

LE DIVORCE DES EPOUX ET L'ATTRIBUTION JUDICIAIRE A L'UN D'EUX DES DROITS ET OBLIGATIONS RESULTANT DU BAIL PORTANT SUR LE LOGEMENT DE LA FAMILLE

par **Pierre Wessner**,
professeur à l'Université de Neuchâtel

Sommaire

	<u>Page</u>
<u>Première partie</u> : <u>Observations générales</u>	3
§ 1 : <u>Introduction</u>	3
A. : La problématique	3
B. : Une réponse législative	3
§ 2 : <u>Le logement de la famille pendant le mariage</u>	5
A. : La conclusion du bail familial	5
B. : Les règles protectrices	6
C. : La situation en cas de suspension de la vie commune des époux	7
§ 3 : <u>Le logement de la famille après le mariage</u>	8
A. : Les règles matrimoniales et successorales	8
B. : Le nouvel article 121 du Code civil révisé	10
<u>Deuxième partie</u> : <u>Les conditions de l'attribution des droits et obligations du bail portant sur le logement de la famille</u>	14
§ 1 : <u>La location d'un logement de la famille</u>	14
A. : La notion de logement de la famille	14
B. : La perte du caractère familial du logement	17
C. : La location du logement familial	17
§ 2 : <u>Le prononcé du divorce</u>	18
A. : L'hypothèse ordinaire du divorce	18
B. : L'hypothèse extraordinaire de l'annulation du mariage	18

§ 3	: <u>L'existence d'un motif important et prépondérant</u>	18
A.	: La problématique	18
B.	: La prise en compte des intérêts des enfants et de l'époux demandeur	19
C.	: La prise en compte des intérêts de l'autre conjoint	20
D.	: La pesée des intérêts en présence	20
<u>Troisième partie</u>	: <u>Les effets de l'attribution des droits et obligations du bail portant sur le logement de la famille</u>	22
§ 1	: <u>Les effets généraux de la décision judiciaire</u>	22
A.	: Les effets sur le bail	22
B.	: L'obligation d'informer le bailleur	22
§ 2	: <u>Les effets particuliers pour les époux</u>	23
A.	: Les effets pour l'époux attributaire	23
B.	: Les effets pour l'autre époux	25
C.	: Les effets sur les rapports entre époux	26
§ 3	: <u>Les effets particuliers pour le bailleur</u>	27
A.	: L'opposabilité de la décision judiciaire	27
B.	: Le droit de résilier le bail et ses limites	28
C.	: La question des sûretés fournies par le locataire	29
<u>Annexe</u>	: Art. 121 du Code civil suisse	

PREMIERE PARTIE : OBSERVATIONS GENERALES

§ 1 Introduction

A. La problématique

1. Le logement revêt une *importance essentielle* pour la famille. En cas de suspension de la vie commune ou de divorce, il sera souvent opportun – et peut-être même "vital"¹ – pour l'un des époux et les enfants de pouvoir continuer de mener leur existence dans la maison ou l'appartement occupé jusqu'alors. Or, et à défaut d'une règle spécifique, la satisfaction d'un tel besoin est difficilement réalisable lorsque l'époux divorcé – souvent l'épouse – qui se voit attribuer les enfants n'est lui-même pas titulaire des droits sur le logement de la famille. Et la recherche à proximité d'une habitation de remplacement pourra se révéler vaine, selon le marché du logement ou la situation financière des conjoints.
2. Pendant longtemps, le logement de la famille n'a bénéficié d'aucun statut particulier. C'est la révision du droit du mariage en 1984 et celle du droit du bail en 1989 qui, sur ce point, ont introduit une réglementation protectrice. Or, cette réglementation ne trouvait application que durant l'union conjugale. En cas de divorce, l'attribution du logement familial à l'un des époux était simplement régie par les dispositions ordinaires du droit de propriété et du droit du bail². Et, dans cette dernière hypothèse, le juge n'était pas habilité à contraindre le bailleur d'accepter le conjoint non partie au contrat comme locataire, ou comme locataire exclusif en cas de bail commun.

B. Une réponse législative

3. Le nouvel art. 121 CC, adopté par la loi du 26 juin 1998³ qui modifie, entre autres domaines, le régime juridique du divorce, donne au juge le pouvoir d'attribuer à l'un des époux les droits et obligations qui résultent du bail portant sur le logement de la famille (al. 1). Et lorsque le logement en question n'est pas loué, mais qu'il est propriété d'un conjoint, le juge pourra octroyer à l'autre un droit d'habitation limité dans le temps (al. 3); cette seconde hypothèse ne sera pas exposée ici.
4. La règle prévue à l'art. 121 CC repose sur un *postulat de politique sociale et familiale*. Ce postulat place en point de mire l'intérêt de l'enfant, en particulier l'intérêt jugé pour

¹ Selon l'adjectif utilisé par le Conseil fédéral dans son Message du 15 novembre 1995, FF 1996 I 98.

² Avec quelques tempéraments prévus par des normes régissant les régimes matrimoniaux et les successions à cause de mort, ou posés par la jurisprudence; cf. à ce sujet infra n° 20 ss.

³ La loi a été adoptée le 26 juin 1998 (FF 1998 III 3077 ss). Elle est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2000.

lui primordial de pouvoir maintenir son cadre de vie, à un moment de son existence où il se trouve séparé d'un de ses parents⁴.

5. Cette règle a vocation de *combler une lacune* de l'ordre juridique suisse en vigueur jusqu'au 31 décembre 1999⁵. En ce sens constitue-t-elle une *innovation* d'importance. Sa portée pratique n'est guère à démontrer, au regard du fort pourcentage des couples qui se divorcent⁶. Elle sera surtout significative lorsque les époux sont en désaccord sur le principe de leur divorce, ou sur certains effets liés aux enfants et à la jouissance du logement de la famille. Et son application la plus fréquente concernera le cas du logement familial loué (art. 121 al. 1 et 2 CC), plutôt que le cas où ce logement est propriété d'un des conjoints (art. 121 al. 3 CC).
6. L'art. 121 CC constitue "une base légale pour l'attribution du logement de la famille en cas de divorce"⁷. Toutefois, et sous réserve évidemment de solutions conventionnelles impliquant le bailleur, cette règle constitue le seul fondement permettant dorénavant au juge du divorce d'attribuer le logement à l'époux non locataire, ou de le lui attribuer exclusivement en cas de bail commun⁸. En ce sens, l'art. 121 al. 1 CC confère une *prérogative nouvelle* au conjoint qui justifie vouloir maintenir son cadre de vie dans l'habitation louée. A première vue, une telle prérogative s'exerce aux dépens du bailleur (qui se voit imposer un nouveau locataire, ou un locataire exclusif en cas de bail commun) comme aux dépens de l'autre époux (qui subit la perte de sa qualité de locataire). Pourtant, les intérêts de l'un et de l'autre ne sont pas purement et simplement ignorés par le législateur. S'agissant du *bailleur*, il bénéficiera pendant une certaine période de la garantie que constitue la responsabilité solidaire des deux ex-conjoints pour les dettes de loyer (art. 121 al. 2, 1^{ère} phrase CC). Quant à *l'autre époux*, la décision judiciaire devra pouvoir lui être raisonnablement imposée (art. 121 al. 1 *in fine* CC); au surplus, si après le divorce il a été tenu de s'acquitter du loyer envers le bailleur, il pourra dans une certaine mesure compenser le montant versé avec la contribution d'entretien due à son conjoint (art. 121 al. 2, 2^{ème} phrase CC). En résumé, le législateur de la réforme du droit du divorce n'a pas négligé de prendre en compte tous les intérêts en présence lors de l'élaboration de la norme.
7. Comme cela vient d'être souligné⁹, l'art. 121 CC constitue une innovation législative. L'affirmation mérite pourtant d'être nuancée à plus d'un titre. Tout d'abord, et pour ce qui touche son champ d'application matériel, la règle régit l'attribution du *logement de*

⁴ Hausheer, Die Familienwohnung im neuen Scheidungsrecht, MP 4/99, p. 160.

⁵ Bulletin officiel du Conseil des Etats, 1996, p. 761.

⁶ Plus de quatre mariages sur dix se dissolvent par un divorce. Cf. Mess. du CF, op. cit. (n. 1), p. 19.

⁷ Mess. du CF, op. cit. (n. 1), p. 99. A côté de l'art. 121 CC, il existe d'autres bases légales qui permettent également l'attribution du logement familial en cas de divorce : il s'agit notamment des normes régissant la liquidation des régimes matrimoniaux, singulièrement de celles qui règlent l'attribution à un époux de biens en copropriété ou en propriété commune; cf. sur ce point infra n° 20 ss.

⁸ Micheli/Nordmann/Jacottet-Tissot/Crettaz/Thonney/Riva, Le nouveau droit du divorce, Lausanne 1999, n° 591.

⁹ Cf. supra n° 5 et 6.

la famille, en se référant à une notion connue depuis la révision du droit du mariage en 1984 (art. 169 CC) et celle du droit du bail en 1989 (art. 266m, 266n et 273a CO). Toutefois, ces dispositions ne s'appliquent que durant l'union conjugale, et non au-delà¹⁰. Par ailleurs, et en ce qui concerne son mécanisme et dans une certaine mesure son fonctionnement, l'art. 121 al. 1 et 2 CC s'inspire du modèle inscrit à l'art. 263 CO¹¹, mais sans poser l'exigence du consentement du bailleur; à vrai dire, le juge du divorce décidant de l'attribution du logement familial n'est même pas tenu d'entendre le bailleur. Enfin, de nombreuses *législations étrangères* – et spécialement celles des pays qui entourent la Suisse – ont institué bien avant nous une réglementation analogue¹². Sans parler de la Recommandation adoptée depuis près de 20 ans par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, qui encourage les Etats membres à inscrire un tel principe dans leur ordre juridique¹³.

8. Sauf quelques modifications rédactionnelles apparemment insignifiantes, la règle posée à l'art. 121 CC correspond à celle prévue par le Projet du Conseil fédéral du 15 novembre 1995¹⁴, comme d'ailleurs à celle de l'Avant-projet du 29 avril 1992 élaboré par la Commission d'experts pour la révision du droit du divorce¹⁵.

Cette règle a recueilli l'adhésion du Parlement fédéral sans discussion.

§ 2 Le logement de la famille pendant le mariage

A. La conclusion du bail familial

9. Depuis le 1^{er} janvier 1988, date de son entrée en vigueur, le nouveau droit matrimonial est gouverné par *trois principes généraux* qui, d'une manière ou d'une autre, sont tous significatifs pour les questions liées au logement de la famille : 1° la réalisation de l'égalité juridique du mari et de la femme; 2° l'institution d'un système de concertation entre époux; 3° le renforcement de la protection de l'union conjugale.

¹⁰ Cf. supra n° 2 et infra n° 12 ss et 20.

¹¹ Sutter/Freiburghaus, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, Zurich 1999, n. 2 ad art. 121 CC.

¹² Cf. à ce sujet l'exposé et les références du Message du CF, op. cit. (n. 1), p. 99, n. 315. Cf. aussi Henrich/Schwab (éd.), Der Schutz der Familienwohnung in Europäischen Rechtsordnungen, divers auteurs, Bielefeld 1995.

¹³ Recommandation n° R (81)15 concernant les droits des époux relatifs à l'occupation du logement de la famille et à l'utilisation des objets du ménage, du 16 octobre 1981 (Principe 3 : Echec du mariage : "Le droit à l'occupation du logement de la famille pourra, dans les cas appropriés et dans les conditions fixées par la législation nationale, être accordé d'une façon exclusive à l'un des époux en cas de divorce ou de séparation judiciaire").

¹⁴ FF 1996 I 210.

¹⁵ Art. 125. On notera pourtant que le droit de compensation institué à l'art. 121 al. 2, 2^{ème} phrase CC a été proposé lors de la procédure de consultation et que son bien-fondé a été reconnu par le Conseil fédéral, puis par les Chambres fédérales; cf. Sutter/Freiburghaus, op. cit. (n. 11), n. 4 et 5 ad art. 121 CC.

10. L'art. 162 CC dispose que les époux choisissent ensemble la *demeure commune*. Cette norme ne vise pas un acte juridique comme tel, mais la décision qui le précède. S'agissant de la conclusion du bail portant sur le logement de la famille, chaque époux a le pouvoir de conclure le contrat au titre de la *représentation de l'union conjugale* et, puisque l'engagement en cause dépasse les besoins courants du ménage, il ne pourra le faire en principe qu'avec le consentement de son conjoint; si ce consentement est refusé, il doit, sauf urgence, obtenir l'autorisation du juge (art. 166 al. 2 CC).
11. Le consentement du conjoint ne constitue pas une condition de validité du contrat. Il a le caractère d'un pouvoir de souscrire un engagement qui dépasse les besoins courants du ménage. Il permet à l'époux locataire, comme au bailleur d'ailleurs, de se prévaloir des effets de la représentation de l'union conjugale, notamment des règles sur la *solidarité passive* pour les dettes contractuelles, sans pour autant donner au conjoint la qualité de locataire (art. 166 al. 3 CC, combiné avec les art. 144 ss CO). Mais il est bien évident que mari et femme sont aussi en droit de conclure le contrat ensemble à titre de colocataires, et donc logiquement de codébiteurs solidaires (art. 143 al. 2 CO)¹⁶. En résumé, et dans la règle, les époux sont principalement et solidairement coresponsables des dettes consécutives au "bail familial", peu importe qu'il s'agisse d'un bail commun ou non. Lorsque pourtant le contrat est conclu par un seul des conjoints, il y a lieu de se rappeler que la représentation de l'union conjugale – et ses effets – n'existe que pendant la vie commune des époux (art. 166 al. 1 CC)¹⁷.

B. Les règles protectrices

12. La révision du droit matrimonial en 1984 (art. 169 CC, 271a anc. CO), puis celle du droit du bail en 1989 (art. 266m, 266n, 273a CO), ont institué une réglementation spécifique sur la *protection du logement de la famille*, en visant en particulier le logement qui est loué¹⁸. Ces dispositions sont impératives. Elles s'appliquent à tous les couples mariés, quel que soit leur régime matrimonial, et peu importe si le bail a été conclu par l'un des époux ou par les deux ensemble. On ne saurait nier que, par les cautèles et exigences qu'elles posent, elles aient pour effet d'entraver quelque peu la pratique des affaires. Toutefois, l'objectif de politique juridique tendant à la protection du logement familial l'emporte sur des considérations de ce genre¹⁹.

¹⁶ A noter que l'art. 1751 al. 1 du Code civil français donne de plein droit aux époux la cotitularité du bail portant sur le local qui sert à leur habitation.

¹⁷ Sur ces questions liées à la conclusion du "bail familial", cf. Wessner, Le bail portant sur le logement de la famille : les incidences du nouveau droit matrimonial, in : Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 1986, p. 5 ss; Hasenböhler, Die gemietete Familienwohnung, MRA 1995, p. 229 ss.

¹⁸ Cf. Wessner, op. cit. (n. 17), p. 3 et 12 ss; Hasenböhler, op. cit. (n. 17), p. 233 ss. Cf. aussi art. 151 al. 1 litt. b LP.

¹⁹ Deschenaux/Steinauer/Baddeley, Les effets du mariage, Berne 2000, p. 110; Vollenweider, Le logement de la famille selon l'art. 169 CC : notion et essai de définition, thèse Lausanne, 1995, p. 13 s.

13. Du point de vue du bail, les dispositions susmentionnées visent essentiellement à sauvegarder les intérêts de l'époux non locataire et, à travers lui, ceux de l'union conjugale. C'est dire qu'elles se présentent avant tout comme un *droit de crise*. Elles reçoivent leur application naturelle en cas de mésentente ou de séparation du couple, quand l'époux locataire est tenté de résilier le contrat, ou de provoquer la résiliation par le bailleur, en ne payant pas le loyer par exemple. D'où l'obligation faite à l'époux locataire qui donne le congé d'obtenir le consentement de son conjoint, à défaut l'autorisation du juge (art. 169 CC, 266m CO). D'où l'obligation faite au bailleur qui résilie de communiquer l'avis au locataire et à son conjoint (art. 266n CO). Le non-respect de ces formalités entraîne la nullité radicale de la dénonciation du contrat (art. 266o CO).
14. Quant à l'art. 273a al. 1 CO, il confère au conjoint du locataire la faculté de faire valoir, à titre indépendant et en son propre nom, les droits tendant au maintien du bail, notamment le droit de contester le congé donné par le bailleur ou celui de demander la prolongation du contrat²⁰.
15. Lorsque le bail est commun, les actes – dits "formateurs" – qui tendent à sa modification ou à son extinction doivent être faits par les locataires agissant ensemble, ou être reçus par tous les locataires. En principe, les règles sur la cotitularité "préviennent" donc les actes unilatéraux du mari ou de la femme²¹. Il n'empêche que, dans cette hypothèse également, les exigences impératives de la réglementation sur la protection du logement familial doivent être respectées; ainsi, la procuration donnée par un époux à son conjoint à l'égard du bailleur ne dispense pas ce dernier de signifier le congé à l'un comme à l'autre²².
16. On rappellera enfin que le congé donné par le bailleur en raison de changements dans la situation familiale du locataire, sans qu'il en résulte pour lui des inconvénients majeurs est annulable (art. 271a al. 1 litt. f CO). Sans exclure d'autres cas, cette norme appréhende principalement des changements qui touchent l'union conjugale du mari et de la femme et par conséquent l'occupation du logement de la famille.

C. La situation en cas de suspension de la vie commune des époux

17. En règle générale, la séparation de fait des conjoints, mais aussi la suspension judiciaire de la vie commune (art. 176 al. 1 ch. 2 CC) ou l'instance de divorce (art. 137 al. 2 CC) ne font pas perdre au logement son caractère familial, et cela, même si le

²⁰ L'art. 273a al. 2 CO ajoute que les conventions portant sur la prolongation du bail ne sont valables que si elles sont conclues avec les deux époux.

²¹ Deschenaux/Steinauer/Baddeley, op. cit. (n. 19), p. 111.

²² Hasenböhler, op. cit. (n. 17), p. 235 et 242.

juge en a attribué la jouissance exclusive à l'un d'eux²³. C'est dans ces cas-là que la protection légale (art. 266m, 266n et 273a CO) est surtout utile²⁴.

18. Si le caractère familial du logement subsiste normalement tant que dure l'union conjugale, il n'en va plus ainsi lorsque la désunion du couple est durable et vraisemblablement définitive, ou que l'époux non locataire a quitté à jamais la demeure conjugale, ou pour une durée indéterminée mais sans marquer l'intention d'y revenir. Compte tenu du but de la loi en la matière, une telle situation ne doit être admise que très restrictivement²⁵.
19. L'attribution exclusive de la jouissance du logement familial à l'un des conjoints est dictée par leur intérêt et celui des enfants. Elle touche les relations entre mari et femme et, par là, les rapports que ceux-ci sont autorisés à entretenir avec leur progéniture²⁶. C'est dire que le juge statue ici sans égard au bail et indépendamment de savoir qui est locataire; il n'a pas la compétence de modifier le bail portant sur le logement de la famille²⁷.

De même, une convention passée entre les époux, qui prévoit la jouissance exclusive du logement par l'un d'eux, n'est pas opposable au bailleur.

§ 3 Le logement de la famille après le mariage

A. Les règles matrimoniales et successorales

20. Le divorce des époux, ou le décès de l'un d'eux, fait perdre au logement son caractère familial.

²³ L'attribution du logement est à ce stade provisoire. Sauf reprise de la vie commune, elle déploiera ses effets jusqu'à la dissolution du mariage, mais éventuellement pendant une période postérieure, lorsque la procédure relative aux effets du divorce n'est pas close (art. 137 al. 2, 2^{ème} et 3^{ème} phrases CC).

²⁴ Grossen, La protection du logement de la famille, in : Mélanges Henri Deschenaux, Fribourg 1977, p. 103; Hasenböhler, op. cit. (n. 17), p. 244; ATF 114 II 396, JT 1990 I 261, DB 1990, p. 17, n° 24; ATF 114 II 402, JT 1990 I 268; CJ GE, 22.06.1990, DB 1992, p. 12, n° 10; CJ GE, 10.02.1989, SJ 1989, p. 270, DB 1990, p. 16, n° 23. A noter l'opinion plus restrictive de Vollenweider en cas de suspension conventionnelle ou judiciaire de la vie commune, op. cit. (n. 19), p. 128 ss.

²⁵ Deschenaux/Steinauer/Baddeley, op. cit. (n. 19), p. 118 s.; Hasenböhler, op. cit. (n. 17), p. 224; Hausheer/Reusser/Geiser, Kommentar zum Eherecht, I, Berne 1988, n. 22 ad art. 169 CC. Cf. aussi les arrêts cités plus haut en n. 24 et infra n° 45.

²⁶ La décision judiciaire précisera peut-être à quel conjoint incombent les charges financières du logement, notamment le loyer.

²⁷ Hasenböhler, op. cit. (n. 17), p. 245; Micheli et d'autres auteurs, op. cit. (n. 8), n° 586; Reusser, Die Familienwohnung im neuen Scheidungsrecht, Mélanges en l'honneur de Jacques-Michel Grossen, Bâle 1992, p. 191.

21. Déjà avant l'entrée en vigueur du nouveau droit du divorce²⁸, certaines règles du Code civil permettaient, et continuent de permettre aujourd'hui encore, d'attribuer le logement familial au conjoint qui ne dispose pas, ou pas exclusivement, des droits y relatifs.
22. Ainsi, *en cas de divorce*, le juge est autorisé, dans le cadre de la liquidation du régime matrimonial, d'attribuer entièrement à l'époux justifiant d'un "intérêt prépondérant" le logement familial qui est en copropriété ou propriété commune (art. 205 al. 2, 244 al. 3, 251 CC)²⁹. L'intérêt est jugé "prépondérant" lorsqu'il trouve une justification affective, professionnelle ou financière, ou encore liée à la santé physique ou psychique de l'époux bénéficiaire, sans parler évidemment de l'intérêt des enfants à maintenir leur cadre de vie³⁰.

Par ailleurs, dans l'application de l'ancien droit du divorce (art. 151 anc. CC), le TF a jugé que l'indemnité versée à l'époux "innocent" pouvait prendre la forme d'une prestation en nature si des motifs particuliers fondaient une telle solution, et s'exécuter ainsi par l'attribution de la propriété individuelle d'un immeuble³¹. Pour lui, cette jurisprudence devait rester d'application exceptionnelle; elle était justifiée, ici aussi, par l'intérêt des enfants à pouvoir continuer de vivre dans leur environnement habituel³².
23. En cas de *décès* de l'époux titulaire des droits sur le logement de la famille, certaines solutions légales conduisent d'une manière ou d'une autre à ce que le conjoint survivant soit à même de disposer, à tout le moins de continuer de jouir de la maison ou de l'appartement en question. Ainsi, dans le cas où le logement était propriété de l'époux défunt, il peut être attribué au conjoint survivant en imputation sur sa créance de participation ou sur sa part héréditaire; dans une telle éventualité, l'attribution prend la forme d'un droit de propriété, d'usufruit ou d'habitation (art. 219 al. 1 et 3, 244 al. 1 et 2, 612a CC)³³. Lorsqu'en revanche le logement avait été loué par l'époux défunt, le bail est, de par la loi, transféré aux héritiers, et donc souvent aux proches familiaux et en particulier au conjoint survivant (cf. art. 266i CO); le cas échéant, ce dernier – avec les autres héritiers – prend la place du locataire dans le contrat, sans que le bailleur ne soit en mesure de s'y opposer.
24. En résumé, et pour s'en tenir à l'hypothèse où le mariage prend fin par le divorce, le juge ne pouvait, avant le 1^{er} janvier 2000, attribuer le logement familial à l'époux qui n'était pas titulaire (ou pas à titre exclusif) que dans des cas déterminés, et seulement

²⁸ Le nouveau droit du divorce est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2000.

²⁹ Mess. du CF, op. cit. (n. 1), p. 99; Micheli et d'autres auteurs, op. cit. (n. 8), n° 587.

³⁰ Reusser, op. cit. (n. 27), p. 192.

³¹ ATF 80 II 242.

³² Reusser, op. cit. (n. 27), p. 192.

³³ Cf. aussi art. 11 LF sur le droit foncier rural (RS 211.412.11). Cf. également Deschenaux/Steinauer/Baddeley, op. cit. (n. 19), p. 119 et les réf. cit.

lorsque la maison ou l'appartement en question était soit propriété individuelle de l'autre conjoint, soit copropriété ou propriété commune du mari et de la femme. En revanche, le juge n'était pas habilité à attribuer le logement familial loué à l'époux non locataire; en d'autres termes, il n'avait pas le pouvoir de contraindre le bailleur d'accepter cet époux comme locataire, ou comme seul locataire en cas de bail commun³⁴.

25. C'est ce constat, ajouté à divers autres motifs déjà énoncés ici³⁵, qui a fondé le législateur de la réforme du droit du divorce à instituer une nouvelle règle en la matière.

B. Le nouvel article 121 du Code civil révisé

1. La prétention à l'attribution du logement familial loué

26. L'art. 121 al. 1 CC accorde à l'époux qui n'est pas locataire, ou à chaque époux en cas de bail commun, la prétention de se faire attribuer par le juge, et cela à titre exclusif, les droits et les obligations qui résultent du bail portant sur le logement de la famille. Il s'agit d'un *droit de nature propre*. Ce droit – qui n'est pas une créance – est indépendant de prérogatives que confère la réglementation du bail à loyer, ou que pourrait conférer le bail lui-même. Il est également indépendant des prétentions qui peuvent être émises lors de la procédure de divorce, à titre de contribution d'entretien par exemple, ou de liquidation du régime matrimonial³⁶.
27. L'époux visé par l'art. 121 al. 1 CC est évidemment libre d'exercer la prétention que lui octroie cette disposition³⁷. Ce n'est donc que s'il le *demande*, et pour autant que les conditions matérielles en soient réunies³⁸, que le juge du divorce pourra décider en sa faveur de l'attribution du logement familial³⁹.

Autrement dit, l'application de la règle obéit à la maxime de disposition.

28. En cas de divorce à l'amiable, et lorsque la procédure a été introduite par une requête commune des époux (art. 111 et 112 CC), la demande tendant à l'attribution du logement familial peut être insérée dans la convention sur les effets du divorce. Dans une telle éventualité, le juge ne devrait guère procéder à un examen très approfondi

³⁴ Reusser, op. cit. (n. 27), p. 193; Hasenböhler, op. cit. (n. 17), p. 245 s.

³⁵ Cf. supra n° 1, 2, 4, 5 et 7.

³⁶ Hausheer, op. cit. (n. 4), p. 172 s.; Reusser, op. cit. (n. 27), p. 196.

³⁷ Sur le caractère impératif de la règle, cf. infra n° 36 s.

³⁸ Cf. sur ce point, deuxième partie, n° 38 ss.

³⁹ Reusser, op. cit. (n. 27), p. 197; Micheli et d'autres auteurs, op. cit. (n. 8), n° 610. Il reste que le juge du divorce statue d'office sur le sort des enfants (art. 133 CC) et qu'à cette occasion, il sera amené à examiner si la question de l'attribution du logement familial n'a pas échappé aux parties.

des conditions d'application matérielles de la règle. Avant de ratifier la convention, il s'assurera pourtant que les conjoints l'ont conclue après mûre réflexion et de leur plein gré, et qu'en particulier la clause d'attribution est claire; il veillera également à ce que l'époux qui s'en prévaut dispose des ressources financières suffisantes pour payer le loyer prévu par le bail⁴⁰.

29. Lorsque le divorce ne se fait pas à l'amiable, et que la procédure a été introduite sur demande unilatérale d'un époux (art. 114 ss CC), ou lorsqu'en dépit d'une requête commune l'attribution du logement familial reste litigieuse (art. 112 CC), le juge devra alors appliquer l'art. 121 CC "dans toute sa rigueur"⁴¹.

2. La décision judiciaire d'attribution du logement familial loué

30. La décision d'attribution des droits et des obligations résultant du bail portant sur le logement de la famille doit figurer dans le *dispositif du jugement de divorce*, éventuellement par le biais de la ratification de la convention sur les effets du divorce⁴².
31. Sur ce point, le jugement de divorce est dit *constitutif*⁴³, en ce sens qu'il provoque un "changement"⁴⁴ ou une "substitution"⁴⁵ de la qualité de locataire. L'époux attributaire du logement familial devient locataire, en lieu et place de son conjoint; en telle occurrence, on peut parler d'un véritable *transfert du contrat*. En cas de bail commun, l'époux attributaire devient le seul locataire, son conjoint perdant ainsi sa qualité de colocataire.
32. En toute hypothèse, la substitution de la qualité de locataire est *forcée*. Tout d'abord, elle peut se faire contre la volonté du conjoint qui était partie au contrat comme locataire ou colocataire. Mais elle peut se décider également contre la volonté du bailleur, qui n'est même pas entendu par le juge dans le cadre de la procédure de divorce⁴⁶. Ce point constitue une différence majeure avec la règle posée à l'art. 263

⁴⁰ Cf. art. 111 al. 1 *in fine* et 140 al. 2 CC. Cf. aussi Micheli et d'autres auteurs, op. cit. (n. 8), n° 600 s.; Conod, Les incidences du nouveau droit du divorce sur le droit du bail, CdB 2000, p. 39. Cf. infra n° 57.

⁴¹ Micheli et d'autres auteurs, op. cit. (n. 8), n° 602.

⁴² L'art. 140 al. 1 CC précise que la convention sur les effets du divorce, une fois ratifiée par le juge, figure dans le dispositif du jugement. Cf. sur ce point Hausheer, op. cit. (n. 4), p. 164, n. 20; Sutter/Freiburghaus, op. cit. (n. 11), n. 30 ad art. 121 CC.

⁴³ Hausheer, op. cit. (n. 4), p. 164; Reusser, op. cit. (n. 27), p. 197.

⁴⁴ Mess. du CF, op. cit. (n. 1), p. 100.

⁴⁵ Deschenaux/Steinauer/Baddeley, op. cit. (n. 19), p. 120.

⁴⁶ Certains auteurs, notamment Gloor (Die Zuteilung der ehelichen Wohnung nach schweizerischem Recht, Zurich 1987, p. 151 et 156 s.) ont proposé en vain que le bailleur puisse défendre ses intérêts. Le droit allemand lui donne la faculté d'être entendu par le juge du divorce; cf. sur ce point Hausheer, op. cit. (n. 4), p. 165 et les réf. cit.

CO, qui a servi de modèle à l'art. 121 CC et qui permet au bailleur de s'opposer au transfert du bail commercial s'il avance des "justes motifs"⁴⁷. Les raisons qui, aux yeux du législateur de la réforme, ont justifié une telle réglementation sont diverses.

- Il y a tout d'abord le rappel de l'importance essentielle que représente le logement de la famille, par rapport à des considérations pratiques ou commerciales, en particulier la volonté de prendre en compte l'intérêt jugé primordial des enfants de maintenir si possible leur cadre de vie⁴⁸.
- A cela s'ajoute le constat que certaines dispositions du droit du bail imposent d'une manière ou d'une autre au bailleur des changements dans la personne de son partenaire contractuel. On citera l'art. 264 CO, qui permet de libérer le locataire quittant prématurément les locaux loués s'il présente un candidat solvable et disposé à reprendre le contrat aux mêmes conditions; le bailleur est certes en mesure de refuser la proposition qui lui est faite; mais il prend alors le risque de subir un préjudice. Mais on mentionnera surtout l'art. 266i CO, qui prévoit que les héritiers du locataire défunt prennent sa place dans le bail. Or, pour le législateur, si on peut attendre du bailleur qu'il doive accepter le conjoint survivant – avec les autres héritiers – en cas de décès du locataire, on peut aussi attendre de lui qu'il accepte le conjoint et les enfants en cas de divorce. Cela d'autant que ce conjoint n'est pas un "étranger", et que déjà avant la dissolution du mariage, il disposait de certaines prérogatives contractuelles, comme celles de contester le congé ou de demander une prolongation du bail (art. 273a al. 1 CO)⁴⁹.
- On rappellera encore que le bailleur qui subit le changement dans la personne du locataire est protégé par la règle prévoyant la solidarité des ex-époux pour les dettes de loyer (art. 121 al. 2 CO). Il est vrai que, comme à l'art. 263 CO, cette protection est limitée dans le temps. Il y a toutefois lieu de souligner que, contrairement à la pratique observée en matière commerciale, les baux portant sur une maison ou un appartement ne sont pas fréquemment conclus pour une longue durée. Le risque économique encouru par le bailleur paraît donc ici moindre.

⁴⁷ Mess. du CF, op. cit. (n. 1), p. 100; Sutter/Freiburghaus, op. cit. (n. 11), n. 2 ad art. 121 CC. Outre les hypothèses légales dissemblables (bail familial d'une part, bail commercial d'autre part), d'autres différences existent entre les deux dispositions, comme le fait que l'art. 121 CC prévoit aussi qu'un colocataire puisse se faire attribuer la qualité de locataire à titre exclusif; comme le fait également que l'art. 263 CO est appelé à "fonctionner" sans intervention du juge.

⁴⁸ Cf. supra n° 1 et 4.

⁴⁹ Mess. du CF, op. cit. (n. 1), p. 100; Hausheer, op. cit. (n. 4), p. 165; Reusser, op. cit. (n. 27), p. 199.

3. Le moment de l'attribution du logement familial loué

33. Par l'effet constitutif de la décision judiciaire en cause⁵⁰, l'époux qui se voit attribuer les droits et les obligations qui résultent du bail portant sur le logement de la famille devient locataire, ou locataire à titre exclusif, au moment où le jugement de divorce acquiert *force de chose jugée*⁵¹.
34. Mais il est aussi possible que la substitution de la qualité de locataire soit postérieure à l'entrée en force du jugement en question, lorsque la dissolution du mariage a été prononcée, mais que la procédure relative aux effets du divorce n'est pas close. Dans une telle éventualité, le juge est habilité à ordonner des mesures provisoires, en appliquant par analogie les dispositions régissant la protection de l'union conjugale (art. 137 al. 2, 2^{ème} et 3^{ème} phrases CC). Ainsi pourrait-il, dans l'hypothèse où le conjoint continue d'occuper l'ancien logement familial, s'inspirer de la règle prévue à l'art. 169 CC et faire interdiction à l'époux locataire de résilier le bail jusqu'à ce que le jugement touchant les effets du divorce encore litigieux ait acquis force de chose jugée⁵².
35. L'art. 148 al. 1 CC prévoit que le dépôt d'un recours ne suspend l'entrée en force du jugement que dans la mesure des conclusions prises.

4. Le caractère impératif de la règle

36. L'art. 121 CC est de nature impérative⁵³. Cela signifie que la règle ne saurait être exclue ou modifiée conventionnellement. Cela signifie aussi que l'époux susceptible de s'en prévaloir - par définition, l'époux non locataire - ne peut y renoncer par avance, et cela tant à l'égard de son conjoint qu'à l'égard du bailleur.
37. Rien n'empêche d'admettre pourtant que, durant la suspension de la vie commune, et en particulier pendant la procédure de divorce, les époux conviennent avec le bailleur d'un *transfert du bail* à celui qui n'est pas locataire. Le cas échéant, la question de l'attribution judiciaire du logement de la famille devient sans objet⁵⁴.

⁵⁰ Cf. supra n° 31.

⁵¹ Reusser, op. cit. (n. 27), p. 198.

⁵² Hausheer, op. cit. (n. 4), p. 161. Dans l'ancien droit du divorce, on admettait que le juge puisse assortir son ordonnance de mesures provisoires d'une interdiction à l'époux locataire de mettre fin au bail, sous menace des peines prévues à l'art. 292 CPS; cf. sur ce point Bühler/Spühler, Die Ehescheidung, in : Berner Kommentar, II.1.1.2, Berne 1980, n. 96 s. ad art. 145 anc. CC.

⁵³ Hausheer, op. cit. (n. 4), p. 162; Sutter/Freiburghaus, op. cit. (n. 11), n. 12 ad art. 121 CC; Büchler, in : Praxiskommentar Scheidungsrecht (éd. : Schwenger), Bâle 2000, n. 3 ad art. 121 CC.

⁵⁴ On peut aussi imaginer que les époux conviennent de rester colocataires du bail portant sur l'ancien logement de la famille. Cf. dans ce sens Micheli et d'autres auteurs, op. cit. (n. 8), n° 595.

DEUXIEME PARTIE : LES CONDITIONS DE L'ATTRIBUTION DES DROITS ET OBLIGATIONS DU BAIL PORTANT SUR LE LOGEMENT DE LA FAMILLE

38. Pour que le juge du divorce soit en mesure d'attribuer à l'époux qui le demande⁵⁵ les droits et les obligations qui résultent du bail portant sur le logement familial, plusieurs conditions matérielles doivent être réunies, soit :
1. La location d'un logement de la famille (cf. infra § 1).
 2. Le prononcé du divorce des époux (cf. infra § 2).
 3. L'existence d'un motif important et prépondérant (cf. infra § 3).

§ 1 La location d'un logement de la famille

A. La notion de logement de la famille

39. L'art. 121 CC ne définit pas le logement de la famille, pas davantage d'ailleurs que les règles qui en régissent la protection pendant le mariage (art. 196 CC, 266m et n, 273a CO)⁵⁶. *A priori*, il faut partir de l'idée que la notion est uniforme⁵⁷, même si parfois elle pourra faire l'objet d'interprétations différentes selon que la protection légale s'y rapportant s'opère durant l'union conjugale ou postérieurement. Nous reviendrons sur ce point plus bas⁵⁸.
40. Le logement de la famille s'entend de n'importe quel local servant à l'habitation principale de personnes mariées et de leurs proches, singulièrement de leurs enfants. La notion se définit par un *double critère* :
- l'un *matériel* : le logement lui-même, par quoi il faut entendre évidemment une maison ou un appartement, mais aussi, et pourquoi pas, un bateau ou une caravane⁵⁹.

⁵⁵ Cf. supra n° 26.

⁵⁶ Cf. supra n° 12 ss.

⁵⁷ Hausheer, op. cit. (n. 4), p. 160; Reusser, op. cit. (n. 27), p. 196.

⁵⁸ Cf. infra n° 43.

⁵⁹ Grossen, op. cit. (n. 24), p. 102; Wessner, op. cit. (n. 17), p. 14. En principe, il y a lieu d'admettre que le couple – et la famille – ait occupé ne serait-ce que temporairement le logement; mais la question est discutée; cf. sur ce point, Deschenaux/Steinauer/Baddeley, op. cit. (n. 19), p. 114 s.

- l'autre *intentionnel* : le caractère familial du logement, en ce sens que, par leur volonté, l'habitation est destinée à abriter durablement les époux et à devenir ainsi le "centre de vie de la famille"⁶⁰, peu importe de savoir lequel d'entre eux a conclu le bail ou si le couple a des enfants. Cette intention doit être reconnaissable pour les tiers, en particulier pour le bailleur⁶¹.
41. Il n'y a en principe qu'un logement de la famille par union conjugale; la notion ne recouvre donc pas celle de demeure, ni celle de domicile. Toutefois, et dans des éventualités exceptionnelles, la doctrine admet qu'il puisse y avoir deux logements pour une même famille, quand le mari et la femme passent leur vie commune dans deux demeures conjugales (exemple : exploitation d'une activité saisonnière dans l'hôtellerie ou la restauration)⁶².
42. N'est pas considéré comme logement de la famille la résidence secondaire ou l'appartement de vacances, ni le local à caractère uniquement professionnel, commercial, industriel ou agricole⁶³. La qualification se fait en revanche problématique lorsque l'habitation où vit la famille est comprise dans des locaux commerciaux ou industriels loués, ou se trouve être en relation fonctionnelle avec l'activité professionnelle exercée par l'époux locataire. Pour certains, une telle circonstance ne saurait *a priori* enlever au logement son caractère familial, au risque sinon de vider la protection légale de sa substance et de créer entre les couples "des inégalités inacceptables"⁶⁴.
43. En réalité, il ne s'agit pas tant de savoir si, dans de telles hypothèses, on a affaire à un logement familial, au sens défini plus haut⁶⁵, mais plutôt s'il est juste que la réglementation tendant à protéger le bien en cause trouve application. Car il est des cas où il ne se justifie plus que le logement servant à l'habitation de personnes mariées et de leurs enfants bénéficie de la protection légale, en raison de son affectation spécifique et du contexte où il se situe. Ainsi en est-il par exemple du *logement de service*, à tout le moins quand la prestation de travail du locataire prédomine et qu'elle est liée à la fonction que ce dernier occupe dans l'entreprise ou l'immeuble⁶⁶. On pense par exemple au mari qui assume à plein temps la conciergerie d'un bâtiment locatif. Il

⁶⁰ Conod, op. cit. (n. 40), p. 35.

⁶¹ Grossen, op. cit. (n. 24), p. 102 s.; Deschenaux/Steinauer/Baddeley, op. cit. (n. 19), p. 113 s.; Hasenböhler, op. cit. (n. 17), p. 227.

⁶² Hausheer/Reusser/Geiser, op. cit. (n. 25), n. 16 ad art. 169 CC; Hasenböhler, op. cit. (n. 17), p. 227. A cet égard, la question est discutée si un couple sans enfant, dont chaque conjoint s'est constitué un domicile séparé, peut avoir un logement de la famille; cf. sur ce point Deschenaux/Steinauer/Baddeley, op. cit. (n. 19), p. 116 et les réf. cit.

⁶³ Message du CF modifiant le droit du mariage, FF 1979 II 1247; Wessner, op. cit. (n. 17), p. 14.

⁶⁴ Deschenaux/Steinauer/Baddeley, op. cit. (n. 19), p. 113 s.

⁶⁵ Cf. supra n° 40.

⁶⁶ Grossen, op. cit. (n. 24), p. 102; Conod, op. cit. (n. 40), p. 36; Hausheer, op. cit. (n. 4), p. 165, n. 23; Vollenweider, op. cit. (n. 19), p. 91 s.

est lié au propriétaire par un contrat mixte combinant des prestations appartenant au contrat individuel de travail et au contrat de bail à loyer. La question du régime juridique applicable fait l'objet d'une réponse différenciée. En d'autres mots, il y aura en principe lieu d'appliquer à chacune des prestations les dispositions du contrat dont elle relève, notamment les dispositions du contrat de travail pour l'activité de conciergerie, et les dispositions du bail à loyer pour la cession de l'usage de l'appartement mis à disposition. En revanche, l'application cumulative de l'un et l'autre régimes n'est plus de mise pour des questions qui touchent l'existence même du contrat mixte (la résiliation, par exemple), ou sa modification (le transfert à un tiers, par exemple). Pour de telles questions, l'application devient alternative, au risque sinon de conclure à des résultats ou décisions contradictoires. Le cas échéant, le choix du régime contractuel s'opère par le *critère de la prestation prépondérante*⁶⁷. Ce critère permet de déterminer lequel des deux contrats présente un caractère dominant. Ainsi, si le salaire du concierge est nettement supérieur au loyer, ce sont les dispositions du contrat de travail qui trouveront application, la mise à disposition de l'appartement de service n'apparaissant plus que comme un élément secondaire. Et par voie de conséquences, les normes régissant la protection du logement familial loué, en particulier l'art. 121 al. 1 et 2 CC, seront écartées.

En résumé, la question de la qualification familiale du logement, et donc de l'application de la réglementation protectrice y afférente, appelle dans des cas-limites une *réponse circonstanciée*⁶⁸. Et rien n'empêche d'admettre que pour le même logement de service habité par un couple, les normes restrictives de la résiliation du bail (art. 266m et n CO) trouvent application pendant le mariage, alors que la règle attributive de l'art. 121 al. 1 CC n'entre pas en ligne de compte au divorce, si elle devait avoir pour effet inacceptable que le travailleur-locataire perde son emploi. C'est d'ailleurs au stade de la pesée d'intérêts précédant la décision judiciaire d'attribution du logement familial qu'un tel paramètre devrait être pris en considération⁶⁹.

44. Comme déjà dit⁷⁰, la séparation de fait des conjoints, la suspension judiciaire de la vie commune (art. 176 al. 1 ch. 2 CC) ou même l'instance de divorce (art. 137 al. 2 CC) n'enlèvent en principe pas au logement son *caractère familial*, et cela même dans le cas où le juge en a attribué la jouissance exclusive à l'un d'eux. C'est justement dans ces cas-là que la protection légale est surtout utile.

⁶⁷ Engel, Contrats de droit suisse, 2^{ème} éd., Berne 1999, p. 293; CJ GE 18.04.1988, DB 1989, p. 5, n° 2 et 15.06.1998, SJ 1999, p. 29.

⁶⁸ Dans ce sens, Deschenaux/Steinauer/Baddeley, op. cit. (n. 19), p. 113, n. 57 *in fine* et p. 114, n° 194.

⁶⁹ Dans ce sens, Hausheer, op. cit. (n. 4), p. 165, n. 23. Cf. infra n° 54.

⁷⁰ Cf. supra n° 17 et les références doctrinales et jurisprudentielles citées.

B. La perte du caractère familial du logement

45. Il est des hypothèses où le logement peut perdre son caractère familial. Ainsi en est-il lorsque la désunion du couple est durable et vraisemblablement définitive, notamment lorsque le conjoint bénéficiaire de la protection légale le quitte de son plein gré ou sur ordre du juge (en cas de séparation de corps, par exemple), sans perspective d'une reprise de la vie commune⁷¹.

On a parlé en France de "désaffectation familiale" du logement⁷². Celle-ci ne devrait être admise qu'exceptionnellement, en considération du but protecteur de la loi.

C. La location du logement familial

46. La règle posée à l'art. 121 al. 1 et 2 CC – comme celles des art. 266m, 266n et 273a CO – vise le logement familial loué. La loi ne précise pas si les droits et les obligations que le juge est autorisé à attribuer résultent du seul *bail à loyer*, ou pourraient découler aussi du bail à ferme (ordinaire ou agricole), pour le cas où la chose affermée comprend une habitation. A notre avis, il est douteux qu'une telle extension du champ d'application de la norme entrât dans les prévisions du législateur. Tout d'abord, en de telles hypothèses, le logement dépend très directement de l'activité économique déployée par le fermier⁷³; il n'en est le plus souvent que l'accessoire, ce qui exclut en cas de divorce son attribution au conjoint. Par ailleurs, il convient de rappeler que le TF a récemment jugé que le bail à ferme portant sur une exploitation agricole comprenant des champs, un rural et un appartement était soustrait du champ d'application de l'art. 266n CO⁷⁴. Notre Cour suprême justifie son opinion en faisant justement valoir, entre autres arguments, que l'activité économique du fermier est caractéristique du bail en question, et que – ce sont les termes employés – "l'usage du seul logement ne revêt qu'un caractère accessoire"⁷⁵. Et le TF de rappeler aussi la teneur de l'art. 300 al. 2 CO. Cette norme précise que les dispositions relatives au logement de la famille, qui permettent notamment au conjoint du locataire de contester le congé et de demander la prolongation du contrat (art. 273a CO) ne sont pas applicables au bail à ferme ordinaire. *A fortiori*, la même conclusion s'impose pour la prérogative que confère le nouvel art. 121 al. 1 CC.

⁷¹ Deschenaux/Steinauer/Baddeley, op. cit. (n. 19), p. 118 s.; Hausheer/Reusser/Geiser, op. cit. (n. 25), n. 22 ad art. 169 CC; ATF 114 II 396, JT 1990 I 261, DB 1990, p. 17, n° 24; ATF 114 II 402, JT 1990 I 268; CJ GE, 10.02.1989, SJ 1989, p. 270 et DB 1990, p. 16, n° 23 (en l'espèce, les époux vivaient de manière séparée depuis plus de 20 ans).

⁷² Cornu, Revue trimestrielle de droit civil, 1966, p. 103.

⁷³ Hausheer, op. cit. (n. 4), p. 165, n. 23 et les réf. cit. Cf. aussi nos remarques à propos du contrat mixte comprenant une composante "bail", supra n° 43.

⁷⁴ ATF 125 III 425.

⁷⁵ ATF 125 III 431.

§ 2 Le prononcé du divorce

A. L'hypothèse ordinaire du divorce

47. L'art. 121 CC est compris dans le titre quatrième du livre deuxième du CC, plus particulièrement dans son chapitre III intitulé : "Des effets du divorce". Si les conditions sont réunies, il s'appliquera ordinairement au *divorce des époux*⁷⁶. Il pourra parfois s'appliquer postérieurement au jugement de divorce, lorsque la procédure relative aux effets du divorce n'était pas close au moment du prononcé de la dissolution du mariage. Durant cette période à tout le moins, et parfois durant l'instance de divorce elle-même, le logement aura perdu son caractère familial⁷⁷. Néanmoins, le juge sera habilité à prendre des *mesures provisoires* et à appliquer par analogie les règles sur la protection de l'union conjugale (art. 137 al. 2 CC). A cet effet, il pourra interdire à l'époux qui est titulaire des droits sur le "logement familial" – et qu'il n'occupe plus – d'en disposer, et notamment de résilier le bail s'y rapportant (art. 169 et 176 al. 1 ch. 2 CC par analogie)⁷⁸.
48. Il devrait en aller de même en cas de *séparation de corps*, à laquelle l'art. 121 CC n'est pas applicable (art. 118 al. 2 CC)⁷⁹.

B. L'hypothèse extraordinaire de l'annulation du mariage

49. L'art. 121 CC s'applique par analogie aux effets de *l'annulation du mariage* (art. 109 al. 2 CC)⁸⁰.

§ 3 L'existence d'un motif important et prépondérant

A. La problématique

50. L'attribution par le juge du divorce des droits et des obligations qui résultent du bail portant sur le logement de la famille présuppose l'existence d'un *motif important* (ou

⁷⁶ Sur la décision judiciaire d'attribution du logement familial loué et le moment de l'attribution, cf. supra n° 30 ss.

⁷⁷ Cf. supra n° 45.

⁷⁸ Hausheer, op. cit. (n. 4), p. 161; cf. aussi supra n° 34.

⁷⁹ Hausheer/Reusser/Geiser, op. cit. (n. 25), n. 12 ad art. 169 CC; Micheli et d'autres auteurs, op. cit. (n. 8), n. 597.

⁸⁰ Hausheer, op. cit. (n. 4), p. 161; Micheli et d'autres auteurs, op. cit. (n. 8), n° 594 et 596.

de motifs importants), dont la charge de la preuve incombe à l'époux qui s'en prévaut. La loi ne définit pas la notion de "motifs importants". Mais elle cite à titre exemplatif, et de manière significative, "la présence d'enfants", sans exclure l'existence "d'autres motifs importants". L'art. 121 al. 1 CC précise en ce sens que la décision judiciaire doit pouvoir "raisonnablement être imposée à l'autre conjoint". En clair, le juge devra prendre en compte l'intérêt des enfants, considéré comme prioritaire, ainsi que celui de chacun des époux. Et finalement, au terme d'une pesée des intérêts, il appréciera celui qui est *prépondérant*.

51. Faut-il rappeler que l'art. 121 CC trouve sa pleine mesure, et doit donc être appliqué dans toute sa rigueur, lorsque le divorce ne se fait pas "à l'amiable", et qu'en particulier la question de l'attribution du logement familial est litigieuse⁸¹. D'ailleurs, cette question sera souvent liée à celle visant l'attribution de l'autorité parentale sur les enfants (art. 133 CC).

B. La prise en compte des intérêts des enfants et de l'époux demandeur

52. Parmi les motifs qui peuvent fonder l'attribution du logement familial, c'est prioritairement l'intérêt des enfants qui, aux yeux du législateur, doit être pris en considération. Plus précisément, c'est l'intérêt – jugé primordial, voire "vital" – des enfants de pouvoir maintenir leur cadre de vie, à un moment de leur existence où ils se trouvent séparés d'un de leurs parents⁸².

A cet égard, il est sans importance qu'il s'agisse d'enfants communs ou non, d'enfants majeurs ou mineurs, étant entendu que l'âge pourra jouer un rôle pour apprécier le "degré d'attachement"⁸³ à l'ancien logement familial et l'opportunité de la proximité avec des établissements scolaires ou préprofessionnels.

53. Mais l'époux qui demande l'attribution du logement familial sera aussi admis à faire valoir un *intérêt propre*. Il invoquera un motif de *santé* (par exemple le fait que l'appartement est aménagé à sa condition d'invalidé), ou un motif *professionnel* (par exemple le fait qu'il exploite un atelier artisanal dans l'immeuble ou à proximité), ou encore un motif *social* (par exemple l'existence de racines profondes dans le quartier ou la nécessité de sa présence dans une petite localité)⁸⁴. Quel qu'il soit, le motif invoqué ne saurait être apprécié pour lui-même, mais au regard des conditions d'existence de l'époux demandeur, et singulièrement de la charge financière que constitue le loyer⁸⁵.

⁸¹ Cf. supra n° 28 et 29.

⁸² Mess. du CF, op. cit. (n. 1), p. 98; Hausheer, op. cit. (n. 4), p. 163.

⁸³ Micheli et d'autres auteurs, op. cit. (n. 8), n° 608; cf. aussi Reusser, op. cit. (n. 27), p. 197.

⁸⁴ Mess. du CF, op. cit. (n. 1), p. 99; Hausheer, op. cit. (n. 4), p. 163; Sutter/Freiburghaus, op. cit. (n. 11), n. 23 ad art. 121 CC.

⁸⁵ Hausheer, op. cit. (n. 4), p. 163.

C. La prise en compte des intérêts de l'autre conjoint

54. Le juge est également tenu de prendre en considération l'intérêt du conjoint du demandeur, c'est-à-dire l'intérêt de celui des conjoints qui risque de perdre ses droits sur le logement familial, tout en continuant, le cas échéant, à devoir répondre du paiement du loyer pendant une certaine durée. Ainsi, pour fonder son opposition à la demande d'attribution, ce conjoint pourra lui aussi avancer des motifs de *santé* ou *professionnels*, justifiant l'occupation de l'appartement ou de la maison en cause⁸⁶, mais également des motifs *affectifs*, comme la volonté d'y créer un nouveau foyer. Peut-être fera-t-il valoir aussi que le loyer est excessif au regard de la *situation économique du demandeur*, notamment des revenus que ce dernier réalise et de la contribution d'entretien prévue⁸⁷.

Comme déjà dit, le conjoint locataire aura beaucoup de chances de convaincre le juge lorsqu'il occupe un logement de service ou de fonction⁸⁸.

D. La pesée des intérêts en présence

55. La décision d'attribution du logement familial loué intervient au terme d'une pesée des intérêts en présence, ceux des enfants et de chaque époux en particulier. Le juge aura parfois la tâche délicate de mettre en balance des intérêts contradictoires, affectifs et économiques par exemple⁸⁹. A cet effet, il disposera d'un *large pouvoir d'appréciation* (art. 4 CC). Il se rappellera qu'il n'a pas à tenir compte de la culpabilité des conjoints dans la rupture du lien conjugal, ni de la qualité de locataire de l'un d'eux, sauf si elle est liée à l'exercice d'une activité au profit du bailleur⁹⁰.
56. Force est d'admettre que l'attribution à un époux de la jouissance exclusive du logement – et souvent de la garde des enfants – en cas de suspension de la vie commune (art. 176 al. 1 ch. 2 CC) ou pendant la procédure de divorce (art. 137 al. 2 CC) aura une sorte "*d'effet préjudiciel*" sur la décision prévue à l'art. 121 al. 1 CC. L'époux en question aura en effet beau jeu à justifier l'intérêt prépondérant à confirmer une solution qui s'inscrit dans la continuité⁹¹.

⁸⁶ Cf. supra n° 52; Reusser, op. cit. (n. 27), p. 198.

⁸⁷ Mess. du CF, op. cit. (n. 1), p. 99 s.; Hausheer, op. cit. (n.4), p. 174, qui précise que d'ordinaire l'attribution du logement devrait être refusée à l'époux créancier d'une contribution d'entretien insuffisante à couvrir le loyer.

⁸⁸ Cf. supra n° 43 et 46.

⁸⁹ Mess. du CF, op. cit. (n. 1), p. 99; Micheli et d'autres auteurs, op. cit. (n. 8), n° 613.

⁹⁰ Cf. supra n° 54 *in fine* et les réf. cit.

⁹¹ Hausheer, op. cit. (n. 4), p. 161 et 163; Sutter/Freiburghaus, op. cit. (n. 11), n. 27 ad art. 121 CC.

57. Il va sans dire qu'à ce stade les époux facilitent grandement la tâche du juge dans le cas où ils conviennent eux-mêmes de l'attribution à l'un d'eux du logement familial loué⁹².
58. Pour clore, il y a lieu de mentionner que le juge n'a pas à prendre en considération ici les *intérêts du bailleur*, au risque sinon de battre en brèche l'objectif de politique sociale et familiale que vise l'art. 121 CC⁹³. On argue que les intérêts du bailleur sont protégés par la règle qui institue la responsabilité solidaire des ex-époux pour les dettes de loyer (art. 121 al. 2 CC), ainsi que par les dispositions qui lui permettent de résilier le bail de façon anticipée dans certains cas particuliers (art. 257d al. 2, 257f al. 3 et 4, 266g al. 1 et 266h al. 2 CO).

Il n'empêche qu'en certaines circonstances le juge ne saurait faire totalement abstraction de la personne du bailleur. Ainsi en sera-t-il par exemple lorsque l'époux locataire est un de ses proches parents, ou un de ses employés (notamment en cas de location d'un logement de service)⁹⁴. Il en va de même quand le locataire est membre d'une société coopérative, à laquelle le logement familial appartient⁹⁵.

⁹² Cf. supra n° 28 et 51. Cf. aussi Sutter/Freiburghaus, op. cit. (n. 11), n. 28 ad art. 121 CC.

⁹³ Cf. supra n° 4. Cf. aussi Hausheer, op. cit. (n. 4), p. 164 s.; Micheli et d'autres auteurs, op. cit. (n. 8), n° 612.

⁹⁴ Cf. sur ce point supra n° 43 et 54.

⁹⁵ Hausheer, op. cit. (n. 4), p. 165 s.

TROISIEME PARTIE : LES EFFETS DE L'ATTRIBUTION DES DROITS ET OBLIGATIONS DU BAIL PORTANT SUR LE LOGEMENT DE LA FAMILLE

§ 1 Les effets généraux de la décision judiciaire

A. Les effets sur le bail

59. Lorsque la décision judiciaire d'attribution du logement familial loué a acquis force de chose jugée – qu'il s'agisse du jugement de divorce lui-même ou du jugement ultérieur se prononçant sur les effets encore litigieux du divorce – l'époux bénéficiaire devient de plein droit locataire (s'il ne l'était pas) ou locataire à titre exclusif (s'il était colocataire). Partant l'autre époux perd sa qualité de locataire ou de colocataire. Comme déjà dit, il faut y voir une *substitution* dans la personne du locataire⁹⁶.
60. D'une certaine manière, on peut ici parler de transfert de bail. Autrement dit, le bail est repris dans l'état où il se trouve, qu'il s'agisse du contenu même du contrat, mais aussi de sa durée. Ainsi, l'époux attributaire qui estimerait que le loyer est abusif ne saurait invoquer la règle prévue à l'art. 270a CO et demander la diminution du loyer initial. Et si un procès entre le bailleur et le locataire originaire est pendant au moment du transfert, il y aura substitution de parties⁹⁷.

B. L'obligation d'informer le bailleur

61. La décision judiciaire définitive d'attribution du logement familial est *de jure* opposable au bailleur, sans que ce dernier ait eu forcément connaissance de la procédure de divorce⁹⁸. En dépit de l'absence d'une prescription légale dans le Code civil⁹⁹, un courant doctrinal admet avec raison que le juge doit *communiquer d'office* au bailleur la disposition du jugement entré en force qui concerne cette question¹⁰⁰. D'ailleurs, quelques cantons ont expressément prévu une telle notification dans leur code de procédure civile¹⁰¹.

⁹⁶ Cf. supra n° 31, 33 et 34.

⁹⁷ Sutter/Freiburghaus, op. cit. (n. 11), n. 31 ad art. 121 CC; Micheli et d'autres auteurs, op. cit. (n. 8), n° 621.

⁹⁸ Cf. supra n° 32.

⁹⁹ Le législateur aurait pu prévoir une solution analogue à celle de l'art. 141 al. 2 CC, qui touche le partage des prestations de sortie et leur communication aux institutions de prévoyance professionnelle.

¹⁰⁰ Reusser, op. cit. (n. 27), p. 197; Sutter/Freiburghaus, op. cit. (n. 11), n. 31 ad art. 121 CC.

¹⁰¹ Cf. art. 305e al. 2 CPC de la République et Canton du Jura et art. 371e al. 2 CPC du canton de Vaud.

62. De même faut-il admettre que le locataire, même en l'absence d'une clause du bail l'y obligeant, doit également informer le bailleur de toute modification utile de son état civil, et singulièrement du divorce. On y voit un *devoir contractuel accessoire*, fondé sur le principe de la bonne foi¹⁰². A notre sens, un tel devoir pèse autant sur l'époux qui était locataire avant la dissolution de l'union conjugale que sur celui qui le devient postérieurement.

La violation fautive du devoir d'information fonde éventuellement le bailleur à réclamer au locataire la réparation du dommage subi, comme cela pourrait être le cas lorsqu'il notifie de bonne foi une hausse de loyer justifiée à l'époux qui n'est plus son partenaire contractuel. Il va presque sans dire que le bailleur devra se laisser imputer le comportement de ses auxiliaires (gérant d'immeuble, concierge), qui connaissaient ou auraient dû connaître le divorce du couple¹⁰³.

§ 2 Les effets particuliers pour les époux

A. Les effets pour l'époux attributaire

63. Comme déjà dit, l'époux qui se prévaut avec succès de la prétention que confère l'art. 121 al. 1 CC devient locataire (exclusif) dès l'entrée en force de la décision judiciaire. Selon les termes de la loi, il se fait ainsi attribuer "les droits et obligations" résultant du bail portant sur le logement de la famille.
64. A notre avis, l'attribution a une *portée générale*, comme on l'admet pour la règle posée à l'art. 263 CO, et en dépit du fait que les travaux préparatoires soient sur ce point muets. C'est dire que le nouveau locataire peut aussi faire valoir des créances, et devoir assumer des dettes, qui sont nées avant le divorce¹⁰⁴. On pense par exemple à l'arriéré d'un loyer non payé par l'ancien locataire¹⁰⁵. Il est vrai que l'art. 121 CC ne précise pas, contrairement à l'art. 263 al. 3 CO, que l'époux attributaire "est subrogé au locataire". Pourtant, il n'y a pas de raison que l'application de l'une et l'autre dispositions soit sur ce point différente. Tout d'abord, et cela a déjà été dit et rappelé, la règle de l'art. 121 al. 1 et 2 CC s'inspire de celle de l'art. 263 CO¹⁰⁶.

¹⁰² Hausheer/Reusser/Geiser, op. cit. (n. 25), n. 23 ad art. 169 CC; Weber/Zihlmann, in : Obligationenrecht I, 2^{ème} éd., Bâle 1996, n. 2 ad art. 266m – 266n CO.

¹⁰³ Hausheer/Reusser/Geiser, op. cit. (n. 25), n. 23a ad art. 169 CC.

¹⁰⁴ Dans ce sens, Hausheer, op. cit. (n. 4), p. 167. Pour l'art. 263 CO, cf. Higi, Die Miete, in : Obligationenrecht, V.2b (art. 253-265 CO), 3^{ème} éd., Zurich 1994, n. 47 ad art. 263 CO; Lachat, Le bail à loyer, Lausanne 1997, p. 389.

¹⁰⁵ Il est vrai qu'en règle générale, les conjoints sont primairement et solidairement responsables des loyers du bail portant sur le logement de la famille, selon l'art. 166 al. 3 CC; cf. supra n° 11 et Wessner, op. cit. (n. 17), p. 8; cf. aussi Micheli et d'autres auteurs, op. cit. (n. 8), n° 618.

¹⁰⁶ Cf. supra n° 7 et 32.

D'autre part, dans l'hypothèse intéressante ici où les conjoints n'étaient pas colocataires, la décision judiciaire prévue à l'art. 121 al. 1 CC conduit à une substitution pure et simple de la qualité de locataire, et donc à un *transfert du bail*¹⁰⁷. Le nouveau locataire devient le partenaire obligé du bailleur, avec les conséquences qui en découlent et nonobstant la responsabilité solidaire temporaire voulue par le législateur, comme d'ailleurs à l'art. 263 CO. Une telle solution s'inscrit dans la logique et l'économie du transfert de contrat. Elle a au surplus l'avantage de mettre sur le même pied les époux qui étaient colocataires, et ceux qui ne l'étaient pas, et cela sans contredire l'objectif de la nouvelle norme.

65. En ce qui concerne les droits transférés, il s'agit des *créances contractuelles*, celles qui, par exemple en cas de défaut de la chose louée, permettent au locataire d'exiger la remise en état (art. 259a al. 1 litt. a et 259b litt. b CO) ou des dommages-intérêts (art. 259e CO), même si le défaut s'était révélé avant le divorce des époux. Il s'agit également de la faculté de soulever des *exceptions* ou d'exercer des *droits formateurs*, comme le droit de contester une majoration de loyer (art. 270a CO) ou de résilier le contrat de façon ordinaire (art. 266a CO) ou extraordinaire (art. 259b litt. a, 266g al. 1, 272d CO).
66. De manière particulière, on devrait admettre que l'époux attributaire soit autorisé à contester un congé donné dans les trois ans à compter d'une procédure à laquelle son conjoint était partie (art. 271a al. 1 litt. e CO), et cela en dépit du fait que la présomption de représailles attachée à un tel congé a une connotation très personnalisée¹⁰⁸. Ce sont les rapports particuliers entre l'ancien et le nouveau locataire qui justifient une telle solution.

De même, le nouveau locataire pourra faire valoir personnellement la créance en indemnisation de travaux de rénovation de la chose louée, qui ont été autorisés par le bailleur et qui présentent une plus-value considérable (art. 260a al. 3 CO); la créance en question prend naissance à la fin du bail, et peut dépendre, quant à son existence et à son montant, de circonstances antérieures et postérieures à la dissolution de l'union conjugale¹⁰⁹.

67. Quant aux *obligations "attribuées"* à l'époux demandeur, ce sont avant tout les dettes découlant de la qualité de locataire qui sont ici significatives. On pense aux dettes de loyer (art. 257 CO), y compris celles d'arriérés touchant la période antérieure au

¹⁰⁷ Cf. supra n° 31 et 60. Si le nouveau locataire paie une dette personnelle de l'ancien (comme peut l'être une indemnité due au bailleur à la suite d'une détérioration fautive de la chose louée), il faut y voir un cas d'intervention de tiers impliquant – en dépit du silence de l'art. 121 CC – la subrogation; cf. sur ce point Engel, *Traité des obligations en droit suisse*, 2^{ème} éd., Berne 1997, p. 613 et les réf. cit.

¹⁰⁸ Dans le même sens, pour ce qui touche l'art. 263 CO, Lachat, op. cit. (n. 104), p. 389. On rappellera aussi que la période de protection prévue à l'art. 271a al. 1 litt. e CO lie aussi l'acquéreur de l'immeuble; cf. DB 1993, p. 27, n° 23.

¹⁰⁹ Lachat, op. cit. (n. 104), p. 541 s.

divorce. On pense aussi à l'obligation d'user de la chose louée avec soin (art. 257f al. 1 CO) et à celle de la restituer à la fin du bail (art. 267 al. 1 CO); à cette occasion, le nouveau locataire pourra se faire opposer le procès-verbal d'état des lieux d'entrée signé par l'ancien locataire.

B. Les effets pour l'autre époux

1. En général

68. Lorsque la décision judiciaire d'attribution du logement familial loué a acquis force de chose jugée, l'autre époux perd de plein droit sa qualité de locataire (ou colocataire). Il est libéré d'obligations contractuelles pesant à l'avenir sur le conjoint attributaire¹¹⁰, sous réserve de celles de loyers¹¹¹. Il perd également les droits résultant du contrat, comme le droit de résiliation ou celui de contester une majoration de loyer¹¹².

2. La responsabilité solidaire prévue à l'art. 121 al. 2 CC

69. Comme cela vient d'être énoncé, la décision judiciaire d'attribution du logement familial loué prive l'ancien locataire (ou colocataire) de tous ses droits à l'égard du bailleur. Il continuera pourtant de *répondre du loyer* pendant une certaine période, et cela à titre solidaire avec le nouveau locataire (art. 121 al. 2 *in initio* CC). Cette règle a une fonction de garantie¹¹³. L'efficacité sera assez réduite lorsque le bail se renouvelle de trois mois en trois mois, et cela d'autant que la responsabilité de l'ancien locataire se limite aux *loyers*¹¹⁴. Ce dernier terme devrait être entendu dans son sens commun, c'est-à-dire dans le sens de "loyers bruts" englobant les "frais accessoires"¹¹⁵.
70. La responsabilité de l'ancien locataire (ou colocataire) au-delà du divorce est temporaire. Elle s'étend jusqu'à la *première échéance contractuelle ou légale*, soit :
- en cas de bail à durée déterminée, jusqu'au terme fixé¹¹⁶,
 - en cas de bail à durée indéterminée, jusqu'au terme pour lequel le contrat a été résilié ou pourrait être résilié (au sens de l'art. 266a CO),

¹¹⁰ Cf. supra n° 67. Il ne saurait pourtant être libéré de dettes restées impayées, comme des loyers, qui sont nées et étaient exigibles avant la dissolution de l'union conjugale; cf. supra n. 105 et 107.

¹¹¹ Cf. infra n° 69.

¹¹² Micheli et d'autres auteurs, op. cit. (n. 8), n° 617 et 621.

¹¹³ Cf. supra n° 6 et 32.

¹¹⁴ Cette limitation n'existe pas à l'art. 263 CO; elle est discutable; cf. Reusser, op. cit. (n. 27), p. 199, n. 25. Cf. aussi supra n° 32.

¹¹⁵ Sutter/Freiburghaus, op. cit. (n. 11), n. 35 ad art. 121 CC.

¹¹⁶ Ce terme peut aussi être celui d'une prolongation octroyée par le juge avant le divorce; cf. Sutter/Freiburghaus, op. cit. (n. 11), n. 40.

mais au plus pour une période de deux ans à dater du jour de l'entrée en force de la décision judiciaire¹¹⁷.

Une telle limitation correspond à celle de l'art. 263 al. 4 CO, qui s'inspire elle-même de l'art. 181 al. 2 CO.

71. Si le bail fait l'objet d'une reconduction prévue par une de ses clauses ou voulue par les parties, la responsabilité de l'ancien locataire n'est plus engagée au-delà de l'échéance ordinaire¹¹⁸.

Il devrait en aller de même si le bail est prolongé par le juge à la demande du nouveau locataire, ou que le congé donné par le bailleur est contesté avec succès par le nouveau locataire¹¹⁹.

C. Les effets sur les rapports entre époux

72. L'attribution judiciaire des droits et des obligations résultant du bail portant sur le logement familial peut conduire au fait que l'un des ex-époux paie au bailleur une dette, dont l'autre était débiteur ou codébiteur¹²⁰.

73. La question du règlement interne oblige à distinguer d'emblée selon que la dette en cause est née *avant ou après le divorce* du couple. Seule la seconde éventualité sera ici brièvement examinée, pour laquelle l'art. 121 al. 2 CC prévoit une solution particulière. Quant à la première éventualité – celle qui verrait l'époux attributaire du logement familial payer au bailleur une dette contractuelle née avant la dissolution de l'union conjugale –, elle connaît des réponses diverses selon que les conjoints étaient colocataires ou non¹²¹, selon que l'acte qui a donné naissance à la dette a été fait en représentation de l'union conjugale ou non¹²², enfin selon que les époux étaient soumis à tel ou tel régime matrimonial, avec les effets qui en découlent pour la responsabilité pendant le mariage et la liquidation à la dissolution.

¹¹⁷ Mess. du CF, op. cit. (n. 1), p. 100; Micheli et d'autres auteurs, op. cit. (n. 8), n° 620; Reusser, op. cit. (n. 27), p. 198.

¹¹⁸ Hausheer, op. cit. (n. 4), p. 166.

¹¹⁹ Dans ce sens, semble-t-il, Reusser, op. cit. (n. 27), p. 198; d'un autre avis, Hausheer, op. cit. (n. 4), p. 167.

¹²⁰ Cf. supra n° 64 et 67.

¹²¹ Cf. Micheli, Les colocataires dans le bail commun, in : 8^{ème} Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 1994, p. 16 ss.

¹²² Ainsi en est-il des dettes de loyers résultant du bail portant sur le logement familial, mais non des dommages-intérêts résultant de l'inexécution du contrat; cf. sur ce point, Wessner, op. cit. (n. 17), p. 8.

74. Si l'époux – qui n'est plus locataire – a été recherché par le bailleur et qu'il s'est acquitté de loyers (art. 121 al. 2, 1^{ère} phrase CC), il a un *droit de recours* contre le locataire en vertu des règles qui régissent les rapports internes dans la solidarité passive (art. 148 s. CO)¹²³. Le recours sera en principe *intégral*, compte tenu de la nature de la dette et de la contre-prestation exclusive à laquelle elle correspond.

La prétention récursoire – qui se double d'une subrogation – est exigible à compter du moment où l'ex-époux a effectivement désintéressé le bailleur.

75. Au surplus, l'époux en question peut *compenser sa créance récursoire* contre son ex-conjoint avec la contribution d'entretien qu'il lui doit¹²⁴. En ce sens, la règle introduite à l'art. 121 al. 2, 2^{ème} phrase CC déroge à celle générale prévue à l'art. 125 ch. 2 CO, qui énumère certaines créances ne pouvant être éteintes par compensation contre la volonté du créancier; parmi ces créances, il y a justement celles qui sont destinées à l'entretien du créancier et de sa famille.

76. La compensation en question ne s'opère pas de plein droit. Elle doit s'exercer par un acte formateur, en général par une *déclaration*. Le cas échéant, elle a un *effet libératoire* pour celui qui l'invoque. Toutefois, l'art. 121 al. 2 *in fine* CC restreint quelque peu l'efficacité de la règle : il limite la compensation à des acomptes ne devant pas dépasser le *montant d'un loyer mensuel*, et cela même si l'ancien locataire a été tenu de s'acquitter de plusieurs mensualités en mains du bailleur¹²⁵.

§ 3 Les effets particuliers pour le bailleur

A. L'opposabilité de la décision judiciaire

77. Comme déjà dit, la décision d'attribution des droits et des obligations résultant du "bail familial" provoque une *substitution dans la personne du locataire*, qui est sans autre opposable au bailleur¹²⁶. Cela signifie qu'à partir du moment où la décision entre en force, le bailleur ne sera tenu qu'à l'égard de l'époux qui s'est fait attribuer à titre exclusif le logement familial; et ce n'est qu'envers ce dernier qu'il sera admis à faire valoir les prérogatives que lui confère le contrat.

¹²³ Mess. du CF, op. cit. (n. 1), p. 100.

¹²⁴ La compensation ne saurait se faire avec les prestations d'entretien dues aux enfants (qui ne sont pas débiteurs du loyer), quand bien même ces prestations servent dans une certaine mesure à couvrir les frais de logement. Cf. Hausheer, op. cit. (n. 4), p. 167, n. 29.

¹²⁵ Hausheer, op. cit. (n. 4), p. 167.

¹²⁶ Cf. supra n° 30 à 32.

78. S'agissant pourtant des *créances de loyers*, le bailleur pourra se prévaloir pendant une certaine période de la *responsabilité solidaire* qu'assumeront les ex-conjoints (art. 121 al. 2, 1^{ère} phrase CC)¹²⁷. A cet égard, il sera en mesure d'en exiger le paiement de l'un ou de l'autre, ou des deux ensemble¹²⁸. Pour chaque mensualité, sa prétention s'éteindra lorsqu'il aura été désintéressé (art. 144 al. 2 et 147 al. 1 CO).
79. En ce qui concerne certains effets particuliers de la solidarité passive au plan externe, on se rappellera que si le créancier entend avantager l'un des débiteurs par une remise de dette, seul ce dernier devrait en principe en profiter (art. 147 al. 2 CO). En outre, l'aggravation de l'obligation par un coobligé n'aura d'effet qu'à son encontre (art. 146 CO); tel sera le cas par exemple, dans le domaine qui nous intéresse, lorsque le nouveau locataire accepte une augmentation de loyer proposée par le bailleur, sans y être tenu par le contrat¹²⁹.

B. Le droit de résilier le bail et ses limites

80. Ainsi que cela a déjà été mentionné¹³⁰, le bailleur n'a pas la faculté de s'opposer à la décision judiciaire d'attribution du logement familial loué. Peut-il y répondre par la résiliation – ordinaire – du contrat¹³¹? La question est semble-t-il discutée.
81. Pour un courant d'opinion, le bailleur aurait le droit de mettre fin au contrat – à durée indéterminée – pour le plus prochain terme contractuel¹³². On ajoute que si le bailleur ne fait pas usage de cette faculté, il faut partir de l'idée qu'il s'accommode du changement de locataire. D'autres auteurs ont beau jeu de rappeler la règle posée à l'art. 271a al. 1 litt. f CO¹³³. Cette disposition énonce que le congé peut être *abusif* et donc *annulable*, lorsqu'il est donné en raison de changements dans la situation familiale du locataire, sans qu'il en résulte des inconvénients majeurs pour le bailleur. Or, il ne fait évidemment aucun doute que le divorce des époux constitue un tel changement¹³⁴. Quant à la preuve que ce fait représente pour lui "des inconvénients

¹²⁷ Cf. supra n° 69 à 71.

¹²⁸ Il découle du principe énoncé qu'en cas de retard dans le paiement du loyer par le locataire, le bailleur n'aura pas à adresser l'avis comminatoire (art. 257d al. 1 CO) à l'ancien locataire; cf. Hausheer, op. cit. (n. 4), p. 167.

¹²⁹ Dans le même sens pour ce qui touche l'hypothèse de l'art. 263 CO : Higi, op. cit. (n. 104), n. 57 ad art. 263 CO.

¹³⁰ Cf. supra n° 30 à 32 et 77.

¹³¹ Il ne fait aucun doute que, si les conditions légales sont réalisées, le bailleur puisse dénoncer le contrat de façon anticipée (art. 257d al. 2, 257f al. 3 et 4, 266g al. 1 et 266h al. 2 CO).

¹³² Mess. du CF, op. cit. (n. 1), p. 100; Sutter/Freiburghaus, op. cit. (n. 11), n. 41 ad art. 121 CC.

¹³³ Micheli et d'autres auteurs, op. cit. (n. 8), n° 619; Hausheer, op. cit. (n. 4), p. 164.

¹³⁴ SVIT-Kommentar Mietrecht, 2^{ème} éd., Zurich 1998, n. 64 ad art. 271a CO; Lachat, op. cit. (n. 104), p. 485.

majeurs", le bailleur sera souvent en peine de la fournir, compte tenu de la garantie que constitue la responsabilité solidaire de l'ancien locataire¹³⁵. D'ailleurs, l'art. 121 CC renforce l'idée que le divorce des conjoints ne saurait d'ordinaire créer un motif de dénonciation du bail portant sur le logement familial¹³⁶.

C. La question des sûretés fournies par le locataire

82. Si le locataire a fourni des sûretés en espèces, destinées à garantir les dettes contractuelles, au sens de l'art. 257e al. 3 CO, il sera tenté de vouloir en obtenir la restitution de la banque dépositaire, lorsque la décision d'attribution du logement familial loué à son conjoint est entrée en force. Or, on le sait, une telle décision ne met pas fin au contrat, et le bailleur ne sera donc enclin à donner son accord à la libération des sûretés déposées par l'ancien locataire que si le nouveau locataire s'oblige à constituer une garantie équivalente. Cela pourrait se faire dans le cadre d'une convention tripartite, qui serait communiquée à la banque dépositaire¹³⁷. On peut aussi imaginer que mari et femme conviennent lors de leur divorce que celui ou celle qui se voit attribuer le logement familial devienne titulaire du dépôt bancaire, moyennant une cession communiquée au bailleur et à la banque. En toute hypothèse, et comme c'est le cas lorsque les sûretés ont été réalisées, le bailleur dispose d'un droit à la constitution des sûretés défaillantes, qu'il pourra exercer au besoin par le biais d'une poursuite ordinaire¹³⁸.

¹³⁵ Cf. supra n° 69. Hormis le cas du logement de service (cf. supra n° 43 et 54), on imagine mal quels autres inconvénients que celui représenté par le risque d'insolvabilité du nouveau locataire pourraient être ici avancés; cf. SVIT-Kommentar Mietrecht, op. cit. (n. 134), n. 65 ad art. 271a CO.

¹³⁶ Hausheer, op. cit. (n. 4), p. 164.

¹³⁷ Dans ce sens Sutter/Freiburghaus, op. cit. (n. 11), n. 37 ad art. 121 CC. Une telle solution est également préconisée dans l'hypothèse de l'art. 263 CO; cf. Higi, op. cit. (n. 104), n. 48 ad art. 263 CO; Lachat, op. cit. (n. 104), p. 389.

¹³⁸ Gilliéron, Bailleur et locataire d'une chose immobilière dans l'exécution forcée, in : 7^{ème} Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 1992, p. 15 s.