

N° 33/2021

Droit du bail

Publication annuelle
du Séminaire sur le droit du bail
Université de Neuchâtel

IMPRESSUM

Droit du bail

Publication annuelle du Séminaire sur le droit du bail
Université de Neuchâtel
N° 33/2021

Edition et administration

Séminaire sur le droit du bail
Université de Neuchâtel
Avenue du 1^{er}-Mars 26
CH-2000 Neuchâtel
Téléphone +41 32 718 12 60
Courriel: seminaire.bail@unine.ch
Internet: www.bail.ch
CCP 20-5711-2
Secrétaire: Sylvia STÄHLI

Parution

Dernier trimestre de chaque année. 1^{re} année: 1989

Abonnement

Fr. 35.– par an. Sauf avis contraire avant le
15 septembre de chaque année, l'abonnement est
renouvelé sans formalité.

Manière de citer

[AUTEUR], [Titre], DB 2021 N 2

Reproduction

La reproduction de textes n'est admise qu'avec
l'autorisation expresse de l'éditeur et avec l'indication
exacte de la source.

Comité de rédaction

Présidence: François BOHNET, professeur et avocat spécialiste FSA
en droit du bail, Neuchâtel
Blaise CARRON, professeur et avocat spécialiste FSA
en droit du bail, Neuchâtel et Berne

Membres: Philippe CONOD, avocat spécialiste FSA en droit du bail,
Lausanne, ancien professeur associé, Neuchâtel
Patricia DIETSCHY-MARTENET, professeure titulaire
à l'Université de Neuchâtel, juge suppléante à la Cour
d'appel civile du Tribunal cantonal vaudois, avocate-
conseil, Lausanne
Marie-Laure PERCASSI, avocate et doctorante,
Neuchâtel
Pierre WESSNER, professeur honoraire, Neuchâtel

Ont également collaboré à ce numéro:

Aurélie GANDOY, avocate et doctorante, Lausanne, Neuchâtel
Tatiana GURBANOV, avocate spécialiste FSA en droit du bail,
Genève
Pascal JEANNIN, avocat et doctorant, Neuchâtel
Sylvain MARCHAND, professeur, Genève et Neuchâtel
Luca MELCARNE, avocat, Neuchâtel
Placidus PLATTNER, avocat, Zurich (traductions en allemand)
Giuditta RAPELLI-AIOLFI, avocate et notaire, Lugano
(traductions en italien)
Xavier RUBLI, avocat spécialiste FSA en droit du bail, Lausanne
Damien TOURNAIRE, avocat spécialiste FSA en droit du bail,
Genève

ISSN

1661-5409

Éditorial	2
Abréviations	3
Chapeaux d'arrêts	4
Bibliographie	12
Jurisprudence	13
1. Dispositions générales	13
2. Protection contre les loyers abusifs	44
3. Protection contre les congés	56
4. Autorités et procédure	58
5. Divers	78
Actualité jurisprudentielle	83

Les premières décisions en droit du bail relatives aux conséquences de la pandémie de COVID-19 ont été rendues cette année. Elles concernent un thème très discuté en doctrine en 2020, à savoir l'obligation, pour les locataires commerciaux ayant été contraints de fermer leurs établissements en raison des mesures sanitaires, de payer leur loyer.

Sur le plan parlementaire, Carlo Sommaruga a déposé l'initiative « Révision périodique des rendements locatifs immobiliers afin d'assurer la conformité juridique » (n° 21.476) au Conseil des Etats le 17 juin 2021. Le même jour, Jacqueline Badran a déposé une initiative similaire au Conseil national, intitulée « Soumettre les rendements locatifs des logements à des contrôles périodiques afin de garantir le respect de la loi » (n° 21.469). Enfin, Michael Töngi a déposé l'initiative « Coûts des travaux de rénovation. Réduire les taux de répercussion sur les loyers pour les adapter à la réalité » (n° 21.471) le 18 juin 2021 au Conseil national.

Le 24 septembre 2021, le 4^e Séminaire PPE s'est déroulé à l'Université de Neuchâtel. Les sujets présentés lors de cette manifestation ont fait l'objet de contributions écrites dans l'ouvrage « PPE 2021 » édité par François Bohnet, Blaise Carron et Amédéo Wermelinger, Professeurs à l'Université de Neuchâtel. Le 22^e Séminaire sur le droit du bail se tiendra en automne 2022.

Le comité a le plaisir d'accueillir parmi les personnes collaborant à la revue plusieurs avocat-e-s de la première volée de la formation FSA en droit du bail.

Enfin, la nouvelle édition de l'abrégé « Droit du bail », corédigée par Philippe Conod (ancien Professeur associé de l'Université de Neuchâtel) et François Bohnet (Professeur à l'Université de Neuchâtel), est parue cet automne. Cet ouvrage, qui présente tant le droit de fond que la procédure, contient de nombreuses références à la jurisprudence et des exemples pratiques.

Pour le Comité de rédaction

François Bohnet

Blaise Carron

Marie-Laure Percassi

AG	= SA	let.	lettre
AISUF	Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz (= Travaux de la Faculté de droit de L'Université de Fribourg)	LP	Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1889 (RS 281.1)
al.	alinéa(s)	LPD	Loi fédérale sur la protection des données du 19 juin 1992 (RS 235.1)
AMSL	Arrêté fédéral de 1972 instituant des mesures contre les abus dans le secteur locatif	LPP	Loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité du 25 juin 1982 (RS 831.40)
art.	article(s)	LTF	Loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (RS 173.110)
ATF	Arrêts du Tribunal fédéral (recueil officiel)	m²	mètre(s) carré(s)
BG/ZH	Bezirksgericht de Zurich	mp	Mietrechtspraxis
BJM	Basler Juristische Mitteilungen	MRA	MietRecht Aktuell
BK	Berner Kommentar	N	numéro marginal (numéros marginaux)
BR/DC	Revue du droit de la construction et des marchés publics	n°	numéro(s)
BSK	Basler Kommentar	Newsletter	Newsletter du Séminaire sur le droit du bail de l'Université de Neuchâtel, www.bail.ch
BT	Besonderer Teil (= partie spéciale)	bail.ch	de l'Université de Neuchâtel, www.bail.ch
c.	considérant(s)	not.	notamment
CAN	Zeitschrift für kantonale Rechtsprechung	OBLF	Ordonnance du 9 mai 1990 sur le bail à loyer et le bail à ferme d'habitations et de locaux commerciaux (RS 221.213.11)
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)	OEPL	Ordonnance sur l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle du 3 octobre 1994 (RS 831.411)
CCfr	Code civil français	OFAS	Office fédéral des assurances sociales
CCR	Contrat-cadre romand de baux à loyer du 12 décembre 2007 (« Dispositions paritaires romandes pour habitation »)	op. cit.	<i>opus citatum</i> (œuvre citée)
CdB	Cahiers du bail	OR	= CO
cf.	<i>confer</i>	p.	page(s)
ch.	chiffre(s)	p. ex.	par exemple
CHF	franc(s) suisse(s)	phr.	phrase
CJ/GE	Cour de justice de Genève	PJA	Pratique juridique actuelle
CO	Code des obligations du 30 mars 1911 (RS 220)	réf.	référence(s)
comp.	comparer, comparaison	réf. cit.	référence(s) citée(s)
COVID-19	Coronavirus Disease	RFJ	Revue fribourgeoise de jurisprudence
CPC	Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (RS 272)	RJB	Revue de la Société des juristes bernois
CPra	Commentaire pratique, Droit du bail à loyer et à ferme	RS	Recueil systématique du droit fédéral
CR	Commentaire romand	RSJ	Revue Suisse de Jurisprudence
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101)	RSPC	Revue suisse de procédure civile
DB	Droit du bail	s.	et suivant(e)
DSG	= LPD	SA	société anonyme
éd.	édition	Sàrl	société à responsabilité limitée
édit.	éditeur(s)	SJ	Semaine judiciaire
ég.	également	SREJ	Swiss Real Estate Journal
EPL	encouragement à la propriété du logement	ss	et suivant(e)s
et al.	<i>et alii</i>	SVITK	SVIT Kommentar
etc.	<i>et caetera</i>	SZ	Schwyz
FF	Feuille fédérale	t.	tome
FRI	Fédération romande immobilière	TC/VD	Tribunal cantonal du canton de Vaud
i.e.	<i>id est</i> (c'est-à-dire)	TF	Tribunal fédéral
IPC	Indice suisse des prix à la consommation	vol.	volume
JdT	Journal des Tribunaux	ZGB	= CC
KUKO	Kurzkommentar	ZH	Zurich
		ZK	Zürcher Kommentar
		ZMP	Zürcher Mietrechtspraxis
		ZPO	= CPC

1. Dispositions générales

Allgemeine Bestimmungen

Disposizioni generali

1 **13**

TF 4A_162/2020 (25.06.2020)

Aurélie Gandoy

Restitution de la chose louée et avis des défauts

La partie locataire doit restituer la chose louée dans l'état dans lequel elle se trouvait au début du bail, compte tenu de l'usure normale en raison de l'écoulement du temps. La partie bailleuse doit vérifier la chose louée à sa restitution et aviser immédiatement la partie locataire des défauts dont elle entend la rendre responsable. L'avis des défauts doit être motivé.

Art. 260a, 267 et 267a CO

Die Mietpartei muss die Mietsache in dem Zustand zurückgeben, in dem diese sich bei Mietbeginn befand, wobei die gewöhnliche Abnutzung entsprechend dem Zeitablauf zu berücksichtigen ist. Die Vermietpartei muss die Mietsache anlässlich der Rückgabe prüfen und allfällige Mängel, für die sie die Mietpartei haftbar machen will, sofort rügen. Die Mängelrüge muss substantiiert sein.

Art. 260a, 267 und 267a OR

La parte conduttrice deve restituire la cosa locata nello stato in cui si trovava all'inizio della locazione, tenuto conto dell'usura normale in ragione del trascorrere del tempo. La parte locatrice deve verificare la cosa locata al momento della restituzione e avvisare immediatamente la parte conduttrice dei difetti di cui intende ritenerla responsabile. La notifica dei difetti deve essere motivata.

Art. 260a, 267 e 267a CO

2 **16**

TF 4A_482/2019 (10.11.2020)

Blaise Carron

Bail et reconnaissance de dette

Reconnaissance de dette : notion, précisions sur la nature causale ou abstraite d'un point de vue formel et matériel, influence probatoire.

Art. 17 CO ; 82 et 83 al. 2 LP

Schuldanererkennung : Begriff und Präzisierung der kausalen oder abstrakten Natur aus formeller und materieller Sicht, Folgen für die Beweislast.

Art. 17 OR ; 82 und 83 Abs. 2 SchKG

Riconoscimento di debito : nozione, precisazione sulla natura causale o astratta da un punto di vista formale e materiale, influenza probatoria.

Art. 17 CO ; 82 e 83 cpv. 2 LEF

3 **18**

TF 4A_305/2020 (11.02.2021)

Aurélie Gandoy

Le droit d'enlèvement face à l'indemnité pour la plus-value apportée à la chose louée

Admission d'un droit d'enlèvement extra legem en faveur de la partie locataire lorsqu'elle ne peut prétendre à une indemnité pour la plus-value apportée par ses aménagements en application de l'art. 260a CO.

Art. 260a, 267 CO ; 642 CC

Anerkennung eines Wegnahmerechts extra legem zu Gunsten der Mietpartei, wenn ihr keine Mehrwertentschädigung gemäss Art. 260a OR für ihre Mieterausbauten zusteht.

Art. 260a, 267 OR ; 642 ZGB

Ammissione di un diritto di rimozione extra legem in favore della parte conduttrice quando essa non può pretendere ad un indennizzo per il plus valore apportato dalle sue modifiche in applicazione dell'art. 260a CO.

Art. 260a, 267 CO ; 642 CC

4 **22**

ATF 147 III 218

Marie-Laure Percassi

La consignation des loyers échus ne vaut pas paiement

Consignation, durant le délai comminatoire de l'art. 257d al. 1 CO, de loyers échus. Interprétation de l'art. 259g CO, au terme de laquelle le Tribunal fédéral retient que seule la consignation de loyers non échus vaut paiement.

Art. 257d, 259g CO

Hinterlegung fälliger Mietzinse innerhalb der Zahlungsfrist gemäss Art. 257d Abs. 1 OR. Auslegung von Art. 259g OR, gemäss welcher, nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, nur der Hinterlegung nicht verfallener Mietzinse Erfüllungswirkung zukommt.

Art. 257d, 259g OR

Deposito, durante il termine comminatorio dell'art. 257d cpv. 1 CO, delle pigioni scadute. Interpretazione dell'art. 259g CO, al termine della quale il Tribunale federale ritiene che solo il deposito delle pigioni non scadute vale pagamento.
Art. 257d, 259g CO

5 25

TF 4A_428/2020 (01.04.2021) destiné à la publication

François Bohnet/Blaise Carron

La suspension du délai de prescription en cas de procédure judiciaire

Interprétation de l'expression légale « lorsque la juridiction saisie clôt la procédure » fondée sur le pluralisme méthodologique. Si un délai de prescription a été interrompu par une requête en conciliation, d'une action ou d'une exception, il ne recommence à courir que lorsque la suite des instances est épuisée, en particulier lorsque l'instance saisie a rendu une décision finale qui ne peut plus être attaquée par un recours ou un appel.

Art. 138 al. 1 CO

Auslegung des Rechtsbegriffs «Abschluss des Rechtsstreits vor der befassen Instanz» basierend auf dem Methodenpluralismus. Wenn die Verjährungsfrist durch ein Schlichtungsgesuch, durch eine Klage oder durch eine Einrede unterbrochen worden ist, beginnt sie erst wieder zu laufen, wenn der Instanzenzug ausgeschöpft ist, insbesondere wenn die befassende Instanz einen Endentscheid gefällt hat, der nicht mehr durch Berufung oder Beschwerde angefochten werden kann.

Art. 138 Abs. 1 OR

Interpretazione dell'espressione legale « se la lite è conclusa davanti all'autorità adita » fondata sul pluralismo metodologico. Se un termine di prescrizione è stato interrotto da una istanza di conciliazione, di una azione o una eccezione, ricomincia a correre solo quando tutte le istanze sono esaurite, in particolare quando l'istanza interpellata ha reso una decisione finale che non può più essere attaccata con un ricorso o un appello.

Art. 138 cpv. 1 CO

6 29

TF 4A_74/2021 (30.04.2021)

Xavier Rubli

Autres modifications unilatérales du contrat par le bailleur

Désaccord portant sur une modification unilatérale d'un règlement de maison. Recours des locataires rejeté, la modification du contrat par le bailleur n'étant ni nulle ni abusive.

Art. 269d et 270b CO

Streitigkeit betreffend eine einseitige Änderung der Hausordnung. Die Beschwerde der Mieter wurde abgewiesen, da die vermietetseitige Vertragsanpassung weder nichtig noch missbräuchlich war.

Art. 269d und 270b OR

Disaccordo portante su una modifica unilaterale di un regolamento abitativo. Ricorso dei conduttori respinto, non essendo la modifica del contratto da parte del locatore né nulla e nemmeno abusiva.

Art. 269d e 270b CO

7 31

Tribunal des baux et loyers de Genève JTBL/565/2021 (28.06.2021)

Tatiana Gurbanov

Le sort de l'obligation de payer le loyer des locaux commerciaux fermés à la suite du prononcé des mesures destinées à lutter contre l'épidémie COVID-19

Absence de défaut et d'impossibilité objective subséquente. Question (laissée ouverte) de la *clausula rebus sic stantibus*.

Art. 119, 256, 259a ss, 266g CO ; 2 CC

Fehlen eines Mangels und einer nachträglichen, objektiven Unmöglichkeit. Frage (offengelassen), ob die *clausula rebus sic stantibus* zur Anwendung kommen kann.

Art. 119, 256, 259a ff, 266g OR ; 2 ZGB

*Assenza di difetto e di impossibilità oggettiva susseguente. Questione (lasciata aperta) della *clausula rebus sic stantibus*.*

Art. 119, 256, 259a ss, 266g CO ; art. 2 CC

8

39

TF 4A_129/2021 (09.08.2021)

Xavier Rubli

Nullité partielle d'un bail commun conclu avec une personne décédée et congé contraire à la bonne foi

Inexistence partielle du contrat admise s'agissant d'un bail conclu avec deux locataires, dont l'une est décédée. Représentation de la bailleuse par une régie. Prise en compte, dans une procédure civile, de déclarations formulées dans le cadre d'une procédure pénale. Congé contraire à la bonne foi. Art. 11 CC ; 32, 53 et 271 CO ; 9 Cst.

Teilnichtigkeit des Vertrages anerkannt, wenn der Mietvertrag mit zwei Mieterinnen abgeschlossen wurde, wovon eine verstorben war. Vertretung der Vermieterin durch die Verwaltung. Berücksichtigung von im Strafverfahren gemachten Aussagen im Zivilverfahren. Treuwidrige Kündigung.

Art. 11 ZGB ; 32, 53 und 271 OR ; 9 BV

Inesistenza parziale del contratto ammessa trattandosi un contratto di locazione concluso con due conduttori, di cui uno è deceduto. Rappresentanza della locatrice fatta da una amministrazione. Presa in conto, in una procedura civile, di dichiarazioni formulate nell'ambito di una procedura penale. Disdetta contraria alla buona fede. Art 11 CC ; 32, 53 e 271 CO ; 9 Cst.

2. Protection contre les loyers abusifs

Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen

Protezione dalle pigioni abusive

9

44

ATF 147 III 14

Philippe Conod

Rendement net art. 269 CO ; réévaluation des fonds propres ; taux de rendement des fonds propres

Contestation du loyer initial. Application de la méthode dite du rendement net au litige. Modifiant sa jurisprudence, le Tribunal fédéral admet qu'il

faut procéder à la réévaluation du 100% des fonds propres investis par le bailleur dans l'acquisition de l'objet loué. Revirement de jurisprudence d'importance, le Tribunal fédéral admet également qu'il faut désormais tenir compte d'un taux de rendement admissible de 2% en sus du taux de l'intérêt hypothécaire de référence en lieu et place de 0.5%. Cela ne vaut toutefois que pour autant que le taux de l'intérêt hypothécaire de référence ne dépasse pas 2%.

Art. 269 et 269a CO

Anfechtung des Anfangsmietzinses. Anwendung der sogenannten Nettorendite-Methode im vorliegenden Fall. In Änderung seiner Rechtsprechung hat das Bundesgericht anerkannt, dass 100% des beim Erwerb effektiv investierten Eigenkapitals der Teuerung anzupassen sind. In einer wesentlichen Praxisänderung hat das Bundesgericht ferner anerkannt, dass künftig eine Nettorendite von 2% über dem Referenzzinssatz zulässig ist (statt bisher 0.5%). Dieser Zinssatz gilt indessen nur, solange der Referenzzinssatz 2% nicht übersteigt.

Art. 269 und 269a OR

Contestazione della pigione iniziale. Applicazione alla controversia del metodo detto del reddito netto. Modificando la sua giurisprudenza, il Tribunale federale ammette che bisogna provvedere con la rivalutazione del 100% del capitale proprio investito dal locatore nell'acquisto dell'oggetto locato. Cambiamento di giurisprudenza importante, il Tribunale federale ammette anche che bisogna oramai tener conto di un tasso di reddito ammissibile del 2% oltre al tasso di interessi ipotecario di riferimento invece che dello 0.5%.

Questo vale tuttavia solo laddove il tasso di interesse ipotecario di riferimento non superi il 2%.

Art. 269 e 269a CO

10

49

ATF 147 III 32

François Bohnet/Philippe Conod

Modification du loyer à l'expiration de la durée initiale du bail indexé

Bail indexé. Application de la méthode relative (à l'exclusion de la méthode absolue) pour la modification du loyer à l'expiration de la durée initiale.

Art. 269b et 270a CO

Indexierte Mietzinse. Anwendung der relativen Methode (unter Ausschluss der absoluten Methode) hinsichtlich der Mietzinsanpassung am Ende der Mindestmietdauer.
Art. 269b und 270a OR

Pigioni indicizzate. Applicazione del metodo relativo (ad esclusione del metodo assoluto) per la modifica della pigione allo scadere della durata iniziale.
Art. 269b e 270a CO

11 **51**

TF 4A_28/2020 (13.01.2021)

Luca Melcarne

La priorité du critère du rendement net (art. 269 CO) dans le cadre de la contestation du loyer initial

Contestation du loyer initial. Hiérarchie entre les critères absolus d'analyse des loyers que sont le rendement net et les loyers usuels dans la localité ou dans le quartier. Réévaluation des fonds propres et taux de rendement des fonds propres dans le cadre du calcul du rendement net (rappel du changement de jurisprudence).

Art. 269, 269a let. a et 270 CO

Anfechtung des Anfangsmietzinses. Rangordnung der absoluten Beurteilungskriterien (Nettorendite, orts- und quartierüblicher Mietzins). Neubewertung des Eigenkapitals und massgebliche Eigenkapitalrendite im Rahmen der Nettorenditeberechnung (Hinweis auf die geänderte Rechtsprechung).

Art. 269, 269a lit. a und 270 OR

Contestazione della pigione iniziale. Gerarchia dei criteri assoluti di analisi delle pigioni che sono il reddito netto e le pigioni in uso nella località o nel quartiere. Rivalutazione dei capitali propri e tassi di rendimento del capitale proprio nell'ambito del calcolo del reddito netto (richiamo del cambiamento di giurisprudenza).

Art. 269, 269a let. a e 270 CO

12 **54**

TF 4A_6/2021 (22.06.2021)

Marie-Laure Percassi

La détermination de la plus-value relative à un objet loué en cas d'importantes réparations

Détermination de la plus-value relative à un bien loué en cas d'importantes réparations. Présomption de l'art. 14 al. 1 2^e phr. OBLF.

Art. 269a let. b, 269d, 270b al. 1 CO ; 14 al. 1 OBLF

Festsetzung des Mehrwerts betreffend ein Mietobjekt bei umfassender Überholung. Vermutung gemäss Art. 14 Abs. 1 2. Satz VMWG.

Art. 269a lit. b, 269d, 270b Abs. 1 OR ; 14 Abs. 1 VMWG

Determinazione del plus valore relativo a un bene locato in caso di importanti riparazioni. Presunzione dell'art. 14 cpv. 1 2^a frase OLAL.

Art. 269a let. b, 269d, 270b cpv. 1 CO ; 14 cpv. 1 OLAL

3. Protection contre les congés

Kündigungsschutz

Protezione dalle disdette

13 **56**

TF 4A_468/2020 (09.02.2021)

Damien Tournaire

Le locataire refusant de produire sa police d'assurance RC s'expose à une résiliation extraordinaire du bail

Devoir de diligence du locataire ; violation de l'obligation de conclure une assurance de responsabilité civile ou de fournir l'attestation établissant l'existence d'une telle assurance ; continuation du bail insupportable pour le bailleur ; résiliation immédiate du bail pour juste motif.

Art. 257f al. 3 CO

Sorgfaltspflicht des Mieters ; Verletzung der Pflicht zum Abschluss einer Haftpflichtversicherung oder zur Überlassung einer entsprechenden Versicherungsbestätigung ;

Fortsetzung eines für den Vermieter unzumutbaren Mietverhältnisses ; sofortige Kündigung aus wichtigem Grund. Art. 257f Abs. 3 OR

Obbligo di diligenza del conduttore, violazione dell'obbligo di concludere una assicurazione di responsabilità civile o di fornire l'attestazione dimostrante l'esistenza di una tale assicurazione ; continuazione della locazione insopportabile per il locatore ; disdetta immediata del contratto di locazione per gravi motivi.
Art. 257f cpv. 3 CO

4. Autorités et procédure

Behörden und Verfahren

Autorità e procedura

14

58

TF 4A_459/2020 (15.12.2020)

Luca Melcarne

Contestation de la résiliation et prolongation du bail : deux actions liées mais distinctes

Action en annulation du congé. Délai pour saisir l'autorité de conciliation et délai pour agir au fond. Irrecevabilité et péremption de l'instance. Action en prolongation du bail. Prise en compte de tous les éléments du cas d'espèce, y compris de la durée de la procédure judiciaire pour se prononcer sur la durée de la prolongation.

Art. 271, 272 et 273 CO ; 62, 64 et 209 CPC

Kündigungsanfechtungsklage. Frist zur Einleitung des Schlichtungsverfahrens und zur Einreichung der Klage. Nichteintreten und Entfall der Rechtshängigkeit. Mieterstreckungsklage. Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, inklusive der Verfahrensdauer, bei der Festsetzung der Erstreckungsdauer.

Art. 271, 272 und 273 OR ; Art. 62, 64 und 209 ZPO

Azione di annullamento della disdetta. Termine per interpellare l'autorità di conciliazione e termine per agire nel merito. Irricevibilità e perenzione dell'istanza. Azione in protrazione della locazione. Presa in conto di tutti gli elementi del caso in esame, compresa la durata della procedura giudiziaria per pronunciarsi sulla durata della proroga.

Art. 271, 272 e 273 CO ; 62, 64 e 209 CPC

15

60

TF 4A_374/2020 (08.02.2021)

Patricia Dietschy-Martenet

Calcul de la valeur litigieuse en cas d'action visant le constat de la nullité de l'introduction de frais accessoires jusque-là inclus dans le loyer net et la restitution des arriérés payés à ce titre

Introduction par le bailleur d'un acompte de frais accessoires jusque-là inclus dans le loyer net et diminution de celui-ci dans la même proportion. Action en nullité et en restitution des arriérés introduite par les locataires. Calcul de la valeur litigieuse.

Art. 51, 52, 74 LTF ; 269d CO ; 19 OBLF

Einführung von Nebenkostenkonti durch den Vermieter, nachdem die Nebenkosten bisher in der Nettomiete enthalten waren, bei gleichzeitiger entsprechender Senkung derselben. Mieterseitige Nichtigkeitsklage und Klage auf Rückerstattung. Streitwertberechnung.

Art. 51, 52, 74 BGG ; 269d OR ; 19 VMWG

Introduzione da parte del locatore di un acconto di spese accessorie fino a quel momento inclusi nella pigione netta e diminuzione di quest'ultima nella medesima proporzione. Azione in nullità e restituzione degli arretrati introdotta dai conduttori. Calcolo del valore di causa.

Art. 51, 52, 74 LTF ; 269d CO ; 19 OLAL

16

63

TF 4A_537/2020 (23.02.2021)

Pascal Jeannin

Restitution de la chose louée : fardeau de l'allégation et de la preuve de l'avis des défauts

Convient-il d'appliquer, pour l'avis des défauts lors de la restitution de l'objet loué à la fin du bail, la jurisprudence du Tribunal fédéral relative à la séparation du fardeau de l'allégation et de la preuve en matière d'avis des défauts dans le contrat d'entreprise et de vente ? Question laissée ouverte en l'occurrence.

Art. 8 CC ; 267a CO ; 55 CPC

Erscheint es sachgerecht, in Bezug auf die Mängelrüge anlässlich der Rückgabe des Mietobjekts am Mietende, die bundesgerichtliche Rechtsprechung betreffend Trennung

von Behauptungs- und Beweislast bei werk- und kaufvertraglichen Mängelrügen anzuwenden? Die Frage wurde vorliegend offengelassen.

Art. 8 ZGB ; 267a OR ; 55 ZPO

Conviene applicare, per la notifica dei difetti alla restituzione dell'oggetto locato alla fine della locazione, la giurisprudenza del Tribunale federale relativa alla separazione dell'onere della prova in materia di notifica dei difetti nel contratto di appalto e di vendita? Domanda lasciata aperta nel caso in esame.

Art. 8 CC ; 267a CO ; 55 CPC

17

65

TF 4A_609/2020 (26.03.2021)

Aurélie Gandoy

Expulsion par la voie du cas clair et obligation de restitution de la partie locataire ayant déjà quitté le logement

Admission de la protection pour les cas clairs lorsque l'interprétation du contenu de la résiliation aboutit au fait que son résultat est clair. La partie locataire ne vivant plus dans les locaux reste débitrice de la restitution de sorte que sa qualité pour défendre doit être admise.

Art. 257 CPC et 267 CO

Der Rechtsschutz in klaren Fällen ist zulässig, wenn die Auslegung des Inhalts der Kündigung zu einem klaren Ergebnis führt. Auch wenn die Mietpartei nicht mehr im Mietobjekt lebt, bleibt sie Schuldnerin der Rückgabepflichtung, weshalb ihre Passivlegitimation zu bejahen ist. Art. 257 ZPO und 267 OR

Ammissione della protezione per i casi manifesti quando l'interpretazione del contenuto della disdetta porta al fatto che il suo risultato è chiaro. La parte conduttrice non vivendo più nei locali rimane debitrice della restituzione in modo che la sua qualità per difendere deve essere ammessa.

Art. 257 CPC e 267 CO

18

69

TF 4A_67/2021 (08.04.2021)

Marie-Laure Percassi

Maxime inquisitoire sociale, principe d'imputation et adresse de notification

Portée de la maxime inquisitoire sociale en cas de représentation par un-e avocat-e. Notification à l'adresse de l'objet loué lorsque les locataires n'y habitent pas.

Art. 273 CO ; 247 al. 2 let. a CPC ; 2 CC

Tragweite der sozialen Untersuchungsmaxime bei anwaltlicher Vertretung. Zustellung an die Adresse des Mietobjekts, wenn die Mieter dort nicht wohnen.

Art. 273 OR ; 247 Abs. 2 lit. a ZPO ; 2 ZGB

Portata della massima inquisitoria sociale in caso di rappresentanza da parte di un avvocato. Notifica all'indirizzo dell'ente locato quando i conduttori non vi abitano.

Art. 273 CO ; 247 cpv. 2 let. a CPC ; 2 CC

19

70

TF 4A_183/2020 (06.05.2021) destiné à la publication

Pascal Jeannin

Fardeau de la preuve pour la contestation du loyer initial d'un immeuble ancien

En cas de contestation du loyer initial d'un immeuble ancien, il existe une présomption de fait que le loyer est abusif s'il y a une augmentation massive par rapport au loyer précédent. Il ne s'agit toutefois pas d'un renversement du fardeau de la preuve : le fardeau du caractère abusif du loyer initial incombe toujours au locataire. Une augmentation de 44% est considérée comme « massive » dans ce sens, alors qu'une augmentation de 10% n'est pas suffisante (précision de l'ATF 139 III 13). Le fait que le bail précédent ait été de longue durée, soit de 15 à 20 ans, ne permet pas de rendre d'emblée inapplicable la présomption, mais il s'agit d'un indice par lequel le bailleur peut contribuer à la renverser.

Art. 269a let. a, 270 CO ; 11 OBLF

Im Falle der Anfangsmietzinsanfechtung bei einem Altbau gilt eine tatsächliche Vermutung, wonach der Mietzins missbräuchlich ist, wenn er gegenüber der letzten Miete

massiv erhöht wurde. Dabei handelt es sich indessen nicht um eine Beweislastumkehr: Die Beweislast für die Missbräuchlichkeit des Anfangsmietzinses verbleibt beim Mieter. Eine Erhöhung um 44% ist in diesem Sinne als «massiv» zu beurteilen, wohingegen eine Erhöhung um 10% nicht ausreicht (Präzisierung von BGE 139 III 13). Der Umstand, dass das vorgängige Mietverhältnis lange gedauert hat (15 bis 20 Jahre), führt nicht dazu, dass die Vermutung nicht greifen würde, aber er stellt ein Indiz dar, welches zu ihrer Entkräftung führen kann.
Art. 269a lit. a, 270 OR ; 11 VMWG

In caso di contestazione della pigione iniziale di un immobile vecchio, esiste una presunzione di fatto che la pigione è abusiva se c'è un aumento massiccio per rapporto alla pigione precedente. Non si tratta tuttavia di una inversione dell'onere della prova: l'onere del carattere abusivo della pigione iniziale incombe sempre al conduttore. Un aumento del 44% è considerato come «massiccio» in questo senso, mentre che un aumento del 10% non è sufficiente (precisazione della DTF 139 III 13). Il fatto che la pigione precedente fosse stata di lunga durata, ossia da 15 a 20 anni, non permette di rendere fin dall'inizio inapplicabile la presunzione, ma si tratta di un indizio per cui il locatore può contribuire a invertire.
Art. 269a let. a, 270 CO ; 11 OLAL

20

75

TF 4A_616/2020 (06.05.2021)

François Bohnet

Nature constatatoire de la demande du bailleur visant à faire valider une hausse de loyer

L'action visant à faire valider une hausse de loyer est de nature constatatoire et non formatrice.
Art. 269d CO

Die Klage betreffend Bestätigung der Mietzinserhöhung ist eine Feststellungs- und keine Gestaltungs-klage.
Art. 269d OR

L'azione che mira a far approvare un aumento di pigione è di accertamento e non formatrice.
Art. 269d CO

21

76

TF 4A_289/2021 (16.07.2021)

Patricia Dietschy-Martenet

Arrivée tardive à l'audience de conciliation : la question de la faute légère

Dépôt de deux requêtes de conciliation, l'une en contestation du congé, l'autre en réparation de défauts. Fixation de deux audiences successives. Arrivée du locataire à la première audience avec vingt minutes de retard. Demande de restitution de délai rejetée pour absence de faute légère.
Art. 148 CPC

Einreichung von zwei Schlichtungsgesuchen, das eine auf Kündigungsanfechtung, das andere auf Mängelbehebung. Vorladung zu zwei aufeinanderfolgenden Schlichtungsverhandlungen. Der Mieter kam zur ersten Schlichtungsverhandlung zwanzig Minuten zu spät. Antrag auf Fristwiederherstellung abgewiesen, weil kein leichtes Verschulden vorlag.
Art. 148 ZPO

Deposito di due richieste di conciliazione, una in contestazione della disdetta, l'altra di riparazione dei difetti. Fissazione di due udienze successive. Arrivo del conduttore alla prima udienza con venti minuti di ritardo. Domanda di restituzione del termine respinta, per assenza di colpa leggera.
Art. 148 CPC

5. Divers

Varia

Varie

22

78

TF 5A_282/2020 (15.04.2021)

Sylvain Marchand

Bail et autonomie des personnes morales.

Un contrat de bail conclu au nom d'une personne morale ne peut valoir titre de mainlevée dans le cadre d'une poursuite contre une personne physique. Pour déterminer si une société ou son administrateur est locataire, il convient d'interpréter le contrat en vertu des règles de la bonne foi.

Art. 82 LP

Ein im Namen einer juristischen Person abgeschlossener Mietvertrag kann kein Rechtsöffnungstitel in der Betreuung gegen eine natürliche Person sein. Um festzustellen, ob eine Gesellschaft oder ihr Verwaltungsrat Mietpartei ist, ist der Vertrag nach Treu und Glauben auszulegen.

Art. 82 SchKG

Un contratto di locazione concluso a nome di una persona morale non può valere quale titolo di rigetto nell'ambito di una esecuzione contro una persona fisica. Per determinare se una società o il suo amministratore è conduttore, conviene interpretare il contratto in virtù delle regole della buona fede.

Art. 82 LEF

23

79

TF 9C_293/2020 (01.07.2021) destiné à la publication

Aurélie Gandoy

Mise à bail d'un logement financé au moyen de l'encouragement à la propriété du logement et obligation de remboursement

La location d'un logement financé au moyen d'un versement anticipé en vue de l'encouragement à la propriété du logement ne donne pas nécessairement lieu à un remboursement. L'abus de droit est réservé.

Art. 30d al. 1 let. b LPP

Die Vermietung einer Wohnung, die mit einem Vorbezug von Mitteln für die Wohneigentumsförderung finanziert wurde, führt – Rechtsmissbrauch vorbehalten – nicht zwangsläufig zur Rückzahlungspflicht.

Art. 30d Abs. 1 lit. b BVG

La locazione di un'abitazione finanziata per mezzo di un versamento anticipato in vista della promozione alla proprietà d'abitazione non dà necessariamente diritto a un rimborso. L'abuso di diritto rimane riservato.

Art. 30d cpv. 1 let. b LPP

Publications récentes

Etat au 22 octobre 2021

- BIERI L., Formule officielle et présomption d'ignorance du locataire, Jusletter du 12 octobre 2020
- BIERI L., Le rendement brut de la chose louée, PJA 4/2021 p. 437-440 (4 pages)
- BIERI L., Libéralisation des loyers et protection contre les discriminations, PJA 1/2021 p. 3-9 (7 pages)
- BISCHOF J./FETZ R./GIEZENDANNER T./LEVY J., Regulierung des Schweizer Mietwohnungsmarkts: Empfehlungen aufgrund Erfahrungen anderer Länder, SREJ 22/2021 p. 12-22 (21 pages)
- BUCHELI B., Datenschutz im Mietverhältnis: Ausgangslage und Revision des DSG, mp 4/2020, p. 383-401 (19 pages)
- CONOD P./BOHNET F., Droit du bail: Fond et procédure, 2^e éd., Bâle 2021 (470 pages)
- CORIC M./EBNETER D./JANN M., Einfluss des Mietrechts auf Erneuerungen von Immobilien, SREJ 22/2021 p. 42-51 (10 pages)
- DAÏNA I. S., L'OBLF comme ordonnance d'exécution – conformité au cadre légal, CdB 1/2021 p. 1-19 (19 pages)
- DAÏNA I. S./MORARD-PURRO C., La pénurie en droit du bail, Revue de l'avocat 2/2021 p. 61-63 (3 pages)
- DJURDJEVIC HEINZER N./PERRIER S., Slogans aux balcons, que dit le droit du bail?, Revue de l'avocat 2/2021 p. 66-67 (2 pages)
- GIGER H., Die Miete, Art. 260-266o OR, Berner Kommentar, Berne 2020 (516 pages)
- GURBANOV T./VOLPER M., Le droit du bail confronté aux plateformes de location de logements «entre particuliers» en ligne, Revue de l'avocat 2/2021 p. 57-58 (2 pages)
- HIGI P./BÜHLMANN A./WILDISEN C., Die Miete, Art. 266-268b OR, Zürcher Kommentar, 5^e éd., Zürich 2020 (386 pages)
- KOLLER T., Die mietrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2020, RJB 157/2021 p. 445-484 (40 pages)
- KOLLER T., Summarexmission und öffentliche mündliche Verhandlung, Jusletter 8 février 2021
- KOUMBARAKIS Z., Sicherheitsleistungen in der Mietpraxis – Fourniture de sûretés dans le cadre locatif, MRA 2/21 p. 55-77 (23 pages)
- LACHAT D., La fixation du loyer contesté: une jurisprudence à bout de souffle?, sui generis 2021, p. 29-36 (8 pages)
- LEHNER S., Die Staatliche Schlichtungsstelle für Mietstreitigkeiten Basel-Stadt - Verfahren und Besonderheiten aus der Praxis, BJM 2/2021 p. 81-110 (30 pages)
- MAGISTRINI L./WYSSEN M., Punaises de lit et droit du bail, Revue de l'avocat 2/2021 p. 54-56 (3 pages)
- MONTALTO C./RUBLI X., Loyers abusifs et rendement net, Revue de l'avocat 2/2021 p. 59-61 (3 pages)
- MÜLLER C., Contrats de droit suisse: présentation systématique des contrats les plus importants en pratique, Berne 2021 (970 pages)
- OBERHAMMER P./DOMEJ T./HAAS U. (édit.), Kurzkomentar ZPO, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3^e éd., Bâle 2021 (2196 pages)
- OBERHAUSSER C., Vertragsqualifikation bei Airbnb: eine Untersuchung des schweizerischen und englischen Rechts, Zurich/Bâle/Genève 2021 (85 pages)
- PLATTNER P./CARRON B., Mietrecht und Immobilientransaktionen, Revue de l'avocat 2/2021 p. 68-70 (3 pages)
- ROY GIGON M./RODIGARI V., Pluralité de locataires, pluralité de problèmes? Petit vade-mecum, Revue de l'avocat 2/2021 p. 63-65 (3 pages)
- SCHMID J./STÖCKLI H./KRAUSKOPF F., OR BT, Schweizerisches Obligationenrecht. Besonderer Teil, 3^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2021 (522 pages)
- STASTNY P., Jurisprudence fédérale relative au rendement net de la chose louée, Plaidoyer 1/2021 p. 24-27 (4 pages)
- STASTNY P., Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Netrendite: quo vadis? mp 1/2021 p. 7-36 (30 pages)
- THALER E./EGLI R., Mietrecht im summarischen Verfahren, mp 3/2021 p. 175-211 (37 pages)
- THÉVENOZ L./WERRER F., Code des obligations I, Art. 1-529 CO, Commentaire romand, 3^e éd., Bâle 2021 (3683 pages)
- TSCHUDI M., Entwicklungen im Mietrecht – Le point sur le droit du bail, RSJ 117/2021 p. 702-708 (7 pages)
- WEBER R., Gesetzesumgehung im Mietrecht, mp 2/2021 p. 93-121 (29 pages)
- WEISS M., Widerruf von Kündigungen im Mietrecht, PJA 2021 p. 737-741 (5 pages)

1. Dispositions générales

1

TF 4A_162/2020 (25.06.2020)

Aurélie Gandoy

Restitution de la chose louée et avis des défauts

La partie locataire doit restituer la chose louée dans l'état dans lequel elle se trouvait au début du bail, compte tenu de l'usure normale en raison de l'écoulement du temps. La partie bailleusesse doit vérifier la chose louée à sa restitution et aviser immédiatement la partie locataire des défauts dont elle entend la rendre responsable. L'avis des défauts doit être motivé.

Art. 260a, 267 et 267a CO

1. A.A et B.A (bailleurs) et D.D et E.D (locataires) ont conclu un contrat de bail dès le 1^{er} juillet 2010 portant sur une maison individuelle. Le 19 juillet 2016, les locataires ont résilié le bail pour le terme du 31 octobre 2016.
2. Le 30 janvier 2018, les bailleurs ont saisi la justice, concluant à ce que les locataires soient condamnés solidairement au paiement de la somme de CHF 29 350.60 avec intérêts. Les locataires ont conclu au rejet de la demande et, reconventionnellement, au paiement de la somme de CHF 6143.50 en leur faveur. Le Tribunal de première instance a condamné les locataires à payer solidairement CHF 19 171.80, intérêts en sus, aux bailleurs. Sur recours des locataires, le Tribunal de dernière instance cantonale a partiellement annulé le jugement et condamné les locataires au paiement solidaire de la somme de CHF 297.15, intérêts en sus. Les bailleurs recourent au Tribunal fédéral contre ce jugement.
3. Au **considérant 5**, le Tribunal fédéral traite du grief des bailleurs selon lequel l'instance précédente a violé l'art. 267a CO en rejetant leurs prétentions fondées sur les défauts affectant la chose louée.
4. Conformément à l'art. 267a al. 1 CO, la partie bailleusesse doit vérifier l'état de la chose louée lors de la

restitution et aviser immédiatement la partie locataire des défauts dont celle-ci répond. Si la partie bailleusesse néglige de le faire, la partie locataire est déchargée de toute responsabilité, à moins qu'il ne s'agisse de défauts cachés (art. 267a al. 2 CO). Dans ce cas, si la partie bailleusesse découvre plus tard de tels défauts, elle doit les signaler immédiatement à la partie locataire (art. 267a al. 3 CO).

5. Le Tribunal fédéral rappelle que l'avis des défauts doit être motivé (*ATF 101 II 83 c. 3*) et que de simples références générales telles que « désordre dans le jardin » ne sont pas suffisantes. Le procès-verbal de l'état des lieux de sortie, qui indique les défauts dont la partie locataire est responsable, vaut avis des défauts s'il est remis à celle-ci. Le simple fait que la partie locataire signe le procès-verbal sans qu'il ne soit précisé pour quel défaut la partie bailleusesse la tient pour responsable ne répond pas aux exigences de l'avis des défauts (*TF, 11.01.2012, 4A_545/2011 c. 3.2 et les réf.; ZK-HUGI, art. 267a CO N 26-30; SVITK-MÜLLER, art. 267-267a CO N 62; RONCORONI, in: Mieterinnen- und Mieterverband Deutschschweiz [édit.], Mietrecht für die Praxis, 9^e éd., Zurich 2016, p. 873 ss N 31.6.2*).
6. L'instance précédente retient que les bailleurs n'ont pas correctement avisé les locataires des défauts à la fin du bail, de sorte qu'ils ne pouvaient prétendre à une indemnité pour ces défauts. Ils se sont contentés d'envoyer le procès-verbal de sortie ainsi qu'une lettre valant avis des défauts. Le procès-verbal indiquait que l'état du jardin devait être établi par un spécialiste et la lettre mentionnait que des travaux étaient en cours et qu'une facture finale serait adressée aux locataires. Selon l'instance précédente, l'avis devait et pouvait contenir des clarifications supplémentaires, notamment au moyen de l'offre de l'entreprise en charge des travaux. Il ne ressortait pas du dossier qu'un avis des défauts détaillé eût été formulé par oral à l'état des lieux de sortie. Les bailleurs avaient également coché la case « usure excessive » dans le procès-verbal. Cela ne suffit pas pour valoir avis des défauts. L'instance précédente a donc à juste titre retenu que l'avis des défauts ne répondait pas aux exigences de l'art. 267a CO (c. 5).

7. **Aux considérants 6 à 8**, le Tribunal fédéral traite des griefs des bailleurs selon lesquels l'instance précédente a mal établi une partie des faits concernant le remplacement des plaques du four de cuisson, d'un joint de robinet ainsi que de taches sur le mur. Ils ne parviennent toutefois pas à démontrer en quoi les faits retenus étaient manifestement insoutenables.
8. **Dans son considérant 9**, le Tribunal fédéral traite de la question de la remise en état de la chose louée. Les bailleurs estiment que les locataires n'ont pas restitué la chose louée dans un état conforme et doivent s'acquitter de dommages-intérêts. En effet, les locataires ont – en cours de bail – comblé le biotope de la maison.
9. La partie locataire doit remettre la chose louée dans un état conforme au contrat, conformément à l'art. 260a al. 2 CO. Cette obligation est en relation directe avec l'obligation de restitution de la chose de l'art. 267 CO (TF, 16.07.2013, 4A_73/2013 et 4A_81/2013 c. 6.2.2). Or, selon l'art. 267 CO, la partie locataire doit restituer la chose dans un état qui résulte d'un usage conforme au contrat.
10. L'état de la chose est déterminé au moment de la restitution. La partie locataire n'a pas à restituer une chose neuve, mais doit restituer en tenant compte de l'état dans lequel elle se trouvait au début du bail et de l'état qu'on peut attendre en fin du bail si elle a été utilisée conformément au contrat.
11. Dans le cas d'espèce, le bien loué contenait un biotope dans un état adapté à l'usage au début de la location. L'état du biotope s'est détérioré en cours de bail. Alors qu'ils auraient dû en aviser les bailleurs et leur donner la possibilité de remédier au défaut, les locataires ont comblé le biotope sans en requérir l'autorisation. Les bailleurs avaient ainsi un droit de remise en état fondé sur l'art. 260a al. 2 CO. L'instance précédente a cependant retenu que les feuilles de protection du fond du biotope ainsi que la pompe avaient 25 ans au début du bail et étaient entièrement amorties. Seuls les frais d'enlèvement des matériaux et de réaménagement peuvent être mis à charge des locataires. Or, la facture présentée à titre de preuve par les bailleurs indiquait une somme forfaitaire de CHF 9000.- pour « excavation, fournitures de feuilles, fourniture et mise en place de pierres, installation d'une pompe avec puits, fourniture et mise en place de plantes » (traduction libre). Les bailleurs n'ayant pas offert de preuve quant aux frais de remise en état, l'instance précédente a rejeté leur demande. Le Tribunal fédéral retient que ce rejet est certes strict mais valable.

■ **Note**

12. Les décisions du Tribunal fédéral ainsi que de la dernière instance cantonale doivent être approuvées. Ces décisions permettent de revenir d'une part sur l'obligation de restitution de la partie locataire et, d'autre part, sur les incombances de la partie bailleuse qui entend faire valoir une mauvaise restitution.

A. Etat de la restitution

13. Conformément à l'art. 267 al. 1 CO, la partie locataire « doit restituer la chose dans l'état qui résulte d'un usage conforme au contrat ». L'état de la chose louée au moment de la restitution est déterminant (*CPra Bail-AUBERT, art. 267 CO N 29*). La partie locataire ne doit pas restituer une chose identique à celle qui lui a été remise en début de bail, mais compte tenu de l'usure normale de la chose (*CPra Bail-AUBERT, art. 267 CO N 18*; *BOHNET/CONOD, La fin du bail et l'expulsion du locataire, in: Bohnet/Carron [éd.], 18^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2014, p. 97, N 82*). L'usure normale s'établit en prenant en considération la destination de la chose louée (*KUNZ/WYTENBACH, Die Rückgabe der Mietsache, mp 3/2016, p. 200*; *LCHAT/RUBLI, Bail à loyer, Lausanne 2019, p. 1042*) ainsi que de la durée de vie moyenne des installations. Sur ce dernier point, les tribunaux se réfèrent à des tables déterminant la durée de vie de différentes installations (*not. CPra Bail-AUBERT, art. 267 CO N 29*). La partie locataire ne répond ainsi que de l'usure qui excède l'usure normale.
14. Ainsi, dans l'arrêt commenté, le tribunal de dernière instance cantonale a retenu que les bailleurs ne pouvaient mettre à charge des locataires l'intégralité des frais de peinture des murs présentant des taches. En effet, les murs ont été repeints en 2010 et la peinture a une durée de vie de 8 ans. Après un bail de six ans et quatre mois, la durée de vie résiduelle de la peinture n'était plus que de 21%. Les locataires ne répondent des frais de peinture que dans cette proportion (c. 8).
15. Le Tribunal fédéral met par ailleurs l'art. 267 CO en relation avec l'art. 260a CO. Selon l'art. 260a al. 1 CO, la partie locataire ne peut rénover ou modifier la chose louée qu'avec le consentement de la partie bailleuse. Si elle effectue des travaux sans son accord, elle doit remettre la chose en état avant sa restitution (art. 260a al. 2 CO *a contrario*) (*Voir ég. BARBEY, Les travaux de rénovation et de modification de la chose louée entrepris par le locataire (art. 260a CO), in: 10^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 1998, p. 12*; *CARRON, Bail et travaux de construction: aménagement, entretien, rénovation et modification des locaux, in: Bohnet [éd.], 17^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2012, p. 45 ss, N 142*; *KUNZ*

WYTTENBACH, *op. cit.*, p. 196). La partie bailleresse ne peut exiger la remise en état de la chose louée que dans les limites de l'abus de droit (art. 2 al. 2 CC) (LACHAT/RUBLI, *op. cit.*, p. 1065). Elle ne peut par exemple pas l'exiger lorsqu'elle entend rénover la chose louée.

16. La partie locataire ne doit pas remettre la chose dans un état identique à celui dans lequel elle se trouvait au début du bail. Elle doit remettre la chose dans l'état antérieur, mais en tenant compte d'une usure normale (CPra Bail-AUBERT, art. 260a CO N 24; ZK-HIGI, art. 260a CO N 25).
17. Ainsi, c'est à juste titre que le tribunal de dernière instance cantonale retient que les bailleurs ne peuvent pas mettre à charge des locataires la remise en état en ce qui concerne des pièces (feuilles de fond et pompe) qu'ils devaient de toute manière remplacer, compte tenu de l'usure normale (c. 9).

B. Avis des défauts en tant qu'incombance de la partie bailleresse

18. Conformément à l'art. 267a al. 1 CO, la partie bailleresse qui entend rechercher la partie locataire pour les défauts affectant la chose louée à sa restitution doit respecter deux incombances. Elle doit d'une part vérifier la chose et, d'autre part, aviser la partie locataire des défauts pour lesquels elle entend la rechercher. Il convient de rappeler la forme de l'avis des défauts (1°), le délai dans lequel la partie bailleresse doit le notifier (2°) ainsi que son contenu (3°). Le procès-verbal peut en outre valoir avis des défauts (4°).

1° *Forme*. L'avis des défauts n'est pas soumis à une prescription de forme. Il s'agit d'une manifestation de volonté de la partie bailleresse adressée à la partie locataire (CR CO I-LACHAT, art. 267a CO N 2; KUNZ/WYTTENBACH, *op. cit.*, p. 199). En pratique, la partie bailleresse prendra garde à adresser un avis des défauts par l'envoi d'un courrier recommandé contre signature. Il lui appartient en effet de démontrer le respect de son incombance (CPra Bail-AUBERT, art. 267a CO N 13).

2° *Délai*. En ce qui concerne les défauts apparents, la partie bailleresse doit notifier l'avis des défauts dans les 2 à 3 jours qui suivent la remise des clés (TF, 16.11.2010, 4D_98/2010; CPra Bail-AUBERT, art. 267a CO N 17). L'avis des défauts pour les défauts cachés doit être notifié dans les jours ouvrables qui suivent leur découverte (CR CO I-LACHAT, art. 267a N 4).

3° *Contenu*. L'avis des défauts doit être motivé et substantiel (ATF 101 II 84; 107 II 175). La partie bailleresse doit indiquer de manière précise et détaillée les défauts pour lesquels elle entend rechercher la partie locataire (TF, 11.01.2012, 4A_545/2011 c. 3.2, commenté in : DB 2012 N 11). Elle doit ainsi énumérer de manière claire et reconnaissable la nature et l'étendue des défauts. La

partie bailleresse n'a en revanche pas besoin de chiffrer son dommage dans l'avis des défauts (LACHAT/RUBLI, *op. cit.*, p. 1039). Toutefois, elle devra ensuite alléguer et prouver son dommage en procédure (c. 9 de l'arrêt commenté). Comme retenu par le tribunal de dernière instance cantonale (c. 5 de l'arrêt commenté), une formulation vague ou une simple énumération de défauts dans le procès-verbal de sortie ne remplit pas les exigences de motivation (TF, 11.01.2012, 4A_545/2011, commenté in : DB 2012 N 11, N 7). Ainsi, un courrier avec des formulations générales, dans notre cas « désordre dans le jardin », ne vaut pas avis des défauts (TF, 11.01.2012, 4A_545/2011, c. 3.2, commenté in : DB 2012 N 11). En tout état de cause, le contenu de l'avis des défauts s'interprète selon le principe de la confiance (TF, 21.05.2013, 4A_597/2012, c. 3.3).

4° *Procès-verbal comme avis des défauts*. En application de ce qui précède, un procès-verbal d'état des lieux de sortie ne vaut avis des défauts que s'il est notifié à la partie locataire et s'il détaille et précise les défauts qui lui sont reprochés (Chambre d'appel en matière de baux et loyer de Genève, 23.04.2001, mp 3/2001, p. 144, commenté in : DB 2002 N 11; CPra Bail-AUBERT, art. 267a CO N 15). La partie bailleresse doit indiquer dans le procès-verbal qu'elle impute ces défauts à la partie locataire (TF, 11.01.2012, 4A_545/2011, c. 3.2, commenté in : DB 2012 N 11; CPra Bail-AUBERT, art. 267a CO N 15). Si cette dernière refuse de signer le procès-verbal, la partie bailleresse prendra garde à lui envoyer le procès-verbal par courrier recommandé (CPra Bail-AUBERT, art. 267a CO N 16; DB 2002 N 11). Précisons encore que la partie locataire qui signe le procès-verbal ne reconnaît pas forcément sa responsabilité. Les parties sont toutefois libres de prévoir une convention d'indemnisation dans le procès-verbal (art. 267 al. 2 CO *a contrario*) (en ce sens, CPra Bail-AUBERT, art. 267 CO N 45).

19. Si la partie bailleresse omet d'aviser la partie locataire des défauts ou que l'avis des défauts n'est pas suffisamment motivé, la partie locataire est libérée de toute responsabilité (CPra Bail-AUBERT, art. 267a CO N 20 s.; KUNZ/WYTTENBACH, *op. cit.*, p. 199).

2

TF 4A_482/2019 (10.11.2020)

Blaise Carron

Bail et reconnaissance de dette

Reconnaissance de dette : notion, précisions sur la nature causale ou abstraite d'un point de vue formel et matériel, influence probatoire.

Art. 17 CO ; 82 et 83 al. 2 LP

1. A. est actionnaire unique de la société anonyme « M. SA » statutairement vouée à l'exploitation d'un cabaret-dancing « M. » dans les locaux commerciaux appartenant à A.
2. O. est associé gérant de N. Sàrl, sise à la même adresse que M. SA, avec une part de CHF 14 000.- et dispose de la signature individuelle. A. possède une part de CHF 7000.- sans pouvoir de signature de cette Sàrl.
3. En janvier 2002, A. et Z. ont conclu une convention de gérance libre par laquelle A., en tant que représentant de M. SA, confie à Z. l'exploitation de l'ensemble de son commerce.
4. Le 4 décembre 2002, Z. a racheté pour CHF 14 000.- la part de O. dans la société N. Sàrl.
5. De 2004 à 2008, les frais de loyer et de gérance ont été enregistrés dans les comptes de N. Sàrl. Pour sa part, M. SA a enregistré des recettes de gérance dans ses comptes de 2008, 2009 et 2010.
6. Le 17 novembre 2010, A., en tant que représentant de M. SA, et Z., en tant que représentant de N. Sàrl, ont signé un accord en vertu duquel les parties mettent fin à leur relation contractuelle de gérance libre le 10 novembre 2010.
7. Le même jour, Z. a signé un document intitulé « Reconnaissance de dette », disposant que « Je soussigné, Monsieur Z. (...), reconna[is] devoir, à titre personnel, à Monsieur A. (...), la somme de CHF 90 200.- (...) d'ores et déjà reçu [sic !] à la suite d'un prêt octroyé en 2010 pour le paiement de loyers en lien avec l'exploitation du bar-dancing « M. » ». Le document prévoyait un remboursement mensuel de CHF 3000.- jusqu'au 20 juin 2013 puis un dernier remboursement de CHF 572.80 devant intervenir le 31 juillet 2013. Il était précisé que le document valait reconnaissance de dette au sens de l'art. 80 LP.
8. Le 30 novembre 2010, la discothèque a fermé.
9. Z. n'a versé aucune des mensualités prévues. Durant l'année 2010, il a perçu de N. Sàrl un salaire mensuel de CHF 5352.-, allocations familiales comprises. N. Sàrl a été dissoute par suite de faillite prononcée en juillet 2011. La société a été radiée du registre du commerce en juin 2012.
10. Le 30 octobre 2012, A. a mis Z. en demeure de lui verser CHF 99 665.70 jusqu'au 30 novembre 2012. Le 12 décembre 2016, A. a fait notifier à Z. un commandement de payer la somme de CHF 90 200.- plus intérêts en indiquant comme titre « prêt avec contrat de reconnaissance de dette du 17.11.2010 ». A. a obtenu la mainlevée provisoire de l'opposition formée par Z.
11. Z. a saisi le tribunal de première instance du canton de Genève d'une action en libération de dette puis a fait appel contre la décision rejetant son action devant la Cour de justice. Celle-ci a admis son appel, considérant que Z. ne devait pas à A. la somme de CHF 90 200.-. A. a interjeté un recours en matière civile auprès du Tribunal fédéral.
12. La procédure en mainlevée provisoire de l'opposition est une procédure « sur pièce » qui n'a pas pour but de constater la réalité de la créance en poursuite, mais l'existence d'un titre exécutoire (ATF 136 III 583 c. 2.3). Le poursuivi qui agit en libération de dette (art. 83 al. 2 LP) tente une action tendant à faire constater que la créance déduite en poursuite était inexistante ou inexigible au moment de l'introduction de la poursuite. Cette action déploie des effets réflexes sur la poursuite en cours, dont elle arrête le déroulement. Le jugement définitif a autorité de chose jugée sur le fond à l'égard du poursuivant et du poursuivi (ATF 131 III 268 c. 3.1).
13. Quand bien même le créancier poursuivant a le rôle de défendeur dans cette action, la répartition du fardeau de la preuve demeure inchangée. Il échoit ainsi au créancier/défendeur de prouver les faits dont il déduit l'existence et l'exigibilité de la créance, tandis que le débiteur/demandeur peut se défendre en démontrant qu'il ne doit pas les sommes réclamées (ATF 131 III 268 c. 3.1 ; 130 III 285 c. 5.3.1).
14. En l'occurrence, le créancier poursuivant dispose d'une reconnaissance de dette formellement causale, en ce sens qu'elle mentionne la cause de l'obligation (« prêt »). Une reconnaissance abstraite (i.e. qui n'évoque pas la cause) est également valable, comme le précise l'art. 17 CO (cf. p. ex. TF, 14.04.2009, 4A_17/2009, c. 3.2). Du point de vue matériel, la reconnaissance de dette renferme une promesse de payer et donne ainsi naissance à une dette (*Anerkennungsschuld*) de contenu identique à celui de la dette reconnue (*anerkannte Schuld*), de sorte que le créancier

peut désormais se fonder sur cette seule reconnaissance pour réclamer le paiement au débiteur (TF, 11.06.2020, 5A_438/2019, c. 3.1.2; 01.04.2019, 4A_600/2018, c. 5.2). Il n'en demeure pas moins que la cause sous-jacente doit exister et être valable : en droit suisse, la reconnaissance de dette, même abstraite, a pour objet une obligation causale (ATF 119 II 452 c. 1d p. 455; 105 II 183 c. 4a et les réf.).

15. Sous l'angle probatoire, la reconnaissance de dette renverse le fardeau de la preuve ; le créancier qui la produit n'a pas à prouver la cause de sa créance, ni la réalisation d'autres conditions que celles qui sont indiquées dans cet acte (cf. not. ATF 142 IV 119 c. 2.3). Le débiteur qui conteste la dette doit établir la cause de l'obligation (lorsqu'elle n'est pas déjà énoncée) et démontrer que cette cause n'est pas valable, ou ne peut plus être invoquée (ATF 105 II 183 c. 4a), par exemple parce que le rapport juridique à la base de la reconnaissance est inexistant, nul (art. 19 et 20 CO), invalidé ou simulé (art. 18 al. 1 CO). De manière générale, il peut se prévaloir de toutes les objections et exceptions (exécution, remise de dette, exception de l'inexécution, prescription, etc.) qui sont dirigées contre la dette reconnue (ATF 131 III 268 c. 3.2).
16. Lorsque, comme en l'espèce, la reconnaissance est formellement causale, le débiteur doit simplement s'employer à réfuter la cause qu'elle indique ; il peut aussi tenter d'établir que la reconnaissance elle-même n'est pas valable.
17. L'autorité précédente a constaté l'inexistence de la créance déduite en poursuite et a ainsi admis l'action en libération de dette. La reconnaissance de dette du 17 novembre 2010 mentionne un « prêt » portant sur une somme d'argent que le débiteur reconnaît avoir reçue et qu'il s'engage à rembourser. L'autorité précédente a considéré qu'aucun prêt n'avait été octroyé. Compte tenu de l'absence de contrat de prêt, et donc d'obligation causale, la reconnaissance de dette n'était elle-même pas valable.
18. Le débiteur ne doit prouver que l'absence de prêt. Il n'a par contre pas à établir qu'il avait effectué sa promesse de payer sous l'emprise d'une erreur excusable.

■ Note

19. L'arrêt commenté est l'occasion d'effectuer quelques rappels utiles en lien avec la notion de « reconnaissance de dette » en droit suisse. Il s'agit d'abord de **définir** ce concept. Par reconnaissance de dette, on entend la déclaration adressée par une personne à une autre et dans laquelle la première atteste qu'elle est débitrice de la seconde (BOHNET, *La théorie géné-*

rale des papiers-valeurs, thèse Neuchâtel, Bâle 2000, N 233 ; ég. BK-MÜLLER, art. 17 CO N 15 ; KRAUSKOPF, Die Schuldanerkennung im Schweizerischen Obligationenrecht, thèse, Fribourg 2003, N 5 ss).

20. **Du point de vue formel** ensuite, la reconnaissance de dette peut être abstraite ou causale. Dans la première hypothèse, le titre ne mentionne pas la cause de l'obligation. L'art. 17 CO admet expressément la validité d'une reconnaissance de dette formellement abstraite (BK-MÜLLER, art. 17 CO N 46 ss). Ceci dit, le droit suisse laisse le choix à l'auteur de la reconnaissance de dette d'y mentionner la cause : la reconnaissance de dette est alors formellement causale (BK-MÜLLER, art. 17 CO N 44 s.), comme dans l'arrêt commenté. En effet, Z. a mentionné comme cause de la dette reconnue « un prêt octroyé en 2010 pour le paiement de loyers en lien avec l'exploitation du bar-dancing M. » (cf. c. A.f).
21. **Du point de vue matériel**, la reconnaissance de dette en droit suisse ne peut pas être abstraite, elle est toujours causale. Cela signifie que l'efficacité d'une reconnaissance de dette dépend de l'existence et de la validité de l'obligation originale. Le débiteur peut se prévaloir de toutes les objections et exceptions (exécution, remise de dette, exception de l'inexécution, prescription, etc.) qui sont dirigées contre la dette reconnue (cf. c. 3). Par exemple, si celle-ci est inexistante faute d'accord des volontés des parties, si elle est nulle en raison d'un vice de l'objet, si elle a été invalidée en raison d'un vice du consentement, ou si elle a été simulée, alors la reconnaissance de dette ne déploie pas d'effets.
22. **Du point de vue probatoire** enfin, la reconnaissance de dette favorise la position du créancier, car elle entraîne un renversement du fardeau de la preuve : le créancier ne doit apporter ni la preuve de la cause de l'obligation principale ni la réalisation d'autres conditions que celles figurant dans le titre de reconnaissance de dette. C'est au contraire au débiteur qui refuse d'exécuter une prestation en raison d'une cause déficiente, d'établir d'abord la cause de l'obligation et de démontrer ensuite que cette cause est inefficace, c'est-à-dire inexistante ou non valable. Notons enfin que, comme le rappelle judicieusement le Tribunal fédéral dans l'arrêt commenté (cf. c. 3), ce renversement du fardeau de la preuve découle de la présence d'une reconnaissance de dette, et pas déjà du rôle procédural « inversé » induit par l'action en libération de dette où le débiteur occupe le rôle de demandeur et le créancier celui de défendeur au procès.

3

TF 4A_305/2020 (11.02.2021)

Aurélie Gandoy

Le droit d'enlèvement face à l'indemnité pour la plus-value apportée à la chose louée

Admission d'un droit d'enlèvement *extra legem* en faveur de la partie locataire lorsqu'elle ne peut prétendre à une indemnité pour la plus-value apportée par ses aménagements en application de l'art. 260a CO.

Art. 260a, 267 CO ; 642 CC

1. Par acte du 1^{er} octobre 2006, B. a vendu à C. SA une parcelle construite sise dans la commune de U. C. SA a proposé à A. d'acquérir l'appartement que ce dernier occupait dans l'immeuble depuis plus de dix ans. A. et son épouse ont accepté le principe mais porté leur choix sur d'autres locaux du même bâtiment. La propriétaire a accepté. Le 16 octobre 2007, C. SA et les époux A. ont signé une promesse de vente sur la base de laquelle le couple a pris possession des locaux en novembre 2007, pensant de bonne foi qu'ils allaient en devenir propriétaires.
2. L'appartement choisi ne disposait à l'époque ni d'une cuisine ni de sanitaires, et le balcon n'était pas terminé ; son insalubrité le rendait inhabitable. Il était convenu que les époux A. achetaient les locaux à l'état brut et entreprendraient des travaux à leurs frais. Avec l'accord de C. SA, les promettants-acquéreurs ont débuté les travaux en novembre 2007 pour les achever en février 2008, époque à laquelle ils se sont établis dans l'appartement. L'acte de vente de l'appartement a été signé devant notaire le 8 avril 2008 par C. SA en qualité de venderesse et par les époux A. en tant qu'acquéreurs en copropriété par moitié chacun. Le prix convenu se montait à CHF 75 000.-, dont CHF 10 000.- étaient payables « avant ce jour et dont quittance », le solde devant être acquitté par mensualités de CHF 900.- à partir du 1^{er} janvier 2008 jusqu'au paiement complet. L'acte précisait que la prise de possession était déjà intervenue.
3. Les aménagements, réalisés par le promettant lui-même, ont consisté à installer une cuisine neuve et une salle de bains munie d'une nouvelle cabine de douche, à rénover les murs et peintures, à lamer le plafond et à poser l'installation électrique, le carrelage, le parquet, l'isolation, les fenêtres, ainsi que des portes, stores et caissons de stores.
4. La faillite de C. SA a été prononcée par jugement en mai 2008, sans que le transfert de propriété n'ait été inscrit au registre foncier. L'immeuble abritant l'appartement est ainsi tombé dans la masse en faillite de C. SA. La valeur vénale de l'appartement après transformation a été fixée à CHF 126 000.- et la valeur admise en cas de vente forcée à CHF 101 000.-.
5. Les époux A. ont produit une créance de CHF 91 300.- dans la faillite de la société venderesse, dont CHF 75 000.- pour les travaux personnels effectués, CHF 10 000.- pour l'acompte versé avant la signature de l'acte de vente et CHF 5400.- pour les six mensualités de CHF 900.- payées en mains de la faillie entre janvier et juin 2008. Cette production a été admise. Durant la procédure de liquidation forcée, A. a versé un loyer mensuel de CHF 900.- à l'office des faillites pour l'usage de l'appartement.
6. Lors des enchères publiques, B. a obtenu l'adjudication de l'appartement pour CHF 101 000.-. A. a conservé l'usage des locaux en vertu d'un contrat de bail pour un loyer mensuel de CHF 1300.-. Il n'a toutefois versé que CHF 800.- par mois entre mai et décembre 2009. La bailleresse n'a alloué aucune indemnité pour les aménagements réalisés dans l'appartement.
7. La bailleresse a signifié une première résiliation du bail qui a été annulée avant de valablement résilier le contrat avec effet au 30 avril 2010. Les locataires ont dénoncé le bail avec un terme anticipé au 31 décembre 2009. Ils ont restitué les clés par pli du 30 décembre 2009. En quittant l'appartement, A. a démonté et emporté le mobilier ainsi qu'une grande partie des aménagements qu'il avait réalisés. Il a en outre endommagé des aménagements laissés en place.
8. La bailleresse a déposé une requête de conciliation puis une demande en paiement dans laquelle elle prétendait aux montants de CHF 67 000.- à raison du préjudice causé à son appartement, CHF 49 400.- au titre de perte locative. Le locataire a conclu reconventionnellement à ce que la bailleresse soit condamnée à payer CHF 24 473.10 « à titre d'indemnité pour la plus-value apportée à l'appartement suite aux travaux de rénovation effectués par [s]es soins », plus CHF 2400.- en remboursement des avances faites dans la procédure de preuve à futur.
9. Par jugement du 22 décembre 2017, le Juge de première instance a partiellement admis la demande principale et rejeté la demande reconventionnelle. Il a condamné le locataire à verser, avec intérêt, CHF 27 956.- pour le remplacement des aménagements emportés par le locataire et CHF 15 743.- pour les dommages causés lors de l'enlèvement, CHF 12 880.- pour la perte locative subie, CHF 800.- pour le solde de loyer afférent

aux mois de mai à décembre 2009 et CHF 3600.- pour loyers impayés entre janvier et avril 2010. Le Tribunal cantonal a partiellement admis l'appel du locataire en réforme en excluant de sa condamnation les deux derniers postes. A. a interjeté un recours en matière civile au Tribunal fédéral.

10. Le Tribunal fédéral considère que les aménagements effectués par le recourant sont devenus parties intégrantes de la chose louée et qu'il lui est reproché d'avoir emporté de tels éléments en quittant l'appartement (c. 5.3). Ceci étant précisé, le Tribunal fédéral s'intéresse en premier lieu au principe d'accession ainsi qu'au droit d'enlèvement (1^o) avant d'analyser le cas d'espèce au regard de ces développements (2^o).

1^o Principe d'accession et droit d'enlèvement.

11. Conformément au principe d'accession, une partie intégrante n'a pas d'existence juridique propre en droits réels : elle suit le sort de la chose complexe à laquelle elle est rattachée (art. 642 al. 1 CC).

12. Ainsi, le propriétaire acquiert originairement par accession la propriété de tout ce qui est uni à sa chose de manière à devenir une partie intégrante de celle-ci, tandis que les droits réels qui portaient sur l'objet devenu partie intégrante s'éteignent sans réserve (not. CR CC II-FÖEX, art. 642 CC N 21 et 23 ; BSK ZGB II-WOLF/WIEGAND, art. 642 CC N 31 s.).

13. En contrepartie, le propriétaire de la chose composée peut devoir, selon les circonstances, payer une indemnité contractuelle, délictuelle ou pour enrichissement illégitime, ou encore tolérer le détachement et l'enlèvement des parties intégrantes par leur ex-proprétaire (not. CR CC II-FÖEX, art. 642 CC N 24 ; BSK ZGB II-WOLF/WIEGAND, art. 642 CC N 35).

14. Le Tribunal fédéral examine l'admission d'un tel droit d'enlèvement (« *jus tollendi* ») en matière de droit du bail.

- La loi reconnaît un tel droit d'enlèvement (ou droit de reprise, *jus tollendi* ; *Wegnahmerecht*) à l'usufruitier-ère (art. 753 al. 2 CC), à la personne qui possède de bonne foi (art. 939 al. 2 CC), à la personne enrichie sans cause légitime (art. 65 al. 2 CO) et à la gérante ou au gérant d'affaires (art. 422 al. 3 CO) lorsque ces personnes ont effectué des impenses non remboursables (BSK ZGB II-WOLF/WIEGAND, art. 642 CC N 30).
- Selon la doctrine majoritaire, un tel droit d'enlèvement doit aussi être reconnu dans les contrats cédant l'usage d'une chose, tel le prêt à usage, le bail à ferme ou le bail à loyer (not. BK-MEIER-HAYOZ [5^e d., 1981], art. 642 CC N 59 ; VON TUHR, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationen-*

rechts, vol. I, 3^e éd., Zurich 1979, p. 134 ; plus récemment, STEINAUER, *Les droits réels*, t. I, 6^e éd., Berne 2019, N 1469 ; BSK ZGB II-WOLF/WIEGAND, art. 642 CC N 30). La doctrine s'est appuyée sur le droit du bail allemand (§ 539 al. 2 BGB ; cf. aussi § 552 BGB).

- Le Tribunal fédéral a confirmé ce point de vue doctrinal dans un litige de bail à loyer, où il a évoqué un droit d'enlèvement de nature réelle permettant à la partie locataire de s'approprier les aménagements à la fin de contrat lorsque la partie bailleresse n'a fourni aucune indemnité pour les impenses (TF, 09.01.2006, 4C.345/2005, c. 1.1 ; cf. aussi TF, 02.09.2009, 4A_211/2009, c. 3.3).
- Il résulte des dispositions légales précitées qu'un tel droit est reconnu à l'auteur d'impenses non remboursables (BSK ZGB II-WOLF/WIEGAND, art. 642 CC N 30). Ainsi, selon la jurisprudence et la doctrine majoritaire, un droit d'enlèvement *extra legem* doit être reconnu à la partie locataire lorsqu'elle ne peut prétendre à une indemnité pour la plus-value apportée par ses aménagements (cf. CARRON, *Le bail de locaux nus ou bruts*, in : Bohnet/Carron [édit.], 20^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2018, N 180 ; en droit allemand, cf. PALANDT/WEIDENKAFF, in : *Bürgerliches Gesetzbuch*, 79^e éd. 2020, § 539 BGB N 3).

15. Par conséquent, il convient en premier lieu d'examiner si la partie locataire pouvait prétendre à une indemnité au sens de l'art. 260a al. 3 CO. Selon cette disposition, la partie locataire a droit à une indemnité lorsque, à la fin du bail, la chose louée présente une plus-value considérable résultant de la rénovation ou de la modification acceptée par la partie bailleresse. La « plus-value » correspond à la valeur ajoutée à la chose louée, non encore amortie à la fin du bail. Elle s'apprécie objectivement, au regard des frais exposés par la partie locataire et de l'utilité des travaux pour la partie bailleresse. Elle doit être « considérable », élément qui dépend des circonstances, en particulier du coût des travaux, du loyer payé par la partie locataire et des avantages dont la partie bailleresse pourra tirer profit. L'indemnité doit être appréciée en équité par le juge, qui dispose d'un large pouvoir d'appréciation (not. TF, 09.05.2019, 4A_335/2018, c. 6.2.1 ; 29.03.2006, 4C.18/2006, c. 3.1.1 ; 18.08.2005, 4C.97/2005, c. 2.4 ; sur l'applicabilité de l'art. 260a CO en cas de locaux loués à l'état brut : cf. CPra Bail-AUBERT, art. 260a CO N 30 ; CARRON, *Le bail de locaux nus ou bruts*, op. cit., N 167 s. ; BIEBER, *Die Rohbaumiete*, Zurich/Saint-Gall 2014, p. 134 s.).

2^o Cas d'espèce.

16. Dans le cas d'espèce, l'autorité précédente a retenu que le recourant avait conclu un bail avec la faille.

Le recourant n'a pas valablement motivé le contraire. Ainsi, l'autorité précédente a, à juste titre, retenu que le recourant se trouvait dans un rapport de droit spécial avec l'ayant droit réclamant la restitution (TF, 23.09.2011, 5A_88/2011 c. 7.1 et réf. cit.; cf. aussi ATF 110 II 474, c. 3b in fine; 75 II 38 c. 1).

17. Ainsi, le recourant aurait eu en principe le droit de se faire indemniser pour la plus-value de ses aménagements. Or, la possibilité de se faire indemniser exclut l'exercice du droit d'enlèvement (*jus tollendi*).
18. Bien que le recourant eût dû laisser sur place les aménagements effectués, la bailleuse aurait dû lui verser une indemnité pour la plus-value apportée. Par appréciation et en équité, le Tribunal fédéral a ainsi admis qu'une indemnité pour plus-value doit être arrêtée équitablement à CHF 20 000.- en faveur du locataire. Ainsi, le Tribunal fédéral a réduit en conséquence l'indemnité en faveur de la bailleuse de CHF 27 956.- pour le remplacement des aménagements emportés par le locataire, la fixant à CHF 8000.-.
19. Le Tribunal fédéral a ainsi admis partiellement le recours du locataire.

■ **Note**

20. Par cette décision, le Tribunal fédéral précise la coordination entre le régime des droits réels et le régime du droit des contrats, plus particulièrement sur l'application d'un droit d'enlèvement (*jus tollendi*) en matière de droit du bail.
21. Le principe d'accession est prévu par l'art. 642 al. 1 CC selon lequel « [l]e propriétaire d'une chose l'est de tout ce qui en fait partie intégrante ». La personne propriétaire de la chose principale acquiert originairement et par accession la propriété de tout ce qui est uni à sa chose de manière à devenir une partie intégrante de celle-ci. Ainsi, les droits réels portant sur la chose devenue partie intégrante s'éteignent (CR CC II-FÖEX, art. 642 CC N 21 et 23; BSK ZGB II-WOLF/WIEGAND, art. 642 CC N 31 s.).
22. Conformément au principe d'accession, la propriété d'une chose intégrée par la partie locataire à la chose louée devient la propriété de la partie bailleuse propriétaire de la chose. En contrepartie, la partie propriétaire peut être tenue soit de payer une indemnité, soit de tolérer l'enlèvement des parties intégrantes par la personne qui en était préalablement propriétaire (not. CR CC II-FÖEX, art. 642 CC N 24; BSK ZGB II-WOLF/WIEGAND, art. 642 CC N 35).

23. Il convient ainsi d'examiner la possibilité pour la partie locataire de requérir le paiement d'une indemnité (1°) et l'existence d'un éventuel droit d'enlèvement (*jus tollendi*) (2°).

1° Droit à une indemnité

24. Comme rappelé par le Tribunal fédéral (c. 5.4.3), la partie locataire peut prétendre à une indemnité en vertu de l'art. 260a al. 3 CO. Selon cette disposition « Si, à la fin du bail, la chose présente une plus-value considérable résultant de la rénovation ou de la modification acceptée par le bailleur, le locataire peut exiger une indemnité pour cette plus-value ».
25. Selon une partie de la doctrine, le régime de l'art. 260a al. 3 CO s'applique directement ou par analogie aux baux de locaux nus (CARRON, *Le bail de locaux nus ou bruts*, op. cit., N 167 et réf. cit.).
26. Le droit à une indemnité est conditionné à l'existence de l'acceptation des travaux par la partie bailleuse, d'une plus-value résultant de la rénovation ou de la modification et du caractère considérable de cette plus-value.
27. La plus-value correspond à la valeur ajoutée et pas encore amortie de la chose louée au terme du bail (TF, 27.03.2015, 4A_678/2014, c. 4.1.1, DB 2015 N 6; CARRON, *Bail et travaux de construction : aménagement, entretien, rénovation et modification des locaux*, in : *Bohnet (édit.), 17^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel/Bâle 2012 N 161*; CARRON, *Le bail de locaux nus ou bruts*, op. cit., N 187; CPra Bail-AUBERT, art. 260a CO N 33; ZK-HIGI, art. 260a CO N 50; LACHAT/RUBLI, *Le bail à loyer, Lausanne 2019, p. 1067*). Selon le Tribunal fédéral, elle s'apprécie objectivement, au regard des frais exposés par la partie locataire et de l'utilité des travaux pour la partie bailleuse. Ce point mérite trois précisions. Premièrement, la valeur objective des investissements effectués par la partie locataire ne saurait être prise en compte de manière absolue. En effet, il convient de tenir compte des prix du marché et non pas d'éventuels travaux ou commandes à des prix surfaits (CPra Bail-AUBERT, art. 260a CO N 33). Deuxièmement, les frais de la partie locataire comprennent également les travaux qu'elle a effectués personnellement, en tenant compte du prix des prestations sur le marché (BARBEY, *Les travaux de rénovation et de modification de la chose louée entrepris par le locataire* (art. 260a CO), in : *10^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 1998, p. 14*). Troisièmement et finalement, il convient de tenir compte de l'utilité que représentent les travaux pour la partie bailleuse. Dès lors, s'ils ne sont utiles que pour la partie locataire et n'apportent aucune plus-value objective à la partie bailleuse, aucune

indemnité n'est due (TF, 29.03.2006, 4C.18/2006, c. 3.1.1).

28. La plus-value doit en outre être considérable. Selon le Tribunal fédéral, le caractère considérable dépend des circonstances, en particulier du coût des travaux, du loyer payé par la partie locataire et des avantages dont la partie bailleuse pourra tirer profit. Une partie de la doctrine suit cette position et considère que le caractère considérable s'établit selon le cas d'espèce (not. LACHAT/RUBLI, *op. cit.*, p. 1068 s.; ZEHNDER, *Die Bestimmung der Mehrwertenschädigung beim Mieterbauten* (art. 260a Abs. 3 OR), PJA 1996, p. 729). Une autre partie de la doctrine retient en revanche que le caractère considérable de la plus-value doit se rapporter à des critères précis, soit lorsque la plus-value correspond à un certain pourcentage de la valeur de la chose louée (not. BARBEY, *op. cit.*, p. 14 s.; SVITK-BÄTTIG, art. 260/260a CO N 78).

29. A notre sens, il convient de suivre la position du Tribunal fédéral et d'une partie de la doctrine en ce sens que le caractère considérable de la plus-value doit tenir compte de l'ensemble des circonstances du cas d'espèce. Une telle solution permet de ne pas se limiter à tenir compte de la valeur vénale de la chose louée ou encore du loyer payé, qui ne sont pas nécessairement, à eux seuls, des indicateurs fiables de mesure de la plus-value apportée à la chose louée.

30. Lorsque ces conditions sont remplies, la partie locataire peut prétendre à une indemnité. Cette indemnité ne correspond pas nécessairement au montant de la plus-value et doit être fixée en équité (TF, 27.05.2003, 4C.393/2002, c. 6.3; 18.08.2005, 4C.97/2005, c. 2.4; 29.03.2006, 4C.18/2006, c. 3.1.1).

2° Droit d'enlèvement

31. La partie locataire qui effectue des travaux sans l'accord de la partie bailleuse doit restituer la chose exempte de rénovations ou de modifications (art. 260a al. 1 CO *a contrario*). Les parties peuvent également convenir d'une remise en état au terme du bail (art. 260a al. 2 CO).

32. Il est toutefois envisageable que la partie bailleuse ait donné son accord aux travaux et que la partie locataire ait un intérêt, au terme du bail, à reprendre ses aménagements. La question du droit d'enlèvement au terme du bail est ainsi litigieuse lorsque la partie locataire a effectué des travaux avec l'accord de la partie bailleuse et qu'elle entend enlever ses aménagements sans que cela n'ait été prévu par les parties. Le Tribunal fédéral examine le régime légal, les positions doctrinales ainsi que sa propre jurisprudence.

- La loi reconnaît un droit d'enlèvement à l'usufruitière (art. 753 al. 2 CC), à la personne qui possède de bonne foi (art. 939 al. 2 CC), à la personne enrichie sans cause légitime (art. 65 al. 2 CO) et à la gérante ou au gérant d'affaires (art. 422 al. 3 CO) lorsque ces personnes ont effectué des impenses non remboursables.
- Une partie de la doctrine retient qu'en vertu de l'accession, un droit d'enlèvement doit être exclu (not. GUINAND, *Le sort des aménagements faits par le locataire lors de la résiliation du bail*, SJ 1982, p. 152).
- Une partie majoritaire de la doctrine admet toutefois un droit d'enlèvement en faveur de la partie locataire lorsqu'elle ne bénéficie pas de remboursement des impenses (BIEBER, *Die Rohbaumiete – ausgewählte Aspekte*, mp 2/2015, p. 102 s.; CARRON, *Le bail de locaux nus ou bruts*, *op. cit.*, N 180; CPra Bail-AUBERT, art. 260a CO N 25).
- Le Tribunal fédéral a évoqué un droit d'enlèvement de nature réelle permettant à la partie locataire de s'approprier les aménagements à la fin de contrat lorsque la partie bailleuse n'a fourni aucune indemnité pour les impenses (TF, 09.01.2006, 4C.345/2005, c. 1.1; cf. aussi TF, 02.09.2009, 4A_211/2009, c. 3.3).

33. Ainsi, se fondant sur les dispositions légales ainsi que sur la doctrine majoritaire, le Tribunal fédéral admet un droit d'enlèvement *extra legem* en faveur de la partie locataire lorsqu'elle ne peut prétendre à une indemnité pour la plus-value apportée par ses aménagements.

34. Par conséquent, ce n'est que si la partie locataire ne peut pas prétendre à une indemnité fondée sur l'art. 260a al. 3 CO, tel que mentionné ci-avant, qu'elle possède un droit d'enlèvement. Dans tous les cas, elle doit exercer son droit d'enlèvement en faisant preuve de diligence (art. 257f al. 1 CO) (BIEBER, *Die Rohbaumiete – ausgewählte Aspekte*, *op. cit.*, p. 103).

35. Dans le cas d'espèce, le Tribunal fédéral admet que le locataire pouvait prétendre à une indemnité fondée sur l'art. 260a al. 3 CO. En effet, la partie locataire avait conclu un bail avec la faillie c. SA et le bail a été transféré *ex lege* à l'intimée. En outre, la plus-value considérable des aménagements de la partie locataire en accord avec la partie bailleuse n'est pas remise en cause. Le droit à une indemnité excluait dès lors l'exercice d'un droit d'enlèvement.

36. Le Tribunal fédéral tient compte du droit du locataire à une indemnité pour la plus-value de ses aménagements en réduction de l'indemnité de remplacement due à la partie bailleuse pour l'exercice indu du droit d'enlèvement. Le Tribunal fédéral fixe l'indemnité pour la plus-value en équité à hauteur de CHF 20 000.-. Ce

faisant, il admet partiellement la conclusion visant à supprimer l'indemnité pour l'enlèvement indu des aménagements en réduisant l'indemnité en faveur de la partie bailleuse à CHF 8000.-.

37. Le raisonnement du Tribunal fédéral et de la doctrine majoritaire quant à la possibilité d'exercer un droit d'enlèvement lorsque la partie locataire ne peut prétendre à une indemnité au sens de l'art. 260a al. 3 CO doit à notre sens être suivi. En effet, l'art. 260a CO constitue une *lex specialis* au principe d'accession. Ainsi, si les conditions de l'art. 260a CO ne sont pas remplies et excluent son application, et seulement dans cette hypothèse, on doit admettre un droit d'enlèvement *extra legem* de la partie locataire.
38. Sans que le Tribunal fédéral ne traite directement de cette question, il admet dans le cas d'espèce une application de l'art. 260a CO aux travaux d'aménagements de la partie locataire de locaux nus.
39. L'admission des baux de locaux nus oppose deux théories : la théorie de la compensation et la théorie de l'usage. Selon la première théorie, la partie locataire de locaux nus doit obtenir une compensation suffisante pour éviter la nullité du bail au sens de l'art. 256 al. 2 CO. Selon la deuxième théorie, le bail de locaux nus est admissible en ce sens que la chose louée correspond à l'état approprié selon l'usage convenu par les parties (*sur ces questions, CARRON, Le bail de locaux nus ou bruts, op. cit., N 40 ss.*).
40. Selon la théorie de la compensation, la partie locataire ne peut prétendre à une indemnité au sens de l'art. 260a CO que pour les aménagements qui ne sont pas nécessaires à la destination convenue. Les aménagements nécessaires doivent faire l'objet d'une compensation en application de l'art. 256 CO (*cf. CARRON, Le bail de locaux nus ou bruts, op. cit., N 49*).
41. Selon la théorie de l'usage en revanche, l'art. 260a CO s'applique par analogie à l'ensemble des aménagements de la partie locataire (*cf. CARRON, Le bail de locaux nus ou bruts, op. cit., N 49*).
42. Par son raisonnement, le Tribunal fédéral semble admettre que l'art. 260a CO s'applique – directement ou par analogie – aux aménagements effectués par la partie locataire de locaux nus. Il ne se prononce toutefois pas sur la théorie permettant l'admission de baux de locaux nus. Toutefois, il ne semble pas considérer que le loyer réduit effectivement payé par le locataire constitue une compensation, puisqu'il admet l'application de l'art. 260a CO. La décision commentée ne précise toutefois pas si les locataires ont obtenu une compensation par un autre biais, par exemple dans le cadre de la faillite. La théorie applicable à l'admission

des locaux nus reste ainsi ouverte mais le Tribunal fédéral semble à tout le moins admettre l'application de l'art. 260a CO aux aménagements par la partie locataire de locaux nus.

4

ATF 147 III 218

Marie-Laure Percassi

La consignation des loyers échus ne vaut pas paiement

Consignation, durant le délai comminatoire de l'art. 257d al. 1 CO, de loyers échus. Interprétation de l'art. 259g CO, au terme de laquelle le Tribunal fédéral retient que seule la consignation de loyers non échus vaut paiement.

Art. 257d, 259g CO.

1. A Sàrl (ci-après : la locataire) a loué un entrepôt (*Lagerraum*) à B SA (ci-après : la bailleuse). Le contrat stipulait que le loyer (CHF 425.- plus CHF 25.- de charges) était payable par avance au 1^{er} du mois.
2. Le 25 septembre 2018, la locataire a fixé à la bailleuse un délai pour réparer un défaut de la chose louée et l'a menacée de consigner les loyers futurs en cas d'inaction. La bailleuse n'a pas remis en état la chose louée dans le délai fixé.
3. Le 2 novembre 2018, la bailleuse a mis la locataire en demeure de payer les loyers d'octobre et de novembre 2018. Elle lui a fixé un délai de 30 jours pour s'acquitter des loyers, l'avertissant qu'à défaut elle résilierait le bail.
4. Les 5 et 8 novembre 2018, la locataire a consigné les loyers d'octobre et de novembre 2018. Par courrier du 12 décembre 2018, la bailleuse a résilié le contrat de bail pour défaut de paiement.
5. La bailleuse a déposé une requête visant à faire évacuer la locataire par la voie du cas clair le 31 janvier 2019. Cette procédure s'étant soldée par une décision de non-entrée en matière (*voir Tribunal d'appel de Bâle-Ville, 13.06.2019, ZB.2019.16, CAN 2019 Nr. 76 p. 236*), la bailleuse a déposé une requête de conciliation. Suite à l'échec de la conciliation, la bailleuse a déposé une demande en expulsion de la locataire auprès du Tribunal civil de Bâle-Ville. Celui-ci a admis la demande et a condamné la locataire à évacuer l'entrepôt. Sur appel de la locataire, le Tribunal d'appel de Bâle-Ville a confirmé la décision. La locataire a fait recours contre cette décision au Tribunal fédéral.

6. Le Tribunal fédéral examine si la demande en expulsion de la bailleresse doit être admise, ce qui suppose au préalable de déterminer si la résiliation du bail pour défaut de paiement était valable. Pour ce faire, il doit répondre à la question de savoir si la locataire a valablement consigné les loyers (démarche qui vaut paiement) en les consignants après leur échéance, mais dans le délai de 30 jours fixé par la bailleresse dans sa lettre de mise en demeure.
7. Le Tribunal fédéral rappelle les conditions de la consignation, posées à l’art. 259g al. 1 CO : il faut (i) qu’une chose immobilière soit entachée d’un défaut et que la partie locataire (ii) ait requis de la partie bailleresse la réparation du défaut (iii) en fixant délai raisonnable à cet effet et (iv) en menaçant qu’à défaut, les loyers seraient consignés. Il faut encore que (v) la consignation ait lieu auprès d’un office désigné par le canton, (vi) porte sur des loyers à échoir et (vii) que la partie locataire informe la partie bailleresse de la consignation. Si ces conditions sont remplies, les loyers sont réputés payés (art. 259g al. 2 CO) ; la consignation est un substitut de l’exécution (« *Erfüllungssurrogat* ») (c. 3.3.1).
8. Selon la doctrine majoritaire, la consignation d’un loyer échu ne vaut pas paiement. Le Tribunal fédéral souligne toutefois que la Cour de Justice genevoise, ainsi qu’HIGI/WILDISEN, estiment que la consignation d’un loyer échu vaut paiement si elle est effectuée par la partie locataire en demeure dans le délai comminatoire de l’art. 257d al. 1 CO. La jurisprudence fédérale ne s’est pas encore déterminée de manière claire à ce sujet (c. 3.3.2).
9. Pour se prononcer sur la question litigieuse, le Tribunal fédéral procède à une interprétation de la loi (c. 3.3.2.1). Il retient ainsi que :
 - a) L’interprétation littérale de l’art. 259g CO, si l’on tient compte des deux alinéas de la disposition, plaide plutôt en faveur du fait que la consignation d’un loyer déjà échu ne vaut pas paiement (c. 3.3.2.1).
 - b) L’interprétation historique de l’art. 259g CO, basée sur le message du Conseil fédéral relatif à cette disposition, conduit à la même conclusion. Le message mentionne expressément que la consignation d’un loyer échu est exclue (*Message bail, FF 1985 p. 1396 et 1418, où il est en particulier indiqué que « [s]euls les loyers à échoir peuvent être consignés. Le locataire ne peut donc pas consigner des loyers pour lesquels il se trouve déjà en demeure »*) (c. 3.3.2.3).
 - c) L’interprétation systématique de la loi mène également à cette solution. L’al. 1 de l’art. 259g CO, qui mentionne que les loyers à échoir peuvent être consignés, énonce les conditions de la consignation tandis que l’al. 2 indique les effets de la consignation. La conséquence de l’al. 2 intervient uniquement si les conditions de l’al. 1 sont réalisées, notamment si les loyers consignés n’étaient pas encore échus (c. 3.3.2.4).
 - d) L’interprétation téléologique de l’art. 259g CO ne permet pas d’arriver à une solution claire. Si l’on devait admettre que la consignation des loyers échus vaut exécution, la partie bailleresse serait dans une moins bonne position, mais ce résultat ne serait pas contraire au but de cette institution (c. 3.3.2.5).
10. Au vu de ces différentes interprétations, le Tribunal fédéral arrive à la conclusion que la conséquence prévue par l’art. 259g CO (« [l]es loyers consignés sont réputés payés ») ne peut survenir que si le loyer consigné n’est pas encore échu. Dans le cas contraire (le loyer consigné est déjà échu), la consignation ne vaut pas paiement. Dans le cas d’espèce, la locataire n’avait donc pas valablement consigné les loyers et s’exposait ainsi à une résiliation pour défaut de paiement selon l’art. 257d CO.
11. Après être arrivé à ce résultat, le Tribunal fédéral examine encore d’autres griefs soulevés par la locataire. Il souligne que celle-ci n’a pas, à raison, tenté de se prévaloir de sa bonne foi en alléguant ignorer que les loyers consignés n’étaient pas échus (c. 3.3.3). Il expose ensuite que l’art. 259g al. 2 CO se distingue de la situation prévue par l’art. 259h CO, qui concerne la restitution des loyers à la partie bailleresse (c. 3.3.4). Enfin, il précise que la locataire ne peut pas invoquer que la résiliation du bail serait contraire à la bonne foi. Si elle estimait que le congé était abusif, elle aurait dû l’attaquer sur la base de l’art. 271 al. 1 CO dans un délai de 30 jours suivant la réception de la résiliation (art. 273 al. 1 CO), ce qu’elle n’a pas fait (c. 4.2, non publié dans l’ATF 147 III 218).
12. Le Tribunal fédéral rejette par conséquent le recours formé par la locataire.

■ **Note**

A. La question litigieuse et la solution du Tribunal fédéral

13. Dans l’ATF 147 III 218, le Tribunal fédéral résout la question de savoir si la consignation d’un loyer échu vaut paiement, protégeant ainsi la partie locataire contre une résiliation du bail pour défaut de paiement. La doctrine s’accordait déjà sur le fait que – de manière générale – seule la consignation de loyers à échoir vaut paiement. Le Tribunal fédéral mentionne ce fait dans son arrêt et cite à cet égard quelques sources doctri-

nales alémaniques (voir les références figurant au c. 3.3.2, paragraphe 1). Soulignons que cette opinion est partagée par la doctrine romande, qui n'est pas citée dans l'arrêt (voir LACHAT ET AL., *Le bail à loyer, Lausanne 2019*, p. 339; AUBERT, *Les défauts de la chose louée*, in : Bohnet [édit.], *17^e Séminaire sur le droit du bail, Bâle/Neuchâtel 2012*, p. 37; Cpra Bail-AUBERT, art. 259g CO N 39 s.; TERRAPON, *Les défauts de la chose louée et la consignation du loyer*, in : *8^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 1994*, p. 7). Cette conclusion ressortait également d'un arrêt précédent du Tribunal fédéral (TF, 10.01.2002, 4C.341/2001, c. 3).

14. Le Tribunal fédéral expose que la situation est moins claire lorsqu'un délai a été fixé à la partie locataire sur la base de l'art. 257d al. 1 CO pour s'acquitter des loyers en retard. Deux sources (à savoir C/J/GE, 10.05.2004, ACJC/550/2004 c. 3.2 et ZK-HIGI/WILDISEN, art. 259g CO N 58; voir c. 3.3.2, paragraphe 2 de l'arrêt analysé) expriment l'avis que, lorsque la consignation d'un loyer échü a lieu dans le délai comminatoire fixé par la partie bailleuse, le loyer est réputé payé. Cette solution est motivée par le fait que la partie locataire qui verse le loyer en retard dans le délai fixé s'acquitte de son dû; il doit donc en aller de même lorsque, dans ce même délai, la partie locataire consigne le loyer. Ces deux sources se concentrent sur le cas dans lequel un délai de paiement a été fixé par la partie bailleuse sur la base de l'art. 257d al. 1 CO. Elles laissent ainsi penser que la consignation ne vaut pas paiement si la partie locataire consigne un loyer échü et qu'un délai de paiement n'a pas (ou pas encore) été fixé. Nous ne partageons pas cette approche: à notre sens, il n'y a aucune raison de traiter différemment la partie locataire en retard dans le paiement du loyer selon qu'un délai comminatoire lui a été fixé ou non.

15. Le Tribunal fédéral considère après une interprétation de la loi que seuls des loyers non échus peuvent être consignés. Cette solution s'applique, peu importe si la partie locataire se trouve dans le délai comminatoire de l'art. 257d al. 1 CO ou non. Le résultat auquel parvient le Tribunal fédéral nous paraît convaincant, dans la mesure où l'interprétation de la loi ne semblait pas permettre une autre conclusion.

B. La bonne foi de la locataire

16. Le Tribunal fédéral fait plusieurs références à la bonne foi dans l'ATF 147 III 218. Au c. 3.3.3., il retient que la locataire n'a pas prétendu ignorer que les loyers consignés étaient échus; si elle l'avait fait, sa bonne foi n'aurait pas été protégée (« Die Beschwerdeführerin behauptete zu Recht nicht, die Hinterlegung sei trotzdem gültig gewesen, weil sie gutgläubig davon ausgegangen sei, die von ihr hinterlegten Beträge seien noch

nicht fällig gewesen, musste ihr doch aufgrund des Mietvertrags bekannt sein, dass die Mietzinse jeweils auf den ersten des Monats fällig werden »; voir également à ce sujet POLIVKA, commentaire de l'arrêt TF, 03.12.2003, 4C.264/2003, in : MRA 1/04 p. 17, qui est aussi d'avis qu'un-e locataire ne peut pas invoquer sa bonne foi pour faire valoir une erreur quant à la date d'échéance du loyer). Il estime également que la locataire ne peut invoquer que la résiliation était contraire aux règles de la bonne foi faute de l'avoir attaquée sur la base de l'art. 271 al. 1 CO (c. 4.2, non publié dans l'ATF 147 III 218; « Der Mieter muss damit auch eine offensichtlich rechtsmissbräuchliche Kündigung innerhalb der Verwirkungsfrist von 30 Tagen anfechten. Da die Beschwerdeführerin vorliegend auf eine Anfechtung verzichtete, ist auf ihre Rüge nicht näher einzugehen »).

17. Se pose toutefois la question de savoir si la locataire aurait pu alléguer qu'elle croyait, de bonne foi, que la consignation de loyers échus valait paiement dans sa situation. Cette problématique avait été évoquée (mais pas résolue) par le Tribunal d'appel de Bâle-Ville dans sa première décision concernant l'affaire jugée par le Tribunal fédéral dans la cause 147 III 218 (Tribunal d'appel de Bâle-Ville, 13.06.2019, ZB.2019.16, CAN 2019 Nr. 76 p. 236 c. 4 ss; cette procédure visait à déterminer si la bailleuse pouvait requérir l'expulsion de la locataire par la voie du cas clair [voir le dernier paragraphe du résumé des faits ci-dessus]). En revanche, le Tribunal fédéral ne la discute pas dans l'ATF 147 III 218.

18. Dans l'ATF 125 III 120, JdT 2000 I p. 622, le Tribunal fédéral a jugé que la partie locataire qui consigne des loyers en croyant de bonne foi à l'existence d'un défaut (alors qu'il n'y en a pas) est protégée contre une résiliation pour défaut de paiement sur la base de l'art. 257d CO; les loyers consignés valent paiement. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a indiqué que la bonne foi pouvait être invoquée lorsqu'une des conditions matérielles de la consignation faisait défaut (c. 2; « Daher lässt sich rechtfertigen, den Mieter das Risiko der materiell unberechtigten Hinterlegung nur bei Bösgläubigkeit, d.h. bei treuwidrigem Vorgehen tragen zu lassen »). Dans un arrêt ultérieur, il a précisé que la bonne foi était exclue lorsqu'une condition formelle de la consignation n'était pas respectée (TF, 03.12.2003, 4C.264/2003, c. 3.3; les locataires n'avaient pas respecté les conditions formelles suivantes: ils n'avaient pas demandé la réparation du défaut par écrit en fixant un délai pour ce faire et n'avaient pas menacé de consigner le loyer; en outre, ils n'avaient pas réussi à démontrer que les circonstances rendaient ces démarches superflues).

19. Le fait que seuls les loyers à échoir peuvent être considérés a été considéré comme une condition matérielle de la consignation par le Tribunal d'appel de Bâle-Ville (*Tribunal d'appel de Bâle-Ville*, 13.06.2019, ZB.2019.16, CAN 2019 Nr. 76 p. 236 c. 4.1 et 4.3; dans le même sens: POLIVKA, *op. cit.*, p. 17). Cette approche nous paraît pertinente. Cette condition est relative à l'objet de la consignation; il s'agit de savoir sur quels loyers la consignation doit porter. A noter que la doctrine ne cite pas la non-échéance du loyer dans les conditions formelles de la consignation (voir AUBERT, *Les défauts*, *op. cit.*, p. 36 s.; CPra Bail-AUBERT, art. 259g CO N 24 ss; BK-GIGER, art. 259g CO N 19 ss; ZK-HIGI/WILDISEN, art. 259g CO N 33 ss; voir également TF, 03.12.2003, 4C.264/2003, c. 3.1). Dans ces circonstances, l'argument de la bonne foi n'est pas d'emblée exclu.

20. Dans le cas présent, il aurait à notre avis été possible de soutenir que la locataire pensait de bonne foi que la consignation des loyers échus la protégeait contre une résiliation (à moins que la locataire ait manifestement consigné les loyers de mauvaise foi, ce qui ne ressort toutefois pas de l'arrêt analysé). Comme le montre la procédure, la réponse à la question de savoir si seule la consignation de loyers à échoir vaut paiement n'était pas limpide. D'une part, le Tribunal d'appel de Bâle-Ville a considéré qu'il subsistait des doutes à cet égard, raison pour laquelle il n'est pas entré en matière sur la requête en expulsion par la voie du cas clair déposée par la bailleresse (*Tribunal d'appel de Bâle-Ville*, 13.06.2019, ZB.2019.16, CAN 2019 Nr. 76 p. 236 c. 4.3 et 5). D'autre part, le Tribunal fédéral a souligné qu'il n'avait pas encore eu l'occasion de traiter cette question en détail et que ses arrêts rendus jusqu'ici n'offraient pas de solution unanime (c. 3.3.2; « [d]as Bundesgericht hat sich mit dieser Frage bisher zwar noch nicht näher auseinandergesetzt, äusserte sich indes trotzdem verschiedentlich dazu – und zwar uneinheitlich »). Dans de telles circonstances – c'est-à-dire face à une situation juridique floue – l'argument de la bonne foi n'aurait pas été dénué de pertinence.

5

TF 4A_428/2020 (01.04.2021) destiné à la publication

François Bohnet/Blaise Carron

La suspension du délai de prescription en cas de procédure judiciaire

Interprétation de l'expression légale « lorsque la juridiction saisie clôt la procédure » fondée sur le pluralisme méthodologique. Si un délai de prescription a été interrompu par une requête en concilia-

tion, d'une action ou d'une exception, il ne recommence à courir que lorsque la suite des instances est épuisée, en particulier lorsque l'instance saisie a rendu une décision finale qui ne peut plus être attaquée par un recours ou un appel

Art. 138 al. 1 CO

1. La société en nom collectif A (la recourante) publie une annonce portant sur le bail à ferme de plusieurs locaux, dont un restaurant et un appartement. B (l'intimée) manifeste son intérêt et est invitée à visiter les locaux. Ayant constaté à cette occasion que le bâtiment comporte également un bar, B offre de ne prendre en fermage que le seul bar, ce que A refuse. Les parties négocient toutefois des modalités permettant l'exploitation commune du restaurant et du bar dans le cadre d'une Sàrl.
2. Il est alors établi que B verse à A le 10 janvier 2017 un montant de CHF 40 000.-. Les négociations finissant par échouer, B réclame la restitution du montant à A, ce que cette dernière refuse.
3. Les versions divergent quant à la nature du versement et à ce qui aurait été convenu. En substance, B soutient qu'elle aurait versé à A le montant de CHF 40 000.- en vue de l'établissement des contrats nécessaires. Devant l'impossibilité de parvenir à un accord avec A, elle aurait été contrainte d'interrompre les négociations. Selon A en revanche, les CHF 40 000.- versés par B l'étaient au titre d'arrhes: les parties auraient convenu que ce montant devait constituer un acompte sur le paiement du prix dans le cadre de la reprise commune du bar et du restaurant. En cas d'échec du projet, le montant aurait été acquis à A au titre d'indemnisation pour l'inexécution du contrat.
4. Le 15 mai 2017, B dépose une demande contre A en concluant à la restitution du montant de CHF 40 000.- avec intérêts à 5% depuis le 28 février 2017. La demande est admise le 15 mai 2019 par le Tribunal de district de Höfe (SZ). L'appel interjeté par A est rejeté en deuxième instance le 20 juillet 2020. A fait alors recours en matière civile au Tribunal fédéral. A cette occasion, elle soulève en particulier l'exception de prescription s'agissant de la créance en restitution.
5. La recourante reconnaît que la prescription a valablement été interrompue par la demande de l'intimée du 15 mai 2017 et que la prétention en restitution n'était pas prescrite lorsque le jugement de première instance a été rendu. Elle fait en revanche valoir que la prescription aurait recommencé à courir après le jugement de première instance du 15 mai 2019, conformément à l'art. 138 al. 1 CO. Le délai de prescription relatif d'un an de l'art. 67 al. 1 CO, dans sa version applicable en

- l'espèce, aurait donc recommencé à courir le 16 mai 2019 et serait arrivé à échéance le 16 mai 2020, soit avant le jugement de deuxième instance du 20 juillet 2020.
6. Le Tribunal fédéral précise d'abord qu'en cas de requête en conciliation, d'action ou d'exception, un nouveau délai de prescription recommence à courir en vertu de l'art. 137 al. 1 CO (c. 5.3).
 7. Le Tribunal fédéral est ensuite plus particulièrement amené à préciser l'interprétation à donner à la phrase « **lorsque la juridiction saisie clôt la procédure** » de l'art. 138 al. 1 CO (c. 6).
 8. Après avoir indiqué qu'il n'a jamais tranché cette question (c. 6.1), il rappelle sa méthode d'interprétation fondée sur le pluralisme méthodologique (c. 6.2).
 9. S'intéressant à divers travaux préparatoires (c. 6.3), le Tribunal fédéral souligne que la question posée dans le présent arrêt n'a pas été traitée lors de l'adoption du CPC suisse, qui pourtant modifie l'art. 138 al. 1 CO (c. 6.3.1). Le Tribunal fédéral mentionne ensuite le rapport d'experts concernant un avant-projet de révision du droit des obligations, datant du 15 septembre 2011 (soit 9 mois après l'entrée en vigueur du CPC au 1^{er} janvier 2011), qui semble affirmer qu'une créance peut encore se prescrire pendant une procédure d'appel ou de recours. Le Tribunal fédéral souligne toutefois que ce rapport se réfère à un arrêt (*ATF 123 III 213*) datant d'avant l'entrée en vigueur du CPC, ce qui laisse entendre qu'il pourrait s'agir d'un oubli (« *[d]ies lässt auf ein Versehen schliessen* »). Le Tribunal fédéral indique que, par la suite, le projet du Conseil fédéral de 2014 n'a plus prévu de modification de l'art. 138 CO, sans pour autant que le message y relatif n'expliquât cet abandon.
 10. Le Tribunal fédéral examine ensuite différentes opinions doctrinales. Il n'est pas controversé que la décision mettant fin à la procédure ne peut être qu'une décision finale (art. 236 CPC), à l'exclusion des décisions incidentes (art. 237 CPC) et des décisions d'instruction (art. 124 al. 1 CPC) (c. 7.1). Les auteurs ne s'accordent en revanche pas sur le moment à retenir pour la clôture de la procédure (c. 6.4).
 11. Un premier courant doctrinal (*HOHL, KILLIAS/WIGET, PICHONNAZ*) considère que la prescription recommence à courir après qu'une décision finale est entrée en force (« *Endentscheid in formelle Rechtskraft erwächst* ») (c. 6.4.1). Or selon le Tribunal fédéral (c. 7.2.1), le fait de retenir l'entrée en force comme moment où « la juridiction saisie clôt la procédure » selon l'art. 138 al. 1 CO n'exclut pas que la prescription recommence à courir alors qu'une instance supérieure (*Rechtsmittelinstanz*) devrait encore connaître du litige. Les juges relèvent en outre qu'il n'est pas toujours clair si et quand l'entrée en force survient. Cette interprétation, qui n'exclut pas que la prescription puisse survenir pendant qu'une procédure devant une instance supérieure (*Rechtsmittelverfahren*) est pendante, doit dès lors être écartée, car elle est contraire à la *ratio legis* de l'art. 138 al. 1 CO, qui a été précisément révisé pour éviter qu'une créance se prescrive alors qu'elle est examinée par un tribunal (*unter der Hand des Richters*).
 12. Un deuxième courant (*DAPPEN, KOLLER, KRAUSKOPF/BIITEL*) retient le moment de la notification de la décision finale par l'instance saisie comme moment où « la juridiction saisie clôt la procédure ». Selon cette interprétation, le délai de prescription recommence à courir après la notification de la décision finale de première instance, y compris si celle-ci fait l'objet d'une procédure devant une instance supérieure (*Rechtsmittelinstanz*; c. 6.4.2). Ces auteurs semblent admettre qu'il est contraire à la *ratio legis* de l'art. 138 al. 1 CO que la prescription puisse courir durant la procédure devant l'instance supérieure. Ils considèrent qu'une voie de droit (*Rechtsmittel*) contre une décision finale doit être qualifiée d'« action » au sens de l'art. 135 ch. 2 CO. Ils argumentent que la prescription serait suspendue pendant la procédure devant l'instance supérieure et qu'elle recommencerait à courir uniquement avec la clôture de la procédure devant l'instance supérieure (c. 7.2.2). Selon notre Haute Cour, cette opinion est toutefois problématique car l'éventuelle voie de droit (*Rechtsmittel*) contre un jugement de première instance peut également provenir du débiteur et elle n'aurait dans ce cas pas l'effet interruptif au sens de l'art. 135 CO. Cette interprétation n'exclut donc pas non plus que la prescription puisse survenir pendant que la créance est examinée par un tribunal (*unter der Hand des Richters*; c. 7.2.2).
 13. Un troisième courant doctrinal (*BERGAMIN*), auquel se rallie le TF, considère que la prescription ne recommence à courir que lorsqu'une décision finale n'est plus susceptible d'appel ou de recours, c'est-à-dire lorsque la suite des instances est épuisée (« *wenn der Instanzenzug ausgeschöpft ist* »; c. 6.4.3). Cette interprétation est conforme à la volonté du législateur, puisqu'elle évite dans tous les cas que la prescription n'intervienne pendant que la créance est examinée par un tribunal (c. 7.2.3). Le recours ou l'appel contre une décision finale, quelle que soit la partie qui l'interjette, n'a pas pour effet que la prescription recommence à courir. Le renvoi par le Tribunal fédéral à l'instance précédente n'a pas non plus cet effet, car on ne peut pas dire que la suite des instances serait à ce moment-là épuisée (« *kann nicht gesagt werden, dass der Instanzenzug ausgeschöpft wäre* »). Finalement, le Tribunal fédéral précise que les moyens de droit

extraordinaires, comme la révision (art. 334 ss CPC) ou l'interprétation et la rectification (art. 334 ss CPC), n'ont aucune influence, faute de quoi la reprise du délai de prescription pourrait être repoussée indéfiniment au vu de l'interprétation retenue pour l'art. 138 al. 1 CO *in fine*.

14. Un quatrième courant doctrinal (SCHWANDER) affirme que la prescription ne recommence pas à courir au prononcé du jugement (*Urteilsfällung*), mais plutôt à la fin de la litispendance, sans toutefois trancher s'il s'agit du moment de la notification du jugement ou de l'entrée en force (c. 6.4.4).
15. Le Tribunal fédéral relève encore que son interprétation (note des rédacteurs : selon laquelle la prescription ne recommence à courir que lorsqu'une décision finale n'est plus susceptible d'appel ou de recours), est sans autre compatible avec le texte français de la loi (« lorsque la juridiction saisie clôt la procédure ») qui ne parle pas d'instance mais de juridiction (que le Tribunal fédéral traduit par *Instanzenzug*), alors qu'elle se heurte aux textes allemand (« *vor der befassten Instanz* » et pas « *vor den befassten Instanzen* ») et italien (« *davanti all'autorità adita* » et pas « *davanti alle autorità adite* »), qui font tous deux référence à une seule instance et non à l'ensemble des instances (c. 7.4).
16. En l'espèce, l'intimée B a interrompu la prescription avec sa demande du 10 mai 2017 (art. 135 al. 2 CO). Au vu des considérations qui précèdent, la prescription n'a donc pas recommencé à courir avant le prononcé du jugement du Tribunal fédéral qui fait l'objet de cet arrêt, première décision finale qui ne puisse plus faire l'objet d'un moyen de recours ordinaire. La prétention de l'intimée n'est donc pas prescrite (c. 8). Les autres griefs de la recourante étant par ailleurs mal fondés, le Tribunal fédéral rejette le recours.

■ Note

A. Question posée

17. Alors que sous l'ancien droit, un risque existait qu'une créance se prescrive pendant le procès, celui-ci n'entraînant pas la suspension du délai de prescription (*pour un exemple, cf. ATF 123 III 213, JdT 2000 I 208*), l'art. 138 al. 1 CO, teneur au 19 décembre 2008, entré en vigueur avec le Code suisse de procédure civile le 1^{er} janvier 2011, prévoit que « *la prescription interrompue par l'effet d'une requête en conciliation, d'une action ou d'une exception recommence à courir lorsque la juridiction saisie clôt la procédure* ». Le créancier n'a donc plus à s'assurer qu'un acte de procédure des parties ou du juge interrompe à nouveau le délai (art. 138 al. 1 CO ancienne teneur) lorsque le procès de première instance s'éternise.
18. Qu'en est-il en revanche lorsqu'une partie saisit les instances de recours ? La prescription a-t-elle recommencé à courir à la suite du jugement de première instance, le cas échéant à quel moment, ou demeure-t-elle suspendue tant qu'un tribunal est « saisi » du litige ?
19. Telles sont les questions auxquelles le Tribunal fédéral devait répondre dans cette affaire. Et il s'efforce, dans l'arrêt commenté, à établir un mécanisme garantissant qu'une créance ne se prescrive pas, alors que la procédure n'est pas encore close devant les tribunaux. Reste à déterminer si l'interprétation de l'art. 138 al. 1 CO, qui est ainsi au cœur du débat, permet une telle conclusion.

B. De l'interprétation de la loi en général : le pluralisme méthodologique pragmatique

20. Pour interpréter une norme légale, le Tribunal fédéral recourt à quatre éléments principaux d'interprétation : l'élément littéral en fonction du texte de la loi dans les trois langues officielles, l'élément historique qui se fonde sur la genèse de la loi, l'élément systématique qui tient compte de l'insertion de la norme au sein de la loi et des principes juridiques et, enfin, l'élément téléologique qui tient compte du but de la règle à la lumière de la constitution et des règles de droit supérieures.
21. Lorsque le Tribunal fédéral interprète la loi, il adopte une approche qu'il appelle le pluralisme méthodologique pragmatique, qui consiste à ne privilégier aucun élément d'interprétation pour rechercher le sens véritable de la norme (*pour un arrêt en français à ce sujet, cf. ATF 143 II 202 c. 8.5*).
22. Dans des arrêts en allemand – à notre connaissance cette formulation n'a jamais été reprise dans un arrêt en français – le Tribunal fédéral souligne que l'interprétation de la loi « doit être guidée par l'idée que ce qui importe n'est pas seulement son sens littéral, mais le sens qu'elle prend dans son contexte, une fois qu'elle est appliquée à un cas concret. Ce qui importe est de parvenir à une décision juste d'un point de vue objectif, compte tenu de la structure normative, et à un résultat satisfaisant fondé sur la *ratio legis* » (*ATF 141 III 155 c. 4.2, traduction proposée dans le JdT 2020 II 269*).
23. Ce choix méthodologique confère un grand pouvoir aux tribunaux, sans pour autant leur octroyer un blanc-seing. En effet, le pluralisme méthodologique exige du juge qu'il explicite clairement les arguments l'ayant conduit à privilégier telle interprétation plutôt qu'une autre, de telle sorte à convaincre les destinataires de la

décision, mais aussi d'augmenter la sécurité du droit et de garantir la prévisibilité de décisions futures.

C. De l'interprétation de l'art. 138 al. 1 CO par le Tribunal fédéral

24. A l'issue de son raisonnement (c. 5-7), le Tribunal fédéral parvient à la conclusion suivante : le moment où « la juridiction saisie clôt la procédure » est le moment où la suite des instances est épuisée (« *wenn der Instanzenzug ausgeschöpft ist* »), c'est-à-dire que la prescription interrompue par l'effet d'une requête de conciliation ou d'une action ne recommence à courir que lorsque l'instance saisie a rendu une décision finale qui ne peut plus être attaquée par un recours ou un appel (c. 7.2.3 : « *wenn die befassste Instanz einen Endentscheid gefällt hat, der nicht mehr durch Berufung oder Beschwerde angefochten werden kann* »).
25. Pour justifier son interprétation, le Tribunal fédéral s'appuie dans le cas présent d'une part sur le **but de la loi**, qu'il appelle tantôt « *Zweck* » (c. 6.4.1), « *Sinn und Zweck* » (c. 7.2.3), tantôt « *ratio legis* » (c. 7.2.1).
26. Il est toutefois intéressant de souligner que la *ratio legis* de l'art. 138 al. 1 CO n'est pas identifiée et explicitée de manière indépendante par le Tribunal fédéral, mais est évoquée principalement en lien avec l'opinion de certains auteurs (c. 6.4.1, en parlant de KILLIAS/WIGET : « *Sie begründen dies mit dem Zweck des revidierten Art. 138 Abs. 1 OR, wonach keine Forderung mehr unter der Hand des Gerichts verjähren dürfe* » ; c. 7.2.2, en parlant de DÄPPEN, KOLLER, KRAUSKOPF/BITTEL : « *Auch diese Autoren scheinen anzuerkennen, dass es dem Zweck von Art. 138 Abs. 1 OR zuwiderläuft, wenn die Verjährung während des Rechtsmittelverfahrens läuft* »).
27. Le Tribunal fédéral s'appuie d'autre part sur la **lettre de la version française du texte de loi** (« lorsque la juridiction saisie clôt la procédure »), dont il affirme qu'elle est compatible avec l'interprétation retenue, au contraire des textes allemand et italien (c. 7.4).
28. Cet argument nous paraît douteux. Par « juridiction saisie », le texte français de la loi vise le « tribunal saisi », comme dans les versions allemande et italienne du texte. « Juridiction » n'a le sens d' « ensemble de tribunaux » que lorsque l'on vise par exemple la « juridiction civile » en l'opposant à la « juridiction administrative ». Ainsi, la *clôture de la procédure par la juridiction saisie* signifie en bon français la fin de l'instance. Celle-ci correspond au moment du dessaisissement du juge (*pour les développements qui suivent, qui semblent avoir échappé au Tribunal fédéral* : BOHNET, *La prescription en procédure civile*, in : Bohnet/Dupont (édit.), *Le nouveau droit de la prescription*, Neuchâtel/

Bâle 2019, N 45. N'est pas non plus cité par le Tribunal fédéral : BERTI, *Gedanken zur Unterbrechung der Verjährung durch Rechtsschutzgesuch im Sinne von Art. 138 Abs. 1 revOR*, in : RSPC 2011 521 ss), qui intervient au prononcé final selon l'art. 236 CPC (ou partiellement final, comp. art. 91 LTF [contra : BSK OR I-DÄPPEN, art. 138 N 2] ; il n'intervient pas au prononcé incident de l'art. 237 CPC, qui ne met pas fin à l'instance ; voir BSK OR I-DÄPPEN, art. 138 N 2), dès sa communication (en cas de communication par la poste, c'est la date d'envoi qui est déterminante, et non la réception [ATF 137 III 130 en matière de droit transitoire] ; cf. BERTI, op. cit., p. 523) aux parties (ATF 122 I 97 c. 3a/bb : « le jugement qui n'a pas été communiqué officiellement aux parties est inexistant » ; TF, 03.07.2007, 5A_121/2007, c. 3.1 ; BERTI, op. cit., p. 522). Le dessaisissement empêche le juge de modifier le prononcé rendu, même s'il est manifestement vicié. Comme l'indique le Tribunal fédéral, « [e]n vertu de l'adage *lata sententia iudex desinit esse iudex, le juge est dessaisi de la cause à partir du moment où il a rendu son jugement. Sous réserve de diverses exceptions, il voit alors sa compétence s'éteindre relativement à la cause jugée* » (ATF 139 III 120 c. 2). Une fois le dispositif notifié (si le tribunal décide de communiquer la décision sans motivation écrite, voir art. 239 al. 1 CPC), le juge ne peut plus le modifier, car cela contreviendrait à l'effet de dessaisissement (ATF 142 III 695). C'est l'approche du Code civil français qui retient que « l'interruption résultant de la demande en justice produit ses effets jusqu'à l'extinction de l'instance » (art. 2242 CCfr). En droit français, on retient que l'extinction de l'instance résulte du jugement qui met définitivement fin à l'instance : celui-ci dessaisit le juge et éteint donc l'instance.

29. Si l'on s'intéresse à l'**argument systématique**, ignoré par le Tribunal fédéral, on remarquera que, dans le Code des obligations, le mot « juridiction » n'est utilisé qu'à l'art. 138 al. 1 CO. La nouvelle mouture de cette disposition étant intimement liée à l'adoption du CPC, un examen de cet autre code aurait en revanche permis au Tribunal fédéral de constater que la notion de « juridiction » en français vise en principe un tribunal et non l'ensemble des instances successives : tel est par exemple le cas aux art. 1 CPC (« *La présente loi règle la procédure applicable devant les juridictions cantonales* »), 5 al. 1 CPC (« *Le droit cantonal institue la juridiction compétente pour statuer en instance cantonale unique* ») et 104 al. 4 CPC (« *En cas de renvoi de la cause, la juridiction supérieure peut déléguer la répartition des frais de la procédure de recours à la juridiction précédente* »). Sous l'angle systématique, la solution retenue est donc également critiquable.

D. Conclusion

30. Dans le contexte de l'interprétation fondée sur le pluralisme méthodologique pragmatique, les justiciables peuvent s'attendre à ce que les tribunaux proposent une argumentation claire et convaincante soutenant leur raisonnement, afin de ne pas donner l'impression que les juges s'octroient, par leurs choix méthodologiques, une carte blanche pouvant affecter négativement la sécurité et la prévisibilité du droit.
31. Si le résultat de l'interprétation de l'art. 138 al. 1 CO n'est pas fondamentalement critiquable, tant il est vrai que l'(in)activité des tribunaux ne devrait pas porter préjudice à un créancier qui a diligemment sauvegardé un délai de prescription en ouvrant action, la motivation de l'arrêt ne convainc pas totalement, tant en ce qui concerne l'argument téléologique (traité trop superficiellement), que l'argument littéral (traité erronément) et l'argument systématique (pas traité du tout).

6

TF 4A_74/2021 (30.04.2021)

Xavier Rubli

Autres modifications unilatérales du contrat par le bailleur

Désaccord portant sur une modification unilatérale d'un règlement de maison. Recours des locataires rejeté, la modification du contrat par le bailleur n'étant ni nulle ni abusive.

Art. 269d et 270b CO

1. Les locataires A.A. et B.A. ont conclu le 15 juillet 2016 un contrat de bail à loyer portant sur un appartement de 5,5 pièces avec la société bailleresse C. AG. Le préavis de résiliation est de quatre mois pour la fin d'un mois, sauf en décembre. Selon la clause 2.7.3 des dispositions générales du contrat, les locataires doivent faire preuve de respect mutuel (*gegenseitig Rücksicht*) et ne pas troubler la tranquillité de l'immeuble de quelque manière que ce soit, notamment durant la nuit. Jouer de la musique est en particulier autorisé uniquement entre 8 heures et midi et entre 14 heures et 20 heures.
2. Le 24 janvier 2019, au moyen d'un formulaire officiel, la société bailleresse a notifié aux locataires une modification unilatérale du règlement de maison disposant que la pratique de la musique est toujours permise entre 8 heures et midi et de 14 heures à 20 heures, mais durant au maximum trois heures par jour, la musique n'étant par ailleurs plus autorisée les dimanches et

les jours fériés. Cette modification a été une nouvelle fois adressée à A.A. et B.A. par formule officielle du 22 mars 2019, avec la précision que cette adaptation était la même que celle notifiée le 24 janvier 2019 et qu'elle entrerait en vigueur le 1^{er} août 2019.

3. Les locataires ont saisi l'autorité paritaire, mais la conciliation n'a pas abouti, de sorte qu'ils ont procédé devant le Tribunal de district d'Einsiedeln le 17 avril 2019 afin de faire constater que la modification unilatérale du contrat mentionnée tant dans le formulaire officiel du 24 janvier 2019 que dans celui du 22 mars 2019 était nulle ou abusive. La Cour a rejeté la demande en date du 19 février 2020. Statuant sur l'appel des locataires, le Tribunal cantonal du canton de Schwyz l'a rejeté en date du 21 décembre 2020. A.A. et B.A. ont – sans succès – recouru au Tribunal fédéral.
4. Selon l'art. 269d al. 2 CO, les majorations de loyer sont nulles lorsqu'elles ne sont pas notifiées au moyen de la formule officielle (let. a), les motifs ne sont pas indiqués (let. b) ou si elles sont assorties d'une résiliation ou d'une menace de résiliation (let. c). Conformément à l'art. 269d al. 3 CO, cela vaut également lorsque le bailleur envisage d'apporter unilatéralement au contrat d'autres modifications au détriment du locataire, par exemple en diminuant ses prestations ou en introduisant de nouveaux frais accessoires. L'application de l'art. 269d CO n'est a priori pas limitée aux modifications contractuelles qui rompent l'équilibre des prestations au détriment du locataire. C'est le jugement rendu dans la procédure de contestation qui doit déterminer si la modification porte préjudice au locataire ; ce point relevant de l'examen au fond de l'abus (*ATF 125 III c. 3b, JdT 2000 I 194*). En vertu de l'art. 19 al. 1 let. b et c OBLF, la formule destinée à communiquer au locataire les autres modifications unilatérales du contrat doit contenir la désignation des prétentions, la date de leur entrée en vigueur, les motifs précis justifiant ces prétentions, les conditions légales dans lesquelles le locataire peut contester le bien-fondé des prétentions et la liste des autorités de conciliation existant dans le canton et leurs compétences à raison du lieu. Si le motif figure dans une lettre d'accompagnement, le bailleur doit se référer expressément à cette lettre dans le formulaire officiel (art. 19 al. 1^{bis} OBLF). Les motifs sont clairs, au sens de l'art. 19 al. 1 let. b OBLF, s'ils permettent au locataire de saisir la portée et la justification de la modification de manière à pouvoir apprécier en pleine connaissance de cause l'opportunité de la contester ou non (*ATF 137 III 362 c. 3.2.1 ; 121 III 6 c. 3.a ; TF, 08.02.2021, 4A_374/2020, c. 7.1 et les réf.*).
5. Contrairement à ce qu'a retenu le Tribunal de première instance, les juges de Mon Repos considèrent que la modification du contrat n'est pas une simple clarifi-

- cation de ce qu'il faut entendre par respect ou égards mutuels tel que stipulé dans la clause 2.7.3 des dispositions générales du contrat de bail. La société bailleuse a donc à juste titre procédé conformément à l'art. 269d CO. Autrement dit, l'adaptation du règlement de maison constitue une modification unilatérale du contrat au sens de l'art. 269d al. 3 CO, la nouvelle réglementation renforçant le cadre dans lequel la pratique de la musique est autorisée. Jusqu'alors, aucune interdiction générale de jouer de la musique le dimanche et les jours fériés ne pouvait être déduite de bonne foi de l'exigence générale de considération mutuelle entre les occupants du bâtiment.
6. Le fait que la modification est au détriment des locataires ne signifie toutefois pas que la prétention de la partie bailleuse soit nulle, comme le soutient la partie locataire. Le Tribunal fédéral retient, avec le Tribunal de district, qu'il ressort des courriers de C. AG du 24 janvier 2019 et du 22 mars 2019 que des locataires se sont plaints de la diffusion de musique entre midi et 14 heures et qu'il existait des désaccords dans l'immeuble sur la fréquence, la durée et le moment de la pratique de la musique. Par ailleurs, notre Haute Cour rappelle que la motivation des modifications unilatérales du contrat peut être donnée dans une lettre d'accompagnement et qu'en l'occurrence la société bailleuse s'était dûment référée à un tel courrier dans le formulaire officiel. Ainsi, il était clair pour les locataires que le règlement de maison était modifié en raison des nuisances sonores causées par la musique. Dans la mesure où, en l'espèce, la partie bailleuse l'a correctement motivée, l'adaptation du contrat n'est pas nulle.
 7. Le Tribunal fédéral retient ensuite avec la dernière instance cantonale que la modification unilatérale du contrat n'est pas contraire à la bonne foi. Bien que l'art. 269d al. 3 CO et l'art. 270b al. 2 CO soient tous deux muets à ce propos, les modifications unilatérales du contrat peuvent être soumises au contrôle du juge quant à leur caractère abusif ou non, conformément à l'art. 2 CC. A ce titre, les juges fédéraux citent deux courants doctrinaux : l'un considère que l'admissibilité d'une modification unilatérale du contrat doit être fondée sur le caractère raisonnable de cette modification qui doit reposer sur des motifs objectifs, seules des diminutions mineures des prestations étant possibles ; l'autre soutient qu'un abus est techniquement exclu s'il existe objectivement des motifs raisonnables justifiant la modification (*BSK-WEBER, art. 269d CO N 11 ; ZK-HIGL, art. 269d CO N 175 et art. 270b CO N 22-25*). Notre Haute Cour ne se prononce pas plus avant sur ces « divergences » doctrinales, estimant que les deux critères sont remplis dans le cas d'espèce.
 8. En effet, selon les juges de Mon Repos, la pratique régulière d'un instrument de musique est compatible avec l'habitation. Toutefois, comme tout autre usage d'un logement, elle peut être réglementée. A cet égard, la limitation de la pratique de la musique à trois heures par jour tel que prévu par la société bailleuse est raisonnable déjà d'un point de vue subjectif, puisqu'il ressort du dossier des locataires eux-mêmes que ceux-ci ou leur fille n'ont joué de la musique pendant plus de trois heures que durant cinq jours entre janvier 2019 et janvier 2020. La plupart du temps, ils ont en joué deux à trois heures par jour, parfois moins. A cela s'ajoute qu'il se justifie objectivement de limiter la diffusion de la musique dans un logement loué à trois heures par jour et que le besoin de repos est particulièrement prononcé les dimanches et les jours fériés. Ainsi, à l'instar de ce qu'a jugé le Tribunal de première instance, la nouvelle réglementation de la pratique musicale par la société bailleuse respecte le principe de proportionnalité. A ce propos, le Tribunal fédéral va jusqu'à indiquer dans son arrêt qu'il est techniquement possible de pratiquer plus de trois heures de musique par jour et de jouer les dimanches et les jours fériés sans violer les égards à avoir envers ses voisins, par exemple en utilisant un piano électrique avec des écouteurs.
 9. La modification du règlement de maison voulu par la société bailleuse a pour objectif de permettre aux locataires de vivre ensemble de manière pacifique et ordonnée. Ce but ne nécessite pas de prouver que des locataires auraient violé l'ancienne réglementation. C'est ainsi de manière conforme à la bonne foi qu'après que des divergences sont apparues entre les locataires au sujet de la diffusion de musique que C. AG a voulu définir plus précisément l'étendue de l'autorisation de la pratique de la musique pour le futur ; ce faisant, elle s'est efforcée de procéder à une balance des intérêts entre ceux des locataires qui peuvent continuer à pratiquer un instrument de musique tous les jours de la semaine jusqu'à trois heures, ceci grosso modo dans la mesure pratiquée jusqu'à présent, et ceux des autres locataires à bénéficier d'une tranquillité accrue les dimanches et les jours fériés.
- **Note**
10. L'arrêt résumé ci-dessus suscite notre pleine approbation. A juste titre, le Tribunal fédéral a examiné la portée de la modification du contrat, ainsi que sa justification, et les a interprétées au regard de toutes les circonstances du cas, tant sur le plan subjectif qu'objectif. Par ailleurs, c'est à bon droit que les juges ont tranché en équité, en mettant en balance les intérêts en présence, et en se demandant en particulier si la modification pouvait être raisonnablement imposée aux locataires concernés.

11. S'il est vrai que la modification du règlement de maison est intervenue au détriment des locataires, les motifs invoqués par la société bailleresse, à savoir rétablir puis maintenir la paix dans l'immeuble et respecter la tranquillité des autres occupants ne prêtent pas flanc à la critique. En modifiant le contrat, la partie bailleresse n'a pas violé les règles de la bonne foi au sens de l'art. 2 CC, cette adaptation ne se heurtant à aucune disposition impérative du droit du bail. L'on ajoutera qu'une telle modification n'équivaut pas dans ses effets à une résiliation de bail, si bien que les juges n'avaient aucune raison de la refuser en s'appuyant sur le principe de la fidélité au contrat.

12. Il convient cependant d'admettre que l'appréciation du bien-fondé de cette modification unilatérale du bail aurait sans doute été différente si la bailleresse avait limité plus fortement la pratique de la musique, par exemple en ne permettant pas aux locataires de jouer d'un instrument de musique tous les jours de la semaine, y compris le samedi. De même, si les locataires avaient pu démontrer que la pratique régulière de la musique plus de trois heures par jour avait été un élément essentiel qui les avait conduits à conclure le contrat et que cela était connu de la partie bailleresse, il paraît douteux que les juges aient admis un tel changement. Dans ce cas, il aurait fallu, à nos yeux, admettre qu'il s'agissait d'une modification s'apparentant à une résiliation, si bien que la bailleresse n'aurait eu d'autre choix que de notifier un congé aux locataires au lieu d'agir conformément à l'art. 269d CO ; les locataires auraient alors pu se prévaloir des droits que leur confèrent les art. 271 ss CO.

13. Il résulte de ce qui précède que le caractère abusif ou non d'une modification devra toujours être apprécié concrètement au regard de l'ensemble des circonstances.

14. Quant à la question de la nullité de la modification unilatérale du contrat, le Tribunal fédéral a traité le grief soulevé par les locataires de manière convaincante. La société bailleresse a en effet précisé clairement la portée de la modification unilatérale du contrat qu'elle souhaitait imposer aux locataires et l'a motivée soigneusement. Les locataires étaient donc en mesure de comprendre l'objectif de cette adaptation du contrat.

7

Tribunal des baux et loyers de Genève JTBL/565/2021 (28.06.2021)

Tatiana Gurbanov

Le sort de l'obligation de payer le loyer des locaux commerciaux fermés à la suite du prononcé des mesures destinées à lutter contre l'épidémie COVID-19

Absence de défaut et d'impossibilité objective subéquente. Question (laissée ouverte) de la *clausula rebus sic stantibus*.

Art. 119, 256, 259a ss, 266g CO ; 2 CC

1. Par contrat de transfert du bail du 17 février 2016, A SA et B sont devenus colocataires de locaux commerciaux d'environ 413 m² situés entre le sous-sol, le rez-de-chaussée et le premier étage d'un immeuble dont C est propriétaire.
2. Le bail transféré a été conclu en janvier 2013 pour une durée de dix ans échéant au 31 décembre 2022.
3. Les parties ont convenu de destiner les locaux à un usage commercial de café/restaurant, sans autre précision particulière.
4. Enfin, le loyer pour cet objet, réputé indexé à l'indice suisse des prix à la consommation dès le 1^{er} janvier 2020, a été fixé en dernier lieu à CHF 162 000.- par an.
5. Les locataires exploitent depuis le transfert du bail un restaurant italien et emploient, dans le cadre de leur activité, neuf personnes.
6. En date du 16 mars 2020, en vertu de l'article 7 de la loi sur les épidémies, le Conseil fédéral a décrété l'état d'urgence. Il a arrêté l'ordonnance 2 sur les mesures destinées à lutter contre le Coronavirus (COVID-19), dont l'article 6 prévoit que les établissements publics sont fermés jusqu'au 19 avril 2020. Après une période de réouverture des restaurants sous certaines conditions, notamment la limitation à quatre personnes par table à compter du 11 mai 2020 jusqu'au 6 juin 2020, le Conseil fédéral a, à nouveau, interdit d'exploiter les établissements de restauration à compter du 22 décembre 2020 à minuit.
7. Le Conseil d'Etat du Canton de Genève a rendu un arrêté instituant des mesures contre la propagation de l'épidémie COVID-19 à l'instar de la fermeture, dès le 16 mars 2020, des entreprises vouées à la restauration et/ou au débit de boissons. La disposition d'urgence prévoyait néanmoins que les entreprises visées

- pouvaient poursuivre les activités pour autant que les mets ne soient pas consommés sur place. Une nouvelle fermeture a été ordonnée, au niveau cantonal, dès le 2 novembre 2020 et jusqu'au 10 décembre 2020, les services à l'emporter et de livraisons demeurant toutefois toujours réservés.
8. Le jour même du prononcé des premières mesures, soit le 16 mars 2020, les locataires ont sollicité une réduction de loyer de 100% auprès de leur bailleur, lequel a immédiatement proposé que le paiement du loyer d'avril soit différé et qu'un arrangement de paiement soit mis en place. Il ressort de l'état de fait que les locataires ont en outre formulé une demande de réduction de l'horaire de travail pour l'ensemble des employés auprès de l'assurance chômage. Dès avril 2020, à tout le moins, les locataires ont en outre proposé un service de livraison à domicile et de plats à l'emporter.
 9. Par requête formée auprès de la Commission de conciliation en matière de baux et loyer le 27 mars 2020, assortie de mesures superprovisionnelles et provisionnelles, les locataires ont sollicité une réduction de 100% du loyer à compter du 16 mars 2020 et pour la durée de la fermeture. Subsidièrement, ils ont conclu à ce que « le Tribunal dise que le loyer pour les locaux concernés est supprimé à compter du 16 mars 2020 et ce, pour la durée de la fermeture de l'établissement, soit jusqu'au 11 mai 2020 » et, cela fait, qu'il « exonère les locataires du paiement de tout loyer », pendant ladite période. Non conciliée, la cause a été portée par-devant le Tribunal des baux et loyers.
 10. Les locataires ont été déboutés de leurs requêtes en mesures provisionnelles et superprovisionnelles.
 11. Lors de l'audience de débats d'instruction, les locataires ont amplifié leurs conclusions initiales en concluant, sur faits nouveaux, à ce que le Tribunal réduise le loyer de 100%, à compter du 2 novembre 2020 jusqu'au 10 décembre et du 23 décembre 2020 jusqu'au jour de l'audience.
 12. Le bailleur, en qualité de partie défenderesse, a conclu au déboutement des locataires s'en rapportant à la justice s'agissant du principe de la réduction de loyer mais invoquant que celle-ci ne saurait dépasser 80%. Il a mis en avant qu'il s'était efforcé, même s'il n'avait pu bénéficier des mesures VESTA, d'offrir une réduction de 80% aux locataires qui répondaient néanmoins aux-dits critères par souci d'égalité de traitement. Il n'a pas manqué de solliciter qu'il soit également tenu compte du fait que les locataires avaient conservé un accès aux locaux excluant toute réduction de 100%. Il a enfin requis la production des éléments permettant de déterminer la fortune et les revenus des locataires, dans la mesure où, s'il fallait faire une application de la théorie de l'imprévision, il y aurait lieu de tenir compte de la situation de chacun. Le Conseil des locataires s'est opposé à cette requête au motif que celle-ci ne figurait pas dans les écritures de la partie défenderesse.
 13. Les parties ont consenti à ce que le Tribunal garde la cause à juger au fond à l'issue des premières plaidoiries sous réserve des actes d'instruction sollicités par la partie défenderesse qui devraient, cas échéant, être tranchés par le Tribunal.
 14. Eu égard à la valeur litigieuse de plus de CHF 30 000.-, la cause est soumise à la procédure ordinaire de sorte que la maxime des débats trouve application. Il en découle que les parties sont tenues d'alléguer les faits sur lesquels elles fondent leurs prétentions et se doivent de produire les preuves qui s'y rapportent.
 15. S'agissant du fond, le Tribunal des baux et loyers a, à titre liminaire, rappelé que le paiement du loyer constitue l'une des obligations essentielles du locataire qui demeure, même si ce dernier n'utilise pas les locaux ou que partiellement.
 16. Ce principe posé, le Tribunal traite ensuite de la question d'un **éventuel défaut de la chose louée**.
 17. Il définit opportunément la notion de défaut et tout particulièrement de **défaut immatériel**, dont font partie les défauts juridiques (à l'instar de l'absence des autorisations administratives nécessaires en raison de la non-conformité des locaux avec les exigences de la police du feu) ou économiques (par exemple l'impossibilité pour le locataire de réaliser un chiffre d'affaires garanti par le bailleur).
 18. Le Tribunal met encore en exergue que les droits découlant de l'existence d'un défaut de la chose louée ne supposent pas que le défaut soit imputable au bailleur personnellement ou émane de sa sphère d'influence puisque le bailleur répond des défauts de manière objective même si ceux-ci résultent du cas fortuit ou s'ils trouvent leur source dans le voisinage ou l'attitude de tiers comme dans le cas des chantiers voisins (*TF, 24.10.2005, 4C.219/2005 ; 02.12.2004, 4C.377/2004 ; 29.05.1997, 4C.527/1996 ; CJ/GE, ACJC/150/1990 ; CPra Bail-AUBERT, art. 258 CO N 29*).
 19. L'autorité de première instance fait ensuite référence aux arrêts du Tribunal fédéral selon lesquels constitue un défaut de la chose louée la diminution de la capacité d'accueil d'un cabaret en raison de l'insuffisance des issues de secours (*TF, 12.02.2016, 4A_208/2015*) ou l'impossibilité d'utilisation d'un local comme bureau à cause d'un plan d'affectation d'un immeuble (*ZMP 1/93 n° 3, p. 12 ss, cité dans SVIT, le Droit suisse du bail, commentaire, 2011, p. 199*).

20. Le locataire peut donc, lorsqu'il loue un local pour une affectation spécifique telle que l'exploitation d'un restaurant, attendre du propriétaire qu'il garantisse que les réglementations de droit public applicables autorisent une telle affectation (*ZK-HIGI/WILDISEN, art. 258 CO N 32 ; CPra Bail-AUBERT, art. 258 CO N 28*).
21. Les juges de première instance ont enfin rappelé, à titre général, que c'est au locataire, qui entend se prévaloir d'un défaut, d'apporter la preuve de son existence en vertu de l'article 8 CC.
22. Dans la mesure où la question de savoir si la fermeture des établissements ordonnée par les autorités fédérales ou cantonales en lien avec la crise sanitaire du COVID-19 était ou non constitutive d'un défaut au sens des articles 256 ss CO n'a pas encore été tranchée par le Tribunal fédéral, les premiers juges se sont livrés à l'examen des divers doctrines et points de vue exprimés après avoir constaté que les deux décisions cantonales rendues au moment du prononcé du jugement discuté n'avaient abordé le sujet que de manière indirecte.
23. Un premier courant doctrinal considère que le locataire n'a pas de prise sur le défaut que constitue l'impossibilité d'user de la chose louée conformément à l'usage convenu et que ce défaut ne lui est donc pas imputable, de sorte que la réduction ou une suppression du loyer est due, même si le bailleur n'est pas en faute et n'est pas en mesure d'éliminer le défaut. L'ordre de fermeture affecte l'usage possible des locaux prévu par le contrat de bail et prive les locataires de la faculté d'exercer l'activité pour laquelle l'objet a été loué (*BRUTSCHIN/RUBLI/STASTNY, Paiement du loyer des locaux commerciaux pendant la pandémie du Covid-19, mars 2020, disponible sous <https://www.asloca.ch/covid-19-documentation-juridique/>; LCHAT, Réponse de Me David LCHAT à l'avis de droit de la FRI, avril 2020, disponible sous <https://www.asloca.ch/covid-19-documentation-juridique/>; LCHAT/BRUTSCHIN, Le bail au temps du Coronavirus, SJ 2020 II p. 111 ss*).
24. D'autres auteurs considèrent que les fermetures ordonnées ne constituent pas un défaut de la chose louée puisqu'elles ne s'appliquent qu'aux locataires qui exploitent les établissements concernés et ne visent, par conséquent, pas la chose louée en tant que telle (*BOHNET, Bail à loyer pour locaux commerciaux et Ordonnance 2 COVID-19, CdB 2/2020 p. 33-52 ; HIGI, Gutachterliche Stellungnahme zur Frage der Herabstzung des Mietzinses wegen Mängeln des Geschäftsraums im Zusammenhang mit der « Corona-Pandemie », 26 mars 2020, disponible sous https://www.hev-zuerich.ch/zuerich/assets/uploads/2020/03/Gutachterl_Stellungn_Prof_Higi.pdf; IYNEDJIAN, COVID 19 – Ordre de fermeture des magasins et restaurants, Impact sur l'obligation de payer le loyer, CdB 2/2020 p. 53-59; SAVIAUX, Avis de droit, Covid-19 – paiement du loyer, CdB 2/2020 p. 60-71*).
25. Après s'être livrés à cet examen précis et complet, les premiers juges ont estimé qu'il ne pouvait être contesté que l'entrée en vigueur des mesures fédérales et cantonales a entraîné une restriction dans l'exercice de l'activité commerciale des locataires concernés.
26. Une telle limitation ne pourrait théoriquement que s'apparenter à un défaut dit immatériel dans la mesure où les locaux loués ne sont aucunement affectés dans leur structure physique. Or, dans les jurisprudences rendues en matière de défaut immatériel, dans les cas où un tel défaut a été retenu, ce sont les caractéristiques propres à l'immeuble ou au local loué, voire le comportement du bailleur concerné ou de ses auxiliaires, qui étaient pertinents pour admettre qu'un défaut juridique affecte la chose louée au sens large. **L'existence d'un tel défaut était en revanche déniée lorsque l'impossibilité ou l'entrave est effective, quel que soit l'état du local loué.**
27. Par ailleurs, dans ces arrêts anciens ATF 62 II 42 et ATF 57 II 532, le Tribunal fédéral n'avait justement pas abordé les problématiques similaires posées sous l'angle du défaut, mais uniquement par le biais de l'impossibilité et de la *clausula rebus sic stantibus*.
28. Dans le cas particulier, la restriction de l'usage n'est pas due aux caractéristiques structurelles du bien en location et dépend uniquement du type d'activité exercée ou de la personne du locataire.
29. Le Tribunal a encore précisé que les prescriptions de droit public s'adressaient à l'ensemble de la population impactant les activités exercées lorsque celles-ci n'étaient pas compatibles avec le but sanitaire poursuivi, sans jamais viser la chose louée elle-même. Les mesures de fermeture des commerces empêchaient ainsi les locataires d'exercer leurs activités, quel que soit le lieu concerné.
30. Il a enfin été estimé que le cas des nuisances provenant du chantier voisin sur lequel le bailleur n'a aucune emprise n'était pas comparable aux normes de droit public réglementant le comportement de toute une population.
31. En vertu de ce qui précède, le Tribunal a considéré que la chose demeurait dans un état approprié à l'usage pour lequel elle a été louée au sens de l'article 256 CO et n'a retenu aucun défaut en relation avec la fermeture des établissements susévoqués.

32. Le Tribunal s'est ensuite penché sur la question de savoir si les locataires pouvaient prétendre à être libérés de leur obligation de payer les loyers sur une autre base en se livrant tour à tour à l'examen de l'article 119 CO puis de la *clausula rebus sic stantibus*.
33. Après avoir rappelé la teneur de l'article 119 CO, l'autorité a exposé que la disposition régissait l'impossibilité subséquente non imputable à la faute qui libère purement et simplement le débiteur de son obligation, au contraire de l'article 97 al. 1 CO qui l'oblige à indemniser le créancier lorsque l'impossibilité est fautive (CR CO I-THÉVENOZ, art. 119 CO N 1).
34. L'impossibilité subséquente de la prestation pour le débiteur doit être strictement distinguée de son inutilité subséquente pour le créancier, que ce soit parce que le but est déjà atteint ou parce qu'il disparaît.
35. Rappelant alors l'arrêt du Tribunal fédéral portant sur l'affaire MIGROS (ATF 62 II 42), le Tribunal a mis en exergue que, lorsque les locaux loués ont été mis à disposition du locataire sans stipulation particulière quant à leur utilisation à des fins spéciales, le locataire ne saurait résoudre le contrat pour cause d'impossibilité de la prestation si, par suite d'une interdiction de l'autorité ou de retrait de l'autorisation d'exercer sa profession, il ne peut faire de la chose louée l'usage espéré. L'interdiction administrative faite au locataire d'exploiter les locaux loués dans le but prévu ou le retrait de l'autorisation d'exercer sa profession rend donc les locaux loués inutiles pour le locataire, mais ne rend pas impossible la mise à disposition de ces mêmes locaux par le bailleur.
36. Le Tribunal des baux et loyers a ensuite exposé la notion d'usage spécial, laquelle doit être distinguée de celle d'usage convenu, au sens de l'article 256 CO, à savoir la destination pour laquelle la chose a été louée. En cas d'usage spécial seulement, le bailleur loue le local à un certain locataire et à certaines conditions très spécifiques à l'instar du cas tranché par le Tribunal fédéral dans l'arrêt de la dentiste EMRICH (ATF 57 II 532) en faveur de laquelle il a été retenu une disparition du but contractuel la libérant du paiement du loyer.
37. L'impossibilité au sens de l'art. 119 CO implique, en outre, l'extinction des obligations, ce qui présuppose, en matière de bail, la libération des locaux auparavant loués de sorte que le locataire qui invoque l'impossibilité et qui cesse le paiement des loyers doit abandonner les locaux (ATF 57 II 532). Le Tribunal rappelle, à juste titre, que l'absence de restitution des locaux avait d'ailleurs été reprochée à la MIGROS dans l'arrêt concernant sa succursale vaudoise (ATF 62 II 42).
38. Quant au fait que le locataire puisse être économiquement incapable de fournir sa prestation, à savoir le paiement du loyer, il ne s'agit que d'une simple impossibilité personnelle et non d'un motif de libération au sens de l'article 119 CO (TF, 12.11.2003, 4C.344/2002).
39. S'agissant du traitement des impossibilités temporaires (LCHAT/BRUTSCHIN, op. cit., p. 134), le Tribunal a rappelé que la doctrine demeurait divisée, mais que pour qu'une telle impossibilité soit considérée comme durable, au point de rendre l'exécution impossible au sens de l'article 119 CO, la durée devait, à tout le moins, être imprévisible (TF, 12.11.2003, 4C.344/2002).
40. En l'espèce, l'autorité judiciaire a considéré que, compte tenu de l'absence de faute des parties, seul l'article 119 CO aurait pu trouver application au contraire de l'article 97 CO.
41. Or, les conditions d'une libération au sens de l'art. 119 CO ne sont pas réalisées.
42. En effet, en premier lieu, les interdictions d'ouverture des établissements publics prononcées par les autorités cantonales ou fédérales visent la population, et par ce biais l'activité des locataires, alors que la mise à disposition des locaux loués par le bailleur demeure parfaitement possible.
43. Le Tribunal a en outre considéré que ces mesures n'étaient pas durables et que le simple fait que les locataires ne soient, cas échéant, plus en mesure de s'acquitter de leur loyer ne constitue pas un motif de libération.
44. Enfin, les locataires n'avaient jamais, alors qu'ils entendaient cesser de payer leur loyer, libéré les locaux.
45. En dernier lieu, le Tribunal a examiné si le paiement du loyer pouvait être interrompu sur la base de la *clausula rebus sic stantibus*.
46. En cas d'application de la théorie de l'imprévision, la partie liée par un contrat peut se dégager totalement ou pour partie de ses obligations en cas de changement important et imprévisible des circonstances entraînant un déséquilibre tel que la répartition des risques n'est plus supportable pour elle et que l'autre partie, en persistant à demander l'exécution, exploite le déséquilibre créé et abuse ainsi manifestement de son droit (TF, 02.05.2011, 4A_73/2011).
47. L'intervention du juge fondée sur la *clausula rebus sic stantibus* suppose que la modification des circonstances soit donc extraordinaire et imprévisible et qu'elle occasionne un tel déséquilibre entre prestations et contre-prestations que la répartition des risques découlant du

contrat ne soit plus supportable pour les parties (ATF 127 III 300).

48. L'adaptation du contrat se fonde d'abord sur les dispositions contractuelles puis subsidiairement sur les règles légales supplétives et enfin sur la volonté hypothétique des parties, le tribunal devant estimer ce que les parties auraient conclu, selon le principe de la bonne foi, si elles avaient tenu compte de la survenance de l'évènement imprévisible (TF, 09.05.2019, 4A_335/2018; ATF 127 III 300, SJ 2002 I 1; CR CO I-THÉVENOZ, art. 119 CO N 4 ss).
49. Le Tribunal des baux et loyers rappelle enfin que la théorie de l'imprévision n'est appliquée qu'à titre subsidiaire à défaut de dispositions contractuelles ou légales spéciales (TF, 09.05.2019, 4A_335/2018).
50. S'agissant de cette dernière condition de subsidiarité, le Tribunal relève à juste titre que la doctrine n'est pas unanime quant à la possibilité d'appliquer la théorie de l'imprévision en matière de changement de circonstance extraordinaire en droit du bail, en raison de l'existence de l'article 266g CO considéré par certains auteurs comme une *lex specialis*.
51. Dans le cas d'espèce, l'autorité judiciaire a considéré que la fermeture générale des établissements, ordonnée dans le cadre de la crise sanitaire liée à l'épidémie de COVID-19, constituait bien un changement important et imprévisible des circonstances qui pourrait laisser la place à une réadaptation du contrat par le juge au sens de la *clausula rebus sic stantibus*.
52. En revanche, le Tribunal a refusé de trancher la controverse doctrinale en lien avec le caractère ou non spécial de l'article 266g CO car les autres conditions permettant une réadaptation du contrat par le juge n'étaient manifestement pas réalisées.
53. Les locataires, tout en alléguant faire face à un manque de liquidités, n'ont produit aucune pièce à cet égard, quand bien même le fardeau de la preuve leur incombe, raison pour laquelle il n'a d'ailleurs pas été donné suite aux demandes d'instruction du bailleur.
54. Le Tribunal a en outre retenu que les locataires avaient pu bénéficier d'aides en sollicitant la réduction de l'horaire de travail pour l'ensemble de leurs employés auprès de l'assurance chômage et conservé, pendant les différentes périodes de fermeture, une activité de vente à l'emporter et de livraison à domicile.
55. Il a enfin été tenu compte de la durée du bail conclu pour dix ans face à une fermeture de quelques mois seulement et des propositions et engagements de la bailleuse pour faciliter la situation des locataires.
56. Par conséquent, le Tribunal des baux et loyers a nié l'existence d'un déséquilibre propre à entraîner la ruine des locataires qui n'ont en outre pas démontré un abus de droit du bailleur à exiger en procédure le paiement de l'intégralité du loyer.
57. La réadaptation du contrat ne se justifiait donc pas et les locataires ont été déboutés de l'ensemble de leurs conclusions.

■ **Note**

A. Du contexte

58. Les décisions prises à la mi-mars 2020 de fermer les établissements et les installations publics ont indéniablement été lourdes de conséquences pour les entités concernées, dont certaines n'ont pas pu réaliser de chiffre d'affaires ou n'ont pu réaliser qu'un chiffre d'affaires réduit pendant la période de fermeture, tout en devant continuer de s'acquitter de plusieurs obligations contractuelles, dont le paiement du loyer ou du fermage.
59. Le Conseil fédéral a approuvé toute une série de mesures de soutien (à l'instar de l'octroi d'un délai pour s'acquitter du loyer) mais a décidé de ne pas intervenir plus en avant dans les rapports de droit privé entre locataires et bailleurs et de les appeler à trouver des solutions amiables, respectant ainsi les différentes relations liant les parties au contrat de bail.
60. Quant au projet de loi COVID-19 sur les loyers commerciaux qui visait à régler la fixation du loyer ou du fermage des installations et établissements publics qui ont dû fermer en vertu de l'ordonnance 2 COVID-19 dans les versions du 17, 19 et 21 mars 2020, il n'a pas abouti. Pour mémoire, le projet avorté visait à combler l'absence de base légale topique en répartissant la prise en charge des loyers commerciaux entre bailleurs et locataires, pour la période de fermeture ou de restriction ordonnée, les locataires devant payer 40% du loyer et les bailleurs assumer les 60% restants.
61. Face à cette absence d'intervention législative et compte tenu du caractère inédit de la question du sort de l'obligation de payer le loyer des établissements et installations publics fermés en lien avec la crise sanitaire du COVID-19, les premières décisions cantonales étaient attendues non sans impatience.
62. Les deux premières décisions cantonales rendues dans les cantons de Zurich et Genève n'ont effectivement pas tranché les questions brûlantes mais déjà livré l'approche pressentie des autorités cantonales.

63. Le *Bezirksgericht* de Zurich a certes nié que le contrat de bail puisse constituer un titre de mainlevée pour les loyers échus, dès lors que la prestation contractuelle n'avait pas été fournie conformément à ce que prévoyait le contrat de bail, mais déjà estimé que les mesures étiatiques n'entraînaient pas un défaut de la chose louée ni une impossibilité pour le bailleur de remplir ses obligations contractuelles. Il a estimé que seule demeurait ouverte la question de la *clausula rebus sic stantibus* (BG/ZH, 23.04.2021, EB 2011 77-L/U).
64. Quant à la Cour de justice de Genève, elle soulignait déjà que la question du paiement du loyer des locaux commerciaux pendant la pandémie de COVID-19, en particulier concernant les établissements publics dont la fermeture a été ordonnée par les autorités tant cantonales que fédérales, devait faire l'objet d'une analyse approfondie. En effet, il devait être définitivement jugé, que ce soit sous l'angle de l'art. 259d CO (réduction de loyer), de l'impossibilité subséquente (art. 119 CO), de l'exorbitance ou de la *clausula rebus sic stantibus*, si le loyer reste dû – totalement ou partiellement – durant cette période ou non (CJ/GE, 07.06.2021, ACJC/722/2021).

B. De la réponse apportée par le Tribunal des baux et loyers

65. Dans sa première décision sur le fond du litige, le Tribunal des baux et loyers de la République et Canton de Genève se livre à un exposé complet et détaillé du droit et de la jurisprudence du Tribunal fédéral.

C. De l'absence de défaut

66. De manière convaincante, le Tribunal a retenu que la chose louée demeure dans un état approprié à l'usage pour laquelle elle a été louée au sens de l'article 256 al. 1 CO.
67. En règle générale, la qualité convenue de la chose louée ne concerne que **les caractéristiques liées à l'objet et non celles ayant trait à l'activité commerciale** (HAEFELI/GALLI/VISCHER, *Coronavirus SARS-CoV2: Klärung mietrechtlicher Fragen*, Jusletter 14 avril 2020 p. 5; REICHLÉ/STEHLE, *Coronavirus und Geschäftsraummiète*, Jusletter 18 mai 2020 p. 8 ss; HIGI, *op. cit.*). HIGI rappelle, à juste titre, que le bailleur promet au locataire de lui fournir des locaux dans lesquels ce dernier peut exercer son activité. Sauf convention contraire spéciale, ladite activité n'est toutefois pas garantie dans le bail et existe indépendamment de celui-ci sous la propre responsabilité juridique du locataire (HIGI, *op. cit.*, p. 1). Le bailleur garantit ainsi uniquement que les réglementations de droit public applicables autorisent l'affectation convenue et que le local dispose des infrastructures nécessaires à l'instar, par exemple, des

issues de secours requises par les normes anti-incendie applicables (TF, 12.02.2016, 4A_208/2015, c. 3).

68. Lorsque les parties insèrent dans le contrat une clause d'affectation spécifique, elles visent bien plutôt à interdire un changement d'affectation, tel que des bureaux transformés tout soudain en salon de massage érotique, et non à garantir les conditions d'ouverture au public de la chose louée (IYNEDJIAN, *op. cit.*, p. 57). Dans le même sens, on ne saurait, en principe, admettre un accord tacite portant sur des paramètres qui ne se trouvent pas dans la sphère de puissance du bailleur (SVITK-BURKHALTER/MARTINEZ/FAVRE, art. 256 CO N 18c).
69. Dans un arrêt du 20 novembre 1992, repris par la jurisprudence récente, notamment CJ/GE ACJC/202/2013 du 18 février 2013, la Chambre d'appel en matière de baux et loyers de Genève avait considéré que la bonne marche d'une galerie marchande n'était pas une qualité promise par le bailleur. La baisse de fréquentation de la galerie causée par la fermeture d'arcades voisines de celle de la locataire ne constituait pas un défaut. Les juges avaient estimé qu'à trop étendre la notion de qualité implicitement promise, le bailleur encourrait une responsabilité pour des situations exorbitantes des faits qu'il ne maîtrise pas, ce qui ne peut être le but poursuivi par le législateur. Dans cet arrêt, la Cour avait, à juste titre, considéré que le fait que des locataires de la galerie, pour quelque raison que ce soit, n'ouvrent pas ou pas régulièrement leur arcade ou le fait que, pour des raisons liées à un problème d'urbanisme, l'Etat décide de diminuer les voies de circulation du quartier, engendrant ainsi une diminution importante du nombre des chaland, ne peut pas être assimilé à des défauts de la chose louée (CJ/GE, 20.11.1992, ACJC du A. S.A. / G).
70. Est donc apparu, à raison, pour le Tribunal des baux comme essentiel le fait que les caractéristiques structurelles des locaux ne sont pas les causes de la restriction, lesquelles visent uniquement l'activité exercée par le locataire. Il aurait pu encore, à notre sens, être soutenu que lorsque les parties ont convenu que les locaux étaient destinés à l'usage commercial de café/restaurant, leurs intentions étaient manifestement d'interdire au locataire de changer l'affectation du local sans qu'aucune garantie spéciale ne soit donnée aux locataires sur les conditions d'ouverture au public de la chose louée.
71. Il est intéressant de relever à l'instar de l'autorité que bien que s'adressant à l'ensemble de la population (LACHAT/BRUTSCHIN, *op. cit.*, p. III), les mesures ne visent pas la chose louée mais bien l'activité des locataires, laquelle risque de favoriser la transmission du virus. Les exemples cités par LACHAT/BRUTSCHIN

(patente pour les restaurants, interdiction de vendre de l'alcool aux mineurs, respect des horaires d'ouverture, des dates de péremption) ont certes en commun que ces mesures s'adressent aux locataires, mais surtout, et c'est ce qui apparaît pertinent, qu'elles ne visent pas les locaux loués ou les caractéristiques structurelles de l'immeuble, mais bien l'activité commerciale réalisée.

72. C'est enfin à juste titre que le Tribunal des baux et loyers a refusé de rapprocher les mesures de fermetures aux perturbations générées par l'entourage de l'immeuble. En effet, l'élément essentiel du défaut réside là encore dans l'objet même qui est atteint par des immissions et non l'activité commerciale ou un comportement général de la population.

D. De l'inapplicabilité de l'article 119 CO

73. Nous ne pouvons ensuite que rejoindre l'autorité qui a nié toute impossibilité objective subséquente au sens de l'article 119 CO.

74. A teneur de l'alinéa 1 de cette disposition, une obligation s'éteint lorsque l'exécution est rendue impossible par suite de circonstances non imputables au débiteur. L'alinéa 2 précise que, dans cette hypothèse, les parties doivent restituer ce qui peut l'être, et ne peuvent réclamer ce qui reste dû.

75. Le Tribunal fédéral avait d'ailleurs relevé dans son ATF 62 II 42 que celui qui, dans un contrat bilatéral, se prétend libéré de son obligation doit renoncer à la contreprestation, sinon il s'enrichit aux dépens de son cocontractant.

76. Par le passé, le Tribunal fédéral n'a admis une impossibilité que s'il est certain qu'elle continuera à exister jusqu'à la fin du contrat ou du moins si sa disparition n'est pas prévisible (TF, 12.11.2003, 4C.334/2002; 24.04.2001, 4C.34/2000). Une partie de la doctrine estime également que l'impossibilité ne peut affecter qu'une partie de la prestation (**impossibilité dite partielle**) notamment lorsque les locaux objet du bail sont partiellement détruits par le feu (CR CO I-THÉVENOZ, art. 119 CO N 27; BSK OR I-WIEGAND, art. 119 CO N 13; BSK OR I-WEBER, art. 253 CO N 4 et art. 259a CO N 1). Dans le cas de contrat de durée, une impossibilité matérielle partielle peut exister dans le sens où le locataire ne peut utiliser que partiellement le bien loué. Il pourrait également y avoir une **impossibilité partielle temporelle** (*zeitliche Teilunmöglichkeit vorliegen*), à savoir que le locataire ne pourrait utiliser l'objet loué que pendant une certaine période (HAEFELI/GALLI/VISCHER, op. cit., p. 5).

77. Dans ce contexte, la distinction entre l'**impossibilité subséquente** pour le créancier et l'**inutilité subsé-**

quente apparaît déterminante (HAEFELI/GALLI/VISCHER, op. cit., p. 6 s.; REICHL/STEHLE, op. cit., p. 8 s.; LACHAT/BRUTSCHIN, op. cit., p. 131 s.). **Il y a inutilité lorsque la prestation du bailleur demeure objectivement possible, mais devient inutile pour le locataire.**

78. A ce titre, THÉVENOZ mentionne de manière convaincante que « l'interdiction administrative faite au locataire d'exploiter les locaux loués ou le retrait de l'autorisation d'exercer sa profession rendent les locaux loués inutiles pour le locataire, mais ne rendent pas impossible la mise à disposition de ces mêmes locaux par le bailleur » (CR CO I-THÉVENOZ, art. 119 CO N 5).

79. Dans l'ATF 62 II 42, le Tribunal fédéral s'est prononcé sur la problématique et a considéré que le loyer était dû intégralement malgré l'activité commerciale interdite en raison d'une mesure administrative, car les locaux avaient été mis à disposition du locataire sans stipulation particulière quant à leur utilisation à des fins spéciales.

80. BOHNET précise que la notion d'*usage spécial* doit être distinguée de celle d'*usage convenu* au sens de l'article 256 CO (BOHNET, op. cit.). Cette notion spécifique « possède une dimension bien plus individuelle, voire personnelle » et ne saurait être invoquée par les locataires contraints à fermer leurs locaux, vu le caractère général de l'ordre qui s'applique indistinctement à tous les exploitants d'établissements publics (BOHNET, op. cit.). L'arrêt publié aux ATF 57 II 532 n'est pas plus transposable au cas des fermetures, car l'exploitation du cabinet dentaire demeurerait objectivement parfaitement possible alors que l'usage spécial convenu entre les parties, à savoir un certain locataire moyennant la reprise d'une clientèle n'était plus envisageable. Dans ce cas, la possibilité d'exercer le métier prévu par le locataire choisi dans les locaux était spécialement conçue comme une condition nécessaire au contrat.

81. Le Tribunal des baux et loyers a écarté l'impossibilité, sans que son raisonnement ne prête flanc à la critique, en estimant que les interdictions d'ouverture ne sont que temporaires et visent la population en touchant l'activité des locataires, alors que la mise à disposition des locaux loués par le bailleur demeure possible. Il a justement enfin été relevé que les locataires n'étaient pas dans un cas d'impossibilité par le simple fait qu'ils n'étaient potentiellement pas en mesure de payer le loyer. L'absence d'intention de restituer les locaux exclut également l'application de la disposition évoquée en vain par les locataires.

82. Il aurait pu encore être utile de préciser que l'utilisation effective des locaux à une certaine fin ne faisait pas partie du contenu de la prestation due par le bailleur faute d'usage spécial, cas échéant en procédant à l'in-

interprétation du contrat sur la base des articles 1 et 18 CO.

83. Les clauses de locaux commerciaux qui stipulent que le locataire ne peut utiliser le bien loué qu'aux fins convenues contractuellement sont des conditions contractuelles générales, que l'on retrouve d'ailleurs dans la très grande majorité des baux commerciaux, et qui ne contiennent aucune assurance de la possibilité d'exercer une activité commerciale ou de réaliser un revenu. Leur but s'inscrit plutôt dans la protection des intérêts des bailleurs pour qu'un changement de destination préjudiciable, par exemple au standing de l'immeuble ou à la configuration des locaux, ne puisse leur être imposé.

E. De la question restée ouverte

84. Comme résumé ci-dessus, le Tribunal des baux et loyers est parvenu à la conclusion que la fermeture constituait bien un changement important et imprévisible de circonstances qui pourrait laisser une place à l'adaptation par le juge au sens de la *clausula rebus sic stantibus*.

85. Il n'est pas discutable qu'en raison de la pandémie et des mesures ordonnées par la Confédération et les cantons, telles que les fermetures de commerces, mais aussi les réglementations en matière d'hygiène et de distance, les circonstances ont changé de manière imprévisible pour de nombreux locataires commerciaux concernés depuis la conclusion du contrat.

86. On pourrait toutefois se demander si la nature et la durée des restrictions sont en tant que telles suffisantes pour justifier une adaptation du contrat. Le caractère temporaire pourrait exclure que le changement de circonstance revête une importance suffisante. Le Tribunal fédéral fait, en effet, une application très restrictive de cette théorie qui porte gravement atteinte au principe *pacta sunt servanda* et n'admet le recours à la théorie de l'exorbitance que lorsque l'exécution du contrat serait de nature à causer la ruine du débiteur (ATF 48 II 242 ; 54 II 257, JdT 1922 546).

87. Dans l'affaire qui lui a été soumise, le Tribunal des baux et loyers a justement pris en considération pour exclure l'existence d'un déséquilibre, les circonstances du cas d'espèce telles que la durée du bail et celle des fermetures, l'absence de preuve du manque de liquidités, les aides étatiques reçues ou disponibles, la possibilité de continuer à utiliser les locaux ou encore la position conciliante de la bailleuse.

88. Les plaideurs en quête de prévisibilité auraient évidemment apprécié que la question de la possibilité ou non d'appliquer la *clausula* en matière de changement de

circonstances extraordinaires en droit du bail, en raison de l'article 266g CO, ne soit point laissée ouverte.

89. Comme rappelé par le Tribunal, la *clausula* n'intervient que de manière subsidiaire lorsque le contrat ne contient aucune clause spécifique et en l'absence de disposition légale spéciale (CPra Bail-WESSNER, art. 266g CO N 8 ; BOHNET, op. cit., p. 33-52 ; LACHAT/BRUTSCHIN, op. cit., p. 111-151).

90. Les justes motifs de résiliation du contrat de bail à loyer prévus par l'article 266g CO ne visent en principe que les changements de circonstances dans la situation générale ou dans la personne du cocontractant et ne découlent pas d'une violation du contrat (VENTURI-ZEN-RUFFINEN, *Le contrat de bail à loyer, La résiliation pour justes motifs des contrats de durée*, AISUF – Travaux de la Faculté de Droit de l'Université de Fribourg, 2007, p. 249-267).

91. Parmi les **motifs extérieurs à la personne**, on peut notamment citer un état de guerre conduisant à la fermeture d'un commerce, une grave crise économique entraînant une diminution considérable du chiffre d'affaires d'une entreprise ou une catastrophe naturelle empêchant la clientèle d'accéder à un commerce (ATF 46 II 173, JdT 1920 I 546 ; ZK-HIGI, art. 266g CO N 45 ; CR CO I-LACHAT, art. 266g CO N 3 ; BK I-183 OR-BECKER, art. 269 aCO N 4 ; VENTURI-ZEN-RUFFINEN, op. cit., p. 249-267).

92. Pour certains auteurs, en tant que norme impérative, l'article 266g CO ne laisse en principe plus de place à des adaptations contractuelles ni à l'invocation des principes généraux de la *clausula rebus sic stantibus*. Ainsi, si imprévision il y avait, elle ne permettrait au locataire que de mettre fin au bail, aux conditions prévues par l'art. 266g CO en tant que *lex specialis* par rapport à la *clausula rebus sic stantibus* (HIGI, op. cit. ; INEDJIAN, op. cit. ; PEDUZZI, *Die Auswirkungen der Notmassnahmen in der Coronakrise auf Geschäftsmietverträge*, MRA 2020 p. 3 ss ; SAVIAUX, op. cit. ; BK I-109 OR HAUSHEER/AEBI-MULLER, art. 2 CC N 229). Cette approche a le mérite de la clarté et ne laisse pas le sort des parties à une appréciation hypothétique.

93. Une autre partie de la doctrine estime que la *clausula rebus sic stantibus* peut s'appliquer au-delà de l'art. 266g CO et permet au juge de procéder à un rééquilibrage, à un réajustement du contrat (CPra Bail-WESSNER, art. 266g CO N 7 ; BOHNET, op. cit., p. 26 ; LACHAT/BRUTSCHIN, op. cit., p. 138).

94. Selon LACHAT/BRUTSCHIN, la théorie de l'imprévision permet au juge de faire cesser l'exorbitance, en réajustant les prestations de chacun des contractants, par exemple en raccourcissant la durée du bail ou en

modifiant le loyer ou les frais accessoires, la résiliation du bail ne pouvant être la seule issue, ce également en vertu du principe de proportionnalité. En outre, pour déterminer la solution préférable pour les parties, il faut essayer de rechercher quelle aurait été leur volonté et la plupart des bailleurs et des locataires commerciaux préfèrent une modification limitée dans le temps du loyer, plutôt qu'une fin précipitée du bail (*LACHAT/BRUTSCHIN, op. cit., p. 138*), étant toutefois relevé que, selon nous, en cas de résiliation extraordinaire, les parties demeurent libres de renégocier un nouveau contrat en revoyant l'ensemble des conditions contractuelles et non uniquement le montant du loyer.

95. Selon BOHNET, la *clausula a*, en outre, une portée bien plus large que l'article 266g CO et garantit une meilleure marge de manœuvre de sorte que son application ne saurait être exclue (*BOHNET, op. cit., p. 26*). L'application de l'article 266g CO pose également le problème de l'indemnité due par la partie qui donne le congé à l'autre (art. 266g al. 2 CO), avec la nuance, selon nous, que le juge dispose d'une marge d'appréciation et tient compte de l'ensemble des circonstances, un dédommagement complet n'étant plus attendu (*SVITK-MÜLLER, art. 266g CO N 20*).
96. Si le deuxième courant doctrinal devait être suivi, il y aurait en tous cas lieu que l'application de la *clausula* demeure très restrictive, au risque de porter atteinte au principe *pacta sunt servanda* et d'imposer à l'une des parties, par un raisonnement hypothétique, des conditions auxquelles elle n'aurait pas conclu. Pour les mêmes motifs, la modification du contrat devrait en outre demeurer limitée dans le temps et il ne saurait être, par exemple, imposé de manière indéterminée à un bailleur de baisser le loyer au motif que le locataire ne peut recevoir dorénavant qu'un nombre réduit de clients.

F. Conclusion

97. Ce premier jugement tant attendu convaincant. Le raisonnement du Tribunal des baux et loyers de Genève a d'ailleurs été suivi à peine un mois plus tard par le Tribunal des baux du canton de Zurich (*BG/ZH, 02.08.2021, MJ210008-L, ZMP 2021 Nr. 10*). Les autorités judiciaires zurichoises ont en effet estimé que les mesures prises afin de lutter contre le COVID-19 n'entraînent pas de défaut des locaux loués pour exploiter un magasin de mode ni d'impossibilité. S'agissant de la *clausula rebus sic stantibus*, elle n'a également pas été retenue en raison des circonstances et du défaut de collaboration de la locataire.
98. L'absence de production de pièces par les demanderessees genevoises et l'opposition aux mesures d'instruction sollicitées a indéniablement joué un rôle vu le

fardeau de la preuve incombant aux locataires. C'est le lieu de relever que si la cause avait été soumise à la procédure simplifiée, à l'instar du cas tranché par les tribunaux zurichoises (*BG/ZH, 02.08.2021, MJ210008-L, ZMP 2021 Nr. 10*), le Tribunal aurait soulevé les mêmes griefs. En effet, la maxime inquisitoire sociale applicable en procédure simplifiée (art. 243 al. 2 let. c et 247 al. 2 let. a CPC) n'oblige pas le juge à instruire d'office le litige lorsqu'un plaideur renonce à expliquer sa position (*TF, 28.08.2012, 4A_250/2012, c. 2.4, SJ 2013 I 49; 27.04.1998, 4C.274/1997, c. 4a, SJ 1998 718*). Ainsi, dans le jugement zurichois, la locataire n'avait pas donné suite aux demandes répétées de la demanderesse de lui transmettre notamment la demande et la décision de chômage partiel, la dernière transaction commerciale et tout document concernant le crédit-relais COVID-19, ni expliqué dans quelle mesure elle avait rempli son obligation de limiter les dommages ou comment les contre-mesures éventuelles avaient affecté la situation bénéficiaire de la société.

99. Alors que l'affaire genevoise n'a pas fait l'objet d'un appel, le dossier zurichois et les autres décisions cantonales à venir demeurent évidemment à suivre avec attention puisqu'il est fort à parier que certaines seront portées par-devant les autorités judiciaires d'appel, puis se retrouveront sur le bureau des juges de Mon Repos

8

TF 4A_129/2021 (09.08.2021)

Xavier Rubli

Nullité partielle d'un bail commun conclu avec une personne décédée et congé contraire à la bonne foi

Inexistence partielle du contrat admise s'agissant d'un bail conclu avec deux locataires, dont l'une est décédée. Représentation de la bailleuse par une régie. Prise en compte, dans une procédure civile, de déclarations formulées dans le cadre d'une procédure pénale. Congé contraire à la bonne foi. Art. 11 CC; 32, 53 et 271 CO; 9 Cst.

1. En 1998, les époux B.B. et C.B. sont devenus cotitulaires d'un bail portant sur un appartement de 4,5 pièces à Genève. Le loyer mensuel net a été fixé à CHF 1000.-, charges de CHF 100.- en sus. En 2003, les conjoints ont pris à bail une place de stationnement pour véhicule pour un montant mensuel de CHF 100.-. A une date indéterminée, A. SA est devenue propriétaire de l'immeuble. B.B. et C.B. ont eu trois enfants, une fille D.G. et deux fils E.B. et F.B.

2. C.B. est décédée en juin 2009. En 2010, D.G. a emménagé avec sa famille dans l'appartement toujours occupé par son père.
3. Le 3 septembre 2012, A. SA a adressé un premier congé au 31 décembre 2012 au motif qu'elle souhaitait procéder à des travaux de rafraîchissement du logement « afin que le loyer réponde aux besoins prépondérants de la population ». Le lendemain, B.B. et sa fille se sont rendus à la régie représentante de la bailleuse et ont entamé des pourparlers qui ont abouti à la conclusion d'un nouveau bail le 18 septembre 2012. Ce contrat a été établi au nom des conjoints B.B. et C.B. Il a été signé par B.B., D.G. se contentant d'y apposer le nom de feu sa mère. Le loyer a été augmenté de CHF 1000.- à CHF 1260.- et les charges de CHF 100.- à CHF 200.-. S'agissant de la place de parking, un avenant au bail a été signé le 18 mars 2013 et le loyer a été augmenté à CHF 200.-. La bailleuse a par la suite notifié une hausse de loyer à CHF 1310.- dès le 1^{er} janvier 2017 et à CHF 1360.- dès le 1^{er} janvier 2018.
4. Lors d'une visite de l'immeuble, A. SA a constaté que sur la boîte aux lettres du logement litigieux figurait « famille de G. ». Ce nom n'apparaissant pas sur le contrat de bail, elle a requis des locataires qu'ils lui fournissent tous les renseignements utiles avant le 19 février 2016, à défaut de quoi le contrat serait résilié. Cette correspondance, adressée sous pli recommandé, n'a pas été retirée à la poste.
5. Le 17 mars 2016, deux nouvelles résiliations ont été envoyées à B.B. et C.B., pour le 31 décembre 2016 en ce qui concerne le logement, et pour le 31 août 2016 s'agissant de la place de parc, ceci au motif que les locataires n'avaient pas donné suite au courrier du 11 février 2016. A. SA en a déduit que les locataires avaient sous-loué leur appartement sans autorisation de sa part.
6. Le 15 avril 2016, B.B. et ses trois enfants, agissant en qualité d'héritiers de leur mère, ont contesté ensemble les congés. La conciliation n'ayant pas abouti, ils ont déposé une demande auprès du Tribunal des baux et loyers du canton de Genève concluant, en substance, à ce que la nullité des congés soit constatée, subsidiairement à leur annulation, plus subsidiairement à ce que les congés ne produisent effet qu'au 31 décembre 2019 avec en sus une prolongation de quatre ans et, plus subsidiairement encore, à ce que l'inefficacité des congés soit constatée.
7. La bailleuse a conclu à l'irrecevabilité de la demande, subsidiairement à son rejet. Elle a par ailleurs formé une demande reconventionnelle en expulsion tant de B.B. que de D.G. A. SA a soutenu qu'elle ne voulait pas conclure de contrats avec le conjoint survivant uniquement, ni avec sa fille qui faisait l'objet de nombreuses poursuites.
8. Le 14 juin 2016, la bailleuse a invalidé les baux pour dol, subsidiairement pour erreur essentielle, au motif que C.B. était déjà décédée au moment de la modification des contrats, qu'elle ne pouvait donc pas être partie à ces baux et que ses héritiers ne pouvaient pas l'être non plus, ces contrats étant postérieurs à leur saisine universelle.
9. Une plainte pénale a été déposée contre B.B. et D.G. pour faux dans les titres, plainte finalement classée en 2017 par le Ministère public.
10. Le 22 mars 2017, le Tribunal des baux et loyers a déclaré irrecevable la demande en contestation des congés et condamné le père et la fille à quitter l'appartement et la place de parc. Les premiers juges ont considéré que le bail n'obligeait pas la bailleuse en raison d'une tromperie commise par B.B. et D.G., de sorte que, sans contrat valable, le locataire et sa fille n'avaient aucun intérêt digne de protection à agir.
11. En deuxième instance, le 15 décembre 2017, la Chambre des baux et loyers de la Cour de justice du canton de Genève a déclaré recevable la demande de B.B., rejeté l'action en tant qu'elle était exercée par les trois enfants, annulé le jugement du Tribunal des baux et loyers en tant que l'action était exercée par le père et renvoyé la cause au Tribunal précité pour qu'il statue sur la contestation des congés, ainsi que sur la demande reconventionnelle en expulsion.
12. Le recours déposé contre cette décision au Tribunal fédéral par A. SA a été déclaré irrecevable (*TF, 31.01.2018, 4A_35/2018*).
13. Dans un second jugement rendu en date du 21 février 2020, le Tribunal des baux et loyers a cette fois annulé les résiliations signifiées au conjoint survivant. Après avoir entendu à nouveau les parties, la Cour a jugé que certes B.B. n'avait pas requis le consentement de la bailleuse pour la sous-location partielle à sa fille et à sa famille, mais que les raisons pour lesquelles ces derniers étaient accueillis par le père étaient légitimes, même si la situation constituait un cas limite. Le conjoint survivant avait toutefois démontré sa présence régulière à Genève et avait un intérêt digne de protection à conserver l'usage du logement, tout en bénéficiant de la présence de sa fille à ses côtés pour l'aider dans les tâches quotidiennes, notamment les repas.
14. La Chambre de baux et loyers a rejeté, le 25 janvier 2021, l'appel de la bailleuse à l'encontre de la décision de première instance.

15. Le 25 février 2021, A. SA a recouru non seulement contre l'arrêt du 25 janvier 2021, mais également contre celui du 15 septembre 2017, concluant à la réforme, d'une part, de la décision incidente en ce sens que B.B. devait être expulsé du logement et de la place de parc, et, d'autre part, de la décision du 25 janvier 2021 en ce sens que les résiliations étaient validées et que les locaux devaient être évacués, au besoin avec l'aide de la force publique.
16. Le 9 août 2021, le Tribunal fédéral a déclaré irrecevable le recours constitutionnel et a rejeté le recours en matière civile de la bailleresse dans la mesure de sa recevabilité.
17. **Au considérant 4**, le Tribunal fédéral examine la question de la validité de la conclusion des contrats de bail.
18. Seules peuvent être parties au contrat les personnes qui jouissent des droits civils (art. 11 et 53 CC). Pour les personnes physiques, cette capacité civile passive commence avec la naissance et finit par la mort (art. 31 al. 1 CC). Il en résulte que le *de cuius* n'a plus la personnalité et ne peut pas être titulaire de droits et obligations, ceux-ci passant à ses héritiers par succession universelle. Par conséquent un contrat ne peut pas être conclu au nom d'une personne décédée par un représentant (art. 32 al. 1 CO). Le défunt n'a aucune capacité juridique et ne peut ainsi pas intenter une action en justice (ATF 129 I 302 c. 1.2). Sans capacité civile passive d'un des cocontractants, un contrat ne peut être conclu (art. 1 CO). Dans un tel cas, le contrat est inexistant.
19. Notre Haute Cour rappelle toutefois que, la nullité d'un contrat pouvant n'être que partielle, l'inexistence d'un contrat peut également n'être que partielle (art. 20 al. 2 CO par analogie), ceci en application du principe *favor negotii*. Pour qu'une nullité partielle soit admise, le vice ne doit concerner qu'une partie du contrat qui peut en être détachée (condition objective) et la volonté subsidiaire hypothétique que les parties auraient eue si elles avaient réalisé que leur volonté était contraire à la loi doit pouvoir être déterminée (condition subjective). Selon le Tribunal fédéral, ces deux conditions s'appliquent également à l'inexistence partielle du contrat.
20. En l'espèce, devant le Tribunal des baux et loyers, puis devant le Ministère public, le représentant de la régie, qui avait signé les baux pour la bailleresse, a déclaré que, s'il avait été informé du décès de C.B., il aurait pu demander à sa secrétaire de libeller le bail portant sur l'appartement au nom du conjoint survivant uniquement et qu'il n'y aurait eu aucun problème à attribuer le logement seulement à ce dernier.
21. Vu ce qui précède, le Tribunal fédéral est arrivé à la conclusion que l'arrêt de la Cour de justice ne prêtait pas flanc à la critique et que les juges cantonaux avaient à juste titre considéré que les deux conditions d'admissibilité de la nullité ou de l'inexistence partielle des contrats étaient remplies, dans la mesure où le vice ne touchait qu'une partie des baux et que le maintien des contrats avec le père uniquement correspondait à ce que les parties auraient convenu de bonne foi si cette éventualité avait été envisagée.
22. Les juges de Mon Repos examinent ensuite chaque grief soulevé par la bailleresse, les rejetant un à un ou les déclarant irrecevables (c. 4.4).
23. En premier lieu, la bailleresse se plaint de la violation des art. 1, 23-24, 28, 31 et 253 CO, ainsi que de l'art. 59 CPC. Notre Haute Cour relève à cet égard que, si, au moment de la conclusion du contrat, une partie manifeste sa volonté par l'intermédiaire d'un représentant (art. 32 al. 1 CO), c'est la volonté de ce dernier qui est déterminante (art. 1 et 32 al. 1 CO). L'interprétation du contenu du contrat se détermine en fonction de ce que voulait le représentant et ce sont ses déclarations qui sont imputées au représenté (art. 18 al. 1 et 32 al. 1 CO). Enfin, les vices de la volonté doivent être appréciés en la personne du représentant qui a conclu le contrat (TF, 29.11.2007, 4A_303/2007, c. 3.4.3).
24. Le Tribunal fédéral estime que l'argumentation de la bailleresse repose sur une conception erronée de la conclusion du contrat par représentation. En effet, ce qui compte, en l'occurrence, ce sont les déclarations du représentant de la régie, non la propre volonté de A. SA qui soutient qu'elle ne souhaitait pas conclure le contrat avec l'époux exclusivement. Or le régisseur a déclaré sans équivoque qu'il aurait attribué le bail au conjoint survivant uniquement s'il avait su que C.B. était décédée. A cela s'ajoute que, dans la mesure où le père était titulaire des baux, il avait naturellement la qualité pour agir et avait un intérêt digne de protection à contester le congé.
25. En deuxième lieu, les griefs de la bailleresse sont infondés en tant qu'elle se plaint d'une violation du droit d'être entendu, car les déclarations du représentant de la régie devant le Ministère public n'auraient, de son point de vue, pas dû être prises en considération dans l'arrêt cantonal.
26. Le juge civil peut attendre le résultat d'une instruction pénale pour le prendre en compte dans son appréciation, en vertu de son indépendance en matière de constatation et d'appréciation de l'état de fait. Par conséquent, en l'espèce, c'est à bon droit qu'il a été tenu compte des déclarations du gérant devant le Ministère public, ce d'autant plus qu'en l'occurrence ce dernier a aussi été entendu par le juge civil et n'a pas livré une version contradictoire de ce qu'il avait

- dit dans le cadre de la procédure pénale. Au demeurant, A. SA n'a jamais soutenu que le représentant de la régie aurait fait de fausses déclarations, mais uniquement qu'elles étaient en contradiction avec les siennes, tout en méconnaissant une nouvelle fois que c'est la volonté de son représentant lors de la conclusion du contrat qui était déterminante.
27. En troisième lieu, le Tribunal fédéral déclare irrecevable le grief d'interdiction de l'arbitraire (art. 9 Cst.), la bailleresse n'ayant pas démontré en quoi l'appréciation des déclarations du régisseur étaient insoutenables.
28. **Au considérant 5**, notre Haute Cour revient sur la question de la validité des congés notifiés par A. SA, cette dernière se prévalant d'une violation de l'art. 271 CO et de l'interdiction de l'arbitraire.
29. Pour juger si un congé ordinaire est contraire à la bonne foi, il convient de déterminer quel est le motif réel du congé invoqué par le bailleur (*TF, 05.09.2017, 4A_227/2017, c. 4.1.3*). La détermination du motif du congé et de la réalité de ce motif (ou s'il s'agit d'un prétexte) relève des constatations de fait (*ATF 136 III 190 c. 2; 131 III 535 c. 4.3; 130 III 699 c. 4.1*); or le Tribunal fédéral est lié par les constatations figurant dans l'arrêt cantonal, à moins qu'il puisse être démontré que l'autorité cantonale a établi arbitrairement les faits et apprécié arbitrairement les preuves. En revanche, déterminer si le congé contrevient aux règles de la bonne foi est une question que les juges de Mon Repos peuvent revoir librement (*TF, 20.02.2017, 4A_476/2016, c. 2.2.1*).
30. Dans le cas d'espèce, le motif de résiliation invoqué par la bailleresse est une sous-location non autorisée de l'appartement et de la place de parking. Le Tribunal fédéral rappelle que la Cour de justice a considéré qu'au vu du comportement de A. SA, le motif de la sous-location était un faux motif invoqué par cette dernière uniquement pour résilier les baux, sans que le motif réel ne puisse être établi. Les juges de deuxième instance ont à cet égard constaté que la mise en demeure de la bailleresse du 11 février 2016, dans laquelle elle exigeait des locataires qu'ils la renseignent au sujet de la sous-location, n'avait pas été retirée à la poste et que la bailleresse n'avait pas renvoyé le courrier sous pli simple. La bailleresse ne pouvait se contenter de la seule absence de réponse, alors qu'elle n'ignorait pas que le pli recommandé n'était pas parvenu à son locataire. Par conséquent, toujours selon la Cour de justice, A. SA a invoqué un faux motif et les congés ne reposent sur aucun motif sérieux, ou en tout cas sur aucun motif légitime et avouable.
31. A cet égard, le Tribunal fédéral juge que la bailleresse ne démontre aucun arbitraire, ne donnant en particulier aucune explication au fait qu'elle n'ait pas renvoyé la mise en demeure sous pli simple, ce qui aurait été conforme à l'expérience générale de la vie. C'est donc bien, selon les juges fédéraux, son comportement inhabituel qui a conduit la Cour cantonale à considérer que ce motif était un faux motif et qu'il ne s'agissait que d'un prétexte.

■ **Note**

32. La décision du Tribunal fédéral, qui doit être approuvée, rappelle utilement que les rapports de bail à loyer ne sont pas uniquement régis par les dispositions spécifiques du titre huitième du CO (art. 253 ss CO) et de l'OBLF, mais aussi par le Code civil et par les dispositions générales du CO (art. 1 à 183 CO), dont en particulier les règles sur la formation du contrat, la nullité et la représentation. Nous saisissons l'occasion du présent arrêt pour revenir brièvement sur les institutions juridiques fondamentales qui ont conduit, dans le cas d'espèce, notre Haute Cour à maintenir une partie du contrat de bail puis à annuler le congé donné au locataire. Nous reviendrons enfin brièvement sur les motifs donnés par la Cour pour justifier l'annulation du congé.
33. Pour être partie à un contrat, il faut bénéficier de la **capacité civile passive** (appelée aussi jouissance des droits civils; *Rechtsfähigkeit*), soit être apte à devenir sujet de droits et d'obligations. Elle appartient à toute personne, à savoir à tout être humain, de sa naissance à sa mort (art. 11 et 31 CC; à noter que cette capacité est aussi reconnue aux personnes morales, art. 53 CC). Ainsi, un contrat conclu par une personne dépourvue de la jouissance des droits civils (p. ex. une personne décédée ou un animal) est inexistant. Autrement dit, le défaut de capacité civile passive empêche le contrat de venir à chef, celui-ci ne produit pas l'effet juridique voulu par les parties (*TERCIER/PICHONNAZ, Le droit des obligations, 6^e éd., Zurich 2019, N 392 et 521*).
34. Dans le cas d'espèce, la mère C.B. était décédée au moment de la conclusion du nouveau bail, de sorte qu'elle n'avait plus la capacité civile passive et ne pouvait être partie à un contrat. C'est donc à juste titre et logiquement que les juges fédéraux sont arrivés à la conclusion que le contrat était inexistant. Mais l'était-il entièrement?
35. C'est l'objet de la deuxième institution juridique qui a permis aux juges fédéraux de rendre leur décision, à savoir celle de la **nullité partielle**. Le contrat pouvait-il être en partie sauvé ou ne pouvait-il produire aucun effet juridique?

36. Selon l'art. 20 al. 2 CO, si le contrat n'est vicié que dans certaines de ses clauses, ces dernières sont seules frappées de nullité, à moins qu'il n'y ait lieu d'admettre que le contrat n'aurait pas été conclu sans elles. Par conséquent, à certaines conditions, la nullité peut n'être que partielle et le reste du contrat maintenu. Cette solution, prévue expressément pour les vices de l'objet du contrat, peut être étendue à l'examen de l'existence du contrat et aux autres vices ; l'idée est qu'il faut autant que possible sauvegarder l'accord voulu par les parties (principe de la *favor negotii*) (voir p. ex. ATF 138 III 29 c. 2.3.2 ; *TERCIER/PICHONNAZ, op. cit., N 547*). La nullité partielle n'est admise qu'à deux conditions : a) le vice ne doit concerner que des clauses déterminées du contrat, qui peuvent en être détachées sans affecter l'ensemble (condition objective) ; b) le juge doit déterminer si le maintien d'une partie du contrat réunit un accord des partenaires contractuels (condition subjective). En d'autres termes, il doit établir la volonté hypothétique des parties, rechercher ce dont les parties seraient convenues de bonne foi si elles avaient envisagé la possibilité de la nullité partielle et modifié le contrat en conséquence (*CR CO I-GUILLOD/STEFFEN, art. 19/20 CO N 103 et réf. cit.*). En l'absence d'une intention établie des parties (interprétation subjective), on retient la position de personnes loyales et honnêtes placées dans la même situation (interprétation objective, principe de la confiance ; *TERCIER/PICHONNAZ, op. cit., N 549*).
37. En l'espèce, les contrats de bail sont bel et bien divisibles. En effet, la relation contractuelle entre A. SA et B.B. peut subsister indépendamment de celle liant la bailleuse à la défunte. A cet égard, comme l'a confirmé le Tribunal fédéral, il ressort de l'état de fait que les baux auraient été signés par le représentant de la bailleuse uniquement avec le conjoint survivant s'il avait été informé du décès de C.B. Par ailleurs, l'application par le Tribunal fédéral des règles applicables à la nullité partielle au cas de l'inexistence d'un contrat ne prête pas flanc à la critique. Rien ne justifierait qu'il en aille autrement.
38. Reste à examiner la question de la *représentation*. En effet, la bailleuse prétend qu'elle n'aurait pas conclu les baux avec le père seul ou avec sa fille, et que l'une des conditions de la nullité ou de l'inexistence partielle d'un contrat ne serait pas remplie.
39. En principe, une personne ne devrait pouvoir s'engager qu'en agissant personnellement, en son nom et pour son compte ; la règle est en effet que nul ne peut faire naître une obligation sur la tête d'autrui. Toutefois, la loi admet à certaines conditions qu'une personne puisse en engager une autre par représentation (art. 32 ss CO). Une personne (le représentant) peut ainsi faire des actes juridiques avec un tiers de manière à ce que les effets se produisent directement en la personne d'une autre (le représenté) (*TERCIER/PICHONNAZ, op. cit., N 406 et 411*).
40. Le représentant engage le représenté non seulement par ses actes, mais également parce qu'il sait ou devait savoir. Etant donné que la volonté du représentant est le « moteur de la représentation », la connaissance ou l'ignorance par manque d'attention de certains faits par le représentant sont directement attribuées au représenté. C'est ainsi que la question du consentement, comme condition d'existence du contrat (art. 1 CO), est jugée en fonction du représentant et non du représenté. Les vices de la volonté et l'interprétation selon le principe de la confiance sont examinés en rapport avec la personne du représentant (*CR CO I-CHAPUIS, art. 32 CO N 21 et réf. cit.*).
41. Dans les rapports de bail, un gérant d'immeubles est souvent le représentant du bailleur. Il n'est de ce fait pas partie au contrat, mais seulement un mandataire. Selon l'étendue de son mandat, il accomplit tous les actes nécessaires à l'administration de l'immeuble : conclure les baux, les résilier, encaisser les loyers, les majorer, etc. (*LCHAT, Le bail à loyer, Lausanne 2019, p. 56*). Dans tous les cas, le bailleur répond des actes de son gérant sur la base de l'art. 101 CO (*CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY, art. 253 CO N 18*).
42. Vu ce qui précède, dans le cas qui nous occupe, c'est à bon droit que notre Haute Cour a considéré que ce sont les déclarations du régisseur, non les intentions ou la volonté de la bailleuse dont il faut tenir compte pour déterminer la volonté de maintenir le contrat ou non avec le conjoint survivant uniquement. Or le gérant a affirmé, à répétées reprises, qu'il aurait conclu le bail avec B.B. uniquement s'il avait su que son épouse était décédée.
43. Sur le rejet du grief de violation de l'art. 271 CO soulevé par la bailleuse et donc la confirmation de l'**annulation des congés**, l'argumentaire du Tribunal fédéral ne prête pas flanc à la critique. En substance, les juges de Mon Repos, comme leurs collègues genevois, sont d'avis que le motif de sous-location non autorisée soulevé à l'appui du congé n'était qu'un prétexte. A cet égard, ils évoquent, à notre connaissance pour la première fois, la notion de « comportement inhabituel » d'un bailleur pour justifier une annulation d'un congé.
44. En l'occurrence, la bailleuse n'a pas agi conformément à l'expérience générale de la vie qui aurait dû la conduire à renvoyer sa mise en demeure sous pli simple (son envoi recommandé n'ayant pas été retiré à la poste) si elle entendait réellement obtenir des informations sur une éventuelle sous-location non autorisée. En procédant immédiatement à la notification

d'un congé, notre Haute Cour a estimé que la baille-
resse devait avoir un autre motif à l'esprit lorsqu'elle a

résilié, si bien que les congés ne reposaient pas sur un
motif sérieux ou sur aucun motif légitime et avouable.

2. Protection contre les loyers abusifs

9

ATF 147 III 14

Philippe Conod

*Rendement net art. 269 CO; réévaluation des fonds
propres; taux de rendement des fonds propres*

Contestation du loyer initial. Application de la méthode dite du rendement net au litige. Modifiant sa jurisprudence, le Tribunal fédéral admet qu'il faut procéder à la réévaluation du 100% des fonds propres investis par le bailleur dans l'acquisition de l'objet loué. Revirement de jurisprudence d'importance, le Tribunal fédéral admet également qu'il faut désormais tenir compte d'un taux de rendement admissible de 2% en sus du taux de l'intérêt hypothécaire de référence en lieu et place de 0.5%. Cela ne vaut toutefois que pour autant que le taux de l'intérêt hypothécaire de référence ne dépasse pas 2%.

Art. 269 et 269a CO

1. Immeuble construit entre 1996 et 1998 sur une parcelle acquise par l'Etat X et sa caisse de pension. Par acte de cession du 18 décembre 2003, l'Etat X devient seul propriétaire de l'immeuble, son associée ayant cédé sa part. Le prix figurant dans l'acte d'acquisition était de CHF 24 950 000.-. Par la suite, la fondation B devient propriétaire de l'immeuble par transfert dans le cadre d'une fusion.
2. Contrat de bail conclu en juin 2017 portant sur un appartement de 4,5 pièces, d'une surface de 120 m² au rez-de-chaussée de cet immeuble. Le loyer mensuel initial convenu était de CHF 2190.-, plus un acompte de CHF 270.- pour les frais accessoires alors que celui du précédent locataire s'élevait à CHF 2020.-.
3. Contestation du loyer initial de l'appartement et des places de parc (loyer: CHF 130.- chacune).

4. Opposition formée par les locataires à la proposition de jugement formulée par la Commission de conciliation.
5. Dans le cadre de la procédure pendante devant le Tribunal des baux, la bailleresse ne fournit ni l'acte de cession, ni une note de calcul de rendement net, ni les factures relatives à l'ensemble des frais de construction de l'immeuble, alléguant qu'il s'agissait d'un immeuble ancien. En revanche, elle produit une liste d'annonces immobilières ainsi que des statistiques privées et cantonales selon lesquelles le loyer mensuel des appartements vaudois de 4 pièces était de CHF 1617.- en 2015 et CHF 1633.- en 2016.
6. Par jugement du 8 janvier 2019, le Tribunal des baux fixe le loyer initial net à CHF 900.- et celui des deux places de parc à CHF 50.-.
7. Rejet de l'appel de la bailleresse qui recourt alors au Tribunal fédéral.
8. Recours partiellement admis. Le loyer mensuel net initial de l'appartement est fixé à CHF 1390.-, celui de chacune des places de parc à CHF 73.-.

A.

9. Le Tribunal fédéral rappelle que le contrôle de l'admissibilité du loyer initial ne peut s'effectuer en principe qu'à l'aide de la méthode absolue. Celle-ci sert à vérifier concrètement que le loyer ne procure pas un rendement excessif au bailleur compte tenu des frais qu'il doit supporter ou des prix du marché.
10. Le critère du rendement net de l'art. 269 CO permet, d'une part, d'offrir un rendement raisonnable au bailleur par rapport aux fonds propres investis et, d'autre part, de couvrir ses charges immobilières.
11. Le critère des loyers du quartier permet de justifier les loyers sur la base d'éléments de comparaison donc par rapport au marché.

12. Les deux critères absolus que sont le critère du rendement net (fondé sur les coûts) et celui du loyer du marché sont antinomiques.

13. Le Tribunal fédéral rappelle la primauté du rendement net sur le loyer usuel de la localité ou du quartier, tout en relevant l'exception de l'immeuble ancien, soit l'immeuble de 30 ans ou plus et en mains du même propriétaire. Dans ce cas-là, la hiérarchie des critères absolus est renversée (ATF 144 III 514). Dans le cas d'espèce, l'immeuble n'est pas ancien au sens de la jurisprudence, puisque construit entre 1996 et 1998.

B.

14. Les juges s'étaient basés sur le prix d'achat figurant dans l'acte d'acquisition de 2003, prix qu'ils avaient doublé pour tenir compte de la propre part de la bailleresse. La recourante estimait qu'il était impossible d'établir le rendement net, faute de pouvoir déterminer le prix de revient effectif de la construction et qu'il serait choquant de fixer le loyer à CHF 900.- pour un appartement de 4,5 pièces et d'une surface de 120 m². De plus, le prix d'achat figurant dans l'acte d'acquisition de 2003 ne correspondait pas à la réelle valeur de la part acquise par la bailleresse. Ces arguments sont écartés dans la mesure où le Registre foncier avait produit la décision de 2003 ainsi que sur la base d'un témoignage attestant que la totalité de l'acquisition avait été réalisée au moyen de fonds propres ; il n'y a pas à établir le coût de construction de l'immeuble. De plus, la recourante ne faisait valoir aucun argument crédible permettant de remettre en cause le prix fixé dans l'acte de cession.

C.

15. Le Tribunal fédéral rappelle ensuite les principes et le mode de calcul du rendement net développés par la jurisprudence et qu'il convient de procéder en 7 étapes pour déterminer le rendement net (c. 7.1) (*notamment TF, 19.02.2019, 4A_239/2018, c. 5.2, c. 3.2*).

- a) Il faut déterminer tous les coûts d'investissement effectifs (ou le prix de revient) de l'immeuble.
- b) Il faut en déduire les fonds empruntés (fonds étrangers), ce qui permet d'obtenir le montant des fonds propres investis.
- c) Le montant des fonds propres doit être réévalué pour tenir compte du renchérissement.
- d) Il y a lieu d'appliquer à ces fonds propres investis le taux de rendement admissible.
- e) Au taux de rendement admissible des fonds propres ainsi obtenus, il faut ajouter les charges immobilières (moyenne de 3 ou 5 ans).
- f) Ventiler le résultat appartement par appartement pour obtenir le loyer admissible de la chose louée.

g) Comparer le loyer admissible pour la chose louée ainsi obtenu avec le loyer actuel.

16. La Cour cantonale avait retenu que le prix de revient de l'immeuble correspondait au prix payé pour le rachat de la part de la caisse de pension selon l'acte de cession de 2003 multiplié par 2 pour tenir compte de la valeur de la propre part augmentée des droits de mutation cantonaux et communaux.

17. La thèse de la recourante selon laquelle l'Etat X aurait bénéficié d'un prix de faveur largement en dessous du prix du marché est considérée comme sans fondement par le Tribunal fédéral car ni prouvé, ni même vraisemblable.

18. En effet, c'était à la bailleresse, selon la Cour cantonale, de prouver que le prix de cession était largement inférieur à ceux pratiqués pour le même genre de biens à la même époque.

19. Ainsi, si la bailleresse avait réalisé une bonne affaire, cela ne justifiait nullement d'admettre un prix préférentiel. Le Tribunal fédéral n'a dès lors rien à redire, dès lors il faut bel et bien se baser sur le prix d'achat de la part de la bailleresse multipliée par 2 en y ajoutant les droits de mutation.

D.

20. Le Tribunal fédéral relève qu'à titre subsidiaire, la bailleresse s'en prend à la revalorisation à hauteur de 40% des fonds propres et à l'augmentation de 0.5% en sus du taux hypothécaire de référence.

21. Relevant l'argumentation confuse de la recourante, le Tribunal fédéral considère que celle-ci, en réalité, remet en cause la jurisprudence « non seulement en tant qu'elle limite la revalorisation des fonds propres, objet de la 3^e étape, mais aussi en tant qu'elle fixe le taux de rendement admissible au taux hypothécaire de référence augmenté de 0.5%, objet de la 4^e étape ».

22. Il commence par relever (c. 8.2) qu'un changement de jurisprudence ne peut se justifier que lorsqu'il apparaît que les circonstances ou les conceptions juridiques ont évolué et qu'une autre pratique respecterait mieux la volonté du législateur. Il relève ensuite que la revalorisation de seulement 40% des fonds propres date de 1994 (ATF 120 II 100), celle sur le taux de rendement admissible de 0.5% en sus du taux hypothécaire de référence de 1986 (ATF 112 II 149; *jurisprudence adoptée selon un droit d'urgence [AMSL] alors que le taux hypothécaire de référence à l'époque était de 5.5% pour les hypothèques de 1^{er} rang pratiquées par les grandes banques*).

23. Le Tribunal fédéral mentionne ensuite les nombreuses critiques à l'encontre de sa jurisprudence, l'inéquation avec la réalité économique, l'inégalité de traitement entre les propriétaires de longue date et ceux qui viennent d'acquérir un immeuble, les difficultés auxquelles font face les caisses de prévoyance professionnelle (voir *initiative parlementaire FELLER n° 17.491 du 29 septembre 2017 « modernisation des modalités de calcul du rendement admissible en droit du bail »*; *BSK OR I-WEBER, art 269 CO N 13*; *SVITK-ROHRER, art. 269 CO N 8*; *MÜLLER, CdB 1/2016 p. 6 ss*).
24. Le Tribunal fédéral relève par la suite que ces jurisprudences rendues en 1986 et 1994 visaient à permettre au bailleur de percevoir un rendement convenable du capital investi, lequel devait tenir notamment compte des risques encourus et que ce n'est plus le cas dans la conjoncture actuelle. Dès lors, les conditions pour un réexamen de la jurisprudence fédérale sont donc réunies en ce qui concerne le pourcentage de fonds propres à revaloriser et le pourcentage de rendement admissible en sus du taux hypothécaire de référence.
25. Dans le cadre de l'AMSL, le Tribunal fédéral admettait l'indexation de la totalité des fonds propres investis. C'est suite à un arrêt de 1994 qu'il l'a limitée à 40% du montant (*ATF 120 II 100 c. 5b, p. 102 ss*).
26. Le Tribunal fédéral revient donc à son ancienne jurisprudence. Ainsi, si la limite de la revalorisation des fonds propres à seulement 40% des fonds propres pouvait être justifiée dans le contexte d'une forte augmentation des taux hypothécaires facilitant l'inflation, elle perd son sens dans le cadre d'un calcul concret.
27. De plus, cela revenait à appliquer par analogie l'art. 16 OBLF qui admet qu'un loyer, et non les fonds propres, relève le Tribunal fédéral, puisse être augmenté de 40% de la hausse de l'Indice suisse des Prix à la Consommation. Appliquer donc une proportion ainsi standardisée revient dans le cadre de l'application de la méthode absolue à mélanger des critères totalement différents et antinomiques.
28. Le Tribunal fédéral admet dès lors que la totalité des fonds propres investis puisse être réévaluée.
29. Concernant le taux de rendement admissible, il relève qu'en 1986 le taux hypothécaire de référence était de 5.5%. Dès lors, en appliquant un taux de rendement de 0.5% en sus du taux hypothécaire de référence, il considère qu'à l'époque un taux de 6% de rendement n'était pas excessif. Le taux ayant atteint un taux de 7% en août 1992, le Tribunal fédéral mentionne qu'il ne peut dire si à l'époque il aurait maintenu une augmentation de 0.5% ou s'il n'aurait pas introduit un plafond.
30. Compte tenu de la baisse drastique du taux d'intérêt hypothécaire de référence, le Tribunal fédéral estime que le loyer calculé sur ces bases n'est plus en rapport avec la mise à disposition de l'usage de l'habitation et qu'il est insuffisant pour les caisses de pension qui doivent servir des rentes à leurs assurés et pour les propriétaires immobiliers qui prennent des risques (défauts de paiement du loyer, locaux demeurant vides, etc.).
31. Après avoir fait état des critiques à l'encontre de sa jurisprudence (voir supra arrêt cité c. 8.2), le Tribunal fédéral relève que certains proposent d'admettre un taux de 1 à 2% en sus du taux hypothécaire de référence et de garantir aux bailleurs un taux plancher de 5%, voire un taux de rendement proche de 5% (*STASTNY, Questions choisies en matière de droit bail, plaidoyer 3/2017, p. 39 N 23 et les réf.*), alors que d'autres auteurs proposent une refonte complète du système, ce qui n'est pas possible selon le Tribunal fédéral car pareille modification reste du ressort du législateur.
32. Tout en relevant que dans le cadre d'un calcul de rendement brut, il a admis un taux de rendement supérieur de 2% par rapport au taux hypothécaire de référence, le Tribunal fédéral rappelle qu'il a lui-même admis dans le cadre d'un arrêt du 7 novembre 2019 – mais il s'agissait de loyers contrôlés par le droit public – un rendement dépassant de 0.31% la limite de 0.5% (*TF, 07.11.2019, 1C_471/2018, c. 8.4*).
33. Compte tenu de ce qui précède, le Tribunal fédéral admet dès lors de fixer le taux admissible à 2% en sus du taux hypothécaire de référence lorsque celui-ci est égal ou inférieur à 2%.
34. Sur cette base, il arrive dès lors à un loyer mensuel net admissible de CHF 1387.25, arrondi à CHF 1390.- et à CHF 72.-, arrondi à CHF 73.- pour les places de parc.
35. Le dernier argument de la recourante visant à tenir compte des statistiques est jugé sans pertinence dans la mesure où il a été clairement possible d'établir le calcul de rendement net.

■ **Note**

A.

36. Dans l'ATF 147 III 14, le Tribunal fédéral opère un revirement de jurisprudence qui sans nul doute est l'un des plus marquants en matière de droit du bail. Dans le calcul de rendement net, le bailleur peut dorénavant réévaluer le 100% des fonds propres et le taux de rendement admissible des fonds propres est fixé à 2% en

sus du taux hypothécaire de référence lorsque celui-ci est égal ou inférieur à 2% en lieu et place de 0.5%.

37. Examinant la question de la revalorisation des fonds propres, le Tribunal fédéral relève avec justesse que dans l'AMSL, la totalité des fonds propres pouvait être réévaluée (*voir notamment ATF 112 II 153*) et que ce n'est qu'en 1994 qu'elle a été limitée à 40% (*ATF 120 II 100 c. 5b*).
38. Cette jurisprudence avait été rendue dans un contexte de hausse de l'intérêt hypothécaire et d'inflation, ce qui pouvait à l'époque se comprendre. De plus, c'était, en quelque sorte, tenir compte dans le cadre du calcul de rendement d'un critère relatif. En effet, l'art. 16 OBLF permet de répercuter le 40% de la hausse de l'Indice suisse des Prix à la Consommation sur le loyer. Il s'agit de ne pas mélanger les critères et le Tribunal fédéral précise que l'art. 16 OBLF mentionne le loyer et non pas les fonds propres.
39. Compte tenu également de la baisse drastique du taux de l'intérêt hypothécaire, cette jurisprudence n'est plus justifiée et le Tribunal fédéral revient ainsi à son ancienne jurisprudence.
40. Son raisonnement convaincant. D'une part, cette jurisprudence avait été décidée dans le cadre d'une hausse continue des taux de l'intérêt hypothécaire et d'une forte inflation et d'autre part, cela revenait à utiliser un critère relatif dans le cadre d'un calcul de rendement net.
41. Concernant la prise en compte d'un taux de rendement admissible de 2% en sus du taux de l'intérêt hypothécaire de référence, ce n'est pas véritablement une surprise, même si, pour certains, ce revirement est plutôt inattendu. Face aux critiques de sa jurisprudence, le Tribunal fédéral relevait certes que la modification du système actuel présupposerait une intervention sur le plan législatif (*TF, 01.03.2016, 4A_465/2015, c. 5.6.3*). Toutefois, comme c'est le Tribunal fédéral qui avait lui-même fixé le taux de rendement admissible, logiquement, il n'y avait nul besoin de modification législative pour le modifier.
42. Dans un arrêt du 25 septembre 2014, le Tribunal fédéral avait considéré que l'art. 269 CO s'appliquait également dans le cadre de loyers au bénéfice d'une aide des pouvoirs publics et contrôlés par l'autorité administrative (*TF, 25.09.2014, 1C_500/2013*).
43. Dans le cas d'espèce, la bailleuse avait consenti à de sérieux efforts, notamment en renonçant à percevoir un rendement sur ses fonds propres en augmentant progressivement par la suite les loyers. Pour le Tribunal fédéral, cet élément devait être pris en compte dans le cadre du calcul de rendement et le dossier a été renvoyé pour nouvelle décision à l'autorité cantonale.
44. Selon le Tribunal fédéral, le Conseil fédéral attendait des clarifications de la part des juges, mais le nouvel arrêt rendu n'avait pas apporté d'éléments supplémentaires (*TF, 07.09.2019, 1C_471/2018*).
45. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral avait rejeté le recours de la locataire, considérant que le rendement n'était pas abusif, même s'il dépassait de 0.31% la limite du 0.5% découlant de la jurisprudence relative à l'art. 269 CO.
46. Si dans le cas d'espèce le taux de rendement admissible n'était que légèrement supérieur au 0.5%, la barrière était franchie.
47. Vu la baisse continue du taux de l'intérêt hypothécaire de référence et les critiques de plus en plus vives dont a fait état le Tribunal fédéral dans son arrêt, il était dès lors logique de s'attendre à un revirement de jurisprudence.
48. Le Tribunal fédéral met toutefois une cautèle à ce revirement dans la mesure où le taux admissible de 2% en sus du taux de l'intérêt hypothécaire ne vaut que pour autant que le taux de l'intérêt hypothécaire de référence soit égal ou inférieur à 2%.
49. A l'évidence, le Tribunal fédéral n'a d'ailleurs pas été insensible à la problématique des caisses de pension, respectivement des petits propriétaires immobiliers.
50. Force est d'admettre que la jurisprudence telle qu'appliquée avant ce revirement a amené des résultats choquants.
51. C'est ainsi que le loyer d'un 3,5 pièces de 70 m² au centre de Lausanne avait été fixé à CHF 800.- compte tenu des conclusions prises par la partie locataire, mais il aurait pu être fixé beaucoup plus bas, soit entre CHF 386.- et CHF 476.70 selon la prise en compte de certains paramètres (*TF, 26.03.2019, 4A_191/2018*). Il n'était pas possible d'appliquer les loyers comparatifs puisque les juges avaient considéré que l'immeuble avait moins de 30 ans.
52. Cela dit, dans l'arrêt du 26 octobre, le loyer tel que fixé par le Tribunal fédéral sur la base de la nouvelle jurisprudence reste raisonnable et avantageux pour le locataire puisque fixé à CHF 1390.- en lieu et place de CHF 2190.-.

B.

53. Cette jurisprudence que nous saluons a une portée qui dépasse le simple calcul de rendement net. Logiquement, le taux de rendement admissible dans le cadre d'un calcul de rendement brut, comme celui admissible pour les travaux à plus-value ainsi que la prise en compte des frais d'entretien courant dans le cadre d'un calcul de rendement net doivent être réévalués à l'aune de cette jurisprudence.
54. En effet, dans le cadre d'un calcul de rendement brut, la jurisprudence qui aujourd'hui applique un taux de rendement supérieur de 2%, voire de 2.5%, en sus de l'intérêt hypothécaire de référence (*voir Cpra Bail-BOHNET/BROQUET, art. 269a CO N 106 et doctrine et jurisprudence citées*) doit être revue.
55. Or, dans le cadre d'un calcul de rendement net, il est tenu compte des charges immobilières calculées sur une moyenne de 5 ans, voire de 3 ans.
56. Dans le cadre d'un calcul de rendement brut, il n'en est pas tenu compte, d'où un rendement admissible supérieur.
57. Dès lors, il convient, en quelque sorte, d'admettre une réévaluation du taux admissible de rendement dans le cadre d'un calcul de rendement brut.
58. En effet, il serait difficilement compréhensible que pour un immeuble récent, le rendement soit finalement inférieur sur la base d'un calcul de rendement brut que s'il était calculé sur la base d'un calcul de rendement net.
59. Si l'on prend les mêmes proportions, le taux de rendement admissible devrait dès lors être supérieur de 3.5 à 4% au taux de l'intérêt hypothécaire de référence, lorsque celui-ci ne dépasse pas 2%.
60. Relevons que certains commentateurs admettent un taux de rendement proche de 5% (*STASTNY, op. cit., p. 39 N 23 et les réf.*).
61. Comme le relève à juste titre le Tribunal fédéral, il s'agit de tenir compte de l'intérêt légitime des propriétaires immobiliers, respectivement des caisses de pension. Toutefois, comme il s'agit d'éviter des abus dans le cadre d'un calcul de rendement brut, il faudrait également tenir compte de la part des fonds propres investis, respectivement des fonds empruntés et ne rentrer sur la base du taux de référence que les fonds propres, les fonds empruntés étant pris en compte sur la base du taux de l'intérêt réellement payé.
62. Cela aurait le mérite d'éviter qu'un bailleur acquiert une parcelle et construise un immeuble en grande partie avec des fonds empruntés, donc avec un intérêt hypothécaire vraisemblablement peu élevé à régler, pour finalement bénéficier globalement d'un rendement des plus intéressants si l'on prend en compte la totalité du prix renté sur la base d'un taux de rendement admissible de 3.5 à 4% de plus que l'intérêt hypothécaire de référence.
63. Dans le cadre de travaux à plus-value, le Tribunal fédéral admettait la prise en compte également d'un taux de rendement admissible de 0.5% en sus de l'intérêt hypothécaire de référence divisé par 2. Là également, il faudra dès lors appliquer le nouveau taux admis par le Tribunal fédéral. Il n'y a en effet aucune raison d'avoir un taux de rendement admissible dans le cadre d'un calcul de rendement net et un autre taux de rendement admissible dans le cadre de travaux à plus-value.
64. Le nouveau taux admissible doit également entrer en ligne de compte dans le cadre d'un calcul de rendement net et la prise en compte des frais d'entretien courants (*voir ATF 141 III 245 ; CONOD, Loyers, rendement, travaux à plus-value in : Bohnet/Carron (édit.), 20^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2018, p. 274 ss.*).
65. Remarque pertinente du Professeur FRANÇOIS BOHNET, le Tribunal fédéral s'est donné le temps de la réflexion et n'a pas tranché ce qu'il adviendrait en cas de taux de référence supérieur à 2%. A l'évidence, il est en effet difficilement imaginable de passer d'un rendement de 4% lorsque le taux est à 2% à un rendement de 2.75% lorsque le taux serait 2.25%.
66. La solution retenue par le Tribunal fédéral ne peut que confirmer ce que l'éminent juriste et professeur PIERRE TERCIER relevait dans son commentaire de l'ATF 118 II 45, soit les « difficultés qu'il y a à appliquer des critères juridiques à des problèmes de politique économique » (*TERCIER, Hausse des loyers et variation du taux de l'intérêt hypothécaire – à propos de l'ATF 118 II 45, BR/DC 4/1992 p. 88 ss.*).

10

ATF 147 III 32

François Bohnet/Philippe Conod

Modification du loyer à l'expiration de la durée initiale du bail indexé

Bail indexé. Application de la méthode relative (à l'exclusion de la méthode absolue) pour la modification du loyer à l'expiration de la durée initiale.

Art. 269b et 270a CO

1. A. Par contrat de bail entré en vigueur le 1^{er} décembre 2013, les locataires ont pris à bail un appartement de 4 pièces au loyer mensuel net de CHF 2550.-. Le bail est conclu pour une durée initiale de cinq ans et est reconductible tacitement de cinq ans en cinq ans, sauf avis de résiliation reçu par l'une ou l'autre des parties au moins trois mois avant la prochaine échéance. Les locataires disposent de la faculté de résilier le bail en tout temps pour la fin d'un mois, sauf pour le 31 décembre.
2. Durant la période initiale de cinq ans, les locataires ont obtenu une baisse de loyer mensuelle de CHF 25.- fondée sur la base de l'IPC. Le bailleur ayant refusé d'entrer en matière sur leur demande de baisse de loyer, les locataires ont saisi la Commission de conciliation en matière de baux à loyer du district de Nyon. Une proposition de jugement a été faite par la Commission de conciliation. Les locataires s'y sont opposés et ont saisi le Tribunal des baux ensuite de l'autorisation de procéder qui leur a été délivrée.
3. Invoquant le rendement excessif de la chose louée, les locataires concluent à une réduction du loyer mensuel de CHF 2250.- à CHF 1500.-, puis CHF 1200.-, puis encore CHF 1000.- et finalement à CHF 1050.- à partir du 1^{er} décembre 2018.
4. Par jugement du 20 juin 2019, le Tribunal des baux a fixé le loyer mensuel net des locataires à CHF 1050.- dès le 1^{er} décembre 2018. L'appel du bailleur est rejeté par arrêt du 16 décembre 2019. La Cour d'appel civile du Tribunal cantonal du Canton de Vaud considère en effet que, dans le cas d'un bail indexé, tant le locataire que le bailleur peuvent prétendre à une baisse, respectivement à une hausse de loyer, en se fondant sur la méthode absolue du rendement net.
5. Le recours du bailleur a été admis.
6. A l'appui de son recours, le bailleur invoquait qu'il n'y avait aucune raison de faire une différence dans le cadre d'une demande de baisse de loyer entre un bail à loyer indexé et un bail ordinaire.
7. Seuls les critères relatifs pouvaient entrer en considération à l'appui d'une demande de baisse présentée par le locataire. De plus, il n'y avait aucune raison d'offrir aux locataires une nouvelle occasion de contester le loyer initial cinq ans après la conclusion du bail, et ainsi de suite, de cinq ans en cinq ans. L'argument retenu par la Cour cantonale selon laquelle le bailleur pouvait également solliciter une hausse de loyer sur la base de critères absolus ne constituait pas une justification suffisante.
8. De plus, le bailleur reprochait à la Cour de ne pas avoir calculé un rendement correct des fonds propres et d'avoir retenu un taux de 0.5% en sus du taux hypothécaire de référence pour le rendement admissible des fonds propres.
9. Le Tribunal fédéral commence par préciser la question litigieuse : soit de savoir si, en présence d'un bail à loyer indexé d'une durée de cinq ans et reconductible tacitement de cinq ans en cinq ans sans résiliation, un locataire peut demander, à l'échéance de la durée initiale et donc pour la période suivante, une diminution de loyer en invoquant un rendement excessif de la chose louée.
10. Tant le bailleur que le locataire peuvent invoquer la méthode relative à l'appui d'une demande de hausse ou de baisse de loyer.
11. Revenant sur certains arrêts, notamment les ATF 123 III 76 et 121 III 163, le Tribunal fédéral considère que la question de savoir si le demandeur – locataire ou bailleur – peut agir en réclamant une modification de son loyer en application de la méthode absolue (rendement net) n'a jamais été tranchée en tant que telle (c. 3.4.2).
12. En examinant de manière détaillée sa jurisprudence, notamment les arrêts cités, le Tribunal fédéral relève qu'il s'agissait en réalité de savoir si, après reconduction tacite du bail, le bailleur pouvait, alors qu'il n'avait pas réagi à l'expiration de la durée initiale du bail, notifier par la suite une augmentation de loyer en invoquant la méthode absolue. De plus, il s'agissait d'une jurisprudence rendue en matière de baux à loyer échelonnés et qui concernait surtout les habitations neuves et d'un prix élevé. Dans ce cas, le bailleur pouvait exiger l'application de la méthode absolue après la reconduction du bail à l'échéance de la durée initiale minimum de trois ans, cela pour lui permettre de couvrir le rendement brut de ses fonds propres.

13. Le Tribunal fédéral considère qu'il n'y a toutefois pas à trancher, dans la présente procédure, une telle question dans le cadre d'un bail échelonné. C'est à la suite d'une mauvaise compréhension de l'ATF 123 III 76 que le Tribunal fédéral a jugé, en octobre 2001, que les deux parties pouvaient exiger la détermination d'un nouveau loyer selon la méthode absolue.
14. Le Tribunal fédéral en arrive à la conclusion que sa jurisprudence est entachée d'ambiguïté et qu'il convient de trancher définitivement la question.
15. Relevant que le locataire a la possibilité de contester le loyer initial en invoquant la méthode absolue et le rendement net excessif, que ce soit pour un bail ordinaire ou un bail indexé, le Tribunal fédéral reprend l'argumentation du recourant et souligne qu'à l'expiration de la durée du bail initiale de cinq ans, voire à chaque nouvelle reconduction du bail, cela reviendrait en fait à contourner le délai et les conditions de l'action en contestation du loyer initial. De plus, cette contestation a posteriori du loyer initial ne serait pas soumise aux autres conditions de l'art. 270 CO.
16. Le Tribunal fédéral écarte l'application par analogie de la faculté reconnue aux locataires d'exiger une diminution de loyer à la sortie du contrôle étatique des loyers. En effet, dans le cadre d'une pareille situation, le locataire ne peut pas contester le loyer initial devant le juge civil et faire vérifier par celui-ci que le rendement net est excessif et le loyer abusif, selon les critères de l'art. 269 CO (c. 3.5 se référant à TF, 21.04.2020, 4A_157/2019).
17. Ainsi, le locataire ne peut invoquer que les critères relatifs à l'appui de la demande de baisse, le bailleur étant toujours fondé à opposer, à titre défensif, le rendement insuffisant de la chose louée.
18. Le recours est admis, la demande de baisse présentée par les locataires étant rejetée.
19. Les locataires n'ayant fondé leur demande que sur l'invoquant de critères absolus, la demande de baisse présentée par les locataires n'a pas à être examinée sur la base des critères relatifs. Les locataires auraient dû, en effet, prendre des conclusions subsidiaires et invoquer, à cet effet, la baisse du taux de l'intérêt hypothécaire de référence.
20. Le Tribunal fédéral retient que sa jurisprudence du 1^{er} octobre 2001 (TF, 01.10.2001, 4C.157/2001) résulte d'un malentendu, erreur perpétuée dans un arrêt de 2011, puis dans des arrêts postérieurs. Elle l'avait déjà été dans un arrêt du 9 juillet 2002 (TF, 09.07.2002, 4C.291/2001 / CdB 2002, p. 136), rendu par une cour à cinq juges. Le Tribunal fédéral avait considéré qu'une demande de baisse présentée par les locataires s'examinait sur la base de critères relatifs uniquement et avait refusé de modifier sa jurisprudence. Le recours de la bailleuse avait ainsi été admis et la demande de baisse présentée par les locataires ne pouvait être examinée que sur la base de critères relatifs. Toutefois, dans cet arrêt, le Tribunal fédéral relevait un certain nombre d'exceptions où bailleur et locataire pouvaient invoquer, à l'appui de la hausse ou de la baisse, des facteurs absolus. Le Tribunal fédéral visait par-là : a) la sortie de l'immeuble du contrôle cantonal des loyers, b) la vente de l'immeuble, pour autant bien évidemment que le prix d'acquisition ne soit pas pour autant exagéré, c) lorsqu'une longue période s'est écoulée depuis la dernière fixation du loyer selon la méthode absolue et que les facteurs relatifs de hausse, respectivement de baisse, ont été épuisés, d) l'expiration de la période d'indexation ou d'échelonnement dans le cadre d'un bail indexé ou d'un bail échelonné. Relevons toutefois que selon le souvenir de l'un des auteurs de la présente note, les exceptions retenues alors par le Tribunal fédéral n'avaient pas été véritablement discutées.
21. Il n'empêche que la jurisprudence renversée par l'arrêt commenté avait été confirmée à de nombreuses reprises, si bien qu'il n'était de loin pas évident que le Tribunal fédéral aboutisse à un simple constat d'erreur. Ce d'autant plus que le critère posé par l'ATF 123 III 76 c. 4c était clairement argumenté et semblait valoir tant pour les hausses que les baisses de loyer : « le bailleur pourra solliciter une majoration du dernier loyer indexé pour le terme de résiliation, sur la base de l'art. 269d CO, et le locataire invoquer l'art. 270a CO à l'appui d'une demande de diminution de son loyer. Dans ce cadre-là, le nouveau loyer admissible devra être déterminé, en fonction des facteurs mentionnés dans l'avis de majoration, soit au moyen de la méthode absolue, soit à l'aide de la méthode relative, la première date de référence étant celle de la conclusion du bail dans cette dernière hypothèse. (...) Toutefois, si, dans ces deux variantes de reconduction tacite d'un tel bail, le bailleur ou le locataire réclamait l'application de la méthode absolue, il y aurait lieu de donner suite à sa demande. En effet, le mode de fixation du loyer indexé, étant donné son caractère aléatoire, rend admissible le recours à la méthode absolue – par exception à la règle jurisprudentielle imposant de relativiser les motifs de hausse absolus ».
22. A notre sens, la jurisprudence initiée par l'arrêt 4C.157/2001 n'est pas le fruit d'une erreur, mais consiste en la reprise d'un critère clairement posé dans l'ATF 123 III 76 c. 4c et valant pour la fixation

■ **Note**

du loyer à l'échéance d'une période d'indexation ou ultérieurement. Il n'en était pas pour autant justifié. Que le bail soit indexé et que sa durée minimale soit de cinq ans n'explique en effet aucunement la raison d'une brèche dans l'application de la méthode relative lors de la durée du bail, contrairement aux hypothèses a) à c) rappelées ci-dessus et déjà évoquées en 2002. La possibilité d'un examen du bail indexé à la fin d'une période d'indexation sur la base de la méthode relative répond entièrement aux besoins, car le locataire aura pu faire application de la méthode absolue en début de bail, en contestant le loyer initial. Il n'existe pas de raison de lui accorder à nouveau ce droit, de plus en dehors des exigences de la contestation du loyer initial. Il n'y a pas plus de raison d'autoriser le recours à la méthode absolue pour permettre un réexamen du loyer lorsque celui-ci n'a pas été remis en cause pour la fin de la période d'indexation, comme le retenait le Tribunal fédéral dans l'ATF 123 III 76 c. 4c. En effet, la méthode relative ne peut alors plus s'appliquer, puisque le Tribunal fédéral considère que, dans un tel cas, il y a renonciation à invoquer l'évolution des critères. C'est pour cette raison bien spécifique que le Tribunal fédéral avait admis l'application de la méthode absolue.

23. Reste à déterminer si cette brèche se justifie encore dans l'hypothèse inverse, à savoir à l'appui d'une demande de hausse de loyer, cas de figure non tranché dans l'arrêt commenté (voir c. 3.6). Ce n'est pas le cas à notre sens, puisque là également, la possibilité d'une adaptation selon la méthode relative à la fin d'une période d'indexation répond aux besoins, le bailleur connaissant son rendement au début du bail, seule l'évolution des critères relatifs autres que l'indexation pouvant justifier une hausse à la fin d'une période d'indexation.

11

TF 4A_28/2020 (13.01.2021)

Luca Melcarne

La priorité du critère du rendement net (art. 269 CO) dans le cadre de la contestation du loyer initial

Contestation du loyer initial. Hiérarchie entre les critères absolus d'analyse des loyers que sont le rendement net et les loyers usuels dans la localité ou dans le quartier. Réévaluation des fonds propres et taux de rendement des fonds propres dans le cadre du calcul du rendement net (rappel du changement de jurisprudence).

Art. 269, 269a let. a et 270 CO

1. B. et c. (ci-après : les locataires) ont pris à bail un appartement et deux places de parc souterraines dans un complexe immobilier construit entre 2004 et 2007. Le loyer initial convenu était de CHF 2490.- par mois, auquel s'ajoutait un acompte pour frais accessoires d'un montant de CHF 250.-. Selon la formule officielle de notification de loyer lors de la conclusion d'un nouveau bail, le loyer proposé se situait dans les limites des loyers usuels du quartier. Le montant de la garantie-loyer était fixé à CHF 7470.-, soit l'équivalent de trois mois de loyer net. Les locataires ont simultanément conclu un second bail portant sur une place de parc intérieure pour un loyer mensuel net de CHF 130.- ; la formule de notification de loyer lors de la conclusion d'un nouveau bail précisait également que le loyer proposé se situait dans les limites des loyers usuels du quartier.
2. Les locataires ont contesté leur loyer initial par requête déposée devant la Commission de conciliation en matière de baux à loyer ; suite au refus de la proposition de jugement qui leur a été faite et après la délivrance de l'autorisation de procéder, ils ont déposé leur demande devant le Tribunal des baux. Les locataires ont conclu à ce que le loyer soit fixé sur la base du rendement net et, partant, réduit à un montant de CHF 1071.-, à la réduction de la garantie-loyer à un montant qui ne soit pas supérieur à trois mois de loyer nouvellement fixé et à la restitution du trop-perçu. Concernant le loyer de la place de parc, ils ont conclu à ce que celui-ci soit réduit à CHF 80.- par mois et à la restitution du trop-perçu. La bailleresse a conclu au rejet de la demande.
3. Le Tribunal des baux a fixé le loyer net initial des demandeurs à CHF 1280.- pour l'appartement, et à CHF 80.- pour la place de parc. Il a réduit le montant de la garantie-loyer de l'appartement à CHF 3840.-. La Cour d'appel civile du Tribunal cantonal a rejeté l'appel de la bailleresse et a confirmé le jugement attaqué. La bailleresse a interjeté un recours en matière civile auprès du Tribunal fédéral. La Ire Cour de droit civil admet le recours, annule l'arrêt attaqué et renvoie la cause à la cour cantonale pour nouvelle décision dans le sens des considérants.
4. Le Tribunal fédéral rappelle que le contrôle de l'admissibilité du loyer initial ne peut s'effectuer qu'à l'aide de la méthode absolue, laquelle sert à vérifier concrètement que le loyer ne procure pas un rendement excessif au bailleur, compte tenu des frais qu'il doit supporter ou des prix du marché. La méthode absolue sert donc à examiner le loyer pour lui-même à une date déterminée, sans prendre en considération les stipulations contractuelles antérieures des parties. Selon le critère absolu du rendement net prévu à l'art. 269 CO, le loyer est abusif lorsqu'il permet au bailleur d'obtenir un rendement excessif de la chose louée. Selon le cri-

tère absolu des loyers comparatifs prévu à l'art. 269a let. a CO, il est présumé non abusif lorsqu'il se situe dans les limites des loyers usuels dans la localité ou dans le quartier. Dans l'application de la méthode absolue, les deux critères absolus que sont le critère du rendement net – fondé sur les coûts – et le critère des loyers du marché – fondé sur les loyers comparatifs – sont antinomiques, de sorte qu'ils s'excluent mutuellement.

5. Depuis l'ATF 124 III 310 (c. 2), qui reprend la jurisprudence rendue sous l'empire de l'arrêté fédéral de 1972 instituant des mesures contre les abus dans le secteur locatif (AMSL), le Tribunal fédéral a adopté le principe de la priorité du critère absolu du rendement net (art. 269 CO) sur celui des loyers usuels de la localité ou du quartier (art. 269a let. a CO), en ce sens que le locataire peut toujours tenter de prouver que le loyer permet au bailleur d'obtenir un rendement excessif. Dans cet arrêt, notre Haute Cour a considéré qu'il résulte du texte même de l'art. 269a CO que cette disposition pose des présomptions. Partant, ce n'est qu'en cas d'échec du renversement de la présomption ou en cas de difficulté ou d'impossibilité de déterminer le caractère excessif du rendement net – notamment lorsqu'il s'agit d'immeubles anciens – qu'il pourra être fait application du critère des loyers usuels de la localité ou du quartier.
6. Si l'arrêt susmentionné a soulevé des critiques – l'une d'elles au motif que la prééminence donnée au critère du rendement net irait contre la lettre de la loi et la volonté du législateur – cette jurisprudence n'a plus varié. Ainsi, dans l'arrêt 4A_276/2011 du 11 octobre 2011 (c. 5), le Tribunal fédéral a relevé qu'il existe un antagonisme de fond entre le critère des coûts et celui du marché – chacun répond à une philosophie différente – et que, vu la difficulté à coordonner ces deux critères, le législateur avait cherché une solution pour finalement se résoudre au *statu quo*. De l'avis des juges fédéraux, l'ATF 124 III 310 a donc adopté une solution en accord avec les travaux législatifs, faisant une exception pour les immeubles anciens, pour lesquels les pièces comptables pour calculer le rendement net n'existent souvent plus ou font apparaître des montants sans rapport avec la réalité économique. Le Tribunal fédéral a ainsi considéré qu'il n'existait pas de motifs objectifs sérieux qui justifiaient de modifier la jurisprudence consacrée à l'ATF 124 III 310. Cette jurisprudence a été reprise, sans discussion, dans les arrêts ultérieurs. L'ATF 144 III 514 (c. 3) a ensuite précisé ce qu'il faut entendre par immeuble ancien, à savoir celui dont la construction ou la dernière acquisition est de 30 ans au moins au début du bail.
7. Le Tribunal fédéral parvient donc à la conclusion que les conditions strictes pour un changement de jurispru-

dence ne sont pas remplies. En particulier, puisque les deux critères sont antagonistes, il est inévitable que l'un doive prévaloir sur l'autre ; or le critère des loyers usuels ne saurait prévaloir sur celui des coûts, dès lors qu'il serait choquant que le locataire puisse invoquer les loyers usuels pour contester le loyer convenu, alors même que le loyer usuel ne garantirait pas un rendement équitable au bailleur.

8. Si l'arrêt en cause rejette les griefs de la baillesse en ce qu'elle tente d'obtenir un changement de jurisprudence quant à la prédominance de l'art. 269 sur l'art. 269a let. a CO, il retient que la baillesse conteste implicitement, d'une part, la revalorisation limitée à 40% du prix de revient investi par elle lors de la construction du complexe immobilier entre 2004 et 2007, d'autre part, le taux de rendement admissible de seulement 0,5% en sus du taux hypothécaire de référence. La cause est donc renvoyée à la cour cantonale pour que celle-ci effectue le calcul de rendement net sur la base de la nouvelle jurisprudence introduite par l'ATF 147 III 14 du 26 octobre 2020 (c. 8.3 et 8.4). Pour rappel, en vertu dudit changement de jurisprudence, le rendement net se détermine par la revalorisation des fonds propres investis à 100% – et non plus à hauteur de 40% – et par l'application à ceux-ci d'un taux de rendement admissible de 2% – et non plus 0,5% – en sus du taux hypothécaire de référence, lorsque celui-ci est égal ou inférieur à 2%.

■ Note

9. L'arrêt résumé ci-dessus devrait mettre un terme, à tout le moins pour un certain temps, à toute velléité de remise en discussion de la hiérarchie des critères absolus d'examen des loyers, au terme d'une analyse qui ne prête pas le flanc à la critique, en ce qu'elle trouve sa raison d'être aussi bien dans le texte que dans la systématique de la loi.
10. Si l'art. 270 al. 1 CO définit la marche à suivre par le locataire qui entend contester le loyer initial, les art. 269 et 269a CO sont des règles matérielles permettant de déterminer ce qu'est ou non un loyer abusif (*CPra Bail-BOHNET, Intro. art. 269-270e CO N 13*). Ainsi, aux termes de l'art. 269 CO, les loyers sont abusifs « lorsqu'ils permettent au bailleur d'obtenir un rendement excessif de la chose louée ou lorsqu'ils résultent d'un prix d'achat manifestement exagéré ». A l'inverse, l'art. 269a CO définit, de manière non exhaustive, ce qui, « en règle générale » (« *in der Regel* », « *di regola* »), n'est pas un loyer abusif. L'art. 269a CO propose donc un catalogue non exhaustif de présomptions légales quant au caractère non abusif du loyer ; dès lors qu'elles ne sont pas des fictions, elles sont réfragables et peuvent être renversées par

la preuve du contraire (ATF 133 III 61 c. 3.2.2.2; TF, 13.01.2021, 4A_288/2020, c. 4.4; CPra Bail-BOHNET/BROQUET, art. 269a CO N 2). Au vu de ce qui précède et compte tenu du texte clair de ces deux dispositions, les loyers « sont abusifs » selon l'art. 269 CO, lorsqu'ils permettent au bailleur d'obtenir un rendement excessif de la chose louée, alors qu'ils « ne sont en règle générale pas abusifs » selon l'art. 269a let. a CO, lorsqu'ils se situent dans les limites des loyers usuels dans la localité ou dans le quartier; dans ce dernier cas, ils sont alors présumés non abusifs (ATF 147 III 14 c. 4).

11. Il s'ensuit que les présomptions énumérées par l'art. 269a CO revêtent un caractère subsidiaire, par rapport au principe inscrit à l'art. 269 CO (ATF 124 III 310 c. 2b; TF, 11.10.2011, 4A_276/2011, c. 5.2.1; 13.01.2021, 4A_288/2020, c. 4.3; CPra Bail-BOHNET/BROQUET, art. 269a CO N 3). Cela semble d'ailleurs ressortir des titres marginaux des deux dispositions: alors que l'art. 269 CO a pour titre marginal « I. Principe », l'art. 269a CO a pour titre marginal « II. Exceptions ». Compte tenu du caractère subsidiaire de ce dernier, le locataire dont le loyer initial est présumé admissible sur la base de l'art. 269a let. a CO – soit en application des loyers comparatifs de la localité ou du quartier – peut renverser cette présomption en démontrant le rendement excessif de la chose louée au sens de l'art. 269 CO (ATF 124 III 310 c. 2a-2c). Pour sa part, le bailleur pourrait se prévaloir du fait que le loyer usuel, au sens de l'art. 269a let. a CO, lui procure un rendement insuffisant, au sens de l'art. 269 CO (ATF 121 III 163 c. 2d).

12. Au vu de ce qui précède, si le tribunal appelé à fixer le loyer initial doit fonder sa décision sur toutes les circonstances du cas d'espèce, il doit néanmoins respecter la hiérarchie des facteurs en vertu de laquelle le critère du rendement admissible au regard de l'art. 269 CO – posé comme « principe » de base selon la systématique même du Code – prime les autres critères de détermination du loyer – posés comme « exceptions » ou présomptions réfragables selon cette même systématique (*en ce sens*, TF, 25.08.2020, 4A_211/2020 c. 6). Ainsi posée, l'exception des loyers usuels a pour effet que le tribunal doit, dans un premier temps, partir du critère absolu de fixation de loyer que constitue le rendement non abusif de la chose louée selon l'art. 269 CO. Il pourra, dans un deuxième temps, confronter le montant obtenu au loyer usuel du quartier, étant toutefois précisé qu'il est exclu de fixer le loyer initial à la hauteur de la moyenne des loyers du quartier si celle-ci est plus élevée que le montant obtenu en application de l'art. 269 CO; compte tenu du caractère subsidiaire de l'art. 269a CO, le loyer serait alors nécessairement abusif (TF, 02.02.2015, 4A_517/2014, c. 5.1.1; 17.07.2014, 4A_198/2014, c. 4.1; 11.10.2011, 4A_276/2011, c. 5.2.1).

13. Le caractère subsidiaire de l'art. 269a CO a également pour conséquence que ni le loyer perçu du précédent locataire ni les loyers usuels de la localité ou du quartier n'entrent en considération lorsque le bailleur n'apporte pas les éléments nécessaires au calcul du rendement admissible; le tribunal doit alors se référer aux données statistiques disponibles ou à son expérience (TF, 25.08.2020, 4A_211/2020, c. 6; 18.04.2017, 4A_513/2016, c. 3; 02.02.2015, 4A_517/2014, c. 5.1). En définitive, si le critère tiré des loyers usuels au sens de l'art. 269a let. a CO ne se limite pas exclusivement à l'analyse des loyers d'un « immeuble ancien » (ZK-HIGI, art. 269a CO N 23), il n'a, en dehors de ce cas de figure, qu'une portée limitée (CPra Bail-BOHNET/BROQUET, art. 269a CO N 7).

14. A cet égard, les développements qui précèdent ont valeur de principe général; comme le rappelle l'arrêt commenté, celui-ci connaît une exception lorsque la construction qui abrite les locaux loués est considérée comme un « immeuble ancien » au sens de la jurisprudence, soit celui dont la construction ou la dernière acquisition est de 30 ans au moins au début du bail (ATF 144 III 514 c. 3). En raison de l'écoulement d'un laps de temps important, la hiérarchie des critères absolus est alors inversée, en ce sens que le critère des loyers usuels de la localité ou du quartier a la priorité sur le critère du rendement net (ATF 139 III 13 c. 3.1.2; 124 III 310 c. 2b *in fine*). En effet, soit les pièces comptables nécessaires à un calcul du rendement net ne seraient plus disponibles, de sorte que celui-ci serait impossible, soit leur contenu ne refléterait plus la réalité économique, de sorte que ledit calcul ne pourrait pas aboutir à un résultat approprié (*en ce sens*, ATF 140 III 433 c. 3.1; 122 III 257 c. 4a/bb).

15. En dernier lieu, le cas spécifique des « constructions récentes » doit également être réservé. Ainsi, aux termes de l'art. 269a let. c CO, ne sont en règle générale pas abusifs les loyers qui se situent, lorsqu'il s'agit de constructions récentes, dans les limites du rendement brut permettant de couvrir les frais. Le but de l'art. 269a let. c CO est de favoriser la construction de nouveaux logements dont le rendement est souvent inférieur aux frais d'investissements durant les premières années qui suivent l'achèvement des travaux et, partant, de permettre au bailleur d'obtenir un rendement supérieur à celui autorisé par les autres critères légaux (ATF 118 II 124 c. 4a, confirmé plus récemment *in TF*, 01.03.2016, 4A_465/2015, c. 5.6.1). Si le législateur a choisi d'intégrer ledit critère – absolu – dans la liste des présomptions de l'art. 269a CO, celui-ci n'en conserve pas moins sa qualité de critère exclusif, en ce sens qu'il exclut l'application de tous les autres critères de fixation du loyer, qu'ils soient relatifs ou absolus (CPra Bail-BOHNET/BROQUET, art. 269a CO N 100; LACHAT, *Le bail à loyer*, 2^e éd., Lausanne 2019, p. 618;

ZK-Higi, art. 269a CO N 144 s). Ainsi, l'art. 269a let. c CO déroge à l'art. 269 CO (*ZK-Higi, art. 269a CO N 141*).

12

TF 4A_6/2021 (22.06.2021)

Marie-Laure Percassi

La détermination de la plus-value relative à un objet loué en cas d'importantes réparations

Détermination de la plus-value relative à un bien loué en cas d'importantes réparations. Présomption de l'art. 14 al. 1 2^e phr. OBLF.

Art. 269a let. b, 269d, 270b al. 1 CO ; 14 al. 1 OBLF

1. Par contrat de bail du 13 mai 2008, B. (la locataire, défenderesse et intimée) a pris à bail un appartement de 3,5 pièces au 3^e étage d'un immeuble à Prilly. A. SA (la bailleuse, demanderesse et recourante) a acquis l'immeuble, qui avait été construit en 1967, en 2015.
2. Entre mi-2017 et novembre 2018, la bailleuse a entrepris d'importants travaux : d'une part, la rénovation des façades avec installation d'une isolation périphérique, le changement des fenêtres et la rénovation de la cage d'escalier pour un montant de CHF 916 969.25 et, d'autre part, la rénovation du parking et de la passerelle pour un montant de CHF 147 163.- (total rectifié : CHF 1 064 132.-).
3. Par formule officielle du 14 novembre 2018, la bailleuse a communiqué à la locataire que son loyer (qui s'élevait à cette date à CHF 1062.-) serait augmenté à CHF 1232.- à compter du 1^{er} avril 2019, en raison de ces travaux, du taux hypothécaire de référence et de l'indice suisse des prix à la consommation.
4. La locataire a contesté cette hausse de loyer devant l'autorité de conciliation. Après l'échec de la conciliation, une autorisation de procéder a été délivrée à la bailleuse qui a déposé une demande en justice devant le Tribunal des baux le 29 mai 2019, concluant à la validité de la hausse de loyer qu'elle a notifiée, à la fixation du loyer mensuel net à CHF 1232.- et au paiement par la locataire de la différence de loyer de CHF 170.- par mois. Par jugement du 20 septembre 2019, le Tribunal des baux a admis que le loyer soit augmenté à CHF 1155.- dès le 1^{er} avril 2019.
5. Statuant sur l'appel de la bailleuse, la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud l'a rejeté et a confirmé le jugement attaqué.
6. Contre cet arrêt, la bailleuse a interjeté un recours en matière civile au Tribunal fédéral le 5 janvier 2021. Elle conclut principalement à sa réforme en ce sens que le loyer augmenté à CHF 1232.- dès le 1^{er} avril 2019 soit déclaré valable, la locataire étant condamnée à s'acquitter de la différence mensuelle de CHF 170.- depuis cette date et jusqu'à l'entrée en force de l'arrêt à rendre, avec intérêts à 5% l'an dès cette même date. Subsidiairement, elle conclut à son annulation et au renvoi de la cause à la cour cantonale pour nouvelle décision dans le sens des considérants.
7. Le Tribunal fédéral rappelle qu'en cas de réparations importantes, il est souvent difficile de distinguer entre les améliorations créant des plus-values (qui peuvent être répercutées sur le loyer) et les mesures d'entretien (qui ne peuvent pas être répercutées sur le loyer). De ce fait, l'art. 14 al. 1 2^e phr. OBLF pose la présomption que 50 à 70% des investissements sont considérés comme des investissements créant des plus-values. Cette règle permet de simplifier la détermination des travaux à plus-value et vise aussi à inciter la partie bailleuse à réaliser des travaux plus importants que nécessaire. Le solde – 30 à 50% – est présumé correspondre à des frais d'entretien (c. 3).
8. La présomption de l'art. 14 al. 1 2^e phr. OBLF est réfragable : elle tombe si la part d'investissement à plus-value peut être déterminée précisément. Si toutefois la partie bailleuse ne tente pas de distinguer concrètement entre les frais d'entretien et les investissements créant des plus-values, la présomption s'applique. Le Tribunal fédéral précise qu'« il ne faut pas perdre de vue que le but de la règle est de simplifier l'établissement des faits et d'encourager les travaux de rénovation et qu'il ne saurait donc être question d'ignorer purement et simplement la présomption et de s'efforcer à tout prix de parvenir à une détermination concrète de la part à plus-value ». Enfin, il indique que le choix du pourcentage correspondant à la part de plus-value dans un cas concret relève du pouvoir d'appréciation du tribunal. De ce fait, cette décision n'est revue qu'avec retenue par le Tribunal fédéral (c. 3).
9. Appliquant ces principes cas d'espèce, le Tribunal fédéral constate que l'instance précédente a retenu un montant total de CHF 916 969.25 pour les travaux et qu'elle a appliqué un pourcentage de plus-value de 50%. Suite à un calcul tenant compte de plusieurs facteurs, le loyer mensuel a été fixé à CHF 1155.- (c. 4). Il rejette ensuite tous les arguments de la bailleuse. Il expose que celle-ci n'a pas déterminé en instance cantonale quel montant, sur le total des coûts des aménagements extérieurs, correspondait à des aménagements utiles à l'appartement de la locataire (= détermination des investissements qui bénéficient à l'appartement concerné) et retient que la critique à ce sujet dans son

recours est appellatoire (c. 5.2.1). Il constate ensuite que la recourante n'a pas pris de conclusion subsidiaire sur le loyer au cas où seul un poste à CHF 25 397.- était ajouté au montant total des travaux retenus par la cour cantonale (CHF 916 969.25) (c. 5.2.2). Il observe également que la recourante n'a pas non plus pris de conclusion subsidiaire pour le cas où le montant total des travaux serait maintenu à CHF 916 969.25 et qu'un taux forfaitaire de 70% devait être retenu comme part à la plus-value (c. 5.2.4). Enfin, il relève que la recourante soutient qu'un taux supérieur à 70% devrait être appliqué, mais que celle-ci se contente d'affirmations générales, sans aucun calcul concret qui aboutirait à un nouveau pourcentage déterminé (c. 5.2.4). Le Tribunal fédéral rejette le recours.

■ **Note**

9. L'arrêt 4A_6/2021 offre un rappel bienvenu sur la détermination du caractère abusif d'une hausse de loyer suite à d'importantes réparations sur le bien loué. Il se concentre sur la manière de calculer la part des réparations qui apportent une plus-value à l'objet loué, et qui seule peut être répercutée sur le loyer (au contraire des travaux d'entretien, qui ne sauraient justifier une hausse du loyer ; cf. c. 3).
10. Il ressort de cette décision qu'un tribunal, pour calculer le montant de la plus-value d'un objet loué, doit procéder en trois étapes :
 - 1) **Déterminer, sur l'ensemble des travaux entrepris, le montant correspondant aux rénovations utiles au logement dont le loyer est contesté** (qualifié de « coût total » dans l'arrêt reproduit ci-dessus). Pour ce faire, il faut examiner quels travaux profitent au bien loué. L'arrêt donne un exemple à cet égard : la bailleuse avait notamment rénové le parking de l'immeuble. Dans la mesure où la locataire ne louait pas de place de parking et qu'il n'était pas possible de dire si des places visiteurs (qui seraient utiles à l'ensemble des locataires) avaient été aménagées, le coût de la rénovation du parking ne pouvait pas être pris en compte dans le calcul de la hausse du loyer (c. 4.1.1 et 5.2.1).
 - 2) **Déterminer, sur ce montant, la part correspondant à des investissements créant une plus-value**. Pour ce faire, le tribunal doit d'abord examiner si la partie bailleuse est parvenue à démontrer concrètement le montant correspondant à la part de plus-value. Si ce n'est pas le cas, le tribunal devra appliquer la présomption de l'art. 14 al. 1 2^e phr. OBLF – qui prévoit qu'en règle générale, entre 50 et 70% du coût total des rénovations sont des investissements à plus-value (c. 3). Pour choisir quel pourcentage appliquer entre 50 et 70%, le Tribunal fédéral indique que le tribunal

doit faire usage de son pouvoir d'appréciation, sans plus de précisions (c. 3). La doctrine et la jurisprudence retiennent qu'il faut tenir compte de l'importance concrète des investissements à plus-value ; plus l'amélioration est grande, plus le pourcentage à retenir sera élevé (TF, 09.01.2008, 4A_416/2007, c. 3.3.3 ; CPra Bail-BOHNET/BROQUET, art. 269a CO N 71 ; Corboz, *Les travaux de transformation et de rénovation de la chose louée entrepris par le bailleur et leur répercussion sur les loyers*, 12^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2002, p. 20 ; LACHAT/STASTNY, *Le bail à loyer*, Lausanne 2019, N 5.2.5 p. 607 ; SVITK-ROHRER, art. 269a CO N 71). Le temps écoulé depuis la construction de l'immeuble ou depuis sa dernière rénovation peut également être pris en considération (TF, 20.01.2011, 4A_495/2010, c. 6.3 ; CPra Bail-BOHNET/BROQUET, art. 269a CO N 72 ; LACHAT/STASTNY, *op. cit.*, N 5.2.5 p. 608 ; SVITK-ROHRER, art. 269a CO N 71). Plus cette période est longue, plus le pourcentage sera faible (*car cela signifie que la partie bailleuse n'a pas entretenu régulièrement l'immeuble et que la majeure partie des travaux sont de l'entretien ; voir CPra Bail-BOHNET/BROQUET, art. 269a CO N 72*). Certains auteurs proposent encore de prendre en compte l'importance des frais engagés comparés à l'état locatif de l'immeuble (CPra Bail-BOHNET/BROQUET, art. 269a CO N 73 ; LACHAT/STASTNY, *op. cit.*, N 5.2.5 p. 608 ; SVITK-ROHRER, art. 269a CO N 71 ; nuancé : TF, 09.01.2008, 4A_416/2007).

- 3) **Ventiler la part de plus-value sur les différents appartements de l'immeuble qui profitent des rénovations déterminées au point 1** (c'est-à-dire les rénovations utiles au logement dont le loyer est contesté). Cette opération permet de fixer la part de plus-value à attribuer au bien loué concerné. Elle doit être bien distinguée de la deuxième étape du calcul (détermination de la part de plus-value, si nécessaire au moyen d'un pourcentage forfaitaire). Le Tribunal fédéral le souligne au c. 5.2.1, relevant que « le pourcentage forfaitaire permet de simplifier le calcul entre les investissements à plus-value et les coûts d'entretien (entretien différé), mais non la répartition des investissements à charge des seuls appartements en bénéficiant ». Dans l'arrêt reproduit ci-dessus, le Tribunal fédéral indique uniquement que la partie bailleuse peut choisir entre plusieurs clés de répartition (c. 3). Pour des précisions, on se référera à l'ATF 139 III 209 (c. 1.2), dans lequel le Tribunal fédéral a listé les méthodes envisageables. La répartition peut ainsi se faire (i) selon la clé de répartition applicable à la propriété par étages, (ii) selon la surface des appartements, (iii) selon le volume des appartements, (iv) au prorata du nombre de pièces par logement ou (v) en fonction du pourcentage que

représente l'investissement à plus-value par rapport à l'état locatif avant la hausse (*sur cet arrêt, voir notamment BROQUET, Le libre choix du bailleur*

de la méthode de répercussion du coût des travaux à plus-value sur les loyers, Newsletter Bail.ch juillet 2013).

3. Protection contre les congés

13

TF 4A_468/2020 (09.02.2021)

Damien Tournaire

Le locataire refusant de produire sa police d'assurance RC s'expose à une résiliation extraordinaire du bail

Devoir de diligence du locataire ; violation de l'obligation de conclure une assurance de responsabilité civile ou de fournir l'attestation établissant l'existence d'une telle assurance ; continuation du bail insupportable pour le bailleur ; résiliation immédiate du bail pour juste motif.

Art. 257f al. 3 CO

1. Depuis le 1^{er} juin 1992, le locataire a pris à bail un appartement à destination de logement dans le canton de Genève.
2. En janvier 2018, un dégât d'eau est survenu dans l'appartement loué ainsi que dans celui situé à l'étage inférieur exactement sous l'appartement du locataire.
3. Selon la régie, la cause de ce sinistre était le lave-vaisselle du locataire. Le 27 mars 2018, celle-ci a donc requis du locataire la transmission de sa police d'assurance responsabilité civile pour déclarer le sinistre. Le jour même, le locataire a refusé de transmettre son numéro de police d'assurance responsabilité civile et contesté que son lave-vaisselle ait causé l'inondation.
4. La régie a renouvelé sa demande le 28 mars et le 11 avril 2018. Le locataire, craignant que le bailleur n'actionne l'assurance alors qu'il contestait être responsable du sinistre, a opposé une fin de non-recevoir à ces requêtes.
5. Par courriers du 19 avril 2018 et du 25 juillet 2018, la régie a mis en demeure le locataire de produire une

attestation établissant avoir conclu une assurance responsabilité civile, à défaut de quoi le bail serait résilié.

6. Le locataire persistant dans son refus de communiquer une attestation d'assurance, la régie, par courrier du 25 juillet 2018, a résilié le bail pour le 31 août 2018 en application de l'art. 257f al. 3 CO.
7. Le locataire a contesté le congé, subsidiairement conclu à son annulation, en temps utile. Le Tribunal des baux et loyers a rejeté la demande du locataire et constaté l'efficacité du congé par jugement du 12 novembre 2019. Par arrêt du 6 août 2020, la Cour de Justice a confirmé le jugement de première instance considérant que la violation du devoir d'attester de l'existence d'une assurance responsabilité civile par le locataire revêtait une gravité suffisante pour que la continuation du bail soit insupportable pour le bailleur au sens de l'art. 257f al. 3 CO.
8. A l'appui de son recours, le locataire a principalement allégué que le refus de délivrer une attestation d'assurance responsabilité civile ne constituerait pas une violation grave du contrat de bail. Les conditions de l'art. 257f al. 3 CO n'étaient dès lors pas remplies et, par conséquent, le congé prononcé inefficace.
9. Le Tribunal fédéral rappelle tout d'abord que la résiliation extraordinaire du bail sur la base de l'art. 257f al. 3 CO nécessite la réalisation de cinq conditions cumulatives : la violation du devoir de diligence incombant au locataire (1), un avertissement écrit préalable du bailleur (2), la persistance du locataire à ne pas respecter son devoir en relation avec le manquement évoqué par le bailleur dans sa protestation (3), le caractère insupportable du maintien du contrat pour le bailleur (4) et le respect d'un préavis de trente jours pour la fin d'un mois (5).
10. Le Tribunal fédéral retient que le locataire avait en l'espèce l'obligation de contracter une assurance responsabilité civile (art. 6 CCR). Cette assurance protège le bailleur de l'insolvabilité du locataire responsable

d'un dégât à la chose louée. La violation du contrat est réalisée indépendamment de la survenance ou non d'un dommage.

11. L'application de l'art. 257f al. 3 CO nécessite une violation par le locataire de son devoir de diligence rendant le maintien du contrat insupportable pour le bailleur.
12. Lorsque la violation du contrat est grave, le maintien du bail est d'emblée insupportable pour le bailleur (*ATF 134 III 300 c. 3.1*). C'est notamment le cas lorsque le locataire refuse de communiquer les conditions de la sous-location ou lorsque celle-ci est abusive (*ATF 134 III 300 c. 3.1*). Par ailleurs, la doctrine majoritaire admet que le locataire qui omet de fournir les sûretés qu'il est tenu de constituer s'expose à une résiliation sur la base de l'art. 257f al. 3 CO.
13. Or, le montant assuré par l'assurance responsabilité civile du locataire excède généralement très largement les sûretés constituées par le locataire. L'omission de conclure une assurance responsabilité civile fait donc courir au bailleur un risque supérieur à celui de voir le locataire omettre de constituer des sûretés.
14. Le locataire qui omet de contracter une assurance couvrant la responsabilité civile qu'il assume en raison du bail ou qui refuse de prouver au bailleur qu'il a conclu une telle assurance commet une violation grave du contrat, ce indépendamment de la survenance d'un dommage.
15. Le fait de craindre que le bailleur actionne l'assurance suite à un sinistre dont le locataire conteste être responsable ne saurait motiver son refus de présenter une attestation d'assurance responsabilité civile.
16. Cette violation est propre à rendre la continuation du bail insupportable pour le bailleur au sens de l'art. 257f al. 3 CO, qui peut donc résilier le bail de manière extraordinaire si les autres conditions de cette disposition sont remplies (refus persistant, avertissement préalable écrit du bailleur, respect d'un préavis de trente jours pour la fin d'un mois).
17. Le Tribunal fédéral constate que ces conditions sont remplies.
18. Le congé ne contrevient pas non plus aux règles de la bonne foi et n'est donc pas annulable.
19. Le recours du locataire est donc rejeté.

■ **Note**

20. Dans son arrêt 4A_468/2020 du 9 février 2021, le Tribunal fédéral énonce que lorsque le locataire est tenu de conclure une police d'assurance couvrant sa responsabilité civile en vertu du bail, le refus de prouver avoir souscrit une telle police est une violation grave du devoir de diligence.
21. Ce manquement du locataire à ses obligations contractuelles peut rendre la continuation du bail insupportable pour le bailleur qui est fondé à résilier de manière extraordinaire le bail sur la base de l'art. 257f al. 3 CO si les autres conditions, formelles et matérielles, de cette disposition sont satisfaites (protestation écrite préalable du bailleur auprès du locataire, persistance du locataire à ne pas respecter le devoir en relation avec le manquement évoqué par le bailleur dans sa protestation et respect d'un préavis de trente jours pour la fin d'un mois).
22. L'intérêt de cet arrêt est en réalité plus large. Premièrement, si le locataire n'avait pas conclu d'assurance responsabilité civile et non uniquement refusé de transmettre la preuve de son affiliation, il en aurait résulté une violation du bail tout aussi grave permettant également au bailleur de faire usage de l'art. 257f al. 3 CO.
23. Deuxièmement, le défaut d'assurance du locataire, ou le refus de transmettre au bailleur la preuve de la couverture d'assurance, constituent une violation grave de l'obligation de diligence indépendante de la survenance, ou non, d'un dommage. Le bailleur peut donc en tout temps exiger du locataire qu'il prouve avoir contracté une assurance responsabilité civile conforme aux exigences prévues par le bail. L'existence d'un différend opposant le bailleur au locataire sur la cause d'un sinistre et les responsabilités en découlant ne modifient en rien ce qui précède.
24. Troisièmement, pour déterminer le caractère grave de la violation contractuelle, le Tribunal fédéral appuie son raisonnement sur la doctrine majoritaire considérant que le locataire qui transgresse son obligation de fournir les sûretés prévues par le bail commet une violation contractuelle grave. En construisant son raisonnement de la sorte, le Tribunal fédéral semble également indiquer qu'un locataire refusant de manière persistante à constituer les sûretés contractuellement prévues pourrait effectivement rendre la continuation du bail insupportable pour le bailleur. Celui-ci serait alors fondé à signifier une résiliation extraordinaire sur la base de l'art. 257f al. 3 CO.

4. Autorités et procédure

14

TF 4A_459/2020 (15.12.2020)

Luca Melcarne

Contestation de la résiliation et prolongation du bail : deux actions liées mais distinctes

Action en annulation du congé. Délai pour saisir l'autorité de conciliation et délai pour agir au fond. Irrecevabilité et péremption de l'instance. Action en prolongation du bail. Prise en compte de tous les éléments du cas d'espèce, y compris de la durée de la procédure judiciaire pour se prononcer sur la durée de la prolongation.

Art. 271, 272 et 273 CO ; 62, 64 et 209 CPC

1. A. et B. (ci-après : les locataires) ont pris à bail des locaux commerciaux pour une durée initiale de 5 ans, soit du 1^{er} septembre 2012 au 31 août 2017, le bail étant ensuite renouvelable de cinq ans en cinq ans, sauf résiliation donnée par l'une ou l'autre des parties au moins six mois avant son échéance. Par avis de résiliation du 7 février 2017, la bailleresse a, sans indiquer de motifs, résilié le bail pour le prochain terme, soit le 31 août 2017.
2. Les locataires ont saisi la Commission de conciliation en matière de baux et loyers d'une requête en contestation du congé et en prolongation du bail, puis, la conciliation ayant échoué, ils ont déposé leur demande devant le Tribunal des baux et loyers le 3 janvier 2018, concluant uniquement à l'octroi d'une prolongation du bail de six ans, soit jusqu'au 31 août 2023. La bailleresse a conclu au rejet de la demande. Par courrier du 12 avril 2018, les locataires ont modifié leurs conclusions, concluant, principalement, à l'annulation du congé et, subsidiairement, à l'octroi d'une prolongation du bail de six ans.
3. Par jugement du 3 septembre 2019, le Tribunal des baux et loyers a déclaré irrecevable la conclusion en annulation du congé formée par les locataires et leur a accordé une unique prolongation du bail de 28 mois, soit jusqu'au 31 décembre 2019. La Chambre des baux et loyers de la Cour de justice a rejeté l'appel interjeté par les locataires et confirmé le jugement attaqué. Contre cet arrêt, les locataires ont interjeté un recours en matière civile auprès du Tribunal fédéral le 14 septembre 2020. L'effet suspensif a été attribué au recours par ordonnance présidentielle, ni la cour cantonale, ni la partie adverse ne s'y étant opposées. La Ire Cour de droit civil rejette le recours dans la mesure de sa recevabilité.
4. Le Tribunal fédéral rappelle que l'action en annulation du congé doit être introduite par requête de conciliation devant l'autorité de conciliation dans les 30 jours qui suivent la réception du congé (art. 273 al. 1 CO). Le délai est le même pour l'action en prolongation du bail, lorsqu'il s'agit d'un bail de durée indéterminée (art. 273 al. 2 let. a CO). Ce délai est un délai de péremption du droit matériel, dont le calcul est régi par les dispositions du CO (art. 76 ss et 132 CO) qui ne peut être ni prolongé ni restitué. Une fois l'action en annulation du congé valablement introduite par requête de conciliation, le délai de droit matériel est sauvegardé et, au même moment, la litispendance est créée (art. 62 al. 1 et 64 al. 2 CPC). Dès ce moment, le droit de procédure régit le déroulement du procès.
5. Après la délivrance de l'autorisation de procéder, le demandeur doit introduire sa demande devant le tribunal dans le délai de péremption d'instance fixé par l'art. 209 al. 3 et 4 CPC qui ne doit pas être confondu avec le délai de péremption du droit matériel de l'art. 273 al. 1 CO. Le calcul de ce délai – de 30 jours dans les litiges relatifs aux baux à loyer ou à ferme d'habitations ou de locaux commerciaux (art. 209 al. 4 CPC) – est soumis aux règles des art. 142 ss CPC. Si la demande est déposée dans ce délai, la litispendance perdure, et ce même si l'une ou l'autre des conditions de recevabilité de celle-ci ne sont pas réunies. Si la demande est déposée hors délai, le tribunal prononce l'irrecevabilité de la demande (art. 59 al. 1 CPC). Dans ce cas, la litispendance cesse, et ce de par la loi, sans aucune décision d'un tribunal ; l'autorisation de procéder se périment. En elle-même, l'inobservation du délai de l'art. 209 al. 4 CPC n'a d'effet que sur l'instance, et non sur le droit lui-même ; l'instance seule se périment. Toutefois, si le délai de droit matériel de l'art. 273 al. 1 CO a expiré dans l'intervalle et que, par conséquent, le demandeur ne peut plus valablement ouvrir action, la péremption de l'instance entraîne indirectement la perte du droit.
6. Le locataire peut, à son choix, intenter l'action en annulation du congé, l'action en prolongation du bail ou les deux, la première étant alors principale et la seconde subsidiaire. L'art. 273 al. 5 CO déroge au principe de disposition (art. 58 al. 1 CPC), en ce sens que, bien que saisie de la seule action en annulation du congé, l'autorité compétente qui rejette celle-ci doit examiner d'office si le bail peut être prolongé. L'inverse n'est

toutefois pas valable, en ce sens que, si le locataire n'intente qu'une action en prolongation du bail et si l'autorité compétente rejette cette action, celle-ci n'a pas à examiner d'office si le congé est annulable.

7. Lorsque le locataire introduit, dans le délai de l'art. 273 al. 1 et 2 CO, une action en annulation du congé et une action en prolongation du bail et que, après la délivrance de l'autorisation de procéder, il ne prend, dans sa demande au fond, que des conclusions en prolongation du bail, la litispendance de son action en annulation du congé, créée par sa requête de conciliation, cesse (art. 209 al. 4 CPC). Dans la mesure où le délai de l'art. 273 al. 1 CO – de 30 jours – est généralement déjà échu, le locataire ne peut plus modifier ses conclusions puisque son action en annulation n'est plus pendante et qu'il est désormais trop tard pour introduire une nouvelle action. Or les possibilités de modification de la demande prévues aux art. 227 et 230 CPC présupposent que l'action soit pendante.
8. Dans le cas d'espèce, les juges fédéraux constatent que la demande modifiée comprenant des conclusions en annulation du congé n'a été déposée que le 12 avril 2018, soit après la cessation de la litispendance de cette action et, par là même, après la péremption de l'instance (art. 209 al. 4 CPC) ; à cette date, le locataire était par ailleurs hors délai – de l'art. 273 al. 1 CO – pour déposer une nouvelle demande. Selon le Tribunal fédéral, c'est donc à raison que les instances cantonales successives ont considéré la conclusion en annulation du congé irrecevable. L'irrecevabilité de leurs conclusions modifiées résulte du fait que la litispendance de l'action en annulation du congé a cessé d'exister à l'échéance du délai de l'art. 209 al. 4 CPC et que les locataires ne pouvaient réintroduire cette action par une modification de leurs conclusions en date du 12 avril 2018, puisque le délai de péremption de droit matériel était alors échu et, partant, leur droit matériel éteint. Le fait que l'autorisation de procéder visait les deux actions n'y change rien, dès lors que les conclusions de la demande se sont limitées à la seule action en prolongation du bail.
9. En dernier lieu, notre Haute Cour procède à un rappel de sa jurisprudence relative au principe et à la durée de la prolongation du bail. En l'espèce, les locataires font uniquement valoir « l'impossibilité de trouver un local adéquat à un loyer équivalant (sic) dans quatre mois, soit de la date du jugement [de première instance] à fin décembre 2019 » et se limitent à cette seule affirmation. Or, comme le précise la jurisprudence, le tribunal peut tenir compte du délai qui s'est écoulé entre le moment de la résiliation et celui où elle devrait prendre effet, et du fait que le locataire n'a pas entrepris de démarches sérieuses pour trouver une solution de remplacement. Ainsi, ce n'est pas une prolongation

de quatre mois, mais bien de deux ans et quatre mois qui leur a été accordée ; l'arrêt cantonal est donc également confirmé sur ce point.

■ Note

10. L'arrêt résumé ci-dessus constitue un rappel bienvenu sur la portée de la maxime de disposition en droit du bail et, par là même, sur l'importance de conclusions suffisamment déterminées, aussi bien dans la requête de conciliation, que dans la demande au fond.
11. Aux termes de l'art. 58 al. 1 CPC, qui consacre la maxime de disposition, le tribunal ne peut accorder à une partie ni plus, ni autre chose que ce qui est demandé, ni moins que ce qui est reconnu par la partie adverse ; les conclusions des parties doivent ainsi être suffisamment déterminées. La loi prévoit un certain nombre d'exceptions, au rang desquelles figure l'art. 273 al. 5 CO (*DIKE ZPO-GLASL, art. 58 CPC N 36*). Ladite disposition prévoit que lorsque l'autorité compétente rejette une requête en annulabilité du congé introduite par le locataire, elle examine d'office si le bail peut être prolongé ; une conclusion subsidiaire en prolongation du bail ne doit donc pas nécessairement être incluse dans la requête en annulation du locataire. L'arrêt commenté nous rappelle que le texte clair de la loi ne laisse aucune place à une extension de cette exception à l'hypothèse inverse, soit celle où le locataire ne forme qu'une action en prolongation du bail ; l'éventuelle annulabilité de la résiliation ne sera pas vérifiée par le tribunal. En d'autres termes, l'annulation du congé ne pourra être obtenue par le locataire qu'en cas de conclusion expresse en ce sens. Il en va différemment en cas de nullité ou inefficacité du congé qui doit être relevée d'office par le tribunal (*ATF 142 III 402 c. 2.2 ; TC/VD, 13.12.2011, JdT 2012 III 17*) ; le congé nul, tout comme le congé inefficace, est d'emblée dénué d'effet (*CPra Bail-WESSNER, art. 257d CO N 39 s.*), ce qui peut être constaté en tout temps par toute autorité valablement saisie, soit essentiellement l'autorité chargée de prononcer l'expulsion du locataire (*ATF 121 III 156 c. 1c, confirmé in TF, 18.02.2015, 4A_40/2015, c. 4.2.2*).
12. A l'inverse, le locataire qui souhaite obtenir l'annulation du congé doit saisir l'autorité de conciliation dans le délai péremptoire de 30 jours dès la réception du congé, prévu à l'art. 273 al. 1 CO. En renonçant à exiger que l'abus de droit soit « manifeste » au sens de l'art. 2 al. 2 CC (*cf. ATF 136 III 190 c. 2*), l'art. 271 al. 1 CO constitue une *lex specialis* par rapport à l'art. 2 al. 2 CC, de sorte que la première disposition exclut l'application de la seconde (*ATF 133 III 175 c. 3.3, en particulier 3.3.4, confirmé in TF, 02.04.2013, 4A_31/2013, c. 2.2*). En contrepartie de cette protection

plus étendue (*CPra Bail-CONOD, art. 271 CO N 49*), le locataire qui n'aura pas agi dans le délai de 30 jours de l'art. 273 al. 1 CO est forclus, et ce, même si le congé est *manifestement abusif* (*ATF 133 III 175 c. 3.3.4, confirmé in TF, 02.04.2013, 4A_31/2013 c. 2.2*).

13. Au vu de ce qui précède, le locataire qui a des motifs de croire que le congé qui lui a été notifié contrevient – même de manière manifeste – aux règles de la bonne foi, doit prendre (à titre principal) des conclusions en *annulation* du congé dans la requête de conciliation qu'il déposera auprès de l'autorité de conciliation, dans le respect du délai prévu à l'art. 273 al. 1 CO. Conformément à l'art. 273 al. 5 CO, il ne devra pas nécessairement prendre, à titre subsidiaire, des conclusions en *prolongation* du bail pour que cette question soit, cas échéant, examinée par le tribunal, dans l'hypothèse où la requête en annulation serait rejetée. Quelle que soit l'autorité saisie et les conclusions prises devant elle – annulation, prolongation, expulsion –, l'éventuelle *nullité* ou *inefficacité* du congé devra quant à elle être relevée d'office. En définitive, bien que liées toutes deux à la fin du bail et, partant, à la protection contre les congés, l'action en annulation du congé et en prolongation du bail doivent être distinguées, de sorte que, sous réserve de l'exception limitée prévue à l'art. 273 al. 5 CO, des conclusions spécifiques devront être prises pour faire valoir ces prétentions distinctes.
14. L'arrêt commenté procède également à une distinction intéressante entre le délai de droit matériel de l'art. 273 al. 1 CO et le délai de droit procédural de l'art. 209 al. 4 CPC. Si l'examen de cette question dépasse le cadre de la présente note, il permet de rappeler la nature distincte des deux délais. D'une part, le dépôt de la requête de conciliation – acte introductif d'instance – permet de sauvegarder le *délai de déchéance en matière de demande formatrice* prévu à l'art. 273 al. 1 CO et, par là même, d'éviter l'extinction du droit d'action (*BOHNET, Procédure civile, 2^e éd., Bâle/Neuchâtel 2014, N 575 ss*). D'autre part, le dépôt de la demande au fond – acte de procédure autre que l'acte introductif d'instance – permet de sauvegarder le *délai de droit procédural* de l'art. 209 al. 4 CPC et, par là même, d'éviter la péremption de l'instance déjà introduite (sur la notion de « *péremption d'instance* », cf. les art. 386 ss du Code de procédure civile français et, en particulier, l'art. 389, aux termes duquel « la péremption n'éteint pas l'action; elle emporte seulement extinction de l'instance sans qu'on ne puisse jamais opposer aucun des actes de la procédure périmée ou s'en prévaloir »). Le fait que, d'une part, les actions en annulation du congé et en prolongation du bail sont distinctes, et, d'autre part, l'exception prévue à l'art. 273 al. 5 CO n'a qu'une portée limitée, implique qu'une fois le délai pour saisir l'autorité de conciliation (art. 273 al. 1 CO) sauvegardé, les conclu-

sions en annulation prises dans la requête de conciliation doivent être à nouveau prises dans la demande au fond, cette fois-ci dans le respect du délai de l'art. 209 al. 4 CPC. A défaut, il en résultera la péremption de l'instance, en lien avec l'action en annulation. Compte tenu du temps d'ores et déjà écoulé, la péremption de l'instance entraînera – indirectement, mais de fait – l'extinction du droit d'action.

15. En dernier lieu, l'arrêt commenté rappelle que, si une action en annulation du congé et/ou en prolongation du bail peut être un moyen efficace pour obtenir une prolongation du bail – le bail reste inchangé pendant la durée de la procédure de conciliation, respectivement judiciaire (art. 270e CO) –, le locataire qui allègue des « *conséquences pénibles* » au sens de l'art. 272 CO ne peut se contenter d'attendre le terme de la procédure judiciaire, mais devra poursuivre ses efforts pour trouver une solution de remplacement tout au long de celle-ci.

15

TF 4A_374/2020 (08.02.2021)

Patricia Dietschy-Martenet

Calcul de la valeur litigieuse en cas d'action visant le constat de la nullité de l'introduction de frais accessoires jusque-là inclus dans le loyer net et la restitution des arriérés payés à ce titre

Introduction par le bailleur d'un acompte de frais accessoires jusque-là inclus dans le loyer net et diminution de celui-ci dans la même proportion. Action en nullité et en restitution des arriérés introduite par les locataires. Calcul de la valeur litigieuse. Art. 51, 52, 74 LTF; 269d CO; 19 OBLF

1. Deux époux sont locataires d'un appartement de 4,5 pièces depuis le 1^{er} juillet 1998. Une formule officielle de hausse de loyer et de nouvelles prétentions leur est notifiée le 8 mars 2002, dans laquelle le loyer net est diminué en contrepartie d'une augmentation des acomptes de frais accessoires dans la même proportion. La motivation indique en substance que certains frais, inclus jusque-là dans le loyer net, y sont séparés en vue d'une plus grande transparence. Le loyer mensuel brut reste le même, soit CHF 2070.-. Le nouvel acompte de frais s'élève à CHF 179.-, à savoir CHF 55.- déjà perçus comme frais accessoires et de nouveaux frais, jusque-là inclus dans le loyer net, par CHF 124.-. Le formulaire officiel indique notamment ce qui suit (traduction libre):

A. Modification du loyer

	Actuellement:	Nouvellement:
1. Loyer sans frais accessoires	Fr. 1935.-	Fr. 1811.-
2. Frais accessoires		
Acompte de chauffage	Fr. 80.-	Fr. 80.-
Acompte de frais accessoires	Fr. 0.-	Fr. 179.-
Electricité	Fr. 10.-	Fr. 0.-
Redevance câble et opérateur	Fr. 45.-	Fr. 0.-
Total par mois	Fr. 2070.-	Fr. 2070.-

Motivation précise

Diminution du loyer net à hauteur des nouveaux frais accessoires sortis du loyer :	Fr. 179.-
Introduction d'un nouvel acompte de frais accessoires :	Fr. 179.-
Inclusion du forfait d'électricité :	Fr. 10.-
Inclusion de la redevance TV :	Fr. 45.-

B. Autres modifications du contrat

Imputation des nouveaux frais accessoires précédemment inclus dans le loyer net après décompte séparé conformément à l'annexe séparée avec les détails exacts. La réduction du loyer net correspond au montant des coûts d'exploitation nouvellement exclus. Motif : création d'une plus grande transparence des coûts.

- En juin 2018, les locataires contestent en justice la validité de la modification des frais accessoires et réclament la restitution de CHF 7168.40. La demande est successivement rejetée par les instances cantonales, qui considèrent que la motivation du formulaire officiel était suffisamment claire et la modification n'était donc pas nulle. Les locataires recourent au Tribunal fédéral.
- Le Tribunal fédéral se penche en détail sur la question de la valeur litigieuse. Il rappelle que la valeur à atteindre pour recourir en matière civile s'élève à CHF 15 000.- en droit du bail à loyer (art. 74 al. 1 let. a LTF). Selon l'art. 52 LTF, les divers chefs de conclusions formés dans une affaire pécuniaire par la même partie ou par des consorts sont additionnés, à moins qu'ils ne s'excluent. En l'espèce, les locataires ont conclu premièrement au constat de la nullité de la modification du loyer, deuxièmement au constat que l'introduction de frais accessoires par CHF 179.- n'a pas valablement été convenue, seuls des acomptes de chauffage de CHF 80.- par mois, d'électricité de CHF 10.- et de redevance TV de CHF 40.- l'ayant été, troisièmement au remboursement de CHF 7168.40 plus intérêts à titre de frais accessoires payés en trop. Il n'apparaît pas que l'admission de l'une de ces trois conclusions entraîne nécessairement le rejet des autres. On peut toutefois se demander si ces prétentions sont dépendantes les unes des autres : en demandant de constater que les acomptes de frais accessoires n'ont pas valablement été convenus, les locataires ne réclament pas autre chose que le constat de leur nullité, comme ils le font dans leur première conclusion. Partant, les deux premières conclusions ne doivent pas être additionnées. Il en va différemment de la troisième conclusion, qui porte sur une période différente. En effet, la valeur litigieuse des deux premières conclusions se calcule en fonction de la valeur capitalisée des prestations (art. 51 al. 4 LTF), pour la durée pendant laquelle le bail se poursuit dans le futur, depuis le dépôt de la demande. En revanche, la troisième conclusion porte sur une période différente, à savoir la restitution de frais accessoires payés en trop par le passé. Cette valeur doit dès lors être ajoutée pour le calcul de la valeur litigieuse.
- Selon l'art. 51 al. 4 LTF, si la durée des prestations périodiques est indéterminée ou illimitée, le capital est formé par le montant annuel de la prestation multiplié par vingt. En l'espèce, le montant de CHF 124.- sorti du loyer net et introduit à titre d'acompte de frais accessoires devait prendre effet au 1^{er} juillet 2002. Le loyer mensuel brut demeurait cependant à CHF 2070.-. Une capitalisation à hauteur du montant litigieux s'élèverait à CHF 29 760.- (CHF 124.- × 12 mois × 20 ans). Un tel résultat irait cependant en contradiction avec les circonstances du cas d'espèce, dans la mesure où les locataires devraient aussi payer les CHF 124.-, jusque-là inclus dans le loyer net, si la modification du bail était nulle. Ainsi, la valeur de la capitalisation doit être calculée en fonction de la différence entre les frais accessoires effectivement payés et le montant du

nouvel acompte. Comme cette différence varie d'une année à l'autre, il faut prendre en compte la moyenne des arriérés annuels de frais accessoires allégués par les locataires et utiliser celle-ci pour la capitalisation. En l'occurrence, en tenant compte d'un arriéré moyen de CHF 35.- par mois, soit CHF 420.- par an, on obtient une somme capitalisée de CHF 8400.- (420×20). Si l'on ajoute ce montant à celui de la conclusion en remboursement, de CHF 7168.40, la valeur litigieuse de CHF 15 000.- est tout juste dépassée. Par conséquent, la voie du recours en matière civile est ouverte.

5. Sur le fond, les locataires contestent la validité de la modification du loyer. Selon l'art. 269d al. 2 CO, une hausse de loyer est nulle si elle n'a pas été notifiée par formule officielle, si elle est assortie d'une résiliation ou d'une menace de résiliation ou si les motifs ne sont pas indiqués. Cela vaut également lorsque le bailleur veut apporter d'autres modifications défavorables au locataire, notamment diminuer ses prestations ou introduire de nouveaux frais accessoires (art. 269d al. 3 CO). L'art. 269d CO ne saurait a priori s'appliquer qu'aux modifications contractuelles qui rompent l'équilibre des prestations au détriment du locataire. Il appartient au juge saisi de la procédure de contestation de déterminer si la modification porte préjudice au locataire, dans le cadre de l'examen au fond de l'abus (ATF 125 III 231 c. b, *JdT* 2000 I 194). L'art. 19 OBLF impose au bailleur d'indiquer sur le formulaire officiel les motifs précis justifiant ses prétentions. La motivation est « précise » lorsqu'elle permet au locataire de saisir la portée et la justification de la modification de manière à pouvoir apprécier en pleine connaissance de cause l'opportunité de la contester ou non (ATF 137 III 362 c. 3.2.1 ; 121 III 6 c. 3a). Selon la jurisprudence (ATF 137 III 362 c. 3.2.1 ; 121 III 460 c. 4b), la motivation de la modification est insuffisante lorsqu'elle n'indique pas à quels frais jusque-là inclus dans le loyer correspondent les frais qui seront désormais facturés séparément ; le locataire ne peut se faire une idée de la portée de la modification que s'il a connaissance des montants précédemment dépensés par le bailleur pour les frais qui seront désormais perçus séparément. L'exigence de précision implique non seulement de désigner en détail quels frais accessoires seront à l'avenir facturés directement au locataire, mais aussi de faire apparaître quelle incidence revêt la distraction des frais sur la structure du loyer. On ne saurait renvoyer le locataire à consulter les bases de calcul internes du bailleur, sauf à méconnaître le sens de l'obligation de motiver. En bref, le locataire doit être en mesure de déterminer si le montant du nouvel acompte correspond à des coûts effectifs, respectivement si le loyer va subir une augmentation. Le Tribunal fédéral considère que la modification est nulle non seulement lorsqu'elle n'est pas du tout motivée, mais aussi lorsqu'elle l'est insuffisamment (ATF 142 III 375 c. 3.3 ; 137 III 362

c. 3.2.1 ; 121 III 6 c. 3b). Si la modification est suffisamment motivée, elle n'est pas nulle, mais le locataire garde la possibilité de la contester comme abusive, sur la base des art. 269 s. CO (art. 270b CO).

6. En l'espèce, les locataires prétendent que la motivation n'était pas suffisamment précise. Tel n'est pas l'avis du Tribunal fédéral. Il importe en effet seulement que les locataires puissent savoir à quels frais jusque-là inclus dans le loyer correspondent les frais qui seront désormais facturés de manière distincte, pour se faire une idée de la portée de la modification, en ayant connaissance des montants précédemment dépensés par le bailleur pour les frais qui seront désormais perçus séparément (ATF 137 III 362 c. 2.31). Pour pouvoir faire cette évaluation, le locataire n'a pas besoin de connaître les dépenses qui ont été engagées séparément pour chaque poste individuel, mais seulement qu'il connaisse le montant total. Si le bailleur indique, comme en l'espèce, qu'il réduit le loyer à hauteur du montant des frais accessoires comptabilisés l'année précédente, il satisfait à son obligation de motivation au même titre que le bailleur qui fonde son calcul sur une moyenne pluriannuelle. La question de la neutralité des coûts de la scission peut se poser dans le cadre d'une procédure en contestation de la modification, en invoquant le fait que la scission augmente indirectement le loyer. La doctrine considère alors que, en pareil cas, une moyenne sur plusieurs années doit être prise en compte (BISANG ET AL., art. 269d CO N 69 ; ROHRER, in : *Das schweizerische Mietrecht*, 4^e éd. 2018, art. 269d OR N 76 ; le même, *Nebenkosten - Frais accessoires*, MRA 3/08 p. 108 s. ; WYTENBACH, *Nebenkosten*, in : *Wohn- und Geschäftsraummiète, Handbücher für die Anwaltspraxis*, 2016, p. 278 N 6.70). En l'occurrence toutefois, la question du caractère abusif de la modification n'est pas l'objet de la présente procédure. La bailleresse ayant suffisamment motivé la modification du contrat, les conclusions des locataires doivent être rejetées.

■ Note

7. L'arrêt est intéressant en ce qu'il se penche de manière détaillée sur la question du calcul de la valeur litigieuse lorsque le locataire prétend que la modification du loyer est nulle au regard de la dissociation de certains frais accessoires jusque-là inclus dans le loyer net et demande le remboursement du solde de frais accessoires payé indûment. Le Tribunal fédéral estime à juste titre que le montant du nouvel acompte n'est en pareil cas pas déterminant, dans la mesure où, si la nullité était retenue, le locataire aurait de toute manière payé ce montant alors inclus dans le loyer net. En l'occurrence, le montant de CHF 124.- correspondant à l'augmentation mensuelle de l'acompte n'est donc pas

pertinent, mais celui relatif à la moyenne des soldes de frais effectivement payés par les locataires pour chacun des exercices annuels, à savoir CHF 35.- par mois. Relevons que cette manière de procéder peut s'avérer plus compliquée lorsque la procédure est introduite peu de temps après la modification contestée, aucune moyenne d'arriérés ne pouvant alors être prise en compte. Ici, la procédure a eu lieu plus de quinze ans après la modification contestée, ce qui permettait d'obtenir une moyenne sur plusieurs exercices.

- La seconde leçon à tirer de cet arrêt concerne l'addition des valeurs litigieuses de prétentions qui tendent pour l'une au constat de la nullité de la modification et, pour l'autre, à la restitution des arriérés payés indûment à ce titre. Le Tribunal fédéral relève que les périodes visées ne sont pas les mêmes, la nullité nécessitant de capitaliser pour le futur, la restitution portant quant à elle sur une période passée. Cette solution était déjà retenue en matière de contestation du loyer initial et de restitution du trop-perçu (TF, 25.07.2016, 4A_266/2016, c. 1.2), mais le Tribunal fédéral n'en avait pas précisé les motifs. C'est désormais chose faite.

16

TF 4A_537/2020 (23.02.2021)

Pascal Jeannin

Restitution de la chose louée : fardeau de l'allégation et de la preuve de l'avis des défauts

Convient-il d'appliquer, pour l'avis des défauts lors de la restitution de l'objet loué à la fin du bail, la jurisprudence du Tribunal fédéral relative à la séparation du fardeau de l'allégation et de la preuve en matière d'avis des défauts dans le contrat d'entreprise et de vente ? Question laissée ouverte en l'occurrence.

Art. 8 CC ; 267a CO ; 55 CPC

- Le bailleur A. et la locataire B. ont conclu, le 23 décembre 2013, un bail portant sur une villa de 5,5 pièces pour un loyer net de CHF 5000.- par mois. A l'échéance du bail conclu initialement pour une durée déterminée jusqu'au 31 décembre 2016, les parties l'ont prolongé d'un commun accord de quinze mois, soit jusqu'au 31 mars 2018.
- La locataire a cependant déclaré, le 24 septembre 2017, résilier le bail de manière anticipée pour le 15 décembre 2017 au plus tard. Elle avait quitté la villa le 15 septembre 2017, sans pour autant rendre les clés, mais tout en cessant de verser les loyers dès novembre 2017. Le bailleur, de son côté, exigeait le versement des loyers. Les parties n'ont pas pu se mettre d'accord sur une remise anticipée de la villa.
- La locataire a restitué les clés de la villa au bailleur en date du 26 mars 2018, en expliquant ne pas l'avoir fait auparavant en raison d'importants problèmes de santé. Un état des lieux a été établi le 29 mars 2018 par un huissier judiciaire, en l'absence de la locataire. L'huissier a constaté la présence d'un certain nombre de défauts, que le bailleur a par la suite fait réparer pour un montant total de CHF 23 850.15.
- Le 14 novembre 2018, le bailleur, au bénéfice d'une autorisation de procéder, a saisi le Tribunal des baux et loyers du canton de Genève d'une demande tendant en substance à ce que la locataire soit condamnée à lui payer les loyers de novembre 2017 à mars 2018 et divers autres montants dont CHF 23 850.15, intérêts en sus, à titre de frais de remise en état de la villa. Par jugement du 28 octobre 2019, le Tribunal des baux a admis la demande en ce qui concerne les loyers impayés, mais rejeté les prétentions relatives aux frais de remise en état, à l'exception d'une facture reconnue par la défenderesse ainsi que les frais de remplissage de la citerne à mazout pour un total de CHF 4504.15. Il a jugé ainsi, faute pour le bailleur d'avoir dûment avisé la locataire d'éventuels défauts dont il la tenait pour responsable. Le bailleur n'avait en particulier ni allégué ni a fortiori démontré avoir transmis à la locataire le constat établi par l'huissier judiciaire listant les défauts allégués. La locataire n'avait en outre pas pris part à un état des lieux de sortie au cours duquel d'éventuels défauts auraient pu lui être signalés. Les premières juges ont ainsi constaté que le bailleur n'avait pas avisé la locataire des défauts, raison pour laquelle il devait être débouté de ses conclusions en remboursement des travaux de remise en état. Saisie d'un appel du bailleur, la Chambre des baux et loyers de la Cour de justice l'a rejeté par arrêt du 14 septembre 2020. Le bailleur recourt contre cet arrêt au Tribunal fédéral. Il conclut à la réforme de la décision attaquée en ce sens que la locataire soit condamnée à lui payer la somme de CHF 19 346.-, intérêts en sus, correspondant au solde des frais de remise en état de la chose louée (CHF 23 850.15 – CHF 4504.15).
- Le bailleur invoque que l'instance inférieure aurait violé l'art. 8 CC. A cet égard, il relève que la jurisprudence du Tribunal fédéral relative à l'avis des défauts dans les domaines de la vente et du contrat d'entreprise consacre, en la matière, une séparation des fardeaux de l'allégation objectif et de la preuve. En effet, l'entrepreneur (ou le vendeur) supporte le fardeau de l'allégation objectif de l'absence d'avis des défauts ou de la tardiveté de celui-ci et le maître de l'ouvrage (ou l'acheteur) supporte le fardeau de la preuve de l'un ou

l'autre de ces faits. Selon le recourant, cette jurisprudence doit aussi être appliquée dans le domaine du bail à loyer, lorsque le bailleur fait valoir des prétentions sur la base de l'art. 267a CO. Dans un tel cas, le locataire supporterait le fardeau de l'allégation objective de l'absence d'avis des défauts, tandis que le bailleur supporterait le fardeau de la preuve de ce fait. Soulignant que la maxime des débats était applicable en l'espèce compte tenu de la nature des prétentions élevées et de la valeur litigieuse supérieure à CHF 30 000.-, le bailleur fait grief à la cour cantonale d'avoir retenu, à l'instar de l'autorité de première instance, qu'il n'avait donné aucun avis des défauts, alors même que le locataire n'avait pas allégué l'absence d'avis des défauts (c. 3.2).

6. Le Tribunal fédéral commence par un bref résumé des principes jurisprudentiels au sujet du fardeau de l'allégation et de la preuve en général et du problème du fardeau de l'allégation pour l'avis des défauts dans les contrats d'entreprise et de vente en particulier. Il constate ensuite que le recourant plaide pour la première fois devant lui que les autorités genevoises auraient violé les règles sur le fardeau de l'allégation en retenant qu'aucun avis des défauts n'avait été donné en l'espèce, alors même que l'intimée n'avait pas allégué l'absence d'avis des défauts auparavant. Il considère que le recourant reproche, après coup, aux instances inférieures d'avoir retenu qu'aucun avis des défauts n'avait été effectué alors qu'il n'a pas contesté cette constatation de fait devant l'autorité précédente. Partant, en vertu du principe de l'épuisement des griefs, le Tribunal fédéral n'entre pas en matière sur l'argumentation du bailleur et rejette le recours (c. 3.3 à 3.6).

■ **Note**

7. Cet arrêt soulève une question intéressante : faut-il appliquer au contrat de bail la jurisprudence selon laquelle il y aurait un renversement du fardeau de l'allégation concernant l'avis des défauts dans les contrats d'entreprise et de vente ? Malheureusement, le Tribunal fédéral n'a pas eu l'occasion de se prononcer à ce sujet, pour des questions formelles.
8. Lors de la restitution de la chose louée, le bailleur doit vérifier l'état de la chose et aviser immédiatement le locataire des défauts dont celui-ci répond (art. 267a al. 1 CO). Si le bailleur néglige de le faire, le locataire est en principe déchargé de toute responsabilité (art. 267a al. 2 CO). En vertu de la théorie des normes, développée par le professeur allemand LEO ROSENBERG et applicable en droit suisse pour concrétiser l'art. 8 CC, le fardeau de prouver un fait déterminé incombe à celle des parties à laquelle la présence du fait est favorable (BOHNET/JEANNIN, *Le fardeau de la preuve en droit du bail*, in : Bohnet/Carron [édit.], 19^e séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2016, N 21 ss). Dès lors, le fardeau de la preuve de la vérification de l'état de la chose louée et de l'avis « immédiat » des défauts au locataire incombe au bailleur (*dans ce sens aussi : CPra Bail-AUBERT, art. 267a CO N 3*).
9. Sur ce point, la situation est identique en ce qui concerne la livraison de l'ouvrage dans le contrat d'entreprise : après la livraison de l'ouvrage, le maître de l'ouvrage doit en vérifier l'état aussitôt qu'il le peut d'après la marche habituelle des affaires, et en signaler les défauts à l'entrepreneur, s'il y a lieu (art. 367 al. 1 CO). Dès l'acceptation expresse ou tacite de l'ouvrage par le maître, l'entrepreneur est déchargé de toute responsabilité (art. 370 al. 1 CO). Il en va de même pour le contrat de vente : l'acheteur a l'obligation de vérifier l'état de la chose reçue aussitôt qu'il le peut d'après la marche habituelle des affaires ; s'il découvre des défauts dont le vendeur est garant, il doit l'en aviser sans délai (art. 201 al. 1 CO). Lorsqu'il néglige de le faire, la chose est tenue pour acceptée (art. 201 al. 2 CO). Le fait que l'avis des défauts est intervenu en temps utile (soit, pour les deux contrats, « aussitôt qu'il le peut d'après la marche habituelle des affaires ») est générateur du droit du maître, respectivement de l'acheteur, de sa garantie contre les défauts (ATF 118 II 142 c. 3a). Le fardeau de la preuve pour ce fait incombe donc au maître, respectivement à l'acheteur.
10. Conformément à la maxime des débats, il incombe aux parties d'alléguer les faits sur lesquels elles fondent leurs prétentions (art. 55 al. 1 CPC). Dans son jugement, le tribunal ne pourra pas tenir compte des faits non allégués (CR CPC-HALDY, art. 55 CPC N 3 et les réf.). En principe, ce fardeau de l'allégation suit celui de la preuve. C'est déjà le constat de ROSENBERG dans son ouvrage relatif au fardeau de la preuve (*Die Beweislast, 5^e éd., Munich 1965, p. 49 s.*). Il incomberait donc aux parties d'alléguer les faits pour lesquels elles supportent le fardeau de la preuve, sous peine de ne pas voir admises les preuves pour lesdits faits. En l'occurrence, cela signifierait que le fardeau de l'allégation que l'avis des défauts est intervenu à temps incomberait à l'acheteur dans le contrat de vente, au bailleur dans le contrat de bail et au maître de l'ouvrage dans le contrat d'entreprise.
11. Toutefois, la jurisprudence du Tribunal fédéral, inaugurée par l'ATF 107 II 50, c. 2a, poursuivie par l'ATF 118 II 142 c. 3a, et confirmée encore récemment (TF, 29.01.2019, 4A_288/2018, c. 6.1.2 ; 22.02.2018, 4A_388/2017, c. 5.1 ; 30.11.2017, 4A_405/2017, c. 3.3) prévoit qu'il incombe à l'entrepreneur, respectivement au vendeur, d'alléguer « l'acceptation de l'ouvrage découlant de la tardiveté de l'avis des défauts ». Cette

jurisprudence implique donc une séparation des fardeaux de l'allégation et de la preuve. L'entrepreneur (ou le vendeur) supporte le fardeau de l'allégation objectif de l'absence d'avis des défauts ou de la tardiveté de celui-ci, mais le maître de l'ouvrage (ou l'acheteur) supporte le fardeau de la preuve de l'un ou l'autre de ces faits (TF, 29.01.2019, 4A_288/2018, c. 6.1.2 et les réf.). Autrement dit, le maître ou l'acheteur n'a pas besoin d'alléguer, ni, dans un premier temps, de prouver qu'il a notifié un avis des défauts et cela en temps utile. C'est uniquement lorsque l'entrepreneur ou le vendeur allègue qu'aucun avis de défauts ne lui aurait été notifié, ou qu'il l'aurait été « trop tard », que le maître ou l'acheteur devra prouver que tel est néanmoins le cas. Notons que cette jurisprudence est très critiquée par une partie de la doctrine (pour un résumé des positions, cf. HOHL, *L'avis des défauts de l'ouvrage : fardeau de la preuve et fardeau de l'allégation*, RFJ 1994, p. 257).

12. Bien qu'il répète constamment sa position dans les arrêts topiques, le Tribunal fédéral n'explique pas les raisons pour lesquelles il a procédé à cette séparation du fardeau de l'allégation et du fardeau de la preuve sur ce point dans les contrats de vente et d'entreprise, séparation qu'il qualifie lui-même d'« inusuelle » (TF, 29.01.2019, 4A_288/2018, c. 6.1.2 et les réf.). Il y a lieu de penser que le Tribunal fédéral voulait accorder au maître, respectivement à l'acheteur, un allègement de la preuve. La consécration des prétentions découlant d'un défaut est en effet semée d'embûches pour le maître ou l'acheteur. Celui-ci doit procéder à une vérification de l'ouvrage ainsi qu'à un avis de défauts dans des délais très brefs ; l'avis des défauts doit en outre être motivé. GAUCH note à ce sujet que « dans la pratique, la réglementation légale sur la vérification et l'avis des défauts joue trop souvent le rôle d'un véritable « piège de péremption », ce qui est carrément choquant vis-à-vis des non-commerçants » (GAUCH, *Le contrat d'entreprise, adaptation française par Benoît Carron, Zurich 1999, N 2175*). Il plaide de ce fait même pour un renversement du fardeau de la preuve (GAUCH, *op. cit.*, N 2177). HOHL relève également plusieurs difficultés de preuve en ce qui concerne l'avis des défauts (HOHL, *op. cit.*, p. 254 ss).

13. Selon nous, la problématique diffère pour la restitution de la chose louée à la fin du bail. La plupart du temps, cette restitution se fait lors d'un état des lieux auquel les deux parties sont présentes. Les défauts sont notifiés immédiatement au locataire. Même si un tel état des lieux n'a pas lieu – comme dans l'arrêt ici commenté – on ne peut pas parler d'un problème pratique récurrent que le bailleur perde ses droits en remise en l'état. De toute manière, une différence importante distingue le retour de la chose louée au bailleur de la livraison de la chose vendue ou de l'ouvrage : alors

que l'acheteur, respectivement le maître de l'ouvrage, voit en principe pour la première fois physiquement la chose vendue ou l'ouvrage au moment de sa livraison, le bailleur connaît déjà l'objet du bail lorsqu'il lui est restitué. Il est donc nettement moins exigeant pour lui de procéder à une vérification et de chercher d'éventuels défauts dans un délai restreint qu'il ne l'est pour l'acheteur ou pour le maître de l'ouvrage. Partant, il n'existe à notre sens aucun *besoin* d'alléger le fardeau de la preuve du bailleur sur ce point – que ce soit par une répartition différente du fardeau de l'allégation ou une autre mesure. Il conviendrait donc de se tenir au principe, selon lequel la répartition du fardeau de l'allégation suit celui du fardeau de la preuve. Le bailleur supporterait donc également le fardeau de l'allégation de la notification – dans les délais – de l'avis concernant des défauts découverts lors de la restitution de l'objet loué.

17

TF 4A_609/2020 (26.03.2021)

Aurélie Gandoy

Expulsion par la voie du cas clair et obligation de restitution de la partie locataire ayant déjà quitté le logement

Admission de la protection pour les cas clairs lorsque l'interprétation du contenu de la résiliation aboutit au fait que son résultat est clair. La partie locataire ne vivant plus dans les locaux reste débitrice de la restitution de sorte que sa qualité pour défendre doit être admise.

Art. 257 CPC et 267 CO

1. Par contrat de bail du 11 août 2000, la famille A. a loué un appartement aux époux B. Suite à un partage successoral, A. est devenu l'unique propriétaire et bailleur du bien loué. Les époux B. se sont séparés et la locataire 2 (ci-après : intimée 2) a quitté le logement le 3 avril 2019 en remettant ses clés au locataire 1 (ci-après : intimé 1).
2. En date du 5 novembre 2018, le bailleur a résilié le bail par courrier recommandé et au moyen de la formule officielle pour le 31 mars 2019 en invoquant des nuisances nocturnes persistantes malgré divers avertissements écrits et oraux. Le bailleur a agi en expulsion par la voie du cas clair. Suite à un recours des locataires, le Tribunal cantonal de Zurich a considéré que la résiliation n'était pas valable, au motif que la date de la résiliation ne figurait pas dans la formule officielle mais uniquement dans le courrier d'accompagnement. Dans

- la foulée, le bailleur a réitéré la résiliation par recommandé du 26 août 2019 en renvoyant explicitement à sa résiliation du 5 novembre 2018. La résiliation a été notifiée à l'épouse en date du 27 août 2019 et à l'époux en date du 14 septembre 2019 pour le 31 mars 2020.
3. Le 14 octobre 2019, le bailleur a résilié le bail pour le 30 novembre 2019 en raison de la demeure dans le paiement du loyer. Le locataire 1 a contesté cette résiliation.
 4. Par demande du 3 avril 2020, le bailleur a agi en expulsion par la voie du cas clair. Aussi bien le locataire 1 que le locataire 2 ont contesté la demande d'expulsion. Si le Tribunal de première instance a admis l'expulsion, le recours interjeté séparément par les locataires 1 et 2 a été admis par l'autorité de recours et la demande d'expulsion a été rejetée. Le bailleur a formé un recours au Tribunal fédéral contre ce jugement. Le Tribunal fédéral a admis le recours du bailleur.
 5. La protection dans les cas clairs selon l'art. 257 CPC suppose que l'état de fait ne soit pas litigieux ou soit susceptible d'être immédiatement prouvé (art. 257 al. 1 let. a CPC) et que la situation juridique soit claire (art. 257 al. 1 let. b CPC). Si ces conditions ne sont pas remplies, le tribunal n'entre pas en matière sur la requête. La condition de l'art. 257 al. 1 let. b CPC n'est pas satisfaite si le tribunal doit exercer son pouvoir d'appréciation pour appliquer une disposition ou s'il doit rendre une décision en équité.
 6. La question litigieuse et préliminaire porte sur la validité et la qualification de la résiliation du 26 août 2019. L'instance inférieure a considéré que la question de savoir s'il s'agissait d'une résiliation ordinaire ou extraordinaire pouvait rester ouverte puisque dans les deux cas, le résultat de l'interprétation à cet égard ne pouvait pas être considéré comme clair au sens de l'art. 257 CPC. Le recourant conteste l'interprétation de l'instance précédente au motif qu'il était clair que la résiliation du 26 août 2019 avec effet au 31 mars 2020 était une résiliation ordinaire. Pour sa part, la partie intimée 2 invoque que puisque la résiliation nécessite une interprétation, les conditions de l'art. 257 CPC ne sont pas remplies.
 7. La résiliation est une manifestation unilatérale de volonté à laquelle l'art. 18 CO est applicable par analogie (*ATF 115 II 323 c. 2b*; *121 III 6 c. 3c*; *TF, 23.05.2018, 4A_633/2017, c. 2.3*; *16.10.2017, 4A_321/2017, c. 4*). Ainsi, le contenu de la manifestation unilatérale est principalement déterminé par l'intention réelle de la personne dont elle émane si la personne destinataire l'a effectivement reconnu (*TF, 23.05.2018, 4A_633/2017, c. 2.3*; *16.10.2017, 4A_321/2017, c. 4.3*). Si cette volonté réelle ne peut être établie, la manifestation de volonté doit être interprétée conformément au principe de la confiance, telle qu'elle pouvait et devait être comprise par la personne destinataire, et ce en fonction de son libellé, de son contexte ainsi que de l'ensemble des circonstances. L'interprétation selon le principe de la confiance est une question de droit de sorte que le Tribunal fédéral est lié par les constatations de la dernière instance cantonale sur les circonstances extérieures ainsi que sur la connaissance et la volonté des parties impliquées (*cf. ATF 144 III 93 c. 5.2.3*; *133 III 61 c. 2.2.1*).
 8. Conformément à la jurisprudence, une situation juridique n'est pas claire lorsque l'application d'une norme fait appel au pouvoir d'interprétation ou de décision en équité du tribunal selon l'ensemble des circonstances. Tel est notamment le cas d'une appréciation selon le principe de la bonne foi (*ATF 141 III 23 c. 3.2*; *138 III 123 c. 2.1.2*; *TF, 30.10.2012, 4A_273/2012, c. 5.1.2*). Un cas clair ne doit toutefois pas systématiquement être nié d'un point de vue juridique lorsqu'un contrat doit être interprété selon le principe de la confiance. En effet, lorsque le contenu d'une disposition contractuelle est clair et sans ambiguïté en application du principe de confiance, le tribunal n'est pas empêché d'affirmer le droit clair fondé sur l'art. 257 CPC (*TF, 15.06.2017, 4A_185/2017, c. 5.4*). Ce qui précède s'applique également à l'interprétation des manifestations de volonté unilatérales.
 9. Dans le cas d'espèce, l'instance précédente s'est fondée sur la qualification de la première résiliation nulle du 5 novembre 2018 en retenant qu'il s'agissait d'une résiliation extraordinaire. En l'occurrence, bien que le délai de congé de l'art. 257f al. 3 CO soit un délai minimum, une prolongation significative de ce délai ne peut être admise sans qu'on retienne que la poursuite des relations contractuelles était tolérable (*TF, 10.11.2016, 4A_347/2016, c. 3.1.2*). A cet égard, les motifs de la résiliation n'y changent rien. Ainsi, bien que le bailleur ait résilié les rapports de bail en invoquant les nuisances nocturnes et ait donné un ultime avertissement aux parties locataires, on ne saurait en déduire qu'il entendait nécessairement résilier le bail de manière extraordinaire. Il était ainsi libre de procéder à une résiliation ordinaire. Ainsi, compte tenu du long délai de congé et du respect du terme de congé ordinaire, les intimés devaient de bonne foi comprendre qu'il s'agissait d'une résiliation ordinaire et non extraordinaire, et ce d'autant plus que le bailleur précisait dans sa résiliation qu'il n'avait pas d'autre choix que de résilier le contrat dans le respect des délais et termes convenus.
 10. Par conséquent, l'interprétation selon le principe de la confiance ne nécessitait pas l'interrogatoire des parties, contrairement à ce qu'invoquait l'intimée 2. L'autorité inférieure a donc violé le droit fédéral en

retenant que la qualification litigieuse de la résiliation n'était pas claire au sens de l'art. 257 CPC. La résiliation litigieuse était en effet clairement une résiliation ordinaire.

11. Une autre question litigieuse porte sur la question de savoir si la requête d'expulsion devait également être intentée à l'encontre de l'intimée 2 ou si cette dernière n'avait pas la qualité pour défendre.
12. Selon l'instance précédente, le recourant pouvait fonder sa demande d'expulsion soit sur son droit de propriété au sens de l'art. 641 al. 2 CC au moyen de l'action en revendication, soit sur la base de sa prétention contractuelle en restitution en application de l'art. 267 CO. En l'absence de possession directe de la chose par l'intimée 2, celle-ci n'avait pas la qualité pour défendre dans le cadre d'une action en revendication. S'agissant de l'action contractuelle fondée sur l'art. 267 CO, l'autorité précédente a retenu que l'intimée 2 ayant restitué les clés à l'intimé 1, elle se trouvait dans l'impossibilité subjective subséquente de restituer la chose louée. En effet, elle a retenu que la possibilité que la vie commune entre les locataires reprenne était trop abstraite. Compte tenu de cette impossibilité, l'instance précédente a nié la qualité pour défendre de l'intimée 2. Elle a en outre considéré que l'intimée 2 ne pourrait – sans abus de droit – invoquer qu'un jugement d'expulsion contre l'intimé 1 ne lui était pas imposable.
13. Le recourant considère que l'obligation de restitution de l'intimée 2 demeure valable malgré son déménagement et qu'il lui incombait d'obtenir une décision effectivement exécutoire à son encontre.
14. Les arguments du recourant sont admis par le Tribunal fédéral. D'abord, même si la reprise d'une cohabitation n'apparaissait pas probable, elle ne pouvait être exclue. Ensuite, l'exécution forcée d'une décision ne peut intervenir qu'à l'encontre de personnes mentionnées dans la décision d'expulsion. Si cette décision ne mentionne que l'intimé 1, il existe un risque que l'intimée 2 emménage dans l'appartement litigieux et ne puisse être expulsée. Enfin, il n'est pas non plus évident que l'intimée 2 ne pouvait pas contribuer à la restitution des locaux. C'est donc à juste titre que le recourant a agi en expulsion aussi bien à l'encontre de la partie locataire vivant dans l'appartement litigieux que contre celle ayant d'ores et déjà quitté le logement.

■ **Note**

15. Le Tribunal fédéral traite deux questions. Il examine en premier lieu l'admission d'une requête d'expulsion en procédure sommaire par la voie du cas clair lorsque la validité et la qualification de la résiliation sont liti-

gieuses (1°). En second lieu, il examine la qualité pour défendre d'une partie locataire ayant quitté les locaux mais étant toujours partie au contrat de bail (2°).

1° Protection dans les cas clairs

16. Notre Haute Cour rappelle utilement que la protection des cas clairs en vertu de l'art. 257 CPC suppose d'une part que l'état de fait ne soit pas litigieux ou soit susceptible d'être immédiatement prouvé (art. 257 al. 1 let. a CPC) et d'autre part que la situation juridique soit claire (art. 257 al. 1 let. b CPC). Si ces conditions ne sont pas remplies, le tribunal n'entre pas en matière sur la requête (*ATF 140 III 315 c. 5*). La condition de l'art. 257 al. 1 let. b CPC n'est pas satisfaite si le tribunal doit exercer son pouvoir d'appréciation pour appliquer une disposition ou s'il doit rendre une décision en équité.
17. Le Tribunal fédéral a d'ores et déjà eu l'occasion de préciser que la protection du cas clair n'est pas exclue à chaque fois qu'une partie invoque un abus de droit ou la violation du principe de la bonne foi (*TF, 15.04.2019, 4A_25/2019, c. 3*).
18. Dans le cadre d'une procédure en expulsion, la protection du cas clair n'est accordée que si le bail a été valablement résilié. Si ce point est contesté, le tribunal doit examiner cette question à titre préjudiciel (*ATF 142 III 515 c. 2.2.4*).
19. La résiliation est une manifestation de volonté unilatérale. Elle s'interprète par analogie en vertu de l'art. 18 CO. Ainsi, le Tribunal doit d'abord établir la volonté réelle de la personne dont cette manifestation de volonté émane, pour autant que la personne destinataire l'ait reconnue. S'il n'y parvient pas, le tribunal doit ensuite interpréter la manifestation de volonté conformément au principe de la confiance telle qu'elle pouvait et devait être comprise par la personne destinataire. Le Tribunal tient compte du libellé de la manifestation, de son contexte et de l'ensemble des circonstances.
20. Le fait que le tribunal doive recourir à une telle interprétation ne signifie pas que la situation juridique n'est pas claire et que la condition de l'art. 257 al. 1 let. b CPC n'est pas remplie. En effet, si le tribunal, en interprétant la manifestation de volonté selon le principe de la confiance, arrive à la conclusion que son contenu est clair et sans ambiguïté, la protection dans les cas clairs est susceptible d'être accordée.
21. Dans le cas d'espèce, le Tribunal fédéral retient que le bailleur était libre de choisir entre une résiliation ordinaire ou extraordinaire compte tenu des nuisances sonores. Le bailleur ayant prévu un long délai de congé

et le respect du terme du congé ordinaire, les intimés devaient de bonne foi comprendre qu'il s'agissait d'une résiliation ordinaire. La qualification de la résiliation étant claire, la protection du cas clair doit être admise.

22. La solution retenue par le Tribunal fédéral dans cet arrêt est conforme à sa jurisprudence en matière d'admission de la protection des cas clairs et doit être approuvée.

2° Qualité pour défendre

23. Le Tribunal fédéral considère que l'instance précédente a, à tort, nié la qualité pour défendre de l'intimée 2. En effet, le fait que celle-ci ait restitué les clés à l'intimé 1 et ne vive plus dans le logement litigieux ne l'empêche pas de participer à la restitution de la chose louée. Par ailleurs, un jugement d'expulsion uniquement à l'encontre de l'intimé 1 ne peut être exécuté à l'encontre de l'intimée 2.

24. Les développements du Tribunal fédéral et de l'instance précédente permettent de rappeler certains fondements de l'obligation de restitution de la partie locataire et les moyens à disposition de la partie bailleuse en vue de l'expulsion.

25. La partie bailleuse peut fonder sa prétention en restitution, et par conséquent l'expulsion de la partie locataire soit sur la base des droits réels par le biais d'une action pétitoire ou possessoire, soit sur la base de la relation contractuelle.

26. **Prétention pétitoire.** La partie bailleuse propriétaire de la chose louée peut requérir sa restitution au moyen de l'action en revendication (art. 641 al. 2 CC). Ce moyen lui permet d'exiger la restitution non seulement de la partie locataire, mais également de toute personne se trouvant dans les locaux, indépendamment de l'existence d'un rapport contractuel avec cette dernière (*BACHOFNER, Die Mieterausweisung – Rechtsschutz in klaren und in weniger klaren Fällen, thèse Bâle, Zurich/Saint-Gall 2019, N 90; BOHNET/CONOD, La fin du bail et l'expulsion du locataire, in : Bohnet/Carron (édit.), 18^e séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2014, N 113*).

27. **Prétention possessoire.** La partie bailleuse peut également agir sur la base d'une action possessoire en réintégrande (927 al. 1 CC). Toutefois, l'action possessoire n'est envisageable qu'en cas d'usurpation de la chose. Ainsi, la partie bailleuse ne peut s'en prévaloir à l'encontre de la partie locataire, même après la fin du bail, puisque l'usage de la chose louée lui a été volontairement cédé au début du bail. La réintégrande n'est dès lors efficace qu'à l'encontre d'une tierce personne

à qui la chose n'a pas été remise volontairement (*TF, 15.07.2019, 5A_63/2019, c. 5.2.1; not. BOHNET/CONOD, op. cit., N 112; DUCROT, La procédure d'expulsion du locataire ou du fermier non agricole : quelques législations cantonales au regard du droit fédéral, thèse Genève, Genève/Zurich/Bâle 2005, p. 56*).

28. **Prétention contractuelle.** La partie bailleuse peut faire valoir sa prétention à la restitution de la chose louée et dès lors requérir l'expulsion sur la base du contrat la liant à la partie locataire (art. 267 CO).

29. Si les prétentions pétitoires et possessoires sont conditionnées à la possession de la chose louée par la partie défenderesse, tel n'est pas le cas de la prétention contractuelle.

30. L'obligation de restitution de la chose louée au terme du bail est une prestation indivisible (art. 267 CO en lien avec l'art. 70 CO) (*BACHOFNER, op. cit., N 296*). Ainsi, lorsque le bail est conclu avec une pluralité de parties locataires, chacune d'elles doit restituer la chose dans son ensemble au terme du bail. Les parties locataires ne forment par ailleurs pas de consorcié passive nécessaire (*not. TF, 03.08.2017, 4A_689/2016, c. 4.1; BACHOFNER, op. cit., N 297; DIETSCHY-MARTENET, Bail à loyer et procédure civile, Bâle 2018, N 145*). Cela signifie que la partie bailleuse peut introduire la procédure d'expulsion contre une seule des parties locataires sans que sa demande ne soit considérée comme irrecevable à défaut de légitimation passive (*BOHNET/CONOD, op. cit., N 149; DIETSCHY-MARTENET, op. cit., N 146*). Toutefois, la doctrine admet que si la demande d'expulsion n'est dirigée que contre une des parties locataires, le jugement ne vaudra qu'à son encontre. Ainsi, la partie bailleuse prendra garde à agir contre toutes les parties locataires encore dans le logement, puisque le jugement ne sera applicable qu'envers les parties ayant pris part à la procédure (*BOHNET/CONOD, op. cit., N 149; DIETSCHY-MARTENET, op. cit., N 146*).

31. Toutefois, comme le confirme le Tribunal dans cet arrêt, la partie bailleuse peut agir contre l'ensemble des parties locataires, même si certaines d'entre elles ne vivent plus dans le logement litigieux. D'une part, leur retour dans l'appartement ne peut être exclu, d'autre part, elles peuvent contribuer à la restitution de la chose louée sans y vivre.

32. A cet égard, il convient de souligner que la partie locataire qui ne vit plus dans le logement demeure solidairement responsable de la bonne restitution de la chose louée au sens de l'art. 267 CO et ainsi d'une éventuelle indemnisation de la partie bailleuse pour occupation illicite des locaux ou pour des défauts de la chose à sa restitution (*TF, 02.06.2009, 4A_125/2009, c. 3.2; DIETSCHY, Les colodataires de baux d'habitation ou de*

locaux commerciaux, in : Bohnet/Carron (édit.), 19^e séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2016, N 23).

33. Ainsi, c'est à juste titre que le Tribunal fédéral admet la qualité pour défendre d'une partie locataire ne vivant plus dans les locaux au motif que celle-ci peut influencer la restitution de la chose. En effet, non seulement elle peut et doit participer à la bonne restitution de la chose louée, mais elle est au surplus solidairement responsable de cette bonne restitution quant à l'état de la chose louée ainsi que de l'indemnité pour occupation illicite. On ne saurait au surplus attendre de la partie bailleuse qu'elle supporte le risque d'obtenir un jugement exécutoire qu'à l'encontre d'une partie des locataires.

18

TF 4A_67/2021 (08.04.2021)

Marie-Laure Percassi

Maxime inquisitoire sociale, principe d'imputation et adresse de notification

Portée de la maxime inquisitoire sociale en cas de représentation par un-e avocat-e. Notification à l'adresse de l'objet loué lorsque les locataires n'y habitent pas.

Art. 273 CO ; 247 al. 2 let. a CPC ; 2 CC

1. C. Sàrl (bailleuse et intimée) loue un appartement de 6 pièces à Genève à A. et B. (locataires et recourants). A., B. et leurs enfants ont habité dans ce logement jusqu'en 2014, année durant laquelle ils se sont installés aux Etats-Unis. Ils n'ont pas résilié le bail et ont continué à payer le loyer.
2. Par avis de résiliation du 2 juillet 2018, la bailleuse a résilié le bail pour le 31 mai 2019, indiquant qu'il apparaissait que l'appartement était soit inoccupé, soit sous-loué, en raison de l'absence des locataires du canton de Genève depuis plus de quatre ans. Les avis de résiliation au nom de B. et A. ont été envoyés par plis recommandés à l'adresse de l'objet loué. B. et A. n'ont pas réceptionné les plis et ne les ont pas retirés à l'office de la poste. Les avis de résiliation ont été également expédiés sous pli simple et par courrier électronique.
3. Par requête formée le 6 août 2018, A. et B. ont conclu à l'annulation du congé et, subsidiairement, ont sollicité une prolongation de bail. Suite à l'échec de la conciliation du 27 août 2019, l'affaire a été portée le 25 septembre 2019 devant le Tribunal des baux du canton de

Genève. Celui-ci a déclaré la demande irrecevable pour cause de tardiveté. Il a retenu que la résiliation de bail avait été reçue par les locataires le 4 juillet 2018. Le délai pour contester la résiliation (art. 273 al. 1 CO) étant venu à échéance le 3 août 2018, la requête de conciliation déposée le 6 août 2018 était tardive.

4. Sur appel, la Cour de justice du canton de Genève a confirmé le jugement de première instance. Elle a jugé que la bailleuse avait valablement notifié la résiliation du bail à l'adresse de l'objet loué. A défaut d'autres adresses communiquées par les locataires, la bailleuse n'a pas adopté un comportement contraire à la bonne foi en envoyant le congé par pli recommandé à l'adresse genevoise des locataires, seul moyen lui permettant de prouver la notification. Dans ces circonstances, la Cour de justice a confirmé le raisonnement du tribunal de première instance quant à la date de la notification du congé et la tardiveté de la requête de conciliation.
5. Devant le Tribunal fédéral, les recourants se plaignent tout d'abord d'une violation de la maxime inquisitoire sociale (art. 247 al. 2 let. a CPC). Ils soutiennent que la Cour de justice n'a pas respecté cette maxime en retenant, faute d'allégation à ce sujet, que les locataires n'avaient pas communiqué à la bailleuse leur adresse à l'étranger (c. 4). Le Tribunal fédéral rappelle que lorsque la maxime inquisitoire sociale s'applique, « les parties doivent recueillir elles-mêmes les éléments du procès. Le tribunal ne leur vient en aide que par des questions adéquates afin que les allégations nécessaires et les moyens de preuve correspondants soient précisément énumérés, mais il ne se livre à aucune investigation de sa propre initiative ». Il souligne également que le tribunal peut et doit faire preuve de retenue en cas de représentation par un-e avocat-e, et que les faits non allégués n'ont pas à être pris en compte dans la maxime inquisitoire sociale (c. 4.1). En l'espèce, les recourants étaient représentés par un avocat et n'ont pas allégué avoir communiqué leur adresse aux Etats-Unis à la bailleuse. Dans ces circonstances, la maxime inquisitoire sociale ne commandait aucune intervention du tribunal (c. 4.2).
6. Dans un deuxième grief, les recourants se plaignent d'une violation des art. 271 et 273 al. 1 CO et de l'art. 2 CC. Ils soutiennent que la bailleuse savait qu'ils habitaient aux Etats-Unis, et qu'elle a notifié le congé à leur adresse en Suisse dans le seul but de les empêcher de contester la résiliation. Ce comportement contraire aux règles de la bonne foi justifierait une exception à la théorie de la réception absolue (c. 5). Le Tribunal fédéral mentionne qu'en principe, le congé est notifié valablement lorsqu'il est envoyé à l'adresse de correspondance indiquée dans le contrat de bail, qui est en général l'adresse de l'objet loué s'agissant d'un

bail d'habitation. Il relève toutefois qu'en cas d'absence de longue durée du locataire, « le bailleur qui sait que le locataire n'est pas atteignable à l'adresse du bail mais à une autre adresse de notification et que cette adresse lui a été communiquée par le locataire, comme en règle générale un abus de droit (art. 2 al. 2 CC) s'il se prévaut néanmoins d'une notification à l'adresse du bail » (c. 5.2). Dans le cas présent, le Tribunal fédéral rejette cet argument, car celui-ci se fonde sur un fait qui ne ressort pas de l'arrêt attaqué (cf. art. 105 al. 1 LTF) – à savoir la connaissance par la bailleuse de l'adresse américaine des locataires. Dans ces circonstances, la cour cantonale n'a pas violé le droit fédéral en considérant l'action en contestation des recourants comme tardive (c. 5.3).

■ **Note**

7. L'arrêt résumé ci-dessus est intéressant à deux égards.
8. Premièrement, le Tribunal fédéral rappelle que, même si la maxime inquisitoire sociale s'applique, le tribunal n'est pas tenu de venir en aide aux parties pour les aider à compléter leurs allégués de fait et leurs offres de preuve si elles sont représentées professionnellement. Il souligne que « [l]orsque les parties sont représentées par un avocat, le tribunal peut et doit faire preuve de retenue, comme dans un procès soumis à la procédure ordinaire » (c. 4.1.1). Cette jurisprudence, qui existait déjà sous l'empire de l'art. 274d al. 3 CO (voir par exemple TF, 11.02.2014, 4A_397/2013, c. 4.4), est bien établie (voir notamment ATF 141 III 569 c. 2.3.1 et 2.3.2; TF, 08.10.2018, 5A_636/2018, c. 3.3.2; 11.01.2016, 4A_476/2015, c. 3).
9. Dans le cas d'espèce, c'est vraisemblablement l'avocat représentant les locataires qui a rédigé et signé les actes de procédure et qui a donc omis de mentionner que la bailleuse avait connaissance de l'adresse des locataires aux Etats-Unis. Dans ce cas, le comportement de l'avocat (et donc également ses omissions) est imputé aux parties. Autrement dit, c'est comme si les parties avaient personnellement agi. Elles ne peuvent donc pas se prévaloir du fait qu'elles-mêmes n'ont pas commis d'erreur dans la procédure.
10. Le principe d'imputation découle de la représentation volontaire au sens du droit des obligations et s'applique également en procédure (voir TF, 27.04.2018, 4A_124/2018, c. 2.2 et note de PERCASSI in: RSPC 2018 p. 407). Un auteur, LIENHARD, considère cependant que ce principe ne devrait pas trouver application en maxime inquisitoire sociale lorsque celle-ci a pour but de protéger la partie socialement faible (LIENHARD, *Die materielle Prozessleitung der Schweizerischen Zivilprozessordnung*, thèse Zurich, Zurich/Saint-Gall 2013, N 536). Le tribunal ne devrait donc pas intervenir de manière limitée en présence d'une partie représentée par un-e avocat-e dans cette hypothèse (LIENHARD, *op. cit.*, N 538). Le Tribunal fédéral a mentionné l'opinion de LIENHARD dans un arrêt de 2016, mais n'a pas pris position à ce sujet (TF, 20.04.2017, 4A_676/2016, c. 2.3). Il est toutefois peu probable que notre Haute Cour suive l'avis de cet auteur: la seule exception à l'application du principe d'imputation en procédure a été limitée par le Tribunal fédéral aux cas de défense obligatoire en droit pénal (ATF 143 I 284). Autrement dit, en l'état, la jurisprudence fédérale n'admet aucune exception à ce principe en procédure civile.
11. Deuxièmement, l'arrêt examine le cas dans lequel la partie bailleuse notifie un congé à l'adresse du bail alors qu'elle sait que la partie locataire n'y est pas atteignable et qu'une autre adresse lui a été communiquée. Le Tribunal fédéral est affirmatif à cet égard: il retient comme *règle générale* que, dans une telle situation, la partie bailleuse n'est pas de bonne foi et que le congé n'est pas valablement notifié.
12. Comme le rappelle l'arrêt commenté, la partie locataire doit alléguer et prouver que la partie bailleuse avait connaissance de son autre adresse de correspondance. Dans ces circonstances, la partie locataire qui s'absente pendant une longue période a tout intérêt à transmettre l'adresse à laquelle elle peut être atteinte par écrit à la partie bailleuse. Elle devrait de préférence le faire contre accusé de réception, afin de pouvoir démontrer que l'information est bien parvenue à la partie bailleuse.

19

TF 4A_183/2020 (06.05.2021) destiné à la publication

Pascal Jeannin

Fardeau de la preuve pour la contestation du loyer initial d'un immeuble ancien

En cas de contestation du loyer initial d'un immeuble ancien, il existe une présomption de fait que le loyer est abusif s'il y a une augmentation massive par rapport au loyer précédent. Il ne s'agit toutefois pas d'un renversement du fardeau de la preuve: le fardeau du caractère abusif du loyer initial incombe toujours au locataire. Une augmentation de 44% est considérée comme « massive » dans ce sens, alors qu'une augmentation de 10% n'est pas suffisante (précision de l'ATF 139 III 13). Le fait que le bail précédent ait été de longue durée, soit de 15 à 20 ans, ne permet pas de rendre d'emblée inapplicable la



présomption, mais il s'agit d'un indice par lequel le bailleur peut contribuer à la renverser.

Art. 269a let. a, 270 CO ; 11 OBLF

1. Par contrat de bail du 30 mars respectivement 4 avril 2017, A. a donné à bail à B., à compter du 16 avril 2017, un appartement de 2 pièces au 4^e étage d'un immeuble situé en ville de Zurich. Le loyer net convenu était de CHF 1060.- par mois, avec, en sus, un montant de CHF 55.- à titre de frais de chauffage et d'eau chaude ainsi que de CHF 110.- à titre de frais d'exploitation. Le 30 mars 2017, la bailleuse avait notifié à la locataire le formulaire de notification du loyer initial. Il en ressort que le loyer net du locataire précédent s'élevait à CHF 738.-, les montants des acomptes ayant été identiques. La bailleuse a indiqué comme motif de majoration du loyer une « adaptation aux loyers usuels de la localité et du quartier » (En fait, A.).
2. Le 2 mai 2017, la locataire a saisi l'autorité de conciliation du district de Zurich et a conclu à la constatation du caractère abusif du loyer initial. L'autorité a soumis aux parties une proposition de jugement, que la bailleuse a cependant contestée. Elle a dès lors agi le 14 septembre 2017 devant le Tribunal des baux du canton de Zurich et a conclu à la constatation du caractère non abusif du loyer net de CHF 1060.- pour l'objet loué, subsidiairement à la fixation judiciaire du loyer, le tout avec suite de frais judiciaires et dépens. A l'appui de sa demande, la bailleuse a déposé une expertise privée du Prof. Dr. C. de la Haute-école de X. et a indiqué 23 appartements dont, selon elle, la situation, la taille, l'année de construction, l'équipement et l'état étaient comparables à l'objet loué. Le loyer net de tous ces objets était plus élevé. La locataire a contesté le caractère comparable des objets indiqués par la bailleuse. Par jugement du 26 août 2019, le tribunal des baux du canton de Zurich a déclaré abusif le loyer net de CHF 1060.- et l'a réduit de manière rétroactive, à compter du début du bail, à CHF 855.- par mois. Par arrêt du 2 mars 2020, le Tribunal suprême du canton de Zurich a rejeté un appel interjeté par la bailleuse contre ce jugement (En fait, B.).
3. Par recours du 27 avril 2020, la bailleuse a saisi le Tribunal fédéral et a conclu à ce que le loyer initial net mensuel de CHF 1060.- soit déclaré non abusif et subsidiairement à ce que l'arrêt contesté soit annulé et l'affaire renvoyée à l'instance inférieure pour jugement au sens des considérants. La locataire a conclu au rejet du recours avec suite de frais judiciaires et dépens (En fait, C.).
4. Après examen des conditions de recevabilité (c. 1 et 2), le Tribunal fédéral constate que l'immeuble dans lequel se trouve l'objet loué a été construit en 1933

et acquis par la bailleuse en 1948. Sa qualification d'« immeuble ancien » ne fait donc aucun doute. Dès lors, en vertu de la jurisprudence du Tribunal fédéral, le critère des loyers usuels dans la localité ou dans le quartier au sens de l'art. 269a let. a CO est applicable pour déterminer si le loyer initial est, en l'occurrence, abusif ou non. Selon l'art. 11 OBLF, le calcul des loyers usuels dans la localité ou dans le quartier peut se faire de deux manières : soit en apportant le loyer de cinq logements comparables à la chose louée quant à l'emplacement, la dimension, l'équipement, l'état et l'année de construction (al. 1), soit par statistiques officielles (al. 4), à condition que celles-ci prennent en compte les critères de l'emplacement, de la dimension, de l'équipement, de l'état et de l'année de construction. En l'occurrence, l'instance précédente a retenu qu'aucune des parties n'a invoqué l'existence de statistiques officielles au sens de l'art. 11 al. 4 OBLF pour la ville de Zurich. Il est donc admis que l'examen du caractère abusif du loyer initial se fera par la méthode des cinq objets comparatifs. Les parties sont en revanche en désaccord sur la répartition du fardeau objectif de la preuve pour ces cinq objets comparatifs (c. 3.1).

5. Le Tribunal fédéral commence par un rappel de sa jurisprudence concernant la répartition du fardeau de la preuve dans la contestation du loyer initial. L'abus de droit constitue un fait dirimant ; le fardeau de la preuve incombe donc à la partie qui s'oppose à l'exercice du droit en invoquant son abus. Il en résulte que le fardeau de la preuve pour le caractère abusif du loyer initial incombe au locataire. Il incombe donc, en principe, au locataire d'apporter la preuve de cinq objets comparatifs au sens de l'art. 11 OBLF.
6. Dans l'ATF 139 III 13, le Tribunal fédéral a cependant atténué ce principe en faveur du locataire en cas d'augmentations massives par rapport au loyer précédent. Partant du constat qu'une augmentation de 43.61% ne se justifiait pas au vu de l'évolution du taux hypothécaire de référence et de l'IPC les douze années précédant le changement de locataire, la bailleuse aurait eu le devoir d'apporter des contre-preuves et de démontrer que, malgré les apparences, il s'agit d'un cas exceptionnel et que le loyer initial n'est pas abusif. Selon les principes généraux tirés des règles de la bonne foi, le bailleur qui n'a pas la charge de la preuve doit collaborer loyalement à l'administration des preuves en fournissant tous les éléments en sa possession, qui sont nécessaires à la vérification du motif qu'il a allégué dans la formule officielle. La bailleuse aurait dès lors été tenue de participer à l'administration des preuves en fournissant au moins cinq éléments de comparaison présentant des caractéristiques semblables à la chose louée. Le Tribunal fédéral a par la suite repris ces

- considéranants dans différents arrêts ultérieurs, sans pour autant appliquer ces principes au cas d'espèce (c. 3.2).
7. La portée de cette jurisprudence est contestée en doctrine, et cela en lien avec deux aspects : premièrement, la doctrine discute son impact au niveau du droit de la preuve. La jurisprudence n'est en effet pas limpide à ce sujet, puisqu'elle évoque à la fois le devoir de collaborer du bailleur à l'administration de la preuve, mais parle en même temps de contre-preuve.
 8. Notre Haute Cour précise la manière dont il faut comprendre sa jurisprudence sur ce point : dans l'arrêt 4A_400/2017, c. 2.2.2 (*non publié in : ATF 144 III 514*), elle a considéré que le loyer convenu était « présumé abusif » et que dès lors « il incombe au bailleur d'apporter des contre-preuves fondées sur des éléments comparatifs ». Il convient d'en déduire – et donc d'interpréter la jurisprudence dans le sens – que le Tribunal fédéral a introduit une présomption de fait et qu'il ne s'agit pas d'une question de devoir de collaborer.
 9. Deuxièmement, il n'est pas clair ce qu'il faut entendre par « augmentation massive ». A ce sujet, le Tribunal fédéral a considéré dans l'ATF 139 III 13 précité que « [c]e devoir du bailleur de collaborer à l'administration des preuves trouve tout son sens dans l'hypothèse où ce dernier, comme en l'espèce, a augmenté le nouveau loyer de plus de 10% par rapport à l'ancien loyer ». La doctrine majoritaire en a déduit que la présomption précitée devait s'appliquer dès que l'augmentation du loyer dépasse 10%. BEAT ROHRER (*Das schweizerische Mietrecht, 4^e éd., 2018, art. 270 CO N 54*) rejette cette interprétation, puisque cela signifierait que cet allègement de preuve s'appliquerait de fait dans l'énorme majorité des cas, étant donné que l'augmentation de plus de 10% est une condition de recevabilité de l'action en contestation du loyer initial selon l'art. 270 al. 1 let. b CO. Le Tribunal fédéral estime que l'avis de ROHRER est convaincant sur ce point et considère donc que la présomption de fait ne saurait s'appliquer déjà lorsque le loyer est majoré de plus de 10%. Il ne fixe cependant pas de limite, se contentant de considérer que lorsque la majoration était, comme en l'espèce, de 44%, cette condition était à l'évidence réalisée (c. 3.3).
 10. La bailleresse invoque que la présomption (réfragable) ne saurait s'appliquer lorsque le loyer précédent était de « longue durée ». Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le bailleur peut en effet motiver une adaptation du loyer aux loyers usuels de la localité et du quartier en cours de bail lorsque le laps de temps écoulé depuis la dernière fixation du loyer suffit pour constater, de manière statistiquement fiable, une éventuelle modification du niveau correspondant des loyers. Une durée de bail de 20 ans, comme en l'occurrence, est largement suffisante sous cet angle. Étant donné que la bailleresse aurait donc pu adapter le loyer en cours du bail précédent aux loyers usuels (ce qu'elle n'a pas fait), une augmentation de 43% lors de la conclusion d'un nouveau bail, même en présence d'une réduction du taux hypothécaire de référence et d'une augmentation très modeste de l'IPC ces dernières années, ne saurait démontrer un abus.
 11. Selon le Tribunal fédéral, même si cela paraît vraisemblable, le simple fait que le loyer était de longue durée ne signifie pas automatiquement que la bailleresse aurait pu augmenter le loyer sur la base des loyers usuels. Encore faut-il, pour qu'une telle augmentation eût été possible, que les loyers usuels dans la localité ou dans le quartier aient effectivement augmenté. Ne pas appliquer la présomption de fait du caractère abusif du loyer initial en cas d'augmentation massive par rapport au loyer précédent désavantagerait outre mesure le locataire. Étant donné la difficulté notoire de prouver les loyers usuels de la localité ou du quartier, une telle solution priverait de fait le locataire de la possibilité de contester le loyer initial d'immeubles anciens, même en cas d'augmentation massive, ce qui contreviendrait au but de la loi de protéger la partie faible. Toutefois, le fait que le loyer ait été de longue durée constitue un indice permettant de renverser la présomption. Dans ce contexte, un bail précédent d'une durée de l'ordre de 15 à 20 ans constitue un « bail de longue durée ». En l'occurrence, vu la durée du bail précédent de 20 ans, ce dernier remplit ce critère (c. 3.5).
 12. Le Tribunal fédéral précise par la suite ce qu'il faut entendre par une présomption de fait et en quoi celle-ci se distingue en particulier du renversement de la preuve : une présomption de fait constitue une conclusion tirée de l'expérience générale de la vie. Elle ne renverse pas le fardeau de la preuve, mais constitue uniquement un allègement du fardeau subjectif de la preuve. La partie à laquelle incombe le fardeau de la preuve principale peut apporter cette preuve au moyen de la présomption de fait. La partie adverse peut se contenter de la renverser en apportant la contre-preuve, soit de mettre en doute la présence des faits-indices ou de la conséquence à en tirer. Si la partie adverse réussit, la preuve principale a échoué. Il y a absence de preuve et la décision se fait par répartition du fardeau de la preuve (c. 4.1).
 13. Le Tribunal fédéral reconnaît que la formulation dans l'ATF 139 III 13, c. 3.3 et 3.4, selon laquelle « la bailleresse a échoué dans la preuve que le loyer contesté ne dépassait pas les loyers usuels de la localité ou du quartier », peut prêter à confusion. Contrairement à ce qu'on pourrait en déduire, l'on ne saurait attendre de la bailleresse qu'elle apporte la preuve pleine pour le caractère non abusif du loyer contesté. Cela correspon-

draît en effet à un renversement du fardeau de la preuve, qui ne serait cependant pas dans l'idée du législateur, qui a expressément considéré, dans le message relatif à la révision du droit du bail en 1985, que le fardeau de la preuve pour le caractère abusif du loyer initial incomberait au locataire. Il convient donc de préciser l'ATF 139 III 13 dans le sens qu'il est suffisant que la bailleuse soulève des doutes justifiés au sujet de la présomption de fait du caractère abusif du loyer initial (c. 4.2).

14. La bailleuse peut renverser la présomption par exemple en apportant des statistiques, même lorsqu'elles ne respectent pas les conditions de l'art. 11 al. 4 OBLF, ou seulement 3 ou 4 objets de comparaison remplissant les critères de l'art. 11 al. 1 OBLF, complétés par des statistiques ou d'autres éléments qui permettent de conclure au caractère usuel du loyer dans la localité ou le quartier. De même, il ne convient pas d'appliquer avec la même rigueur les critères de l'art. 11 al. 1 OBLF que lorsqu'il s'agit d'apporter la preuve pleine. Une expertise privée peut éventuellement être utile à ce sujet. Dans ce contexte, il convient aussi de prendre en compte le fait que le bail précédent était de longue durée. Il revient au juge cantonal d'apprécier les indices apportés par la bailleuse en conformité avec l'expérience générale de la vie et ses connaissances du marché local. Si, sur cette base, il arrive à la conclusion que la bailleuse a créé des doutes fondés concernant le caractère abusif du loyer initial, il incombe au locataire d'apporter la preuve pleine du caractère abusif du loyer au moyen de cinq objets comparatifs ou de statistiques officielles. Si elle ne parvient pas à renverser la présomption, la bailleuse peut toujours apporter la preuve du contraire, soit prouver pleinement le caractère non abusif du loyer, en apportant cinq objets comparatifs ou des statistiques officielles (c. 4.3). Un revirement de jurisprudence, tel que réclamé entre autres par ROHRER, n'est cependant pas justifié (c. 4.4).

15. En l'occurrence, l'instance inférieure a constaté que l'augmentation massive de 44% ne se justifiait ni par le développement du taux hypothécaire de référence, ni par celui de l'IPC, ni par la durée du bail précédent et que le loyer était donc présumé abusif. Elle n'a cependant pas examiné s'il y a des doutes fondés susceptibles de renverser cette présomption. Le Tribunal fédéral admet dès lors partiellement le recours et renvoie l'affaire à l'instance inférieure pour nouveau jugement au sens des considérants (c. 4.5 et 5).

■ **Note**

16. Le présent arrêt apporte quatre précisions importantes concernant la jurisprudence du Tribunal fédéral

en matière de *contestation du loyer initial* s'agissant d'un objet loué dans un *immeuble ancien*, donc d'un immeuble que le propriétaire a acquis il y a plus de 30 ans :

- 1) Il existe une présomption de fait que le nouveau loyer est abusif s'il y a eu une « augmentation massive » du loyer par rapport au loyer précédent.
- 2) Une augmentation de 10% par rapport au loyer précédent n'est pas « massive » dans ce sens, mais une augmentation de 44% remplit cette condition.
- 3) Le fait que le bail précédent ait été de longue durée ne permet pas de rendre d'emblée inapplicable la présomption, mais il s'agit d'un indice qui peut contribuer à la renverser.
- 4) Constitue un bail de longue durée un bail de 15 à 20 ans au moins.

17. Les deux premières précisions ont été nécessaires puisque les considérations de notre Haute Cour dans l'ATF 139 III 13 ont prêté à confusion. A la lecture de cet arrêt, il n'était pas limpide si l'allègement de la preuve en faveur du locataire d'un immeuble ancien face à une augmentation massive par rapport au loyer précédent introduit par le Tribunal fédéral constituait un renversement du fardeau de la preuve, une présomption ou devait être rattaché au devoir de collaborer du bailleur.

18. L'arrêt permet d'illustrer la différence entre un renversement du fardeau de la preuve et la présomption ainsi que les conséquences qui en découlent pour les parties.

19. Le fardeau objectif de la preuve désigne quelle partie supporte les conséquences en cas d'échec de la preuve d'un fait pertinent. En vertu de la théorie des normes, développée par le professeur allemand LEO ROSENBERG et applicable en droit suisse pour concrétiser l'art. 8 CC, le fardeau de la preuve d'un fait déterminé incombe à celle des parties à laquelle la présence du fait est favorable (*BOHNET/JEANNIN, Le fardeau de la preuve en droit du bail, in : Bohnet/Carron [édit.], 19^e séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2016, N 21 ss et les réf.*). En cas de contestation du loyer initial, le caractère abusif du loyer est favorable au locataire ; c'est dès lors ce dernier qui supporte le fardeau de la preuve des faits dont résulte le caractère abusif du loyer initial. Le Tribunal fédéral considère qu'étant donné que le loyer abusif constitue une forme d'abus de droit, il s'agit d'un fait dirimant. A l'instar d'une partie de la doctrine (*notamment BIERI, Fardeau de la preuve des loyers usuels de la localité ou du quartier lors de la contestation du loyer initial, PJA 2014, p. 1400 et FETTER, La contestation du loyer initial, thèse, Berne 2005, N 484*), nous sommes de l'avis qu'il s'agit d'un fait générateur donnant naissance au droit du locataire à une baisse de loyer (*BOHNET/JEANNIN, op. cit., N 59*). Ce débat est cependant sans conséquence dans la mesure

- où, dans les deux cas, le fardeau de la preuve incombe au locataire.
20. La doctrine n'est pas unanime sur la définition de la notion de « renversement du fardeau de la preuve ». On peut toutefois considérer qu'il y a renversement du fardeau (objectif) de la preuve lorsque l'échec de la preuve d'un fait n'est pas supporté par la partie désignée par la règle générale de l'art. 8 CC, mais par la partie adverse (*ainsi p. ex. HOHL, Procédure civile, Tome I, 2^e éd., Berne 2016, N 2117*).
 21. Une partie de la doctrine a estimé qu'avec l'ATF 139 III 13, le Tribunal fédéral aurait introduit un tel renversement du fardeau de la preuve (*ainsi: CONOD, Contestation du loyer initial: fardeau de la preuve lorsque le bailleur s'est prévalu des loyers usuels dans la formule officielle, Newsletter bail.ch, février 2013, p. 3 s.; ROHRER, Anfechtung des Anfangsmietzinses, MRA 2/2013, p. 24 ss*).
 22. En l'occurrence, un renversement du fardeau de la preuve aurait signifié qu'en présence d'une augmentation massive du loyer initial, le bailleur aurait supporté le fardeau de la preuve que ce loyer n'était pas abusif, soit qu'il correspondait aux loyers usuels dans la localité ou dans le quartier. S'agissant d'une preuve principale, le bailleur aurait dû apporter la *preuve pleine* que ce loyer n'est pas abusif, en vertu du critère des loyers usuels de la localité ou du quartier, qui, comme le Tribunal fédéral le constate lui-même, est notoirement difficile. En cas d'échec de cette preuve, le tribunal aurait dû considérer que le loyer est abusif.
 23. Une lecture attentive de l'ATF 139 III 13 permet de constater qu'il ne s'agissait pas véritablement d'une question de fardeau de la preuve, puisque le tribunal a considéré, dans cet arrêt, que le caractère abusif du loyer a été prouvé (c. 3.1.4); il n'y a donc pas eu d'échec de la preuve. Notons en passant que la jurisprudence ne saurait modifier la répartition du fardeau de la preuve; cette compétence est réservée au législateur (*BK ZGB-WALTER, art. 8 CC N 466*).
 24. Les présomptions sont en principe les conséquences que la loi attache à la présence d'un fait connu (prémisse; fait-indice) dans la recherche d'un fait inconnu (*BOHNET/JEANNIN, op. cit., N 38 et les réf.*). Toutefois, contrairement à un renversement du fardeau de la preuve, une présomption ne doit pas nécessairement découler de la loi; elle peut être introduite par la jurisprudence. L'on parle à ce sujet de présomption d'expérience ou de présomption de fait. Sur la base d'un fait *a priori* non pertinent est déduite la présence d'un fait pertinent, en application de l'expérience générale de la vie. La présomption de fait ne modifie en réalité pas la répartition du fardeau de la preuve, mais facilite l'apport de la preuve pour la partie supportant ce fardeau: elle peut apporter la preuve du fait pertinent en prouvant un autre fait, plus facile à prouver, mais dont la présence permet de conclure, selon l'expérience générale de la vie, à la présence du fait pertinent (*BK ZGB-WALTER, art. 8 CC N 473 ss*).
 25. En l'occurrence, le Tribunal fédéral a introduit par l'ATF 139 III 13 une présomption de fait, ce qu'il a confirmé et précisé dans l'arrêt commenté ici: le fait que le loyer ait augmenté massivement par rapport au loyer précédent pour un immeuble ancien fait présumer de fait, sur la base de l'expérience générale de la vie, le caractère abusif du loyer initial. Le bailleur peut cependant renverser cette présomption en apportant la contre-preuve.
 26. La différence pratique réside dans le fait qu'un renversement du fardeau de la preuve aurait supposé que le bailleur apporte la preuve *pleine* du caractère non abusif du loyer initial, au moyen des cinq objets comparatifs ou, éventuellement, des statistiques officielles. Avec la solution trouvée, il peut cependant se contenter de renverser la présomption en apportant la contre-preuve, soit en détruisant la conviction « provisoire » du tribunal que le loyer est abusif, fondée sur l'augmentation massive du loyer initial par rapport au loyer précédent.
 27. Si le souhait du Tribunal fédéral de trouver une solution permettant à la fois de respecter les intérêts des locataires et des bailleurs est louable, l'allègement de preuve qu'il introduit constitue en fait une solution à un problème qu'il a en partie créé lui-même par sa jurisprudence. L'allègement de preuve est nécessaire puisque, dans les faits, la preuve des loyers usuels dans la localité ou le quartier est quasiment impossible à apporter. Les exigences strictes posées par la jurisprudence, en particulier en ce qui concerne le caractère comparable des objets, mènent à l'inapplicabilité de fait de ce critère (*CONOD, note in: DB 2016, N 8 p. 30 s.; SOMMER, Kündigung zur Erzielung eines höheren Mietzinses, MRA 2011, p. 77 ss*). Ainsi, WEBER (*BSK OR I-WEBER, art. 269a CO N 5*) parle à ce sujet même de preuve « véritablement diabolique ». Plutôt que de s'efforcer de trouver une manière « équitable » de répartir le fardeau de cette preuve quasiment impossible à apporter, le Tribunal fédéral devrait à notre sens se demander comment ces exigences pourraient, de manière générale, être assouplies.

20

TF 4A_616/2020 (06.05.2021)

François Bohnet

Nature constatatoire de la demande du bailleur visant à faire valider une hausse de loyer

L'action visant à faire valider une hausse de loyer est de nature constatatoire et non formatrice.

Art. 269d CO

1. La caisse de pension de la commune de U (baillesse, intimée) loue des logements dans un bâtiment dont elle est propriétaire. Suite à des rénovations en 2013, elle a adressé des avis de majoration du loyer à ses locataires – qu'elle a retirés après contestation de ces derniers – puis les a renouvelés. Six locataires (dont la locataire 1, recourante au Tribunal fédéral) ont contesté les augmentations de loyer. Faute d'accord en audience de conciliation, l'autorité de conciliation a soumis une proposition de jugement aux parties (art. 210 CPC). La baillesse s'y est opposée et une autorisation de procéder lui a été délivrée (art. 211 al. 2 let. a CPC).
2. Le 11 décembre 2014, la baillesse a ouvert action pour faire valider les majorations de loyer. Dans sa demande, elle a conclu à ce qu'il soit constaté que les hausses n'étaient pas abusives. Le tribunal de première instance n'est pas entré en matière sur la demande. Il a exposé que la baillesse aurait dû introduire une action formatrice (« *Gestaltungsklage* ») et non constatatoire (« *Feststellungsklage* »), la deuxième étant subsidiaire à la première. Par jugement du 8 juin 2017, le tribunal de deuxième instance a admis l'appel de la baillesse contre cette décision. Il a estimé que l'action en constatation était recevable et a renvoyé l'affaire au tribunal de première instance pour nouvelle décision.
3. Le tribunal de première instance a statué le 21 août 2018. S'agissant de la locataire 1, il a jugé que la hausse de loyer qui lui avait été notifiée était abusive. Le 9 octobre 2020, le tribunal de deuxième instance a partiellement admis l'appel de la baillesse contre cette décision. A l'égard de la locataire 1, il a retenu que la hausse du loyer n'était pas abusive.
4. La locataire 1 a déposé un recours au Tribunal fédéral contre la décision du tribunal de deuxième instance. Elle reproche à cette dernière d'avoir considéré l'action en constatation comme recevable et se plaint de la durée excessive de la procédure.
5. Le Tribunal fédéral examine la nature de l'action du bailleur visant à faire valider une hausse de loyer suite

à la contestation du locataire, action qu'il distingue de l'action du locataire en contestation d'une augmentation de loyer, dont il admet la nature formatrice (c. 4.3). Il expose l'avis de BISANG/KOUMBARAKIS (c. 4.3.2) et retient que celui-ci est convaincant (c. 4.3.3). Selon ces auteurs (qui fondent leur opinion sur l'ATF 142 III 557), l'action du bailleur est constatatoire : l'art. 269d CO dispose expressément que le bailleur peut en tout temps majorer le loyer pour le prochain terme de résiliation, de sorte qu'il n'y a pas besoin d'une décision judiciaire pour que la hausse prenne effet (c. 4.3.2). Le Tribunal fédéral approuve également l'avis de HIGI. Celui-ci explique que les hausses de loyer sont basées sur un droit formateur du bailleur, et que, en cas de contestation, le but est uniquement de déterminer si l'exercice de ce droit est abusif (c. 4.3.3). L'action du bailleur est donc de nature constatatoire (c. 4.3.5).

■ **Note**

6. Le bailleur peut augmenter le loyer en respectant les exigences l'art. 269d CO. Le Tribunal fédéral retient dès lors (*à notre avis à tort ; la doctrine est partagée, voir les références in BK ZPO-MARKUS, art. 87 CPC N 17, p. 942*) que la demande du bailleur en validation de la hausse loyer est de nature constatatoire, alors même qu'il admet que la demande du locataire en contestation d'une augmentation de loyer est de nature formatrice. On serait ainsi dans la même configuration que pour l'annulation du congé : l'action de locataire serait une action formatrice, alors que celle du bailleur visant à confirmer la validité de la résiliation serait une action en constat. Cependant, le cadre juridique est différent. Dès l'instant où le locataire conteste la validité de la hausse, le bailleur doit en obtenir la validation (art. 209 al. 1 let. a CPC). Il n'a pas la possibilité de faire constater à un moment de son choix la validité de la hausse quant à ses conditions matérielles. S'il n'agit pas dans les 30 jours dès la délivrance de l'autorisation de procéder, l'augmentation de loyer n'est pas valable. Cela prouve bien qu'il ne s'agit pas d'une action en constat, le fait de devoir agir dans un délai donné démontrant qu'il s'agit d'une validation et non d'un constat. De plus le juge pourrait être amené à valider partiellement la hausse, ce qui à nouveau s'envisage difficilement en matière de simple constat. Il faut ainsi distinguer l'action (formatrice) en validation d'une hausse de loyer, d'une action en constatation de la validité formelle d'une hausse selon l'art. 269d al. 2 CO, qui serait le véritable pendant d'une action en constatation de la validité d'une résiliation. A notre sens, l'action est donc formatrice, que le bailleur ou le locataire (en cas de proposition de jugement validant la hausse) soit demandeur (*CPra Actions-BOHNET, vol. II § 19 N 7, 15, 19, 28, 29*).

21

TF 4A_289/2021 (16.07.2021)

Patricia Dietschy-Martenet

Arrivée tardive à l'audience de conciliation : la question de la faute légère

Dépôt de deux requêtes de conciliation, l'une en contestation du congé, l'autre en réparation de défauts. Fixation de deux audiences successives. Arrivée du locataire à la première audience avec vingt minutes de retard. Demande de restitution de délai rejetée pour absence de faute légère. Art. 148 CPC

1. Le 13 août 2020, les locataires A.A. et B.A. ont saisi l'autorité de conciliation en matière de baux et loyers du canton de Lucerne d'une requête visant l'annulation du congé et une prolongation du bail. Dans une nouvelle requête adressée à la même autorité, les locataires ont réclamé l'élimination de défauts et une réduction proportionnelle de loyer. Le 21 septembre 2020, l'autorité de conciliation a cité les parties à deux audiences, fixées le 6 novembre suivant et relatives aux deux requêtes séparées qu'elles avaient introduites. La première audience, fixée à 9h00, devait porter sur l'annulation du congé et la prolongation du bail ; la seconde, à 9h30, sur l'élimination des défauts et la réduction du loyer. Sur requête, la locataire a été dispensée de comparaître personnellement.
2. Le jour de l'audience, l'autorité de conciliation a attendu jusqu'à 9h10 avant d'ouvrir l'audience concernant la contestation du congé et la prolongation du bail. A 9h15, elle a constaté le défaut du requérant et a rayé la cause du rôle, la procédure étant devenue sans objet conformément à l'art. 206 al. 1 CPC.
3. Le 16 novembre 2020, les locataires ont déposé une requête de restitution de délai et sollicité la fixation d'une nouvelle audience. L'autorité a rejeté la requête. L'Obergericht a confirmé la décision de l'autorité de conciliation. Les locataires recourent au Tribunal fédéral.
4. Le Tribunal fédéral relève d'abord que les constatations de fait de l'instance inférieure, selon lesquelles le locataire s'était présenté au guichet de l'autorité de conciliation vers 9h20 le jour de l'audience, devaient être maintenues, faute d'avoir été contestées de manière suffisante par les locataires dans la procédure de recours cantonale.
5. Il rappelle ensuite les contours de l'art. 148 CPC relatif à la restitution de délai. Cette disposition, également applicable en procédure de conciliation (ATF 139 III 478 c. 1 et 6.2 ; TF, 25.06.2013, 4C_1/2013, c. 4.3), permet au juge, sur requête de la partie défaillante, de lui accorder un délai de grâce ou de citer les parties à une nouvelle audience. Il faut que le requérant rende vraisemblable que le défaut ne lui est pas imputable ou relève seulement d'une faute légère. La faute légère comprend tout comportement qui, sans être acceptable ou excusable, ne constitue pas une faute grave. Dans ce contexte, la question de fait est de savoir comment la partie qui demande la restitution s'est comportée, tandis que la question de droit est de savoir si le comportement en question peut être qualifié de faute légère (TF, 19.05.2021, 4A_127/2021, c. 3.1 ; 29.04.2019, 4A_20/2019, c. 2). La question de savoir si la faute est seulement légère relève du pouvoir d'appréciation du juge, que le Tribunal fédéral ne revoit qu'avec retenue.
6. En l'occurrence, l'instance inférieure a nié l'existence d'une faute légère. Elle a considéré qu'il était établi que, le 21 septembre 2020, l'autorité de conciliation avait convoqué les parties à deux audiences séparées le 6 novembre 2020, concernant les requêtes déposées séparément concernant l'annulation du congé/prolongation du bail d'une part, et la réparation des défauts/réduction de loyer d'autre part. Ces convocations avaient été dûment délivrées et contenaient, entre autres, une référence aux conséquences du défaut et une indication claire du moment auquel les audiences se tiendraient. Les recourants ne contestaient plus avoir également reçu la convocation à l'audience sur l'annulation du congé/prolongation du bail prévue à 9h00. Ils faisaient cependant valoir qu'ils s'étaient trompés sur le moment des audiences, respectivement sur le fait que deux procédures de conciliation devaient avoir lieu l'une après l'autre. Le fait que la demande de dispense de la locataire faisait référence à l'audience de 9h30 seulement n'y changeait rien. Le facteur décisif était que le locataire devait savoir, d'une manière ou d'une autre, qu'il devait se présenter aux deux audiences. Le locataire ne pouvait pas invoquer une ignorance ou une erreur fondée sur une information incorrecte ou une communication peu claire. Les erreurs, oublis et autres raisons similaires ne sont pas propres à justifier une restitution, sous réserve d'exceptions dues à l'âge ou à la maladie, qui n'existaient de toute façon pas dans le cas présent.
7. Devant le Tribunal fédéral, les locataires font valoir que la juridiction inférieure méconnaît la finalité de la procédure devant l'autorité de conciliation et la nécessaire tolérance qui doit résulter d'une certaine ignorance procédurale, d'autant plus que les parties sont souvent, comme en l'espèce, non représentées par des avocats devant cette autorité. L'erreur du locataire

concernant l'heure de l'audience de conciliation, qui avait été causée, entre autres, par la programmation de deux audiences de conciliation successives entre les mêmes parties, devait suffire comme motif justifiant la restitution au sens de l'art. 148 CPC. Le Tribunal fédéral relève toutefois qu'il n'a pas été établi en fait que le locataire aurait inscrit l'heure de l'audience de manière incorrecte dans son agenda, de sorte que ce dernier argument n'avait pas à être examiné plus avant. Par ailleurs, notre Haute Cour retient que les deux convocations aux audiences de conciliation avaient été correctement notifiées et contenaient, entre autres, une référence aux conséquences du défaut et une désignation claire du moment auquel l'audience se tiendrait. En d'autres termes, les locataires avaient été clairement informés par l'autorité de conciliation qu'une audience de conciliation aurait lieu à la fois à 9h00 et à la fois à 9h30. Dans ces circonstances, les locataires n'expliquent pas comment il aurait pu y avoir une erreur de leur part quant aux heures de début de ces audiences, affirmant seulement que la programmation de deux audiences successives était « déroutante ». Comme l'a reconnu à juste titre la juridiction inférieure, il devait être clair pour le locataire, sur la base des convocations envoyées, que deux audiences de conciliation étaient prévues et qu'il devait se présenter aux deux audiences. Dans ce contexte, les locataires ne peuvent invoquer leur position de profanes en droit ou une « ignorance procédurale ». Il ne s'agit pas ici de finesses de procédure, qui pourraient ne pas être connues de laïques, mais d'une comparution ponctuelle à une audience de conciliation, programmée clairement et sans ambiguïté, que l'on peut attendre de tout un chacun. Dans ces conditions, on ne voit pas en quoi la comparution tardive du locataire à 9h20 était fondée sur une absence de faute ou sur une faute légère, et on ne voit pas non plus en quoi l'instance inférieure a outrepassé son pouvoir d'appréciation lorsqu'elle a estimé que la faute du recourant n'était plus légère. Au contraire, la comparution tardive apparaît frivole. Dans ces conditions, il n'y a pas lieu de restituer le délai au sens de l'article 148 CPC.

8. Le Tribunal fédéral balaie également le grief tiré du formalisme excessif déduit de l'art. 29 al. 1 Cst., dans la mesure où il n'est ni apparent ni suffisamment démontré en quoi l'instance inférieure aurait appliqué une disposition formelle avec une rigueur excessive lors de l'examen de la demande de restitution. Au contraire, les conditions légales de la restitution au sens de l'article 148 CPC sont strictes, en ce sens que la partie requérante doit rendre vraisemblable qu'elle n'est pas fautive ou qu'elle ne l'est que légèrement. A cet égard, il n'y a pas de cas d'application de l'art. 29 al. 1 Cst., même si la décision peut paraître stricte aux yeux des recourants.

9. Les locataires soutiennent enfin qu'ils n'avaient en réalité pas fait défaut à l'audience de conciliation prévue à 9h00. Le Tribunal fédéral relève que les locataires ont déposé une requête de restitution, laquelle présuppose un défaut. En d'autres termes, la restitution n'est possible que s'il y a défaut. Dans la présente procédure, la question de savoir si le recourant était défaillant lors de l'audience de conciliation du 6 novembre 2020 ne se pose donc plus, mais est présupposée. L'absence de défaut alléguée par les locataires aurait dû être soulevée par ces derniers dans le cadre de la procédure de recours contre l'ordonnance de radiation du rôle rendue par l'autorité de conciliation le 6 novembre 2020. Les locataires auraient donc dû faire valoir dans une procédure de recours contre cette décision que les conditions de l'art. 206 al. 1 CPC n'étaient pas remplies, faute de l'existence d'un défaut, et que la procédure de conciliation concernant l'annulation du congé/prolongation du bail n'aurait pas dû être radiée comme étant sans objet au sens de cette disposition.
10. Le Tribunal fédéral rejette dès lors le recours des locataires.

■ **Note**

11. A lire l'arrêt ci-dessus, il apparaît que les locataires ont commis une erreur en sollicitant la restitution plutôt que de contester la décision de radiation du rôle rendue en application de l'art. 206 al. 1 CPC, admettant implicitement qu'un défaut était bel et bien intervenu à l'audience. Dans un arrêt rendu en matière pénale (*ATF 145 I 201*), relatif à une audience devant un tribunal de police à la suite d'une opposition à une ordonnance pénale, dans laquelle l'avocate-stagiaire s'était vu refuser le droit de plaider après s'être présentée avec 17 minutes de retard mais alors que le juge et sa greffière se trouvaient encore dans la salle d'audience, au motif qu'une décision déclarant l'opposition retirée en application de l'art. 356 al. 4 CPP avait déjà été rendue, le Tribunal fédéral avait admis le recours du prévenu : le CPP ne précise pas à partir de quel retard un comparant est tenu pour défaillant ; la doctrine admet en général que quelques minutes ne suffisent pas, certains parlant d'un quart d'heure, voire davantage ; de l'avis des juges de Mon Repos, aucune durée fixe ne doit être arrêtée, mais il faut tenir compte des circonstances et de l'enjeu du procès. En l'occurrence, le défaut signifiait la perte définitive du droit de contester l'ordonnance pénale. Or, sans être insignifiant, le retard de l'avocate-stagiaire n'était pas non plus énorme et le tribunal aurait pu sans inconvénient sérieux commencer l'audience à 9h17 puisque le juge et la greffière étaient encore dans la salle et la prochaine audience à tenir ne devait pas commencer avant 10h00. Le Tribunal fédéral avait dès lors admis

un formalisme excessif. Les faits de la présente cause sont tout à fait similaires : le retard n'était que de 20 minutes, les membres de l'autorité de conciliation se trouvaient encore dans la salle et la partie adverse était elle aussi toujours présente puisque l'audience suivante, entre les mêmes parties, devait se tenir à 9h30 ; quant à l'enjeu du procès, il était important puisqu'en matière d'annulation du congé, le délai péremptoire de 30 jours empêchait les locataires de saisir à nouveau l'autorité de conciliation.

12. Bien que les locataires n'aient peut-être pas suivi la bonne voie en ne contestant pas la décision de radiation du rôle mais en sollicitant la restitution de délai, on peut néanmoins se demander si le raisonnement tenu ici par le Tribunal fédéral – ou à tout le moins celui de la cour cantonale dans la mesure où le Tribunal fédéral ne revoit qu'avec retenue l'appréciation de celle-ci – est cohérent : si l'on admet qu'un retard de 17 minutes ne constitue pas un cas de défaut, sous peine de formalisme excessif, alors doit-on admettre l'existence d'une faute légère de la partie qui arrive avec un tel retard, au regard de l'art. 148 CPC. Rappelons que la faute légère vise tout comportement ou manquement qui, sans être acceptable ou excusable, n'est pas particulièrement répréhensible (TF, 07.08.2001, 4C.10/2001, c. 3 ; CR CO I-WERRO, art. 41 CO N 70 ; KUKO OR-SCHÖNEN-

BERGER, art. 41 CO N 34 : « Das kann passieren »). Or, à notre sens, le locataire a rendu vraisemblable qu'en se présentant à 9h20, il avait compris qu'une seule audience, fixée à 9h30, devait se dérouler, ce d'autant plus que la demande de dispense de son épouse ne mentionnait que cette audience. Il ne s'agit donc pas d'une conduite négligente du procès, à savoir que le locataire serait volontairement arrivé en retard. En ce sens, une faute légère aurait dû être admise, étant rappelé que les locataires n'étaient pas représentés professionnellement, ce dont le juge devait tenir compte. Rappelons que la procédure de conciliation se veut peu formaliste, de même que, par la suite, la procédure simplifiée, avec comme but une facilité d'accès et une proximité du justiciable (Message CPC 2006, p. 6863). Le juge doit également prendre ce but en considération dans le cadre de son pouvoir d'appréciation quant à l'existence d'une faute légère.

13. Le résultat de cet arrêt ne correspond pas à une bonne administration de la justice : comment expliquer au justiciable un refus de tenir audience alors que les membres de l'autorité et la partie adverse sont tous encore présents et que le temps prévu pour l'audience appointée n'est pas encore expiré ? Il donne aussi un mauvais signal aux magistrats, dont la rigueur d'horaire se voit ici légitimée jusqu'au plus haut niveau.

5. Divers

22

TF 5A_ 282/2020 (15.04.2021)

Sylvain Marchand

Bail et autonomie des personnes morales.

Un contrat de bail conclu au nom d'une personne morale ne peut valoir titre de mainlevée dans le cadre d'une poursuite contre une personne physique. Pour déterminer si une société ou son administrateur est locataire, il convient d'interpréter le contrat en vertu des règles de la bonne foi.

Art. 82 LP

1. Une société anonyme représentée par un de ses administrateurs conclut un contrat de bail en qualité de locatrice, avec deux bailleurs.
2. Selon le Registre du Commerce, la société est engagée par la signature collective de deux administrateurs.
3. Le nom de l'administrateur signataire est indiqué sous la rubrique locataire, à la suite de la raison sociale de la société. L'adresse qui suit est celle de la société. Le protocole de signatures comporte les noms de la société et de l'administrateur.
4. Les bailleurs poursuivent l'administrateur de la société, à titre personnel, pour des loyers en retard.
5. Les juridictions cantonales prononcent la mainlevée provisoire de l'opposition de l'administrateur, qui fait recours au Tribunal fédéral.

6. Le Tribunal fédéral relève que le non-respect d'une signature collective à deux ne signifie pas que le signataire entendait s'engager à titre personnel.
7. L'interprétation du contrat de bail permet d'établir que l'intention des parties était que la société soit locatrice, et non son administrateur à titre personnel.
8. Un contrat de bail conclu par une personne morale ne vaut pas titre de mainlevée dans le cadre d'une poursuite contre une personne physique. La condition de l'identité entre le poursuivi et le débiteur fait défaut. Le recours est donc admis.
2. Lors d'un contrôle interne en 2016, comPlan a constaté que l'adresse de A. ne correspondait pas à l'adresse de l'appartement en question. A la demande de comPlan, A. a expliqué qu'elle avait emménagé avec son partenaire dans le logement de ce dernier. Elle a dès lors décidé de louer le bien acquis au moyen de l'EPL. Dans la foulée, comPlan a requis le remboursement du versement EPL au motif que la condition légale de besoin propre n'était pas remplie. Malgré diverses discussions et correspondances, A. n'a pas procédé au remboursement.

■ **Note**

9. Un contrat ne vaut titre de mainlevée que s'il comporte la signature du débiteur. S'agissant d'une société dont le Registre du commerce indique qu'elle est engagée par la signature collective de deux administrateurs, un contrat signé par un seul administrateur ne vaut pas titre de mainlevée dans une poursuite contre cette société. Cela ne signifie pas pour autant que l'administrateur signataire devient débiteur à titre personnel des obligations de la société.
10. Les bailleurs ne disposaient donc pas de titre de mainlevée et n'avaient pas dirigé la poursuite contre la débitrice contractuelle, deux raisons suffisantes pour admettre le recours.
3. Le 8 août et le 12 novembre 2019, comPlan a porté plainte à l'encontre de A et requis à ce que cette dernière soit condamnée à procéder au remboursement du versement EPL de CHF 60 000.- avec intérêts à 5% dès le 1^{er} juillet 2017. Le Tribunal administratif du canton de Berne a rejeté la plainte et comPlan a contesté ce jugement par un recours en matière de droit public auprès du Tribunal fédéral.
4. Le Tribunal administratif du canton de Berne a retenu que le texte de l'art. 30d al. 1 LPP était clair et exhaustif et que la mise en location du bien ne constitue pas un des éléments constitutifs du remboursement au sens des let. a-c. Dans cet arrêt, le Tribunal examine ainsi la portée de cette disposition.
5. La personne assurée peut prétendre à un versement anticipé pour l'acquisition de la propriété d'un logement pour ses propres besoins. Par propres besoins, on entend l'utilisation par la personne assurée d'un logement à son lieu de domicile ou à son lieu de séjour habituel (art. 4 al. 1 OEPL). Si l'utilisation pour son besoin propre est une condition pour l'octroi du versement anticipé, la disparition de cette condition n'entraîne légalement pas nécessairement l'obligation de remboursement du versement.

23

TF 9C_293/2020 (01.07.2021) destiné à la publication

Aurélie Gandoy

Mise à bail d'un logement financé au moyen de l'encouragement à la propriété du logement et obligation de remboursement

La location d'un logement financé au moyen d'un versement anticipé en vue de l'encouragement à la propriété du logement ne donne pas nécessairement lieu à un remboursement. L'abus de droit est réservé. Art. 30d al. 1 let. b LPP

1. A., née en 1966, est assurée au deuxième pilier à la caisse de pension comPlan. Le 27 juin 2003, elle a demandé un versement anticipé pour l'encouragement à la propriété du logement (ci-après: EPL) afin de financer un appartement de 4,5 pièces. Dans ce cadre, comPlan lui a versé un avoir de CHF 60 000.- en date du 18 juillet 2003.
6. Le remboursement du versement anticipé est réglementé à l'art. 30d LPP. Outre le fait que la personne assurée est en droit de rembourser en tout temps le versement anticipé à certaines conditions (art. 30d al. 2 et 3 LPP), l'art. 30d al. 1 LPP prévoit trois situations dans lesquelles la personne assurée est tenue au remboursement. Il s'agit en l'occurrence des cas où le logement est vendu (let. a); où des droits équivalant économiquement à une aliénation sont concédés sur le logement en propriété (let. b); où aucune prestation de prévoyance n'est exigible en cas de décès de la personne assurée (let. c).
7. Le Tribunal fédéral procède à l'interprétation de la disposition en rappelant que le point de départ de l'interprétation est celui de la lettre de la disposition (interprétation littérale). Si celle-ci est claire, on ne peut s'en écarter que s'il existe une raison valable de supposer

que la formulation ne vise pas le sens juridique de la disposition. Dans ce cas, il convient de recourir à l'interprétation historique, téléologique et systématique (ATF 145 V 289 c. 4.1). En l'occurrence, l'art. 30d al. 1 lit b LPP prévoit que la prestation doit être remboursée par la personne assurée ou ses héritier-ère-s lorsque des droits équivalant économiquement à une aliénation sont concédés sur le logement en propriété (c. 4).

8. Selon l'**interprétation littérale**, l'aspect économique détermine si le droit accordé sur la propriété du logement concerné crée ou non une obligation de remboursement du versement anticipé. Selon le libellé de l'art. 30d al. 1 let. b LPP, cela concerne également les droits qui n'entraînent pas nécessairement la perte de la propriété du logement au sens de l'art. 30d al. 1 let. a LPP, mais qui lui imposent au moins une charge économique si importante qu'ils peuvent être assimilés à une aliénation. Cela s'applique en particulier à l'octroi de droits réels limités. En revanche, le bail au sens de l'art. 253 CO, tel qu'il est discuté ici, n'impose que l'obligation de mettre le bien à disposition moyennant paiement (cf. not. ZK-HIGI/BÜHLMANN, art. 253 CO, N 5 s.; HUGUENIN, *Obligationenrecht – Allgemeiner und Besonderer Teil*, 3^e éd., Zurich 2019, p. 880).
9. Dans le cas d'espèce, le bail conclu n'était pas inscrit au registre foncier (art. 261b CO) et il n'existait pas non plus d'accord contractuel permettant l'inscription ultérieure audit registre. Par conséquent, il s'agit d'une renonciation *de facto* à l'usage personnel sur la base d'un contrat relevant du droit des obligations, qui ne modifie ni ne grève au sens des droits réels la propriété résidentielle. Cette renonciation n'est donc pas économiquement comparable à une aliénation (cf. not. MOSER, *Wohneigentum als Vorsorge: Die Anforderungen an das Wohneigentum, den/die Bezüger/-in und die Vorsorgeeinrichtung*, in: *Cardinaux (édit.), 20 Jahre Wohneigentumsförderung mit Mitteln der beruflichen Vorsorge*, *Freiburger Sozialrechtstage 2014*, p. 21 s.).
10. Selon une **interprétation historique**, la question du remboursement a déjà été abordée dans une décision du Tribunal des assurances sociales B 18/04 du 22 juillet 2005. Selon cette décision, le montant retiré par versement anticipé doit être remboursé lorsque les conditions du versement ne sont plus remplies (art. 30a al. 1 let. a LPP). Dans le cadre du projet du Conseil fédéral, tel était le cas si la personne assurée n'utilisait plus elle-même le logement financé par des fonds de la prévoyance professionnelle, mais le vend ou le loue à des tiers, par exemple (FF 1992 VI p. 261). Le projet prévoyait par ailleurs l'octroi d'une hypothèque ou d'un gage en faveur de l'institution de prévoyance (art. 30d al. 1 P-LPP). Il s'agissait de faire en sorte que le registre foncier informe le créancier si l'assuré vendait sa propriété (FF 1992 VI p. 259 ss). Lors de la consultation, ce projet a été critiqué par les institutions de prévoyance qui ont estimé qu'il suffisait de constituer une garantie en inscrivant une restriction de vente au registre foncier, comme le prévoit aujourd'hui l'art. 30e al. 2 LPP.
11. En outre, il ressort des travaux préparatoires que la volonté était d'éviter les opérations équivalentes à une aliénation telles que l'octroi d'un usufruit à vie ou d'un droit de superficie à un tiers. Contrairement au droit d'habitation (art. 776-778 CC), la mise à bail n'a pas été mentionnée dans les débats devant la commission. En d'autres termes, les membres de la commission étaient d'avis que d'autres droits réels limités (usufruit, art. 745 ss CC; droit de superficie, art. 779 ss CC) étaient aussi économiquement équivalents à une vente. En revanche, rien n'indique clairement que la location d'un logement acquis avec des fonds de prévoyance professionnelle devrait être incluse (not. BSK-MOSER, art. 30d LPP N 12). A cet égard, l'intention des parlementaires était reconnaissable: la conclusion d'un contrat de location ne constitue pas un empiètement comparable sur la propriété résidentielle car elle n'est pas accompagnée d'une charge *in rem* du droit de propriété. Ceci est d'autant plus vrai que l'inscription d'une restriction à la vente au registre foncier à des fins de sécurité n'a aucun sens dans le cas d'une location de la propriété résidentielle. Cela s'explique par le fait qu'elle est généralement effectuée hors livre, de sorte que ni l'administration du registre foncier ni le fonds de pension n'en ont connaissance (c. 4.3.3 et réf. cit.).
12. Dans le cas d'espèce, le bail n'était pas annoté au registre foncier.
13. En ce qui concerne l'**interprétation téléologique**, il est déterminant de retenir que, par le versement anticipé EPL, le montant versé est retiré de l'avoir de prévoyance (ATF 124 III 211 c. 2). Or, afin de garantir le but de prévoyance, ce versement anticipé ne peut être utilisé que pour l'acquisition de la propriété d'un logement pour le propre besoin de la personne assurée (art. 30c al. 1 LPP; art. 331e al. 1 CO; art. 1-4 OEPL). Ainsi, ce versement constitue une forme de prévoyance vieillesse. L'art. 30d al. 1 LPP a pour but de maintenir cette affectation en exigeant que le montant prélevé soit remboursé à l'institution de prévoyance en cas de vente du logement (ou dans les cas d'équivalence prévus aux let. b et c). Cette obligation de remboursement est garantie par l'inscription au registre foncier, conformément à l'art. 30e LPP (ATF 132 V 332 c. 4.1 et les réf.).
14. Si le logement n'est pas vendu ou grevé, mais seulement loué, impliquant certes une perte de fait de l'usage propre, les fonds de prévoyance investis restent liés au

logement. Après la fin du bail, dans la mesure où il est d'une durée indéterminée et résiliable par les deux parties (cf. art. 266a al. 1 CO), la partie bailleuse récupère l'usage de la chose pour son propre besoin. Le fait que la partie bailleuse se procure un loyer au moyen d'un versement anticipé n'est pas en soi déterminant. En revanche, un retrait anticipé devrait être assimilé à une fraude lorsque la personne assurée entend dès le départ effectuer un placement en vue de se procurer un profit. Il s'agirait en effet d'une démarche contraire au but du versement anticipé et donc constitutif d'un abus de droit. Dans ce cas, la personne assurée devrait procéder au remboursement (*SCHÖBI, Die Wohneigentumsförderung mit den Mitteln der beruflichen Vorsorge, Fragen und Antworten rund um den Eigenbedarf, Recht 2/1995, p. 51*).

15. Dans le cas d'espèce, rien ne permet de retenir un abus de droit. Au contraire, l'intimée n'a loué son appartement en copropriété qu'après des années d'utilisation personnelle. Le contrat de bail a été conclu pour une durée indéterminée avec la possibilité pour les deux parties de résilier le contrat avec un préavis de trois mois.
16. D'un point de vue de l'**interprétation systématique**, il faut également distinguer d'une part les conditions à l'octroi du versement EPL, d'autre part les conditions au remboursement de ce dernier. L'art. 30c al. 1 LPP prévoit que le versement peut intervenir pour l'acquisition d'une propriété du logement pour un propre besoin. L'art. 4 al. 1 OEPL précise que l'utilisation est personnelle lorsque la personne assurée y a son lieu de résidence ou de séjour habituel. Si elle prouve que l'utilisation personnelle est temporairement impossible, elle est autorisée à louer la propriété durant cette période (al. 2). Cette disposition ne s'applique qu'au versement et non au remboursement, de sorte qu'on ne peut retenir sur cette base que le remboursement doit avoir lieu lorsque le besoin personnel n'existe pas ou plus. Le Tribunal fédéral nie également l'application de l'art. 30c al. 3 LPP au cas de la sous-location ou location.
17. Par ailleurs, l'art. 30c al. 3 LPP permet à la personne assurée d'obtenir un versement anticipé pour l'acquisition de part dans une coopérative de logement ou de participation similaire, pour autant qu'elle utilise l'appartement cofinancé elle-même. Cette disposition n'est toutefois pas applicable à la situation de la location ou de la sous-location.
18. Enfin, l'OFAS a précisé que toutes les formes de cession de l'occupation ne donnent pas lieu à un remboursement, mais que seules les formes particulièrement qualifiées de cession obligent au remboursement (Bulletin sur la prévoyance professionnelle n° 30 du 5 octobre 1994, p. 29). Par conséquent, une location n'est généralement pas économiquement équivalente à une vente, sauf si, par exemple, un usufruit est accordé ou lorsque le contrat de bail est à très long terme sans possibilité de résiliation et avec un montant de loyer symbolique (*Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 55 du 30 novembre 2000, p. 12 s. ; également : Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 135 du 17 février 2014, p. 7*).
19. Dans le cas d'espèce, le bail était certes de durée illimitée mais pouvait être résilié avec un préavis de trois mois. Par ailleurs, le loyer n'était pas symbolique.
20. En conclusion, la mise à bail de la propriété financée au moyen du versement anticipé EPL ne donne pas lieu, dans le cas d'espèce, au remboursement dudit versement anticipé. C'est à raison que l'instance inférieure a nié l'existence d'une lacune juridique. Le recours de la caisse de pension a donc été rejeté.

■ **Note**

21. La question pertinente de cet arrêt est de savoir si une mise en location d'un logement acquis par l'encouragement à la propriété du logement du deuxième pilier implique pour la partie assurée l'obligation de rembourser le montant perçu.
22. Le Tribunal fédéral clarifie la teneur de l'art. 30d al. 1 LPP relatif au remboursement du versement anticipé perçu à titre d'encouragement à la propriété du logement au moyen du deuxième pilier, et ce au moyen du pluralisme méthodologique.
23. Par l'interprétation littérale et historique, le Tribunal fédéral arrive à la conclusion qu'il convient de distinguer la situation d'une renonciation *in rem* d'une renonciation *de facto*. En effet, le texte de l'art. 30d al. 1 LPP impose le remboursement uniquement si le logement est vendu ou si des droits équivalents à une aliénation sont concédés sur le logement en question. A cet égard, seule une renonciation *in rem* de l'usage personnel implique l'obligation de remboursement au sens de l'art. 30d al. 1 let. b LPP. En revanche, la renonciation *de facto* de l'usage personnel, et en particulier en cas de mise bail du logement concerné, ne fonde pas l'obligation de rembourser. En ce sens, la mise à bail de la chose louée ne saurait être assimilée à une aliénation. D'un point de vue historique, il ressort des travaux parlementaires que seules les opérations équivalentes à une aliénation telle que l'octroi d'un usufruit ou d'un droit de superficie devaient donner lieu à un remboursement. Au contraire, la question de la mise à bail du logement concerné n'a pas été mentionnée dans les débats parlementaires.

24. Selon l'interprétation téléologique, il s'avère que le but du remboursement est d'éviter que l'avoir de prévoyance versé à titre d'encouragement à la propriété du logement ne sorte de la prévoyance. Ainsi, le Tribunal fédéral admet qu'en principe, la mise à bail du logement financé n'implique pas la sortie du versement anticipé du cadre de la prévoyance.
25. Enfin, d'un point de vue systématique, le Tribunal fédéral précise qu'il convient de distinguer l'art. 30c al. 1 LPP relatif au versement de l'art. 30d al. 1 LPP relatif au remboursement. En effet, la première disposition conditionne le versement anticipé au financement d'un logement pour le besoin propre de la personne assurée. Tel que le précise l'art. 4 al. 1 OEPL, « par propres besoins, on entend l'utilisation par la personne assurée d'un logement à son lieu de domicile ou à son lieu de séjour habituel ». Cette disposition n'est pas applicable au remboursement.
26. Il convient de mettre en évidence les lignes directrices pouvant intéresser les propriétaires souhaitant mettre à bail leur logement acquis au moyen de l'encouragement à la propriété du logement du deuxième pilier.
27. En principe, l'absence de besoin propre n'implique pas, *de facto*, l'obligation de remboursement. Il convient à cet égard de souligner trois exceptions non exhaustives mais apparaissant comme les plus prévisibles :
- Premièrement, la personne assurée sera tenue au remboursement lorsqu'elle requiert le versement anticipé en vue de mettre à bail le logement financier afin de réaliser un profit.
 - Deuxièmement, le remboursement sera également requis lorsque la mise à bail est équivalente à une aliénation en raison de la très longue durée du bail sans possibilité de résiliation et de la contrepartie d'un loyer symbolique (*Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 55 du 30 novembre 2000, p. 12 s.*; également: *Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 135 du 17 février 2014, p. 7*). A notre sens, cette situation ne doit donner lieu à un remboursement que si elle consiste en une renonciation durable à l'usage propre sans contrepartie significative.
- Troisièmement et dernièrement, il convient de réserver l'abus de droit. A cet égard, on peut notamment penser à la situation où la personne assurée acquiert un logement qu'elle entend utiliser à titre de résidence secondaire.
28. Ainsi, le Tribunal fédéral considère, à juste titre, que selon l'art. 30d al. 1 LPP la partie assurée doit procéder au remboursement du versement anticipé si le logement en propriété est vendu ou en cas d'aménagement de droits équivalant économiquement à une aliénation. Il peut s'agir d'un usufruit, d'un droit d'habitation ou d'un droit de superficie. En revanche, la mise en location du logement n'équivaut en principe pas à une aliénation. Il convient de nuancer cette affirmation lorsque cette location consiste en une renonciation durable à l'utilisation personnelle du logement en propriété. Dans ce cas, la personne assurée doit rembourser le versement anticipé (ég. GANDROY, L'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle, Berne 2013, <https://www.bsv.admin.ch/bsv/fr/home/assurances-sociales/bv/grundlagen-und-gesetze/grundlagen/wohneigentumsfoerderung.html> [consulté le 30.08.2021]).

Liste des arrêts rendus par le Tribunal fédéral entre le 1^{er} octobre 2020 et le 30 septembre 2021

Référence	Date	Mots-clés	Commenté in DB 2021
1. Dispositions générales			
4A_162/2020	25.06.2020	Résiliation ; défaut ; procédure ; restitution à la fin du bail ; avis des défauts ; procès-verbal d'état des lieux de sortie ; usure normale ; remise en état	N 1
4A_320/2020	14.09.2020	Rénovation ; diligence ; résiliation ; devoir de tolérance ; devoir de diligence	
4A_401/2020	30.09.2020	Maxime de disposition et maxime des débats ; identité de l'objet du litige ; cas clair ; changement de propriétaire	
4A_233/2020	22.10.2020	Interprétation du contrat	
4A_422/2020	02.11.2020	Procédure ; résiliation ; cas clair ; compensation ; demeure dans le paiement du loyer ; indemnité pour une plus-value	
4A_256/2020	03.11.2020	Résiliation ; formule officielle ; indication de l'identité du bailleur	
4A_482/2020	10.11.2020	Généralités ; loyer ; existence d'une créance ; action en libération de dette ; reconnaissance de dette	N 2
4A_442/2020	11.11.2020	Locaux commerciaux ; défaut ; transfert ; démonstration du dommage	
4A_394/2020	03.12.2020	Commercial ; conclusion ; vente d'un fonds de commerce ; condition suspensive	
4A_291/2020	03.12.2020	Remise en état de la chose ; consignation des loyers	
4A_524/2020	19.01.2021	Renonciation à une indemnité de plus-value pour les travaux effectués par le locataire ; interprétation du contrat	
4A_411/2020	09.02.2021	Notion de défaut ; interprétation du contrat ; fardeau de la preuve	
4A_305/2020	11.02.2021	Travaux de rénovations et de modifications ; principe d'accession ; fin du bail ; restitution des locaux ; droit d'enlèvement ; droit à une indemnité	N 3
4A_537/2020	23.02.2021	Remise en état de la chose à la fin de bail ; épuisement des griefs	N 16
4A_433/2020	04.03.2021	Versement d'un acompte ; fardeau de l'allégation et de la preuve	
4A_219/2020	12.03.2021	Contrat mixte ; demeure qualifiée ; interprétation objective	
4A_552/2020	12.03.2021	Absence de formule officielle à la conclusion du bail ; nullité du loyer initial ; abus manifeste de droit	
ATF 147 III 218	23.03.2021	Consignation des loyers ; interprétation de la loi	N 4
4A_30/2020	23.03.2021	Transfert de bail commercial ; action en responsabilité suite au refus du transfert ; recevabilité	
4A_428/2020, destiné à la publication	01.04.2021	Interruption de la prescription	N 5
4A_74/2021	03.05.2021	Modification unilatérale du contrat	N 6
JTBL/565/2021	28.06.2021	COVID-19 ; réduction de loyer ; notion de défaut ; impossibilité subséquente d'exécuter le contrat ; <i>clausula rebus sic stantibus</i>	N 7
4A_85/2021	08.07.2021	Droit à la preuve ; notion de contrat de bail ; principe de la transparence	
4A_138/2021, 4A_150/2021	06.08.2021	Interprétation selon le principe de la confiance ; obligation de motiver les décisions	
4A_129/2021	09.08.2021	Bail conclu avec une personne décédée ; nullité partielle ; résiliation	N 8

Référence	Date	Mots-clés	Commenté in DB 2021
-----------	------	-----------	---------------------

2. Protection contre les loyers abusifs

ATF 147 III 14	26.10.2020	Loyer ; contestation du loyer initial ; méthode absolue ; rendement net admissible ; réévaluation des fonds propres investis ; taux de rendement admissible ; changement de jurisprudence	N 9
4A_374/2020	08.02.2021	Valeur litigieuse ; frais accessoires ; nullité d'une modification unilatérale du contrat	N 15
ATF 147 III 32	05.01.2021	Bail à loyer indexé ; modification du loyer à l'expiration de la durée initiale du bail indexé ; méthode relative ; application de la méthode absolue	N 10
4A_28/2020	13.01.2021	Contestation du loyer initial ; critères applicables ; calcul du rendement net	N 11
4A_288/2020	13.01.2021	Contestation du loyer initial ; critères applicables ; calcul du rendement net	
4A_616/2020	06.05.2021	Contestation d'une augmentation de loyer ; action du bailleur après réception de l'autorisation de procéder ; droit d'obtenir une décision dans un délai raisonnable	N 20
4A_183/2020, destiné à la publication	06.05.2021	Contestation du loyer initial ; immeuble ancien ; loyers usuels dans la localité ou dans le quartier ; fardeau de la preuve	N 19
4A_6/2021	22.06.2021	Majoration du loyer en cours de bail ; importantes réparations ; investissements créant des plus-values	N 12

3. Protection contre les congés

4A_426/2020	10.09.2020	Résiliation ; bonne foi ; congé repréailles ; établissement des faits	
4A_320/2020	14.09.2020	Rénovation ; diligence ; résiliation ; devoir de tolérance ; devoir de diligence ; résiliation	
4A_535/2020	03.12.2020	Résiliation ; diligence ; violation du devoir de diligence ; résiliation anticipée ; caractère insupportable du maintien du bail ; bonne foi	
4A_459/2020	15.12.2020	Annulation du congé et prolongation du bail ; modification de la demande ; durée de la prolongation	N 14
4A_468/2020	09.02.2021	Résiliation extraordinaire ; violation du devoir de diligence ; refus du locataire de produire une police d'assurance RC	N 13
4A_460/2020	23.02.2021	Annulation du congé contraire à la bonne foi ; prolongation du bail	
4A_608/2020	26.02.2021	Résiliation extraordinaire ; indemnité équitable	
4A_67/2021	08.04.2021	Contestation du congé ; maxime inquisitoire sociale ; notification de la résiliation ; abus de droit	N 18
4A_550/2020	29.04.2021	Protection dans les cas clairs ; résiliation du bail pour défaut de paiement	
4A_204/2021	07.06.2021	Droit d'être entendu ; arbitraire ; contradiction avec les pièces du dossier ; formalisme excessif ; prolongation du bail	
4A_157/2021	15.06.2021	Contestation du congé ; résiliation pour défaut de paiement ; cas clair	
4A_129/2021	09.08.2021	Bail conclu avec une personne décédée ; nullité partielle ; résiliation	N 8
4A_143/2021	31.08.2021	Congé contraire à la bonne foi ; motivation du congé ; prolongation du bail ; droit à la preuve ; droit d'être entendu	

4. Autorités et procédure

4A_301/2020	06.08.2020	Procédure ; assistance judiciaire ; droit à un défenseur gratuit ; atteinte aux droits justifiant l'intervention d'un défenseur gratuit	
4A_408/2020	16.09.2020	Procédure ; recours constitutionnel subsidiaire ; épuisement des griefs ; nova	
4A_150/2020	17.09.2020	Procédure ; loyer ; transaction judiciaire ; autorité de force jugée ; révision ; contestation du loyer initial	

Référence	Date	Mots-clés	Commenté in DB 2021
4A_401/2020	30.09.2020	Maxime de disposition et maxime des débats ; identité de l'objet du litige ; cas clair ; changement de propriétaire	
4A_213/2020	05.10.2020	Procédure ; décision préjudicielle ; compétence ; valeur litigieuse ; motivation	
4A_480/2020	06.10.2020	Procédure ; arbitraire ; motivation	
4A_33/2020	07.10.2020	Procédure ; recevabilité ; frais ; libre appréciation	
4A_337/2020	09.10.2020	Protection du cas clair ; situation juridique claire ; bonne foi ; abus de droit	
4A_423/2020	22.10.2020	Faits et moyens de preuve nouveaux en appel	
4A_422/2020	02.11.2020	Procédure ; résiliation ; cas clair ; compensation ; demeure dans le paiement du loyer ; indemnité pour une plus-value	
4A_451/2020	12.11.2020	Procédure ; droit à un procès équitable ; droit à une audience publique ; procédure sommaire	
4F_11/2020	25.11.2020	Procédure ; révision ; inadvertance ; constatation des faits	
4D_65/2020, 4D_66/2020, 4D_67/2020	01.12.2020	Procédure ; recevabilité ; valeur litigieuse ; recours constitutionnel subsidiaire ; motivation	
4D_68/2020, 4D_69/2020, 4D_70/2020	01.12.2020	Procédure ; recevabilité ; valeur litigieuse ; recours constitutionnel subsidiaire ; motivation	
4A_549/2020	07.12.2020	Procédure ; motivation ; nova ; droit d'être entendu	
4A_400/2020	09.12.2020	Recevabilité ; recours constitutionnel subsidiaire ; griefs invocables ; expulsion du fermier	
4A_459/2020	15.12.2020	Annulation du congé et prolongation du bail ; modification de la demande ; durée de la prolongation	N 14
4A_620/2020	16.12.2020	Assistance judiciaire	
4A_628/2020	16.12.2020	Assistance judiciaire	
4A_525/2020	29.12.2020	Renvoi ; décision incidente ; conditions de recevabilité	
4A_617/2020	21.01.2021	Restitution de délai	
4A_520/2020	28.01.2021	Récusation ; désignation d'un <i>Ersatzgericht</i> ; décision incidente ; principe de la double instance	
4A_374/2020	08.02.2021	Valeur litigieuse ; frais accessoires ; nullité d'une modification unilatérale du contrat	N 15
4A_537/2020	23.02.2021	Remise en état de la chose à la fin de bail ; épuisement des griefs	N 16
4A_523/2020	23.02.2021	Consignation des loyers ; mesures provisionnelles ; décision incidente ; recevabilité du recours	
6B_1400/2020	04.03.2021	Inobservation des prescriptions légales sur la protection des locataires d'habitations et de locaux commerciaux ; rectification des faits devant le Tribunal fédéral	
5A_804/2020	09.03.2021	Droit de préemption ; notion de décision finale, partielle et incidente	
4A_609/2020	26.03.2021	Protection dans les cas clairs ; interprétation selon le principe de la confiance ; qualité pour défendre	N 17
4A_76/2021	01.04.2021	Motivation du recours ; critique de l'état de fait	
4A_67/2021	08.04.2021	Contestation du congé ; maxime inquisitoire sociale ; notification de la résiliation ; abus de droit	N 18
4D_14/2021	12.04.2021	Recours en matière civile ; recours constitutionnel subsidiaire	
4A_171/2021	27.04.2021	Répartition des frais	
4A_550/2020	29.04.2021	Protection dans les cas clairs ; résiliation du bail pour défaut de paiement	
4A_670/2020	03.05.2021	Compétence matérielle	
4A_104/2021	03.05.2021	Nature réformatoire du recours en matière civile ; droit à une audience publique	

Référence	Date	Mots-clés	Commenté in DB 2021
4A_616/2020	06.05.2021	Contestation d'une augmentation de loyer ; action du bailleur après réception de l'autorisation de procéder ; droit d'obtenir une décision dans un délai raisonnable	N 20
4A_183/2020, destiné à la publication	06.05.2021	Contestation du loyer initial ; immeuble ancien ; loyers usuels dans la localité ou dans le quartier ; fardeau de la preuve	N 19
4A_162/2021	12.05.2021	Violation du droit d'être entendu ; délai proportionné pour quitter les locaux	
4A_45/2021	14.05.2021	Contestation du congé ; devoir de motivation de l'appel et du recours au Tribunal fédéral	
4A_279/2021	01.06.2021	Décision finale, partielle et incidente	
4A_204/2021	07.06.2021	Droit d'être entendu ; arbitraire ; contradiction avec les pièces du dossier ; formalisme excessif ; prolongation du bail	
4A_308/2021	10.06.2021	Assistance judiciaire ; contrat simulé ; obligation de motiver les décisions	
1C_66/2021, 1C_172/2021	06.07.2021	Qualité pour recourir	
4A_193/2021	07.07.2021	Pseudo nova en appel ; motivation du recours	
4A_85/2021	08.07.2021	Droit à la preuve ; notion de contrat de bail ; principe de la transparence	
4A_289/2021	16.07.2021	Restitution de délai ; défaut à l'audience de conciliation	N 21
4A_328/2021	26.07.2021	Récusation ; droit à être jugé par un tribunal indépendant et impartial	
4A_343/2021	27.07.2021	Droit de réplique ; procuration ; recours procédurier	
4A_338/2021	04.08.2021	Motivation du recours devant le Tribunal fédéral ; décision sur les frais	
4A_138/2021, 4A_150/2021	06.08.2021	Interprétation selon le principe de la confiance ; obligation de motiver les décisions	
4A_272/2021	26.08.2021	Récusation	
4A_278/2021	26.08.2021	Récusation	
4A_386/2021	31.08.2021	Recours contre une décision incidente	
4A_331/2021	07.09.2021	Assistance judiciaire ; désignation d'un avocat d'office	
4A_143/2021	31.08.2021	Congé contraire à la bonne foi ; motivation du congé ; prolongation du bail ; droit à la preuve ; droit d'être entendu	

5. Bail à ferme

4A_400/2020	09.12.2020	Recevabilité ; recours constitutionnel subsidiaire ; griefs invocables ; expulsion du fermier	
5A_804/2020	09.03.2021	Droit de préemption ; notion de décision finale, partielle et incidente	
4A_508/2020	25.03.2021	Requête en convocation d'une assemblée générale d'une SA ; abus de droit	
4A_76/2021	01.04.2021	Motivation du recours ; critique de l'état de fait	

6. Divers

4A_565/2020	15.10.2020	Divers ; loyer ; enrichissement illégitime ; garantie ; loyer payé indûment à un tiers	
4A_508/2020	25.03.2021	Requête en convocation d'une assemblée générale d'une SA ; abus de droit	
5A_282/2020	15.04.2021	Reconnaissance de dette ; titre de mainlevée provisoire	N 22
1B_635/2020	05.05.2021	Escroquerie en lien avec un contrat de bail ; séquestre pénal	
9C_293/2020, destiné à la publication	01.07.2021	Logement financé par un versement anticipé de la prévoyance professionnelle ; remise à bail	N 23
5D_249/2020	01.07.2021	Mainlevée provisoire ; interprétation selon le principe de la confiance	

Référence	Date	Mots-clés	Commenté in DB 2021
5A_123/2021	23.07.2021	Titre de mainlevée définitive ; jugement ou transaction résultant d'une action en diminution du loyer	
2C_1044/2020	03.08.2021	Examen du droit cantonal harmonisé par le Tribunal fédéral ; obligation du bailleur de communiquer au service du contrôle des habitants les données relatives à ses locataires	



FACULTÉ DE DROIT

Séminaire sur le droit du bail

Avenue du 1^{er}-Mars 26 • CH-2000 Neuchâtel • Téléphone: +41 32 718 12 60
www.bail.ch • courriel: seminaire.bail@unine.ch