

Résumé de droit des contrats spéciaux :

Deuxième partie : La vente, l'échange et la donation :

I. La vente en général :

A. Les sources :

Les sources sur le contrat de vente se trouvent :

- Art. 184 ss CO
- Sources spéciales (LCC. Loi sur le droit foncier rural, Loi Friedrich, ...)

B. La notion :

L'art. 184 al.1 CO définit le contrat de vente. Il s'agit d'un contrat générateur d'obligation, dans la mesure où le vendeur s'oblige à transférer la propriété du bien. Le contrat ne génère donc pas en soit ce transfert de propriété. La vente manuelle, qui comprend à la fois la conclusion et l'exécution du contrat, engendre par contre ce transfert de la propriété.

La notion de chose au sens de l'art. 184 CO est plus large que la notion de chose en droits réels : elle comprend non seulement les meubles et les immeubles, mais également les créances, les brevets, les secrets de fabrication, (...) autrement dit tout ce qui peut faire partie d'un patrimoine.

Il est possible de vendre une chose qui n'existe pas encore (une récolte, les actions d'une SA qui va être créée, ...). Il est également possible de vendre une chose qui appartient à autrui, mais seulement s'il est objectivement possible de se la procurer (voir l'art. 20 CO sur l'impossibilité initiale).

C. Quelques distinctions :

1. La vente mobilière et la vente immobilière :

La vente mobilière est traitée aux art. 187 à 215 CO et la vente immobilière aux art. 216 à 221 CO. Selon l'art. 187 al.1 CO, la vente mobilière concerne toute chose qui n'est pas un immeuble au sens de l'art. 655 CC. *A contrario*, la définition de l'immeuble est la même que celle de l'art. 655 CC. A titre d'exemple, la vente des actions d'une SA dont le seul actif est un immeuble consiste en une vente mobilière.

2. La vente ordinaire et la vente commerciale :

La vente ordinaire est conclue en vue d'un usage direct ou de consommation personnelle, alors que la vente commerciale est conclue dans le but de revendre la chose pour dégager un bénéfice. La distinction repose donc sur la nature de la vente et non sur la qualité des parties au contrat : un particulier peut être partie à une vente commerciale et un commerçant à une vente ordinaire. Notons que certains pays ont opté pour une distinction basée sur le critère de la qualité des parties.

3. La vente au comptant, à prépaiement(s) et à crédit :

Il y a vente au comptant lorsque les prestations sont exécutées simultanément, à prépaiement lorsque l'acheteur paie avant la livraison et à crédit lorsque la livraison intervient avant le paiement.

4. Autres distinctions :

Notons qu'il existe encore d'autres formes de vente, comme la vente sur échantillon (art. 222 CO), à l'examen (art. 223 CO) ou la vente aux enchères (art. 229 CO).

II. La vente mobilière :

A. La formation du contrat :

Il faut un accord sur tous les points objectivement (le prix, la chose, le vendeur et l'acheteur : art. 184 al.1 CO) et subjectivement essentiels. Notons que le prix et la chose doivent être déterminables, pas forcément déterminés. Il n'y a en principe pas de forme prescrite, sous réserve d'exceptions légales (voir LCC par exemple) ou conventionnelles (art. 16 CO).

B. Les obligations du vendeur :

1. Les obligations principales :

1.1. En général :

Les obligations principales du vendeur sont définies à l'art. 184 al.1 CO :

- Il doit livrer la chose vendue, c'est-à-dire en transférer la maîtrise de fait.
- Il doit en transférer la propriété, c'est-à-dire en remettre la maîtrise juridique. Les modalités du transfert de la propriété dépendent de la nature de la chose. S'il s'agit d'une chose au sens des droits réels, les règles de droits réels s'appliquent. Pour transférer la propriété des droits, il faudra procéder à une cession de créance au sens des art. 164 ss CO ou suivre une autre forme prescrite par la loi (règles sur les papiers valeurs notamment).

1.2. Le lieu d'exécution :

Comme d'habitude, lorsque la partie spéciale ne contient pas d'indications, il faut se reporter à la partie générale du CO. Concernant le lieu d'exécution, l'art. 184 al.1 CO, qui stipule que le vendeur doit livrer la chose, ne signifie pas que ce dernier doit « amener » celle-ci à l'acheteur. Nous devons donc suivre la règle de l'art. 74 CO :

- Volonté expresse des parties ;
- A défaut de règles conventionnelle, la chose déterminée est quérable, c'est-à-dire que l'acheteur doit venir en prendre possession au lieu où elle se trouvait à la conclusion du contrat. La chose de genre est livrée par le vendeur au lieu où le débiteur (le vendeur) était domicilié à la conclusion du contrat.

1.3. La date de l'exécution :

En principe, l'obligation de livrer la chose doit être exécutée dès la conclusion du contrat : l'art. 211 al.2 CO le dit implicitement (« réception ») et l'art. 76 CO explicitement. Il s'agit toutefois d'une règle de droit dispositif.

2. Les obligations et devoirs accessoires :

Les obligations accessoires sont parfois prévues par la loi (art. 188 CO : frais de délivrance, d'acte et de l'enlèvement ; art. 214 al.3 CO : obligation de faire vendre la chose vendue à distance, ...), parfois conventionnellement. Les obligations accessoires peuvent faire l'objet d'une action en exécution. Les devoirs accessoires ont comme source l'art. 2 CC : le vendeur a donc le devoir d'agir conformément à la bonne foi. Ils ne peuvent faire l'objet d'une action en exécution, mais une action en dommages intérêts reste envisageable.

3. L'inexécution des obligations :

3.1. Les règles générales :

La partie générale prévoit l'action en exécution de l'obligation et l'action en dommages intérêts (art. 97 ss CO).

3.2. Les règles spéciales :

La partie spéciale contient des règles (art. 190 et 191 CO) qui dérogent parfois (en matière de vente commerciale) aux art. 102 ss CO sur la demeure du débiteur. Dans les autres cas, les art. 102 ss CO s'appliquent.

4. La demeure du vendeur :

4.1. Le régime général :

Rappel des art. 102 ss CO :

- Il y a demeure simple lorsque le débiteur (ici le vendeur) n'exécute pas son obligation à échéance, qui peut être fixée par contrat. Si une telle échéance n'est pas prévue, le créancier (ici l'acheteur) doit interpellier le débiteur, selon l'art. 102 al.1 CO. Notons que cette interpellation n'est parfois pas nécessaire (application de l'art. 108 CO par analogie). La demeure simple a pour conséquence que le débiteur pourrait devoir verser des dommages intérêts pour cause de retard et qu'il répond des cas fortuits à moins qu'il ne prouve ne pas avoir commis de faute (art. 103 CO).
- Il y a demeure qualifiée lorsque le débiteur ne s'est pas exécuté à l'échéance du délai de grâce fixé par l'acheteur en vertu de l'art. 107 al.1 CO, ou que la fixation d'un tel délai n'est pas nécessaire en vertu de l'art. 108 CO. Dans ce cas, l'acheteur a un double choix : il peut demander la livraison de la chose et des dommages intérêts pour cause de retard ou renoncer à la livraison de la chose. Dans ce cas un nouveau choix s'offre à lui : il peut maintenir le contrat, payer le prix et demander des dommages intérêts positifs ou se départir du contrat et demander des dommages intérêts sans

devoir payer le prix. Notons que dans le cas particulier des ventes avec livraisons successives, l'acheteur ne peut exercer ses droits qu'à l'égard de la livraison en souffrance et non à l'égard des livraisons passées et futures. Le TF nuance en précisant que si la livraison en souffrance compromet les suivantes (elles n'ont plus aucune utilité), l'acheteur peut également renoncer aux livraisons futures.

4.2. Le régime spécial des ventes commerciales :

Les règles spéciales des art. 190 et 191 CO, qui s'appliquent aux ventes commerciales, sont les suivantes :

- Il résulte de l'art. 190 CO que les délais fixés conventionnellement sont présumés fatals, c'est-à-dire que l'on présume que l'on se trouve dans la situation de l'art. 108 ch.3 CO.
- Il résulte de l'art. 190 al.1 CO que l'on présume que l'acheteur maintient le contrat, renonce à la livraison et demande des dommages intérêts pour cause d'inexécution. Il doit donc immédiatement en informer le vendeur s'il désire maintenir la livraison. Il s'agit donc d'une grande différence par rapport à la demeure ordinaire, où le choix de l'acheteur doit dans tous les cas être signifié.
- Le calcul des dommages intérêts diffère également, selon l'art. 191 al.2 et 3 CO. L'al.2 stipule que l'acheteur « peut » (il peut donc également exiger un montant supérieur en vertu de l'art. 191 al.1 CO) se faire indemniser du montant correspondant à la différence entre le prix payé de bonne foi pour un achat de couverture et le prix de la vente non exécutée. Si le prix de l'achat de couverture n'est pas payé de bonne foi (il achète à un prix trop élevé à son pote), il ne pourra exiger que la différence avec ce qu'il aurait dû payer de bonne foi. Précisons encore que si le prix de l'achat de couverture est moins élevé que le prix de la vente non exécutée, l'acheteur peut conserver le bénéfice.

ATF 120 II 296 : Contrat de vente conclu entre le garagiste G et l'acheteur X, portant sur une Ferrari F40. X a prévu de la revendre à Y. G ne livre pas la voiture à X. Le TF commence par préciser qu'il ne s'agit pas d'une vente commerciale puisque X n'entend pas en dégager un bénéfice. Il précise néanmoins que les critères de fixations des dommages intérêts de l'art. 191 al.2 et 3 CO peuvent s'appliquer par analogie à une telle vente civile. Le TF admet donc des dommages intérêts correspondant à la différence entre le prix de vente convenu entre G et X et le prix hypothétique de revente. Ce faisant il s'inspire très clairement de l'art. 191 al.3 CO.

Lorsque les marchandises en question sont cotées en bourse ou ont un prix courant, l'acheteur n'a pas besoin d'effectuer un achat de couverture et peut se baser sur l'achat de couverture théoriquement possible. Notons que l'acheteur peut également exiger un montant supérieur, sur la base de l'art. 191 al.1 CO.

C. La garantie en cas d'éviction :

1. La notion :

Les art. 192 à 196 CO définissent les droits qui appartiennent à l'acheteur lorsqu'il existe des vices affectant le droit sur la chose vendue. Il faut bien les distinguer de la garantie contre les défauts, qui s'applique lorsque le défaut affecte la chose elle-même.

2. Conditions de la garantie en cas d'éviction :

1. La chose a été livrée. Si un tiers intervient avant la livraison, on appliquera les règles générales des art. 20 ou 119 CO.
2. Un tiers fait valoir un droit préférable sur la chose, qui existait déjà au moment de la conclusion du contrat (art. 192 al.1 CO). S'il fait valoir un droit de propriété sur la chose, on parlera d'éviction totale. On parlera d'éviction partielle si le tiers fait valoir un droit réel limité (gage ou servitude notamment). Il n'est pas nécessaire que ce tiers fasse valoir son droit en justice (l'art. 193 al.1 CO parle de « menace d'éviction »).

En principe le tiers n'a pas de droit préférable à celui de l'acheteur, puisque le droit suisse protège l'acquisition de bonne foi des droits réels mobiliers et immobiliers. La garantie en cas d'éviction n'a donc qu'une portée limitée aux cas où l'acquéreur n'est pas de bonne foi. Notons que les règles sur la prescription acquisitive restreignent également la portée de la garantie en cas d'éviction (ici aussi le tiers ne pourra pas faire valoir de droits préférables).

Les art. 193 et 194 CO sur la procédure seront révisés prochainement et n'ont donc pas été étudiés en cours.

3. L'art. 192 al.2 CO traite des cas où l'acheteur connaît les risques d'éviction au moment de la conclusion du contrat : dans ce cas le vendeur n'est tenu que pour la garantie expressément promise.

Quelques remarques complémentaires :

- Aucune faute n'est exigée.
- Le régime peut être modifié dans les limites de l'art. 192 al.3 CO.
- Si les conditions de l'erreur ou du dol sont également remplies, l'acheteur peut faire valoir ces moyens parallèlement à la garantie en cas d'éviction.
- La partie spéciale ne prévoyant aucune règle spécifique, le délai de prescription de l'art. 127 CO s'applique. Notons toutefois l'art. 196a CO qui prévoit une règle spéciale pour les biens culturels.

3. Les effets de la garantie en cas d'éviction :

Il faut distinguer selon que nous sommes dans un cas d'éviction totale ou partielle :

- En cas d'éviction totale, la vente est résolue (et non « résiliée » comme le dit le texte légal français) selon l'art. 195 CO. Il s'agit d'une résolution de plein droit,

automatique. L'acheteur peut exiger la restitution du prix et des frais énumérés à l'al.1 ch.1 à 4. De plus, si le vendeur a commis une faute (présumée selon l'al.2), l'acheteur peut exiger des dommages intérêts pour tout dommage subi. Notons que la doctrine minoritaire pense qu'un concours avec une action sur la base des art. 97 ss CO est possible, ce que n'admet pas le TF.

- En cas d'éviction partielle, l'art. 196 al.1 CO ne prévoit qu'une réparation, sans qu'une résolution du contrat ne soit possible. L'al.2 prévoit une exception pour les cas où les circonstances font présumer que l'acheteur n'aurait pas acheté s'il avait prévu l'éviction partielle. La procédure est alors celle de l'al.3.

D. La garantie contre les défauts :

1. En général :

Les art. 197 à 210 CO, très utilisés en pratique, contiennent l'ensemble des droits qui appartiennent à l'acheteur lorsque la chose vendue présente un défaut antérieur au transfert des risques.

2. Les conditions de fond :

2.1. Un défaut :

Il y a défaut en cas d'absence d'une qualité promise par le vendeur ou à laquelle l'acheteur pouvait s'attendre selon les règles de la bonne foi. L'art. 197 al.1 CO précise qu'il y a défaut lorsqu'il diminue la valeur de la chose « dans une notable mesure ». Il s'agit donc, au cas par cas, de déterminer si tel est le cas en l'espèce.

Le défaut est une notion qualitative, une absence de qualité, raison pour laquelle si le vendeur livre autre chose que la chose promise, il n'y a pas de défaut et les règles sur l'inexécution s'appliqueront.

2.2. Un défaut antérieur au transfert des risques :

Le défaut doit être antérieur au transfert des risques, soit, dans la plupart des cas, antérieur à la conclusion du contrat. Voir ci-dessous pour le transfert des risques.

2.3. Un défaut ignoré de l'acheteur :

Selon l'art. 200 al.1 CO, le vendeur ne répond pas des défauts connus de l'acheteur : le fardeau de la preuve revient au vendeur (art. 8 CC). Selon l'al.2, le vendeur ne répond pas non plus des défauts dont l'acheteur aurait pu s'apercevoir s'il avait fait preuve de l'attention suffisante, sauf si le vendeur a affirmé que les défauts en questions n'existaient pas.

3. Les conditions d'exercice :

3.1. Les incombances :

L'art. 201 CO prévoit les incombances auxquelles l'acheteur doit se soumettre pour exercer la garantie contre les défauts :

- Devoir de vérifier la chose aussi vite qu'il le peut, d'après la marche habituelle des affaires. Il découle de l'al.2 que la vérification usuelle suffit (il ne faut pas une expertise).
- Devoir d'aviser le vendeur sans délai. Lorsque le défaut peut être découvert par des vérifications usuelles (et donc tout de suite), l'avis doit intervenir tout de suite. Quelques jours peuvent être considérés comme de trop. Lorsque le défaut ne peut pas être découvert par une vérification usuelle (et donc pas tout de suite), l'avis doit être fait dès la découverte.

Notons que l'art. 203 CO stipule que lorsque le vendeur induit intentionnellement en erreur l'acheteur, il ne peut se prévaloir du fait que l'avis est intervenu tardivement.

L'acheteur qui avise d'un défaut doit le faire précisément et clairement : « le pot d'échappement est défectueux » et non « la marchandise est défectueuse ».

L'avis n'est pas soumis à une forme particulière, mais la lettre recommandée est préférable pour des questions de preuve.

S'il ne remplit pas ces incombances, l'acheteur perd ses droits. Il ne s'agit donc pas d'obligations au sens strict comme le sous-entend le texte légal.

L'art. 204 CO présente le cas spécial de la vente à distance sans représentant du vendeur sur place. L'acheteur doit alors remplir trois devoirs supplémentaires :

- Al.1 : Devoir de garder la chose chez lui ou de l'entreposer chez un tiers.
- Al.2 : Devoir de faire constater l'état de la chose par un tiers, c'est-à-dire par l'autorité compétente.
- Al.3 : Droit et devoir de vendre la chose lorsque l'intérêt du vendeur l'exige et qu'il est à craindre que la chose ne se détériore rapidement.

3.2. Les délais de prescription :

L'art. 210 CO prévoit deux délais :

- Al.1 : Délai ordinaire d'un an dès la livraison de la chose, et ceci même si le défaut est découvert au-delà. Cette règle est de droit dispositif et les parties peuvent prévoir un délai plus court ou plus long.
- Le TF prévoit un délai extraordinaire de 10 ans, sur la base de l'art. 127 CO, lorsque le vendeur a intentionnellement induit l'acheteur en erreur.

Précisons que l'art. 210 al.2 CO prévoit que les exceptions découlant de la garantie contre les défauts subsistent lorsque l'avis a été donné au vendeur dans l'année à compter de la livraison.

4. Les effets de la garantie :

4.1. En général :

Lorsque les conditions vues ci-dessus sont remplies, l'acheteur peut invoquer les droits (alternatifs) garantis aux art. 205 à 209 CO : droit à la résolution du contrat, à la réduction du prix ou au remplacement de la chose. Notons que seuls ces trois droits sont invocables. Il n'y a par exemple pas de droit à la réparation de la chose.

Une action en dommages intérêts pour le dommage consécutif au défaut est éventuellement possible, il faudra alors un chef de responsabilité – faute ou responsabilité pour auxiliaire – contrairement aux trois droits spécifiques. L'art. 208 CO est une exception sur ce point (voir plus loin). Notons que le délai de prescription de l'art. 210 CO s'applique également à l'action en dommages intérêts, il est donc plus court que celui des art. 41 ss CO.

4.2. Le droit à la résolution du contrat (art. 205 CO) :

Il s'agit d'une action rédhibitoire, c'est-à-dire une action qui a pour but de résoudre unilatéralement le contrat. Il s'agit bien d'une résolution (à effet *ex tunc*) et non d'une résiliation, comme le laisse penser le texte légal français.

Il n'est pas nécessaire d'agir en justice pour résoudre le contrat, mais il faut remplir les deux conditions suivantes (en plus des conditions de fond et d'exercice vues ci-dessus) :

- Art. 205 al.2 CO : La résolution est justifiée par les circonstances, autrement dit le défaut est suffisamment grave pour que l'on ne puisse pas exiger de l'acheteur qu'il conserve la chose.
- Art. 207 al.3 CO : La restitution est possible, dans un état acceptable. Les al.1 et 2 fondent des exceptions : la résolution est tout de même possible lorsque la chose a péri par suite de ses défauts ou par cas fortuit.

Les effets de la résolution sont les suivants :

- Art. 208 al.1 CO : L'acheteur doit restituer la chose avec les profits qu'il en a retiré.
- Art. 208 al.2 et 3 CO : Le vendeur doit restituer le prix et réparer le dommage direct subi par l'acheteur en raison de la livraison de la marchandise défectueuse. S'il y a faute du vendeur, il devra également réparer le dommage indirect.

Rappel : Selon le TF, la distinction entre dommage direct et indirect s'opère à l'aide du critère de « la proximité et de l'intensité du lien de causalité ». Ce critère est critiqué par la doctrine car il est difficilement applicable en pratique.

L'art. 209 CO porte sur les cas de vente d'un ensemble de choses. Dans cette hypothèse, la résolution est en principe partielle puisqu'elle ne porte que sur la/les chose(s) défectueuses (al.1). Selon l'al.2, si les choses forment un tout, une résolution portant sur toutes les choses est possible. L'al.3 précise que la résolution qui porte sur la chose principale s'étend aux accessoires, même s'ils ont été vendus pour un prix distinct. A l'inverse, la résolution portant sur l'accessoire ne s'étend pas à la chose principale.

4.3. Le droit à la réduction du prix :

On parle d'action minutoire : l'acheteur garde la chose mais demande une réduction du prix. Il n'est pas important que l'acheteur ait déjà payé le prix (dans ce cas la différence est rendue) ou non (dans ce cas il paie moins). Il y a deux cas où la réduction du prix n'est pas possible :

- Art. 205 al.1 CO *a contrario* : Si le défaut n'entraîne aucune moins-value (différence de valeur entre la chose sans défaut et la chose avec défaut), ce qui est rare.
- Art. 205 al.3 CO : Lorsque la moins-value est égale ou supérieur au prix de vente, l'acheteur ne peut que demander la résolution.

Le TF préconise l'utilisation de « théorie relative » pour calculer de combien il faut réduire le prix : la réduction est proportionnelle à la moins-value, elle n'équivaut donc pas à la moins-value. La réduction peut donc être plus faible (exemple 1) ou plus forte (exemple 2) que le montant de la moins-value :

Exemple 1 :

PV=800.-

VSD=1000.-

VAD=600.-

Le PR est donc égal à 480.- et il y a réduction de 320.-

Exemple 2 :

PV=1200.-

VSD=1000.-

VAD=600.-

Le PR est donc égal à 720.- et il y a réduction de 480.-

L'art. 205 al.1 CO parle d'une « indemnité pour la moins-value », ce qui fait dire à une partie de la doctrine que la méthode relative du TF s'écarte du texte légal. Le TF se justifie en posant deux présomptions réfragable (voir notamment l'ATF 111 II 162) :

- Le PV=VSD. Cette présomption est réfragable et la partie qui a intérêt à la renverser peut le faire. Si elle n'est pas renversée, la méthode relative est sans intérêt puisque la réduction équivaut alors à la moins-value.
- La moins-value=coût de la remise en état de la chose.

Précisons encore que l'acheteur peut demander des dommages intérêts pour le dommage consécutif au défaut de la chose, sur la base des art. 97 ss et 101 CO (faute de norme spéciale). Notons que pour que cela soit possible, il faut encore que les conditions de fond et d'exercice de la garantie contre les défauts soient remplies, selon le TF. Cela est controversé (voir plus loin sous chiffre 7).

4.4. L'action en remplacement de la chose vendue (art. 206 CO) :

Pour que cela soit possible, il doit bien sur s'agir d'une chose de genre (et non d'un tableau de Picasso). L'action tend à la délivrance d'autres choses de même genre. Le vendeur peut également demander le remplacement lorsque les conditions suivantes sont réunies (al.2) :

- Il ne s'agit pas de choses expédiées d'un autre lieu.
- Il doit livrer immédiatement une chose de même genre et indemniser l'acheteur de tout le dommage éprouvé.

Cette hypothèse est donc très rare.

5. Les clauses limitatives ou exclusives de responsabilité :

En principe, les règles sur la garantie contre les défauts sont dispositives. La possibilité d'y déroger est toutefois restreinte par des limites :

- Les règles générales du droit des obligations : art. 19 et 20 CO, 100 et 101 CO ou 27 CC.
- Les règles spéciales : notamment les art. 8 LCD et 8 de la Loi sur la responsabilité du fait des produits.
- Les règles spéciales du droit de la vente :
 - Art. 192 al.3 CO : nullité de la clause si le vendeur a intentionnellement dissimulé le droit appartenant au tiers (concerne l'éviction).
 - Art. 234 al.3 CO : possibilité de s'affranchir de toute garantie autre que celle dérivant du dol, dans la vente aux enchères.
 - Art. 199 CO : toute clause qui limite ou restreint la garantie contre les défauts est nulle si le vendeur a frauduleusement dissimulé le défaut.

Il existe une controverse sur la relation entre les art. 100 al.1 et 199 CO : l'art. 100 al.1 CO vise également la faute grave alors que l'art. 199 CO ne vise que l'intention. Il est donc utile de se demander si les deux normes s'appliquent à la vente ou si l'art. 199 CO exclut l'art. 100 al.1 CO. Le TF a laissé la question ouverte.

Notons qu'il existe également des clauses de réparation, par lesquelles le vendeur se réserve le droit de réparer la chose en cas de défaut. Si le droit à la réparation est ainsi prévu conventionnellement, il convient de distinguer selon qu'il remplace les trois droits légaux vus ci-dessus (il s'agit alors d'une clause limitative de responsabilité) ou qu'il s'y ajoute (la clause étend alors la responsabilité du vendeur).

6. La garantie en raison des défauts dans la vente de bétail (pour mémoire) :

Il existe des règles spéciales sur la vente de bétail et celles-ci posent comme principe qu'il n'y a pas de garantie en raison des défauts.

7. La relation avec d'autres moyens de droit :

Relation entre la garantie contre les défauts et les moyens de droit suivant :

- Action en dommages intérêts sur la base des art. 97 ss CO : le TF pense que les art. 97 ss et 197 ss CO peuvent s'appliquer concurremment, mais que pour pouvoir appliquer

les art. 97 ss CO, l'acheteur doit respecter les conditions de fond et d'exercice des art. 197 ss CO. Cela revient en pratique à dire que les art. 197 ss CO dérogent aux art. 97 ss CO, ce que préconise une partie de la doctrine.

- Erreurs essentielles : selon le TF, elles sont invocables même si les conditions de fond et d'exercice des art. 197 ss CO ne sont pas remplies. Une partie de la doctrine critique le fait que le TF adopte une autre solution que vis-à-vis des art. 97 ss CO.
- Actions délictuelles sur la base des art. 41 ss CO : le TF dit que les conditions spéciales des art. 197 ss CO doivent être remplies.
- Actions basées sur la Loi sur la responsabilité du fait des produits : le TF ne s'est jamais prononcé sur ce point.
- Garantie contre l'éviction : cette dernière a un autre objet que la garantie contre les défauts. L'éviction a lieu lorsqu'un tiers fait valoir un droit sur la chose alors que le défaut affecte la qualité même de la chose.

E. Les obligations et devoirs de l'acheteur :

1. L'obligation de payer le prix :

Cette obligation distingue la vente de la donation et de l'échange. Le prix peut être fixé en monnaie étrangère. Le prix doit être déterminable, et pas forcément déterminé. L'art. 212 CO pose deux règles supplétives sur ce point :

- Al.1 : le prix des choses à prix courant est présumé être celui du cours moyen du jour et du lieu de l'exécution. Pour ces choses, le prix est donc jugé déterminable même si rien n'est prévu à son propos. Cela n'est pas le cas si une clause désigne un autre moment pour déterminer le prix : dans ce cas l'élément essentiel qu'est le prix fait défaut et le contrat n'est pas conclu.
- Al.2 et 3 : le poids net est déterminant pour les chose dont le prix est fonction du poids, sauf usage contraire.

Selon l'art. 74 CO, la dette d'argent est portable, sauf convention contraire.

Le moment du paiement dépend du mode de paiement : en cas de vente en comptant, le paiement intervient au moment de la livraison, en cas de vente à crédit il intervient après la livraison, et en cas de vente à prépaiement, il intervient avant la livraison.

Les intérêts sur le prix de vente ne sont en principe dus que si l'acheteur est en demeure (art. 104 CO), mais l'art. 213 al.2 CO présente deux cas où les intérêts commencent à courir dès la livraison de la chose :

- Si tel est l'usage.
- Si l'acheteur peut retirer de la chose des fruits ou autres produits.

Dans ce cas, le taux est en principe de 5% (art. 104 CO).

2. Les autres devoirs et obligations :

Selon l'art. 211 CO, l'acheteur a l'obligation d'accepter la chose offerte dans les conditions stipulées. Selon l'art. 214 CO, il a le devoir de conserver une chose défectueuse. Selon l'art. 204 al.3 CO, il a le devoir de vendre la chose sujette à dépréciation.

3. La demeure de l'acheteur :

3.1. En général :

Le régime général de la demeure (art. 102 CO) veut que l'acheteur tombe en demeure à l'échéance prévue par le contrat, ou si aucune échéance n'est prévue par celui-ci, par l'interpellation du vendeur. Le droit de la vente contient diverses dérogations :

- Art. 214 al.1 CO : Si la chose ne doit être livrée qu'après ou contre paiement et que l'acheteur est en demeure de payer, le vendeur peut se départir du contrat sans autre formalité. Cela signifie qu'il n'a pas besoin de fixer un délai de grâce au sens de l'art. 107 CO. Il peut alors demander des dommages intérêts négatifs. Notons que le vendeur peut également user du régime général et opter pour un autre des choix que propose l'art. 107 CO.

L'al.2 précise que le vendeur doit tout de même en faire une déclaration immédiate à l'acheteur.

L'al.3 stipule que si le vendeur a déjà livré la chose sans que l'acheteur n'ait payé le prix, il ne pourra résoudre le contrat qu'à condition que cela soit expressément prévu par le contrat. On parle à ce propos de « clause résolutoire ».

- L'art. 215 CO contient deux règles spéciales sur le calcul des dommages intérêts dans le cadre des ventes commerciales (qui correspondent à celles sur la demeure du vendeur) : l'al.1 préconise la prise en compte de la vente de couverture, c'est-à-dire que le vendeur pourra demander la différence entre le prix convenu et celui pour lequel il a vendu la chose de bonne foi. Mais le vendeur reste libre de calculer les dommages intérêts selon les règles générales, l'art. 215 al.1 CO précisant que *le vendeur a le droit de ...*

L'al.2 stipule que si la marchandise est cotée en bourse ou a un prix courant, le vendeur peut réclamer la différence entre le prix de vente et le cour au jour du terme fixé, même s'il ne revend en réalité pas la chose.

F. Le transfert des risques et profits :

Le régime général prévoit à l'art. 119 CO qu'en cas d'impossibilité non fautive le débiteur n'est plus tenu à effectuer sa prestation (al.1). Dans les contrats synallagmatiques, l'autre partie n'est alors plus obligée de fournir la sienne (al.2). L'al.3 réserve les cas où le contrat ou la loi prévoient d'autres règles. C'est le cas de l'art. 185 CO.

L'art. 185 al.1 CO pose le principe, qui veut que les risques et profits passent à l'acheteur dès la conclusion du contrat : si la chose périt sans la faute du vendeur entre la conclusion du contrat et la livraison, le vendeur n'est plus tenu à la livraison (jusque-là ça reprend l'art. 119 al.1 CO), mais l'acheteur reste obligé de payer le prix (dérogé à l'art. 119 al.2 CO). L'art. 185 al.1 CO réserve les cas où les circonstances ou stipulations particulières justifient une autre solution. Il faut s'en remettre à l'appréciation du juge.

L'art. 185 al.2 CO stipule que si la chose n'est déterminée que par son genre, il faut encore qu'elle ait été individualisée : si c'est le cas, il faut encore distinguer :

- Si la livraison doit avoir lieu sur place : dans ce cas le transfert des risques et profits a lieu dès la conclusion du contrat.
- Si la chose doit être expédiée, le transfert des risques et profits s'opère lorsque le vendeur s'en est dessaisi à cet effet.

L'art. 185 al.3 CO précise que si nous avons affaire à une vente sous condition suspensive, le transfert des risques et profits n'a lieu qu'à l'accomplissement de la condition.

L'art. 185 CO est de droit dispositif. Cette règle est critiquable, puisqu'il serait plus cohérent, du point de vue du droit suisse, que les risques soient supportés par le propriétaire de la chose. Cette règle d'origine romaine a été reprise du Code Napoléon et elle est justifiée du point de vue du droit français, puisque la propriété s'y transfère par la seule conclusion du contrat.

III. La vente immobilière :

1. En général :

Les art. 216 à 221 CO, sur la vente immobilière, ne font qu'émettre quelques dérogations vis-à-vis des règles sur la vente mobilière, vu le renvoi général de l'art. 221 CO.

La vente mobilière et la vente qui porte sur un immeuble au sens de l'art. 655 CC.

Le CC comporte diverses règles touchant à la vente immobilière, comme l'art. 169 CC qui interdit à un époux de vendre le logement familial sans le consentement de son conjoint. Il existe également diverses lois spéciales, comme la LDPR (à laquelle renvoie l'art. 218 CO) ou la Loi Friedrich. Les règles de droit cantonal s'appliquent notamment en matière de forme authentique.

2. La forme de la vente d'immeuble :

La vente d'immeuble nécessite la forme authentique, selon l'art. 657 CC, ce que confirme l'art. 216 CO. La forme authentique doit couvrir l'ensemble des points objectivement et subjectivement essentiels du contrat. Le TF a eu l'occasion de préciser que seuls les points subjectivement essentiels qui entrent « dans le cadre naturel du contrat » doivent revêtir la forme authentique. Cette précision est mal accueillie par la doctrine, dans la mesure où il est souvent difficile de définir ce qui entre ou non dans ce « cadre naturel du contrat ». Tel ne sera par exemple pas le cas pour une clause stipulant que le vendeur s'engage à aider l'acheteur à obtenir un permis de construire.

Le prix de vente est un élément objectivement essentiel du contrat : *quid* si le prix qui y est indiqué ne correspond pas au prix réel convenu par les parties ? Par exemple, le prix indiqué est de CHF 800.000 alors que le prix convenu est de CHF 1.000.000. Dans ce cas, il y a en principe nullité du contrat puisque seul le contrat simulé revêt la forme authentique. Le TF réserve les cas d'abus de droit (art. 2 al.2 CC). Deux règles sont admises à ce propos :

- Si les parties n'ont pas exécuté le contrat, chacune d'entre elles est habilitée à invalider le contrat pour vice de forme sans que l'on puisse leur opposer un abus de droit.
- Si les parties ont exécuté le contrat en toute connaissance de cause, la partie (par hypothèse l'acheteur) qui invoque le vice de forme se verrait opposer l'abus de droit. L'autre partie (par hypothèse le vendeur) pourra dès lors exiger que le « dessous de table » (la différence entre le prix convenu et le prix apparaissant dans le contrat) lui soit payé, sans que l'exception du vice de forme ne lui soit opposée.

3. La garantie contre les défauts :

L'art. 219 CO donne quelques précisions et pour le reste, les art. 197 ss CO s'appliquent vu le renvoi de l'art. 221 CO. Rappelons que le défaut est un vice qualitatif, et non quantitatif. C'est pour cette raison que l'art. 219 al.1 CO fait de la surface de l'immeuble un vice qualitatif. Il stipule donc que le vendeur doit en principe indemniser l'acheteur lorsque la surface prévue par le contrat ne correspond pas à la surface réelle de l'immeuble.

L'al.2 réserve cependant les cas où la surface prévue par le contrat correspond à la mensuration officielle mentionnée au RF. Dans ces cas, l'acheteur pourra toutefois engager la responsabilité du canton.

Notons que l'art. 219 CO ne permet que d'exiger une indemnisation, autrement dit une réduction du prix. Le remplacement de la chose vendue ou la résolution du contrat ne sont pas possibles.

L'al.3 pose un délai de prescription de 5 ans (contrairement à l'art. 210 CO qui pose un délai d'un an). Le texte légal parle de « bâtiment », mais le TF admet que cela vaut également pour les parcelles.

4. Le transfert des risques dans la vente d'immeubles :

L'art. 220 CO prévoit que lorsqu'un terme a été fixé pour la prise de possession de l'immeuble, le transfert des risques et profits ne s'opère qu'à ce terme. Pour le reste, l'art. 185 CO s'applique, vu le renvoi de l'art. 221 CO.

5. Le pacte d'emption, le pacte de réméré et le pacte de préemption (aperçu) :

Le pacte d'emption est le pacte par lequel une personne (le concédant) promet à une autre (l'empteur) de transférer une chose à un certain prix si celle-ci décide d'en faire l'acquisition. Il s'agit en quelques sortes d'une « promesse de vente ».

Le pacte de réméré est une modalité du pacte d'emption : l'acheteur s'y engage à revendre le bien au vendeur si celui-ci en fait la demande.

Le pacte de préemption est le contrat qui confère à une personne le droit de se porter acheteur de l'immeuble prioritairement sur les tiers, si le propriétaire décide de le vendre.

6. La vente d'immeubles agricoles et la vente d'immeubles à des personnes domiciliés à l'étranger (pour mémoire) :

Notons qu'il existe des règles spéciales pour la vente d'immeubles agricoles ou pour la vente d'immeubles à des personnes domiciliées à l'étranger.

IV. Les particularités de quelques ventes spéciales (pour mémoire) :

Il faut juste savoir qu'elles sont prévues aux art. 222 ss CO : vente sur échantillon, à l'essai, aux enchères, avec crédit à consommation (LCC), ...

V. La vente internationale de marchandises :

La Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises (CVIM) a été ratifiée par la Suisse. Elle s'applique en cas de vente internationale (les parties sont domiciliées dans des Etats différents), lorsque :

- Art. 1 al.1 let.a LVIM : Les deux Etats en question ont ratifié la CVIM.
- let.b : L'application du DIP aboutit à l'application de la CVIM. L'art. 95 CVIM précise que les Etats peuvent émettre une réserve quant à cette let.b (ce que n'a pas fait la Suisse).

L'art. 1 al.2 LVIM précise que lorsque les parties sont domiciliées dans deux Etats différents et parties à la LVIM, mais qu'elles n'ont pas conscience de procéder à une vente internationale, la LVIM ne s'applique pas.

L'art. 1 al.3 LVIM précise, d'une part, que la nationalité des parties ne joue aucun rôle, et, d'autre part, que la LVIM s'applique également aux ventes civiles.

La notion de « vente » au sens de la LVIM est différente que celle du CO. Elle porte par exemple également sur les contrats de fourniture de marchandises à produire, que le droit suisse qualifie de contrats d'entreprise.

L'art. 6 LVIM précise que les parties peuvent exclure l'application de la LVIM, dans certaines dispositions ou dans son ensemble. Cela est souvent le cas, notamment car la jurisprudence portant sur la LVIM est moins étoffée que celle relative aux droits nationaux, ce qui représente une déficience de la prévisibilité du droit. .

VI. L'échange :

Prévu aux art. 237 et 238 CO, le contrat d'échange a pour objet le transfert réciproque de choses ou de droits. Les parties à un tel contrat sont appelés les copermutants.

Le contrat d'échange pur et simple est rare en pratique puisque bien souvent l'une des parties s'engage à verser une somme d'argent en plus de la chose échangée. Nous avons alors affaire à un contrat mixte vente/échange. Nous appliquerons alors les règles relatives à la partie

prépondérante. Le critère retenu est celui de la proportion entre ce qui est échangé et ce qui est payé.

L'art. 237 CO renvoie aux règles sur la vente de manière générale. L'art. 238 CO prévoit que les garanties contre les défauts et contre l'éviction dans le contrat de vente s'appliquent également au contrat d'échange, sauf qu'il n'y a pas de droit à la réduction du prix (il n'y a pas de prix dans le contrat d'échange).

VII. La donation :

A. En général :

Selon l'art. 239 al.1 CO, la donation est le contrat par lequel le donateur s'engage à faire entre vifs une attribution de biens au donataire, sans contre-prestation correspondante. Il s'agit bien d'un contrat au sens de l'art. 1 CO, raison pour laquelle il faut une acceptation (contrairement à certains ordres juridiques qui considèrent la donation comme un acte juridique unilatéral, comme l'Angleterre et sa *consideration*).

Le droit suisse connaît deux formes de donation :

- La promesse de donner : il y a séparation chronologique entre la conclusion et l'exécution du contrat.
- La donation manuelle : simultanéité entre la conclusion et l'exécution du contrat.

La donation se distingue de la vente par le fait que cette dernière contient l'obligation de payer un prix. Il existe toutefois des donations mixtes, où la prestation est en partie gratuite et en partie onéreuse. C'est un contrat mixte et il s'agit de déterminer le caractère prépondérant pour savoir quel régime lui appliquer.

B. La formation du contrat :

1. L'échange des manifestations de volonté :

Il s'agit d'un contrat, ce qui suppose une offre, une acceptation, une réciprocité et une concordance. Selon les art. 3 à 5 CO, l'offre est liante et un retrait est possible au sens de l'art. 9 CO. L'art. 244 CO élargit la possibilité de retirer l'offre, puisque cela est possible tant que le donataire ne l'a pas expressément acceptée.

Concernant l'acceptation, le silence n'est principe pas constitutif d'une acceptation, « qui ne dit mot ne consent pas », mais en vertu de l'art. 6 CO, une acceptation tacite sera souvent retenue dans le cadre d'une donation.

2. La forme :

2.1. La donation manuelle :

Selon l'art. 242 al.1 CO *a contrario*, aucune forme n'est prescrite pour la donation manuelle. Il faut toutefois remettre la chose donnée, et donc opérer la remise en la forme prescrite selon la nature de celle-ci. Pour une créance, il faudra faire une cession de créance, en la forme écrite, pour les papiers-valeurs, il faudra se référer aux règles sur les papiers-valeurs. Dans la

même logique, la forme authentique serait exigée concernant les immeubles et les droits réels immobiliers, mais l'art. 242 al.3 CO précise que l'inscription au RF ne peut intervenir qu'en vertu d'une promesse de donner valablement faite. Pour les meubles, le transfert de la possession suffit.

2.2. La promesse de donner :

L'art. 243 al.1 CO exige la forme écrite pour la promesse de donner. Selon l'al.2, la forme authentique est toutefois exigée pour les immeubles et les droits réels immobiliers. La *ratio legis* de cette norme est de permettre une meilleure information et réflexion du donateur.

La forme prescrite doit couvrir l'ensemble des éléments subjectivement et objectivement essentiels du contrat. Il ressort toutefois de l'art. 243 al.2 CO, qu'une fois la promesse de donner effectuée, la donation est valable, même en cas de vice de forme : la promesse de donner est nulle, mais il y a assimilation à une donation manuelle. Cela ne concerne pas les immeubles et les droits réels immobiliers, dans la mesure où l'inscription au RF est obligatoire et que celle-ci nécessite une promesse de donner valable.

Notons que, selon l'art. 245 al.2 CO, la promesse de donner dont l'exécution est fixée à la mort est soumise aux règles sur le pacte successoral (et donc forme authentique).

C. Les effets de la donation :

1. Les obligations du donateur :

1.1. En général :

En principe, le donataire n'a pas d'obligation. Le donateur doit donc en principe livrer la chose et en transmettre la propriété. L'art. 252 CO prévoit que, sauf disposition contraire, la donation qui a pour objet des prestations périodiques s'éteint au décès du donateur.

1.2. L'inexécution :

En cas d'inexécution (ce qui suppose que l'on est dans le cas d'une promesse de donner), le donataire peut agir en exécution et demander des dommages intérêts sur la base des art. 97 ss CO. Il ne pourra cependant pas invoquer les art. 107 à 109 CO, car ces derniers ne s'appliquent qu'aux contrats synallagmatiques (ou bilatéraux parfaits). Notons que l'art. 248 al.1 CO, qui concrétise l'art. 99 al.2 CO, précise que le donateur ne répond que du dol et de la négligence grave.

1.3. La garantie pour éviction et en raison des défauts :

L'art. 248 al.2 CO stipule que le donateur n'est tenu que de la garantie promise.

2. La révocation de la donation :

2.1. Les conditions de la révocation :

L'art. 249 CO vise les cas où la donation manuelle ou la promesse de donner a été exécutée. La révocation n'est alors possible que dans les hypothèses prévues aux ch.1 à 3. Ces hypothèses sont proches des cas d'exhérédation en droit des successions.

L'art. 250 CO vise les cas où la promesse de donner n'a pas encore été exécutée. La révocation est admise dans les hypothèses énumérées à l'art. 249 CO (l'art. 250 al.1 ch.1 CO y renvoie) et à l'art. 250 al.1 ch.2 et 3 et al.2 CO. Notons que dans les cas mentionnés à l'al.1, le donateur peut révoquer la donation, alors que dans les cas de l'al.2, la révocation est automatique.

Selon l'art. 251 al.1 CO, la révocation est possible dans l'année à partir du jour où le donateur a pris connaissance de la cause de révocation. Selon l'al.2, si le donateur meurt dans ce laps de temps, l'action passe à ses héritiers. Selon l'al.3, les héritiers sont également habilités à exercer l'action en révocation lorsque le délai est passé et que le donataire a tué le donateur avec préméditation et de façon illicite ou qu'il a empêché ce dernier d'exercer son droit de révocation.

2.2. Les conséquences de la révocation :

Si l'objet a déjà été remis, il y a révocation et restitution, si l'objet n'a pas été remis, il y a seulement révocation.

3. La donation avec charge :

La charge est une clause accessoire de la donation, en vertu de laquelle le donataire s'engage à faire ou à ne pas faire quelque chose. La charge est une obligation, puisqu'une action en exécution de la charge est possible en vertu de l'art. 246 CO.

Le donataire peut refuser l'exécution de la charge lorsque la valeur de la libéralité ne couvre pas les frais et que l'excédent ne lui est pas remboursé.

Troisième partie : Le contrat de bail à loyer :

I. En général :

A. Les sources :

Les sources sont les suivantes :

- Art. 253 ss CO
- Ordonnance du CF sur le bail à loyer et à ferme de 1990
- Ordonnance du Département fédéral de l'économie sur l'établissement du taux hypothécaire de référence
- CC, notamment l'art. 169 CC
- CP, notamment les art. 186 (violation de domicile), 325^{bis} et 326^{bis} CP
- Loi fédérale sur les contrats cadres et leur déclaration de force obligatoire : il existe un contrat cadre romand, avec force obligatoire et un contrat cadre vaudois, également avec force obligatoire.

- L'usage local, qui est une source indirecte du droit lorsque la loi y renvoie.
- Règles spéciales pour la location d'aéronefs et de navires.

B. La notion :

Selon l'art. 253 CO, le contrat de bail à loyer est le contrat par lequel une personne (le bailleur) s'engage à céder à une autre (le locataire) l'usage d'une chose pour une certaine durée en échange d'une rémunération (le loyer).

Le bail à loyer ne peut porter que sur une ou plusieurs choses, mais jamais sur un droit. Dans ce dernier cas, il s'agit éventuellement d'un bail à ferme. Pour déterminer si nous avons affaire à un contrat de bail à loyer portant sur plusieurs choses ou à plusieurs contrats, il faut se référer à la volonté des parties.

C. Quelques délimitations :

1. Le bail à loyer et le bail à ferme :

Le bail à ferme, défini à l'art. 275 CO, est celui par lequel le bailleur cède l'usage et la jouissance d'une chose (productive, comme un terrain agricole, d'où le terme de « fermier »), contre une rémunération, le fermage. Le fermage peut être une somme d'argent déterminée ou une quote-part des fruits et produits obtenus, ou encore une combinaison des deux. Il existe une loi spéciale sur le bail à ferme agricole.

2. Le bail à loyer et le prêt à usage :

Le prêt à usage est le contrat par lequel le prêteur s'engage à céder gratuitement (contrairement au bail à loyer, qui ne peut être qu'onéreux) l'usage d'une chose pour une certaine durée à l'emprunteur, qui s'engage à le rendre, selon l'art. 305 CO.

3. Le bail à loyer par rapport à l'usufruit et au droit d'habitation :

L'usufruit et le droit d'habitation sont des droits réels limités, opposables *erga omnes*, contrairement au contrat de bail à loyer, opposable *inter partes* uniquement. De plus, l'usufruit confère également la jouissance du bien.

4. Le bail à loyer et l'usage illicite :

Le contrat de bail suppose, comme tout contrat, une concordance des volontés. Celle-ci fait défaut en cas d'usage illicite de locaux. Le propriétaire pourra donc se servir des règles sur la propriété ou sur la possession pour faire cesser l'usage. On admet également que le propriétaire a droit à une rémunération, en se basant sur une « relation contractuelle de fait » entre le squatter et le propriétaire. Les règles sur l'EI aboutissent au même résultat.

D. Quelques distinctions :

1. Le bail mobilier et le bail immobilier :

Cette distinction est utile puisque les règles applicables sont différentes.

2. Les baux d'habitation et de locaux commerciaux :

Dans le cadre des baux immobiliers, il faut encore distinguer les baux d'habitation, les baux de locaux commerciaux et les autres baux immobiliers.

3. Le bail de durée déterminée et le bail de durée indéterminée :

Nous avons affaire à un bail de durée déterminée lorsque celui-ci prend fin à l'expiration de la durée convenue, sans qu'une résiliation ne soit nécessaire (art. 255 al.2 CO), et de durée indéterminée lorsque le contrat dure tant qu'il n'y a pas de résiliation (art. 255 al.3 CO).

E. Les transactions couplées :

La transaction couplée est une situation dans laquelle un contrat sans relation directe avec l'usage de la chose louée est imposé par le bailleur au locataire, en faisant dépendre de l'acceptation dudit contrat la conclusion ou la poursuite du bail. Tel est le cas si le bailleur « force » le locataire à acheter sa voiture. Il s'agit en d'autres termes de deux affaires séparées, dans lesquelles une partie utilise l'une comme moyen de pression sur son cocontractant.

L'art. 254 CO stipule que la transaction couplée avec le bail est nulle lorsque la conclusion ou la continuation du bail y est subordonnée. Encore faut-il que les conditions suivantes soient remplies :

- Il s'agit d'un contrat de bail d'habitation ou de locaux commerciaux.
- La conclusion ou la prolongation du bail y est subordonnée.
- Il n'y a pas de lien direct entre la transaction couplée et l'usage de la chose louée (conditions parfois dure à déterminer en pratique).

La nullité peut être invoquée en tout temps et relevée d'office par le juge. Notons que le bail reste valable.

II. La formation du contrat :

Les éléments objectivement essentiels du contrat de bail à loyer sont les parties, l'objet du bail et le principe d'un loyer.

Il n'y a pas de forme prescrite, sauf disposition ou stipulation contraire. Si une forme légale est prévue, elle doit être respectée pour la conclusion du contrat et pour ses modifications. La forme conventionnelle ne doit en revanche être respectée que pour la conclusion du contrat, sauf stipulation contraire. Notons que l'art. 269b CO préconise la forme officielle pour les modifications de loyers. Si elle n'est pas utilisée, la modification est nulle. Cette forme officielle doit également être respectée pour la conclusion du bail en période de pénurie du logement, selon l'art. 270 al.2 CO.

III. Les obligations du bailleur :

A. La délivrance et l'entretien de la chose :

1. La délivrance de la chose :

Selon l'art. 256 al.1 CO, le bailleur doit délivrer la chose (=en céder l'usage) à la date convenue et dans un état convenable pour l'usage prévu. Il doit donc remplir trois conditions pour que l'obligation de délivrance soit remplie :

- Mise à disposition de la chose au locataire. Si ce n'est pas fait, une action en exécution est possible sur la base des art. 97 ss CO. Le bailleur est toutefois libéré si l'art. 119 CO trouve application, ce qui est rare.
- Mise à disposition à temps, c'est-à-dire au moment prévu par le contrat. Si tel n'est pas le cas, le bailleur est en demeure au sens des art. 102 ss CO, et puisqu'il s'agit d'un contrat synallagmatique, les art. 107 à 109 CO s'appliquent, ce que rappelle expressément l'art. 258 al.1 CO. Il est admis que l'art. 108 ch.3 CO trouve application en matière de bail, mais par mesure de prudence, il vaut mieux effectuer une déclaration au sens de l'art. 107 CO.
- La chose mise à disposition ne doit pas avoir de défaut, c'est-à-dire qu'elle doit revêtir la qualité promise ou à laquelle on peut s'attendre de bonne foi.

2. L'entretien de la chose :

L'art. 256 al.1 *in fine* CO stipule que le bailleur doit maintenir l'état de la chose. Il faut néanmoins distinguer l'entretien normal de la chose et les réparations de défauts imputables au locataire, qui lui incombent (art. 259 et 259a CO *a contrario*), des autres entretiens et réparations, qui incombent au bailleur.

3. Les dérogations conventionnelles :

Les dérogations conventionnelles à l'obligation de délivrer la chose et de l'entretenir sont doublement limitées par l'art.256 al.2 CO :

- La let.a stipule que les dérogations que l'on trouve dans des conditions générales préimprimées sont nulles, et ceci pour tous les baux.
- La let.b stipule que toute dérogation prévue dans des baux d'habitation ou de locaux commerciaux sont nulles.

B. Le paiement des charges :

L'art. 256b CO stipule que les contributions publiques et les charges qui grèvent la chose louée sont supportées par le bailleur. Selon l'art. 257a al.2 CO, les charges qui sont liées à

l'usage de la chose (eau, électricité, ...) peuvent en revanche être mises à la charge du locataire (ce qui est en principe le cas).

C. L'obligation de renseignement :

L'art. 256a CO prévoit à son al.1 que le procès verbal de restitution (« état des lieux de sortie ») doit être remis au locataire par le bailleur, et à son al.2 que le montant du loyer fixé dans le contrat de bail précédant doit lui être communiqué sur demande.

D. La garantie contre les défauts existant déjà lors de la délivrance :

Selon l'art. 258 al.1 CO, si le bailleur délivre la chose avec des défauts importants, c'est-à-dire qui excluent ou entravent considérablement l'usage pour lequel la chose a été louée, le locataire peut agir sur la base des art. 107 à 109 CO.

Selon l'al.2, le locataire peut accepter la chose remise dans un tel état, mais il ne pourra alors qu'invoquer les droits qui appartiennent au locataire lorsque les défauts apparaissent en cours de bail. Ces droits sont présentés aux art. 259a ss CO.

Selon l'al.3, le locataire peut encore se prévaloir des art. 259a ss CO pour les défauts de moindre importance, présents à la délivrance du bien loué. Au contraire des menus défauts apparaissant en cours de bail, ils seront ici à la charge du bailleur.

E. La garantie pour les défauts apparaissant en cours de bail :

1. Les conditions de la garantie :

1.1. L'existence d'un défaut :

Le défaut est l'absence d'une qualité promise ou normalement attendue par le locataire. Les défauts doivent en outre être d'une certaine importance, faute de quoi ils sont à la charge du locataire. Notons que le bailleur ne répond pas des défauts imputables au locataire, selon l'art. 259a CO.

1.2. L'absence de renonciation du locataire à exercer ses droits :

Cette renonciation peut être expresse ou tacite, mais la renonciation tacite n'est que restrictivement admise en pratique. L'idée est que le législateur n'a pas prévu d'incombances que devrait respecter le locataire (contrairement au contrat de vente) et le fait de laisser passer quelques jours ne doit donc pas être considéré comme une renonciation. Il convient toutefois de légèrement nuancer cela, puisque, selon l'art. 257g CO, le locataire qui omet d'aviser le bailleur des défauts doit supporter le dommage qui aurait pu être évité en cas d'avis.

2. Les effets de la garantie :

2.1. En général :

Lorsque les conditions ci-dessus sont remplies, le locataire peut invoquer l'un des droits spécifiques à la garantie exprimés à l'art. 259a al.1 CO, il a droit à la réparation du dommage selon l'art. 259e CO, et il a le droit de consigner le loyer, selon l'art. 259a al.2 CO.

2.2. Le droit à la remise en état de la chose :

L'art. 259b CO prévoit que le bailleur doit procéder à la remise en état de la chose dans un délai convenable. L'art. 259c CO prévoit également que le bailleur peut remplacer la chose louée, dans un délai convenable, par une chose sans défaut. Le locataire ne peut alors plus exiger la remise en état de la chose.

Si le bailleur ne procède pas dans un délai convenable à la réparation de la chose, le locataire doit agir et il peut procéder à la réparation du défaut d'importance moyenne aux frais du bailleur, sans autorisation du juge. Lorsque le défaut est important, il peut y remédier aux frais du bailleur, mais il lui faut une autorisation du juge. Il peut également demander la résiliation du contrat (voir point 2.4. ci-dessous).

2.3. Le droit à la réduction du loyer :

L'art. 259d CO stipule que le locataire a droit à une réduction proportionnelle du loyer à partir du moment où le bailleur a connaissance du défaut et ce jusqu'à son élimination. Le défaut doit entraver ou restreindre l'usage pour lequel la chose a été louée.

La réduction se base sur le loyer net et se calcule selon la méthode relative, déjà vue dans la garantie contre les défauts dans le contrat de vente. Le TF n'exclut cependant pas le recours à l'équité pour « ajuster » le montant de la réduction, en fonction des circonstances. Il précise également que la réduction est due à partir du moment où le bailleur a connaissance du défaut, même si cette prise de connaissance intervient avant la demande de réduction du locataire.

La demande de réduction peut donc agir rétroactivement sur des loyers déjà payés. La somme payée en trop est restituée sur la base d'une action contractuelle, selon le TF. Le délai de prescription est donc de 5 ans, selon l'art. 128 ch.1 CO (le contrat de bail est un contrat de durée), et non d'un an (art. 67 CO sur l'EI).

2.4. Le droit à la résiliation :

L'art. 259b let.a CO prévoit deux conditions pour que le locataire puisse exercer le droit à la résiliation du contrat de bail :

- Le défaut doit être d'une certaine importance, c'est-à-dire qu'il exclut ou entrave considérablement l'usage pour lequel la chose a été louée.
- Le bailleur n'a pas remédié à ce défaut.

2.5. Le droit à des dommages intérêts :

Le bailleur est tenu de réparer le dommage si les conditions classiques présentées à l'art. 259e CO sont remplies : il faut un préjudice, un défaut, une causalité naturelle et adéquate, et une

faute du bailleur (ou le fait d'un auxiliaire selon l'art. 101 CO). La faute est présumée et le montant des dommages intérêts se calcule sur la base des art. 44 ss CO.

2.6. La prise en charge du procès contre un tiers :

Si un tiers fait valoir un droit incompatible avec le contrat de bail sur la chose louée, le bailleur est tenu de se charger du procès sur l'avertissement du locataire, selon l'art. 259f CO. Le bailleur doit alors soit remplacer le locataire dans le procès (dénonciation d'instance), soit réparer le préjudice subi par le locataire du fait de ce procès. Le tiers doit faire valoir un droit antérieur. S'il fait valoir un droit postérieurement acquis, il existe des règles spéciales (voir notamment en cas de vente de l'immeuble).

2.7. Le droit de consigner le loyer :

Les art. 259g ss CO sur le droit de consigner le loyer ne s'appliquent qu'au contrat de bail portant sur un immeuble (art. 259g al.1 CO). Selon l'art. 259g al.2 CO, les loyers consignés sont considérés payés et le bailleur ne peut donc pas mettre le locataire en demeure. La consignation du loyer représente donc un bon moyen de pression sur le bailleur. Pour exercer ce droit, la situation doit répondre à trois conditions, selon l'art. 259g al.1 CO :

- Le bail porte sur un immeuble :
- Le locataire a exigé la réparation du défaut en fixant par écrit un délai convenable.
- Le locataire avise par écrit sa volonté de consigner les loyers (ce qui peut être fait dans en même temps que la demande de réparation).

Selon l'art. 259h CO, la consignation est provisoire, dans le sens où les loyers consignés sont acquis au bailleur si le locataire ne fait pas valoir ses prétentions contre le bailleur auprès de l'autorité de conciliation dans les 30 jours qui suivent l'échéance du premier loyer consigné.

3. La relation avec les règles générales sur la responsabilité :

Contrairement aux règles sur la garantie contre les défauts dans le contrat de vente, les règles sur la garantie contre les défauts dans le contrat de bail excluent le recours aux règles générales sur la responsabilité, sauf l'art. 258 al.1 CO qui y renvoie expressément.

4. Les modifications contractuelles :

Les limites générales l'art. 100 CO s'appliquent, mais l'art. 256 al.2 CO exclut expressément certaines dérogations. Il est admis que l'art. 199 CO s'applique par analogie aux cas dans lesquels le bailleur dissimule intentionnellement un défaut.

F. La rénovation par le bailleur :

Il convient de distinguer la rénovation de l'entretien. Il y a entretien en cas de réparation de la chose : il vise à maintenir en état la chose louée, sans y apporter d'amélioration. La rénovation consiste en une modification de la chose qui engendre une plus-value.

La rénovation est possible si les deux conditions de l'art. 260 al.1 CO sont remplies :

- Le bail n'a pas été résilié (on est donc pas dans la période entre la résiliation et la fin du bail). Il y a donc l'idée que le locataire doit pouvoir profiter de la rénovation.
- Les travaux peuvent être raisonnablement (selon l'art. 4 CC) imposés au locataire : le bailleur doit faire en sorte de déranger le moins possible le locataire.

IV. Les obligations du locataire :

A. Les obligations relatives à l'usage :

1. En général :

L'art. 257f al.1 CO pose le principe, selon lequel le locataire doit user de la chose avec le soin nécessaire. Il a donc le droit d'user de la chose, c'est la définition même du contrat de bail, mais il a des obligations relatives à cet usage et en cas de non-respect de celles-ci, le bailleur peut résilier le bail avec effet immédiat (art. 257f al.3 et 4 CO), il peut demander l'exécution de ces obligations ou agir en dommages intérêts.

2. L'interdiction de modifier la chose :

Selon l'art. 267 al.1 CO, le locataire doit restituer la chose dans un état qui résulte d'un usage conforme au contrat, à la fin du bail. En cas de modification de la chose, le bailleur pourra donc en principe demander la remise en état par le locataire.

L'art. 260a CO présente une exception : si le locataire modifie (ou rénove) la chose louée avec le consentement du bailleur, la remise en état ne peut pas lui être imposée (al.1), sauf si cela a été convenu (al.2). En cas de consentement, le locataire pourra en outre demander une indemnité lorsque la modification a entraîné une plus-value considérable (al.3). Cette règle est de droit dispositif et l'indemnité peut être écartée conventionnellement.

3. L'obligation d'entretien :

Selon l'art. 259 CO, l'entretien courant est à la charge du locataire. Les réparations plus importantes sont à la charge du bailleur, mais selon l'art. 257g CO, le locataire est tenu d'aviser le bailleur de ces défauts.

4. L'obligation de respecter les droits d'autrui :

Selon l'art. 257f al.2 CO, le locataire est tenu d'avoir pour les personnes habitant dans la maison et les voisins les égards qui leur sont dus. Une résiliation avec effet immédiat est envisageable dans le cas contraire.

5. L'obligation d'usage :

Le locataire est en principe libre d'user ou non de la chose louée, mais l'usage peut lui être imposé dans deux hypothèses :

- Un tel usage est prévu par le contrat.

- La chose se déprécie sans cet usage. Il existe une controverse sur la source de cette obligation d'usage : selon Tercier elle découle des règles sur la bonne foi, alors que pour d'autres auteurs, elle découle directement de l'art. 257f al.1 CO.

6. La sous-location :

6.1. La notion et les conditions :

La sous-location, prévue à l'art. 262 CO, est un contrat de bail conclu entre le sous-bailleur et le sous-locataire. Elle ne porte pas forcément sur le même objet que le bail principal (sous-location d'une chambre seulement, ou de l'appartement meublé par exemple).

La sous-location n'est possible qu'avec le consentement du bailleur principal, selon l'art. 262 al.1 CO, qui est de droit impératif. Selon l'art. 257f al.3 et 4 CO, le fait de sous-louer sans consentement expose le locataire à une résiliation avec effet immédiat. Le contrat cadre romand exige que ce consentement revête la forme écrite, ce qui est de toute façon recommandable en pratique. L'al.2 prévoit les seuls cas où ce consentement peut être refusé :

- Le locataire principal (ou sous-bailleur) refuse de communiquer au bailleur les conditions de la sous-location : le montant du sous-loyer, le nom du sous-locataire, ...
- Les conditions de la sous-location semblent abusives, comparées à celles du bail principal : sous-loyer abusif notamment. Il existe une controverse à ce propos : certains auteurs pensent que le montant du sous-loyer ne peut en aucun cas dépasser celui du loyer alors que d'autres l'admettent, à condition qu'il ne soit pas abusif (Bieri est pour cette solution). Notons que la chose sous-louée ne porte pas forcément sur le même objet que le bail principal, et la doctrine unanime admet que le sous-loyer d'un meublé dépasse le loyer de l'appartement non meublé.
- La sous-location présente pour le bailleur des inconvénients majeurs. La jurisprudence admet que tel est le cas si le bail principal est conclu avec une famille (car le bailleur principal désire que la chose louée profite à une famille) alors que la sous-location est conclue avec une personne seule.

6.2. Les effets :

Les règles habituelles s'appliquent à la relation entre le bailleur principal et le locataire principal. Il existe toutefois quelques nuances : selon l'al.3, le locataire est garant envers le bailleur que le sous-locataire n'emploiera la chose qu'à l'usage autorisé par le bail principal. Cette solution aboutit au même résultat que l'application de l'art. 101 CO, c'est-à-dire que le locataire est garant du comportement du sous-locataire.

La relation entre le sous-bailleur et le sous-locataire est un contrat de bail et à ce titre les règles habituelles s'appliquent. Il convient toutefois de présenter quelques nuances :

- En fin de bail, le locataire peut demander une prolongation du bail, mais non le sous-locataire, selon l'art. 273b al.1 CO.
- En cas de résiliation du bail principal, la sous-location peut être résiliée.
- On admet que le bailleur est l'auxiliaire du locataire principal au sens de l'art. 101 CO : ce dernier répond donc envers le sous-locataire des actes du bailleur principal.

Il n'existe pas de contrat entre le sous-locataire et le bailleur principal, les règles habituelles sur le bail à loyer ne s'appliquent donc pas et on se servira des règles sur la responsabilité civile en cas de litige. La loi prévoit toutefois des règles spéciales portant sur cette relation, bien qu'il n'y ait pas de contrat :

- Selon l'art. 262 al.3 *in fine* CO, le bailleur principal peut contraindre le sous-locataire à faire un usage conforme au bail principal.
- Le bailleur peut exercer son droit de rétention (voir plus loin sous le point C) sur les meubles du sous-locataire, pour ce qui est des locaux commerciaux uniquement.
- Selon l'art. 273b al.2 CO, le sous-locataire peut agir directement contre le bailleur principal en vertu des règles de protection contre le congé, lorsque la sous-location a pour but de les éluder.

B. Le paiement du loyer :

1. En général :

Le loyer au sens large comprend le loyer au sens étroit ainsi que les charges. Les deux postes sont en principe séparés dans le contrat et rappelons que selon l'art. 257a al.2 CO, les charges ne sont dues par le locataire que si cela est exprimé dans le contrat. Le bailleur ne peut pas faire de bénéfice sur les charges, qui doivent donc représenter les frais effectifs, selon l'art. 257b CO. En principe des acomptes sont versés chaque mois et la différence à la fin de l'année.

2. La fixation du loyer :

Selon le principe général de l'art. 19 al.1 CO, le montant du loyer est librement déterminé par les parties. Il faut toutefois distinguer trois catégories de loyers :

- Les loyers contrôlés, pour les logements subventionnés, dont le montant est fixé par l'Etat.
- Les loyers relativement libres, dont la fixation est libre sauf en cas d'abus : c'est le cas pour les baux d'habitation et de locaux commerciaux.
- Les loyers absolument libres, sous réserve des règles générales (art. 21 CO notamment) pour les baux d'habitation et de locaux commerciaux qui ne sont pas

protégés. Cela concerne avant tout les logements de luxe et de vacances, qui ne connaissent pas un réel besoin de protection.

3. Le paiement du loyer :

Selon l'art. 257c CO, le loyer est dû à la fin de chaque mois, sauf convention ou usage local contraire. En pratique les loyers sont dus au début de chaque mois. En cas de non paiement, une résiliation est possible selon l'art. 257d CO. Le délai de prescription est de 5 ans selon l'art. 128 ch.1 CO.

4. La compensation :

Selon l'art. 265 CO, le bailleur et le locataire ne peuvent renoncer à l'avance au droit de compenser les créances découlant du bail.

5. Les sûretés :

En pratique des sûretés sont toujours demandées. Le terme de « caution » est erroné dans le sens où il ne s'agit pas d'un contrat de cautionnement. L'art. 257e CO présente les conditions à respecter :

- Selon l'al.1, elles ne peuvent qu'être fournies en espèce ou en papiers-valeurs et ne peuvent être déposées qu'auprès d'une banque.
- Selon l'al.2, s'il s'agit de baux d'habitation, les sûretés ne peuvent pas dépasser le montant de trois mois de loyer. Il n'y a en revanche pas de limite pour les locaux commerciaux.

C. Le droit de rétention du bailleur de locaux commerciaux :

Selon les art. 268 à 268b CO, le bailleur a un droit de gage mobilier en vertu de la loi, sur les objets se trouvant dans les locaux commerciaux loués.

V. La fin du contrat :

A. Les causes d'extinction du bail :

Il existe des causes d'extinction ordinaires et extraordinaires du bail. Les premières subviennent sans motifs particuliers, lorsque le contrat prend fin automatiquement ou par la volonté des parties. Les deuxièmes subviennent lorsque de justes motifs de résiliation du bail interviennent.

B. Les causes extraordinaires d'extinction :

1. L'extinction ordinaire des contrats de durée déterminée :

Le contrat est conclu pour un laps de temps déterminé ou pour un terme certain ou incertain (exemple « jusqu'à la mort du locataire »). L'art. 266 al.1 CO prévoit que le contrat prend fin automatiquement, c'est-à-dire sans congé, à l'expiration de la durée convenue. L'al.2 précise que le contrat peut être reconduit :

- Si les parties le prévoient expressément, par la conclusion d'un nouveau contrat.
- Par une reconduction tacite : le locataire continue à payer le loyer et le bailleur ne réagit pas. Dans ce cas, le contrat se transforme en contrat de durée indéterminée.

2. L'extinction ordinaire des contrats de durée indéterminée :

2.1. En général :

Le contrat ne prend pas fin automatiquement dans un tel cas. Il faut que l'une des parties y mette fin. Précisons que les contrats « de durée minimale », conclu par exemple « pour 5 ans au moins », sont considérés comme des contrats de durée indéterminée et il faut une résiliation pour y mettre fin. La résiliation est un acte formateur soumis à réception.

2.2. Les conditions de la résiliation :

En cas d'extinction ordinaire du bail, aucun juste motif n'est nécessaire, mais selon l'art. 271 al.2 CO, une motivation peut être demandée par l'autre partie.

Pour que la résiliation soit valable, les termes et les délais doivent être respectés, selon l'art. 266a CO. Les termes dépendent de l'objet du bail :

- Pour les baux d'habitation et de locaux commerciaux, les art. 266c et 266d CO renvoient à l'usage local, ou à défaut le terme correspond à la fin d'un trimestre de bail. Cette règle est dispositive et les parties sont libres de fixer un autre terme. L'usage local du canton de Vaud préconise que les termes sont prévus au 1^{er} avril, au 1^{er} juillet et au 1^{er} octobre. Le canton de Genève ne connaît pas un tel usage local.
- Pour les chambres meublées et les places de stationnement, l'art. 266e CO prévoit que le terme correspond à la fin de chaque mois, sauf convention contraire.
- Pour les autres immeubles et constructions mobilières, l'art. 266b CO renvoie, sauf stipulation contraire, à l'usage local ou à défaut à la fin de chaque semestre de bail.
- Pour les meubles, l'art. 266f CO prévoit qu'il n'existe pas de terme.

Les délais dépendent également de l'objet du bail et ils sont définis aux art. 266b ss CO. Les parties sont libres de déroger aux délais légaux, mais ils ne peuvent que les rallonger selon l'art. 266a al.1 CO.

Selon l'art. 266a al.2 CO, si le délai ou le terme n'est pas respecté, la résiliation reste valable mais elle produira ses effets au prochain terme.

La forme de la résiliation est en principe libre, mais pour les baux d'habitation et de locaux commerciaux, la forme écrite est prescrite selon l'art. 266l al.1 CO. Selon l'al.2, le bailleur

qui entend résilier le contrat doit user d'une formule agréée par le canton et qui indique au locataire la manière dont il doit procéder s'il entend contester le congé ou demander la prolongation du bail.

L'art. 266m CO stipule que lorsque l'objet du bail sert de logement de famille, c'est-à-dire qu'il s'agit d'une « habitation qui sert de domicile au conjoint », un époux ne peut résilier le bail sans le consentement de son conjoint. Ce consentement n'a pas besoin d'être formulé en la forme écrite, même si cela est recommandable en pratique. L'art. 266n CO stipule que la résiliation effectuée par le bailleur doit être communiquée à chaque époux séparément. Il faut donc qu'il y ait deux plis séparés, mais il est admis que les deux lettres sont réputées réceptionnées lorsque l'une est déposée dans la sphère d'influence de l'un des époux.

C. Les causes extraordinaires d'extinction :

1. La violation du contrat par le locataire :

Lorsque le locataire ne respecte pas les obligations qui lui incombent, la résiliation est possible au sens de l'art. 257f al.3 et 4 CO. Les al.3 et 4 présentent deux cas de figure différents :

- L'al.4 présente le cas où le préjudice est causé volontairement par le locataire. Dans ce cas la résiliation avec effet immédiat est possible, même pour les baux d'habitation et de locaux commerciaux, ce reste rare en pratique.
- L'al.3 présente le cas où le préjudice n'est pas causé volontairement par le locataire. La résiliation n'est possible que si 3 conditions sont remplies :
 1. Il y a violation grave et répétée du contrat. Le TF retient une acceptation large d'une telle violation puisqu'il admet que la violation d'une clause qui interdit la possession d'animaux domestiques présente une gravité suffisante.
 2. Le bailleur a préalablement averti par écrit et l'avertissement n'a pas été fructueux.
 3. Le maintien du bail est insupportable pour le bailleur ou d'autres locataires de l'immeuble.

Lorsque ses 3 conditions sont remplies, une résiliation avec effets immédiat est en principe possible, mais pour les baux d'habitation et de locaux commerciaux, un délai d'un mois et le terme de la fin d'un mois doivent être respectés.

2. La demeure du locataire :

2.1. Les conditions :

L'art. 257d CO déroge légèrement aux art. 102 à 107 CO et pose 4 conditions pour que la résiliation soit possible :

1. Le locataire est en possession de la chose louée.

2. Il n'a pas payé le loyer à l'échéance prévue.
3. Un délai de grâce a été fixé par écrit, avec une menace de résiliation en cas de non-paiement. Ce délai de grâce doit être d'au moins 30 jours pour les baux d'habitation et de locaux commerciaux, d'au moins dix jours dans les autres cas. Non seulement la fixation de ce délai de grâce est une condition pour la résiliation, mais elle a encore pour effet que le débiteur devra s'acquitter d'intérêts moratoires (art. 104 CO) et payer des dommages intérêts si la résiliation anticipée cause un dommage au bailleur et qu'il y a faute de la part du locataire (art. 97 ss CO).
4. Le paiement n'est pas survenu à l'expiration de ce délai.

2.2. Les effets :

Une résiliation avec effet immédiat est en principe possible, mais pour les baux d'habitation et de locaux commerciaux, un délai de 30 jours et le terme de la fin d'un mois doit être respecté.

3. La faillite du locataire :

3.1. Les conditions :

Selon l'art. 266h CO, le bailleur peut résilier le bail lorsque les 3 conditions suivantes sont remplies :

1. Le locataire est déclaré en faillite.
2. Le prononcé de faillite est intervenu après la délivrance de la chose louée.
3. Le bailleur n'a pas reçu de sûretés suffisantes dans un délai convenable.

3.2. Les effets :

Lorsque ces conditions sont remplies, le bailleur peut résilier le contrat avec effet immédiat.

4. Les justes motifs de résiliation :

Ces justes motifs, prévus à l'art. 266g CO, peuvent donner lieu à une résiliation anticipée aussi bien de la part du locataire que du bailleur. Les conditions à remplir sont les suivantes :

- Existence d'un juste motif : renvoi au pouvoir d'appréciation du juge au sens de l'art. 4 CC. La jurisprudence a retenu comme suffisant :
 - Le fait pour une femme divorcée, dont l'ex-mari ne parvient plus à lui verser sa pension alimentaire, de ne plus pouvoir payer les loyers.
 - Un comportement punissable pénalement à l'encontre du bailleur.
 - Invalidité du locataire dans un appartement non adapté.
 - ...
- Respect des délais légaux de congé des art. 266a ss CO. Les termes n'ont en revanche pas à être respectés.

- Il faut que l'autre partie soit indemnisée : le juge statue sur le montant en tenant compte de toutes les circonstances, au sens de l'art. 4 CC, selon l'art. 266g al.2 CO. Selon l'art. 266k CO, le locataire d'une chose mobilière servant à son usage privé et louée par le bailleur dans l'exercice de son activité professionnelle n'a pas à verser d'indemnité à ce dernier.

5. L'impossibilité :

L'impossibilité peut survenir dans deux cas de figure :

- Le bailleur ne peut plus mettre la chose à disposition du locataire : les règles générales de l'art. 119 CO s'appliquent, à savoir que le bailleur est libéré (al.1) et qu'il y a également extinction de l'obligation du locataire (al.2). En cas de faute du bailleur, les art. 97 ss CO trouvent application.
- Le locataire n'est plus en mesure d'user de la chose : en cas d'impossibilité due à une faute du locataire, il doit continuer à payer le loyer. Si l'impossibilité résulte d'un cas fortuit (par exemple il tombe gravement malade), il devra également payer le loyer jusqu'à l'expiration du bail. Les justes motifs au sens de l'art. 266g CO sont réservés, ainsi que les cas où le locataire présente valablement un locataire de remplacement.

6. Le décès du locataire :

L'art. 266i CO prévoit que les héritiers peuvent (ce n'est donc pas automatique) résilier le contrat en observant le délai et le terme légaux (des art. 266a à 266f CO). Il est admis que si des délais et termes plus courts sont prévus par le contrat (ce qui me semble impossible en vertu de l'art. 266a al.1 CO – check), les héritiers peuvent en user.

Notons que le bailleur ne peut user de l'art. 266i CO pour résilier le contrat en cas de décès du locataire. Les héritier du bailleur ou le locataire ne peuvent pas non plus s'en servir en cas de décès du bailleur.

D. La liquidation du bail :

1. Les obligations du locataire :

les obligations du locataire sont les suivantes :

- Art. 257h al.2 CO : le locataire doit laisser visiter les locaux.
- Art. 267 al.1 CO : le locataire doit restituer la chose dans l'état qui résulte d'un usage conforme au contrat. En cas de litige, c'est au bailleur de prouver que la chose a été détériorée par le locataire et il le fait en dressant un procès-verbal d'entrée et de sortie.
- Art. 260a al.2 CO : le locataire doit remettre la chose en état, sauf si les modifications ont été consenties par le bailleur sans qu'une remise en état n'ait été prévue.

- Art. 97 ss, 259 et 267a CO : le locataire doit indemniser le bailleur en cas de remise de la chose dans un état non conforme à l'usage prévu par le contrat. Il répond des défauts qui auraient dus être éliminés par de menus travaux (art. 259 CO) et des défauts qui lui sont imputables sans être dus à une usure normale (art. 97 ss CO). Le bailleur a droit à cette indemnité s'il respecte 2 incombances (art. 267a CO) :
 - Il a vérifié l'état de la chose à sa remise par le locataire. La vérification usuelle suffit.
 - Les défauts ont fait l'objet d'un avis immédiat, les défauts cachés dès leur découverte.

2. L'obligation du bailleur d'indemniser le locataire pour les travaux entrepris :

Selon l'art. 260a al.3 CO, le bailleur est tenu d'indemniser le locataire pour les travaux qu'il a consentis et qui ont engendré une plus-value considérable.

E. Le transfert du contrat :

1. Le transfert consécutif à l'aliénation de la chose :

L'art. 261 al.1 CO pose le principe selon lequel le bail passe à l'acquéreur de la chose en même temps que la propriété. Cela suppose que le bailleur vend la chose à un tiers (ou procède à un acte analogue comme une donation ou une constitution d'usufruit : art. 261a CO) et que ces droits du tiers acquis sur la chose sont incompatibles avec l'usage qu'en fait le locataire.

Les conséquences sont les suivantes :

- Le tiers devient bailleur du même contrat de bail : le même contrat perdure, aux mêmes conditions (sous réserve du droit de résiliation extraordinaire).
- L'aliénateur n'est pas totalement libéré puisqu'il peut devoir indemniser le locataire pour le dommage qu'il subit suite à une résiliation extraordinaire du nouveau bailleur.

L'art. 261 al.2 CO pose les conditions à remplir pour que le bailleur puisse effectuer une résiliation extraordinaire, pour le prochain terme légal et en respectant le délai légal, mais sans égard à un éventuel délai ou terme conventionnel. Les conditions sont les suivantes :

- Pour les baux d'habitation ou de locaux commerciaux, le bailleur doit faire valoir un besoin urgent pour lui-même ou ses proches parents ou alliés. Cela est par exemple le cas s'il achète l'appartement pour l'habiter.
- Le bail n'est pas annoté au RF : si tel est le cas, la résiliation doit respecter les termes et délais conventionnels, selon l'art. 261b CO.
- L'acquéreur ne s'est pas engagé à reprendre le contrat de bail, dans le contrat de vente par exemple. Il n'y a donc pas de stipulation pour autrui au sens de l'art. 112 CO.

2. Le transfert des baux commerciaux :

Contrairement aux baux d'habitation, le locataire de locaux commerciaux peut imposer au bailleur un transfert du bail à un tiers, si le bailleur ne dispose pas de justes motifs au sens de l'art. 263 al.2 CO : de tels justes motifs sont par exemple l'insolvabilité du tiers ou sa mauvaise réputation.

Le cessionnaire prend alors la place du locataire dans le contrat de bail (art. 263 al.3 CO). L'ancien locataire n'est cependant pas entièrement libéré puisqu'il répond solidairement avec le tiers cessionnaire jusqu'à l'expiration du bail ou jusqu'à sa résiliation, mais pour deux ans au maximum (art. 263 al.4 CO).

3. La restitution anticipée de la chose :

Celle-ci est possible si les conditions de l'art. 264 CO sont remplies :

- Le locataire présente un nouveau locataire au bailleur (un seul suffit).
- Ce nouveau locataire est solvable.
- Il est disposé à reprendre le bail aux mêmes conditions que l'ancien locataire.
- Le bailleur ne peut pas raisonnablement refuser le nouveau locataire, ce qui est une question d'interprétation. Le contrat cadre romand précise à son art. 9 al.2 que le bailleur doit se déterminer rapidement sur ce point.

Le contrat cadre romand précise que le locataire qui désire restituer de façon anticipée la chose doit respecter un délai d'un mois et un terme au 15 ou à la fin du mois.

Notons que l'art. 264 CO ne règle que la restitution anticipée, et non pas la conclusion d'un nouveau contrat avec le locataire proposé. L'ancien locataire est libéré, mais le bailleur n'est pas forcé de conclure avec le locataire proposé.

Si le locataire restitue la chose sans proposer un nouveau locataire qui réponde aux conditions de l'art. 264 CO, il devra continuer à payer le loyer. Mais le bailleur est tenu de minimiser le dommage et doit remettre le bien en location le plus vite possible.

VI. La protection des locataires de baux d'habitation et de locaux commerciaux :

A. En général :

Cette protection comprend deux grands axes, à savoir la protection contre les loyers abusifs et la protection contre les congés. Les art. 274 à 274g CO prévoient des règles de procédure et d'organisation des autorités. Ces normes seront en gros reprises le futur CPCS. Elles prévoient notamment une autorité de conciliation, composée paritairement par des représentants de bailleurs et de locataires.

B. La protection contre les loyers abusifs ou autres prétentions abusives :

1. En général :

Les art. 269 à 270a CO font fréquemment l'objet de tentatives de réforme, de la part des bailleurs comme des locataires. Un projet du CF est actuellement en cours et il propose de ne plus lier le taux hypothécaire et le montant du loyer.

Le champ d'application des art. 269 ss CO s'étend aux baux d'habitation et de locaux commerciaux. Selon l'art. 253b CO, ces dispositions s'appliquent par analogie aux baux à ferme non agricoles (al.1), mais ne s'appliquent pas aux baux d'appartements et de maison de luxe comprenant six pièces ou plus (al.2). Selon l'art. 253a al.2 CO, elles ne s'appliquent pas non plus aux appartements de vacances loués pour trois mois ou moins. Selon l'art. 253 al.2 CO, elles ne s'appliquent également pas aux habitations en faveur desquelles des mesures d'encouragement ont été prises par les pouvoirs publics. Pour ces cas, il faut se tourner vers les règles générales (art. 21 CO notamment) pour contester le loyer.

2. La contestation du loyer :

2.1. Généralités :

Le locataire dispose de 3 moyens pour contester le loyer :

- Contester le loyer initial.
- S'opposer à une hausse du loyer.
- Demander une baisse du loyer.

2.2. La contestation du loyer initial :

Selon l'art. 270 al.1 CO, le locataire qui considère que le loyer initial est abusif au sens des art. 269 et 269a CO peut le contester devant l'autorité de conciliation dans les 30 jours qui suivent la réception de la chose. Il devra remplir l'une des conditions (alternatives) présentées aux let.a et b et c'est à lui de prouver que l'une d'entre elles est remplie dans son cas :

- Let.a : le locataire a été contraint de conclure le contrat en raison de sa situation personnelle ou familiale ou en raison de la situation locale du marché du logement ou des locaux commerciaux.
- Let.b : le bailleur a sensiblement augmenté le loyer initial pour la même chose par rapport au précédent loyer. Rappelons que selon l'art. 256a al.2 CO, le locataire peut exiger du bailleur qu'il lui fournisse le montant du loyer fixé dans le bail précédent.

Cette norme est sujette à un grand débat politique. Le milieu des propriétaires critique le fait qu'une partie puisse attaquer un contrat qu'il a signé en toute connaissance de cause.

Le locataire ne pourra pas user de l'art. 270 CO pour contester le loyer d'un nouveau contrat de bail portant sur le même objet : celui-ci est considéré comme une modification du premier contrat.

Il existe une controverse relative aux liens entre l'art. 270 CO et l'art. 21 CO sur la lésion : une partie de la doctrine considère que les règles de protection du locataire sont exclusives de la lésion alors qu'une autre partie des auteurs considère le concours possible.

L'art. 270 al.2 CO stipule que les cantons peuvent rendre obligatoire la formule officielle mentionnée à l'art. 269d CO pour la conclusion de tout nouveau contrat de bail en période de pénurie. On considère qu'il y a pénurie lorsque le taux de logements vacants est inférieur à 1.5%. Vaud a opté pour cette solution, qui vise à informer les locataires de leurs droits.

2.3. La contestation d'une augmentation de loyer :

Le bailleur doit respecter les 5 conditions énumérées à l'art. 269d CO pour procéder à une augmentation du loyer :

1. L'augmentation doit être notifiée par la formule officielle.
2. Le bailleur doit indiquer les motifs de la hausse.
3. Le bailleur ne peut majorer le loyer que pour le prochain terme de résiliation.
4. Il doit aviser le locataire de la majoration du loyer dix jours au moins avant le début du délai de résiliation. L'idée est que le locataire doit pouvoir résilier le contrat s'il ne veut plus le poursuivre dans ces conditions.
5. La majoration de loyer ne doit pas être assortie d'une résiliation ou d'une menace de résiliation.

Si l'une des conditions 1, 2 ou 5 n'est pas remplie, il y a nullité de l'augmentation. Si la condition 3 ou 4 n'est pas réalisée, l'effet est repoussé à la prochaine échéance.

Si le locataire entend contester l'augmentation, il doit le faire dans les 30 jours devant l'autorité de conciliation, selon l'art. 270b CO. S'il ne le fait pas, l'augmentation est réputée acceptée. Si la conciliation ne parvient pas à aboutir à un accord, le bailleur a 30 jours pour saisir le juge et s'il ne le fait pas, l'augmentation est réputée abandonnée.

2.4. La demande de baisse de loyer :

Selon l'art. 270a al.1 CO, le locataire peut demander une baisse du loyer lorsque deux conditions sont remplies :

- Les bases de calcul du loyer ont été notablement modifiées.
- Il résulte de cette modification un rendement excessif de la chose louée, au sens des art. 269 et 269a CO.

La baisse de loyer ne peut être demandée que pour le prochain terme de résiliation. La procédure à suivre est présentée à l'al.2 : le locataire doit adresser sa demande au bailleur et si ce dernier refuse ou ne répond pas dans les 30 jours, le locataire doit saisir l'autorité de conciliation dans les 30 jours suivants. Si le désaccord subsiste après la conciliation, le locataire doit saisir le juge.

3. Les critères de fixation du loyer :

3.1. Le rendement de la chose louée :

Selon l'art. 269 CO, le loyer est abusif lorsqu'il permet au bailleur d'obtenir un rendement excessif de la chose louée ou lorsqu'il résulte d'un prix d'achat manifestement exagéré. Selon la jurisprudence, le rendement de la chose louée au sens de l'art. 269 CO correspond au rendement net (charges déduites) des fonds propres investis. Si par exemple l'immeuble a été acquis pour 1 MIO, financé avec 600.000.- d'emprunts et 400.000.- de fonds propres et que le revenu net est de 16.000.-, le rendement est de 4% ($=16.000/400.000$).

Cette méthode présente comme défaut qu'il est difficile de déterminer le rendement net de la chose louée (par exemple de l'appartement). En effet, il ne faut pas déterminer le rendement net de l'immeuble entier, mais seulement de l'appartement loué par exemple. Il faut donc déterminer les coûts pour l'immeuble qui sont propres à l'appartement en question. Cela se fait en principe selon la surface, le volume, mais aussi selon l'ensoleillement notamment. Il s'agit donc d'une question d'appréciation. Rappelons que c'est au requérant (le locataire) de prouver le montant du rendement net et son caractère abusif. Cela est difficile dans la mesure où celui-ci ne dispose ni du montant des fonds propres investis, ni de la valeur de l'immeuble, ni de la valeur de la chose louée. Le TF simplifie en déclarant que le locataire peut se baser sur une valeur tirée des loyers usuels pour les locations offrant les mêmes caractéristiques.

Il faut aussi se rappeler que le montant des fonds propres varie dans le temps. Le bailleur peut avoir remboursé une partie des fonds étrangers, ou il peut y avoir eu compensation tirée du renchérissement, entre le moment d'acquisition et le moment où la question se pose. Le mécanisme de la compensation du renchérissement est le suivant :

- Le bailleur dont les fonds propres ne dépassent pas les 40% peut compenser 100% du renchérissement. Voir l'exemple 1 ci-dessous.
- Le bailleur dont les fonds propres dépassent les 40% ne pourra compenser le renchérissement que dans une moindre mesure : il ne pourra réactualiser le montant de ses fonds propres que pour un montant théorique correspondant à 40% du prix d'achat (fonds propres théoriques). Voir l'exemple 2 ci-dessous.

Exemple 1 : immeuble acheté en 2000 et rendement examiné en 2006

Prix d'achat : 4 MIO

Fonds propres : 800.000 (= 20%)

Fonds propres réactualisés :

- IPC décembre 1999 : 105,6
- IPC décembre 2005 : 111,6
- Augmentation de l'IPC : $(111,6-105,6) / 105,6 = 0,0568 = 5,68\%$
- Fonds propres réactualisés = $800.000 + (800.000 * 5,68\%) = 845.410$

Exemple 2 : mêmes données, mais achat financé avec 100% de fonds propres.

Prix d'achat : 4 MIO

Fonds propres : 4 MIO (= 100%)

Fonds propres réactualisés :

- Fonds propres théoriques (40%) = 1.600.000
- Fonds propres théoriques réactualisés = $1.600.000 + (1.600.000 * 5.68\%) = 1.690.880$
- Fonds propres réactualisés = fonds propres théoriques réactualisés + fonds propres théoriques non réactualisés (= 60%) = $1.690.880 + 2.400.000 = 4.090.880$

L'art. 269 CO stipule que le rendement peut également être abusif lorsque le prix d'achat est manifestement exagéré : c'est l'idée que le rendement net n'est alors pas un bon reflet du caractère abusif du loyer.

Quelques mots sur la détermination du revenu net du bailleur : il équivaut au revenu brut (les loyers perçus) moins les charges (les primes d'assurances, les frais de gestion, les intérêts hypothécaires).

Une fois que l'on sait comment calculer les fonds propres et le revenu net du bailleur, il est possible de calculer le rendement net.

Rappel :

RENDEMENT NET = REVENU NET/FONDS PROPRES

Pour savoir si le rendement ainsi obtenu est abusif ou non, il suffit de le comparer au taux d'intérêt hypothécaire indiqué chaque année dans une ordonnance du département fédéral de l'économie. Attention à ne pas prendre en compte le taux d'intérêt hypothécaire effectivement payé par le bailleur.

LE RENDEMENT NET EST ABUSIF S'IL DEPASSE DE PLUS DE 0.5% CE TAUX D'INTERET HYPOTHECAIRE.

2.2. Les autres critères de fixation du loyer :

L'art. 269a CO donne une liste (non exhaustive) de critères qui permettent de dire que le loyer n'est pas abusif bien qu'il le soit au sens de l'art. 269 CO :

- Let.a : Le critère du loyer usuel dans la localité ou le quartier. Il s'agit donc de comparer les loyers pour des objets de même type dans le même environnement. En pratique, présenter 5 objets similaires suffit pour invoquer ce critère.
- Let.b *in initio* : Le critère du taux hypothécaire. Ce critère est employé pour justifier une hausse de loyer par le bailleur ou une demande de baisse de loyer par le locataire. L'art. 13 al.1 d'une ordonnance du DFE (OBLF) règle le cas de la hausse de loyer, l'al.2 le cas de la demande de baisse de loyer.

L'art. 13 al.1 OBLF stipule que :

- Si le taux hypothécaire dépasse 6%, une augmentation du loyer de 2% est possible pour chaque augmentation de 0.25% du taux hypothécaire.
- Si le taux hypothécaire se trouve entre 5 et 6%, une augmentation du loyer de 2.5% est possible pour chaque augmentation de 0.25% du taux hypothécaire.

- Si le taux hypothécaire se situe en dessous de 5%, une augmentation du loyer de 3.5% est possible pour chaque augmentation de 0.25% du taux hypothécaire.

L'art. 13 al.2 OBLF reprend les mêmes proportions.

L'art. 13 al.4 OBLF stipule que lorsque le taux hypothécaire a baissé sans que le locataire ne demande une baisse de loyer, le bailleur doit en tenir compte et le locataire peut invoquer cela pour s'opposer à la hausse du loyer.

Tout ce système se base sur le taux d'intérêt hypothécaire nominal, ce qui est une erreur conceptuelle, puisqu'il ne prend pas en compte le taux d'inflation ! Il serait plus juste de prendre en compte le taux d'intérêt hypothécaire réel (qui prend en compte le taux d'inflation). En réalité, il est faux de dire qu'une hausse du taux d'intérêt hypothécaire nominal correspond forcément à une charge pour le bailleur :

Exemple 1 :

X emprunte CHF 100 à un taux nominal de 5% en début d'année. À la fin de l'année, il doit rembourser CHF 105. Mais si le taux d'inflation est de 5%, le taux d'intérêt hypothécaire réel est de 0%, c'est-à-dire que CHF 100 en début d'année représente le même pouvoir d'achat que CHF 105 en fin d'année.

Exemple 2 :

X emprunte CHF 100 à un taux nominal de 7% et le taux d'inflation est de 7%. Le taux réel est également de 0%.

Dans les exemples 1 et 2, le bailleur conserve le même pouvoir d'achat, malgré le taux d'intérêt hypothécaire nominal, il conserve donc le même pouvoir d'achat. La hausse du taux d'intérêt nominal ne constitue pas une charge pour le bailleur, mais celui-ci pourra néanmoins imposer une augmentation du loyer à ses locataires !

Des études montrent que des milliards de CHF ont été payés en trop, du seul fait de la prise en compte du taux nominal.

- Let.b *in fine* : Si le bailleur fournit des prestations supplémentaires, par exemple s'il installe un ascenseur dans l'immeuble.
- Let.c : Les loyers se situent dans les limites du rendement brut permettant de couvrir les frais, s'agissant des constructions récentes. Rendement brut = loyers (revenu brut) / coût initial (sans tenir compte des fonds propres ou étrangers). L'idée est d'encourager la construction de nouveaux logements. En pratique, un rendement brut de 2% en dessus du taux hypothécaire est admis dans ces cas.
- Let.d : Le plan de paiement. Il peut être convenu avec le locataire que le loyer sera d'abord plus bas, pendant une certaine période, et ensuite augmenté.

- Let.e : Le critère de la compensation du renchérissement. La « part exposée aux risques » correspond aux fonds propres. L'art. 16 OBLF stipule que les loyers peuvent être augmenté de 40% de la hausse de l'IPC, au maximum.
- Let.f : Le critère des limites recommandées par les contrats cadres. En réalité, les contrats cadres ne contiennent pas de telles limites.

2.3. Les loyers variables :

Il existe trois formes de baux à loyers variables :

- Art. 269b CO : Le bail avec clause d'indexation : le contrat de bail prévoit que le loyer sera régulièrement indexé à un indice officiel. Cela n'est possible que pour les baux conclus pour une durée minimale de 5 ans, et l'indexation doit nécessairement faire référence à l'IPC.
- Art. 269c CO : Le bail avec clause d'échelonnement : le contrat de bail prévoit à l'avance le montant des augmentations. Cela n'est possible que pour les baux conclus pour une durée de 3 ans au moins, il ne doit y avoir qu'une augmentation par année et elle doit être mentionnée en CHF (pas en %, idée de clarté).
- Le bail partiaire, pas prévu par le CO mais admis par le TF et par la doctrine, est celui par lequel les parties conviennent que le montant du loyer dépend du CA. Cela est fréquent pour les cafés, les restaurants ou les centres commerciaux. En pratique, le loyer est en principe fixé pour une part, et fonction du CA pour l'autre. Il faut bien distinguer le bail partiaire de la SS : dans cette dernière, le « bailleur » (en réalité d'associé) participe également aux pertes.

4. Les rapports entre les divers critères de fixation du loyer :

4.1. Le loyer fondé sur les coûts et le loyer usuel :

Le loyer fondé sur les coûts vise à vérifier que le bailleur ne retire pas de la location un rendement exagéré aux dépens du locataire. Il est donc apprécié en fonction des revenus et des coûts du bailleur. Cela concerne les art. 269 et 269a let.b, c, d et e CO.

Le loyer usuel concerne l'art. 269a let.a CO.

Ces deux types de critères sont antinomiques (les loyers peuvent être similaires mais le rendement différent) et sont le résultat d'un consensus politique.

4.2. Les critères absolus et les critères relatifs :

Les critères absolus sont ceux par lesquels on examine le loyer sans tenir compte de son évolution. Le critère de l'art. 269 CO sur le rendement excessif est un critère absolu.

Les critères relatifs sont ceux qui se basent sur une évolution du montant des loyers : « relatif » par rapport au montant du loyer précédent. Le critère de l'art. 269a let.b CO, sur la

hausse ou la baisse du loyer par rapport à l'évolution du taux hypothécaire est un critère relatif.

4.3. La méthode absolue et la méthode relative :

Le TF opère cette distinction : la méthode absolue de fixation des loyers se réfère aux critères absolus et la méthode relative aux critères relatifs.

4.4. Le choix des critères et de la méthode :

Il s'agit de distinguer trois situations :

- La fixation du loyer initial : le principe est que l'on se base sur la méthode absolue, c'est-à-dire en usant des critères absolus.
- La majoration du loyer : en principe le bailleur ne peut invoquer que des critères relatifs pour augmenter le loyer. L'idée est qu'il ne peut s'en prendre qu'à lui-même si le loyer initial n'était pas assez élevé. Une augmentation est donc possible que si les circonstances ont changé. Par contre, il est admis que le locataire qui s'oppose à une augmentation du loyer peut invoquer des critères relatifs (par exemple une baisse du taux hypothécaire) et le rendement excessif de la chose louée (qui est un critère absolu).
- Une demande de baisse de loyer : en principe le locataire ne peut invoquer que des critères relatifs. L'idée est que s'il disposait de critères absolus, il aurait dû les invoquer lors de la fixation du loyer initial. Le bailleur pourra invoquer des critères relatifs pour s'opposer à la demande, mais aussi le fait que le rendement n'est pas abusif au sens de l'art. 269 CO et les prix usuels du quartier au sens de l'art. 269a let.a CO (qui sont des critères absolus). Il existe donc une asymétrie en faveur du bailleur, puisque le locataire ne peut pas s'opposer à la hausse du loyer en invoquant les loyers usuels du quartier.

5. La protection contre d'autres prétentions abusives :

L'art. 269d al.3 CO stipule que le même régime de protection est applicable pour ces autres prétentions abusives du bailleur (diminution de ses prestations ou augmentation des frais accessoires notamment).

6. Quelques réflexions sur les mesures de contrôle et de stabilisation des loyers :

Ces règles de protection ont un impact sur l'offre et la demande de logements, puisqu'ils ont tendance à faire baisser l'offre et à faire augmenter la demande. En outre, si l'Etat fixe un contrôle des loyers (exemple : ne peuvent pas augmenter au-delà CHF 1.200), ce qui n'est pas le cas de la CH, mais le cas de certaines grandes villes des USA, cela peut engendrer des pénuries, des problèmes de qualité du logement (de toute façon assez de demande) et le risque de voir apparaître un marché noir.

Notre système n'interdit pas l'augmentation du loyer, mais la limite : certains des problèmes des USA apparaissent aussi avec notre système.

C. La protection contre les congés :

1. En général :

La protection contre les congés contient deux mesures possibles, qui sont l'annulation du congé et la prolongation du bail.

2. L'annulation du congé :

2.1. En général :

Selon les art. 271 et 271a CO, chacune des parties peut demander l'annulation du congé lorsque celui-ci est abusif, c'est-à-dire signifié au mépris des règles de la bonne foi, selon l'art. 271 al.1 CO. Notons que le congé est annulable et non nul, il faut donc le contester.

Les règles sur l'annulation du congé s'appliquent aux baux d'habitation et de locaux commerciaux, en principe. Notons 4 précisions :

- Elles s'appliquent aussi aux maisons familiales et aux maisons de luxes de 6 pièces ou plus, contrairement à la protection contre les loyers abusifs (art. 253b CO).
- Elles s'appliquent également aux appartements de vacances loués pour plus de 3 mois (art. 253a al.2 *a contrario* CO).
- Elles s'étendent aussi aux places de parc notamment, selon l'art. 253a al.1 CO.
- Elles ne s'appliquent en revanche pas aux parcelles non construites et aux meubles (sous réserve de l'art. 253a al.1 CO).

2.2. Les conditions personnelles :

Cette protection appartient aussi bien au locataire qu'au bailleur. Si l'objet loué sert de logement de famille au sens de l'art. 169 CC, le conjoint ou le PE peut également demander l'annulation du congé, même s'il n'est pas partie au contrat (art. 273a al.1 CO). Le congé doit donc également lui être notifié (art. 266m CO).

2.3. Les conditions matérielles :

Il existe deux conditions matérielles pour que l'annulation du congé soit possible :

- La résiliation du contrat est valable : on ne peut pas annuler quelque chose de nul.
- Il existe un motif d'annulation : le congé doit contrevenir aux règles de la bonne foi, selon l'art. 271 al.1 CO. L'art. 271a al.1 CO donne une liste exemplative de cas pour lesquelles il y a contravention aux règles de la bonne foi :
 - Let.a : le cas du « congé représailles ».
 - Let.b : le cas du « congé menace ».

- Let.c : le cas du « congé vente » : le congé est donné uniquement pour amener le locataire à acheter le bien.
- Let.d : le cas du congé donné pendant une procédure de conciliation ou une procédure juridique en rapport avec le bail.
- Let.e : le cas du congé donné dans les 3 ans à compter de la fin d'une telle procédure, dans les cas exposés aux ch.1 à 4.
- Let.f : le cas du congé donné en raison de changements de la situation familiale du locataire, sans que ces changements n'entraînent des inconvénients majeurs pour le bailleur.

2.4. Les effets :

Lorsque le locataire (ou le bailleur) considère que les conditions d'annulation du congé sont remplies, il doit saisir l'autorité de conciliation dans les 30 jours qui suivent la réception du congé, selon l'art. 273 al.1 CO. S'il ne le fait pas, le congé est valable et entrera en force. Selon l'al.5, la partie qui succombe peut saisir le juge dans les 30 jours, faute de quoi la décision de l'autorité de conciliation devient définitive.

3. La prolongation du bail :

3.1. Généralités :

La prolongation du bail est régie aux art. 272 à 272c CO, qui sont des règles impératives. Le but y est uniquement de protéger le locataire, et non également le bailleur comme avec les règles sur l'annulation du congé.

Le champ d'application est le même que celui des règles sur l'annulation du congé.

3.2. Les conditions personnelles :

Le locataire a qualité pour agir, et si l'objet loué est le logement de famille au sens de l'art. 169 CC, le conjoint ou le PE ont également cette qualité pour agir (art. 273a al.1 CO).

3.3. Les conditions matérielles :

3 conditions matérielles doivent être réunies :

- Le bail a valablement pris fin, c'est-à-dire que la résiliation est valable.
- Il n'existe pas de causes d'exclusion de la prolongation au sens de l'art. 272a CO.
- Le congé a des conséquences pénibles pour le locataire ou sa famille, sans que les intérêts du bailleur ne le justifient (art. 272 al.1 CO). Le juge procédera donc à une pesée des intérêts entre ceux du bailleur et ceux du locataire. Lors de cette appréciation, il prendra notamment en considération les éléments mentionnés à l'al.2.

3.4. La durée de la prolongation :

Selon l'art. 272b CO, le juge a un large pouvoir d'appréciation quand à la durée de la prolongation. La durée totale de prolongation est de 4 ans pour les baux d'habitation et de 6 ans pour les baux de locaux commerciaux. Dans ces limites, une ou deux prolongation peuvent être accordées. L'al.2 précise que les parties peuvent convenir d'une autre durée.

3.5. Les effets de la prolongation :

En principe, le bail est prolongé aux mêmes conditions, mais selon l'art. 272c al.1 CO, une adaptation du contrat à la nouvelle situation est néanmoins possible.

3.6. La procédure :

L'art. 273 al.2 CO règle la procédure en matière de demande de prolongation du bail.

Quatrième partie : Le contrat de mandat :

I. En général :

A. Les sources :

Les art. 394 ss CO règlent le contrat de mandat. Il existe le « mandat proprement dit », réglé aux art. 394 ss CO, et d'autres formes de contrat de mandat (contrat d'agence, contrat de courtage, ...), réglés aux art. 406a ss CO et non étudiés dans le cadre de ce cours.

Il existe également des sources de droit public, comme la Loi sur la libre circulation des avocats.

L'usage est une source indirecte, lorsque la loi y renvoie, ce qui est souvent le cas.

B. La notion :

L'art. 394 al.1 CO définit le contrat de mandat (proprement dit) : il s'agit du contrat par lequel le mandataire s'oblige à gérer l'affaire dont il est chargé ou à rendre les services qu'il a promis, dans l'intérêt du mandant et conformément à la volonté de celui-ci.

Il s'agit donc de prestations de services (« rendre les services qu'il a promis » veut dire la même chose que « gérer l'affaire dont il est chargé »).

C. Quelques délimitations :

L'al.2 stipule que les règles du mandat s'appliquent aux travaux qui ne sont pas soumis aux dispositions légales régissant d'autres contrats. Il s'agit donc d'opérer quelques distinctions, vu la subsidiarité des règles sur le contrat de mandat.

1. Le contrat de mandat et d'autres contrats innomés qui portent sur une prestation de service :

Le TF distingue deux catégories de contrats innomés : les contrats *sui generis* et les contrats mixtes. Les contrats mixtes comportent diverses prestations relevant de différents contrats nommés alors que les contrats *sui generis* ne comportent pas de telles prestations.

Le TF préconise deux traitements différents selon que l'on a affaire à un contrat mixte ou à un contrat *sui generis* :

- Le contrat *sui generis* qui contient une prestation de service est traité comme un contrat de mandat et cela résulte de l'art. 394 al.2 CO.
- Le contrat mixte qui contient entre autre une prestation de service est véritablement traité comme un contrat innomé. L'importance est de taille puisque les règles impératives du contrat nommé ne s'appliquent pas en présence d'un contrat innomé traité comme tel, sous réserve d'une éventuelle fraude à la loi.

Par exemple, un contrat d'abonnement à un fitness sera considéré comme un contrat mixte : il contient des prestations de services mais aussi des aspects de location. On appliquera donc les dispositions les plus appropriées selon la question qui se pose dans le cas d'espèce.

2. Le contrat de mandat et le contrat de travail :

Le contrat de travail suppose un rapport de subordination entre l'employeur et l'employé. Le mandataire n'est pas subordonné au mandant.

3. Le contrat de mandat et le contrat d'entreprise :

L'entrepreneur promet un résultat, contrairement au médecin qui s'engage à soigner au mieux ou à l'avocat qui s'engage à plaider au mieux. Cette distinction est parfois difficile à opérer et elle sera plus largement abordée dans la partie consacrée au contrat d'entreprise.

D. Quelques distinctions :

1. Le mandat gratuit et le mandat à titre onéreux :

L'art. 394 al.3 CO stipule qu'une rémunération est due si le contrat ou l'usage en assure une.

2. Le mandat proprement dit et les mandats spéciaux :

Le mandat proprement dit est réglé aux art. 394 ss CO et les mandats spéciaux aux art. 406a ss CO.

II. La formation du contrat :

A. Les parties au contrat :

Toute personne physique ou morale peut être mandataire ou mandante, mais certaines activités sont sujettes à autorisation.

B. La conclusion du contrat :

La conclusion du contrat de mandat proprement dit ne nécessite pas le respect d'une forme particulière, mais tel peut être le cas concernant certains mandats spéciaux (voir l'art. 406b CO).

L'art. 6 CO porte sur l'acceptation tacite. L'art. 395 CO va encore plus loin en stipulant que le mandat est réputé accepté en l'absence d'un refus immédiat, lorsqu'il se rapporte à des affaires pour lesquelles le mandataire a une qualité officielle, qui entrent dans l'exercice de sa profession ou pour lesquelles il a publiquement offert ses services.

III. Les obligations du mandataire :

A. L'obligation de rendre service :

1. L'étendue du mandat :

Selon l'art. 396 al.1 CO, l'étendue du mandat est déterminée par la convention ou par la nature à laquelle il se rapporte.

2. Le pouvoir de représentation :

Les art. 32 ss CO règlent la représentation directe, mais l'art. 396 al.2 et 3 CO prévoit quelques règles spéciales :

- Al.2 : Le mandat contient les pouvoirs de faire les actes nécessaires à son exécution. Notons que cette présomption de pouvoirs vaut aussi bien à l'interne qu'à l'externe.
- Al.3 : Le mandataire ne peut toutefois pas intenter un procès, transiger, compromettre (conclure un compromis arbitral), ... sans un pouvoir spécial.

3. L'exécution personnelle :

L'art. 398 al.3 CO stipule que le mandataire doit en principe exécuter personnellement le mandat. L'art. 68 CO stipule que le débiteur d'une obligation doit l'exécuter personnellement si cela entre dans l'intérêt du créancier. Il existe donc une controverse sur les rapports entre ces deux normes. Bieri et Tercier pensent l'art. 398 al.3 CO ne fait que reprendre l'art. 68 CO pour ce qui est de l'exécution du mandat par les auxiliaires, tout en précisant le cas de la substitution. D'autres auteurs pensent que l'art. 398 al.3 CO est une *lex specialis* par rapport à l'art. 68 CO.

4. La substitution :

Il y a substitution lorsque le mandataire confie à un tiers indépendant (le sous-mandataire ou le substitué) des tâches que celui-ci exécutera de manière indépendante et sous sa seule responsabilité (contrairement à l'auxiliaire de l'art. 101 CO). De plus, le substitué ne se contente pas d'aider le mandataire, mais il s'y substitue.

Selon l'art. 398 al.3 CO, la substitution est en principe prohibée, mais elle est possible lorsqu'elle est autorisée par le mandant, lorsque les circonstances l'exigent (par exemple en cas d'urgence) ou lorsque l'usage dans la profession le permet.

Selon l'art. 399 al.1 CO, le mandataire répond des actes du substitué comme s'ils étaient siens en cas de substitution illicite. Selon l'al.2, il ne répondra que du soin avec lequel il a choisi le substitué et des instructions qu'il lui a données, lorsque la substitution est licite. Notons qu'il ne répond pas de la surveillance exercée sur le substitué, puisqu'il n'a pas besoin de le surveiller. Le régime est donc différent de celui des auxiliaires, puisque le mandataire répondra dans tous les cas de leurs actes.

Le mandataire et le sous-mandataire sont liés par un contrat de mandat, mais il n'y a pas de relation contractuelle entre le mandant et le sous-mandataire. Malgré cela, l'art. 399 al.3 CO prévoit que le mandant peut faire valoir directement contre le sous-mandataire les droits dont dispose le mandataire à l'égard du sous-mandataire (le régime est donc similaire à celui de l'art. 262 al.3 CO sur la sous-location). Il découle également de l'art. 399 al.3 CO que le mandant peut résilier lui-même le contrat de mandat qui existe entre le mandataire et le sous-mandataire.

B. L'obligation de diligence :

L'art. 398 al.2 CO stipule que le mandataire est responsable envers le mandant d'une bonne exécution du contrat. Il en découle une obligation de diligence. Le mandataire doit donc agir comme toute personne diligente placée dans les mêmes circonstances (urgence, importance de l'affaire, ...). Il est possible de s'inspirer des règles de l'art pour déterminer si le mandataire a ou non violé son devoir de diligence, mais le juge n'est pas lié par celles-ci : il pourra donc considérer qu'il y a violation du devoir de diligence même si les règles de l'art ont été respectées, et vis versa. Autrement dit, le juge pourra considérer les règles de l'art comme insuffisantes ou excessives.

En pratique, la question de la violation du devoir de diligence est particulièrement délicate. Il y a une cinquantaine d'années, un juge américain Hand a élaboré la formule suivante (formule de Hand) :

$B < PL$,

Où B = *burden* ou fardeau ; P = *probability* ; et L = *loss* ou perte.

Cette règle de Hand n'a jamais été reconnue par le TF, mais sa manière de faire s'en approche.

Précisons que, selon l'art. 397 al.1 CO, si le mandant a donné des instructions précises au mandataire, ce dernier ne peut s'en écarter que s'il lui est impossible d'en demander l'autorisation et qu'il y a lieu d'admettre que celle-ci aurait été obtenue.

C. L'obligation de fidélité :

L'art. 398 al.2 CO stipule que le mandataire est responsable d'une fidèle exécution du mandat. Cela signifie qu'il se doit d'agir dans l'intérêt du mandant. La différence avec

l'obligation de diligence est parfois dure à opérer mais de toute façon cela est inutile puisque le mandataire répond des deux.

Il faut se référer aux circonstances du cas d'espèce pour juger s'il y a violation ou non de l'obligation de fidélité.

L'obligation de fidélité comprend l'obligation de renseigner le mandant sur l'évolution du mandant, sur la situation ou de l'informer sur les risques éventuels. Elle comprend également un devoir de discrétion. Il existe également des normes pénales sur le secret professionnel.

D. Les autres obligations :

1. L'obligation de rendre compte :

L'art. 400 al.1 CO stipule que le mandataire se doit, à la demande du client, de lui rendre compte de sa gestion de l'affaire. Cette obligation peut être considérée comme un aspect du devoir de fidélité au sens de l'art. 398 al.2 CO.

2. L'obligation de restituer :

2.1. En général :

Selon l'art. 400 al.1 *in fine* CO, le mandataire est tenu de restituer au mandataire tout ce qu'il a reçu dans le cadre de la gestion du mandat. Le droit de rétention de l'art. 895 CC lui permet parfois de refuser la restitution (voir plus loin pour les précisions). L'al.2 précise qu'il doit l'intérêt des sommes pour le versement desquelles il est en retard. Il s'agit d'un renvoi à l'art. 104 CO.

2.2. Le transfert des droits :

Il s'agit de distinguer selon que le mandataire agit comme représentant direct ou indirect.

- S'il agit comme représentant direct, c'est-à-dire au nom et pour le compte du mandant (art. 32 ss CO), les droits sont acquis par le mandant lui-même, sans qu'un transfert ne soit nécessaire.
- S'il agit comme représentant indirect, le mandataire agit en son nom mais pour le compte du mandant : il acquiert donc les droits et obligations. Cette situation est plus risquée pour le mandant puisque si le mandataire acquiert des droits et tombe en faillite, le mandant est un créancier personnel au même titre que les autres créanciers du mandataire.

C'est pour cette raison que l'art. 401 CO prévoit des privilèges pour le mandant, dans les cas où le mandataire agit en qualité de représentant indirect. L'al.1 prévoit une cession légale des créances et l'al.3 prévoit que le mandant a un droit de revendication à l'égard des biens acquis par le mandataire. Cela suppose le respect de 3 conditions :

- Il s'agit de créances (al.1) ou de biens (al.2). Le TF rappelle qu'une somme d'argent n'est considérée comme une chose qu'à condition d'être individualisée (sur un compte séparé et non sur le compte de l'étude d'avocat par exemple).
- Les créances ou les biens ont été acquis dans le cadre de l'exécution régulière du mandat.
- Le mandant a lui-même exécuté ses obligations envers le mandataire. Cela découle expressément de l'al.1 et du « droit de rétention » prévu à l'al.3.

E. La responsabilité du mandataire :

A. La responsabilité personnelle :

L'art. 398 al.1 CO renvoie aux règles sur la responsabilité en matière de contrat de travail, qui reprennent elles-mêmes les règles des art. 97 ss CO. Il s'agit donc indirectement d'un renvoi aux art. 97 ss CO. La responsabilité contractuelle du mandataire est donc engagée si les conditions suivantes sont remplies : préjudice, violation du contrat (le mandant doit établir cette violation), faute (présumée) et lien de causalité naturelle et adéquate entre la violation du contrat et le préjudice.

L'art. 397 al.2 CO stipule que si le mandataire a violé le contrat et a réparé le préjudice, le mandat est réputé accompli.

B. La responsabilité pour les tiers :

1. La responsabilité pour les auxiliaires :

Le mandataire répond sur la base de l'art. 101 CO.

2. La responsabilité pour le sous-mandataire :

Nous avons vu que l'art. 399 CO prévoit deux régimes de responsabilité différents selon que la substitution est autorisée (al.1) ou non (al.2). Le TF amène une nuance supplémentaire, critiquée par la doctrine puisque s'écartant du texte légal : si la substitution, même autorisée, est dans l'intérêt du mandataire, celui-ci répond comme si la substitution n'était pas autorisée.

C. Le délai de prescription :

Le délai de prescription est en principe de 10 ans, selon l'art. 127 CO, mais l'art. 371 al.2 CO (sur le contrat d'entreprise) prévoit une exception pour les architectes et ingénieurs.

D. La limitation de la responsabilité :

Les règles générales des art. 100 et 101 CO s'appliquent.

L'art. 100 CO prévoit que l'exclusion de la responsabilité pour faute grave est nulle si elle a lieu avant la survenance du préjudice (al.1). L'exclusion de la responsabilité pour faute légère est également nulle si le créancier est au service du débiteur ou si la responsabilité résulte de l'exercice d'une industrie concédée par l'autorité (al.2). Le TF définit de manière large l'activité concédée par l'autorité, puisqu'il y inclut les activités bancaires. Une controverse non tranchée existe concernant les avocats et les médecins, qui ne peuvent pratiquer que sur autorisation.

L'art. 101 al.2 et 3 CO reprend les mêmes règles s'agissant de la responsabilité pour le fait des auxiliaires, et les mêmes controverses existent.

IV. Les obligations du mandant :

A. Le remboursement des impenses :

L'art. 402 al.1 CO stipule que le mandant doit rembourser au mandataire les avances et frais faits pour l'exécution du mandat. Il existe donc 2 conditions :

- Il y a des impenses (frais ou avances, par exemple les frais d'expertise avancés par l'avocat).
- Les impenses ont été faites en vue de l'exécution régulière du mandat.

B. La libération des obligations :

L'art. 402 al.1 *in fine* CO stipule que le mandant doit libérer le mandataire des obligations par lui contractées, dans le cadre d'une exécution régulière du mandat. Il s'agit de distinguer deux cas de figure :

- Si l'obligation est une dette exécutable (par exemple payer une somme d'argent), le mandant se doit de l'exécuter.
- Si la dette n'est pas exécutable, le mandant doit libérer le mandataire par une reprise de dette au sens des art. 175 ss CO. La reprise de dette suppose l'accord du créancier, mais si ce dernier la refuse, le mandataire peut exiger des sûretés au mandant, selon le TF.

C. La réparation du dommage :

1. En général :

Selon l'art. 402 al.2 CO, le mandant doit indemniser le mandataire du dommage causé par l'exécution du mandat. Ce cas de figure est rare : par exemple un médecin qui chope une maladie contagieuse du patient. La jurisprudence distingue selon que le mandat est onéreux ou gratuit.

2. La responsabilité du mandant en cas de mandat onéreux :

Lorsque le mandat est onéreux, les 4 conditions habituelles de l'art. 97 CO doivent être remplies et le montant des dommages intérêts sont calculés sur la base des art. 42 ss CO.

3. La responsabilité du mandant en cas de mandat gratuit :

Lorsque le mandat est gratuit, le TF et la doctrine majoritaire admettent une responsabilité objective (sans faute) : il suffit alors que le dommage soit en lien de causalité naturelle et adéquate avec l'exécution du mandat. De plus, le montant des dommages intérêts sera calculé en équité, selon les circonstances. L'idée est d'appliquer le même régime que celui de l'art. 422 CO sur la gestion d'affaire sans mandat.

Cette distinction est critiquée par une partie de la doctrine, dont Tercier, car elle est contraire au texte légal de l'art. 402 al.2 CO. Le TF se justifie en invoquant une lacune de la loi : il la comble en s'inspirant de la gestion d'affaire.

D. Le paiement des honoraires :

1. En général :

Le mandat est présenté comme un mandat gratuit, puisque le principe d'une rémunération n'en est pas un élément essentiel. L'art. 394 al.3 CO prévoit toutefois que la convention ou l'usage assurent une rémunération au mandataire.

Il est admis que si le mandataire a violé ses obligations de manière élémentaire, il y a assimilation à une inexécution totale du contrat et aucune rémunération n'est due.

Si le mandataire n'a pas exécuté correctement l'ensemble de ses prestations, il y a réduction des honoraires.

2. Le montant des honoraires :

Le montant des honoraires se calcule selon 3 méthodes :

- Le principe de la liberté contractuelle veut que le montant soit librement fixé. Il est cependant limité par le fait qu'est nulle une clause prévoyant un montant proportionnel au résultat ou une renonciation aux honoraires en cas d'issue défavorable du procès.
- L'usage.
- Le juge, selon les circonstances du cas d'espèce.

3. Les modalités de paiement :

Il y a prescription au-delà d'un délai de 10 ans en principe (art. 127 CO), mais l'art. 128 al.3 CO prévoit un délai de 5 ans pour certaines activités.

L'art. 895 CC prévoit un droit de rétention en faveur du mandataire, sur les objets mobiliers et les papiers-valeurs du mandant.

V. La fin du contrat :

A. En général :

En principe, le mandat prend fin lorsque le mandataire a rendu tous les services prévus par le contrat, autrement dit lorsque toutes les prestations sont exécutées. Les règles générales s'appliquent et il peut par exemple y avoir extinction du contrat pour impossibilité. Les art. 404 ss CO prévoient des règles spéciales.

B. La résiliation sans motif :

L'art. 404 al.1 CO prévoit que le mandat peut être résilié en tout temps. L'al.2 précise qu'en cas de résiliation en temps inopportun, la partie qui résilie doit indemniser l'autre du dommage subi. Le TF précise que l'art. 404 CO est de droit impératif, ce qui soulève la critique d'une grande partie de la doctrine, convaincue que ce caractère impératif ne devrait être retenu que dans le cadre des mandats à caractère personnel prépondérant.

C. Les autres causes d'extinction :

L'art. 405 CO prévoit à son al.1 que le mandat prend également fin à la mort de l'une des parties, en cas d'incapacité (perte de l'exercice de la capacité civile) ou de faillite de l'une des parties. Selon l'al.2, cette norme est de droit dispositif.