

# Les sûretés et le bail à loyer

---

par **Bénédict Foëx**,  
professeur à l'Université de Genève, avocat\*

## Sommaire

	<u>Page</u>
<b>Introduction</b>	<b>3</b>
<b>I. Sûretés conventionnelles en général</b>	<b>3</b>
<b>1. Généralités</b>	<b>3</b>
a) Introduction	3
b) Régime juridique	4
c) Engagement de fournir une sûreté	4
d) Modalités de la sûreté	5
e) Exécution de l'engagement de fournir la sûreté	6
<b>2. Restrictions résultant du droit cantonal</b>	<b>6</b>
a) Portée de la réserve en faveur du droit cantonal	6
b) Quelques cas d'application	7
<b>II. Les sûretés fournies par le locataire en espèces ou sous forme de papiers-valeurs (art. 257e CO)</b>	<b>8</b>
<b>1. Rappel du système</b>	<b>8</b>
a) Champ d'application	8
b) L'obligation du bailleur de déposer les valeurs reçues (art. 257e al. 1 CO)	9
aa) Généralités	9
bb) Nature de la sûreté conférée au bailleur	10
c) Le plafonnement des sûretés (art. 257e al. 2 CO)	11
d) La restitution des sûretés (art. 257e al. 3 CO)	11

---

\* Je tiens à remercier mes assistantes, Mmes Nicole Zumstein et Julika Malvataj, de l'aide qu'elles m'ont apportée dans la préparation de ce texte.

<b>2. Deux questions particulières</b>	<b>12</b>
a) Le sort des sûretés de l'art. 257e CO en cas de changement de propriétaire de la chose louée	12
aa) En général	12
bb) Lorsque le bailleur n'a pas déposé les sûretés	13
cc) Prétention tendant à la fourniture de sûretés (nouvelles) ?	14
b) Sûretés de l'art. 257e CO et compensation par le locataire	14
<b>III. Le droit de rétention du bailleur (art. 268 – 268b CO)</b>	<b>15</b>
<b>1. Rappel du système</b>	<b>15</b>
a) Généralités	15
b) L'objet du droit de rétention	15
c) Les créances garanties	16
d) Exercice du droit de rétention	17
<b>2. Deux questions particulières</b>	<b>18</b>
a) Un droit de rétention en faveur du bailleur de locaux à usage d'habitation ?	18
b) Droit de rétention et autres sûretés	19
<b>IV. Autres sûretés légales</b>	<b>20</b>
<b>1. Deux cas de solidarité passive légale</b>	<b>20</b>
a) Bref rappel du système	20
b) Transfert de bail et sort des sûretés conventionnelles	20
<b>2. Une prétention légale tendant à la fourniture de sûretés</b>	<b>21</b>
<b>Conclusion</b>	<b>21</b>

## Introduction

Le contrat de bail donne naissance à un certain nombre d'obligations du locataire envers le bailleur. S'agissant par ailleurs d'un contrat qui s'exécute dans la durée, il est compréhensible que le bailleur cherche à obtenir la garantie que ces obligations seront exécutées : les parties au contrat de bail à loyer conviennent fréquemment de sûretés, destinées à lui procurer cette assurance (*infra*, I).

S'agissant plus particulièrement du bail ayant pour objet des locaux commerciaux ou à usage d'habitation, la loi contient un certain nombre de règles particulières. Elle institue tout d'abord des restrictions à la liberté des parties si les sûretés sont fournies par le locataire en espèces ou sous forme de papiers-valeurs (art. 257e CO; *infra*, II). Par ailleurs, elle met le bailleur au bénéfice d'une sûreté légale, le droit de rétention, lorsque le bail porte sur des locaux commerciaux (art. 268 à 268b CO; *infra*, III). Enfin, elle prévoit dans certains cas une solidarité passive entre l'ancien locataire et le locataire actuel (art. 263 CO et art. 121 al. 2 CC) et octroie au bailleur (quelle que soit la chose louée) une prétention tendant à la fourniture de sûretés si le locataire tombe en faillite après la délivrance de la chose (art. 266h CO) (*infra*, IV).

Il ne s'agit pas de présenter ici en détail chacune de ces institutions. On se contentera d'un bref rappel du système, avant d'examiner quelques questions particulières et de conclure par un rapide bilan.

### I. Sûretés conventionnelles en général

#### 1. Généralités

##### a) Introduction

Les parties au contrat de bail à loyer sont en principe libres de convenir que les prétentions du bailleur (ou certaines d'entre elles) feront l'objet d'une garantie. Elles peuvent à cet égard recourir à des *sûretés réelles* (nantissement, gage sur des créances et autres droits, transfert de propriété aux fins de garantie, etc.) ou *personnelles* (garantie bancaire, cautionnement, porte-fort, reprise cumulative de dette, etc.)<sup>1</sup>.

Les parties peuvent donc convenir que le bailleur bénéficiera d'une *sûreté*, en d'autres termes qu'*en sus de ses prétentions* découlant du contrat de bail, le bailleur disposera d'un droit personnel ou réel tendant à le protéger contre l'insolvabilité du locataire<sup>2</sup>. Notons en passant que le bailleur de choses mobilières exige parfois la remise d'objets qui ne sont pas susceptibles d'être réalisés (pièces d'identité, permis de conduire, etc.); il ne s'agit pas là à proprement parler d'une sûreté, mais plutôt d'un moyen de pression.

<sup>1</sup> Cf. par exemple : P. Higi, Die Miete in Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, vol. V.2.b.1, 4<sup>e</sup> éd., Zurich 1994, n. 6 ad art. 257e; R. Weber / P. Zihlmann in Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I (H. Honsell / N. P. Vogt / W. Wiegand, éd.), 2<sup>e</sup> éd., Bâle 1996, n. 1 ad art. 257e; etc.

<sup>2</sup> Pour une définition de la notion de sûreté, voir par exemple : M. Cabrillac / C. Mouly, Droit des sûretés, 5<sup>e</sup> éd., Paris 1999, p. 2.

## b) Régime juridique

Les règles édictées à propos de chacune de ces sûretés conventionnelles (les art. 492 ss CO pour le cautionnement, les art. 884 ss CC pour le gage mobilier, etc.) sont naturellement applicables. Il peut en résulter des différences non négligeables, tant en ce qui concerne la constitution de la sûreté que ses effets. Ainsi et par exemple, si la garantie fournie est un gage mobilier, elle garantira (outre la créance garantie ou les créances garanties) les intérêts conventionnels, les intérêts moratoires et les frais de poursuite<sup>3</sup>; en outre, la prescription de la créance n'empêchera pas le bailleur de faire valoir son gage<sup>4</sup>. Si la sûreté conférée est un cautionnement, elle garantira, dans la limite du montant indiqué dans l'acte de cautionnement<sup>5</sup>, la créance garantie (ou les créances garanties), les intérêts conventionnels courants et échus d'une année, les intérêts moratoires, les suites légales de la faute du débiteur et les frais de poursuite<sup>6</sup>; par ailleurs, si la créance garantie est prescrite, la caution peut (et doit) opposer au bailleur cette exception<sup>7</sup>. Enfin, l'on peut rappeler que si la caution est une personne physique, le montant dont elle répond diminue (sauf convention contraire) chaque année de trois pour cent<sup>8</sup>.

Cela étant, le législateur a tenu compte de la spécificité des relations entre locataire et bailleur de locaux commerciaux ou à usage d'habitation, si bien que trois catégories de règles viennent compléter le régime juridique normalement applicable :

- les al. 1, 2 et 3 de l'art. 257e CO, si les sûretés sont fournies par le locataire en espèces ou sous forme de papiers-valeurs et pour un bail de locaux commerciaux ou à usage d'habitation (*infra*, II);
- le droit cantonal édicté en application de l'art. 257e al. 4 CO, si les sûretés sont fournies par le locataire en espèces ou sous forme de papiers-valeurs et pour un bail de locaux commerciaux ou à usage d'habitation (*infra*, II);
- les règles de droit cantonal visant les autres types de sûretés (*infra*, I.2.b).

## c) Engagement de fournir une sûreté

L'engagement du locataire de fournir une sûreté peut être pris *lors de la conclusion du bail ou postérieurement*<sup>9</sup>. S'il s'agit de locaux commerciaux ou à usage d'habitation, le bailleur qui entend exiger unilatéralement en cours de bail la fourniture d'une sûreté doit utiliser la formule officielle et respecter le délai prévu à l'art. 269d al. 1 CO<sup>10</sup>; il faut toutefois réserver le cas où la prétention du bailleur est fondée sur l'art. 266h al. 1 CO (faillite du locataire après la délivrance de la chose)<sup>11</sup>.

<sup>3</sup> Art. 891 al. 2 CC.

<sup>4</sup> Art. 140 CO.

<sup>5</sup> Art. 499 al. 1 CO.

<sup>6</sup> Art. 499 al. 2 CO.

<sup>7</sup> Art. 502 al. 1 CO (voir cependant l'art. 492 al. 3 CO).

<sup>8</sup> Art. 500 al. 1 CO (un pour cent si la créance est garantie par gage immobilier).

<sup>9</sup> Cf. par exemple : Higi, n. 7 ad art. 257e.

<sup>10</sup> Art. 269 d al. 3 CO. P. Tercier, Les contrats spéciaux, 2<sup>e</sup> éd., Zurich 1995, n° 1733; D. Lachat, Le bail à loyer, Lausanne 1997, p. 238. P. Higi (n. 8 ad art. 257e) semble considérer que ces exigences valent également s'il ne s'agit pas d'une modification unilatérale du contrat imposée par le bailleur.

<sup>11</sup> Cf. P. Higi, Die Miete in Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, vol. V.2.b.2, 4<sup>e</sup> éd., Zurich 1995, n. 15 ad art. 266h : « Die entsprechenden Erklärungen des Vermieters (Zurückbehaltung, Fristansetzung) sind an keine Form gebunden ».

Le locataire et le bailleur peuvent en principe librement choisir le *type de sûreté* à constituer<sup>12</sup>. Une fois le choix opéré, la sûreté devra être constituée en conformité avec les exigences (de forme et de fond) légales applicables.

La sûreté convenue ne sera *pas nécessairement constituée par le locataire lui-même*: les sûretés personnelles supposent par définition l'engagement d'un tiers (banque, caution, etc.); quant aux sûretés réelles, rien n'empêche qu'elles soient constituées par un tiers (ex. : mise en gage d'actions par leur titulaire aux fins de garantir les obligations du locataire). Dans de telles hypothèses, le contrat tendant à la constitution de la sûreté (contrat de cautionnement, de gage mobilier, etc.) sera conclu entre le bailleur et le tiers.

#### d) Modalités de la sûreté

A l'intérieur des limites tracées par le régime juridique applicable à chacune de ces formes de garantie, les parties peuvent en principe déterminer librement les *modalités* relatives à la sûreté consentie, notamment la durée de celle-ci et le cercle des créances garanties.

La doctrine semble considérer que sauf convention contraire, ce sont *toutes les créances* du bailleur envers le locataire qui sont garanties<sup>13</sup>. En raison de son caractère général, cette manière de voir semble quelque peu hardie. En effet, c'est l'interprétation de la convention ayant donné naissance à la sûreté qui est déterminante. Or, cette interprétation peut fort bien conduire à une conclusion différente. Ainsi, on peut douter qu'il faille systématiquement prêter une telle portée aux sûretés fournies par des tiers. D. Zobl relève par exemple, s'agissant du gage mobilier fourni par un tiers, qu'au vu du caractère d'intercession de cette opération, il faut tenir compte de considérations d'équité et de proportionnalité, notamment s'agissant du cercle des créances garanties<sup>14</sup>; ce n'est donc qu'avec prudence que l'on admettra qu'un tiers a entendu garantir l'ensemble des créances du bailleur sans s'y être expressément obligé. Il ne faut par ailleurs pas oublier que la sûreté peut résulter d'un acte authentique<sup>15</sup>; le libellé de la clause prend alors une importance particulière et l'on ne saurait affirmer d'emblée que son interprétation permettra d'étendre le cercle des créances garanties au-delà de ce que la lettre de l'acte prévoit<sup>16</sup>.

Les parties doivent par ailleurs convenir du montant de la garantie fournie. Hormis le cas visé à l'art. 257e al. 2 CO (plafonnement à trois mois de loyer pour les baux de locaux d'habitation), la loi ne contient pas de règle particulière à cet égard. Si le bailleur réclame des sûretés disproportionnées, l'art. 21 CO peut être applicable<sup>17</sup> (par analogie, si le contrat qui prévoit la sûreté est un contrat unilatéral)<sup>18</sup>.

<sup>12</sup> La Chambre d'appel des baux et loyers du Canton de Genève a cependant admis de façon assez surprenante que le bailleur ne peut « *en principe refuser un cautionnement au seul motif que le contrat prévoit un dépôt* » (arrêt du 26.2.1996, *in* CdB 1996 p. 123/126).

<sup>13</sup> Voir Weber / Zihlman, n. 1 ad art. 257e. Du même avis, s'il s'agit de sûretés fournies en espèces ou sous forme de papiers-valeurs : Higi, n. 7 ad art. 257e; Lachat, p. 238; Droit suisse du bail à loyer, éd. USPI, Genève 1992, n. 11 ad art. 257e.

<sup>14</sup> D. Zobl, Das Fahrnispfand, Berner Kommentar, vol. IV.2.5.1, 2<sup>e</sup> éd., Berne 1982, n. 948 ad art. 884.

<sup>15</sup> Cf. par exemple les art. 493 al. 2 CO (cautionnement) et 799 al. 2 CC (contrat de gage immobilier).

<sup>16</sup> Sur l'interprétation des actes authentiques, voir par exemple : J. Schmid, Die öffentliche Beurkundung von Schuldverträgen, thèse, Fribourg 1988, p. 273 ss.

<sup>17</sup> Cf. Lachat, p. 239 note 16. Voir aussi : P. Engel, Contrats de droit suisse, 2<sup>e</sup> éd., Berne 2000, p. 167.

<sup>18</sup> Tel est par exemple généralement le cas du contrat de cautionnement (Tercier, p. 4973) ou du contrat de gage mobilier (B. Foëx, Le contrat de gage mobilier, Bâle 1997, p. 67 et p. 124 s.).

### e) Exécution de l'engagement de fournir la sûreté

Le locataire exécute son engagement de fournir une sûreté en accomplissant les actes nécessaires à la constitution de celle-ci (remise des espèces ou des papiers-valeurs, transfert de la possession de la chose mobilière nantie, etc.) ou en amenant le tiers garant à les accomplir (passation du contrat de cautionnement, émission de la garantie bancaire, remise des espèces, etc.).

L'engagement du locataire de fournir une sûreté peut en principe faire l'objet d'une *exécution forcée*, dont les modalités varient selon le type de sûreté en cause. Si le locataire s'est engagé personnellement à fournir des sûretés en espèces, le bailleur peut le poursuivre en prestation de sûreté, par le biais d'une poursuite ordinaire<sup>19</sup>. Si le locataire s'est obligé à remettre une chose mobilière en gage, le bailleur peut saisir le juge d'une action tendant à ce que le locataire soit condamné à constituer le gage<sup>20</sup>; le jugement ainsi obtenu pourra faire l'objet d'une exécution forcée de droit cantonal<sup>21</sup>. Si le locataire s'est obligé à transférer aux fins de garantie la propriété d'une chose mobilière, le bailleur ne peut également obtenir du juge qu'un jugement condamnatore, dont l'exécution est régie par le droit cantonal<sup>22</sup>.

En revanche, si le locataire s'est obligé dans le contrat de bail (conclu oralement ou passé en la simple forme écrite) à constituer un gage immobilier en faveur du bailleur, il n'est pas possible de le contraindre à s'exécuter, faute de contrat de gage valable<sup>23</sup>. Il en va de même si le locataire s'est engagé à amener un tiers à fournir une sûreté et que le tiers refuse de s'exécuter.

Pour le surplus, *l'inexécution ou la mauvaise exécution* de l'obligation de fournir des sûretés peut avoir des incidences sur le contrat de bail même. Ainsi, elles peuvent constituer un juste motif de résilier le bail<sup>24</sup>, voire de le résoudre en application de l'art. 107 al. 2 CO si la chose n'a pas encore été délivrée et que le contrat prévoit que les sûretés devront être constituées au plus tard à ce moment<sup>25</sup>.

## 2. Restrictions résultant du droit cantonal

### a) Portée de la réserve en faveur du droit cantonal

L'art. 257e al. 4 CO prévoit que « *les cantons peuvent édicter des dispositions complémentaires* ». Cette *réserve attributive*<sup>26</sup> en faveur du droit privé cantonal est interprétée de façon large par la doctrine, qui considère que les cantons peuvent non seulement réglementer les sûretés fournies par le

<sup>19</sup> Art. 38 al. 1 LP. Cf. P.-R. Gilliéron, Bailleur et locataire d'une chose immobilière dans l'exécution forcée, 7<sup>e</sup> Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 1992, p. 15; Higi, n. 9 ad art. 257e.

<sup>20</sup> Cf. par exemple : Zobl, Syst. T., n. 498; K. Oftinger / R. Baer, Das Fahrnispfand, Zürcher Kommentar, vol. IV.2.c, 3<sup>e</sup> éd., Zurich 1981, n. 80 ad art. 884; Foëx, p. 288 s.; etc.

<sup>21</sup> Cf. par exemple : Zobl, Syst. T., n. 491; Foëx, p. 289.

<sup>22</sup> Cf. par exemple : P.-H. Steinauer, Les droits réels, Tome II, 3<sup>e</sup> éd., Berne 2002, n° 2124.

<sup>23</sup> Cf. art. 799 al. 2 CC et art. 22 al. 2 CO.

<sup>24</sup> Art. 266g al. 1 CO. Cf. Higi, n. 13 ad art. 257e et n. 51 ad art. 266g. Pour D. Lachat (p. 240), la résiliation serait fondée sur l'art. 257f al. 3 CO.

<sup>25</sup> Voir Higi (n. 14 ad art. 257e) et Lachat (p. 240), qui réservent par ailleurs à juste titre l'application de l'art. 82 CO.

<sup>26</sup> Sur cette notion, voir par exemple : D. Piotet, Droit cantonal complémentaire, Traité de droit privé suisse, vol. I.II, Bâle 1998, p. 23 s. (voir également p. 350, n° 1074).

locataire en espèces ou sous forme de papiers-valeurs, mais qu'ils peuvent également édicter des règles concernant les autres types de sûretés (cautionnement, garantie bancaire, etc.)<sup>27</sup>.

Cette manière de voir peut surprendre : en effet, le sens littéral semble plutôt indiquer que seules les sûretés fournies par le locataire en espèces ou sous forme de papiers-valeurs sont visées. En outre, il paraît un peu curieux que les cantons soient investis du pouvoir d'intervenir dans des matières aussi variées que le cautionnement, le gage, la garantie bancaire, le transfert de propriété aux fins de garantie, la reprise cumulative de dettes, etc., par une base légale aussi peu explicite.

Cela étant, il semble bien que telle ait été l'intention du législateur<sup>28</sup>. De même, il faut bien reconnaître qu'une interprétation téléologique conduit au même résultat : la protection conférée par l'art. 257e CO est incomplète *ratione materiae* et il paraît logique que l'on ait permis aux cantons de l'étendre.

On peut donc retenir que, s'agissant de baux portant sur des locaux commerciaux ou à usage d'habitation, les cantons sont (également) habilités à édicter des règles complémentaires concernant les formes de sûretés autres que celles visées à l'art. 257e al.1 CO. Reste dès lors à déterminer ce qu'il faut entendre par l'expression « *dispositions complémentaires* ».

## b) Quelques cas d'application

S'agissant de compléter le système institué par les trois premiers alinéas de l'art. 257e CO, on peut en tout cas retenir qu'il est loisible aux cantons *d'étendre aux autres sûretés* la protection conférée par ces dispositions. Ainsi, les cantons peuvent par exemple prévoir que le plafonnement de la garantie à trois mois de loyer<sup>29</sup> vaudra également pour toutes les autres formes de sûretés ou certaines d'entre elles, en matière de baux d'habitation<sup>30</sup>. De même, il leur est loisible d'édicter des règles sur la libération des autres sûretés (s'agissant de locaux commerciaux ou à usage d'habitation), fondées sur le troisième alinéa de l'art. 257e CO<sup>31</sup>. Ils peuvent également déclarer applicable aux espèces et papiers-valeurs fournis par des tiers la règle instituée à l'art. 257e al. 1 CO<sup>32</sup>.

<sup>27</sup> A. Marti, *in* Einleitung. Art. 1-7 ZGB, Zürcher Kommentar, vol. I.1, 3<sup>e</sup> éd., Zurich 1998, n. 196 ad art. 5; Weber / Zihlmann, n. 12 ad art. 257e; Lachat, p. 237; Commentaire USPI, n. 27 ad art. 257e; Schweizerisches Mietrecht Kommentar, SVIT, 2<sup>e</sup> éd., Zurich 1998, n. 29 ad art. 257e; voir aussi : arrêt de la Chambre d'appel des baux et loyers du Canton de Genève, du 26.2.1996, *in* CdB 1996 p. 123/125. P. Higi (n. 52 ad art. 257e) semble même considérer qu'il s'agit là du seul effet de l'art. 257e al. 4 CO (ce qui paraît inexact, cf. Piotet, p. 351 s.).

<sup>28</sup> Message du Conseil fédéral, FF 1985 I 1369 ss, p. 1466 : les cantons « *pourront en particulier réglementer d'autres formes de sûretés, le cautionnement par exemple* ». On peut relever que, selon le Prof. P. Tercier (p. 216, n° 1734), les parties ne peuvent recourir à d'autres sûretés que « *pour autant qu'elles respectent les règles régissant les abus* » (soit semble-t-il celles posées à l'art. 257e CO, cf. n° 1732).

<sup>29</sup> Art. 257e al. 2 CO.

<sup>30</sup> Piotet, p. 351; Lachat, p. 243. Cf. art. 2 de la Loi genevoise protégeant les garanties fournies par les locataires, du 18 avril 1975 (I.4.10).

<sup>31</sup> Lachat, p. 243.

<sup>32</sup> Cf. à cet égard l'art. 1 de la Loi genevoise du 18 avril 1975.

Plus délicate est la question de savoir si les cantons peuvent *exclure le recours à tel ou tel type de garantie*. La doctrine répond par l'affirmative<sup>33</sup> et certains cantons ont légiféré en ce sens<sup>34</sup>. Il est cependant douteux qu'il s'agisse là de règles « complémentaires » : de telles règles opèrent un tri parmi les garanties, certaines étant jugées admissibles et d'autres étant écartées, ce qui semble aller sensiblement au-delà de la compétence restreinte restituée aux cantons à l'art. 257e al. 4 CO.

Quoi qu'il en soit, il nous paraît que les cantons ne sauraient franchir un pas de plus encore et réglementer, aux fins du droit du bail à loyer, certains aspects des garanties en cause, par exemple en soumettant au respect de la forme authentique même les cautionnements fournis par des personnes morales (ou ceux fournis par des personnes physiques pour un montant inférieur à Fr. 2000.-)<sup>35</sup>, en limitant à certaines catégories d'objets (les bijoux, mais non les œuvres d'art, par exemple) les garanties soumises sous forme de nantissement, etc. De même, les cantons ne sauraient à notre sens édicter des règles concernant les sûretés fournies pour des baux autres que ceux visés à l'art. 257e al. 1 CO<sup>36</sup>.

## II. Les sûretés fournies par le locataire en espèces ou sous forme de papiers-valeurs (art. 257e CO)

### 1. Rappel du système

#### a) Champ d'application

L'art. 257e CO s'applique lorsque des sûretés sont fournies par le locataire, en espèces ou sous forme de papiers-valeurs et pour autant qu'il s'agisse d'un bail de locaux à usage d'habitation (al. 1, 2 et 3) ou de locaux commerciaux (al. 1 et 3).

La loi ne distingue pas ici selon qu'il s'agit ou non de baux de logements de luxe au sens de l'art. 253 b al. 2 CO; partant, l'art. 257e CO est applicable même à cette catégorie de baux<sup>37</sup>. En revanche, les appartements de vacances loués pour moins de trois mois sont exclus de son champ d'application, en vertu de l'art. 253a al. 2 CO<sup>38</sup>.

Les autres formes de sûretés (à savoir, celles fournies par des tiers, celles fournies par le locataire autrement qu'en espèces ou en papiers-valeurs et celles concernant des baux portant sur des objets autres que des locaux commerciaux ou à usage d'habitation) ne tombent pas sous le coup de l'art. 257e CO<sup>39</sup>; le droit cantonal édicté en application de l'art. 257e al. 4 CO est réservé<sup>40</sup>.

<sup>33</sup> Piotet, p. 351; Lachat, p. 243.

<sup>34</sup> Ex. : Genève (art. 1 de la Loi du 18 avril 1975 : recours au cautionnement simple admis pour les baux d'habitation, et au cautionnement simple ou solidaire pour les baux commerciaux), Valais (art. 191 al. 1 de la Loi d'application du code civil suisse, du 24 mars 1998 [211.1] : exclusion du cautionnement solidaire s'agissant de baux d'habitation) et Vaud (art. 1 de la Loi sur les garanties en matière de baux à loyer, du 15 septembre 1971 : cautionnement simple ou solidaire pour les baux commerciaux, cautionnement simple pour les baux de logements).

<sup>35</sup> Cf. art. 493 CO.

<sup>36</sup> *Contra* : Piotet, p. 350.

<sup>37</sup> Lachat, p. 238. *Contra* : Higi, n. 3 ad art. 257e.

<sup>38</sup> Cf. Lachat, p. 238.

<sup>39</sup> Cf. *supra*, I.a.

<sup>40</sup> Cf. *supra*, I.b.



## b) L'obligation du bailleur de déposer les valeurs reçues (art. 257e al. 1 CO)

### aa) Généralités

L'art. 257e al. 1 CO impose au bailleur l'obligation de déposer auprès d'une banque sur un compte d'épargne ou de dépôt ouvert au nom du locataire, les espèces ou papiers-valeurs qui lui sont remis en garantie par le locataire. Cette disposition est de droit impératif<sup>41</sup>.

Le bailleur doit s'acquitter de cette obligation *dans les meilleurs délais*<sup>42</sup> : selon le Tribunal fédéral, le locataire peut attendre du bailleur qu'il s'exécute immédiatement, l'obligation tendant au dépôt des valeurs étant immédiatement exigible<sup>43</sup>. Certains cantons, se fondant sur l'art. 257e al. 4 CO, ont fixé en jours le délai à disposition du bailleur pour s'exécuter<sup>44</sup>. L'art. 2 du contrat-cadre de bail à loyer romand, déclaré de force obligatoire par le Conseil fédéral depuis le 1<sup>er</sup> décembre 2001, impartit au bailleur un délai de dix jours.

Sauf stipulation contraire, le bailleur peut *choisir l'établissement bancaire* où les valeurs qu'il a reçues seront déposées<sup>45</sup>; à noter toutefois qu'à Genève, le choix de la banque est réservé au locataire<sup>46</sup>. Plusieurs cantons romands posent le principe que la banque doit être située sur leur territoire<sup>47</sup>; l'art. 2 du contrat-cadre de bail à loyer romand désigne quant à lui les banques du lieu de situation de l'immeuble.

Le dépôt est effectué *au nom du locataire*; s'il y a plusieurs *colocataires*, le dépôt sera effectué en leur nom à tous, à moins qu'ils n'aient communiqué d'autres instructions au bailleur<sup>48</sup>.

Si le *bailleur est en demeure* de satisfaire à son obligation résultant de l'art. 257e al. 1 CO, le locataire a la faculté de constituer de nouvelles sûretés auprès d'une banque<sup>49</sup>, voire le cas échéant, de compenser à due concurrence ses dettes envers le bailleur avec sa créance tendant à la restitution des valeurs remises au bailleur<sup>50</sup>; alternativement, le locataire peut évidemment exiger du bailleur qu'il s'exécute<sup>51</sup>. Par ailleurs, le bailleur s'expose le cas échéant à des poursuites pénales<sup>52</sup>.

<sup>41</sup> Higi, n. 4 ad art. 257e; Weber / Zihlmann, n. 2 ad art. 257e; Lachat, p. 242.

<sup>42</sup> Cf. Higi, n. 28 ad art. 257e; Lachat, p. 239.

<sup>43</sup> ATF 127 III 273/278, JT 2001 II 8/12 s. Voir aussi : Arrêt de la Chambre d'appel en matière de baux et loyers GE, du 10.4.2000, *in* CdB 2000 p. 110/111; arrêt de l'Appelationsgericht BS, du 6.2.1998, *in* BJM 1998 p. 310/311.

<sup>44</sup> Cf. l'art. 3 de la Loi genevoise du 18 avril 1975, l'art. 26 de la Loi fribourgeoise d'application relative au bail à loyer et au bail à ferme non agricole (LABLF) du 9 mai 1996 (222.3.1) et l'art. 1 al. 1 de la Loi vaudoise du 15 septembre 1971 : dix jours. L'art. 31 de la Loi neuchâteloise d'introduction des titres huitième et huitième bis du code des obligations (bail à loyer et bail à ferme) du 28 juin 1993 (224.1) prévoit un délai de trente jours.

<sup>45</sup> Higi, n. 26 ad art. 257e; Weber / Zihlmann, n. 5 ad art. 257e; Lachat, p. 239; Commentaire SVIT, n. 14 ad art. 257e.

<sup>46</sup> Art. 1 al. 4 de la Loi genevoise du 18 avril 1975.

<sup>47</sup> Art. 26 de la Loi fribourgeoise du 9 mai 1996, art. 31 de la Loi neuchâteloise du 28 juin 1993, art. 1 al. 1 de la Loi vaudoise du 15 septembre 1971. Selon P. Higi (n. 52 ad art. 257; voir aussi : Weber / Zihlmann, n. 13 ad art. 257e; Piotet, p. 352), de telles dispositions ne seraient pas valables; voir cependant : Lachat, p. 239, note 10.

<sup>48</sup> Pour une solution légèrement différente, voir Higi, n. 24 ad art. 257e.

<sup>49</sup> Weber / Zihlmann, n. 5 ad art. 257e.

<sup>50</sup> Cf. *infra*, II.2.b.

<sup>51</sup> Higi, n. 30 ad art. 257e.

<sup>52</sup> Higi, n. 30 ad art. 257e; Lachat, p. 239. Voir par exemple l'art. 9 de la Loi genevoise du 18 avril 1975 et l'art. 5 de la Loi vaudoise du 15 septembre 1971.

On le sait, le bailleur laisse fréquemment le soin au locataire de procéder lui-même au dépôt des valeurs et s'en remet alors généralement au choix du locataire<sup>53</sup>.

## bb) Nature de la sûreté conférée au bailleur

Il est généralement admis que l'art. 257e al. 1 CO constitue un cas de *consignation à titre de sûreté* et que le bailleur est titulaire d'un *droit de gage*<sup>54</sup>.

Plus précisément, il s'agit d'une consignation *irrégulière* à titre de sûreté lorsque des espèces ou des papiers-valeurs au porteur (voire des papiers-valeurs à ordre endossés en blanc) sont remis à la banque (et qu'il est convenu, s'agissant des papiers-valeurs, que la banque pourra restituer d'autres papiers-valeurs de mêmes type et quantité)<sup>55</sup>. La banque est propriétaire des valeurs déposées et le bailleur est titulaire d'un droit de gage mobilier sur la créance du locataire tendant au paiement du montant déposé ou à la restitution de papiers-valeurs de même type<sup>56</sup>.

Lorsque d'autres papiers-valeurs<sup>57</sup> sont fournis à titre de sûreté, il s'agira en principe d'une consignation *régulière* à titre de sûreté<sup>58</sup> : le locataire reste propriétaire des titres déposés, qui sont grevés d'un gage mobilier en faveur du bailleur<sup>59</sup>. On peut également envisager que les parties conviennent d'une consignation *fiduciaire* à titre de sûreté (la banque acquérant alors la propriété fiduciaire des papiers-valeurs, qu'elle détient à titre de garantie pour le bailleur)<sup>60</sup>.

Les *relations contractuelles* entre les parties à la consignation à titre de sûreté sont complexes; elles comprennent notamment un contrat de gage et des éléments du contrat de dépôt<sup>61</sup>.

Le gage mobilier du bailleur s'étend sauf convention contraire aux *fruits civils* de l'objet grevé (intérêts des espèces déposées<sup>62</sup>, dividendes ou autres revenus produits par les papiers-valeurs<sup>63</sup>), échus postérieurement à la constitution du gage<sup>64</sup>. Les droits genevois et vaudois prévoient cependant que le locataire peut obtenir par sa seule signature que les intérêts lui soient versés<sup>65</sup>; il est permis de se

<sup>53</sup> Cf. Lachat, p. 239.

<sup>54</sup> Higi, n. 24 s. ad art. 257e; Weber / Zihlmann, n. 4 ad art. 257e; Lachat, p. 241; Commentaire SVIT, n. 17 ad art. 257e; Gilliéron, p. 7. Voir aussi le jugement du Bezirksgericht de Kreuzlingen, du 31.1.1995, *in* MP 1997 p. 150/151.

<sup>55</sup> Sur la consignation irrégulière à titre de sûreté, voir par exemple : Zobl, Syst. T., n. 1207; P.-H. Steinauer, Les droits réels, Tome III, 2<sup>e</sup> éd., Berne 1996, n° 3071.

<sup>56</sup> Zobl, Syst. T., n. 1242; Foëx, p. 45.

<sup>57</sup> Papiers-valeurs à ordre (non endossés en blanc) et papiers-valeurs nominatifs, cas échéant papiers-valeurs au porteur (ou à ordre endossés en blanc) dont il est convenu que la banque doit les restituer *eadem specie*.

<sup>58</sup> Sur la consignation régulière à titre de sûreté, voir par exemple : Zobl, Syst. T., n. 1206; Oftinger / Baer, Syst. T., n. 203 ss; Steinauer, n° 3070.

<sup>59</sup> Zobl, Syst. T., n. 1238; Steinauer, n° 3070; Foëx, p. 45.

<sup>60</sup> Sur la consignation fiduciaire à titre de sûreté, voir par exemple : Zobl, Syst. T., n. 1208; Steinauer, n° 3072.

<sup>61</sup> Pour le surplus, voir par exemple Zobl, Syst. T., n. 1223 ss. Voir aussi Higi, n. 24 ad art. 257e.

<sup>62</sup> Cf. Higi, n. 31 ad art. 257e. La doctrine estime qu'il résulte de l'art. 257e al. 1 CO (soit du fait que les espèces doivent être déposées auprès d'une banque) que des intérêts doivent être versés; cf. Higi, n. 31 ad art. 257e; Weber / Zihlmann, n. 3 ad art. 257e; Lachat, p. 240; voir encore l'arrêt de la Chambre d'appel en matière de baux et loyers GE, du 10.4.2000, *in* CdB 2000 p. 110/111 (qui précise que des intérêts doivent être servis par le bailleur s'il omet de déposer les espèces en banque). Voir également l'art. 7 al. 1 de la Loi genevoise du 18 avril 1975 : « les comptes de dépôt doivent porter intérêt pour le moins au taux usuel pour les dépôts d'épargne pratiqué par la Banque cantonale de Genève ».

<sup>63</sup> *Contra* : Higi, n. 32 ad art. 257e; Lachat, p. 240, note 18.

<sup>64</sup> Art. 904 al.1 CC.

<sup>65</sup> Art. 7 al. 3 de la Loi genevoise du 18 avril 1975 et art. 3 al. 2 de la Loi vaudoise du 15 septembre 1971.

demander si ces dispositions restent dans le cadre fixé par l'art. 257e al. 4 CO et, en particulier, si elles respectent les art. 257e al. 3 CO et 904 al. 1 CC.

### c) Le plafonnement des sûretés (art. 257e al. 2 CO)

La loi limite à « trois mois de loyer » (y compris les frais accessoires, selon la doctrine)<sup>66</sup> le montant de la sûreté susceptible d'être fournie en espèces ou sous forme de papiers-valeurs par le locataire de locaux à usage d'habitation. Cette disposition est de droit impératif<sup>67</sup>.

Une *modification du loyer en cours de bail* entraîne une modification correspondante du plafond admissible. Si le loyer augmente, les parties peuvent convenir d'une augmentation des sûretés<sup>68</sup>. Si le loyer baisse, le bailleur doit consentir à une réduction des sûretés à due concurrence; P. Higi déclare applicable à cet effet les art. 270 et 270a CO<sup>69</sup>, ce qui paraît bien formaliste et peu conforme à la nature impérative de l'art. 257e al. 2 CO.

### d) La restitution des sûretés (art. 257e al. 3 CO)

L'art. 257e al. 3 CO, qui est de droit impératif<sup>70</sup>, prévoit que la banque ne peut libérer les sûretés (à due concurrence) que lorsque l'une des trois éventualités suivantes est réalisée :

- bailleur et locataire ont donné leur accord<sup>71</sup>;
- l'impétrant<sup>72</sup> est au bénéfice d'un commandement de payer non frappé d'opposition ou d'un jugement exécutoire (dont il résulte que les sûretés peuvent être libérées<sup>73</sup>);

<sup>66</sup> Higi, n. 20 ad art. 257e; Weber / Zihlmann, n. 7 ad art. 257e; Lachat, p. 239; Commentaire SVIT, n. 19 ad art. 257e CO.

<sup>67</sup> Si l'on veut, en considération du fait que l'art. 257e al. 3 CO fixe une limite maximale, l'on peut indiquer qu'il s'agit d'une norme de droit semi-impératif; cf. Higi, n. 4 ad art. 257e; Lachat, p. 242.

<sup>68</sup> Si le bailleur entend exiger unilatéralement l'augmentation des sûretés, il doit respecter les exigences posées à l'art. 269 d al. 1 CO (cf. art. 269 d al. 3 CO et *supra*, I.1.c); Higi, n. 34 ad art. 257e.

<sup>69</sup> Cf. Higi, n. 35 ad art. 257e. Voir par ailleurs Lachat, p. 240, note 17.

<sup>70</sup> Higi, n. 4 ad art. 257e; Lachat, p. 240.

<sup>71</sup> La loi ne pose pas d'exigence de forme; sauf convention contraire, cet accord peut donc en principe être donné oralement (Higi, n. 36 ad art. 257e). L'art. 2 du contrat-cadre de bail à loyer romand exige toutefois « la double signature du bailleur et du locataire »; tel est également le cas de l'art. 4 al. 1 de la Loi genevoise du 18 avril 1975 et de l'art. 3 al. 1 de la Loi vaudoise du 15 septembre 1971.

<sup>72</sup> P. Higi (n. 38 et 40 ad art. 257e) relève avec raison que tant le bailleur que le locataire peuvent se prévaloir d'un jugement exécutoire mais, qu'en revanche, la libération moyennant production d'un commandement de payer ne peut intervenir que si la poursuite a été intentée par le bailleur à l'encontre du locataire: ce n'est pas parce que le locataire est par hypothèse au bénéfice d'un tel commandement de payer que la créance du bailleur, garantie par gage, est éteinte. Curieusement, l'art. 2 du contrat-cadre de bail à loyer romand ne mentionne pas la libération des sûretés moyennant production d'un commandement de payer non frappé d'opposition; cf. également l'art. 3 al. 1 de la Loi vaudoise du 15 septembre 1971.

<sup>73</sup> Cf. Higi, n. 39 ad art. 257e. L'art. 4 al. 2 de la Loi genevoise du 18 avril 1975 exige la production d'un jugement « prononçant une condamnation pécuniaire contre le locataire portant sur une créance relative au contrat de bail ».

- le locataire établit que, dans l'année qui suit la fin du bail<sup>74</sup>, le bailleur n'a fait valoir aucune prétention à son encontre par la voie d'une poursuite ou d'une procédure judiciaire.

La loi, en tant qu'elle fait dépendre (dans la troisième éventualité) la libération des sûretés de l'écoulement d'un délai d'une année, se montre assez *sévère* envers le locataire. On ne saurait exclure que des bailleurs soient tentés d'en tirer parti, par exemple pour obtenir de locataires pressés de libérer les sûretés des concessions dans le dénouement du contrat (par exemple, la prise en charge de travaux) qui n'auraient sans cela pas nécessairement été faites.

Il incombe à la banque de se montrer *diligente* lorsqu'elle libère les sûretés. A défaut, elle court le risque d'engager sa responsabilité<sup>75</sup>.

Le bailleur étant créancier gagiste, il doit en principe procéder à la *réalisation forcée* de l'objet grevé. Cela étant, ainsi que l'observe P.-R. Gilliéron, « *la restitution au bailleur par la banque des espèces fournies par le locataire à titre de sûretés vaut paiement libératoire* »<sup>76</sup>. En revanche, si les sûretés ont été fournies sous forme de papiers-valeurs, une poursuite en réalisation de gage est nécessaire, à moins que le bailleur n'ait été contractuellement autorisé à procéder à leur réalisation privée<sup>77</sup> ou que les parties conviennent à ce moment que le bailleur peut garder les papiers-valeurs à titre de paiement<sup>78</sup>.

## 2. Deux questions particulières

### a) Le sort des sûretés de l'art. 257e CO en cas de changement de propriétaire de la chose louée

#### aa) En général

Le bailleur au bénéfice de sûretés au sens de l'art. 257e CO est titulaire d'un droit de gage mobilier<sup>79</sup>. Le droit de gage étant un droit accessoire, il suit le sort de la créance garantie<sup>80</sup>. Par conséquent, en cas de changement de propriétaire de la chose louée, les sûretés conférées par le locataire en espèces ou sous forme de papiers-valeurs *passeront à l'acquéreur en tant qu'accessoire* de la créance garantie<sup>81</sup> et dans la mesure où la créance garantie est transférée à l'acquéreur<sup>82</sup>.

<sup>74</sup> Si le locataire a libéré les locaux à une date postérieure, c'est cette dernière qui est déterminante; cf. Higi, n. 47 ad art. 257e; Lachat, p. 242. Voir aussi l'art. 2 du contrat-cadre de bail à loyer romand, ainsi que l'art. 5 de la Loi genevoise du 18 avril 1975 et l'art. 3 al. 3 de la Loi vaudoise du 15 septembre 1971.

<sup>75</sup> Cf. Higi, n. 50 ad art. 257e.

<sup>76</sup> Gilliéron, p. 17.

<sup>77</sup> Gilliéron, p. 17. Il convient de rappeler que la réalisation privée n'est plus possible si l'objet grevé est saisi ou séquestré, ou si le constituant est en faillite; cf. Steinauer, n° 3122b; Foëx, p. 273; etc.

<sup>78</sup> Voir par exemple : D. Zobl, Das Fahrnispfand, Berner Kommentar, vol. IV.2.5.2, 2<sup>e</sup> éd., Berne 1996, n. 18 ad art. 894 et les réf.; Steinauer, n° 3122a. Voir cependant : Foëx, p. 273.

<sup>79</sup> Cf. *supra*, II.1.b.bb.

<sup>80</sup> Cf. par exemple : Zobl, Syst. T., n. 246 ss.

<sup>81</sup> Cf. Higi, n. 22 ad art. 261-261a; Piotet, p. 352; Lachat, pp. 238 et 389; P. Amberg, Der Konkurs des Vermieters : Folgen für den Vermieter; Auswirkungen auf den Mietvertrag, in *Schuldbetreibung im Wandel* (P. Angst / F. Cometta / D. Gasser, éd.), Bâle 2000, p. 173 ss, p. 181. Cf., d'une manière générale, l'art. 170 al. 1 CO et Zobl, n. 279 ss ad art. 884.

<sup>82</sup> Si le précédent propriétaire est encore titulaire d'une créance garantie par le gage, ce dernier ne passe qu'à due concurrence à l'acquéreur; cf. Zobl, n. 285 ad art. 884.

**bb) Lorsque le bailleur n'a pas déposé les sûretés**

Il en va différemment si, en violation de son obligation découlant de l'art. 257e al. 1 CO, le bailleur n'a pas déposé auprès d'une banque les espèces ou les papiers-valeurs remis par le locataire. En effet, dans une telle situation, le gage du bailleur n'est pas encore né : si des espèces lui ont été remises, le bailleur en est devenu propriétaire par mélange<sup>83</sup>; si des papiers-valeurs lui ont été confiés, il en est en principe uniquement possesseur<sup>84</sup> et le locataire en est resté l'ayant droit.

Dans une telle éventualité, la doctrine récente propose de distinguer selon que la propriété de l'immeuble loué a été acquise en-dehors d'une faillite ou, au contraire, dans le cadre d'une réalisation forcée consécutive à une faillite<sup>85</sup>. Dans le premier cas (aliénation volontaire, acquisition de l'immeuble suite à une poursuite par voie de saisie ou une poursuite en réalisation de gage immobilier), l'obligation de déposer les sûretés auprès d'une banque passerait à l'acquéreur avec la propriété de l'immeuble<sup>86</sup> : en conséquence, le locataire pourrait exiger de l'acquéreur qu'il procède au dépôt des sûretés<sup>87</sup>. En revanche, dans la seconde hypothèse (acquisition de la propriété lors de la faillite du bailleur), l'obligation de déposer les sûretés auprès d'une banque ne serait pas transférée à l'acquéreur, motif pris que la faillite rend exigibles les dettes du failli et qu'il incombe dès lors au locataire de produire sa prétention dans la faillite, sous peine de perdre son droit<sup>88</sup>.

Cette manière de voir ne paraît pas nécessairement convaincante. En effet, et d'une part, il faut en tout état de cause traiter de façon différente le cas des sûretés remises par le locataire sous forme de papiers-valeurs : puisque le locataire est resté propriétaire<sup>89</sup>, il lui incombe de revendiquer les papiers-valeurs dans la faillite du bailleur<sup>90</sup> et, le cas échéant, de les remettre ensuite à l'acquéreur (ou de procéder lui-même au dépôt auprès d'une banque). D'autre part, s'agissant des avoirs dont le bailleur est devenu propriétaire par mélange (espèces, voire certains papiers-valeurs)<sup>91</sup>, l'on ne voit pas bien pourquoi il conviendrait de distinguer selon qu'il y a eu ou non faillite.

En particulier, le mécanisme qui permettrait de fonder (en l'absence d'une convention en ce sens) une reprise de la dette en cas d'acquisition hors faillite reste à démontrer<sup>92</sup>. Ainsi que l'a relevé récemment le Tribunal fédéral, « *un droit sur la somme consignée n'appartient [...] pas à tout bailleur partie au contrat, mais uniquement au bailleur à qui le locataire a confié l'argent [...]. Cela se justifie parce que le locataire est habilité à exiger immédiatement que la garantie soit consignée conformément à la loi et qu'il peut compenser cette somme avec des loyers échus en cas de demeure du bailleur [...], et que*

<sup>83</sup> Cf. ATF 127 III 273/275, JT 2001 II 8/10; Amberg, p. 181; etc.

<sup>84</sup> Art. 919 al. 1 CC. Il faut réserver ici le cas où le bailleur serait devenu propriétaire des papiers-valeurs, soit qu'il y ait eu mélange (les papiers-valeurs étant au porteur, voire à ordre et endossés en blanc) soit que le locataire ait manifesté sa volonté de les aliéner au bailleur.

<sup>85</sup> Voir notamment la note de M. R. Ziegler, in MRA 1998 p. 136 ss, celle du Prof. F. Knoepfler, in DB 1999 p. 12, celle de Mme M. Sommer in MRA 2000 p. 328 s., p. 329 et celle de M. M. Giavarini, in MRA 2000 p. 358 s. Voir aussi l'arrêt du Mietgericht de Zurich, du 3.12.1999, in MRA 2000 p. 354 ss.

<sup>86</sup> Note de M. Ziegler, p. 137.

<sup>87</sup> Note de M. Ziegler, p. 137.

<sup>88</sup> Cf. art. 208 al. 1 et 251 LP. Note de M. Ziegler, p. 137; Note du Prof. F. Knoepfler, p. 12.

<sup>89</sup> Cf. *supra*, note 84.

<sup>90</sup> Art. 242 LP.

<sup>91</sup> Cf. *supra*, notes 83 et 84.

<sup>92</sup> Ni l'art. 170 al. 1 CO, ni l'art. 175 CO (invoqués tous deux par M. Ziegler, p. 137), ne paraissent susceptibles de fonder une reprise de dette *ex lege*. Quant à l'art. 261 al. 1 CO (sur lequel se fonde l'arrêt du Mietgericht de Zurich, du 3.12.1999, in MRA 2000 p. 354/355 ss), à supposer qu'il soit applicable, il faudrait démontrer pourquoi il produit cet effet seulement hors faillite.

*l'acquéreur de l'objet loué ne doit pas supporter le fait que le locataire ne s'est pas soucié de la consignation de la garantie* »<sup>93</sup>. Ces considérations, émises à propos d'une acquisition dans la faillite, ont une portée générale et valent également pour les acquisitions hors faillite; on peut dès lors légitimement se demander si notre Haute Cour suivrait la doctrine si elle avait à se prononcer sur le sort des sûretés non déposées auprès d'une banque en cas d'acquisition hors faillite.

### cc) Prétention tendant à la fourniture de sûretés (nouvelles) ?

Pour le surplus, il convient de souligner que, les sûretés de l'art. 257e CO étant fondées sur la convention, l'acquéreur de l'immeuble ne peut pas sans autre exiger du locataire qu'il lui fournisse des sûretés (nouvelles) en espèces ou sous forme de papiers-valeurs<sup>94</sup>. Il lui est en revanche loisible d'exiger unilatéralement une modification du contrat en ce sens, en respectant les formes prévues à cet effet<sup>95</sup>.

### b) Sûretés de l'art. 257e CO et compensation par le locataire

Les sûretés en espèces ou sous forme de papiers-valeurs *déposées auprès d'une banque* ne procurent au locataire aucune créance susceptible d'être opposée en compensation au bailleur<sup>96</sup>. Le locataire n'est donc pas fondé, par exemple, à cesser de payer le loyer trois mois avant la fin du bail en invoquant la compensation.

Il en va différemment si les sûretés ont été remises au bailleur et que celui-ci est *en demeure de les déposer* auprès d'une banque. Dans ce cas, et s'agissant d'espèces dont le bailleur est devenu propriétaire par mélange<sup>97</sup>, le locataire est titulaire d'une créance et peut donc compenser à due concurrence ses dettes envers le bailleur avec cette créance<sup>98</sup>. Le Tribunal fédéral a toutefois jugé récemment en application de l'art. 213 al. 2 ch. 2 LP que si le bailleur est tombé en faillite, la compensation avec des créances de loyer échues après la faillite n'est plus possible<sup>99</sup>.

<sup>93</sup> ATF 127 III 273/278, JT 2001 II 8/12.

<sup>94</sup> Cf., en cas d'acquisition dans la faillite : ATF 127 III 273/278, JT 2001 II 8/12; M. Bise, La faillite du bailleur, 11<sup>e</sup> Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2000, p. 17.

<sup>95</sup> Cf. *supra*, I.1.c.

<sup>96</sup> Cf. Higi, n. 33 ad art. 257e; Lachat, p. 240; Commentaire SVIT, n. 18 ad art. 257e; M.-C. Jeanprêtre Pittet / J. Guinand / P. Wessner, Bail à loyer III – Les obligations du locataire, FJS 359, Genève 1995, p. 14; arrêt de la Cour supérieure du canton d'Argovie, du 14.11.1991, *in* RSJ 1994 p. 332; arrêt de la Cour de cassation civile NE, du 22 mars 1993, *in* RJN 1993 75/76; jugement du Bezirksgericht de Kreuzlingen, du 31.1.1995, *in* MP 1997 p. 150/151. Voir également l'art. 2 du contrat-cadre de bail à loyer romand.

<sup>97</sup> Cf. *supra*, note 83. S'il s'agit de papiers-valeurs (dont le bailleur serait devenu propriétaire par mélange, cf. *supra*, note 84), la compensation ne sera en principe pas possible, les créances n'étant pas de même nature (cf. art. 120 al. 1 CO).

<sup>98</sup> Commentaire SVIT, n. 18 ad art. 257e; voir aussi : Higi, n. 33 ad art. 257e. Ne mentionnent la compensation qu'avec la dette tendant au paiement du loyer : ATF 127 III 273/278, JT 2001 II 8/12; Weber / Zihlmann, n. 5 ad art. 257e; Amberg, p. 181. Voir cependant l'arrêt de la Chambre d'appel en matière de baux et loyers GE, du 10.4.2000, *in* CdB 2000 p. 110/111 (avec une critique de R. Futterlieb *in* MRA 2001 p. 11 ss).

<sup>99</sup> ATF 127 III 273/278, JT 2001 II 8/12. Voir aussi : Bise, pp. 11 et 17; Amberg, p. 182.

### III. Le droit de rétention du bailleur (art. 268 - 268b CO)

#### 1. Rappel du système

##### a) Généralités

La loi institue aux art. 268 à 268b CO un droit de rétention. Il s'agit d'un *droit de gage légal*<sup>100</sup> : il ne résulte pas d'une convention, mais naît dès que les conditions légales sont réalisées. Ce droit de rétention présente la particularité de grever des biens dont son titulaire n'est pas possesseur<sup>101</sup> : il procure au bailleur une certaine maîtrise juridique sans exiger qu'elle soit sous-tendue par une maîtrise de fait; il s'agit là d'un des atouts, mais également d'une des faiblesses, de ce droit de rétention. Bref, il s'agit d'un droit de gage mobilier *sui generis*<sup>102</sup>.

La loi réserve ce droit de rétention au *bailleur de locaux*<sup>103</sup> *commerciaux* (au sens de l'art. 253a al. 1 CO)<sup>104</sup>. Elle lui consacre trois dispositions, dont il faut admettre qu'elles sont relativement impératives<sup>105</sup> : il n'est pas possible d'y déroger au détriment du locataire (par exemple, en étendant le cercle des créances garanties); en revanche, le bailleur peut par exemple renoncer à son droit<sup>106</sup> ou convenir avec le locataire d'en restreindre la portée<sup>107</sup>. Ce régime juridique est complété, notamment, par les art. 283 et 284 LP.

##### b) L'objet du droit de rétention

Le droit de rétention porte sur les choses mobilières saisissables<sup>108</sup> qui garnissent (pour reprendre la terminologie imagée de l'ancien art. 272 al. 1 CO)<sup>109</sup> les locaux loués et qui servent soit à leur aménagement soit à leur usage.

<sup>100</sup> Zobl, n. 70 ad art. 895; A.K. Schnyder / M.A. Wiede *in* Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (A. Staehelin / T. Bauer / D. Staehelin, éd.), tome III, Bâle 1998, n. 7 ad art. 283; P. Higi, Die Miete *in* Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, vol. V.2.b.2, 4<sup>e</sup> éd., Zurich 1995, n. 12 ad art. 268-268b; etc.

<sup>101</sup> Cf. Zobl, n. 70 ad art. 895; Steinauer, n° 3129; etc. D'autres droits de rétention présentent également cette caractéristique; voir par exemple Steinauer, n° 3129.

<sup>102</sup> Steinauer, n° 3129; D. Zobl (n. 70 ad art. 895) le qualifie d'hypothèque mobilière légale.

<sup>103</sup> Selon le Tribunal fédéral, sont des locaux les « *espaces fixés durablement et délimités de manière horizontale et verticale [...], resp. [les] bâtiments plus ou moins fermés* » (ATF 124 III 108/110, JdT 1999 I 107/110 : qualité de « local » reconnue à trois box de lavage couverts, mais ouverts sur l'avant; voir aussi la note de A. Maag, *in* MRA 1998 p. 90 ss). Voir aussi : ATF 110 II 51/51, JdT 1985 I 575/575 (qualité de local commercial déniée à une place de parc louée isolément); décision de l'Autorité de surveillance BL, du 23.10.2000, *in* BISchK : une surface commerciale en plein air n'est pas un local (commercial), susceptible de permettre l'exercice du droit de rétention.

<sup>104</sup> Higi, n. 3 ad art. 268-268b; Schnyder / Wiede, n. 9 ad art. 283; D. Gasser, *Betreibung für Miet- und Pachtzinsforderungen*, *in* BISchK 1999 p. 81 ss, p. 84 s. C'est le lieu de rappeler que le Tribunal fédéral définit de façon large la notion de local commercial comme « *tout local qui sert à l'exploitation d'une activité commerciale ou, au sens large, à l'exercice d'une activité professionnelle* » (ATF 124 III 108/110, JdT 1999 I 107/110); voir aussi, par exemple, l'arrêt de la Chambre d'appel en matière de baux et loyers de Genève, du 13.3.2000, *in* DB 2001 p. 5 : la notion de local commercial « *ne suppose pas nécessairement un local affecté à l'exercice d'une activité lucrative, mais comprend toute activité contribuant effectivement au développement de la personnalité privée ou économique du locataire* ».

<sup>105</sup> Higi, n. 7 ad art. 268-268b. Voir cependant Commentaire SVIT, n. 2 ad art. 268-268b.

<sup>106</sup> Cf. Higi, n. 71 ad art. 268-268b.

<sup>107</sup> Cf. Higi, n. 7 ad art. 268-268b.

<sup>108</sup> Cf. art. 268 al. 3 CO et art. 92 LP. Higi, n. 64 ss ad art. 268-268b; Schnyder / Wiede, n. 26 ad art. 283.

<sup>109</sup> Voir encore aujourd'hui l'art. 712k CC.

Il doit donc exister un *rapport d'affectation* (qui s'apprécie selon le genre de locaux et l'usage qui en est fait par le locataire)<sup>110</sup> et un *rapport spatial* entre les biens meubles retenus et les locaux loués. Le Tribunal fédéral a précisé que cette « *relation spatiale ne doit pas être purement fortuite; elle doit présenter une certaine durabilité, en quoi pourtant elle n'a pas nécessairement besoin de subsister pendant toute la durée du bail* »<sup>111</sup>. Le droit de rétention peut donc par exemple porter sur les meubles meublants et autres équipements mobiliers, sur les machines et le matériel d'un atelier, ainsi que sur les stocks entreposés dans un dépôt<sup>112</sup>.

Les choses mobilières doivent en principe *appartenir au locataire*. La loi étend toutefois l'assiette du droit aux choses mobilières apportées dans les locaux par le sous-locataire, à la condition qu'il n'ait pas payé son loyer au locataire (et à concurrence du montant impayé)<sup>113</sup>, ainsi qu'aux choses confiées au locataire ou au sous-locataire pour autant que le bailleur ignore de bonne foi qu'elles n'appartiennent pas au locataire<sup>114</sup>; dans ce dernier cas, le droit de rétention du bailleur s'éteint s'il apprend par la suite que ces choses n'appartiennent pas au locataire, à moins que le bailleur ne résilie le bail pour le prochain terme (contractuel ou légal)<sup>115</sup>.

### c) Les créances garanties

A rigueur de texte légal, le droit de rétention garantit la créance du bailleur tendant au paiement du *loyer du semestre en cours et de l'année écoulée*<sup>116</sup>. Jurisprudence et doctrine admettent cependant que le droit de rétention garantit également les frais accessoires<sup>117</sup>, les frais de poursuite et les intérêts moratoires<sup>118</sup>, les frais de remise en état des locaux (convenue contractuellement)<sup>119</sup> et même l'indemnité pour l'occupation des locaux postérieure à la fin du bail<sup>120</sup>.

---

<sup>110</sup> ATF 120 III 50/55.

<sup>111</sup> ATF 120 III 50/55 : rapport suffisant entre les locaux loués et des machines en cours de fabrication, des pièces détachées ainsi qu'un véhicule automobile parqué à l'extérieur.

<sup>112</sup> Cf. par exemple : Higi, n. 38 ss ad art. 268-268b; Tercier, n° 1758; Lachat, p. 215; Schnyder / Wiede, n. 14 ss ad art. 283; Gasser, p. 86. ATF 120 III 50/55; Autorité de surveillance SO, 26.11.1975, in RSJ 1976 p. 265 (stocks).

<sup>113</sup> Art. 268 al. 2 CO. ATF 120 III 52/54; Higi, n. 46 ss ad art. 268-268b; Schnyder / Wiede, n. 17 ss ad art. 283; Tercier, n° 1765; Lachat, p. 216; etc.

<sup>114</sup> Art. 268 a al. 1 CO. Higi, n. 51 ss ad art. 268-268b; Schnyder / Wiede, n. 20 ss ad art. 283; Tercier, n° 1761 ss; Lachat, p. 215 s.; etc. Cf. arrêt de la Chambre des recours du Tribunal cantonal vaudois, du 3.6.1996, in CdB 1997 p. 23/24.

<sup>115</sup> Art. 268 a al. 2 CO. Higi, n. 60 ad art. 268-268b; Tercier, n° 1762; Lachat, p. 215 s.; etc. S'éloignant du texte légal, jurisprudence et doctrine considèrent qu'en réalité, le droit de rétention subsiste (même si le bailleur ne dénonce pas le contrat) et garantit les créances nées avant le terme de résiliation; cf. Higi, n. 60 ss ad art. 268-268b; Tercier, n° 1762; Lachat, p. 216, note 80; Commentaire SVIT, n. 9 ad art. 268-268b; Gasser, p. 87; arrêt de la Chambre des recours du Tribunal cantonal vaudois, du 3.6.1996, in CdB 1997 p. 23/25.

<sup>116</sup> Art. 268 al. 1 CO.

<sup>117</sup> Art. 257a CO. ATF 111 II 71/71, JdT 1987 II 66/68; Higi, n. 25 ad art. 268-268b; Tercier, n° 1747; Lachat, p. 216; Gasser, p. 85; etc.

<sup>118</sup> Higi, n. 30 ad art. 268-268b; Tercier, n° 1748; Lachat, p. 216; Gasser, p. 85. Cf. ATF 85 III 54/55.

<sup>119</sup> Higi, n. 26 ad art. 268-268b. Plus larges : Schnyder / Wiede, n. 38 ad art. 283; Tercier, n° 1748; ATF 111 II 71/71, JdT 1987 II 66/68.

<sup>120</sup> Higi, n. 21 ad art. 268-268b; Tercier, n° 1748; Lachat, p. 216. Cf. ATF 111 II 71/71, JdT 1987 II 66/68; ATF du 4.12.1995, in DB 1997 p. 9.



Le *dies a quo* pour déterminer les créances garanties est celui de la requête d'inventaire<sup>121</sup> ou, le cas échéant, de l'ouverture de la faillite<sup>122</sup>; en particulier, le « semestre courant » au sens de l'art. 268 al. 1 CO se compte à partir de cette date.

#### d) Exercice du droit de rétention

Le droit de rétention du bailleur de locaux commerciaux *naît dès que les conditions légales sont réunies* (existence d'une créance garantie, présence d'un objet idoine dans les locaux commerciaux loués)<sup>123</sup>. Il procure à son titulaire la faculté de requérir à certaines conditions la réalisation de l'objet grevé. Dans l'intervalle, il lui procure une certaine protection.

Ainsi, le bailleur peut, en requérant l'assistance de la force publique, *empêcher* le locataire d'emporter des meubles hors des locaux loués si les meubles restants ne suffisent plus à couvrir sa créance<sup>124</sup>. Il peut par ailleurs exiger dans les dix jours, avec l'assistance de la force publique, la *réintégration* des objets qui auraient été enlevés avec violence ou clandestinement<sup>125</sup>; les droits d'un éventuel acquéreur de bonne foi sont réservés<sup>126</sup>. L'accomplissement de chacune de ces mesures est suivie de l'établissement d'un inventaire par l'office des poursuites<sup>127</sup>.

Le bailleur qui entend obtenir la *réalisation* des objets grevés par son droit doit requérir de l'office des poursuites qu'il en dresse *l'inventaire*<sup>128</sup>; l'établissement de l'inventaire entraîne le dessaisissement du locataire<sup>129</sup>. Si l'inventaire a été établi sans poursuite préalable<sup>130</sup>, un délai de dix jours est impartie au bailleur pour requérir une poursuite en réalisation de gage à l'encontre de son locataire<sup>131</sup>. Le bailleur bénéficie en outre d'une protection accrue, sa prétention tendant à la réintégration des objets enlevés par violence ou clandestinement pouvant être exercée en tout temps<sup>132</sup>.

<sup>121</sup> Cf. art. 283 LP.

<sup>122</sup> Cf. Schnyder / Wiede, n. 35 ad art. 283; Tercier, n° 1752; Lachat, p. 216; Gasser, p. 85.

<sup>123</sup> Cf. Higi, n. 68 ad art. 268-268b. Voir aussi : Schnyder / Wiede, n. 27 ad art. 283.

<sup>124</sup> Art. 268b al. 1 CO. Higi, n. 101 ss ad art. 268-268b; Tercier, n° 1776 (qui soumet l'exercice de cette faculté à la condition qu'il y ait péril en la demeure); Lachat, p. 218; Gasser, p. 91; etc.

<sup>125</sup> Art. 218b al. 2 CO. Higi, n. 106 ss ad art. 268-268b (qui précise que le bailleur doit rendre vraisemblable l'existence de son droit de rétention); Tercier, n° 1777 ss; Lachat, p. 218; Gasser, p. 91 s.; etc. Voir aussi (à propos de l'art. 284 LP) : Schnyder / Wiede, n. 6 ss ad art. 284.

<sup>126</sup> Cf. art. 933, 934 et 935 CC; voir également l'art. 284 LP. Higi, n. 116 ad art. 268-268b; Tercier, n° 1779; Gasser, p. 92.

<sup>127</sup> Higi, n. 103 et 114 ad art. 268-268b; Lachat, p. 218; etc.

<sup>128</sup> Le bailleur doit rendre vraisemblable l'existence d'un péril immédiat et réel s'il s'agit de garantir des loyers courants; cf. Higi, n. 78 ad art. 268-268b; Gilliéron, p. 13; Schnyder / Wiede, n. 47 ss ad art. 283 (et la note 54). Voir par ailleurs : Tercier, n° 1768 ss; Lachat, p. 217; etc.

<sup>129</sup> Schnyder / Wiede, n. 64 ss ad art. 283; voir aussi : Note de P. Wessner, *in* DB 1997 p. 11; B. Foëx *in* Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (A. Staehelin / T. Bauer / D. Staehelin, éd.), tome II, Bâle 1998, n. 6 ad art. 96.

<sup>130</sup> Cf. art. 283 al. 1 LP.

<sup>131</sup> Art. 283 al. 3 LP. Higi, n. 89 ss ad art. 268-268b; Schnyder / Wiede, n. 74 ad art. 283; Lachat, p. 217; Gasser, p. 88; etc. Si le locataire est en faillite, l'art. 206 al. 1, 2<sup>e</sup> phrase LP n'est pas applicable et le bailleur doit donc faire valoir sa créance garantie par son droit de rétention dans la faillite (cf. ATF 124 III 215/217 ss, JdT 1999 II 91/92 ss). Voir par ailleurs, sur l'exercice du droit de rétention dans la faillite du locataire : ATF 124 III 41, JdT 1999 II 114; ATF 121 III 96, JdT 1997 II 116.

<sup>132</sup> Higi, n. 100 ad art. 268-268b; Schnyder / Wiede, n. 4 ad art. 284.

## 2. Deux questions particulières

### a) **Un droit de rétention en faveur du bailleur de locaux à usage d'habitation ?**

On le sait, la modification du Code des obligations entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 1990 a entraîné la suppression du droit de rétention dont bénéficiait jusqu'alors également le bailleur de locaux à usage d'habitation<sup>133</sup>. Cela étant, on peut se demander s'il est loisible aux parties de réintroduire ce droit de rétention par convention. Tel semble notamment être l'avis du Prof. P. Tercier, qui estime que « *les parties à un bail d'habitation sont libres de prévoir contractuellement un droit de rétention en faveur du bailleur; ce droit est alors soumis aux règles générales (CC 895 ss) et non aux dispositions particulières du bail* »<sup>134</sup>.

Il est permis de concevoir certains doutes à ce propos. En premier lieu, vu le caractère relativement impératif de l'art. 268 CO<sup>135</sup>, il n'est pas possible d'étendre l'assiette de ce droit de rétention aux choses se trouvant dans des locaux à usage d'habitation<sup>136</sup>. Quant au droit de rétention « général »<sup>137</sup> de l'art. 895 CC, il suppose que le créancier soit possesseur des objets retenus<sup>138</sup>; or, le bailleur n'est (en principe) pas possesseur des objets appartenant au locataire se trouvant dans les locaux qu'il loue<sup>139</sup>. Cela étant, le droit de rétention de l'art. 895 CC est un droit de gage légal<sup>140</sup>; les parties ne peuvent donc pas en modifier contractuellement les contours<sup>141</sup>, par exemple en dispensant le créancier d'être possesseur des objets retenus.

Le locataire peut en revanche fort bien constituer un nantissement garantissant les créances du bailleur<sup>142</sup>. Mais la loi exige un transfert de possession, qui répond à des exigences strictes<sup>143</sup> et dont on imagine mal qu'elles puissent être réunies s'agissant de choses mobilières servant à l'aménagement ou à l'usage des locaux loués<sup>144</sup>.

Il résulte de ce qui précède qu'il n'est à notre sens *pas possible* de constituer un droit de rétention en faveur du bailleur de locaux à usage d'habitation. En revanche, rien n'empêche *a priori*<sup>145</sup> les parties de convenir d'un « droit de rétention contractuel » (*vertraglich statuiertes Zurückbehaltungsrecht*); mais, n'étant pas un droit réel, ce « droit de rétention contractuel » n'est pas opposable aux tiers<sup>146</sup> (soit par exemple, aux autres créanciers du locataire) et ne présente dès lors que peu d'intérêt pratique.

<sup>133</sup> Cf. l'ancien art. 272 CO, qui octroyait le droit de rétention au « bailleur d'un immeuble ». Voir par exemple : Higi, n. 5 ad art. 268-268b.

<sup>134</sup> Tercier, n° 1740.

<sup>135</sup> Cf. *supra*, III.1.a.

<sup>136</sup> Cf. par exemple Higi, n. 5 et 8 ad art. 268-268b.

<sup>137</sup> Cf. Steinauer, n° 3130.

<sup>138</sup> Cf. art. 895 al. 1 CC. Voir par exemple : Zobl, n. 125 ss ad art. 895; Oftringer / Baer, n. 45 ss ad art. 895; Steinauer, n° 3135 s.

<sup>139</sup> Cf. par exemple : E.W. Stark, *Der Besitz*, Berner Kommentar, vol. IV.3.1, 3<sup>e</sup> éd., Berne 2001, n. 56 ad art. 920; Commentaire SVIT, n. 3 ad art. 268-268b. Voir cependant : Tercier, n° 1744.

<sup>140</sup> Cf. Zobl, n. 15 ad art. 895; Oftringer / Baer, n. 15 ad art. 895.

<sup>141</sup> Cf. Zobl, n. 16 ad art. 895; Oftringer / Baer, n. 15 et 199 ad art. 895.

<sup>142</sup> Cf. *supra*, I.1.a. Commentaire SVIT, n. 3 ad art. 268-268b.

<sup>143</sup> Art. 884 al. 3 CC; cf. par exemple : Zobl, n. 481 ss ad art. 884; Steinauer, n° 3099 ss.

<sup>144</sup> Cf. Commentaire SVIT, n. 3 ad art. 268-268b; Commentaire USPI, n. 3 ad art. 268-268b.

<sup>145</sup> Selon les circonstances, la convention pourrait être qualifiée de transaction couplée (art. 254 CO). P. Higi (n. 5 ad art. 268-268b) exclut la possibilité de constituer un tel « droit de rétention contractuel ».

<sup>146</sup> Cf. Zobl, n. 48 ss ad art. 895; Oftringer / Baer, n. 199 ss ad art. 895.

## b) Droit de rétention et autres sûretés

L'art. 898 al. 1 CC prévoit que le débiteur peut empêcher la réalisation de l'objet retenu en fournissant au créancier une « garantie suffisante ». Il est admis que cette disposition est applicable par analogie au droit de rétention de l'art. 268 CO<sup>147</sup>. En d'autres termes, le locataire peut empêcher la réalisation des meubles retenus s'il fournit une garantie suffisante.

Dans ce contexte, il nous paraît qu'*il faut tenir compte* des garanties qui auraient déjà été fournies par le locataire, par exemple sous forme de sûretés au sens de l'art. 257e CO : si ces sûretés suffisent à garantir la créance du bailleur, ce dernier ne peut exiger la réalisation des meubles qui garnissent les locaux commerciaux loués; si elles ne couvrent que partiellement la créance, le locataire devra fournir un complément suffisant pour éviter la réalisation.

A la vérité, il convient de tenir compte de ces sûretés avant même que le bailleur ne poursuive la réalisation des meubles : certains auteurs considèrent d'ailleurs que le bailleur ne peut pas requérir l'inventaire si sa créance est garantie par d'autres sûretés<sup>148</sup>. Faisant un pas de plus, MM. Meier-Hayoz et Rey indiquent que le droit de rétention de la communauté des copropriétaires d'étages<sup>149</sup> tombe si la créance qu'il est destiné à garantir fait déjà l'objet d'une sûreté suffisante, telle l'hypothèque légale de l'art. 712i CC<sup>150</sup>. On peut donc retenir que *le droit de rétention ne peut en principe être exercé* que dans la mesure où les créances en cause ne sont pas suffisamment garanties par d'autres sûretés (étant précisé que rien n'empêche les parties de convenir que ces sûretés garantiront précisément d'autres créances que celles qui font l'objet du droit de rétention).

Dans le même ordre d'idées mais *à l'inverse*, son droit de rétention empêche à due concurrence le bailleur de locaux commerciaux d'exiger de son locataire tombé en faillite après la délivrance de la chose que des sûretés lui soient fournies pour les loyers à échoir<sup>151</sup>.

Enfin, on peut rappeler que le Tribunal fédéral a jugé sous l'ancien droit que le bailleur ne peut se prévaloir de son droit de rétention pour garantir sa prétention tendant à la constitution de sûretés (en espèces ou sous forme de garantie bancaire, dans le cas particulier) que le locataire s'était engagé à fournir lors de la conclusion du bail<sup>152</sup>.

<sup>147</sup> Zobl, n. 9 ad art. 895; Schnyder / Wiede, n. 68 ad art. 283; Oftinger / Baer, n. 9 ad art. 895; Tercier, n° 1771. Voir aussi : Lachat, p. 217; Commentaire USPI, n. 16 ad art. 268-268b. Cf., sous l'ancien droit : ATF 90 III 53/56 s., JdT 1964 I 90/92 s.

<sup>148</sup> Cf. Schnyder / Wiede, n. 55 ad art. 283; K. Amonn / D. Gasser, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 6<sup>e</sup> éd, Berne 1997, p. 275 (n° 17).

<sup>149</sup> Art. 712k CC.

<sup>150</sup> A. Meier-Hayoz / H. Rey, Das Stockwerkeigentum, Art. 712a – 712t ZGB, Berner Kommentar, vol. IV.1.5, Berne 1988, n. 54 s. ad art. 712k.; voir aussi : P.-H. Steinauer, Les droits réels, Tome I, 3<sup>e</sup> éd., Berne 1997, n° 1353a.

<sup>151</sup> Cf. art. 266h al. 1 CO. Weber / Zihlmann, n. 7 ad art. 266h; *contra* : Commentaire SVIT, n. 10 ad art. 226h.

<sup>152</sup> ATF 111 II 71/72, JdT 1987 II 66/68.

#### IV. Autres sûretés légales

##### 1. Deux cas de solidarité passive légale

###### a) Bref rappel du système

En adoptant une conception large de la sûreté<sup>153</sup>, l'on peut y ranger la solidarité passive<sup>154</sup>. Il nous incombe dès lors de rappeler brièvement que le législateur a prévu deux situations dans lesquelles le bailleur bénéficie *ex lege* d'une telle sûreté.

En premier lieu, l'art. 263 al. 4 CO dispose qu'en cas de *transfert d'un bail de locaux commerciaux*, l'ancien locataire répond solidairement avec le reprenant des obligations découlant du contrat, jusqu'à l'échéance contractuelle, respectivement jusqu'au prochain terme conventionnel ou légal de résiliation, mais au maximum durant deux ans<sup>155</sup>.

Ensuite, s'agissant de *l'attribution du logement de la famille en cas de divorce*, l'art. 121 al. 2 CC prévoit depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2001 que l'époux à qui le logement n'est pas attribué et qui était (co-)locataire répond solidairement du loyer jusqu'à l'échéance contractuelle, respectivement jusqu'au prochain terme contractuel ou légal, mais au maximum pour deux ans<sup>156</sup>.

###### b) Transfert de bail et sort des sûretés conventionnelles

C'est le lieu de rappeler que l'on considère généralement qu'en cas de transfert d'un bail de locaux commerciaux au sens de l'art. 263 CO, *le bailleur conserve les sûretés* qui lui ont été consenties, sauf celles qui ont été fournies par un tiers (cautionnement, garantie bancaire, nantissement constitué par une personne autre que le locataire, etc.)<sup>157</sup>; les conventions contraires sont réservées<sup>158</sup>.

Ce principe ne peut à notre avis pas valoir en cas de transfert du bail relatif au logement familial : en effet, il s'agit ici non pas d'un transfert volontaire, mais d'une « *substitution forcée* »<sup>159</sup>. Contrairement au locataire qui transfère son bail commercial, l'époux à qui le logement familial n'est pas attribué n'a (en principe) pas donné son consentement au transfert; partant, il faut considérer que l'art. 178 al. 1 CO, qui s'explique par le fait que l'ancien débiteur a implicitement accepté le maintien des droits

<sup>153</sup> Cf. *supra*, I.1.a et la note 2.

<sup>154</sup> Cf. G. Scyboz, *Le contrat de garantie et le cautionnement*, Traité de droit privé suisse, Tome VII.2, Fribourg 1979, p. 30. Voir par exemple, en droit français : P. Simler / P. Delebecque, *Droit civil – Les sûretés. La publicité foncière*, 3<sup>e</sup> éd., Paris 2000, p. 254 ss.

<sup>155</sup> Cf. Higi, n. 52 ss ad art. 263; Weber / Zihlmann, n. 7 ad art. 263; Tercier, n° 1934; Lachat, p. 390; Commentaire SVIT, n. 28 ss ad art. 263;

<sup>156</sup> Cf. par exemple : P. Wessner, *Le divorce des époux et l'attribution judiciaire à l'un d'eux des droits et obligations résultant du bail portant sur le logement de la famille*, 11<sup>e</sup> Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2000, p. 25 s.; H. Deschenaux / P.-H. Steinauer / M. Baddeley, *Les effets du mariage*, Berne 2000, p. 120; F. Werro, *Concubinage, mariage et démariage*, Berne 2000, p. 131; P. Conod, *Les incidences du nouveau droit du divorce sur le droit du bail*, in CdB 2000 p. 33 ss, p. 40; H. Hausheer, *Die Familienwohnung im neuen Scheidungsrecht*, in MP 1999 p. 159 ss, p. 166; R. Weber, *Kritische Punkte der Scheidungsrechtsrevision*, in PJA 1999 p. 1633 ss, p. 1642.

<sup>157</sup> Cf. art. 178 al. 1 et 2 CO. Higi, n. 48 ad art. 263; Lachat, p. 389; Commentaire SVIT, n. 35 ad art. 263.

<sup>158</sup> L'art. 178 CO est de droit dispositif; cf. R. Tschäni in *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I* (H. Honsell / N.P. Vogt / W. Wiegand, éd.), 2<sup>e</sup> éd., Bâle 1996, n. 5 ad art. 178.

<sup>159</sup> Deschenaux / Steinauer / Baddeley, p. 120. Cf. le texte même de l'art. 121 al. 1 CC.

accessoires en consentant à la reprise de dettes<sup>160</sup>, n'est pas applicable et que les sûretés fournies par l'époux non-attributaire (ou par un tiers) *ne garantissent pas les créances découlant du bail et dirigées contre l'époux attributaire*. Ici aussi, les conventions contraires sont évidemment réservées.

## 2. Une prétention légale tendant à la fourniture de sûretés

Il convient par ailleurs de rappeler qu'en vertu de l'art. 266h al. 1 CO, le bailleur dont le locataire tombe en *faillite après la délivrance de la chose* dispose *ex lege* de la faculté d'exiger que des *sûretés pour les loyers à venir* (jusqu'à l'échéance du bail, respectivement jusqu'au prochain terme de résiliation) lui soient fournies dans un délai convenable<sup>161</sup>. A défaut, le bailleur peut résilier le contrat avec effet immédiat<sup>162</sup>.

## Conclusion

En conclusion, on peut relever que, sur le plan des sûretés, la situation du bailleur paraît plutôt favorable. Outre les garanties dont il est le cas échéant convenu avec son locataire, il dispose (s'agissant d'un bail de locaux commerciaux) d'une sûreté légale sous la forme d'un droit de rétention – alors même que le Conseil fédéral avait indiqué dans son Message du 27 mars 1985 qu'il s'agissait d'une institution « considérée comme anachronique »<sup>163</sup>. Par ailleurs, le bailleur dispose dans des situations critiques (transfert de bail de locaux commerciaux ou du logement de la famille, faillite du locataire) d'une protection contre l'insolvabilité de son cocontractant qui n'est pas négligeable.

Il est vrai que ce bilan « globalement positif » est quelque peu tempéré par la teneur de certaines règles cantonales adoptées en vertu de l'art. 257e al. 4 CO. Mais elles peuvent s'expliquer par les particularités du marché; n'est-ce pas précisément le propre des réserves insérées dans nos codifications en faveur du droit cantonal que de permettre à chaque Canton d'adopter les solutions les plus appropriées pour son territoire ?

Reste enfin la constatation, quelque peu désabusée et souvent répétée, que le locataire de locaux à usage d'habitation peut aisément rendre illusoires les sûretés constituées en début de bail, en s'abstenant de verser le loyer trois mois avant la fin du bail. On y répondra, de façon peut-être également quelque peu désabusée, que le droit est souvent impuissant face à l'indélicatesse. Et l'on rappellera par ailleurs que renforcer sur ce point la protection du bailleur serait susceptible de remettre en cause de délicats équilibres: rehausser le plafond maximal des sûretés (en le portant, par exemple, à six mois de loyer) rendrait fort onéreux le changement de logement (puisque le locataire serait exposé à devoir bloquer au total un an de loyer pendant un certain temps); prévoir des sûretés supplémentaires (par exemple, en réintroduisant le droit de rétention), ce serait favoriser le bailleur par rapport aux autres créanciers du locataire, d'une façon dont il reste à démontrer qu'elle se justifierait.

---

<sup>160</sup> Cf. Zobl, n. 298 ad art. 884.

<sup>161</sup> Weber / Zihlmann, n. 3 ss ad art. 266h; Tercier, n° 1852; Lachat, p. 445; Commentaire SVIT, n. 9 ss ad art. 266h; etc.

<sup>162</sup> Art. 266h al. 2 CO.

<sup>163</sup> Message du Conseil fédéral, FF 1985 I 1369 ss, p. 1438.