



A qui les frais de gérance peuvent-ils être facturés ?

ANDREAS FABJAN

Les régies immobilières font face à une augmentation constante de la complexité de leur activité de gérance, à la faveur de contraintes légales et d'exigences techniques et environnementales de plus en plus nombreuses et étendues.

Parallèlement à ce constat, les régies observent un accroissement des demandes de tous types de la part des locataires. Ces diverses requêtes génèrent des démarches administratives qui sont de nature à occasionner des frais.

La question de savoir à qui ces frais peuvent être facturés présente par conséquent un intérêt à la fois théorique et pratique.

Le droit du bail a essentiellement pour objectif de protéger la partie réputée faible au contrat, soit les locataires. Il en découle que la plupart des normes sont de nature impératives ou semi-impératives.

La présente contribution a pour objectif de déterminer si, et cas échéant, à quelles conditions et dans quelle mesure, la facturation de frais aux locataires, pour des démarches dont ils sont à l'origine, par le bailleur, respectivement par la régie, est légalement admissible.

Die Immobilienverwaltungen sehen sich als Folge zwingender Gesetzesvorschriften sowie von Anforderungen der Technik oder des Umweltschutzes mit einer wachsenden Komplexität ihrer Hausverwaltungsaufgaben konfrontiert. Parallel dazu haben die Hausverwaltungen vermehrt Wünsche der Mieterschaft zu erfüllen, welche zusätzlichen Verwaltungsaufwand und damit Kosten verursachen. Es stellt sich daher die Frage, wem die Verwaltungen dafür Rechnung stellen können.

Das Mietrecht hat wesentlich den Schutz der schwächeren Vertragspartei, d.h. der MieterInnen zum Zweck; seine Rechtssätze sind daher überwiegend zwingend oder teilzwingend.

Mit dem vorliegenden Aufsatz soll aufgezeigt werden, ob, unter welchen Voraussetzungen und bis zu welcher Höhe die Verwaltung oder die Vermieterschaft den MieterInnen Verwaltungskosten, die diese veranlasst haben, zulässigerweise in Rechnung stellen können.

Plan

- I. Introduction
- II. Types de frais
 1. Conclusion de bail
 2. Renonciation tardive à un bail
 3. Etablissement d'un avenant
 4. Copie ou attestation
 5. Etablissement de clés supplémentaires ou remplacement d'une plaque de boîte aux lettres
 6. Frais postaux
 7. Timbre Fiscal
 8. Frais de suppression de raccordement à un télé-réseau
 9. Frais de rappel ou de mise en demeure
 10. Absence non excusée du locataire à l'état des lieux de sortie
 11. Demande de sous-location
 12. Restitution anticipée
 13. Transfert de bail
 14. Echange d'appartements
- III. Relations entre les parties
 1. Relation entre le bailleur et le locataire
 - A. Qualification juridique
 - B. Droits et obligations financières du locataire
 - a. Loyer
 - b. Frais accessoires
 - c. Autres
 2. Relation entre la régie et le bailleur
 - A. Qualification juridique
 - B. Obligations financières
 3. Relation entre le locataire et la régie
- IV. Analyse
 1. Frais en relation avec une violation contractuelle
 - A. Culpa in contrahendo
 - a. Les frais de renonciation à un bail
 - B. Autres violations du contrat
 - a. Frais de rappel et de mise en demeure
 2. Frais liés à l'absence non excusée à l'état des lieux de sortie
 3. Frais en relation avec l'usage de la chose
 - A. Frais en relation avec la mise en œuvre d'une norme impérative
 - a. Sous-location
 - b. Restitution anticipée
 - c. Transfert de bail
 - d. Etablissement d'un avenant
 - B. Autres frais
 - a. Suppression de raccordement à un télé-réseau
 - b. Frais postaux
 3. Frais divers
 - A. Conclusion de bail et échange d'appartements
 - B. Timbre fiscal
 - C. Demande de copie ou d'attestation
 - D. Clé supplémentaire ou remplacement de plaquette de boîte-aux-lettres
- V. Conclusions

I. Introduction

La question de savoir à qui les frais de gérance peuvent être facturés présente un intérêt à la fois théorique et pratique.

ANDREAS FABJAN, LL.M., avocat au Barreau de Genève.

Texte issu d'une conférence présentée le 26 mars 2013 dans le cadre d'un séminaire CGI Conseils, une association de la Chambre genevoise immobilière.

L'auteur remercie vivement Madame NATHALIE LANDRY, Juge à la Cour de Justice de Genève et Présidente de la Chambre d'appel des baux et loyers, pour la relecture attentive de cet article et les remarques constructives formulées.

En effet, les décisions des tribunaux ainsi que les avis de doctrine sont fort rares en la matière. Aussi, la question de la prise en charge des frais de gérance, et en particulier celle de l'admissibilité de leur mise à la charge des locataires, présente un intérêt juridique certain.

Sur le plan pratique, la question s'inscrit dans un contexte d'actualité. Les régies doivent en effet faire face à une augmentation constante de la complexité de leur activité de gérance immobilière, à la faveur de contraintes légales et d'exigences techniques et environnementales de plus en plus nombreuses et étendues.

Parallèlement à ce constat, les régies observent un accroissement des demandes de tous types de la part des locataires. Ces diverses requêtes génèrent des démarches administratives qui sont de nature à occasionner des frais qui ne sont pas négligeables.

Il est constaté de plus en plus fréquemment dans la pratique que les frais sont facturés directement aux locataires pour des démarches dont ils sont à l'origine. Les bailleurs ne souhaitent en effet pas payer pour des prestations qui résultent de demandes spécifiques de la part des locataires.

Il apparaît par ailleurs équitable que le locataire qui, par exemple, sous-loue chaque année son logement pendant deux mois en été, qui change plusieurs fois de colocataire ou qui demande différentes attestations, assume seul les frais afférents aux démarches administratives générées par ses demandes. A défaut, ceux-ci devraient être assumés par l'ensemble des locataires à travers les frais de gérance.

Cette pratique s'inscrit dans une tendance plus générale de notre société qui tend à faire supporter les conséquences d'un comportement à celui qui en est à l'origine, dans une perspective de responsabilisation. Ce principe se traduit dans de nombreuses législations, par exemple dans le domaine de l'environnement par le principe du pollueur-payeur. Il s'applique également de manière générale lorsque l'on sollicite une prestation de la part de l'administration. Ainsi, une demande d'extrait des poursuites, l'établissement d'un passeport ou le contrôle d'un véhicule sont soumis à un émoulement, alors même que les impôts sont sensés couvrir les charges afférents au fonctionnement des différents services de l'Etat qui ont pour rôle de délivrer ces prestations.

Le Tribunal fédéral a admis, dans un arrêt¹ traitant de la question de l'admissibilité de la facturation de frais, qu'une caisse de prévoyance mette à la charge d'un assuré sollicitant le versement anticipé de son avoir de pré-

voyance professionnelle aux fins de l'acquisition de son logement les frais d'administration y relatifs, alors même qu'il s'agit d'un droit expressément prévu par l'art 30c LPP². Dans cet arrêt, notre Haute Cour précise qu'il est justifié de traiter de manière différente celui qui a généré, par son comportement, des frais particuliers³.

Le droit du bail a essentiellement pour objectif de protéger la partie réputée faible au contrat, soit les locataires. Il en découle que la plupart des normes sont de nature impératives ou semi-impératives⁴. La présente contribution a pour objectif de déterminer si, et cas échéant, à quelles conditions et dans quelle mesure, la facturation de frais par le bailleur, respectivement par la régie, aux locataires, est légalement admissible.

II. Types de frais

L'importance du travail administratif requis des régies pour répondre aux différentes demandes des locataires est généralement très largement méconnue et sous-estimée⁵.

Il est donc utile de décrire en détail les démarches et l'activité effectuées par les régies en fonction des demandes formulées par les locataires. Cette question revêt en outre une importance particulière en ce qu'elle permet de déterminer si le montant des frais facturés par une régie pour une activité donnée correspond au coût effectif de sa prestation.

Selon un examen empirique, il apparaît que les types de frais ainsi que les montants facturés aux locataires varient d'une régie à l'autre. Il n'existe aucun usage ou pratique uniforme dans ce contexte. Par conséquent, le temps requis pour procéder aux différentes démarches ainsi que les montants des frais y relatifs qui sont mentionnés ci-dessous constituent des ordres de grandeur et doivent être considérés comme une simple indication. Sans prétendre à l'exhaustivité, les types de frais rencontrés le plus fréquemment dans la pratique sont énumérés ci-dessous.

² RS 831.40 ; Loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP).

³ ATF 124 II 570 consid. 2e.

⁴ GIACOMO RONCORNÌ, Nochmals zur zwingenden oder dispositiven Natur der Mietrechtsbestimmungen des Obligationenrechts in Mietpraxis, 2006, 67.

⁵ Ainsi, par exemple, l'examen d'une demande de sous-location ne se résume pas à l'établissement d'une lettre de consentement par la régie (cf *infra* II.11). *Contra* KARIN GROBET THORENS, 17^{ème} Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2012, N° 103 et 104, qui considère que l'activité de la régie pour répondre à une demande de sous-location se limite à la rédaction d'un courrier de consentement.

¹ ATF 124 II 570.

L'ensemble de ces frais a pour point commun de résulter d'une demande ou d'un comportement du locataire qui génère un travail administratif pour le bailleur, respectivement pour la régie.

1. Conclusion de bail

La conclusion d'un bail requiert la réalisation d'un ensemble de démarches qui ne se limite pas à la simple signature d'un contrat modèle entièrement standardisé. Les explications qui suivent concernent un contrat de bail portant sur un logement et valent également dans une large mesure pour l'établissement d'un contrat de bail pour un local commercial, un garage, un parking ou un dépôt.

Les démarches préalables à la conclusion d'un contrat de bail comprennent en premier lieu l'étude des dossiers des candidats-locataires. La régie doit en particulier s'assurer de leur solvabilité. A cet effet, les régies exigent en règle générale qu'ils lui remettent une attestation d'absence de poursuites délivrée par l'Office des poursuites. Plusieurs régies ont toutefois été confrontées à des attestations falsifiées. En outre, une telle attestation n'a de portée que dans le Canton où il est émis. Aussi, les régies entreprennent désormais fréquemment elles-mêmes les démarches nécessaires à la vérification de la solvabilité des candidats en sollicitant directement les informations auprès de l'Office des poursuites ou auprès d'un institut d'information financière.

Une fois sélectionnés, les dossiers retenus sont soumis à la Direction de la régie, respectivement au propriétaire, en fonction de ce qui a été convenu entre les parties, pour décision finale.

Cela fait, la régie doit adresser une lettre d'attribution au candidat retenu et faire part de la réponse négative aux autres candidats.

Elle doit procéder à l'établissement du contrat de bail, compléter les différents documents administratifs tels que les formulaires pour la commande de plaquette de la boîte-aux-lettres, d'informations aux SIG, à l'Office cantonal de la population ainsi qu'à l'Office cantonal de la statistique (OCSTAT)⁶.

Une rencontre à la régie est en règle générale convenue en vue de la signature du bail.

Le contrat est ensuite régularisé, ce qui signifie que l'on doit y ajouter les timbres fiscaux, procéder aux mutations dans le système informatique de la régie, transmettre les informations relatives à la relocation au propriétaire,

envoyer un exemplaire du contrat de bail régularisé au locataire, et procéder à la vérification de l'ensemble du dossier.

S'ajoutent aux prestations du service de gérance décrites ci-dessus celles d'autres services de la régie tels que notamment le service de comptabilité, le service des travaux, en particulier pour l'établissement de l'état des lieux d'entrée du locataire, ainsi que le service d'accueil et de secrétariat.

Il convient de relever que le droit du bail est un droit particulièrement formaliste. L'établissement d'un contrat de bail est un acte complexe qui requiert une grande rigueur et précision. La moindre erreur ou imprécision pourra en effet être une source de vice potentiel et être retenue contre le bailleur dans le cadre d'une éventuelle procédure devant les tribunaux.

Le temps nécessaire à l'établissement d'un contrat de bail est conséquent et peut être estimé au total à cinq heures au moins. Les frais y relatifs peuvent donc s'élever à CHF 500.– au moins. Le montant facturé aux locataires par les régies pour cette prestation est toutefois en règle générale nettement inférieur et ne constitue qu'une fraction du coût réel de la prestation. En pratique, l'on observe le plus souvent des frais de conclusion de bail allant jusqu'à CHF 200.–.

Il est à notre sens équitable et justifié, vu notamment la pénurie de logements qui n'offre que très peu de choix aux personnes à la recherche d'un logement, de partager les frais de conclusion de bail entre le bailleur et le locataire, dès lors que l'on peut estimer que les deux parties y ont un intérêt. Aucune disposition du droit du bail n'interdit toutefois de convenir que les frais de conclusion du bail soient entièrement mis à la charge de l'une ou de l'autre des parties.

2. Renonciation tardive à un bail

Il s'agit des frais générés par la renonciation tardive d'un candidat-locataire à conclure un contrat de bail pour un objet pour lequel il s'était porté candidat alors que la régie avait retenu sa candidature. Il sera examiné *infra IV.1.A.a* ce qui doit être considéré comme tardif.

La régie devra dans cette hypothèse recommencer le processus de sélection de locataires *ab initio*, c'est-à-dire effectuer à nouveau une grande partie des démarches décrites *supra II.1.*

3. Etablissement d'un avenant

En cours de bail, le locataire peut être amené à requérir un avenant à son contrat de bail, notamment suite à l'adhé-

⁶ OLIVIER RAU, Note ad Arrêt de la II^{ème} Cour d'appel civile du Tribunal cantonal du canton de Fribourg du 4 octobre 2010 dans la cause *D. et P. c/F.* in Cahier du bail, 2/2011, 39.

sion au bail du conjoint ou du partenaire enregistré, à l'attribution du logement familial ou du logement commun à l'un des époux ou des partenaires enregistrés suite à un divorce ou une séparation, à un décès, à un changement de nom, à l'ajout d'un nouveau colocataire ou à la suppression d'un colocataire ainsi qu'en vue du renouvellement d'un bail de durée déterminée.

Les démarches requises pour répondre à une telle demande comprennent notamment l'étude du dossier du locataire faisant la requête ainsi que de la situation à son origine (lecture du jugement de divorce, examen des documents relatifs à l'état civil, analyse des documents du dossier concernant le nouveau colocataire, etc...). Il est également nécessaire de vérifier les éventuelles modifications à apporter à la garantie bancaire ainsi qu'à l'assurance responsabilité civile.

Si la demande peut être acceptée, la régie établit l'ave-nant sollicité. Elle procède ensuite à sa régularisation, soit à l'ajout des timbres fiscaux, à la mutation dans son système informatique, à l'envoi de l'avenant régularisé au locataire, à la vérification de l'ensemble du dossier et à son classement.

Le temps de travail global nécessaire pour délivrer un tel document peut donc être estimé à une heure au moins. Par conséquent, des frais de l'ordre de CHF 100.– à CHF 150.– sont adéquats et proportionnés pour cette prestation.

Par ailleurs, une réponse tardive de la part du locataire à une offre de renouvellement d'un bail de durée déterminée est susceptible de générer un travail supplémentaire important pouvant justifier la perception de frais plus élevés. En effet, la régie traitera une telle situation comme une fin de bail et initiera des démarches en vue de trouver un nouveau locataire.

4. Copie ou attestation

Le locataire peut avoir besoin d'une copie d'un document, notamment du contrat de bail, respectivement d'une attestation. Une telle attestation peut par exemple être sollicitée par le locataire aux fins de certifier qu'il paie régulièrement et à temps son loyer, qu'il est effectivement au bénéfice d'un bail à telle adresse ou qu'il est un locataire correct et honnête n'ayant jamais posé de problème particulier.

Ce type de demande génère à l'évidence un certain travail administratif, notamment pour l'établissement d'une attestation qui implique la rédaction d'une lettre mentionnant l'objet de l'attestation après examen et vérification préalable du dossier. Dans tous les cas, il est nécessaire d'examiner le dossier et d'écrire au locataire.

En conséquence, des frais de l'ordre de CHF 20.– à CHF 50.– selon le document demandé semblent adéquats et proportionnés.

5. Etablissement de clés supplémentaires ou remplacement d'une plaque de boîte aux lettres

Outre les frais effectifs pour la production de clés supplémentaires ou le remplacement d'une plaque de boîte aux lettres, il convient de tenir compte des démarches administratives générées dans ce contexte, soit en particulier la gestion de la requête, la commande auprès du fournisseur, la réception et la vérification de la commande, l'envoi au locataire, le paiement des fournisseurs et la refacturation au locataire.

En conséquence, des frais de l'ordre de CHF 20.– à CHF 50.–, en sus des frais effectifs, semblent adéquats et proportionnés.

6. Frais postaux

Il s'agit des frais occasionnés en cas de paiement du loyer par le locataire au moyen d'un bulletin postal lorsque celui-ci est effectué auprès d'un guichet de poste. Dans cette hypothèse, le montant des frais, qui s'élèvent à quelques francs selon le type de bulletin utilisé, est déduit du montant crédité au bailleur. Seul le montant effectif facturé au bailleur, respectivement à la régie, peut être pris en considération dans ce contexte.

7. Le timbre fiscal

La contribution du timbre doit être établie sur les papiers destinés aux actes civils et judiciaires, et les écritures qui peuvent être produites en justice et y faire foi⁷. Sont notamment concernés les contrats de baux.

Le montant du timbre s'élève à CHF 2.50.– pour les baux de villas et d'appartements et à CHF 4.50.– pour les baux commerciaux⁸.

8. Frais de suppression de raccordement à un téléseuil

Il s'agit des frais générés par une demande d'un locataire de ne plus bénéficier d'un raccordement au téléseuil.

⁷ Art. 269 et suivants de la Loi sur les contributions publiques (LCP) D.3.05.

⁸ Art. 271 LCP.

Une telle demande est le plus souvent formulée par un locataire en raison de sa volonté de souscrire à une offre de prestation de service proposée par des fournisseurs concurrents qui sont de plus en plus nombreux sur le marché. En effet, les offres par le réseau de téléphonie ou par la fibre optique se multiplient. Ainsi, de plus en plus de locataires qui souhaitent bénéficier d'une telle prestation concurrente font la demande auprès de la régie de ne plus bénéficier du télé-réseau.

Pour donner suite à une telle demande, la régie devra prendre contact avec le prestataire de service du télé-réseau pour modifier le contrat d'abonnement collectif. Ce dernier devra procéder au plombage de la prise de manière à s'assurer que le locataire ne puisse pas continuer à bénéficier des chaînes de télévision sans payer l'abonnement.

En outre, la prise devra être réinstallée à la fin du contrat de bail, ce qui occasionnera des frais supplémentaires.

Les frais administratifs peuvent être estimés entre CHF 100.– et CHF 200.–. Les frais effectifs éventuellement facturés par le prestataire de service du télé-réseau pour le plombage de la prise doivent également être pris en considération.

9. Frais de rappel ou de mise en demeure

Il s'agit des frais liés à l'envoi par la régie au locataire d'une lettre de rappel ou de mise en demeure formelle en raison notamment d'un retard dans le paiement du loyer.

Des règles strictes doivent être respectées notamment en ce qui concerne l'identité des destinataires ainsi que l'adresse d'envoi de lettres de rappels ou de mises en demeure. A défaut, le bailleur peut être déchu de ses droits en cas de litige devant les tribunaux, pouvant occasionner un dommage non négligeable selon les circonstances.

La régie doit donc procéder à une analyse attentive du dossier et vérifier scrupuleusement les informations et les documents en sa possession avant d'envoyer une lettre de rappel ou de mise en demeure aux locataires.

Des frais de l'ordre de CHF 20.– à CHF 50.– semblent donc adéquats et proportionnés, ce d'autant plus que l'envoi d'une lettre de mise en demeure doit impérativement se faire par pli recommandé séparé à chaque locataire ainsi qu'au conjoint ou partenaire enregistré.

10. Absence non excusée du locataire à l'état des lieux de sortie

Il s'agit des frais occasionnés par l'absence non excusée du locataire au constat de l'état des lieux de sortie. Dans cette hypothèse, le gérant technique ne se rendra compte

de l'absence du locataire qu'une fois sur place au lieu de situation de l'objet du bail.

Les frais occasionnés comprennent, outre le temps de déplacement et l'attente sur place, la préparation du dossier et les contacts ultérieurs avec le locataire pour organiser un nouveau rendez-vous.

Le temps de déplacement pouvant déjà être estimé en moyenne à une heure, des frais oscillant entre CHF 100.– et CHF 200.– semblent appropriés.

11. Demande de sous-location

Confrontée à une demande de sous-location, une régie devra examiner le dossier du locataire ainsi que le projet de contrat de sous-location. Elle devra notamment se renseigner sur les motifs de la sous-location et s'assurer que les conditions du sous-bail respectent les exigences légales et ne sont pas abusives⁹.

La régie devrait en principe également informer correctement le locataire sous-bailleur de ses obligations ainsi que des risques qu'il encourt notamment en cas de non-paiement du loyer ou de dommages apportés à l'objet du bail, dès lors que ceux-ci sont souvent largement méconnus.

Si les conditions de la sous-location respectent les exigences légales et qu'elle peut donc être autorisée, la régie devra en informer le locataire, procéder aux mutations informatiques nécessaires, notamment agender l'échéance de la sous-location et vérifier le dossier.

Le temps nécessaires à ces démarches peut être estimé à deux heures¹⁰. Un montant de frais de CHF 100.– à CHF 200.– semble donc approprié.

12. Restitution anticipée

En cas de demande de restitution anticipée, une régie devra procéder à l'examen du locataire de remplacement proposé par le locataire sortant, éventuellement à la recherche de locataire et à l'établissement d'un nouveau contrat de bail.

La question qui se pose est celle de savoir si une telle demande occasionne un travail supplémentaire pour la régie par rapport à un congé donné pour une échéance de bail. Tel est à notre avis le cas¹¹.

⁹ Art. 262 CO.

¹⁰ *Contra* GROBET THORENS (n. 5) N° 103 et 104 qui semble considérer que l'activité de la régie en cas de demande de sous-location se limite à la rédaction d'une lettre de consentement.

¹¹ ACJC N° 324 non publié du 10 décembre 1993 qui admet une clause convenue entre les parties prévoyant des frais à hauteur

Il n'est pas contestable qu'une demande de restitution anticipée augmente le taux de rotation des locataires et génère par conséquent un travail supplémentaire pour la régie qu'elle ne devrait pas effectuer si l'échéance contractuelle était respectée. Tel est particulièrement le cas en présence d'un contrat de longue durée.

Pour répondre à une demande de restitution anticipée, la régie doit vérifier que les exigences légales prévues sont réalisées, soit que le locataire de remplacement est solvable, qu'il est disposé à reprendre le bail aux mêmes conditions et qu'il ne peut raisonnablement pas être refusé par le bailleur.

En outre, le délai accordé à la régie pour traiter une telle demande est beaucoup plus bref, puisqu'il est d'un mois en cas de restitution anticipée¹² alors que le délai de congé pour un bail d'habitation est de trois mois¹³. La régie doit donc faire preuve d'une diligence particulière pour répondre à une telle demande.

La gestion d'une demande de restitution anticipée est par ailleurs susceptible de générer des situations compliquées, notamment lorsque le locataire de remplacement proposé par le locataire, qui semble dans un premier temps répondre à toutes les exigences, se désiste finalement lorsqu'il s'agit de signer le contrat de bail. Le locataire peut dans l'intervalle se croire à tort libéré de ses obligations et aura peut-être déjà pris d'autres dispositions, voire quitter les locaux, ce qui est susceptible de générer des quiproquos¹⁴. La régie devra gérer cette situation, notamment en rappelant au locataire ses obligations, et devra également procéder elle-même à la recherche d'un locataire de remplacement, conformément à son obligation de réduire le dommage¹⁵.

Au vu de ce qui précède, il convient donc de considérer qu'une demande de restitution anticipée génère

des frais administratifs et de gestion bien réels qui n'existeraient pas si le locataire n'avait pas fait usage de ce droit. Le temps de travail nécessaire au traitement d'une telle demande peut être estimé à environ trois heures et permet donc de justifier des frais pouvant s'élever entre CHF 300.– et CHF 500.– en fonction de la complexité du dossier. Il n'est pas rare de rencontrer des clauses prévoyant des frais d'un montant proportionnel au montant du loyer, en règle générale 1%. L'admissibilité d'une telle manière de procéder doit à notre sens être admise dès lors que l'expérience montre qu'en règle générale, la complexité de la négociation et de la conclusion d'un contrat de bail est proportionnelle au montant du loyer.

13. Transfert de bail

Les démarches que doit effectuer une régie pour donner suite à une demande de transfert d'un bail commercial sont sensiblement les mêmes que celles liées à la sélection d'un locataire et à la conclusion d'un contrat de bail. Elle ne peut refuser le locataire-cessionnaire proposé par le locataire en place que pour de justes motifs, ce qui implique qu'elle étudie son dossier et vérifie en particulier sa solvabilité.

Les frais générés par une telle demande peuvent varier de manière importante en fonction de l'objet du bail en cause. D'une manière générale, un bail commercial est plus complexe et détaillé qu'un bail de logement. Cela dépendra notamment du type de locataire ainsi que du genre et de la taille des locaux. Pour ces raisons, des frais exprimés en pourcentage du loyer annuel nous semblent appropriés.

Les conditions générales pour les locaux commerciaux applicables aux baux dans le Canton de Genève prévoient d'ailleurs que le transfert de bail donne lieu à la perception d'un émolument correspondant à 1% du montant du loyer annuel, mais au minimum CHF 50.–, auprès du locataire transférant¹⁶.

14. Echange d'appartements

Il s'agit des frais générés par une demande de deux locataires visant à « croiser » les baux portant sur deux logements, ou éventuellement locaux commerciaux ou parkings.

Naturellement, le locataire d'un logement n'a aucun droit à pouvoir prétendre à un tel échange. Un propriétaire

de 1% du loyer annuel en cas de résiliation anticipée ; DAVID LACHAT, La restitution anticipée de la chose louée (art. 264 CO) : questions choisies in *Cahier du Bail*, 4/1998, p. 149, N° 44, qui hésite mais semble l'admettre notamment si la régie n'est pas rémunérée pour ce service ; *contra* : DAVID LACHAT, Le bail à loyer, Lausanne 2008, p. 621, ch. 5.7.1 ; FRANÇOIS CHAIX, L'article 264 CO : à la recherche du locataire de remplacement in *Semaine Judiciaire* – SJ 1999 II, p. 54 ; GROBET THORENS (n. 5), p. 196, N° 77. L'ensemble de ces auteurs justifie cette interdiction par le caractère semi-impératif de l'art. 264 CO (cf. *infra* IV.2.A).

¹² Art. 9 al. 1 CCR.

¹³ Art. 266c CO.

¹⁴ Arrêt de la Chambre d'appel en matière de baux et loyers de la Cour de justice N° 389 du 2 avril 2007 ; également Arrêt de la Chambre d'appel en matière de baux et loyers de la Cour de justice N° 439 du 7 avril 2008 qui illustre bien les difficultés qui peuvent surgir dans le cadre d'une demande de transfert de bail.

¹⁵ Art. 44 CO.

¹⁶ Art. 4.5 des conditions générales pour locaux commerciaux et Formule de transfert de bail applicables dans le Canton de Genève.

peut toutefois librement y consentir. En revanche, en matière de locaux commerciaux, il convient d'appréhender une telle demande comme deux cessions de baux croisées que le bailleur ne peut refuser que pour de justes motifs¹⁷.

Une telle demande implique un travail administratif important pour la régie puisqu'elle devra établir, après toutes les vérifications requises, deux nouveaux contrats de baux.

III. Relations entre les parties

On peut distinguer trois parties qui participent aux relations dans le cadre d'un rapport de bail : bailleurs, locataires et régies. Aussi, il convient, dans un premier temps, d'analyser et de préciser la nature des relations qui existent entre chacune d'entre elles.

1. Relation entre le bailleur et le locataire

A. Qualification juridique

Le bailleur et le locataire sont liés par un contrat de bail à loyer selon les articles 253 et suivants CO. C'est le contrat par lequel le bailleur s'oblige à céder l'usage d'une chose au locataire contre le paiement d'un loyer¹⁸.

B. Droits et obligations financières du locataire

S'agissant des obligations financières du locataire, celui-ci est principalement tenu au paiement de son loyer et des frais accessoires convenus afférents à son logement.

a. Loyer

Le paiement du loyer constitue l'une des obligations essentielles du locataire¹⁹. Le loyer est la rémunération due par le locataire au bailleur pour la cession de l'usage de la chose²⁰.

Les charges immobilières, qui comprennent les charges financières, les charges courantes et les charges d'entretien, peuvent être mises à la charge du locataire à travers le loyer. Il n'est pas contesté que les charges courantes, également appelées frais d'exploitation, comprennent notamment les honoraires de gérance²¹.

Les honoraires de gérance ne doivent pas dépasser les taux usuellement pratiqués²². Ce taux se situe en règle générale entre 3.5 % et 5 % des loyers nets, sans les frais accessoires. Il est notamment fonction de la taille de l'immeuble et de son état locatif²³.

b. Frais accessoires

(i.) Principe

Le locataire est tenu d'acquitter, en sus du loyer, les frais accessoires pour les prestations qui sont fournies par le bailleur ou un tiers en rapport avec l'usage de la chose²⁴. Pour les habitations et les locaux commerciaux, on entend par frais accessoires les dépenses effectives du bailleur pour des prestations en rapport avec l'usage de la chose, telles que frais de chauffage, d'eau chaude et autres frais d'exploitation, ainsi que les contributions publiques qui résultent de l'utilisation de la chose²⁵.

Les parties peuvent librement prévoir la liste des frais accessoires que le locataire devra assumer en sus du loyer, dans les limites de la définition légale²⁶.

Les articles 257a et 257b CO sont de nature impérative en ce sens que des frais qui ne sont pas liés à l'usage de la chose louée, mais qui découlent de l'existence même de l'objet, ne peuvent être facturés au locataire sous forme de frais accessoires, soit notamment les charges hypothécaires, les taxes, charges ou impôts fonciers, rente de droit de superficie, taxe de raccordement ou primes d'assurance du bâtiment²⁷.

Les frais de gérance doivent être considérés comme étant liés à l'usage de la chose. Ils ne découlent en effet pas de l'existence de la chose dès lors que, si le bien immobilier n'était pas occupé, les services de la régie ne seraient pas nécessaires, ou en tous les cas dans une mesure nettement moindre.

Le bailleur n'est toutefois pas en droit de facturer sous forme de frais accessoires des charges qui sont d'ores et déjà comprises dans le loyer²⁸. Ainsi, seuls des frais pour

¹⁷ Art. 263 al. 2 CO.

¹⁸ Art. 253 CO.

¹⁹ LACHAT, *Le bail à loyer* (n. 11), p. 304, ch. 1.1.

²⁰ Art. 257 CO.

²¹ LACHAT, *Le bail à loyer* (n. 11), pp. 441 et 442, ch. 6.1 et 6.2 ; PETER BURKHALTER/EMANUELLE MARTINEZ-FAVRE, *Commentaire SVIT du bail à loyer*, Lausanne 2011, N° 37 ad art. 269 CO ;

FRANÇOIS BOHNET/MARINO MONTINI, *Droit du bail à loyer*, Commentaire Pratique, Bâle 2010, N° 62 et 63 ad Art. 269 CO.

²² LACHAT, *Le bail à loyer* (n. 11), p. 443, ch. 6.4.

²³ LACHAT, *Le bail à loyer* (n. 11), p. 443, note 113 ; BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE (n. 21), N° 37 ad art. 269 CO ; BOHNET/MONTINI (n. 21), N° 63 ad Art. 269 CO.

²⁴ Art. 257a CO.

²⁵ Art. 257b CO ; Arrêt 4A_268/2011 du 6 juillet 2011, consid. 3.2.1.

²⁶ LACHAT, *Le bail à loyer* (n. 11), p. 333, ch. 1.3 ; BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE (n. 21), N° 2 ad art. 257–257b CO.

²⁷ BOHNET/MONTINI (n. 21), N° 10 ad Art. 257a–257b CO ; LACHAT, *Le bail à loyer* (n. 11), pp. 332 et 333, ch. 1.2.

²⁸ BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE (n. 21), N° 16 ad art. 257–257b CO ; LACHAT, *Le bail à loyer* (n. 11), p. 334, ch. 1.6.

des prestations qui ne sont pas déjà couvertes par les honoraires de gérance payés par le bailleur peuvent être facturés au locataire sous forme de frais accessoires.

Il y a lieu de se référer au contrat de gérance conclu entre le bailleur et la régie pour déterminer quelles sont les prestations de la régie qui sont couvertes par les honoraires de gérance²⁹.

(ii.) Cas particuliers

L'OBLF prévoit que les frais d'administration découlant de l'établissement du décompte de frais accessoires peuvent être calculés en fonction des dépenses effectives ou être portés en compte jusqu'à concurrence des taux usuels³⁰.

Par ailleurs, les frais de maintenance et d'administration relatifs au chauffage et à l'eau chaude peuvent être calculés en fonction des dépenses effectives ou portés en compte jusqu'à concurrence des taux usuels³¹.

Il s'agit de la rémunération due à la régie pour son activité consistant à établir un décompte de frais accessoires, respectivement au travail administratif occasionné par l'exploitation de l'installation de chauffage.

Ces dispositions admettent donc expressément le principe même de faire supporter directement au locataire, par l'intermédiaire des frais accessoires, les frais de gérance encourus. Ceux-ci peuvent correspondre aux dépenses effectives ou être déterminés en fonction des taux usuels.

La facturation selon les frais effectifs exigerait la tenue d'un time-sheet par les collaborateurs pour permettre à la régie de connaître et de déterminer le montant effectif du coût généré pour ses prestations par immeuble. Les contraintes administratives générées par un tel mode de procéder s'avèrent toutefois très lourdes. C'est la raison pour laquelle le montant des honoraires de gérance est le plus souvent calculé de manière forfaitaire, par l'application d'un taux usuel³². Il s'agit d'une mesure de simplification expressément prévues par les dispositions de l'OBLF.

(iii.) Conditions formelles

Les frais accessoires ne sont à la charge du locataire que si cela a été convenu spécialement³³. La loi exige que les

parties s'entendent spécialement sur les frais accessoires, dont les postes effectifs doivent être détaillés³⁴. Un renvoi du contrat de bail à des conditions générales comportant une liste de tous les frais accessoires n'est pas suffisant. Le locataire ne peut être tenu d'assumer, en sus de son loyer, que les frais qui sont mentionnés de manière claire et précise dans son contrat de bail³⁵.

En cas d'introduction ou de modification des frais accessoires en cours de bail, il convient de respecter les conditions prévues aux articles 269d al. 3 et 270b al. 2 CO relatifs aux modifications unilatérales du contrat³⁶.

L'introduction ou la modification de frais accessoires doit ainsi être notifiée sur formule officielle, en respectant l'échéance contractuelle³⁷ et en désignant les prétentions, la date d'entrée en vigueur et les motifs précis justifiant ces prétentions³⁸.

Enfin, lorsque le bailleur transforme en frais accessoires des charges qui étaient précédemment rémunérées par le loyer, il doit réduire ce dernier d'autant³⁹.

c. Autres

Le locataire peut encore être tenu de fournir d'autres prestations financières au bailleur, en particulier en cas de violation de ses obligations contractuelles. Le fondement d'une telle obligation financière repose alors non pas sur l'exécution conforme du contrat de bail, mais sur la responsabilité contractuelle du locataire. Des dommages-intérêts peuvent notamment être dus en cas de dégâts occasionnés à la chose louée⁴⁰, de retard ou de non-paiement du loyer⁴¹, d'occupation illicite des locaux⁴² ainsi que de toute autre violation du contrat.

Par ailleurs, les frais relatifs à certaines prestations dont le fondement ne réside pas dans l'exécution du contrat de bail ne tombent pas sous le régime des frais accessoires⁴³. Il s'agit de frais qui ne sont pas directement liés à l'usage de la chose et doivent être assumés par ceux qui les occasionne⁴⁴. Dans le cas qui nous occupe, il s'agit

²⁹ *Infra* III.2.B.

³⁰ Art. 4 al. 3 OBLF.

³¹ Art. 5 al. 3 OBLF.

³² LACHAT, *Le bail à loyer* (n. 11), p. 343, ch. 5.7 et note 64 ; BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE (n. 21), N° 26 ad art. 257–257b CO ; BOHNET/MONTINI (n. 21), N° 67 ad Art. 257a–257b CO. Jusqu'à 4% à Genève pour l'établissement du décompte de chauffage, selon SJ 1979, p. 603.

³³ Art. 257a al. 2 CO ; ATF 121 III 460, consid. 2a/aa.

³⁴ ATF 121 III 460 consid. 2a/aa.

³⁵ Arrêt 4C.250/2006 du 10 octobre 2006, consid. 1.

³⁶ LACHAT, *Le bail à loyer* (n. 11), pp. 336 et 337, ch. 3.1 ; BOHNET/MONTINI (n. 21), N° 123 ad Art. 257a–257b CO.

³⁷ Art. 269d al. 1 CO.

³⁸ Art 269d al. 3 CO et 19 al. 1 let b. OBLF.

³⁹ LACHAT, *Le bail à loyer* (n. 11), p. 338, ch. 3.5 ; BOHNET/MONTINI (n. 21), N° 140 ad Art. 257a–257b CO.

⁴⁰ Art. 267 et 97 CO.

⁴¹ Art. 257d et 107 CO ; LACHAT, *Le bail à loyer* (n. 11), p. 674 note 81.

⁴² Art. 267 et 97 CO ; LACHAT, *Le bail à loyer* (n. 11), p. 821, ch. 9.2.

⁴³ BOHNET/MONTINI (n. 21), N° 16 ad Art. 257a–257b CO.

⁴⁴ BOHNET/MONTINI (n. 21), N° 16 ad Art. 257a–257b CO.

notamment des frais liés à la conclusion du bail, à l'établissement d'une copie ou d'une attestation, à la fourniture de clés supplémentaires ou au remplacement d'une plaquette de boîte-aux-lettres. Le locataire ne peut en effet pas se fonder sur le contrat de bail pour exiger la délivrance de telles prestations.

2. Relation entre la régie et le bailleur

A. Qualification juridique

Un bailleur et une régie sont liés par un contrat de gérance. Par ce contrat, le gérant, ou régisseur, reçoit mission de gérer un immeuble, c'est-à-dire de veiller à son entretien, à sa surveillance, à sa maintenance et le faire fructifier, moyennant une commission de gérance. Il s'agit d'un contrat de mandat⁴⁵.

Le contenu et l'étendue d'un mandat de gérance sont librement définis par les parties. L'Union suisse des professionnels de l'immobilier (USPI Suisse) a édité un document « Cahier romand relatif aux prestations des membres » qui a pour objectif de décrire les prestations qui sont habituellement réalisées par les régies⁴⁶. Ce document définit également les prestations qui font partie d'un mandat de gérance de base et celles qui sont proposées en sus.

Dans le cadre de son mandat, la régie agit en règle générale au nom et pour le compte du bailleur, comme son représentant⁴⁷. Il s'agit d'une représentation directe au sens du Code des obligations⁴⁸.

B. Obligations financières

Le document « Cahier romand relatif aux prestations des membres » ne dit rien s'agissant du taux d'honoraires ou du montant des frais dus à la régie pour ses prestations. Ceux-ci sont librement convenus entre les parties.

En règle générale, un taux de gérance, calculé sur l'état locatif, est convenu entre la régie et le bailleur pour les prestations comprises dans le mandat de gestion ordinaire ou de base. Il n'existe toutefois aucune pratique uniforme concernant la question du montant ou du mode de facturation des frais de gérance. Les parties sont naturellement libres de convenir de prestations supplémentaires.

Il est également nécessaire que le contrat de gérance précise si certaines prestations de la régie, et dans l'affirmative lesquelles, sont facturées directement au locataire. Cette exigence est à notre avis essentielle.

En effet, en l'absence de précision à cet égard, le risque existe qu'une même prestation puisse être considérée comme étant facturée à double par la régie, soit une fois au propriétaire dans le cadre des honoraires de gérance dont il s'acquitte, et une seconde fois au locataire par l'intermédiaire de frais mis à sa charge.

L'indication expresse dans le contrat de gérance que les frais relatifs à une prestation déterminée sont à la charge du locataire permet de justifier qu'ils ne sont pas compris dans les honoraires de gérance dont s'acquitte le propriétaire auprès de la régie.

A l'inverse, en l'absence d'une telle indication, on considérera que les frais liés à cette prestation sont compris dans les honoraires de gérance. En outre, si le contrat de gérance prévoit expressément que les frais liés à une prestation sont à la charge du propriétaire, en sus des honoraires de gérance de base, la facturation des mêmes frais au locataire n'est pas admissible.

La régie ne peut en effet pas prétendre être rémunérée deux fois pour une même prestation, soit une fois par le locataire et une fois par le propriétaire. En outre, dès lors que les frais de gérance dont s'acquitte le propriétaire auprès de la régie sont compris dans le loyer facturés au locataire, il apparaît que si des frais étaient facturés séparément au locataire, celui-ci paierait en réalité deux fois pour la même prestation⁴⁹.

En conséquence, la mention claire et expresse dans le contrat de gérance des prestations dont les frais sont mis à la charge du locataire constitue une condition à leur validité. A défaut d'une telle indication, ces frais sont réputés être compris dans les honoraires de gérance payés par le bailleur.

3. Relation entre le locataire et la régie

La question se pose de savoir s'il existe une relation juridique entre un locataire et une régie. En particulier, doit-on conclure à l'existence d'un mandat lorsque le locataire sollicite des prestations de la part de la régie en relation avec son contrat de bail ?

Il n'est pas possible d'apporter une réponse définitive, valable dans tous les cas. Il convient d'examiner de cas en cas la manière dont les parties ont organisé leurs relations

⁴⁵ PIERRE ENGEL, *Contrats de droit suisse*, 2^{ème} édition, Berne 2000, chapitre 14, IV, D, pp. 498 et 499 ; Union suisse des professionnels de l'immobilier Genève (USPI Genève), *Prestation des membres*, 1.1.

⁴⁶ www.uspi.ch.

⁴⁷ BOHNET/MONTINI (n. 21), N° 18 ad art. 253 CO.

⁴⁸ Art. 32 et suivants CO.

⁴⁹ LACHAT, *Le bail à loyer* (n. 11), p. 334, ch. 1.7 ; BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE (n. 21), N° 16 ad art. 257–257b CO.

contractuelles. Toutefois, en règle générale, l'existence d'une relation contractuelle entre la régie et le locataire doit à notre avis être niée.

Il n'existe en principe aucune volonté de la part, tant du locataire que de la régie, d'être liés contractuellement. En effet, le locataire ne sollicite en principe la régie que pour des prestations en lien avec le contrat de bail conclu avec le bailleur. Il perçoit dans ce contexte la régie comme un représentant du bailleur, et non comme un prestataire de service indépendant avec lequel il souhaite être lié contractuellement.

En outre, la régie n'interagit en principe avec le locataire que sur la base du contrat de gérance conclu avec le propriétaire. Elle n'a en principe aucune volonté de créer un lien contractuel direct avec le locataire.

Aussi, faute de volonté réciproque et concordante des parties d'être liées contractuellement, on doit nier en principe l'existence de toute relation contractuelle entre une régie et un locataire.

Le Tribunal cantonal du canton de Fribourg a toutefois considéré dans un arrêt⁵⁰ que les frais de conclusion du bail, ainsi que les frais de plaquette, mentionnés dans un document à l'entête de la régie, liaient le locataire à cette dernière. Il a ainsi nié l'existence de la qualité pour défendre du propriétaire dans le cadre de la contestation de ces frais par le locataire au motif qu'en vertu d'une interprétation du contrat selon le principe de la confiance, on doit considérer que ce sont la régie et le locataire qui sont liés contractuellement. Si cet arrêt peut se justifier au vu de la documentation contractuelle du cas d'espèce, il nous paraît préférable, pour davantage de clarté et de sécurité juridique, de s'en tenir au principe général selon lequel la régie agit en qualité de représentant du bailleur et n'est donc en principe pas liée contractuellement au locataire.

Ce n'est que très exceptionnellement que l'on devrait considérer l'existence d'un lien contractuel entre une régie et un locataire. Tel est par exemple le cas si le locataire décide de mandater la régie pour la réalisation ou le suivi de travaux, dûment autorisés par le bailleur, qu'il souhaite réaliser dans son logement.

Cela étant dit, rien ne s'oppose sur le plan juridique à ce que la régie endosse le rôle de bailleresse vis-à-vis du locataire. Elle agit alors comme représentant indirect du locataire⁵¹. Un tel mode de procéder est toutefois rare en pratique.

IV. Analyse

1. Frais en relation avec une violation contractuelle

A. Culpa in contrahendo

a. Les frais de renonciation à un bail

La doctrine majoritaire considère que la remise d'un formulaire d'inscription complété à la régie ne constitue en principe pas une offre⁵². Une proposition ferme de conclure contenant tous les éléments objectivement et subjectivement essentiels du contrat, telle une lettre d'un locataire à la régie par laquelle il manifeste son intention de louer, pour un prix indiqué, un appartement désigné avec précision, constitue toutefois une offre⁵³. La nuance entre ces deux points de vue est difficile à saisir dès lors qu'un formulaire d'inscription auprès d'une régie complété par un locataire pour un appartement déterminé correspond en principe à cette définition. Nous estimons par conséquent qu'une candidature pour un appartement constitue en règle générale une offre, sous réserve notamment de l'hypothèse où le contrat de bail proposé devait contenir des dispositions inusuelles ou insolites avec lesquelles le locataire ne devait et ne pouvait pas compter.

Cette question est toutefois sans conséquence pour l'analyse de la question qui nous occupe dès lors que, en l'absence de la conclusion d'un contrat, c'est selon les règles de la responsabilité précontractuelle que celle-ci doit être examinée.

Les règles de la bonne foi règlent la conduite des pourparlers, dont l'ouverture crée une relation juridique entre les interlocuteurs et leur imposent des devoirs réciproques. Au nombre de ceux-ci figurent l'obligation de négocier sérieusement, conformément à ses véritables intentions. La violation des règles de la bonne foi, à ce stade, constitue une *culpa in contrahendo* et entraîne la responsabilité précontractuelle de son auteur, lorsque l'autre partie a subi de ce fait un dommage en relation de causalité avec le comportement en cause. Cela étant, chaque partie a le droit de rompre les pourparlers sans être obligée d'en donner les raisons. Ce n'est que dans des situations exceptionnelles qu'une *culpa in contrahendo* sera retenue en cas de rupture des pourparlers⁵⁴.

Dans le cadre des pourparlers, chaque partie a en outre le devoir de ne pas poursuivre les négociations lorsqu'elle

⁵⁰ Arrêt de la II^{ème} Cour d'appel civil du Tribunal cantonal du canton de Fribourg du 4 octobre 2010 dans la cause *D. et P. c/F.* in CdB 2/11, p. 36.

⁵¹ BOHNET/MONTINI (n. 21), N° 20 ad art. 253 CO.

⁵² BOHNET/MONTINI (n. 21), N° 50 ad art. 253 CO ; LACHAT, *Le bail à loyer* (n. 11), p. 176, ch. 3.2.

⁵³ LACHAT, *Le bail à loyer* (n. 11), p. 176, ch. 3.2.

⁵⁴ Arrêt 4C.56/2004 du 16 juin 2004 consid. 2.3.

n'envisage plus la conclusion d'un contrat⁵⁵. Une *culpa in contrahendo* est donnée lorsqu'une partie poursuit des négociations et conforte la confiance de l'autre partie à la négociation dans la perspective d'une éventuelle conclusion du contrat, alors même qu'il sait qu'il ne voudra ou ne pourra pas conclure le contrat⁵⁶. Dans une telle hypothèse, elle doit rompre les pourparlers en informant son partenaire, afin d'éviter qu'il engage des dépenses superflues ou qu'il perde une autre occasion de conclure⁵⁷.

Ainsi, le candidat-locataire qui a déposé simultanément plusieurs formulaires d'inscription auprès de gérances et qui visite plusieurs logements doit, dès qu'il a trouvé un logement et qu'il perd par conséquent la volonté de conclure un autre contrat, en informer ses autres partenaires précontractuels⁵⁸. Il doit en effet s'attendre à ce que sa candidature soit examinée par la régie et fasse l'objet de vérifications s'agissant notamment de sa solvabilité.

Le candidat-locataire qui renonce à sa candidature, quelle qu'en soit la raison, notamment s'il a trouvé un autre logement, a donc le devoir d'en informer sans délai la régie afin qu'elle interrompe le traitement de sa demande et évite d'encourir inutilement des frais.

Certains auteurs considèrent qu'aucun reproche ne peut être formulé à l'encontre d'un candidat qui refuse de poursuivre les négociations⁵⁹ ou de conclure un contrat de bail et qu'une *culpa in contrahendo* doit donc être niée dans une telle hypothèse au motif qu'il doit pouvoir étudier en détail les dispositions du contrat⁶⁰.

A notre avis, un candidat sélectionné ne peut cependant justifier une renonciation à conclure le contrat de bail que dans l'hypothèse où son contenu contiendrait des clauses inusuelles ou insolites avec lesquelles le locataire ne devait et ne pouvait pas compter.

Il convient ainsi de distinguer clairement la situation dans laquelle le candidat-locataire interrompt les négociations, hypothèse dans laquelle il informe la régie de son absence de volonté de poursuivre les discussions en vue de la conclusion d'un bail et qui peut, sauf circonstances

particulières, intervenir en tout temps, de la situation où le candidat renonce à conclure un contrat après que la régie l'ait informé de ce qu'elle a retenu sa candidature et qui, sauf circonstances particulières, est condamnable.

Il est très largement admis que le dommage que peut faire valoir la victime d'une *culpa in contrahendo* correspond à l'intérêt négatif, soit l'intérêt à la non-conclusion du contrat. Il correspond aux dommages-intérêts nécessaires à replacer la partie lésée dans la situation qui eût été la sienne si elle n'avait jamais conclu le contrat ou n'avait jamais entrepris sa négociation⁶¹.

En outre, selon une partie importante de la doctrine, si l'équité l'exige, le juge devrait pouvoir allouer des dommages-intérêts plus considérables, soit en particulier la perte éprouvée ou le gain manqué⁶².

B. Autres violations du contrat

a. Frais de rappel et de mise en demeure

Le locataire est tenu d'acquitter le loyer et les frais accessoires selon les termes convenus dans le contrat. A défaut, il viole ses obligations contractuelles et tombe en demeure⁶³.

Le créancier d'une dette d'argent en demeure a droit en principe à un intérêt moratoire⁶⁴. Toutefois, lorsque la perte subie par le créancier dépasse l'intérêt légal, il peut demander l'indemnisation pour son dommage supplémentaire si la demeure est imputable à la faute du débiteur⁶⁵.

Il est donc possible de prévoir contractuellement que le locataire en demeure se verra réclamer des frais de rappel ou de mise en demeure pour le travail généré par sa faute⁶⁶.

Le fondement juridique de l'obligation d'assumer les frais consécutifs à la demeure est la responsabilité contractuelle du locataire, de sorte que les parties peuvent librement convenir par avance du montant du dommage résultant d'une telle violation. Il ne s'agit donc pas d'une obligation qui résulte de l'exécution conforme du contrat, telle que notamment l'obligation d'acquitter le loyer et les frais accessoires.

Par conséquent, le respect des exigences formelles liées à l'introduction de frais accessoires n'est pas requis.

⁵⁵ NICOLAS KUONEN, La responsabilité précontractuelle, Genève 2007, p. 445 N° 1485.

⁵⁶ ERNST KRAMER, Berner Kommentar, Bd. IV/1/2/1a, Inhalt des Vertrages, Art. 19–22 OR, 1991, N° 14 ad art. 22 CO ; MP 1997 p. 27 (décision cantonale TG du 24 février 1993) qui relève qu'un locataire ne viole pas ses obligations précontractuelles aussi longtemps qu'il respecte ses obligations de négocier sérieusement et d'informations.

⁵⁷ FRANÇOIS KNOEPFLER, 10^{ème} Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 1998, p. 5.

⁵⁸ KNOEPFLER (n. 57), p. 5.

⁵⁹ LACHAT, Le bail à loyer (n. 11), p. 175, ch. 2.4.

⁶⁰ RICHARD PERMANN, Mietrecht Kommentar, 2^{ème} édition, Zurich 2007, N° 16 ad Art. 253–274g CO.

⁶¹ ATF 105 II 75 consid. 3, JdT 1980 I 66 p. 72 ; KUONEN (n. 55), pp. 548 et 549, N° 1836 et 1838 ; KNOEPFLER (n. 57), p. 6.

⁶² KNOEPFLER (n. 57), p. 6 ainsi que les références citées.

⁶³ Art. 102 CO.

⁶⁴ Art. 104 CO.

⁶⁵ Art. 106 CO ; LUC THÉVENOZ/FRANZ WERRO, Commentaire Romand du Code des obligations, Bâle 2003, N° 2 ad art. 104 CO.

⁶⁶ GROBET THORENS (n. 5), N° 125.

Nous recommandons toutefois de mentionner de tels frais et leur montant de manière précise et détaillée dans le bail afin d'informer et d'attirer l'attention du locataire sur ce point et de limiter ainsi le risque de contestation. Leur montant doit être proportionné au travail requis.

b. Frais liés à l'absence non excusée à l'état des lieux de sortie

Le locataire doit restituer la chose à la fin du bail dans l'état qui résulte d'un usage conforme au contrat⁶⁷. A cet effet, un état des lieux, comprenant également l'inventaire et l'état des accessoires, est dressé en présence des deux parties qui le signent sur place, en deux exemplaires⁶⁸. Cette formalité est obligatoire⁶⁹.

Le locataire qui est absent lors de l'état des lieux de sortie viole donc son obligation contractuelle. Il est tenu de réparer le dommage en résultant⁷⁰.

Il est à relever qu'il est dans l'intérêt du locataire d'être présent lors de l'état des lieux de sortie. A défaut, il pourrait avoir à assumer le coût d'un constat officiel auquel le bailleur pourrait faire procéder afin de sauvegarder ses moyens de preuve⁷¹. Les frais de reconvoication de la régie pour convenir d'une nouvelle séance d'état des lieux sont toutefois moindres en général que ceux qui résulteraient de la désignation d'un huissier.

Par conséquent, la régie est en droit de facturer au locataire le montant de son dommage consécutif à son absence à l'état des lieux de sortie.

De la même manière que pour les frais de rappel, le fondement juridique de l'obligation du locataire d'assumer ces frais est sa responsabilité contractuelle. Il n'est dès lors pas nécessaire de respecter les exigences formelles liées à l'introduction des frais accessoires, même si la mention de ces frais dans le contrat de bail est recommandée.

2. Frais en relation avec l'usage de la chose

A. Frais en relation avec la mise en œuvre d'une norme impérative

Les dispositions relatives à la sous-location⁷², à la restitution anticipée⁷³ ainsi qu'au transfert de bail⁷⁴ sont des

normes considérées comme impératives ou semi-impératives⁷⁵. La conclusion d'un avenant au contrat de bail peut également résulter d'un droit du locataire auquel il ne peut être dérogé.

Il convient de s'interroger sur la signification et la portée de la nature impérative de ces normes. Cette question est en effet essentielle. Elle n'a pourtant à notre connaissance jamais été abordée par la doctrine ou la jurisprudence dans ce contexte.

A notre sens, le caractère impératif de ces normes porte sur l'essence des droits qui y sont prévus. Ce noyau dur ne saurait être supprimé et la mise en œuvre de ces droits ne pourrait pas être sensiblement restreinte par des conditions d'exercice non prévues par la loi.

La question de savoir si des frais peuvent être mis à la charge du locataire qui souhaite exercer son droit de sous-louer, de céder son bail ou de le restituer de manière anticipée n'a jamais été évoquée dans les travaux préparatoires⁷⁶. Il s'agit d'une lacune véritable et on ne saurait déduire du silence de la loi que la facturation de frais est interdite par ces dispositions. La loi ne prévoit en principe jamais expressément que des frais peuvent être perçus.

Appelé à trancher cette question dans le cadre d'une disposition impérative d'une autre loi, le Tribunal fédéral a considéré admissible qu'une caisse de pension facture des frais administratifs à son assuré qui souhaitait obtenir la libération de son avoir LPP aux fins d'acquisition de son logement. Le Tribunal fédéral a précisé que le paiement au préalable de tels frais ne saurait toutefois constituer une condition à la libération de l'avoir LPP⁷⁷.

Cet arrêt du Tribunal fédéral confirme que la notion et la portée de la nature impérative d'une norme doit être examinée au regard de son but et ne porte pas indistinctement sur l'ensemble de ses éléments. En particulier, la facturation de frais en relation avec la mise en œuvre de cette disposition ne porte pas atteinte à la nature impérative de la norme et est par conséquent admissible.

Le raisonnement du Tribunal fédéral dans cet arrêt peut à notre avis être intégralement transposé à la problématique qui nous occupe. En effet, le versement anticipé de la prestation de libre passage en vue de l'acquisition

⁶⁷ Art. 267 CO.

⁶⁸ Art. 10 al.3 CCR.

⁶⁹ LACHAT, *Le bail à loyer* (n. 11), p. 803, ch. 3.1.

⁷⁰ Art. 97 CO.

⁷¹ LACHAT, *Le bail à loyer* (n. 11), p. 804, ch. 3.3.

⁷² LACHAT, *Le bail à loyer* (n. 11), p. 582, ch. 2.6.1 ; BOHNET/MONTINI (n. 21), N° 3 ad art. 262 CO ; BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE (n. 21), N° 1 ad art. 262 CO.

⁷³ LACHAT, *Le bail à loyer* (n. 11), p. 591, ch. 3.5.1 ; BOHNET/MONTINI (n. 21), N° 5 ad art. 263 CO ; BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE (n. 21), N° 6 ad art. 263 CO.

⁷⁴ LACHAT, *Le bail à loyer* (n. 11), p. 621, ch. 5.7.1 ; BOHNET/MONTINI (n. 21), N° 5 ad art. 264 CO ; BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE (n. 21), N° 1 ad art. 264 CO.

⁷⁵ Pour une analyse complète de la nature dispositif ou impérative des normes du droit du bail : RONCORONI (n. 4), pp. 67 et ss.

⁷⁶ Message ad art. 262, 263 et 264 CO, FF 1985 I, pp. 1423 et ss.

⁷⁷ ATF 124 II 570, consid. 2a.

de la propriété d'un logement pour ses propres besoins constitue en effet un droit impératif de l'assuré prévu par le LPP⁷⁸. Cette disposition ne traite toutefois pas de la question d'éventuels frais que l'institution de prévoyance pourrait solliciter dans ce contexte. Le Tribunal fédéral a admis la facturation de tels frais, en considérant notamment que celui qui génère des frais particuliers crée une situation spéciale justifiant un traitement différencié⁷⁹.

Rien ne s'oppose par conséquent en principe à ce que les frais générés par une demande de sous-location, de cession de bail ou de résiliation anticipée puissent être mis à la charge du locataire dès lors qu'il ne s'agit pas d'une condition d'exercice du droit. Leur montant ne doit toutefois pas être élevé au point d'avoir un effet dissuasif pour l'exercice du droit⁸⁰.

a. Sous-location

S'agissant de la sous-location, les travaux préparatoires mentionnent le caractère impératif de la norme en relation avec la limitation des circonstances prévue par le nouveau droit permettant de s'opposer à une demande de sous-location à des inconvénients majeurs, par opposition à l'ancien droit où le bailleur pouvait s'y opposer librement⁸¹.

Il est ainsi admis que les parties peuvent adopter des dispositions qui complètent la loi sans y déroger. Elles peuvent par exemple convenir que la demande de sous-location doit être formulée par écrit⁸², que le consentement doit revêtir la forme écrite ou être donné dans un délai déterminé⁸³ ou encore préciser la notion d'inconvénients majeurs et interdire la sous-location à des entreprises concurrentes à d'autres locataires de l'immeuble⁸⁴.

Ces exigences limitent ou restreignent la possibilité pour un locataire de sous-louer dès lors que ces conditions ne sont pas prévues par la loi. Elles sont toutefois considérées comme étant valables. Il convient de relever qu'il s'agit même dans ce cas de figure de conditions formelles à la validité de l'exercice du droit de sous-louer puisque, si ces conditions ne sont pas respectées, la demande de sous-location peut être refusée. Ces exigences ne sont toutefois pas considérées comme étant contraire à la nature impérative de la norme⁸⁵. Cela démontre que le caractè-

rière impératif de cette norme n'interdit pas toute exigence ou condition complémentaire à l'exercice du droit, même en défaveur du locataire, et que la notion d'impérativité porte uniquement sur l'essence de la norme.

Par conséquent, la mise à la charge du locataire des frais générés par une demande de sous-location est valable, ce d'autant plus qu'elle ne constitue pas une condition d'exercice du droit de sous-louer.

La facturation au locataire des frais générés par une demande de sous-location sous forme de frais accessoires ne constitue en réalité qu'une variante du mode de facturation du loyer, expressément prévue par le droit du bail. Personne ne conteste en effet la possibilité d'inclure dans le loyer les honoraires d'une régie payés le bailleur notamment pour ce type de prestation.

b. Restitution anticipée

En matière de restitution anticipée, une majorité de la doctrine considère qu'une peine conventionnelle⁸⁶ ou une clause pénale⁸⁷ contrevient au caractère impératif de la norme. La réponse est en revanche plus nuancée s'agissant de l'admissibilité de frais pour la préparation du bail du locataire de remplacement ainsi que pour l'examen de la candidature de remplacement proposée. Elle a été admise par les tribunaux⁸⁸, niée par une partie de la doctrine⁸⁹ alors que d'autres auteurs sont beaucoup plus nuancés⁹⁰.

Comme cela a été démontré, le traitement d'une demande de restitution anticipée génère incontestablement une charge administrative pour la régie.

Conformément à ce qui précède, nous estimons que la facturation de frais ne contrevient pas à l'essence de la norme si bien que son caractère impératif est préservé. Le montant des frais doit toutefois être raisonnable, correspondre à la charge de travail effectivement générée et ne pas être de nature à avoir un effet dissuasif pour l'exercice du droit.

⁷⁸ RS 831.30, Art. 30c LPP.

⁷⁹ ATF 124 II 570, consid. 2e.

⁸⁰ ATF 124 II 570, consid. 2g.

⁸¹ Message FF 1985 I, p. 1424.

⁸² BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE (n. 21), N° 2 ad art. 262 CO.

⁸³ BOHNET/MONTINI (n. 21), N° 3 ad art. 262 CO.

⁸⁴ LACHAT, Le bail à loyer (n. 11), p. 582, ch. 2.6.1.

⁸⁵ BOHNET/MONTINI (n. 21), N° 3 ad art. 262 CO qui relèvent que les parties peuvent adopter des dispositions qui complètent la loi sans y déroger.

⁸⁶ LACHAT, Le bail à loyer (n. 11), p. 621, ch. 5.7.1 ; PERMANN (n. 60), N° 2 ad art. 264 CO.

⁸⁷ BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE (n. 21), N° 1 ad art. 264 CO.

⁸⁸ Arrêt de la Chambre d'appel en matière de baux et loyers de la Cour de justice N° 324 du 10 décembre 1993 qui admet la validité d'une clause prévoyant le paiement de 1 % en cas de résiliation anticipée.

⁸⁹ CHAIX (n. 11), p. 54.

⁹⁰ LACHAT, La restitution anticipée de la chose louée (n. 11), CdB 4/98 N° 44 qui convient qu'une résiliation occasionne des frais pour le bailleur et admet donc de tels frais, notamment si les démarches administratives ne sont pas comprises dans les honoraires de gérance convenues avec la régie.

c. Transfert de bail

Les termes utilisés en matière de transfert de bail sont analogues à ceux de la disposition de la sous-location. En particulier, les parties peuvent valablement expliciter la notion de justes motifs et préciser les modalités du consentement⁹¹. Les remarques formulées ci-dessus quant à la portée de la notion d'impérativité sont donc également valables en matière de transfert de bail.

Par conséquent, la facturation de frais raisonnables, correspondant à la charge de travail effective de la régie et qui ne sont pas de nature à avoir un effet dissuasif pour l'exercice du droit, est admissible.

d. Etablissement d'un avenant

La rédaction d'un avenant peut notamment résulter de l'exercice d'un droit du locataire, tel que l'adhésion au bail par le conjoint⁹², ou d'une décision judiciaire attribuant le logement familial ou le logement commun à l'un des époux ou des partenaires enregistrés suite à un divorce⁹³.

La régie est contrainte dans ces situations de procéder aux modifications requises du contrat de bail. Toutefois, rien ne s'oppose à ce que les frais générés par la rédaction d'un avenant soient facturés au locataire.

B. Autres frais

a. Suppression de raccordement à un télé-réseau

Il convient de distinguer entre deux cas de figure distincts.

Si le contrat d'abonnement au télé-réseau est un contrat d'abonnement individuel, c'est-à-dire conclu directement entre le locataire et le prestataire de service du télé-réseau, le locataire pourra directement résilier l'abonnement au télé-réseau selon les clauses prévues dans son contrat.

En revanche, s'il s'agit d'un contrat d'abonnement collectif, soit d'un contrat conclu entre le propriétaire d'un immeuble et le prestataire de service pour le compte de l'ensemble des appartements d'un immeuble, le locataire ne sera pas en mesure de le résilier, puisque le locataire n'est, dans cette hypothèse, pas partie au contrat. Tel est le cas de près de 80% des immeubles connectés au télé-réseau à Genève.

L'offre de télé-réseau constitue alors une prestation comprise dans le contrat de bail. Cette situation résulte d'une époque où il n'existait pas d'offre concurrente en matière de services télévisuels pour qui voulait bénéfi-

cier d'autres chaînes de télévision que celles diffusées par voie hertzienne.

La loi fédérale sur les télécommunications (LTC) impose au bailleur de donner suite à une demande du locataire de résilier son contrat de raccordement⁹⁴. Cette disposition doit être considérée comme une *lex specialis* par rapport au droit du bail qui n'autorise pas le locataire à exiger une modification du contrat en cours de bail. Le prestataire de service du télé-réseau doit naturellement aussi accepter de modifier le contrat d'abonnement collectif en diminuant d'une unité le nombre d'abonnés au contrat.

Une telle demande d'un locataire est donc fondée sur l'article 35a LTC, et non pas sur le contrat de bail. Cette disposition ne dit toutefois rien sur les frais liés à une telle demande.

Il apparaît légitime et conforme aux principes généraux du droit que les frais occasionnés au bailleur par une demande du locataire soient mis à la charge de ce dernier sous forme de frais accessoires.

b. Frais postaux

Le loyer constitue une dette d'argent. Conformément à l'art. 74 al. 2 ch. 1 CO, le paiement doit s'opérer au lieu où le créancier est domicilié. Le locataire doit par conséquent en principe assumer les frais de transfert des fonds sur le compte du bailleur⁹⁵.

Les parties peuvent convenir expressément ou tacitement d'un autre lieu pour l'exécution du paiement⁹⁶. La volonté des parties peut se déduire des circonstances.

Le Tribunal fédéral a ainsi jugé que le locataire mis en demeure de payer un arriéré sur un compte postal au moyen d'un bulletin de versement qui lui a été adressé est réputé s'être exécuté en payant au guichet postal⁹⁷.

Le contrat-cadre romand prévoit que le loyer ainsi que les acomptes de chauffage et de frais accessoires sont payables par mois d'avance au domicile du bailleur ou à son compte postal ou bancaire⁹⁸. Toutefois, la possibilité de payer le loyer sur le compte postal du bailleur n'implique pas le droit d'effectuer le paiement au guichet postal au moyen d'un bulletin de versement. Il existe en effet d'autres moyens, notamment par Internet, pour effectuer le paiement.

⁹¹ LACHAT, Le bail à loyer (n. 11), p. 591, ch. 3.5.1.

⁹² Art. 11.3 al. 4 CCR.

⁹³ Art. 121 CC.

⁹⁴ RS 784.10, Art. 35a al. 3 LTC. Cette disposition prévoit notamment que le fournisseur de services de télécommunication ou le bailleur prévoit un délai de résiliation raisonnable.

⁹⁵ LACHAT, Le bail à loyer (n. 11), p. 304, ch. 1.2.

⁹⁶ Art. 74 al. 1 CO.

⁹⁷ ATF 124 III 145, JdT 2000 I 220.

⁹⁸ Art. 1 CCR.

En effet, seul le paiement par bulletin de versement à un guichet postal entraîne des frais qui sont facturés au bénéficiaire du paiement. Dans cette hypothèse, le montant des frais sera déduit du montant versé par le locataire, si bien que le bailleur ne percevra pas la totalité du loyer dû.

Par conséquent, si un bailleur ne souhaite pas supporter les frais postaux liés à un paiement au guichet de poste, il doit l'indiquer clairement dans le contrat de bail et mentionner que ces frais seront refacturés au locataire sous forme de frais accessoires.

Par ailleurs, la remise de bulletins de versement au locataire par le bailleur pourrait être interprétée comme une acceptation par le bailleur de ce mode de paiement. Aussi, nous recommandons de ne pas remettre de bulletins de versement au locataire et de lui fournir uniquement les coordonnées bancaires ou postales du bailleur, respectivement celles de la régie.

Si nonobstant cette convention contractuelle le locataire acquitte le loyer par un paiement à un guichet postal et génère ainsi des frais à la charge du bailleur, ce dernier est en droit de les répercuter sur le locataire. Le bailleur peut en effet prétendre à recevoir l'entier du loyer prévu contractuellement.

3. Frais divers

A. Conclusion de bail et échange d'appartements

Les frais relatifs à la conclusion du bail ne trouvent pas leur fondement dans l'exécution du contrat de bail. Il s'agit de frais qui ne sont pas directement liés à l'usage de la chose et ne tombent pas sous le régime des frais accessoires.

Pour pouvoir être facturés au locataire, ces frais ne doivent pas être inclus dans les honoraires de gérance convenus entre la régie et le bailleur, puisque ces derniers sont réputés être compris dans le loyer. A défaut, le locataire paierait deux fois pour la même prestation.

En règle générale, la conclusion d'un bail fait partie des prestations prévues dans le mandat de gérance de base ou ordinaire. Le mandat de gérance doit donc mentionner que tout ou partie des frais liés à la conclusion du contrat de bail sont à la charge du locataire.

En règle générale, le montant facturé par les régies aux locataires pour la conclusion d'un contrat de bail est bien inférieur aux frais réels encourus pour de telles démarches. Cela semble équitable et justifié dès lors que les deux parties ont un intérêt à la conclusion du contrat, particulièrement dans un marché où sévit la pénurie puisque

le choix des locataires est limité. Rien ne s'oppose toutefois à ce que la totalité des frais de conclusion du bail soit mise à la charge du locataire.

B. Timbre fiscal

La loi impose le timbrage des contrats de baux⁹⁹. Elle est silencieuse sur l'identité du débiteur de l'impôt. Il semble donc approprié et légitime que chacune des parties supporte l'impôt pour son exemplaire du contrat.

Les conditions générales applicables aux baux dans le Canton de Genève prévoient que chaque partie supporte l'impôt du timbre pour l'exemplaire du bail qu'elle détient¹⁰⁰.

C. Demande de copie ou d'attestation

Une demande de copie d'une pièce relative au bail ou de remise d'une attestation par le locataire excède ce que le locataire est en droit de solliciter sur la base du contrat de bail. La régie est donc en droit de facturer cette prestation. Il s'agit donc d'une prestation supplémentaire pour laquelle une rémunération peut être exigée.

Pour la clarté des relations et limiter le risque de contestation, il est recommandé de faire figurer les montants relatifs à ces prestations dans le contrat de bail.

D. Clé supplémentaire ou remplacement de plaquette de boîte-aux-lettres

De la même manière, la régie est en droit de facturer les frais effectifs ainsi que le travail administratif généré par une demande de clé supplémentaire ou de nouvelle plaquette pour la boîte-aux-lettres dans la mesure où ces prestations excèdent ce que le locataire peut exiger sur la base du contrat de bail.

V. Conclusions

La facturation au locataire des frais qu'il génère par son comportement ou par une demande spécifique de sa part s'inscrit dans une tendance générale de notre société où toute prestation administrative est en principe facturée à son bénéficiaire. Il n'existe a priori pas de raison qu'il en aille différemment en matière de bail. Cela paraît en outre

⁹⁹ Art 269 et suivants LCP.

¹⁰⁰ Art. 58 des Conditions générales pour les appartements, art. 38 des Conditions générales pour les villas et art. 31.1 des Conditions générales pour les locaux commerciaux applicables dans le Canton de Genève.

justifié dans la mesure où, si ces frais n'étaient pas assumés par celui qui en est à l'origine, ceux-ci devraient être supportés par l'ensemble des locataires d'un immeuble.

L'analyse présentée dans le présent article démontre qu'une telle facturation est admissible en regard en particulier des règles prévues par le droit du bail dans la mesure où les conditions formelles qui ont été énoncées sont respectées. Il convient par conséquent de prêter une attention particulière à la rédaction de la documentation contractuelle.