

Séminaire SVIT
15 novembre 2016

Les garanties locatives

Présenté par les agents d'affaires brevetés Pascal Stouder et Pierre-Yves Zurcher

Tables des matières

	Abréviations.....	3
I.	Introduction.....	4
II.	Modalités des sûretés conventionnelles (garantie de loyer).....	6
III.	Régime juridique de l'art. 257^e CO.....	9
	A. En général.....	9
	B. Dépôt des sûretés (art. 257 ^e al. 1 CO).....	10
	C. Montant des sûretés (art. 257 ^e al. 2 CO).....	13
	D. Libération des sûretés (art. 257 ^e al. 3 CO).....	13
	E. Locaux commerciaux.....	15
IV.	Dispositions cantonales complémentaires et contrat-cadre romand.....	18
	A. Réserve en faveur du droit cantonal.....	18
	B. Contrat-cadre romand (CCR).....	18
V.	Autres manières de constituer des sûretés.....	19
	A. Entreprises privées de cautionnement.....	19
	B. Cautionnement déguisé en engagement pris par des locataires solidaires.....	19
	C. Souscription par un tiers d'une assurance-cautionnement d'un loyer d'habitation en sus d'un engagement de garantie de loyer en la forme écrite.....	20
VI.	Conclusion.....	22
VII.	Bibliographie.....	23
	A. Documentation officielle.....	23
	B. Ouvrages.....	23
	C. Site internet.....	23
VIII.	Annexes.....	24
	A. Code des obligations.....	24
	1. Art. 257 ^e CO : Sûretés fournies par le locataire.....	24
	2. Art. 268 à 268b CO : Droit de rétention du bailleur.....	24
	B. Art. 2 du Contrat-cadre romand (CCR).....	25
	C. Art. 2 des dispositions paritaires romandes et règles et usages locatifs du canton de Vaud (RULV).....	25
	D. Art. 1 à 7 de la Loi sur les garanties en matière de baux à loyer (LGBL) du 15 septembre 1971.....	26
	E. Arrêt du 17 mars 2015 de la Cour des poursuites et faillites du Canton de Vaud.....	28
	F. Présentation de la profession d'agent d'affaires breveté.....	39

Abréviations

al.	alinéa
art.	article
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)
CF	Conseil fédéral
CCR	Contrat-cadre romand du 12 décembre 2007/25 juin 2008
CO	Code des obligations) (RS 220)
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0)
CREC	Chambre des recours civile
etc.	et cetera
FF	Feuille fédérale
FINMA	Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers
fr.	francs suisses
JDT	Journal des tribunaux
LGBL	Loi vaudoise sur les garanties en matière de baux à loyer du 15 septembre 1971 (RSV 221.307)
LP	Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (RS 281.1)
p./pp.	page(s)
RULV	Dispositions paritaires romandes et règles et usages locatifs du canton de Vaud du 26 août 1998
TF	Tribunal fédéral

I. Introduction

Il est évident que lorsqu'on est propriétaire d'un bien et qu'on décide de le louer, on court un certain risque. On transmet la possession de notre bien à un tiers ce qui équivaut à avoir moins de maîtrise dessus. Ce risque, tout le monde n'est pas forcément prêt à le prendre. En effet, bon nombre de situations ou de problèmes peuvent se produire dans une relation concernant un contrat de bail. Le locataire peut, par exemple, arrêter du jour au lendemain de payer son loyer ou endommager le bien du bailleur¹.

Afin de protéger le bailleur de ces situations qui peuvent assez vite dégénérer, la loi a mis au bénéfice du bailleur divers droits, comme celui de pouvoir résilier de manière anticipée le bail si le locataire est en retard dans le paiement de son loyer (art. 257d du Code des obligations du 30 mars 1911 CO²), ou encore, en lui octroyant un droit de rétention sur les meubles s'il s'agit d'un local commercial³.

Il existe encore d'autres garanties qui peuvent permettre au bailleur d'être davantage protégé contre les risques de mettre son bien en location :

- Le bailleur peut exiger que d'autres personnes signent conjointement le bail afin qu'elles deviennent codébiteurs solidaires. Cela permettra au bailleur de pouvoir demander le paiement du loyer à toutes les personnes qui ont signé le bail (art. 144 CO).
- Le bailleur peut demander à ce qu'une personne tierce se porte garante du locataire. Ce qui signifie que s'il ne respecte pas ses obligations, le bailleur pourra se retourner contre le tiers garant (cautionnement art. 492ss CO, porte-fort art. 111 CO, reprise cumulative de dette ou toute autre forme de garantie comme une garantie bancaire)⁴.
- Pour couvrir d'éventuels dégâts, le bailleur peut exiger du locataire qu'il contracte une assurance responsabilité civile⁵.
- Le bailleur peut exiger de son locataire de fournir des sûretés⁶, aussi appelées « garantie-loyer »⁷.

Le contrat de bail, comme tout contrat, prévoit un certain nombre d'obligations du locataire envers le bailleur⁸.

¹ Lachat, 2008, p. 353.

² RS 220.

³ Lachat, 2008, p. 353.

⁴ *Ibid.*, pp. 353-354.

⁵ Burkhalter R./Martinez-Favre, 2011, p. 136.

⁶ Lachat, 2008, pp. 353-354.

⁷ Müller/Follonier-Ayala, 2012, p. 170.

⁸ Foëx, 2002, p. 3.

Etant donné que le contrat de bail est un contrat de durée, il est légitime que le bailleur souhaite obtenir la garantie que les obligations du locataire seront exécutées dans les formes⁹.

De ce fait, les sûretés sont fréquemment utilisées par les parties à un contrat de bail car elles permettent de donner au bailleur une assurance que le locataire respectera ses obligations contractuelles¹⁰.

En revanche, il est essentiel de retenir que les sûretés ne doivent pas obligatoirement être constituées lorsqu'un contrat de bail est conclu entre des parties¹¹. La constitution de sûretés n'est pas imposée par la loi¹² mais repose sur le consentement des deux parties au contrat de bail, soit du locataire et du bailleur¹³.

La loi prévoit des règles spécifiques concernant le contrat de bail à usage d'habitation et pour locaux commerciaux¹⁴ :

- Si les sûretés sont données par le locataire en espèces ou sous forme de papiers-valeurs, la loi prévoit des restrictions à la liberté des parties (art. 257^e CO).
- Si le bail concerne des locaux commerciaux, la loi accorde au bailleur un droit de rétention, soit un droit de gage légal (art. 268 à 268b CO).
- Une solidarité passive est instituée entre l'ancien locataire et le nouveau locataire dans différents cas d'espèces (art. 263 CO et 121 al. 2 du Code civil suisse du 10 décembre 1907 CC¹⁵).
- Si le locataire tombe en faillite après la délivrance de la chose, la loi confère au bailleur une prétention tendant à la fourniture de sûretés (art. 266h CO)¹⁶.

⁹ Foëx, 2002, p. 3.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ Carron/Plattner, 2014, p. 34.

¹² Marchand, 2010, p. 245.

¹³ Carron/Plattner, 2014, p. 34.

¹⁴ Foëx, 2002, p. 3.

¹⁵ RS 210.

¹⁶ Foëx, 2002, p. 3.

II. Modalités des sûretés conventionnelles (garantie de loyer)

Lors de la conclusion d'un contrat de bail, les parties sont en principe libre de décider que certaines ou toutes les prétentions du bailleur seront garanties par des sûretés¹⁷.

Il existe 2 types de sûretés :

- Les sûretés réelles (gage sur des créances et autres droits, transfert de propriété aux fins de garantie, nantissement, etc.)
- Les sûretés personnelles (garantie bancaire, cautionnement, porte-fort, reprise cumulative de dette¹⁸, etc.)¹⁹.

Dès la constitution de sûretés, le bailleur possède un droit réel ou personnel lui permettant de se protéger contre l'insolvabilité du locataire, en plus des prétentions qu'il possède déjà selon le contrat de bail²⁰.

Chacune de ces sûretés comportent des règles spécifiques, comme par exemple, les art. 492ss CO pour le cautionnement et les art. 884ss CC pour le gage mobilier. La constitution et les effets des sûretés peuvent être différents, c'est pourquoi il est important de respecter le régime juridique applicable à chaque type de sûretés²¹.

En outre, le CO contient des règles spécifiques (art. 257^e al. 1 à 4 CO) concernant les relations entre locataire et bailleur d'un bail à usage d'habitation ou de locaux commerciaux²².

La décision de constituer des sûretés par le locataire peut être prise lors de la conclusion du bail ou plus tard. En effet, il est possible d'exiger du locataire d'un bail à usage d'habitation ou de locaux commerciaux qu'il fournisse des sûretés après la conclusion du bail, mais certaines règles doivent être respectées. Le bailleur doit obligatoirement se servir de la formule officielle et respecter le délai prévu à l'art. 269d al. 1 CO (sauf dans le cas de la faillite du locataire après délivrance de la chose, art. 266h al. 1 CO)²³.

¹⁷ Foëx, 2002, p. 3.

¹⁸ Pour plus d'informations sur la distinction entre le cautionnement et la reprise cumulative de dette lire le Jugement du Tribunal des baux du canton de Vaud du 8 février 2006, confirmé par arrêt de la Chambre des recours du 12 janvier 2007 dans la cause D. c/H.

¹⁹ Foëx, 2002, p. 3.

²⁰ *Ibid.*

²¹ *Ibid.*, p. 4.

²² *Ibid.*

²³ *Ibid.*

En principe, lorsque les parties décident de constituer des sûretés, elles sont libres quant au choix du type de sûretés. Dès que les parties ont déterminé le type de sûretés, ces dernières sont constituées conformément aux exigences légales tant quant à la forme qu'au fond²⁴.

Il est intéressant de relever que les sûretés ne sont pas forcément établies par le locataire en personne. Effectivement, la constitution de sûretés personnelles demande nécessairement l'implication d'un tiers (banque, caution). Les sûretés réelles, quant à elle, peuvent être instituées par un tiers. Dans ces cas-là, le contrat qui prévoit la constitution de sûretés sera conclu entre le bailleur et le tiers²⁵.

En ce qui concerne les modalités des sûretés, comme la durée ou ce qu'elles garantissent, les parties sont en principe libre de les déterminer tout en respectant le régime légal applicable à chaque type de sûretés²⁶.

Selon la doctrine, toutes les créances du bailleur à l'encontre du locataire sont garanties par les sûretés, sauf convention contraire des parties²⁷.

Dans les modalités à prévoir par les parties, il y a le montant des sûretés. La loi ne contient pas de règles qui délimitent le montant, à part en ce qui concerne les baux d'habitation. En effet, l'art. 257^e CO pose un montant maximum correspondant à 3 mois de loyer²⁸.

En revanche, il est évident que si le bailleur demande des garanties disproportionnées, l'art. 21 CO (lésion) et l'art. 270 CO (loyer abusif) peuvent s'appliquer²⁹.

Le locataire remplit son obligation de fournir des sûretés lorsqu'il exécute les actes indispensables à la constitution de celles-ci, comme par exemple, en remettant des espèces, en fournissant des papiers-valeurs ou en transférant la possession de la chose mobilière nantie. Si ce sont des sûretés personnelles, le locataire remplit son obligation si le tiers garant exécute les actes nécessaires à la constitution des sûretés, comme conclure le contrat de cautionnement, émettre la garantie locative ou remettre des espèces³⁰.

Si le locataire ne constitue pas les sûretés qu'il s'est engagé à fournir, il est possible de l'y forcer par le biais d'une exécution forcée. Les conditions changent en fonction du type de sûretés choisi :

- Le bailleur peut poursuivre le locataire en constitution de la garantie de loyer en effectuant une poursuite en prestation de sûretés, si le locataire s'est engagé

²⁴ Foëx, 2002, p. 5.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ *Ibid.*

²⁷ *Ibid.*

²⁸ *Ibid.*

²⁹ *Ibid.*

³⁰ *Ibid.*, p. 6.

personnellement à fournir les sûretés (art. 38 al. 1 de la loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite LP³¹).

- Le bailleur peut déposer une action à l'encontre du locataire prévoyant la constitution d'un gage, si le locataire s'est engagé à remettre une chose mobilière en gage. Le jugement rendu pourra, par la suite, faire l'objet d'une exécution forcée de droit cantonal.
- La solution sera la même, si le locataire s'est engagé à transférer la propriété d'une chose mobilière aux fins de garantie³².

Au contraire, si le contrat de bail a été conclu oralement ou en utilisant la forme écrite simple et que le locataire s'est engagé à établir un gage immobilier, une exécution forcée n'est pas envisageable. En effet, le contrat de gage immobilier doit respecter les art. 799 al. 2 CC et 22 al. 2 CO qui prescrivent la forme authentique, soit de passer devant un notaire. La situation est identique, si les sûretés doivent être fournies par un tiers et que ce dernier ne s'exécute pas³³.

Le fait de ne pas exécuter ou de mal exécuter l'obligation de fournir des sûretés peut avoir des conséquences sur le contrat de bail³⁴. En effet, le bailleur possède plusieurs moyens de droit :

- Le bailleur peut refuser de lui livrer la chose, soit les locaux (art. 82 CO) ou si les locaux n'ont pas encore été mis en sa possession, il peut résoudre le contrat au sens de l'art. 107 al. 2 CO.
- Si les sûretés doivent être fournies en espèces, le bailleur peut le contraindre à le faire par le biais d'une poursuite. Si cette dernière aboutit, soit que le locataire ne fait pas opposition, les sûretés seront consignées.
- Le bailleur peut ouvrir action (en exécution) afin d'obliger le locataire à fournir les sûretés.
- Le bailleur a la possibilité de résilier le bail de manière ordinaire. Par contre, le fait de pouvoir résilier de manière anticipée est très discuté³⁵. En effet, cette question n'est pas débattue de façon unanime dans la doctrine et la jurisprudence. Une partie de la doctrine penche vers une application restrictive de cette possibilité, soit seulement dans de cas graves et en appliquant par analogie l'art. 257f al. 3 CO. Une autre partie de la doctrine s'exprime pour une résiliation pour justes motifs³⁶.

³¹ RS 281.1.

³² Foëx, 2002, p. 6.

³³ *Ibid.*

³⁴ *Ibid.*

³⁵ Lachat, 2008, p. 357.

³⁶ Burkhalter R./Martinez-Favre, 2011, p. 141.

III. Régime juridique de l'art. 257^e CO

A. En général

L'art. 257^e CO s'applique si :

- Les sûretés sont fournies par un locataire,
- En espèces ou sous forme de papiers-valeurs et
- S'il s'agit d'un bail de locaux à usage d'habitation (al. 1, 2 et 3) ou de locaux commerciaux (al. 1 et 3)³⁷.

Selon l'art. 253b al. 2 CO, les appartements de vacances loués pour moins de trois mois ne rentrent pas dans le champ d'application de l'art. 257^e CO. A l'inverse, cet article s'applique pour les logements de luxe³⁸.

Cela signifie que les autres sûretés, à savoir, celles constituées par un tiers, celles constituées par le locataire mais ni en espèces, ni sous forme de papiers-valeurs et celles relatives à des baux autres que des locaux commerciaux ou à usage d'habitation ne rentrent pas dans le champ d'application de l'art. 257^e CO³⁹. Cette disposition ne s'applique donc pas aux garanties bancaires, aux assurances, à la reprise de dette, à la cession de créance aux fins de sûretés et aux cautions. Il faut tout de même réserver l'alinéa 4 de l'art. 257^e CO et toujours s'intéresser au droit cantonal⁴⁰.

Sauf accord contraire des parties, les sûretés garantissent l'ensemble des obligations du locataire. Le contrat-cadre romand (CCR) a même été au-delà⁴¹, en prévoyant que les sûretés garantissent non seulement les obligations du locataire durant le bail, mais aussi après, si ce dernier y reste sans droit (art. 2 al. 4 CCR)⁴². Le Tribunal fédéral (TF) admet même que la garantie peut couvrir les prétentions du bailleur si le locataire, ne voulant pas quitter les locaux, ne paie plus son loyer (ATF 129 III 360, JDT 2004 II 14)⁴³.

Aucun délai n'est prévu par l'art. 257^e CO pour la constitution des sûretés par le locataire, mais elles sont généralement demandées avant la remise des clés. Le CCR, ainsi que le canton de Vaud, ont décidé de fixer un délai au locataire, ce dernier doit constituer les sûretés dans les trente jours suivant la signature du contrat mais au plus tard à l'entrée du locataire dans les locaux (art. 2 al. 2 CCR et art. 2 des dispositions paritaires romandes et règles et usages locatifs

³⁷ Foëx, 2002, p. 8.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ Burkhalter R./Martinez-Favre, 2011, p. 138.

⁴¹ Voir infra IV. B.

⁴² Lachat, 2008, p. 355.

⁴³ Burkhalter R./Martinez-Favre, 2011, p. 138.

du canton de Vaud RULV)⁴⁴. Ce délai peut bien évidemment être prolongé selon la volonté des parties.

B. Dépôt des sûretés (art. 257^e al. 1 CO)

Les espèces ou les papiers-valeurs que le locataire a remis au bailleur aux fins de garantie doivent être déposées par ce dernier auprès d'une banque sur un compte de dépôt ou d'épargne fait au nom du locataire (art. 257^e al. 1 CO). Cette disposition est de droit impératif, ce qui signifie qu'on ne peut pas y déroger⁴⁵.

Le bailleur doit s'exécuter dans les meilleurs délais, soit immédiatement selon le Tribunal fédéral (ATF 127 III 273/278, JDT 2001 II 8/12)⁴⁶.

Etant donné que les cantons sont en droit de légiférer sur ce point (art. 257^e al. 4 CO)⁴⁷, certains ont décidé de fixer un délai, comme les cantons de Genève, Fribourg et Vaud qui ont imposé un délai de 10 jours tandis que le canton de Neuchâtel a prévu un délai de 30 jours. Le CCR, quant à lui, fixe un délai de 10 jours au bailleur pour s'exécuter (art. 2 CCR)⁴⁸.

En principe, le bailleur peut choisir dans quelle banque il veut déposer les garanties fournies par le locataire⁴⁹. L'art. 257^e CO lui laissant le choix, il peut déposer les sûretés dans les établissements de crédit assujettis à la loi sur les banques. Cependant, certains cantons ont décidé de réglementer ce point, comme les cantons de Vaud, Fribourg et Neuchâtel qui demandent que la banque choisie se situe sur leur territoire. Le canton de Genève laisse le choix de la banque au locataire. Quant au CCR, il demande que la banque se trouve dans le lieu de situation de l'immeuble (art. 2 CCR)⁵⁰.

Le compte est ouvert au nom du locataire, s'il existe des colocataires, tous leurs noms sont notés, sauf si une autre solution est convenue entre le locataire et le bailleur⁵¹.

Si le bailleur ne remplit pas son obligation, le locataire peut requérir de celui-ci qu'il s'exécute, partant il peut faire l'objet de poursuites pénales⁵². Le bailleur risque de se voir infliger une

⁴⁴ Lachat, 2008, pp. 356-357.

⁴⁵ Foëx, 2002, p. 9.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ Voir infra IV. A.

⁴⁸ Foëx, 2002, p. 9.

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ *Ibid.*

⁵² *Ibid.*

sanction pénale, selon les normes pénales édictées par les lois cantonales⁵³ ou selon le Code pénal (abus de confiance art. 138 du Code pénal suisse du 21 décembre 1937⁵⁴)⁵⁵.

Même si le bailleur ne dépose pas les sûretés en début de bail, cela ne veut pas dire que le locataire n'a pas l'obligation de payer ses 3 premiers mois de loyer. Le fait de déposer des sûretés ne permet pas au locataire de violer son obligation de payer le loyer, s'il le fait, le bailleur peut résilier son bail de manière anticipée pour défaut de paiement (art. 257d CO)⁵⁶. Cependant, le locataire a la possibilité d'établir de nouvelles garanties auprès d'un établissement bancaire, voire même, de compenser ses dettes envers le bailleur avec sa créance en restitution de la garantie fournie⁵⁷.

Dans la pratique, le bailleur donne le choix au locataire concernant l'établissement bancaire et le laisse exécuter lui-même le dépôt de la garantie⁵⁸. Le locataire donne ensuite au bailleur un document qui prouve que les sûretés ont été constituées⁵⁹.

Selon la doctrine, l'art. 257^e al. 1 CO fonde un cas de consignation à titre de sûretés et donne au bailleur un droit de gage. Si des espèces ou des papiers-valeurs au porteur sont remis auprès d'une banque, cela constitue une consignation irrégulière à titre de sûretés⁶⁰. La propriété des sommes déposées est acquise par la banque et le bailleur obtient un droit de gage mobilier⁶¹.

Si ce sont d'autres papiers-valeurs qui sont fournis (papiers-valeurs à ordre, papiers-valeurs nominatifs), cela sera une consignation régulière à titre de sûretés qui signifie que la propriété des titres reste au locataire. Mais ces titres seront grevés d'un droit de gage mobilier au profit du bailleur⁶².

Une consignation fiduciaire à titre de sûretés est possible, la propriété des titres revient à la banque, qu'elle garde à titre de garantie pour le bailleur⁶³.

⁵³ Comme par exemple le Canton de Vaud qui prévoit une amende qui peut aller jusqu'à fr. 2'000.-, voire plus haut si l'auteur a agi avec cupidité, le juge n'étant pas lié par ce maximum (art. 5 al. 1 et 2 de la loi sur les garanties en matière de baux à loyer (LGBL) du 15 septembre 1971.

⁵⁴ RS 311.0.

⁵⁵ Lachat, 2008, p. 359.

⁵⁶ Burkhalter R./Martinez-Favre, 2011, p. 139.

⁵⁷ Foëx, 2002, p. 9.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 10.

⁵⁹ Lachat, 2008, p. 358.

⁶⁰ La garantie locative constituée auprès d'une banque représente un gage irrégulier. Si la voie de l'exécution forcée est choisie par la suite, il sera nécessaire de faire une poursuite en réalisation de gage (Arrêt de la Cour des poursuites et faillites du Tribunal cantonal du canton de Vaud du 16 août 2007 dans la cause P.c/H).

⁶¹ Foëx, 2002, p. 10.

⁶² *Ibid.*

⁶³ *Ibid.*

Ces différents cas de figure entraînent des relations contractuelles complexes, car des éléments de plusieurs contrats entrent en ligne de compte⁶⁴.

Les sûretés en espèces qui ont été déposées sur un compte produisent des intérêts au profit du locataire⁶⁵.

Le locataire qui serait au bénéfice d'une créance contre le bailleur ne peut pas la compenser avec les sûretés qu'il a fournies en espèces ou en papiers-valeurs dans une banque. Cela sous-entend que le locataire ne peut pas arrêter de payer son loyer en invoquant la compensation⁶⁶.

La situation est différente si le bailleur n'a pas respecté son obligation de l'art. 257^e al. 1 CO soit de déposer les sûretés dans une banque. En effet, si le bailleur a reçu des espèces de la part du locataire et qu'il ne les a pas déposées auprès d'une banque, il en est devenu propriétaire par mélange. Ce qui signifie que le locataire dispose d'une créance à l'encontre du bailleur qu'il peut compenser avec ses dettes⁶⁷.

Lorsque le locataire tombe en faillite, les sûretés se retrouvent dans la masse en faillite du locataire. Le bailleur possède un droit de priorité à ce que les sûretés lui soient versées car il détient un droit de gage (art. 37 al. 2 et 3, 198 et 219 al. 1 LP).

Si la faillite concerne le bailleur, le locataire reste propriétaire des sûretés. Elles ne tombent pas dans la masse en faillite du bailleur. En revanche, si ce dernier n'a pas déposé les sûretés dans une banque alors qu'il en avait l'obligation, elles se mélangent à son patrimoine donc tombent dans la masse en faillite. Le locataire ne pourra pas compenser sa créance avec ses dettes envers le bailleur nées après la faillite, c'est pourquoi il est préférable pour lui que la constitution des sûretés s'élabore conformément à la loi⁶⁸.

Dans le cas où le bailleur déciderait de vendre son immeuble (cas d'un transfert de bail), le nouveau bailleur doit pouvoir disposer des sûretés, c'est pourquoi elles sont transférées avec le bail et le consentement du locataire. Cela n'est pas envisageable avec des garanties bancaires car elles sont attachées à la personne du locataire⁶⁹.

Le bailleur et le locataire ne peuvent pas compenser leurs créances respectives aussi longtemps que le bail est en cours⁷⁰ (l'art. 2 al. 5 CCR l'a édicté expressément)⁷¹.

⁶⁴ Foëx, 2002, p. 10.

⁶⁵ Lachat, 2008, p. 359.

⁶⁶ Foëx, 2002, p. 14.

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ Lachat, 2008, p. 360.

⁶⁹ Burkhalter R./Martinez-Favre, 2011, p. 143.

⁷⁰ Pour plus d'informations, se référer à l'arrêt de la Chambre des poursuites et faillites du Tribunal cantonal du canton de Fribourg du 21 juin 2013 dans la cause X. c/ Office des poursuites de la Gruyère et A. et consorts.

⁷¹ Lachat, 2008, p. 360.

C. Montant des sûretés (art. 257^e al. 2 CO)

Concernant les sûretés fournies par un locataire de locaux à usage d'habitation, la loi pose un plafond maximum de 3 mois de loyer brut (art. 257^e al. 2 CO)⁷². Cette règle étant relativement impérative, il est possible d'y déroger mais en faveur du locataire. Il est donc possible, par exemple, de prévoir que les sûretés ne garantiront que 2 mois de loyer et non 3 mois, comme le prescrit l'art. 257^e al. 2 CO⁷³.

Le CCR a expressément prévu, à son art. 2 al. 1 CCR, que les sûretés ne peuvent dépasser trois mois de loyer net⁷⁴.

D'autre part, il est évident que si le loyer change en cours de bail, le montant maximum de la garantie de loyer peut aussi être modifié⁷⁵.

D. Libération des sûretés (art. 257^e al. 3 CO)

En cours de bail ou à sa fin, le bailleur peut demander à ce que les sûretés soient libérées pour son compte dans trois cas de figure (art. 257^e al. 3 CO) :

- Le locataire a donné son autorisation. Aucune exigence de forme n'est prévue par le CO, mais le CCR exige, à son art. 2 al. 6 CCR, la signature du bailleur et du locataire, donc l'accord des deux parties.
- Le bailleur est au bénéfice d'un jugement exécutoire prévoyant que le locataire est condamné à payer un certain montant⁷⁶. Un jugement est exécutoire s'il ne peut plus être attaqué par les parties, il acquiert l'autorité de chose jugée formelle. D'autres décisions peuvent être assimilées à des jugements car elles clôturent la procédure (transaction, désistement d'action ou retrait de la demande)⁷⁷.
- Le bailleur a fait notifier un commandement de payer au locataire qui est, soit non frappé d'opposition, soit dont l'opposition a été levée (art. 79-84 LP). Le bailleur possédant un droit de gage, cela peut être un commandement de payer ordinaire ou en réalisation de gage⁷⁸. Le commandement de payer doit être encore valable et la poursuite ne doit pas

⁷² Foëx, 2002, p. 11.

⁷³ Carron/Plattner, 2014, p. 35.

⁷⁴ Lachat, 2008, p. 356.

⁷⁵ Foëx, 2002, p. 11.

⁷⁶ Lachat, 2008, p. 361.

⁷⁷ Burkhalter R./Martinez-Favre, 2011, p. 142.

⁷⁸ Lachat, 2008, p. 361.

être suspendue (art. 88 al. 2, 85 et 85a LP). De plus, il est essentiel que le commandement de payer indique que la créance découle du droit du bail⁷⁹.

L'alinéa 3 de l'art. 257^e CO est absolument impératif, ce qui signifie qu'on ne peut pas y déroger. Cependant, il faut réserver les dispositions du CCR qui peuvent déroger valablement au droit fédéral⁸⁰.

Le CCR ainsi que les RULV ont décidé de déroger au CO en ne permettant pas au bailleur de libérer les sûretés avec un commandement de payer non frappé d'opposition ou dont l'opposition a été levée (art. 2 al. 6 CCR et 2 RULV).

Si aucune des 3 hypothèses précitées ne sont remplies, la banque n'a pas l'autorisation de libérer les sûretés au bénéfice du bailleur.

Lorsque le bailleur demande la libération des sûretés en cours de bail, il peut demander au locataire d'en reconstituer.

Quand le bail se termine, le locataire devra demander au bailleur qu'il accepte par écrit de libérer les sûretés en sa faveur. Si le bailleur ne donne pas son accord, le locataire pourra s'adresser à l'autorité de conciliation, notifier un commandement de payer au bailleur ou simplement attendre le délai d'une année prévu à l'art. 257^e al. 3 CO⁸¹.

Si plusieurs personnes ont signé le bail, il est important qu'ils ouvrent action ensemble, autrement leur action sera rejetée pour cause de défaut de légitimation active⁸².

De son côté, la banque doit libérer les sûretés au profit du locataire dans 3 cas de figure :

- Le bailleur a donné son autorisation (le CCR demande expressément que le bailleur et le locataire donnent leurs accords par écrit, art. 2 al. 6 CCR).
- Un jugement entré en force a été rendu.
- Le locataire démontre que le bailleur n'a tenté aucune procédure judiciaire ou poursuite à son encontre, dans l'année qui suit la fin du bail. Si c'est un bail à durée déterminée, depuis l'échéance prévue. Si c'est un bail à durée indéterminée, depuis la date où une résiliation est intervenue valablement ou depuis la date où la prolongation a été fixée par l'autorité compétente. Cependant, si le locataire reste dans les locaux sans droit après une résiliation valable, le point du départ du délai d'une année est le jour de la restitution des locaux⁸³.

Lorsque le délai d'une année est passé, la restitution des sûretés au locataire par la banque s'exécute sans autre formalité et même si le bailleur n'est pas d'accord⁸⁴. Il est important de

⁷⁹ Burkhalter R./Martinez-Favre, 2011, p. 142.

⁸⁰ Lachat, 2008, p. 363.

⁸¹ *Ibid.*, p. 362.

⁸² Burkhalter R./Martinez-Favre, 2011, p. 143.

⁸³ Lachat, 2008, pp. 361-362.

⁸⁴ Burkhalter R./Martinez-Favre, 2011, p. 143.

relever que la banque doit se montrer prudente lorsqu'elle décide de libérer les sûretés car elle peut engager sa responsabilité⁸⁵. C'est pourquoi, il est préférable que durant le délai d'une année, elle contacte le bailleur afin de lui demander s'il a fait notifier un commandement de payer ou ouvert action contre le locataire. Si c'est le cas, la banque ne peut pas libérer les sûretés tant que la situation n'a pas été définitivement réglée⁸⁶.

Dans le cas où le locataire ne signale pas son changement de domicile car il déménage à l'étranger, le bailleur n'a pas d'autres choix que d'agir dans le délai d'une année pour obtenir un jugement avec autorité de chose jugée. Il est préférable que le bailleur informe par écrit la banque de ses agissements⁸⁷.

Il est évident que le bailleur et le locataire ne peuvent pas bénéficier des sûretés si ces dernières ont été apportées par un tiers⁸⁸.

E. Locaux commerciaux

Au regard du texte de l'alinéa 1 de l'art. 257^e CO, les différentes règles exposées précédemment s'appliquent aussi aux locaux commerciaux⁸⁹.

En revanche, l'alinéa 2 de l'art. 257^e CO concernant le plafond des sûretés fixé à 3 mois de loyer brut ne s'applique qu'aux baux à usage d'habitation et non aux locaux commerciaux⁹⁰.

Cela ne signifie pas que le bailleur peut exiger des sûretés correspondant à plusieurs années de loyer. Le montant de la garantie doit être en rapport avec le risque que le bailleur encourt en louant ses biens. Si le montant des sûretés est trop élevé, la garantie peut être perçue comme contraire aux mœurs (art. 20 CO) ou engendrer l'application de l'art. 21 CO (lésion)⁹¹.

De plus, le bailleur de locaux commerciaux, contrairement au bailleur de bail à usage d'habitation, dispose d'un droit supplémentaire à l'encontre du locataire, le droit de rétention⁹².

⁸⁵ Foëx, 2002, p. 12.

⁸⁶ Lachat, 2008, p. 363.

⁸⁷ Burkhalter R. /Martinez-Favre, 2011, p. 143.

⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁹ A l'inverse, le CCR ne s'applique pas aux locaux commerciaux (art. 4 des dispositions générales du CCR).

⁹⁰ Lachat, 2008, p. 356.

⁹¹ *Ibid.*

⁹² Lachat, 2008, p. 356, voir également Zurcher Pierre-Yves, Droit de rétention et poursuite, in : Contrat de bail commercial, édité par CVI Services SA, Lausanne 2002.

Le droit de rétention du bailleur de locaux commerciaux est un droit de gage légal qui porte sur des objets dont son titulaire n'a pas la possession directe⁹³. En effet, ces objets restent en possession du locataire qu'il peut utiliser sans autre mais pas les aliéner⁹⁴.

Les art. 268 à 268b CO sont des règles relativement impératives, donc il est possible d'y déroger en faveur du locataire, par exemple, en réduisant la portée du droit de rétention mais il n'est pas possible de l'étendre⁹⁵.

Les objets concernés par le droit de rétention sont les meubles amenés par le locataire ou un tiers, se trouvant dans les locaux commerciaux loués et servant soit à l'aménagement, soit à l'usage de ceux-ci (art. 268 al. 1 CO). Concernant la portée de ce dernier point, la jurisprudence s'est révélée pour le moins généreuse⁹⁶.

Le droit de rétention ne porte que sur les objets qui sont saisissables, ce qui signifie que tout ce qui est énuméré à l'art. 92 LP (biens insaisissables) ne peut pas faire l'objet du droit de rétention (comme par exemple, les objets nécessaires au travail du locataire et les objets à usage personnel du locataire). Les meubles, dont le bailleur avait conscience ou devait avoir conscience qu'il n'appartenait pas au locataire mais à un tiers, ne font pas l'objet du droit de rétention (art. 268a al. 1 CO)⁹⁷.

En revanche, le droit de rétention s'étend aux objets que le sous-locataire a amené mais uniquement pour le loyer dont il est redevable auprès du sous-bailleur (art. 268 al. 2 CO)⁹⁸.

La garantie conférée par le droit de rétention concerne les loyers et les frais accessoires dus par le locataire. La jurisprudence a également admis que le droit de rétention garantissait les indemnités pour occupation illicite, les frais de remise en état des locaux, les frais de poursuite dont les frais d'exercice du droit de rétention et les intérêts moratoires. Par contre, ne sont pas inclus, les prétentions en dommages et intérêts ainsi que le montant des sûretés exigés au locataire⁹⁹.

La créance du bailleur est toutefois limitée au montant du loyer de l'année écoulée. Le loyer du semestre en cours est garanti seulement si le bailleur prouve que sa créance est mise en péril et que le bail est toujours en cours (art. 268 al. 1 CO)¹⁰⁰. Le droit de rétention se renouvelle continuellement en fonction de la durée du bail car il garantit de nouveaux loyers et s'éteint automatiquement pour les anciennes créances non utilisées¹⁰¹.

⁹³ Foëx, 2002, p. 15.

⁹⁴ Lachat, 2008, p. 320.

⁹⁵ Foëx, 2002, p. 15.

⁹⁶ Lachat, 2008, pp. 320-321.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 321.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 322.

⁹⁹ *Ibid.*, pp. 322-323.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 323.

¹⁰¹ Burkhalter R. /Martinez-Favre, 2011, p. 451.

Le droit de rétention ne peut être exercé que si le locataire a du retard dans le paiement de son loyer. Dès que le bailleur constate cela, il peut demander à l'office des poursuites du lieu de situation des locaux commerciaux une prise d'inventaire (art. 283 al. 1 LP). Le bailleur n'a pas besoin de prouver de manière précise sa créance, la vraisemblance suffit. Dès que la prise d'inventaire a été effectuée par un fonctionnaire de l'office, en présence du locataire, ce dernier ne peut plus disposer des objets inventoriés mais peut tout de même les utiliser. Les objets sont inscrits dans un procès-verbal qui sera ensuite envoyé au bailleur qui disposera d'un délai de 10 jours pour faire une poursuite en réalisation de gage (art. 283 al. 3 LP). Le locataire est en droit de stopper la prise d'inventaire en réglant les arriérés de loyers ou en constituant des sûretés¹⁰².

Le bailleur possède deux instruments à sa disposition lui permettant de protéger son droit de rétention si le locataire le menace. Le bailleur peut demander l'assistance de l'autorité compétente afin d'empêcher le locataire de déménager ou d'emmener des meubles du local commercial et en cas d'urgence, il peut solliciter l'intervention de la force publique. Si le locataire a emmené clandestinement des meubles du local commercial, le bailleur a la possibilité de faire appel à la force publique afin de faire réintégrer les objets dans les 10 jours suivant leur déplacement (art. 268b al. 1 et 2 CO et 284 LP)¹⁰³.

A la fin et en cours de bail, le droit de rétention s'éteint dès que les objets sont retirés des locaux commerciaux avec le consentement du bailleur¹⁰⁴.

Il est précisé que les dispositions sur le droit de rétention légal ont failli être abrogées lors des modifications législatives sur le droit d'assainissement entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2014¹⁰⁵.

¹⁰² Lachat, 2008, pp. 323-325.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 327.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 328.

¹⁰⁵ CF, Message modification LP, 2010, pp. 5908-5909.

IV. Dispositions complémentaires et contrat-cadre romand

A. Réserve en faveur du droit cantonal

Selon l'art. 257^e al. 4 CO, « les cantons peuvent édicter des dispositions complémentaires ». La doctrine penche pour une interprétation large de cette disposition, qui prévoit que les cantons peuvent édicter des règles concernant la fourniture de sûretés par le locataire (art. 257^e CO), soit en espèces ou sous forme de papiers-valeurs, mais également réglementer les autres types de sûretés (cautionnement, garantie bancaire, etc.)¹⁰⁶. Cela signifie que les cantons peuvent décider d'étendre le régime juridique de protection prévu à l'art. 257^e al. 1 à 3 CO à d'autres sûretés. Au regard de la législation de certains cantons (Genève, Valais et Vaud par exemple), ces derniers peuvent aussi restreindre l'utilisation de garantie, ce qui peut sembler aller au-delà de simples dispositions complémentaires¹⁰⁷. Les cantons de Genève, Vaud, Neuchâtel, Fribourg, Valais, Tessin et Uri ont édicté des lois complémentaires selon l'art. 257^e al. 4 CO¹⁰⁸.

B. Contrat-cadre romand (CCR)

En outre, il faut nous intéresser à un texte juridique qui a une valeur considérable et surtout une force contraignante. Il s'agit du contrat-cadre romand de baux à loyer¹⁰⁹.

Au regard de l'art. 3 al. 1 let. a de la loi fédérale du 23 juin 1995 sur les contrats-cadres de baux à loyer et leur déclaration de force obligatoire générale¹¹⁰ : « le Conseil fédéral (CF) peut autoriser qu'il soit dérogé aux dispositions impératives du droit du bail lorsque le contrat-cadre est conclu par des organisations représentatives qui défendent les intérêts des bailleurs ou des locataires ». Ce qui a été chose faite avec un arrêté du Conseil fédéral en date du 25 juin 2008 déclarant de force obligatoire le contrat-cadre romand du 12 décembre 2007 (FF 2008 III. 1 5289). Cela signifie qu'en Suisse romande, c'est-à-dire pour les cantons de Vaud, Genève, Fribourg, Neuchâtel, Jura ainsi que les sept districts de langue française du Valais, le CCR l'emporte sur les dispositions complémentaires cantonales et le droit fédéral, soit le Code des obligations. Par conséquent, il est très important de connaître les règles du CCR ainsi que du droit cantonal édicté en utilisant la réserve de l'art. 257^e al. 4 CO.

Point important, le CCR s'applique exclusivement aux baux à loyer d'habitation et non aux locaux commerciaux (art. 4 des dispositions générales du CCR).

¹⁰⁶ Foëx, 2002, pp. 6-7.

¹⁰⁷ *Ibid.*, pp. 7-8.

¹⁰⁸ Burkhalter R./Martinez-Favre, 2011, p. 144.

¹⁰⁹ Par un arrêté du Conseil fédéral du 20 juin 2014 relatif à la déclaration de force obligatoire générale du contrat-cadre romand de baux à loyer et à la dérogation aux dispositions impératives du droit du bail, les dispositions du CCR ont été reconduites pour une période de 6 ans, soit jusqu'au 30 juin 2020 (FF 2014 5087).

¹¹⁰ RS 221.213.15.

V. Autres manières de constituer des sûretés

A. Entreprises privées de cautionnement

De nombreuses sûretés sont apportées, en Suisse romande, par l'entremise d'entreprises commerciales proposant le cautionnement de loyer¹¹¹.

Il est évident que la constitution d'une garantie de loyer pouvant s'élever à 3 mois de loyer peut représenter un montant important pour le locataire. Toute le monde n'a peut-être pas les moyens de réunir cette somme lors de l'entrée dans les locaux. C'est pourquoi, il existe des entreprises privées de cautionnement qui offrent la possibilité de constituer une garantie de loyer sans dépôt de capital. Le système est généralement le suivant : après paiement d'un montant pour l'inscription, le locataire paie, chaque année, une prime annuelle qui correspond à un pourcentage de la garantie de loyer¹¹².

Il est possible que les entreprises privées de cautionnement ne prévoient pas exactement les mêmes droits et obligations, c'est pourquoi il est essentiel de se renseigner sur les conditions générales de chaque entreprise privée de cautionnement.

Les sociétés de cautionnement proposent les mêmes garanties qu'une banque, ce sont des compagnies d'assurance assujetties à la loi sur le contrat d'assurance. De ce fait, elles sont contrôlées par l'autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA).

Il est par exemple possible que les sociétés de cautionnement décident de suivre le régime de l'art. 257^e CO et non celui du CCR en prévoyant la libération de la garantie en faveur du bailleur si celui-ci possède un commandement de payer non frappé d'opposition ou dont l'opposition a été définitivement levée.

B. Cautionnement déguisé en engagement pris par des locataires solidaires

Il faut se montrer extrêmement prudent lorsque le cautionnement est en jeu tout comme les autres types de sûretés personnelles car leurs constitutions ne répondent pas nécessairement aux mêmes règles (conditions, effets). C'est pourquoi, il faut impérativement connaître ces différentes dispositions, sans quoi, des surprises désagréables pour le bailleur peuvent intervenir.

L'exemple le plus courant est celui où le bailleur, dans la seule idée de garantir la solvabilité du locataire, demande à un tiers de signer le contrat de bail avec le locataire, soit de devenir codébiteur solidaire, sans que ce tiers ne vive concrètement dans l'appartement ou le local commercial. Ce cas de figure ne constitue pas un bail commun, mais représente plutôt un

¹¹¹ Carron/Plattner, 2014, p. 35.

¹¹² Voir <http://www.cagi.ch/fr/logement/garantie-ou-caution-bancaire.php>.

cautionnement « déguisé » qui doit, bien évidemment, respecter les dispositions relatives au cautionnement, soit les art. 492ss CO¹¹³.

Si la caution est une personne physique et que le cautionnement dépasse fr. 2'000.-, la déclaration de cautionnement doit impérativement respecter la forme authentique, c'est-à-dire être constituée chez un notaire (art. 493 al. 2 CO).

Lorsqu'un tiers signe un contrat de bail qui contient la formule « solidairement responsables », il ne devient débiteur solidaire avec le locataire (art. 143 al. 1 CO) que dans trois cas de figure :

- Si le contrat conclu prouve que le garant avait pleine conscience de la portée de son engagement et s'il dévoile les raisons qui ont conduit les parties à ne pas conclure un cautionnement, ou
- Si le tiers est familier du vocabulaire juridique utilisé dans ce domaine du fait de sa profession, ou
- Si le garant a un intérêt direct et matériel à être partie au contrat de bail, que le bailleur en a été informé et conçoit la raison pour laquelle le tiers est disposé à supporter les mêmes obligations que le locataire¹¹⁴.

Si aucune de ces hypothèses n'est avérée, cela signifie que l'engagement pris par le tiers doit être considéré comme un cautionnement. Si le montant du cautionnement se trouve être plus élevé que la somme de fr. 2'000.-, la forme authentique doit être respectée. Dans le cas où cette dernière n'aurait pas été observée, l'engagement du tiers est nul. Cela a pour conséquence que le tiers ne peut pas être tenu pour responsable de la mauvaise exécution ou de la non-exécution des obligations du locataire¹¹⁵.

C. Souscription par un tiers d'une assurance-cautionnement d'un loyer d'habitation en sus d'un engagement de garantie du loyer en la forme écrite

Il sied de relever un cas récent paru au JDT 2016 III 24 (CREC 27 octobre 2015/371) qui décrète comme valable l'engagement pris en tant que « garant » d'un tiers qui a contracté, solidairement avec un couple de locataires, une assurance garantie plafonnée à une couverture de fr. 4'392.-.

En revanche, au-delà de cette couverture de fr. 4'392.-, l'engagement du « garant » a été déclaré comme nul pour la tranche du dommage du bailleur dépassant le montant de cette garantie.

Cet arrêt semble confirmer la jurisprudence évoquée précédemment au sujet de l'impossibilité pour un tiers de reprendre solidairement une dette du locataire en détournant les dispositions

¹¹³ Micheli, 1994, p. 6.

¹¹⁴ Considérant III a) de l'arrêt de la Cour des poursuites et faillites du canton de Vaud du 17 mars 2015 (voir infra VIII. E, p. 26 et ss).

¹¹⁵ Considérant III b) de l'arrêt de la Cour des poursuites et faillites du canton de Vaud du 17 mars 2015 (voir infra VIII. E, p. 26 et ss).

sur le cautionnement¹¹⁶, mais tout en lui laissant la possibilité de s'engager solidairement à hauteur du montant de la garantie de loyer contractée !

Cela dit, une note critique du professeur Denis Piotet concernant l'arrêt paru au JDT 2016 III 24, semble évoquer le fait que les contrats d'assurance-cautionnement, pour autant qu'ils instituent une obligation solidaire vis-à-vis du bailleur, pourraient priver le locataire, débiteur principal, de certains de ses droits. Il est vrai qu'il ne pourrait pas faire valoir les exceptions à l'encontre de prétentions du bailleur, peut être infondées ou excessives, ce qui serait contraire à la loi vaudoise sur les garanties en matière de baux à loyer du 15 septembre 1971 (LGBL)¹¹⁷. En effet, cette dernière interdit expressément le recours au cautionnement solidaire en matière de baux à loyer d'habitation (art. 1 al. 4 LGBL).

¹¹⁶ Arrêt de la Cour des poursuites et faillites du canton de Vaud du 17 mars 2015 (voir infra VIII. E, p. 26 et ss).

¹¹⁷ RSV 221.307.

VI. Conclusion

Dans le cadre de la conclusion d'un contrat de durée, il peut paraître normal que le bailleur puisse se protéger contre les risques liés au fait de céder l'usage et la jouissance de son bien immobilier.

L'exposé d'aujourd'hui vous aura amené dans les méandres des dispositions sur les garanties de loyer et sur les autres manières de constituer des sûretés.

Le domaine est complexe et se heurte, parfois, à des dispositions légales contradictoires, puisqu'il faut « surfer » entre des dispositions de droit fédéral, d'un contrat-cadre romand et des règles complémentaires cantonales.

En matière de cautionnement, les dispositions sont souvent formalistes alors que dans le domaine des contrats d'assurance-cautionnement, il s'agit d'étudier attentivement les conditions générales des entreprises privées de cautionnement.

De manière générale, on constate que la législation à but de protection sociale régissant le bail à loyer et la jurisprudence en vigueur ont tendance à limiter la marge de manœuvre des bailleurs et de leurs auxiliaires.

Il sied, dès lors, de limiter, en tout cas en matière de baux d'habitation, la constitution des garanties à trois mois de loyer net dans les cantons soumis au CCR.

Heureusement, la marge de manœuvre demeure, quant à elle, plus large en matière de baux à loyer commerciaux.

Quant aux entreprises de cautionnement, qui semblent être aujourd'hui de plus en plus nombreuses sur le marché, il paraît important qu'elles établissent leurs contrats et conditions générales de manière à éviter toute critique de la part de la doctrine et des tribunaux.

Pour conclure, ayez à l'esprit que lorsque le Juge est confronté à un engagement, il doit toujours déterminer, au sens des dispositions de l'art. 18 CO, la réelle et commune intention des parties. De ce fait, il paraît opportun, avant de vous engager avec des locataires débiteurs solidaires et/ou tout autre type de caution, d'investir **fr. 18.-**, nombre magique en l'espèce, pour déterminer, par un extrait de l'Office des poursuites, la solvabilité d'un futur locataire.

VII. Bibliographie

A. Documentation officielle

ATF 129 III 360, JDT 2004 II 14.

ATF 127 III 273/278, JDT 2001 II 8/12

Arrêt de la Cour des poursuites et faillites du canton de Vaud du 17 mars 2015 (KC14.03905).

CREC 27 octobre 2015/371, JDT 2016 III 24.

CF, Message du 8 septembre 2010 relatif à une modification de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (droit de l'assainissement), FF 2010 5871.

B. Ouvrages

Burkhalter R. Peter/Martinez-Favre Emmanuelle, Le droit suisse du bail à loyer, Commentaire, Genève, Zurich, Bâle 2011.

Carron Blaise/Plattner Placidus, Contrat de bail et valorisation immobilière, in : Bohnet François/Carron Blaise, 18^{ème} séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2014.

Foëx Bénédicte, Les sûretés et le bail à loyer, Neuchâtel 2002.

Lachat David, Le bail à loyer, Lausanne 2008.

Marchand Sylvain, Art. 257^e CO in : Bohnet François/Montini Marino, Droit du bail à loyer, Bâle 2010.

Micheli Jacques, Les colocataires dans le bail commun, Neuchâtel 1994.

Müller Christoph/Follonier-Ayla Alejandro, Contrats de droit suisse, Berne 2012.

Zurcher Pierre-Yves, Droit de rétention et poursuite, in : Contrat de bail commercial, édité par CVI Services SA, Lausanne 2002.

C. Site internet

<http://www.cagi.ch/fr/logement/garantie-ou-caution-bancaire.php> (consulté le 7 novembre 2016).

VIII. Annexes

A. Code des obligations

1. Art. 257^e CO : Sûretés fournies par le locataire

1 Si le locataire d'habitations ou de locaux commerciaux fournit des sûretés en espèces ou sous forme de papiers-valeurs, le bailleur doit les déposer auprès d'une banque, sur un compte d'épargne ou de dépôt au nom du locataire.

2 Lorsqu'il s'agit de baux d'habitations, le bailleur ne peut exiger des sûretés dont le montant dépasse trois mois de loyer.

3 La banque ne peut restituer les sûretés qu'avec l'accord des deux parties ou sur la base d'un commandement de payer non frappé d'opposition ou d'un jugement exécutoire. Si, dans l'année qui suit la fin du bail, le bailleur n'a fait valoir aucune prétention contre le locataire dans le cadre d'une procédure judiciaire ou d'une poursuite pour dettes ou d'une faillite, celui-ci peut exiger de la banque la restitution des sûretés.

4 Les cantons peuvent édicter des dispositions complémentaires.

2. Art. 268 à 268b CO : Droit de rétention du bailleur

Art. 268

1 Le bailleur de locaux commerciaux a, pour garantie du loyer de l'année écoulée et du semestre courant, un droit de rétention sur les meubles qui se trouvent dans les locaux loués et qui servent soit à l'aménagement, soit à l'usage de ceux-ci.

2 Le droit de rétention du bailleur grève aussi les meubles apportés par le sous-locataire dans la mesure où celui-ci n'a pas payé son loyer au locataire.

3 Ne sont pas soumis au droit de rétention les biens qui ne pourraient être saisis par les créanciers du locataire.

Art. 268a

1 Les droits des tiers sur des choses dont le bailleur savait ou devait savoir qu'elles n'étaient pas la propriété du locataire prévalent sur le droit de rétention; il en va de même pour les choses que le possesseur a perdues, qui lui ont été volées ou dont il est dessaisi de quelque autre manière contre sa volonté.

2 Lorsque le bailleur apprend seulement au cours du bail que des meubles apportés par le locataire ne sont pas la propriété de ce dernier, son droit de rétention sur ces meubles s'éteint s'il ne résilie pas le contrat pour le prochain terme.

Art. 268b

1 Lorsque le locataire veut déménager ou a l'intention d'emporter les meubles qui se trouvent dans les locaux loués, le bailleur peut, avec l'assistance de l'autorité compétente, en retenir autant qu'il en faut pour garantir sa créance.

2 Les objets emportés clandestinement ou avec violence peuvent être réintégrés avec l'assistance de la force publique dans les dix jours qui suivent leur déplacement.

B. Art. 2 du contrat-cadre romand (CCR)

Si une garantie financière est exigée par le bailleur, elle ne doit pas dépasser trois mois de loyer net.

Elle doit être fournie dans les trente jours qui suivent la signature du contrat, mais au plus tard à l'entrée du locataire dans les locaux.

Si le bailleur reçoit une garantie, il doit la déposer dans les dix jours sur un livret établi au nom du locataire auprès d'une banque du lieu de situation de l'immeuble. De même si le locataire constitue lui-même la garantie, il doit le faire sous la même forme.

Elle garantit l'exécution des obligations du locataire envers le bailleur découlant du présent bail, ou de la possession, au-delà du bail, de la chose louée.

Le locataire ne peut opposer la compensation avec la garantie constituée conformément à la loi pour toutes dettes à l'égard du bailleur découlant du contrat de bail.

Le retrait de tout ou partie des sommes ou valeurs déposées à titre de garantie ne peut être effectué que sous la double signature du bailleur et du locataire ou en vertu d'une décision judiciaire.

A défaut d'une action judiciaire intentée dans le délai d'une année à compter de la date où le locataire a libéré les locaux faisant l'objet de la garantie, celle-ci est de plein droit débloquée et le locataire ou son mandataire est autorisé à reprendre possession des fonds.

C. Art. 2 Dispositions paritaires romandes et règles et usages locatifs du canton de Vaud (RULV)

Si une garantie financière est exigée par le bailleur, elle ne doit pas dépasser trois mois de loyer net, sauf exception pour les baux commerciaux.

Elle doit être fournie dans les trente jours qui suivent la signature du contrat, mais au plus tard à l'entrée du locataire dans les locaux.

Si le bailleur reçoit une garantie, il doit la déposer dans les dix jours sur un livret établi au nom du locataire auprès d'une banque du lieu de situation de l'immeuble. De même, si le locataire constitue lui-même la garantie, il doit le faire sous la même forme.

Elle garantit l'exécution des obligations du locataire envers le bailleur découlant du présent bail, ou de la possession, au-delà du bail, de la chose louée.

Le locataire ne peut opposer la compensation avec la garantie qu'il a fournie pour toutes dettes à l'égard du bailleur, échues en cours de bail ou à son départ.

Le retrait de tout ou partie des sommes ou valeurs déposées à titre de garantie ne peut être effectué que sous la double signature du bailleur et du locataire ou en vertu d'une décision judiciaire.

A défaut d'une action judiciaire intentée dans le délai d'une année à compter de la date où le locataire a libéré les locaux faisant l'objet de la garantie, celle-ci est de plein droit débloquée et le locataire ou son mandataire est autorisé à reprendre possession des fonds.

D. Art. 1 à 7 de la Loi sur les garanties en matière de baux à loyer (LGBL) du 15 septembre 1971

Art. 1 Dépôt obligatoire des garanties

1 Le bailleur ou son représentant qui reçoit, à raison du bail, des espèces à titre de garantie doit les déposer dans les 10 jours, sur un livret établi au nom du locataire par un établissement soumis à la loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne, du 8 novembre 1934, ayant son siège ou une agence dans le canton de Vaud ou par un autre établissement autorisé par le département en charge du logement. Le livret doit être déposé dans l'un de ces établissements.

2 Le bailleur ou son représentant qui, dans les mêmes conditions, reçoit un livret ou une autre valeur, doit le déposer dans les 10 jours dans l'un des établissements mentionnés à l'alinéa 1 ci-dessus.

3 Le cautionnement, simple ou solidaire, est autorisé à titre de garantie pour les baux à usage exclusivement commercial.

4 Pour les baux concernant des logements, seul le cautionnement simple est admissible, à la demande expresse du locataire. Ce dernier peut, en tout temps, substituer au cautionnement une garantie de même montant en espèces ou en valeurs; les alinéas 1 et 2 sont applicables.

Art. 2 Certificat, frais

1 Le dépositaire établit un certificat en deux exemplaires dont il remet l'un au bailleur et l'autre au locataire. Ce certificat doit mentionner le motif du dépôt et reproduire intégralement le texte de l'article 3 de la présente loi.

Art. 3 Retraits et revenus

1 Le retrait de tout ou partie des sommes ou valeurs déposées, à titre de garantie, ne peut être effectué que sous la double signature du bailleur et du locataire ou en vertu d'une décision judiciaire.

2 Les revenus du dépôt peuvent être touchés sous la seule signature du locataire.

3 A défaut d'action judiciaire civile intentée par le bailleur contre le locataire dans le délai d'une année suivant la date où le locataire a libéré les locaux faisant l'objet de la garantie, le dépôt est débloqué de plein droit et le locataire autorisé à en prendre possession.

Art. 4 Sous-location

1 Les dispositions de la présente loi sont aussi applicables aux garanties fournies par les sous-locataires.

Art. 5 Dispositions pénales

1 Celui qui contrevient aux dispositions de la présente loi est passible d'une amende pouvant aller jusqu'à deux mille francs.

2 Si le contrevenant a agi par cupidité, le juge ne sera pas lié par ce maximum.

3 Si les actes commis constituent une infraction prévue par le Code pénal, les dispositions de ce code sont réservées.

4 Lorsqu'une infraction a été commise dans la gestion d'une personne morale, d'une société de personnes dépourvue de la personnalité juridique ou d'une maison à raison individuelle, les sanctions sont applicables aux personnes qui ont agi ou auraient dû agir en son nom.

5 La personne morale, la société ou le propriétaire de l'entreprise individuelle répondent solidairement de l'amende et des frais.

Art. 6 Disposition transitoire

1 Les espèces ou valeurs visées à l'article premier et reçues avant l'entrée en vigueur de la loi doivent faire l'objet d'un dépôt conforme à cette dernière, dans les trois mois suivant cette entrée en vigueur.

Art. 7

1 Le Conseil d'Etat est chargé de la publication et de l'exécution de la présente loi.

E. Arrêt du 17 mars 2015 de la Cour des poursuites et faillites du Tribunal cantonal du Canton de Vaud



TRIBUNAL CANTONAL

KC14.03905

COUR DES POURSUITES ET FAILLITES

Arrêt du 17 mars 2015

Composition : Mme ROULEAU, présidente
 Mme Byrde et M. Maillard, juges
Greffier : M. Pfeiffer

Art. 82 al. 2 LP, 143 et 492 CO

La Cour des poursuites et faillites du Tribunal cantonal, statuant à huis clos en sa qualité d'autorité de recours en matière sommaire de poursuites, s'occupe du recours exercé par **B.** _____, à Lausanne, contre le prononcé rendu le 7 novembre 2014, à la suite de l'audience du même jour, par le Juge de paix du district de Lausanne, dans la poursuite n° 7'130'397 de l'Office des poursuites du même district exercée à l'instance de **L.** _____, à Thônex, contre le recourant.

Vu les pièces au dossier, la cour considère :

En fait :

1. Le 12 août 2014, sur réquisition de L. _____, l'Office des poursuites du district de Lausanne a notifié à B. _____ un commandement de payer n° 7'130'397 portant sur un montant de 14'400 fr. plus intérêt à 5% l'an dès le 22 mai 2014, indiquant comme titre de la créance ou cause de l'obligation : « Créances de loyer impayées – bail du 26 mai 2011 – Appartement [...], rte [...], 1564 Domdidier. Solidairement responsable avec Mme A.Z. _____, [...] Lausanne ».

Le poursuivi, par son épouse, a formé opposition totale à ce commandement de payer.

Le 23 septembre 2014, la poursuivante a requis, avec suite de frais, la mainlevée provisoire de l'opposition. Elle a produit, outre le commandement de payer, les pièces suivantes :

- une copie d'un contrat de bail, non daté, conclu entre la poursuivante, d'une part, et X. _____ et B.Z. _____, d'autre part, portant sur la location d'un appartement de 4.5 pièces sis à la route [...], à 1564 Domdidier. Il prévoit une entrée en vigueur le 1^{er} juin 2011, une échéance au 31 mai 2012, un renouvellement tacite d'année en année ainsi qu'un délai de résiliation de 3 mois. Le loyer mensuel total a été arrêté à 1'800 fr., soit 1'600 fr. de loyer net et 200 fr. d'acompte de frais accessoire.

Sous la rubrique « locataires » figure la mention suivante :

« Codébiteurs solidaires :

M. B. _____

Mme A.Z. _____

Ch. [...]

[...] Lausanne ».

Le bail a été signé par X. _____, B.Z. _____, A.Z. _____ et le poursuivi ;

- une copie de l'état des lieux d'entrée signé le 31 mai 2011 par X. _____ ;
- une copie de la formule officielle d' « avis de fixation du loyer lors de la conclusion d'un nouveau bail » adressée sous pli recommandé le 26 mai 2011 à X. _____, B.Z. _____, A.Z. _____ et au poursuivi, à leur adresse respective ;

- une copie du relevé de compte n° [...] ouvert au nom de [...] et L. _____ auprès de la Banque [...] portant sur la période du 1^{er} janvier 2013 au 30 juin 2013 ;
- une copie du relevé du compte susmentionné afférant à la période du 1^{er} juillet 2013 au 31 décembre 2013 ;
- une copie du relevé du compte susmentionné afférant à la période du 1^{er} janvier 2014 au 30 juin 2014 ;
- une copie d'un courrier que [...] et L. _____ ont adressé le 9 décembre 2013 à X. _____, sous pli simple et pli recommandé, constatant l'existence d'un retard dans le paiement du loyer de 5'400 fr. et lui impartissant un délai au 15 janvier 2014 pour s'en acquitter tout en l'informant qu'à défaut de paiement, le bail serait résilié moyennant un délai de 30 jours en application de l'article 257d CO ;
- une copie de la confirmation de l'envoi postal du courrier recommandé susmentionné ;
- une copie du courrier que X. _____ et B.Z. _____ ont adressé à [...] et L. _____ le 20 janvier 2014, faisant état de divers défauts de la chose louée, annonçant leur déménagement pour le 1^{er} février 2014, proposant de fixer une date pour la remise des clés et réclamant une réduction de 40 % du loyer depuis le début de la location ainsi que la prise en charge de divers défauts ;
- une copie du courrier que [...] et L. _____ ont adressé à X. _____ et B.Z. _____ le 29 janvier 2014, réfutant les griefs soulevés dans le courrier du 20 janvier 2014 et annonçant vouloir poursuivre en justice les locataires solidaires de l'appartement et cela tant pour les loyers impayés que pour ceux courant jusqu'au terme du bail. Le courrier mentionne qu'une copie est adressée aux locataires solidaires de l'appartement, soit au poursuivi et à A.Z. _____ ;
- une copie du courrier recommandé que [...] et L. _____ ont adressé à X. _____ et B.Z. _____ le 5 mai 2014, les informant avoir trouvé un nouveau locataire dès le premier juin 2014 et les invitant à s'acquitter, d'ici au 22 mai 2014, de la somme de 14'400 fr. correspondant, par 5'400 fr., à l'arriéré de loyer et de charges de chauffage et d'eau chaude relatif à l'année 2013 et par 9'000 fr. aux loyers et charges de chauffage et d'eau chaude pour la période du 1^{er} janvier 2014 au 31 mai 2014. Le courrier mentionne en outre qu'à défaut de paiement, des procédures de poursuites seront ouvertes à l'encontre de ses destinataires et à l'encontre des «colocataires solidaires, M. B. _____ et Mme A.Z. _____, lesquels demeurent tenus des obligations résultant du bail jusqu'au terme de ce dernier, à savoir le 31 mai 2014 » ; le courrier mentionne en outre qu'il est adressé en copie à B. _____ et à A.Z. _____ ;

- une copie de la «liste des codes à barres pour lettre avec suivi électronique des envois» attestant d'un envoi recommandé au poursuivi, le 5 mai 2014, à son adresse du chemin [...] à [...] Lausanne ;
- un récapitulatif des loyers dus par X. _____ pour 2013 et 2014 ;
- une copie de la réquisition de poursuite du 30 juillet 2014 ;
- une copie d'une fiche de renseignements délivrée le 30 juillet 2014 par le service du contrôle des habitants de Lausanne dont il ressort, notamment, que le poursuivi a pour adresse le chemin [...] à [...] Lausanne depuis le 15 avril 2005.

Par avis du 8 octobre 2014, le Juge de paix du district de Lausanne a notifié la requête de mainlevée au poursuivi et cité les parties à comparaître à son audience du vendredi 7 novembre 2014.

2. Par prononcé du 7 novembre 2014, rendu à la suite de l'audience du même jour qui s'est tenue par défaut des parties, le juge de paix a prononcé la mainlevée provisoire de l'opposition (I), arrêté à 360 fr. les frais judiciaires (II), les a mis à la charge du poursuivi (III) et dit que ce dernier devait rembourser à la partie poursuivante son avance de frais à concurrence de 360 fr., sans allocation de dépens pour le surplus (IV).

Ce prononcé a été notifié au poursuivi le 25 novembre 2014, qui en a requis la motivation par acte du 4 décembre 2014.

Les motifs de la décision ont été notifiés le 7 janvier 2015 au conseil que le poursuivi avait dans l'intervalle consulté. En bref, le premier juge a retenu que le contrat de bail à loyer produit valait reconnaissance de dette pour les huit mois de loyer réclamés lesquels pouvaient être demandés, dans leur intégralité, au poursuivi qui avait signé le contrat en qualité de codébiteur solidaire.

3. Le poursuivi a recouru par acte du 19 janvier 2015. Il a conclu, avec suite de frais et dépens de première et deuxième instances, principalement, à la réforme du prononcé en ce sens que l'opposition est définitivement maintenue, subsidiairement, à l'annulation de la décision attaquée et au renvoi la cause au premier juge pour nouvelle décision.

Par décision du 27 janvier 2015, la Présidente de la cour de céans a accordé d'office l'effet suspensif au recours.

Par acte du 23 février 2015, l'intimée a conclu, avec suite de frais et dépens, au rejet du recours.

En droit :

I. Le recours, déposé dans les formes requises et en temps utile (art. 321 al. 1 et 2 CPC [Code de procédure civile du 19 décembre 2008 ; RS 272]), est recevable formellement.

La réponse, déposée dans le délai de l'art. 322 al. 2 CPC, est également recevable.

II. a) Selon l'art. 82 LP (loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1889 ; RS 281.1), le créancier dont la poursuite se fonde sur une reconnaissance de dette constatée par acte authentique ou sous seing privé peut requérir la mainlevée provisoire de l'opposition au commandement de payer.

Constitue une reconnaissance de dette au sens de l'art. 82 al. 1 LP l'acte sous seing privé, signé par le poursuivi ou son représentant, d'où ressort sa volonté de payer au poursuivant, sans réserve ni condition, une somme d'argent déterminée, ou aisément déterminable, et échue (ATF 139 III 297 c. 2.3.1 p. 301 ; ATF 136 III 624 c. 4.2.2 p. 626, ATF 136 III 627 c. 2 p. 629 et la jurisprudence citée).

La procédure de mainlevée est une procédure sur pièces (Urkundenprozess), dont le but n'est pas de constater la réalité de la créance en poursuite, mais l'existence d'un titre exécutoire : le créancier ne peut motiver sa requête qu'en produisant le titre et la production de cette pièce, considérée en vertu de son contenu, de son origine et de ses caractéristiques extérieures comme un tel titre, suffit pour que la mainlevée soit prononcée si le débiteur n'oppose pas et ne rend pas immédiatement vraisemblables des moyens libératoires (art. 82 al. 2 LP ; ATF 132 III 140, c. 4.1.1, rés. in JT 2006 II 187). Pour qu'un écrit public, authentique ou privé ou qu'un ensemble d'écrits vaille reconnaissance de dette, il doit en ressortir, sur la base d'un examen sommaire, que le poursuivi a assumé une obligation de payer ou de fournir des sûretés, donc une créance exigible, chiffrée et inconditionnelle, car si la reconnaissance de dette n'est pas pure et simple, le poursuivant, pour obtenir la mainlevée provisoire, doit rapporter la preuve littérale que les conditions ou réserves sont devenues sans objet (Gilliéron, Commentaire

de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, n. 40 ad art. 82 LP). Enfin, le titre produit pour valoir reconnaissance de dette et titre à la mainlevée provisoire ne justifie la mainlevée provisoire de l'opposition que si le montant de la prétention déduite en poursuite est chiffré de façon précise dans le titre lui-même ou dans un écrit annexé auquel la reconnaissance se rapporte ; cette indication chiffrée doit permettre au juge de la mainlevée de statuer sans se livrer à des calculs compliqués et peu sûrs (Gilliéron, op. cit., n. 42 ad art. 82 LP).

Un contrat bilatéral vaut reconnaissance de dette si le poursuivant a rempli ou garanti les obligations légales ou contractuelles exigibles avant le paiement dont il requiert le recouvrement ou au moment de ce paiement, c'est-à-dire s'il a lui-même exécuté ou offert d'exécuter ses propres prestations en rapport d'échange (Panchaud/Caprez, La mainlevée d'opposition, § 69 ; Gilliéron, op. cit., nn. 44 et 45 ad art. 82 LP). Le contrat signé de bail à loyer constitue une reconnaissance de dette pour le montant du loyer échu, pour autant que le bailleur ait mis l'objet du contrat à disposition du locataire (Panchaud/Caprez, op. cit., §§ 74 et 75 ; Krauskopf, La mainlevée provisoire et quelques jurisprudences récentes, JT 2008 II 35).

La conclusion d'un bail à loyer est en principe valable sans forme, sous réserve des art. 269d et 270 al. 2 CO (Code des obligations, loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse ; RS 220). En vertu de cette dernière disposition, en cas de pénurie de logements, les cantons peuvent rendre obligatoire, sur tout ou partie de leur territoire, l'usage de la formule officielle mentionnée à l'art. 269d CO pour la conclusion de tout nouveau bail. Le canton de Fribourg a fait usage de cette faculté pour les baux d'habitations sises dans le canton (art. 27 LABLF [loi du 9 mai 1996 d'application relative au bail à loyer et au bail à ferme non agricole ; RSF 222.3.1] ; Lachat, Le bail à loyer, Lausanne 2008, p. 395). Par ordonnance du 26 novembre 2002, entrée en vigueur le 1er janvier 2003, le Conseil d'Etat fribourgeois a rendu obligatoire cette formule (Ordonnance du 26 novembre 2002 concernant l'usage de la formule officielle pour la conclusion d'un nouveau bail à loyer, ROF 2002_129).

b) En l'espèce, la poursuite est fondée sur un contrat de bail à loyer. Ce contrat est signé par le poursuivi, en qualité de codébiteur solidaire, et accompagné de la formule officielle de notification de hausse de loyer prescrite par l'art. 270 al. 2 CO. Il ne fait pas de doute, au vu de l'état des lieux d'entrée signé le 31 mai 2011 notamment, que le bailleur a mis l'objet loué à disposition. Ce contrat vaut donc, en principe, titre à la mainlevée provisoire au sens de l'art. 82 LP.

III. L'intimée soutient cependant que son engagement constituerait un cautionnement, nul en la forme.

a) En vertu de l'art. 82 al. 2 LP, le juge prononce la mainlevée provisoire de l'opposition, à moins que le débiteur ne rende vraisemblable sa libération. La vraisemblance du moyen libératoire suffit à mettre en échec la requête de mainlevée provisoire (Gilliéron, op. cit., n. 82 ad art. 82 LP). Cela signifie que les faits pertinents doivent simplement être vraisemblables : le juge n'a pas à être persuadé de l'existence des faits; il suffit que, sur la base d'éléments objectifs, il acquière l'impression d'une certaine vraisemblance de l'existence des faits pertinents, sans pour autant qu'il doive exclure la possibilité que les faits aient pu se dérouler autrement (ATF 132 III 140 précité c. 4.1.2, rés. in JT 2006 II 187 ; TF 5A_652/2011 du 28 février 2012 c. 3.2.2; CPF, 25 novembre 2010/452 et les réf. citées ; Staehelin, Basler Kommentar, 2^e éd., nn. 87 à 89 ad art. 82 LP et les réf. citées). Parmi les moyens libératoires figurent ceux que le juge peut ou doit relever d'office, notamment ceux de la violation de règles impératives prescrites à peine de nullité, en particulier les règles de formes imposées par l'art. 493 CO pour la validité d'un acte de cautionnement (TF 5A_849/2012 et les réf. citées; Gilliéron, op. cit., nn. 75 et 81 ad art. 82 LP).

Lorsque plusieurs personnes s'engagent ensemble et déclarent s'obliger de manière qu'à l'égard du créancier, chacune d'elles pourra être recherchée pour le tout, elles souscrivent un engagement solidaire (art. 143 al. 1 CO). Le seul fait qu'un engagement ait été pris en commun ne fait toutefois pas présumer de la solidarité, mais une manifestation tacite de la volonté de s'obliger solidairement suffit (ATF 49 III 205, JT 1925 II 18). L'engagement solidaire est dit reprise cumulative de dette si l'engagement est pris alors que le débiteur s'est déjà engagé. Il se distingue d'autres formes de garanties, en particulier du cautionnement.

Le cautionnement est le contrat par lequel la caution s'engage envers le créancier principal à garantir le paiement de la dette contractée par un tiers, le débiteur principal (art. 492 al. 1 CO). Le cautionnement présuppose l'existence d'un autre engagement, celui qui doit être garanti. Il constitue une adjonction à cet engagement et en dépend nécessairement pour son existence et son objet ; de nature accessoire, il garantit la solvabilité du débiteur ou l'exécution d'un contrat (ATF 129 III 702 c. 2.1, JT 2004 I 535 ; ATF 113 II 434 c. 2a, JT 1988 I 185 ; ATF 111 II 276 c. 2b, rés. in JT 1986 I 255).

Le cautionnement, comme la reprise de dette, renforce la position du créancier et repose souvent dans cette mesure sur des considérations identiques. Il diffère cependant quant aux conditions de forme. Alors que le contrat sur lequel repose la

solidarité passive n'est soumis à aucune forme (ATF 129 III 702 c. 2.1, JT 2004 I 5365 ; TF 4C.24/2007, c. 5), la déclaration de cautionnement, lorsque la caution est une personne physique et que le cautionnement dépasse la somme de 2'000 fr., doit revêtir la forme authentique, sous peine de nullité (art. 493 al. 2 CO).

La délimitation entre le cautionnement et la reprise cumulative de dette est parfois flottante. Du point de vue juridique, il faut partir de l'idée que la dette issue du cautionnement et la dette principale diffèrent par leur objet et leur cause, tandis que celui qui reprend cumulativement une dette s'oblige comme le débiteur primitif, se range à ses côtés en tant que débiteur solidaire. La distinction entre le cautionnement, de caractère accessoire, et la reprise cumulative de dette, engagement de nature indépendante, réside en ceci que le reprenant ou codébiteur solidaire a d'ordinaire un intérêt propre et reconnaissable à l'affaire conclue et pas seulement un intérêt à garantir le paiement de la dette primitive (ATF 129 III 702, JT 2004 I 535, c. 2.2 et 2.6).

Pour qualifier un contrat, comme pour l'interpréter, le juge doit recourir en premier lieu à l'interprétation dite subjective, c'est-à-dire rechercher la « réelle et commune intention des parties », le cas échéant empiriquement, sur la base d'indices (art. 18 al. 1 CO ; ATF 131 III 606 c. 4.1, rés. in JT 2006 I 126 ; ATF 125 III 305 c. 2b, JT 2000 I 635). Si la volonté réelle des parties ne peut pas être établie ou si les volontés intimes divergent, le juge doit interpréter les déclarations et les comportements selon la théorie de la confiance, en recherchant comment une déclaration ou une attitude pouvait être comprise de bonne foi en fonction de l'ensemble des circonstances (interprétation dite objective ; ATF 131 III 606 c. 4.1, rés. in JT 2006 I 126 ; ATF 129 III 702 c. 2.4, JT 2004 I 535). Dans l'application de ce principe, le juge n'est pas lié par les termes que les parties ont utilisés lors de la rédaction de leur accord. Une interprétation littérale stricte ne se justifie par conséquent que lorsque les parties sont rompues à l'usage de ces termes, ou qu'elles sont au bénéfice d'une formation juridique (Tercier/Favre/Eigemann, *Les contrats spéciaux*, 4^e éd., n° 7184, et les réf. citées). En cas de doute sur la nature de l'engagement, le cautionnement a la préférence, compte tenu du but de protection dévolu aux art. 492 ss CO (ATF 129 III 702 c. 2.5, JT 2004 I 535 ; TF 4C.274/2001 du 9 avril 2002 c. 3 et les réf. citées, SJ 2002 I 574 ; ATF 113 II 434 c. 2c, JT 1988 I 185).

Ainsi, en matière de bail, si un tiers s'engage dans le contrat bail sous l'intitulé «solidairement responsable» les parties sont débitrices solidaires (art. 143 al. 1 CO) uniquement si l'accord conclu atteste que le garant connaissait réellement la portée de son engagement et s'il révèle les motifs qui ont détourné les parties de conclure un cautionnement, ou, à défaut, si le tiers, en raison de sa formation ou de ses activités, est rompu au contrat de sûreté et connaît le vocabulaire juridique suisse usité dans le domaine, ou encore si le garant a un intérêt direct et matériel dans le contrat de bail et

que le bailleur en a connaissance et peut comprendre le motif pour lequel le garant se déclare prêt à assumer une obligation identique aux locataires. À défaut, la clause doit être interprétée comme un cautionnement (Bohnet/Dietschy, Commentaire pratique, Droit du bail à loyer, n° 42 ad 253 CO et les réf. citées).

b) En l'espèce, le recourant a signé le contrat de bail en qualité de «codébiteur solidaire». Le contrat ne permet toutefois pas de déterminer pour quels motifs les parties auraient volontairement renoncé à conclure un cautionnement. Par ailleurs, rien ne permet de considérer que le recourant dispose d'une connaissance particulière du vocabulaire juridique. Il ressort enfin et surtout du dossier que ce dernier n'a vraisemblablement jamais occupé l'appartement litigieux : selon l'attestation délivrée par le contrôle des habitants de Lausanne le 30 juillet 2014, le recourant est en effet domicilié au chemin [...] à [...] Lausanne depuis le 15 avril 2005 ; c'est au demeurant à cette adresse que l'intimé lui a adressé une copie du courrier adressé à X._____ et B.Z._____ le 5 mai 2014. Dans ces circonstances, il n'apparaît pas que le poursuivi ait eu un intérêt propre et reconnaissable à la conclusion du contrat de bail (dans ce sens également CPF 30 juin 2014/240). Il s'ensuit que l'engagement du recourant peut, au stade de la vraisemblance en tous cas, être considéré comme un cautionnement. Dans la mesure où il porte sur un montant supérieur à 2'000 fr., il aurait dû revêtir la forme authentique. Faute de respecter cette forme, l'engagement du recourant est nul.

La mainlevée aurait ainsi dû être refusée.

IV. Au vu de ce qui précède, le recours est admis et le prononcé réformé en ce sens que l'opposition formée par le recourant au commandement de payer est maintenue.

Les frais judiciaires de première instance sont laissés à la charge de la poursuivante. Il n'y a pas lieu d'allouer de dépens de première instance, le poursuivi ayant procédé seul.

Les frais de deuxième instance, arrêtés à 510 fr., sont mis à la charge de l'intimée qui succombe. Le recourant a en outre droit à des dépens arrêtés à 1'000 fr. (art. 8 TDC [Tarif des dépens en matière civile ; RSV 270.11.6]).

Par ces motifs,
la Cour des poursuites et faillites du Tribunal cantonal,
statuant à huis clos en sa qualité d'autorité
de recours en matière sommaire de poursuites,
prononce :

- I. Le recours est admis.
- II. Le prononcé est réformé en ce sens que l'opposition formée par B. _____ au commandement de payer n° 7'130'397 notifié à la réquisition de L. _____, est maintenue.

Les frais judiciaires de première instance, arrêtés à 360 fr. (trois cent soixante francs), sont mis à la charge de la poursuivante.

Il n'est pas alloué de dépens de première instance.
- III. Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 510 fr. (cinq cent dix francs), sont mis à la charge de l'intimée.
- IV. L'intimée L. _____ doit verser au recourant B. _____ le montant de 1'510 fr. (mille cinq cent dix francs) à titre de dépens et de restitution de son avance de frais de deuxième instance.
- V. L'arrêt est exécutoire.

La présidente : Le greffier :

Du

L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié, par l'envoi de photocopies, à :

- Me Carole Wahlen (pour B. _____),
- Me Enis Daci (pour L. _____).

La Cour des poursuites et faillites considère que la valeur litigieuse est de 14'400 francs.

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière civile devant le Tribunal fédéral au sens des art. 72 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral – RS 173.110), cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Dans les affaires pécuniaires, le recours en matière civile n'est recevable que si la valeur litigieuse s'élève au moins à 15'000 fr. en matière de droit du travail et de droit du bail à loyer, au moins à 30'000 fr. dans les autres cas, à moins que la contestation ne soulève une question juridique de principe (art. 74 LTF). Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF).

Cet arrêt est communiqué à :

- M. le Juge de paix du district de Lausanne.

Le greffier :

F. Présentation de la profession d'agent d'affaires breveté



1.7 (3)

Propriété

Agent d'affaires breveté

L'agent d'affaires breveté est un des partenaires reconnus des milieux immobiliers, notamment des propriétaires, des gérances et des courtiers.

De par sa formation, il traite tout ce qui a trait à la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite et notamment le recouvrement de créances de loyer; dans cette matière, l'agent d'affaires breveté peut agir sur tout le territoire suisse quel que soit le montant litigieux.

Il sied par ailleurs de relever qu'aucun office des poursuites ou de faillites ne peut donner suite à une réquisition qui n'émane pas de la partie elle-même ou son représentant légal, son fondé de pouvoirs spécial, un avocat ou un agent d'affaires breveté.

L'agent d'affaires breveté agit, d'autre part, comme mandataire professionnel dans tous les litiges qui peuvent toucher le propriétaire immobilier.

Ses connaissances en matière de droit des obligations – notamment contrat de bail, contrat d'entreprise, contrat de mandat, contrat de travail, etc. – lui permettent d'aider son client à appréhender et à surmonter les difficultés qui peuvent surgir dans ces domaines particuliers.

Dans le cadre de sa pratique quotidienne des tribunaux, l'agent d'affaires breveté mène des procédures conservatoires urgentes pour la défense des intérêts des propriétaires, notamment pour – après vaines mises en demeure – mettre en œuvre un constat d'urgence, une procédure d'expertise hors procès, une procédure d'expulsion par voie d'exécution forcée pour non-paiement de loyer ou des mesures préprovisionnelles ou provisionnelles afin d'obtenir, par exemple, le déguerpissement d'un locataire indélicat.

En matière de propriété par étages, l'agent d'affaires breveté peut, afin de garantir le droit de la PPE aux contributions des trois dernières années, requérir une prise d'inventaire et/ou requérir l'inscription d'une hypothèque légale sur la part de chaque copropriétaire.

Son expérience des actes de poursuite lui permet également de prendre toutes mesures utiles afin de diminuer les pertes de loyer en requérant des prises d'inventaire pour faire valoir le droit de rétention légal des propriétaires de locaux commerciaux ou en déposant des procédures de séquestre contre des locataires en fuite ou scellant leurs biens.

La cessation de paiement de raisons individuelles et/ou de sociétés locataires de surfaces commerciales peut également être combattue par le dépôt de procédures de faillite sans poursuite préalable. Il est rappelé que l'assainissement financier des entreprises par la voie d'un règlement amiable ou judiciaire des dettes, d'un concordat extrajudiciaire ou judiciaire ou, en ultime ressort, le dépôt de bilan d'une société et sa mise en faillite relèvent également de la compétence d'un agent d'affaires breveté.

Dès le 1^{er} janvier 2011, l'agent d'affaires ou l'agent juridique breveté est enfin reconnu sur le plan fédéral comme mandataire professionnel habilité à représenter les parties en justice.

Dans le canton de Vaud, l'agent d'affaires breveté partage avec les avocats la représentation des parties dans toutes les causes patrimoniales attribuées au juge de paix, au Président du Tribunal d'arrondissement et au Tribunal de prud'hommes, **lorsque la valeur litigieuse est inférieure à Fr. 30 000.-**. Ses compétences sont en revanche illimitées dans d'autres domaines, notamment en matière de poursuite et faillite, mainlevée, séquestre, expertise, constat judiciaire, procédures devant les commissions préfectorales de conciliation en matière de baux à loyer, du Tribunal des baux et du Tribunal administratif.

Autant de juridictions devant lesquelles le propriétaire pourrait avoir à se présenter!

L'agent d'affaires breveté est également consulté dans le cadre:

- d'action en garantie des défauts dans la vente immobilière;
- de problèmes de construction, soit de litiges avec les maîtres d'état et/ou les architectes;
- d'inscription d'hypothèques légales des artisans et entrepreneurs;
- d'inscription d'hypothèques légales en garantie de la rente du droit de superficie;
- d'inscription d'hypothèques légales du vendeur et des cohéritiers;
- de conflit de voisinage et de problèmes relatifs au code rural et foncier;
- de litiges survenus dans le cadre d'une PPE;
- de difficultés avec un concierge salarié;
- de contentieux avec les locataires (à propos de l'état des locaux ou de leurs usages, de retard dans le paiement de loyer, de contestation de hausse, etc.).

Cette liste n'est, bien entendu, pas exhaustive, mais il faut relever que les compétences de ce mandataire professionnel ont été valorisées de manière importante puisqu'il pourra être consulté dans toutes les causes patrimoniales soumises obligatoirement à la conciliation préalable et dans nombre de procédures conservatoires urgentes, quel que soit le montant litigieux!

Il convient de préciser que l'agent d'affaires breveté est lié par le secret professionnel dont seul le client peut le relever; ce n'est par ailleurs qu'après avoir fourni des garanties morales et de solvabilité que le Tribunal cantonal lui délivre, pour autant qu'il ait souscrit pour toute la durée de son activité une assurance en responsabilité civile professionnelle, son autorisation de pratiquer; l'autorité de surveillance est la Chambre des agents d'affaires brevetés présidée par un juge cantonal.

Enfin, les agents d'affaires brevetés sont regroupés au sein d'une association professionnelle (adresse correspondance: case postale 5194, 1002 Lausanne) dont le site www.aab-vd.ch vous renseignera plus précisément sur leurs autres compétences.

1.7.6 L'agent d'affaires breveté au service du propriétaire