'effet du transfert de bail.

53. La négociation présente un intérêt particulier pour les *conflits collectifs*<sup>135</sup>.

En présence de contestations de majorations de loyer ou de résiliations de bail signifiées à tous les locataires d'un immeuble, ou d'une rénovation touchant un grand nombre de locaux loués, les mandataires des deux parties et les tribunaux sont mal outillés. Ils peinent à traiter cette multiplicité de cas. Les écritures à fournir aux tribunaux deviennent

---

<sup>129</sup> Sur la notion des nuisances « excessives » (immissions et troubles atteignant une gravité particulière) qui seules justifient des indemnités fondées sur les droits du voisinage : LACHAT, bail, p. 255 s. ad 3.3 et nombreuses références aux notes de bas de page 61-68 ; CPra Bail-AUBERT, art. 259d CO N 23-37.

<sup>130</sup> Art. 679 et 684 CC.

<sup>131</sup> Si le voisin participe à la négociation, le locataire peut lui demander des dommages-intérêts (même si ce voisin n'est pas en faute), alors que dans cette situation il ne peut pas prétendre en règle générale à des dommages-intérêts de la part du bailleur. L'art. 259e CO permet en effet à ce dernier de s'exculper, s'il n'a pas commis de faute.

<sup>132</sup> Voir note de bas de page 37 ci-dessus ; voir aussi CPra Bail-AUBERT, art. 259d CO N 36-37.

<sup>133</sup> Voir notes de bas de page 122 et 123 ci-dessus.

<sup>134</sup> Art. 263 CO.

<sup>135</sup> Ci-dessus N 15. S'agissant de la manière de rédiger les accords collectifs auxquels par hypothèse on est parvenu : ci-après N 76.

pléthoriques. Les audiences où la comparution personnelle des parties est la règle<sup>136</sup> se multiplient. S'il s'agit de négocier en ordre dispersé avec chacun des locataires concernés, ces dossiers chronophages ne profitent économiquement qu'aux mandataires.

Dans ces conditions, il est plus simple et plus économique d'envisager des accords. Ils peuvent porter :

- *Sur la procédure.* Les parties se mettent d'accord pour confier les causes de tous les locataires à un seul et même mandataire<sup>137</sup> et de n'instruire devant les juridictions compétentes *qu'un ou quelques cas test*<sup>138</sup> ; les autres causes restent suspendues devant l'autorité de conciliation<sup>139</sup>, jusqu'à ce que la dernière instance se soit prononcée définitivement sur les cas test ; la solution judiciaire de ceux-ci est appliquée à l'ensemble des cas.
- *Sur le fond.* La négociation vise à trouver une solution unique, applicable à tous les cas, ou des solutions diverses, en fonction des différentes catégories de cas.

## V. Les auxiliaires de la négociation

### A. Introduction

54. En règle générale, les parties en conflit parviennent à un compromis grâce à l'aide de leur seul *mandataire*. On doit en effet attendre de ce dernier (avocat<sup>140</sup>, gérant d'immeubles, consultant d'une association de bailleurs

---

<sup>136</sup> Art. 204 al. 1 CPC pour la conciliation ; devant le juge, la convocation doit préciser si la comparution personnelle des parties est ordonnée (art. 68 al. 4 CPC).

<sup>137</sup> Si possible ce mandataire ne reçoit ses instructions que d'un ou deux interlocuteurs, les locataires se regroupant en un collectif, qui désigne ses porte-paroles.

<sup>138</sup> Ou « cas-pilotes ».

<sup>139</sup> L'art. 126 CPC prévoit que le « tribunal » peut ordonner la suspension de la procédure. La jurisprudence et la doctrine étendent cette faculté à l'autorité de conciliation : ATF 138 III 705, cons. 2.3, DB 25/2013 N 22 ; BSK ZPO-GSCHWEND/BORNATICO, art. 126 CPC N 3 et réf cit .

<sup>140</sup> L'art. 9 du Code suisse de déontologie de la Fédération suisse des avocats encourage l'avocat à régler à l'amiable les litiges, dans la mesure où l'intérêt du client ne s'y oppose pas.

ou de locataires, agent d'affaires) qu'il n'épouse la cause de son mandant qu'en ce qu'elle a de juste et d'objectif.

Le bon mandataire<sup>141</sup> posera sur le cas qui lui est soumis un diagnostic froid, résultant d'une analyse honnête, non limitée aux seuls aspects juridiques<sup>142</sup>.

Ce mandataire doit attirer l'attention de son client sur les faiblesses de sa cause, sur les risques, les coûts et les lenteurs d'une procédure. Il doit le guider objectivement dans la négociation.

L'expérience démontre malheureusement que certains avocats sont peu enclins à favoriser la transaction et s'érigent même en obstacles à la recherche d'un compromis. Leur appât du gain les incite à favoriser les procès, plus lucratifs pour eux<sup>143</sup>.

55. Parfois, pour le motif indiqué ci-dessus, en raison de l'antagonisme exacerbé des parties ou compte tenu des particularités de l'affaire, l'intervention du seul mandataire n'est pas suffisante. Dans ces situations, l'aide d'un *tiers neutre* peut faciliter la négociation et son aboutissement.

Nous indiquons ci-après<sup>144</sup> quels peuvent être ces auxiliaires de la négociation. Ils peuvent intervenir alors que les parties n'ont pas encore mis en oeuvre un mandataire, ou alors qu'elles en ont déjà un. Ces tiers, amiables compositeurs, sont utiles avant qu'une procédure ait été engagée, mais également après.

Il nous apparaît en toute hypothèse essentiel, dans un domaine aussi technique, que ce tiers neutre connaisse le droit du bail à loyer et à ferme : il doit amener les antagonistes à trouver un arrangement qui respecte ses nombreuses règles impératives.

---

<sup>141</sup> Sur le bon mandataire, voir aussi ci-dessus N 27.

<sup>142</sup> Ci-dessus N 17-19.

<sup>143</sup> Le système de la facturation à l'heure de travail (*time sheet*) est un frein à la transaction. Le bon mandataire qui trouve rapidement, par le biais d'un compromis, une issue au litige auquel est confronté son client devrait plutôt être récompensé d'y être parvenu en peu d'heures de travail.

<sup>144</sup> Ci-après N 56-71.

**B. L'autorité de conciliation et le juge**

56. L'art. 201 al. 1 CPC impose à l'autorité paritaire de conciliation de tenter de « trouver un accord entre les parties de manière informelle »<sup>145</sup>. Il s'agit de la tâche principale des autorités de conciliation, dont elles s'acquittent plutôt bien. Ainsi au deuxième semestre de 2015, en moyenne sur toute la Suisse, 50,4% des causes liquidées ont fait l'objet d'un arrangement entre les parties<sup>146</sup>. A Genève en 2015, 64% des causes terminées devant l'autorité de conciliation ont été arrangées ou retirées<sup>147</sup>.
57. *La composition paritaire*<sup>148</sup> des autorités de conciliation en matière de baux à loyer ou à ferme favorise la discussion entre les parties et la conclusion d'un accord.
- La présence d'un représentant de chaque camp, aux côtés du président ou de la présidente neutre, est de nature à donner confiance aux parties.
- Encore faut-il que ces représentants des milieux de bailleurs et de locataires n'épousent pas aveuglément les thèses de « leur » partie<sup>149</sup>. Il est indispensable qu'ils prennent de la distance. D'ordinaire tel est le cas. Lorsque le représentant des propriétaires conseille au bailleur d'accepter la solution proposée, et que le représentant des locataires en fait de même auprès du preneur, la transaction a de bonnes chances d'aboutir.
58. De même, le fait que les parties doivent en règle générale<sup>150</sup> comparaître en personne et peuvent être assistées<sup>151</sup> contribue au dialogue.

---

<sup>145</sup> In TF du 22.03.2013, 4A\_281/2012, cons. 1.2, le Tribunal fédéral rappelle que la principale tâche des autorités paritaires est de concilier les parties (art. 208 CPC), ce qui n'en fait pas vraiment une autorité judiciaire (un tribunal) et exclut d'emblée qu'une de ses décisions fasse l'objet d'un recours direct au Tribunal fédéral.

<sup>146</sup> Source : Office fédéral du logement.

<sup>147</sup> Source : compte-rendu de l'activité du pouvoir judiciaire en 2015.

<sup>148</sup> Art. 200 al. 1 CPC. Sur la composition paritaire des autorités de conciliation et des tribunaux en matière de baux : LACHAT, procédure, p. 83-86 ; ATF 141 III 439, cons. 3 ; 126 I 235, cons. 2b-2e, DB 14/2002 N 25 ; 138 I 1, cons. 2.3-2.4 et réf. à TF du 24.11.1997, 4P.147/1997, cons. 3b/bb.

<sup>149</sup> Sur la question : ISABELLE BIERI, p. 48 s. N 32.

<sup>150</sup> Principe : art. 204 al. 1 CPC. Exceptions : art. 204 al. 3 CPC .

<sup>151</sup> Art. 204 al. 2 CPC.

La confidentialité des audiences<sup>152</sup> et leur caractère d'ordinaire<sup>153</sup> non public favorisent aussi la négociation.

Pour donner aux parties le temps de réfléchir et de se concerter hors audience, l'autorité de conciliation peut utilement convoquer des audiences supplémentaires<sup>154</sup>.

La loi précise enfin à bon escient qu'une transaction peut porter sur des questions litigieuses non comprises dans l'objet du litige<sup>155</sup>.

59. En pratique il est conseillé aux parties d'échanger des vues, sous les réserves d'usage, avant l'audience de conciliation ou à tout le moins de *se préparer* pour cette dernière, de manière à pouvoir présenter à l'autorité non seulement leur position « officielle », mais également la position « de repli » qui leur conviendrait en cas d'accord. Il s'agit ainsi pour les parties de combler une partie du fossé qui les séparait initialement. L'autorité de conciliation se charge ensuite, si possible, d'achever le travail.
60. Pour amener les parties à un compromis, l'autorité de conciliation doit soigneusement étudier le dossier et prévoir des *audiences suffisamment longues* (à notre avis 30 minutes au minimum).

A l'audience, l'autorité de conciliation doit créer un climat dans lequel les parties se parlent librement<sup>156</sup> et peuvent avancer des arguments, voire des prétentions qui ne s'inscrivent pas nécessairement dans le cadre du litige. Bien des conflits naissent à propos de questions subjectives que les parties ont souvent le besoin d'exprimer.

---

<sup>152</sup> Art. 205 CPC.

<sup>153</sup> L'art. 203 al. 3 CPC autorise l'autorité de conciliation à décréter partiellement ou complètement la publicité des débats si un « intérêt public le justifie ». Cette norme est, à nos yeux, contraire à l'exigence de confidentialité des audiences de conciliation. BOHNET 2010, page 28 N 88 considère à juste titre peu pertinente l'explication du Conseil fédéral (Message CPC, FF 2006, p. 6939), selon lequel la publicité restreinte des audiences des autorités de conciliation serait justifiée par le besoin de connaître leurs pratiques.

<sup>154</sup> Art. 203 al. 4 1<sup>re</sup> phrase CPC.

<sup>155</sup> Art. 201 al. 1 CPC ; ci-dessus N 46-50.

<sup>156</sup> La loi exprime cette idée en précisant que l'autorité de conciliation tente de trouver un accord entre les parties « de manière informelle » (art. 201 al. 1 CPC).

C'est pourquoi la présence personnelle du bailleur à l'audience est précieuse. Il s'agit d'éviter que son mandataire, s'il est seul à comparaître, se réfugie derrière les instructions reçues<sup>157</sup> pour faire échec à la conciliation.

61. Avec sa requête, le demandeur doit transmettre à l'autorité de conciliation tous les *documents probants* (bail ; avis de majoration ; pièces justifiant la hausse de loyer ; lettre de congé ; réponse à la demande de motivation du congé ; pièces comptables ; photographies des lieux et devis pour des travaux, etc.), bien que la loi<sup>158</sup> ne l'exige pas expressément.

Ces documents peuvent aussi être apportés à l'audience<sup>159</sup>.

Le défendeur doit apporter à l'audience les pièces dont il entend à son tour se prévaloir<sup>160</sup>.

En bonne courtoisie, les parties se communiqueront leurs documents avant l'audience<sup>161</sup>, de manière à que l'une d'elles ne puisse se prétendre surprise par telle ou telle pièce et demande à réfléchir à son sujet ou se réserve de produire plus tard une contre-pièce.

Dans les cas difficiles, lorsque les enjeux sont importants et qu'en particulier elle envisage de formuler une proposition de jugement, l'autorité de conciliation peut exceptionnellement ordonner au défendeur

---

<sup>157</sup> L'art. 204 al. 3 lettre c CPC autorise le gérant à représenter le bailleur devant l'autorité de conciliation, à la condition qu'il soit habilité, par écrit, à transiger. Or, si la procuration limite les pouvoirs du gérant, la transaction peut s'avérer difficile.

<sup>158</sup> Art. 202 al. 2 CPC.

<sup>159</sup> Art. 203 al. 2, 1<sup>re</sup> phrase CPC ; voir aussi l'art. 160 al. 1 lettre b CPC qui précise que, dans leur devoir de collaborer à l'administration des preuves, les parties doivent produire les documents requis.

<sup>160</sup> La maxime inquisitoriale sociale qui préside aux débats devant l'autorité de conciliation et devant le tribunal en procédure simplifiée (art. 247 al. 2 CPC) ne sert pas à remédier à toutes les carences des parties (ATF 125 III 231, cons. 4a, DB 12/2000 n 2 ; 139 III 13, cons. 3.2, DB 25/2013 N 13). L'autorité de conciliation et le tribunal doivent rendre attentive la partie concernée à son devoir de produire les pièces probantes et aux lacunes éventuelles que présentent celles qu'elle a produites ; cela suffit, surtout si cette partie est assistée par un avocat : TF du 16.12.2015, 4A\_179/2015, cons. 2.3.1 et 2.3.2 ; TF du 11.02.2015, 4A\_556/2014, cons. 2 ; BOHNET 2010, p. 27 N 85.

<sup>161</sup> Si les pièces accompagnent la requête, l'autorité de conciliation doit les transmettre à la partie défenderesse, avec ladite requête (art. 202 al. 3 CPC).

de *répondre par écrit* à la demande<sup>162</sup>. A notre connaissance, pareille règle n'est que rarement appliquée. Rien n'interdit cependant à la partie citée de produire spontanément une telle écriture.

Il est rare que l'autorité de conciliation se transporte sur place ou ordonne d'autres mesures probatoires<sup>163</sup>.

Les parties peuvent cependant avoir intérêt à se rencontrer sur place, avant la première audience de conciliation, ou entre celle-ci et une éventuelle audience supplémentaire.

62. Faute de pouvoir amener les parties à un accord, lorsqu'elle estime qu'une transaction devrait être possible, l'autorité de conciliation peut leur *proposer un jugement*<sup>164</sup>.

Malheureusement, les autorités de conciliation ne font pas suffisamment usage de cette faculté<sup>165-166</sup>.

Pourtant les statistiques démontrent que, dans la majorité des cas, les plaideurs adoptent tacitement la proposition de jugement qui leur est faite, et mettent de la sorte fin au litige<sup>167</sup>.

63. Si elle se résout à constater l'échec de conciliation et à délivrer l'autorisation de procéder<sup>168</sup>, l'autorité de conciliation doit *mettre en garde les parties sur les coûts engendrés par une procédure* devant le tribunal,

---

<sup>162</sup> Art. 202 al. 4 CPC ; BOHNET 2010, p. 22 N 63-65 : la procédure de conciliation doit demeurer simple et rapide ; l'échange d'écritures doit donc être exceptionnel.

<sup>163</sup> Ce que la loi admet de manière générale pour l'inspection locale et pour les autres preuves si une proposition de jugement est envisagée (art. 203 al. 2 CPC).

<sup>164</sup> Art. 210-211 CPC. Sur la proposition de jugement : BOHNET 2010, p. 33-38 N 107 ss ; LACHAT, procédure, p. 111-120.

<sup>165</sup> Sur la question de savoir si l'autorité de conciliation doit être dotée d'un pouvoir de décider (ou de proposer une décision) : cf. la contribution d'ISABELLE BIERI citée dans la bibliographie.

<sup>166</sup> A Genève en 2015, l'autorité de conciliation n'a proposé que 16 jugements, soit le 0,6% des causes terminées (source : compte rendu de l'activité du pouvoir judiciaire en 2015).

<sup>167</sup> Art. 211 al. 1 CPC. Au deuxième semestre de 2015, les autorités suisses de conciliation ont formulé 929 propositions de jugement ; les parties les ont acceptées (en ne faisant pas opposition) dans 642 des cas, soit dans le 69% des cas (source : Office fédéral du logement). A Genève, aucun des 16 jugements proposés en 2015 n'a été contesté (source : compte rendu de l'activité du pouvoir judiciaire en 2015).

<sup>168</sup> Art. 209 CPC.

sur les éventuels frais d'expertise, sur le temps nécessaire à l'obtention d'un jugement, sur les recours possibles et sur les autres aléas de la voie judiciaire<sup>169</sup>.

Dans ce cas, l'autorité de conciliation ne doit pas se contenter de dire que les procédures sont longues, chères et risquées. Elle doit à notre avis articuler concrètement des ordres de grandeur financiers. Combien de plaideurs disent à la fin du procès : « Ah si j'avais su qu'il m'en coûterait autant ! ».

Les mandataires ont aussi le devoir d'informer leur mandant, de manière concrète, sur le coût d'une procédure (frais de justice et dépens) et sur le montant probable de leurs honoraires.

64. Lorsque la cause n'est pas soumise à la conciliation<sup>170</sup> ou que le tribunal a déjà été saisi, la *tentative d'arrangement* demeure en tout temps possible<sup>171</sup>.

Le tribunal doit saisir les moments favorables de la procédure pour inciter les plaideurs à trouver un accord, par exemple à l'occasion des débats d'instruction<sup>172</sup>.

Le juge peut laisser les parties débattre devant lui, hors procès-verbal, d'un accord. Il peut aussi suspendre l'audience pour permettre aux plaideurs de négocier en dehors de sa présence. Enfin il peut recommander une médiation<sup>173</sup>. En revanche, ce même juge ne peut pas renvoyer les parties devant l'autorité de conciliation.

Au stade du tribunal, toutefois, la transaction est plus difficile pour deux motifs : les parties ont déjà engagé passablement de frais<sup>174</sup> ; le juge doit

---

<sup>169</sup> Ci-dessus N 10-13.

<sup>170</sup> Art. 198-199 CPC.

<sup>171</sup> Art. 124 al. 3 CPC. Sur la transaction pendant une procédure de recours, y compris devant le Tribunal fédéral : MORAND, p. 169-171 N 552-561.

<sup>172</sup> Art. 226 CPC.

<sup>173</sup> Art. 214 CPC ; ci-après N 69-70.

<sup>174</sup> Les lois cantonales de procédure permettent parfois au juge de réduire les frais judiciaires, si la transaction intervient au début de la procédure. La question des dépens doit être discutée dans le cadre de la transaction.

être prudent et ne pas donner l'impression de préjuger (risque de récusation)<sup>175</sup>.

### C. Les arbitres

65. Dans les causes de baux et loyers susceptibles de faire l'objet d'un arbitrage, soit les causes portant sur des *baux à loyer ou à ferme autres que d'habitation*<sup>176</sup>, les arbitres peuvent (et doivent) inciter les parties à trouver un accord<sup>177-178</sup>.
66. Dans leur *compromis arbitral*, les parties ont tout intérêt à prévoir que les arbitres peuvent en tout temps tenter de concilier les parties et que, s'ils le font, ils ne sont pas susceptibles de récusation. En pratique, comme devant un tribunal étatique, les pourparlers transactionnels ne sont pas mentionnés au procès-verbal, s'ils échouent. Il en va de même des suggestions de compromis éventuellement faites par les arbitres.
67. Comme les procédures arbitrales sont en règle générale<sup>179</sup> plus onéreuses que les procédures judiciaires<sup>180</sup>, selon notre expérience, la transaction doit à nos yeux, *a fortiori*, être tentée (au début de l'arbitrage, puis lorsque les preuves ont été administrées).

---

<sup>175</sup> Art. 47 al. 1 lettre f CPC (juge prévenu « de toute autre manière »). Selon le TF du 19.09.2012, 4A\_424/2012, cons. 3, le juge qui donne son appréciation sur le risque de procéder, plutôt que de transiger, ne s'expose pas à la récusation.

<sup>176</sup> Art. 361 al. 4 CPC. Pour les baux d'habitations, seule l'autorité paritaire de conciliation peut faire office de Tribunal arbitral.

<sup>177</sup> La faculté pour les arbitres de susciter une transaction découle de l'art. 385 CPC : « Lorsque les parties mettent fin au litige pendant la procédure d'arbitrage, le tribunal arbitral leur en donne acte, sur requête, sous la forme d'une sentence ». Nous n'évoquons ici que les règles du CPC sur l'arbitrage, mais les parties peuvent convenir d'appliquer d'autres règles (MORAND, p. 194-195 N 660-662).

<sup>178</sup> Sir la transaction en procédure arbitrale interne : MORAND, p. 194 ss N 660 ss.

<sup>179</sup> A noter cependant que dans les procédures arbitrales les voies de recours sont très limitées. Dès lors, comparée à une procédure devant un tribunal étatique au cours de laquelle les plaideurs épuisent toutes les instances, une procédure arbitrale peut s'avérer moins onéreuse.

<sup>180</sup> Souvent il s'agit pour les plaideurs de rémunérer trois arbitres à un tarif horaire comparable à celui des avocats, de payer les frais de secrétariat du président, et parfois la location de salles. Le perdant assume les frais du gagnant et les honoraires de son mandataire.

68. Dans les causes relatives à des baux commerciaux comportant des problèmes techniques relevant des faits, les parties à une procédure judiciaire ou arbitrale<sup>181</sup> peuvent convenir d'une *expertise-arbitrage* et demander à un expert-arbitre d'émettre un rapport sur des questions de fait<sup>182</sup>. Il liera le juge ou les arbitres<sup>183</sup>. Souvent, l'avis de l'expert-arbitre suffit à amener les parties à un accord.

#### ***D. Le médiateur***

69. La médiation est *définie* comme « un mode juridictionnel de résolution des litiges qui voit un tiers neutre, indépendant et impartial, la médiatrice ou le médiateur, 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 »<sup>184</sup>.

Le recours à un médiateur<sup>185-186</sup> ou à une médiatrice, en dehors d'une procédure de conciliation ou d'une procédure judiciaire ou à l'occasion de celle-ci<sup>187</sup> facilite grandement la recherche d'un compromis.

En outre, il s'agit d'une solution *peu onéreuse* surtout si le médiateur intervient sans que les parties aient, chacune, recours à un mandataire<sup>188</sup>.

---

<sup>181</sup> Les parties n'ont pas nécessairement besoin d'entamer la procédure pour solliciter l'expertise-arbitrage. Elles peuvent le faire de manière amiable (ce qui présuppose une convention sur le caractère contraignant de l'avis de l'expert-arbitre) ou dans le cadre d'une demande de preuve à futur (art. 158 CPC).

<sup>182</sup> Art. 189 CPC. Exemple : les murs d'une arcade commerciale moisissent. Le bailleur affirme que cela est dû à une négligence du locataire. Ce dernier rétorque que le défaut est inhérent à l'immeuble. L'expert-arbitre les départage. Une expertise-arbitrage ne peut en revanche pas servir à déterminer le loyer usuel du quartier ou de la localité pour les baux d'habitations (art. 269a lettre a CO) : ATF 141 III 201, DB 27/2015 N 22.

<sup>183</sup> Art. 189 CPC.

<sup>184</sup> BOHNET, in Bohnet et autres, art. 213 CPC N 4 et réf. cit. Dans le même sens : MIRIMANOFF 2009, p. 162 ad 9.2.1 et PFISTERER, p. 9-10 N 4.1.3. Sur la transaction dans la médiation : MORAND, p. 159 ss N 509 ss.

<sup>185</sup> Les cantons tiennent à jour des listes de médiateurs assermentés. D'ordinaire, elles mentionnent ceux qui sont spécialisés dans le domaine immobilier, en particulier dans les baux à loyer.

<sup>186</sup> Sur la médiation : voir notamment les contributions de MIRIMANOFF 2009 et PFISTERER citées dans la bibliographie.

<sup>187</sup> Art. 213-218 CPC.

En règle générale, deux ou trois séances de médiation suffisent pour aboutir à un accord, ou pour constater que la situation justifie une procédure judiciaire.

70. La médiation débute en règle générale par la signature d'une *convention de médiation*<sup>189</sup>. Elle prévoit la confidentialité du processus, la présence éventuelle des mandataires des parties, le rôle du médiateur, les coûts de la médiation, etc.

Le médiateur incite les parties à dialoguer<sup>190</sup> et à aborder tous les sujets qui les préoccupent dans leurs rapports contractuels. Le médiateur s'efforce d'amener les parties à proposer elles-mêmes des solutions d'arrangement.

La médiation permet aussi d'attirer des tierces parties dans le processus<sup>191</sup>.

Elle peut en particulier être très utile pour résoudre des conflits collectifs.

Dans le domaine du bail à loyer, l'expérience démontre que la médiation peut s'avérer très efficace, pour autant que ce domaine assez technique soit connu du médiateur.

Soulignons néanmoins l'un des risques de la médiation : si le compromis issu de la médiation n'est *pas exécuté* par l'une des parties, l'autre doit parfois entamer *ab initio* une procédure en bonne et due forme pour parvenir à ses fins<sup>192</sup>.

### ***E. La personne de confiance***

71. Pour les aider dans leurs négociations les parties peuvent aussi, d'un commun accord, faire appel à « une personne de confiance<sup>193</sup> » : ami commun ; professionnel de l'immobilier non impliqué dans le litige ;

---

<sup>188</sup> Les tarifs horaires des médiateurs sont moins élevés que ceux des avocats. A Genève, les parties en médiation peuvent bénéficier de l'assistance judiciaire (art. 63 al. 1 LOJ genevoise du 26 septembre 2010 ; E 2 05).

<sup>189</sup> Exemple : KOBEL, cité dans la bibliographie.

<sup>190</sup> Ci-dessus N 27-31.

<sup>191</sup> Ci-dessus N 51-53.

<sup>192</sup> Ci-après N 82. Dans ce contexte, la rédaction du compromis issu de la médiation est essentielle.

<sup>193</sup> Le CPC reconnaît l'utilité de ces personnes de confiance : il admet qu'elles assistent l'une des parties devant l'autorité de conciliation (art. 204 al. 2 CPC).

responsable d'une association à laquelle les deux parties appartiennent ; personne disposant d'une autorité morale reconnue (ancien juge, avocat connu des deux parties qui s'érige en « amiable compositeur »). Ces personnes de confiance doivent être d'une particulière bonne volonté, car leur rôle peut leur valoir des ennuis, si leur mission échoue et s'ils se brouillent de ce fait avec l'un ou/et l'autre intéressé !

Même si le choix d'une telle personne de confiance peut s'avérer plus économique, il vaut parfois mieux avoir recours à des professionnels dont le métier est de faciliter le compromis.

## VI. Le document transactionnel

### A. La nature juridique de la transaction

72. La transaction *extra-judiciaire* (*aussergerichtlicher Vergleich*), intervenant alors qu'aucune procédure n'est pendante ou en dehors d'une telle procédure, est un contrat innommé *sui generis*, auquel les dispositions générales du Code des obligations s'appliquent<sup>194</sup>.
73. La transaction *judiciaire*<sup>195</sup> (*gerichtlicher Vergleich*), intervenant dans le cadre d'une procédure, est aussi un contrat innommé *sui generis*, mais revêt en outre des aspects procéduraux<sup>196</sup>. Elle met sans autre fin au procès et est revêtue de l'autorité de la chose jugée ; elle est exécutoire à l'instar d'un jugement<sup>197</sup> ; elle vaut titre de mainlevée définitive<sup>198</sup> dans le cadre d'une poursuite ultérieure.

---

<sup>194</sup> ATF 132 III 737, cons. 1.3, DB 19/2007 N 18 ; 130 III 563, cons. 2.1, DB 17/2005 N 22 ; 130 III 49, cons. 1.2 ; 121 III 397, cons. 2c ; TERCIER/FAVRE N 8114, p. 1227 ; FAVRE-BULLE/BABEL, p. 1289 N 0.8 ; MORAND, p. 36 N 41-42 ; KUKO ZPO-NAEGELI, art. 241 CPC N 25.

<sup>195</sup> Pour une définition de la transaction judiciaire : GILLIARD, p. 25 (avant le CPC). Quand la transaction intervient dans le cadre d'une procédure arbitrale, on parle de « transaction arbitrale ».

<sup>196</sup> MORAND, p. 143 N 449 et réf. cit ; TERCIER/FAVRE, N 8116, p. 1227 ; KUKO ZPO-NAEGELI/RICHERS, art. 241 CPC N 27.

<sup>197</sup> Art. 208 al. 2 et 241 al. 2 CPC ; MORAND, p. 159 N 508. Certains auteurs considèrent que le procès-verbal d'accord ne déploie pareils effets que lorsque la décision de rayer la cause du rôle (art. 241 al. 3 CPC) a été rendue.

<sup>198</sup> Art. 80 al. 2 chiffre 1 LP.

Pour qu'une transaction puisse être qualifiée de judiciaire, il faut que la litispendance ait été créée<sup>199</sup>. Une demande en conciliation ou en justice doit avoir été déposée<sup>200</sup>.

Il peut s'agir d'une *demande de conciliation volontaire*<sup>201</sup>, émanant des parties à une transaction extra-judiciaire, qui souhaitent la faire homologuer et donc en faire une transaction judiciaire.

### ***B. Son contenu et les précautions à prendre***

74. La prudence élémentaire veut qu'un accord amiable soit couché sur le papier. D'ailleurs, si le bail liant les parties consiste, comme c'est d'ordinaire le cas, en un document écrit, ses modifications doivent en règle générale revêtir la *forme écrite*<sup>202</sup>.

Lorsque les parties ont conclu un accord en dehors d'une procédure de conciliation ou judiciaire, la loi ne protège le locataire durant trois ans contre les congés que s'il peut prouver « par des écrits » qu'il s'est entendu avec le bailleur<sup>203</sup>.

75. En cas de **transaction extra-judiciaire**<sup>204</sup>, le document transactionnel peut prendre la forme d'un échange de correspondances ou d'une lettre dans laquelle l'une des parties rappelle les termes de l'accord et que l'autre contresigne.
76. Toutefois, dès que le contenu de l'arrangement extra-judiciaire est compliqué, les parties ont intérêt à rédiger une *convention*<sup>205</sup>.

---

<sup>199</sup> Art. 62 CPC.

<sup>200</sup> Cour d'appel civile VD, JdT 2013 III, p. 114 cons. 3b et réf. cit.

<sup>201</sup> L'art. 2 al. 3 de la Loi genevoise organisant la Commission de conciliation en matière de baux et loyers du 28 novembre 2010 (E 3 15) prévoit qu'à la demande d'un bailleur ou d'un locataire l'autorité de conciliation fait office d'organe de conciliation volontaire.

<sup>202</sup> Présomptions réfragables de l'art. 16 al. 1 CO.

<sup>203</sup> Art. 271a al. 2 CO.

<sup>204</sup> Ci-dessus N 72.

<sup>205</sup> Si elle implique un transfert de propriété immobilière, la convention transactionnelle revêtira la forme authentique : ATF 95 II 419, JdT 1970 I 637, cons. 2c.

Celle-ci sera signée par toutes les parties au contrat de bail. En outre, le *conjoint* ou le partenaire enregistré du locataire devra aussi y apposer sa signature, si l'accord met fin au bail portant sur le logement familial<sup>206</sup> ou prévoit une prolongation judiciaire de ce contrat<sup>207</sup>.

Sur le fond, la convention transactionnelle devrait comporter, de notre point de vue, les éléments suivants.

- Un *préambule*, rappelant brièvement les circonstances à l'origine du litige et entourant la transaction. Ce préambule peut être utile en cas de difficultés d'interprétation de la convention. Il décrira en particulier le litige que les parties ont entendu solder et qui ne justifie désormais de leur part aucune prétention autre que celles découlant de la convention transactionnelle<sup>208</sup>.
- Si l'accord concerne le *montant du loyer*, il conviendra d'indiquer : le montant du nouveau loyer, son éventuel échelonnement ou son indexation, la date de sa prise d'effet et la date de la fin du bail, les différentes périodes d'un éventuel échelonnement, les paramètres de fixation du loyer à prendre ultérieurement en considération<sup>209</sup> (par exemple, taux hypothécaire et/ou indice des prix de référence).
- Lorsque la transaction met fin à un litige sur le montant du loyer (majoration, contestation du loyer initial, demande de baisse), la question d'adjoindre à la convention un *formulaire officiel*<sup>210</sup> ne se pose pas : par définition ce formulaire a été précédemment notifié<sup>211</sup> ou n'est pas nécessaire<sup>212</sup>.

---

<sup>206</sup> Art. 266*m* al. 1 CO qui exige dans cette hypothèse le consentement exprès du conjoint.

<sup>207</sup> Art. 273*a* al. 2 CO.

<sup>208</sup> FAVRE-BULLE/BABEL, p. 1290 s. N 0.16.

<sup>209</sup> Ces paramètres serviront ultérieurement à la fixation du loyer selon la méthode relative. La question de savoir s'il doit s'agir des critères en vigueur au moment de la fixation consensuelle du loyer ou s'il peut s'agir d'autres critères sur lesquels les parties se mettent d'accord (anticipation d'une évolution de l'indice ou du taux hypothécaire) est délicate. Selon les circonstances, il peut s'agir d'une « réserve tacite » de hausse de loyer, non admise par la pratique.

<sup>210</sup> Art. 269*d* al. 1 et 2 CO ; art. 19 OBLF.

<sup>211</sup> S'il s'agit d'une majoration du loyer (art. 269*d* al. 1 CO) ou, pour les habitations, dans les cantons qui appliquent l'art. 270 al. 2 CO.

<sup>212</sup> Pour les demandes de baisse de loyer (art. 270*a* CO) ou pour la fixation du loyer initial (locaux commerciaux ; habitations dans les cantons qui n'ont pas introduit la formule

- Lorsque l'accord met fin à un litige ne concernant pas initialement la fixation du loyer, mais que les parties, débordant le cadre initial du litige<sup>213</sup>, conviennent aussi de majorer le loyer, l'adjonction d'un formulaire officiel ne se justifie pas non plus, à nos yeux. Ce type d'accord correspond en effet à une *majoration consensuelle du loyer*, laquelle est dispensée de la notification d'un formulaire officiel. Par prudence la convention précisera que le locataire, en toute connaissance de ses droits, a pleinement accepté la majoration du loyer et a renoncé à une notification sur formulaire officiel<sup>214</sup>.
- Si l'accord fait suite à la *résiliation du bail*, il faut préciser la date pour laquelle le locataire admet la validité du congé, son éventuel engagement de libérer les lieux à la date convenue, de sa personne, de ses biens et de tous tiers, en les vidant de tous les meubles et objets lui appartenant et en les laissant en bon état « de réparation locative », la durée et la nature (première, deuxième, unique) de la prolongation<sup>215</sup> du bail consentie, une éventuelle renonciation du bailleur au congé<sup>216</sup> et les clauses essentielles du nouveau bail que les parties ont alors convenu de conclure<sup>217</sup>, ainsi qu'une modification éventuelle du préavis de résiliation<sup>218</sup>.
- Si l'accord porte sur la *réparation d'un défaut de la chose louée (travaux)* ou sur une *rénovation des locaux*, on mentionnera : le

---

officielle au sens de l'art. 270 al. 2 CO).

<sup>213</sup> Ci-dessus N 14 et 46-50.

<sup>214</sup> ATF 128 III 419, cons. 2.4.2 ; 123 III 70, cons. 3a/b, DB 9/1997 N 18 ; TF du 07.07.2008, 4A\_198/2008, cons. 3.1. La précaution de faire confirmer au locataire qu'il a renoncé en toute connaissance de cause à la formule officielle est surtout importante en cas de transaction extra-judiciaire. En cas de transaction judiciaire, le juge qui homologue l'accord attirera l'attention du locataire sur les conséquences d'une renonciation à ses droits.

<sup>215</sup> En cas d'accord, les parties ne sont pas liées par la durée maximale des prolongations prévues par la loi (art. 272b al. 2 CO). En outre, il est important de préciser s'il s'agit d'une prolongation judiciaire du contrat au sens des art. 272 ss CO, ou d'une prorogation (renouvellement) du contrat ne valant pas prolongation judiciaire de bail.

<sup>216</sup> Formellement lorsque le congé est parvenu dans la sphère d'influence du locataire, le bailleur ne peut pas juridiquement y renoncer, mais les parties peuvent conclure un nouveau bail.

<sup>217</sup> Le plus sûr est de rédiger le nouveau contrat et de le joindre à la convention.

<sup>218</sup> En cas de prolongation judiciaire, les préavis et échéances sont modifiés de par la loi pendant la durée de la prolongation (art. 272d CO), mais les parties peuvent valablement déroger à cette norme.

descriptif des travaux à effectuer (devis si possible à l'appui) ; la partie chargée de mandater l'entreprise<sup>219</sup> ou les entreprises ; la partie qui assumera les coûts des travaux ; les dates d'exécution et de fin des travaux ; l'éventuelle indemnité due au locataire en fin de bail, s'il paie les travaux (ou l'absence d'une telle indemnité) ; d'éventuelles modifications du bail en lien avec les travaux.

- Si l'une des parties consent à verser une *indemnité* à l'autre, il faut en indiquer le montant<sup>220</sup>, la date du paiement, y compris pour d'éventuels intérêts convenus<sup>221</sup>, la quittance pour le paiement s'il est effectué séance tenante, la mention que l'accord vaut reconnaissance de dette<sup>222</sup>. Si le paiement est convenu par acomptes, il faut indiquer leur montant et les échéances de chacun d'entre eux, en y ajoutant une *clause ordinaire d'exigibilité*<sup>223</sup>.
- Une *quittance pour solde de tous comptes*. Elle garantit que les parties n'ont pas de prétentions à faire valoir l'une envers l'autre, autres que celles découlant de la convention ou du contrat de bail, s'il subsiste<sup>224</sup>. Cette clause doit être rédigée avec soin ; elle doit préciser si les parties laissent subsister certaines questions non résolues de leur différend (*transaction partielle*) ou si l'accord solde définitivement toutes les prétentions réciproques, quelle qu'en soit l'origine<sup>225</sup>.
- Le *retrait des éventuelles poursuites* notifiées par l'une des parties à l'autre<sup>226</sup>.

---

219 Si l'entreprise est mandatée par le locataire, le bailleur se prémunira contre le risque d'hypothèque légale : ATF 126 III 505, cons. 4 et 5 ; LCHAT, bail, p. 828 ad 2.9 et réf à la note de bas de page 19.

220 En chiffre et en lettres, en précisant si nécessaire la monnaie, s'il ne s'agit pas de francs suisses.

221 En cas de retard dans le paiement de l'indemnité convenue, des intérêts moratoires en principe de 5% sont dus (art. 104 al. 1 CO).

222 Elle facilite si nécessaire l'obtention ultérieure d'une mainlevée provisoire d'opposition (art. 82 LP).

223 Dite aussi « clause d'accélération » : « en cas de retard de plus de x jours dans le paiement de l'une ou l'autre des mensualités, le solde devient immédiatement exigible, sans autre sommation ».

224 Sur la portée de la quittance pour solde de tous comptes : MORAND, p. 89-90 N 250 à 254.

225 Dans ce cas : « pour solde de tous comptes et de toutes prétentions réciproques ».

226 « Le locataire s'engage à retirer séance tenante la poursuite No...qu'il a fait notifier a

- La prise en charge des *honoraires d'avocat ou d'autres mandataires*. En cas de transaction extra-judiciaire, il est d'usage que chacune des parties supporte ses frais d'avocat ; toutefois, si l'un des mandataires a fourni plus de prestations que l'autre, parce que, par exemple, il s'est chargé de rédiger une convention compliquée, une clé différente de répartition des honoraires peut être convenue.
- En cas de transaction survenant en marge d'une procédure en cours<sup>227</sup>, sans que les parties souhaitent son homologation judiciaire, l'engagement du demandeur d'écrire à la juridiction concernée pour l'informer de la transaction, *retirer la demande en justice et demander que la cause soit rayée du rôle*. Ce courrier précisera que le retrait de la demande intervient avec « désistement d'action »<sup>228</sup>, et indiquera comment les parties entendent se partager les frais et dépens de la procédure<sup>229</sup>.
- Lorsque la *transaction porte sur l'entier du bail*<sup>230</sup>, le plus simple consiste à rédiger le contrat *in extenso* et à y intégrer une clause précisant qu'il met fin à tous les litiges entre les parties et remplace toutes leurs conventions antérieures.
- La *convention qui intègre des personnes autres que les parties au contrat*<sup>231</sup> comportera des clauses réglant les seuls rapports entre le

---

M XYZ le 4 avril 2016 et à en demander la radiation au registre des poursuites ; copie de la lettre à l'office des poursuites sera transmise à M XYZ ».

<sup>227</sup> Pareille solution fait perdre aux parties le bénéfice de l'homologation judiciaire de la convention (ci-dessus N 73 et ci-après N 84). Les parties ont plutôt intérêt de faire homologuer leur accord par le juge, mais il peut arriver que pour des motifs de discrétion elles ne le souhaitent pas.

<sup>228</sup> Le retrait de la demande (désistement d'action ; art. 65, 208 al. 2 et 241 al. 2 CPC) est une déclaration unilatérale du demandeur (ou du défendeur reconventionnel) par laquelle il retire l'action qu'il avait introduite. Elle a les effets d'un jugement en force, si bien que la même demande ne peut pas être réintroduite sur le même objet. En conciliation, le demandeur peut retirer sa demande en se réservant le droit de la déposer à nouveau (BSK ZPO-INFANGER, art. 65 CPC N 6). Devant le juge, s'il entend se réserver la faculté de la déposer à nouveau, le demandeur doit retirer sa demande avant que le défendeur l'ait reçue, ou bien il doit obtenir l'accord du défendeur (art. 65 CPC).

<sup>229</sup> En règle générale, les parties conviennent de « compenser les dépens », c'est-à-dire qu'elles renoncent, chacune, à en percevoir. Quant aux frais de justice (notamment d'introduction de la procédure), il peut être envisagé de les partager, tout en demandant au juge de les réduire au minimum (cf. ci-dessus note de bas de page N 174).

<sup>230</sup> Ci-dessus N 46-50.

<sup>231</sup> Ci-dessus N 51-53.

locataire et le bailleur, et d'autres relatives aux relations entre le(s) tiers et chacune des parties précitées.

Par exemple, en cas de dégâts et de nuisances provenant d'un chantier voisin, les clauses concernant les parties au bail diront que le bailleur procédera aux réparations (à définir clairement) de la chose louée, que le loyer est réduit de x% pendant une période définie et que le locataire recevra CHF y.- de dommages-intérêts. Le voisin s'engagera à rembourser au bailleur le coût des réparations et les réductions de loyer consenties au locataire et à lui payer une indemnité de CHF (y+z).- Le montant de CHF z.- correspondra à un dédommagement supplémentaire, dû par le voisin au bailleur pour des nuisances que celui-ci a personnellement subies. Le *quitus* pour solde de tout compte concernera tous les rapports entre ces trois parties à la convention.

- Une éventuelle *clause de confidentialité*. Par celle-ci, les parties s'interdisent réciproquement d'informer des tiers de l'existence et du contenu de leur accord. Pareille clause peut faciliter la transaction, les parties ne souhaitant pas que le revirement qui les a amenées à trouver une solution amiable soit divulgué. Il ne faut pas surestimer la portée d'une telle clause de confidentialité, sa violation étant d'ordinaire dépourvue de sanctions<sup>232</sup>.
- Une clause relative au *droit applicable*<sup>233</sup> et au *for*<sup>234</sup>. Elle peut avoir le contenu suivant : « En cas de litige relatif à l'interprétation ou à l'application de la présente convention, les parties reconnaissent que le droit suisse est seul applicable et que les juridictions de baux à loyer du canton de [...] sont compétentes, sous réserve d'un éventuel recours au Tribunal fédéral ».

77. A propos de la **transaction judiciaire**<sup>235</sup>, qui intervient dans le cadre d'une procédure en cours<sup>236</sup> devant l'autorité de conciliation ou le tribunal, précisons ce qui suit.

---

<sup>232</sup> Les parties peuvent prévoir des sanctions en cas de violation de la confidentialité, mais les appliquer peut s'avérer difficile.

<sup>233</sup> Lors que la location comprend un élément international.

<sup>234</sup> Il peut s'agir d'une clause d'arbitrage, si le litige est arbitral (ci-dessus N 65).

<sup>235</sup> Ci-dessus N 73.

<sup>236</sup> Nous avons vu que cette procédure (conciliation volontaire) peut n'être intentée que

- Si l'accord intervient *en audience*, les parties en indiqueront le contenu à l'autorité. Il sera mentionné au procès-verbal. Les deux parties signeront ce dernier<sup>237</sup> et en recevront une copie<sup>238</sup>. Ce procès-verbal aura les effets d'une décision entrée en force<sup>239</sup>. Selon les tribunaux, il arrive que l'accord noté au procès-verbal soit encore confirmé par un jugement rendu d'accord entre les parties<sup>240</sup>.
- Si l'accord intervient *hors la présence de l'autorité de conciliation ou du juge*, les parties peuvent lui écrire et lui transmettre le contenu de leur accord. En pratique, une simple lettre, signée par les deux parties, suffit pour l'autorité de conciliation. A réception, l'autorité de conciliation convoquera les parties pour qu'elles signent le procès-verbal concrétisant l'accord<sup>241</sup>. Si la procédure est déjà devant le Tribunal, les plaideurs lui adresseront des « *conclusions d'accord* » qu'ils signeront conjointement. Le juge rendra un « *jugement d'accord* » reprenant le contenu desdites conclusions.
- L'*autorité* doit s'assurer que le contenu de l'accord est clair et complet<sup>242</sup> et ne comporte pas de contradictions ou d'impossibilités.

---

dans le but de faire homologuer une transaction extra-judiciaire : ci-dessus N 73, dernier paragraphe.

<sup>237</sup> Art. 208 al. 1 et 241 al. 1 CPC. Les magistrats de la commission de conciliation et le greffier du tribunal (art. 235 al. 1 lettre f CPC) signent aussi le procès-verbal.

<sup>238</sup> Art. 208 al. 1 CPC pour la conciliation. Non prévu expressément par le CPC pour le procès-verbal de transaction passé devant le juge, mais cela résulte de l'art. 239 CPC.

<sup>239</sup> Art. 208 al. 2 et 241 al. 2 CPC.

<sup>240</sup> Pareille précaution n'est pas nécessaire, sauf en procédure arbitrale (art. 385 CPC). En revanche, selon nous, la décision de rayer la cause du rôle (art. 241 al. 3 CPC) doit être communiquée aux parties.

<sup>241</sup> Lorsque les parties sont toutes deux représentées par des avocats, il arrive que l'autorité de conciliation renonce à une audience et homologue l'accord au moyen d'un procès-verbal, auquel est jointe la correspondance desdits avocats. Dans le même sens, TAPPY/NOVIER, p. 117.

<sup>242</sup> TF du 21.07.2011, 5A\_126/2011, cons. 4.1.2 : le juge auquel une convention transactionnelle est soumise doit seulement en prendre connaissance et constater la fin du procès, sans avoir à vérifier si les termes en sont équitables. Ce n'est que lorsque la convention est manifestement contraire au droit, par exemple en cas de lésion d'une partie, que le juge doit refuser d'en prendre acte et obliger les parties à poursuivre la procédure sur l'objet litigieux ou à transiger selon d'autres termes. Il peut toutefois toujours contrôler que la transaction est claire et complète (ATF 124 II 8, cons. 3b et les références doctrinales citées). En effet seule une transaction dont les termes liquident les conclusions de l'action pendante peut mettre fin au litige.

Elle doit attirer l'attention des parties sur les fautes de rédaction ou de logique que comporte leur accord.

D'office, le magistrat doit s'assurer que la transaction porte sur des droits à la libre disposition des parties, qu'elle ne heurte pas des dispositions impératives du Code<sup>243</sup>. Par exemple, le juge ne doit pas homologuer un accord par lequel le locataire renonce par avance à contester un congé ou à solliciter une prolongation de bail<sup>244</sup>.

- Si les parties ne résolvent pas l'ensemble des points litigieux, l'autorité de conciliation ou le juge peut homologuer une *transaction partielle* (jugement d'accord « sur partie<sup>245</sup> »).

Dans cette hypothèse, l'autorité de conciliation donnera pour le surplus l'autorisation de procéder ou formulera une proposition de jugement.

Lorsque la transaction partielle intervient devant le tribunal, l'accord partiel sera homologué par le juge, qui rendra pour le surplus un jugement sur les points demeurés litigieux.

- La transaction judiciaire<sup>246</sup> doit comporter de préférence des *mesures d'exécution*, lorsque l'accord ne porte pas sur des sommes d'argent : ordre donné au bailleur d'évacuer les locaux de sa personne, de ses biens et de tous tiers, à la date convenue ; ordre donné aux autorités compétentes de prêter main-forte à l'expulsion, si nécessaire ; interdiction faite au bailleur de signer un bail avec un tiers, sous menace des peines de droit ; ordre donné au bailleur ou au locataire d'exécuter les travaux convenus dans un certain délai et autorisation

---

<sup>243</sup> Cf. note de bas de page 242 ci-dessus.

<sup>244</sup> Art. 273c CO ; MORAND, p. 158 s. N 505 s. et p. 173-174 N 569-577.

<sup>245</sup> Le jugement sur partie (*Teilentscheid*) n'est pas prévu par le CPC. Il s'agit d'une variante de la décision finale (art. 236 CPC) qui ne tranche définitivement qu'un ou plusieurs chefs d'une demande, sans les trancher tous : ATF 135 III 212, cons.1.2.1 ; ATF 134 III 426, cons. 1.1. ; MORAND, p. 152 s. N 484-488.

<sup>246</sup> Avec l'accord des parties, l'autorité de conciliation peut – à notre avis – aussi inclure des mesures d'exécution dans la transaction : BSK ZPO-DROESE, art. 335 CPC N 19 ; JEANDIN, in Bohnet et autres, art. 335 CPC N 12. En pratique certaines autorités de conciliation refusent de le faire, au motif que les mesures d'exécution ne sont pas à la libre disposition des parties. Pareille prise de position constitue à nos yeux un frein à la conciliation.

donnée à l'une des parties de les faire exécuter aux frais de l'autre<sup>247</sup>, si cette dernière est défailante, par exemple.

- Un jugement d'accord peut suppléer les éventuelles formes exigées pour une transaction extra-judiciaire.

Ainsi un jugement d'accord peut ordonner au registre foncier le transfert d'un immeuble, sans qu'il soit nécessaire de passer devant un notaire (les émoluments du registre foncier doivent néanmoins être acquittés)<sup>248</sup>.

Pour le surplus, quant à son contenu, la transaction judiciaire doit/peut comporter les mêmes précisions que l'arrangement extra-judiciaire<sup>249</sup>.

### *C. La remise en cause de la transaction*

78. La **transaction extra-judiciaire** peut être remise en cause<sup>250</sup>, comme toute convention, pour lésion<sup>251</sup>, erreur essentielle<sup>252</sup>, dol<sup>253</sup> ou crainte fondée<sup>254-255</sup>. Elle peut être entachée de nullité, lorsqu'elle déroge à une règle impérative du Code des obligations<sup>256</sup> ou lorsqu'elle est conclue par un incapable de discernement<sup>257-258</sup>.

Lorsque les parties sont assistées par un mandataire qualifié, ces hypothèses sont peu plausibles et rares.

---

<sup>247</sup> Art. 98 CO.

<sup>248</sup> ATF 99 II 359 cons. 3a, JdT 1974 I 232 ; FAVRE-BULLE/BABEL, p. 1290 N 0.11.

<sup>249</sup> Ci-dessus N 76.

<sup>250</sup> Sur l'invalidation de la transaction extra-judiciaire : MORAND, p. 114-135 N 341-423.

<sup>251</sup> Art. 21 CO.

<sup>252</sup> Art. 23-26 CO.

<sup>253</sup> Art. 28 CO.

<sup>254</sup> Art. 29 CO.

<sup>255</sup> Sur l'application des règles sur les vices de la volonté aux transactions extra-judiciaires : ATF 130 III 49, cons. 1.2 ; 117 II 218, cons. 4b ; TF du 04.08.2014, 4A\_217/2014, cons. 2.

<sup>256</sup> Art. 20 CO. La nullité peut être invoquée en tout temps, sauf abus de droit.

<sup>257</sup> Art. 16 ss CC.

<sup>258</sup> Il est difficile de concevoir qu'une convention transactionnelle porte atteinte à la personnalité des parties (art. 27 CC) ou soit contraire aux mœurs (art. 20 CO). Elle peut avoir un objet impossible (*ibidem*). Exemple : prolongation du bail d'une maison qui vient d'être complètement détruite par un incendie.

La remise en cause d'un accord transactionnel est donc une *voie très étroite et difficile*.

La partie qui s'y risque doit agir dans le délai d'un an, dès la conclusion de l'accord<sup>259</sup>, ou déclarer à l'autre sa résolution dans le même délai d'un an dès la découverte de l'erreur essentielle ou du dol ou dès que la crainte fondée s'est dissipée<sup>260</sup>.

79. La **transaction judiciaire** ne peut être remise en cause que par le biais de la *voie étroite de la révision*<sup>261-262</sup>.

Il s'agit là d'une voie encore plus difficile que pour la remise en cause d'une transaction extra-judiciaire : l'accord est intervenu sous l'égide d'un magistrat de l'ordre judiciaire.

A l'appui de sa mise en cause de la transaction judiciaire, la partie qui se dit lésée peut tenter de se prévaloir des mêmes *motifs* qu'en cas de transaction extra-judiciaire<sup>263</sup>. Cependant, il est communément admis que les dispositions relatives aux vices de la volonté ne s'appliquent que restrictivement<sup>264</sup>.

La demande de révision, écrite et motivée, doit être adressée à l'autorité judiciaire qui a homologué la transaction<sup>265</sup>, dans un *délai* de 90 jours à dater de la découverte du motif de révision, mais au plus tard dans les dix ans à dater de l'entrée en force de la transaction judiciaire.

---

<sup>259</sup> Pour la lésion : art. 21 al. 2 CO.

<sup>260</sup> Art. 31 al. 1. et 2 CO.

<sup>261</sup> Art. 328 al. 1 lettre c CPC.

<sup>262</sup> ATF 139 III 133, cons. 1.2 et 1.3 : aucune voie de droit ordinaire n'est ouverte contre la « décision » rayant la cause du rôle ensuite d'une transaction judiciaire et contre la transaction elle-même. La décision de radiation ne peut être attaquée par un recours que sur la question des frais. MORAND, p. 178 s. N 588-592. Exemples de demandes de révision d'une transaction passée devant l'autorité de conciliation : TF du 26.03.2014, 4A\_586/2013 ; DB 8/1996 N 31.

<sup>263</sup> Ci-dessus N 78 ; MORAND, p. 179 s. N 593-595.

<sup>264</sup> ATF 105 II 273, cons. 3a, JdT 1980 I 358 ; ATF 119 II 297, cons. 3b, JdT 1996 I 208 ; HOHL, tome I N 1363.

<sup>265</sup> Art. 328 al. 1 et 329 al. 1 CPC.

## VII. L'exécution de la transaction

80. Une fois qu'elles ont conclu la transaction, les parties doivent veiller à son *exécution* : demander le paiement de la somme convenue, prier le locataire de quitter les lieux à la date prévue, exécuter les travaux.

Si le débiteur de l'obligation ne s'exécute pas, son créancier le relancera de vive voix, puis par écrit.

Lorsque ces démarches préalables ne suffisent pas, la situation se présente différemment, selon que la transaction porte sur le paiement d'une somme d'argent<sup>266</sup> ou sur une autre obligation. Dans ce dernier cas, il faut distinguer entre la transaction judiciaire et la transaction extra-judiciaire<sup>267</sup>.

81. Si la transaction porte sur une **somme d'argent**<sup>268</sup>, dont le débiteur ne s'acquitte<sup>269</sup> pas, le créancier agira par la voie d'une *poursuite pour dettes*<sup>270-271</sup>. Dans un premier temps, il fera notifier au débiteur un commandement de payer. En cas d'opposition du débiteur audit commandement de payer, la transaction vaudra titre de mainlevée provisoire, si elle contient une reconnaissance de dette<sup>272</sup> (transaction extra-judiciaire), ou définitive<sup>273</sup> (transaction judiciaire). Une fois l'opposition levée, le créancier requerra la saisie ou la faillite du débiteur.

82. Lorsque l'obligation ne porte **pas sur une somme d'argent**<sup>274</sup> (*Realvollstreckung*), la **transaction extra-judiciaire**, simple contrat<sup>275</sup>, ne constitue pas un titre exécutoire<sup>276</sup>.

---

<sup>266</sup> Ci-après N 81.

<sup>267</sup> Ci-après N 82-83.

<sup>268</sup> Ou sur la fourniture de sûretés.

<sup>269</sup> Le débiteur peut parfois s'en acquitter par compensation (art. 120 ss et 265 CO).

<sup>270</sup> Art. 335 al. 2 CPC.

<sup>271</sup> Le bailleur qui est le créancier de la somme convenue ne pourra impartir le délai comminatoire, puis résilier le bail en application de l'art. 257d al. 2 CO que si le montant dû correspond à du loyer et/ou des frais accessoires arriérés.

<sup>272</sup> Ci-dessus N 76.

<sup>273</sup> Ci-dessus N 73.

<sup>274</sup> Exemples : évacuer les locaux ; laisser libre accès à ceux-ci ; libérer une pièce pour permettre l'exécution de travaux ; procéder à des travaux.

<sup>275</sup> Ci-dessus N 72.

Le créancier de cette obligation doit agir conformément aux art. 107 ss CO. Dans un premier temps, il mettra son débiteur en *demeure* d'accomplir son (ses) obligation(s) et par prudence lui impartira par écrit un (nouveau) délai pour s'exécuter, même si la transaction prévoit déjà un tel délai.

Parfois le droit de fond permet, à l'échéance de la mise en demeure, au bénéficiaire d'une transaction extra-judiciaire d'*agir lui-même* en exécution, sans passer par l'autorité de conciliation ou par le juge. Il en va ainsi lorsque la convention prévoit l'exécution aux frais du bailleur de réparations de moyenne importance ; si le bailleur ne s'exécute pas, le locataire peut commander les travaux, les payer et en compenser le coût avec le loyer en cours<sup>277</sup>.

Mais hormis ce cas exceptionnel, les parties ne peuvent pas se faire justice propre : elles doivent requérir l'appui de l'autorité pour faire exécuter leur accord. Par exemple, le bailleur ne peut pas déménager les meubles du locataire, changer la serrure, couper l'eau et/ou l'électricité, même si la transaction comporte un engagement du locataire de quitter les lieux et qu'il ne le respecte pas.

Le créancier de l'obligation de faire ou de tolérer devra alors déposer une *demande judiciaire d'exécution*. Il s'adressera au juge de la procédure sommaire, sans passer par la conciliation, si la transaction extra-judiciaire est bien rédigée et que l'on est donc en présence d'un « cas clair »<sup>278</sup>.

Si le cas n'est pas clair, le créancier devra agir en exécution devant l'autorité de conciliation, puis devant le juge du fond.

Les conclusions du créancier demanderont dans les deux hypothèses (cas clair ou non) des mesures d'exécution.

---

<sup>276</sup> MORAND, p. 88 s. N 247-249. C'est la faiblesse de la transaction passée à l'issue d'une médiation : ci-dessus N 70 in fine.

<sup>277</sup> Art. 259b lettre b CO.

<sup>278</sup> Art. 257 CPC ; sur le cas clair : BOHNET/CONOD 2012, p. 227-232 N 45-56 et nombreuses jurisprudences citées ; FLORIAN ROHRER, op. cit. dans la bibliographie.

83. La **transaction judiciaire** comportera, si elle a été homologuée par l'autorité de conciliation ou le tribunal et qu'elle a été bien rédigée, des *mesures d'exécution*<sup>279</sup> qui permettront son *exécution directe*<sup>280</sup>.

Le créancier de l'obligation pourra alors solliciter du greffe de l'autorité qui a rendu la décision une attestation sur son caractère exécutoire<sup>281</sup>. Ensuite, il pourra soit agir lui-même aux frais du débiteur : commander les travaux convenus<sup>282</sup>, payer l'entreprise et compenser le montant payé avec le loyer dû ; soit demander à la police ou à un huissier judiciaire, selon les cantons, d'intervenir.

Si la transaction judiciaire, qui vaut jugement, ne comporte pas de mesures d'exécution<sup>283</sup>, le créancier de l'obligation doit saisir en procédure sommaire le tribunal de l'exécution<sup>284</sup> (*exécution indirecte*), afin qu'il ordonne les mesures d'exécution nécessaires. Selon leur nature, le créancier les exécutera ensuite lui-même ou les fera exécuter par la police ou un huissier judiciaire.

Egalement en cas de transaction judiciaire, le créancier ne peut pas se faire justice propre, sauf si la décision qui homologue la transaction comporte des mesures d'exécution l'habilitant à agir lui-même.

84. Il résulte de ce qui précède que l'homologation d'une transaction par une autorité (transaction judiciaire) est préférable : elle permet aux parties d'inclure dans le procès-verbal valant jugement des mesures d'exécution, facilitant si nécessaire ensuite la mise en œuvre de l'accord (exécution directe). Pour ce motif, les parties ont intérêt à faire homologuer une

---

<sup>279</sup> Ci-dessus N 77.

<sup>280</sup> Art. 337 CPC.

<sup>281</sup> Art. 336 al. 2 CPC.

<sup>282</sup> Dans cet exemple il s'agit de gros travaux (réparation d'un défaut grave) que le bailleur a accepté d'assumer et pour lesquels le juge a autorisé le locataire à effectuer aux frais du bailleur, en cas de défaillance de celui-ci (art. 98 CO).

<sup>283</sup> Cette hypothèse ne devrait se réaliser que si les parties, au moment de conclure la transaction judiciaire, ne se sont pas entendues sur les mesures d'exécution. Mais en règle générale, comme indiqué plus haut (N 77), toute transaction judiciaire bien rédigée devrait comporter des mesures d'exécution, y compris lorsqu'elle est homologuée par l'autorité de conciliation.

<sup>284</sup> Art. 338 al. 1 CPC. Sur la requête d'exécution : JEANDIN, in Bohnet et autres, art. 338 CPC ; BSK ZPO-DROESE, art. 338 CPC.

transaction extra-judiciaire par l'autorité de conciliation, en lui soumettant une *demande de conciliation volontaire*<sup>285</sup>.

### VIII. Conclusion

85. Le Code de procédure civile, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2011, repose sur l'adage « *concilier d'abord, juger ensuite* »<sup>286</sup>.

Les praticiens du droit du bail doivent être imprégnés de cette maxime et l'appliquer dans leur quotidien professionnel.

Ils y ont un intérêt en termes d'image, de temps et d'argent. Nous espérons l'avoir démontré à l'occasion du présent texte.

Certes, nos propos sont empreints d'un certain angélisme, si nous les mesurons à l'aune de la réalité quotidienne des études d'avocat, des gérances immobilières, des associations de locataires et des prétoires.

Mais, même dans la société dans laquelle nous vivons, n'est-il pas permis de faire preuve d'optimisme et de penser avec Rousseau<sup>287</sup> que par nature l'homme est bon ?

---

<sup>285</sup> Ci-dessus N 73 *in fine*.

<sup>286</sup> Message du Conseil fédéral, FF 2006, p. 6936.

<sup>287</sup> N'oublions pas que Jean-Jacques Rousseau a séjourné à Neuchâtel où se tient le présent Séminaire. Visitez donc le magnifique Espace Rousseau à la Bibliothèque publique et universitaire de Neuchâtel, 3 Place Numa-Droz (ouvert notamment le samedi de 9 à 17 heures).

## IX. Bibliographie

BIERI ISABELLE, Instances de proximité et conciliation, Plädoyer 5/2002, p. 44 ss (cité : BIERI ISABELLE)

BIERI LAURENT, Le risque de devoir payer des dépens pour la procédure de conciliation encourage-t-il les parties à accepter un arrangement ?, Jusletter du 9 mars 2015

BOHNET FRANCOIS, Le droit du bail en procédure civile suisse, 16<sup>e</sup> Séminaire, Neuchâtel 2010, p. 5 ss (cité : BOHNET 2010)

BOHNET FRANCOIS, Les grands arrêts de la profession d'avocat, 2<sup>e</sup> éd., Neuchâtel 2010 (cité : BOHNET, Les grands arrêts)

BOHNET FRANCOIS/CONOD PHILIPPE, Bail et procédure civile suisse : premiers développements, 17<sup>e</sup> Séminaire, Neuchâtel 2012, p. 213 ss (cité : BOHNET/CONOD 2012)

BOHNET FRANÇOIS/MONTINI MARINO (édit.), Droit du bail à loyer, Commentaire pratique, Bâle 2010 (cité : CPra Bail-AUTEUR)

BOHNET FRANCOIS/MARTENET VINCENT, Droit de la profession d'avocat, Berne 2009

BOHNET FRANCOIS/HALDY JACQUES/JEANDIN NICOLAS/SCHWEIZER PHILIPPE/TAPPY DENIS (édit.), Code de procédure civile annoté, Bâle 2011 (cité : AUTEUR in : Bohnet et autres)

CHAPPUIS BENOIT, La profession d'avocat, 2 tomes, 2<sup>e</sup> éd., Berne 2016

FAVRE-BULLE XAVIER/BABEL CAST CAROLINE, Le contrat de transaction, in : Marchand/Chappuis/Hirsch (édit.), Recueil de contrats commerciaux, Bâle 2013, p. 1281 ss

GILLARD FRANCOIS, La transaction judiciaire en procédure civile, thèse, Zurich 2003

HOHL FABIENNE, Procédure civile, Tome I et II, Berne 2001 et 2010

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM/WIELAND WOLFGANG (édit.), Basler Kommentar Obligationenrecht I, 6<sup>e</sup> éd., Bâle 2015 (cité BSK-WEBER)

- KOBEL PIERRE, Convention de médiation, in : Marchand/Chappuis/Hirsch (édit.), Recueil de contrats commerciaux, Bâle 2013, p. 1325 ss
- KOUMBARAKIS ZINON, Das Schlichtungsverfahren in Mietsachen nach der neuen Zivilprozessordnung, in Aktuelle Fragen zum Mietrecht, Zurich 2012, p. 117 ss
- LACHAT DAVID, Le Bail à loyer, Lausanne 2008 (cité : LACHAT, bail)
- LACHAT DAVID, Procédure civile en matière de baux et loyers, Lausanne 2011 (cité : LACHAT, procédure)
- MINDER MATTHIAS, Die Übertragung des Mietvertrags bei Geschäftsräumen, thèse, Zurich 2010
- Mirimanoff (édit.), La résolution amiable des différends en Suisse, Berne 2016 (cité : AUTEUR, in Mirimanoff)
- MIRIMANOFF JEAN A., Une nouvelle culture : la gestion des conflits, AJP 2/2009, p. 157 ss
- MORAND PIERRE-ANDRÉ, La transaction, Berne 2016
- OBERHAMMER PAUL/DOMEZ TANJA/HAAAS ULRICH (édit.), Schweizerische Zivilprozessordnung, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2013 (cité : KUKO ZPO-AUTEUR)
- PFISTERER THOMAS, Einigung und Mediation – Übersicht über die aktuelle Bundesgesetzgebung, AJP 1/2008, p. 3 ss
- ROHRER FLORIAN, Der Rechtsschutz in klaren Fällen nach Art. 257 ZPO, MRA 1/2016, p. 1 ss
- SPUHLER KARL/TECHIO LUCA/INFANGER DOMINIK (édit.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Basler Kommentar, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2013 (cité : BSK ZPO-AUTEUR)
- SVIT, Le droit suisse du bail à loyer, Bâle 2011 (cité : SVIT-K)
- TAPPY DENIS/NOVIER MERCEDES, La procédure de conciliation et la médiation dans le code de procédure civile suisse (art. 197- 218 CPC), in codice di diritto processuale svizzero, Bâle 2011, p. 81 ss
- TERCIER PIERRE/FAVRE PASCAL G., Les contrats spéciaux, 4<sup>e</sup> éd., Zurich 2009

TERRAPON PASCAL, Transfert du bail commercial et restitution anticipée de la chose louée, 17<sup>e</sup> Séminaire Neuchâtel 2012, p. 151 ss

WETZEL THOMAS/MESEK KARIN, Die Vereinbarung zur Zahlung von Schlüsselgeld : Ein nichtiges Koppelungsgeschäft ? MRA 2008, p. 1 ss