

Droit du bail et plateformes d'hébergement

par

Carole Aubert

Avocate, DEA en droit, sécurité et criminalité des
nouvelles technologies, Neuchâtel

| | |
|--|----|
| I. Introduction | 37 |
| A. Numérisation de la société | 37 |
| B. Nouveaux défis pour le politique | 38 |
| II. Economie de partage (<i>sharing economy</i>)..... | 41 |
| A. Notion et rôle économique..... | 41 |
| B. Quels défis impliquent ces nouvelles formes économiques ? | 43 |
| C. Principaux modèles rencontrés..... | 44 |
| D. Impact des plateformes d'hébergement | 47 |
| 1. Nouveau canal de distribution..... | 47 |
| 2. Enjeux juridiques affectant les politiques publiques | 47 |
| III. Plateformes d'hébergement | 52 |
| A. Introduction..... | 52 |
| B. Fonctionnement d'Airbnb | 53 |
| C. Qualification des relations juridiques avec la plateforme | 57 |
| IV. Droit du bail | 57 |
| A. Relations juridiques entre hôte et voyageur | 57 |
| 1. Qualification du contrat..... | 57 |
| 2. Conclusion du contrat..... | 60 |
| 3. Droit international privé | 61 |
| 4. Droit impératif..... | 62 |

| | |
|--|----|
| B. Relations juridiques entre bailleur et locataire principal..... | 63 |
| 1. Contrat de bail et sous-location..... | 63 |
| a) Autorisation préalable du bailleur | 64 |
| b) Droit du bailleur de refuser de donner son consentement | 66 |
| c) Conséquences en cas de refus du bailleur | 69 |
| aa) Refus du bailleur justifié | 69 |
| bb) Refus du bailleur injustifié..... | 70 |
| d) Retrait de l'autorisation..... | 71 |
| e) Action en remise du gain..... | 72 |
| 2. Obligation de diligence | 72 |
| 3. Dégâts provoqués par le sous-locataire | 73 |
| V. Conclusion..... | 74 |
| Bibliographie..... | 76 |

I. Introduction

A. Numérisation de la société

1. Alors que l'objectif était principalement d'automatiser à l'aide des nouvelles technologies de l'information et de la communication (TIC) les processus opérationnels répétitifs (achats, planification de la production, applications bancaires de base, etc.), on a assisté à l'avènement du « tout numérique ». Les nouveaux développements technologiques, comme l'informatique en nuage (*cloud computing*), l'informatique mobile (*mobile computing*), les données massives (*big data*) et l'internet des objets (*Internet of things* ou *IoT*) ont donné naissance à de nouveaux produits, services et modèles d'affaires. Pour les consommateurs, ces nouveautés engendrent des offres supplémentaires et des formes d'interaction nouvelles avec les prestataires et les autres consommateurs.
2. L'essayiste américain JEREMY RIFKIN¹ estime que la conjonction des nouvelles technologies (Internet, énergies renouvelables, imprimantes 3D) et de l'économie collaborative (licences libres, *Fablabs*, financement participatif) pourrait même entraîner l'éclipse du capitalisme tel qu'il existe aujourd'hui. Selon RIFKIN, le capitalisme est voué à disparaître, poussé par l'essor d'un nouveau système économique parallèle où chacun peut devenir lui-même producteur d'un bien ou d'un service à un coût proche de zéro et ainsi « court-circuiter » les entreprises classiques. En réduisant quasiment à néant le coût marginal (c'est-à-dire le coût de production d'une unité supplémentaire), Internet change complètement la donne.
3. Un nouveau domaine de création de valeur reposant entièrement sur ces nouvelles technologies est en train d'émerger. Aujourd'hui, la tendance est à une plus forte individualisation et au développement de solutions sur mesure, les nouvelles technologies permettant une compréhension approfondie de segments de clients et de marchés géographiques spécifiques ainsi qu'une meilleure expérience

¹ JEREMY RIFKIN, *The Zero Marginal Cost Society*.

commerciale. Le développement des TIC qui sous-tend la numérisation a par conséquent un impact considérable sur la mutation structurelle et la croissance économique. Les réflexions de RIFKIN se sont confirmées, notamment la tendance à remplacer les travailleurs par les machines, en raison de l'essor de l'intelligence artificielle et de la robotique puisque l'on parle d'une nouvelle révolution industrielle, l'« Industrie 4.0 »².

4. Selon le Conseil fédéral³, la Suisse peut créer un environnement favorable à l'économie numérique grâce à des conditions-cadre économiques attrayantes que sont, par exemple, la grande liberté d'entreprendre, la sécurité juridique, une main-d'œuvre qualifiée, la flexibilité du marché du travail, la qualité des infrastructures, une politique fiscale durable, une charge fiscale relativement modérée, une base solide en matière de formation et de recherche et une qualité de vie élevée.

B. Nouveaux défis pour le politique

5. Un historique de la vie politique et juridique suisse permet de constater l'évolution récente mais intense des mentalités au fur et à mesure de l'impact mesurable de cette nouvelle économie dans notre pays. Dans sa réponse du 3 septembre 2014 à un postulat sollicitant un rapport⁴ sur le phénomène des services gratuits ou payants d'internaute à internaute, notamment en matière de logement et de transport, au niveau international et suisse, le Conseil fédéral estimait qu'il incombait en priorité aux secteurs concernés de dénoncer aux autorités compétentes les éventuelles infractions aux prescriptions régissant le commerce et la concurrence ou d'utiliser tous les outils juridiques existants à leur disposition pour prévenir ou faire cesser les pratiques illicites. Il a ajouté que les problèmes liés aux transports et

² Voir notamment le récent colloque « Révolution 4.0 et droits fondamentaux au travail, Un nouveau défi pour le droit social et le droit du travail », CERT, UNINE, 2018.

³ CF-Conditions-cadre, résumé, p. 1.

⁴ <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefft?AffairId=20143658>.

au logement relevaient en premier lieu des autorités communales et cantonales, qui avaient déjà pris des mesures dans ces domaines. Le Conseil fédéral relevait en outre que « dans l'ensemble, les plateformes Internet proposant en Suisse des services gratuits ou payants ont des effets qui restent pour l'heure mesurables et ne constituent guère une source d'inquiétude ». Le Conseil fédéral estimait donc qu'il n'était pas urgent de procéder à une analyse détaillée ni d'examiner l'opportunité de prendre des mesures sur le plan légal.

6. Le 24 février 2016, le Conseil fédéral relevait désormais l'importance de l'économie numérique notamment dans le cadre de sa stratégie pour une société de l'information suisse^{5,6}. Le Conseil fédéral mentionnait notamment que le phénomène de l'économie participative s'était rapidement développé au cours des dernières années⁷. « Nous devons certes protéger les acteurs actuels contre la concurrence déloyale injuste, mais nous devons aussi et surtout encourager les nouveaux modèles, s'ils profitent au consommateur. Ne régulons pas trop, encourageons l'innovation, mais protégeons le consommateur »⁸. La décision du Conseil fédéral de se pencher sur l'économie collaborative fait aussi suite à l'initiative du canton du Valais⁹ sur les nouvelles formes d'hébergement, qui demandait à établir un inventaire des normes fédérales incompatibles avec les nouvelles formes d'hébergement touristique organisées entre particuliers par l'intermédiaire de plates-formes Internet¹⁰.

⁵ <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefft?AffairId=20154250>.

⁶ Postulat DERDER 14.4296.

⁷ Postulat SOMMARUGA 14.3658, motion HESS 14.4269 ainsi que l'initiative parlementaire du canton du Valais 15.302.

⁸ <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=36588>.

⁹ <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefft?AffairId=20150302>.

¹⁰ <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefft?AffairId=20150302>.

7. Le Conseil fédéral a posé les principes de sa politique économique en matière de numérisation dans sa stratégie « Suisse numérique »¹¹ du 20 avril 2016. Il a approuvé ensuite le 11 janvier 2017 un rapport sur les principales conditions-cadre pour l'économie numérique, qui dresse un état des lieux très détaillé dans le cadre de cette stratégie « Suisse numérique ». Si notre gouvernement a estimé qu'il n'était pas nécessaire d'édicter de nouvelles lois pour les acteurs de l'économie de partage, il a jugé en revanche que certaines réglementations, devenues superflues en raison de l'évolution numérique, devaient être ponctuellement adaptées et les conditions-cadre continuellement optimisées. Il a confié des mandats d'examen notamment dans les domaines de l'hébergement, du droit de la concurrence, de la mobilité, ainsi que de la formation et de la recherche.
8. Le 8 novembre 2017, dans un rapport intitulé « Conséquences de la numérisation sur l'emploi et les conditions de travail : opportunités et risques »¹², le gouvernement a analysé l'émergence des modèles d'affaires innovants, notamment les plateformes numériques et les conséquences sur l'emploi et les conditions de travail en Suisse.
9. Le 15 novembre 2017¹³, le Conseil fédéral a adopté le rapport sur « [l]a réglementation dans le secteur de l'hébergement »¹⁴, qui examine les questions de réglementation en lien avec les plateformes en ligne dédiées à des services d'hébergement. Il apparaît que, d'une manière générale, la législation fédérale couvre les prestations d'hébergement via les plateformes en ligne. Seule l'ordonnance sur le bail à loyer et le bail à ferme d'habitations et de locaux commerciaux (OBLF) nécessite d'être adaptée.

¹¹ <https://www.uvek.admin.ch/uvek/fr/home/communication/suisse-numerique.html>.

¹² https://www.seco.admin.ch/dam/seco/fr/dokumente/Wirtschaft/Wirtschaftspolitik/digitalisierung/bericht_auswirkung_digitalisierung.pdf.download.pdf/bericht_auswirkung_digitalisierung_fr.pdf.

¹³ <https://www.seco.admin.ch/seco/fr/home/seco/nsb-news.msg-id-68804.html>.

¹⁴ <https://www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/50388.pdf>.

10. Le 14 février 2018, en réponse à une interpellation parlementaire¹⁵, le Conseil fédéral mentionne que le développement, la production et la distribution de nouveaux produits et services numériques doivent bénéficier en Suisse d'une marge de manœuvre aussi grande que possible, tout en garantissant l'égalité de traitement de toutes les entreprises (art. 8 al. 1 Cst.), tant dans l'élaboration que dans l'application du droit. Le Conseil fédéral a mandaté le DEFR (SEFRI) d'étudier une série de programmes nationaux de recherche (PNR) à caractère interdisciplinaire sur la thématique de la « mutation numérique de l'économie et de la société ».
11. Une consultation a été ouverte le 21 mars 2018 relativement à une modification de l'OBLF en relation avec les plateformes d'hébergement¹⁶. A l'heure du numérique, le Conseil fédéral entend compléter l'ordonnance sur le bail à loyer et le bail à ferme d'habitations et de locaux commerciaux.

II. Economie de partage (*sharing economy*)

A. Notion et rôle économique

12. L'économie collaborative est une activité humaine qui vise à produire de la valeur en commun et qui repose sur de nouvelles formes d'organisation du travail. Ce terme a été inventé en 1978 par FELSON et SPAETH¹⁷ pour désigner les « événements dans lesquels une ou plusieurs personnes consomment des biens ou des services économiques dans un processus qui consiste à se livrer à des activités communes »¹⁸. Elle s'appuie sur une organisation plus horizontale que verticale, la mutualisation des biens, des espaces et des outils, qui va

¹⁵ <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefft?AffairId=20174003>.

¹⁶ Voir *infra* N 64 ss.

¹⁷ FELSON MARCUS/SPAETH JOE L., « Community Structure and Collaborative Consumption : A routine activity approach », *American behavioral scientist*, vol. 21 N 4, 1978, p. 614–624.

¹⁸ https://fr.wikipedia.org/wiki/%C3%89conomie_collaborative.

traduire l'usage plutôt que la possession, l'organisation des citoyens en « réseau » ou en communautés et généralement l'intermédiation par des plateformes internet. L'idée repose sur le partage, autrement dit l'utilisation en commun, de véhicules ou de logements entre particuliers. L'idée de partager ce genre de ressources n'est pas nouvelle, puisque l'on utilise, loue ou prête collectivement depuis très longtemps¹⁹, comme le concept *Mobility* en Suisse depuis les années 80.

13. Ainsi, les développements de l'économie collaborative reposent sur des technologies qui multiplient les possibilités de connexion entre acteurs. De ces mises en connexion, auparavant aléatoires ou trop coûteuses, naissent de nouvelles possibilités d'usage, qui ne se cantonnent plus au niveau local.

Pour autant, ces technologies ne dictent pas les modèles économiques et les organisations sociales qui s'en saisissent. L'intensité du caractère collaboratif renverra alors à la création de contenus ou de possibilités nouvelles (économie générative), ou à la mutualisation de biens et services. Il n'existe donc pas de définition unanimement acceptée car la notion d'économie de partage est sujette à interprétation et aucun consensus ne s'est établi. Elle implique cependant toujours une transaction conclue de manière électronique qui n'entraîne pas de transfert de la propriété de la chose et une utilisation des ressources limitée dans le temps²⁰. La Commission européenne parle plus largement d'un « *écosystème complexe de prestations sur appel et de l'utilisation temporaire de biens par l'intermédiaire de plateformes d'échange en ligne* »²¹ et également de « *modèles économiques où des plateformes collaboratives qui créent un marché ouvert pour l'utilisation temporaire de biens et de services souvent produits ou fournis par des personnes privées facilitent des activités* »²².

¹⁹ CF-Conditions-cadre, p. 95.

²⁰ CF-Conditions-cadre, p. 96.

²¹ COMMISSION EUROPÉENNE, Améliorer le marché unique : de nouvelles opportunités pour les citoyens et les entreprises, COM(2015) 550, p. 4.

²² COMMISSION EUROPÉENNE, COM(2016) 356, p. 3.

B. Quels défis impliquent ces nouvelles formes économiques ?

14. Bien que ces nouvelles formes de collaboration sortent des cadres traditionnels de régulation, l'interdiction et la répression ne sont pas nécessairement les seules réponses adéquates. En effet, la demande pour des services de transport, d'hôtellerie, de restauration, de gardiennage, de petits travaux, etc. est bien réelle. Avec l'expansion continue des applications sur Internet et les plateformes spécialisées, ces formes d'échanges deviendront un pan important de l'activité économique. Si cette nouvelle forme d'activité suscite un tel débat, ce n'est pas parce qu'elle se trouve en zone de non-droit, mais bien parce que nombre de points juridiques – régulation, concurrence, responsabilité, fiscalité – soulevés par l'économie participative manquent de précision ou de réponses claires à ce jour. L'un des points de friction les plus sensibles réside incontestablement dans la législation du travail et celle de la concurrence²³.
15. Parmi les diverses formes d'économie collaborative, ce sont les *plateformes d'économie à la demande* qui posent problème, en raison des nouvelles formes de travail peu rémunérées ou des problèmes sociaux qu'elles engendrent. Aux États-Unis, ces plateformes se développent bien plus rapidement qu'en Europe et dans des secteurs variés de l'économie : on trouve ainsi non seulement de nombreux concurrents à *Uber* (p. ex. *Via*, *Lyft*, etc.) ou à *Airbnb* (p. ex. *Homeaway*), mais également des plateformes qui mettent en contact des personnes prêtes à effectuer toutes sortes de menus travaux (jardinage, entretien de la maison, plomberie, micro-tâches répétitives, etc.) et des personnes qui ont besoin de ces services. Ce type de plateformes commence à faire son apparition en Suisse également²⁴.
16. Pour les plateformes qui font appel à des prestataires de services, le problème ne naît donc pas tant du *business model* choisi mais de déterminer si ces « nouvelles entreprises » sont, comme elles le

²³ BLATTER, p. 378 ss ; MEIER ANNE, p. 109 ss.

²⁴ MEIER ANNE, p. 100.

prétendent, de simples plateformes mettant les consommateurs en contact avec les prestataires de service et de déterminer comment le droit de la concurrence appréhende ces prestataires de services²⁵. En effet, les marchés numériques sont souvent caractérisés par la domination de quelques-uns qui pourraient abuser de leur position particulièrement dominante sur le marché au détriment des consommateurs et des concurrents. Les fournisseurs traditionnels de produits et services déplorent de ne pas pouvoir se battre avec les mêmes armes contre les fournisseurs utilisant les canaux numériques, dans la mesure où ces derniers tentent d'échapper à toute régularisation et sont les champions de l'optimisation fiscale²⁶.

17. A l'inverse, les offres de l'économie de partage peuvent être utiles selon une perspective macroéconomique, car elles contribuent à une utilisation plus efficace des ressources. Des plateformes permettent de mieux tirer parti (temporairement) des appartements ou des chambres vides ou apporter des avantages écologiques (p. ex. covoiturage, réduction du parc automobile). Enfin, l'économie collaborative peut apporter aux prestataires un revenu additionnel pouvant être généré de manière flexible²⁷.
18. L'économie de partage remet ainsi fondamentalement en question les modèles traditionnels en mettant en difficulté les acteurs du marché établis et en les obligeant à repenser leur modèle d'affaires. Ce « potentiel de destruction créatrice » permet de rompre avec des structures obsolètes, mais aussi d'identifier et de reconsidérer des règles protectionnistes dépassées²⁸.

C. Principaux modèles rencontrés

19. La diversité des projets existants sous l'étiquette « économie collaborative » rend nécessaire de distinguer, de classer ceux-ci en

²⁵ MEIER ANNE, p. 111.

²⁶ Voir BLATTER MARC, Digitalisierung – Herausforderungen für die Wettbewerbspolitik, Sic! 2016, p. 378 ss.

²⁷ CF-Conditions-cadre, p. 99.

²⁸ CF-Conditions-cadre, p. 99.

fonction du type de rétribution prévalant à la transaction entre utilisateurs (dons, échange, vente), mais également de la manière dont chaque plateforme organise le partage de valeur avec sa communauté d'utilisateurs. La « rétribution » des plateformes elles-mêmes peut prendre des formes diverses : le bénévolat, le mécénat, l'abonnement à prix fixe (p. ex. *Homexchange*), la commission à la vente ou à l'insertion d'annonces par les utilisateurs (p. ex. *Ricardo.ch*), le financement par la publicité (p. ex. *Anibis.ch*) ou la vente d'options payantes au-delà d'une utilisation de base qui reste gratuite (p. ex. *Guest to Guest*).

20. Trois catégories se distinguent ainsi principalement :

- L'émergence directe des acteurs de l'économie du partage (échanges de particulier à particulier, sans poursuite de but lucratif) (p. ex. *pumpipumpe.ch*) ;
- les services à la demande, dans lesquels la plateforme propose un nouveau service, qu'elle définit, et par lequel elle apparie elle-même utilisateur professionnel (ou non) et consommateur (p. ex. *Uber* ; *Airbnb*, etc.) ;
- les places de marché, qui peuvent mettre en relation des particuliers comme des professionnels (p. ex. *eBay*, *Ricardo.ch*, *Aliexpress.com*, etc.).

21. D'ailleurs, l'on assiste sur toutes les plateformes à une évolution du type d'utilisateurs : les modèles professionnels prennent le pas sur les modèles dits « de pair à pair » (P2P) à mesure que le marché se développe²⁹. Même les plateformes qui s'étaient construites sur une mise en relation de particulier à particulier (P2P) se repositionnent sur un rôle d'intermédiation plus large et accueillent également des professionnels (pour élargir leur gamme de services). Ce phénomène, qui traduit l'interaction croissante entre économie classique et économie collaborative, accroît cependant le besoin de transparence

²⁹ SERVICE DE RECHERCHE DU PARLEMENT EUROPÉEN, *The Cost of Non-Europe in the Sharing Economy : Economic, Social and Legal Challenges and Opportunities*, janvier 2016.

sur la qualité des utilisateurs vis-à-vis des consommateurs. Il est désormais souvent difficile de procéder à une délimitation précise entre les offres de particulier à particulier et les offres commerciales (déterminer p. ex. à partir de quel moment la location d'une chambre sur le site Airbnb présente un caractère commercial)³⁰.

22. Les plateformes numériques ont en commun le fait que leurs utilisateurs sont à l'origine de la création de valeur : ce sont eux qui proposent d'acheter ou de vendre un produit ou une prestation, qui finalisent le contact entre acheteur et vendeur, réalisent la vente ou la prestation et, enfin, l'évaluent. La plateforme n'offre que des services de support (affichage des offres et des demandes, service de communication par messagerie, sécurisation des paiements), qui, s'ils sont plus élaborés, peuvent faire l'objet d'options payantes. À défaut de faire des utilisateurs les détenteurs de la plateforme, le fait de les associer activement à son fonctionnement semble particulièrement adapté à un système dans lequel ils sont au cœur de la création de la valeur. Or, le choix du modèle économique de la plateforme appartient à ses créateurs et le modèle coopératif ne semble pas être, à ce jour, celui privilégié par les principaux leaders³¹.
23. Ainsi, les plateformes de type Airbnb ou Uber ne sont pas des entreprises d'hébergement, respectivement de transport, mais des **entreprises numériques**, qui ne créent pratiquement pas d'emplois directs. Contrairement aux acteurs traditionnels et notamment les hôteliers, les plateformes n'ont plus besoin d'acquérir des lieux d'hébergement ou encore de les louer, ni même de faire appel à du personnel qualifié pour assurer l'accueil, le service ou prendre la responsabilité des prestations vendues. La plateforme minimise ses coûts d'investissements et ses charges pour se rémunérer en capitalisant sur des actifs qui ne lui appartiennent pas et qu'elle aide à exploiter en prélevant une partie de la valeur qu'elle arrive à en tirer. Il s'agit d'une *économie extractive de valeur*, prélevant une commission sur la prestation (mise à disposition de biens : appartements, véhicules, et de services) qu'elle facilite et rend

³⁰ CF-Conditions-cadre, p. 96.

³¹ Rapport Terrasse, 2016.

attractive, *sans aucun caractère collaboratif*. Ces prestations réalisées à titre occasionnel ou régulier, par des particuliers autant que par des professionnels, élargissent l'offre et permettent de la proposer au plus près de son coût marginal. Dès lors, cette économie rentre dans le cadre du droit commercial et du droit social³². Mais les risques qu'elle comporte – travail dissimulé, évasion fiscale, dumping social ou distorsions de concurrence – sont réels³³.

D. Impact des plateformes d'hébergement

1. Nouveau canal de distribution

24. Les plateformes d'hébergement en ligne reposent sur le modèle traditionnel de la location d'appartements de vacances ou de chambres chez l'habitant. Le recours aux plateformes internet a engendré une baisse sensible des coûts de transaction et a permis aux acteurs de l'offre et de la demande de chambres ou d'appartements du monde entier de se rencontrer de manière beaucoup plus rapide et efficace³⁴. Ainsi, les modèles d'affaires basés sur l'internet n'ont en fait pas donné naissance à de nouvelles formes d'hébergement, mais à un *nouveau canal de distribution* permettant aux petits prestataires d'accéder au marché global. A la faveur des plateformes en ligne, une forme d'hébergement qui occupait jusqu'ici un marché de niche est devenue aujourd'hui un phénomène de grande ampleur.

2. Enjeux juridiques affectant les politiques publiques

25. Comme l'a souligné le Conseil fédéral³⁵, les enjeux relatifs aux plateformes d'hébergement ne se limitent pas à la thématique relative au droit du bail, mais touchent de nombreux domaines, relevant en particulier du droit public ou du droit administratif. Ils sont toutefois

³² Rapport Terrasse, 2016.

³³ PETITJEAN, 2016.

³⁴ CF-Conditions-cadre, p. 101.

³⁵ CF-Conditions-cadre, p. 103 ss ; CF-Hébergement, p. 11 ss.

mentionnés ici, car ils influencent aussi indirectement la situation du bailleur ou du locataire.

26. Plus particulièrement, le fait de mettre en location des appartements destinés principalement à l'habitation va remettre en cause la politique du logement de la collectivité publique, en particulier sous l'angle du changement d'affectation. La réaffectation du parc immobilier est insidieuse car elle n'est pas le fait d'une unique décision politique sujette à débat démocratique, mais d'une accumulation de milliers de décisions individuelles. Certaines villes disposent de lois limitant l'hébergement de voyageurs payants sur de courtes périodes³⁶. Certains types de réservations de courte durée peuvent être totalement interdits. Ces lois sont souvent inscrites dans les règlements d'urbanisme ou administratifs. Dans de nombreuses villes, les hôtes doivent se faire enregistrer, obtenir une autorisation ou une licence avant de proposer un bien ou d'accepter des voyageurs, sous menace de sanctions pénales ou administratives. En Suisse, le canton de Genève vient de faire le pas³⁷.
27. Il y avait en janvier 2018 en Suisse 92'315 lits disponibles sur Airbnb, répartis entre 32'761 objets³⁸. Ce sont les cantons touristiques, Valais en tête, suivi par les Grisons et Berne, qui comptent à eux seuls plus de 50% de l'offre nationale, suivis par les grands centres urbains (Genève, Zurich, Bâle-Ville) et le Tessin. Mise en rapport avec les

³⁶ Plusieurs villes européennes ont instauré des limites en termes de durée de location. Amsterdam : 60 jours par an. Paris : 120 jours par an. Berlin : la location d'habitations entières est interdite depuis mai 2018 et les appartements ne peuvent plus être transformés en chambres pour touristes, outre une obligation de disposer d'une licence.

³⁷ Depuis le 1^{er} avril 2018, l'art. 4^{bis} RDTR fixe à une durée maximale de soixante jours par année la possibilité de mettre à disposition un logement via de telles plateformes pour les locataires ou les propriétaires. Au-delà de cette durée, le canton considérera que le logement en question fait l'objet d'un changement d'affectation au sens de l'art. 3 al. 3 LDTR. Le contrevenant, propriétaire ou locataire, s'expose alors à des mesures et des sanctions administratives.

³⁸ OBSERVATOIRE VALAISAN DU TOURISME, HES-SO Valais, L'offre Airbnb en Suisse et Valais, 2018, <https://www.touros.ch/fr/articles-et-actualites/articles/id-6683-airbnb-co-l-engouement-des-acteurs-globaux-de-la-location-entre-particuliers-pour-le-mar-che-suisse/>.

chiffres de l'hôtellerie, la progression est frappante : entre 2014 et 2017, le nombre d'objets a progressé de 6'033 à 32'761, soit une hausse de 443%. Toutefois, ces chiffres montrent aussi que ce système contribue, dans les cantons touristiques comme le Valais, les Grisons ou le Tessin, de lutter contre les « lits froids » en permettant aux propriétaires de mettre à disposition leur résidence secondaire facilement.

28. Bien que la part de l'offre d'hébergements Airbnb par rapport à l'offre totale de logements puisse être considérée comme faible, ce pourcentage doit cependant être mis en relation avec le taux de vacance des logements, qui demeure très critique dans les villes suisses en particulier en 2017 (Zurich : 0,21% ; Bâle-Ville : 0,47% ; Genève : 0,57%)³⁹. Selon les estimations d'Inside Airbnb, les appartements destinés uniquement à l'hébergement commercial à Genève en août 2016 représentaient entre 0,3% et 0,7% de la totalité du parc de logements. Compte tenu du fait que plusieurs villes suisses ont un marché du logement précaire avec des taux de vacances inférieurs à 1% depuis des années, il faut se demander si le marché du logement peut fonctionner dans ces conditions et sans réglementation spécifique pour les plateformes d'hébergement⁴⁰. Selon le Conseil fédéral, les prestataires qui louent des logements à des tiers à titre professionnel dans les centres-villes sont au coeur de cette problématique et les prescriptions d'usage locales représentent pour les villes un instrument pouvant servir à se protéger des évolutions indésirables. Les particuliers qui sous-louent un logement qu'ils occupent eux-mêmes pour une courte durée (p. ex. pendant les vacances) n'ont pas d'effet sur l'offre de logements⁴¹.
29. Selon les règles d'aménagement du territoire, la location d'appartements de vacances ne constitue pas une activité commerciale au sens de l'art. 37a de la loi fédérale sur l'aménagement du territoire (LAT). La notion d'usage commercial en droit de l'aménagement du

³⁹ <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/construction-logement/logements/logements-vacants.assetdetail.3243386.html> [lien consulté le 17 juin 2018].

⁴⁰ DONATI/KLAUS, p. 55.

⁴¹ CF-Conditions-cadre, N 5.2.8, p. 121.

territoire diffère en effet de celle utilisée dans le cadre de la liberté économique, puisqu'elle a trait aux nuisances éventuelles découlant d'une activité particulière. Dans ce contexte, l'usage d'un appartement de vacances est identique à celui d'un appartement loué à longue durée. Le Tribunal fédéral rappelle qu'il en irait différemment d'une activité hôtelière sans toutefois préciser quels services devraient être fournis pour transformer la « simple mise à disposition d'un logement contre rémunération » en une activité qui constituerait un usage commercial au sens de la LAT⁴².

30. Selon l'art. 7 al. 2 de la loi fédérale sur les résidences secondaires (LRS)⁴³, « un logement est réputé affecté à l'hébergement touristique uniquement s'il est mis de manière durable à la disposition d'hôtes pour des séjours de courte durée, aux conditions usuelles du marché et conformes à l'usage local ». Ces conditions s'appliquent à deux cas prévus par la loi : les logements situés dans le même bâtiment que celui où le propriétaire a son domicile principal et les logements qui ne sont pas équipés en fonction des besoins personnels du propriétaire et qui sont mis sur le marché *dans le cadre d'un établissement d'hébergement organisé*. Lors des débats parlementaires, une troisième forme d'hébergement touristique n'a pas été retenue, soit les nouvelles résidences proposées sur une plateforme de placement exploitée commercialement (notamment sur des sites tels qu'Airbnb) dans une zone prévue par le plan directeur cantonal⁴⁴. Ainsi, dans les zones qui comptent une proportion de résidences secondaires supérieure à 20%, la construction de nouveaux logements ne peut être autorisée s'il est envisagé de mettre ceux-ci en location sur des plateformes de type Airbnb⁴⁵.

⁴² RDAF 2015 I p. 335, note de NESA ZIMMERMANN à l'ATF 140 II 509.

⁴³ Entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2016.

⁴⁴ BIANCHI, N 4.1.2, p. 304.

⁴⁵ En revanche, pour les logements créés *sous l'ancien droit*, une résidence principale peut devenir secondaire et être ensuite à nouveau utilisée comme résidence principale sans autre formalité, de sorte qu'elle peut ainsi librement être offerte sur Airbnb.

31. Des questions fiscales vont aussi se poser, notamment si les loueurs ne déclarent pas leurs revenus⁴⁶. Il est difficile de déterminer ce que cela peut représenter. Selon certaines études, 75% des hôtes gagneraient moins de 10'000 USD par an en louant leur logement⁴⁷. Il s'agit toutefois de chiffres moyens sur l'ensemble des pays couverts. Ceci étant, mis bout à bout, les revenus fiscaux sur ces locations ne sont pas négligeables si l'on regarde le nombre de nuitées qui ne cesse d'augmenter. En outre, ce modèle transfère les revenus issus des commissions en mains des sociétés basées à l'étranger, sans qu'aucun impôt ne soit payé sur ces revenus au niveau local. Enfin, la question du paiement des taxes de séjour a son importance, car cela permet aussi indirectement à l'autorité de surveiller l'ampleur de l'activité du loueur⁴⁸.
32. Enfin, de nombreuses controverses ont lieu en rapport avec l'applicabilité des normes relatives au secteur de l'hôtellerie, notamment en matière de sécurité ou d'hygiène (plan d'évacuation d'urgence, normes anti-incendie, denrées alimentaires), règles de police notamment sur l'identité de l'hôte, en vertu de l'accord de Schengen, etc. Il est proposé par exemple d'appliquer aux locations effectuées via Airbnb la même réglementation qu'aux chambres d'hôtes, voire des hôtels lorsqu'un immeuble entier est voué à ce type de location⁴⁹.

⁴⁶ Pour les aspects fiscaux, voir l'analyse détaillée du Conseil fédéral : CF-Conditions-cadre, N 5.2.9, p. 122-125. Airbnb transmet certaines informations fiscales directement au fisc américain : <https://fr.airbnb.ch/help/article/122/why-is-airbnb-requesting-my-taxpayer-information>.

⁴⁷ LearnAirbnb.com, 2016.

⁴⁸ A l'heure actuelle, seuls les cantons de Bâle-Ville et Zoug ont réussi à négocier le prélèvement direct des taxes de séjour par Airbnb mais d'autres cantons devraient suivre (<https://fr.airbnb.ch/help/article/653/in-what-areas-is-occupancy-tax-collection-and-remittance-by-airbnb-available#Switzerland>).

⁴⁹ Ainsi à Genève, depuis le 1^{er} avril 2018, les étrangers hébergés à titre lucratif doivent être déclarés à la police et aucune distinction n'existe plus entre le logeur professionnel et celui qui héberge de manière occasionnelle (mais plus de 60 jours par an).

33. La question de la responsabilité directe de la plateforme pour le non-respect par ses utilisateurs des règles de droit public se pose de plus en plus. En novembre 2016, Barcelone devient la première ville au monde à infliger une très lourde sanction de EUR 600 000 à Airbnb. La Ville de Paris a désormais également assigné en référé devant le Tribunal de grande instance de Paris les plateformes Airbnb et Widmu⁵⁰ pour ne pas avoir surveillé et retiré les offres de location non conformes à la législation en vigueur, notamment pour ne pas avoir publié le numéro de licence du loueur⁵¹.

III. Plateformes d'hébergement

A. Introduction

34. Même s'il existe de nombreuses plateformes d'hébergement, Airbnb dispose d'un certain monopole de fait et reste la plateforme communautaire la plus importante et la plus connue^{52,53}. Elle a été lancée en août 2008 par deux étudiants. Dénommée initialement AirBed&Breakfast – jeu de mots entre « airbed » (matelas gonflable) et « bedandbreakfast » (logement chez l'habitant) – leur service a connu des débuts difficiles, avant de changer de nom en « Airbnb » et de se professionnaliser. Pour montrer l'ampleur du phénomène, il existe un site⁵⁴ qui présente des cartes interactives montrant les offres Airbnb disponibles dans des grandes villes du monde et comment Airbnb affecte le voisinage. La carte interactive de Paris *intra muros* est particulièrement édifiante à cet égard⁵⁵.

⁵⁰ http://immobilier.lefigaro.fr/article/paris-veut-faire-condamner-airbnb-en-justice_5c327778-3e1d-11e8-89e9-6350770897d6/.

⁵¹ Une audience aura lieu le 12 juin 2018.

⁵² Février 2018 : 4,5 millions de logements dans 81 000 villes, <https://press.atairbnb.com/fr/airbnb-devoile-sa-strategie-pour-rendre-le-voyage-magique-pour-tous>. La part de marché d'Airbnb correspondrait à 1% de l'offre hôtelière mondiale et pourrait encore progresser jusqu'à atteindre 5%, CREDIT SUISSE, p. 19.

⁵³ Elle est active au niveau mondial sauf en Crimée, en Iran, au Soudan, en Syrie et en Corée du Nord.

⁵⁴ <http://insideairbnb.com/>.

⁵⁵ <http://insideairbnb.com/paris/>.

35. Il existe des dizaines d'autres sites de location en ligne d'hébergements entre particuliers comme Homelidays (créé en 1999), Housetrip (fondé en 2010 par des Suisses, mais désormais basé au Royaume-Uni), 9flats (2011) ou encore Wimdu (2011). HomeAway (racheté en 2015 par Expedia, qui possède aussi Aritel) fonctionne sur un mode quelque peu différent et vise surtout les locations de vacances.

B. Fonctionnement d'Airbnb

36. Comme toutes les plateformes Internet, il est nécessaire de s'inscrire préalablement pour pouvoir utiliser les services d'Airbnb⁵⁶, soit réserver un hébergement ou passer une annonce. Cela signifie notamment accepter toute une série de conditions : outre les Conditions générales, qui à elles seules font une quarantaine de pages (!), il faut encore accepter les « Conditions de service relatives aux paiements », la « Garantie Hôte », le « Remboursement du voyageur », la « Politique de non-discrimination », etc. Il existe au moins neuf conditions de services applicables différentes⁵⁷.
37. La plateforme exclut toute responsabilité par rapport au rôle qu'elle est amenée à jouer, en se présentant uniquement comme une place de marché en ligne, dotée d'une technologie adaptée permettant aux membres de se rencontrer en ligne et d'organiser des réservations d'hébergement directement entre eux⁵⁸. Les termes sont choisis puisqu'il est fait mention d'« Hôte » et de « Voyageur », mais nullement de bailleur ou de locataire. La plateforme exclut totalement

⁵⁶ Pour tous les utilisateurs domiciliés hors des USA, de la Chine et du Japon, le cocontractant est la filiale Airbnb Ireland.

⁵⁷ <https://fr.airbnb.ch/terms>.

⁵⁸ « Les Hôtes sont seuls responsables de leurs Annonces et Services proposés par l'Hôte. Lorsque des Membres font ou acceptent une réservation, ils concluent un contrat entre eux directement. Airbnb n'est pas et ne devient pas partie à un quelconque contrat passé entre des Membres, n'est pas impliquée dans la relation contractuelle entre des Membres et n'est ni courtier immobilier ni assureur. Airbnb n'agit pas en qualité de mandataire d'un quelconque Membre, sauf comme le prévoient les Conditions de paiement ».§

sa responsabilité, selon des termes qui vont certainement au-delà de ce qui est admissible en droit suisse et soumet les relations contractuelles entre ses membres et elle-même au droit irlandais⁵⁹.

38. A noter que l'offre doit porter sur un « hébergement ». Cette notion ne correspond pas exactement à celle d'habitation au sens des art. 253 ss CO. Airbnb ne donne qu'une définition négative, à savoir que sont exclus de la plateforme les lieux qui ne constituent pas une habitation (sans autre précision, mais l'exemple du matériel de camping est donné) ou qui ne sont pas un lieu fixe (p. ex. un bateau non amarré). Lorsqu'on recherche une annonce, les filtres indiquent toutefois qu'une yourte, une grotte, un camping-car, une caravane, un igloo ou une péniche amarrée sont en revanche admis puisque proposés. Et l'hôte doit offrir des équipements essentiels à savoir du papier toilette, du savon, du linge de maison, des draps, et au moins une serviette et un oreiller par voyageur. Sinon la plateforme distingue essentiellement entre logements entiers (comprenant « en général » une chambre, une salle de bain et une cuisine), chambres privées (les autres pièces peuvent être partagées) et chambres partagées (chambre ou espace commun partagé avec d'autres).
39. Le membre intéressé peut prendre contact avec l'auteur de l'annonce s'il souhaite plus d'informations et avoir un premier contact personnel avant une réservation. Puis celle-ci est faite en ligne via la plateforme, ce qui permet d'obtenir les coordonnées personnelles de l'hôte, respectivement du voyageur. Les conditions d'annulation ne dépendent pas directement d'Airbnb : chaque hôte fixe ses propres règles. Il en va de même pour la remise et la restitution des clés, tout comme les frais de nettoyage de départ (inclus ou en sus). Airbnb ne fixe **aucune règle sur le montant de la rémunération**, celle-ci étant fixée librement selon le marché⁶⁰. Le loueur peut aussi fixer un

⁵⁹ <https://fr.airbnb.ch/terms#sec21>, pour les utilisateurs domiciliés hors des USA, de la Chine et du Japon.

⁶⁰ Cependant, Airbnb « suggère » automatiquement un prix lors de la création de l'annonce en fonction de son emplacement et d'autres facteurs, grâce à un « outil de tarification intelligente ».

règlement intérieur qui doit être accepté. Le loueur dispose de 24 heures pour accepter ou refuser la demande⁶¹. L'hôte peut exiger une « procédure d'identification vérifiée » de la part des voyageurs^{62,63}.

40. Tous les paiements doivent obligatoirement être effectués directement via le site Airbnb. La plateforme intègre ainsi automatiquement ses propres frais à chaque transaction, parallèlement aux taxes obligatoires dans certains pays. Le voyageur paie au moment de la réservation et Airbnb débloque l'argent à l'hôte 24 heures après l'entrée dans les lieux du voyageur⁶⁴. Le site encaisse une commission correspondant en général à 3% du montant payé à l'hôte pour chaque réservation effectuée. Les frais de service facturés au voyageur varient entre 0 et 20% du sous-total de la réservation (hors TVA), selon des facteurs totalement opaques⁶⁵.
41. En cas de litige entre voyageur et hôte, Airbnb a mis en place un « Centre de Résolution des litiges » en particulier si l'hôte veut réaliser la caution. L'hôte doit effectuer en ligne une demande de retenue partielle ou totale sur la caution dans les 14 jours qui suivent la date de départ du voyageur ou avant l'entrée dans les lieux d'un nouveau voyageur, si celle-ci a lieu avant ce délai et Airbnb statuera de manière définitive. Il existe une « garantie de l'hôte », qui couvre

⁶¹ Si l'option d'acceptation automatique n'a pas été activée.

⁶² Soit la fourniture d'une photo de profil et d'une pièce d'identité officielle.

⁶³ Cette procédure n'a en soi pas grande valeur, la plateforme déclinant toute responsabilité quant à la véracité des informations transmises par le voyageur : « Cette procédure n'a pas valeur de cautionnement des hôtes ou des voyageurs, ne garantit pas l'identité des utilisateurs ni ne constitue une assurance quant à la sécurité des interactions. » La plateforme rajoute : « Bien que ces vérifications nous permettent de prévenir la fraude et les abus lors de l'utilisation de nos services, ils ne garantissent pas complètement la sécurité et l'absence de problèmes lorsque les personnes effectuent des réservations sur Airbnb. »

⁶⁴ Sauf pour les nouveaux loueurs.

⁶⁵ « Les frais de service voyageur sont calculés sur la base de nombreux facteurs, notamment mais sans s'y limiter, le sous-total de la réservation, la durée de la réservation et les caractéristiques du logement. En général, plus le montant du sous-total est élevé, plus le pourcentage est faible » (<https://fr.airbnb.ch/help/article/1857/what-are-airbnb-service-fees>).

les dommages causés par le voyageur aux biens personnels, appartement ou maison des hôtes jusqu'à CHF 900'000 et dans le monde entier. Certains objets de valeur (bijoux, œuvres d'art, etc.) ne sont couverts que de manière limitée. Là aussi, la procédure de mise en œuvre s'effectue en ligne et la voie de l'arbitrage doit être suivie. En outre, les hôtes de certains pays⁶⁶ – Suisse exclue – disposent depuis 2015 d'une responsabilité civile couvrant les dommages matériels et les dommages corporels causés à des tiers (voyageurs y compris) pendant un séjour dans leur hébergement, et ce jusqu'à un montant de EUR 800'000.-. Le chef de responsabilité est multiple, à mesure que cette assurance couvre à la fois les prétentions des voyageurs contre l'hôte en responsabilité civile, mais aussi les prétentions de tiers contre l'hôte en raison de dommages provoqués par le voyageur (p. ex. inondation dans la salle de bain provoquée par le voyageur, qui entraîne un préjudice dans l'appartement du dessous). En tout état de cause, ces garanties offertes par AirBnB ne dispensent nullement l'hôte de disposer d'une assurance responsabilité civile solide.

42. Comme la confiance des utilisateurs dans ces plateformes en ligne repose sur les évaluations des autres utilisateurs (comme p. ex. les plateformes de vente *Ricardo.ch* ou *Ebay*), Airbnb permet tant à l'hôte qu'au voyageur de laisser un avis à la fois sur le logement loué et sur le comportement du locataire. Airbnb a dû rédiger une charte spécifique pour éviter le « chantage à l'évaluation » de la part de ses utilisateurs. Enfin, les performances de l'hôte sont comparées à la moyenne de tous les hôtes sur Airbnb et, si les statistiques sont régulièrement inférieures à la moyenne, l'annonce peut faire l'objet de pénalités, voire être déclassée dans l'algorithme de ranking dans l'affichage des offres⁶⁷.

⁶⁶ <https://fr.airbnb.ch/host-protection-insurance> : Afrique du Sud, Allemagne, Australie, Autriche, Belgique, Canada, Chine, Croatie, Espagne, Etats-Unis, Finlande, France, Hongrie, Inde, Irlande, Israël, Italie, Japon, Nouvelle-Zélande, Norvège, Pays-Bas, Portugal, République tchèque, Royaume-Uni, Singapour et Suède ; les hôtes résidant en Suisse ne bénéficient pas à ce jour du programme.

⁶⁷ <https://fr.airbnb.ch/help/article/576/what-are-airbnb-s-basic-requirements-for-hosts>.

C. Qualification des relations juridiques avec la plateforme

43. Les problématiques avec les plateformes en ligne ont déjà été débattues par la doctrine lors de l'apparition des places de marché sur Internet de type eBay ou Ricardo, auxquelles on peut se référer⁶⁸. Le mécanisme instaure une **relation tripartite**. La plateforme n'intervient pas directement dans le contrat entre l'hôte et le voyageur, même si elle en définit largement les conditions applicables par le truchement du fonctionnement de la plateforme et de la conclusion du contrat.
44. Les relations contractuelles liant la plateforme aux autres parties sont en principe qualifiées de **contrat innommé de service**, que l'on apparente à une forme particulière de mandat⁶⁹. La clause d'élection du for ou de choix du droit applicable figurant dans les conditions générales d'Airbnb n'a aucun effet sur les relations contractuelles existant entre hôte et voyageur⁷⁰. Les consommateurs (que sont les hôtes d'Airbnb qui louent leur logement à des fins non commerciales) peuvent de toute façon faire valoir leurs éventuels droits contre Airbnb au lieu où ils sont domiciliés, malgré l'élection du for (art. 16 s. CL)⁷¹. Tel n'est pas le cas des hôtes qui louent un logement à des fins commerciales : ils doivent intenter leur action en Irlande.

IV. Droit du bail

A. Relations juridiques entre hôte et voyageur

1. Qualification du contrat

45. Techniquement, il y a mise à disposition de l'usage de la chose moyennant un loyer. Cependant, l'objectif fondamental de l'hôte n'est

⁶⁸ Voir notamment LANGER, 2009.

⁶⁹ TERCIER/BIERI/CARRON, p. 172 N 1246 et bibliographie spéciale.

⁷⁰ Cf. *infra* N 55 ss.

⁷¹ <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20164001>.

pas nécessairement de se défaire de la possession (même temporaire) mais plutôt d'en tirer un revenu pouvant dépasser le coût réel de l'usage auquel il renonce⁷². On peut ainsi légitimement se demander s'il ne s'agit pas d'un **contrat d'hébergement**. Dans le contrat d'hébergement (*Beherbergungsvertrag*), l'aubergiste s'engage à mettre à disposition de son hôte une ou plusieurs chambres meublées pendant une certaine durée, à titre professionnel et contre rémunération. L'offre de nourriture n'est pas nécessaire⁷³.

46. Le contrat d'hébergement est un **contrat innommé** comprenant des éléments du bail, de la vente, du mandat et du dépôt⁷⁴. Le contrat n'est pas un contrat de bail pur, car l'usage du gîte n'est en règle générale cédé que pour une courte période (plusieurs jours ou semaines), tandis que le bail sur un logement d'habitation est généralement conçu comme une relation durable⁷⁵. En plus, l'aubergiste est beaucoup plus proche de l'objet mis à disposition que le bailleur, de sorte que l'obligation d'entretien repose exclusivement sur l'aubergiste⁷⁶.
47. Cependant, l'hôtelier ou l'aubergiste doit accepter à **titre professionnel** et contre rémunération de loger des tiers pour que ces règles spécifiques s'appliquent et en particulier les règles sur la responsabilité causale (art. 487 CO)⁷⁷. L'application de l'art. 487 al. 1 CO présuppose toutefois que les effets du voyageur soient entrés dans la sphère d'autorité de l'hôtelier de sorte que celui-ci soit en mesure de les surveiller en exploitant son établissement.
48. A notre avis, **la qualification dépendra du profil de l'offreur** sur Airbnb. En effet, les différentes études publiées ont montré que, si un certain pourcentage d'utilisateurs géraient de multiples locations sur Airbnb et pouvaient donc en tirer un revenu principal, ils ne seraient

⁷² VISCHER, p. 480, qui parle même d'un nouveau modèle d'affaires.

⁷³ MÜLLER, N 3209 p. 681 ; HUGUENIN, N 1619 ; BSK OR I-KOLLER, art. 487 CO N 3.

⁷⁴ TF du 10.02.2017, 4A_341/2016, cons. 4.2 ; ATF 120 II 252, cons. 2a ; BSK OR I-AMSTUTZ/MORIN, Intro. aux art. 184 ss, N 292 ss ; HUGUENIN, N 1198.

⁷⁵ BSK OR I-AMSTUTZ/MORIN, Intro. aux art. 184 ss, N 325 ; SPIRIG, N 9 ss.

⁷⁶ BSK OR I-AMSTUTZ/SCHLUEP, Intro. aux art. 184 ss, N 325.

⁷⁷ BKomm-GAUTSCHI, art. 487 CO N 3a.

qu'une faible minorité en Suisse⁷⁸. Dans un tel cas, les règles du contrat d'hébergement s'appliqueraient à la relation qui se noue⁷⁹. Cela peut avoir de l'importance puisque la compétence des autorités en matière de baux et loyers a été niée pour une demande en paiement après conclusion d'un contrat d'hébergement dans un hôtel⁸⁰. Pour les utilisateurs « ordinaires » d'Airbnb, soit les hôtes occasionnels ou ne cherchant pas à en tirer un revenu à titre professionnel, les règles du contrat d'hébergement ne s'appliqueront pas.

49. Les dispositions du droit du bail sont applicables lorsque les services qui vont au-delà de la cession de l'usage ne sont pas déterminants (notamment au regard du prix)⁸¹. Il faut admettre que le cas ordinaire de contrat sur Airbnb constitue ainsi un **contrat de bail**⁸², voire un contrat innommé si des prestations accessoires sont incluses⁸³.
50. La cession de l'usage d'une ou plusieurs pièces peut être le fait du propriétaire ou du locataire. Lorsque le locataire cède l'usage du logement ou de parties du logement qu'il loue contre rémunération, il s'agit d'un **contrat de sous-location** au sens de l'art. 262 CO⁸⁴.
51. Enfin, la location d'appartements de vacances constitue clairement un contrat de bail (cf. art. 253a al. 2 CO). Tant que la mise en location n'excède pas trois mois, les dispositions concernant les baux d'habitation ne sont pas applicables. C'est la convention des parties et non l'usage effectif qui va déterminer s'il s'agit bien d'un logement de vacances. Ainsi, le locataire qui loue à plusieurs reprises le même logement pour des périodes inférieures à trois mois ne bénéficie pas

⁷⁸ OBSERVATOIRE VALAISAN DU TOURISME, HES-SO Valais, L'offre Airbnb en Suisse et Valais, 2017.

⁷⁹ SPIRIG, N 9 ss et réf. citées ; JUD/STEIGER N 11.

⁸⁰ MP 1/2007, p. 14.

⁸¹ CF-Conditions-cadre, ch. 5.2.6.1, p. 112.

⁸² JUD/STEIGER, N 19 (*in fine*) ; VISCHER, p. 479.

⁸³ CF-Hébergement, p. 112 ; SPIRIG, N 9 ss ; BSK OR I-AMSTUTZ/MORIN, Intro. aux art. 184 ss, N 292 ss ; CLAIRE HUGUENIN, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2014, N 1198.

⁸⁴ TF du 19.11.2014, 4A_518/2014 et 4A_520/2014 ; arrêt du 9 février 2017 du Mietgericht des Bezirks Zürich, DB 2017, p. 14, cons. V.2.1.1 ; CF-Conditions-cadre, N 5.2.6.1, p. 112.

de protection particulière⁸⁵. Manifestement le cas du logement loué à des fins professionnelles (notamment pour un voyage d'affaires ou p. ex. pour un travailleur détaché) ne devrait pas être considéré comme un appartement de vacances. Cette dernière utilisation ne tombe pas non plus à notre sens dans la catégorie de locaux commerciaux, car le but est bien d'octroyer un logement et non d'exercer une activité commerciale ou une profession. Le Conseil fédéral s'est toutefois aussi posé la question de la qualification du contrat en cas de cession répétée de l'usage des locaux pour une durée de moins de trois mois⁸⁶, mais cette question n'a volontairement pas été traitée dans le projet soumis à consultation pour éviter une possible contradiction avec l'art. 253a al. 2 CO⁸⁷.

2. Conclusion du contrat

52. Le contrat étant conclu sur Internet, celui-ci peut être rangé dans la catégorie des contrats conclus dans le commerce électronique⁸⁸. En principe, on considérera le plus souvent que la présentation sur un site internet de marchandises ou de services avec indication de prix devra être considérée comme une simple invitation à faire une offre⁸⁹. La manifestation de volonté servant à conclure le contrat ne requiert pas de forme particulière et peut donc s'exprimer au moyen d'un simple clic⁹⁰. Des conditions générales encadrent souvent le contrat et règlent alors la plupart des points essentiels⁹¹. En particulier, l'hôte devra insérer son offre en acceptant les conditions d'insertion d'Airbnb (dans un cadre formel technique préétabli) et n'aura qu'une marge de manœuvre se limitant à la description de l'objet loué, sa disponibilité

⁸⁵ ZK-HIGI, art. 253a-253b CO N 46.

⁸⁶ CF-Hébergement, p. 37 N 6.1.2 et 6.1.3.

⁸⁷ OFL-Rapport, p. 2.

⁸⁸ FAVRE-BULLE, p. 177.

⁸⁹ CR-MORIN, art. 7 CO N 5 ; MÉTILLE, p. 121.

⁹⁰ ANTREASYAN, p. 77.

⁹¹ MÉTILLE, p. 122.

et son prix. Le voyageur quant à lui n'aura pas plus de marge de négociation que sur une plateforme classique de réservation d'hôtels.

3. Droit international privé

53. L'immeuble étant en Suisse et la prestation caractéristique fournie par l'hôte, le contrat est en principe soumis au droit suisse, faute d'accord spécifique des parties (art. 119 al. 1 LDIP). En effet, les parties sont libres de choisir le droit qu'elles entendent appliquer à leur convention (art. 119 al. 2 LDIP)⁹². Les règles de droit international privé régissant les contrats conclus avec les consommateurs (art. 120 LDIP, art. 15 ss CL) ne sont en principe pas applicables aux contrats de bail sur un immeuble⁹³.
54. Il faut admettre que les conditions générales d'Airbnb ne sont pas d'une grande clarté et a priori, ne règlent le droit applicable que pour le règlement d'un litige entre la plateforme et l'utilisateur. En tout état de cause, les clauses d'ordre public s'appliquent d'office (art. 18 LDIP), en particulier les clauses relatives à la protection contre les loyers abusifs (art. 269 ss CO) et celles contre les congés (art. 271 ss CO), quel que soit le droit désigné⁹⁴.
55. Le for est fixé par les art. 112 et 113 LDIP, respectivement par l'art. 22 ch. 1 CL, soit l'État de situation de l'immeuble, respectivement le lieu d'exécution de la prestation caractéristique du contrat. La Suisse étant partie à la Convention de Lugano, celle-ci s'applique, même si les parties sont domiciliées dans un Etat tiers non contractant⁹⁵. L'art. 22 ch. 1 CL étant impératif, les parties ne peuvent y déroger, notamment par une clause d'élection de for (art. 23, ch. 5 CL)⁹⁶. L'art. 22 ch. 1 CL réserve le for du défendeur si celui-ci est (1) une personne physique, (2) que les parties sont domiciliées dans le même Etat (donc hors de Suisse) et (3) que le contrat a été conclu pour

⁹² MARTINEZ FAVRE/BURKHALTER, SVIT-K, art. 253-273c CO N 51.

⁹³ CPra Bail-GUILLAUME, Intro DIP N 7 et réf. citées.

⁹⁴ CPra Bail-GUILLAUME, art. 119 LDIP N 6.

⁹⁵ CPra Bail-GUILLAUME, art. 22 CL/112-113 LDIP N 6.

⁹⁶ CPra Bail-GUILLAUME art. 22 CL/112-113 LDIP N 22.

moins de six mois pour un usage personnel temporaire (la notion est plus large que l'appartement de vacances et comprend un séjour d'études, à des fins professionnelles, etc.).

56. Airbnb permet d'intégrer aux conditions de l'offre un « règlement intérieur » à savoir les conditions particulières posées par le loueur à la mise en location. Un examen des offres publiées en Suisse montre que certains loueurs bien avisés précisent à cette occasion que le contrat est soumis au droit suisse tout comme le for.

4. Droit impératif

57. Airbnb impose des conditions au contrat entre hôte et voyageur qui peuvent selon les cas violer le droit suisse impératif, en particulier si la location dépasse trois mois. Dans un tel cas, tant les règles de protection contre les congés que contre les loyers abusifs trouveront application⁹⁷. Tel est le cas de la caution, de la formule officielle de notification de loyer lors de la conclusion d'un nouveau bail dans les cantons qui l'ont imposée et les règles sur les congés. Plus particulièrement, comme la conclusion du contrat entre l'hôte et le voyageur est « encadrée » par Airbnb, la plateforme fixe les conditions d'annulation pour les contrats de longue durée, qui s'appliquent à toutes les réservations de 28 nuits et plus ; la plateforme prévoit un préavis de 30 jours pour mettre fin au bail. Pour mémoire, la loi suisse ne fait pas de distinction entre les logements meublés et non meublés, à l'exception de l'art. 266e CO s'agissant des termes et délai de congé d'une chambre meublée. Cette dernière est donc aussi soumise aux règles sur les loyers abusifs et la protection contre les congés. Il en découle que le délai de congé imposé par Airbnb est nul pour les logements mais est valable pour les chambres meublées.

⁹⁷ Avec les exceptions de l'art. 253b CO, à savoir les maisons familiales de luxe comprenant six pièces ou plus et les immeubles dont les loyers subventionnés sont soumis au contrôle d'une autorité. Cependant, le locataire d'un logement subventionné ne peut sans autre sous-louer son appartement.

B. Relations juridiques entre bailleur et locataire principal

1. Contrat de bail et sous-location

58. Si l'hôte est locataire, les relations avec son bailleur sont réglées par le droit du bail (art. 253 ss CO). Dans cette optique, le fait pour le locataire principal de proposer tout ou partie de son logement sur une plateforme d'hébergement relève du contrat de sous-location (art. 262 CO)⁹⁸.
59. La doctrine dominante⁹⁹ et la jurisprudence¹⁰⁰ considèrent que l'art. 262 CO est relativement impératif en faveur du locataire. Les parties peuvent compléter cette disposition, mais pas la modifier. Certains auteurs¹⁰¹ remettent en cause le droit impératif du locataire de sous-louer, en dehors de « vicissitudes de la vie » tels que mentionnées par le Tribunal fédéral¹⁰². Ce qui compte cependant, c'est que le locataire conserve la volonté de récupérer un jour l'appartement, le caractère provisoire de la sous-location étant appliqué de manière plus stricte par la jurisprudence ces dernières années¹⁰³. Sans intention de revenir occuper les lieux, le locataire abuse dans ce cas de son droit à la sous-location¹⁰⁴ (art. 2 al. 2 CC), car il a procédé en réalité à une substitution de locataires. Dans tous les cas, l'exigence du caractère provisoire constitue selon le Tribunal fédéral une caractéristique essentielle du contrat de sous-location puisqu'à défaut, le locataire ne saurait se prévaloir de son droit de sous-louer.

⁹⁸ *Supra* N 50.

⁹⁹ ZK-HIGI, art. 262 CO N 4 ; HUGUENIN N 2981, p. 880 ; JUD/STEIGER, N 19 et réf. citées ; CPra Bail-BISE/PLANAS, art. 262 CO N 3.

¹⁰⁰ Arrêt du 9 février 2017 du Mietgericht des Bezirks Zürich, DB 2017, p. 14.

¹⁰¹ ABEGG/BERNAUER, p. 86

¹⁰² ATF 138 III 59.

¹⁰³ CPra Bail-BISE/PLANAS, art. 262 CO N 3 et 18 ; TF du 03.05.2016, 4A_556/2015.

¹⁰⁴ ATF 138 III 59, cons. 2.2.1, JdT 2014 II 418, DB 2012, N 9.

a) Autorisation préalable du bailleur

60. Selon l'art. 262 CO, la sous-location ne peut intervenir qu'avec l'accord du bailleur. Même si la demande et l'autorisation ne doivent revêtir aucune forme particulière et peuvent même intervenir de manière tacite¹⁰⁵, le locataire a tout intérêt à l'obtenir par écrit pour des questions de preuve. Si le bail est soumis au contrat-cadre romand CCR ou aux « Dispositions paritaires romandes et règles et usages locatifs du canton de Vaud », la forme écrite est désormais impérative¹⁰⁶. Par conséquent, l'absence d'un consentement écrit est un motif de congé ordinaire valable, même si les conditions de l'art. 262 CO sont remplies.
61. Le bailleur doit en principe se prononcer dans un délai de 2 à 4 semaines (30 jours selon le contrat-cadre romand et les « Dispositions paritaires romandes et règles et usages locatifs du canton de Vaud »). L'absence de réponse ne saurait équivaloir à une autorisation tacite si la forme écrite a été réservée¹⁰⁷. L'autorisation du bailleur ne constitue pas une condition de validité du bail de sous-location¹⁰⁸. La problématique des plateformes d'hébergement provient du fait que l'hôte ne connaît pas à l'avance l'identité du sous-locataire et que, selon les conditions générales de la plateforme, il doit répondre aux offres des voyageurs dans les 24 heures.
62. L'interprétation littérale de l'art. 262 CO suggère que le bailleur doit donner son consentement à chaque sous-location. En cas de sous-location répétée, l'application de la disposition à la lettre pourrait s'avérer pénible tant pour le bailleur que pour le locataire¹⁰⁹. Un consentement général vis-à-vis de la personne du sous-locataire

¹⁰⁵ TF du 12.06.2008, 5A_184/2008, cons. 4.2.

¹⁰⁶ Le Tribunal fédéral a considéré que l'exigence de la forme écrite prévue à l'art. 22 RULV était impérative (TF du 10.03.2009, 4A_487/2008 consid. 2.6). Le Conseil fédéral a autorisé (FF 2014 5095) depuis le 1^{er} juillet 2014 l'art. 8 CCR à déroger à l'art. 262 CO. La solution en Suisse romande est ainsi désormais la même que celle qui prévalait déjà dans le canton de Vaud depuis le 1^{er} juillet 2008.

¹⁰⁷ TF du 19.05.2009, 4A_570/2008, cons. 3.3.3, SJ 2010 I 20 et les auteurs cités.

¹⁰⁸ ZK-HIGI, art. 262 CO N 49.

¹⁰⁹ OFL-Rapport, p. 3.

semble approprié, pour autant que les caractéristiques clairement formulées pour la sous-location soient remplies. Par souci de transparence, le locataire pourrait par exemple transmettre le lien de l'annonce sur Airbnb aux fins de vérification, puisque la doctrine admet qu'en principe le bailleur peut demander à recevoir une copie du contrat de sous-location. Airbnb invite ses utilisateurs à collaborer avec leur propriétaire pour définir des lignes directrices au sujet des périodes et des manières dont les voyageurs sont hébergés « pour [lui] montrer que vous êtes un hôte responsable et l'aider à se sentir plus à l'aise (*sic*) »^{110,111}.

63. Ainsi, le consentement à la sous-location peut figurer de manière générale et sans restrictions dans le contrat de location¹¹² ou par le biais d'un accord ultérieur : le locataire peut demander une autorisation générale et anticipée au bailleur, en stipulant les conditions de sous-location (durée, fréquence, loyer, partie du logement, nombre maximal d'hôtes, type de visiteurs, exemple d'annonce qui détaille le règlement intérieur applicable¹¹³, etc.) sans toutefois devoir préciser l'identité du sous-locataire¹¹⁴, qui n'est en général pas connue au moment où la décision de mettre une offre sur Airbnb est prise. Plus encore, l'identité exacte du sous-locataire dans

¹¹⁰ Voir <https://fr.airbnb.ch/help/article/806/how-should-i-talk-to-my-landlord-about-hosting-on-airbnb>. Voir aussi : « Si votre propriétaire refuse votre demande d'héberger des voyageurs sur Airbnb, n'ayez pas peur de lui demander pourquoi. Il se peut que vous puissiez répondre à ses inquiétudes, l'aider à en savoir plus sur Airbnb ou à l'encourager à s'associer avec vous via le 'Friendly Buildings Program' ».

¹¹¹ Airbnb donne de très nombreuses indications sur les restrictions et exigences applicables (tant sur le plan du droit privé que du droit public) sur le site dédié aux utilisateurs français et il est regrettable qu'une telle page n'existe pas pour les utilisateurs suisses : <https://www.airbnb.fr/help/article/1383/hbergement-responsable-en-france--mise--jour-novembre-2017>.

¹¹² SVIT-K, art. 262 CO N 1 s. ; ZK-HIGI, art. 262 CO N 31 et 33 ; TF du 17.12.2007, 4A_199/2007, cons. 4.3.1.

¹¹³ Quelques exemples tirés d'annonces réelles : « Non fumeur, Ne convient pas aux animaux, Pas de fête ni de soirée » ; « Non-fumeur à l'intérieur mais possibilité d'aller fumer dans le jardin » ; « pantoufles dans l'appartement » ; « Ne convient pas aux enfants (0-12 ans), un minimum de bruit dès 22h00 ».

¹¹⁴ CF-Hébergement, p. 2.

un tel cadre importe finalement assez peu, dans la mesure où il s'agit d'un séjour de courte durée, que les parties ne seront peut-être même pas amenées à cohabiter et que le loyer est payé d'avance sur la plateforme. Le locataire principal répond en outre vis-à-vis du bailleur des actes du sous-locataire comme de son auxiliaire, y compris le paiement du loyer¹¹⁵. En outre, le locataire n'aura aucun intérêt à accepter une demande de location d'un utilisateur mal noté dans les évaluations de ses locations précédentes, afin d'éviter des problèmes avec son bailleur.

64. Le Conseil fédéral a désormais mis en consultation une révision de l'OBLF (nouvel art. 8a OBLF) permettant au locataire de solliciter du bailleur, en vertu de l'art. 262 CO, un consentement général à la sous-location répétée de courte durée. Devront figurer dans la demande du locataire les conditions de sous-location, notamment le montant maximal du loyer, le nombre maximal de locaux concernés et l'occupation maximale (par exemple les périodes ou un nombre de jours par année). Le locataire peut aussi indiquer d'éventuelles prestations accessoires ou les courbes d'occupation des locaux. Le consentement général peut être limité dans le temps (à deux ans, par exemple) par le bailleur.

b) Droit du bailleur de refuser de donner son consentement

65. Le bailleur est en droit de refuser son autorisation à la sous-location dans l'une des trois hypothèses suivantes :
- Le locataire **refuse de communiquer les conditions** de sous-location (art. 262 al. 2 let. a CO). Etant donné que l'identité du sous-locataire n'est pas expressément mentionnée par la loi (en l'état actuel du droit) et qu'il ne s'agit pas d'une caractéristique essentielle dans le cadre des plateformes d'hébergement, on ne saurait reprocher au locataire de ne pas pouvoir transmettre l'identité du sous-locataire s'il fournit toutes les autres

¹¹⁵ CPra Bail-BISE/PLANAS, art. 262 CO N 65 ; DB 1992, N 11.

informations relatives à la publication de l'offre sur la plateforme Internet.

- Les **conditions** de la sous-location sont **abusives** (art. 262 al. 2 let. b CO). C'est le loyer de sous-location qui est visé notamment par comparaison avec le loyer principal¹¹⁶. On admet toutefois un supplément pour les prestations supplémentaires fournies (qui pourraient se rapprocher du contrat d'hébergement, tels que mobilier, services de restauration, nettoyage, risques à la chose louée, etc.). Il devrait également pouvoir comprendre les charges spécifiques à la sous-location supportées par le locataire principal, comme les frais d'annonces ou une prime de risques (contacts avec des voyageurs intéressés qui finalement ne réservent pas, etc.). En principe, on doit rester en deçà d'un supplément de l'ordre de 20%¹¹⁷. Le locataire n'a clairement **pas le droit de tirer un revenu de la sous-location**¹¹⁸. Il s'agit à notre sens d'un élément essentiel du système, permettant ainsi également de limiter les craintes souvent exprimées.
- La sous-location présente des **inconvenients majeurs** (art. 262 al. 2 let. c CO). Cette clause générale est sans doute la plus problématique, car le bailleur pourrait refuser à la fois pour des questions liées à l'usage des locaux ou à la personne du sous-locataire.

66. S'agissant des inconvenients majeurs, on pense essentiellement à des motifs généraux liés à l'usage accru, à la suroccupation des lieux, aux risques avec le voisinage que le bailleur pourra invoquer¹¹⁹. La sous-location répétée de courte durée implique également la remise régulière des clés de l'objet ou d'un code d'accès à des inconnus. Le bâtiment peut, de par son standard de construction ou les besoins de

¹¹⁶ TF du 07.07.2016, 4A_211/2016.

¹¹⁷ 30 à 40% ayant été jugé abusif, CPra Bail-BISE/PLANAS, art. 262 CO N 40, ATF 199 II 353, cons. 5bb, DB 1994, N 10.

¹¹⁸ TF du 06.07.2009, 4A_504/2008, cons. 2.2 ; TF du 17.03.2005, 4C.331/2004, cons. 1.2.1.

¹¹⁹ CF-Hébergement, p. 46.

ses occupants, ne pas convenir à une sous-location répétée de courte durée (résidence de luxe ou logements pour personnes âgées). Une forte fluctuation de visiteurs peut, elle aussi, avoir des conséquences sur les locaux (usure), sur les parties communes d'un immeuble locatif et pour les autres locataires (p. ex. risque de nuisances)¹²⁰ et selon les circonstances, le bailleur pourra ainsi invoquer des inconvénients majeurs pour s'opposer à des sous-locations du type Airbnb.

67. Un parallèle peut être tiré notamment avec le droit du locataire de recevoir des visites à titre gracieux chez lui sans que le bailleur ne puisse l'interdire (aspect de sa liberté personnelle)¹²¹, à condition que cela reste dans le cadre d'un usage normal de la chose louée¹²². Dans le cas d'une location « classique » Airbnb, le locataire principal cherche en principe à faire occuper son logement uniquement pendant ses propres absences, par exemple en fin de semaine ou ses vacances, ce qui revient à quelques jours ou semaines de location par année, sans dénaturer la nature et la vocation principale de l'affectation à titre de logement.
68. Le bail principal peut aussi contenir des clauses spécifiques (notamment en cas d'occupation du logement d'un appartement subventionné ou de loyer fixé par des aides publiques) qui peuvent *de facto* interdire la sous-location sur des plateformes d'hébergement. La question se pose également pour des logements loués dans le cadre d'une coopérative d'habitation¹²³.
69. Ainsi, il faut admettre qu'un bailleur ne devrait **pas pouvoir refuser**, par principe, le droit à un locataire de mettre **occasionnellement** des offres sur Airbnb¹²⁴. Tout sera une question de mesure, à définir de cas en cas (p. ex. le nombre de locations et la durée totale cumulée par année¹²⁵). Les parties pourraient notamment s'entendre sur le contenu

¹²⁰ CF-Hébergement, p. 47.

¹²¹ ATF 136 III 186, DB 2010, N 11.

¹²² Raisonement identique en matière de PPE, voir WERMELINGER, p. 136.

¹²³ SCHOCH, MP 2/2017 p. 87 ss.

¹²⁴ SPIRIG, p. 20 ; WERMELINGER, p. 136 ; JUD/STEIGER, p. 11 s. ; BIERI, *passim*.

¹²⁵ JUD/STEIGER, p. 11 s.

du Règlement intérieur qui serait applicable au contrat de sous-location et dont le voyageur pourrait prendre connaissance avant de conclure le contrat.

70. Le projet de révision de l'OBLF ne fait que reprendre le droit actuel pour ce qui est des motifs de refus de la location de courte durée¹²⁶.
71. A noter qu'une problématique identique grandissante existe aussi dans le cas des appartements en PPE, relativement au changement de destination où des clauses spécifiques commencent à être introduites dans les règlements, voire les actes constitutifs¹²⁷. La jurisprudence retient un changement de destination de la PPE lorsque l'usage et l'affectation économique de l'objet sont modifiés de façon profonde et significative, de telle sorte que la destination actuelle de l'objet est reléguée au second plan¹²⁸.

c) Conséquences en cas de refus du bailleur

aa) Refus du bailleur justifié

72. Si le locataire passe outre le refus justifié du bailleur, ce dernier peut résilier le bail de manière anticipée pour violation du devoir de diligence au sens de l'art. 257f al. 3 CO. Il faudra toutefois une sommation préalable de mettre fin à la sous-location.
73. Si le locataire avait simplement oublié de solliciter l'autorisation, le bailleur peut soit exiger que les conditions lui soient transmises et, si les conditions de l'art. 262 CO sont remplies, valider *a posteriori* la sous-location ou, à défaut, enjoindre de mettre fin immédiatement à la sous-location, sous menace de résiliation anticipée du bail¹²⁹.
74. Le simple fait de ne pas requérir le consentement préalable du bailleur peut toutefois déjà suffire à anéantir le lien de confiance qui lie le

¹²⁶ « Le bailleur peut refuser son consentement général uniquement pour les raisons citées à l'art. 262, al. 2, CO, notamment si l'usage d'une plateforme de réservation ou les conséquences de cet usage présentent pour lui des inconvénients majeurs ».

¹²⁷ WERMELINGER, p. 136 ; VISCHER, p. 483.

¹²⁸ ATF 139 III 1, cons. 4.3.2 ; TF du 19.03.2009, 5A_428/2008, cons. 4.5.2.

¹²⁹ CPra Bail-BISE/PLANAS, art. 262 CO N 48 ss.

bailleur au locataire, de telle manière qu'un **congé ordinaire** n'apparaît pas contraire à la bonne foi. Les congés ordinaires requièrent en effet des conditions moins strictes que les congés extraordinaires et ne trouvent leurs limites que dans les règles en matière de bonne foi, le comportement du bailleur ne devant toutefois pas nécessairement constituer un abus manifeste au sens de l'art. 2 al. 2 CC¹³⁰. Une initiative parlementaire intitulée « empêcher les sous-locations abusives » a été déposée le 18 juin 2015 et pourrait, si elle venait à être acceptée, justifier un congé anticipé même si les conditions de fond de la sous-location étaient remplies¹³¹.

bb) Refus du bailleur injustifié

75. A l'inverse, si le locataire sollicite une autorisation et que celle-ci est refusée sans justes motifs, le locataire peut soit passer outre en prenant le risque de devoir se défendre en cas de résiliation du bail, soit saisir la Chambre de conciliation d'une requête tendant à faire constater son droit à obtenir l'autorisation de sous-location¹³², mais pour un cas précis et non pour poser une question juridique isolée, comme s'il sollicitait un avis de droit¹³³.
76. Le locataire pourra réclamer des dommages-intérêts (art. 97 ss CO) si le refus du bailleur lui occasionne un dommage¹³⁴.
77. L'initiative parlementaire « empêcher les sous-locations abusives »¹³⁵ a pour objectif que le bailleur puisse imposer une sanction efficace en cas de sous-location sans consentement ou pour laquelle le consentement aura été obtenu de mauvaise foi. Selon son auteur, la loi doit fixer clairement les conditions auxquelles le consentement à la

¹³⁰ ATF 138 III 59, DB 24/2012, N 9 et Newsletter Bail.ch mai 2012.

¹³¹ <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefft?AffairId=20150455>, voir *infra* N 77 s.

¹³² TF du 19.05.2009, 4A_570/2010, cons. 3.3.3, SJ 2010 I 20.

¹³³ ATF 135 III 378, cons. 2.2.

¹³⁴ CPra Bail-BISE/PLANAS, art. 262 CO N 46.

¹³⁵ <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefft?AffairId=20150455>.

sous-location doit être accordé et prévoir un droit de résiliation extraordinaire en faveur du bailleur en cas d'infraction commise par le locataire¹³⁶.

78. La proposition dispose que le locataire ne pourra sous-louer tout ou partie de la chose qu'avec le consentement écrit du bailleur (art. 262 al. 1 CO). La demande écrite de sous-location devra comprendre diverses indications (al. 2), dont le nom du sous-locataire. Le bailleur pourra refuser son consentement dans certains cas (al. 3), notamment, comme le précise expressément la proposition, lorsque la durée prévue pour la sous-location dépasse deux ans. Le bailleur pourra résilier le bail à certaines conditions (al. 5). Il ressort de ce qui précède que, si cette initiative devait être acceptée dans ces termes, les locations de courte durée de type Airbnb ne seraient pratiquement plus possibles, compte tenu de l'exigence de fournir l'identité du sous-locataire. Comme il s'agit d'une modification de l'art. 262 CO, celui-ci aurait en tout état de cause le pas sur l'art. 8a OBLF actuellement en consultation.

d) Retrait de l'autorisation

79. On rappellera qu'en cas d'abus ou d'aggravation, le bailleur peut toujours mettre le locataire en demeure, en particulier si les voyageurs se comportent mal et provoquent des nuisances pour le voisinage¹³⁷. Le bailleur ne peut toutefois revenir sur son accord à la sous-location elle-même sans passer par le retrait du consentement à l'aide de la formule officielle au sens de l'art. 269d al. 3 CO (nouvelle prétention)¹³⁸.

¹³⁶ Le Parlement a accepté de se saisir de cette initiative, qui sera vraisemblablement traitée en 2019.

¹³⁷ *Infra*, N 81 ss.

¹³⁸ CPra Bail-BISE/PLANAS, art. 262 CO N 30.

e) Action en remise du gain

80. Une sous-location non autorisée est une immixtion du locataire dans les affaires patrimoniales du bailleur. Pour autant que le locataire ait été de mauvaise foi, c'est-à-dire qu'il savait ou aurait dû savoir qu'il sous-louait en violation de ses obligations contractuelles et qu'il retirait de la chose un profit illégitime, le bailleur a le droit d'exiger **la restitution de ce profit** sur la base de l'art. 423 al. 1 CO ; à défaut, il peut le faire sur la base des règles sur l'enrichissement illégitime¹³⁹. Dans un arrêt zurichois, le juge s'est fondé notamment sur les annonces publiées et les commentaires des hôtes laissés sur la plateforme pour calculer le montant du profit illégitime¹⁴⁰. A noter que les tribunaux français ont également statué dans ce sens¹⁴¹.

2. Obligation de diligence

81. Le locataire-hôte risque de faire l'objet de plaintes des voisins auprès du bailleur si les voyageurs ne se comportent pas correctement (p. ex. nuisances nocturnes ou non-respect du règlement de maison)¹⁴². Dans un tel cas, le locataire risque, après une mise en demeure, une résiliation anticipée du bail (art. 257f al. 3 CO) pour violation du devoir de diligence¹⁴³. En effet, le locataire répond des actes de son sous-locataire¹⁴⁴.

¹³⁹ TF du 07.07.2016, 4A_211/2016, DB 2016, 16 ss ; ATF 129 III 422, cons. 4 ; TF du 18.04.2011, 4A_456/2010, cons. 4, JT 2012 II 116 ; TF du 19.11.2014, 4A_518/2014, cons. 3, CdB 2/2015 p. 33 ; ATF 126 III 69, cons. 2a et 2b ; JUD/STEIGER, p. 9.

¹⁴⁰ DB 2017, p. 14.

¹⁴¹ Par un arrêt du 5 juin 2018, la cour d'appel de Paris a condamné deux locataires à reverser à leur propriétaire les sommes perçues entre 2013 et 2015 pour la sous-location non autorisée de leur appartement parisien via la plateforme Airbnb à hauteur de 27'295 Euros. La Cour a ainsi précisé que les locataires d'un bien immobilier ne sont pas autorisés à le faire fructifier, cette prérogative étant celle du propriétaire (<https://www.legalis.net/jurisprudences/cour-dappel-de-paris-pole-4-ch-4-arret-du-5-juin-2018/>, lien consulté le 17 juin 2018).

¹⁴² CPra Bail-AUBERT, art. 257f CO N 23 ss.

¹⁴³ TF du 05.09.2017, 4A_227/2017, cons. 5.1.2.

¹⁴⁴ ATF 123 III 124, cons. 3, DB 1998, N 4 ; ATF 117 III 65, cons. 2, DB 1992, N 11.

82. A noter que les voisins des logements inscrits sur la plate-forme de location Airbnb peuvent se plaindre directement sur le site en raison de comportements inadéquats de voyageurs ou d'autres problèmes liés à une location Airbnb dans leur immeuble¹⁴⁵. Airbnb s'engage à étudier la plainte et prendre contact avec l'hôte (selon les conditions générales, cela peut aller jusqu'à la fermeture du compte sur la plateforme).

3. Dégâts provoqués par le sous-locataire

83. Le locataire peut retrouver le logement loué dans un mauvais état lors de la restitution par le sous-locataire. A cet égard, le voyageur peut avoir commis des dommages tant à l'immeuble qu'aux propres biens du locataire principal.
84. Par rapport au bailleur, le locataire demeure responsable des dégâts provoqués à la chose louée par son sous-locataire en vertu des art. 97 et 101 CO¹⁴⁶, notamment en raison d'une usure supérieure à la moyenne¹⁴⁷. Le bailleur pourrait aussi agir directement contre le voyageur sur la base des dispositions en matière d'acte illicite (art. 41 ss CO) et, suivant les cas, déposer éventuellement une plainte pénale pour dommage à la propriété selon la gravité des dégâts et l'intention (p. ex. graffitis dans la cage d'escaliers ou autres dégradations volontaires).
85. Outre la conclusion d'une assurance *ad hoc* par le locataire principal (qui ne couvrira toutefois en principe que les dommages à la chose louée principale, mais non p. ex. aux biens meubles du locataire ou aux espèces), il est possible de se prémunir d'éventuels dégâts en exigeant une garantie (« caution »).
86. Toutefois, la plateforme Airbnb précise que les cautions ne peuvent être gérées hors du site et en espèces, sous peine de violation des conditions contractuelles. Ainsi, la « caution » est obligatoirement

¹⁴⁵ <https://www.airbnb.fr/neighbors>.

¹⁴⁶ CPra Bail-AUBERT, art. 267 CO N 19 ss.

¹⁴⁷ CF-Hébergement, p. 48, qui cite les rayures des valises sur le parquet par exemple.

donnée par la carte de crédit du voyageur lors de la réservation. Lorsqu'une réservation est acceptée, les détails de la caution et les informations de paiement du voyageur sont stockés et provisionnés. L'hôte doit effectuer la demande de retenue sur caution dans les 14 jours qui suivent la date de départ du voyageur par le biais d'une déclaration *ad hoc* sur le site en ligne¹⁴⁸. En cas de litige, la plateforme intervient comme médiateur. Airbnb indique veiller à représenter les deux parties de façon équitable et à rassembler toutes les informations et les pièces nécessaires pour parvenir à une solution. Toutefois c'est Airbnb qui a le dernier mot et tranche sur la question de la caution : « S'il nous apparaît qu'une indemnisation est nécessaire au regard des informations et documents transmis par les deux parties, nous procéderons à une retenue sur la caution ».

87. Une question qui n'est pas abordée sur le site d'Airbnb et ses conditions générales, c'est l'éventuelle opposition du voyageur au débit de sa carte de crédit par Airbnb (« charge back »). Qui obtient gain de cause et sur quelles bases ?
88. Enfin, cette réglementation est contraire au droit suisse impératif si la location n'est pas une location de vacances ou si elle est conclue pour plus de trois mois (art. 257e CO qui prévoit que la caution doit être déposée sur un compte bloqué en Suisse au nom du locataire).

V. Conclusion

89. Compte tenu de l'évolution rapide des technologies numériques, il n'est pas souhaitable de modifier le Code des obligations et une simple révision de l'ordonnance (OBLF) nous paraît largement suffisante, le droit actuel permettant déjà de répondre aux questions qui se posent avec les plateformes d'hébergement. Il était toutefois indispensable d'étudier en profondeur les bases légales applicables et les implications plus larges provoquées par ces nouveaux modèles économiques, notamment en termes de politique du logement, de fiscalité, de concurrence, ou d'aménagement du territoire. Il est

¹⁴⁸ <https://fr.airbnb.ch/help/article/264/what-do-i-do-if-my-guest-breaks-something-in-my-place> (page consultée le 17 juin 2018).

cependant erroné à notre sens de penser que seule une législation plus restrictive en matière de sous-location résoudra le problème de fond, à mesure que l'impact le plus important concerne le parc locatif, voire immobilier, dans son ensemble et les politiques publiques en matière de logement.

Bibliographie

- ABEGG ANDREAS/BERNAUER CHRISTOF, Welchen neuen Regulierungsbedarf schaffen Airbnb, Uber & Co. ?, PJA 2018, p. 82 ss
- ANTREASYAN SEVAN, Réseaux sociaux et mondes virtuels, Contrat d'utilisation et aspects de propriété intellectuelle, Genève 2016
- BIERI LAURENT, Le comportement passé du locataire peut-il justifier d'interdire la sous-location à l'avenir ?, Jusletter du 15.01.2018
- BIANCHI FRANÇOIS, La loi sur les résidences secondaires : une première, RNR 96/2015, p. 293 ss
- BLATTER MARC, Digitalisierung – Herausforderungen für die Wettbewerbspolitik, Sic! 2016, p. 378 ss
- COMMISSION EUROPÉENNE, COM(2015) 550, Améliorer le marché unique : de nouvelles opportunités pour les citoyens et les entreprises, 28 octobre 2015
- COMMISSION EUROPÉENNE, COM(2016) 356, Un agenda européen pour l'économie collaborative, 2 juin 2016
- CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport sur les principales conditions-cadre pour l'économie numérique, 11 janvier 2017 (CF-Conditions-cadre)
- CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport du Conseil fédéral, Conséquences de la numérisation sur l'emploi et les conditions de travail : opportunités et risques, 8 novembre 2017 (CF-Numérisation)
- CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport du Conseil fédéral, La réglementation dans le secteur de l'hébergement, 15 novembre 2017 (CF-Hébergement)
- CREDIT SUISSE, Die Sharing Economy : Neue Chancen, neue Fragen, Global Investor, no 2.15, novembre 2015
- DÉLÉTROZ NICOLAS/FAVRE PASCAL/LARPIN BLAISE/SCHEGG ROLAND, The Sharing Economy in the Swiss accommodation sector, Observatoire valaisan du Tourisme, HES-SO Valais 2015 [<https://www.slidesearch.net/slide/tpm2015-the-sharing-economy-in-the-swiss-accommodation-sector-study-results>] [consulté le 9 mai 2018]

DONATI STEFAN/KLAUS PHILIPP, Unterkunft-Vermittlungsplattformen : Effekte, Regulierungen, Erfahrungen, INURA Zürich Institut, 2017 [http://inura.ch/publikationen/INURA_Unterkunftvermittlungsplattformen.pdf]

FAVRE-BULLE XAVIER, Le contrat électronique, in : Le contrat dans tous ses états, Publication de la société genevoise de droit et de législation à l'occasion du 125^e anniversaire de la semaine judiciaire, François Bellanger, François Chaix, Christine Chappuis, Anne Héritier Lachat (édit.), Berne 2004, p. 175 ss

FELSON MARCUS/SPAETH JOE L., Community Structure and Collaborative Consumption : A routine activity approach, American Behavioral Scientist, Princeton 1978, 21 (March – April), p. 614 ss, [<https://doi.org/10.1177/000276427802100411>] [consulté le 21 juin 2018]

JUD DOMINIQUE/STEIGER ISABELLE, Airbnb in der Schweiz : Was sagt das Mietrecht ?, Jusletter du 30 juin 2014

KOLLER ALFRED, Rechtsbehelfe des Mieters bei Wegfall des Mietbedarfs, PJA 2018, p. 209 ss

LANGER DIRK, Les contrats dans le commerce électronique, in : Le droit de la consommation dans son contexte économique, Gilles Paisant, Ariane Morin, Andreas Heinemann, Dirk Langer (édit.), Centre du droit de l'entreprise de l'Université de Lausanne, Lausanne 2009, p. 63 ss

LEARNAIRBNB.COM, The State of Airbnb Hosting, 2016, <http://learnAirbnb.com/Airbnb-data/> [consulté le 9 mai 2018]

MÉTILLE SYLVAIN, Internet et droit. Protection de la personnalité et questions pratiques, Zurich 2017

MARGUCCIO ORLANDO, Airbnb et le droit du bail, Mémoire de Master en droit, Université de Neuchâtel, 2016

MEIER ANNE, Droit collectif du travail et droit de la concurrence, SJ 2017 II, p. 93 ss

MÜLLER CHRISTOPH, Contrats de droit suisse, Berne 2012

OFFICE FÉDÉRAL DU LOGEMENT (OFL), Rapport explicatif concernant la modification de l'ordonnance du 9 mai 1990 sur le bail à loyer et le bail à

ferme d'habitations et de locaux commerciaux (OBLF) (OFL-Rapport), <https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/51733.pdf> [consulté le 9 mai 2018]

OBSERVATOIRE VALAISAN DU TOURISME, HES-SO Valais, L'offre airbnb en Suisse et Valais, 2017, <https://www.tourobs.ch/fr/actualites-et-articles/articles/?id=5787> et https://www.tourobs.ch/media/268024/annexes_f_octobre2017.pdf, <https://www.tourobs.ch/fr/articles-et-actualites/articles/id-6683-airbnb-co-l-engouement-des-acteurs-globaux-de-la-location-entre-particuliers-pour-le-marche-suisse/> [consulté le 17 juin 2018]

PETITJEAN ALAIN, Economie collaborative : quels modèles économiques, pour quels modèles sociaux ?, Centre Etudes & Prospective Groupe Alpha, 2016

QUATTRONE GIOVANNI/PROSERPIO DAVIDE/QUERCIA DANIELE/CAPRA LICIA/MUSOLESI MIRCO, Who Benefits from the « Sharing » Economy of Airbnb ?, Proceedings of the 26th International ACM Conference on World Wide Web (WWW), 2016 [<https://arxiv.org/abs/1602.02238>] [consulté le 9 mai 2018]

RIEMER-KAFKA GABRIELA/STUDER VIVIANA, Digitalisierung und Sozialversicherung – einige Gedanken zum Umgang mit neuen Technologien in der Arbeitswelt, SZS 2017, p. 354 ss

RIFKIN JEREMY, La troisième révolution industrielle, Paris 2013

RIFKIN JEREMY, The Zero Marginal Cost Society : The internet of things, the collaborative commons, and the eclipse of capitalism, London 2014

SCHEGG ROLAND/LARPIN BLAISE/FAVRE PASCAL/DÉLÉTROZ NICOLAS/KAMBLY MICHAEL/HÉBERT EMELINE, Airbnb – une croissance dynamique en Valais et en Suisse, Résultats d'une analyse de l'offre Airbnb en Suisse Etat à fin juin 2016, HES-SO Valais, 2016, https://www.tourobs.ch/media/162596/ovt_f_airbnb_2016_13-sept.pdf [consulté le 17 juin 2018]

SCHEGG ROLAND, Transformation im Übernachtungsgewerbe, in : E-Commerce-Report Schweiz 2017, Fachhochschule Nordwestschweiz

FHNW, 2017, <https://www.e-commerce-report.ch/fr/e-commerce-report/etude/etudes-passees?CID=5497> [consulté le 17 juin 2018]

SCHOCH RUEDI, Spannungsfelder im genossenschaftsrechtlichen Mietverhältnis, MP 2017, p. 87 ss

SCHUSKA FREDEREK, Umsatzsteuerliche Fragen der Sharing Economy, Recht Innovativ (Ri) 2018, p. 39 ss

SIEBER-GASSER CHARLOTTE, Wirtschaften im rechtlichen Graubereich – Herausforderungen im Umgang mit Uber, Airbnb und Co., Zeitschrift für Europarecht (EuZ) 2017, p. 4 ss

SPIRIG IRÈNE, Grundsätze der Untermiete und Airbnb, MP 2015, p. 2 ss

TERCIER PIERRE/BIERI LAURENT/CARRON BLAISE, Les contrats spéciaux, 5^e éd., Zurich 2016

TERRASSE PAUL, Rapport au Premier Ministre sur l'Economie collaborative, Cabinet du Premier Ministre, France 2016, https://www.gouvernement.fr/sites/default/files/document/document/2016/02/08.02.2016_rapport_au_premier_ministre_sur_leconomie_collaborative.pdf [consulté le 17 juin 2018]

TSCHUDI MATTHIAS, Entwicklungen im Mietrecht/Le point sur le droit du bail, RSJ 2017, p. 319 ss

VISCHER MARKUS, Zivilrechtliche Schranken der Wohnungsvermietung über Airbnb, PJA 2017, p. 478 ss

VON STOKAR THOMAS/PETER MARTIN/ZANDONELLA REMO/ANGST VANESSA/PÄRLI KURT/HILDESHEIMER GABI/SCHERRER JOHANNES/SCHMID WILHELM, Sharing Economy – teilen statt besitzen, TA-SWISS, Fondation pour l'évaluation des choix technologiques (édit.), vdf Hochschulverlag an der ETH, Zurich 2018, <https://vdf.ch/sharing-economy-teilen-statt-besitzen-e-book.html> [consulté le 17 juin 2018]

WERMELINGER AMÉDÉO, Aktuelle Fragen und Probleme aus dem Stockwerkeigentum, in: Aktuelles zum Stockwerkeigentum, Wolf, Stephan (édit.), Berne 2017, p. 314 ss

WITZIG AURÉLIEN, L'uberisation du monde du travail, RDS 2016, p. 457 ss

ZOBRIST LUC/GRAMPP MICHAEL, L'économie du partage : partager et gagner de l'argent – quelle position pour la Suisse ?, Deloitte SA (édit.), 2015, <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/ch/Documents/consumer-business/ch-fr-cb-Leconomie-du-partage-partager-et-gagner-de-largent.pdf> [consulté le 17 juin 2018]