

Les frais accessoires au loyer dans les baux d'habitations et de locaux commerciaux

par Philippe Richard,
avocat au barreau du canton de Vaud

Sommaire

	<u>Page</u>
I. Introduction	2
II. Notion et définition des frais accessoires (art. 257a CO et 257b CO)	5
III. Les frais accessoires incombant aux locataires indépendamment du loyer (art. 257a al. 2 CO)	11
IV. Modification des frais accessoires en cours de bail (art. 269d al. 3 CO; art. 19, al. 1 et 1bis OBLF)	17
V. Examen de quelques questions particulières au regard de l'exigibilité (art. 257c CO), de la demeure du locataire (art. 257d CO), des sûretés (art. 257e CO) et de la consignation (art. 259g CO) des frais accessoires	30
VI. Conclusions	35
VII. Références de doctrine – Bibliographie	36

I. Introduction

I.1. Historique

1. Le nouveau droit du bail à loyer et du bail à ferme (Titre 8^e du Code des obligations) en vigueur dès le 1^{er} juillet 1990¹ a introduit la notion de frais accessoires pour tous les baux à loyer. Cette notion complète celle du loyer.
2. Cette notion de frais accessoires n'avait été jusqu'alors prévue que pour les baux d'habitations et de locaux commerciaux à la suite de l'adoption de la législation sur les abus dans le secteur locatif, aux art. 7 et 8 AMSL².

I.2. Systématique

- A. Les dispositions légales applicables aux frais accessoires dans les baux d'habitations et les locaux commerciaux et leur champ d'application

a) Dispositions du Code des obligations

3. Certaines dispositions du titre 8^e du bail à loyer, traitent des frais accessoires, quelle que soit la nature des baux et ne s'appliquent ainsi pas seulement à la location des logements et des locaux commerciaux. Il s'agit des art. 257 CO, 257a CO, 257c CO.
4. Des dispositions concernant les frais accessoires sont applicables en partie à tous les baux, mais prévoient en revanche un régime spécial pour les baux d'habitations et commerciaux. Il s'agit des art. 257d CO et 257e CO.
Ce régime spécial, prévu pour les baux d'habitations et de locaux commerciaux aux art. 257d CO et 257e CO, s'applique également aux baux d'appartements et de maisons familiales de luxe comprenant six pièces ou plus (cuisine non comprise)³ et aux baux d'appartements en faveur desquels des mesures d'encouragement ont été prises par les pouvoirs publics et dont le loyer est soumis au contrôle de l'autorité⁴.
5. D'autres dispositions sur les frais accessoires sont applicables exclusivement aux baux d'appartements et aux baux commerciaux, y compris aux habitations de luxe⁵ et aux appartements en faveur desquels des mesures d'encouragement ont été prises par les pouvoirs publics et dont le loyer est soumis au contrôle d'une autorité⁶.
Il s'agit des art. 257b CO sur les frais effectifs et le droit de regard sur les pièces justificatives de ces frais accessoires et 259g CO sur la consignation du loyer.
6. Les art. 269d CO et 270b CO, applicables aussi normalement aux frais accessoires, ne sont pas applicables aux baux d'appartements et de maisons familiales de luxe⁷.

¹ 1 RO 1990 802; FF 1985 I 1369

² AMSL du 10.7.1972 concernant des mesures contres les abus dans le secteur locatif

³ art. 253a CO; art. 253b al. 2 CO, *a contrario*; art. 2 al. 1 OBLF, *a contrario*

⁴ art. 253a CO; art. 253b al. 3 CO, *a contrario*; art. 2 al. 2 OBLF, *a contrario*

⁵ art. 2 al. 1 OBLF, *a contrario*; art. 253b al. 2, *a contrario*

⁶ art. 2 al. 2 OBLF, *a contrario* et art. 253b al. 3 CO, *a contrario*

⁷ art. 253b al. 2 CO; art. 2 al. 1 OBLF

7. Les art. 269d al. 1 et 2 CO et 270b CO ne sont pas non plus applicables aux baux d'habitations en faveur desquels des mesures d'encouragement ont été prises par les pouvoirs publics et dont le loyer est soumis au contrôle d'une autorité⁸.
 Pour ces derniers baux en faveur desquels des mesures d'encouragement ont été prises par les pouvoirs publics et dont le loyer est soumis au contrôle d'une autorité, l'art. 269d al. 3 CO est aussi inapplicable à l'introduction de nouveaux frais accessoires et aux hausses de loyer.
 En revanche, l'art. 269d al. 3 CO demeure applicable à de tels baux en cas de nouvelles prétentions du bailleur autres que la majoration de loyer et l'introduction de nouveaux frais accessoires. L'art. 2 al. 2 OBLF trouvera alors logiquement application dans ces autres cas où il n'y a pas de surveillance administrative⁹.

b) Dispositions de l'ordonnance sur le bail à loyer et le bail à ferme d'habitation et de locaux commerciaux (OBLF) et leur champ d'application

8. Les art. concernant les frais accessoires sont les art. 4 à 8 OBLF.
 Les art. 4 à 8 OBLF sont également applicables à tous les baux de maisons et d'appartements de luxe¹⁰ y compris en faveur desquels des mesures d'encouragement ont été prises par les pouvoirs publics et dont le loyer est soumis au contrôle d'une autorité¹¹.
- L'art. 4 OBLF est une disposition d'application de l'art. 257a CO. Elle a trait aux modalités de perception des frais accessoires.
 - L'art. 5 OBLF est la disposition d'application de l'art. 257b al. 1 CO. Elle a trait aux frais de chauffage et de préparation d'eau chaude entrant en ligne de compte.
 - L'art. 6 OBLF constitue également une disposition d'application de l'art. 257b al. 1 CO. Elle précise les frais de chauffage et de préparation d'eau chaude qui ne peuvent pas entrer en ligne de compte.
 - L'art. 6a OBLF, également disposition d'application de l'art. 257b al. 1 CO, autorise la prise en compte dans le décompte de chauffage/eau chaude des dépenses de fourniture en énergie auprès d'une centrale située hors de l'immeuble.
 - L'art. 7 OBLF, disposition d'application de l'art. 257b al. 1 CO, règle la question des frais de chauffage relatifs aux habitations et aux locaux commerciaux non loués.
 - L'art. 8 OBLF, disposition d'application de l'art. 257b al. 1 CO, prévoit les exigences du décompte des frais accessoires.

B. Systématique des dispositions du Code des obligations applicables aux frais accessoires

Chapitre I Dispositions générales, lettre E "Obligations du locataire"

9. Les dispositions des art. 257 CO, 257a CO, 257b CO, 257c CO, 257d CO et 257e CO sont toutes placées au chapitre I Dispositions générales, lettre E "Obligations du locataire".
- 10.
- Les art. 257c CO, 257a CO et 257b CO décrivent les frais accessoires et déterminent à quelles conditions les frais accessoires peuvent incomber au locataire.
 - L'art. 257c CO détermine les termes de paiement des frais accessoires.
 - L'art. 257d CO règle la demeure du locataire consécutive à une inexécution de paiement des frais accessoires.
 - L'art. 257e CO a trait aux sûretés. Cette disposition est-elle ou non applicable aux frais accessoires ?

⁸ art. 253b al. 3 CO et art. 2 al. 2 OBLF

⁹ ATF 124 III 463, spéc. 468; *contra* : Jean-Marc Siegrist, Loyer et frais accessoires dans les logements subventionnés, 10^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 1998, ch. 76

¹⁰ art. 2 al. 1 OBLF, *a contrario* et art. 253b al. 2 CO, *a contrario*

¹¹ art. 2 al. 1 OBLF, *a contrario* et art. 253b al. 3 CO, *a contrario*

Chapitre I Dispositions générales lettre G "Défauts pendant le bail" sous II "Droits du locataire" chiffre 6 "Consignation du loyer"

11.

- L'art. 259g CO placé au chapitre I "Dispositions générales", lettre G "Défauts pendant le bail" sous II "Droits du locataire", chiffre 6 "Consignation du loyer" a trait aux principes de la consignation du loyer. Cette disposition est-elle également applicable aux frais accessoires ?
- L'art. 259h CO concerne la libération des loyers consignés et l'art. 259i CO la procédure.

Chapitre II Protection contre les loyers abusifs ou d'autres prétentions abusives du bailleur en matière de baux d'habitations et de locaux commerciaux

12.

- L'art. 269d CO figure à la lettre D "Augmentations du loyer et autres modifications unilatérales du contrat par le bailleur". Cette disposition règle les modalités à respecter pour introduire en cours de bail d'autres prétentions unilatérales du bailleur qui peuvent consister dans des frais accessoires jusqu'alors à la charge du bailleur.
- L'art. 270b CO est placé à la lettre E "Contestation de loyer", sous paragraphe II, Contestation des augmentations de loyer et des autres modifications unilatérales du contrat.
- L'art. 270b CO règle le droit de contestation du locataire applicable aussi aux nouvelles prétentions du bailleur, incluant la diminution des prestations du bailleur, ou l'introduction de frais accessoires à charge du locataire, alors qu'elles étaient jusqu'alors supportées par le bailleur¹².

I.3. Délimitation du sujet traité

13. Je traiterai ce sujet selon le plan suivant :

1. Notion et définition des frais accessoires¹³ (partie II)
2. Les frais accessoires incombant au locataire, indépendamment du loyer¹⁴ (partie III) en examinant successivement
 - la liberté laissée aux parties en cette matière
 - les conditions (accord spécial entre parties; dépenses effectives du bailleur)
 - les modalités possibles de paiement des frais accessoires
3. La modification unilatérale du contrat en cours de bail pour introduire des frais accessoires (partie IV)
4. Questions particulières en rapport avec l'exigibilité (art. 257c CO), la demeure du locataire (art. 257d CO), les sûretés (art. 257e CO) et la consignation (art. 259g CO) des frais accessoires (partie V)

¹² art. 269d CO

¹³ art. 257, 257a et 257b CO

¹⁴ art. 257a al. 2 CO

II. Notion et définition des frais accessoires (art. 257a et 257b CO)

14. Le contexte

Le contexte dans lequel s'inscrivent les frais accessoires est la rémunération du bailleur qui consiste dans le loyer auxquels peuvent s'ajouter, cas échéant, si les parties en sont convenues ainsi, des frais accessoires.

Le locataire doit rémunérer les fonds propres investis par le bailleur, les charges financières (intérêts notamment hypothécaires), les charges courantes ou d'exploitation et les charges d'entretien¹⁵. Cette rémunération du bailleur est couverte par un loyer (art. 257 CO) ou par un loyer et des frais accessoires, moyennant accord exprès des parties (art. 257a al. 2 CO). S'il y a frais accessoires, les charges y relatives sont naturellement exclues des charges couvertes par le loyer¹⁶.

Dans ce contexte, la portée des querelles pour savoir si tels frais, par exemple parce qu'ils englobent une part d'entretien, peuvent ou non constituer des frais accessoires, est plus limitée qu'il pourrait paraître à première vue. Une extension des frais accessoires ne devrait pas léser le locataire, puisque dans cette hypothèse, le bailleur ne peut, d'une part, prendre en compte strictement que les frais effectifs et ne pas prendre le moindre bénéfice sur ces frais à charge du locataire, et que, d'autre part, ces mêmes frais accessoires ne pourront être alors pris en compte dans les charges à couvrir par le loyer.

15. En général

Les frais accessoires ne sont pas définis réellement et strictement, ni énumérés même à titre exemplaire pour tous les baux de location¹⁷.

16. Baux de logements et commerciaux (non inclus : les logements de vacances loués pour trois mois ou moins, pour lesquels l'art. 257b CO est inapplicable conformément à l'art. 253a al. 2 CO)

Les frais accessoires ne sont pas davantage définis réellement et strictement pour les baux d'habitations et de locaux commerciaux (art. 257b CO). Ils font l'objet en revanche, d'une énumération à titre exemplaire.

17. Les frais accessoires selon l'art. 257a CO et 257b CO (frais accessoires qui peuvent être mis à la charge du locataire moyennant convention spéciale)

Le système choisi par le législateur au regard des frais accessoires est de **définir** non pas les frais accessoires eux-mêmes, mais **uniquement ceux** qui peuvent être **mis à la charge du locataire** parce qu'en rapport avec l'usage de la chose louée et moyennant en outre, une convention spéciale avec lui sous forme d'un dédommagement¹⁸.

Par mesure de simplification pour la suite de cet exposé, nous conviendrons d'utiliser uniquement le terme "frais accessoires" en sous-entendant automatiquement et sans autre rappel son sens selon ces art. 257a et 257b CO, à savoir qu'ils peuvent être mis à la charge du locataire moyennant un accord exprès.

18. Les frais accessoires des art. 257a CO et 257b CO doivent être nécessairement en rapport avec l'usage de la chose¹⁹. Le libellé de ces dispositions l'établit clairement.

¹⁵ David Lachat, Le bail à loyer, Lausanne 1997, ch. 2 p. 282 ss, ch. 3, p. 284, ss, ch. 6.1 à 6.5, p. 291-294

¹⁶ Lachat, op. cit. ch. 1.6, p. 222

¹⁷ art. 257a CO

¹⁸ voir Higi, [Zürcher] Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Teilband V 2b, Die Miete, Zurich 1994, ch. 5 ad art. 257a et b CO et les références citées

¹⁹ R. Weber/P. Zihlmann, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht / Obligationenrecht I, Bâle 1996, ch. 6 ad art. 257a CO; ATF 105 II 35

Les frais accessoires sont des dépenses que supporte le bailleur pour des prestations qu'il fournit lui-même ou qu'il fait fournir par un tiers et qui sont en rapport avec la chose louée²⁰.

19. Les frais accessoires doivent être constitués de dépenses effectives du bailleur

- i) Les frais accessoires doivent correspondre à des dépenses effectives du bailleur²¹.
Il en résulte :
- ii) Le bailleur a le fardeau de la preuve des dépenses qu'il facture comme frais accessoires²².
- iii) Le bailleur ne doit pas faire de bénéfice sur les frais accessoires. Le locataire doit ainsi bénéficier des escomptes, rabais, prix de gros et ristournes consentis par les fournisseurs²³.
- iv) La TVA liée aux frais accessoires est à la charge du locataire²⁴.
- v) Les frais d'administration découlant de l'établissement du décompte peuvent être calculés en fonction des dépenses effectives ou portés en compte jusqu'à concurrence des taux usuels (art. 4 al. 3 OBLF)²⁵.

20. Distinction entre les frais accessoires des art. 257a et 257b CO et les frais accessoires de la LCAP ou les charges de propriété par étages

Les frais accessoires des art. 257a CO et 257b CO doivent être distingués des frais accessoires et charges qui font l'objet des art. 38 al. 2 LCAP et 25 OCAP, car la législation publique (loi fédérale encourageant la construction et l'accession à la propriété de logements du 4 octobre 1974 [RS 843] et son ordonnance d'application du 30 novembre 1981 [RS 734,1]) vise aussi des coûts liés à l'existence de la chose louée elle-même, par exemple les impôts (art. 38 al. 2 LCAP)²⁶.

La définition des frais accessoires de la LCAP est ainsi non seulement beaucoup plus complète que celle des art. 257a CO et 257b CO²⁷ mais surtout, elle ne se superpose pas avec celle des art. 257a CO et 257b CO.

De même, les frais accessoires des art. 257a CO et 257b CO doivent être distingués des charges de la propriété par étages qui sont affranchies, elles aussi, de l'exigence du rapport avec l'usage de la chose et comprennent ainsi des postes supplémentaires qui seraient exclus par les art. 257a CO et 257b CO.

21. Les frais accessoires tels que définis à l'art. 257a CO sont délimités de manière impérative²⁸.

²⁰ Pierre Wessner, L'obligation du locataire de payer le loyer et les frais accessoires, 9^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 1996, p. 8 ch. 20

²¹ art. 257b al. 1 CO; art. 4 al. 3 OBLF; art. 5 al. 1 OBLF; Higi, op. cit. ch. 6 ad art. 257a et b CO; USPI, Union suisse des professionnels de l'immobilier, Droit suisse du bail à loyer, Commentaire, Genève 1992, ch. 22 ad. art. 257-257b CO; Lachat, op. cit. ch. 4.1 à ch. 4.4 p. 225; Wessner, op. cit. ch. 28, p. 9; Richard, Les frais accessoires, Cahiers du bail (CdB) 1/98, p. 1 à 14, ch. 3.2 p. 4

²² Lachat, op. cit. ch. 4.1, p. 225; Wessner, op. cit. ch. 28, p. 9, USPI, ch. 22 ad art. 257-257b CO; Richard, art. cit. ch. 3.2.1, p. 4

²³ Lachat, op. cit. ch. 4.1 et les références citées; Wessner, op. cit. ch. 28 p. 9 et 10; Corboz/Daoudi, Jurisprudence en matière de baux à loyer, SJ 1979, p. 603, n° 243; Richard, art. cit. ch. 3.2.1 p. 4

²⁴ Lachat, op. cit. ch. 4.2 p. 226 et les réf. cit. à sa note 26; Richard, art. cit. ch. 3.2.1 p. 4

²⁵ art. 4 al. 3 OBLF a été introduit par le ch. 1 de l'ordonnance du 26 juin 1996 entré en vigueur depuis le 1^{er} août 1996 (RO 1996 2120; Richard, art. cit. ch. 3.2.1, p. 4 et 5)

²⁶ ATF 124 III 463, spéc. 467

²⁷ Siegrist, op. cit. ch. 73

²⁸ Higi, op. cit. ch. 3 ad art. 257a CO; USPI, ch. 2 ad art. 257-257b CO; R. Weber/P. Zihlmann, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bâle 1996, ch. 6 ad art. 257a CO; Lachat, op. cit. ch. 5.1, p. 222

22. Quelques caractéristiques des frais accessoires selon les art. 257a et 257b CO

- i) Une interprétation littérale des art. 257a CO et 257b CO conduit à faire **une distinction** entre les **prestations principales** du bailleur (cession au locataire de l'usage de la chose louée) et **les autres prestations** légales ou complémentaires en rapport avec l'usage de la chose louée.
- ii) Les frais accessoires sont des prestations liées à l'usage de la chose louée et entraînant des frais pour le bailleur du fait de l'accomplissement de ces **tâches annexes**²⁹.
- iii) Il s'agit de frais d'utilisation engendrés pour le moins en partie par le locataire³⁰.
- iv) L'interprétation littérale conduit aussi à relever que lorsque la prestation en faveur du locataire en rapport avec l'usage de la chose émane **d'un tiers**, il s'agit alors nécessairement de frais accessoires.
- v) Les frais accessoires doivent reposer sur des obligations annexes au contrat de bail et **non pas sur une autre base contractuelle entre les parties**.
- vi) Les frais accessoires doivent se situer au niveau d'une obligation annexe légale du bailleur et ne pas être occasionnés par le locataire en tant que consommateur.

23. Vu le libellé de l'art. 257b CO, certaines contributions publiques et charges grevant la chose louée, mais seulement dans la mesure où elles résultent de l'utilisation de la chose, peuvent constituer des frais accessoires et être mis à la charge du locataire par convention expresse, selon l'art. 257b al. 2 CO, même si l'art. 256b CO les fait supporter, en principe, par le bailleur³¹. Cela se déduit selon nous de l'interprétation systématique des art. 256b CO et 257a CO et de l'interprétation historique³². A cet égard, l'art. 257b CO constitue une "*lex specialis*" par rapport à l'art. 256b CO qui selon nous, est de nature dispositive.

24. Frais accessoires reconnus admissibles

- i) Les frais de chauffage et d'eau chaude³³
- ii) Contributions publiques résultant de l'utilisation de la chose³⁴
par exemple
 - Taxe d'épuration des eaux usées³⁵
 - Taxe d'enlèvement des ordures³⁶
 - Redevance pour le déneigement³⁷

25. Frais d'exploitation

Constituent des frais d'exploitation ³⁸ :

- les rentes de droit de superficie
- les primes d'assurances

²⁹ Higi, op cit. ch. 7 ad art. 257a et b CO

³⁰ Higi, op. cit. ch. 13 ad art. 257a et b CO

³¹ USPI, ch. 6 ad art. 256b CO; Thomas Oberle, Nebenkosten-Heizkosten, 2^e éd., Zurich 2001 ch. 3.2.3

³² cf. Message sur la révision du droit du bail à loyer du 27 mars 1985, FF 1985 I, p. 1369-1515, ch. 522 citant expressément les taxes d'épuration et d'ordures qui constituent des contributions publiques qui grevent la chose louée, mais qui entraînent des frais accessoires en rapport avec l'usage de la chose par le locataire

³³ art. 257b al. 1 CO; Message, ch. 522, Loyers, frais accessoires, sûretés fournies par le locataire et transactions couplées

³⁴ art. 257b al. 1 CO

³⁵ Message précité; Lachat, op. cit. ch. 1.1. p. 221

³⁶ Message précité; Lachat, op. cit. ch. 1.1. p. 221

³⁷ Oberle, op. cit. ch. 3.1 p. 20; Lachat, op. cit. ch. 1.1. p. 221

³⁸ art. 257b al. 1 CO

- les abonnements d'entretien
- les impôts immobiliers
- les honoraires de gérance³⁹
- les frais d'électricité des locaux communs⁴⁰
- les frais de gaz des locaux communs⁴¹
- les frais de climatisation⁴²
- les frais de conciergerie⁴³
- les frais d'exploitation de l'ascenseur⁴⁴
- la redevance pour réseau de TV par câble⁴⁵
- la consommation d'eau et d'électricité de la machine à laver⁴⁶.

Dans la mesure où il s'agit de frais d'exploitation en rapport avec l'usage de la chose louée, l'art. 257b CO permet qu'ils soient constitués en frais accessoires⁴⁷.

Le critère de différenciation entre les frais d'exploitation et les frais d'entretien réside dans la périodicité⁴⁸.

26. Les contrats de service

- i) Dans la mesure où ils impliquent très généralement une certaine périodicité, ils devraient pouvoir être érigés en frais accessoires.
Pour ce faire en revanche, ils ne devraient pas inclure le coût des réparations ou/et le changement de pièces. Cela se déduit d'une interprétation littérale des art. 257 et 257a CO et l'art. 6 litt. a OBLF par analogie⁴⁹.
Les frais d'abonnement de contrat de service peuvent être séparés dans le contrat de bail, en tant que frais accessoires, sous la réserve qui précède.
- ii) On peut citer à titre d'exemple de contrats de services⁵⁰ :
 - les contrats de service pour les ascenseurs
 - les contrats de service pour les installations de climatisation/ventilation
 - les contrats de service pour la piscine communautaire
 - les contrats de service pour l'installation de chauffage
 - les contrats de service pour l'installation électrique pour les portes de garages/portails
 - les contrats de service de gardiennage
 - les contrats de service d'alarmes
 - les contrats de service d'extinction de feu/d'alarme de feu
 - les contrats de service d'alarme de fuite d'eau
 - les contrats de service pour les interphones
 - les contrats de service pour les machines à laver le linge et les séchoirs
 - les contrats de service pour les lave-vaisselles
- iii) Relevons toutefois que ces contrats de services incluent toujours et nécessairement aussi une part d'entretien, même s'il est périodique.

³⁹ art. 12 al. 1 OBLF; Lachat, op. cit. ch. 6.2. p. 292

⁴⁰ Message précité; Lachat, op. cit. ch. 1.1; Oberle, op. cit. ch. 3.1 p. 20

⁴¹ Message précité; Lachat, op. cit. ch. 1.1. p. 221

⁴² Oberle, op. cit. ch. 3.1

⁴³ Message précité; Lachat, op. cit. ch. 1.1. p. 221

⁴⁴ Message précité; Lachat, op. cit. p. 221

⁴⁵ Lachat, op. cit. ch. 1.1 p. 221; Oberle, op. cit. ch. 3.1

⁴⁶ Message précité; Lachat, op. cit. ch. 1.1. p. 221; Oberle, op. cit. ch. 3.1

⁴⁷ Lachat, op. cit. ch. 6.4, note 78, p. 292

⁴⁸ cf. Elmar Gratz, Mietzinsgestaltung, Zurich 1995 p. 21 ch. 2.4; p. 140 ch. 9.1; Lachat, op. cit. chapitre 18, ch. 6.4, note 78, p. 292

⁴⁹ Oberle, op. cit. ch. 3.1.5

⁵⁰ Oberle, op. cit. ch. 3.1.5

27. Le problème controversé des frais d'entretien

Les art. 257a et 257b CO sont muets à leur sujet.

i) Le Message paraît exclure des frais accessoires les frais d'entretien, mais en se fondant exclusivement sur le fait qu'ils impliquent la réparation ou le remplacement des parties usées, de même que les frais de service de la voiture⁵¹.

En revanche, le Message les admet pour les frais d'entretien du jardin, sans autre commentaire⁵². Ainsi, le Message n'est pas très clair et n'est donc pas décisif selon nous.

ii) Une partie de la doctrine apparemment majoritaire, exclut les frais d'entretien des frais accessoires

Higi exclut les frais d'entretien comme frais accessoires, mais sans autre commentaire⁵³.

Lachat et Wessner les excluent, au motif que le loyer sert à rémunérer ces prestations d'entretien du bailleur⁵⁴.

C'est également le cas de Gratz⁵⁵.

iii) D'autres auteurs admettent, au contraire, que les frais d'entretien peuvent constituer des frais accessoires

USPI l'admet à la condition qu'elle soit en rapport avec l'usage de la chose louée et en s'appuyant sur l'art. 259 CO qui ne fait toutefois référence qu'aux menus travaux de nettoyage et de réparations indispensables à l'entretien normal de la chose et qui incombent de toute manière au locataire et qui ne constitue pas une justification valable à mes yeux⁵⁶.

Oberle l'admet expressément pour l'entretien du jardin et indirectement, sur un plan plus général, en reconnaissant que les contrats de service puissent constituer des frais accessoires s'ils ont pour objet l'entretien⁵⁷ et qu'il ne recouvrent pas en plus des réparations⁵⁸.

28. Absence de portée significative à l'exclusion, comme frais accessoires, des frais d'entretien

i) Les frais d'entretien peuvent être inclus dans les charges que le bailleur peut faire supporter au locataire à travers le loyer⁵⁹.

Dans ces conditions, que les frais d'entretien soient rémunérés par le loyer ou par les frais accessoires, le locataire en supportera le coût.

ii) Comme les frais accessoires pour les logements et les locaux commerciaux ne doivent couvrir que des dépenses effectives, le locataire a du reste davantage de garanties si certains frais d'entretien font l'objet de frais accessoires et sont, par exemple, inclus dans des contrats de service.

29. Recherche d'un critère pour admettre comme frais accessoires certains frais d'entretien

i) De mon point de vue, les frais d'entretien devraient pouvoir être rémunérés **en tout cas** par des frais accessoires, **dans les domaines où les frais d'entretien ne concernent pas** strictement l'objet principal du contrat de bail (habitations ou locaux commerciaux), mais **des éléments annexes au contrat de bail** (ascenseurs, installations de climatisation, ventilation, installations

⁵¹ voir Message, ch. 421.104

⁵² Message, ad ch. 522

⁵³ Higi, op. cit. ch. 8 ad art. 257a et b CO

⁵⁴ Lachat, op. cit. ch. 1.2, p. 221; Wessner, op. cit. ch. 22

⁵⁵ Gratz, op. cit., p. 21 sous ch. 2.4.

⁵⁶ USPI, ch. 12 ad. art. 257a et b CO

⁵⁷ Oberle, op. cit. ch. 3.1.

⁵⁸ Oberle, op. cit. ch. 3.1.5

⁵⁹ SJ 1991 p. 310; Lachat, op. cit. ch. 6.5 p. 293

électriques, portes de garage, portails, installation de chauffage, piscine communautaire, installations d'alarmes, d'alarmes feu, d'alarme de fuite d'eau, machines à laver le linge, machines à laver la vaisselle).

Dans tous ces cas, il s'agit de prestations en rapport avec l'usage de la chose. L'interprétation littérale des art. 257, 257a, 257b CO le permet à notre avis.

- ii) Dans la pratique du reste, on ne conçoit que des frais accessoires pour les travaux d'entretien concernant strictement l'objet principal du contrat de bail, habitation ou locaux commerciaux, car ils n'ont en principe aucune périodicité, et ne se prêtent de toute manière pas du tout à la constitution de frais accessoires.
- iii) En conclusion, même si les frais accessoires ou les contrats de services concernent ou englobent des frais d'entretien, dans la mesure où ces frais ont un caractère périodique et concernent des prestations annexes du bailleur et qu'elles sont en rapport avec l'usage de la chose, on doit considérer qu'ils peuvent constituer des frais accessoires rémunérés séparément du loyer, conformément aux règles des art. 257a et b CO moyennant un accord exprès entre parties.

30. Les prestations du bailleur qui ne peuvent pas constituer des frais accessoires, faute de rapport avec l'usage de la chose louée

On peut citer ⁶⁰ :

1. les impôts fonciers
2. les charges hypothécaires
3. les primes d'assurances du bâtiment
4. les charges foncières
5. les taxes de raccordement aux canalisations
6. les taxes pour entretien des routes ou du trottoir.

Cela se déduit des art. 257a al. 1 CO et 257b al. 1 CO *a contrario*.

31. Frais qui doivent être exclus des frais accessoires

- Les dépenses de réparations et de remplacements des parties usées de la chose⁶¹.
Cela se déduit expressément de l'art. 6 litt. a OBLF pour la réparation et la réfection des installations, mais uniquement pour les installations de chauffage et d'eau chaude.
Cela se déduit indirectement de l'interprétation littérale des art. 257 et 257a CO, car il manque à de telles dépenses le caractère accessoire et de prestations annexes.
- Les prestations complémentaires entre parties, ne reposant pas sur des obligations annexes au contrat de bail mais sur une autre base contractuelle, ne constituent pas des frais accessoires (interprétation littérale des art. 257a CO et 257b CO), *a fortiori* si la bailleuse fournit en outre des prestations propres indépendantes⁶².
- Les frais que le locataire occasionne lui-même directement en tant que consommateur et indépendamment de l'usage même de la chose et ne se situant pas au niveau d'une obligation annexe légale du bailleur telle que téléphone, et électricité, ne sont pas des frais accessoires⁶³.

⁶⁰ USPI, ch. 13 ad art. 257-257b CO; Oberle, op. cit. ch. 3.2.3 p. 32 à 34; Lachat, op. cit. ch. 1.3, p. 222; Wessner, op. cit. ch. 23, p. 8; Richard, art. cit. ch. 2.3, p. 3

⁶¹ Message, ch. 421 104; USPI, ch. 14 ad art. 257-257b CO; Lachat, op. cit. ch. 1.2, p. 221; Oberle, op. cit. ch. 3.2.1, p. 31; Higi, op. cit. ch. 8 ad art. 257a et b CO; Richard, art. cit. ch. 2.3, p. 3

⁶² ATF du 24 mai 2000 P.S. AG ca. A.S. AG, MRA - MietRechtAktuell, Bâle, N° 5/2000, p. 369 ss

⁶³ Oberle, op. cit. ch. 2 et ch. 5.5; Higi, op. cit. ch. 5 ad art. 257a et b CO

III. Les frais accessoires incombant aux locataires indépendamment du loyer (art. 257a al. 2 CO)

Les frais accessoires incombant aux locataires indépendamment du loyer (art. 257a al. 2 CO)

32. La rémunération des frais accessoires : Le principe

Le loyer est la rémunération due par le locataire au bailleur pour la cession de l'usage de la chose (art. 257 CO) sous réserve d'une convention mettant à la charge du locataire le paiement des frais accessoires (art. 257a al. 2 CO). Le loyer représente la contrepartie non seulement des obligations principales du bailleur (délivrance et maintien de la chose louée dans un état approprié à l'usage convenu; art. 256 al. 1 CO), mais également des frais accessoires fournis par le bailleur ou un tiers, en rapport avec l'usage de la chose, **même s'ils ne sont pas mentionnés nommément**⁶⁴.

Le loyer couvre ainsi en principe, et sauf convention contraire particulière entre les parties, toutes les prestations d'exécution du bailleur liées au contrat, inclus les frais accessoires⁶⁵.

33. La liberté des parties sur la rémunération des frais accessoires concrétisés par l'art. 257a al. 2 CO

Lorsque le bailleur fournit des prestations accessoires, le prix de ces services peut être inclus dans le montant du loyer ou faire l'objet de supplément à celui-ci, sous forme de frais accessoires; le choix du mode de rétribution relève de la liberté des contrats⁶⁶

34. Absence de toute portée sur les frais accessoires du contrat-cadre romand (version 2001)

Le contrat-cadre romand (version 2001) n'empêche pas la rémunération des frais accessoires séparément du loyer moyennant un accord des parties selon l'art. 257a al. 2 CO.

En effet, l'art. 8 des Dispositions paritaires romandes et Règles et usages locatifs du canton de Vaud, édition 2001, qui prévoit comme étant à la charge du bailleur l'entretien des équipements collectifs, l'éclairage et les frais de concierge (art. 8 litt. b, c, d) ne constitue pas une des dispositions paritaires romandes (voir préambule de ces dispositions paritaires romandes).

En conséquence, la liberté d'un accord portant sur les frais accessoires à charge du locataire, selon l'art. 257a al. 2 CO est totale sur le plan romand, sous réserve d'un régime particulier sur le plan vaudois (voir *infra* sous chiffre 35).

35. Le régime vaudois découlant des art. 8 et 28 à 32 des Dispositions paritaires romandes et Règles et usages locatifs du canton de Vaud (ci-après RULV)

En revanche, d'autres articles régissant les frais accessoires, à savoir les art. 8 et 28 à 32 de ces Dispositions paritaires romandes et Règles et usages locatifs du canton de Vaud, ont été établis paritairement entre l'ASLOCA Vaud, la CVI, la SVR et l'USV, et constituent des règles et usages locatifs pour le canton de Vaud.

⁶⁴ art. 257a al. 2 CO, *a contrario*; art. 257a al. 1 CO; art. 257b al. 1 CO; Higi, op. cit. ch. 12 ad art. 257a al. 1 CO; Weber/Zihlmann, op. cit. ch. 7 ad art. 257a al. 2 CO

⁶⁵ cf. Higi, op. cit. ch. 12 ad art. 257a et b CO et les réf. cit.; P. Engel, Contrats de droit suisse, Berne 1992, p. 154; Guhl/Koller/Druey, Das Schweizerische Obligationenrecht, 8^e éd., Zurich 1991, p. 397; ATF 121 III 460 = JT 1996 I 379; ATF 124 III 201

⁶⁶ ATF 63 II 381; ATF 107 II 267 cons. 2a et les citations

L'art. 8 RULV de nature dispositive

L'art. 8, relatif aux obligations du bailleur, prévoit en principe que le bailleur a la charge de l'entretien des équipements collectifs tels que les ascenseurs, les systèmes de ventilation etc... (litt. b), l'éclairage des cages d'escaliers, des locaux communs et des abords de l'immeuble (litt. c), le service de conciergerie si l'immeuble en est pourvu (litt. d).

Toutefois, cet art. 8 ne s'applique qu'en l'absence de dispositions contraires et n'est pas de droit impératif. En effet, selon l'Arrêté du 8 octobre 2001 du Conseil d'Etat du canton de Vaud, déclarant de force obligatoire générale le contrat-cadre de baux à loyer, comprenant les dispositions paritaires romandes et les règles et usages locatifs du canton de Vaud, a précisé en son art. 1^{er} litt. b que **l'art. 8 RULV n'était pas déclaré de force obligatoire.**

36. Les art. 28 à 32 RULV dont la portée demeure réduite malgré leur caractère impératif

- i) Les art. 28 à 32 relatifs aux frais accessoires, chauffage et eau chaude,
 - a) règlent :
 - le sort des taxes publiques⁶⁷ en indiquant que le bail précise quelles sont les taxes à la charge du locataire
 - le sort des frais d'eau froide à charge du bailleur, sauf dispositions contraires⁶⁸
 - b) fixent :
 - les modalités du décompte des frais accessoires⁶⁹,
 - c) imposent :
 - des prescriptions sur le décompte de chauffage et d'eau chaude⁷⁰
 - et des prescriptions sur le chauffage individuel⁷¹.
- ii) Ces dispositions des art. 28 à 32 RULV sont déclarés **de force obligatoire** par l'Arrêté du 8 octobre 2001 du Conseil d'Etat du canton de Vaud, à l'**exception** des logements ayant fait l'objet de mesures d'encouragement des pouvoirs publics et dont le loyer est soumis au contrôle d'une autorité.
- iii) Nonobstant la force obligatoire donnée aux art. 28 à 32 des règles et usages locatifs du canton de Vaud, on doit constater que ces dispositions ne créent pas un régime différent du régime légal prévu par les art. 257a CO et 257b CO.
En effet, l'art. 28 RULV correspond à l'art. 257a al. 2 CO.
La règle de répartition des frais accessoires prévue à l'art. 29 RULV n'empêche pas le bail de prévoir une autre clé de répartition, de même que la règle de l'art. 30 RULV prévoyant que l'eau froide est à la charge du bailleur.
La portée réelle de ces art. 28 à 32 RULV, en ce qui concerne les frais accessoires, n'a trait qu'à certaines exigences introduites par ces dispositions sur le décompte séparé des frais de chauffage et d'eau chaude (art. 29 RULV), le contenu du décompte de chauffage et d'eau chaude (art. 31 RULV) et l'obligation pour le locataire de contrôler et d'entretenir ses appareils de chauffage individuel (art. 32 RULV).

37. L'accord spécial des parties selon l'art. 257a al. 2 CO

Conventionnellement, les parties peuvent en revanche exclure du loyer le dédommagement des frais accessoires fournis par le bailleur ou un tiers (art. 257a al. 2 CO), pour les mettre à charge directement et

⁶⁷ art. 28 RULV

⁶⁸ art. 30 RULV

⁶⁹ art. 29 RULV

⁷⁰ art. 31 RULV

⁷¹ art. 32 RULV

séparément du locataire⁷². Dans ce cas, les frais accessoires payés par le locataire ne sont plus une composante du loyer et ne peuvent plus être naturellement intégrés aux charges rémunérées par le loyer. La ventilation ainsi entre loyer et frais accessoires n'est pas toujours identique, et présente un certain caractère artificiel découlant de la liberté contractuelle laissée à cet égard aux parties⁷³.

38. La séparation des frais accessoires des autres prestations du bailleur rémunérées par le loyer pour les mettre à la charge du locataire, nécessite une convention spéciale entre bailleur et locataire, soit un accord particulier contractuel entre les deux parties dérogeant à la règle selon laquelle le loyer couvre toutes les prestations du bailleur et des tiers, en rapport avec l'usage de la chose. Cet accord contractuel doit porter sur les postes précis des frais accessoires mis à la charge des locataires⁷⁴.

39. L'art. 257a al. 2 CO, règle d'interprétation ou règle sur le fardeau de la preuve

Selon la doctrine dominante, l'art. 257a al. 2 CO constitue une règle légale d'interprétation qui déroge à la norme générale d'interprétation de l'art. 18 al. 1 CO⁷⁵.

Il n'en reste pas moins qu'il est nécessaire d'interpréter cet éventuel accord des parties sur les frais accessoires à charge du locataire.

Cet art. 257a al. 2 CO établit en tout cas que le locataire supporte seulement les frais accessoires dont il est convenu précisément qu'ils sont à sa charge.

Cette disposition met ainsi, et surtout, en tout cas clairement à la charge du bailleur le fardeau de la preuve, selon l'art. 8 CC, d'établir qu'il a été convenu avec le locataire que tels frais accessoires seraient à la charge du locataire et qu'ils ne seraient pas inclus dans le loyer.

C'est pourquoi, davantage qu'une règle légale d'interprétation, l'art. 257a al. 2 CO nous paraît ainsi constituer une règle sur le fardeau de la preuve, mettant à la charge du bailleur la preuve de l'établissement d'une dérogation à la couverture par le loyer des frais accessoires.

40. L'exigence d'une définition suffisamment précise des frais accessoires à charge du locataire selon l'art. 257a al. 2 CO

On doit déduire également de l'interprétation littérale et téléologique de l'al. 2 de l'art. 257a CO que pour être mis à la charge du locataire séparément du loyer, les postes effectifs des frais accessoires à charge du locataire doivent être détaillés et ainsi être suffisamment clairement et précisément définis⁷⁶ dans la mesure où, si les frais à charge du locataire selon l'art. 257a al. 2 CO ne pouvaient pas être spécifiés et définis, ces frais accessoires devraient être alors considérés comme inclus dans le loyer et donc à charge du bailleur⁷⁷.

41. Les formules générales, du genre de celles qui stipulent que le locataire supporte tous les frais accessoires, ne remplissent pas les réquisits de l'art. 257a al. 2 CO et ne permettent ainsi pas à elles seules au bailleur de mettre à la charge du locataire des frais accessoires⁷⁸.

De même, selon le Tribunal fédéral, le renvoi à une annexe standardisée du contrat (dispositions générales pour baux d'habitation) ne suffit pas à mettre des frais accessoires à la charge du locataire⁷⁹.

⁷² Higi, op. cit. ch. 12 ad art. 257a et b CO; Weber/Zihlmann, op. cit. ch. 5 ad art. 257a al. 2 CO

⁷³ ATF 124 III 463 ad cons. 4 b) dd) p. 467

⁷⁴ voir Lachat, op. cit. ch. 1.5 p. 222; USPI, ch. 18 ad art. 257-257b CO; Higi, op. cit. ch. 13 p. 225; Richard, art. cit. ch. 3.1.1, p. 4

⁷⁵ P. Gauch/W, Schlupe, Schweizerischer Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 5^e éd., Zurich 1991, tome 1, p. 98; P. Jäggi/P. Gauch, Zürcher Kommentar, Kommentar zu Art. 18 OR, Zurich 1980, ch. 412 ad art. 18 CO; Higi, op. cit. ch. 14 ad art. 257a – b CO; Wessner, op. cit. ch. 25, p. 9

⁷⁶ Higi, op. cit. ch. 13 ad art. 257a et b CO

⁷⁷ art. 257a al. 2 CO, *a contrario*; arrêt non publié du TF 4C.24/2002 du 29.04.02, Hoirie A. c/ Caisse de pension S.

⁷⁸ voir ATF 121 III 460 cons. 2 a) aa) p. 462 et les réf. cit.; CdB, Lausanne, 4/1995 p. 117 ss; USPI, ch. 18 ad art. 257-257b CO; Lachat, op. cit. ch. 1.5; Wessner, op. cit. ch. 24; Higi, op. cit. ch. 15; Oberle, op. cit. ch. 4.1

⁷⁹ arrêt non publié du TF 4C.24/2002 du 29.04.02, Hoirie A. c/ Caisse de pension S.

Cette affirmation du Tribunal fédéral nous paraît trop péremptoire et mériterait, à notre avis, d'être nuancée. En effet, si le renvoi à une annexe standardisée du contrat (dispositions générales pour baux d'habitation) est suffisamment clair et permet au locataire de comprendre sans équivoque que tels frais accessoires mentionnés dans cette annexe s'appliquent à son contrat de bail, ce devrait être jugé suffisant, a fortiori si cela est corroboré par l'acceptation par le locataire d'un décompte de frais accessoires incluant ceux qui figurent dans cette annexe.

Il n'empêche qu'il est conseillé vivement au bailleur d'introduire les frais accessoires à charge du locataire dans le corps même du bail et non pas dans une annexe standardisée du contrat comme des dispositions générales pour baux d'habitation.

42. Toutefois même dans un tel cas de formule trop générale pour être à elle seule suffisante pour être valable et mettre à la charge du locataire des frais accessoires, demeurent néanmoins réservés des actes concluants entre parties qui pourraient permettre de compléter dans certains cas des formules trop générales. Ces actes concluants peuvent consister, par exemple, en des envois par le bailleur de décomptes sur les frais accessoires particuliers et dans des paiements par le locataire de ces décomptes. Le Tribunal fédéral a jugé à cet égard que la manière dont les parties ont exécuté le contrat pouvait être prise en considération comme moyen auxiliaire d'interprétation de la convention sur les frais accessoires de l'art. 257a al. 2 CO⁸⁰.
En revanche, il faut déduire, nous semble-t-il, de la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral que les actes concluants ne sauraient se substituer à l'absence d'une base contractuelle suffisante au regard de l'art. 257a al. 2 CO mettant à la charge du locataire des frais accessoires⁸¹.
43. Une déclaration formelle pour concrétiser l'accord sur les frais accessoires, prévue par l'art. 257a al. 2 CO n'est pas exigée⁸².
La forme écrite, pour cette convention spéciale sur les frais accessoires à charge du locataire, n'est pas exigée par l'art. 257a al. 2 CO⁸³.
Cela résulte de la teneur de l'art. 257a al. 2 CO qui ne le mentionne ni ne l'exige.
44. Toutefois, l'exigence de la forme écrite peut résulter du bail écrit lui-même, conclu entre les parties lorsque celui-ci contient la clause relativement fréquente stipulant l'application de l'art. 16 CO. En effet, lorsque le bail est écrit, il contiendra la mention des frais accessoires à charge du locataire, conformément à l'art. 257a al. 2 CO. Dans ce cas, l'exigence de la forme écrite pour cette convention spéciale peut résulter de l'existence du bail écrit lui-même, s'il contient une clause prévoyant la réserve de la forme écrite pour leurs relations, selon l'art. 16 CO, et un accord verbal sur les frais accessoires pourrait être alors dénué d'effet, sous réserve toutefois d'un abus de droit.
45. L'accord entre les parties exigé par l'art. 257a al. 2 CO peut découler des circonstances, résulter d'actes concluants et être même tacite⁸⁴, mais uniquement si cela est sans équivoque pour le locataire⁸⁵. Tel est le cas de la machine à laver le linge de l'immeuble qui ne fonctionne que moyennant pré-paiement du locataire, par des pièces de monnaie⁸⁶.
Tel est également le cas lorsque le logement du locataire est pourvu d'une installation individuelle de chauffage et de préparation de l'eau chaude⁸⁷.

⁸⁰ ATF du 29 juin 1993, RJJ 1993 p. 172 ss; Wessner, op. cit. ch. 26, p. 9

⁸¹ arrêt non publié du TF 4C.24/2002 du 29.04.02, Hoirie A. c/ Caisse de pension S.

⁸² Higi, op. cit. ad art. 257a et b CO, ch. 13 et ses citations

⁸³ Guhl/Koller/Druey, op. cit. p. 94; Gauch/Schlupe, op. cit., tome 1, p. 130; Higi, op. cit. ch. 13 ad art. 257a et b CO; implicitement : Lachat, op. cit. ch. 1.4, p. 222; Message précité p. 1426 ; USPI, ch. 19 ad art. 257-257b CO; Wessner, op. cit. ch. 24, p. 9; Richard, Les frais accessoires, in CdB 1/1998, p. 4 ch. 3.1

⁸⁴ Weber/Zihlmann, op. cit. ad art. 257a CO ch. 5

⁸⁵ arrêt non publié du TF 4C.24/2002 du 29.04.02, Hoirie A. c/ Caisse de pension S.

⁸⁶ voir Message, ch. 421.104; USPI, ch. 19 ad 257-257b CO, p. 115; Lachat, op. cit. chapitre 14 ch. 1.4; Wessner, op. cit. ch. 24; Higi, op. cit. ch. 13 ad art. 257a et b CO; Oberle, op. cit. ch. 4.2

⁸⁷ voir Lachat, op. cit. ch. 1.4, p. 222

46. L'accord contractuel de l'art. 257a al. 2 CO peut enfin résulter de la non-contestation par le locataire d'une notification de nouvelle prétention du bailleur, introduisant en cours de bail des frais accessoires qui n'étaient pas prévus à l'origine, dans la mesure où cette nouvelle prétention ne serait pas nulle, ou lorsque la notification de nouvelles prétentions du bailleur introduisant en cours de bail des frais accessoires, tout en ayant été contestés par le locataire, aurait été jugée non abusive de manière définitive et exécutoire par l'autorité judiciaire saisie de la contestation⁸⁸.

47. Modalités selon lesquelles le locataire supporte les frais accessoires convenus avec le bailleur selon l'art. 257a al. 2 CO

Les modalités selon lesquelles le locataire supporte ces frais accessoires convenus avec le bailleur, selon l'art. 257a al. 2 CO, peuvent être librement convenues entre les parties⁸⁹. En effet, l'art. 257a al. 2 CO ne restreint nullement à cet égard, la liberté des parties.

Les modalités usuelles sont les paiements directs à des tiers, la convention de paiement d'acomptes suivi d'un décompte, et la convention de forfait⁹⁰.

48. Paiement direct à des tiers

Le système de paiement direct est convenu généralement lorsque les prestations qui engendrent des frais accessoires sont fournies au locataire directement par un tiers. Le locataire reçoit alors la facture directement du tiers et dédommage le tiers directement pour les prestations fournies (ce système peut s'appliquer aux frais d'entretien du jardin par un jardinier, aux factures d'eau, et aux factures d'énergie (factures d'électricité/gaz)⁹¹.

Ce système peu fréquent peut se révéler praticable en cas de location d'une villa. Il est en revanche largement déconseillé même inconcevable dans le cas de location d'appartement dans un immeuble locatif.

49. Le système du décompte périodique des dépenses effectives avec généralement paiement d'acomptes⁹².

- i) Ce système, comme le système des paiements directs est tout à fait conforme au respect strict du principe du coût effectif de l'art. 257b al. 1 CO.
- ii) Le dédommagement du bailleur s'effectue ici généralement par le paiement périodique d'acomptes, généralement mensuels d'un montant convenu à l'avance entre les parties.
- iii) Au moins une fois par an et généralement à une date convenue entre parties, le bailleur doit établir un décompte et le présenter au locataire⁹³.
- iv) Ce décompte doit respecter les exigences des art. 4 à 8 OBLF (frais admissibles pour les frais de chauffage et d'eau chaude, selon les art. 5, 6, 6a et 7 OBLF; décompte détaillé selon l'art. 8 OBLF) et il doit concerner les frais effectifs exposés par le bailleur (art. 257b CO).
- v) L'accord pour des paiements par acomptes des frais accessoires comporte nécessairement l'obligation pour le bailleur d'établir un décompte⁹⁴.

⁸⁸ Richard, art. cit. ch. 3.1, p. 4

⁸⁹ Higi, op. cit. ch. 17 ad art. 257a et b CO; Wessner, op. cit. p. 10, ch. 30

⁹⁰ voir Higi, op. cit. ch. 17 - 19 ad art. 257a et b CO; Lachat op. cit. ch. 2.1, p. 223; Oberle, op. cit. ch. 5 p. 39 ss; Wessner, op. cit. ch. 31, p. 10

⁹¹ Higi, op. cit. ch. 18 ad art. 257a et b CO; Oberle, op. cit. ch. 5.5; Wessner, op. cit. ch. 31, p. 10; Lachat, op. cit. ch. 2.3, p. 223

⁹² Higi, op. cit. ch. 20 ad art. 257a et b CO; Lachat, op. cit. ch. 2.5, p. 224; Wessner, op. cit. ch. 33, p. 10; Oberle, ch. 5.2

⁹³ art. 4 OBLF

⁹⁴ voir Higi, op. cit. ch. 20 ad art. 257a et b CO; USPI, ch. 27 ad art. 257- 257b CO; Lachat, op. cit. chapitre 14, ch. 5.1, p. 226; Wessner, op. cit. ch. 33 p. 10 et 11

50. Le système du forfait (art. 4 al. 2 OBLF)⁹⁵

- i) Ce montant forfaitaire est payé au bailleur sur la base d'un ou de plusieurs montants fixes pour la totalité du bail ou pour une période de location, souvent pour une période mensuelle.
- ii) Il doit être calculé pour les baux d'appartements et de locaux commerciaux sur la base d'une période de trois ans (art. 4 al. 2 OBLF). Nécessairement cette période de trois ans ne peut être que celle qui précède la convention de frais accessoires.
- iii) Avec ce système du forfait, on s'écarte du principe qu'en matière de frais accessoires, seules les dépenses effectives du bailleur peuvent être couvertes (art. 257b al. 1 CO). Ce système avantage ou désavantage chacune des parties, suivant que les frais effectifs sont plus élevés ou moins élevés que le forfait calculé⁹⁶.

51. Ce système de forfait n'est pas subordonné à la condition que le locataire en retire un avantage. L'art. 4 al. 2 OBLF ne le précise nullement, ni aucune autre disposition légale. Toutefois, ce système de forfait admis expressément par l'art. 4 al. 2 OBLF déroge implicitement dans une certaine mesure au libellé strict de l'art. 257b CO⁹⁷.

De notre point de vue, cette dérogation, au demeurant mineure, est admissible selon une interprétation historique et systématique des art. 257b CO et 4, al. 2 OBLF. En effet, elle est expressément confortée par le Message, largement aux motifs des contrats existants qui prévoyaient déjà des forfaits pour les frais accessoires⁹⁸.

52. En cas de forfait, le bailleur est dispensé d'établir un décompte. En effet, le décompte ne se conçoit logiquement que dans le système du décompte périodique avec, cas échéant, paiement d'acomptes. Au surplus, cette dispense de décompte découle de l'art. 4 OBLF *a contrario*. Cela ressort également du Message⁹⁹.

53.

- i) Le droit de consulter les pièces justificatives prévu à l'art. 257b CO est reconnu sans limitation, donc même en cas de forfait¹⁰⁰.
Il nous paraît que ce droit de regard du locataire dans le cas d'une convention de forfait, aurait un véritable sens que pour vérifier la moyenne des trois ans de l'art. 4 al. 2 OBLF qui sert à calculer le forfait en vue de son introduction dans le contrat de bail. Ainsi, le locataire devrait être autorisé à consulter les pièces justificatives pour les trois années précédant la conclusion du bail si les parties optent pour le système du forfait.
- ii) Par ailleurs, le locataire ne tire que très peu, voire pas d'avantages de ce droit de regard, car il ne dispose pas de la faculté de modifier en cours de bail le montant forfaitaire. En effet, le locataire ne dispose que de l'art. 270 a CO qui lui permet uniquement d'obtenir, cas échéant, une baisse de loyer, mais il ne dispose pas en revanche de la possibilité d'obtenir la modification de son bail et partant, la réduction du forfait, faute d'avoir à sa disposition l'équivalent des art. 269d al. 3 CO et 270b CO¹⁰¹. Dans l'hypothèse où le forfait désavantageait par trop le locataire, il resterait à celui-ci

⁹⁵ Higi, op. cit. ch. 19 ad art. 257a et b CO; Lachat, op. cit. ch. 2.4. p. 223; Wessner, op. cit. ch. 34, p. 11

⁹⁶ Higi, op. cit. ch. 19 ad art. 257a et b CO; Lachat, op. cit. chapitre 14, ch. 2.4 p. 224 implicitement; *contra* : Wessner, op. cit. ch. 34, p. 11 citant Peter Zihlmann, Das Mietrecht 2^e Edition, Zurich 1995, p. 56.

⁹⁷ Richard, art. cit. ch. 3.2.2, p. 5

⁹⁸ Message, ch. 522

⁹⁹ art. 4 OBLF *a contrario*; Message, ch. 522; *contra* : Wessner, op. cit. ch. 34, p. 11 citant R. Barbey, L'AMSL, Lausanne 1984, p. 116 et les références citées ainsi que ATF 109 IV 23

¹⁰⁰ art. 257b CO; Message précité, ch. 522

¹⁰¹ *contra* : Lachat, ch. 3.4. p. 225 et ch. 4.2.2, p. 274, mais dont l'interprétation nous paraît *contra legem* puisque comme le reconnaît Lachat, la loi ne contient pas de règle semblable à celle des art. 269d al. 3 CO et 270b al. 2 CO au bénéfice du locataire

la voie d'une demande de baisse de loyer, selon l'art. 270 a CO pour un éventuel rendement abusif des fonds propres du bailleur, entraîné par un forfait trop généreux.

54. Ce système de forfait convient bien en cas de bail de courte durée, en cas de sous-location, ou encore de location d'un appartement en propriété par étages¹⁰², en raison de sa simplicité et de la difficulté d'établir un décompte de frais effectifs dans ces hypothèses. Toutefois, même ici, le bailleur doit respecter l'art. 4 al. 2 OBLF, de sorte qu'en pratique, l'avantage escompté dans ces hypothèses est dérisoire, voire inexistant.

IV. Modification des frais accessoires en cours de bail (art. 269d al. 3 CO, art. 19, al. 1 et 1bis OBLF)

55. La raison d'être de l'admissibilité d'une modification unilatérale du contrat à charge du locataire en cours de bail, en particulier pour introduire de nouveaux frais accessoires ou changer encore leur régime

Sauf stipulation contraire conventionnelle, aucune modification des prestations convenues dans le contrat n'est possible, sans l'accord des deux parties. C'est l'application du principe "*pacta sunt servanda*". L'application de ce principe aurait risqué d'inciter le bailleur à résilier le contrat pour son échéance, afin d'imposer à un nouveau locataire une modification du contrat de bail par exemple de supporter des frais accessoires jusque-là inclus dans le loyer, de nouveaux frais accessoires ou changer le régime des frais accessoires. Pour y pallier, le législateur l'a autorisé à modifier unilatéralement le contrat à charge du locataire en cours de bail pour les baux d'habitations et de locaux commerciaux, mais en revanche, moyennant le respect de cautions strictes en faveur des locataires¹⁰³.

56. Champ d'application des art. 269d al. 3 CO et 19 al. 1 OBLF et 19 al. 1bis OBLF, au regard des baux concernés

Selon l'art. 269d al. 1 et 2 CO applicable conformément à l'art. 269d al. 3 CO, le bailleur est autorisé à modifier unilatéralement le contrat à charge du locataire en introduisant des frais accessoires ou en changeant encore leur régime, moyennant le respect des conditions des art. 269d al. 1 et 2 CO et 19 al. 1 et 1bis OBLF.

Ce droit du bailleur (art. 269d al. 3 CO) est applicable aux baux commerciaux et aux baux d'habitation, à l'**exception** des logements de luxe (art. 253b al. 2 CO; art. 2 al. 1 OBLF) et des locaux d'habitation en faveur desquels des mesures d'encouragement ont été prises par les pouvoirs publics, et dont le loyer est soumis au contrôle d'une autorité¹⁰⁴ (art. 253b al. 3 CO; art. 2 al. 2 OBLF).

57. Champ d'application des art. 269d al. 3 CO et 270b al. 2 CO : notion et objet des modifications unilatérales du contrat visé dans ces dispositions

- i) Les modifications unilatérales au contrat visées par l'art. 269d al. 3 CO ne sont pas définies précisément. Selon le libellé de cette disposition, la modification unilatérale doit se faire au détriment du locataire¹⁰⁵.
- ii) Deux exemples y sont mentionnés : la diminution des prestations du bailleur et l'introduction de nouveaux frais accessoires.

¹⁰² voir Wessner, op. cit. p. 11 ch. 34

¹⁰³ art. 269d al. 3 CO; art. 19, al. 1 et 1bis OBLF; art. 270b CO; Richard, art. cit. ch. 4.1 p. 6 et les réf. cit. de doctrine et de jurisprudence sous note 19; ATF 121 III 460 cons. 2, a, aa, a, bb, p. 461-463

¹⁰⁴ ATF 124 III 463 spéc. 468; *contra* Siegrist, op. cit. ch. 76; voir supra au chapitre I Introduction, ch. 6 et 7

¹⁰⁵ Higi, op. cit. ch. 49 à 57 ad art. 269d CO

- iii) Le champ d'application de l'art. 269d al. 3 CO doit être interprété largement et doit englober toutes les modifications du bail pouvant fausser les rapports d'échanges entre le bailleur et le locataire¹⁰⁶.
- iv) L'art. 269d al. 3 CO s'applique à toutes les formes de réduction des prestations du bailleur¹⁰⁷.
- v) Il s'applique non seulement aux modifications contractuelles influant directement sur le loyer, mais aussi sur les modifications qui n'ont qu'une influence indirecte sur le loyer¹⁰⁸, ou même qu'une influence indirecte sur le rapport d'échange¹⁰⁹.
- vi) L'art. 269d al. 3 CO exige une adaptation de contrat qui s'exercera à charge du locataire¹¹⁰ au regard du régime contractuel entre parties et cela, sur la base de critères objectifs et non seulement selon ce que peuvent ressentir subjectivement les parties concernées¹¹¹.
- vii) L'art. 269d al. 3 CO ne s'applique pas seulement aux modifications contractuelles rompant l'équilibre des prestations au détriment du locataire¹¹², au motif que c'est justement le jugement rendu dans la procédure de contestation qui déterminera si la modification porte préjudice au locataire¹¹³.
- viii) C'est en tout cas le cas lorsque la modification unilatérale s'effectue sans contre-prestation du bailleur¹¹⁴.

58. Cas de modifications unilatérales du contrat au sens de l'art. 269d al. 3 CO relatives aux frais accessoires

Dans la notion d'autres modifications unilatérales du contrat, au sens de l'art. 269d al. 3 CO, entrent en particulier :

- l'introduction de nouveaux frais accessoires non couverts par le loyer
- les augmentations du forfait pour les frais accessoires déjà introduits
- une modification dans le système des frais accessoires
- une modification dans le système de paiement des frais accessoires
- la suppression de prestations accessoires jusque-là fournies par le bailleur et couvertes par le loyer¹¹⁵
- la modification de la clé de répartition des frais accessoires entre les locataires¹¹⁶
- le passage d'un système de facturation annuelle des frais de chauffage et d'eau chaude à celui d'acompte provisionnel ou de forfait mensuel¹¹⁷

59. En revanche, il me paraît discutable, voire contestable de considérer que l'augmentation du montant de l'acompte provisionnel puisse relever de l'art. 269d al. 3 CO, car le système des frais effectifs pour les frais accessoires et de l'obligation d'un décompte ne péjorera pas la situation du locataire¹¹⁸.

60. Inapplication de l'art. 269d CO aux baux déterminés

En revanche, sauf disposition contractuelle contraire, aucune modification des frais accessoires en cours de bail n'est envisageable pour les baux de durée déterminée. Cela se déduit du libellé et de l'interprétation littérale de l'art. 269d CO¹¹⁹.

¹⁰⁶ ATF 125 III 231 cons. 3 b, p. 235 = JT 2000 I 194 cons. 3 b, p. 198

¹⁰⁷ ATF 125 III 62 notamment cons. 2 b, p. 64

¹⁰⁸ ATF 125 III 231 cons. 3 b, p. 235 = JT 2000 I 194 cons. 3 b, p. 199

¹⁰⁹ ATF 125 III 62 cons. 2 b, p. 64

¹¹⁰ Higi, op. cit. ch. 51-52 ad art. 269d CO; Weber/Zihlmann, op. cit. ch. 11 ad art. 269d CO

¹¹¹ Higi, op. cit. ch. 53 ad art. 269d CO

¹¹² ATF 125 III 231, cons. 3 b, p. 235 = JT 2000 I 194 cons. 3 b, p. 198, *contra* : Higi, op. cit. ch. 49 ss ad art. 269d CO

¹¹³ ATF 125 III 231 cons. 3 b, p. 235 = JT 2000 I 194 cons. 3 b, p. 198

¹¹⁴ Weber/Zihlmann, op. cit. ch. 10 ad art. 269d CO

¹¹⁵ Higi, op. cit. ch. 49 ad art. 269d CO

¹¹⁶ Lachat, op. cit. ch. 3.2. p. 225 note 20; Oberle, op. cit. ch. 13.2, p. 102

¹¹⁷ Lachat, op. cit. ch. 3.2. p. 225; ATF 121 III 462 ss

¹¹⁸ *contra* Lachat, op. cit. ch. 3.2. p. 225; citant Comm. 19 n° 8 (décision cantonale AG)

¹¹⁹ Higi, op. cit. ch. 9 ad art. 269d CO; Weber/Zihlmann, op. cit. ch. 1 ad art. 269d CO; USPI, ch. 6 ad art. 269d CO; Theo Guhl, Das Schweizerische obligationenrecht 9^e édition, ch. 139

61. Caractère impératif ou relativement impératif de l'art. 269d CO

L'art. 269d al. 1 CO applicable également aux frais accessoires par renvoi prévu à l'al. 3 est relativement impératif¹²⁰.

Selon une interprétation téléologique, l'art. 269d al. 1 CO ne devrait ainsi pas interdire aux parties de convenir d'un accord interdisant une hausse de loyer ou une modification des frais accessoires pour, par exemple, le prochain terme de résiliation.

62. L'al. 2 de l'art. 269d CO, applicable à la modification des frais accessoires en vertu du renvoi prévu à l'al. 3 de l'art. 269d CO est absolument impératif¹²¹.

63. L'al. 3 de l'art. 269d CO est considéré comme absolument contraignant en tant qu'il se réfère à l'al. 2 de l'art. 269d CO¹²².

64. Aucune nécessité de changement de circonstances: pas d'application du principe de la confiance

L'art. 269d al. 3 CO ne subordonne pas la modification unilatérale à un changement de circonstances¹²³. Le principe de la confiance ne s'applique donc pas ici et n'empêche pas la modification unilatérale du contrat par le bailleur au détriment du locataire, même en l'absence de changement de circonstances. La modification des frais accessoires est possible selon la procédure de l'art. 269d CO, même pour des frais accessoires qui existaient déjà avant la conclusion du bail, mais qui étaient alors inclus dans le loyer¹²⁴.

Les délais et termes à respecter à l'occasion des modifications de contrat unilatérales au détriment du locataire selon l'art. 269d CO

65. L'art. 269d al. 3 CO renvoie expressément à l'art. 269d al. 1 et 2 CO. En vertu de ce renvoi, l'art. 269d al. 1 CO prescrit les délais et les termes à respecter pour la notification de la formule de nouvelles prétentions, et partant pour l'introduction de frais accessoires ou pour changer leur régime.

66.

- i) Le bailleur doit observer le délai de résiliation contractuel si le contrat contient un délai de résiliation, sinon le délai de résiliation légal des art. 266a ss CO.
- ii) Il doit respecter en outre le terme de résiliation contractuel ou légal¹²⁵.
- iii) Enfin, la formule de notification doit parvenir au locataire au moins dix jours avant le début du délai de résiliation. Il s'agit d'une déclaration de volonté soumise à réception, de sorte que la formule de notification doit être reçue par le locataire dans ce délai. Il y a lieu de tenir compte pour le bailleur du délai de garde des plis recommandés de sept jours¹²⁶.

67. But et objectif de l'art. 269d al. 3 CO

Le but des prescriptions de l'art. 269d al. 2 CO applicable en vertu de son al. 3 et, interprété également au regard de l'art. 270b CO, est d'accorder au locataire le droit à une vérification d'un abus éventuel en cas d'adaptation unilatérale, par le bailleur, du contrat à charge du locataire¹²⁷.

¹²⁰ Higi, op. cit. ch. 7 et 8 ad art. 269d CO

¹²¹ USPI, ch. 5 ad art. 269d CO; Higi, op. cit. ch. 5 et 6 ad art. 269d CO

¹²² Higi, op. cit. ch. 6 ad art. 269d CO; voir ch. 3 ci-dessus

¹²³ ATF 121 III 460 cons. 3 a p. 461

¹²⁴ Higi, op. cit. ch. 48 ad art. 269d CO

¹²⁵ art. 266a ss CO

¹²⁶ USPI, ch. 13 ad art. 269d CO; ATF 107 II 189 ss = JT 1981 I 281 ss

¹²⁷ Higi, op. cit. ch. 185 ad art. 269d CO

68. L'objectif de l'art. 269d CO est d'indiquer avec précision au bailleur comment il doit agir lorsqu'il entend modifier unilatéralement le contrat, par exemple en introduisant des frais accessoires ou en changeant leur régime.
69. La forme écrite qualifiée exigée par l'art. 269d al. 3 CO
- i) Aux termes de l'art. 269d CO, l'avis de modification unilatérale du contrat avec l'indication des motifs, doit être effectuée au moyen d'une formule agréée par le canton. La loi prescrit ainsi une forme écrite qualifiée. Cette forme écrite qualifiée porte non seulement **sur le mode**, mais aussi **sur le contenu** de la communication¹²⁸.
 - ii) Les exigences de l'art. 269d al. 2 litt. a, b, c CO sont applicables également aux modifications unilatérales du contrat au détriment du locataire, par renvoi de l'al. 3 de l'art. 269d CO. Ainsi, l'introduction de nouveaux frais accessoires ou la modification de leur régime doit être
 - a) notifiée au moyen de la formule officielle qui, conformément à l'art. 19 al. 1 litt. b OBLF doit contenir¹²⁹
 - i) la désignation des prétentions
 - ii) la date de leur entrée en vigueur
 - iii) les motifs précis justifiant ces prétentions
 - iv) les conditions légales dans lesquelles le locataire peut contester le bien-fondé de la prétention
 - v) la liste des autorités de conciliation existant dans le canton et leurs compétences à raison du lieu
 - b) enfin, la notification de nouvelles prétentions ne doit pas être assortie d'une résiliation ou d'une menace de résiliation¹³⁰.
 - iii) Suite à l'entrée en vigueur, le 1^{er} août 1996 de l'art. 19 al. 1bis OBLF, le bailleur est autorisé à exposer la motivation dans une lettre d'accompagnement ou une annexe "pour autant que sur la première page du formulaire, il y soit fait expressément référence" (art. 19 al. 1bis OBLF).

La désignation des frais accessoires

70. Conformément à l'art. 19 al. 1 litt. b ch. 1 et al. 1bis OBLF, la désignation des prétentions, soit des frais accessoires, doit figurer dans la formule officielle.
- 71.
- i) Lorsque le bailleur entend mettre séparément à la charge d'un locataire différents postes de frais accessoires, précédemment compris dans le loyer, il doit les désigner précisément et de manière détaillée dans la formule officielle¹³¹.
 - ii) L'énumération des prétentions, soit par exemple des frais accessoires, figurant sur la notification devrait permettre au locataire de se rendre compte immédiatement quels seront les frais accessoires comptés désormais à part¹³².
 - iii) Certes, contrairement à l'art. 19 al. 1 litt. b ch. 3 OBLF, l'art. 19 al. 1 litt. b ch. 1 OBLF n'exige pas que la désignation des prétentions soit précise. Toutefois, de toute manière un manque de précision dans la désignation des frais accessoires introduits pénaliserait le bailleur au regard du fardeau de la preuve mis à sa charge par l'art. 257a al. 2 CO.

¹²⁸ ATF 118 II 130 cons. 2 a, p. 132 = JT 1993 I 143 cons. 2 a, p. 144-145; ATF 120 II 206 cons. 3a, p. 208 = JT 1995 I 147 cons. 3 a, p. 149; Bruno Schmidlin, Kommentar zu Art. 3-17 OR, Berner Kommentar, Berne 1986, ch. 63 et 67, ad art. 11 CO; Wilhelm Schönenberger/Peter Jäggi, Kommentar zu Art. 1-17OR, Zürcher Kommentar, 3^e éd., Zürich 1973, ch. 35 et 55 s ad art. 11 CO.

¹²⁹ art. 269d al. 2 litt. b CO et art. 19 al. 1 litt. b, c OBLF

¹³⁰ art. 269d al. 2 litt. c CO

¹³¹ ATF 121 III 460, cons. 4 b, p. 466 *in fine*

¹³² Jugement TBx, Vaud, 8.7.1996 (A. et consorts c/ S.) cons. II litt.c, CdB 2/1997, p. 46 ss

La jurisprudence paraît exiger une désignation précise sur la formule officielle¹³³. Toutefois, le Tribunal fédéral ne retient une cause de nullité à cet égard non pas par défaut de précision, mais en raison du fait que les différents frais accessoires n'étaient pas détaillés sur la formule officielle¹³⁴.

La motivation

Exigence concernant la motivation

72. La motivation doit être suffisamment claire, précise et suivre le principe de vérité¹³⁵.

73. Raison d'être de la motivation

L'interprétation littérale de l'art. 269d al. 1 à 3 CO, nullement contredite par l'interprétation téléologique de cette disposition, conduit à soutenir que la motivation des nouvelles prétentions du bailleur devrait permettre au locataire de saisir la portée et la justification de la modification unilatérale du contrat requise par le bailleur, de manière à pouvoir apprécier le plus simplement possible, et en connaissance de cause, l'opportunité de la contester ou non, en étant en mesure de pouvoir apprécier ses chances de contester avec succès la modification.

La motivation devrait fournir ainsi au locataire le fondement de sa décision de s'opposer à la modification ou de s'en accommoder¹³⁶.

74. Application par analogie de la jurisprudence sur le droit d'être entendu : critique

La jurisprudence sur le droit d'être entendu a été jugée applicable aux exigences de la motivation selon l'art. 269d al. 3 CO et 19 al. 1 OBL¹³⁷.

Selon cette jurisprudence, la motivation doit mettre l'intéressé en mesure d'attaquer la décision de manière adéquate et doit permettre au plaideur et à l'autorité de recours de se rendre compte de la portée de sa décision. Les considérations qui ont emporté la décision doivent être indiquées à tout le moins brièvement¹³⁸.

De notre point de vue, cette jurisprudence est excessive et critiquable dans la mesure où la jurisprudence sur le droit d'être entendu s'applique à une autorité judiciaire de première instance, voire de deuxième instance, soit non seulement à des juristes, mais encore à des juristes dont la profession est de rendre la justice, alors que la motivation des modifications de bail est rédigée par des propriétaires ou des régisseurs qui ne sont ni juges, ni même juristes.

On ne doit pas exiger du reste de celui qui motive qu'il ait une compréhension linguistique relevant d'une formation juridique, ce qu'à reconnu à juste titre le Tribunal fédéral ultérieurement¹³⁹.

75. La motivation est suffisamment claire lorsque le destinataire peut et doit la comprendre en tant que cocontractant raisonnable et correct¹⁴⁰.

¹³³ ATF 121 III 460 cons. 4 b p. 466 *in fine*

¹³⁴ ATF 121 III 460 cons. 4 b, p. 467

¹³⁵ ATF 117 II 458 ss = JT 1992 I 588 cons. 2 a), p. 590; ATF 118 II 130 = JT 1993 I 143 cons. 2 b, p. 145; ATF 120 II 206 = JT 1995 I 148 cons. 3, p. 149 et 150; ATF 121 III 6 cons. 3 a, p. 8; ATF 121 III 460 cons. 4 a, bb, p. 465; Higi, op. cit. ch. 84 ad art. 269d CO; Higi, op. cit. ch. 174 ad art. 269d CO

¹³⁶ ATF 118 II 130 cons. 2 b, p. 132 = JT 1993 I 143, cons. 2 b, p. 145; ATF 121 III 6 cons. 3 a, p. 8 et les arrêts cités; ATF 121 III 460 cons. 4 a, bb, p. 465

¹³⁷ ATF 121 III 6 ss cons. 3 a, p. 8

¹³⁸ ATF 119 I a 264 = JT 1994 I 603 cons. 4 d, p. 608

¹³⁹ ATF 123 III 124 ss; Higi, op. cit. ch. 90 ad art. 269d CO

¹⁴⁰ ATF 118 II 130 ss avec référence à l'ATF 106 II 166 ss; ATF 106 II 356 spéc. p. 360; ATF 117 II 458 ss; ATF 121 III 460 ss

76. La clarté de la motivation

Une désignation claire des faits relatifs à la modification ne peut nuire, même si en même temps le bailleur fait un résumé de droit inexact¹⁴¹.

77.

- i) Le principe de la clarté ne touche principalement que l'intelligibilité de la motivation. La vérification de la motivation quant à son intelligibilité a lieu dans chaque cas sur la base du principe de confiance¹⁴².
- ii) Si le sens de la motivation n'est pas controversé, il n'y a pas lieu à constat de clarté sur le contenu et le sens de la motivation¹⁴³.
- iii) Ainsi, un manque de clarté même objectivement constatable d'une motivation ne porte pas à conséquence si le locataire a compris le sens réel de la motivation, soit dans le même sens que le bailleur l'a comprise¹⁴⁴.

78. Bases légales de l'exigence de motifs précis: discussion

- i) L'exigence de motifs précis, à la modification du loyer requise, repose sur l'art. 19 ch. 1 litt. b ch. 3 OBLF dont il y a lieu de constater qu'elle va plus loin que l'art. 269d al. 2 litt. d CO.
- ii) Cette extension contraire à la hiérarchie des normes est critiquée par une partie de la doctrine¹⁴⁵.
- iii) L'exigence de motifs précis, introduite par l'ordonnance et ne figurant pas dans la loi, peut faire l'objet d'un examen sous l'angle de sa constitutionnalité¹⁴⁶.
A notre avis, l'art. 19 al. 1 litt. b ch. 3 OBLF pour les autres modifications unilatérales du contrat ne repose pas non plus sur la base constitutionnelle de l'art. 109 Cst. (34^{septies} aCst.) qui ne vise qu'à éviter des abus en matière de bail. Le législateur, dont la volonté doit se déduire à la fois des Messages du 30 juin 1971 et du 24 avril 1972 relatifs à l'AMSL et du Message du 27 mars 1985 sur la révision du droit du bail, visaient à éviter les loyers inéquitables, l'exploitation de la pénurie de logements pour rechercher un rendement ou un gain inéquitable et s'efforcer de lutter contre les bailleurs tracassiers et malhonnêtes¹⁴⁷.
- iv) Ces considérations (ch. 78 i et iii ci-dessus) justifient à nos yeux de ne pas se montrer trop rigoureux en matière de motivation. Il devrait suffire que figurent des motifs compréhensibles pour le locataire destinataire de la notification¹⁴⁸.
Le fondement de cette critique repose en outre sur le champ d'appréciation très large donné au juge sur cette exigence de précision et sur la considération que les modifications sont rédigées par des laïcs (bailleurs privés ou régies).
- v) Vu la teneur de l'art. 269d al. 2 CO et en tenant compte que l'on ne saurait exiger du bailleur d'avoir la compétence du juriste, il ne se justifie pas de se montrer trop exigeant sur la précision des motifs.
- vi) En outre, de notre point de vue, on ne saurait faire non plus abstraction du fait, qu'au contraire des cas de majoration de loyer où le bailleur dispose de motifs énumérés par la loi (art. 269 CO; art. 269a CO) le bailleur est privé de toute indication dans la loi sur les motifs qu'il peut faire valoir

¹⁴¹ ATF 123 III 124 cons. 3, p. 128; Higi, op. cit. ch. 88 ad art. 269d CO [analogie avec motivation d'une hausse de loyer]

¹⁴² Higi, op. cit. ch. 86 ad art. 269d CO

¹⁴³ ATF 121 III 6 cons. 3 c, p. 10; Higi, op. cit. ch. 86 ad art. 269d CO

¹⁴⁴ ATF 105 II 16 ss; Higi, op. cit. ch. 87 ad art. 269d CO

¹⁴⁵ SVIT, Schweizerisches Mietrecht - Kommentar, 2^e éd., Zurich 1998, ch. 31 ad art. 269d CO; Richard, art. cit. ch. 4.2.1 litt. bb p. 10

¹⁴⁶ contrairement aux lois fédérales qui échappent au contrôle de leur constitutionnalité en vertu de l'art. 191 Cst, (113 al. 3 a Cst.), les ordonnances sont soumises au contrôle de leur conformité à la loi et à la constitution dans la mesure où le législateur n'a pas exprimé formellement l'intention d'y déroger, ce qui n'est pas le cas en l'espèce; Grisel, Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung, n° V p. 393 à 395 et Andreas Auer, La Juridiction constitutionnelle en Suisse 1983, p. 113; Richard, art. cit. ch. 4.4 litt. b, bb p. 10

¹⁴⁷ FF 1972 I 1224 à 1226; FF 1985 I 1376, 1377, 1380 in fine et 1381

¹⁴⁸ Richard, art. cit. ch. 4.4 litt. b, cc p. 11

à l'appui de la modification unilatérale du contrat qu'il notifie au locataire¹⁴⁹. C'est une raison supplémentaire de se contenter de l'indication d'une motivation sans se montrer trop exigeant sur sa clarté.

79. La jurisprudence, en tout cas fédérale, n'a pas eu l'occasion en revanche, à notre connaissance, de préciser les motifs qui répondraient selon elle à ces exigences de précision.

A défaut de spécifier les motifs qui répondraient à ces exigences de précision, la jurisprudence fédérale, comme celle du Tribunal des baux vaudois, ont eu l'occasion de relever qu'une formule de notification de hausse de loyer, accompagnant la formule de nouvelles prétentions pour introduire des frais accessoires, n'était en tout cas pas de nature à éclairer suffisamment le locataire, bien au contraire¹⁵⁰.

Ces tribunaux ont relevé qu'une formule intitulée "Notification de hausse de loyer" et qui s'appliquait en réalité dans les cas d'espèce à une baisse de loyer, ajoutait à la confusion, *a fortiori* si le bailleur, tout en diminuant le loyer sur une formule de hausse de loyer, faisait figurer une réserve de hausse après les motifs de baisse, pour insuffisance de rendement ou pour loyers usuels.

80. Tentative de description de motivation admissible

Parmi des motifs qui devraient pouvoir être considérés comme admissibles, une motivation fondée sur une base objective telle qu'augmentation des taxes, création de nouvelles taxes, ou fondée sur une base personnelle, motivée par l'organisation du bailleur (nouvelle administration, standardisation du mode de décompte), ou sur le désir de simplification du bailleur (raccordement à la TV câblée), ou encore qui correspond au désir d'autres locataires et que le bailleur fait sien (création d'un service de conciergerie)¹⁵¹.

81. On peut également songer à justifier la séparation de frais accessoires, inclus jusque-là dans le loyer selon décompte effectif et adaptation correspondante du loyer et des acomptes, par une des modifications suivantes¹⁵² :

- prélèvement des frais accessoires suivants (...indication des nouveaux frais accessoires concernés...) selon la dépense effective dans le sens du principe de celui qui les occasionne, les supporte et en indiquant que le loyer net est réduit du montant correspondant aux rubriques de frais accessoires nouvellement séparés selon décompte, et que les paiements d'acomptes mensuels réclamés sont augmentés du même montant;
- l'uniformisation des méthodes de gestion du parc immobilier de la bailleuse;
- celui de ne plus couvrir désormais par le loyer certains frais accessoires, aux fins d'éviter à l'avenir que la rémunération de ces frais accessoires par le loyer demeure influencée par l'évolution du taux de l'intérêt hypothécaire et/ou de l'indice suisse des prix à la consommation et que désormais, le locataire ne supporte plus que les dépenses effectives de ces frais accessoires.

82. Selon le Tribunal des baux vaudois, il faut en tout cas que l'indication de ces motifs permette de répondre à la question suivante :

"Pourquoi le bailleur a-t-il décidé d'instaurer ce système ?"¹⁵³

Règles sur l'interprétation de la motivation

83. Il se justifie d'interpréter la motivation lorsqu'elle manque de clarté¹⁵⁴.

¹⁴⁹ Richard, art. cit. ch. 4.4 b, bb, p. 10

¹⁵⁰ ATF 121 III 460 ss; jugement TBx, Vaud, 8.7.1996 (A. et consorts c/ S.), cons. II litt. c, CdB 2/97, p. 46 ss

¹⁵¹ Higi, op. cit. ch. 173 ad art. 269d CO

¹⁵² SVIT 2 ch. 69 ad art. 269d CO

¹⁵³ jugement TBx, Vaud, 8.7.1996 (A. et consorts c/ S.), cons. II litt. c, CdB 2/97 p. 46 ss

¹⁵⁴ ATF 121 III 6 ss; ATF 121 III 466 a, cc

84. La motivation indiquée par le bailleur constitue une manifestation de volonté de celui-ci, soit un acte juridique unilatéral qui se manifeste sous la forme d'un droit formateur qui lui est donc opposable dans le sens que le locataire pouvait de bonne foi lui donner¹⁵⁵.
- 85.
- i) Si le sens et la portée de cette motivation ne sont pas clairs, il y a lieu de l'interpréter comme toute manifestation de volonté du bailleur selon le principe de la confiance; il y aura lieu dès lors d'examiner d'après les facultés de compréhension du locataire et au vu de toutes les circonstances du cas particulier si les motifs donnés sont suffisamment clairs et précis pour que l'intéressé puisse décider en connaissance de cause, s'il veut s'opposer ou non aux nouvelles clauses contractuelles¹⁵⁶.
 - ii) Les principes généraux en matière d'interprétation sont applicables¹⁵⁷.
 - iii) On doit se fier à une interprétation correcte objective et non pas à une interprétation déviante subjective¹⁵⁸.
 - iv) Le principe de la confiance est basé sur les relations de droit entre habitants ayant une formation moyenne.
 - v) La mesure pour une compréhension objective selon le principe de la confiance ne doit être approchée ni d'une connaissance juridique professionnelle, ni d'une compréhension des textes qui s'y rapportent, ni non plus la mettre à niveau de la compréhension linguistique d'une personne largement inférieure à la moyenne de formation¹⁵⁹.

Sanctions au non-respect de la forme écrite qualifiée de l'art. 269d CO et de l'art. 19 ch. 1 litt. b et c OBLF et 19 al. 1bis OBLF

86. Selon l'art. 269d al. 3 CO renvoyant à l'art. 269d al. 2 CO, la modification au détriment du locataire est nulle lorsque
- a) elle n'est pas notifiée au moyen de la formule officielle
 - b) les motifs ne sont pas indiqués
 - c) elle est assortie d'une résiliation ou d'une menace de résiliation.
87. Selon l'art. 19 al. 1 litt. b OBLF, la formule destinée à communiquer au locataire la modification de bail selon l'art. 269d al. 3 CO, doit contenir :
1. la désignation des prétentions
 2. la date de leur entrée en vigueur
 3. les motifs précis justifiant ces prétentions
- et selon l'art. 19 al. 1 litt. c OBLF, la formule doit contenir également
1. les conditions légales dans lesquelles le locataire peut contester le bien-fondé de la prétention,
 2. la liste des autorités de conciliation existant dans le canton et leur compétence à raison du lieu.
88. La modification du bail au détriment du locataire est nulle si elle n'est pas notifiée au moyen de la formule officielle ou/et si elle est assortie d'une résiliation ou d'une menace de résiliation¹⁶⁰. Ces deux cas de nullité ne soulèvent pas de difficulté particulière.

¹⁵⁵ JT 1980 I 586 cons. 4, p. 588; ATF 106 II 360 cons. 3 c = JT 1981 I 141 cons. 3 c, p. 145; ATF 117 II 458 cons. 2 a = JT 1992 I 588 cons. 2 a, p. 590

¹⁵⁶ ATF 121 III 6 cons. 3 c, p. 10; ATF 121 III 460 cons. 4 a) cc), p. 465 et 466; ATF 54 II 308, p. 313; ATF 106 II 166 ss

¹⁵⁷ Peter Jäggi/Peter Gauch, Kommentar zu Art. 18 OR, Zürcher Kommentar, ch. 479 ad art. 18 CO

¹⁵⁸ Higi, op. cit. ch. 89 ad art. 269d CO

¹⁵⁹ ATF 123 III 124 ss; Higi, op. cit. ch. 90 ad art. 269d CO

¹⁶⁰ art. 269d al. 2 CO, par renvoi de l'al. 3

89. Sanctions à l'absence de la motivation

La modification du bail au détriment du locataire est nulle, selon l'art. 269d al. 2 litt. b CO par renvoi de l'art. 269d al. 3 CO, si les motifs ne sont pas indiqués.

Ainsi, la sanction à l'absence d'une motivation sur la formule de notification ou dans la lettre d'accompagnement de la formule de notification, en l'absence d'une référence expresse dans la formule officielle à cette lettre d'accompagnement, entraîne automatiquement la nullité de la notification de la modification du bail au détriment du locataire¹⁶¹.

90.

- i) La violation d'une seule des trois exigences de l'art. 269d al. 2 CO,
 - absence de formule,
 - absence de motivation
 - résiliation ou menace de résiliation,
 entraîne la nullité de l'ensemble de la modification du bail au détriment du locataire et elle est irrémédiable, conformément à l'art. 20 CO¹⁶².
- ii) Cette nullité peut être invoquée à l'encontre du bailleur et de ses successeurs, voire même par les successeurs aux droits du locataire¹⁶³.
- iii) En cas d'adaptation de loyer nulle, selon l'art. 269d al. 2 CO, il n'est pas nécessaire pour le locataire de saisir l'autorité de conciliation sur la base de l'art. 270b CO¹⁶⁴.
- iv) Cette obligation doit être respectée d'office même dans le cadre d'une éventuelle procédure ultérieure¹⁶⁵.
- v) L'objection de nullité peut être soulevée en tout temps et contre quiconque¹⁶⁶.
- vi) Demeure toutefois réservée l'exception d'abus de droit au sens de l'art. 2 al. 2 CC¹⁶⁷.

Sanctions au manque de clarté de la motivation91. Nullité; annulation

- i) Même si la formule contient une motivation mais que celle-ci est insuffisamment claire, cela entraînerait selon le Tribunal fédéral la nullité de la notification, alors même que l'art. 269d CO ne le prévoit pourtant que pour le cas de l'absence de motivation¹⁶⁸.
- ii) Le Tribunal fédéral a considéré d'abord que si aucun résultat clair, selon les principes connus de l'interprétation, ne ressortait de l'analyse d'une motivation, la motivation était non valable et entraînait une invalidation (annulation) de la notification, mais qui devait être constatée suite à une contestation déposée¹⁶⁹.
- iii) Sans véritable débat dogmatique, le Tribunal fédéral a été même plus loin, en ce sens qu'ultérieurement il a jugé que la motivation insuffisamment claire d'une modification unilatérale du contrat entraînait non seulement une invalidation (annulation) possible, mais la nullité¹⁷⁰.

¹⁶¹ Higi, op. cit. ch. 117 ad art. 269d CO; ATF 121 III 461 ss cons. 4, p. 464 à 467

¹⁶² Higi, op. cit. ch. 222 ad art. 269d CO

¹⁶³ Higi, op. cit. ch. 222 ad art. 269d CO

¹⁶⁴ Higi, op. cit. ch. 224 ad art. 269d CO; Lachat, op. cit. ch. 3.2.2 p. 269

¹⁶⁵ Higi, op. cit. ch. 222 ad art. 269d CO

¹⁶⁶ Higi, op. cit. ch. 226 ad art. 269d CO

¹⁶⁷ ATF 113 II 187 ss; Higi, op. cit. ch. 226 ad art. 269d CO

¹⁶⁸ MRA 3/95 p. 139; SVIT 2, ch. 33 ad art. 269d CO

¹⁶⁹ ATF 121 III 6 cons. 3 b, p.8

¹⁷⁰ ATF 121 III 460 ss; MRA 3/96 p. 124 avec commentaire de Hans Bättig, en particulier p. 132; Higi, op. cit. ch. 117 ad art. 269d CO

92. Discussion : Critique de la solution de la nullité

Au regard déjà de la sécurité juridique, la sanction de la nullité est critiquable, car elle n'oblige pas au débat judiciaire selon l'art. 270b CO qui a le mérite de trancher immédiatement la question de savoir si la notification de la modification de bail au détriment du locataire est nulle, annulée ou admissible, en laissant perdurer l'incertitude jusqu'au moment où un juge, à l'occasion d'un litige ultérieur, trancherait éventuellement la question avec les difficultés supplémentaires liées à la répétition de l'indu et à l'abus de droit.

93.

- i) Par ailleurs, la nullité, comme sanction automatique au manque de clarté de la motivation, contredit clairement le libellé de l'art. 269d al. 2 litt. b CO qui n'exige que l'indication d'une motivation.
- ii) Cela ressort de notre point de vue, clairement d'une interprétation littérale de l'art. 269d al. 2 litt. b CO.
Cette interprétation littérale n'est pas contredite par un autre mode d'interprétation, et notamment pas par l'interprétation téléologique.
- iii) En effet, le but de l'art. 269d al. 3 CO, au regard également de l'art. 270b CO est atteint par la possibilité pour le locataire, de contester la notification de la modification du bail à son détriment, selon la procédure de l'art. 270b CO, sans qu'il soit besoin de considérer d'office nulle une motivation existante, mais qui souffrirait d'un manque de clarté¹⁷¹.

94. Obligation de l'usage de la procédure de contestation de l'art. 270b CO en cas de manque de clarté de la motivation

- i) Ainsi, selon nous, dès qu'il y aurait une motivation même manquant de clarté au point de ne pas pouvoir être interprétée, la prétention de modification unilatérale au contrat du détriment du locataire, ne devrait pas être considérée d'emblée comme nulle. Cette solution respectant le principe de la sécurité du droit, obligerait ainsi le locataire à faire usage de l'art. 270b CO en devant contester cette modification unilatérale du contrat à son détriment.
- ii) Cette solution correspond du reste à celle adoptée par le Tribunal fédéral pour imposer la procédure de l'art. 269d CO même dans les cas où la modification contractuelle unilatérale ne romprait pas apparemment, l'équilibre des prestations au détriment du locataire, à savoir que c'est précisément le jugement rendu dans la procédure de contestation de l'art. 270b CO qui déterminera si la modification unilatérale du contrat portera préjudice au locataire¹⁷².

95. Le juge saisi d'une contestation de modification unilatérale du contrat, conformément à l'art. 270b CO, devrait invalider (annuler) la modification unilatérale du contrat si elle s'avère au détriment du locataire et si le manque de clarté de la motivation empêche toute interprétation et équivaut en réalité, à une absence de motivation.

96. Si la motivation peu claire peut néanmoins être interprétée par le juge, il ne se justifie pas de se montrer trop exigeant pour les motifs invoqués sous chiffre 78 et 79 ci-dessus et ne pas invalider d'emblée la modification du contrat unilatérale pour ce seul motif, en entrant en matière sur le caractère abusif ou non de la modification unilatérale de contrat notifiée par le bailleur.

¹⁷¹ dans le même sens, SVIT 2, ch. 32, ch. 33, ch. 37 ad art. 269d CO

¹⁷² JT 2000 I 194 ss, cons. 3 b, p. 198

Contestation de la modification unilatérale du contrat (art. 270b CO)97. L'art. 270b CO est une norme impérative

L'art. 270b CO est une norme de pur droit procédural et qui est impérative¹⁷³.

Champ d'application de l'art. 270b CO

98. L'art. 270b CO rattache la modification du contrat concerné aux règles de l'art. 269d CO qui soumet les adaptations unilatérales du contrat au détriment du locataire à l'obligation de l'usage de la formule¹⁷⁴. L'art. 270b CO ne traite en revanche pas des modifications bilatérales du contrat¹⁷⁵.

99. L'application de l'art. 270b CO présuppose toujours une **modification unilatérale** valable du contrat par le bailleur **à charge du locataire**¹⁷⁶.

100. Si la modification du contrat n'est indiscutablement pas valable et est nulle au regard de l'art. 269d al. 2 litt. a, b, c CO, il n'y a pas lieu à contestation au sens de l'art. 270b CO, faute d'un intérêt à la protection du droit¹⁷⁷.

En cas de doute, le locataire a un intérêt évident à contester la modification du contrat, pour éviter le risque que celle-ci soit néanmoins considérée comme valable.

101. Compétence et délai

Le locataire peut contester devant l'autorité de conciliation dans les 30 jours suivant l'avis, la modification unilatérale au contrat, au détriment du locataire¹⁷⁸.

102. Objet de la contestation de l'art. 270b CO

Seule la modification unilatérale du contrat, soit par exemple l'introduction de nouveaux frais accessoires ou le changement de leur régime, que le bailleur notifie, fait l'objet de la contestation et non les fondements du contrat ou du loyer en vigueur¹⁷⁹

103. Procédure

Les règles de procédure relatives à la contestation d'une majoration de loyer s'appliquent¹⁸⁰ (art. 270b al. 1 CO).

Le pouvoir d'examen du juge dans le cadre de l'art. 270b CO : Critères d'abus à l'occasion de l'introduction de frais accessoires ou de modification du régime des frais accessoires

104. En cas de contestation de cette modification unilatérale du contrat par le locataire, cette modification est sujette à une vérification par le juge, selon l'art. 270b CO quant à l'existence d'un abus.

¹⁷³ Giacomo Roncoroni, in Mietrechtspraxis (MP) 2/90, "Zwingende und dispositive Bestimmungen im revidierten Mietrecht", Bâle, p. 80

¹⁷⁴ Higi, op. cit. ch. 10 ad art. 270b CO

¹⁷⁵ Higi, op. cit. ch. 11 ad art. 270b CO

¹⁷⁶ Higi, op. cit. ch. 8 ad art. 270b CO; voir ch. 57 *supra*

¹⁷⁷ Higi, op. cit. ch. 9 ad art. 270b CO

¹⁷⁸ art. 270b CO

¹⁷⁹ USPI, ch. 7 ad art. 270b CO

¹⁸⁰ Lachat, op. cit. chapitre 22, ch. 3.6., p. 372

105. Absence de critères légaux d'abus

La loi est muette sur les critères que le juge doit prendre en considération pour apprécier l'admissibilité de l'introduction par le bailleur en cours de bail de frais accessoires, de nouveaux frais accessoires, ou d'un changement de régime des frais accessoires. Il n'existe aucune échelle ni critère de référence pour le constat d'abus dans les modifications unilatérales du contrat au détriment du locataire¹⁸¹.

106. Il y a lieu de prendre en considération, dans le cadre de l'art. 109 Cst. (34^{septies} aCst.) :

- les motifs qui ont conduit à l'introduction de la clause de modification de contrat,
- l'objectif de la modification du contrat,
- sa cohérence avec l'ensemble du contrat également au regard des autres objectifs, cela dans le cadre du déséquilibre supposé par la loi entre les deux parties,
- finalement, les circonstances qui ont mené à l'adaptation du contrat au regard de l'art. 2 al. 2 CC¹⁸².

Critères applicables pour juger d'un abus éventuel

107. Vu la teneur de l'art. 269d CO et la place qu'il occupe dans la systématique de la loi, l'art. 269d CO ne sert qu'à contrôler si le loyer est abusif¹⁸³.
108. Le critère déterminant de l'abus réside dans le fait que la modification unilatérale ne doit pas rendre le loyer abusif¹⁸⁴.
109. La vérification de l'abus à l'occasion de la notification d'une modification du contrat au détriment du locataire, doit être examinée au regard de l'art. 269 CO première phrase, de l'art. 269 a litt. b CO¹⁸⁵ et du droit général en matière d'abus de l'art. 2 CC au regard des art. 253, 256 b, 257, 257a, 257b CO¹⁸⁶.
110. La vérification quant à l'abus se limitera à juger si le rapport existant entre prestation et contre-prestation n'est pas abusif au sens des critères des art. 269 ss CO, même après l'exécution de la modification du contrat.
111. Il ne devrait pas y avoir d'abus lorsque la modification du contrat au détriment du locataire considérée objectivement est basée sur des motifs raisonnables et que l'adaptation globalement considérée, n'entraîne pas un rendement excessif au sens de l'art. 269 CO¹⁸⁷.
112. Lorsque le bailleur invoque une hausse de coût ou de prestations supplémentaires en faveur du preneur, il convient seulement d'examiner si la nouvelle prétention du bailleur (en l'espèce l'introduction de frais accessoires nouveaux) n'a pas pour effet une majoration abusive du loyer¹⁸⁸.
113. A l'occasion d'une modification du bail, le Tribunal fédéral, sous l'empire de l'ancien droit, a jugé que les parties pouvaient mettre en cause le montant de leur loyer à l'occasion de l'introduction d'une clause qui fait supporter au preneur à titre de frais accessoires des charges qui eussent incombé au bailleur de par la loi.

¹⁸¹ Higi, op. cit. ch. 175 ad art. 269d CO; Lachat, op. cit. p. 372 ss; JT 2000 I 194 cons. 3 c p. 199; Richard, art. cit., ch. 4.5, CdB 1/1998. p. 12

¹⁸² Higi, op. cit. ch. 25 ad art. 270b CO

¹⁸³ JT 2000 I 199 cons. 3c

¹⁸⁴ JT 2000 I 194 cons. 3b, p. 198

¹⁸⁵ Higi, op. cit. ch. 175 ad art. 269d CO; ATF 108 II 140 ss

¹⁸⁶ Higi, op. cit. ch. 175 ad art. 269d CO; SVIT 2 ch. 70 ad art. art 269d CO; Lachat, op. cit. ch. 3.6, p. 372; Richard, art. cit. ch. 4.5., p. 12

¹⁸⁷ ATF 107 II 268 ss; Higi, op. cit. ch. 175 ad art. 269d CO

¹⁸⁸ ATF 107 II 264 cons. 2 c, p. 269

Une telle nouvelle clause entraîne en effet une augmentation de l'ensemble des prestations dues par le preneur, sauf si elles sont compensées par une baisse équivalente du loyer.
Pour apprécier si la modification du bail au détriment du locataire représente un abus, il y a lieu de prendre en considération l'ensemble des facteurs de hausse et de baisse¹⁸⁹.

114. Le Tribunal fédéral a justifié sa solution en relevant que sinon on avantagerait sans raison le propriétaire qui reporte directement de nouveaux frais accessoires sur les locataires, en les traitant comme frais accessoires, par rapport au bailleur qui ne ferait que les invoquer pour demander une augmentation de loyer.
Adopter une autre solution présenterait l'inconvénient que le bailleur puisse invoquer des charges nouvelles en modifiant le contrat par l'introduction de frais accessoires, sans avoir à se laisser opposer des allègements dont il aurait pu bénéficier par ailleurs.
Ainsi le locataire a le droit d'opposer des facteurs de baisse de loyer aux prétentions nouvelles du bailleur¹⁹⁰.
115. Dans le cas d'introduction de frais accessoires selon la dépense effective, il y a lieu de vérifier si la réduction de loyer nette accordée par le bailleur et l'augmentation correspondante des acomptes concordent avec le montant dû sur la base de l'expérience pour les frais accessoires décomptés séparément¹⁹¹.
116. En cas d'introduction de frais accessoires précédemment inclus dans le loyer, de nouveaux frais accessoires ou encore d'un nouveau régime de perception des frais accessoires (décompte en remplacement du forfait), la modification du contrat aura aussi pour objet la fixation d'un acompte.
Cet acompte devra être fixé sur la base d'une évaluation correcte et justifiée du montant des frais accessoires, même si l'obligation du décompte permettra en dernier ressort, de rectifier la situation au regard de l'obligation des frais effectifs.
La sous-évaluation volontaire de l'acompte sur frais accessoires, peut en effet dissimuler une hausse de loyer déguisée, car normalement l'acompte sur frais accessoires est compensé par une baisse équivalente du loyer, de sorte que la baisse de loyer accordée simultanément à l'introduction d'un acompte sur frais accessoires, serait ainsi artificiellement diminuée au détriment du locataire.
Ainsi, un tel acompte sur frais accessoires sous-évalué devrait être considéré comme abusif.

Rejet d'autres critères proposés par la doctrine d'abus à l'occasion de la modification unilatérale du contrat, en particulier pour l'introduction de frais accessoires, de nouveaux frais accessoires ou de changement de régime des frais accessoires

117. Le critère d'une éventuelle atteinte au droit de la personnalité au sens des art. 27-28 ss CC
- Ce critère est proposé par Lachat sans justification ou développement particuliers¹⁹².
Il est critiqué et rejeté par Higi sans non plus de justification ni développement¹⁹³.
On ne discerne tout d'abord pas, en tout cas lors de modification unilatérale de contrat à l'occasion de l'introduction de frais accessoires, de nouveaux frais accessoires, de changement de régime des frais accessoires, quelle pourrait être l'atteinte illicite à la personnalité du locataire.
Par ailleurs, ce critère méconnaîtrait la systématique des art. 269d CO, 270b CO, 269 1^{ère} phrase CO, 269a litt. b CO, ainsi que le droit général en matière d'abus de l'art. 2 CC à la lumière des art. 253 CO, 256b CO, 257 CO, 257b CO et la base constitutionnelle de l'art. 109 Cst. (34 ^{septies} aCst.)

¹⁸⁹ ATF 108 II 140 cons. 2, p. 143

¹⁹⁰ ATF 108 II 140 cons. 2 p. 143

¹⁹¹ SVIT 2, ch. 70 ad art. 269d CO

¹⁹² Lachat, op. cit. ch. 3.6. p. 373

¹⁹³ Higi, op. cit. ch. 175 ad art. 269d CO

Enfin, ce critère ferait totalement abstraction en l'espèce de la *lex specialis* constituée par le chapitre 2 sur la protection contre les loyers abusifs ou d'autres prétentions abusives du bailleur (art. 269 à 270e CO) et ne reposerait pas dans ce cadre du chapitre II précité sur un fondement juridique.

- Le critère de la pesée d'intérêts entre le bailleur et le locataire¹⁹⁴

Ce critère est proposé par Lachat, sans justification ou développement particuliers.

Il doit être écarté de notre point de vue, car il fait abstraction également de la systématique des art. 269d CO, 270b CO, 269 1^e phrase CO, 269 a litt. b CO, ainsi que le droit général en matière d'abus de l'art. 2 CC à la lumière des art. 253 CO, 256b CO, 257 CO, 257b CO et de la *lex specialis* que constitue le système du chapitre II sur la protection contre les loyers abusifs ou d'autres prétentions abusives du bailleur (art. 269 à 270e CO) et ne repose sur aucune base légale pouvant justifier son application.

- Le critère de la prévisibilité "Zumutbarkeit"¹⁹⁵

Ce critère proposé par Weber/Zihlmann ne repose pas non plus sur un fondement juridique dans le chapitre II sur la protection du locataire.

Il est au surplus contraire à la *ratio legis* même de l'art. 269d al. 3 CO et à l'absence voulue de l'exigence d'un changement de circonstance.

Ce critère doit également être ainsi rejeté.

Ce critère est également critiqué par Higi¹⁹⁶.

V. Examen de quelques questions particulières au regard de l'exigibilité (art. 257c CO) de la demeure du locataire (art. 257d CO) des sûretés (art. 257e CO) et de la consignation (art. 259g CO) des frais accessoires

V.1. Termes de paiement des frais accessoires (art. 257c CO)

118. L'art. 257c CO est applicable à toutes les formes de location¹⁹⁷.

L'art. 257c CO s'applique aussi aux frais accessoires et la prestation des frais accessoires par le locataire est mise à l'art. 257c CO sur le même pied que la prestation de loyer¹⁹⁸;

119. Selon l'art. 257c CO, le locataire doit payer les frais accessoires à la fin de chaque mois, mais au plus tard, à l'expiration du bail¹⁹⁹.

Les art. 76 à 80 CO sur le calcul des délais relatifs aux obligations à terme s'appliquent²⁰⁰.

Dans les cas de baux d'une durée d'un mois ou davantage, le bailleur a le droit d'exiger le loyer au dernier jour de chaque mois pour la période antérieure (art. 76 CO).

En revanche, si le bail ne dure pas jusqu'à la fin du mois, l'expiration de bail, vaut comme terme de paiement²⁰¹.

¹⁹⁴ Lachat, op. cit. ch. 3.6. p. 372

¹⁹⁵ Weber/Zihlmann, op. cit. ch. 11 ad art. 269d CO

¹⁹⁶ Higi, op. cit. ch. 175 ad art. 269d CO

¹⁹⁷ Higi, op.cit. ch. 3 ad art. 257c CO

¹⁹⁸ Higi, op. cit. ch. 4 ad art. 257c CO

¹⁹⁹ USPI, op. cit. ch. 2 ad art. 257c CO

²⁰⁰ Wessner, op. cit. ch. 46, p. 13

²⁰¹ USPI, ch. 2 ad art. 257c CO; Wessner, op. cit. ch. 45, p. 13

Par l'expression "fin de chaque mois" on doit comprendre le terme de chacun des douze mois de l'année, et non pas le terme à un mois de quantième à quantième²⁰².

120. Les dispositions sur les termes de paiement sont de nature dispositives et subsidiaires; l'usage local ou les conventions entre parties peuvent y déroger.

Dans la pratique, les clauses de paiement à l'avance, par mois ou par trimestre, sont les plus fréquentes²⁰³.

Les parties conviennent en général, pour les frais accessoires, des mêmes termes que ceux du loyer, pour payer les acomptes ou les forfaits²⁰⁴.

121. Exigibilité d'un solde éventuel après décompte des frais accessoires

Le droit du bail ne contient pas de terme pour le paiement de suppléments ou le remboursement du trop perçu, suite au décompte des frais accessoires prévu par l'art. 4 OBLF.

- i) Les prétentions résultant du décompte des frais accessoires en cas de système d'acomptes ne sont échues qu'au moment du décompte.
- ii) Selon les règles du droit commun (art. 75 et 102 CO), le montant ressortant du décompte est dû immédiatement, avec un délai de paiement usuel à trente jours, sous réserve d'un autre délai fixé par le bailleur²⁰⁵.
- iii) L'exigibilité de la créance du bailleur en paiement de la totalité des frais accessoires ou d'un solde, est subordonnée à la condition que le bailleur ait fourni un décompte et qu'il ait permis au locataire de consulter les pièces justificatives²⁰⁶.
- iv) Le débiteur est mis en demeure sans avertissement préalable (art. 102 al. 2 CO), dans la mesure où les parties ont déterminé ensemble le jour précis de l'exécution (accord conventionnel).
- v) En revanche, pour les termes de paiement légaux, l'interpellation par le créancier demeure nécessaire²⁰⁷.

122. Le cas d'absence de décompte ou de refus de décompte

En cas d'absence de décompte ou de refus même du bailleur de fournir le décompte des frais accessoires, le locataire peut mettre en demeure le bailleur d'exécuter son obligation de fournir ce décompte²⁰⁸. Il n'y a toutefois pas de sanction directe à ce refus du bailleur de fournir le décompte, sinon un éventuel risque de prescription du droit du bailleur à un éventuel solde en sa faveur²⁰⁹.

De son côté, le locataire peut procéder en justice pour obtenir ce décompte et réclamer, cas échéant, un solde en sa faveur. Son droit à compensation et à réclamation de la restitution est limité au trop perçu qu'il lui faudra établir, car le bailleur qui a fourni les prestations accessoires ne perd pas par son inactivité, ultérieurement, le droit à la rémunération des frais accessoires qu'il a supportés (absence de tout fondement juridique à une éventuelle déchéance).

Ainsi, le droit du locataire reconnu en principe de compensation et de réclamation de la restitution²¹⁰ est d'une portée très limitée.

²⁰² USPI, ch. 2 ad art. 257c CO [dans l'ancien droit Schmid, Zurcher Kommentar, Teilband V 2b. Das Obligationenrecht, art. 253-260 et 261-274, Zurich 1974, ch. 9-11 ad art. 262 a CO]

²⁰³ R. Gmür/R. Prerost/J. Trümpy, Mietrecht für die Praxis, 3^e éd., Bâle 1986; USPI, ch. 3 ad art. 257c CO; Higi, ch. 5 ad art. 257c CO; Wessner, op. cit. ch. 45

²⁰⁴ USPI, ch. 4 ad art. 257c CO

²⁰⁵ USPI, ch. 4 ad art. 257c CO; Higi, op. cit. ch. 23 ad art. 257c CO

²⁰⁶ Wessner, op. cit. ch. 50, p. 14

²⁰⁷ USPI, ch. 5 ad art. 257c CO

²⁰⁸ Wessner, op. cit. ch. 40, p. 12

²⁰⁹ Higi, ch. 33 ad art. 257a-b CO

²¹⁰ Wessner, op. cit. ch. 42, p. 13

Prescription des prétentions relatives aux frais accessoires

123.

- i) Le délai de prescription pour les prétentions du bailleur du fait de la convention de frais accessoires se détermine sur la base des principes généraux. En cas d'obligation de prestations périodiques du locataire (acomptes, forfait), la prescription est dès lors de cinq ans (art. 128 al. 1 CO) à compter de la date d'échéance selon l'art. 257c CO²¹¹.
- ii) S'il résulte un solde en faveur du bailleur, dans le cadre de la convention de paiement d'acomptes, le point de départ de la prescription est fixé à la fin de la période de décompte convenue ou selon l'usage local. S'il n'y a ni accord, ni usages locaux, le point de départ est fixé à la date de l'établissement de la facture²¹².
- iii) Au plus tard, ce point de départ de la prescription devrait démarrer à la fin des relations de bail (art. 257c CO)²¹³.
- iv) Tous les frais accessoires qui ne font pas l'objet de prestations périodiques et qui ne relèvent dès lors pas de l'art. 128 ch. 1 CO, se prescrivent en revanche selon la règle générale du délai de dix ans²¹⁴.
- v) Les prétentions en remboursement du locataire, suite au paiement d'acomptes, et établissement d'un décompte en faveur du locataire, constituent des prétentions en enrichissement illégitime au sens de l'art. 63 al. 1 CO et se prescrivent dès lors selon l'art. 67 al. 1 CO (une année).
- vi) Le délai de prescription part de la date de l'établissement du décompte par le bailleur²¹⁵.

V.2. La demeure du locataire : quelques brefs aspects au regard des frais accessoires (art. 257d CO)²¹⁶124. Caractère impératif de l'art. 257d COL'art. 257d CO est impératif ²¹⁷.

Seul le délai conféré au locataire prévu à l'art. 257d al. 1 CO et le délai de résiliation prévu à l'al. 2 de l'art. 257d CO peuvent être étendus.

A ce titre, ces délais sont de droit relativement impératifs²¹⁸.L'art. 257d CO s'applique aussi aux baux conclus avant l'entrée en vigueur du nouveau droit, en tant que norme impérative²¹⁹.125. Champ d'applicationL'art. 257d CO s'applique à tous les baux mobiliers ou immobiliers. Toutefois, pour les baux d'habitations et de locaux commerciaux, les délais de paiement et de résiliation prévus à l'art. 257d CO sont plus longs²²⁰.126. L'art. 257d al. 1 CO met les frais accessoires, au sens des art. 257a et 257b CO, sur le même pied que le loyer²²¹.

²¹¹ Higi, op. cit. ch. 24 ad art. 257a-b CO²¹² Higi, op. cit. ch. 24 ad art. 257a-b CO²¹³ Higi, op. cit. ch. 24 ad art. 257a-b CO²¹⁴ Higi, op. cit. ch. 24 ad art. 257a-b CO²¹⁵ Higi, op. cit. ch. 23-24 ad art. 257c CO²¹⁶ pour un examen complet de la demeure du locataire, voir Wessner : La demeure du locataire et ses effets, op. cit. p. 17-28²¹⁷ USPI, ch. 5 ad art. 257d CO²¹⁸ USPI, ch. 6 ad art. 257d CO; Wessner, ch. 68, p. 18²¹⁹ USPI, ch. 7 ad art. 257d CO²²⁰ USPI, ch. 8 ad art. 257d CO²²¹ Higi, op. cit. ch. 10 ad art. 257d CO

Le retard de paiement au sens de l'art. 257d CO

127. L'art. 257d al. 1 CO ne définit pas le retard de paiement²²². Il s'agit de l'absence de la prestation de loyer ou de frais accessoires à la date d'échéance déterminée par contrat ou selon la loi, lorsque cette prestation constitue la contre-partie de la cession de l'usage et de la jouissance de la chose²²³.
128. Il y a absence de prestation au jour d'échéance lorsque celle-ci n'a pas du tout été fournie ou seulement partiellement. Le montant de la prestation non payée ne joue pas de rôle, de même que l'importance du retard²²⁴.
129. En cas de prestation de loyer et/ou de frais accessoires, intervenant périodiquement, l'absence totale ou partielle même d'une seule des prestations périodiques dues (loyer ou/et frais accessoires) constitue le retard²²⁵.
130. Il est indifférent que la prestation à fournir soit sous forme d'espèces ou sous une autre forme²²⁶. Peu importe que la prestation ne soit pas fournie pour des raisons indépendantes ou non de la personne du débiteur²²⁷.
131. Le retard de paiement, même seulement des frais accessoires, constitue un retard de paiement, au sens de l'art. 257d CO, que la prestation pour frais accessoires soit fournie avec le loyer ou facturée séparément, qu'elle soit due périodiquement ou non²²⁸.
132. Les intérêts de retard sur le loyer ou les frais accessoires doivent être considérés comme loyer ou frais accessoires, car ils sont une conséquence directe du retard du locataire dans les principales prestations contractuelles que sont le loyer et les frais accessoires²²⁹.

Si seul le paiement de ces intérêts de retard sur le loyer et les frais accessoires est en retard, l'art. 257d CO est en principe exigible pour les mêmes motifs que vu supra. Demeure toutefois naturellement réservé l'abus de droit selon l'art. 2 CC²³⁰.

En revanche, en cas d'intérêts de retard **pour d'autres prestations** que le loyer et les frais accessoires, les intérêts de retard ne peuvent constituer du loyer ou des frais accessoires²³¹.

Ces autres prestations que le loyer et les frais accessoires sont en particulier des prestations de **sûretés** au sens de l'art. 257e CO et les **frais de poursuite** ²³².

133. Sont exclues de l'application de l'art. 257d CO, du point de vue de la nature des prestations non fournies dans le délai de paiement, toutes les prestations du locataire liées au contrat de bail qui ne sont ni des prestations de loyer, ni des prestations de frais accessoires²³³.

²²² ATF 117 II 41

²²³ USPI, ch. 15 ad art. 257d CO; Higi, op. cit. ch. 7 ad art. 257d CO

²²⁴ rejet de la motion Haller, Bulletin officiel du National du 15 mars 1989, p. 478; Higi, op. cit. ch. 8 ad art. 257d CO; ATF 119 II 248; Gauch/Schluep, op. cit. tome 2, p. 177

²²⁵ Gauch/Schluep, Schweizerisches Obligationenrecht, Allg. Teil, op. cit. tome 2, p. 182; Higi, ch. 8 ad art. 257d CO

²²⁶ Higi, op. cit. ch. 8 ad art. 257d CO

²²⁷ Higi, op. cit. ch. 9 ad art. 257d CO, citant Gauch/Schluep, op. cit., tome 2, p. 151 et 186

²²⁸ ATF du 24 juin 1998 C. / B. in CdB 1/1999 p. 3 ss; Higi, ch. 37 ad art. 257d CO; SVIT 2, ch. 27 ad art. 257d CO; ATF du 7 avril 1999 dans l'affaire E. AG c/ MM AG, MRA 1/2000, p. 242 ss

²²⁹ Higi, op. cit. ch. 10 ad art. 257d CO; USPI, ch. 16 ad art. 257d CO; Gauch/Schluep, op. cit. tome 2, p. 158

²³⁰ USPI, ch. 16 ad art. 257d CO et les références

²³¹ Higi, op. cit. ch. 10-11 ad art. 257d CO; ATF 117 II 415 ss

²³² Higi, op. cit. ch. 11 ad art. 257d CO; USPI, ch. 16 ad art. 257d CO

²³³ Higi, op. cit. ch. 21 ad art. 257d CO

De même, ne sont pas traitées par l'art. 257d CO les conséquences ordinaires de la demeure, avant la réception de la chose, soit avant et au moment du transfert de la chose louée (interprétation littérale de l'art. 257d CO).

Il en va de même postérieurement à la fin du bail²³⁴ (interprétation littérale de l'art. 257d CO).

134. La sommation du bailleur au locataire pour le paiement du décompte de frais accessoires, doit intervenir postérieurement au délai de trente jours après l'établissement du décompte, soit à un moment où le locataire est en retard dans le paiement d'une créance de loyer ou de frais accessoires²³⁵.

V.3. Sûretés (art. 257e CO): Le montant des sûretés selon l'art. 257e CO doit-il comprendre, outre le montant du loyer, le montant des frais accessoires ?

135.

- i) De notre point de vue, le loyer mensuel au sens de l'art. 257e al. 2 CO représente non pas le loyer net, mais le loyer brut et, s'il y a des frais accessoires, le montant du loyer et de l'acompte de frais accessoires ou du loyer et du forfait de frais accessoires²³⁶.

Le Tribunal des baux vaudois a au contraire considéré que le montant des sûretés selon l'art. 257e CO ne comprenait que le montant du loyer et non pas en outre, le montant des frais accessoires. Le Tribunal des baux a justifié son appréciation par le fait que l'art. 257e CO est placé parmi les articles consacrés aux obligations du locataire qui distinguent soigneusement ce qui est loyer de ce qui est frais accessoires.

Selon une interprétation littérale et systématique de la loi, le Tribunal des baux vaudois a dès lors considéré que la garantie ne devait pas dépasser des montants supérieurs à trois mois de loyer net en faisant ainsi abstraction des frais accessoires.

- ii) A cet argument, on peut opposer tout d'abord, nous semble-t-il, le fait que la distinction entre loyer et frais accessoires est artificielle, comme le Tribunal fédéral l'a reconnu récemment²³⁷.

L'interprétation téléologique de l'art. 257e CO conduit à considérer que le risque qui justifie pour le bailleur d'obtenir des sûretés est le risque que le locataire ne s'acquitte pas de sa contre-prestation à la cession de l'usage de la chose louée. La contre-prestation du locataire aux prestations du bailleur de cession d'usage de la chose louée et des prestations en rapport avec l'usage de la chose louée étant le loyer ou, selon convention le loyer et des frais accessoires, il se justifie que les sûretés couvrent à la fois le loyer et les frais accessoires.

- iii) L'arrêt du Tribunal fédéral du 22 janvier 1998 dans la cause X. et Y. c/Z. à propos de la consignation qui a reconnu au locataire le droit de consigner non pas seulement le loyer, mais également les frais accessoires, même si l'art. 259g CO ne parlait que de loyer, confirme encore, de notre point de vue, qu'il n'y a aucune raison de distinguer, s'agissant des sûretés, le montant du loyer et des frais accessoires.

Les raisons mêmes qui ont milité en faveur de l'étendue de la consignation aux frais accessoires militent aussi logiquement pour que les sûretés s'étendent non seulement au loyer *stricto sensu*, mais au loyer et aux frais accessoires.

²³⁴ Higi, op. cit. ch. 20 ad art. 257d CO

²³⁵ ATF du 24 juin 1998 C. c/ B. in CdB 1/1999 p. 3 ss; Higi, op. cit. ch. 37 ad art. 257d CO; SVIT 2, ch. 27 ad art. 257d CO; ATF du 7 avril 1999 dans l'affaire E. AG c/ MM AG, MRA 1/2000, p. 242 ss

²³⁶ dans le même sens: Lachat, op. cit. chapitre 15, ch. 2.2.6, p. 239; Higi, op. cit. ch. 20 ad art. 257e CO; USPI, ch. 19 ad art. 257e CO (*contra*: jugement TBx, Vaud, 8.7.1996 (A. et consorts c/ S.) cons. IV, CdB 2/1997, p. 46 ss)

²³⁷ ATF 124 III 467

La consignation (art. 259g CO) Le droit du locataire à la consignation de son loyer ne comprend-il que le loyer net ou également les frais accessoires ?

Art. 259g CO

136.

- i) Selon une partie de la doctrine, le locataire n'était autorisé selon l'art. 259g CO qu'à consigner le loyer net et non pas les frais accessoires²³⁸.
Ces auteurs se fondaient tous sur le sens littéral de l'art. 259g CO.
- ii) Une autre partie de la doctrine était de l'avis que le droit de consignation du locataire portait également sur les frais accessoires et non pas seulement sur le loyer net²³⁹.
- iii) Dans un arrêt du 22 janvier 1998, le Tribunal fédéral, au bénéfice d'une interprétation téléologique, à savoir le but de la consignation qui est d'obtenir la réparation des défauts, a considéré que le droit de consignation du locataire portait sur la totalité du loyer, frais accessoires inclus, en considérant que la proportion dans laquelle les parties avaient fixé contractuellement le loyer et les frais accessoires, ne devait pas être déterminante au vu du but de la consignation²⁴⁰.
De notre point de vue, considérant le caractère à vrai dire plutôt artificiel de la distinction entre loyer et frais accessoires, l'interprétation du Tribunal fédéral à cet égard, nous paraît se justifier d'autant que l'on ne peut pas du tout être certain que le législateur, par sa rédaction de l'art. 259g CO aurait voulu exclure les frais accessoires²⁴¹. Rien ne paraît au contraire l'établir.
- iv) En revanche, il nous paraît, judicieux et logique d'adopter la même solution s'agissant de l'étendue des sûretés (art. 257a CO).
On ne discernerait en tout cas aucune raison de limiter les sûretés au seul loyer net, tout en accordant le droit de consignation au loyer et aux frais accessoires, alors que l'on s'accorde à reconnaître que la distinction entre le loyer et les frais accessoires est largement artificielle.

VI. Conclusions

1. Vu la liberté des parties sur la rémunération des frais accessoires, concrétisée par l'art. 257a al. 2 CO, la distinction entre le loyer et les frais accessoires est artificielle. Cela entraîne plusieurs conséquences dans l'application de certaines dispositions du droit du bail (par exemple sûretés, consignation).
2. Le système des frais accessoires, vu l'exigence de dépenses effectives est très équitable pour les deux parties. Il présente l'avantage de responsabiliser aussi le locataire en rapport avec l'usage de la chose.
3. Ce système présente l'inconvénient en revanche, d'une certaine complication liée à sa mise en place (art. 269d al. 3 CO), à l'obligation généralement d'un décompte supplémentaire (art. 8 OBLF) et sans doute même à l'exercice concret du droit de regard sur les pièces justificatives (art. 257b al. 2 CO).
4. La mise en place, surtout des frais accessoires en cours de bail, s'il est reconnu clairement comme admissible dans son principe, s'avère en pratique fort complexe vu, en particulier, les incertitudes de jurisprudence qui demeurent
 - sur la notion même des frais accessoires,

²³⁸ Higi, op. cit. ch. 53 ad art. 259g CO; USPI, ch. 12 ad art. 259g CO

²³⁹ Lachat, op. cit., chapitre 11, ch. 7.4.4. p. 181; Pierre Tercier, Les contrats spéciaux, 2^e éd., Zurich 1995, p. 207, n°1655; Weber/Zihlmann, op. cit. ch. 10 ad art. 259g CO

²⁴⁰ SJ 1998, p. 485, p. 487; CdB 4/1998 p. 150 ss

²⁴¹ ATF 124 III 463, 467

- sur la motivation à invoquer à l'occasion de cette introduction en cours de bail,
- sur les sanctions au manque de clarté de la motivation (nullité, annulation) et leurs conséquences,
- et sur les critères d'abus éventuels à l'occasion de leur introduction ou de la modification de leur régime en cours de bail.

VII. Références de doctrine - Bibliographie

Dispositions paritaires romandes et Règles et usages locatifs du canton de Vaud (RULV), Feuille des Avis Officiels du canton de Vaud N° 87, p. 4371 ss, du 30 octobre 2001

Message concernant l'initiative populaire "pour la protection des locataires", la révision du droit du bail à loyer et du bail à ferme dans le Code des obligations et la loi fédérale instituant des mesures contre les abus dans le secteur locatif, du 27 mars 1985 (FF 1985 I, p. 1369 à 1515)

Pierre Engel, Contrats de droit suisse, Berne 1992

Peter Gauch/Walter Schluep, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2 tomes, 5^e éd., Zurich 1991

Elmar Gratz, Mietzinsgestaltung, Zurich 1995

Theo Guhl/Alfred Koller/Nicolas Druey, Das Schweizerische Obligationenrecht, 8^e éd., Zurich 1991

Peter Higi, Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, Zürcher Kommentar, Teilband V 2b, Zurich 1994 (resp. 1998 pour les art. 269 - 270e CO)

Peter Jäggi/Peter Gauch, Zürcher Kommentar, Kommentar zu Art. 18 OR, Zurich 1980

David Lachat, Le bail à loyer, Lausanne 1997

Thomas Oberle, Nebenkosten-Heizkosten, 2^e éd., Zurich 2001

Philippe Richard, Les frais accessoires, in CdB 1/1998, Lausanne

Giacomo Roncoroni, in MP 2/90, "Zwingende und dispositive Bestimmungen im revidierten Mietrecht", Bâle

Bruno Schmidlin, Kommentar zu Art. 3-17 OR, Berner Kommentar, VI/1/1, Berne 1986

Wilhelm Schönenberger/Peter Jäggi, Kommentar zu Art. 1-17 OR, Zürcher Kommentar, 3^e éd., Zurich 1973

Jean-Marc Siegrist, Loyer et frais accessoires dans les logements subventionnés, 10^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 1998

SVIT (Schweizerischer Verband der Immobilien-Treuhänder), Schweizerisches Mietrecht - Kommentar, 2^e éd., Zurich 1998

Pierre Tercier, Les contrats spéciaux, 2^e édition, Zurich 1994

USPI, Droit suisse du bail à loyer, Commentaire, Union Suisse des Professionnels de l'Immobilier, Genève 1992

Pierre Wessner, L'obligation du locataire de payer le loyer et les frais accessoires, 9^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 1996

R. Weber/P. Zihlmann, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht - Obligationenrecht I, Bâle 1996

Peter Zihlmann, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht - Obligationenrecht I, Bâle 1992