

Codébiteurs solidaires et tiers garants en droit du bail

par

François Bohnet*

Professeur à l'Université, Neuchâtel, avocat

et

Pascal Jeannin*

Doctorant à l'Université, Neuchâtel, avocat

I. Introduction	3
II. Généralités sur les sûretés	3
A. Sûretés réelles	4
B. Sûretés personnelles	5
1. Porte-fort	6
2. Cautionnement	10
3. Engagement solidaire et reprise cumulative de dette	13
III. Différentes sûretés dans les contrats de bail	16
A. Rappel des principes	16
B. Porte-fort	18
C. Cautionnement	21
D. Engagement solidaire	23

* Nous remercions chaleureusement Mme Patricia Dietschy-Martenet, collaboratrice scientifique du Séminaire et Chargée d'enseignement à la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, pour sa relecture critique et attentive de la présente contribution.

1. Colocataire	23
2. Garant	24
a) Principe.....	24
b) Délimitation avec le cautionnement	24
c) Réelle et commune intention des parties	25
d) Principe de la confiance	26
e) Exclusion à Genève	29
f) Solutions alternatives	30
IV. Conclusion.....	31
Bibliographie	32

I. Introduction

1. Un bail s'inscrit dans la durée. La relation bailleur-locataire peut rencontrer divers aléas et, en particulier à son terme, le bailleur peut se retrouver avec un arriéré de loyer ou un bien dégradé. Pour protéger leurs intérêts, les loueurs de biens immobiliers exigent ainsi pour la plupart « une garantie » du locataire. Il s'agit en principe du dépôt d'une somme d'argent, d'un montant maximum équivalant à trois loyers mensuels en matière de baux d'habitations et de locaux commerciaux, réglée à l'art. 257e CO. Lorsque le bailleur doute de l'assise financière du locataire, cette garantie-loyer est souvent complétée en pratique par l'engagement d'un « tiers garant » ou d'un « codébiteur solidaire » vers lequel le bailleur pourra se tourner si le locataire n'exécute pas ses obligations.
2. Les clauses contractuelles concernant ces tiers garant, en particulier la terminologie utilisée, ne permettent souvent pas de qualifier sans équivoque l'engagement du tiers et de le rattacher à l'une des formes de sûretés personnelles admises en droit suisse. La présente contribution propose un « tour d'horizon » des sûretés personnelles prévues par le droit suisse et leur application envisageable pour garantir les obligations découlant d'un contrat de bail. Sa finalité est de rendre attentif le lecteur aux pièges à éviter lors de l'engagement d'un tiers garant.

II. Généralités sur les sûretés

3. Toute personne qui se prétend titulaire d'une créance peut agir en justice pour faire condamner le débiteur récalcitrant à s'exécuter. Elle a droit à obtenir un jugement au fond sur le droit affirmé si cette affirmation est jugée digne de protection (action¹). Son droit reconnu, elle pourra demander l'exécution forcée sur tous les biens du

¹ FRANÇOIS BOHNET, Procédure civile, 2^e éd., Neuchâtel et Bâle 2014, p. 103 N 367 s.

débiteur². La loi permet aux parties de renforcer la position du créancier en prévoyant des sûretés³.

4. La notion de « sûretés » n'est pas définie par la loi. Il s'agit, selon la doctrine⁴ et la jurisprudence⁵, de l'ensemble des relations juridiques (légales ou conventionnelles) qui offrent une garantie au créancier pour l'exécution de la créance qu'il a, aura ou pourrait avoir à l'encontre d'un débiteur. La notion de sûreté embrasse toutes les garanties réelles ou personnelles procurant au créancier plus que le droit ordinaire sur l'ensemble des biens du débiteur. On distingue ainsi deux catégories de sûretés : les sûretés réelles et les sûretés personnelles.

A. Sûretés réelles

5. Par « sûretés réelles », on entend la garantie dont l'objet est une chose mobilière ou immobilière : le créancier acquiert un droit réel limité sur une chose déterminée du patrimoine du débiteur qui contient le droit de profiter de la valeur de la chose en priorité sur les autres créanciers si le débiteur ne respecte pas ses engagements⁶. Il s'agit notamment du nantissement (qui constitue un gage mobilier ; art. 889 ss CC) et de l'hypothèque (qui constitue un gage immobilier ; art. 842 ss CC). Dans ce domaine prévaut le *numerus clausus* : sont uniquement admis les types de sûretés réelles prévues par la loi⁷.
6. Dans les considérations qui suivent, nous nous concentrerons sur les sûretés personnelles ; les sûretés réelles ne sont pas détaillées. Notons

² Selon l'approche classique, TERCIER/BIERI/CARRON, § 6139 parlent d'une « garantie générale ».

³ TERCIER/BIERI/CARRON, § 6140.

⁴ TERCIER/BIERI/CARRON, § 6140 ss ; TERCIER/PICHONNAZ, N 1341 ss ; DEVELIOĞLU, N 22 ; CHRISTIAN BOVET, La garantie des créances dans la construction, in : Séminaire pour le droit de la construction, Journées du droit de la construction 1995, Volume II, p. 5.

⁵ ATF 106 II 161, cons. 2b ; 26 II 248, cons. 2.

⁶ TERCIER/PICHONNAZ, N 1345 ss ; DEVELIOĞLU, N 23 ; BOVET, op. cit., p.6.

⁷ PAUL-HENRI STEINAUER, Les droits réels, tome I, 4^e éd., Fribourg 2007, N 122 et tome III, 4^e éd., Fribourg 2012, N 2628 ; DEVELIOĞLU, N 23.

toutefois qu'il existe, dans le domaine du bail, une sûreté réelle particulière, à savoir le droit de rétention du bailleur de locaux commerciaux (art. 268 à 268b CO)⁸.

B. Sûretés personnelles

7. Par « sûreté personnelle », on entend l'engagement d'un tiers de garantir au créancier l'exécution de l'obligation du débiteur ; le créancier n'acquiert pas un droit réel, mais il peut, à certaines conditions, se retourner contre un tiers en cas de non-exécution du débiteur⁹.
8. La loi nomme expressément deux sûretés personnelles : le porte-fort (art. 111 CO) et le cautionnement (art. 493 ss CO). Il ne s'agit cependant pas d'un *numerus clausus* et l'on peut trouver d'autres formes de sûretés personnelles en pratique, notamment l'engagement solidaire (art. 143 CO)¹⁰.
9. Comme nous le verrons, il n'est pas toujours évident de déterminer si un accord entre les parties constitue un porte-fort, un cautionnement ou un engagement solidaire. Toutefois, ce point peut s'avérer d'une importance primordiale : le législateur a soumis le cautionnement à des exigences de forme (art. 493 CO), ce qui n'est pas le cas du porte-fort, ni des autres formes de sûreté personnelle. Il s'agit d'un domaine dans lequel les tribunaux doivent fréquemment procéder à l'interprétation des déclarations de volonté des parties conformément à l'art. 18 CO : le tribunal doit en premier lieu rechercher la réelle et commune intention des parties (*interprétation subjective*) ; si la volonté réelle des parties ne peut pas être établie ou si leurs volontés intimes divergent, le juge doit interpréter les déclarations faites et les comportements selon la théorie de la confiance ; il doit donc rechercher comment une déclaration ou une attitude pouvait être

⁸ Pour des développements : FOËX, p. 15 ss.

⁹ TERCIER/BIERI/CARRON, § 6146 ; DEVELIOĞLU, N 27.

¹⁰ ATF 106 II 161, cons. 2b.

comprise de bonne foi en fonction de l'ensemble des circonstances (*interprétation objective*)¹¹.

1. Porte-fort

10. Par « porte-fort » (art. 111 CO ; également appelé « promesse de porte-fort » ou « garantie »), l'on entend un contrat par lequel le garant promet au garanti le fait d'un tiers et s'engage à l'indemniser pour le cas où celui-ci n'exécuterait pas la prestation visée¹². Le « fait d'un tiers » doit être interprété d'une manière large : il peut s'agir « d'un fait quelconque de l'homme, positif ou négatif, d'une prestation au sens technique, d'un comportement, d'un geste, d'une présence, d'une absence, d'une action juridique, d'un acte juridique ou encore d'une décision, pourvu que l'accomplissement ne dépende ni seulement de la volonté du garant ni exclusivement du hasard, et qu'il présente un intérêt patrimonial pour le bénéficiaire »¹³. L'obligation du garant ne dépend pas de savoir si le tiers a commis une faute ; il suffit que « le fait du tiers » ne soit pas intervenu¹⁴.
11. Le porte-fort est un contrat *indépendant* de la relation juridique entre le garanti et le tiers ; la validité du porte-fort ne dépend aucunement de celle d'un éventuel contrat entre le garanti et le tiers¹⁵ ; il s'agit là de l'élément déterminant du porte-fort, qui le distingue de la caution¹⁶. Le porte-fort peut avoir précisément comme objet d'indemniser le garanti si le tiers ne prend pas l'engagement considéré¹⁷ ou que

¹¹ Sur le principe de l'interprétation des déclarations de volonté, voir p. ex. ATF 144 III 43, cons. 3.3 et 3.4 ; 142 III 239, cons. 5.2 ; 140 III 143, cons. 3.2 et 3.3.

¹² TERCIER/BIERI/CARRON, § 6514 ; BSK OR I-PESTALOZZI, art. 111 CO N 1 ; DEVELIOĞLU, N 71.

¹³ DEVELIOĞLU, N 76 ; voir aussi : BSK OR I-PESTALOZZI, art. 111 CO N 4.

¹⁴ KOLLER, N 72.02.

¹⁵ BSK OR I-PESTALOZZI, art. 111 CO N 1 s. ; EMMENEGGER, p. 563.

¹⁶ KOLLER, N 72.05 ; cf. ci-dessous, N 20 ; KLEINER/LANDOLT/GEMPERLI, § 5 N 6 ss.

¹⁷ ATF 111 II 276, cons. 2.

l'engagement s'avère nul ou annulable¹⁸. Est toutefois nul le porte-fort portant sur une prestation illégale ou contraire aux mœurs¹⁹.

12. L'on peut identifier deux catégories de portes-fort : le porte-fort « pur » (aussi appelé « garantie indépendante »), qui vise à garantir un fait d'un tiers avec lequel le garanti n'a pas de lien contractuel, et le porte-fort analogue au cautionnement, dont le but est – comme pour le cautionnement – de garantir l'exécution d'une prestation contractuelle²⁰.
13. Cela étant, le porte-fort est *subsidaire* à l'exécution du « fait du tiers » garanti : le garanti ne peut exiger la prestation du garant que lorsqu'il est clair que le tiers ne peut exercer la sienne, ou, s'il ne peut l'exercer que partiellement, dans quelle mesure²¹. A partir de quel moment exactement la prestation du garant est exigible dépend de l'accord entre les parties²². A défaut, la garantie est exigible dès que la prestation du tiers n'est pas effectuée au moment convenu. Le bénéficiaire de la promesse n'est pas tenu de mettre le tiers en demeure, ni de le rechercher²³. Sur ce point, il se distingue de l'engagement solidaire, respectivement de la reprise cumulative de dette.
14. Le porte-fort constituant une relation contractuelle indépendante de celle entre le garanti et le tiers, le garant ne peut se prévaloir des exceptions et objections que le tiers aurait envers le garanti²⁴. Il existe cependant des exceptions en vertu du principe de la bonne foi : si le garanti est en demeure du créancier (art. 91 ss CO) ou que la carence

¹⁸ EMMENEGGER, p. 563.

¹⁹ EMMENEGGER, p. 563, note 8.

²⁰ BSK OR I-PESTALOZZI, art. 111 CO N 21 ; DEVELIOĞLU, N 32 ss.

²¹ ATF 101 II 323, cons. 1c *in fine* : « Im übrigen ist selbst die Leistungspflicht des Garanten in dem Sinne subsidiär, als er erst in Anspruch genommen werden darf, wenn feststeht, ob und in welchem Umfang die Leistung des Dritten entfällt » ; EMMENEGGER, p. 563.

²² BSK OR I-PESTALOZZI, art. 111 CO N 11a ; CR CO I-TEVINI, art. 111 CO N 14 ; ATF 138 III 241, cons. 3.2.

²³ ATF 131 III 606, cons. 4.2.2 ; TF du 10.12.2007, 4A_290/2015, cons. 6.1.

²⁴ BSK OR I-PESTALOZZI, art. 111 CO N 14 ; CR CO I-TEVINI, art. 111 CO N 3 ; TF du 10.12.2007, 4A_290/2015, cons. 6.1.

du tiers est autrement imputable au garanti, il ne saurait faire appel au garant²⁵. Notons que le garant peut opposer au garanti des exceptions tirées du contrat de garantie lui-même²⁶.

15. Le garant ne dispose d'aucun droit de recours contre le tiers (le recours en vertu de l'art. 110 CO est exclu, le garant exécutant une obligation propre) et ne peut exiger du garanti une cession des droits de ce dernier contre le tiers²⁷. Cela étant, le garant et le garanti peuvent convenir, par disposition expresse contraire, d'une cession de créance (art. 164 ss CO)²⁸. En outre, un droit de recours peut résulter d'une relation juridique entre le tiers et le garant, tel qu'un mandat²⁹.
16. La loi ne prévoit pas de conditions de forme pour la conclusion d'un porte-fort³⁰. Il peut donc être conclu par écrit, par oral ou par acte concluant. En pratique, la conclusion par acte concluant est même fréquente. Le garant s'engage souvent sans exiger de contre-prestation. Il procède alors fréquemment par « déclaration de garantie », qui constitue juridiquement parlant une offre au sens des art. 3 ss CO³¹. Puisqu'il s'agit d'une offre qui n'engage pas le destinataire, cette situation constitue une « affaire de nature spéciale » au sens de l'art. 6 CO pour lequel l'offre est acceptée tacitement si le destinataire ne s'y oppose pas³². De plus, dans le commerce international, l'acceptation tacite de garanties bancaires (qui peuvent constituer un porte-fort au sens de l'art. 111 CO) est la règle³³.
17. Constituent notamment des porte-fort au sens de l'art. 111 CO la plupart des « garanties bancaires »³⁴. L'on entend par garantie

²⁵ CR CO I-TEVINI, art. 111 CO N 14 ; TF du 10.12.2007, 4A_290/2015, cons. 6.1.

²⁶ BSK OR I-PESTALOZZI, art. 111 CO N 14 ; CR CO I-TEVINI, art. 111 CO N 17.

²⁷ BSK OR I-PESTALOZZI, art. 111 CO N 14.

²⁸ CR CO I-TEVINI, art. 111 CO N 15.

²⁹ ATF 120 III 34 ; CR CO I-TEVINI, art. 111 CO N 17.

³⁰ BSK OR I-PESTALOZZI, art. 111 CO N 7 ; BK OR-WEBER, art. 111 CO N 123 ; KLEINER/LANDOLT/GEMPERLI, § 21 N 3.

³¹ KLEINER/LANDOLT/GEMPERLI, § 21 N 2.

³² BSK OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT/BUCHER, art. 6 CO N 12 .

³³ KLEINER/LANDOLT/GEMPERLI, § 21 N 2.

³⁴ TERCIER/BIERI/CARRON, § 6552.

bancaire l'engagement irrévocable pris par un établissement bancaire ou une autre institution analogue de fournir au bénéficiaire une prestation en espèces au cas où un tiers ne respecterait pas les obligations qu'il a envers lui³⁵. En fonction de la manière dont le bénéficiaire peut obtenir le paiement de la somme garantie, les garanties bancaires peuvent être soit « à première demande », soit « documentaires »³⁶. Dans la garantie à première demande, la simple déclaration du bénéficiaire suffit pour que le garant soit obligé de payer l'intégralité de la somme prévue. Le garant doit honorer son engagement, sans égard à un éventuel litige relatif au contrat de base, aussitôt après l'appel du bénéficiaire³⁷. Afin de limiter le risque d'abus par le garanti, les garanties à première demande sont souvent munies d'une clause dite « d'effectivité », selon laquelle la banque verse la somme garantie à première demande, mais à condition qu'un cas de garantie se soit réalisé. Cette clause implique que le bénéficiaire de la garantie procède à une déclaration écrite selon laquelle le risque garanti s'est réalisé³⁸.

18. Quant à la garantie documentaire, celle-ci ne peut être mise en œuvre que par la présentation par le bénéficiaire d'un ou de plusieurs documents mentionnés dans le contrat de garantie³⁹. Il peut s'agir de documents émanant du bénéficiaire de la garantie, de tiers indépendants, ou encore d'un jugement ou d'une sentence arbitrale⁴⁰. Ceux-ci sont censés attester du fait que la prestation garantie n'a pas été exécutée ou qu'elle l'a été de manière défectueuse. La garantie documentaire limite par conséquent sensiblement le risque d'abus⁴¹.

³⁵ TERCIER/BIERI/CARRON, § 6552 ; BK OR-WEBER, art. 111 CO N 21.

³⁶ ATF 119 II 132, cons. 5a/aa ; KLEINER/LANDOLT/GEMPERLI, § 21 N 7.

³⁷ ATF 138 III 241, cons. 3.2 et 3.3 ; 119 II 132, cons. 5a/aa ; TERCIER/BIERI/CARRON, § 6589 ; KLEINER/LANDOLT/GEMPERLI, § 21 N 13 s ; DEVELIOĞLU, N 108.

³⁸ ATF 119 II 132, cons. 5a/bb ; TERCIER/BIERI/CARRON, § 6561 ; DEVELIOĞLU, N 113.

³⁹ ATF 119 II 132, cons. 5a/bb ; TERCIER/BIERI/CARRON, § 6587 ; KLEINER/LANDOLT/GEMPERLI, § 21 N 8 ss ; DEVELIOĞLU, N 123.

⁴⁰ ATF 119 II 132, cons. 5a/bb ; DEVELIOĞLU, N 123.

⁴¹ DEVELIOĞLU, N 123.

19. Les garanties bancaires ne sont de manière générale pas soumises à des conditions matérielles, les banques ne procédant en principe pas à des « enquêtes » en dehors de leur domicile, nécessaires afin d'établir les faits⁴². Même la garantie documentaire n'est pas soumise à une condition matérielle, la banque doit vérifier la régularité formelle des documents, mais n'est pas tenue de vérifier qu'ils soient matériellement exacts⁴³.

2. Cautionnement

20. Contrairement au porte-fort, le cautionnement fait l'objet d'une réglementation légale détaillée, aux art. 492-512 CO. Selon l'art. 492 al. 2 CO, le cautionnement est « un contrat par lequel une personne s'engage envers le créancier à garantir le paiement de la dette contractée par le débiteur ». Le cautionnement constitue un engagement *accessoire* et *subsidaire* : il est accessoire, car il ne donne pas naissance à une dette indépendante, mais ne fait qu'en assurer une autre⁴⁴, et subsidiaire, car le créancier ne peut agir contre la caution qu'après avoir agi en vain contre le débiteur principal⁴⁵.
21. Le cautionnement peut se présenter sous *différentes formes*. Il peut notamment être simple (art. 495 CO) ou solidaire (art. 496 CO), selon que le créancier peut se retourner contre la caution uniquement après avoir agi en vain contre le débiteur principal (ce dernier étant parti à l'étranger, déclaré en faillite, ayant obtenu un sursis concordataire ou des poursuites contre lui intentées par le créancier ayant abouti à la délivrance d'un acte de défaut de biens définitif ; art. 495 al. 1 CO) ou déjà avant de rechercher le débiteur et de réaliser ses gages immobiliers, à condition que le débiteur soit en retard dans le paiement de sa dette et qu'il ait été sommé en vain de s'acquitter ou

⁴² KLEINER/LANDOLT/GEMPERLI, § 21 N 8.

⁴³ TERCIER/BIERI/CARRON, § 6587 et les réf. citées.

⁴⁴ ATF 129 III 702, cons. 2.1 ; TERCIER/BIERI/CARRON, § 6173 ; EMMENEGGER, p. 562 ; TF du 08.05.2018, 4A_624/2017, cons. 3.1.2.

⁴⁵ EMMENEGGER, p. 562 ; voir aussi : Tribunal supérieur du canton de Lucerne, arrêt du 09.03.2009, 11 08 130, cons. 6, LGVE 2009 N 12.

que son insolvabilité soit notoire (art. 496 al. 1 CO). Sans autre indication, un cautionnement est présumé simple⁴⁶. Le cautionnement peut être individuel ou plural selon qu'il existe une seule ou plusieurs cautions⁴⁷.

Il convient de distinguer *le cautionnement solidaire* (art. 496 CO) de *l'obligation solidaire* (art. 143 ss CO). Le cautionnement solidaire ne fonde pas d'obligation solidaire. Le créancier principal peut certes dans les deux cas réclamer l'entier de sa créance aux deux débiteurs, mais la caution peut se prévaloir des exceptions des art. 502, 503 et 509 CO alors que le codébiteur solidaire a à sa disposition les exceptions des art. 145-147 CO⁴⁸.

22. Contrairement à ce qui prévaut pour le porte-fort, la caution a le droit et même l'obligation d'opposer au créancier toutes les *exceptions* qui appartiennent au débiteur ou à ses héritiers et qui ne résultent pas de l'insolvabilité du débiteur (art. 502 al. 1 CO). Une fois qu'elle s'est acquittée du montant réclamé par le créancier, la caution acquiert un droit de recours contre le débiteur principal à concurrence de la somme qu'elle a déboursée (art. 507 al. 1 CO). Si elle a manqué à son obligation d'opposer les exceptions appartenant au débiteur, elle est déchu de ce droit de recours, à moins qu'elle prouve qu'elle les ignorait sans sa faute (art. 502 al. 3 CO).

L'art. 121 CO précise que la caution peut refuser de payer le créancier, en tant que le débiteur principal a le droit d'invoquer la compensation. La créance que le débiteur peut invoquer en compensation est indépendante de la créance garantie par cautionnement, raison pour laquelle la caution ne peut pas la déclarer à la place du débiteur. Dès lors, la caution pourrait être tenue de payer la dette garantie, même si le débiteur pourrait y opposer la compensation. Le législateur a dès lors mis expressément la caution au bénéfice de l'exception dilatoire de l'art. 121 CO⁴⁹.

23. Un élément particulièrement important dans les contrats de cautionnement constitue la question des *conditions de forme*. Sur ce point, l'art. 493 CO prévoit une réglementation différenciée en

⁴⁶ TERCIER/BIERI/CARRON, § 6199 ; BSK OR I-PESTALOZZI, art. 495 CO N 1.

⁴⁷ TERCIER/BIERI/CARRON, § 6196 et 6209.

⁴⁸ TERCIER/BIERI/CARRON, § 6208.

⁴⁹ BSK OR I-PESTALOZZI, art. 502 CO N 7.

fonction du montant du cautionnement et de la personne de la caution : le cautionnement est soumis à la forme écrite simple si la caution est une personne morale, une société collective ou une société en nom collectif (art. 493 al. 1 CO). Si la caution est une personne physique et que le montant du cautionnement ne dépasse pas CHF 2'000.-, il est soumis à la forme écrite qualifiée : le montant maximal du cautionnement doit être noté sur l'acte de manière olographe, de même que, le cas échéant, le caractère solidaire du cautionnement (art. 493 al. 2, 2^e hypothèse CO). Si la caution est une personne physique et que la somme du cautionnement dépasse le montant de CHF 2'000.-, le cautionnement doit revêtir la *forme authentique* (art. 493 al. 2 *ab initio* CO). De plus, selon l'art. 494 CO, une personne mariée (al. 1) ou en partenariat enregistré (al. 4) ne peut cautionner valablement qu'avec le *consentement écrit de son conjoint* donné préalablement ou au plus tard simultanément dans l'espèce, à moins que les époux ne soient séparés de corps par jugement.

24. Les exigences formelles ont pour but de protéger les particuliers de prendre des engagements inconsidérés⁵⁰. Dans l'idée du législateur, le cautionnement est un acte altruiste pris par un proche ou un membre de la famille du débiteur afin de lui permettre la conclusion d'une affaire⁵¹. La constitution d'une sûreté au profit d'un membre de la famille ou d'un autre proche ne suit pas une logique économique, mais sociale ; dans ce contexte, les personnes sont plus facilement amenées à prendre des risques mal calculés⁵².
25. L'acte de cautionnement doit contenir l'indication du *montant maximal* à concurrence duquel la caution peut être tenue (art. 493 al. 1 CO). La mention du montant de la caution n'est pas seulement une exigence de forme, mais également une condition à la *validité*

⁵⁰ ATF 129 III 702, cons. 2.2, JdT 2004 I 535.

⁵¹ CHRISTIANA FOUNTOLAKIS, Bürgschaftsrecht – von den Hoffnungen des Gesetzgebers und was davon übrig bleibt, PJA 2010, p. 423 ss ; OGer ZH, arrêt du 22.10.2012, NG120015, cons. 2.2.1.

⁵² EMMENEGGER, p. 576.

matérielle du cautionnement⁵³. Un simple renvoi à un autre texte ne suffit pas à la validité de forme⁵⁴. Faute de respect de cette exigence, le cautionnement est nul⁵⁵. L'indication numérique étant un élément objectivement essentiel au contrat, la conséquence est une nullité absolue⁵⁶. Celle-ci sera en principe totale, à une exception près : si la caution note à la main la somme maximale du cautionnement, mais que celle-ci est supérieure à CHF 2'000.-, le cautionnement est néanmoins valable jusqu'à concurrence de CHF 2'000.-, mais nul au-delà⁵⁷. En aucun cas, la caution peut être tenue d'un montant supérieur au montant total indiqué dans l'acte de cautionnement (art. 499 al. 1 CO). Ce montant peut toutefois être fixé à un montant supérieur à la dette garantie, afin de tenir compte par exemple des intérêts⁵⁸.

3. Engagement solidaire et reprise cumulative de dette

26. La pratique a développé une multitude d'autres formes de sûretés personnelles. La plus fréquente (et la plus controversée) pour le droit du bail est sans doute l'*engagement solidaire*, respectivement la *reprise cumulative de dette*. Il s'agit d'une déclaration d'un tiers de répondre de la dette du débiteur de manière solidaire au sens des art. 143 ss CO⁵⁹. Si elle intervient au moment de la conclusion de l'engagement du débiteur, il s'agit d'un engagement solidaire ; lorsque le tiers se joint ultérieurement au débiteur « d'origine », l'on parle de reprise cumulative de dette⁶⁰. Le tiers devient codébiteur

⁵³ ATF 117 II 490, cons. 3, JdT 1993 I 312 ; TERCIER/BIERI/CARRON, §§ 6265 ss et 6273.

⁵⁴ TC FR, RFJ 1999 240, cons. 2a/aa ; TERCIER/BIERI/CARRON, § 6273 ; CR CO I-MEIER, art. 493 N 4.

⁵⁵ ATF 111 II 276, cons. 2d ; PIERRE ENGEL, Contrats de droit suisse, 2^e éd., Berne 2000, p. 643.

⁵⁶ BSK OR I-PESTALOZZI, art. 493 N 7 et 10 ; TERCIER/BIERI/CARRON, §§ 6265 ss ; CR CO I-MEIER, art. 493 N 7.

⁵⁷ TERCIER/BIERI/CARRON, §§ 6265 ss.

⁵⁸ BSK OR I-PESTALOZZI, art. 499 CO N 1 ; TF du 29.01.2009, 4A_530/2008, cons. 5.2.5.

⁵⁹ EMMENEGGER, p. 562.

⁶⁰ TF, SJ 2008 I 29, cons. 5 ; TF du 01.05.2013, 4A_656/2012, cons. 2.4 ; TERCIER/BIERI/CARRON, § 6181.

solidaire, ce qui signifie qu'il peut être recherché par le créancier de manière exclusive ou ensemble avec le (premier) débiteur, ou, comme le dit la loi : « le créancier peut, à son choix, exiger de tous les débiteurs solidaires ou de l'un d'eux l'exécution intégrale ou partielle de l'obligation » (art. 144 al. 1 CO). Par sa déclaration, le tiers fonde une obligation propre qui s'ajoute à celle du débiteur d'origine ; il reprend ainsi personnellement et directement la dette du débiteur d'origine⁶¹.

27. Contrairement à la caution, l'engagement solidaire respectivement la reprise cumulative de dette n'est *pas subsidiaire ni strictement accessoire* : le créancier peut directement attaquer le codébiteur solidaire et n'a pas besoin de s'en prendre en premier au débiteur d'origine⁶². Si l'extinction de la dette du débiteur d'origine ne libère pas nécessairement le codébiteur solidaire⁶³, son engagement, contrairement au porte-fort, suppose l'existence d'une dette⁶⁴.
28. Le codébiteur solidaire peut opposer au créancier les exceptions communes à tous les débiteurs (art. 145 al. 1 1^{ère} hypothèse CO ; p. ex. la mauvaise exécution du contrat conclu entre un créancier et plusieurs codébiteurs) et les exceptions personnelles envers le créancier (art. 145 al. 1 2^e hypothèse CO ; p. ex. la compensation avec une créance du codébiteur envers le créancier). Il a même l'obligation de faire valoir les exceptions communes et il répond envers les autres coobligés s'il l'omet (art. 145 al. 2 CO). En vertu de l'art. 148 CO, les codébiteurs sont présumés répondre à parts égales (al. 1) ; celui qui paie au-delà de sa part acquiert d'un droit de recours contre les autres (al. 2) et, dans cette mesure, les droits du créancier lui sont cédés (art. 149 al. 1 CO). L'engagement solidaire et la reprise cumulative de dette constituent des exceptions au principe de répartition par tête : le

⁶¹ EMMENEGGER, p. 562 ; TF du 26.10.2012, 4A_235/2012, cons. 2.1.

⁶² ATF 129 III 702, cons. 2.1 ; EMMENEGGER, p. 562.

⁶³ Le codébiteur solidaire est uniquement libéré si la dette du débiteur d'origine est éteinte par paiement ou par compensation, mais non si la libération résulte d'un autre fait extinctif (art. 147 CO), tel que la remise de dette ou la novation : BSK OR I-GRABER, art. 147 CO N 5.

⁶⁴ OGer ZH, arrêt du 22.10.2012, NG120015, cons. 2.2.1.

garant ne répond, dans les rapports internes, pas du tout de l'obligation⁶⁵. Il pourra dès lors recourir contre son coobligé sur l'entier de ce qu'il a payé.

29. Le paiement par un des coobligés de l'entier de la dette libère les autres à l'égard du créancier : l'engagement des coobligés envers le créancier prend fin (art. 147 CO)⁶⁶. Le créancier dispose d'une créance indépendante envers chaque coobligé. Il peut notamment disposer de chaque créance individuellement. La remise de dette envers un coobligé ne bénéficie pas aux autres. De même, si le créancier prononce p. ex. une résiliation, celle-ci n'a d'effet qu'envers le coobligé envers lequel elle a été prononcée⁶⁷.
30. En pratique, c'est toutefois la délimitation entre l'engagement solidaire ou la reprise cumulative de dette et le cautionnement qui est souvent problématique. Le Tribunal fédéral retient qu'en cas de cautionnement, l'obligation a pour cause la garantie que le débiteur principal est solvable alors qu'en cas de reprise de dette, la cause réside dans le désintéressement du créancier indépendamment du débiteur⁶⁸. Pour déterminer si l'on est en présence d'un cautionnement ou d'un engagement principal solidaire ou cumulatif, il faut ainsi faire appel au but du contrat et à l'intérêt propre de celui qui s'engage, une présomption existant en faveur du cautionnement⁶⁹. Contrairement à ce qui prévaut pour le cautionnement, qui, dans l'idée du législateur, est un acte altruiste, l'engagement solidaire, respectivement la reprise

⁶⁵ Dans ce sens aussi : ATF 110 II 340, cons. 2.

⁶⁶ ATF 129 III 702, cons. 2.1 ; BSK OR I-GRABER, art. 147 CO N 1 ; TF du 10/17.12.2002, 4C.154/2002, cons. 3.1.

⁶⁷ ATF 129 III 702, cons. 2.1 ; BSK OR I-GRABER, art. 147 CO N 1 ; BSK OR I-TSCHÄNI, art. 176 CO N 2 ; KLEINER/LANDOLDT/GEMPERLI, § 13 N 4 ; GEORGES SCYBOZ, Garantievertrag und Bürgerschaft, in : Schweizerisches Privatrecht, tome VII/2, Bâle 1979, pp. 315 ss, 342 ; BK OR-GIOVANOLI, art. 492 N 2 CO ; TF du 10/17.12.2002, 4C.154/2002, cons. 3.1.

⁶⁸ ATF 129 III 702, cons. 2.2, JdT 2004 I 535, et les réf. ; TF du 08.05.2018, 4A_624/2017, cons. 3.1.3.

⁶⁹ ATF 129 III 702, cons. 2.5, JdT 2004 I 535 ; 113 II 434, cons. 2c, JdT 1988 I 185 ; 111 II 284, cons. 2 ; 111 II 276, cons. 2b ; 101 II 323, cons. 1 ; JdT 1976 I 537, cons. 1d.

cumulative de dette, suppose que le tiers dispose *d'un intérêt direct et matériel à l'engagement*⁷⁰. La sûreté elle-même ne constitue pas l'élément essentiel de la cause de l'obligation découlant de la reprise cumulative de dette, même si une telle reprise a toujours un certain effet de garantie⁷¹. Or il est rare que la volonté des parties soit absolument limpide à ce sujet⁷². La délimitation nécessite dès lors la plupart du temps une interprétation de la volonté des parties. Leurs déclarations doivent être interprétées selon le principe de la confiance⁷³.

31. Cette problématique peut en particulier se poser, comme nous le verrons ci-après (N 48 ss), lorsque le bailleur exige du locataire de locaux d'habitation la présentation d'un « tiers garant » ou d'un « codébiteur solidaire ».
32. Notons encore que la solidarité ne se présume pas. Dès lors, le créancier supporte le fardeau de la preuve de son existence⁷⁴.

III. Différentes sûretés dans les contrats de bail

A. Rappel des principes

33. Le bailleur peut exiger du locataire la fourniture de sûretés au moment de la conclusion du bail pour garantir ainsi l'exécution des obligations du locataire, en particulier celle de payer le loyer et les frais accessoires (art. 257-257b CO) et celle d'user de la chose avec le soin

⁷⁰ ATF 129 III 702, cons. 2.6, JdT 2004 I 535 et réf. citées ; TF du 08.05.2018, 4A_624/2017, cons. 3.1.3. Voir déjà TF, SJ 2000 I 305 : « intérêt propre et marqué à l'exécution de l'obligation » ou « qu'il en retire personnellement un avantage ». Pour un exemple : TF du 06.05.2015, 4A_660/2014, cons. 3 (engagement solidaire de l'administratrice présidente et de l'administrateur vice-président de la société en faveur d'une banque pour l'octroi d'un crédit à leur société).

⁷¹ ATF 129 III 702, cons. 2.3, JdT 2004 I 535 ; TF du 08.05.2018, 4A_624/2017, cons. 3.1.3 ; TF du 26.08.2016, 4A_312/2016, cons. 2.2 ; TF du 29.10.2015, 4A_310/2015, cons. 3.1.

⁷² Si la volonté est claire, nulle besoin d'interprétation : ATF 111 II 284, cons. 2.

⁷³ ATF 129 III 702, cons. 2.3, JdT 2004 I 535. Pour un exemple : TF du 01.05.2013, 4A_656/2012, cons. 2.4.

⁷⁴ BSK OR I-GRABER, art. 143 CO N 6.

nécessaire (art. 257f al. 1 CO). Pour les locaux commerciaux et d'habitations, l'art. 257e CO règle la constitution d'un dépôt à titre de sûreté sur une somme d'argent ou des papiers-valeurs⁷⁵. En pratique, l'on parle à ce sujet souvent de « garantie-loyer » ou de « caution ».

Le dépôt à titre de sûretés constitue une combinaison de nantissement sur la somme d'argent respectivement les papiers-valeurs et le contrat de dépôt. Si le locataire dépose une somme d'argent ou d'autres papiers-valeurs au porteur, la banque devient propriétaire des valeurs déposées et le locataire acquiert une créance en remboursement (dépôt irrégulier : art. 481 CO). Un droit de gage mobilier en faveur du bailleur est constitué sur cette créance. Si le locataire dépose des papiers-valeurs nominatifs, le bailleur acquiert un droit de gage sur ceux-ci ; la banque les conserve à titre de dépositaire (dépôt régulier, art. 472 ss CO)⁷⁶.

On a assisté, ces dernières années, à l'émergence d'*assurances de cautionnement*, qui viennent en aide au locataire ne disposant pas de suffisamment de liquidités pour constituer la « garantie-loyer ». Celles-ci ne seront pas abordées ici ; constatons néanmoins que le bailleur est libre d'accepter cette forme de sûreté ou non ; il ne saurait toutefois l'exiger d'un locataire, car ceci constituerait une transaction couplée (art. 254 CO) et serait donc nul⁷⁷.

34. Cela étant, en vertu de la liberté contractuelle, les parties peuvent convenir d'une autre forme de sûreté que celles prévues à l'art. 257e CO⁷⁸. Les autres formes de sûretés ne sont pas sujettes aux modalités prévues à cette disposition⁷⁹, en particulier pas à la limitation à la somme garantie à la hauteur de trois loyers mensuels. Le législateur cantonal peut toutefois, en vertu de la réserve de l'art. 257e al. 4 CO, exclure certaines formes de garantie ou en fixer les modalités⁸⁰. Ainsi,

⁷⁵ FOËX, p. 10 ; ZK OR-HIGI, art. 257e CO N 24.

⁷⁶ BSK OR I-WEBER, art. 257e CO N 4 ; FOËX, p. 10 ; ZK OR-HIGI, art. 257e CO N 24 s.

⁷⁷ DAVID LACHAT/PIERRE STASTNY, Le bail à loyer, à paraître au début 2019, Chap. 17 N 3.1 ; BSK OR I-WEBER, art. 254 CO N 3b.

⁷⁸ CPra Bail-MARCHAND, art. 257e CO N 1 et N 41 s.

⁷⁹ BSK OR I-WEBER, art. 257e CO N 2 ; STOLL, p. 66 ; SVIT-K., art. 257e CO N 7 ; ZK-HIGI, art. 257e CO N 22.

⁸⁰ CPra Bail-MARCHAND, art. 257e CO N 5 ; STOLL, p. 68 ; cet alinéa, à l'instar de l'art. 6 al. 2 AMSL, dont la teneur était quasi identique, permet en effet non seulement

le législateur genevois a élargi le champ d'application du plafonnement prévu à l'art. 257e al. 2 CO et y soumet également les autres formes de sûretés (art. 2 de la Loi protégeant les garanties fournies par les locataires, ci-après : LGFL⁸¹).

35. Dans les lignes qui suivent, nous analyserons les possibilités des parties de choisir comme sûreté le porte-fort, le cautionnement ou l'engagement solidaire, et les risques que présente ce choix. Notons que la constitution de sûretés n'est pas une affaire « à sens unique » : en particulier dans les baux de locaux commerciaux, il arrive que le bailleur fournisse une garantie pour ses obligations découlant du bail au locataire. Sur ce point, la loi est muette.

B. Porte-fort

36. Différentes formes de porte-fort trouvent fréquemment application dans des baux commerciaux. On rencontre ainsi des « déclarations de patronage » (aussi appelés « lettres de patronage » ou, en anglais, « letter of comfort ») de sociétés mères ou pour leurs sociétés-filles lorsque celles-ci concluent un bail commercial⁸². Peut ainsi être citée comme exemple d'un porte-fort la clause suivante :

« Nous nous engageons par la présente à votre égard, en relation à nos rapports de participations dans A. SA [locataire], à prendre les mesures nécessaires pour que A. SA remplisse entièrement l'ensemble de ses obligations découlant du contrat de bail susmentionné. Nous nous engageons, par la présente, dans l'hypothèse où celle-ci ne devait pas remplir entièrement ses obligations, à répondre nous-mêmes des obligations de A. SA »⁸³.

aux cantons d'édicter des dispositions complémentaires en ce qui concerne les sûretés fournies en espèces ou sous forme de papiers-valeurs, mais également d'exclure certaines garanties ou d'en fixer les modalités : ATF 102 Ia 372, cons. 3.

⁸¹ RSG I 4 10.

⁸² Par exemple, TF du 07.03.2012, 4A_719/2011.

⁸³ Exemple tiré et légèrement adapté de l'arrêt TF du 07.03.2012, 4A_719/2011, en fait, A.

37. Par cette clause, la société mère (garant) se porte fort vis-à-vis du bailleur (garanti) du fait que sa société-fille, avec laquelle le bailleur a conclu un contrat de bail, exécute ses obligations.
38. Il existe toutefois aussi des déclarations de patronage rédigées de manière plus abstraite par lesquelles le « garant » ne fait par exemple qu'assurer qu'il est « dans son intérêt » de procurer à sa société-fille les liquidités nécessaires lui permettant d'exercer ses obligations. Il ne s'agit pas d'une promesse de porte-fort puisque, en réalité, par ce genre de clauses, le « garant » ne s'engage à rien. Cela étant, il peut être recherché éventuellement par le biais de la responsabilité fondée sur la confiance⁸⁴. Lorsque le locataire présente au bailleur une déclaration de patronage, ce dernier est donc bien inspiré d'en analyser précisément la portée juridique⁸⁵.
39. On trouve également, dans des contrats de baux commerciaux, des garanties bancaires : une banque peut garantir que le locataire exécute ses obligations découlant du contrat de bail et qu'à défaut, elle verserait au bailleur une certaine somme déterminée à l'avance (à la première demande⁸⁶ ou sur présentation de documents déterminés). Contrairement à ce qui prévaut pour la « garantie-loyer », le bailleur peut faire appel à la garantie bancaire même si le locataire conteste la prétention du bailleur⁸⁷. Notons qu'à l'instar de la garantie-loyer, le locataire verse au moment de la conclusion de la garantie, une somme d'argent équivalant à la somme garantie. Le locataire qui considère que la dette garantie n'était en réalité pas due doit agir en enrichissement illégitime contre le bailleur (art. 62 ss CO). Ainsi, la garantie mène en fin de compte à un renversement du fardeau de la preuve⁸⁸.

⁸⁴ SYLVAIN MARCHAND, *Clauses contractuelles – du bon usage de la liberté contractuelle*, Bâle 2008, p. 56 s.

⁸⁵ DAVID LACHAT/PIERRE STASTNY, *Le bail à loyer*, à paraître au début 2019, Chap. 17 N 3.1 ; CPra Bail-MARCHAND, art. 257e CO N 45 .

⁸⁶ Comme p. ex. dans l'affaire ayant mené à l'arrêt TF du 01.12.2016, 4A_422/2016.

⁸⁷ TF du 01.12.2016, 4A_422/2016, cons. 4.1.

⁸⁸ TERCIER/BIERI/CARRON, § 6562.

40. Notons que dans le canton de Genève, le porte-fort est exclu pour garantir les obligations du locataire dans des baux d'habitation et de locaux commerciaux : l'art. 1 al. 1 LGFL nomme comme formes de sûreté la garantie sous forme de dépôt d'argent ou de valeurs mobilières ou le cautionnement. La Chambre d'appel en matière de baux et loyers estime que toute autre forme de garantie est exclue, étant donné qu'uniquement le cautionnement (simple) permet au locataire d'opposer ses droits découlant du contrat de bail⁸⁹. Dans le canton de Vaud, l'art. 1 al. 4 de la loi vaudoise du 15 septembre 1971 sur les dépôts de garanties en matière de baux à loyer (ci-après : LGBL)⁹⁰ a une teneur semblable ; elle prévoit que : « Pour les baux concernant des logements, seul le cautionnement simple est admissible, à la demande expresse du locataire ». Le Tribunal cantonal vaudois considère toutefois, contrairement aux juges genevois, qu'il faut comprendre cette disposition, en référence à l'al. 3 qui la précède, uniquement comme une exclusion de la caution solidaire et non comme exclusion de toute autre forme de garantie⁹¹. En ce qui concerne le Valais, l'art. 191 al. 1 de la loi d'application du Code civil suisse du 24 mars 1998 (ci-après : LACC⁹²) prévoit que « la garantie ne peut pas être fournie sous forme de cautionnement solidaire à peine de nullité » et ne saurait dès lors être interprété comme exclusion de toute autre forme de sûreté que le cautionnement.

La jurisprudence genevoise précitée n'a pas fait l'objet d'une contestation devant le Tribunal fédéral. Toutefois, ce dernier considérait que l'art. 6 al. 2 AMSL, dont la teneur est quasi identique à l'art. 257e al. 4 CO, permet aux cantons d'édicter des dispositions complémentaires non seulement en ce qui concerne les sûretés fournies en espèces ou sous forme de papiers-valeurs, mais également pour les autres formes de sûreté⁹³. Dans cette mesure, la jurisprudence genevoise nous paraît difficile à contester.

⁸⁹ Chambre d'appel en matière de baux et loyers, arrêts du 27.05.1991, ACJ n° 157, et du 07.09.1998, ACJ n° 908 ; STOLL, p. 68.

⁹⁰ RSV 221.307.

⁹¹ TC VD, arrêt du 01.07.2010, ML/2010/230, cons. II d.

⁹² RSVS 211.1.

⁹³ ATF 102 Ia 372, cons. 3.

41. Cela étant, le porte-fort ne doit pas nécessairement servir à garantir les obligations du locataire envers le bailleur. Il existe d'autres situations dans lesquelles un porte-fort est imaginable. Ainsi, dans des contrats de baux commerciaux, il se peut que le bailleur ne se porte fort vis-à-vis du locataire sortant qu'à la fin du bail, le nouveau locataire reprenant les installations relatives à l'activité commerciale. En cas d'inexécution par le nouveau locataire, le bailleur doit réparer le dommage subi par le locataire sortant⁹⁴. L'on trouve dès lors ici le locataire sortant dans la position du garanti et le bailleur dans celle du garant.

C. Cautionnement

42. Le cautionnement est accessoire et subsidiaire. Dans l'idée du législateur, il a été conçu essentiellement pour l'hypothèse où un proche du débiteur, afin de faciliter les affaires de ce dernier, garantit au créancier le paiement de la dette du débiteur. Le cautionnement suppose la fixation d'un montant maximal jusqu'auquel la caution peut être tenue (art. 493 al. 1 CO), contrairement à l'engagement solidaire ou au porte-fort, où la responsabilité du garant n'est pas (nécessairement) limitée. Du point de vue du bailleur, le cautionnement n'est pas le type de sûreté idéal pour garantir les obligations du locataire, dès lors qu'il est difficile de connaître d'avance le montant pour lequel le locataire peut être tenu responsable et que les exigences de forme pour la conclusion d'un cautionnement sont assez strictes.
43. De plus, la caution peut invoquer des exceptions qui auraient appartenu au locataire (art. 502 al. 1 CO). Elle pourrait ainsi opposer par exemple à une prétention du bailleur en paiement du loyer que celle-ci est prescrite ou refuser de payer en alléguant que le locataire dispose d'une créance envers le bailleur (résultant par exemple du droit à la réduction du loyer en vertu de l'art. 259d CO ou à des dommages-intérêts selon l'art. 259e CO, à cause du caractère

⁹⁴ BLAISE CARRON, DB 2014 N 2 ; voir p. ex. : TF, arrêts du 01.07.2011, 4A_279/2011, cons. 4, et du 06.01.2014, 4A_180/2013, cons. 2.

défectueux de l'objet loué) et qu'il pourrait donc compenser (art. 121 CO).

44. Le recours à un cautionnement en bonne et due forme évite cependant les problèmes de qualification de la garantie et réduit le risque de contestation lorsque le bailleur fait appel à la garantie.
45. Genève connaît quelques restrictions pour le recours à la caution pour garantir les obligations du locataire. Ainsi, l'art. 1 al. 2 et 3 LGFL prévoit que, pour les baux de locaux d'habitation, uniquement le cautionnement simple est admis, à l'exclusion du cautionnement solidaire ; pour les baux de locaux commerciaux, les deux formes de cautionnement peuvent être utilisées. En outre, à l'instar de la garantie par le dépôt en espèces ou en valeurs mobilières, le cautionnement ne saurait porter sur une somme dépassant trois loyers mensuels pour les baux d'habitation (art. 2 LGFL). De plus, le locataire peut à tout moment requérir la « conversion » du cautionnement en dépôt (art. 1 al. 2 *in fine* LGFL). A l'instar du canton de Genève, dans le canton de Vaud, le cautionnement solidaire est uniquement admissible comme sûreté pour des baux commerciaux, à l'exclusion des baux d'habitations (art. 1 al. 3 LGBL). La même règle prévaut dans le canton du Valais (art. 191 LACC).

L'art. 257e al. 3 CO prévoit – à l'instar d'anciennes dispositions cantonales dont elle s'inspire⁹⁵ – que la banque ne peut restituer les sûretés qu'avec l'accord des deux parties ou sur la base d'un commandement de payer non frappé d'opposition ou d'un jugement exécutoire. L'al. 4 de la même disposition permet aux cantons d'édicter des dispositions complémentaires. L'art. 257e al. 3 CO vise entre autres à éviter que le locataire doive introduire une action judiciaire pour récupérer les sommes qui auraient été prélevées indûment sur ce montant. Or la conclusion d'un cautionnement bancaire solidaire (art. 496 CO), combinée avec une clause d'exonération de la caution et l'accord de blocage du compte en banque (en faveur de la caution), a pour effet de priver le locataire de la protection voulue par le législateur⁹⁶.

⁹⁵ Notamment la LGBL vaudoise la LGFL genevoise.

⁹⁶ ATF 102 Ia 372, cons. 4b.

Le Tribunal fédéral considère que le but des dispositions imposant l'accord du locataire afin de permettre au bailleur de profiter de la sûreté est d'intérêt public, au vu de la situation de dépendance qui en découle pour les locataires⁹⁷. Il a reconnu ce même caractère à l'art. 1 al. 2 et 3 LGFL en ce qu'il exclut le cautionnement solidaire, dont l'effet est de priver les locataires de la protection voulue par le législateur. Cette disposition ne viole donc pas le principe de la force dérogatoire du droit fédéral⁹⁸.

D. Engagement solidaire

1. Colocataire

46. En droit du bail, l'engagement solidaire se manifeste de *deux manières différentes*. Lorsque plusieurs personnes louent ensemble un appartement ou un local commercial puisqu'elles y vivent ou exercent une activité lucrative ensemble – l'on parle à ce sujet de « bail commun »⁹⁹ –, elles sont codébitrices solidaires de toutes les obligations découlant du contrat de bail au sens des art. 143 ss CO : le bailleur peut réclamer la totalité ou une partie d'une dette, par exemple du loyer, à l'un ou l'autre des locataires ou aux deux conjointement (art. 144 CO)¹⁰⁰. Dans cette hypothèse, l'engagement solidaire n'a pas à proprement parler la fonction d'une sûreté : le bailleur doit l'exécution de son obligation contractuelle à tous les locataires communs. Néanmoins, le bailleur est avantagé par rapport à la situation dans laquelle il n'y a qu'un locataire, puisqu'il peut réclamer l'exécution de l'*entier* de la dette à *chaque* colocataire.
47. Les baux communs – sujet très important en pratique – ont fait l'objet de multiples articles de doctrine, dont notamment celui de PATRICIA DIETSCHY-MARTENET à l'occasion du 19^e Séminaire sur le droit du bail¹⁰¹.

⁹⁷ ATF 98 Ia 497, cons. 3.

⁹⁸ ATF 102 Ia 372, cons. 4b.

⁹⁹ DIETSCHY-MARTENET, N 2 et les réf.

¹⁰⁰ DIETSCHY-MARTENET, N 21 et les réf. ; CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY-MARTENET, art. 253 N 28.

¹⁰¹ DIETSCHY-MARTENET, p. 183 ss.

2. Garant

a) Principe

48. Les mêmes mécanismes sont en principe applicables lorsqu'un tiers prend un engagement solidaire ou procède à une reprise cumulative des dettes du contrat de bail. Dans cette hypothèse, l'engagement solidaire ou la reprise cumulative de dette prend la fonction d'une sûreté : le codébiteur solidaire ne profite pas de la créance du bailleur envers le locataire, soit le droit d'occuper le local loué¹⁰². C'est de manière générale cette forme de sûreté qui est envisagée par les propriétaires d'appartements lorsque les locataires potentiels ne disposent pas d'un revenu dépassant trois fois le loyer net. L'on pense par exemple aux cas où les parents s'engagent comme « garants » lorsque leur enfant majeur conclut le bail pour son premier appartement. Notons que si le contrat de bail nomme deux personnes comme locataires, il y a en principe bail commun et non reprise cumulative de dette ; lorsqu'un des « locataires » allègue qu'en réalité il n'était que « garant », il lui incombe de le prouver¹⁰³.

b) Délimitation avec le cautionnement

49. C'est surtout la délimitation entre le cautionnement et l'engagement solidaire, respectivement la reprise cumulative de dettes, qui s'avère problématique. Comme expliqué, le cautionnement et l'engagement solidaire peuvent être utilisés afin d'atteindre le même but économique, mais la constitution du cautionnement est soumise à des exigences formelles très strictes, ce qui n'est pas le cas pour les deux autres formes de sûretés. Le Tribunal fédéral parle à ce sujet d'une « incohérence de l'ordre juridique »¹⁰⁴. Les exigences formelles ont

¹⁰² JACQUES MICHELI, Les colocataires dans le bail commun, in : 8^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 1994, p. 3 ; HANS SCHMID, Der gemeinsame Mietvertrag, RSJ 1991, p. 349 ; TF du 03.07.2006, 4C.103/2006, cons. 3.1, SJ 2007 I 1.

¹⁰³ TF du 03.07.2006, 4C.103/2006, cons. 3.2, SJ 2007 I 1 ; dans ce sens aussi : OGer ZH, arrêt du 22.10.2012, NG120015, cons. 2.2.1.

¹⁰⁴ ATF 129 III 702, cons. 2.2, JdT 2004 I 535.

pour but de protéger les particuliers contre les engagements inconsidérés¹⁰⁵.

50. Toutefois, en vertu de la *liberté contractuelle*, les parties peuvent choisir d'un commun accord le type de sûreté qui leur convient le mieux¹⁰⁶. Ils peuvent donc sans autre éluder les règles protectrices du cautionnement en choisissant de conclure un porte-fort ou un engagement solidaire¹⁰⁷. En même temps, il convient d'éviter que les règles protectrices soient systématiquement contournées¹⁰⁸.

c) Réelle et commune intention des parties

51. En vertu de l'art. 18 CO, la *réelle et commune intention des parties* est déterminante si elle peut être établie. Afin d'éviter un contournement systématique des dispositions protégeant la caution, les exigences pour constater que la réelle et commune intention des parties était l'engagement solidaire ou la reprise cumulative de dette sont strictes¹⁰⁹. Il faut que l'on puisse établir que la partie qui prend un engagement solidaire a compris la portée de son engagement. Cela pourrait résulter d'échanges entre les parties antérieures ou postérieures à la signature du contrat qui démontrent que l'intéressé *sait à quoi il s'est engagé*. Manifestement, cela suppose également que cette personne sache *pourquoi elle a opté pour cette forme de sûreté* plutôt qu'un cautionnement¹¹⁰. Ainsi, d'après le Tribunal fédéral, les parties peuvent choisir un acte consensuel par exemple dans le domaine du commerce international, ou « *pour éviter des frais de notaire, parce qu'il est urgent de conclure le contrat ou que le*

¹⁰⁵ Cf. ci-dessus, N 24.

¹⁰⁶ ATF 129 III 702, cons. 2.3, JdT 2004 I 535 ; PETER MAX GUTZWILLER, Die Wahlfreiheit zwischen Bürgschaft und Garantie, RDS 1984 I 123 s. et 130 s. ; dans ce sens aussi : RICHARD, p. 5, N 2.7 ss.

¹⁰⁷ ATF 129 III 702, cons. 2.3, JdT 2004 I 535 ; TERCIER/BIERI/CARRON, § 6182.

¹⁰⁸ ATF 129 III 702, cons. 2.4.2, JdT 2004 I 535.

¹⁰⁹ ATF 129 III 702, cons. 2.3, JdT 2004 I 535.

¹¹⁰ ATF 129 III 702, cons. 2.3, JdT 2004 I 535 ; CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY-MARTENET, art. 253 CO N 42 ; RICHARD, p. 5, N 2.7 ss et p. 8, N 1.14 ; TF du 26.04.2007, 4C.24/2007, cons. 5.

respect de la forme authentique est problématique en cas de contrats rédigés en langue étrangère, ou encore en raison des difficultés à indiquer numériquement dans l'acte même le montant total de l'engagement »¹¹¹.

d) Principe de la confiance

52. Faute de pouvoir établir la réelle et commune intention des parties, l'interprétation du contrat se fait selon le *principe de la confiance*¹¹². Il faut alors distinguer selon que la personne qui s'engage est ou non rompue aux affaires¹¹³.
53. Lorsque le tiers qui constitue la sûreté est un *professionnel* qui conclut fréquemment des actes d'intercession, tels qu'une banque, une entreprise internationale ou une entité de l'Etat, l'on considère qu'il n'y a pas de besoin particulier de protection. Il existe au contraire, dans le monde des affaires, un certain besoin de pouvoir conclure des sûretés facilement et rapidement. Par conséquent, si le contrat parle de reprise de dette ou d'engagement solidaire, on retiendra que c'est bien cette institution que les parties ont visée¹¹⁴. De même, l'utilisation du terme « personnel », dans ce contexte, permet de conclure que l'engagement est indépendant et non seulement accessoire, ce qui constitue un indice en faveur de l'engagement solidaire, respectivement la reprise cumulative de dette.¹¹⁵ A moins que la clause contractuelle prévoie expressément la constitution d'un cautionnement, le tribunal retiendra donc un engagement solidaire¹¹⁶.

¹¹¹ ATF 129 III 702, cons. 2.3, JdT 2004 I 535, qui se réfère à PETER MAX GUTZWILLER, Die Wahlfreiheit zwischen Bürgschaft und Garantie, RDS 1984 I 124 s.

¹¹² ATF 129 III 702, cons. 2.3, JdT 2004 I 535 ; TC VD du 24. 06. 2009, AP/2009/107, fiches juridiques Asloca n° 992.

¹¹³ ATF 129 III 702, cons. 2.3, JdT 2004 I 535 ; TC VD du 24. 06. 2009, AP/2009/107, fiches juridiques Asloca n° 992 ; CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY-MARTENET, art. 253 CO N 42.

¹¹⁴ ATF 129 III 702, cons. 2.3, JdT 2004 I 535 : « Une stricte interprétation littérale peut toutefois se justifier à l'égard de personnes versées dans les affaires et rompues à l'usage de notions techniques ».

¹¹⁵ TF du 08.05.2018, 4A_624/2017, cons. 3.3.2 et les réf. citées.

¹¹⁶ EMMENEGGER, p. 569 s.

Cela étant, le Tribunal fédéral a précisé qu'on ne saurait tenir pour « rompu aux affaires » un particulier du seul fait qu'il est inscrit au registre du commerce et possède la signature individuelle pour une petite entreprise qui n'a pas affaire à des actes d'intercession dans son activité quotidienne¹¹⁷. A notre sens, il devrait en aller de même pour une personne morale dont la conclusion d'actes d'intercession ne constitue pas l'activité quotidienne. Ainsi, si par exemple la boulangerie du quartier, constituée en la forme d'une Sàrl, s'engage comme codébitrice solidaire dans le bail d'habitation de l'un de ses employés, les tribunaux risqueraient tout autant de considérer qu'il s'agit d'un cautionnement déguisé.

54. Si le tiers est *inexpérimenté*, le seul fait que l'accord parle de reprise de dette, d'engagement solidaire ou d'une autre formule de ce type ne suffit pas. La volonté de souscrire un tel engagement « *suppose d'exposer dans le contrat même de manière clairement compréhensible pour elle, et non par des formules, qu'elle se rend compte de la portée de l'engagement pris, et d'indiquer les raisons pour lesquelles elle a renoncé à choisir la forme juridique du cautionnement* »¹¹⁸.
55. Dès lors, pour que le texte du contrat suffise à retenir un engagement solidaire, il faudrait à tout le moins que l'engagement en tant que tel, sa portée et la raison de l'engagement solidaire soient mentionnés de manière compréhensible pour les parties, et non seulement par l'utilisation de formules, dans le contrat lui-même¹¹⁹. L'on peut ainsi penser à une clause du type : « *M. A. signe le bail en qualité de codébiteur solidaire. Il déclare comprendre la portée de son engagement, à savoir qu'il est solidairement responsable au côté du locataire de toute dette relative au bail et jusqu'à l'échéance de celui-ci. Les parties ont renoncé à la forme du cautionnement pour éviter*

¹¹⁷ ATF 129 III 702, cons. 2.4.2.

¹¹⁸ ATF 129 III 702, cons. 2.3, JdT 2004 I 535 ; TF du 26.04.2007, 4C.24/2007, cons. 5.

¹¹⁹ ATF 129 III 702, cons. 2.3, JdT 2004 I 535 ; CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY-MARTENET, art. 253 CO N 42 ; RICHARD, p. 5 N 2.13 et p. 8 N 1.14.

les frais d'un acte notarié et parce qu'il n'est pas possible de mentionner ici un montant maximum pour l'engagement ».

56. Faute d'une telle clause, lorsque le « garant » constitue une personne proche, en principe inexpérimentée, son engagement sera, dans le doute, considéré comme *cautionnement* et non comme engagement solidaire¹²⁰, le but principal de l'engagement du tiers (proche) étant la constitution d'une sûreté afin de faciliter la conclusion d'une affaire. Le bailleur ayant conclu un contrat de bail avec comme sûreté un « codébiteur solidaire » ou un « garant » proche du locataire risque bien souvent de se voir opposer la nullité de la sûreté suite à un non-respect des conditions de forme du cautionnement. C'est d'autant plus évident lorsque le contrat a été rédigé par le bailleur¹²¹.
57. Lorsqu'en revanche le tiers dispose d'un *intérêt propre* à l'affaire garantie, la sûreté sera, en cas de doute, considérée comme engagement solidaire, respectivement comme reprise cumulative de dette. Il en va notamment ainsi lorsque la location du local sert à atteindre le but social d'une société simple dont le locataire et le tiers sont sociétaires¹²², ou d'une société anonyme locataire et que le tiers est un actionnaire détenant des parts importantes, le membre unique du conseil d'administration et son directeur¹²³. C'est également le cas de la location d'un logement occupé ensemble ou d'un crédit-bail portant sur une voiture également utilisée à des fins privées par le reprenant¹²⁴.
58. N'est pas un intérêt propre le fait de souhaiter qu'un proche puisse conclure un bail et ainsi de l'aider. Le Tribunal fédéral retient en effet qu'« *un vague avantage ne suffit pas. Le tiers doit manifestement vouloir s'engager en vertu de la même cause dans le contrat liant le*

¹²⁰ CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY-MARTENET, art. 253 CO N 27 et 42 ; RICHARD, p. 5 N 2.13 et p. 8 N 1.14 ; voir p. ex. TC VD du 24.06.2009, AP/2009/107, fiche juridique Asloca n° 992.

¹²¹ ATF 129 III 702, cons. 2.5, JdT 2004 I 535 ; CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY-MARTENET, art. 253 CO N 27 et 42 ; RICHARD, p. 6 N 2.15 et p. 8 N 1.14.

¹²² OGer ZH, arrêt du 22.10.2012, NG120015, cons. 2.2.1.

¹²³ TF du 08.05.2018, 4A_624/2017, cons. 3.2.

¹²⁴ ATF 129 III 702, cons. 2.6, JdT 2004 I 535.

débiteur principal »¹²⁵. Relevons encore que même si le tiers dispose d'un intérêt à la location, une clause contractuelle équivoque pourra uniquement être considérée comme engagement solidaire ou reprise cumulative de dette lorsque le tiers peut être considéré comme rompu à l'usage de ces termes en raison de la conclusion d'actes d'intercession dans sa pratique quotidienne¹²⁶.

e) Exclusion à Genève

59. Selon la jurisprudence de la Chambre d'appel en matière de baux et loyers du canton de Genève, l'art. 1 LGFL exclut « toutes formes de garanties données par le locataire et des tiers en faveur d'un bailleur, autres que les deux formes de garanties mentionnées, à savoir celles en espèces ou en valeurs fournies par le locataire lui-même ou par une tierce personne, ainsi que le recours au cautionnement simple »¹²⁷. A notre sens, l'engagement solidaire, respectivement la reprise cumulative de dette, conclus uniquement à titre de garantie, sont dès lors exclus dans ce canton. En revanche, dans le canton de Vaud, où l'art. 1 al. 4 LGBL a une teneur proche de l'art. 1 de la LGFL genevoise, mais que la jurisprudence interprète uniquement comme exclusion de la caution solidaire et non de toute autre forme de garantie¹²⁸, il n'y a à notre sens pas d'exclusion de l'engagement solidaire, respectivement de la reprise cumulative de dette¹²⁹.

¹²⁵ ATF 129 III 702, cons. 2.6, 2.8, JdT 2004 I 535.

¹²⁶ TC VD, arrêt du 07.10.2016, ML/2016/220, cons. II b ; dans ce sens aussi : ATF 129 III 702, cons. 2.4.2.

¹²⁷ Chambre d'appel en matière de baux et loyers, arrêt du 07.09.1998, ACJ n° 908 ; rappelons que pour les baux commerciaux, le cautionnement solidaire est admissible : art. 1 al. 3 LGFL.

¹²⁸ Cf. ci-dessus, N 40.

¹²⁹ Ainsi, dans l'arrêt précité AP/2009/107, le TC VD n'a pas considéré que l'engagement solidaire, respectivement la reprise cumulative de dettes, étaient inadmissibles pour des locaux d'habitation de par le droit cantonal, mais qu'en l'occurrence, il n'était pas possible de retenir que la codébitrice solidaire ait compris son engagement.

f) Solutions alternatives

60. Comme alternative à la conclusion avec des proches du locataire d'un engagement solidaire, une solution pourrait être de conclure le bail avec le proche lui-même, soit comme colocataire, soit comme seul locataire. Cela peut en particulier être le cas pour le bail d'un enfant majeur aux études. Comme les règles du bail n'imposent pas que le locataire occupe lui-même les locaux¹³⁰, cette solution n'est a priori pas critiquable. Si le proche est seul locataire, il n'y a pas d'équivoque possible, à tout le moins tant et aussi longtemps que les revenus de l'enfant majeur sont insuffisants pour le paiement du loyer et que c'est de toute manière le proche qui le paie. Par contre, si le proche se fait reverser le loyer par la personne qui occupe les lieux, il s'agit d'une sous-location (art. 262 CO), qui, selon la jurisprudence, est uniquement admissible si le sous-bailleur ne perd pas l'intention d'occuper lui-même les locaux dans un avenir prévisible¹³¹.
61. En cas de colocation, il faut à nouveau s'intéresser à la réelle et commune intention des parties et le cas échéant avoir recours au principe de la confiance. Si le proche n'a aucune intention d'occuper lui-même les locaux et que le but recherché est de fournir une garantie au bailleur, l'engagement pourrait là aussi être interprété comme un cautionnement¹³². Rappelons toutefois que si le contrat prévoit une colocation, il revient au « pseudo »-colocataire qui prétend qu'en réalité il n'est pas colocataire, de prouver qu'il n'utilise pas les locaux¹³³, ce qui ajoute déjà une complication supplémentaire si le « garant » conteste ses obligations.

¹³⁰ ATF 136 III 186, cons. 3.2.2 ; CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY-MARTENET, art. 253 N 61.

¹³¹ ATF 138 III 59, cons. 2.2.1 ; 134 III 446, cons. 2.4 ; TF du 09.09.2015, 4A_290/2015, cons. 4.3.1.

¹³² CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY-MARTENET, art. 253 N 27.

¹³³ Cf. ci-dessus, N 48.

IV. Conclusion

62. Les sûretés personnelles en droit suisse constituent un domaine souvent mal maîtrisé par les acteurs concernés, ce qui leur fait encourir certains risques. Vu que la délimitation entre les trois formes de sûretés personnelles utilisées le plus fréquemment en droit suisse est souvent difficile, mais que l'erreur sur le type de sûreté convenu peut entraîner sa nullité, les parties seront bien inspirées de procéder de manière consciencieuse à la rédaction des clauses contractuelles en lien avec la sûreté.
63. Cela étant, les points à observer diffèrent notablement en fonction de la personne du tiers garant. Ainsi, si la conclusion d'actes d'intercession ne fait pas partie de l'activité quotidienne du tiers qui s'engage (ce qui ne sera presque jamais le cas pour les baux de locaux d'habitation et de petits locaux commerciaux de style commerce de quartier), le contrat sera en principe considéré comme cautionnement. Le bailleur qui fait signer le contrat de bail, aux côtés du locataire, par un membre de la famille ou l'employeur du locataire à titre de « codébiteur solidaire », risque de se voir opposer, lorsqu'il recourt au « codébiteur », que l'engagement est en réalité un cautionnement, et partant nul pour vice de forme.
64. D'autres risques se présentent lorsque le tiers est rompu aux affaires. Ainsi, le bailleur qui se voit présenter une lettre de patronage sera bien inspiré de vérifier que celle-ci est rédigée de manière suffisamment précise pour constituer un porte-fort.
65. A l'inverse, le locataire aura tout intérêt à choisir une autre forme de sûreté que la garantie à première demande, puisque celle-ci affaiblit sa situation comme elle entraîne en fin de compte un renversement du fardeau de la preuve.

Bibliographie

BOHNET FRANÇOIS/CARRON BLAISE/MONTINI MARINO (édit.), Droit du bail à loyer, Commentaire pratique, 2^e éd., Bâle 2016 (cité : CPra Bail-AUTEUR)

DEVELIOĞLU HÜSEYİN MURAT, Les garanties indépendantes examinées à la lumière des règles relatives au cautionnement – Etude de droit suisse et de droit turc, thèse, Neuchâtel 2006

DIETSCHY-MARTENET PATRICIA, Les colocataires de baux d'habitations ou de locaux commerciaux, 19^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2016, p. 183 ss

EMMENEGGER SUSAN, Garantie, Schuldbeitritt und Bürgschaft – vom bundesgerichtlichen Umgang mit gesetzgeberischen Inkohärenzen, RJB 143 (2007), p. 561 ss

FOËX BÉNÉDICT, Les sûretés et le bail à loyer, 12^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2002

GIOVANOLI SILVIO, Die Bürgschaft, Spiel und Wette, Art. 492-515 OR, in : Meier-Hayoz Arthur (édit.), Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band VI : Das Obligationenrecht, 2. Abteilung, Teilband 7 : Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Berne 1978 (cité : BK OR-WEBER)

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (édit.), Basler Kommentar Obligationenrecht I, 6^e éd., Bâle 2015 (cité : BSK OR I-AUTEUR)

KLEINER BEAT/LANDOLT KASPAR/GEMPERLI DOMINIQUE, Bankgarantie – Die Garantie unter besonderer Berücksichtigung des Bankgarantiegeschäftes, 5^e éd., Zurich 2016

KOLLER ALFRED, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4^e éd., Berne 2017

RICHARD PHILIPPE, Les pièges de la colocation : bail commun, porte-fort, reprise cumulative de dette, cautionnement, CdB 2010, p. 1 ss

STOLL DANIEL, Sicherheitsleistungen der Mieterschaft vor dem Hintergrund kantonalrechtlicher Bestimmungen – eine Übersicht zu Art. 257e Abs. 4 OR, mp 2007, p. 65 ss

Codébiteurs solidaires et tiers garants en droit du bail

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

TERCIER PIERRE/PICHONNAZ PASCAL, Le droit des obligations, 5^e éd., Fribourg 2012

WEBER ROLF H, Beziehungen zu dritten Personen, Art. 110-113 OR, in : Hausheer Heinz (édit.), Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band VI : Das Obligationenrecht, 1. Abteilung, Teilband 5 : Allgemeine Bestimmungen, Berne 2000 (cité : BK OR-WEBER)