

AUTORITES ET PROCEDURE EN MATIERE DE BAIL A LOYER

Aperçu de la jurisprudence et de la doctrine récente au sujet des art. 274 à 274g CO*

par Jean-Marc RAPP,

professeur à l'Université de Lausanne

Sommaire

	<u>Page</u>
Liste des ouvrages cités	2
I. Le contentieux du bail	4
A. Le système	4
B. La saisine préalable des autorités de conciliation	5
C. La compétence matérielle des instances spécialisées en matière de bail	6
II. L'autorité de conciliation	7
A. Instauration, composition	7
B. Tâches	8
a) Le conseil	
b) La conciliation	
c) La décision	
d) La transmission des requêtes à l'autorité compétente lorsqu'une procédure d'expulsion est pendante	
e) L'arbitrage	
C. Rapport d'activité	10

* L'auteur remercie Mademoiselle Claudia Maradan, assistante, pour l'aide précieuse apportée à la rédaction de cet article.

III. Règles de procédure	10
A. Principes	10
a) Le for	
b) Simplicité et rapidité	
c) Gratuité	
d) La maxime inquisitoriale	
B. La procédure devant l'autorité de conciliation	14
a) L'accord	
b) La décision	
C. La procédure devant l'autorité judiciaire	16
a) La saisine du juge après une décision de l'autorité de conciliation	
b) La saisine du juge après l'échec de la conciliation	
c) Questions préjudicielles et mesures provisionnelles	
D. Le recours en réforme au Tribunal fédéral	18
IV. La compétence en cas d'expulsion	19
A. L'attraction de compétence	19
B. Nature de l'examen fait par l'autorité compétente en matière d'expulsion	20

Liste des ouvrages cités

BRÖNNIMANN J., Verfassungsrechtliche Probleme des einfachen und raschen Verfahrens, RDS 1989, pp. 353 ss (cité: Brönnimann, *Probleme*)

COCCHI B., Aspetti procedurali del nuovo diritto di locazione, Rep. 1990, pp. 67 ss.

DUCROT M., Procédure et contentieux en matière de bail à loyer et de bail à ferme non agricole en particulier dans le canton du Valais, RVJ 1991, pp. 127 ss.

EIHLZER H., Anfechtung von ausserordentlichen Kündigungen im Mietrecht. Ein Konflikt zwischen Schlichtungsbehörde und Ausweisungsbehörde, RSJ 1992, pp. 325 ss.

GILLIÉRON P.-R., Poursuite pour dettes, faillite et concordat, 2ème éd., Lausanne 1988.

GMÜR R., Kündigungsschutz - Prozessuales rund um den "Entscheid" der Schlichtungsbehörde, MP 1990/3, pp. 121 ss.

GUINAND J., Le nouveau droit du bail à loyer. Autorités et procédure, 6ème séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 1990.

HIGI P., Der Umfang der sachlichen und funktionellen Zuständigkeit der Schlichtungsbehörde von Bundesrechts wegen, MP 1992/1, pp. 1 ss.

JEANPRETRE PITTET M.-C./GUINAND J./WESSNER P., Bail à loyer VIII, Les autorités et la procédure, FJS 362B (cité: FJS 362B).

LACHAT/MICHELI, Le nouveau droit du bail, Lausanne 1990.

RAPP J.-M., Autorités et procédure en matière de bail à loyer, *in* Droit cantonal et droit fédéral, Mélanges publiés par la Faculté de droit à l'occasion du 100ème anniversaire de la loi sur l'Université de Lausanne, Lausanne 1991, pp. 272 ss.

U.S.P.I., Droit suisse du bail à loyer, Commentaire, Genève 1992.

I. Le contentieux du bail

A. Le système

En matière de bail à loyer, le chapitre IV de la loi est consacré aux autorités et à la procédure. Bien que l'art. 274 CO rappelle le principe constitutionnel de la souveraineté des cantons en matière de procédure et d'organisation judiciaire, les art. 274a ss CO apparaissent comme autant d'exceptions à ce principe (ATF 118 II 302 cons. 4; Rapp, p. 275; *contra* : Higi, pp. 4 / 5: selon cet auteur, le fait que l'art. 274 CO reprenne le principe de la souveraineté des cantons en matière de procédure serait la preuve que le législateur a voulu, même en matière de bail, respecter l'ordre constitutionnel, de sorte que les dispositions de procédure du droit du bail ne seraient pas des exceptions, mais devraient au contraire être interprétées à la lumière de cet ordre constitutionnel). Le contentieux du bail est donc caractérisé par un système hybride : d'une part, le législateur fédéral "empiète" sur la souveraineté des cantons en les obligeant à instaurer au moins une autorité paritaire de conciliation (art. 274a al. 1 et 2), à prévoir une procédure simple et rapide pour les litiges portant sur les baux d'habitations et de locaux commerciaux (art. 274d al. 1 CO), de surcroît gratuite devant l'autorité de conciliation (art. 274d al. 2 CO), et dominée par la maxime inquisitoriale (art. 274d al. 3 CO), en instaurant des fors spéciaux (art. 274b CO), et en prévoyant une attraction de compétence en faveur de l'autorité de l'expulsion dans certaines situations (art. 274g CO); d'autre part, il laisse aux cantons une relative liberté puisqu'ils peuvent notamment instituer des instances judiciaires spécialisées (tribunaux des baux) ou confier le contentieux du bail à une instance ordinaire, ainsi qu'organiser, dans une certaine mesure, la procédure judiciaire proprement dite (sous réserve des art. 274b, d et f CO) (FJS 362B, p. 3). La coexistence pour le même contentieux de règles fédérales et cantonales rend le système particulièrement complexe, en ceci qu'il faut notamment très souvent se demander si telle ou telle règle cantonale est compatible avec une règle de droit fédéral, que celle-ci soit ou non constitutionnelle (sur les questions de constitutionnalité, théoriques vu l'art. 113 al. 3 Cst féd., voir notamment: Brönnimann, *Probleme*, et Rapp, pp. 275 ss). Parmi les règles fédérales, dont il sera ici uniquement question, la première à mentionner est celle généralisant la saisine préalable des autorités de conciliation.

B. La saisine préalable des autorités de conciliation

L'art. 274 a al. 1 CO exige des cantons qu'ils instituent des autorités cantonales, régionales ou communales de conciliation qui sont chargées de diverses tâches (*litt.* a - e) dans toute question relative aux baux de choses immobilières.

La première question à se poser est de savoir si la compétence des autorités de conciliation ne doit pas être limitée aux baux d'habitations et de locaux commerciaux en dépit du texte de la disposition. Tel est notamment l'avis de Ducrot, selon lequel les art. 274 ss CO ne s'appliquent qu'aux baux d'habitations et de locaux commerciaux malgré la formulation malheureuse de l'art. 274a CO (p. 130); selon cet auteur en effet, le besoin de protection existant avant tout pour les baux d'habitations et de locaux commerciaux, il se justifierait de définir de la même façon le champ d'application des art. 274a al. 1 et 274d al. 1 CO (*id.*). Pour d'autres en revanche, le texte légal rend l'instance de conciliation compétente dès que le bail est immobilier (Lachat/Micheli, p. 64, n. 6; Rapp, p. 277, n. 20; Guinand, p. 1), de sorte qu'un litige opposant le bailleur au locataire d'un terrain nu pourrait être soumis à cette autorité en vertu du droit fédéral.

Une seconde question, plus délicate, consiste à se demander si l'autorité de conciliation doit nécessairement être saisie préalablement à l'autorité judiciaire, même dans les cas où le CO ne prévoit pas expressément l'intervention de cette autorité. En effet, seuls les art. 259h et i (consignation des loyers en cas de défaut de la chose louée), 270 - 270e (contestation du montant du loyer initial et des majorations de loyer), et 273 (contestation du congé) prévoient la saisine de l'autorité de conciliation préalablement à celle du juge. Cette question divise également la doctrine.

Pour les uns, le droit fédéral exige que tout litige relatif aux baux d'immeubles soit porté en premier lieu devant l'autorité de conciliation avant de pouvoir faire l'objet d'une action en justice (Guinand, p. 1; Lachat/Micheli, p. 64). Pour d'autres, la procédure de conciliation préalable n'est obligatoire que pour les conflits en matière de locaux commerciaux et d'habitations, mais sans égard à la nature du litige (Ducrot, pp. 138 ss). Ce dernier auteur appuie son opinion sur le but pour lequel ont été adoptées ces dispositions, c'est-à-dire la protection du locataire considéré comme la partie faible au contrat. Pour d'autres encore, l'intervention préalable de l'autorité de conciliation n'est obligatoire que pour les questions où le législateur fédéral a expressément prévu cette intervention, soit lorsque les art. 259h et i, 270 ss ou 273 doivent s'appliquer (Rapp, *op. cit.*, p. 286, admettant que la distinction que faisait la LPCB vaudoise selon que la conciliation est obligatoire ou facultative était conforme au droit fédéral ; Higi, *op. cit.*, p. 4 - 6; USPI, n. 8 ad art. 274-274a CO).

Quant à la jurisprudence, le Tribunal fédéral a tranché la question en faveur d'une conciliation préalable obligatoire dans tous les litiges relatifs aux baux d'habitations et de locaux commerciaux (ATF 118 II 307, portant sur une prétention en dommages-intérêts pour dégradation de la chose louée). Cet arrêt laisse en revanche la question indécise s'agissant des baux immobiliers en général, que la jurisprudence genevoise a refusé de soumettre à la conciliation préalable obligatoire (Cour de justice civile de Genève, SJ 1992 p. 174, DB 1993, no 1, p. 5; dans le même sens, FJS 362B, p. 4). On notera que la solution admise par le Tribunal fédéral contredit l'exigence de rapidité de la procédure précisément posée pour tous les conflits en matière de baux locatifs et commerciaux (art. 274d al. 1 CO).

C. La compétence matérielle des instances spécialisées en matière de bail

La compétence *ratione materiae* des juridictions spécialisées (en vertu du droit fédéral ou du droit cantonal) en matière de bail est fonction d'une qualification à donner au rapport juridique litigieux (Ducrot, op. cit., p. 128) : elles n'ont de compétence que si celui-ci relève du droit du bail (à loyer ou à ferme, en vertu du renvoi de l'art. 301 CO). Ceci ne va toutefois pas sans poser de problèmes lorsque le rapport juridique en cause ne relève pas uniquement du droit du bail, mais également d'une autre matière.

La question s'est posée à deux reprises à la Chambre d'appel en matière de baux et loyers de Genève, à propos du contrat de conciergerie (CdB 1992/4 p. 127; CdB 1993/1 p. 28) : ce type de convention relève à la fois du bail et du contrat de travail. Si le "bailleur-employeur" résilie le contrat de travail et demande la restitution des locaux, le "locataire-travailleur" peut-il contester la résiliation du bail devant les juridictions de baux et loyers (autorité de conciliation puis tribunal des baux) ? Pour répondre à cette question, la Chambre d'appel a recherché quel était l'élément prédominant dans les deux conventions en cause (Lachat/Micheli, op. cit. p. 41; Ducrot, op. cit. p. 129). A cet égard, elle a utilisé comme critère notamment le montant du salaire par rapport à celui du loyer : si le premier est supérieur au second, le contrat de conciergerie doit plutôt être qualifié de contrat de travail et le litige concernant la contestation du congé ne relève pas de la compétence des juridictions de baux et loyers; inversement, si le montant du loyer est supérieur au montant du salaire, c'est l'élément "bail" qui est prédominant dans le contrat de conciergerie, et le litige portant sur la contestation du congé relève des juridictions de baux et loyers. Un autre critère d'appréciation est celui du caractère indispensable ou non du logement pour l'exercice de la fonction de concierge (prédominance du contrat de travail si le logement est indispensable). Cet examen a conduit la Chambre d'appel à considérer la juridiction des baux et loyers comme compétente dans le premier cas, et comme incompétente dans le second cas.

La question de la compétence des juridictions de baux et loyers se pose également lorsque le litige, bien qu'ayant trait au bail, est d'une nature particulière. Il s'agit en particulier du cas où le litige relève du droit de l'exécution forcée. La question s'est posée au Juge instructeur de la Cour civile du Tribunal cantonal vaudois qui s'est vu opposer l'exception de déclinatoire à l'occasion d'une action en contestation de l'état de collocation d'une créance de loyer (CdB 1992/3 p. 84) : l'art. 1er anc. LTB (applicable en l'espèce) prévoyait que "le Tribunal des baux connaît, à l'exclusion des autres tribunaux, de toutes contestations entre propriétaires et locataires ayant trait au contrat de bail à loyer portant sur une chose immobilière, quelle que soit la valeur litigieuse (al. 1er)"; il précisait toutefois que "le tribunal n'est pas compétent en matière de procédures qui relèvent des autorités chargées de l'application dans le canton de Vaud de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, notamment des mainlevées d'opposition (al. 3)". A cet égard, le juge a relevé que la compétence exclusive du Tribunal des baux était la règle, de sorte que les exceptions mentionnées à l'art. 1 al. 3 LTB devaient être interprétées de façon plutôt restrictive; il a estimé que seules les actions de pur droit des poursuites étaient visées par cette disposition, telles que la mainlevée de l'opposition; l'action en contestation de l'état de collocation étant une action de droit matériel (Gilliéron, Poursuite pour dettes, faillite et concordat, 2e éd. pp. 69, 70 et 333; FJS 362B, p. 5), le Juge instructeur a admis l'exception de déclinatoire et a déclaré la Cour civile incompétente.

II. L'autorité de conciliation

A. Instauration, composition

En vertu de l'art. 274a al. 1 CO, les cantons doivent instaurer au moins une autorité de conciliation cantonale. Ils peuvent prévoir des autorités régionales ou communales (Guinand, 6e séminaire sur le droit du bail, sujet 5, p. 1). Par exemple, le canton de Vaud a prévu des autorités préfectorales de districts.

L'autorité de conciliation doit être paritaire (art. 274a al. 2 CO), c'est-à-dire composée au moins d'un représentant des bailleurs et d'un représentant des locataires, ainsi que d'un président neutre (art. 22 al. 1 OBLF). Les représentants des bailleurs et des locataires sont proposés par leurs associations ou d'autres organisations défendant des intérêts

semblables (sur cette notion, *cf.* art. 3 al. 2 du projet de LF sur les contrats-cadres de baux à loyer et leur déclaration de force obligatoire générale, FF 1993 III 912 ss, 926), soit pour les bailleurs les Chambres immobilières ou les associations de professionnels de l'immobilier, et pour les locataires les sections cantonales ou locales de l'ASLOCA (FJS 362B, p. 5 - 6). Le droit fédéral ne définit pas la notion de "président neutre". Il doit à l'évidence être indépendant des associations défendant les intérêts des uns ou des autres. Les cantons sont libres de définir la nature de cette fonction (par exemple un magistrat de l'ordre judiciaire élu par le législatif ou un fonctionnaire désigné par l'exécutif) (FJS 362B, p. 6). Dans le canton de Vaud par exemple, la loi sur le tribunal des baux (LTB) exige que le président soit un juriste professionnel. En revanche, le régime introduit par la loi sur la procédure de conciliation en matière de bail (LPCB) a été maintenu, faisant des préfets de districts, qui ne sont pas nécessairement juristes, les présidents des commissions de conciliation, ce qui prête à discussion (Rapp, *op. cit.*, p. 285).

B. Tâches

L'art. 274a al. 1 *litt.* a à c CO énumère les 5 tâches dont sont chargées les autorités de conciliation désignées par les cantons. Il s'agit de conseiller les parties (*litt.* a), de tenter, en cas de litige, de les amener à un accord (*litt.* b), de rendre les décisions prévues par la loi (*litt.* c), de transmettre les requêtes du locataire (*litt.* d), de faire office de tribunal arbitral à la demande des parties (*litt.* e).

a) Le conseil (art. 274 a al. 1 *litt.* a)

La tâche de conseiller les parties existe indépendamment d'une procédure de contestation, en particulier avant la conclusion d'un contrat de bail (art. 21 al. 2 OBLF). Ne concernant pas directement l'organisation judiciaire et la procédure (Rapp, *op. cit.*, p. 276), elle peut être déléguée à l'un des membres de l'autorité de conciliation ou à son secrétariat (art. 21 al. 3 OBLF). Certains auteurs estiment qu'il faut exclure que le représentant chargé de conseiller le bailleur ou le locataire dans un litige puisse fonctionner ensuite comme membre de l'autorité (Cocchi, *op. cit.*, p. 71). Cette exigence peut certes poser des problèmes pratiques, mais elle nous paraît malgré tout fondée (contra: FJS 362B, p. 6).

b) La conciliation (art. 274 a al. 1 litt. b CO)

En cas de litige, l'autorité de conciliation doit tenter d'amener les parties à un accord. C'est là sa tâche essentielle (FJS 362B, p. 6., Guinand op. cit., p. 2). Comme on l'a déjà vu (*cf. supra I/B*), la jurisprudence fédérale ainsi qu'une partie de la doctrine estiment que tous les litiges relatifs aux baux locatifs et commerciaux doivent obligatoirement être portés devant l'autorité aux fins de conciliation, et non seulement ceux pour lesquels la loi permet à l'autorité de conciliation de prendre des décisions.

L'autorité doit, le cas échéant, faire des propositions d'arrangement; elle ne peut pas simplement se contenter de constater l'échec de la conciliation (FJS 362 B, p. 6). Au besoin, elle suspendra la procédure afin de laisser un délai aux parties pour se déterminer (*cf. infra III/B/a*).

c) La décision (art. 274a al. 1 litt. c)

Dans les contestations relatives à la consignation et la déconsignation du loyer (art. 259h et 259i CO) ainsi que dans les litiges portant sur la contestation du congé et la prolongation du bail (art. 273 CO), la loi prévoit que l'autorité doit prendre une décision si la conciliation échoue. La compétence décisionnelle de l'autorité de conciliation est une nouveauté par rapport au régime de l'AMSL, où cette autorité n'avait que la tâche d'amener les parties à un accord; ce système a d'ailleurs été maintenu dans une certaine mesure puisque les art. 270 ss, permettant la contestation du loyer abusif, ne permettent pas à l'autorité de conciliation de prendre une décision bien qu'il s'agisse de situations où son intervention est obligatoire (Guinand, op. cit., p. 3).

d) La transmission des requêtes à l'autorité compétente lorsqu'une procédure d'expulsion est pendante (art. 274a al. 1 litt. d)

Cette tâche doit être mise en rapport avec l'art. 274 g CO qui prévoit une attraction de compétence en faveur de l'autorité compétente en matière d'expulsion lorsqu'une telle procédure est engagée contre le locataire (*cf. infra IV*).

e) L'arbitrage (art. 274 a al. 1 litt. e)

A la demande des parties, l'autorité de conciliation arbitre leur litige. Cette voie arbitrale est en fait la seule possible pour les baux locatifs, alors qu'en matière de baux commerciaux, l'arbitrage est autorisé sans limite (art. 274c CO). On peut légitimement se

demander pourquoi le recours à un arbitre unique, moins onéreux, est ainsi exclu dans le premier cas (Rapp, op. cit., p. 283).

C. Rapport d'activité

L'art. 23 al. 1 OBLF oblige les cantons à adresser un rapport semestriel au Département fédéral de l'économie publique sur l'activité des autorités de conciliation. Son contenu doit mentionner le nombre de cas soumis aux autorités, les motifs de contestation et la manière dont chaque affaire a été réglée.

En outre, les autorités judiciaires cantonales doivent faire parvenir au même département une copie des décisions portant sur des loyers contestés ou d'autres prétentions du bailleur (art. 23 al. 2 OBLF).

III. Règles de procédure

A. Principes (règles valables tant devant l'autorité de conciliation que devant le juge)

a) Le for (art. 274b CO)

Les litiges relatifs aux baux à loyer sont portés devant l'autorité de conciliation et le juge du lieu de situation de l'immeuble lorsqu'il s'agit de baux d'immeubles (art. 274b al. 1 *litt.* a CO), et devant le juge du domicile du défendeur lorsqu'il s'agit de baux de choses mobilières (art. 274b al. 1 *litt.* b CO).

S'agissant de baux d'immeubles, le for spécial de l'art. 274b al. 1 *litt.* a CO déroge au for ordinaire du domicile du défendeur de l'art. 59 Cst. Le législateur l'a introduit afin de faciliter la procédure probatoire et la détermination des usages locaux auxquels la loi renvoie à plusieurs reprises (Message du CF, FF 1985 I 1449 s.). Il est valable pour tout

immeuble, c'est-à-dire non seulement pour les baux d'habitations et de locaux commerciaux, mais aussi pour les terrains nus (FJS 362B, p. 8; USPI, n° 2 *ad* art. 274b CO, p. 660). Toutefois, s'agissant des baux d'habitations, l'art. 274b al. 2 *litt.* a CO précise que le locataire domicilié en Suisse ne peut pas renoncer à l'avance au for prévu au premier alinéa. Le for du lieu de situation de l'immeuble a donc un caractère impératif s'agissant de locaux d'habitations (FJS 362B, p. 8; Guinand, *op. cit.*, p. 4) : les clauses de prorogation de for qui prévoient d'avance la compétence d'un autre tribunal sont nulles. En revanche, rien n'empêche qu'un plaideur assigné devant un tribunal incompétent (par hypothèse celui du domicile du défendeur) renonce à se prévaloir de cette incompétence après la survenance du litige (Lachat/Micheli, *op. cit.*, p. 68). Ainsi, lorsqu'un procès est introduit devant une autorité incompétente à raison du lieu, la demande ne devra pas être déclarée irrecevable d'office (Ducrot, *op. cit.*, p. 134). Cette situation fait dire à Ducrot (*op. cit.*, pp. 134 ss) que le for de l'art. 274b al. 1 *litt.* a CO n'est pas non plus de caractère impératif pour les locaux d'habitations. Selon cet auteur, une clause de prorogation de for convenue à l'avance est bien frappée de nullité; il ne s'agirait toutefois que d'une nullité relative, le preneur ayant simplement la faculté de s'en prévaloir. S'il ne le fait pas, la prorogation déploiera tous ses effets. Quant au bailleur, il serait lié par la clause de prorogation et il ne pourrait pas soulever le déclinatoire. Ducrot en déduit que la prorogation de for convenue à l'avance crée en réalité un for alternatif en faveur du preneur - qui peut librement décider d'agir au for légal du lieu de situation de l'immeuble ou au for conventionnel - et un for obligatoire pour le bailleur (*op. cit.*, p. 136). Sur cette question, la Chambre d'appel en matière de baux et loyers du canton de Genève a considéré comme nulle une clause de prorogation de for convenue avant l'ouverture d'action. En revanche, elle a reproché au tribunal des baux de s'être déclaré incompétent alors que le bailleur, assigné par le locataire à son domicile, avait admis expressément la compétence des tribunaux genevois (villa sise dans le canton de Vaud) (CdB 1992/4, p.115, 116).

b) Simplicité et rapidité (art. 274 d al. 1 CO)

L'art. 274d al. 1 CO exige des cantons qu'ils prévoient une procédure simple et rapide. Il n'indique cependant pas quelles sont les exigences d'une telle procédure, ce qui laisse une relative liberté aux cantons (FJS 362B, p. 9). Les principes de simplicité et de rapidité valent tant pour la procédure de conciliation que pour la procédure judiciaire (Guinand, *op. cit.*, p. 4).

En règle générale, la procédure devrait être orale (FJS 362B, p. 10; USPI, *op. cit.*, n° 2 *ad* art. 274d CO); elle ne devrait pourtant pas exclure un échange sommaire d'écritures (FJS 362B, p. 10; Rapp, *op. cit.*, p. 291). A cet égard, les conditions formelles de la demande seront peu exigeantes, afin que la procédure soit accessible aux laïcs. Ducrot (*op. cit.*, p. 148) estime suffisant que l'énoncé de la réclamation puisse être dégagé par voie d'interprétation; en cas de doute, l'autorité invitera le demandeur à préciser ses

conclusions dans un certain délai en l'informant sur les dispositions applicables et les conséquences du non-respect des règles de forme; passé le délai, les dispositions cantonales prévoyant un prononcé d'irrecevabilité pourront être appliquées (id.).

En vertu du principe de rapidité, les vacances judiciaires et la procédure de conciliation préalable devant un autre juge que celui du fond (par exemple le Juge de Paix dans le canton de Vaud) devraient être exclues (Rapp, op. cit., p. 291). En outre, les délais que les autorités fixent le cas échéant devraient être aussi brefs que possible (Rapp, op. cit., p. 291).

Les principes de simplicité et de rapidité devraient en règle générale impliquer la présence personnelle des parties, en tout cas devant l'autorité de conciliation. Toutefois, la représentation par un mandataire professionnel ne paraît pas être contraire à ces principes (Rapp, op. cit., p. 291); il faut d'ailleurs remarquer que la présence d'un mandataire professionnel facilitera souvent la conclusion d'une transaction (FJS 362B, p. 10). A cet égard, le Tribunal supérieur du canton de Bâle-Campagne a déclaré que ni le fait que la procédure devant l'autorité de conciliation soit simple et rapide, ni le fait qu'elle soit en général orale et de surcroît dominée par la maxime inquisitoriale, ni le fait que cette autorité soit un corps laïc, ne sont décisifs pour exclure la possibilité de se faire assister d'un avocat ainsi que pour refuser l'octroi de l'assistance judiciaire gratuite (MP 1991/4 p. 193; v. également Favre, C., L'assistance judiciaire gratuite en droit suisse, thèse Lausanne 1989, pp. 103/104).

Le point de savoir si les exigences de simplicité et de rapidité impliquent une limitation des moyens de preuve est controversé. D'aucuns estiment que l'interrogatoire des parties et le dépôt des pièces nécessaires à l'appréciation du litige devraient suffire à l'établissement des faits. En revanche, la simplicité et la rapidité s'opposeraient devant l'autorité de conciliation à l'administration de preuves telles que le témoignage, l'expertise ou l'inspection locale (FJS 362B, p. 11). Cette conception paraît toutefois injustifiée, en particulier dans les cas où l'autorité de conciliation a la compétence de prendre des décisions. Ces dernières devenant définitives si la partie qui a succombé ne saisit pas le juge dans les 30 jours (art. 274f CO), elles ont alors force de chose jugée sur des prétentions matérielles relevant du droit fédéral; il serait donc normal qu'elles fassent suite à une instruction complète (Rapp, op. cit., pp. 288 s.; cf. également ATF 117 II 554, JdT 1992 I 601, cons. 2d; ATF 118 II 302, cons 4; ATF 119 II 141). D'ailleurs, les auteurs qui soutiennent l'opinion de l'administration restreinte des preuves limitent celle-ci à la procédure devant l'autorité de conciliation : s'agissant de l'autorité judiciaire, ils sont favorables à une instruction complète (FJS 362B, p. 11). Cette manière de voir est dépourvue de logique dans la mesure où la phase judiciaire pourrait ne pas avoir lieu si le juge n'est pas saisi en vertu de l'art. 274f CO (Rapp, op. cit., pp. 288 s.).

c) Gratuité (art. 274 d al. 2 CO)

Devant l'autorité de conciliation, la procédure est gratuite (art. 274d al. 2 CO). Toutefois, cette disposition réserve la possibilité de condamner la partie téméraire à supporter tout ou partie des émoluments et frais judiciaires, et à verser à l'autre partie une indemnité à titre de dépens (2ème phrase). La témérité se constate d'office et peut être examinée à l'occasion de tout litige, y compris ceux pour lesquels l'autorité n'a pas de pouvoir de décision (FJS 362B, p. 12). A cet égard, l'autorité de conciliation d'Olten-Gösigen a considéré comme téméraire la partie qui procède devant l'autorité de conciliation et qui fait défaut à l'audience sans justificatif (MP 1993/2, p. 94). La décision de l'autorité de conciliation condamnant une partie à des frais et dépens est une "décision prévue par la loi" au sens de l'art. 274a al. 1 *litt.* c; la partie qui succombe peut donc la porter dans les 30 jours devant le juge, à défaut de quoi elle deviendra définitive (art. 274f al. 1 CO) (ATF 117 II 421 cons. 2a : le TF a admis un recours en nullité contre la décision du Tribunal de district de Winterthur qui a traité l'action de la partie qui a succombé sur la question des frais et dépens comme un recours de droit cantonal, sur lequel il n'est pas entré en matière pour cause de tardiveté (application du droit cantonal à la place du droit fédéral, art. 68 al. 1 *litt.* a OJ).

L'exigence de gratuité n'est de droit fédéral que pour la procédure devant l'autorité de conciliation. S'agissant de l'autorité judiciaire, les cantons sont compétents; il peuvent d'ailleurs également prévoir que la procédure judiciaire est gratuite (Guinand, op. cit., p. 4).

d) La maxime inquisitoriale (art. 274d al. 3 CO)

Ordonnant au juge et à l'autorité de conciliation d'établir d'office les faits, la loi impose la maxime inquisitoriale. Elle a été instaurée dans le souci de renforcer en procédure la position du locataire, partie présumée la plus faible; la maxime s'explique donc ici par des considérations sociales (FJS 362B, p. 12; cf. également Rapp, op. cit., p. 282). Toutefois, si un recourant renonce expressément à défendre son point de vue sur une base légale déterminée, le juge n'est pas obligé d'instruire la cause d'office. Son devoir d'investigation se limite à l'état de fait important juridiquement pour les conclusions (ZMP 1993/1, p. 48, n° 12). La maxime inquisitoriale implique que l'autorité de conciliation doit en particulier examiner si la résiliation a été faite dans les formes (ZMP 1992/3 p. 13, n° 28).

Que le juge doive établir d'office les faits ne signifie pas que les parties peuvent rester passives. Elles doivent collaborer à l'établissement des faits. Le juge est seulement tenu d'interpeller la partie à qui incombe la charge de l'allégation en l'invitant à compléter des allégués insuffisants. Si cette sommation reste sans effet, il pourra, sans violer l'art. 274d al. 3 CO, ne pas entrer en matière (Ducrot, op. cit., p. 141).

L'art. 274d al. 3 CO permet-il de passer outre des dispositions cantonales de procédure qui, le cas échéant, interdiraient l'allégation de *nova* à partir d'un certain stade dans le procès ? Cela semble être le cas s'agissant de la première instance. En revanche, en instance cantonale de recours, les dispositions de procédure qui interdiraient l'introduction de *nova* à ce stade devraient l'emporter sur l'art. 274d al. 3 CO (Ducrot, op. cit., p. 142). C'est ce point de vue qu'a soutenu le TF dans un arrêt du 21 janvier 1992 (ATF 118 II 50 = SJ 1992 p. 435, cons. 2).

Le principe de la libre appréciation des preuves, également contenu à l'art. 274d al. 3 CO, signifie que l'autorité saisie ne sera pas liée par les dispositions cantonales limitant les moyens de preuve ni par les règles relatives à leur force obligatoire. A cet égard, le Message du CF (FF 1985 I 1450) se borne à évoquer l'exemple d'un procès portant sur l'inefficacité d'un congé où le locataire aurait de la peine à obtenir gain de cause si des règles strictes sur la preuve étaient appliquées (Rapp, op. cit., pp. 281 s.)

B. La procédure devant l'autorité de conciliation

a) L'accord

L'autorité de conciliation doit s'efforcer d'amener les parties à un accord (art. 274e al. 1). C'est là sa tâche essentielle (*cf. supra* II/B/b). Si un accord intervient, l'autorité de conciliation doit le consigner par écrit et le remettre à chaque partie (art. 21 al. 1 OBLF); il doit être signé par les deux parties et obtenir le consentement des deux époux s'il porte sur la prolongation du bail du logement familial (art. 273a al. 2; FJS 362B, p. 14).

L'autorité de conciliation doit, le cas échéant, faire des propositions d'arrangement. A cet égard, elle peut proposer aux parties un accord conditionnel sur lequel elles disposeront d'un certain temps pour se déterminer (FJS 362B, p. 14). Si les parties le refusent (ou l'une d'elles seulement), elles ne seront pas liées par l'offre transactionnelle dans l'hypothèse où elle figurerait au procès-verbal (FJS 362B, p. 14).

L'accord vaut transaction judiciaire (art. 274e al. 1 2ème ph.). Il acquiert donc force de chose jugée (USPI, op. cit., n. 2 *ad* art. 274e CO, p. 676) et permet, en cas de poursuites, d'obtenir la mainlevée définitive de l'opposition (art. 80 al. 2 et 81 LP) (Guinand, op. cit., p. 5).

Si l'autorité ne parvient pas à amener les parties à un accord dans un litige où elle n'est pas compétente pour prendre une décision, elle doit constater l'échec de la conciliation (art. 274e al. 2). C'est le droit cantonal qui règle la forme de ce constat (FJS 362B, p. 14). La partie qui persiste dans ses prétentions doit saisir le juge dans les 30 jours (art. 274f CO); le point de départ de ce délai est le jour du constat, non celui de la réception du procès-verbal de non-conciliation (MP 1991/4 p. 203, cons. 2 a; USPI, op. cit., n° 10 *ad* art. 274f CO, pp. 684 s.). Lorsque les parties disposent d'un délai de réflexion pour accepter une proposition d'arrangement, la conciliation sera réputée avoir échoué à l'expiration de ce délai (USPI, op. cit., n° 11 *ad* art. 274f CO, p. 685).

Quels moyens seraient à disposition de la partie qui voudrait, le cas échéant, attaquer la validité de la transaction (par ex. pour vices du consentement) ? Un arrêt rendu le 19 août 1991 par le Tribunal supérieur du canton de Zurich répond à cette question de la façon suivante : il explique d'abord que le problème peut être abordé sous deux angles différents. Soit on estime que la notion de "décision" de l'art. 274f al. 1 CO ne comprend que les décisions matérielles pour lesquelles l'autorité de conciliation est compétente; dans ce cas, il n'est pas possible d'attaquer l'accord intervenu en procédure de conciliation devant la juridiction des baux. Soit on estime que la notion de "décision" au sens de l'art. 274f al. 1 CO doit être largement interprétée en ce sens qu'elle désignerait toute "activité" de l'autorité de conciliation, qu'elle soit matérielle ou de nature procédurale; dans ce cas, l'invalidité civile d'une transaction passée devant l'autorité de conciliation pourrait être attaquée devant la juridiction des baux, au titre de question préjudicielle (art. 274f al. 2 CO) : le fait d'attaquer l'accord serait alors assimilé à l'échec de la conciliation, la prétention initiale de la partie qui désire l'invalidation constituant la question principale sur laquelle le tribunal devra se prononcer en vertu de l'art. 274f al. 1 CO. En l'espèce, le Tribunal supérieur n'a pas tranché la question au motif que le droit zurichois ne connaissait de toute façon pas de moyen pour attaquer les "activités procédurales" de l'autorité de conciliation; il a donc estimé qu'en l'absence de législation cantonale en la matière, la voie ouverte par le droit fédéral (art. 274f CO) devait en tout cas être ouverte pour attaquer la validité civile d'une transaction passée devant l'autorité de conciliation.

b) La décision

Lorsque la tentative de conciliation échoue, l'autorité doit statuer sur le fond dans les cas où la loi lui confère le pouvoir de prendre des décisions (*cf. supra* II/B/c).

Cette décision peut être portée par la partie qui a succombé devant le juge compétent dans les 30 jours (art. 274f al. 1 CO). Dans ce cas, le juge ne statue pas comme autorité de recours; il n'a pas pour seule fonction de contrôler le bien-fondé de la décision rendue mais doit au contraire reprendre l'instruction *ab ovo* (Rapp, op. cit., p. 290). On dit aussi que la décision de l'autorité de conciliation est une "prédecision *prima facie*" qui a pour

fonction de définir le rôle des parties en cas de procédure judiciaire; ceci permettrait d'éviter que le locataire ne se trouve trop souvent en position de demandeur (ATF 117 II 504, 506 s., JdT 1992 I 592; ATF 117 II 421, 424, JdT 1992 I 610; ZMP 1992/3 p. 40, n° 36).

NB : si l'autorité de conciliation prend une décision de procédure, la voie de droit est un recours cantonal lorsqu'une partie désire attaquer cette décision. L'art. 274f al. 1 concerne uniquement les décisions matérielles de l'autorité de conciliation (ZMP 1991/1 p. 19, n° 10; 1991/2 p. 24, n° 21).

La forme et le contenu de la décision sont réglés par le droit cantonal. La décision devrait en tout cas être suffisamment motivée pour permettre aux parties d'évaluer leurs chances de succès dans la procédure judiciaire; la motivation devrait néanmoins être "sommaire" ou "courte" pour répondre aux exigences de rapidité et de simplicité (Gmür, op. cit., p. 131; USPI, op. cit., n° 11 *ad* art. 274e CO, p. 679). Cette question relève toutefois selon nous de la procédure cantonale.

Lorsque l'autorité de conciliation rejette une requête en annulation du congé introduite par le locataire, elle examine d'office si le bail peut être prolongé (art. 274e al. 3 CO). Cette règle s'applique aussi à l'autorité judiciaire par le renvoi de l'art. 274f al. 3 CO. Elle est l'expression de la maxime inquisitoriale (art. 274d al. 3 CO; *cf. supra* A/d). Le point de savoir si le locataire doit néanmoins prendre des conclusions subsidiaires en prolongation du bail est controversé : Ducrot estime que cela n'est pas nécessaire en raison du fait que lorsque le locataire requiert l'annulation d'un congé, il faut admettre qu'à défaut il se satisfera d'une prolongation (op. cit., p. 137); en revanche, il estime qu'il n'est pas possible de transformer d'office une action en prolongation du bail en une action en annulation du congé (op. cit., p. 137; *cf.* également Lachat/Micheli, op. cit., p. 349; USPI, op. cit., n° 14 *ad* art. 274e CO, p. 680). Quant à Gmür (op. cit., p. 133), il subordonne l'application de l'art. 274e al. 3 CO au dépôt de conclusions subsidiaires, opinion qui ne nous paraît guère conciliable avec le texte de l'art. 274e al. 3 CO.

C. La procédure devant l'autorité judiciaire

a) La saisine du juge après une décision de l'autorité de conciliation

Lorsque l'autorité de conciliation a fait usage de son pouvoir décisionnel, la partie qui succombe peut saisir le juge dans les 30 jours (art. 274f al. 1 CO). Si les deux parties succombent partiellement, elles pourront logiquement toutes deux s'adresser au juge; la

question se pose alors de savoir quelle sera leur position si l'une d'entre elles seulement saisit le juge : la partie qui n'agit pas pourra-t-elle prendre des conclusions reconventionnelles (FJS 362B, p. 16) ? Selon Ducrot (op. cit., p. 153), il est incompatible avec la première phrase de l'art. 274 f al. 1 ainsi qu'avec les art. 273 al. 5 et 259i al. 2 CO de laisser la partie inactive prendre des conclusions reconventionnelles devant le juge : ces dispositions prescrivent de saisir l'autorité judiciaire dans un certain délai à peine de déchéance. Un délai péremptoire ne pouvant être prolongé que si la loi le prévoit, une partie qui a succombé en instance de conciliation, même partiellement, ne pourrait donc pas remettre en cause la décision rendue à cette occasion si elle s'abstient d'agir en temps utile devant le juge; elle devrait donc se contenter de conclure au maintien de la décision de l'autorité de conciliation. Les auteurs de la FJS 362B (p. 16) estiment au contraire que la partie qui a succombé partiellement en procédure de conciliation devrait être autorisée à reprendre ses conclusions au titre de reconventions devant le juge; cela résulterait du fait que la procédure judiciaire n'est pas une procédure de recours proprement dite, mais une première instance qui reprend l'instruction *ab ovo* (cf. *supra* B/b). Ils subordonnent toutefois cette possibilité au fait que la procédure cantonale le prévoit (FJS 362B, p. 17; cf. également ZMP 1991/3 p. 33 s.). En droit désirable, cette solution nous paraît souhaitable. En droit positif toutefois, elle ne nous semble soutenable que si l'on admet l'existence d'une lacune proprement dite dans la réglementation fédérale sur la saisine du juge après décision de l'autorité de conciliation, lacune qu'il incomberait au juge de combler. Or, il nous paraît douteux que l'on puisse parler ici de lacune proprement dite, soit d'une situation dans laquelle le législateur s'est abstenu de régler un point qu'il aurait dû régler et que le texte ou l'interprétation de la loi ne permettent pas de trancher (cf. notamment ATF 108 Ib 78, JdT 1982 I 375, cons. 4b). En effet, la loi impose clairement et sans exception à toute partie qui succombe devant l'autorité de conciliation de saisir le juge dans un délai péremptoire, de sorte que nous nous rallions à l'avis de Ducrot.

b) La saisine du juge après l'échec de la conciliation

En cas d'échec de la conciliation, la partie qui persiste dans sa demande doit saisir le juge dans les 30 jours qui suivent le constat de non-conciliation (art. 274f al. 1 2ème phrase CO; cf. *supra* B/a). Si un délai de réflexion avait été accordé aux parties pour se déterminer sur une proposition d'arrangement, l'autorité n'oubliera pas de mentionner au procès-verbal la date à laquelle la conciliation sera réputée avoir échoué (FJS 362B, p. 17).

L'art. 274f al. 1 2ème phrase CO n'institue aucune déchéance, si bien que rien n'empêche une partie de laisser périmer son procès, quitte à le rouvrir ultérieurement. Il faut en revanche réserver les cas dans lesquels sa prétention est elle-même soumise à un délai péremptoire (Ducrot, op. cit., p. 153).

c) Questions préjudicielles et mesures provisionnelles

L'art. 274f al. 2 prescrit que le juge tranche aussi les questions préjudicielles de droit civil et peut ordonner des mesures provisionnelles pour la durée de la procédure. Cette disposition s'inscrit dans le but général du nouveau droit qui est de confier l'ensemble des questions relatives aux baux d'habitations et de locaux commerciaux au même juge (FJS 362B, p. 18). Il faut cependant admettre qu'elle s'applique également à l'autorité de conciliation quand elle est compétente pour prendre des décisions (Ducrot, op. cit., p. 154). A cet égard, la procédure civile zurichoise prévoit que l'autorité de conciliation peut ordonner des mesures provisionnelles aussi longtemps que le juge n'est pas saisi.

D. Le recours en réforme au Tribunal fédéral

La question qui se pose ici est celle de savoir si le recours en réforme est ouvert contre le jugement de l'autorité judiciaire saisie en vertu de l'art. 274 f al. 1 CO. L'art. 48 al. 2 *litt. a* OJ prescrit que le recours en réforme n'est recevable contre les décisions finales prises par des tribunaux inférieurs (par opposition aux tribunaux suprêmes des cantons (al. 1) que s'ils ont statué en dernière instance, mais non comme juridiction cantonale unique. La jurisprudence a précisé que par tribunal inférieur au sens de cette disposition, il faut entendre une autorité qui a statué comme instance de recours (ATF 117 II 504, JdT 1992 I 592, cons. 2, et arrêt cité). La réglementation doit garantir qu'une prétention tirée du droit privé fédéral a préalablement fait l'objet d'un examen au fond par au moins deux instances cantonales disposant d'un plein pouvoir d'examen avant que leurs décisions ne soient revues dans le cadre de la procédure de recours en réforme (ATF 117 II 504, JdT 1992 I 592, cons. 2). S'agissant de l'autorité judiciaire de l'art. 274f CO, elle ne fonctionne pas comme une autorité de recours, mais comme une première instance qui instruit la cause *ab ovo* (cf. *supra* B/b). Elle ne peut donc pas être considérée comme une juridiction immédiatement supérieure. Le procès judiciaire n'est pas la continuation de la procédure engagée devant l'autorité de conciliation. Avec l'acte qui saisit le juge, la phase judiciaire du procès commence pour la première fois (ATF 117 II 504, JdT 1992 I 592, cons. 2 b). Ainsi, la décision de l'autorité judiciaire de l'art. 274f CO ne peut pas être directement l'objet d'un recours en réforme au TF; elle doit auparavant avoir été examinée par une autorité cantonale de recours. Cela signifie en particulier que dans les cantons où il n'existe pas de recours cantonal contre le prononcé du tribunal compétent en matière de bail à loyer, les justiciables n'auront pas la possibilité de porter cette décision devant le TF par la voie du recours en réforme (le recours en nullité reste réservé selon l'art. 68 OJ; ATF 117 II 504, JdT 1992, cons. 2 c).

NB : Dans cet arrêt, le TF relève que cette situation n'est pas satisfaisante au motif qu'elle empêche que soient portées devant lui des décisions civiles contre lesquelles le recours en réforme est en principe ouvert (cons. 3).

IV. La compétence en cas d'expulsion

Le droit fédéral ne précise pas quelle autorité doit être désignée pour prononcer l'expulsion ni selon quelle procédure. Les cantons sont libres de désigner aussi bien une autorité judiciaire qu'une autorité administrative. Ils peuvent aussi attribuer cette compétence à l'autorité de conciliation (Guinand, op. cit., p. 6; Eiholzer, op. cit., p. 327). En général, les cantons prévoient une procédure sommaire.

L'art. 274g CO prévoit une attraction de compétence en faveur de l'autorité de l'expulsion lorsque le locataire conteste un congé extraordinaire et qu'une procédure d'expulsion est engagée contre lui : c'est l'autorité d'expulsion qui est chargée d'examiner la validité du congé donné par le bailleur. Cette disposition est le pendant de l'art. 274a al. 1 *litt.* d CO. Son but est d'éviter à la fois l'inconvénient de deux procès séparés qui sont une source de retard, et le risque de décisions contradictoires (ATF 117 II 554, JdT 1992 I 601, cons. 2 c; ATF 118 II 302, cons. 4; ATF 119 II 141).

A. L'attraction de compétence

Si l'on s'en tient au texte de l'art. 274g CO, l'attraction de compétence n'aurait lieu que si la procédure d'expulsion avait été engagée avant la contestation du congé. Si cette interprétation du texte légal n'est en soi pas exclue, le TF a fait remarquer qu'elle restreint par trop le champ d'application de cette disposition (ATF 117 II 554, JdT 1992 I 601, cons. 2a). En effet, la procédure d'expulsion suppose que le bail ait pris fin; or, le locataire ayant la possibilité de saisir l'autorité de conciliation pendant le cours du délai de congé, donc avant la fin du bail, la procédure d'expulsion sera toujours engagée après la contestation du congé par le locataire; ce n'est que dans les hypothèses visées aux art. 257f al. 4 (manque de diligence envers les voisins) et 266h CO (faillite du locataire), soit dans les cas les plus rares, que la procédure d'expulsion pourra être engagée avant la contestation du congé puisque le bailleur n'a pas besoin de respecter un quelconque délai de congé

dans ces situations (ATF 117 II 554, JdT 1992 I 601, cons. 2 a et b). C'est pourquoi la jurisprudence admet, avec la doctrine, que l'attraction de compétence vaut également lorsque la contestation du congé est engagée avant la procédure d'expulsion (ATF 117 II 554, JdT 1992 I 601, cons. 2 c, DB 1993 no 27, p. 31 et note; Eiholzer, op. cit., p. 326; FJS 362B, p. 19).

B. Nature de l'examen fait par l'autorité compétente en matière d'expulsion

Les cantons ont le plus souvent soumis la procédure d'expulsion à la procédure sommaire. Si une telle procédure se justifie lorsque le congé n'a pas été contesté par le locataire, on peut en revanche douter de son bien-fondé lorsque l'autorité d'expulsion est également saisie, par attraction, de la contestation du congé par le locataire. Cette dernière est une prétention de droit fédéral qui doit être examinée avec un plein pouvoir d'examen et sans égard au fait que les preuves fondant le droit d'une des parties peuvent être immédiatement fournies et qu'à première vue l'autre partie n'a rien de pertinent à opposer (ATF 119 II 141; ATF 118 II 302, cons. 4; ATF 117 II 504, JdT 1992 I 601, cons. 2d); *cf.* également ZMP 1993/1, p. 48, n° 13). Or, permettre que la procédure d'expulsion soit appliquée également lorsque l'autorité d'expulsion est chargée d'examiner la validité du congé donné par le bailleur risque de réduire considérablement les droits du locataire que la nouvelle cherche précisément à renforcer (ATF 119 II 141). C'est pourquoi il est nécessaire que l'autorité d'expulsion examine la validité du congé avec un plein pouvoir d'examen. Cette exigence est le résultat tant de la maxime officielle (art. 274 d al. 3 CO) que du principe général selon lequel une décision définitive assortie de la force de chose jugée sur une prétention de droit fédéral doit faire l'objet d'un examen exhaustif des faits comme du droit (ATF 118 II 302, cons. 4; ATF 117 II 554, JdT 1992 I 601, cons. 2d, DB 1993 no 27, p. 31 et note).