

LOGEMENT ET FAMILLE

par

Pierre - A. WESSNER,  
professeur à l'Université de Neuchâtel

Table des matières

<u>Première partie</u>	: <u>La participation des époux au bail</u>
§ 1	: La conclusion du bail : priorité au mari
§ 2	: Le bail conclu par la femme mariée
§ 3	: Le bail conclu par les deux époux
§ 4	: Le bail cosigné par un époux
<u>Deuxième partie</u>	: <u>Les incidences conjugales du bail</u>
§ 5	: L'exercice des droits et obligations : la logique contractuelle
§ 6	: Les tempéraments
§ 7	: Le paiement du loyer
§ 8	: Le bail conclu par les deux époux : les effets
<u>Troisième partie</u>	: <u>L'union conjugale en crise</u>
§ 9	: Introduction
§ 10	: La suspension de la vie commune
§ 11	: Le divorce et la séparation de corps
§ 12	: Le décès d'un époux

Première partie : La participation des époux au bail

§ 1. La conclusion du bail : priorité au mari

1. Le bail familial : un besoin "non courant" du ménage

Chaque époux peut en principe conclure des contrats avec des tiers. Cela vaut pour le bail. Le législateur n'a pas subordonné la validité de ce contrat au consentement du conjoint du preneur, comme il l'a fait ailleurs (art. 226b al. 1er, 494 al. 1er CO). La réglementation sur la représentation du mariage apporte des tempéraments au principe (art. 162 ss CC).

Les époux sont l'un et l'autre habilités à représenter l'union conjugale. Dans le droit actuel, leurs pouvoirs sont inégaux : la femme n'a qu'un pouvoir ordinaire, limité aux besoins courants (art. 163 CC). Et les effets des actes accomplis à ce titre sont différents pour chaque conjoint.

Si la location du logement de la famille vise à l'évidence un besoin du ménage, il ne s'agit pas d'un "besoin courant", au sens de l'article 163 al. 1er CC (Egger, n. 6 ad art. 163 CC; Lemp, n. 7 et 8 ad art. 163 CC; Schmid, n. 24 ad art. 253 CO; OG ZH, 7 décembre 1923, RSJ 1927/28, p. 218 No 196; CJ GE, 20 novembre 1936, SJ 1937, p. 278).

En d'autres termes, la conclusion du bail familial ressortit normalement au pouvoir de représentation octroyé au mari (art. 162 al. 1er CC). En vertu de son seul pouvoir ordinaire, la femme n'a pas qualité pour souscrire un tel engagement pour le compte de l'union conjugale.

## 2. La responsabilité pour les dettes résultant du bail

La location du logement de la famille par le mari donne lieu à des dettes contractées pour l'entretien du ménage commun. Quel que soit le régime matrimonial, l'époux s'oblige à titre primaire (art. 162 al. 1er, 206 ch. 2 et 3, 219 ch. 2 et 3, 243 al. 1er CC). L'épouse s'oblige à titre subsidiaire (art. 207 al. 2, 220 al. 2, 243 al. 3 CC). Cette responsabilité restreinte ne lui donne pas la qualité de partie au contrat (Deschenaux, p. 5; Lemp, n. 71, 73, 82-88 ad art. 207 CC; Reymond, p. 226; CJ GE, 20 novembre 1936, SJ 1937, p. 278).

Ce système de responsabilités différenciées implique qu'à la conclusion du bail, les époux fassent ménage commun (Lemp, n. 80 ad art. 207 CC).

Il suppose aussi que les dettes soient "contractées" pour la famille. On vise au premier chef le loyer et les charges accessoires, ainsi que les frais d'entretien de la demeure, y compris le coût des transformations et améliorations faites par le preneur (Lemp, n. 82 ad art. 207 CC; Knapp, p. 200). Mais, à notre sens, il ne s'agit pas des dettes résultant de l'inexécution du bail, comme les dommages-intérêts visés aux articles 261 al. 2 et 269 CO. Car de telles dettes ne sont pas vraiment "contractées"; elles naissent de la loi. Au surplus, elles ne tendent pas à satisfaire un "besoin de la famille", mais à compenser l'intérêt positif du bailleur à l'exécution du contrat (dans ce sens, Schmid A., *Schulden, die für den gemeinsamen Haushalt eingegangen wurden*, RSJ 1937/38, p. 337 s; contra : Lemp, n. 75 ad art. 207 CC; OG ZH, 13 octobre 1936, ZR 1937, p. 332 No 174).

§ 2. Le bail conclu par la femme mariée

1. La femme agit en vertu d'un pouvoir

a) Le principe

Comme "représentante ordinaire" de l'union conjugale, la femme n'a pas qualité pour conclure le bail familial. Elle ne peut le faire, à ce titre, qu'en vertu d'un pouvoir de représentation extraordinaire (art. 166 CC).

- Tel est le cas lorsque les circonstances l'y obligent, si le mari est absent ou malade (Egger, n. 8 ad art. 163 CC; Tuor/Schnyder, p. 170).
- Tel est le cas aussi quand le mari y consent (Egger, n. 2 ad art. 166 CC; Lemp, n. 2 ad art. 166 CC). Ce consentement peut être exprès ou tacite, donné après la conclusion du contrat, même par actes concludants, lorsque par exemple l'époux paie le loyer. C'est au bailleur de s'assurer de l'existence et de l'étendue du pouvoir de la femme (Lemp, n. 8 ad art. 166, n. 85 ad art. 207 CC).

b) Les effets

Il n'y a aucune difficulté quand la femme loue le logement au nom de son mari. L'époux s'oblige à titre principal, l'épouse à titre subsidiaire (Egger, n. 3 ad art. 166 CC; Lemp, n. 9 ad art. 166 CC).

Des problèmes surgissent lorsque la femme a conclu le bail en son propre nom. Une controverse divise la doctrine.

- Selon un courant minoritaire, le mari est preneur, en dépit de l'apparence. On invoque la norme prioritaire contenue à l'article 160 al. 2 CC (Egger, n. 6 ad art. 163 CC).

- Suivant la majorité des auteurs, la femme est seule partie au bail, mais elle ne répond en principe que subsidiairement des dettes contractuelles (Schmid, n. 24 ad art. 253 CO; Sprenger, p. 40). On en déduit que la validité du bail n'est pas subordonnée à l'approbation de l'autorité tutélaire (art. 177 al. 3 CC; Schmid, n. 22 ad art. 253 CO; OG ZH, 7 décembre 1923, RSJ 1927/28, p. 218 No 197).

Lemp. partage cet avis (n. 71 ad art. 177, n. 74 et 87 ad art. 207 CC). Il souligne pourtant que rien n'empêche la femme d'assumer conventionnellement une responsabilité primaire pour des actes qui, comme le bail familial, touchent le ménage commun. Le loyer et les autres dépenses contractuelles seraient alors des "*dettes générales faites avec le consentement du mari*" (art. 207 al. 1er ch. 2 et 220 al. 1er ch. 2 CC; dans ce sens, OG ZH, 7 décembre 1923, RSJ 1927/28, p. 218 No 196). Ce consentement n'est pas une condition de validité de l'acte. Il ne fait pas non plus entrer le mari dans le contrat. Il a seulement pour effet d'étendre la garantie des biens réservés à l'ensemble du patrimoine de la femme, éventuellement aux biens communs (Knapp, p. 184; von Tuhr, p. 681).

Selon nous, l'opinion d'Egger contredit les principes qui régissent la capacité reconnue à la femme mariée de faire des actes juridiques. Au surplus, l'article 160 al. 2 CC n'a qu'une portée interne, dans les rapports entre époux (Hasenböhler, p. 14 n. 14). Il n'empêche qu'en l'état actuel de la législation, la conclusion du bail familial par et au nom de la femme mariée a quelque chose d'atypique en cas de ménage commun.

## 2. La femme agit sans pouvoir

Si l'épouse loue le logement de la famille sans le consentement de son mari, en excédant son droit de représenter l'union conjugale, le contrat est valable, mais il n'engage pas l'époux. La femme s'oblige seule. Dans les régimes de l'union et de la communauté de biens, elle ne répond que sur la valeur de ses biens réservés (art. 208 al. 1er ch. 3, 221 al. 1er ch. 3; Lemp, n. 71 ad art. 207 CC; TC VD, 10 avril 1922, JT 1922 III 52).

Tout au plus admet-on la responsabilité primaire du mari quand le bailleur ne pouvait savoir que la femme outrepassait son pouvoir de représentation (Lemp, n. 87 ad art. 207 CC; Knapp, p. 201 ss).

## 3. Le bail conclu par la femme avant le mariage

Si la femme célibataire a loué un appartement qui sert, après le mariage, au logement de la famille, elle reste preneur (Lemp, n. 6 ad art. 207 CC; Sprenger, p. 40 s; contra : Egger, n. 6 ad art. 163 CC). A l'égard du bailleur, elle répond des dettes du bail sur tous ses biens (art. 207 al. 1er ch. 2, 220 al. 1er ch. 2, 243 al. 3 CC; Lemp, n. 4 ad art. 163, n. 6 ad art. 207 CC; Brosset, p. 3; CJ GE, 7 juillet 1933, SJ 1934, p. 329).

## § 3. Le bail conclu par les deux époux

### 1. La cotitularité du bail

Les époux sont habilités à louer ensemble un appartement ou une maison. Le cas échéant, ils sont copreneurs (Schmid, n. 20 ad art. 253 CO; Sprenger, p. 43). L'engagement de la femme ne constitue pas un acte d'intercession au sens de l'art. 177 al. 3 CC.

car elle a un intérêt propre à la conclusion du bail (Lemp, n. 67-71 ad art. 177 CC; OG ZH, 25 juin 1945, ZR 1945 p. 374 No 197a).

Dans certains cas, il est malaisé de déterminer la portée de la participation de la femme au contrat : constitue-t-elle un rapport de cotitularité ou seulement un engagement destiné à garantir l'exécution des obligations incombant au preneur, notamment le paiement du loyer ?

- La doctrine traditionnelle optait pour cette seconde solution, en présumant généralement la reprise de dette cumulative (cf. infra, § 4; Becker, n. 14 ad art. 143 CO; Oser/Schönenberger, n. 10 ad art. 143 CO).
- La doctrine moderne se montre plus nuancée. Dans le doute, il faut interpréter le contrat (art. 18 CO); autrement dit déterminer si, à sa conclusion, les parties ont voulu que les époux soient l'un et l'autre des locataires sur un pied d'égalité. Tel est le cas si l'offre ou l'acceptation de l'offre découlent de déclarations de volonté des deux conjoints, peu importe qu'elles soient faites simultanément ou en commun (Schmid, n. 20 et 21 ad art. 253 CO; Sprenger, p. 42 s; Hasenböhler, p. 14, 20 ss et 40 ss).

Les baux écrits facilitent l'interprétation. Si le contrat est au seul nom du mari et que la femme cosigne simplement l'acte, on ne saurait admettre un rapport de cotitularité. Il en va différemment si le nom et la signature des époux figurent sous la rubrique "locataire" ou "preneur", ou si d'autres expressions évoquent une participation paritaire ("Mme et M. X louent", "les époux X prennent à bail", "conjointement", "ensemble", "solidairement". Cf. Sprenger,

p. 43; Hasenböhler, p. 14; von Tuhr, p. 681 ss, notamment 688 n. 40). Dans ce cas, le bail est un contrat commun : le mari et la femme forment ensemble la partie locataire.

## 2. Les effets de la cotitularité : la solidarité

Les rapports contractuels mettant en cause plusieurs créanciers ou débiteurs sont en principe régis par le système des obligations partielles. La solidarité y déroge, mais elle ne se présume pas. Elle n'existe qu'en vertu d'une disposition légale ou d'une convention (art. 143 et 150 al. 1er CO).

Dans la réglementation du bail, le législateur n'a pas prévu la solidarité des copreneurs, comme il l'a fait dans d'autres contrats impliquant la remise durable d'une chose (art. 308 et 478 CO). Certains y voient une lacune (Schmid, n. 19 ad art. 253 CO). Peu importe : l'admission de la solidarité s'impose sans autre. Soit elle résulte de la volonté expresse des parties (emploi du terme "solidaire" ou d'une expression analogue). Soit elle découle, comme on l'admet, des circonstances : tel est le cas lorsqu'un logement est remis à l'usage d'époux colocataires (Becker, n. 1 ad art. 143 CO; Lemp, n. 74 ad art. 207 CC; Hasenböhler, p. 45 s; OG ZH, 29 juin 1945, ZR 1945 p. 374 No 197a).

## § 4. Le bail cosigné par un époux

### 1. Introduction

Si le mari ou la femme cosigne le bail conclu par son conjoint, sans être preneur, il est parfois difficile de déterminer le sens de cette participation. Il faut recourir à l'interprétation. On ne s'arrêtera pas forcément aux termes utilisés

("garantie", "accord", etc.), qui ne sont pas toujours révélateurs de la volonté des parties. Le contexte de la déclaration et les circonstances de la conclusion fournissent des éléments de réponse (Hasenböhler, p. 47 s; ATF 101 II 323, Wildberger).

Compte tenu de la situation différente des époux dans la représentation de l'union conjugale, la participation de l'un au bail conclu par l'autre ne développe pas toujours les mêmes effets. A cet égard, un rappel : on ne saurait voir dans la cosignature du conjoint un consentement nécessaire à la validité du contrat (cf. supra, § 1.1).

## 2. Le bail cosigné par le mari

En l'état actuel de la législation, la seule cosignature par le mari du bail conclu par sa femme n'a a priori de sens que par rapport à la représentation du mariage. Elle signifie que le mari autorise expressément son épouse à prendre un engagement qui dépasse les besoins courants du ménage (art. 166 CC). Le cas échéant, la femme loue le logement en son nom. Elle est locataire. Mais elle n'assume qu'une responsabilité subsidiaire pour les dettes contractuelles (cf. supra, § 2.1).

Rien n'empêche les parties d'attribuer une autre signification à l'intervention du mari, que ce soit son consentement à la responsabilité illimitée de la femme pour les dettes qu'elle contracte (cf. supra, § 2.1.b); que ce soit une déclaration de cautionnement, de porte-fort ou de reprise de dette cumulative. Encore faut-il que d'autres éléments permettent de conclure à l'une ou l'autre de ces solutions.

### 3. Le bail cosigné par la femme

Il arrive que la femme appose sa signature sur l'acte de bail conclu par son mari. On y voit généralement une reprise de dette cumulative (Schmid, n. 21 ad art. 253 CO; Hasenböhler, p. 50 ss). Elle n'est pas soumise à l'approbation de l'autorité tutélaire, vu l'intérêt de l'épouse à la contre-prestation (Lemp, n. 67-71 ad art. 177 CC; OG ZH, 25 juin 1945, ZR 1945 p. 374 No 197a).

L'engagement de la femme peut intervenir sans l'assentiment de son mari, voire contre sa volonté : il est indépendant. Il ne donne pas à l'épouse la qualité de partie au contrat, mais la rend coresponsable solidaire des dettes en résultant. Sa responsabilité n'est donc plus subsidiaire. Le bailleur en retire un avantage : il peut poursuivre la femme en paiement du loyer sans avoir à prouver l'insolvabilité du mari (Hasenböhler, p. 26 et 50 ss; von Tuhr, p. 687 ss).

## Deuxième partie : Les incidences conjugales du bail

### § 5. L'exercice des droits et obligations : la logique contractuelle

Dès sa conclusion, le bail fait naître des droits et obligations pour les parties. Si un seul époux est preneur, il en est le titulaire. Il est en principe auteur et destinataire des actes juridiques liés au contrat. Lui seul est ordinairement habilité à résilier, à demander une prolongation ou à contester le loyer. En contre-partie, il répond aussi à l'égard du propriétaire de la violation du contrat imputable aux membres de sa famille (art. 97 et 101 CO; ATF 103 II 330, A.).

Le conjoint n'a pas la qualité de preneur. Peu importe qu'il ait cosigné l'acte ou que, comme la femme, il réponde de certaines dettes à titre subsidiaire (von Tuhr, p. 688 s; Lemp, n. 96 ad art. 207 CC). Le Tribunal fédéral résume ainsi : le locataire *"n'est pas celui qui, à un titre quelconque, se sert de la chose (appartement), mais seulement celui auquel le bailleur s'est engagé à céder l'usage de cette chose et qui, en échange, s'est engagé lui-même à payer un loyer"* (ATF 23 septembre 1948, Curchod, in RSJ 1949 p. 291).

#### § 6. Les tempéraments

Malgré tout, la "destination conjugale" du logement répercute de multiples effets juridiques sur les rapports contractuels (Grossen, p. 107). Ainsi, dans le cas du bail conclu par le mari, la femme a une sorte de "statut locatif" :

- Elle a le droit d'occuper la demeure (art. 160 al. 2 CC; Hasenböhler, p. 21).
- Elle bénéficie, à titre personnel, de la protection assurée par l'article 186 CPS en cas de violation de domicile (ATF 104 IV 162, J.).
- Représentante ordinaire de l'union conjugale (art. 163 CC), elle peut sans autre intervenir pour assurer l'usage du logement conformément au contrat, qu'il s'agisse d'aviser le bailleur de défauts ou de commander des réparations courantes (Egger, n. 5 ad art. 163 CC; Keller, p. 72 s).
- Autorisée au sens de l'article 166 CC, elle est habilitée à faire des actes juridiques qui dépassent les besoins courants, notamment agir en prolongation ou résilier le bail (Egger, n. 8 ad art. 163 CC; Lemp, n. 3 ad art. 166 et n. 96 ad art. 207 CC).

Des obligations pèsent aussi sur la femme. La plus significative est la responsabilité subsidiaire qu'elle supporte pour le loyer (cf. supra, § 1.2; infra, § 7.2).

## § 7. Le paiement du loyer

### 1. La responsabilité primaire du mari

En principe, le preneur est débiteur du loyer. La règle souffre une dérogation dans l'exécution du bail familial. Quel que soit le régime matrimonial des époux, que le contrat ait été conclu par l'un ou par l'autre, le mari est tenu du paiement du loyer à titre primaire, la femme à titre subsidiaire. Sont réservés les cas où l'épouse a agi sans pouvoir ou en déclarant s'obliger à titre principal (cf. supra, § 2).

Le mari répond du loyer sur tous ses biens, éventuellement sur les biens communs en cas de communauté de biens (art. 206 ch. 2 et 3, 219 ch. 2 et 3, 243 al. 1er CC). S'il ne paie pas, la poursuite est d'abord dirigée contre lui seul. S'il fait opposition, le bail signé par son épouse vaut titre de mainlevée (Lemp, n. 17 ad art. 163 CC; ATF 75 I 1, Willimann).

Quant au droit de rétention, il s'étend aux biens mobiliers de la femme, à moins que le bailleur ait su qu'ils n'étaient pas la propriété du mari. C'est normalement à l'épouse d'en avertir le propriétaire (Becker, n. 6 ad art. 273 CO; Schmid, n. 35 et 37 ad art. 272-274 CO).

### 2. La responsabilité subsidiaire de la femme

Si le mari ne s'acquitte pas du loyer, le bailleur peut s'en prendre à la femme (art. 207 al. 2, 220 al. 2, 243 al. 3 CC). Encore faut-il que l'époux soit insolvable. C'est une condition légale, dont la preuve incombe au propriétaire. Elle s'apprécie

au moment de la poursuite dirigée contre l'épouse. Elle est réalisée - sauf si l'insolvabilité est notoire - lorsque le bailleur a entamé une procédure d'exécution forcée infructueuse contre le mari (faillite, suspension de paiement selon l'article 190 al. 1er ch. 2 LP, acte de défaut de biens, même provisoire; Knapp, p. 198 s; Lemp, n. 17 ad art. 207 CC).

Quand l'insolvabilité de son conjoint est établie, la femme est tenue de payer le loyer. C'est pour elle une dette personnelle et générale : elle en répond sur tous ses biens, éventuellement sur les biens communs. Elle ne devient pas pour autant partie au bail. Ainsi, elle ne peut résilier, ni contester une hausse de loyer (Lemp, n. 96 ad art. 207 CC; Müller, p. 218; JTB GE, 18 mars 1976, Sermondade, SJ 1979, p. 610 No 282).

En cas de poursuite, les règles posées à l'article 68bis LP trouvent application. La femme peut former opposition tant que l'insolvabilité du mari n'est pas établie. Si cette preuve est rapportée, le contrat de bail vaut titre de mainlevée provisoire, lors même que l'épouse n'y est pas partie (Knapp, p. 198 s; OG AG, 20 mars 1970, RSJ 1971 p. 343 No 155).

#### § 8. Le bail conclu par les deux époux : les effets

Si les conjoints sont copreneurs, le bail est un contrat commun. Il fait naître pour chacun d'eux les mêmes droits et obligations (cf. supra, § 3.1).

Sauf convention contraire, les droits formateurs liés aux rapports contractuels doivent être exercés en commun par les deux ou contre les deux époux (von Tuhr, p. 682 s; Hasenböhler, p. 41 s). Il s'agit notamment des avis de résolution et résiliation, des notifications de hausse de loyer et contestations y relatives, ou d'autres déclarations de volonté, comme celles prévues aux

articles 102 al. 1er, 107 al. 1er et 265 al. 1er CO. La règle trouve un prolongement au plan procédural : la consorité des époux est nécessaire pour les actions formatrices visant les cas mentionnés plus haut (Guldener, p. 296 ss). On y ajoutera la prolongation du bail, qui s'exerce ex lege par une demande judiciaire, de nature formatrice.

Compte tenu de l'union conjugale, on devrait admettre implicitement la représentation réciproque des époux colocataires pour des actes qui ne touchent pas l'existence même du bail. On pense aux déclarations de volonté soumises à de courts délais de déchéance, comme la mise en demeure adressée au propriétaire de procéder à des réparations urgentes (art. 102 ss, 254 ss CO; Hasenböhler, p. 41 s).

Quant aux créances et aux dettes, les règles sur la solidarité trouvent application (cf. supra, § 3.2). C'est surtout au plan passif que l'institution est significative ici. Ainsi, les époux copreneurs sont responsables solidaires du paiement du loyer. Il en va de même lorsque la femme a cosigné le bail conclu par son mari (cf. supra, § 4.3).

Le bailleur peut réclamer tout ou partie du loyer à chaque époux, successivement ou simultanément. Le paiement de l'un libère l'autre. Chacun d'entre eux peut opposer les exceptions communes (défauts, par exemple) ou des exceptions personnelles (compensation, par exemple).

Si la poursuite est dirigée contre un seul époux, le contrat vaut titre de mainlevée pour l'intégralité de la créance (TC VD, 16 juin 1969, JT 1972 II 31). Le droit de rétention s'étend aux biens du mari comme à ceux de la femme (Schmid, n. 35 ad art. 272 - 274 CO).

## Troisième partie : l'union conjugale en crise

### § 9. Introduction

#### 1. Des problèmes

Parmi d'autres, le sort du logement est une question obligée, en cas de rupture de la communauté conjugale. Elle exige une décision. Que celle-ci intervienne dans le cadre d'un arrangement entre époux ou d'une procédure judiciaire, ses répercussions sur le bail sont inévitables : elles peuvent toucher l'existence même du contrat, quand il est résilié de manière anticipée, mais surtout son exécution future, lorsque la jouissance du logement est attribuée à l'époux non preneur. C'est ici le problème cardinal.

Dans tous les cas, un principe demeure : la convention des époux ou l'ordonnance du juge ne sauraient à elles seules modifier le bail. Elles n'ont d'effets qu'à l'égard du couple (Schmid, n. 25 ad art. 253 CO; Hasenböhler, p. 57 ss). Il en résulte souvent une discordance, voire un conflit, entre la situation interne (dictée par les intérêts de la famille) et la situation externe (dominée par la sécurité du contrat). Des solutions existent, à certaines conditions (cf. infra, § 9.2). Sinon, les cas restent boiteux (cf. infra, § 10 et 11). Sur ce point, le nouveau droit n'est pas d'un grand secours. Tout au plus renforce-t-il la protection de l'époux non locataire (art. 169 nouv. CC, 271a nouv. CO).

Les difficultés sont moindres, il est vrai, quand le bail est conclu par les deux époux. La résiliation ne peut être que conjointe. L'un d'eux peut continuer sans autre d'occuper l'appartement. Son conjoint reste alors colocataire, tenu

solidairement de payer le loyer. Le propriétaire ne saurait voir dans la suspension du ménage commun un motif de résiliation anticipée (art. 261 al. 2 CO). D'une part, le logement n'est pas utilisé à une autre destination et sa valeur n'est pas diminuée. D'autre part, la créance du bailleur d'habitation n'est pas subordonnée à l'occupation des locaux, mais à leur seule mise à disposition (art. 257 al. 1er CO).

## 2. Des solutions

En cas de séparation des époux - peu importe ici le mode - et que le preneur - souvent le mari - quitte la demeure conjugale, on voit deux moyens de faire coïncider les situations de droit et de fait. L'un est légal : la cession de bail (art. 264 CO). L'autre est conventionnel : le transfert (ou reprise) de bail (Guinand/Knoepfler, Fiche Juridique No 362; Schmid, ad art. 264 CO).

- Par la cession, le preneur cède - par écrit - son droit d'usage à son conjoint. Mais il n'est pas pour autant libéré de ses obligations. Quant au cessionnaire, il est lié au bailleur par des rapports directs. Ex lege, le consentement du propriétaire n'est pas requis.
- Par le transfert, le cessionnaire prend définitivement la place du preneur. Ce dernier est libéré. C'est un acte juridique tripartite qui exige l'accord du bailleur; il peut le donner tacitement quand, connaissant la situation des époux, il accepte sans réserve le paiement du loyer par la femme (ATF 89 I 425, M.; CJ GE, 11 novembre 1966, SJ 1968, p. 257). L'accord du mari preneur est tout autant nécessaire. Contre la volonté de ce dernier, le propriétaire ne saurait conclure un nouveau bail avec le conjoint non locataire. Le cas échéant, il viole le contrat (Schmid, n. 25 ad art. 253 CO; OG ZH, 30 mars 1950, RSJ 1950 p. 330).

## § 10. La suspension de la vie commune

### 1. L'attribution du logement

En cas de suspension de la vie commune, le juge peut être appelé à se prononcer sur l'attribution du logement. Il ordonne cette mesure à titre provisoire, au nom de la protection de l'union conjugale (art. 170 CC) ou durant le procès de divorce ou de séparation de corps (art. 145 CC).

Le juge statue sans égard au bail. Il n'a pas le pouvoir de modifier le contrat en faveur du mari ou de la femme. C'est avant tout l'intérêt des conjoints et des enfants qui guide sa décision. Il peut donc attribuer la demeure conjugale à l'époux non locataire (Schmid, n. 25 ad art. 253 CO; Lemp, n. 13 ad art. 170 CC; Bühler/Spühler, n. 85 ad art. 145 CC; OG ZH, 16 octobre 1958, ZR 1959, p. 368 No 161; TC NE, 25 avril 1963, RJN 3 I 80).

### 2. Les répercussions sur le bail

L'attribution du logement ne donne pas à l'époux bénéficiaire la qualité de preneur. Tout au plus peut-il se prévaloir d'un droit à la jouissance exclusive de la demeure conjugale, qui trouve son fondement dans les effets généraux du mariage (Hasenböhler, p. 60 s). A l'égard du bailleur, le locataire reste le titulaire des droits et obligations du contrat. Il en découle de multiples effets :

- Le preneur - généralement le mari - demeure juridiquement responsable de la dette de loyer, même si, dans la fixation de la contribution d'entretien, le juge a tenu compte que la femme en assumerait le paiement (Bühler/Spühler, n. 94 ad art. 145 CC; CJ GE, 14 février 1964, SJ 1965 p. 353). Du fait de la suspension de la vie conjugale, le loyer n'est plus une dette du ménage commun, au sens des articles 207 al. 2, 220 al. 2 et 243 al. 3

CC. L'épouse n'en est donc plus responsable à titre subsidiaire (Lemp, n. 21 ad art. 170, n. 80 ad art. 207 CC; Sprenger, p. 39).

- Le locataire pourrait résilier le bail. Pour prévenir ce cas, le juge assortit parfois son ordonnance d'une interdiction à l'époux preneur de mettre fin au contrat, sous menace des peines prévues à l'article 292 CPS (Bühler/Spühler, n. 96 ad art. 145 CC; Lemp, n. 21 ad art. 169 CC; TC NE, 25 avril 1963, RJN 3.I.80). La revision du droit matrimonial renforce sur ce point la protection du conjoint qui n'est pas partie au contrat : la résiliation est subordonnée à son consentement (art. 169 nouv. CC).
- Le conjoint non locataire n'est pas habilité à exercer en son nom les droits contractuels, par exemple résilier le bail ou contester une hausse de loyer. Il ne peut le faire qu'au nom du preneur, en vertu d'une procuration (art. 32 ss CO).  
Une frange de la doctrine lui donne pourtant un droit de requérir personnellement une prolongation du bail (Moser, p. 135 ss; Egger Ch.-A., p. 72; BG Arlesheim, 21 avril 1983, BJM 1983 p. 293). Les arguments ne convainquent pas (Jeanprêtre, La prolongation des baux à loyer, op.cit. p. 120 s; Hunziker, p. 2 ss; JTB GE, 19 mars 1974, SJ 1979, p. 610 No 282). On ne saurait non plus fonder un pouvoir de la femme sur les règles de la représentation conjugale (ainsi, Gmür/Caviezel, p. 31). Les articles 162 ss CC ne s'appliquent qu'en cas de ménage commun (Lemp, n. 6 ad art. 163 CC; Hegnauer, p. 107; Brosset, p. 2).

Le nouvel article 271a CO mettra fin à la controverse, en donnant au conjoint le droit de contester la résiliation et de demander la prolongation, de manière indépendante.

## § 11. Le divorce et la séparation de corps

### 1. Le principe

En cas de divorce et de séparation de corps, le principe reste le même : le juge n'est pas habilité à modifier le bail familial (cf. supra, 9.1). Peut-il alors, à défaut d'entente entre les conjoints, attribuer le logement à celui d'entre eux qui n'est pas partie au contrat ? La réponse est nuancée, suivant les cas.

### 2. En cas de divorce

La doctrine dominante et la jurisprudence se prononcent négativement (Bühler/Spühler, n. 90 ad art. 154 CC; Hasenböhler, p. 68 ss; ATF non pub., 21 décembre 1972, époux M.Ch. cité par ces auteurs). On estime que le droit actuel laisse le juge du divorce démuné : admettre qu'il puisse accorder la jouissance exclusive du logement à un époux non preneur aboutirait à lui reconnaître le pouvoir de transférer les droits du contrat. Or ce pouvoir n'existe pas. La situation de l'époux bénéficiaire se trouverait dénuée de tout fondement juridique, à défaut d'une reprise de bail consentie par le propriétaire.

### 3. En cas de séparation de corps

Contrairement au divorce, la séparation de corps maintient l'existence du mariage. Des effets matrimoniaux subsistent. Ces éléments suffisent, selon certains, à donner au juge la compétence d'attribuer le logement conjugal à l'époux non locataire (Hinderling, p. 126; Hegnauer, p. 75; OG ZH 16 octobre 1958, ZR 1959 p. 368). D'autres s'y opposent en invoquant le

défaut de base légale (Bühler/Spühler, n. 23 des Rem.prél. ad art. 149-157 CC; ATF non publié susmentionné; CJ GE, 18 novembre 1960, SJ 1962, p. 124).

## § 12. Le décès d'un époux

### 1. Le décès de l'époux preneur

Si le locataire meurt, le bail se poursuit sans autre avec les héritiers. Pourtant, l'article 270 CO donne à chaque partie - le propriétaire d'une part, les héritiers d'autre part - le droit de résilier le contrat de manière anticipée, sans indemnité. Encore faut-il que le bail ait été conclu pour une année au moins et que la résiliation respecte les termes et délais légaux (art. 267 al. 2 CO).

Le conjoint survivant est héritier légal. S'il continue d'occuper le logement familial, sa situation diffère selon qu'il est héritier unique ou non.

- Dans le premier cas, il acquiert de plein droit - sous réserve de répudiation - la titularité individuelle des droits et obligations du défunt. Il prend donc directement la place du preneur dans le bail. Mais il n'est pas à l'abri d'un congé signifié par le propriétaire pour le plus prochain terme légal. Le cas échéant, il peut demander une prolongation (Schmid, n. 10 ad art. 267a, n. 7 ad art. 270 CO).
- Dans le second cas, tous les héritiers acquièrent la titularité commune des droits et obligations du défunt.

A ce titre, ils sont copreneurs du bail. Sauf urgence ou existence d'un administrateur (art. 595 CC) ou exécuteur testamentaire (art. 518 CC), la résiliation est faite par ou contre tous les héritiers ensemble, sous peine de nullité (Schmid, n. 5 ad art. 270 CO; Becker, n. 2 ad art. 270 CO; CJ GE, 17 janvier 1977, SJ 1979 p. 610 No 284). Quoi qu'il en soit, ceux-ci répondent solidairement et sur tous leurs biens des dettes résultant du bail (art. 603 CC).

Normalement, une convention de reprise de bail entre les héritiers et le propriétaire est nécessaire pour faire acquérir au conjoint survivant la titularité individuelle du contrat.

## 2. Le décès d'un époux copreneur

Si le bail a été conclu par les deux époux, il se poursuit de plein droit avec le conjoint survivant. L'article 270 CO est inapplicable (Sprenger, p. 43; Schmid, n. 6 ad art. 270 CO). Le bailleur qui entend résilier doit respecter l'échéance contractuelle.

Si la continuation du bail entraîne des conséquences financières insupportables pour le conjoint survivant, il est habilité à mettre fin au contrat de manière anticipée, en présentant un successeur solvable et honorable (art. 257 al. 2 CO), sinon en faisant valoir le moyen tiré de l'article 269 CO (Guide du locataire, p. 195; Schmid, n. 18 ad art. 269 CO).

---

## BIBLIOGRAPHIE

Les références mentionnées ci-dessous ne figurent pas dans la bibliographie générale du dossier, à laquelle on renvoie. Elles sont citées dans le texte par le seul nom de l'auteur (ou des auteurs).

- BECKER H., Berner Kommentar, Obligationenrecht, VI.1 (art. 1 à 183 CO), 2ème éd., Berne 1941.
- BUHLER W./SPÜHLER K., Berner Kommentar. Das Familienrecht - Die Ehescheidung, II.1.2 (art. 137 à 158 CC), 3ème éd., Berne 1980.
- BROSSET G., Mariage. La représentation de l'union conjugale, FJS 104, Genève 1957.
- DESCHENAUX H., Union des biens. Responsabilité des époux pour leurs dettes, FJS 1242, Genève 1964.
- EGGER A., Zürcher Kommentar. Das Eherecht, II.1 (art. 90 à 251 CC), 2ème éd., Zurich 1936.
- GROSSEN J.M., La protection du logement de la famille, Mélanges Henri Deschenaux, Fribourg 1977, p. 99 ss.
- GULDENER M., Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3ème éd., Zurich 1979.
- HASENBOHLER F., Mitwirkung beider Ehegatten beim Vertragsschluss, Bâle 1982.
- HEGNAUER C., Grundriss des Eherechts, Berne 1979.
- HINDERLING H., Das Schweizerische Ehescheidungsrecht, 3ème éd., Zurich 1967 + Supplément, Zurich 1981.
- KELLER M., Lehrbuch des Eherechts, Berne 1973.
- KNAPP Ch., Le régime matrimonial de l'union des biens, Neuchâtel 1956.
- LEMP P., Berner Kommentar. Das Eherecht, II.1.2 (art. 159 à 251 CC), 3ème éd., Berne 1963.
- OSER H./SCHÖNENBERGER W., Zürcher Kommentar, Das Obligationenrecht, 2ème éd., Zurich, VI.1 (art. 1 à 183 CO), 1929, VI.2 (art. 184 à 418 CO), 1936.
- TUOR P./SCHNYDER B., Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 9ème éd., Zurich 1979.
- VON TUHR A., Partie générale du Code fédéral des obligations, trad. par M. de Torrenté et E. Thilo, Lausanne, I.1933, II.1934.