

Les mesures provisionnelles en droit du bail à loyer : examen de la jurisprudence récente

par Fabienne Byrde,
présidente du Tribunal des baux du canton de Vaud

Sommaire

	<u>Page</u>
INTRODUCTION	3
I. L'étendue et les conditions d'octroi des mesures provisionnelles en droit du bail à loyer	3
§ 1 Définition et classification des mesures provisionnelles	3
1. Les mesures conservatoires ("Sicherungsmassnahmen")	3
2. Les mesures de réglementation ou d'accompagnement ("Regelungsmassnahmen")	4
3. Les mesures d'exécution anticipée ("Leistungsmassnahmen")	4
§ 2 La nature fédérale ou cantonale des mesures provisionnelles en droit du bail	5
1. Les théories en présence	5
2. Les bases légales fédérales : les art. 274f al. 2 et 270e lit. b CO	6
2.1 L'art. 274f al. 2 i.f. CO	6
2.1.1 Historique	6
2.1.2 Nature, but et portée	7
2.1.3 Champ d'application	8
2.2 L'art. 270e lit. b CO	9
3. Conclusions	10
§ 3 Les règles cantonales et la jurisprudence	11
1. Vraisemblance des faits	11
2. Apparence du droit	12
3. Besoin de protection, dommage difficile à réparer, nécessité d'une intervention rapide, urgence	14
4. Saisine du juge compétent en raison de la matière et du lieu	15

II. Les diverses mesures provisionnelles envisagées par les jurisprudences cantonales	16
§ 1 La délivrance de la chose	16
1. La délivrance stricto sensu, en début de bail : art. 258 CO	16
1.1 Apparence du droit	16
1.2 Urgence	18
2. La réintégration du locataire privé de l'usage des locaux : art. 259a CO	18
§ 2 Le paiement du loyer et des charges : art. 257 et suivants CO	19
§ 3 Les sûretés : art. 257e CO	19
§ 4 Le devoir de diligence du locataire : art. 257f CO	21
§ 5 Les réparations et inspections de la chose par le bailleur: art. 257h CO	23
§ 6 Les droits du locataire en cas de défaut de la chose : art. 256, 258 et 259 et suivants CO	24
1. Le droit à la remise en état : art. 259a al. 1 ^{er} lit. a et 259b CO	24
2. Le droit à la réduction du loyer : art. 259a al. 1 ^{er} lit. b et 259d CO	27
3. Le droit à des dommages-intérêts : art. 259a al. 1 ^{er} lit. c et 259e CO	28
4. Le droit à la consignation : art. 259a al. 2 et 259g ss CO	28
§ 7 Le droit du bailleur à la libération du loyer consigné	28
§ 8 L'interdiction des travaux de rénovation ou de modification de la chose louée : art. 260 CO	31
§ 9 L'annotation du bail : art. 261b CO	32
§ 10 La restitution de la chose louée à la fin du bail : art. 267 CO	33
1. Disparité des jurisprudences cantonales	33
2. Critique	34
3. Les conditions d'octroi	35
3.1 Apparence du droit	35
3.2 Urgence	37
§ 11 La suspension de la poursuite : art. 85a LP	37
III. Conclusion et "de lege ferenda"	38

INTRODUCTION

Les parties au contrat de bail peuvent requérir des mesures provisionnelles pour assurer la protection de leurs droits avant et pendant la durée du procès. L'importance pratique de ces mesures est considérable, d'autant qu'elles sont souvent les seules décisions à être rendues dans le cadre d'un litige. Malheureusement, n'ayant pas fait l'objet de recherches en doctrine et n'étant que très rarement publiées, elles échappent aux praticiens du droit du bail.

Le présent exposé a pour but de révéler à ceux-ci le contenu des décisions rendues par les tribunaux de divers cantons¹ et par le Tribunal fédéral, exclusivement sous l'angle des conditions auxquelles les mesures provisionnelles ont été ordonnées. Dans une première partie seront examinées l'étendue des mesures provisionnelles en droit du bail à loyer ainsi que les conditions auxquelles le droit fédéral et les droits cantonaux soumettent leur octroi et, dans une seconde partie, les principales catégories de mesures provisionnelles prononcées dans la pratique.

Sous réserve de quelques considérations sur la compétence, la procédure en tant que telle (forme de la requête, validation des mesures provisionnelles, recours, effet suspensif, etc.) ainsi que les mesures superprovisoires, les sûretés et la responsabilité pour le préjudice causé par les mesures provisionnelles ne seront pas traitées².

I. L'étendue et les conditions d'octroi des mesures provisionnelles en droit du bail à loyer

§ 1 Définition et classification des mesures provisionnelles

Au sens large, les mesures provisionnelles sont celles qui peuvent être obtenues à la suite d'une procédure rapide et simplifiée caractérisée par un allègement des formes et délais de procédure. La doctrine classe les mesures provisionnelles en trois catégories en fonction du but qu'elles poursuivent³:

1. Les mesures conservatoires ("Sicherungsmaßnahmen")

Ces mesures visent à maintenir l'objet du litige dans l'état où il se trouve pendant toute la durée du procès, de manière à assurer l'exécution forcée ultérieure d'une prétention non pécuniaire; en droit du bail, on peut signaler les exemples suivants :

- la consignation du montant d'une créance litigieuse (art. 168 al. 3 CO; à ne pas confondre avec la consignation du loyer prévue aux art. 259g ss CO)
- l'interdiction faite au locataire d'enfreindre son devoir de diligence envers le bailleur ou ses voisins (art. 257f CO)
- l'interdiction faite au bailleur de proposer à la location une chose prétendument déjà louée au locataire (art. 253 et 258 CO)

¹ Cet exposé est basé sur plus de six cents décisions provisionnelles provenant pour la plupart du Tribunal des baux et loyers du canton de Genève (TBL) et du Tribunal des baux du canton de Vaud (TBx VD). Une quarantaine de décisions nous ont été envoyées par les magistrats d'autres cantons romands. Que tous ceux qui nous ont aidé dans cette récolte veuillent trouver ici l'expression de notre vive gratitude.

² Signalons sur ce dernier point l'arrêt publié aux ATF 127 III 496, JT 2004 III 103, SJ 2004 I 353, 355.

³ Vogel, Grundriss des Zivilprozessrechts (Grundriss), 7^e éd. Berne 2001, nos 192 ss, pp. 349 ss; Hohl, Procédure civile (Procédure), t. II, Berne 2002, nos 2777 ss, pp. 229 ss; Walder-Bohner, Zivilprozessrecht, 3^e éd. Zurich 1983, pp. 393 ss. Les mêmes mesures peuvent être classées dans plusieurs catégories.

- l'interdiction faite au bailleur d'entreprendre ou de poursuivre des travaux de rénovation ou de modification de la chose louée (art. 260 CO)
- l'interdiction faite au locataire de rénover ou de modifier la chose louée (art. 260a CO)
- l'annotation provisoire du bail au registre foncier (art. 261b CO)
- l'interdiction faite au locataire de sous-louer ou de transférer le bail (art. 262 et 263 CO)
- la suspension de la poursuite (art. 85a LP)

Pourquoi les mesures conservatoires ne visent-elles que la protection d'un droit réel ou personnel dont la nature n'est pas pécuniaire ? Parce que la garantie provisoire des dettes d'argent est réglée uniquement par la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1889 (LP). Les art. 271 et suivants LP énoncent les conditions auxquelles le créancier peut obtenir un séquestre pour la sûreté de sa créance. Ainsi, hormis les cas où le droit fédéral autorise expressément la consignation ou la prestation de sûretés – par exemple à l'art. 168 al. 3 CO précité -, il ne peut être pris de mesures provisionnelles de droit cantonal pour garantir l'exécution forcée future d'une créance pécuniaire⁴. Du reste, certaines lois cantonales, comme les art. 123 CPC/NE ou 101 al. 2 CPC/VD le prévoient expressément.

Toutefois, des mesures d'immobilisation frappant certains biens ou valeurs du débiteur sont possibles pour maintenir l'état de fait existant si le requérant est en mesure de faire valoir un droit spécial, objet du litige, sur ces biens ou ces valeurs. Avant de prononcer une mesure conservatoire, le juge doit donc se demander si les biens dont on lui demande de prononcer le blocage constituent l'objet même du litige entre les parties : dans l'affirmative, une mesure provisionnelle est admissible; dans le cas contraire, la requête doit être déclarée irrecevable et le requérant renvoyé à agir conformément aux règles de la LP⁵.

2. Les mesures de réglementation ou d'accompagnement ("Regelungsmassnahmen")

Ces mesures règlent un rapport de droit entre les parties pour la durée du procès; elles ont une portée limitée en droit du bail, mais on peut citer les exemples suivants :

- les mesures qui servent à réglementer une activité restreignant l'usage de la chose par le locataire, instituant par exemple qu'elle pourra avoir lieu une fois par semaine, tel jour, de telle heure à telle heure (art. 259 ss CO)
- les mesures qui organisent les inspections de la chose par le bailleur, par exemple en vue d'une vente ou d'une relocation (art. 257h al. 2 CO)

3. Les mesures d'exécution anticipée ("Leistungsmassnahmen")

Ces mesures servent à obtenir provisoirement, en tout ou en partie, l'exécution de la prétention qui fait ou fera l'objet des conclusions de la demande au fond; ayant souvent pour objet une obligation de s'abstenir ou de faire, elles sont très fréquentes et ont donc une très grande portée en droit du bail; on peut citer :

- la délivrance par le bailleur des locaux loués au locataire (art. 258 al. 1^{er} CO)

⁴ Hohl, La réalisation du droit et les procédures rapides (Réalisation), Fribourg 1994, no 522, p. 169.

⁵ Hohl, Réalisation, no 523, p. 170; ainsi, des mesures provisionnelles de droit cantonal peuvent être ordonnées pour le séquestre ou à la restitution d'un objet, comme du numéraire individualisé, d'une reconnaissance de dette (JT 1970 III 29) ou d'une part de patrimoine successoral (ATF 106 III 92, JT 1982 II 10, c. 2a).

- la remise en état de la chose louée par le bailleur (art. 259a al. 1^{er} lit. a CO)
- l'obligation faite au bailleur de s'abstenir d'un comportement empêchant le locataire d'user de la chose conformément au contrat (idem)
- la libération, entière ou partielle, des loyers consignés par le locataire en raison d'un défaut de la chose louée (art. 259h CO)
- la délivrance des locaux au sous-locataire ou au cessionnaire du bail (art. 262 et 263 CO)
- la restitution au bailleur de la chose louée à la fin du bail (art. 267 CO)
- le respect d'une clause de non-concurrence, ou de non-contracter

Un des grands principes du droit suisse est que le juge ne peut condamner provisionnellement un débiteur à payer la somme réclamée ou une partie de celle-ci; le créancier doit procéder dans ce cas selon les voies de la LP⁶.

Certains cantons – dont Genève – rangent parmi les mesures provisionnelles les décisions sur preuves à futur⁷. Elles s'en distinguent toutefois en ce sens que ces décisions probatoires ne visent pas directement à garantir l'existence d'un droit ou à régir une situation intermédiaire, mais à permettre l'administration d'un moyen de preuve qui risque de disparaître; étant un incident de la procédure, elles n'appellent pas de validation au fond⁸. Du point de vue de la compétence à raison du lieu, elles sont cependant assimilées aux mesures provisionnelles (cf. art. 33 loi sur les fors en matière civile du 24 mars 2000 entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2001; LFors)⁹. Vu leur caractère spécifique, elles ne seront pas examinées dans la présente étude¹⁰.

§ 2 La nature fédérale ou cantonale des mesures provisionnelles en droit du bail

1. Les théories en présence

Dans certains domaines du droit ou pour certaines actions, le droit fédéral réglemente expressément l'admissibilité, et parfois même les conditions des mesures provisionnelles. Quant aux cantons, ils connaissent tous la procédure de mesures provisionnelles; leur réglementation a toutefois un caractère général, non spécifique à un domaine précis ou à une action particulière¹¹.

A défaut de réglementation fédérale, le Tribunal fédéral a posé pour principe qu'il appartient exclusivement au droit de procédure cantonal de savoir si, à quelles conditions, et dans quelle mesure une protection provisoire est possible¹². Il a toutefois nuancé ce principe en développant une conception dite "dualiste" (selon la doctrine), c'est-à-dire distincte suivant que les mesures provisionnelles ont ou non pour effet de créer en faveur d'une partie des droits privés subjectifs pour la durée du procès¹³. Par conséquent, d'après cette jurisprudence, les mesures provisionnelles ressortissent au droit fédéral

⁶ ATF 74 II 47.

⁷ Ainsi, à Genève, la déposition provisoire d'un témoin (art. 250 LPC/GE), l'expertise provisionnelle (art. 323 LPC/GE) ou la décision d'ordonner l'exécution de mesures probatoires dès l'introduction de la cause (art. 205 LPC/GE).

⁸ Hohl, Procédure, no 2779, p. 229.

⁹ Donzallaz, Le for des mesures provisionnelles, in : La loi sur les fors, Berne 2001, pp. 157 ss, 173; Vogel, Grundriss, no 202, p. 352.

¹⁰ Citons seulement les références aux exemples genevois : TBL, no 1512/1997, 14 octobre 1997, no 35/1999, 7 janvier 1999, no 1546/2000, 29 septembre 2000, no 107/2001, 24 janvier 2001, qui concernent tous des expertises.

¹¹ Hohl, Réalisation, no 489, p. 162.

¹² ATF 97 II 190, c. 2, rés. JT 1972 I 649 s.

¹³ ATF 103 II 1, c. 3b p. 5; 104 II 170, c. 6 p. 179, JT 1979 I 76 s.

lorsque celui-ci les prévoit expressément ou, lorsque celui-ci ne les prévoit pas expressément et qu'elles sont des mesures de réglementation ou d'exécution anticipées provisoires. Elle ressortissent au droit cantonal lorsque le droit fédéral ne prévoit rien expressément et qu'elles sont des mesures conservatoires¹⁴.

Pour une partie de la doctrine¹⁵, en revanche, le droit fédéral détermine l'étendue et les effets de la prétention au fond pour les droits subjectifs privés qu'il accorde. Par conséquent, il doit aussi déterminer si et comment un tel droit peut être protégé par des mesures provisionnelles. La protection des droits fondés sur le droit matériel ne saurait ainsi souffrir de l'insuffisance du droit cantonal, qui doit donc aménager la procédure de telle manière que la protection provisionnelle de ces droits soit garantie. Lorsque les mesures provisionnelles ne sont pas expressément prévues par le droit fédéral, elles découlent du droit fédéral non écrit. Ainsi, en conclusion, selon ces auteurs, toutes les mesures provisionnelles découleraient du droit fédéral, écrit ou non écrit, et seule la procédure à suivre pour obtenir le prononcé de la mesure ressortirait au droit cantonal¹⁶.

Ces théories ont-elles une incidence en droit du bail, au vu des règles fédérales posées aux art. 274f al. 2 et 270e lit. b CO ?

2. Les bases légales fédérales : les art. 274f al. 2 et 270e lit. b CO

L'art. 274 al. 1^{er} CO prévoit que les cantons désignent les autorités compétentes et règlent la procédure. Ce faisant, le législateur fédéral a répété un principe constitutionnel (art. 64 al. 3 ancCst. et 122 al. 2 Cst.). Toutefois, afin de garantir une application efficace et uniforme du droit du bail, il a battu ce principe en brèche en instaurant des règles fédérales sur les autorités et la procédure, notamment au Chapitre IV du Titre huitième du CO, intitulé "Autorités et procédure"¹⁷. Parmi ces règles figurent les art. 270e lit. b et 274f al. 2 CO, seuls à mentionner des mesures provisionnelles.

2.1 L'art. 274f al. 2 i.f. CO

Aux termes de l'art. 274f al. 2 CO, le juge tranche aussi les questions préjudicielles de droit civil et peut ordonner des mesures provisionnelles pour la durée de la procédure.

2.1.1 Historique

La compétence donnée au juge pour statuer par voie de mesures provisionnelles n'est pas une nouveauté.

¹⁴ Hohl, Procédure, no 2782 ss, p. 230.

¹⁵ Cf. Hohl, Procédure, no 2788, pp. 230 s.; Berti, Vorsorgliche Massnahmen im schweizerischen Zivilprozess, in Revue de droit suisse 1997 II 177 ss, 184 ss; Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3^e éd. Zurich 1979, pp. 69 ss et 577 ss; Habscheid, Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, 2^e éd. Bâle/Francfort 1990, n. 618 p. 368; Vogel, Probleme des vorsorglichen Rechtsschutzes, Revue suisse de jurisprudence 1980, pp. 89 ss, 92 s.; idem, Grundriss, nos 205 et 206, p. 353, et les réf. cit. Pelet, Mesures provisionnelles, droit fédéral ou cantonal ?, Lausanne 1987, pp. 32-36.

¹⁶ Hohl, Procédure, no 2788, pp. 230 s.

¹⁷ Il y a d'autres règles de procédure disséminées dans les règles matérielles du droit du bail à loyer, notamment les art. 259h et 259i CO (sur la procédure de conciliation), 270 à 270b et 273 CO ainsi que 21 à 23 OBLF.

L'art. 23 al. 3 de l'arrêté fédéral du 30 juin 1972 instituant des mesures contre les abus dans le secteur locatif (AMSL)¹⁸ prévoyait déjà que "l'autorité judiciaire peut prendre des mesures provisionnelles pour la durée de la procédure"¹⁹. L'AMSL n'était cependant applicable, du moins jusqu'au 1^{er} octobre 1987, que dans les régions connaissant la pénurie de logements ou de locaux commerciaux (art. 2 et 3 AMSL).

En 1985, le Conseil fédéral a proposé d'intégrer l'AMSL à une loi ordinaire en présentant un projet de loi instituant des mesures contre les abus dans le secteur locatif (LMLS). L'art. 21 LMLS, relatif à la "procédure judiciaire", disposait que les cantons désignent l'autorité judiciaire compétente et fixent la procédure (al. 1^{er}), que le juge compétent est celui du lieu de situation des habitations ou des locaux commerciaux (al. 2) et que ce juge tranche aussi les questions préjudicielles de droit civil et peut ordonner des mesures provisionnelles pour la durée de la procédure (al. 3)²⁰.

Finalement, la proposition du Conseil fédéral n'a pas été suivie et c'est dans le code des obligations lui-même que l'essentiel du contenu de l'AMSL a été intégré, notamment aux art. 269 à 270e CO, par l'adoption de la loi fédérale du 15 décembre 1989 concernant la modification des dispositions relatives au bail à loyer et au bail à ferme, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1990²¹. Les art. 23 al. 3 AMSL et 21 al. 3 LMLS ont ainsi été repris à l'art. 274f al. 2 CO.

2.1.2 Nature, but et portée de l'art. 274f al. 2 i.f. CO

Comme on l'a vu, l'art. 274f al. 2 CO prévoit que le juge peut ordonner des mesures provisionnelles pour la durée de la procédure.

Le premier but de la disposition est donc, pour ce qui concerne son champ d'application²², de poser l'admissibilité des mesures provisionnelles. Dans cette mesure, et en application de la théorie dualiste de la jurisprudence du Tribunal fédéral exposée plus haut, les mesures provisionnelles visées par cette disposition ressortissent donc au droit fédéral. Il appartient dès lors aux cantons de déterminer la procédure à suivre et de désigner l'autorité judiciaire compétente.

A cet égard, leur liberté est restreinte sur un point. La doctrine qualifie en effet cette disposition également de règle fédérale de compétence en faveur du juge²³.

Le but de la norme est par conséquent aussi de garantir, toujours pour ce qui relève de son champ d'application, que toutes les questions relevant de l'application du droit matériel du bail soient jugées par une seule et même autorité judiciaire, indépendamment des diverses règles cantonales d'organisation judiciaire et de compétence²⁴. Autrement dit, le législateur a voulu confier à un seul et

¹⁸ RS 221.213.1; RO 1972 1531, 1977 1269, 1982 1234 et 1987 1189.

¹⁹ Sur cette norme, cf. Hunziker, *Das Verfahren im Mietsachen gemäss Bundesbeschluss über Massnahmen gegen Missbräuche im Mietwesen*, Zurich 1977, pp. 138 s.; Pelet, *op. cit.*, p. 122 relève son caractère vague.

²⁰ Message du Conseil fédéral concernant l'initiative populaire "pour la protection des locataires", la révision du droit du bail à loyer et du bail à ferme dans le code des obligations et la loi fédérale instituant des mesures contre les abus dans le secteur locatif, du 27 mars 1985 (Message), FF 1985 I 1475 et 1513 s.

²¹ Pour un historique général, cf. Lachat, *Le bail à loyer (Bail)*, Lausanne 1997, pp. 39 ss.

²² Soit les baux d'habitation et de locaux commerciaux; cf. *infra*.

²³ Lachat, *Commentaire romand (Commentaire)*, CO I, Genève/Bâle/Munich 2003, n. 11 ad art. 274f, p. 1464; Lachat/Stoll/Brunner, *Mietrecht für die Praxis*, 5^e éd. Zurich 2002, p. 81; Usteri et alii, *SVIT-Kommentar Mietrecht II*, Zurich 1998, n. 28 ad art. 274f, p. 1032; Weber/Zihlmann, *Commentaire bâlois*, CO I, Bâle/Francfort, 2^e éd. 1996, n. 8 ad art. 274f, p. 1585.

²⁴ Usteri et alii, *op. et loc. cit.*

même juge la tâche de statuer sur le fond et, le cas échéant, prononcer des mesures provisionnelles²⁵. D'après la jurisprudence cantonale et la doctrine majoritaire, il ressort du texte, du sens et du but de l'art. 274f al. 2 CO qu'une compétence parallèle de l'autorité de conciliation pour statuer à titre provisionnel dans les domaines où celle-ci a une compétence décisionnelle (soit en matière de consignation de loyer, de congé et de prolongation de bail) est exclue²⁶. Le Tribunal fédéral le confirme dans un "obiter dictum" d'un arrêt récent, sans approfondir ce point²⁷.

La compétence du juge est indépendante du stade auquel se trouve le litige. Celui-ci est donc habilité à statuer par voie de mesures provisionnelles avant que l'autorité de conciliation ne soit saisie, durant la procédure de conciliation, pendant le délai de 30 jours des art. 273 al. 5 et 274f al. 1^{er} CO et, bien entendu, lorsqu'il est lui-même saisi au fond²⁸.

Sous cette réserve, c'est au droit cantonal de préciser quel juge est compétent pour rendre des mesures provisionnelles²⁹.

Enfin, il convient de souligner que dans la mesure où il est une pure norme de procédure qui règle la compétence matérielle et fonctionnelle du juge et qui pose le principe de l'admissibilité des mesures provisionnelles en droit du bail, l'art. 274f al. 2 CO est muet sur les conditions d'octroi des mesures provisionnelles (urgence, dommage difficilement réparable, etc.). Il ne prévoit ni positivement ni négativement quelles sont ces conditions.

2.1.3 Champ d'application de l'art. 274f al. 2 i.f. CO

Conformément à la note en marge de l'art. 274d CO, l'art. 274f CO s'applique aux seules procédures relatives aux baux d'habitation et de locaux commerciaux³⁰. Les litiges relatifs aux baux de terrains nus, de constructions immobilières, de chambres meublées, d'appartement de vacances durant moins de trois mois, de places de stationnement ou de choses mobilières sont donc exclus du champ d'application de cette norme³¹, même si en pratique ces objets sont utilisés à des fins d'habitation ou de commerce³². Toutefois, si l'usage de ces objets (à l'exception de l'appartement de vacances) a été cédé

²⁵ Lachat, Commentaire, loc. cit.

²⁶ ZMP1/91, no 9; Président (Pdt) du Tribunal civil du district de Neuchâtel, P. c. S., 2 novembre 2000; Pdt Tribunal des baux du canton de Vaud (TBx VD), B. et cons. c. S. SA, 24 septembre 2002; Higi, Commentaire zurichois, Zurich 1994, n. 34 ad art. 259i, p. 562, et Zurich 1996, n. 9 ad art. 274f, p. 495; Permann/Schaner, Kommentar zum Mietrecht, Zurich 1999, n. 5 ad art. 274f, p. 518; Usteri et alii, op. cit., n. 13 ad art. 274e, p. 1011; Roberti, Institut und Verfahren der Schlichtungsbehörde in Mietsachen, thèse Zurich 1993, nos 128 et 129, pp. 102 s., qui fait également valoir des raisons pratiques; Gmür, Kündigungsschutz- Prozessuales rund um den Entscheid der Schlichtungsbehörde, in Mietrechtspraxis (mp) 3/90, pp. 121 ss, 132; contra : Weber/Zihlmann, op. et loc cit., et Ducrot, Procédure et contentieux en matière de bail à loyer et de bail à ferme non agricole en particulier dans le canton du Valais, in RVJ 1991, pp. 127 ss, 154. Certaines lois cantonales sont à cet égard sans ambiguïté (cf. l'exemple fribourgeois cité par Terrapon, Tribunal des baux: survol d'une décennie de procédure fribourgeoise, in RFJ 1999, pp. 207 ss, 215).

²⁷ TF, 1ère Cour civile, époux A. c. Société coopérative B., 3 juin 2003, c. 2.4 (4C.35/2003).

²⁸ "Il n'y a aucune raison de traiter différemment les mesures provisionnelles selon que le procès au fond est déjà pendant ou non" (ACJ no 222, 25 juillet 1987).

²⁹ Higi, op. cit., n. 11 ad art. 274f, p. 495.

³⁰ Higi, op. cit., n. 3 à 14 ad art. 274d, pp. 438 ss, et n. 3 ad art. 274f, p. 494.

³¹ Par exemple une tente, un mobilhome, une cabane de jardin ou un kiosque; sur le concept d'habitation et de local commercial, cf. Higi, op. cit., n. 20 ss et 26 ss ad Rem. prélimin. aux art. 271-273c, pp. 10 ss, et en dernier lieu TF in SJ 2004 I 93.

³² Higi, op. cit., n. 5, 10 et 12 ad art. 274d, pp. 439 s.

avec une habitation ou un local commercial, les dispositions concernant les baux d'habitation ou de locaux commerciaux s'appliquent (art. 253a al. 1^{er} et 2 CO).

Il s'ensuit que le droit fédéral ne prévoit pas expressément de protection provisionnelle pour les baux qui portent sur une chose autre qu'une habitation ou un local commercial; cependant, d'après la jurisprudence et la théorie dualiste exposées plus haut, les mesures provisionnelles relatives à ces baux ressortiront tout de même au droit fédéral si elles sont des mesures de réglementation ou d'exécution anticipée.

Il s'ensuit en outre que, pour les baux en question, le droit cantonal serait en principe libre de confier à un juge différent de celui qui est compétent au fond la protection provisionnelle des droits qui en découlent. Depuis son entrée en vigueur, l'art. 33 LFors tempère toutefois cette faculté.

Enfin, vu son caractère procédural, l'art. 274f CO est absolument impératif; il est ainsi soustrait à la libre disposition des parties³³. A l'instar notamment de l'art. 274d al. 3 CO, il ne peut y être dérogé, sauf par convention d'arbitrage³⁴.

2.2 L'art. 270e lit. b CO

D'après l'art. 270e lit. a CO, le bail reste en vigueur sans changement pendant la procédure de conciliation, si les parties ne sont pas parvenues à un accord. Cette disposition a été directement reprise de l'art. 24 AMSL.

Aux termes de l'art. 270e lit. b CO, le bail reste en vigueur sans changement pendant la procédure judiciaire, sous réserve des mesures provisionnelles ordonnées par le juge. Il s'agit là d'une nouveauté.

Au vu de l'emplacement de l'art. 270e CO, la procédure judiciaire en cause est celle en contestation du loyer prévue aux art. 270 à 270d CO (demande de diminution du loyer initial ou du loyer en cours de bail, et contestation des augmentations de loyer et autres modifications unilatérales du contrat). Seuls sont soumis à cette procédure les loyers des baux d'habitations et de locaux commerciaux ou ceux des objets dont l'usage a été cédé avec ces habitations ou locaux commerciaux.

³³ Roncoroni, Zwingende und dispositive Bestimmungen im revidiertem Mietrecht, mp 2/90, pp. 76 ss, 80; Higi, op. cit., n. 5 ad art. 274f, p. 494.

³⁴ L'art. 274c CO – norme de protection sociale - prohibe, pour les baux d'habitation, l'exclusion de la compétence des autorités de conciliation et des autorités judiciaires en désignant par convention des tribunaux arbitraux; il prévoit cependant une exception : une fois que l'autorité de conciliation du lieu de situation de l'immeuble est saisie, les parties à un bail d'habitation peuvent ériger cette autorité en tribunal arbitral (art. 274a al. 1^{er} lit. e CO). Pour les baux commerciaux, en revanche, les parties ont toute liberté de compromettre (Message, FF 1985 I 1449). En matière d'arbitrage interne à la Suisse, si le tribunal arbitral a son siège dans un canton qui a adhéré au Concordat intercantonal sur l'arbitrage du 27 mars 1969 (CIA : RS 279), c'est ce concordat qui régleme la procédure, et non les règles fédérales de procédure contenues aux art. 253 à 274g CO ou les règles cantonales régissant l'autorité de conciliation (Engel, Contrats de droit suisse, 2^e éd. Berne 2000, p. 222; Usteri et alii, SVIT-Kommentar, n. 4 ss ad art. 274c, pp. 985 ss; Higi, op. cit., n. 31 ad art. 274c, pp. 433 s.). Il s'ensuit, en particulier, que l'art. 274f al. 2 CO ne s'applique pas en tant que tel, mais par renvoi. En effet, l'art. 26 CIA prévoit dans cette hypothèse que ce n'est pas le tribunal arbitral qui est compétent pour ordonner des mesures provisionnelles, mais les autorités judiciaires ordinaires (al. 1^{er}), du moins tant que les parties ne se seront pas volontairement soumises aux mesures provisionnelles proposées par le tribunal arbitral (al. 2). En matière d'arbitrage international, seules sont applicables les règles de procédure posées par la loi fédérale sur le droit international privé, du 18 décembre 1987 (LDIP), à l'exclusion là aussi de toutes autres règles fédérales ou cantonales. Toutefois, à l'inverse de l'art. 26 CIA, l'art. 183 LDIP dispose que, sauf convention contraire, le tribunal arbitral peut ordonner des mesures provisionnelles ou conservatoires.

Concrètement, puisque cette disposition vise la procédure en contestation du loyer, le juge habilité à statuer sur les mesures provisionnelles conformément à l'art. 274f al. 2 CO pourrait modifier le contrat de bail en admettant provisoirement la diminution ou la hausse de loyer, ou la modification unilatérale du contrat faite au détriment du locataire (par exemple la diminution de surface de la chose louée)³⁵. Il pourrait également, selon Rapp, arrêter provisoirement le montant du loyer initial lorsque la fixation de celui-ci par les parties est entachée de nullité (absence de formule officielle ou de motivation sur celle-ci)³⁶.

Contrairement à l'art. 274f al. 2 CO, l'art. 270e lit. b CO n'est donc pas purement procédural, mais prévoit une hypothèse de mesures provisionnelles, la modification d'un contrat pour la durée de la procédure. Ces mesures ressortissent donc au droit fédéral. A l'instar de l'art. 274f al. 2 CO, cette disposition n'en précise cependant pas les conditions d'octroi. En pratique, elle est restée lettre morte.

3. Conclusions

Le législateur fédéral n'a pas réglementé les conditions d'octroi des mesures provisionnelles en droit du bail, ni au demeurant leur étendue (sauf dans une faible mesure à l'art. 270e lit. b CO). Ce qu'il faut déduire de ce silence est une question débattue dans la doctrine et la jurisprudence³⁷.

Convient-il de se référer directement aux règles de procédure cantonales en la matière³⁸. Ou faut-il considérer que le silence de loi fédérale réserverait implicitement le principe général dégagé par la jurisprudence fédérale selon lequel une mesure provisionnelle doit être justifiée par le risque d'un préjudice difficilement réparable ? La question, laissée ouverte par une jurisprudence zurichoise³⁹, n'a à notre avis pas une grande portée pratique, car les droits de procédure cantonaux et la jurisprudence fédérale exigent en principe tous deux que le requérant à des mesures provisionnelles justifie qu'il serait menacé d'un préjudice difficilement réparable s'il n'était pas fait droit à sa requête.

En tout état de cause, et conformément à la jurisprudence, les droits subjectifs reconnus au locataire ou au bailleur par le droit fédéral du bail à loyer doivent faire l'objet d'une protection provisionnelle. Il appartient dès lors aux divers droits cantonaux de procédure de garantir cette protection⁴⁰. L'examen de la pratique des cantons romand montre que, sauf en ce qui concerne la restitution des locaux (cf. infra Partie II, § 10), celle-ci est pleinement assurée. Les mesures provisionnelles devront dès lors respecter le droit fédéral et le droit cantonal, pour autant que celui-ci ne fasse pas obstacle à celui-là⁴¹.

³⁵ Sous l'empire de l'art. 23 al. 3 AMSL, il avait été envisagé de garantir le paiement des hausses de loyer, respectivement des diminutions de loyer, par le versement d'acomptes mensuels sur un compte de consignation (cf. Message concernant les mesures urgentes contre les abus dans le secteur locatif du 24 avril 1972, in FF 1972 I 1235 et aussi ATF 103 II 261, JT 1978 I 197). Pelet, op. cit., objecte que cette solution est contraire aux présomptions de l'art. 28 al. 1^{er} AMSL et constitue un séquestre déguisé.

³⁶ Note de Rapp ad ATF 120 II 341, in Droit du bail (DB) 1995, no 23 p. 20.

³⁷ Lachat, Commentaire, n. 12 ad art. 274f, p. 1464 et les réf. cit.

³⁸ Higi, op. cit., n. 13 ad art. 274f, p. 496.

³⁹ Arrêt du Kassassionsgericht (KG) du canton de Zurich, D. S. c. B. S. et cons., 6 juillet 1998, in Pratique juridique actuelle (PJA) 1998, pp. 1517 ss. Cf. infra, Partie II, §7.

⁴⁰ Poudret, Commentaire de la loi d'organisation judiciaire, t. II Berne 1990, n. 1.3.2.10, pp. 123 s. et les réf. cit.; Frank/Straüli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, Zurich 1997, n. 2 ad § 110 ZPO, p. 386.

⁴¹ Les jurisprudences cantonales arrivent à la même conclusion : cf. par ex. : Juge suppléant du Tribunal de district de Sierre, X. c. Y., 31 août 1995; Pdt TBx VD, U. SA c. C., 26 août 2002; TBL, 2098/2000, 22 décembre 2000; TBL, no 1477/1999, 17 septembre 1999.

§ 3 Les règles cantonales et la jurisprudence

Les règles cantonales sont posées : dans les lois d'organisation judiciaires ou les lois spéciales d'application des dispositions du droit du bail, les lois sur le tribunal des baux – si le canton a institué une juridiction spéciale – et dans les différents codes cantonaux de procédure civile.

Pour Genève, citons la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 et la loi de procédure civile du 10 avril 1987 (LPC/GE), à ses art. 320 et suivants sur les mesures provisionnelles⁴². Pour Fribourg, la loi instituant le Tribunal des baux du 18 mai 1989, modifiée en 1996 et 1997, la loi d'application relative au bail à loyer et au bail à ferme non agricole du 9 mai 1996, et le code de procédure civile du 28 avril 1953 (CPC/FR), à ses art. 367 et suivants sur les mesures provisionnelles⁴³. Pour le Jura, le code de procédure civile de la République et Canton du Jura, du 9 novembre 1978 (CPC/JU), à ses art. 327 et suivants. Pour Neuchâtel, la loi d'organisation judiciaire du 27 juin 1979, la loi d'introduction des titres huitième et huitième bis du code des obligations du 28 juin 1993, à ses art. 16 et suivants, et le code de procédure civile du 30 septembre 1991 (CPC/NE), à ses art. 121 et suivants sur les mesures provisoires⁴⁴. Pour Vaud, la loi sur le Tribunal des baux du 13 décembre 1981, la loi sur les garanties en matière de baux à loyer du 15 septembre 1971 et le code de procédure civile du 14 décembre 1966 (CPC/VD), à ses art. 101 et suivants sur les mesures provisionnelles⁴⁵. Pour le Valais, la loi d'application du code civil suisse du 24 mars 1998 et le code de procédure civile du 24 mars 1998 (CPC/VS), à ses art. 290 et suivants sur les mesures provisionnelles⁴⁶.

En dépit de leur diversité, les conditions posées par les lois cantonales mentionnées ci-dessus et la jurisprudence fédérale à l'octroi des mesures provisionnelles peuvent être réduites à quelques principes directeurs.

1. Vraisemblance des faits

Le requérant doit rendre vraisemblable les faits pertinents qu'il allègue. Alors que dans un procès au fond qui aboutit à un jugement final au fond, le demandeur doit en principe convaincre le juge, au degré de la certitude, de la réalité des faits qui justifient le droit invoqué (art. 8 CC)⁴⁷, le juge des mesures provisionnelles peut se contenter de la vraisemblance de ces faits, puisque sa décision n'est que provisoire et qu'elle ne tranche pas définitivement la cause⁴⁸.

Il s'ensuit que, plus les conséquences de la mesure sollicitée sont de nature à affecter les intérêts de la partie adverse ou de tiers, plus le juge doit se monter rigoureux dans l'appréciation de la vraisemblance des faits allégués par le requérant⁴⁹.

Les exigences en matière de degré de la preuve de la vraisemblance dépendent donc directement du caractère plus ou moins grave ou définitif de la mesure. Par conséquent, pour les mesures provisionnelles qui ont le même contenu que les conclusions au fond - et qui ne peuvent être admises

⁴² Commentée par Bertossa/Gaillard/Guyet/Schmid, Commentaire de la loi de procédure civile genevoise, Genève 1992 et 1994.

⁴³ Commenté en dernier lieu par Esseiva/Maillard, Code de procédure civile fribourgeois annoté, Fribourg 2001.

⁴⁴ Commenté par Bohnet, Code de procédure civile neuchâtelois, Bâle 2003.

⁴⁵ Commenté par Poudret/Haldy/Tappy, Procédure civile vaudoise, 3^e éd. Lausanne 2002.

⁴⁶ Commenté par Ducrot, Le droit judiciaire privé valaisan (Droit judiciaire), Martigny 2000.

⁴⁷ ATF 128 III 275, c. 2b/aa.

⁴⁸ ATF 118 II 381.

⁴⁹ SJ 1975, p. 254; SJ 1977, p. 589.

selon la jurisprudence que si la prévention d'un dommage grave et imminent l'exige ou si l'aggravation de ce dommage ne peut être évité d'une autre manière⁵⁰ -, la tendance actuelle de la jurisprudence et de la doctrine est d'exiger une "haute vraisemblance", voire une quasi-certitude si la mesure a pour effet d'accorder une exécution anticipée du droit au fond qui a un effet durable ou respectivement définitif⁵¹.

Rendre vraisemblable ne signifie pas convaincre le juge de l'exactitude des faits, mais lui donner l'impression par des indices objectifs qu'ils ont une certaine probabilité, sans qu'il ait à exclure que les faits aient pu se dérouler autrement⁵². Les mêmes principes s'appliquent aux éléments de faits invoqués par la partie intimée⁵³.

Pratiquement, lorsque le fait est susceptible d'être rendu vraisemblable par la production de pièces, on attendra du requérant qu'il les produise. Ainsi, le bailleur qui sollicite par la voie de mesures provisionnelle la libération partielle ou totale des loyers consignés ne peut se contenter d'alléguer que la consignation du loyer l'empêche d'entreprendre les travaux réclamés par le locataire, car elle immobilise l'entier de son disponible, ou d'alléguer qu'elle lui cause de très graves difficultés financières, son prêt hypothécaire ayant été résilié, sans produire les documents idoines.

De même, si un fait n'est susceptible d'être rendu vraisemblable que par l'audition d'un ou plusieurs témoins, il incombera au requérant de les amener ou de les faire convoquer, conformément à la procédure cantonale : ainsi du locataire qui réclame la remise des clés d'un appartement en prétendant être au bénéfice d'un contrat de bail oral, ou du bailleur qui prétend qu'un locataire enfreint gravement son devoir de diligence envers ses voisins en les menaçant de mort (s'il n'y pas de plainte écrite, de rapport de police ou de décision pénale).

2. Apparence du droit

Les faits ainsi rendus vraisemblables doivent être susceptibles de justifier la mesure requise⁵⁴. L'apparence du droit suffit⁵⁵.

Compte tenu du fait que la procédure provisionnelle doit par essence être rapide, le requérant ne peut ni ne doit convaincre le juge du bien-fondé de son action; il doit bien plutôt le convaincre que celle-ci a des chances de succès⁵⁶, voire même qu'elle n'est pas manifestement mal fondée⁵⁷.

⁵⁰ TF, R. c. G., 15 février 1985.

⁵¹ Hohl, Réalisation, pp. 221 ss; id., Procédure, nos 2867 ss, p. 244 s.; Berti, op. cit., no 91 p. 222; cf. en outre sur la vraisemblance des faits : Leuenberger, Glaubhaftmachen, in La preuve dans le procès civil, Berne 2000, pp. 107 ss, 118 ss; Lieber, Die neuere kassationsgerichtliche Rechtsprechung zum Beweis in Zivilsachen, in 125 Jahre Kassationsgericht des Kantons Zürich, Zurich 2000, pp. 221 ss, 225 s.; sur le degré de la preuve, cf. aussi Hohl, in La preuve dans le procès civil, cité plus haut, pp. 127 ss. Pour la jurisprudence, cf. infra Partie II.

⁵² Cette condition est prévue expressément à l'art. 290 al. 1^{er} CPC/VS; elle est aussi posée par la jurisprudence fédérale : ATF 99 II 346, 104 la 413 et 107 la 282.

⁵³ ATF 103 II 290, c. 2, conformément au principe d'égalité devant la loi.

⁵⁴ Selon l'ATF 120 II 397, le requérant devrait rendre son droit vraisemblable; bien qu'usité, ce terme est impropre car la question de droit ne peut pas être vraisemblable; elle peut seulement être examinée de manière plus au moins approfondie (ATF 107 la 408, 413).

⁵⁵ ATF 117 II 127, 130 s.

⁵⁶ ATF 97 I 486 s.

⁵⁷ ATF 108 II 272, c. 2; critiqué par Berti, op. cit., no 96, p. 225, et Hohl, Réalisation, no 552, p. 178 qui estiment qu'il n'est pas possible de poser une condition aussi peu sévère s'agissant d'une mesure (conservatoire) qui peut avoir de graves effets sur l'intimé.

L'apparence du droit aux mesures provisionnelles doit être examinée dans la perspective de ce que le requérant peut se voir reconnaître dans le procès au fond⁵⁸. Le juge doit donc faire à cet égard un pronostic.

Les mesures qui équivalent à une exécution anticipée du jugement au fond ont fait l'objet de discussions. Jusqu'il y a peu, la jurisprudence, notamment genevoise et valaisanne⁵⁹, était très réticente à entrer en matière sur des conclusions provisionnelles susceptibles de préjuger au principal. La pratique neuchâteloise faisait preuve de la même réserve, en dépit du fait que l'art. 122e CPC/NE fournisse au juge une base légale pour ordonner l'exécution provisoire d'une obligation de faire ou de ne pas faire⁶⁰. Depuis quelques années, toutefois, sous l'influence de la jurisprudence fédérale⁶¹, les pratiques cantonales en matière de droit du bail tendent à se modifier. Actuellement, sous réserve de l'obligation de restituer les locaux, les cantons romands admettent que l'on puisse ordonner à titre provisoire une obligation de faire (par exemple ouvrir les locaux pour des visites), ou de ne pas faire (par exemple d'ordonner au bailleur ne pas louer l'appartement litigieux à un tiers, si le requérant prétend être au bénéfice d'un contrat de bail). Il faut cependant que la prévention d'un dommage grave et imminent l'exige ou que l'aggravation de ce dommage ne puisse être évitée d'une autre manière⁶². Dans un arrêt récent de grande portée⁶³, qui concerne l'exécution d'une obligation de livrer découlant d'un contrat de distribution, le Tribunal fédéral a du reste rappelé que l'exécution provisoire d'une obligation d'accomplir une prestation n'était pas exclue par le droit fédéral, et qu'en outre celle-ci pouvait s'avérer indispensable lorsque sa non-exécution deviendrait une source de dommage – par exemple la perte d'une clientèle – que le gain du procès au fond ne serait plus en mesure de réparer.

Vu les conséquences que peut entraîner pour une partie l'exécution à titre provisoire d'une obligation de faire ou de s'abstenir de faire, la jurisprudence pose (expressément ou implicitement) des conditions plus strictes quant au bien-fondé du droit prétendu, qui doit être hautement vraisemblable, alors que l'autre partie doit n'avoir presque aucune chance de succès sur le fond⁶⁴.

Enfin, si les mesures d'exécution anticipées provisoires risquent d'avoir un effet définitif (par exemple en cas de déguerpissement du locataire), parce que, pour des raisons pratiques, elles ne feront pas l'objet d'une procédure de validation au fond ni d'une action en dommages et intérêts, la pratique vaudoise exige une quasi-certitude : ainsi, en 1988, le Président du Tribunal des baux a-t-il dit que de telles mesures pouvaient être allouées "seulement à titre exceptionnel et si le bien-fondé du droit invoqué

⁵⁸ Une requête ne peut dès lors être constatatoire, si des conclusions constatatoires sur le fond seraient irrecevables. Cf. TBL, 35/1999, 7 janvier 1999 (requête provisionnelle tendant à dire qu'il y a un défaut de la chose louée).

⁵⁹ Ainsi, à Genève, dans une affaire de cession de bail, la Cour de Justice (CJ) a confirmé en 1988 qu'une prétention qui se confond avec l'exercice d'un droit au fond ne pouvait pas faire l'objet de mesures provisionnelles, sauf pour les obligations de s'abstenir, en renvoyant notamment à la décision reproduite in SJ 1982 p. 335 (ACJ no 81bis du 20 juin 1988). Actuellement, le TBL, tout en posant le principe selon lequel de telles mesures ne sont pas admissibles, considère, au vu de la jurisprudence et de la doctrine récentes, qu'il est permis de les ordonner lorsque l'absence de mesures entraînerait pour le requérant des conséquences plus lourdes et dommageables que celles qui pourraient affecter le cité si une mesure était prononcée et que, par conséquent, il fallait procéder à une pesée des intérêts (TBL no 495/2003, 7 avril 2003). Dans le même sens : TBL no 1280/2003, 28 août 2003 et no 1633/2003, 20 octobre 2003. Pour le Valais, TC VS, in Revue valaisanne de jurisprudence (RVJ) 1985, pp. 247 ss, c. 1.

⁶⁰ Bohnet, op. cit., n. 5 ad art. 121 CPC/NE, avec les réf. cit.

⁶¹ Cf. l'arrêt cité à la note 50.

⁶² La jurisprudence vaudoise admet à cette stricte condition, par exemple, la délivrance des locaux, l'élimination d'un défaut, l'annotation du bail, la libération de tout ou partie du loyer consigné, l'interdiction au bailleur de faire des travaux, le déguerpissement du locataire, etc.

⁶³ ATF 125 III 451, c. 3c, JT 2000 I 163, rés. SJ 2000, p. 122.

⁶⁴ Cf. infra Partie II.

confinait à la certitude⁶⁵. Le Tribunal fédéral n'a pas jugé l'exigence d'une preuve stricte en procédure de mesures provisionnelles comme arbitraire, mais l'a qualifiée d'inusuelle dès lors que la vraisemblance suffit pour la jurisprudence et la doctrine majoritaires; il a cependant relevé que l'on ne pouvait pas en déduire que les standards généraux de procédure devaient obligatoirement s'appliquer d'une façon uniforme dans tous les cantons⁶⁶.

Ces exigences ont une importance toute particulière en matière de restitution de la chose louée par le locataire en fin de bail, depuis que le Tribunal fédéral a créé le concept d'inefficacité du congé donné à titre extraordinaire (art. 257d, 257f, 266g, etc.). En effet, puisque l'inefficacité est une forme de nullité qui peut être constatée en tout temps, l'auteur d'un tel congé ne saurait partir du principe que celui-ci est valable si le locataire ne l'a pas contesté dans le délai de 30 jours de l'art. 273 al. 1^{er} CO⁶⁷. Avant d'ordonner à titre provisoire la restitution de la chose louée, le juge doit donc être convaincu que les exigences légales auxquelles l'exercice de ces congés est subordonné sont remplies et, en outre, que la situation nécessite une intervention rapide de la justice.

3. Besoin de protection, dommage difficile à réparer, nécessité d'une intervention rapide, urgence

La voie des mesures provisionnelles n'est en principe ouverte au plaideur que si celui-ci justifie la nécessité d'une intervention rapide⁶⁸.

A cet égard, les codes cantonaux parlent d'"urgence"⁶⁹, "d'imminence d'un danger sérieux" et de "dommage irréparable"⁷⁰, ou d'"écarter un dommage difficile à réparer"⁷¹. Par préjudice difficilement réparable, il faut entendre non seulement un dommage patrimonial imminent (par ex. dû au risque d'insolvabilité du défendeur en cas de perte du procès⁷²), mais aussi un dommage immatériel lorsqu'il apparaît difficilement réparable.

L'art. 101 al. 2 CPC/VD dispose que des mesures provisionnelles peuvent être ordonnées même sans urgence, "dans les cas prévus par la loi civile". De l'avis de la doctrine et de la jurisprudence, la loi civile réservée ici comprend en réalité l'ensemble du droit fédéral, et uniquement dans la mesure où celui-ci réglemente au moins partiellement ces mesures et prévoit les cas dans lesquels elles doivent être ordonnées. Or, comme on l'a vu, en droit du bail, le droit fédéral ne pose que le principe des mesures provisionnelles. Dès lors, le Tribunal des baux du canton de Vaud a, de jurisprudence constante, considéré que l'art. 101 al. 2 CPC/VD ne visait pas le droit du bail à loyer. La condition de l'urgence s'impose donc en ce domaine.

Quid si le requérant tarde à saisir le juge des mesures provisionnelles, et s'est accommodé pendant un certain temps de la situation dont il réclame à titre provisionnel la suppression ou la réglementation ? Doctrine et jurisprudence interprètent quelquefois l'inaction du requérant comme un indice du fait que la situation litigieuse ne revêt pas pour lui une urgence particulière, voire qu'elle constitue un abus de

⁶⁵ Pdt TBx VD, C. c. SI B., 29 décembre 1988: jugement qui concerne une cession de bail; pour d'autres exemples, cf. infra. Partie II, § 10.

⁶⁶ TF, 1^{ère} Cour civile, Y. c. X., 18 février 2002 (4P.294/2001; affaire fribourgeoise sans rapport avec le droit du bail).

⁶⁷ ATF 122 III 92, JT 1996 I 595; ATF 121 III 156, JT 1996 I 91.

⁶⁸ SJ 1991, p. 116.

⁶⁹ Cf. art. 101 al. 1^{er} ch. 1^{er} lit. c CPC/VD.

⁷⁰ Art. 290 al. 1^{er} CPC/VS.

⁷¹ Art. 324 al. 2 lit. b LPC/GE et 367 al. 1^{er} lit. b CPC/FR.

⁷² ATF 94 I 11, c. 8.

droit⁷³. Il faut toutefois se garder de tout schématisme. En effet, si le requérant a laissé s'écouler du temps, c'est peut-être pour chercher une solution transactionnelle⁷⁴, ou laisser à l'intimé un ultime sursis, par mansuétude, ce qui ne saurait en soi lui être reproché.

Le but des mesures provisionnelles étant d'écarter un dommage difficilement réparable, seule peut être ordonnée la mesure apte à prévenir un tel dommage, appropriée en l'espèce, proportionnée au but à atteindre et couverte par la prétention principale au fond⁷⁵. La mesure requise doit être refusée si toute autre mesure ou action judiciaire se révélerait efficace à sauvegarder les intérêts du requérant⁷⁶.

L'absence d'urgence ou de menace d'un dommage difficile à réparer est le motif de rejet le plus fréquent des requêtes de mesures provisionnelles.

4. Saisine du juge compétent en raison de la matière et du lieu⁷⁷

Lorsque la loi cantonale a institué une juridiction spécialisée, le litige doit être relatif à un bail à loyer et diviser bailleur et locataire⁷⁸. Les cantons sont libres d'instituer que les mesures provisionnelles seront prononcées en principe par un juge unique de cette juridiction (comme dans les cantons de Vaud et Fribourg), ou par le tribunal en entier (comme à Genève⁷⁹).

Sont donc exclus de la compétence du juge spécialisé les litiges relevant du droit administratif, en particulier de la concession⁸⁰, ou des contrats mixtes n'ayant pas un aspect de bail prépondérant⁸¹. Sont en outre exclus de sa compétence les litiges dans lesquels les rapports entre parties relèvent

⁷³ Streuli-Youssef, Zur Dringlichkeit bei vorsorgliche Massnahmen, in 125 Jahre Kassationsgericht des Kantons Zürich, Zurich 2000, pp. 301 ss, 309 s. A ce propos, la CJ a posé qu'il n'y avait pas urgence lorsque le requérant avait lui-même négligé d'intervenir rapidement et si la situation litigieuse durait depuis plusieurs années, apparemment sans conséquence sensible (ACJ no 30, 19 février 1988; cf. également ACJ no 769, 18 juillet 1996, examiné infra).

⁷⁴ Pdt TBx VD, B. et cons. c. S. SA, 24 septembre 2002.

⁷⁵ SJ 1985, p. 461; ATF 96 I 242, c. 5.

⁷⁶ SJ 1993, pp. 209 s.; conformément au principe de subsidiarité, la CJ a confirmé que le locataire qui fait l'objet d'une procédure d'exécution forcée d'un jugement d'évacuation ne peut pas demander la suspension de cette procédure par le biais de mesures provisionnelles devant le TBL, dès lors que les décisions du Procureur général peuvent être attaquées au Tribunal fédéral par un recours de droit public dans le cadre duquel l'effet suspensif peut être sollicité (ACJ no 537, 15 mai 2000).

⁷⁷ Pour la compétence en matière internationale, cf. Lachat, Commentaire, Intro. Art. 253-274g, n. 8 pp. 1307 s., qui en donne un résumé très clair.

⁷⁸ ATF 120 II 112, JT 1995 I 202, c. 3 p. 207; JT 1999 III 2, c. 2.

⁷⁹ SJ 1987, pp. 59 ss, 60.

⁸⁰ TC VD, C. c. S., 11 février 2004 (convention conclue entre les parties comportant des éléments ayant trait au droit du bail à loyer; Pdt TBx VD admettant "prima facie" sa compétence, au motif qu'il n'appartient pas au juge des mesures provisionnelles de déterminer à ce stade si la cession de l'usage est ou pas l'accessoire d'une concession de droit public, cette question devant être jugée au fond par le TBx; l'instance supérieure, tranchant cette question par l'affirmative, a conclu que le litige ne relevait pas de manière prépondérante du droit du bail, mais des autorités judiciaires administratives; comme celles-ci s'étaient déjà déclarées incompétentes, il en est résulté un cas de conflit négatif de compétence).

⁸¹ TF, 1ère Cour civile, M. c. C. SA, 18 mars 2002 (4P.328/2001; convention liant le propriétaire d'un centre sportif à un professeur de tennis résiliée; requête de mesures provisionnelles du professeur tendant à ce qu'il puisse utiliser un court de tennis; TBL se déclarant incompétent "ratione materiae"; confirmation de la CJ; recours de droit public admis, le TF considérant que si la convention comportait bien des éléments de bail et de mandat, l'aspect bail était toutefois prépondérant). TBL, no 183/1996, 5 février 1996 (mise à disposition de bureaux meublés avec de nombreux services; prestations de service jugées prépondérantes; décision d'incompétence).

manifestement d'un autre rapport de droit (société simple entre concubins; communauté domestique entre mère et fils, prêt à usage, etc.).

La compétence à raison du lieu en matière civile relève en principe de la loi sur les fors en matière civile du 24 mars 2000 entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2001 (LFors), qui a abrogé l'art. 274b CO. Font exception les règles de for fixées dans la LP ainsi que les fors en matière d'arbitrage.

L'art. 33 LFors dispose qu'est impérativement compétent pour ordonner des mesures provisionnelles le tribunal du lieu dans lequel est donnée la compétence pour connaître de l'action principale ou le tribunal du lieu dans lequel la mesure devra être exécutée. Quant aux actions principales fondées sur un bail à loyer immobilier, elles sont de la compétence des autorités de conciliation et du tribunal du lieu où est situé l'immeuble (art. 23 al. 1^{er} LFors). Il s'agit d'un for partiellement impératif, en ce sens que la partie réputée faible, à savoir le locataire de locaux d'habitation ou de locaux commerciaux, ne peut y renoncer ni à l'avance ni par acceptation tacite (art. 21 al. 1^{er} lit. b LFors); elle peut toutefois conclure une élection de for après la naissance du différend (art. 21 al. 2 LFors).

Il faut donc déduire de ce qui précède que le tribunal du lieu de situation de l'immeuble - désigné par le droit cantonal - est compétent à raison du lieu pour statuer sur une requête de mesures provisionnelles fondée sur un bail à loyer immobilier.

II. Les diverses mesures provisionnelles envisagées par les jurisprudences cantonales⁸²

Dans un souci d'intelligibilité, ces mesures seront exposées en suivant d'une part la chronologie des rapports de bail, de la délivrance des locaux à leur restitution et, d'autre part, dans cet intervalle, en suivant les articles du code des obligations. En dernier lieu seront examinées les mesures qui n'ont pas leur base légale dans ledit code.

§ 1 La délivrance de la chose

1. La délivrance stricto sensu, en début de bail : art. 258 CO

1.1 Apparence du droit

Si le bailleur ne met pas la chose à disposition du locataire à la date convenue, il est en demeure et le locataire peut se prévaloir des art. 107 à 109 CO. Le locataire peut agir en délivrance de la chose (art. 107 al. 2 CO), renoncer à la délivrance et demander des dommages-intérêts (positifs) tout en s'acquittant du loyer (art. 107 al. 2 CO) ou se départir du contrat (art. 107 al. 2 et 109 CO)⁸³.

La demeure du bailleur peut avoir deux causes en pratique: soit le bailleur est dans l'incapacité de délivrer la chose à temps parce que le précédent locataire ne la restitue pas à la fin de son propre contrat ou parce qu'il n'a pas compté avec l'éventualité d'une contestation de la résiliation ou de prolongation de bail; soit il conteste avoir conclu un contrat de bail.

⁸² Seuls les cas non isolés sont exposés ici. Pour un cas isolé relatif à l'art. 168 CO, cf. arrêt du TC SG, 19 septembre 1995, in St. Gallische Gerichts- und Verwaltungspraxis, 1995, no 36, pp. 103 ss. Pour un cas relatif à l'art. 268 CO, cf. Juge I des districts de Martigny et St-Maurice, X. c. Y., 29 septembre 2003.

⁸³ Pour un cas d'application, cf. TF, O. et cons. c. C., 2 février 1999, in Cahiers du bail (CdB) 2/1999, p. 41, et Droit du bail (DB) 2000, p. 10, avec note Wessner.

La jurisprudence vaudoise admet que le prétendu locataire, dans ces circonstances, et si un besoin de protection est réalisé, puisse demander à titre provisionnel la délivrance de l'objet loué. Dans les cas où une telle requête a été admise, l'instruction et l'examen juridique n'ont pas été succincts⁸⁴. Quelquefois, la délivrance est demandée indirectement, par le biais de la remise des clés⁸⁵ ou d'une interdiction faite au bailleur d'empêcher le locataire d'accéder aux locaux⁸⁶.

A Genève, on l'a vu, la jurisprudence est réservée s'agissant d'allouer des mesures provisionnelles qui ont le même contenu que la prétention au fond. Elle admet en revanche que le locataire à qui des locaux n'ont pas été délivrés puisse solliciter des mesures provisionnelles visant à empêcher le bailleur de prendre des mesures qui rendraient illusoire son entrée en possession⁸⁷. Ainsi, il est possible d'ordonner qu'il soit fait interdiction au bailleur de mettre l'objet à disposition de tiers⁸⁸, au besoin contre la fourniture de sûretés⁸⁹. Une telle interdiction est également prononcée dans le canton de Vaud, lorsque les conditions en sont réunies⁹⁰.

Dans l'hypothèse où le bailleur conteste être lié par un contrat de bail, le requérant aux mesures provisionnelles doit rendre vraisemblable l'existence d'un tel contrat, savoir qu'il y a eu un accord sur les éléments objectivement essentiels que sont la cession de l'usage de la chose et le montant du loyer (art. 253 CO), lequel peut être oral ou tacite. Dans le cas d'un contrat de bail oral, il arrive que le bailleur invoque que la forme écrite était réservée (art. 16 al. 1^{er} CO) et que, cette forme n'ayant pas été respectée, il n'est pas lié. C'est à lui qu'il incombe d'étayer cet argument (art. 8 CC)⁹¹. A cet égard, comme l'accord sur la forme écrite doit être antérieur ou concomitant à l'accord sur le fond, le fait que le bailleur ait remis ultérieurement un document pour signature au locataire n'établit pas la volonté des

⁸⁴ Cf. Pdt TBx VD, 20 juillet 2001, in CdB 1/2002, pp. 14 ss et in DB 2003, pp. 15 ss, avec note Knoepfler (mise à disposition d'un appartement : rejet); Pdt TBx VD, B. c. C., 28 mars 2003 (mise à disposition d'une maison : admission); cf. en outre : Pdt TBx VD, L. c. C., 26 mai 2000 (mise à disposition d'un emplacement pour mobilhome : admission); Pdt TBx, I. c. C. 28 décembre 2000 (salle de spectacle : rejet au motif que le contrat de bail était subordonné à une condition suspensive – le paiement d'un montant à titre de réservation - qui n'était pas réalisée).

⁸⁵ TBL, no 1495/2001, 27 septembre 2001.

⁸⁶ Pdt TBx VD, D. c. S., 7 mai 1993.

⁸⁷ ACJ no 48, 30 mars 1987.

⁸⁸ TBL, no 1495/2001, 27 septembre 2001, précité; TBL, no 1865/2003, 19 novembre 2003 (interdiction refusée car l'objet était déjà reloué à la date du dépôt de la requête).

⁸⁹ TBL, no 2092/2000, 22 décembre 2000.

⁹⁰ Pdt TBx VD, P. c. SI D. SA, 5 septembre 1984 (locataire qui, faisant valoir un droit d'option contractuel sur tout appartement qui se libèrerait dans l'immeuble, requiert par voie de mesures provisionnelles qu'ordre soit donné au bailleur de lui proposer l'appartement no 54 qui se libère (I) et de ne pas le mettre à disposition de tiers (II); rejet de la requête au motif qu'il n'est pas possible de prévenir un changement à l'état de fait litigieux, puisque l'appartement no 54 est déjà reloué à un tiers et que le requérant ne se trouve pas menacé d'un dommage, puisque l'appartement qu'il occupe est tout à fait habitable). Pdt TBx VD, D. SA c. E. SA et S., 5 décembre 2001 (D. SA, prétendue locataire, requiert qu'interdiction soit faite à E. SA, bailleuse, de mettre à disposition de quiconque d'autre qu'elle-même les locaux (I) et qu'ordre soit donné à E. SA de les lui mettre à disposition (II); rejet au motif que la requérante n'a pas rendu vraisemblable ni hautement vraisemblable, qu'elle ait un droit à la délivrance des locaux, ni comme locataire direct de E. SA, ni comme sous-locataire ou cessionnaire de S. ensuite d'un transfert de bail). Pdt TBx VD, P. et cons. c. Société coopérative P., 30 mai 1995 (contrat prévoyant qu'à son échéance, les locataires bénéficieront d'un "droit préférentiel" à la conclusion d'un nouveau bail; résiliation de bail non contestée par les locataires sur la foi qu'ils pourront exercer leur droit préférentiel; bailleuse menant des pourparlers en vue de la conclusion d'un bail avec un tiers avec lequel elle n'a pas encore conclu; requête du locataire tendant à ce qu'il soit fait interdiction à la bailleuse, sous la menace des peines de l'art. 292 CP, de conclure un bail avec un tiers; admission au motif que la bailleuse n'avait pas rendu vraisemblable qu'elle avait de justes motifs, soit de sérieux griefs, à opposer aux requérants; urgence, vu la relocation imminente).

⁹¹ Pdt TBx VD, J. et cons. c. P., 16 mars 1990 (bailleur de locaux commerciaux établissant que la forme écrite était réservée; le contrat ne revêtant pas cette forme, les requérants sont déboutés).

parties de réserver la forme écrite⁹². En tout état de cause, si un bail oral ou écrit a été conclu, encore faut-il, pour qu'il puisse prétendre à la délivrance, que le locataire n'y ait pas auparavant renoncé, par exemple en demandant au bailleur la restitution de sa garantie locative ou en lui déclarant vouloir des dommages-intérêts pour se reloger⁹³.

Si un contrat de bail a été conclu, le bailleur a la faculté de l'invalider pour vices de la volonté⁹⁴.

1.2 Urgence

Le fait de ne pouvoir entrer dans les locaux loués n'est pas, en soi, constitutif d'un risque de dommage irréparable. Il faut des éléments de fait complémentaires.

De tels éléments ont été admis dans le cas d'un locataire qui, sur la foi de la promesse de la bailleuse de lui délivrer les locaux à une certaine date, après travaux dans ceux-ci, conclut une transaction judiciaire avec son bailleur actuel aux termes de laquelle il libérera son logement actuel à la même date; or, du fait de la demeure de la bailleuse, le locataire a été contraint de rester dans son logement jusqu'à être l'objet d'une procédure d'expulsion arrivant à son terme et, vu la pénurie, lui, son épouse et ses deux enfants n'ont pas retrouvé à se reloger⁹⁵.

Si, s'agissant de locaux commerciaux, le locataire a fait des investissements dans les locaux avec l'accord du bailleur qu'il risque de ne pas pouvoir rentabiliser, le risque de dommage irréparable est grand, et doit être d'autant moins supporté que le bailleur ne court aucun risque⁹⁶.

2. La réintégration du locataire privé de l'usage des locaux : art. 259a CO

Durant le bail, il arrive que le bailleur retire l'usage de tout ou partie de la chose au locataire. Or, sauf modification conventionnelle, ou modification unilatérale du bail apportée par le bailleur au moyen d'une formule de nouvelles prétentions entrées en force car non contestées ou admises selon un jugement exécutoire, ce procédé est une violation du contrat, et constitue un défaut de la chose louée.

Le premier moyen utilisé dans les faits par le bailleur est le changement de serrures⁹⁷. Dans ce cas, le locataire peut solliciter que la serrure soit changée, ou que les nouvelles clés lui soient remises, voire qu'interdiction soit faite au bailleur de troubler sa possession dans le futur⁹⁸, pour autant que la

⁹² Pdt TBx VD, 20 juillet 2001, in CdB 1/2002, pp. 14 ss et in DB 2003, pp. 15 ss, avec note Knoepfler, et B. c. C., 28 mars 2003, précités.

⁹³ Pdt TBx VD, 20 juillet 2001, in CdB 1/2002, pp. 14 ss et in DB 2003, pp. 15 ss.

⁹⁴ Pdt TBx VD, B. c. C., 28 mars 2003 (bailleuse refusant de remettre les locaux au locataire au moment où, après la conclusion orale du contrat, elle apprend que celui-ci fait l'objet de deux poursuites; erreur essentielle, invoquée par la bailleuse subsidiairement à l'inexistence du bail, non retenue en l'espèce).

⁹⁵ Pdt TBx VD, B. c. C., 28 mars 2003.

⁹⁶ Pdt TBx VD, D. c. S., 7 mai 1993.

⁹⁷ Les motifs sont divers : le retard dans le paiement du loyer (Pdt TBx VD, G. c. R., 22 mai 1989; TBL, no 1333/2002, 19 septembre 2002, et no 1343/2002, 23 septembre 2002), le fait de vouloir récupérer pour soi l'objet en cause (Pdt TBx VD, A. c. F., 30 décembre 1992 : bailleuse d'une chambre insonorisée louée à un professeur de chant prétendant vouloir l'attribuer à son fils), ou faire des travaux (Pdt du Tribunal civil du district de Neuchâtel, M. c. L., 16 juin 2004 : jardinet et local de séchage du linge; Pdt TBx VD, S. c. C., 31 janvier 2001: galetas).

⁹⁸ Pdt TBx VD, G. c. D., 10 septembre 1997.

condition de l'urgence soit remplie, ce qui paraît aller de soi s'agissant d'un logement, mais est moins évident pour un accessoire comme une cave⁹⁹ ou un galetas.

La jurisprudence a ainsi admis un besoin de protection dans le cas d'un professeur de chant auquel la jouissance d'une pièce insonorisée avait été retirée, puisque les leçons qu'il y donnait étaient son revenu principal et qu'il lui était impossible de retrouver temporairement une telle pièce, vu son caractère particulier¹⁰⁰.

Après la fin du contrat de bail, certains locataires réclament d'être réintégrés dans la jouissance de l'objet loué, soit après en avoir été expulsés¹⁰¹ soit après que le bailleur eut changé la serrure¹⁰². Le juge examinera dès lors si le contrat a bien pris fin et, dans l'affirmative, rejettera la requête. Dans l'hypothèse où c'est le requérant lui-même qui a donné son congé, cet examen sera vite fait, le contrat de bail ne pouvant être prolongé¹⁰³.

§ 2 Le paiement du loyer et des charges : art. 257 et suivants CO

Comme on l'a vu plus haut, il est totalement exclu de solliciter le paiement d'une créance par la voie des mesures provisionnelles, la LP étant seule applicable.

Pourtant, de telles conclusions sont formulées en pratique¹⁰⁴. Le juge les rejettera d'emblée, sans examiner si le requérant justifie d'un besoin de protection.

§ 3 Les sûretés : art. 257e CO

Sur ce point, les requêtes provisionnelles sont en pratique de trois ordres : elles tendent à la fourniture par le locataire des sûretés promises dans le contrat de bail, au dépôt par le bailleur sur un compte bancaire des espèces versées à ce titre par le locataire (art. 257e al. 1^{er} CO), et à la restitution desdites sûretés après la fin du bail (art. 257e al. 3 CO).

Si les parties se sont mises d'accord, au moment de conclure ou après, sur la fourniture par le locataire de sûretés au bailleur, l'art. 257e CO s'applique, si ces sûretés sont des espèces ou des papiers-valeurs et si le contrat de bail porte sur une habitation ou des locaux commerciaux; dans les autres cas,

⁹⁹ Admis pour une cave et un local de lessive par le Pdt du TBx de l'arrondissement de la Sarine, T. c. G., 6 décembre 2002. Admis pour un garage par le Pdt TBx VD, K. c. G. SA, 15 décembre 1995.

¹⁰⁰ Cf. l'ordonnance citée en note 97.

¹⁰¹ Pdt TBx VD, M. c. SI P. SA, 8 octobre 1990 confirmé sur appel le 6 décembre 1990 (locataire faisant valoir que la décision prise par le juge de l'expulsion sur la validité du congé donné en application de l'art. 265 ancCO n'était pas revêtue de l'autorité de chose jugée; argument admis par le Pdt du TBx, au motif que le juge de l'expulsion, selon le système en vigueur à l'époque – qui est toujours en vigueur mais plus appliqué vu la jurisprudence du TF –, ne statuant pas avec un plein pouvoir d'examen, ne pouvait rendre une décision définitive sur la validité du congé; ce point était toutefois sans pertinence car la requérante n'avait plus la qualité pour agir, étant tombée en faillite pendant le procès; au demeurant, le congé était apparemment valable; rejet).

¹⁰² Pdt TBx VD, W. c. R., 14 septembre 2000 (sous-locataire d'un appartement meublé auteur de graves déprédations envers la chose et les meubles du locataire; congé 257f CO tenu pour apparemment justifié; requête en réintégration rejetée).

¹⁰³ Pdt TBx VD, D. c. C., 16 décembre 1998, C. c. W. et cons., 19 mars 1999.

¹⁰⁴ Pdt TBx VD, G. et cons. c. SI J. SA, 9 août 1983 (loyer) et C. c. S., 5 novembre 1984 (frais de chauffage et d'eau chaude); TBx VD, SI T. c. K., 19 juin 1986 (dommages-intérêts pour occupation illicite); TBL, no 170/2003, 3 février 2003 (paiement du sous-loyer réclamé directement par le bailleur). TBL, no 419/1996, M. c. K., 4 avril 1996 (trop perçu de loyer).

par exemple si le contrat porte sur un terrain nu, ou si les sûretés sont autres (gage irrégulier, consignation, cession de créance, etc.), ce sont les règles fédérales générales qui s'appliquent, sauf si les cantons ont utilisé la faculté qui leur est réservée par l'alinéa 4 de l'art. 257e CO en réglementant d'autres formes de sûretés (par exemple le cautionnement)¹⁰⁵.

Si la sûreté doit être fournie en espèces, le bailleur a une créance contre le locataire en paiement de la somme prévue, qui ne peut être exécutée que par la voie de la poursuite pour dettes, ou même par la poursuite en fourniture de sûretés si la convention détermine le lieu où ces espèces doivent être déposées¹⁰⁶.

Dans cette hypothèse, pour les motifs déjà évoqués, et en vertu de la force dérogatoire du droit fédéral, il n'est pas possible d'ordonner à titre provisoire au locataire de verser le montant promis¹⁰⁷.

Quid si le bailleur ne dépose pas auprès d'une banque le montant que lui a fourni le locataire ? Le bailleur a l'obligation d'effectuer ce dépôt, selon l'art. 257e al. 1^{er} CO qui est impératif; il a également l'obligation accessoire d'informer le locataire du nom de la banque ainsi que du numéro du compte. S'il s'y soustrait, il est admis que le locataire puisse requérir une protection provisionnelle¹⁰⁸. Le Président du Tribunal des baux du canton de Vaud a ainsi ordonné au bailleur de déposer immédiatement sur un compte bancaire la somme de 100'000 fr. remise par le locataire plus d'un an avant, en lui interdisant au surplus de disposer de cette somme, le tout sous la menace des peines de l'art. 292 CP; dans ce cas, il a considéré que le locataire était menacé d'un dommage difficilement réparable car il y avait un risque que l'intimée soit insolvable et qu'elle ait dépensé en partie la somme à son profit¹⁰⁹. L'ordonnance peut également comporter l'injonction de remettre au locataire, une fois la somme déposée en banque, une attestation d'ouverture de compte¹¹⁰.

Le droit du locataire à une telle protection n'existe que pendant le bail. Si celui-ci prend fin, l'obligation du bailleur de déposer le montant confié est remplacée par une obligation de le restituer selon les règles sur l'enrichissement illégitime. D'après Higi, si l'exécution de cette créance en restitution de l'enrichissement illégitime est compromise, il est loisible au locataire de requérir des mesures conservatoires à titre provisionnel.

Après la fin du bail, et si le bailleur ne donne pas son accord pour restituer la sûreté bancaire qui a été constituée, le locataire peut-il en réclamer la restitution à titre provisionnel avant l'année qui suit la fin du bail ou pendant la procédure judiciaire ? A notre avis non, car cela contreviendrait aux modalités de restitution impérativement et exhaustivement prévues par l'art. 257e al. 3 CO, notamment l'exigence

¹⁰⁵ Higi, op. cit., n. 6 ad art. 257e, p. 281.

¹⁰⁶ Art. 38 al. 1^{er} LP. Higi, op. cit., n. 9 et 26 ad art. 257e, pp. 283 et 290.

¹⁰⁷ Une décision du Pdt du TBx VD, heureusement isolée, l'a néanmoins ordonné (cf. H. SA c. B. et cons., 8 octobre 1990), sous la menace des peines de l'art. 292 CP. Une autre décision refuse sur le principe de donner suite à la conclusion provisionnelle (principale) du bailleur tendant à la fourniture de sûretés d'un montant de 150'000 fr. en garantie de frais de remise en état et d'éventuels dommages-intérêts pour perte de loyers au motif que ces sûretés ne sont pas elles-mêmes l'objet du procès mais doivent uniquement servir à payer une éventuelle dette des locataires intimés (cas de "séquestre déguisé"); elle refuse également de donner suite à une conclusion (subsidaire) en constitution des sûretés convenues dans une transaction après la conclusion du bail au motif que, là aussi, l'exécution de la prétention relevait exclusivement de la LP (Pdt TBx VD, B. et cons. c. E. et cons., 20 novembre 1987).

¹⁰⁸ Higi, op. cit., n. 30 ad art. 257e, p. 291 et les réf. cit.

¹⁰⁹ V. c. A. SA et cons., 21 novembre 1996. Il ne s'agit pas là d'un cas de "séquestre déguisé" car l'objet du procès au fond est d'obtenir ce dépôt.

¹¹⁰ Pdt TBx VD, C. et cons. c. Association C., 20 avril 1999.

d'un jugement exécutoire¹¹¹. Au demeurant, le droit fédéral ne donne pas en ce domaine le pouvoir exprès qu'il donne au juge en matière de consignation.

§ 4 Le devoir de diligence du locataire : art. 257f CO

Le locataire est tenu d'user de la chose avec le soin nécessaire et, s'il s'agit d'un immeuble, d'avoir pour ses habitants et les voisins les égards qui leur sont dus (art. 257 al. 1^{er} et 2 CO). S'il viole son devoir de diligence, et que certaines conditions précises sont réunies, la loi ne prévoit qu'un droit du bailleur, celui de résilier le contrat (art. 257f al. 3 et 4 CO). Il est toutefois généralement admis que le bailleur peut aussi actionner le locataire en cessation de la violation du contrat et en interdiction de cette violation¹¹².

Le peut-il par la voie de mesures provisionnelles ? La jurisprudence répond par l'affirmative, pour autant que le bailleur soit exposé à la survenance ou la persistance d'un dommage difficile à réparer.

A Genève, le Tribunal des baux et loyers a ainsi fait interdiction, sous la menace des peines prévues à l'art. 292 CP, à une locataire de poursuivre l'exploitation d'un bain turc dans les locaux qu'elle louait dans un hôtel, au motif que l'installation – en raison d'un défaut d'étanchéité – provoquait des infiltrations d'eau dans des chambres et le hall de l'hôtel. La condition du risque de préjudice irréparable a été tenue pour vraisemblable car le plafond du hall de l'hôtel menaçait de se disloquer et de tomber sur les clients¹¹³. La Cour de justice a cependant annulé l'ordonnance, non en raison du fait que l'interdiction ne serait pas une mesure envisageable à titre provisionnel, mais parce qu'il faut la réserver à des cas où la condition d'urgence est vraiment réalisée; or, en l'espèce, la cour fait reproche à la société bailleuse de s'être rendue compte du problème posé par la présence du bain turc il y a deux ans déjà, et de n'avoir pas depuis déposé de procédure au fond, mais seulement des requêtes de mesures provisionnelles¹¹⁴.

Dans le même sens, le Tribunal des baux et loyers a rejeté la requête de bailleurs tendant à ce qu'il soit fait interdiction aux locataires, qui exploitaient un restaurant, d'y faire jouer de la musique, pour le motif que si une violation du contrat de bail avait bien été rendue vraisemblable, tel n'était pas le cas d'un risque de préjudice difficilement réparable; en particulier, les bailleurs n'avaient pas allégué ni a fortiori rendu vraisemblable que les deux colocataires d'un appartement sis au dessus du restaurant qui avaient résilié leur bail en raison des importantes nuisances sonores les auraient actionnés en dommages-intérêts ni qu'ils seraient menacé d'une demande de réduction de loyer ou de dommages-intérêts de la part d'autres locataires, ni que ceux-ci auraient saisi l'autorité de conciliation¹¹⁵.

Dans le canton de Vaud, il a été ordonné à un locataire dont le bail avait été résilié durant une prolongation de bail pour violation de son obligation de diligence (jet d'eau chaude depuis son balcon,

¹¹¹ Pdt TBx VD, D. c. G., 25 octobre 2000 (rejet d'une telle requête pour le motif qu'elle viderait de son sens la procédure en réalisation de gage en cours et qu'au demeurant le locataire et son épouse n'établissent pas être confrontés à un dommage difficilement réparable s'il n'est pas fait droit à leur requête).

¹¹² Higi, op. cit., n. 32 à 47 ad art. 257f, pp. 319 ss, et les réf. cit.

¹¹³ TBL, no 738/1996, 29 mai 1996.

¹¹⁴ ACJ, no 769, 18 juillet 1996 : "On ne voit pas dès lors comment on pourrait admettre que la condition d'urgence est réalisée. Sauf à cautionner l'attitude de celui qui n'entreprend rien dans l'espoir que la situation se dégrade par le seul écoulement du temps au point qu'il puisse en tirer un argument qui lui faisait primitivement défaut. Cette circonstance a aussi pour conséquence d'enlever à la présente situation le caractère exceptionnel qu'elle doit revêtir pour justifier le prononcé de mesures provisionnel puisque, ainsi que cela a déjà été dit, la SA D. avait largement le temps d'agir au fond depuis 1994. Il n'y a donc pas évidente nécessité d'une intervention rapide et expéditive des autorités judiciaires".

¹¹⁵ TBL, no 631, 27 avril 1998, ordonnance confirmée en appel (ACJ du 18 juin 1998).

insultes et menaces – notamment avec des ciseaux – contre les voisins), et qui avait contesté le congé non pas tant pour rester dans les lieux de manière durable que pour y demeurer jusqu'à la fin de la prolongation de bail, de ne pas perturber la tranquillité de l'immeuble, et en particulier de ne pas importuner de quelque manière que ce soit les autres locataires, ce sous la menace des art. 292 CP; le dommage auquel le bailleur était exposé résidait dans le fait qu'une locataire avait donné son congé en raison de l'insécurité que l'intimé faisait régner dans l'immeuble et que de nombreux autres menaçaient de le faire; ce risque existait indépendamment du fait que l'intimé fréquentait apparemment moins souvent son appartement en raison de séjours à l'hôpital psychiatrique¹¹⁶.

Le locataire peut s'engager envers le bailleur à ne pas faire concurrence aux autres activités commerciales existant déjà dans l'immeuble, et le bailleur requérir des mesures provisionnelles pour faire respecter cet engagement, tendant à ce qu'il soit fait interdiction à son cocontractant d'exercer telle activité¹¹⁷.

Le bailleur peut-il solliciter à titre provisionnel que le locataire non seulement s'abstienne d'un comportement contraire au contrat, mais qu'il accomplisse une prestation, par exemple qu'il use de la chose ? La question se pose plus particulièrement pour les locaux commerciaux dont la valeur peut se déprécier si le locataire n'en use pas¹¹⁸. Dans une affaire relative à un contrat de bail portant sur un établissement public, et dont une clause prévoyait expressément l'obligation pour la locataire "d'exploiter ce commerce sous son entière responsabilité", il a été refusé d'ordonner à la locataire de reprendre sans délai l'exploitation qu'elle avait abandonnée au profit d'un autre établissement public, au motif que cette injonction n'était pas possible à titre provisionnel et que le bailleur avait d'autres moyens pour garantir le paiement du fermage, tel le droit de rétention (art. 299c CO)¹¹⁹.

Quant aux requêtes tendant à ce que le locataire débarrasse son palier d'un petit meuble ou sa terrasse d'un prétendu désordre, elles doivent être rejetées, faute de risque pour le bailleur d'un quelconque dommage difficilement réparable¹²⁰.

¹¹⁶ Pdt TBx VD, B. c. E., 22 juin 1999. Pour un cas d'interdiction de posséder des animaux, cf. infra.

¹¹⁷ Higi, n. 25 ad art. 257f, pp. 312 s. Pdt TBx VD, F. c. A. SA, 26 novembre 1992 (contrat de bail portant sur des locaux remis à l'usage d'un magasin d'alimentation prévoyant une telle clause; vente par le locataire de cigarettes alors qu'il existe un magasin de tabac dans le même immeuble; bailleur requérant qu'interdiction soit faite à la société locataire de vendre des cigarettes; requête rejetée, aucun dommage n'étant rendu vraisemblable; en particulier, ce qui serait un préalable, le kiosquier n'a pas actionné le bailleur en réparation d'un éventuel gain manqué ni menacé de le faire ou de consigner son loyer). TBL, no 610/2002, 2 mars 2000 (contrat de bail portant sur des locaux remis à l'usage de boucherie contenant une telle clause; vente par le locataire de produits de boulangerie alors qu'il existe une boulangerie dans le centre commercial; bailleresse requérant qu'interdiction soit faite au locataire de vendre des articles de boulangerie; rejet pour les mêmes raisons que dans l'affaire qui précède: "la requérante n'a pas non plus rendu vraisemblable que la consignation – en l'état – éventuelle, des loyers dus par P. SA porterait atteinte à son existence économique ou serait de nature à créer un danger imminent pour sa survie économique"). TBL, 610/2002, 7 mai 2002 (locaux dans une galerie marchande remis à l'usage de droguerie, avec interdiction d'en faire un autre usage; demande du locataire de les transformer en pharmacie; refus du bailleur; locataire passant outre et commençant des travaux; autre locataire exploitant une pharmacie dans ladite galerie, au bénéfice d'une clause de non concurrence informant le bailleur de ce fait; requête de mesures provisionnelles du bailleur tendant à ce qu'il soit fait interdiction au locataire de poursuivre les travaux, d'ouvrir une pharmacie et de vendre tous produits de pharmacie, sous la menace de l'art. 292 CP; risque de dommage irréparable du fait que le locataire pharmacien a fait savoir qu'il rendrait le bailleur responsable de tout manque à gagner; admission).

¹¹⁸ Cf. sur ce point Tercier, op. cit., no 1979, p. 285 et les réf. cit., et Higi, op. cit., n. 22 à 25 et 29 ad art. 257f, pp. 311 ss.

¹¹⁹ Pdt du TBx VD, B. c. M., 9 juillet 1998.

¹²⁰ Pdt TBx VD, G. SA c. S., 5 juillet 2000, et J. c. B., 5 avril 2004.

§ 5 Les réparations et inspections de la chose par le bailleur: art. 257h CO

Le locataire doit tolérer les travaux destinés à remédier aux défauts de la chose ainsi qu'à réparer ou prévenir les dommages (art. 257h al. 1^{er} CO). Il doit autoriser le bailleur à inspecter la chose dans la mesure où cet examen est nécessaire à l'entretien, à la vente ou à une location ultérieure (art. 257h al. 2 CO).

Si le locataire viole son obligation de tolérer les réparations et inspections de la chose, le bailleur peut requérir du juge l'autorisation provisionnelle d'y procéder¹²¹. C'est un cas classique, qui a donné lieu à une abondante casuistique.

Lorsque le bailleur souhaite inspecter la chose en vue d'une relocation ou d'une vente, notamment avec des candidats à la relocation ou avec des acquéreurs potentiels, et que le locataire s'y oppose sur le principe sans raison, il est fait droit aux conclusions provisionnelles du bailleur qui sollicite l'autorisation de faire une ou plusieurs inspections, le dommage difficilement réparable résidant dans le fait que, sans visite, la relocation ou la vente serait impossible, ou du moins plus difficile¹²².

Dans la majeure partie des cas, le locataire ne s'oppose pas sur le principe à toute visite, mais fait valoir que les conditions de l'art. 257h al. 3 CO - qui prévoit que le bailleur doit annoncer à temps au locataire les inspections et tenir compte, dans leur accomplissement, des intérêts de celui-ci -, ne sont pas respectées. S'il le rend plausible, il ne sera pas donné droit à la requête du bailleur. Ainsi, le Juge suppléant du district de Sierre a rejeté la requête d'une bailleresse au motif que celle-ci n'avait pas rendu vraisemblable son allégation (selon laquelle de nombreuses personnes susceptibles d'acheter ou de louer l'hôtel loué s'étaient manifestées et que des visites avaient été convenues à certaines dates, postérieurement à la première et seule visite) et qu'au demeurant comme elle avait insulté le locataire lors de ladite visite, celui-ci avait un juste motif pour s'opposer à une seconde inspection¹²³.

En pratique, les inspections donnant lieu à des litiges provisionnels sont en majeure partie celles qui sont faites en vue de travaux. La difficulté sera d'apprécier, "prima facie", si les travaux en cause sont nécessaires pour réparer ou prévenir des dommages, ou pour entretenir la chose, au sens des alinéas 1^{er} et respectivement 2 de l'art. 257h CO, ou s'ils constituent le cas échéant des travaux de modification ou de rénovation au sens de l'art. 260 al. 1^{er} CO. En tout état de cause, la condition relative au dommage difficile à réparer doit être remplie.

Il y a cependant des cas extrêmes qui ne laissent aucun doute sur le sort de la requête. Ainsi lorsque le locataire qui, notamment en raison de son âge et/ou d'un problème psychologique, vit dans un état d'abandon total et n'entretient plus la chose, en y laissant même quelquefois pénétrer des animaux en grand nombre. L'exemple vaudois resté dans les annales est celui d'un locataire dont l'appartement était d'une saleté repoussante, colonisé par des pigeons (dont beaucoup étaient à l'état de cadavre), et de fait complètement maculé par des déjections. Après une inspection locale, autorisation a été donnée

¹²¹ Lachat, Bail, p. 155. Higi, op. cit., n. 41 ad art. 257h, p. 367; mp 1/93, p. 71.

¹²² TBx VD, D. c. Hoirie M., 19 mars 1996 (appelante s'opposant sans raison aux visites, alors que son contrat de bail est résilié, qu'elle n'a pas contesté la résiliation ni demandé de prolongation, mais fait savoir qu'elle ne partirait pas; ordonnance rendue contre elle l'obligeant à prendre toutes dispositions utiles pour permettre aux tiers intéressés de visiter les lieux, moyennant un préavis écrit ou téléphonique, jusqu'à son départ; confirmation en appel; condamnation de l'appelante aux frais et dépens pour témérité). TBx VD, A. et cons. c. SI R. SA, 4 juin 1993 (bailleresse, intimée à l'appel, autorisée à faire visiter les locaux avec les candidats à la relocation). Cf. aussi TBL, no 962/1997, 27 juin 1997.

¹²³ Juge suppléant du district de Sierre, X. c. Y., 31 août 1995.

à la bailleuse de désinfecter les locaux et interdiction a été faite au locataire de posséder quelque animal que ce soit¹²⁴.

Quelquefois, les demandes d'inspections en relation avec la prévention d'un dommage concernent des locataires qui, apparemment, ont abandonné définitivement la chose louée pour s'installer ailleurs, en laissant des fenêtres ouvertes, voire des appareils ménagers en fonction¹²⁵. Il s'agit aussi d'examiner d'éventuelles installations dangereuses faites par le locataire¹²⁶.

Quant aux travaux d'entretien ou destinés à remédier aux défauts, il peut s'agir par exemple du changement des vannes des radiateurs¹²⁷, mais pas un changement de moquette pour des raisons phoniques, faute d'urgence¹²⁸.

§ 6 Les droits du locataire en cas de défaut de la chose : art. 256, 258 et 259 et suivants CO

En cas de défaut initial ou survenant en cours de bail, le locataire dispose de la garantie pour les défauts prévue aux art. 258 à 259i CO. Il s'agit d'examiner si une protection provisionnelle existe pour chacun des droits conférés par ces dispositions, et à quelles conditions.

1. Le droit à la remise en état : art. 259a al. 1^{er} lit. a et 259b CO

En cas de défaut initial (menu, grave ou de moyenne importance), si le locataire a accepté la chose et poursuivi l'exécution du contrat, et en cas de défaut subséquent (grave ou de moyenne importance), le locataire a droit à la réparation de la chose, à certaines conditions.

La jurisprudence cantonale accorde par la voie des mesures provisionnelles une protection de ce droit, si les conditions de fond apparaissent réalisées et la condition du dommage difficilement réparable est rendue vraisemblable.

Un cas qui ne pose généralement pas problème est celui du bailleur qui, par chicane, pour faire pression sur le locataire ou pour un autre motif, supprime délibérément l'alimentation en eau chaude, en eau froide, ou en électricité, coupe le télex ou les lignes téléphoniques du locataire¹²⁹. Souvent il est

¹²⁴ Pdt TBx VD, C. c. S., 13 février 1997. Pour une désinsectisation ou une inspection en raison d'odeurs nauséabondes émanant de l'appartement, cf. aussi TBL, no 1476/2002, 20 novembre 2002, no 1281/2001, 20 août 2001 et no 1691/2000, 31 octobre 2000 (cas admis).

¹²⁵ Pdt TBx de l'arrondissement de la Sarine, R. c. C., 8 janvier 2002, et S. c. G., 29 janvier 2003. TBL, 1252/1999, 20 juillet 1999.

¹²⁶ Tribunal de première instance du Jura, Pdt du TBx, H. et cons. c. C., 16 juillet 2002 (locataire ayant "bricolé" une installation périlleuse sur le velux du studio loué).

¹²⁷ TBL, no 1280/2003.

¹²⁸ Pdt TBx VD, T. c. C., 20 juillet 1983 (bailleur habitant un appartement situé au-dessous de celui occupé par la locataire sollicitant l'autorisation de pouvoir faire poser chez elle de la moquette afin de diminuer les bruits; refus de la locataire; rejet, le bailleur n'ayant pas rendu vraisemblable que l'état de santé de son épouse, prétendument dégradé par les bruits, présenterait un état de gravité tel que l'autorisation devrait être accordée à titre provisionnel).

¹²⁹ Ordre de rétablir l'eau: cf. TBL, no 1633/2003, 27 octobre 2003 (eau chaude dans un appartement). Pdt TBx VD, H. et cons. c. C. et cons., 7 avril 1983, Z. c. B., 2 septembre 1985 (coupure d'eau chaude volontaire, par représailles, dans une boulangerie industrielle; les perturbations à l'activité de fabrication justifient une intervention immédiate; pas de sûretés à verser s'agissant d'une commodité prévue par le contrat de bail), Z. c. B., 4 novembre 1987 (interdiction de couper ou réduire l'alimentation en eau froide de la même boulangerie, sous la menace de l'art. 292 CP), C. c. W., 10 octobre 1990 (avec interdiction de couper cette alimentation).

donné suite à de telles requêtes par voie de mesures préprovisionnelles. Le juge devra cependant se méfier car les requérants peuvent ne plus être au bénéfice du contrat de bail qu'ils produisent à l'appui de leur requête¹³⁰.

En principe, le locataire doit informer le bailleur du défaut, et celui-ci doit y remédier dans un délai convenable (art. 259b CO). Toutefois, si la coupure des fluides par le bailleur est délibérée, celui-ci en est déjà avisé, et on peut donc partir de l'idée qu'une mise en demeure ou un délai supplémentaire resteraient sans effet.

Le défaut peut aussi résider dans un problème de chauffage des locaux. Si le chauffage est inexistant, par exemple parce que la chaudière ne fonctionne plus du tout, et que la saison est froide, la requête du locataire aura toutes les chances d'être admise. Ainsi, à Genève, le Tribunal des baux et loyers a ordonné au bailleur d'installer dans une villa un brûleur à mazout (qu'il avait enlevé soi-disant pour le réparer et qu'il n'avait jamais réinstallé) dans les vingt-quatre heures (I) et dit qu'à défaut la locataire était autorisée à faire remplacer ce brûleur par une entreprise de son choix, aux frais du bailleur (II)¹³¹. Si le locataire prétend que le chauffage est insuffisant, il doit rendre ce fait vraisemblable; à défaut, sa requête sera rejetée¹³².

Le défaut à éliminer peut être une panne d'ascenseur. Mais si celle-ci est occasionnelle (une à plusieurs par semaine) et que la situation dure depuis plus de deux ans sans que le locataire ne soit intervenu, le besoin de protection urgent n'existe pas¹³³. Il en irait vraisemblablement différemment d'un locataire à mobilité réduite qui se plaindrait de suite du dysfonctionnement de l'ascenseur.

Il peut aussi s'agir de réparer de manière urgente une toiture qui fuit ou toute autre source d'infiltration, si le locataire subit des conséquences graves, par exemple des dégâts d'eau ou de sérieux risques de voir son activité commerciale interrompue¹³⁴. Quant aux nuisances sonores provoquées par l'immeuble

Ordre de rétablir l'électricité: cf. Pdt TBx de l'arrondissement de la Sarine, U. c. C. et cons., 11 décembre 2003. Pdt TBx VD, R. et cons. c. L., 19 mars 1985 (avec interdiction de la couper à l'avenir), L. SA c. C., 17 février 1989 (locaux commerciaux; ordre de rétablir l'électricité sous la menace des peines de l'art. 292 CP).

Ordre de rétablir le télex et le téléphone: cf. Pdt TBx VD, F. c. V. SA, 15 avril 1987 (l'entrave à l'activité économique qui découle d'une coupure de télex pour une société ayant des activités internationales et la perte de clientèle qui peut en résulter justifient la mesure, qui est la seule à pouvoir éviter le dommage) et A. SA c. D., 29 mai 1991 (même raisonnement pour le téléphone).

¹³⁰ Pdt TBx VD, B. c. C., 25 août 2003 (dans ce cas, en dépit de la question litigieuse de l'existence d'un contrat de bail entre les parties, la mesure n'a pas été jugée nécessaire parce que le juge instructeur du Tribunal administratif, qui était saisi d'un recours du prétendu locataire contre la décision autorisant la démolition de l'immeuble, avait lui-même ordonné le rétablissement de l'alimentation de celui-ci en eau, gaz et électricité pour la durée de la procédure administrative; or, il était prévisible que cette procédure serait au moins aussi longue que celle devant le Tribunal des baux).

¹³¹ TBL, no 2098/2000, 22 décembre 2000.

¹³² Pdt TBx VD, O. SA c. F., 28 octobre 1992 (locataire se plaignant d'un dysfonctionnement du chauffage quelques jours avant son expulsion n'établissant pas que la température est inférieure à 20 degrés, comme elle le prétend; ordonnance confirmée en appel le 23 février 1993). TBL, 1946/1999, 16 novembre 1999 (bailleur produisant un relevé fait par une entreprise spécialisée durant trois jours quand la température extérieure était de 7 degrés, montrant que la température moyenne de l'appartement du requérant se situe entre 19 et 20 degrés; rejet de la requête).

¹³³ Dans ces circonstances, le TBL a rejeté la requête du locataire tendant à ce que l'ascenseur soit changé par la bailleuse ou que celle-ci prenne toutes dispositions utiles pour qu'il fonctionne (TBL, no 693/2003, 12 mai 2003).

¹³⁴ TBL, no 307/2000, 23 février 2000 (les dégâts d'eau en provenance des combles étant susceptibles d'affecter durablement la qualité de vie du locataire ainsi que son mobilier et ses effets personnels, ordre donné au bailleur de procéder dans les trois jours aux travaux d'étanchéité du toit, sous la menace des peines prévues à l'art. 292 CP); Pdt TBx VD, G. c. G., 10 décembre 1992 (ordre au bailleur d'entreprendre tous les travaux nécessaires pour

lui-même (dues par exemple à l'ascenseur, à des compresseurs ou aux "glou glou" des radiateurs), une protection n'est donnée durant le procès que s'il y a urgence¹³⁵. Quant à la présence de moisissures, ou les dégâts causés par celle-ci, le bailleur n'est condamné à les réparer à titre provisionnel, subsidiairement le locataire autorisé à le faire que dans des cas extrêmes, menaçant gravement la santé des occupants de l'appartement¹³⁶.

Souvent, les mesures sont rejetées, la situation ne revêtant aucune urgence¹³⁷.

Quelque soit le défaut, il doit être réparable¹³⁸ et ne pas être imputable au locataire lui-même¹³⁹.

En cas de défaut matériel, la mesure qui sera ordonnée respectera le principe de subsidiarité et de proportionnalité. Ainsi, par exemple, le Président du Tribunal des baux vaudois a refusé d'ordonner la réfection complète et définitive du sol d'un établissement public qui s'affaissait par endroits, mais admis que le bailleur soit astreint à procéder à un "taconnage" des trous¹⁴⁰.

Contrairement aux exemples qui précèdent, les défauts peuvent ne pas être matériels ou corporels. L'art. 259b CO trouve en effet aussi application lorsque le locataire est troublé de toute autre manière dans la jouissance de la chose louée (cf. art. 259a al. 1^{er} i. f. CO et supra Partie II § 1, B.; par exemple en cas de défaut juridique). Il n'est alors pas rare que le locataire sollicite du juge qu'il oblige le bailleur à entreprendre par avance des démarches visant à prévenir la survenance d'un tel défaut.

Ainsi, par exemple, les locataires d'un groupe de villas souhaitant empêcher la location par leur propriétaire de l'une des villas à une fondation s'occupant de handicapés mentaux légers, ont conclu provisionnellement à ce qu'interdiction soit faite au bailleur de conclure un contrat de bail avec la fondation; cette conclusion, conservatoire, a été rejetée au motif que les craintes des requérants quant au comportement dangereux des futurs occupants n'étaient pas concrètement justifiées; ils n'étaient donc pas exposés à subir un préjudice difficilement réparable du fait du rejet de la mesure¹⁴¹.

Un autre exemple d'une telle mesure préventive est donné par le cas d'un groupe de locataires sollicitant par la voie des mesures provisionnelles que défense soit faite au bailleur d'effectuer les travaux de pose de supports d'antennes de téléphonie mobile sur son toit; cette conclusion a été rejetée

supprimer la cause d'infiltrations d'eau dans la cuisine et les WC d'un établissement public, celui-ci courant le risque d'être fermé par les autorités administratives, et autorisation donnée au locataire de faire réparer si le bailleur ne le fait pas dans le délai imparté).

¹³⁵ Tel n'est pas le cas si le locataire a attendu plus d'un an après l'avis du prétendu défaut pour déposer sa requête : cf. Pdt TBx, A. c. R., 3 février 1994 (rejet).

¹³⁶ Pdt TBx VD, M. c. S., 15 décembre 1995, confirmé en appel le 12 avril 1996 (chambre d'enfant; proximité de la saison froide; venue prochaine d'un bébé). Cf. en outre Pdt TBx VD, F. c. I. SA et cons., 2 mars 1995 (refus, faute de gravité), réformé en appel le 25 juillet 1995 (car nouveau sinistre entre-temps et preuve que l'état de santé du locataire s'est détérioré).

¹³⁷ TBL, no 1706/1996, 17 décembre 1996 (requête tendant à ce qu'il soit fait interdiction au bailleur de fermer la porte d'entrée de l'immeuble durant la journée), et no 2129/1999, 21 décembre 1999 (requête tendant à ce qu'il soit fait interdiction au bailleur d'arracher les autocollants posés par le locataire sur les soubassements métalliques de ses vitrines).

¹³⁸ Tel n'est pas le cas d'un objet loué dont la surface est inférieure à celle indiquée dans le bail : Pdt TBx VD, B. c. J., 4 octobre 2001 ou de bruits inévitables imputables à la construction d'un immeuble voisin (ACJ, no 389, 23 avril 2001).

¹³⁹ Pdt TBx VD, R. c. J., 7 octobre 1986 (locataire garagiste requérant provisionnellement la réparation d'un lift; rejet au motif que les dégâts au lift lui sont imputables).

¹⁴⁰ Pdt TBx VD, M. c. de B., 2 septembre 1985.

¹⁴¹ Pdt TBx VD, M. et cons. c. C. SA, 10 juillet 1995.

au motif que les requérants n'avaient pas rendu vraisemblable qu'ils étaient menacés d'un dommage difficile à réparer; à cet égard, le Président du Tribunal des baux a retenu que des craintes sur le caractère nocif d'une installation ne suffisaient pas et qu'en l'occurrence, dès lors que le Service de l'environnement du canton de Vaud avait évalué que le rayonnement des antennes litigieuses était inférieur aux valeurs limites posées par le projet d'ordonnance fédérale sur les rayons non ionisants – dont le but est la protection de la personne -, et que l'installation était autorisée par les autorités administratives, la menace pour la santé n'était pas assez concrète. La question de savoir si une telle installation était un défaut de la chose louée pouvait dès lors rester ouverte¹⁴².

Enfin, il faut mentionner le cas particulier des clauses d'interdiction de concurrence. Le bailleur peut s'engager, dans le contrat, à promettre de ne pas faire concurrence au locataire (clause de non-concurrence) ou ne pas remettre à bail dans le même immeuble (ou groupe d'immeubles ou quartier) des locaux à un tiers exerçant une activité qui peut entrer en concurrence avec celle de son locataire (clause de non-contracter). La promesse du bailleur constitue une qualité promise, et sa violation un défaut¹⁴³.

Comme, dans le régime général, celui qui contrevient à une obligation de ne pas faire peut être condamné à supprimer ce qui a été fait en contravention de cet engagement (art. 98 al. 2 et 3 CO), et que la jurisprudence admet l'existence d'un défaut en cas de promesse sur ce point, il faut considérer que le locataire qui apprend que le bailleur envisage de conclure avec un tiers un contrat de bail en violation d'une clause d'interdiction de concurrence puisse déposer une requête de mesures provisionnelles tendant à y faire échec¹⁴⁴.

2. Le droit à la réduction du loyer : art. 259a al. 1^{er} lit. b et 259d CO

Sous l'ancien droit, le locataire qui exigeait la réparation d'un défaut n'avait pas le droit de consigner le loyer. Il est donc arrivé que des locataires demandent par voie de mesures provisionnelles une réduction de loyer assortie d'une autorisation de consigner à l'avenir la différence de loyer entre le loyer convenu et le loyer réduit ou de compenser les loyers déjà payés avec les loyers futurs. Le risque que le locataire subisse un préjudice irréparable résidait dans une éventuelle insolvabilité du bailleur l'empêchant de restituer la différence de loyer au locataire, si une réduction de loyer était prononcée à l'issue de la procédure au fond¹⁴⁵.

Sous l'empire du nouveau droit, on peut se demander si ce moyen est toujours ouvert au locataire ou s'il n'est pas épuisé par la faculté qui lui est offerte de consigner le loyer. Il est vrai qu'une réduction peut être due sans qu'il y ait matière à consigner, par exemple si le défaut est irréparable.

¹⁴² Pdt TBx VD, A. et cons. c. F. et S. SA., 11 août 1999, confirmé en appel le 5 avril 2000.

¹⁴³ SJ 2001, pp. 534 ss; ATF 39 II 586.

¹⁴⁴ Pour des cas d'application, cf. TBx VD, P. c. G., 27 janvier 1995 (interdiction faite à un bailleur, sous la menace des peines prévues à l'art. 292 CP, de louer, mettre à disposition ou exploiter, à l'usage d'un tea-room sans alcool, les locaux adjacents à ceux du locataire, lequel exploite une crêperie sans alcool; in casu seul le locataire a signé une clause de non-concurrence; au stade de la vraisemblance et vu les circonstances, admis que celle-ci puisse peut-être avoir un effet réflexe et lier le bailleur; urgence vu les pourparlers en cours et la concurrence directe entre les activités);

¹⁴⁵ Pdt TBx VD, R. c. S., 19 avril 1984 et C. c. B., 1^{er} octobre 1984 (urgence niée dans les deux cas car l'insolvabilité des bailleurs n'était pas rendue vraisemblable; dans le deuxième cas, elle était même exclue, s'agissant d'une banque).

Au demeurant, certains auteurs comprennent l'art. 259d CO en ce sens qu'il conférerait au locataire un droit formateur unilatéral à la réduction du loyer: en déclarant unilatéralement réduire celui-ci, il obtiendrait l'effet désiré¹⁴⁶. Dans cette mesure, des mesures provisionnelles seraient d'une portée restreinte.

En tout état de cause, la jurisprudence vaudoise n'a pas rejeté, sur le principe, une réduction provisoire du loyer, mais rappelé qu'elle n'admettait qu'exceptionnellement le prononcé de mesures provisionnelles préjugant de la solution finale, notamment en ordonnant l'exécution de la prétention litigieuse, l'atteinte aux intérêts de l'intimé pouvant être grave, et que, par conséquent, il fallait que les conditions d'octroi atteignent un degré de vraisemblance suffisamment élevé¹⁴⁷. Vu le caractère restrictif de ces conditions, aucune réduction provisionnelle de loyer n'a jamais été octroyée dans le canton de Vaud¹⁴⁸.

Enfin, il faut souligner que la réduction provisionnelle du loyer ne pourrait pas être assortie d'une condamnation provisionnelle à la restitution du trop perçu, celle-ci relevant du domaine exclusif de la LP.

3. Le droit à des dommages-intérêts : art. 259a al. 1^{er} lit. c et 259e CO

Dans le même ordre d'idée, l'octroi de dommages-intérêts à titre provisionnel est exclu pour les raisons exposées plus haut (cf. infra Partie II § 2).

4. Le droit à la consignation : art. 259a al. 2 et 259g ss CO

Ce droit n'existe que pour le locataire d'un immeuble. Il s'agit d'un droit. Le locataire n'a donc pas à demander, par voie provisionnelle, l'autorisation de consigner tout ou partie du loyer. Cette conclusion est irrecevable.

De même, s'il n'a pas respecté les conditions formelles et matérielles posées par les art. 259g et suivants CO, et s'en est rendu compte, le locataire ne peut pas obtenir à titre provisionnel l'autorisation de consigner le loyer, ces dispositions prévoyant une réglementation exhaustive¹⁴⁹.

Si l'autorité de conciliation a statué que les loyers consignés devaient être libérés en faveur du bailleur, le locataire qui veut faire échec à cette décision doit saisir le juge dans les 30 jours - ce qui aura pour effet, sauf mesures provisionnelles, de maintenir la consignation jusqu'à la reddition d'une décision au fond -, et non pas requérir à titre provisionnel que celle-ci soit maintenue (art. 259i al. 2 CO).

§ 7 Le droit du bailleur à la libération du loyer consigné

La consignation du loyer en cas de défaut de la chose louée est conçue comme un moyen de pression à disposition du locataire pour obtenir du bailleur la réparation du défaut¹⁵⁰. Dans cette optique, le locataire peut consigner l'intégralité de son loyer indépendamment de la gravité du défaut dont il exige

¹⁴⁶ Higi, op. cit., n. 21 ss, 24, ad art. 259d, pp. 474 ss.

¹⁴⁷ Pdt TBx VD, B. c. N., 29 décembre 1992 (rejet).

¹⁴⁸ La plupart du temps, cette conclusion est rejetée sèchement, pour le motif qu'elle se confond avec le fond et nécessiterait une instruction complète et détaillée (cf. par ex. Pdt TBx VD, A. Sàrl et cons. c. SI T. SA, 14 septembre 1998, H. SA c. B. et cons., 8 octobre 1993).

¹⁴⁹ Pdt TBx VD, A. Sàrl et cons. c. SI T. SA, 14 septembre 1998, et K. c. G., 5 septembre 1994.

¹⁵⁰ ATF 124 III 201, c. 2d, 203 et les réf.cit., JT 1999 I 367, SJ 1998, pp. 485 ss; Message, no 421.106.

la réparation et du montant de ses prétentions financières¹⁵¹. La consignation a un caractère provisoire. Pour ne pas en perdre le bénéfice, le locataire doit saisir l'autorité de conciliation dans les 30 jours suivant l'échéance du premier loyer consigné, sinon les loyers consignés sont acquis au bailleur (art. 259h al. 1^{er} CO). L'autorité de conciliation, à défaut d'accord entre les parties, rendra une décision sur les prétentions de chacune d'elles et sur l'affectation des loyers (art. 259i al. 1^{er} CO); la partie qui succombe saisira le juge dans les 30 jours, à défaut de quoi la décision de l'autorité de conciliation sera définitive (art. 259i al. 2 CO).

La doctrine considère que l'art. 274f al. 2 CO permet au bailleur de requérir du juge qu'il limite à titre provisionnel la portée de la consignation pour la durée du procès. Les tribunaux des cantons de Vaud, Genève, Zurich et Fribourg l'admettent également.

Dans le canton de Vaud, le Tribunal des baux ou son président s'en tiennent aux conditions strictes posées par l'art. 101 al. 1^{er} ch. 1^{er} lit. c CPC/VD : le bailleur requérant doit justifier de la condition de l'urgence, c'est-à-dire rendre vraisemblable que la libération (totale ou partielle) des loyers consignés permettra d'écartier la menace d'un dommage difficilement réparable que lui causerait la consignation; en outre, il doit justifier au degré de l'apparence que le droit du locataire de consigner n'est formellement ni matériellement bien fondé. La première de ces conditions n'est remplie que si le bailleur rend vraisemblable que la consignation le place dans une situation financière difficile¹⁵². Lorsque aucun début de preuve n'est amené sur ce point, ce qui est très souvent le cas, la requête est rejetée¹⁵³, même si le locataire n'a apparemment pas respecté les prescriptions relatives au droit de consigner et/ou que son droit n'est à première vue pas fondé¹⁵⁴. Il en va a fortiori de même si le requérant admet en audience que la consignation ne met pas du tout en péril ses finances ni son existence¹⁵⁵. Cette condition a pour conséquence que les bailleurs qui ont une large surface financière, les banques, assurances, caisses de pension et autres institutionnels ne peuvent en pratique pas justifier d'un besoin de protection provisoire¹⁵⁶. La condition posée par l'art. 101 al. 1^{er} ch. 1^{er} lit. c CPC n'en est pas pour autant contraire à l'art. 8 Cst. féd¹⁵⁷.

¹⁵¹ TF, 1ère Cour civile, époux A. c. Société coopérative B., 3 juin 2003 (4C.35/2003). ATF 124 III 201, c. 2d, 203; Wey, La consignation du loyer, Lausanne 1995, p. 87 n. 352 et les réf. aux débats parlementaires; Lachat, Bail, p. 181; Higi, op. cit., n. 59 ad art. 259g, p. 522; Weber/Zihlmann, op. cit., n. 11 ad art. 259g, p. 1471; Züst, Die Mängelrechte des Mieters von Wohn- und Geschäftsräumen, thèse St-Gall, 2^e éd. Berne 1995, p. 297; critique : Usteri et alii, SVIT-Kommentar, n. 19 ad art. 259g, pp. 350s. qui souhaitent une modification de la loi sur ce point.

¹⁵² TBx VD, R. SA c. N., 21 décembre 1995 : (odeurs d'égouts dans un restaurant; pièces établissant les sérieuses difficultés financières que la consignation lui cause déposées par la bailleuse en procédure d'appel : "l'intérêt du locataire, qui est d'exercer une pression sur sa bailleuse, ne justifie pas que la consignation mène la bailleuse à la faillite"; admission partielle).

¹⁵³ Pdt TBx VD, S. c. L. SA, 12 novembre 1997, époux J. c. I. SA et cons., 10 décembre 2001, B. c. S. SA, 28 janvier 2002.

¹⁵⁴ Pdt TBx VD, H. SA c. R., 22 juillet 1997.

¹⁵⁵ Pdt TBx VD, SI C. SA c. P. et cons., 30 mai 2000 (absence de serrure tri-bloc).

¹⁵⁶ Pdt TBx VD, U. SA c. R., 17 décembre 1998 (voisin jouant de la batterie; défaut jugé réparable; bailleuse, banque de la place, invoquant que le fait qu'elle ne pouvait pas percevoir d'intérêts sur le montant consigné lui causait un préjudice irréparable; rejet); Pdt TBx VD, Caisse de pension M. c. C. et cons., 5 octobre 2001 (bruits de compresseurs et de caddies; rejet car pas d'élément pouvant permettre de déduire que la consignation causerait un préjudice difficilement réparable à la bailleuse).

¹⁵⁷ TBx VD, W. c. G. et cons., 5 février 2002 (en appel, l'assurance W. fait valoir que l'exigence de vraisemblance d'un dommage difficile à réparer serait contraire à l'art. 8 Cst. féd. qui garantit l'égalité devant et dans la loi, puisqu'elle traiterait différemment un "petit propriétaire" d'un "grand"; argument écarté, en étant précisé que, quand la réglementation sur ce point leur appartient, les cantons sont libres de prévoir que le besoin de protection s'accompagne de l'exigence d'un dommage difficilement réparable, ce que la plupart ont fait).

De fait, depuis dix ans, le Tribunal des baux vaudois n'a accepté qu'à quatre reprises de libérer tout ou partie du loyer consigné (sur des dizaines de requêtes)¹⁵⁸.

A Genève, la pratique est sur le principe similaire, et nombreuses sont les décisions rejetant la requête de mesures provisionnelles tendant à la libération des loyers consignés au motif que le requérant n'a pas rendu vraisemblable que la consignation était susceptible de porter atteinte à son intégrité économique, mettre sa situation financière ou son existence en péril ou lui causer de toute autre manière un dommage difficilement réparable¹⁵⁹. Pourtant, quelques ordonnances libèrent partiellement le loyer en faveur du bailleur sans examiner la condition de l'urgence¹⁶⁰. Pour sanctionner ces pratiques, la Cour de justice a résumé ainsi les exigences qui s'imposent au juge : "Le droit fédéral ne s'oppose pas à ce que la consignation soit levée par le biais de mesures provisionnelles. Le risque existe cependant que la faculté du locataire de consigner son loyer soit entravée par un recours systématique du bailleur à ce type de mesures. Par conséquent, une requête en ce sens ne doit être admise que de manière restrictive par le juge, qui ne doit pas perdre de vue l'avantage procédural que le législateur a voulu accorder au locataire. Ainsi, il se justifie de limiter la portée de cette mesure à la période durant laquelle sa poursuite semble difficilement tolérable par le bailleur, en application des principes de nécessité, de proportionnalité et de subsidiarité, déduits de la condition du dommage difficile à réparer"¹⁶¹.

A Zurich, un arrêt du Kassassionsgericht du 6 juillet 1998 a fait date en la matière¹⁶². Durant la procédure devant le Mietgericht de Meilen, un bailleur a requis des mesures provisionnelles tendant à la levée partielle de la consignation. Sa requête a été admise au motif, notamment, que la consignation lui causait un dommage difficilement réparable. Sur recours du locataire à l'Obergericht de Zurich, l'ordonnance a été confirmée; toutefois, à la différence du Mietgericht, l'Obergericht n'a pas examiné l'existence d'un dommage difficilement réparable, considérant que l'art. 274f al. 2 CO ne soumettait pas l'octroi des mesures provisionnelles à cette condition¹⁶³. Le locataire a alors recouru en nullité auprès du Kassassionsgericht de Zurich, en faisant valoir que le § 110 al. 1^{er} ZPO, qui exige que le requérant aux mesures provisionnelles soit menacé d'un dommage difficilement réparable, a été violé. Sans trancher la question de savoir si cette condition du dommage difficilement réparable est implicitement contenue dans l'art. 274f al. 2 CO (comme principe de droit fédéral non écrit) ou découle directement du droit cantonal de procédure (le § 110 al. 1^{er} ZPO), la cour de cassation considère qu'elle s'impose et

¹⁵⁸ Pdt TBx VD, P. et cons. c. W., 27 novembre 2003 (abus de droit du fait que le défaut était réparé et que locataire ne consignait plus que par chicane; libération totale ordonnée en faveur du bailleur), R. SA c. N., 21 décembre 1995, D. c. B., 7 mai 1997, S. c. S., 15 juin 1999 (pas de déconsignation des loyers déjà consignés car les comptes produits par la requérante ne rendent pas vraisemblable qu'elle serait dans l'impossibilité de payer ses dettes, mais admis que pour les loyers futurs l'intimé ne soit plus autorisé qu'à consigner le 60 % de son loyer, dès lors qu'il est vraisemblable qu'à l'avenir la requérante rencontrera effectivement de sérieuses difficultés financières du fait de la consignation).

¹⁵⁹ Cf. par ex. TBL, no 1249/2003, 21 août 2003, no 995/2002, 27 juin 2002, no 1540/2002, 24 octobre 2002, no 453/2001, 23 mars 2001, no 465/2000, 9 mars 2000, no 1246/1999, 15 juillet 1999, no 1511/1997, 20 octobre 1997.

¹⁶⁰ TBL, 1218/2000, 18 juillet 2000, no 181/2002, 8 février 2002 (réduction de loyer requise de 15 %), no 982/2002, 26 juin 2002 (apparemment pas de défaut).

¹⁶¹ Cf. ACJ, no 132, 10 février 2003.

¹⁶² KG ZH, D. S. c. B.R., 6 juillet 1998, in PJA 1998, pp. 1517 ss (suivi d'une note de Higi qui en critique la motivation).

¹⁶³ Cette décision de l'Obergericht, du 27 février 1997, a été publiée in Mietrecht Aktuell 2/97, pp. 86 s. Dans la foulée de cette décision, et avant qu'elle ne soit annulée par le Kassassionsgericht, les auteurs de l'édition de 1998 du SVIT-Kommentar ont posé comme principe que le bailleur peut solliciter la levée de la consignation à titre provisionnel, lorsque les montants consignés sont sans rapport avec le coût des réparations ou avec les éventuelles autres prétentions du locataire (réduction de loyer, dommages-intérêts, etc.) (op. cit., n. 14 ad art. 259h, p. 362).

que le recours doit être admis (dans le premier cas, il y aurait eu violation du droit fédéral et dans le second violation du droit cantonal).

Ainsi, la jurisprudence la plus récente des trois cantons de Vaud, Genève et Zurich est uniforme : il faut en tous cas que le requérant rende vraisemblable que la consignation lui cause un préjudice difficilement réparable.

Dans un arrêt récent rendu sur recours de droit public¹⁶⁴, le Tribunal fédéral a malheureusement donné à penser que la solution de l'Obergericht zurichois devait s'appliquer. Saisi d'un recours en réforme converti en recours de droit public, le Tribunal fédéral a examiné si une ordonnance de mesures provisionnelles fribourgeoise ordonnant la libération d'une partie du loyer consigné en faveur du bailleur - au motif que l'équilibre du rapport contractuel était mis en péril -, était arbitraire. Il a répondu à cette question par la négative. Alors qu'il aurait dû en rester là, et se contenter de dire que la motivation formulée n'était pas insoutenable et que la décision n'apparaissait pas arbitraire dans son résultat, le Tribunal fédéral a, à notre avis, outrepassé son pouvoir d'examen. Non seulement il a énoncé des conditions matérielles à l'octroi de mesures provisionnelles que ni le droit fédéral ni le droit de procédure fribourgeois¹⁶⁵ ne prévoient expressément - la disproportion entre le montant consigné et les prétentions du locataire ou la menace à l'équilibre du rapport contractuel -, mais laissé entendre qu'il s'agirait non seulement de conditions nécessaires mais aussi suffisantes¹⁶⁶.

Or, le juge des mesures provisionnelles n'a pas pour fonction de rétablir l'équilibre contractuel, mais d'appliquer les conditions posées par la loi, en particulier celle relative au dommage difficilement réparable, que celle-ci soit l'expression d'un principe de droit fédéral non écrit ou découle du droit cantonal de procédure. Ce n'est que quand ces conditions sont remplies qu'il examinera le cas échéant, dans le cadre de la mesure à prendre, laquelle est la plus appropriée eu égard aux intérêts en présence.

§ 8 L'interdiction des travaux de rénovation ou de modification de la chose louée : art. 260 CO

Le locataire doit accepter que la chose louée soit rénovée par le bailleur lorsque, cumulativement, le bail n'a pas été résilié et que les travaux peuvent raisonnablement lui être imposés (art. 260 al. 1^{er} CO).

Il est admis qu'à titre conservatoire, le juge puisse interdire au bailleur d'entreprendre ou de poursuivre de tels travaux, si les conditions mises aux mesures provisionnelles sont remplies. Cette interdiction fait souvent même l'objet de décision d'extrême urgence¹⁶⁷.

Le cas le plus simple est celui qui se présente lorsque le contrat de bail a été résilié. Dans cette hypothèse, si les travaux en cause sont bien de rénovation ou de modification de la chose, le locataire a

¹⁶⁴ TF, 1ère Cour civile, époux A. c. Société coopérative B., 3 juin 2003 (4C.35/2003).

¹⁶⁵ Cf. l'art. 367 al. 1^{er} lit. b CPC/FR qui prévoit la condition du dommage difficile à réparer. Esseiva et Maillard en font du reste une condition "sine qua non" de la protection provisionnelle (op. cit., p. 297).

¹⁶⁶ "Dans ces circonstances, il apparaît nécessaire que le juge puisse intervenir, par le biais de mesures provisionnelles, sur le montant déjà consigné en cas de disproportion entre celui-ci et les prétentions financières du locataire. Il ne s'agit pas de préjuger du bien-fondé de l'action du locataire ou de le priver d'un moyen de pression, mais de permettre au rapport contractuel de fonctionner durant l'instance si son équilibre est menacé (c. 2.4 i.f.; souligné par le réd.)."

¹⁶⁷ Pour un cas d'application dans le canton de St-Gall, cf. mp 4/94, p. 190.

vraisemblablement le droit de s'y opposer¹⁶⁸. Peu importe que la résiliation émane du bailleur ou du locataire, sauf abus de droit du locataire¹⁶⁹.

Quant à la condition que les travaux puissent raisonnablement être imposés au locataire, elle appelle une pesée des intérêts et l'appréciation d'un ensemble de circonstances difficiles à résumer¹⁷⁰. Quoiqu'il en soit, plus les travaux seront importants et la part d'entretien faible, et plus ils seront imminents, et plus la requête provisoire en interdiction aura des chances de succès¹⁷¹. Il en va de même de travaux qui ont pour effet de priver le locataire d'une partie de la surface de son appartement¹⁷². Enfin, si le bailleur de locaux commerciaux a négligé d'informer le locataire de la date et de la planification de travaux importants, plaçant celui-ci dans l'impossibilité de prendre ses dispositions pour assurer néanmoins la poursuite de ses activités commerciales, la requête sera aussi accueillie à titre provisionnel¹⁷³.

L'octroi d'une interdiction suppose cependant que les travaux soient susceptibles de causer au requérant un préjudice irréparable¹⁷⁴.

§ 9 L'annotation du bail : art. 261b CO

Un bail à loyer immobilier peut être annoté au registre foncier (art. 261b al. 1^{er} CO). L'annotation doit être prévue par écrit, car l'inscription ne peut avoir lieu qu'au vu d'une pièce justificative (art. 71 ORF). Dans la mesure où l'annotation oblige tout nouveau propriétaire ou tout acquéreur d'un droit réel restreint à laisser au locataire l'usage de l'immeuble en conformité au bail (art. 261b al. 2 CO), elle a pour effet de renforcer la position du locataire.

La réquisition d'annotation doit émaner du bailleur. Si le bailleur s'oppose à l'annotation convenue ou refuse de la requérir, le locataire peut saisir le juge (art. 665 al. 1^{er} CC)¹⁷⁵. Dans le canton de Vaud, il peut requérir une protection provisionnelle en demandant une annotation provisoire pour la durée du procès.

¹⁶⁸ Juge I du district de Sion, P. c. M., 1^{er} septembre 2000 (ordonnance interdisant au bailleur, qui avait résilié le contrat de bail du locataire requérant, d'entreprendre tous travaux de rénovation de façade et de charpente sur l'immeuble, sous la menace des peines prévues à l'art. 292 CP; ordonnance maintenue par la Cour de cassation civile du TC VS le 6 février 2001); Pdt TBx VD, C. et cons. c. SI C. SA, 20 août 1993 (interdiction, sous la même menace, de poursuivre tous travaux intérieurs relatifs à la pose de colonne de chute ou d'autres canalisations, les conditions n'étant pas remplies pour imposer ces travaux aux locataires, d'autant que le baux ont été résiliés par la bailleuse); Pdt TBx VD, K. c. S. SA, 18 juin 2001 (ordonnance confirmée en appel le 30 octobre 2001).

¹⁶⁹ Pdt TBx VD, G. et cons. c. A., 8 mars 2004 (locataire résiliant exprès son contrat pour faire échec à des travaux au demeurant de peu d'importance; cas d'abus de droit retenu).

¹⁷⁰ Pour une énumération récente, cf. TF, Ière Cour civile, A. c. B. et C., 3 mars 2003 (4C.382/2002) et Pdt TBx VD, B. et cons. c. D., 19 janvier 2001.

¹⁷¹ Pdt TBx VD, B. et cons. c. D., 22 mai 2000 (interdiction; pas de sûretés car le bailleur n'a pas rendu vraisemblable que la mesure risque de lui causer un dommage); Pdt TBx VD, M. c. A., 26 septembre 2002 (pas d'interdiction car travaux d'entretien).

¹⁷² Pdt TBx VD, C. c. SI P. SA, 26 juin 1991 (travaux privant le locataire du tiers de la surface; en dépit du fait que leur exécution a été suspendue, l'interdiction est prononcée, sous la menace des peines de l'art. 292 CP, car il y a un risque qu'elle reprenne).

¹⁷³ Pdt TBx VD, C. SA c. M., 19 septembre 2000.

¹⁷⁴ TBL, no 976/1997, 3 juillet 1997 (requête tendant à ce que les travaux se déroulent à certaines heures de la journée; rejet car fin de ceux-ci imminente), no 209/2000, 8 février 2000, et no 908/2003, 3 juin 2003.

¹⁷⁵ Higi, op. cit., n. 5 ss ad art. 261b, pp. 649 ss.

Le cas habituel concerne un locataire qui, apprenant que son bailleur à l'intention de vendre l'immeuble, se rappelle que le contrat de bail prévoit son annotation. Le bailleur, estimant que l'annotation aura pour effet de rendre la vente plus difficile ou de diminuer le prix de l'immeuble, refuse de procéder à la réquisition d'annotation. Dans ce cas, si la vente est imminente, la requête de mesures provisionnelles est admise¹⁷⁶. Si les parties ont évoqué oralement l'annotation du bail lors des pourparlers, mais qu'aucune promesse n'a été faite ni aucun écrit signé, le bien-fondé du droit du requérant n'est pas rendu vraisemblable, si bien que celui-ci doit être débouté¹⁷⁷.

Vu la teneur des art. 959 et 961 CC et celle des lois de procédure cantonales, il y a tout lieu de penser que de telles mesures pourraient être prononcées ailleurs que dans le canton de Vaud.

§ 10 La restitution de la chose louée à la fin du bail : art. 267 CO

1. Disparité des jurisprudences cantonales

En vertu de l'art. 267 al. 1^{er} CO, le locataire doit, à la fin du bail, restituer la chose louée dans l'état qui résulte d'un usage conforme au contrat. S'il refuse de quitter spontanément les lieux, le bailleur peut déposer contre le locataire¹⁷⁸ une action en restitution de la chose louée (action en expulsion ou en déguerpissement).

Vu la durée probable de cette procédure, due notamment au fait qu'il doit saisir au préalable l'autorité de conciliation, le bailleur peut, dans certains cantons (Jura¹⁷⁹ et Vaud, notamment) requérir du juge des mesures provisionnelles tendant à ce que l'objet loué lui soit restitué. Cette restitution suppose cependant que les conditions posées à l'octroi des mesures provisionnelles soient remplies.

Dans le canton de Genève, de telles mesures ne sont en principe pas octroyées¹⁸⁰.

En Valais non plus, du moins depuis l'entrée en vigueur du nouveau Code de procédure civile de 1998. Les magistrats valaisans suivent sur ce point l'avis de Ducrot, pour lequel la procédure d'expulsion du locataire ou du fermier, prévue à l'art. 282 lit. a CPC/VS, doit suivre la procédure sommaire atypique (ou étendue), et non la procédure sommaire typique (ou simple) réservée en particulier aux mesures provisionnelles, au motif que, dans la mesure où le juge statue définitivement, il ne peut pas se contenter de la vraisemblance (art. 287 al. 2 CPC/VS : "Si le juge statue définitivement sur une prétention, la décision doit être rendue à l'issue d'une procédure probatoire complète")¹⁸¹. Dans les

¹⁷⁶ Pdt TBx VD, N. c. S. SA, 19 novembre 1986, C. c. C., 1^{er} septembre 1987, et C. c. G., 4 juillet 1988 (sous l'empire de l'art. 260 ancCO).

¹⁷⁷ Pdt TBx VD, N. c. B., 4 décembre 1995.

¹⁷⁸ Non pas contre le sous-locataire, contre lequel le bailleur peut exercer l'action en revendication (art. 641 al. 2 CO) s'il est aussi propriétaire de la chose (cf. arrêt du TC FR du 1^{er} septembre 2003, in *Revue fribourgeoise de jurisprudence* (RFJ) 2003, pp. 232 ss).

¹⁷⁹ Arrêt du TC JU, J.P. c. B. SA, 3 août 1994, in *Revue jurassienne de jurisprudence* 3/94, pp. 257 ss, 261; Tribunal de première instance, Pdt TBx, M. c. D., 30 mars 2001.

¹⁸⁰ Une exception, tout à fait isolée : TBL, no 1728/2002, 20 novembre 2002 (défense faite au locataire de se maintenir dans les lieux; "quoique la mesure ordonnée représente une exécution anticipée ... celle-ci se justifie, compte tenu des intérêts en présence"; urgence du fait que l'exécution de la décision d'évacuation prendra du temps).

¹⁸¹ Ducrot, *Droit judiciaire*, p. 411; *Revue valaisanne de jurisprudence* 2003, pp. 240 ss, 241; Juge I du district de Sierre, B. et cons. c. époux S., 15 mars 2004, et M. c. A., 6 mai 2003; Juge I des districts de Martigny et St-Maurice, X. et Y. c. époux Z., 28 novembre 2003, et X., Y., et Z. c. W., 9 octobre 2002.

cantons de Fribourg et Neuchâtel, la pratique exclut semble-t-il également de prononcer l'expulsion du locataire à titre provisionnel¹⁸².

2. Critique

Une évolution s'est produite sur ce point dans la législation et la jurisprudence de certains cantons, apparemment sous l'influence de plusieurs arrêts du Tribunal fédéral rendus à propos de l'art. 274g CO¹⁸³, qui prévoient en substance que le juge de l'expulsion doit statuer avec un plein pouvoir d'examen, en fait et en droit, sur la question de la validité du congé lorsque celle-ci est contestée. Certains prêtent à ces arrêts une portée générale, ou du moins en déduisent que le juge de l'expulsion ne peut pas à titre provisionnel, avec un pouvoir d'examen limité, ordonner la restitution de la chose louée.

Ils perdent toutefois de vue que ces arrêts n'ont pas une portée générale, mais au contraire que celle-ci est doublement restreinte.

Premièrement, ils n'instaurent de règles fédérales sur l'expulsion du locataire que dans les cas où les conditions suivantes sont cumulativement remplies :

- le bailleur a notifié un congé extraordinaire (soit les résiliations anticipées des art. 257d, 257f al. 3 et 4, 266g et 266h CO);
- le bailleur a engagé contre le locataire une procédure d'expulsion (sur le fond);
- parallèlement (avant ou après), le locataire a saisi dans les 30 jours (art. 273 al. 1^{er} et 2 lit. a CO) l'autorité de conciliation d'une requête tendant à l'annulation du congé anticipé (art. 271 à 271a CO) ou/et à la prolongation du bail (art. 272 ss CO) en cas de congé pour justes motifs (art. 266g CO).

Ces conditions réunies, l'autorité de conciliation ou le juge, selon l'avancement de la procédure, doit transmettre la requête du locataire au juge de l'expulsion (art. 274g al. 3 CO) qui, préjudiciellement au prononcé d'expulsion, statue sur la validité du congé, sur son annulation éventuelle et/ou sur l'octroi d'une prolongation de bail (art. 274g al. 2 et 266g CO); dans ce cadre, le juge dispose d'un plein pouvoir d'examen, en fait et en droit, que les règles cantonales ne peuvent restreindre¹⁸⁴. C'est dire que, dans tous les autres cas où l'art. 274g CO ne s'applique pas, la procédure d'expulsion est exhaustivement réglée par le droit cantonal de procédure¹⁸⁵.

Deuxièmement, même dans l'hypothèse où l'art. 274g CO s'applique, les arrêts du Tribunal fédéral en cause n'empêchent à notre avis pas le juge de prononcer l'expulsion par la voie des mesures provisionnelles. En effet, ces arrêts ont pour unique but de réglementer les procédures d'expulsion cantonales en vertu desquelles le juge de l'expulsion statue définitivement sur l'annulation du congé et/ou la prolongation du bail. L'idée est que, dès lors que le juge tranche définitivement et avec autorité de la chose jugée une prétention de droit fédéral (celle déduite des art. 271 ss CO), sa décision doit

¹⁸² Terrapon, op. cit., pp. 217 ss; RFJ, 2003, pp. 232 ss; Revue neuchâteloise de jurisprudence, 1999, pp. 78 ss.

¹⁸³ TF, in SJ 1997, 538, DB 1998, p. 31 avec note de Vries Reilingh; ATF 122 III 92, JT 1996 I 595, DB 1997, p. 34 avec note Knoepfler; ATF 119 II 241 (fr.), SJ 1993, p. 545, DB 1993, p. 32 et CdB 1994, p. 13; ATF 119 II 141, JT 1994 I 220; ATF 118 II 302, JT 1993 I 566; ATF 117 II 554, JT 1992 I 601; cf. sur ces questions : Hohl, L'expulsion de locataires de baux d'habitations et de locaux commerciaux (Expulsion), in RFJ 1997, pp. 43 ss.

¹⁸⁴ ATF 122 III 92, c. 2 et les réf. cit.

¹⁸⁵ Lachat, Commentaire, n. 5 à 7 ad art. 274g CO, qui énumère ces cas.

nécessairement reposer sur un examen exhaustif des faits et du droit¹⁸⁶. Or, les mesures provisionnelles, par essence, ne sont pas destinées à trancher définitivement et avec autorité de la chose jugée le droit à la restitution de la chose louée, mais à permettre une intervention rapide du juge lorsque sans l'aide immédiate de celui-ci l'une des parties serait menacée d'un préjudice difficilement réparable; elles peuvent être rapportées et doivent être validées par une procédure au fond qui, elle, se terminera par une décision définitive et revêtue de l'autorité de chose jugée. Ces mesures ne sauraient dès lors être visées par la jurisprudence rendue à propos de l'art. 274g CO.

En définitive, les mesures provisionnelles tendant à la restitution de la chose louée ne peuvent à notre avis pas être exclues a priori sur la base de cette jurisprudence. Bien plus, en vertu de l'art. 274f al. 2 CO et de l'arrêt du Tribunal fédéral publié aux ATF 125 III 451 dont la portée a été relevée plus haut¹⁸⁷, de telles mesures doivent être admises par les juridictions cantonales, sauf à violer le droit fédéral.

Dans cette mesure, il n'est pas inutile d'exposer la pratique vaudoise en la matière, qui devrait à tout le moins s'appliquer aux cas ne relevant pas de l'art. 274g CO.

3. Les conditions d'octroi

Vu les conséquences graves de ces mesures sur le locataire et le fait qu'elles ont pour conséquence pratique d'allouer au bailleur requérant une exécution anticipée quasiment définitive de son droit¹⁸⁸, l'examen de ces conditions est soumis à un "examen très attentif"¹⁸⁹, la vraisemblance devant être "haute"¹⁹⁰ ou "confiner à la certitude"¹⁹¹. Leur octroi devrait donc rester "exceptionnel"¹⁹².

3.1 Apparence du droit

Il s'agit donc de faire un pronostic sur les chances de succès de la prétention au fond.

L'action en restitution de la chose louée ayant un fondement contractuel, son bien-fondé suppose qu'il y ait eu un contrat de bail entre les parties¹⁹³. En principe, le contrat de bail devrait avoir pris fin; la jurisprudence admet cependant que la requête peut être accueillie déjà avant l'échéance du contrat, s'il résulte du comportement du locataire que celui-ci ne quittera pas les lieux avant cette date¹⁹⁴.

Lorsque le locataire n'a pas (ou plus) de possibilité de contester le congé ou de demander une prolongation de bail, les chances de succès de l'action au fond sont très grandes. Il faut compter parmi ces hypothèses les cas suivants :

¹⁸⁶ ATF 117 II 554, c. 2d, JT 1992 I 604 s.; Hohl, Expulsion, p. 50.

¹⁸⁷ Cf. Partie I, § 3, ch. 2.

¹⁸⁸ Pdt TBx VD, P. et cons. c. G., 8 juillet 1986 : "Or l'expulsion d'une famille du logement dans lequel elle vit est une mesure d'une gravité telle que ses effets, pratiquement, ne sont pas que provisionnels en ce sens qu'ils ne se limitent pas à la durée de la procédure : dans les faits, elle équivaut d'ores et déjà à donner satisfaction à son bénéficiaire, tant il est vrai que le rappel de cette mesure, après son exécution, devrait être d'emblée considéré comme problématique, voire exclu dans les faits".

¹⁸⁹ Pdt TBx VD, R. c. P., 10 février 1983; Pdt TBx VD, C. c. J., 2 mai 1983.

¹⁹⁰ Pdt TBx VD, C. c. M. et cons., 19 mai 2000; Pdt TBx VD, U. SA c. C., 26 août 2002; Pdt TBx VD, C. c. T. et cons., 1^{er} novembre 2002.

¹⁹¹ Pdt TBx VD, C. c. P., 21 décembre 1984; Pdt TBx VD, P. et cons. c. P. et cons., 22 décembre 1989.

¹⁹² Pdt TBx VD, C. c. C., 25 novembre 1993.

¹⁹³ Pdt TBx VD, F. c. F. et cons., 2 mars 2000 (bail entre les parties simulé; rejet).

¹⁹⁴ Pdt TBx VD, F. c. S., 15 juillet 1986 (pas rendu vraisemblable que la locataire ne partira pas à la fin du bail; pas de dommage difficilement réparable; rejet). Cf. Hohl, Expulsion, p. 46 et les réf. cit.

- le contrat de bail est de durée déterminée - le contrat prenant fin sans congé à l'échéance de cette durée (art. 266 al. 1^{er} CO) –; aucune demande de prolongation n'a été faite au plus tard 60 jours avant son expiration (art. 273 al. 2 CO)¹⁹⁵;
- le contrat de bail est de durée indéterminée; il a été résilié pour l'échéance par le bailleur; la résiliation n'a pas été contestée par le locataire dans le délai de 30 jours de l'art. 273 al. 1^{er} CO; celui-ci n'a pas non plus demandé de prolongation du bail dans le même délai;
- le contrat de bail est de durée indéterminée; il a été résilié pour l'échéance par le locataire¹⁹⁶ ou celui-ci a avisé le bailleur qu'il restituerait les locaux de manière anticipée¹⁹⁷;
- les parties ont mis fin au contrat d'un commun accord par un contrat résolutoire¹⁹⁸;
- elles ont conclu un accord devant l'autorité de conciliation ou le juge stipulant une seule et unique prolongation ou une seconde prolongation du bail¹⁹⁹;
- l'autorité de conciliation ou le juge ont octroyé de manière définitive de telles prolongations²⁰⁰.

Dans les circonstances qui précèdent, il incombe au locataire qui l'invoque de rendre vraisemblable qu'il est au bénéfice d'un bail tacite conclu après l'échéance, que le bailleur a d'une autre manière renoncé au congé qu'il a signifié ou qu'il a adhéré au retrait du congé que le locataire a lui-même donné²⁰¹, ou encore que la transaction qu'il a conclue devant l'autorité de conciliation ou le juge est entachée d'un vice de la volonté²⁰².

Lorsque le contrat de bail n'a pas été résilié de manière anticipée par le bailleur, mais pour l'échéance, et que le locataire a sollicité dans le délai de l'art. 273 al. 1^{er} et 2 CO l'annulation de la résiliation et/ou une prolongation du bail, les effets du congé sont suspendus, et le locataire n'est pas obligé de libérer les locaux, même si l'échéance est dépassée²⁰³. Pour le condamner au stade provisionnel à restituer les locaux, il faudrait avoir la certitude que la procédure que le locataire a engagée au fond est vouée à l'échec, notamment qu'il ne bénéficiera d'aucune prolongation de bail.

Enfin, lorsque le contrat de bail a été résilié de manière anticipée par le bailleur, le juge doit examiner d'office – et non seulement si le locataire soulève cette objection - si le congé est inefficace, c'est-à-dire

¹⁹⁵ Il arrive cependant que, dans cette hypothèse, le locataire saisisse l'autorité de conciliation pour contester l'avis du bailleur lui rappelant la fin prochaine du bail et/ou lui indiquant la date de l'état des lieux de sortie, en l'interprétant comme un congé. Cf. Chambre des recours TC VD ad TBx VD, S. c. C., 19 janvier 2004 (bail conclu sous la condition résolutoire de travaux de transformation; dans ce cas, la prolongation est exclue selon l'art. 272a al. 1^{er} lit. d CO; jugement confirmé).

¹⁹⁶ Pdt TBx VD, A. c. S., 29 août 1996 (admission; urgence car un premier tiers avec lequel le bailleur avait conclu a rompu son bail et un second menace de le faire).

¹⁹⁷ Pdt TBx VD, C. c. R., 20 novembre 1997 (rejet car pas d'urgence).

¹⁹⁸ Pdt TBx VD, C. et cons. c. R., 6 février 1996 (admission; urgence, car le bailleur est exposé à une résiliation ou au paiement de dommages-intérêts de la part du nouveau locataire).

¹⁹⁹ Pdt TBx VD, D. et cons. c. R., 18 juin 1993.

²⁰⁰ Pdt TBx VD, U. SA c. C., 26 août 2002 (admission); Pdt TBx VD, W. c. K., 17 novembre 1993 (admission; urgence car rapports de voisinage très tendus, avec plaintes pénales).

²⁰¹ Congés donnés par le bailleur : Pdt TBx VD, C. et cons. c. B., 2 février 1988 (pas de révocation du congé par accord commun; pas de renouvellement tacite du bail; urgence retenue car retard dans les travaux); Pdt TBx VD, U. SA c. C., 26 août 2002 (pas de bail tacite car le bailleur a accusé réception des loyers à titre d'indemnités pour occupation illicite et a essayé sans désespérer de faire partir le locataire; urgence car vente à terme compromise); congés donnés par le locataire : Pdt TBx, B. c. L., 30 décembre 1997 (pas de retrait possible du congé); Pdt TBx VD, L. c. C. et cons., 1^{er} octobre 2001 (pas de bail tacite); Pdt TBx VD, A. c. S., 29 août 1996 (le sursis de quelques mois octroyé par le bailleur n'implique pas en soi une renonciation au congé ou une reconduction du bail).

²⁰² Pdt TBx VD, C. c. R., 16 juin 1999.

²⁰³ Pdt TBx VD, O. SA c. K., 25 janvier 1999. Signalons l'art. 428 LPC/GE qui prévoit que la demande reconventionnelle en évacuation n'est pas recevable lorsque la demande principale tend à la prolongation du bail.

si les conditions matérielles posées par la loi ou le contrat à son exercice sont remplies. Ainsi, par exemple, il devra examiner si les conditions de la résiliation anticipée pour violation par le locataire de son devoir de diligence sont remplies (cf. art. 257f al. 3 ou 4 CO)²⁰⁴.

3.2 Urgence

Le risque de préjudice encouru par le bailleur doit être difficilement réparable. Cette condition a été considérée comme réalisée si le locataire à qui un congé a été signifié pour ce motif est très violent, ou qu'il menace de mort ses voisins²⁰⁵. De même, si depuis plusieurs mois le locataire ne paie plus de loyer ni d'indemnités d'occupation illicite et que sa situation financière (chômage, dettes, insolvabilité) fait craindre que les montants qu'il doit à ce titre au bailleur ne pourront pas être récupérés²⁰⁶. Ou, dans les mêmes circonstances, lorsque le bailleur a, avant d'apprendre que les locaux ne seraient pas restitués, loué à un tiers qui menace de résilier ou de réclamer des dommages-intérêts²⁰⁷.

En revanche, elle n'est pas réalisée si le bailleur allègue vouloir faire des travaux d'envergure et qu'il n'a pas même sollicité les autorisations administratives nécessaires, ou si l'audience au fond est proche²⁰⁸.

§ 11 La suspension de la poursuite : art. 85a LP

Le débiteur poursuivi peut agir en tout temps au for de la poursuite pour faire constater que la dette n'existe pas ou plus, ou qu'un sursis a été accordé (art. 85a al. 1^{er} LP). Selon l'art. 85 al. 2 LP, dans la mesure où, après avoir d'entrée de cause entendu les parties et examiné les pièces produites, le juge estime que la demande est "très vraisemblablement fondée", il ordonne la suspension provisoire de la poursuite, à certaines conditions.

La suspension provisoire de la poursuite, au sens de l'art. 85a al. 2 LP, est assimilable à une mesure provisionnelle. Lorsque la créance en poursuite relève du droit du bail, une telle mesure provisionnelle entre dans celles envisagées à l'art. 274f al. 2 CO²⁰⁹. En principe, le for de cette action est celui de la poursuite (cf. art. 46 ss LP)²¹⁰.

La simple vraisemblance ne suffit pas, puisque la requête doit être très vraisemblablement fondée; afin de prévenir des actions abusives et des requêtes dilatoires, il se justifie d'être exigeant dans l'interprétation de la haute ou grande vraisemblance du bien-fondé de l'action; les chances de succès du requérant, débiteur poursuivi, doivent apparaître nettement meilleures que celles de sa partie

²⁰⁴ Pas rendu hautement vraisemblable dans les cas suivants : Pdt TBx VD, V. et cons. c. C. et cons., 27 juillet 2000 (état de saleté soi-disant repoussant), C. c. T. et cons., 1^{er} novembre 2002 (destination des locaux pour un usage autre que celui pour lequel ils ont été loués; tapage), S. c. F., 22 février 1994 (pas d'avertissement écrit), C. c. C., 25 novembre 1993 (incendie du container à ordures non imputable au locataire); admis dans les cas suivants : Pdt TBx VD, C. c. M. et cons., 19 mai 2000 (voies de fait contre un autre locataire; bagarre; comportement violent suffisamment grave pour justifier un congé immédiat au sens de l'art. 257f al. 4 CO; autres locataires terrorisés et menaçant de résilier), G. c. N., 20 octobre 1995 (tapage nocturne et injures; résiliation de bail d'autres locataires), H. c. D., 17 juin 1993 (idem).

²⁰⁵ Pdt TBx VD, S. c. S., 29 octobre 1999 (menaces de mort), SI T. SA c. K., 30 avril 1986 (violences ayant entraîné le départ de plusieurs locataires).

²⁰⁶ Pdt TBx VD, P. et cons. c. P. et cons., 22 décembre 1989.

²⁰⁷ Pdt TBx VD, B. c. L., 30 décembre 1997.

²⁰⁸ Pdt TBx VD, G. c. G., 11 octobre 1989 et S. c. B., 3 mai 2000.

²⁰⁹ Pdt TBx VD, T. c. R., 31 août 2000.

²¹⁰ Jeandin, Loi sur les fors et poursuite pour dettes et la faillite, in La loi sur les fors, op. cit., pp. 81 ss, 100, et les réf. cit.; Pdt TBx VD, ordonnance citée à la note précédente.

adverse; il faut que le juge, après un examen "prima facie" incline vraiment à partager le point de vue du requérant²¹¹.

Vu la teneur de l'art. 85a al. 2 LP, qui fait référence à l'audition des parties, la suspension ne peut pas être prononcée à titre préprovisionnel.

III. Conclusion et "de lege ferenda"

Afin de protéger les parties contre la durée de la procédure, le droit fédéral a prévu à l'art. 274f al. 2 CO que le juge peut ordonner des mesures provisionnelles et à l'art. 270e lit. b CO que, durant la procédure de contestation de loyer, le juge peut modifier le contrat de bail par mesures provisionnelles. Ce faisant, le législateur fédéral a imposé aux cantons d'assurer à titre provisionnel la protection des droits conférés au bailleur et au locataire par le droit du bail à loyer, et de confier cette tâche à un juge et non pas à l'autorité de conciliation.

L'examen de la jurisprudence cantonale montre que dans l'ensemble cette protection est assurée, à des conditions similaires (urgence/dommage difficilement réparable). Même si certains cantons comme Genève restent plus réticents que d'autres à ordonner des mesures obligeant à fournir une prestation (par exemple la délivrance de l'objet loué), aucun ne l'exclut sur le principe, obéissant sur ce point à la jurisprudence fédérale publiée aux ATF 125 III 451. On constate cependant une exception notable : la restitution de la chose louée qu'il ne semble pas possible d'obtenir à titre provisionnel dans certains cantons, ce sous l'influence d'une interprétation trop extensive de la jurisprudence rendue par le Tribunal fédéral à propos de l'art. 274g CO.

L'avant-projet de la commission d'experts de loi fédérale sur la procédure civile (PCS) ne prévoit pas d'établir une liste exhaustive des mesures provisionnelles ni d'abroger les art. 274f al. 2 et 270e lit. b CO; en revanche, la condition de la menace d'un dommage difficilement réparable s'imposerait comme du droit fédéral (art. 275 al. 1^{er} PCS).

²¹¹ Cf. par ex. Pdt TBx VD, T. c. R., 31 août 2000, et les réf. cit. (débitéur poursuivi, menacé d'une saisie, requérant la suspension de la poursuite en paiement de loyer au motif qu'il n'est pas titulaire du bail, qu'il aurait signé en tant qu'administrateur d'une SA; rejet car échec de la preuve de la très grande vraisemblance de l'inexistence ou de l'inexigibilité de la créance de loyer); Pdt TBx VD, 6 janvier 1999 (affaire similaire, le débiteur poursuivi prétendant qu'il n'est pas l'auteur de la signature au pied du bail; admission); Pdt TBx VD, V. c. SI T. SA, 3 mars 1998 (congé pour non-paiement du loyer; neuf mois après l'état des lieux de sortie, bailleresse réclamant des dommages-intérêts; poursuite en paiement de vingt-deux mois de loyer à titre de dommages-intérêts; suspension admise car le principe ni l'étendue d'une créance en dommages-intérêts ne paraît incontestable (remise de dette; obligation de diminuer le dommage; compensation) et le prononcé de faillite est imminent).