



Actes de conférence

2018

Published version

Public access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

**Imprescriptibilité, contrôle et responsabilité. Les effets du droit de propriété
dans le temps**

Foëx, Bénédicte (ed.); Hottelier, Michel (ed.)

How to cite

FOËX, Bénédicte, HOTTELIER, Michel, (eds.). Imprescriptibilité, contrôle et responsabilité. Les effets du droit de propriété dans le temps. Genève : Schulthess, 2018.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:101271>

© This document is protected by copyright. Please refer to copyright holder(s) for terms of use.

Last deposit update in Archive ouverte UNIGE on 15.03.2023 08:43

Droit
de la propriété

Imprescriptibilité, contrôle et responsabilité

Les effets du droit de propriété
dans le temps

Bénédict Foëx
Daniel Kinzer
Nicolas Kuonen
Denis Piotet
Amédéo Wermelinger

Édité par
Bénédict Foëx et Michel Hottelier



Schulthess §
ÉDITIONS ROMANDES

GG
Collection
Genevoise

Bénédict Foëx et Michel Hottelier (éds)

Imprescriptibilité, contrôle et responsabilité



Droit de la propriété

Imprescriptibilité, contrôle et responsabilité

Les effets du droit de propriété
dans le temps

Bénédict Foëx
Daniel Kinzer
Nicolas Kuonen
Denis Piotet
Amédéo Wermelinger

Édité par
Bénédict Foëx et Michel Hottelier



Chambre genevoise immobilière



Schulthess § 2018
ÉDITIONS ROMANDES

Citation suggérée de l'ouvrage: BENEDICT FOËX/MICHEL HOTTELIER (éds), *Imprescriptibilité, contrôle et responsabilité – Les effets du droit de propriété dans le temps*, Collection Genevoise, Genève/Zurich 2018, Schulthess Éditions Romandes

ISBN 978-3-7255-8668-4

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2018

www.schulthess.com

Diffusion en France : Lextenso Éditions, 70, rue du Gouverneur Général Éboué,
92131 Issy-les-Moulineaux Cedex

www.lextenso-editions.com

Diffusion et distribution en Belgique et au Luxembourg : Patrimoine SPRL, Avenue Milcamps
119, B-1030 Bruxelles; téléphone et télécopieur: +32 (0)2 736 68 47; courriel: patrimoine@telenet.be

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek: La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Avant-propos

Les JOURNÉES DU DROIT DE LA PROPRIÉTÉ ont été créées en 1996, sur la base d'une collaboration entre la Chambre genevoise immobilière et la Faculté de droit de l'Université de Genève. L'ambition née de ce partenariat était triple : aborder l'étude de sujets spécifiques liés à la propriété immobilière en combinant l'approche théorique à l'expérience pratique ; transcender les frontières traditionnelles du droit positif en ouvrant un regard analytique sur des questions originales portant sur le droit aussi bien privé que public, le droit fédéral et cantonal, le droit de fond et la procédure ; rassembler et intéresser les juristes provenant de plusieurs régions de Suisse romande, sans limiter la réflexion à des thématiques liées à un canton en particulier.

La première JOURNÉE s'est déroulée le 21 mai 1996 et elle a porté sur le thème « La garantie constitutionnelle de la propriété. Fondements, contenu et fonctions ». Organisées ensuite tous les deux ans puis, en raison du succès qu'elles ont rencontré, en principe chaque année, les douze JOURNÉES DU DROIT DE LA PROPRIÉTÉ qui ont suivi sont parvenues à réunir un public fidèle et passionné pour réfléchir et échanger autour de thèmes variés tels que les gages immobiliers (1998), l'aménagement du territoire (2000), la propriété par étages (2002), la protection de l'environnement (2004), les servitudes (2006), l'expropriation (2008), le droit de superficie (2009), les rénovations d'immeubles (2010), la réforme des droits réels immobiliers (2011), la planification territoriale (2012), la liberté d'entreprendre (2013) et les défis énergétiques (2015).

La quatorzième JOURNÉE DU DROIT DE LA PROPRIÉTÉ s'est déroulée le 27 mai 2016. Afin de marquer d'une manière évocatrice le vingtième anniversaire de ces colloques, le thème choisi par les organisateurs s'est concentré sur « Les effets du droit de propriété dans le temps ». Plusieurs sujets classiques tels que la prescription, les gages immobiliers, la propriété par étages, le contrôle des loyers ou encore la responsabilité du propriétaire d'immeuble ont été passés au crible des effets (devrait-on dire des ravages ?) que l'écoulement du temps est de nature à provoquer sur le droit de propriété.

L'un des effets parmi les plus redoutables et assurément les plus redoutés qu'entraîne l'écoulement du temps concerne la prescription, que celle-ci se présente sous sa forme acquisitive ou extinctive. En dépit de l'ancienneté de cette institution juridique dont les fondements remontent au droit romain, les

détails liés à la mise en oeuvre de la prescription et, en particulier, de la déchéance à laquelle elle est susceptible de conduire ne sont pas toujours bien connus du monde des praticiens. Le Professeur DENIS PIOTET consacre des développements du plus haut intérêt à cette question classique. L'auteur rappelle en particulier que, si aucune prescription extinctive n'est certes réputée affecter le droit de propriété immobilière lui-même, le système commun pour lequel le législateur suisse a opté laisse la place à une prescription de la revendication de la propriété en raison de la passivité de son titulaire.

Les effets des gages immobiliers au sens des articles 793 et suivants du Code civil occasionnent eux aussi leur lot de surprises et de situations parfois déconcertantes. La riche contribution du Professeur BÉNÉDICT FOËX examine cette problématique d'une façon originale sous l'angle de l'hypothèque et de la cédula hypothécaire, au regard en particulier de l'imprescriptibilité de la créance et des intérêts garantis, sans oublier le statut qui caractérise l'immeuble grevé dans la durée.

Les problèmes que pose l'écoulement du temps dans le domaine de la propriété par étages ne sont, eux non plus, pas dépourvus d'intérêt au regard de la pérennité propre à cette figure juridique. L'étude du Professeur AMÉDÉO WERMELINGER examine successivement les divers écueils qui guettent le détenteur de parts de copropriété, en partant de la période antérieure à la constitution de la propriété par étages jusqu'à sa fin, c'est-à-dire la dissolution de la copropriété. Comme le relève l'auteur, « pour la PPE, le facteur temps intervient de diverses manières, à divers stades de son existence. Il faut s'en préoccuper car, en négligeant cet aspect, les conséquences problématiques interviendront forcément ».

Les effets de la créance et de la dette nées d'un contrat de bail à loyer au sens de l'article 253 du Code des obligations forment eux aussi un thème incontournable, régulièrement revisité par la doctrine et la jurisprudence. La contribution que M^e DANIEL KINZER consacre à la surveillance et au contrôle des loyers dans le temps apporte des éclaircissements et des précisions bienvenus. Au chapitre de la fixation et du contrôle des loyers, l'auteur évoque notamment la place qui, de jurisprudence constante, revient au droit public cantonal au sens de l'article 6 du Code civil pour combattre la pénurie de logements sur le marché locatif en limitant, souvent de façon incisive, la liberté contractuelle.

Une étude des effets du droit de propriété immobilière dans le temps n'aurait pas été complète sans que soit évoquée la question de la responsabilité du propriétaire. L'analyse très complète que consacre M^e NICOLAS KUONEN à cette thématique entraîne le lecteur dans une passionnante évocation jurisprudentielle, depuis la construction de l'immeuble jusqu'aux effets de la prescrip-

tion lors de sa destruction, en passant par l'analyse systématique des problèmes susceptibles de se poser dans l'intervalle.

A l'image de celles qui l'ont précédée, la JOURNÉE DU DROIT DE LA PROPRIÉTÉ 2016 a tenu toutes ses promesses comme l'indiquent l'intérêt des sujets abordés, la richesse des exposés et de la documentation fournie, de même que les interventions et les débats nourris qu'elle a suscités. La publication de ses actes permet au comité d'organisation d'exprimer sa profonde reconnaissance à toutes les personnes qui ont œuvré pour permettre l'organisation, dans les meilleures conditions, de la JOURNÉE 2016, de même qu'à celles qui ont contribué à l'édition du présent ouvrage. Nous souhaitons remercier en particulier la Commission des publications de la Faculté de droit de son soutien sans faille, ainsi que Madame JOANNA DAVID MANGIN, responsable des ouvrages édités par la Maison Schulthess dans la série Droit de la propriété de la Collection genevoise. Nous remercions également Madame IRÈNE MARTIN-RIVARA et Monsieur EDOUARD BENOÎT, assistants à la Faculté de droit de l'Université de Genève, de leur précieuse collaboration lors de la relecture et de la mise en forme des textes.

MICHEL HOTTELIER

Préface

C'est avec un grand plaisir que nous avons l'honneur, au nom du Rectorat de l'Université de Genève, de rédiger quelques lignes en guise d'avant-propos du présent ouvrage qui réunit les contributions ayant été présentées lors de la 14^e Journée du droit de la propriété du 27 mai 2016, qui marquait le vingtième anniversaire de la création de ces Journées. Ce plaisir est tout particulier pour plusieurs raisons.

C'est tout d'abord une grande joie de découvrir, en tant que juriste, les thèmes captivants et les auteurs renommés qui ont été à l'œuvre lors de cette Journée du droit de la propriété et d'admirer la qualité des réflexions que ces experts ont livrées dans le présent ouvrage.

C'est un plaisir ensuite de saluer et de se féliciter du partenariat public - privé qui préside depuis vingt ans à la destinée des Journées de droit de la propriété, et de cette alliance entre des acteurs clés du marché de l'immobilier et de la formation immobilière que sont la Chambre Genevoise Immobilière, l'Institut d'études immobilières et la Faculté de droit. Ce partenariat illustre en effet à merveille la politique de l'Université de travailler avec et pour la Cité afin d'offrir des formations alliant qualité scientifique et pertinence pratique.

C'est un plaisir enfin de pouvoir célébrer le vingtième anniversaire du lancement des Journées du droit de la propriété, anniversaire qui montre à l'évidence la stabilité et l'importance de cette offre de formation. La majorité ainsi atteinte par ces journées nées il y a vingt ans démontre, grâce au dynamisme et à l'énergie de ses organisateurs, que nous saluons et remercions vivement ici, que ces journées s'inscrivent assurément dans la durée, à l'image de la thématique du temps et de son écoulement qui a été très opportunément choisie comme sujet pour célébrer cet anniversaire.

Il ne reste qu'à souhaiter longue vie et plein succès aux Journées du droit de la propriété.

Prof. JACQUES DE WERRA
Vice-recteur

Sommaire

Avant-propos	5
Préface	9
Sommaire	11
Table des abréviations.....	13
DENIS PIOTET, <i>Professeur à la Faculté de droit, des sciences criminelles et d'administration publique de l'Université de Lausanne</i>	
La perpétuité de la propriété face à la prescription	19
BÉNÉDICT FOËX, <i>Professeur à l'Université de Genève</i>	
Les gages immobiliers dans la durée	33
AMÉDÉO WERMELINGER, <i>Professeur titulaire à l'Université de Fribourg</i>	
L'écoulement du temps dans la PPE	55
DANIEL KINZER, <i>Avocat au barreau de Genève</i>	
La surveillance et le contrôle des loyers dans le temps.....	79
NICOLAS KUONEN, <i>Docteur en droit, Avocat au barreau de Genève, Chargé de cours à l'Université de Fribourg</i>	
La responsabilité du propriétaire d'immeuble dans le temps.....	113
Table des matières	141

Table des abréviations*

ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Code civil autrichien)
aCC	(ancien) Code civil suisse, dans sa version antérieure au 1 ^{er} janvier 2012
ACJC	Arrêt de la Cour de justice du Canton de Genève
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
al.	alinéa(s)
art.	article(s)
ATA	Arrêt de la Cour administrative de la Cour de Justice du Canton de Genève
ATF	Arrêt du Tribunal fédéral
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Code civil allemand)
BK	Berner Kommentar
BS	Canton de Bâle-Ville
BSK	Basler Kommentar
c.	considérant(s)
CABL	Chambre d'appel en matière de baux et loyers du Canton de Genève
CC	Code civil suisse, du 10 décembre 1907 (RS 210)
CCiv. fr.	Code civil français
CCiv. it.	Code civil italien
CDAP FO	Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal vaudois
CdB	Cahier du bail
CdDR	Les cahiers des droits réels et de la propriété

* Liste établie par Madame Irène Martin-Rivara et Monsieur Edouard Benoît, assistants à la Faculté de droit de l'Université de Genève.

CEDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, du 4 novembre 1950 (RS 0.101)
cep.	cependant
<i>cf.</i>	<i>confer</i>
ch.	chiffre(s)
CJ GE	Cour de justice du Canton de Genève
CO	Code des obligations (Loi fédérale complétant le Code civil suisse [Livre cinquième : Droit des obligations]), du 30 mars 1911 (RS 220)
consid.	considérant(s)
Cour EDH	Cour européenne des droits de l'homme
Cst. féd.	Constitution fédérale de la Confédération suisse, du 18 avril 1999 (RS 101)
D.	Digeste
DALE	Département de l'aménagement, du logement et de l'énergie du Canton de Genève
DB	Droit du bail
DC	Droit de la construction
éd.	édition(s) / éditeur(s)
ég.	également
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche
etc.	<i>et cetera</i>
FF	Feuille fédérale
GE	Canton de Genève
<i>i. e.</i>	<i>id est</i>
<i>i. f.</i>	<i>in fine</i>
JdT	Journal des Tribunaux
LAL/NE	Loi neuchâteloise sur l'aide au logement, du 17 décembre 1985 (RS NE 841.0)
LCA	Loi fédérale sur le contrat d'assurance, du 2 avril 1908 (RS 221.229.1)

LCAP	Loi fédérale encourageant la construction et l'accèsion à la propriété de logements, du 4 octobre 1974 (RS 843)
LCD	Loi fédérale contre la concurrence déloyale, du 19 décembre 1986 (RS 241)
LCI(GE)	Loi genevoise sur les constructions et les installations diverses, du 14 avril 1988 (RS GE L 5 05)
LDIP	Loi fédérale sur le droit international privé, du 18 décembre 1987 (RS 291)
LDTR	Loi genevoise sur les démolitions, transformations et rénovations de maisons d'habitation (mesures de soutien en faveur des locataires et de l'emploi), du 25 janvier 1996 (RS GE L 5 20)
LDTR/GE	voir LDTR
LDTR/VD	Loi vaudoise concernant la démolition, la transformation et la rénovation de maisons d'habitation, ainsi que l'utilisation de logements à d'autres fins que l'habitation, du 4 mars 1985 (RS VD 840.15)
let.	lettre
LGL/GE	Loi genevoise générale sur le logement et la protection des locataires, du 4 décembre 1977 (RS GE I 4 05)
LGZD/GE	Loi genevoise générale sur les zones de développement, du 29 juin 1957 (RS GE L 1 35)
<i>lit.</i>	<i>litera</i>
LL/VD	Loi vaudoise sur le logement, du 9 septembre 1975 (RS VD 840.11)
LOG	Loi fédérale encourageant le logement à loyer ou à prix modérés, du 21 mars 2003 (RS 842)
LPA	Loi genevoise sur la procédure administrative, du 12 septembre 1985 (RS GE E 5 10)
LRFP	Loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits, du 18 juin 1993 (RS 221.112.944)
LUP/GE	Loi genevoise pour la construction de logements d'utilité publique, du 24 mai 2007 (RS GE I 4 06)
MRA	Mietrecht Aktuell

n.	numéro(s) marginal(aux) / note(s) de bas de page
NB	Le notaire bernois
NE	Canton de Neuchâtel
not.	notamment
n°	numéro(s)
OBLF	Ordonnance fédérale sur le bail à loyer et le bail à ferme d'habitations et de locaux commerciaux, du 9 mai 1990 (RS 221.213.11)
OG ZH	<i>Obergericht</i> du Canton de Zurich
OLCAP	Ordonnance fédérale relative à la loi fédérale encourageant la construction et l'accession à la propriété de logements, du 30 novembre 1981 (RS 843.1)
OLOG	Ordonnance fédérale encourageant le logement à loyer ou à prix modérés, du 26 novembre 2003 (RS 842.1)
OR	<i>Obligationenrecht</i>
ORF	Ordonnance fédérale sur le registre foncier, du 23 septembre 2011 (RS 211.432.1)
p.	page(s)
p. ex.	par exemple
PKG	Praxis des Kantonsgerichts Graubünden
PPE	propriété par étages
RAL/NE	Règlement neuchâtelois d'exécution de la loi sur l'aide au logement, du 3 septembre 1986 (RS NE 841.01)
RAL2/NE	Règlement neuchâtelois d'exécution de la loi sur l'aide au logement, du 22 décembre 2008 (RS NE 841.010)
RCI	Règlement genevois d'application de la loi sur les constructions et installations diverses, du 27 février 1978 (RS GE L 5 05.01)
RDTR/VD	Règlement vaudois appliquant la loi du 4 mars 1985 concernant la démolition, la transformation et la rénovation de maisons d'habitation, ainsi que l'utilisation de logements à d'autres fins que l'habitation, du 6 mai 1988 (RS VD 840.15.1)

Rem. lim.	Remarques liminaires
Rep. Giur.	Repertorio di Giurisprudenza Patria
RGL/GE	Règlement genevois d'exécution de la loi générale sur le logement et la protection des locataires, du 24 août 1992 (RS GE I 4 05.01)
RJ	Répertoire de jurisprudence
RJN	Recueil de jurisprudence neuchâteloise
RLL/VD	Règlement vaudois d'application de la loi sur le logement du 9 septembre 1975, du 17 janvier 2007 (RS VD 840.11.1)
RNRF	Revue suisse du notariat et du registre foncier
RS	Recueil systématique (sauf précision contraire : du droit fédéral)
s.	et suivant(e)
SJ	Semaine Judiciaire
spéc.	spécialement
ss	et suivant(e)s
Syst. T.	<i>Systematischer Teil</i>
TC NE	Tribunal cantonal du Canton de Neuchâtel
TF	Tribunal fédéral suisse
Tit. fin. CC	Titre final du Code civil suisse
VD	Canton de Vaud
vol.	volume
Vorbem.	<i>Vorbemerkungen</i>
vs	<i>versus</i>
WRF/BS	Verordnung über die Wohnraumförderung du Canton de Bâle-Ville, du 17 juin 2014 (RS BS 861.520)
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung

La perpétuité de la propriété face à la prescription

DENIS PIOTET

*Professeur à la Faculté de droit, des sciences criminelles et d'administration publique
de l'Université de Lausanne*

Bien après les formules enflammées, quelque peu surannées, de la Déclaration des droits de l'homme, qualifiant la propriété de « droit inviolable et sacré » (art. 17), la propriété reste, dans notre système juridique, de la même nature que celle que les Romains avaient définie, soit la liberté la plus étendue que l'on puisse avoir sur un corps matériel.

Contrairement aux droits de propriété intellectuelle, portant sur des idées ou des concepts, la propriété en droit suisse n'est pas limitée dans le temps. Elle ne partage cette caractéristique avec les droits réels limités que dans la mesure où ces derniers ne l'épuisent pas, raison pour laquelle la plus conséquente des servitudes qu'est l'usufruit est impérativement limitée par son caractère viager. De plus, la propriété ne peut être modalisée par une condition résolutoire, alors qu'une telle condition peut être intégrée aux droits réels restreints (avec effet *erga omnes*) si elle est aisément constatable¹.

On pourrait ainsi parler d'un caractère perpétuel de la propriété, ou d'une vocation de celle-ci à la perpétuité. Pour cerner juridiquement cette problématique, il est sans doute nécessaire de se pencher dans un premier temps sur plusieurs difficultés permettant de mieux dégager ce caractère perpétuel ou cette vocation à la perpétuité.

I. Droit de propriété et perpétuité

A. Rapport entre droit et *corpus*

Le langage courant confond la relation juridique issue de la propriété et son objet. Ainsi parle-t-on d'une propriété passant de main en main, ou d'une pro-

¹ ATF 106 II 329. Si l'acte causal de transfert ne peut être soumis à condition résolutoire (cf. l'art. 217 al. 1 CO), à plus forte raison encore la condition modalisant le contenu du droit de propriété, *erga omnes*, est exclue.

priété particulièrement belle, voire encore d'une « très ancienne » propriété. Cette manière d'appréhender le fait juridique influe par la sémantique sur la construction juridique.

Parce qu'elle confère la maîtrise directe la plus absolue sur un objet, la propriété s'éteint comme droit privé subjectif avec la disparition matérielle de cet objet. Le code le rappelle en matière immobilière (art. 666 al. 1 *i. f.* CC) comme en matière de droit réel limité (art. 734 *i. f.*, 748 al. 1, 786 al. 1 et 801 al. 1 *i. f.* CC). C'est là un effet du principe de la spécialité du droit réel quant à son objet, excluant un droit unique portant sur plusieurs objets, que ce soit simultanément ou successivement.

L'exception à ce principe de la spécialité, interdisant qu'un même droit porte successivement sur des objets différents, paraît mise en cause en matière de subrogation réelle. D'aucuns, en France, ont cru discerner dans la subrogation réelle une forme d'application du principe de la perpétuité de la propriété².

En réalité, la subrogation réelle, contrairement à la subrogation patrimoniale³, est une exception au système général qui doit reposer sur une base légale spéciale pour être consacrée.

De plus, la subrogation ne reporte pas un droit de même nature que l'ancien sur le nouveau *corpus*. Ainsi, lorsque l'objet du droit réel est détruit, la subrogation réelle sur la créance existant contre un responsable du sinistre, prévue à plusieurs reprises pour les droits réels limités (art. 750 al. 3, 822 al. 1 CC, 57 LCA) ne donne au titulaire qu'une partie des prérogatives liées à ce droit relatif, et ne maintient aucun droit réel faute de *corpus* matériel susceptible de maîtrise. En réalité, la subrogation réelle est une technique permettant le maintien, dans des cas prédéfinis, de valeurs patrimoniales préexistantes, mais n'assurant nullement la perpétuité du droit absolu lui-même⁴.

Il nous semble que l'on peut ainsi affirmer que la perpétuité du droit de propriété ne peut être consacrée que si le même *corpus* subsiste, modifié ou non.

² Cf. Jean-François BARBIERI, *Perpétuité et perpétuation dans la théorie des droits réels*, Grenoble 1977, p. 131 ss et les références citées.

³ Andreas GIRSBERGER, *Die dingliche Surrogation : der Begriff und seine praktische Bedeutung für das schweizerische Recht*, thèse Zurich, Aarau 1955, p. 36-37 ; Pascal SIMONIUS, *Die güterrechtliche Surrogation*, Bâle 1970, p. 19-20 ; Denis PIOTET, *Les effets à l'égard des créanciers de la pluralité de patrimoines d'un même sujet de droit, notamment la question de la subrogation patrimoniale*, in *Tradition mit Weitsicht : Festschrift für Eugen Bucher zum 80. Geburtstag* (Wolfgang WIEGAND, Thomas KOLLER et Hans Peter WALTER, éd.), Berne 2009, p. 561 ss, 572 et les références.

⁴ Ainsi, Martin EGGEL, *Studie zur Surrogation im schweizerischen Zivilrecht*, Berne 2013, p. 52, face à la conception de GIRSBERGER (note 3), p. 97-98.

B. Rapport entre droit et titulaire

La question de savoir, d'autre part, si, lorsque la propriété est aliénée, un nouveau droit naît en remplacement de l'ancien sur la tête de l'acquéreur, ou si c'est le même droit qui est transféré à un nouveau titulaire, n'a, à première vue, qu'une valeur théorique, sans incidence juridique.

On ne peut cependant pas exclure des situations particulières où ce débat a des conséquences. La controverse n'est en réalité pas nouvelle, et elle oppose depuis des centaines d'années les partisans de l'admission de droits sans titulaire, issus d'une typologie reconnue par la science juridique pandectiste, et le courant germanique qui prohibe absolument cette figure juridique⁵ ; plus loin dans le temps, l'école des Proculiens identifiait la propriété par rapport à son titulaire, alors que l'école des Sabinien affirmait l'adhésion du droit sur son *corpus*, ou son *corpus* de remplacement⁶.

Ainsi, le droit de propriété abandonné subsiste-t-il après déréliction, pour pouvoir passer le cas échéant sur la tête de l'occupant ? On peut imaginer que cet occupant puisse dans ce cas se prévaloir d'une violation de la propriété par un tiers avant son occupation, si elle a encore pour lui des conséquences actuelles, alors qu'en niant dans ce cas l'existence d'un droit sans titulaire, cela paraîtrait exclu. De même, si le fonds dominant d'une servitude est abandonné, la violation de cette servitude restée inscrite après déréliction peut être invoquée par le nouvel occupant du fonds dominant, si l'on admet dans ce cas de figure le droit sans maître.

Abandon unilatéral et acte de disposition translatif procèdent de la même nature, soit de l'exercice du droit de propriété (art. 641 al. 1 CC). Si l'on admet l'existence d'un droit sans titulaire après abandon, on tendra à admettre le transfert du même droit à l'acquéreur en cas d'aliénation : mais cette logique peut être remise en cause dans ces prémisses. Dans l'école sabinienne, en droit romain, la déréliction entraînait la disparition du droit de propriété sur la tête du dérélinquant⁷ directement, ce qui exclut l'admission de la figure juridique du droit sans titulaire, qui nous paraît être une problématique fixée sur la notion d'expectative de droit réel plus que sur la perpétuité du droit de propriété.

En fin de compte, la question de savoir si la propriété transférée par l'aliénateur est la même que celle acquise par l'autre partie pose la question de

⁵ Karl-Heinz NEUMAYER, Les droits sans sujet, *in* Revue internationale de droit comparé, 1960/2, p. 5 ss.

⁶ Sur la portée actuelle de cette controverse encore, par exemple Theodor Süss, Durchgangs-Herrenlosigkeit, *in* AcP 1950/1951, p. 4 ss, 8 ss.

⁷ Cf. D. 41, *Pro derelicto* 7/1 (Ulpien).

la définition du droit privé subjectif par rapport à un titulaire, mais n'enlève rien à la perpétuité objective du droit de propriété entre une succession de titulaires. C'est en lien avec la péremption et la prescription que se singularise la perpétuité de la propriété, comme nous allons le souligner dans la suite de cette contribution.

II. Péremption, prescription et droits réels

A. Péremption, principe et exceptions

La déchéance du droit de propriété ou sa péremption passé une certaine durée d'une situation objective doivent résulter d'une disposition spéciale, introduisant une dérogation à l'idée de perpétuité. Une telle situation existe en faveur du constructeur de bonne foi en droit civil fédéral à l'art. 674 al. 3 CC, sous la forme d'une obligation légale de concéder une servitude ou de céder la propriété : elle peut aussi être consacrée dans le droit cantonal réservé⁸.

Le principe reste qu'il n'est pas besoin, pour maintenir son droit de propriété sur l'objet de posséder ce dernier, soit d'exercer sa maîtrise juridique soi-même ou par délégataire.

La possession n'est ainsi pas une exigence de maintien du droit de propriété : tout au plus, elle peut justifier, lorsque cette possession revient à un tiers, des mécanismes de prescriptions acquisitive ou extinctive. D'autre part, la perte de la possession n'est pas suffisante pour faire admettre une perte de la propriété ; l'abandon de ce droit suppose en effet une volonté qui n'est jamais présumée, et qui doit s'ajouter à un abandon volontaire de la possession⁹.

Cette solution, ancienne et largement répandue dans les droits civils contemporains encore, ne coïncide plus nécessairement avec les réglementations de droit public qui peuvent astreindre à des conséquences péremptoires le propriétaire qui n'assumerait pas des obligations d'agir ou d'aménager selon le droit administratif tout ou partie de son terrain¹⁰.

⁸ Pour l'art. 688 CC, cf. Denis PIOTET, *Droit cantonal complémentaire*, Fribourg 1988, n. 886, p. 291 et les références. Pour l'art. 686 CC, cf. PIOTET (note 8), n. 822, p. 272 et n. 858, p. 283 avec références.

⁹ Damien VENTURA, *L'abandon d'un droit réel*, thèse Lausanne, Zurich 2009, n. 170 ss, p. 45 s. et les références.

¹⁰ Par exemple l'obligation d'aliéner, de laisser un tiers construire à sa place, l'expropriation, etc. ; complet, Yannick ANTONIAZZA, *Die Baupflicht*, thèse Zurich, Zurich 2008, p. 188 ss et les références.

B. L'abus de droit, moyen péremptoire du droit de propriété

Il n'est pas rare, dans les droits de propriété intellectuelle, de voir affirmer que, lorsque le titulaire invoque un droit absolu dont il n'a plus usé depuis des années, cette attitude tardive peut être jugée constitutive d'un abus de droit, le droit ne pouvant être avancé au-delà d'un tel délai. L'on a parlé tantôt de déchéance du droit d'action dans de telles hypothèses¹¹, parfois même de déchéance du droit, en rejetant une distinction entre le droit comme tel et son exercice¹².

En réalité, l'action seule est frappée, mais de plus seulement par rapport à un ou plusieurs adversaires déterminés à l'égard desquels les conditions de l'abus manifeste du droit sont réunies : c'est l'effet paralysant de l'art. 2 al. 2 CC, ce qui n'équivaut pas à une déchéance du droit lui-même, ni même du droit d'action en général, mais d'un exercice du droit à l'égard d'une personne déterminée. Les conditions de réalisation de l'abus manifeste d'un droit ne sont concevables que dans un cas concret, entre des sujets de droit déterminés, et il est totalement impensable en matière de droits absolus de lier une déchéance d'un tel droit aux effets de l'abus manifeste du droit en cause¹³.

La sanction de l'abus de droit dans le domaine de la propriété, lorsqu'il y a passivité abusive, ne peut que se rapprocher de la prescription d'un droit d'action par rapport à un ou des obligés déterminés, à cela de différence que le moyen se sanctionne d'office. Si l'abus est déjà concrétisé matériellement, la paralysie déduite de l'art. 2 al. 2 CC peut obliger le titulaire à rétablir l'état antérieur à son abus de droit manifeste, l'idée de paralysie obligeant le titulaire au retour à une situation non constitutive de l'abus : mais le droit comme tel subsiste, et ne s'éteint nullement.

Cela saute aux yeux dans l'application pratique de la règle : le mur de chicane élevé par le voisin peut devoir être démoli à ses frais, mais cela n'enlève rien au maintien de la propriété foncière de ce voisin.

¹¹ ATF 90 II 428, JdT 1965 I 243 ; ATF 117 II 575, JdT 1992 I 371 et également ATF 125 III 193, JdT 1999 I 469.

¹² Ainsi par exemple ATF 76 II 395, JdT 1951 I 442, qui parle de péremption comme de déchéance ; cf. aussi notamment Hans MERZ, *Einleitung und Personenrecht*, Berner Kommentar, vol. I.1, Berne 1962, n. 512 ss *ad* art. 2 CC ; Henri DESCHENAUX, *Le titre préliminaire du code civil*, Traité de droit civil suisse, vol. II/1, Fribourg 1969, p. 173.

¹³ Mihaela AMOOS, *La théorie de l'abus de droit en relation avec les droits absolus*, thèse Lausanne, Lausanne 2002, p. 184 ss et les références citées.

C. La « prescription » du droit réel est-elle une « péremption » ?

Le texte du code civil utilise l'expression de « prescription acquisitive » pour désigner l'usucapion¹⁴. Cette désignation repose sur une tradition séculaire traitant de la prescription acquisitive des droits réels avec la prescription extinctive des créances, dont les codes français et autrichien sont encore aujourd'hui l'expression. Le fait est que, contrairement à la péremption, la prescription acquisitive s'interrompt et se suspend (art. 663, 728 al. 3 CC).

Mais si la prescription acquisitive était une vraie prescription, elle constituerait un moyen du débiteur auquel le juge ne peut suppléer (art. 142 CO) ; et les prestations opérées (obligations accessoires d'une servitude, charges foncières par exemple) en considération d'un droit prescrit devraient être conservées par leur bénéficiaire, puisque la prescription n'affecterait que l'action et non le droit substantiel.

Rien de tel n'est concevable pour un droit de propriété, comme pour un droit réel limité : la prescription acquisitive fait que la titularité du droit passe sur la tête de l'usucapant, et que le droit disparaît substantiellement du patrimoine de l'ancien ayant droit. L'usucapion est donc un mode d'acquisition de droits absolus.

Et l'on ne conçoit pas, malgré certains auteurs¹⁵, que le droit de propriété puisse être prescrit à l'égard de A, parce que l'usucapant a invoqué ce moyen, mais pas à l'égard de B ou de C. L'existence du droit absolu ne peut recevoir de réponse relative, dépendant du sujet de droit qui peut y être confronté.

Comme l'a relevé Pothier sous l'ancien régime déjà¹⁶, la prescription acquisitive des droits réels n'a en définitive « rien de commun que le nom » avec celle extinctive des obligations.

Le droit suisse ne connaît que des prescriptions translatives des droits réels ; contrairement à la tradition du droit commun, une prescription de l'action sans transfert du droit substantiel n'existe pas. On s'épargnera ainsi de déterminer si la prescription par non-usage de la propriété est une véritable péremption puisque ce mode d'extinction est étranger au droit suisse. Il nous paraît certain toutefois que, lorsqu'il s'agit du non-usage du droit réel restreint, la construction juridique de la propriété (théorie de la charge : à

¹⁴ Notes marginales des art. 661 et 728 CC, texte des art. 663, 731 al. 3 et 941 CC.

¹⁵ Karl SPIRO, *Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatafristen*, tome II, Berne 1975, n. 499, p. 1426 s. ; à juste titre en revanche, Arthur MEIER-HAYOZ, *Sachenrecht, Berner Kommentar*, vol. IV.1.2, 3^{ème} éd., Berne 1961, n. 3 *ad* art. 663 CC, excepte le renvoi à l'art. 142 CO de l'art. 663 CC.

¹⁶ Robert Joseph POTHIER, *Traité de la prescription*, in *Traité de la possession de la prescription*, Paris/Orléans 1772, n. 1 *ad* prélim., p. 139.

l'extinction du droit réel limité, la propriété anciennement grevée se retrouve automatiquement entière (quant à son exercice) exclut la subsistance d'un droit réel limité vidé de son droit d'action.

III. Prescription acquisitive de la liberté et extinctive du droit réel

A. Prescription acquisitive de la liberté et extinctive du droit réel limité dans la tradition civile

Comme nous venons de le souligner, la prescription des droits réels en Suisse est un mode d'acquisition, et non une forme d'extinction de tels droits. Il n'en va pas de même des systèmes de la tradition romano-germanique qui nous entourent, qui connaissent à la fois, souvent pour partie, une prescription acquisitive et une prescription extinctive des droits réels.

En France, l'extinction de la servitude par le non-usage, qui repose d'abord sur un simple fait matériel à l'art. 706 CCiv. fr., ne correspond pas à l'usucapion de la liberté du propriétaire qui aboutit au même résultat, mais qui elle doit répondre à toutes les conditions classiques de l'usucapion¹⁷. La distinction existe aussi en droit italien sur le même modèle, même si plusieurs auteurs en confondent les fondements¹⁸, et se retrouve, au moins formellement, au paragraphe 1488 de l'ABGB autrichien¹⁹; en droit allemand, l'usucapion de la liberté, qui ne se retrouve plus qu'en matière mobilière (§ 945 BGB), n'a pas de fondement dogmatique commun avec les cas d'extinction par non-usage²⁰; on retrouve enfin cette dualité dans plusieurs Länder dans le cadre des réserves du paragraphe 128 EGBGB²¹.

Lorsqu'elle est admise, la disparition du droit réel par prescription extinctive transpose le mécanisme du non-exercice du droit d'action et de l'écoulement du temps sur le droit réel lui-même pour consacrer sa disparition au terme du délai. Cette construction a un point faible évident : si l'action contre le tiers, fauteur de troubles, n'est pas exercée dans le délai légal, est-il justifié que le propriétaire d'un fonds grevé par la servitude dont l'exercice est

¹⁷ Denis PIOTET, Prescriptions extinctive ou acquisitive touchant aux droits réels, Berne 1992, n. 29 ss, p. 40 ss et les très nombreuses références.

¹⁸ Art. 1014 et 1073, *vs* art. 1158 CCiv. it.

¹⁹ En regard des conditions générales des § 1460 ss ABGB, *cf.* PIOTET (note 17), n. 64 ss, p. 61 ss.

²⁰ § 901 (droits radiés à tort) et 1028 BGB (pour les servitudes immobilières), *cf.* PIOTET (note 17), n. 43, p. 49 ss et les nombreuses références.

²¹ PIOTET (note 17), n. 52-53, p. 55 ss et les références.

ainsi entravé en profite²² ? Il n'est de plus pas acquis d'avance de savoir si des éléments de droits réels peuvent interférer sur le mécanisme de la prescription du droit d'action : ainsi, si l'usucapion de la liberté du propriétaire permet d'aboutir à une extinction partielle d'une servitude dans la mesure limitée des actes contraires du propriétaire, l'extinction par le non-usage d'une servitude peut-elle aboutir au même résultat au regard de son caractère indivisible ? En droit allemand, il s'y ajoute encore la question d'une dérogation à la publicité foncière du droit réel, notamment celle de savoir si le droit réel limité, éteint faute d'exercice, peut « renaître » en faveur d'un tiers acquéreur de bonne foi²³.

B. La rupture du droit suisse

Le code civil fédéral a rompu complètement avec les vieilles institutions de l'usucapion de la liberté et de la prescription extinctive des droits réels, leurs constructions juridiques complexes et leurs relations imbriquées. Il n'a pas opté pour l'une en choisissant l'autre, mais notre législateur a carrément rejeté les deux institutions, seul le droit civil cantonal réservé étant épargné²⁴.

À l'origine de cette option radicale, il y a sans doute la place de la publicité foncière dans le système des droits réels immobiliers. La prescription extinctive et l'usucapion se concilient difficilement avec elle, et c'est la raison pour laquelle l'usucapion a été confinée aux cas où elle est conforme aux écritures (art. 661 CC) ou où elle en sort complètement (art. 662 CC). Le lien avec la publicité foncière se vérifie par ailleurs par le fait que l'usucapion de la liberté reste implicitement admise en matière mobilière en Suisse²⁵.

Cette prééminence de la publicité foncière sur les mécanismes de la prescription se retrouve aux art. 790 al. 1 et 807 CC pour les droits réels immobiliers de garantie, où la publicité qui écarte la prescription va s'étendre jusqu'au

²² La situation est rendue complexe du fait que les actions confessoires du titulaire de la servitude sont en principe prescriptibles, cf. Detlev JOOST, *Sachenrecht/WEG/Erbbaurecht*, Münchener Kommentar, vol. 6, 6^{ème} éd., Munich 2013, n. 7 ad § 1027 BGB ; Gerhard ROTHE, *Sachenrecht*, RGRK BGB, vol. III.2, 12^{ème} éd., Berlin/New York 1996, n. 1 ad § 1028 BGB et les références.

²³ Notamment après que l'obstacle ayant fondé l'extinction soit enlevé, JOOST (note 22), n. 3 ad § 1018 BGB ; *contra*, Rolf STÜRNER, *Sachenrecht*, Soergel Kohlhammer Kommentar, 13^{ème} éd., Stuttgart/Berlin/Cologne 2001, n. 2 ad § 1018 BGB.

²⁴ PIOTET (note 17), n. 80, p. 70-71 et les références.

²⁵ Hans LEEMANN, *Sachenrecht*, Berner Kommentar, vol. IV.1, 2^{ème} éd., Berne 1920, n. 17 ad art. 728 CC ; SPIRO (note 15), § 507, p. 1453 et § 509, p. 1457 ; Robert HAAB / August SIMONIUS, *Das Eigentum*, Zürcher Kommentar, vol. IV.1, 2^{ème} éd., Zurich 1977, n. 64 ad art. 728 CC ; Karl OFTINGER / ROLF BÄR, *Das Fahrnispfand*, Zürcher Kommentar, vol. IV.2.c, 3^{ème} éd., Zurich 1981, n. 31 ss ad art. 888 CC ; Ivo SCHWANDER, *in Zivilgesetzbuch II*, Basler Kommentar (Heinrich HONSELL, Nedim Peter VOGT et Thomas GEISER, éd.), 5^{ème} éd., Bâle 2015, n. 11 ad art. 728 CC ; Paul-Henri STEINAUER, *Les droits réels*, tome II, 4^{ème} éd., Berne 2012, n. 2112, p. 363 ; Thomas SUTTER-SOMM, *Eigentum und Besitz*, Schweizerisches Privatrecht, vol. V/1, Bâle 2014, n. 1142, p. 519 et les références ; Peider MENGIARDI, *Der Ausschluss der Verjährung im Sachenrecht*, thèse Berne, Berne 1953, p. 119 ; *contra*, Walther PFISTER, *Die Ersitzung nach schweizerischem Recht*, thèse Zurich, Bauma 1931, p. 133-134.

droit de créance lui-même, la règle partant du principe que le droit de gage est imprescriptible. Là aussi, lorsque le droit de gage n'est pas inscrit, l'on paraît admettre, *a contrario*, la prescriptibilité du droit de gage comme celle de la créance garantie²⁶. À notre avis, l'art. 140 CO constitue la règle générale applicable lorsque le gage immobilier n'est pas inscrit, les cantons devant par ailleurs être libres d'admettre une péremption ou une prescription des gages et charges foncières de droit public, qu'ils soient inscrits ou non²⁷.

Ainsi écartées pour les droits réels de garantie, les vieilles institutions de la prescription extinctive et acquisitive de la liberté le sont également pour les servitudes. C'est à Eugen Huber qu'il faut attribuer l'idée que la perte définitive de l'intérêt à la servitude se substitue à la disparition par le non-usage (art. 736 al. 1 CC). Eugen Huber avait en effet clairement distingué la prescription extinctive et celle acquisitive de la liberté du propriétaire²⁸ et il avait remplacé l'extinction de la servitude par le non-usage par l'actuel art. 736 al. 1 CC, en précisant que cela ne devait pas nécessairement préjuger du sort de la prescription acquisitive de la liberté du propriétaire²⁹.

Mais la Grande Commission d'experts³⁰, puis le Conseil fédéral³¹ ont tenté de réintroduire une prescription extinctive, non clairement distinguée de l'usucapion de la liberté³². Cette réaction, révélatrice de l'effet du système révolutionnaire de l'avant-projet de Huber, fut cependant rejetée par les Chambres fédérales, en suivant l'adoption du nouveau critère de l'actuel art. 736 al. 1 CC : il a par suite été à juste titre considéré que ce rejet des propositions du Conseil fédéral condamnait aussi bien la prescription extinctive par le non-usage que l'usucapion de la liberté du propriétaire grevé³³.

²⁶ Hans LEEMANN, *Sachenrecht*, Berner Kommentar, vol. IV.2, Berne 1925, n. 5 *ad* art. 807 CC ; *contra*, Christina SCHMID-TSCHIRREN, *in* *Zivilgesetzbuch II*, Basler Kommentar (Heinrich HONSELL, Nedim Peter VOGT et Thomas GEISER, éd.), 5^{ème} éd., Bâle 2015, n. 7 *ad* art. 807 CC.

²⁷ Art. 784, 836 CC, *cf.* Peter STÄHLI, *Das Steuergrundpfandrecht*, Berne 2006, 4.624, p. 275 ss et 4.630, p. 277 ss ; SCHMID-TSCHIRREN (note 26) n. 5 *ad* art. 807 CC ; PIOTET (note 8), n. 685, p. 223-224.

²⁸ Eugen HUBER, *Exposé des motifs de l'avant-projet de Code civil suisse*, III, Berne 1902, p. 377 s., 351 s.

²⁹ HUBER (note 28), p. 112.

³⁰ Procès-verbaux de la Grande Commission d'experts, du 11.11.1902, III, Berne 1903, p. 97.

³¹ FF 1904 IV 72.

³² P.C. PLANTA, *in* Procès-verbaux de la Grande Commission d'experts (note 30) : « *Die usucapio libertatis nur zulasse bei Nichtgebrauch* ».

³³ ATF 62 II 135, JdT 1937 I 165 ; ZR 1943 n. 48, p. 162 ; SJ 1970 593.

C. Aucune prescription extinctive n'affecte le droit de propriété

Le système du droit commun laisse la place à une prescription de la revendication de la propriété par la passivité de son titulaire, sans pour autant entraîner la disparition du droit de propriété lui-même.

À vrai dire, seule l'Allemagne permet de consacrer la figure du droit de propriété survivant alors que toutes les actions défensives ou de revendication sont prescrites, système déduit directement du droit commun par les auteurs du BGB³⁴ : le principe reste essentiellement applicable en matière de meubles, au vu des exceptions introduites pour les immeubles, dont principalement l'imprescriptibilité des droits inscrits au registre foncier (§ 902 BGB).

Controversée en France, la prescriptibilité extinctive de la propriété a finalement été rejetée par la jurisprudence et la majorité des auteurs, suivant un système exceptionnel fondé, selon certains, sur la perpétuité de la propriété ; et cette solution est partagée, du moins quant au résultat final, en Autriche et en Italie³⁵. En fin de compte, le maintien d'un droit absolu « naturel », sans action ou exception permettant revendication ou cessation de trouble, est une figure artificielle qui a certainement matériellement contribué à son rejet en droit suisse.

Un seul auteur avait admis l'application de l'art. 127 CO à l'action en revendication de la propriété³⁶, alors que la doctrine suisse unanime pour le surplus la rejette³⁷ ; la solution est reprise par le Tribunal fédéral³⁸.

L'arrêt de principe de 1922 reste principalement fondé sur l'histoire de l'art. 127 CO et la systématique de la codification³⁹. Mais la solution est à notre avis soutenue par des considérations plus générales, qui expliquent également qu'en France, malgré une systématique de la codification déclarant applicable le principe de la prescription extinctive par trente ans à la revendication de la propriété, on a abouti à la même solution qu'en Suisse.

Nous ne compterions pas, parmi ces arguments fondamentaux, l'idée que l'action ne se sépare pas du droit substantiel en Suisse, contrairement à

³⁴ Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich, I, Leipzig 1888, § 154, p. 292 ss.

³⁵ Art. 948 al. 3 CCiv. it. ; cf. encore PIOTET (note 17) n. 12, p. 31 ss et n. 15 ss, p. 33 ss avec les références.

³⁶ Virgile ROSSEL, Manuel du droit fédéral des obligations, 3^{ème} éd. Lausanne 1911, p. 166-167.

³⁷ Wolfgang WIEGAND, in Zivilgesetzbuch II, Basler Kommentar (Heinrich HONSELL, Nedim Peter VOGT et Thomas GEISER, éd.), 5^{ème} éd., Bâle 2015, n. 54 ad art. 641 CC ; SUTTER-SOMM (note 25), n. 63, p. 38-39 et les références citées note 149 ; PIOTET (note 17) n. 17, p. 34 et les nombreuses références citées note 42.

³⁸ ATF 48 II 38, JdT 1922 I 354 ; ATF 111 II 24, JdT 1986 I 162 ; TF du 22.06.2006, SJ 2007 I 41.

³⁹ FF 1905 II 16, cf. PIOTET, (note 17), n. 17, p. 34-35 et les références.

l'*Anspruch* du droit civil allemand⁴⁰. Cette construction fondamentale vise tant les droits relatifs que les droits absolus, et elle n'exclut nullement la prescription extinctive en droit des obligations laissant subsister la seule obligation naturelle. De même à notre avis, l'argument de la publicité foncière, selon lequel un droit réel inscrit ne se prescrit pas, ne joue pas pour les propriétés mobilières et les propriétés immobilières non inscrites.

Un argument pertinent est en revanche celui qui s'oppose à répercuter sur le droit absolu valant à l'égard de tous la prescription de l'action défensive de ce droit contre un ou des auteurs déterminés d'actes illicites⁴¹. Il se combine, à nos yeux de façon décisive, avec l'idée que la propriété étant une liberté par rapport à un objet, le non-usage de la liberté pour un usage déterminé ne peut entraîner la perte du droit entier. Et même si cet usage est la possession en général, la disparition de celle-ci n'entraîne pas encore celle du droit de propriété sans acte de disposition⁴². La démonstration des raisons de l'imprescriptibilité paraît ainsi accomplie, indépendamment des éléments historiques relevés en 1922.

D. L'imprescriptibilité des droits réels et celle de la seule propriété en Suisse

Comme l'on sait, l'imprescriptibilité (extinctive) de la propriété est également admise en ce qui concerne les droits réels limités. Elle résulte, indirectement, des art. 790 al. 1 et 807 CC, 140 CO, pour les droits réels de garantie, et le principe de l'art. 736 al. 1 CC s'y substitue pour les servitudes. L'explication propre au droit de propriété⁴³ ne coïncide pas parfaitement avec celle valant pour les droits réels limités. En réalité, la substitution d'autres mécanismes à la prescription extinctive explique l'imprescriptibilité des droits réels limités, alors que les arguments valant pour la propriété tiennent pour partie seulement (caractère absolu), mais de façon moins incisive pour le surplus (pas de liberté complète dans les prérogatives conférées). La solution reste cependant indubitable : les droits réels en Suisse ne sont soumis à aucune prescription extinctive, alors que les créances y sont en principe soumises selon le code des obligations, et que les droits de propriété intellectuelle pour leur part sont assujettis à des péremptions.

Le seul correctif à l'imprescriptibilité du droit réel est le recours à l'art. 2 al. 2 CC. Mais, comme déjà dit, il n'est guère envisageable d'y attacher une disparition du droit absolu substantiel, seule l'action ou l'exception étant para-

⁴⁰ ATF 78 II 265, consid. 3a ; ATF 132 III 155, SJ 2006 I 116, consid. 6 ; ATF 137 III 293, consid. 3.2.

⁴¹ Cf. *supra*, II/B.

⁴² Cf. *supra*, III/A.

⁴³ Cf. *supra*, III/C.

lysée⁴⁴. Pratiquement, cela équivaut au même résultat que la prescription en ce sens que l'action ou l'exception anéantie laisse subsister le droit subjectif matériel.

IV. L'emprise de l'imprescriptibilité de la propriété

A. Dans le système du droit fédéral

Tant que le droit de propriété d'un objet non transformé (art. 726, 727 CC) n'est pas transféré par l'effet de la loi sur la tête d'un tiers⁴⁵, le propriétaire dispose de son action en revendication ou en cessation de trouble. L'action, comme le droit réel, suit la règle de l'imprescriptibilité.

Cette règle explique ainsi que la rectification du registre foncier (art. 975 CC) reste ouverte tant et dans la mesure où un autre sujet de droit n'a pas acquis légalement un droit contraire (art. 973, 661 CC).

L'action en partage, du moins celle qui repose sur l'art. 650 al. 1 CC et non pas celle qui résulte de la dissolution d'une communauté entraînant la main commune, est aussi une action à caractère réel⁴⁶. Ce résultat est cependant identique : qu'il y ait propriété en main commune (après dissolution de la communauté) ou copropriété ordinaire, l'action en partage est imprescriptible.

L'action en bornage est également imprescriptible, la délimitation exacte des parcelles étant un souci d'intérêt général qui prohibe par exemple qu'il y soit renoncé de façon anticipée et par avance⁴⁷.

L'action en cessation de trouble ou en prévention d'un danger imminent pour excès d'une propriété voisine, contrairement à l'action en réparation du dommage prévu par le même article (art. 679 al. 1 CC), est également imprescriptible⁴⁸.

Pour le surplus, les simples facultés constitutives de restrictions à la propriété foncière ne peuvent, par nature, donner lieu à prescription ; c'est no-

⁴⁴ PIOTET (note 17), n. 17 ss, p. 34 ss et les références de droit comparé ; AMOOS (note 13), p. 48 ss.

⁴⁵ Art. 722, 723, 728, 933, 934 al. 1 et 1bis, 935 CC, pour les objets mobiliers ; art. 659, 660a s., 661, 662, 665 CC, pour les objets immobiliers.

⁴⁶ L'action en partage, respectivement en dissolution, d'une communauté légale ou conventionnelle, n'a que pour conséquence le partage des droits réels, la prétention relevant alors du droit de la communauté en cause à titre principal, et n'apparaissant pas être dotée d'un caractère réel de ce fait, cf. TF 5A_88/2011 du 23.09.2011, SJ 2012 I 113.

⁴⁷ Denis PIOTET, *in* Code civil II, Commentaire romand (Pascal PICHONNAZ, Bénédict FOËX et Denis PIOTET, éd.), Bâle 2016, n. 11, *ad* art. 680 CC.

⁴⁸ ATF 111 II 429 ; ATF 109 II 418, JdT 1984 I 631 ; ATF 81 II 439, JdT 1956 I 261.

tamment le cas de la prérogative donnée par l'art. 699 al. 1 CC pour le libre accès aux forêts et pâturages.

Si l'on passe ainsi en revue toutes les actions réelles en confirmant l'imprescriptibilité, l'on admettra que le système du droit positif confirme les choix du législateur historique sur l'imprescriptibilité de la propriété.

L'on sera tenté d'invoquer encore ce principe en constatant que la concession par le propriétaire de droits réels légaux (art. 674 al. 3, 691 ss, 694, 710 CC) ou encore l'exécution d'ouvrages de voisinage (drainage, 690 CC), est également imprescriptible. Ce caractère ne tient pas ici au fait que la loi confère au voisin une faculté d'exercer ou non un droit, mais s'explique bien plutôt parce qu'il s'agit d'une créance légale, présentant les caractéristiques d'une obligation *propter rem* : le droit à l'exécution de l'obligation légale renaît de façon permanente par la situation des lieux, de sorte que toute prescription est repoussée. Ici encore, seul l'art. 2 al. 2 CC peut exceptionnellement empêcher l'exercice de ce droit longtemps après qu'un propriétaire se soit accommodé de la situation du terrain⁴⁹.

B. Dans le domaine du droit cantonal

La règle d'imprescriptibilité de l'action négatoire ou en revendication de l'art. 641 CC ne lie pas les cantons dans le cadre de leurs réserves attributives en droit de voisinage⁵⁰.

L'on retrouve ainsi dans le cadre de ces réserves attributives une grande variété d'institutions allant, outre la règle de l'imprescriptibilité qui s'y retrouve aussi, de la vieille *Verschweigung* péremptoire d'origine germanique à la simple prescription extinctive du droit d'action, en passant par l'usucapion de la liberté du fonds où est établie la partie intégrante litigieuse⁵¹.

C. Prescription et imprescriptibilité en droit transitoire

Confirmant la non-coïncidence des deux institutions, la prescription acquisitive de la liberté, comme l'usucapion en général, est soumise par le droit tran-

⁴⁹ ATF 139 III 49, consid. 4.1.

⁵⁰ Art. 686, 688 et 697 CC ; ATF 122 I 81, TF, Rep. Giur. 1998, spéc. p. 174 ; sur les restrictions limitées qu'apporte à ce point de vue l'art. 685 al. 2 CC en matière de construction, Heinz REY / Lorenz STREBEL, *in* Zivildgesetzbuch II, Basler Kommentar (Heinrich HONSELL, Nedim Peter VOGT et Thomas GEISER, éd.), 5^{ème} éd., Bâle 2015, n. 18 ss *ad* art. 685/686 CC ; Arnold MARTI, *Einleitung, Zürcher Kommentar*, vol. I.1, 3^{ème} éd., Zurich 1998, n. 176 *ad* art. 5 CC ; PIOTET (note 8), n. 820 ss, p. 271 s. et les références citées.

⁵¹ Plus de détails, PIOTET (note 8), n. 886 ss, p. 291 ss, n. 854, p. 282 ; Denis PIOTET, *Le droit privé vaudois de la propriété foncière*, Lausanne 1991, n. 121, p. 120, n. 907 ss, p. 457 ss, n. 1231 ss, p. 557 ss.

sitoire du code civil au régime de l'art. 19 Tit. fin. CC, alors que la prescription extinctive suit les règles générales.

Précisément, les règles générales visant la prescription extinctive ne s'intègrent pas aisément dans le système de l'art. 17 Tit. fin. CC ; si l'on excepte le cas où la prescription extinctive reste régie par l'ancien droit pour les droits réels abolis (al. 3), il faut bien reconnaître pour le surplus que « l'étendue » de la propriété ne fixe pas son mode d'extinction. L'extinction, comme l'existence du droit, est fixée nécessairement par la loi applicable qui a présidé à sa naissance, malgré ce qu'a affirmé le Tribunal fédéral⁵². Mais il faut admettre que l'art. 3 Tit. fin. CC implique l'application de la règle nouvelle de l'art. 736 CC, de sorte qu'il n'y a plus de place pour la prescription extinctive pour tous les droits réels compatibles avec le droit fédéral⁵³ : la prescription par non-usage est ainsi restreinte au seul droit incompatible avec le code civil qui la connaissait avant 1912, l'art. 736 CC n'étant pas d'ordre public dans ce cadre en revanche.

⁵² ATF 45 II 386, JdT 1920 I 14 ; ATF 98 II 71, JdT 1968 I 244.

⁵³ PIOTET (note 47), n. 34 *ad* art. 17 Tit. fin. CC.

Les gages immobiliers dans la durée

BÉNÉDICT FOËX

Professeur à l'Université de Genève

Introduction

Les gages immobiliers sont faits pour durer. Ils servent de garantie pour le paiement de sommes généralement importantes, qui se remboursent sur le long terme (quand elles se remboursent). A cela s'ajoute qu'une fois la créance payée, le gage immobilier peut être réutilisé. La loi le prévoit expressément pour les cédulas hypothécaires (*cf.* art. 854 al. 2 CC). Mais il est admis que les hypothèques peuvent également faire l'objet d'un emploi, moyennant un acte authentique¹ ; le gage n'est alors pas radié et subsiste pour être réutilisé.

Il a donc paru intéressant, dans cette Journée sur le thème de *La propriété dans le temps*, de consacrer un exposé aux gages immobiliers dans la durée. A cet effet, nous nous concentrerons sur quatre aspects : les conséquences de l'écoulement du temps sur la créance garantie et sur les intérêts produits par celle-ci (*infra*, I.), le sort de l'immeuble grevé dans la durée (II.), le rôle du temps dans la dénonciation au remboursement de la créance garantie (III.), avant de traiter rapidement de deux questions particulières (IV.).

I. Imprescriptibilité de la créance garantie et des intérêts

A. En vertu de l'art. 807 al. 1 CC, « l'inscription d'un gage immobilier rend la créance imprescriptible ». Il y a imprescriptibilité, en ce sens que la prescription ne court pas : le gage « paralyse l'exception de prescription »² ; le temps est en quelque sorte suspendu. Il en va ainsi même si la créance garantie n'est (en tout ou partie) pas couverte par la valeur de l'immeuble grevé³ et même si

¹ *Cf.* notamment : TF, 19.3.2002, *in* RNRF 2003 p. 45/48 s. EIGENMANN, n. 22 *ad* art. 825 ; STEINAUER, Tome III, n° 2814 ; etc.

² STEINAUER, Tome III, n° 2715b.

³ DÜRR / ZOLLINGER, n. 42 *ad* art. 807. Voir aussi : SCHMID-TSCHIRREN, n. 2 *ad* art. 807.

c'est un tiers (et non le propriétaire grevé) qui est le débiteur de la créance garantie⁴.

Ainsi que l'indique l'art. 807 CC, l'imprescriptibilité suppose l'inscription du gage au registre foncier. Il en découle que les gages légaux dits « directs », qui naissent sans inscription au registre foncier⁵, ne tombent pas sous le coup de l'art. 807 CC⁶ sauf, naturellement, s'ils sont néanmoins inscrits au registre foncier⁷.

De même si un gage régulièrement inscrit est ensuite radié, l'art. 807 CC ne s'applique plus et la prescription commence de courir⁸. Selon D. Dürr et D. Zollinger, il en va ainsi même si la radiation est contraire au droit⁹ (et résulte par exemple d'une erreur du registre foncier) ; on peut toutefois se demander s'il ne conviendrait pas plutôt de retenir que l'effet d'imprescriptibilité subsiste aussi longtemps que le gage existe encore matériellement nonobstant la radiation induite : ainsi que l'indique la note marginale de l'art. 805 CC¹⁰, l'art. 807 CC fait partie des dispositions régissant les effets du gage immobilier et l'on voit mal pourquoi un gage qui a été inscrit (remplissant ainsi la condition posée par l'art. 807 CC) cesserait de produire l'effet voulu par l'art. 807 CC s'il existe encore en tant que gage malgré sa radiation¹¹.

Cela étant, il convient d'opérer une distinction selon que l'art. 807 CC s'applique à une hypothèque ou à une cédula hypothécaire.

B. En effet, l'art. 824 CC prévoit que l'hypothèque « peut être constituée pour sûreté d'une créance quelconque [...] ». Il en découle que le type et la nature de la créance garantie par hypothèque peuvent varier.

Ainsi, il peut par exemple s'agir d'une créance dont le montant est encore indéterminé ou variable (art. 825 al. 1 CC), donnant lieu à l'inscription d'une

⁴ SCHMID-TSCHIRREN, n. 2 *ad* art. 807 ; FASEL, n. 1 *ad* art. 807. D. DÜRR et C. ZOLLINGER (n. 40 *ad* art. 807) réservent l'hypothèse dans laquelle le gage immobilier aurait été constitué sans le consentement du tiers débiteur.

⁵ *Cf.* STEINAUER, Tome III, n° 2691.

⁶ MARCHAND, n. 1 *ad* art. 807 ; DÜRR / ZOLLINGER, n. 69 s. *ad* art. 807 ; SCHMID-TSCHIRREN, n. 4 *ad* art. 807 ; STEINAUER, Tome III, n° 2715a.

⁷ *Cf.* par exemple l'art. 808 al. 3 et 4 et l'art. 810 al. 2 et 3 CC. DÜRR / ZOLLINGER, n. 71 *ad* art. 807.

⁸ MARCHAND, n. 3 *ad* art. 807 ; DÜRR / ZOLLINGER, n. 77 *ad* art. 807 ; SCHMID-TSCHIRREN, n. 10 *ad* art. 807 ; LEEMANN, n. 3 *ad* art. 807 ; STEINAUER, Tome III, n° 2715b. Si le constituant du gage était le débiteur de la créance garantie lorsque le gage a été créé, un nouveau délai commence à courir (*cf.* art. 135 ch. 1 et 137 al. 1 CO) ; si tel n'était pas le cas, la prescription reprend son cours à compter de la radiation (MARCHAND, n. 4 *ad* art. 807).

⁹ DÜRR / ZOLLINGER, n. 80 *ad* art. 807.

¹⁰ « C. Effets ».

¹¹ Ainsi que le notait (d'une façon générale) C. WIELAND (n. 1 *ad* art. 807), « l'imprescriptibilité subsiste aussi longtemps et pour autant que la créance est garantie par le gage ».

hypothèque « maximale », garantissant au maximum le montant fixe inscrit au registre foncier (art. 794 al. 2 CC)¹². L'imprescriptibilité de la créance se produit alors à concurrence de ce montant inscrit, même si les variations de la créance ont pour effet de lui faire dépasser ce plafond ou même si la créance à l'origine indéterminée s'actualise, mais pour un montant supérieur¹³.

Par ailleurs, l'hypothèque peut garantir une créance soumise à un droit autre que le droit privé fédéral. Ainsi, il peut en premier lieu s'agir d'une créance régie par le droit étranger¹⁴, pourvu qu'elle soit libellée en francs suisses (art. 794 al. 1 CC)¹⁵ : la créance garantie peut par exemple être issue d'un contrat de prêt soumis au droit allemand¹⁶ ; de même, on peut imaginer qu'une hypothèque des artisans et entrepreneurs soit inscrite au registre foncier pour garantir une créance soumise au droit italien, le parties ayant soumis leur contrat d'entreprise à ce droit¹⁷.

Dans de telles hypothèses, l'effet d'imprescriptibilité de l'art. 807 CC ne se produit en principe pas¹⁸. C'est en effet le droit applicable à la créance qui régit la prescription, conformément à l'art. 148 al. 1 LDIP ; dès lors, l'art. 807 CC n'est pas applicable¹⁹.

En second lieu, la créance garantie par hypothèque peut être soumise au droit public. Il en va ainsi des créances garanties par une hypothèque légale de droit public cantonal (art. 836 CC). Ce sont alors les règles de droit cantonal qui régissent la créance et sa prescription²⁰. L'art. 807 CC n'est donc pas applicable (même si l'hypothèque est inscrite au registre foncier ; art. 836 al. 1 et 2 CC), sauf si le droit cantonal en prévoit l'application à titre de droit cantonal supplétif²¹. Il se peut par ailleurs que la créance garantie soit régie par le droit

¹² Cf. par exemple : STEINAUER, Tome III, n° 2805 et n° 2643.

¹³ DÜRR / ZOLLINGER, n. 37 ss *ad* art. 807. Voir en outre ATF 4A_542/2015, du 16 février 2016, consid. 4.2.

¹⁴ Cf. notamment : DÜRR, Syst. T., n. 604 ; ZOBL, Grundbuchrecht, n° 79.

¹⁵ Si la créance à garantir est libellée en une monnaie étrangère, l'inscription d'une hypothèque maximale garantissant une somme fixée en francs suisses est possible ; cf. DÜRR, n. 58 ss et n. 71 *ad* art. 794 ; SCHMID-TSCHIRREN, n. 6 *ad* art. 794.

¹⁶ Cf. DÜRR, Syst. T., n. 604.

¹⁷ SCHUMACHER, n° 38 et n° 42.

¹⁸ Cf. MARCHAND, n. 6 *ad* art. 807.

¹⁹ Sur la faculté qu'auraient les parties de procéder à une élection de droit partielle, en choisissant le droit régissant la prescription de la créance, voir notamment : BONOMI, n. 5 *ad* art. 148.

²⁰ MARCHAND, n. 7 *ad* art. 807 ; DÜRR / ZOLLINGER, n. 65 *ad* art. 807 ; SCHMID-TSCHIRREN, n. 5 *ad* art. 807 ; PIOTET, Droit cantonal, n° 685. Cf. aussi : ATF 2C_267/2010, du 8 avril 2011, consid. 6.3.

²¹ PIOTET, Droit cantonal, n° 685.

public fédéral²² ; la prescription est alors régie par le droit public fédéral et non par l'art. 807 CC²³.

C. Dans le cas de la cédula hypothécaire, les parties n'ont pas la même liberté de manœuvre : la créance garantie ne peut pas être « quelconque » (art. 824 al. 1 CC), pas plus qu'elle ne peut être « d'un montant indéterminé ou variable » (art. 825 al. 1 CC)²⁴. Il découle notamment des art. 842 et 846 al. 1 CC que la créance garantie par une cédula hypothécaire doit tendre au paiement d'un montant déterminé²⁵. La créance garantie par une cédula hypothécaire est une créance nouvelle²⁶, abstraite²⁷, qui naît par l'inscription de la cédula au registre foncier²⁸ ; elle ne peut donc ni être indéterminée ou variable, ni être soumise à un droit autre que le droit fédéral suisse²⁹. On l'appelle la créance « cédulaire »³⁰ (ou « créance qui résulte de la cédula »³¹).

Cela étant, on le sait, les cédulas sont fréquemment transférées à titre fiduciaire, aux fins de garantir une autre créance (dite créance « de base »³², créance « causale »³³ ou « créance à garantir issue du rapport de base »³⁴), résultant par exemple d'un contrat de prêt (art. 312 ss CO). Or, l'art. 842 al. 2 CC dispose que la créance cédulaire et la créance de base coexistent, sauf convention contraire. Le créancier gagiste fiduciaire est donc à la fois titulaire de la créance cédulaire, inscrite au registre foncier (et incorporée dans la cédula s'il s'agit d'une cédula sur papier) et titulaire de la créance causale (tendant par exemple au remboursement du prêt qu'il a octroyé au débiteur).

²² DÜRR / ZOLLINGER, n. 67 *ad* art. 807.

²³ DÜRR / ZOLLINGER, n. 67 *ad* art. 807 (qui proposent toutefois d'appliquer par analogie l'art. 807 CC, à défaut de disposition légale contraire).

²⁴ L'art. 794 al. 2 CC fait certes partie des dispositions générales du droit de gage immobilier, mais il est admis que l'hypothèse dont il traite (à savoir, celle dans laquelle la créance garantie est indéterminée) ne se conçoit que pour l'hypothèque ; *cf.* DÜRR, n. 98 *ad* art. 794 ; STEINAUER, Tome III, n° 2643.

²⁵ *Cf.* STEINAUER, Commentaire, n. 61 et 64 s. *ad* art. 857.

²⁶ STEINAUER, Commentaire, n. 16 *ad* art. 842.

²⁷ STEINAUER, Commentaire, n. 25 *ad* art. 842.

²⁸ *Cf.* s'agissant de la cédula hypothécaire de registre : STEINAUER, Commentaire, n. 136 et 160 *ad* art. 857 ; STAHELIN, n. 1 *ad* art. 857. Pour la cédula hypothécaire sur papier : STEINAUER, Commentaire, n. 26 *ad* art. 860 ; STAHELIN, n. 20 *ad* art. 860.

²⁹ *Cf.* STEINAUER, Commentaire, n. 38 et 37 *ad* Rem. lim. ; DÜRR, Syst. T., n. 607 ; ZOBL, Grundbuchrecht, n° 79.

³⁰ *Cf.* STEINAUER, Commentaire, n. 5 *ad* art. 842.

³¹ Art. 846 al. 2 CC.

³² STEINAUER, Commentaire, n. 45 *ad* art. 842.

³³ STEINAUER, Commentaire, n. 45 *ad* art. 842.

³⁴ Art. 842 al. 2 CC.

L'effet d'imprescriptibilité prévu à l'art. 807 CC se produit pour la créance cédulaire et non pour la créance de base³⁵ : la créance de base qui subsiste le cas échéant se prescrit suivant les règles ordinaires régissant la prescription.

C'est également le lieu de noter que le Tribunal fédéral a admis récemment que la prescription de la créance de base n'empêche pas le créancier gagiste fiduciaire d'exercer ses droits découlant de la cédula hypothécaire reçue en garantie et, en particulier, de se prévaloir de la créance cédulaire³⁶.

D. L'imprescriptibilité prévue par l'art. 807 CC s'étend aux intérêts (conventionnels et moratoires³⁷) produits par la créance cédulaire et par la créance garantie hypothèque³⁸. Il faut ajouter une précision importante en ce qui concerne les intérêts conventionnels : l'imprescriptibilité ne vaut que dans la limite prévue à l'art. 818 al. 1 ch. 3 CC, à savoir « les intérêts de trois années échus au moment de l'ouverture de la faillite ou de la réquisition de vente et ceux qui ont couru depuis la dernière échéance ». Les intérêts conventionnels antérieurs ne sont plus garantis par le gage et constituent une créance chirographaire sujette à prescription selon l'art. 128 ch. 1 CO³⁹. Pour le surplus, on peut également noter que si le gage en cause est une hypothèque maximale⁴⁰, les intérêts (conventionnels et moratoires⁴¹) ne sont imprescriptibles que si, cumulés à la créance garantie, ils ne dépassent pas le montant maximal inscrit au registre foncier⁴².

II. L'immeuble grevé dans la durée

A. En vertu de l'art. 805 CC, « le gage immobilier frappe l'immeuble avec ses parties intégrantes et ses accessoires ». Ce principe, ne vaut pas seulement lors de la constitution du gage : il demeure vrai pendant toute l'existence de ce dernier.

³⁵ ATF 2C_267/2010, du 8 avril 2011, consid. 6.3. STEINAUER, Commentaire, n. 29 *ad* art. 842 ; MARCHAND, n. 9 *ad* art. 807 ; DÜRR / ZOLLINGER, n. 52 *ad* art. 807.

³⁶ ATF 2C_267/2010, du 8 avril 2011, consid. 6.3 et 6.4.

³⁷ DÜRR / ZOLLINGER, n. 58 *ad* art. 807.

³⁸ MARCHAND, n. 2 *ad* art. 807 ; DÜRR / ZOLLINGER, n. 58 *ad* art. 807 ; SCHMID-TSCHIRREN, n. 8 *ad* art. 807. Voir aussi : STEINAUER, Commentaire, n. 29 *ad* art. 842.

³⁹ DÜRR / ZOLLINGER, n. 58 *ad* art. 807 ; SCHMID-TSCHIRREN, n. 8 *ad* art. 807 ; LEEMANN, n. 6 *ad* art. 807. Voir aussi : MARCHAND, n. 2 *ad* art. 807 ; STEINAUER, Commentaire, n. 29 *ad* art. 842.

⁴⁰ *Cf. supra*, appel de note 12.

⁴¹ *Cf.* SCHMID-TSCHIRREN, n. 8 *ad* art. 818 ; STEINAUER, Tome III, n° 2794d.

⁴² D. DÜRR et C. ZOLLINGER, n. 59 *ad* art. 807 (qui réservent l'hypothèse dans laquelle les parties seraient convenues que la créance garantie [en capital] serait d'abord frappée par la prescription).

C'est ainsi que si de nouvelles parties intégrantes sont intégrées au fonds grevé, elles sont *ex lege* grevées du gage⁴³ ; il en découle notamment que si une construction (art. 667 al. 2 CC) est érigée sur le fonds grevé, le créancier gagiste bénéficie de la plus-value qui en résulte. Il en va en principe de même des accessoires : les accessoires affectés à l'immeuble en cours d'existence du gage sont frappés par le gage⁴⁴ ; tel peut par exemple être le cas de machines qui sont installées dans l'usine se trouvant sur le bien-fonds hypothéqué.

Mais l'inverse est aussi vrai : si une partie intégrante est détachée du bien-fonds et perd sa qualité de partie intégrante, elle est dégrevée⁴⁵ ; de même, si un accessoire perd cette qualité, il ne répond en principe plus du gage⁴⁶.

B. Cela étant, le créancier gagiste n'est pas forcé d'assister les bras croisés à de telles diminutions de sa garantie. La loi tient en effet compte du fait que l'immeuble peut se déprécier au fil du temps : elle accorde une certaine protection au créancier gagiste et distingue selon que cette dépréciation est imputable (art. 808 et 809 CC) ou non (art. 810 CC) au propriétaire grevé.

C. L'application des art. 808 et 809 CC suppose la réunion des conditions suivantes :

- il faut une *dépréciation*, à savoir un acte matériel (et non un acte juridique tel que la constitution d'une servitude, par exemple) qui affecte physiquement l'immeuble et diminue la valeur de celui-ci⁴⁷ ; l'acte matériel peut consister en un acte positif (démolir un bâtiment) ou en une omission (défaut d'entretien)⁴⁸ ;
- cette dépréciation doit être *imputable au propriétaire de l'immeuble grevé*⁴⁹ ; la loi semble exiger une faute⁵⁰, mais cela n'empêche pas que l'imputabilité puisse résulter des art. 101 ou 55 CO ;
- cette dépréciation doit *mettre en péril les droits du créancier gagiste*, en ce sens que l'immeuble ne procure plus au titulaire du gage la même cou-

⁴³ Cf. notamment : DÜRR / ZOLLINGER, n. 46 *ad* art. 805 ; STEINAUER, Tome III, n° 2722a.

⁴⁴ Cf. notamment : DÜRR / ZOLLINGER, n. 116 *ad* art. 805 ; STEINAUER, Tome III, n° 2724.

⁴⁵ Cf. notamment : DÜRR / ZOLLINGER, n. 69 *ad* art. 805 ; STEINAUER, Tome III, n° 2722a. Sur les exceptions à ce principe, voir notamment : MARCHAND, n. 7 *ad* art. 805.

⁴⁶ Cf. DÜRR / ZOLLINGER, n. 142 s. *ad* art. 805 ; STEINAUER, Tome III, n° 2725b ; SIMONIUS / SUTTER, p. 166 s. Voir cependant : ATF 45 II 181/186 s., JdT 1920 I 162/167 s. SCHMID-TSCHIRREN, n. 15 *ad* art. 805 ; MEIER-HAYOZ, n. 46 *ad* art. 644-645.

⁴⁷ DÜRR / ZOLLINGER, n. 94 *ad* art. 808 ; STEINAUER, Tome III, n° 2737 ; SCHMID-TSCHIRREN, n. 4 *ad* art. 808.

⁴⁸ DÜRR / ZOLLINGER, n. 95 *ad* art. 808 ; MARCHAND, n. 4 *ad* art. 808 ; STEINAUER, Tome III, n° 2737 ; SCHMID-TSCHIRREN, n. 7 *ad* art. 808.

⁴⁹ STEINAUER, Tome III, n° 2735 ; SCHMID-TSCHIRREN, n. 1 *ad* art. 808. Voir cependant, en ce qui concerne l'art. 809 CC : DÜRR / ZOLLINGER, n. 19 s. *ad* art. 809 et n. 9 *ad* art. 810.

⁵⁰ Cf. *a contrario* la note marginale de l'art. 810 et le texte du premier alinéa de cette disposition. Voir en outre : SCHMID-TSCHIRREN, n. 8 *ad* art. 808.

verture de sa créance qu'auparavant⁵¹ ; il faut à cet égard tenir compte du rang du droit de gage en cause et de la valeur qu'avait l'immeuble avant la survenance de la dépréciation⁵².

Lorsque ces conditions sont réunies, la loi met plusieurs moyens à la disposition du créancier gagiste, en distinguant selon que la dépréciation s'est déjà produite ou non.

Ainsi, dans le premier cas (dépréciation déjà intervenue), le créancier peut exiger du débiteur de la créance garantie (que celui-ci soit ou non le propriétaire de l'immeuble grevé⁵³) :

- qu'il fournisse des sûretés (art. 809 al. 1) ; au besoin, le créancier peut intenter une poursuite en constitution de sûretés (art. 38 al. 1 LP)⁵⁴ ;
- qu'il procède au rétablissement de l'état antérieur (art. 809 al. 1 ; par ex. : rétablissement des accessoires, remplacement d'une partie intégrante qui avait été enlevée, plantation d'un arbre pour remplacer l'arbre abattu⁵⁵) ;
- qu'il procède à un remboursement à due concurrence de sa créance si les sûretés ou le rétablissement de l'état antérieur ne sont pas exécutés dans le délai fixé par le juge (art. 809 al. 3 CC).

Si la dépréciation est en cours ou menace de se produire, le créancier peut prendre diverses mesures, dont le destinataire varie. C'est ainsi que le créancier gagiste peut :

- demander au juge d'ordonner au propriétaire (voire au tiers auteur de l'atteinte⁵⁶) de cesser ses actes (ou ses omissions) dommageables ou de ne pas les mettre à exécution (art. 808 al. 1 CC) ; il s'agira par exemple d'interdire la démolition ou la transformation inappropriée du bâtiment⁵⁷, ou d'ordonner au propriétaire d'entretenir celui-ci⁵⁸ ;

⁵¹ DÜRR / ZOLLINGER, n. 101 *ad* art. 808 ; STEINAUER, Tome III, n° 2737b ; SCHMID-TSCHIRREN, n. 9 *ad* art. 808.

⁵² Cf. DÜRR / ZOLLINGER, n. 101 *ad* art. 808 ; STEINAUER, Tome III, n° 2737b ; SCHMID-TSCHIRREN, n. 9 *ad* art. 808.

⁵³ DÜRR / ZOLLINGER, n. 33, 60 et 98 *ad* art. 809 ; STEINAUER, Tome III, n° 2743. Voir cependant (en ce qui concerne l'art. 809 al. 2 CC) : MARCHAND, n. 4 *ad* art. 809.

⁵⁴ MARCHAND, n. 4 *ad* art. 809.

⁵⁵ Cf. DÜRR / ZOLLINGER, n. 48 *ss ad* art. 809 ; STEINAUER, Tome III, n° 2742 ; SCHMID-TSCHIRREN, n. 3 *ad* art. 809.

⁵⁶ MARCHAND, n. 6 *ad* art. 808 ; STEINAUER, Tome III, n° 2739 ; SCHMID-TSCHIRREN, n. 12 *ad* art. 808.

⁵⁷ STEINAUER, Tome III, p. 226 note de bas de page 3 ; SCHMID-TSCHIRREN, n. 7 *ad* art. 808.

⁵⁸ STEINAUER, Tome III, p. 226 note de bas de page 4 ; SCHMID-TSCHIRREN, n. 7 *ad* art. 808.

- exiger du débiteur⁵⁹ de la créance garantie qu'il fournisse des sûretés et, à défaut, qu'il procède au remboursement à due concurrence de la créance garantie⁶⁰ (art. 809 al. 2 et 3 CC) ;
- se faire autoriser par le juge à prendre lui-même les mesures nécessaires sur le fonds grevé (art. 808 al. 2 CC) ;
- prendre les mesures nécessaires de son propre chef s'il y a péril en la demeure (art. 808 al. 2 CC)⁶¹ ; tel peut par exemple être le cas si le propriétaire reste inactif alors que le toit du bâtiment se trouvant sur le fonds grevé n'est plus étanche ;
- exiger du propriétaire qu'il lui rembourse les frais engagés pour prendre les mesures nécessaires prévues par l'art. 808 al. 2 CC. Ce droit au remboursement est garanti par une hypothèque légale, qui naît sans inscription et prime toute charge grevant l'immeuble (art. 808 al. 3 CC). L'hypothèque doit néanmoins être inscrite dans les quatre mois pour rester opposable aux tiers de bonne foi si le montant de la créance garantie est supérieure à mille francs (art. 808 al. 4 CC)⁶². Si cette hypothèque n'est pas inscrite dans ce délai, elle reste opposable à celui qui était propriétaire de l'immeuble lors de sa naissance et aux tiers de mauvaise foi ou qui ne peuvent pas se prévaloir de leur bonne foi (art. 3 al. 2 CC)⁶³ ; elle n'est en revanche pas opposable aux tiers de bonne foi, même à hauteur de mille francs⁶⁴.

D. Quant à l'art. 810 CC, il accorde une protection au créancier gagiste pour des dépréciations⁶⁵ qui ne sont pas imputables au propriétaire : inondation, orage, grêle, usure normale du bâtiment, constitution contre son gré d'une servitude de passage nécessaire sur son fonds, etc.⁶⁶ Lorsque cette dépréciation met en péril ses droits⁶⁷, le créancier dispose des moyens suivants :

- il peut prendre lui-même (et sans qu'une autorisation du juge ne soit nécessaire⁶⁸) les mesures nécessaires pour parer aux dépréciations ou

⁵⁹ DÜRR / ZOLLINGER, n. 81 et 98 *ad* art. 809 ; STEINAUER, Tome III, n° 2743 (en ce qui concerne l'art. 809 al. 3 CC).

⁶⁰ STEINAUER, Tome III, n° 2741.

⁶¹ Voir notamment : DÜRR / ZOLLINGER, n. 132 s. *ad* art. 808.

⁶² Voir notamment : MARCHAND, n. 9 *ad* art. 808 ; STEINAUER, Tome III, n° 2740 s.

⁶³ DÜRR / ZOLLINGER, n. 183 *ad* art. 808 ; STEINAUER, Tome III, n° 2740a.

⁶⁴ DÜRR / ZOLLINGER, n. 184 *ad* art. 808. *Contra* : STEINAUER, Tome III, n° 2740a.

⁶⁵ *Cf. supra*, appel de note 47.

⁶⁶ STEINAUER, Tome III, n° 2744 ; DÜRR / ZOLLINGER, n. 12 ss *ad* art. 810.

⁶⁷ *Cf. supra*, appel de note 51.

⁶⁸ D. DÜRR et C. ZOLLINGER, n. 41 s. *ad* art. 810 (qui relèvent à juste titre que le créancier a en revanche la *faculté* de saisir le juge, notamment s'il y a doute quant à la question de savoir si la dépréciation est imputable au propriétaire [art. 808 al. 2 CC] ou non [art. 810 al. 2 CC]) ; STEINAUER,

pour les empêcher (art. 810 al. 2 CC) : ériger un mur de protection contre la montée des eaux, réparer un toit abîmé par la foudre, etc.⁶⁹ Le créancier gagiste bénéficie alors d'une hypothèque légale garantissant le remboursement des frais ainsi engagés, qui naît sans inscription et prime les autres charges grevant l'immeuble (art. 810 al. 2 CC), mais qui cesse d'être opposable aux tiers de bonne foi si elle n'est pas inscrite dans les quatre mois à compter de la fin des mesures et si le montant garanti est supérieur à mille francs (art. 810 al. 3 CC). La loi précise que le propriétaire n'est pas « personnellement tenu » des frais engagés par le créancier gagiste (art. 810 al. 2 CC) ; il en résulte que l'hypothèque légale en question ne garantit aucune créance personnelle⁷⁰ (à l'instar de l'ancienne lettre de rente, dont l'art 847 al. 3 aCC indiquait qu'elle était « exclusive de toute obligation personnelle ») : le propriétaire n'en répond que sur son immeuble ;

- le créancier peut par ailleurs exiger la fourniture de sûretés ou un remboursement partiel de sa créance, dans la mesure où le propriétaire est indemnisé pour le dommage qu'il subit en raison de l'événement dommageable (art. 810 al. 1 CC) ; si l'indemnité en cause est versée par une assurance, c'est l'art. 822 CC qui est applicable, à titre de *lex specialis*⁷¹.

E. Les art. 808 à 810 CC fournissent une protection non négligeable au créancier gagiste. Or il ne semble pas qu'ils soient fréquemment invoqués en pratique ; en témoigne notamment le petit nombre d'arrêts rendus par le Tribunal fédéral à leur propos.

Il est vrai qu'il peut s'avérer compliqué d'intervenir activement en cas de dépréciation de l'immeuble grevé ; il est probablement souvent plus simple, en cas d'inaction du propriétaire, de dénoncer au remboursement la créance garantie et d'entamer la procédure en réalisation de gage. A cela s'ajoute que le créancier prudent dispose généralement d'une certaine marge (l'immeuble grevé ayant une valeur supérieure au montant de sa créance), si bien que toute dépréciation ne met pas ses droits en péril. Enfin, il se peut que les propriétaires grevés, dans leur ensemble, entretiennent correctement leurs immeubles et s'abstiennent de tout acte de dépréciation, ce qui rend inutile le recours aux art. 808 à 810 CC.

Tome III, n° 2745 ; SCHMID-TSCHIRREN, n. 8 *ad* art. 810. *Contra* : MARCHAND, n. 5 *ad* art. 810 ; SIMONIUS / SUTTER, p. 174 ; etc.

⁶⁹ SCHMID-TSCHIRREN, n. 8 *ad* art. 810.

⁷⁰ Cf. DÜRR / ZOLLINGER, n. 50 ss *ad* art. 810 ; MARCHAND, n. 1 *ad* art. 810 ; STEINAUER, Tome III, n° 2746.

⁷¹ MARCHAND, n. 4 *ad* art. 810 ; STEINAUER, Tome III, n° 2744a.

III. Délai de dénonciation au remboursement

A. Les gages immobiliers sont généralement constitués pour le long terme⁷² ; en outre, les montants qu'ils garantissent sont souvent importants. Les parties cherchent donc généralement à éviter les remboursements abruptes, qu'ils soient exigés par le créancier ou effectués par le débiteur⁷³. La durée joue donc également un rôle pour le remboursement de la créance garantie.

La créance garantie par gage immobilier doit en principe être dénoncée au remboursement avant d'être exigible (par le créancier) et exécutable (par le débiteur) : un certain délai doit s'écouler entre le moment où une partie souhaite qu'il soit procédé au remboursement et le moment où celui-ci est susceptible d'intervenir.

B. S'agissant des hypothèques, le Code civil se borne à régler un cas particulier : celui de la dénonciation « lorsque le propriétaire n'est pas personnellement tenu » (art. 831 CC)⁷⁴ ; il ne fixe en revanche pas de délai régissant la dénonciation des créances garanties par hypothèque. Ce sont donc les règles régissant la créance (cf. par exemple l'art. 318 CO)⁷⁵ ou, le cas échéant, la convention des parties elle-même, qui déterminent le délai de dénonciation.

C. En matière de cédules hypothécaires, la question est réglée par l'art. 847 CC⁷⁶. Selon le premier alinéa de cette disposition, le délai de dénonciation, tant pour le créancier que pour le débiteur, est de six mois pour la fin d'un mois ; les conventions contraires sont réservées. Mais le second alinéa précise que ces stipulations ne peuvent « prévoir pour le créancier un délai de dénonciation inférieur à trois mois » (pour la fin d'un mois⁷⁷), « à moins que le débiteur ne soit en demeure pour le paiement » des amortissements éventuellement prévus ou pour le paiement des intérêts. En d'autres termes, les parties peuvent convenir d'un délai inférieur à trois mois pour la dénonciation émanant du débiteur ; s'agissant de la dénonciation faite par le créancier, le délai minimal est de trois mois, à cette réserve près que les parties peuvent convenir d'un délai inférieur pour l'éventualité où le débiteur aurait été mis en demeure pour le paiement d'un amortissement ou des intérêts.

⁷² Voir notamment : STEINAUER, Commentaire, n. 5 et 8 *ad* art. 847.

⁷³ Cf. STEINAUER, Commentaire, n. 5 *ad* art. 847.

⁷⁴ Cette disposition est également applicable aux cédules hypothécaires (art. 844 al. 1 CC).

⁷⁵ DÜRR / ZOLLINGER, n. 26 *ad* art. 811 ; ZOGG, n. 1 *ad* art. 831 ; cf. aussi : STEINAUER, Commentaire, n. 9 *ad* art. 847 ; LEEMANN, n. 5 *ad* art. 816. Voir en outre, notamment, les cas particuliers que constituent les art. 803 et 833 al. 2 CC.

⁷⁶ On peut par ailleurs rappeler l'existence de règles particulières, ancrées notamment à l'art. 803 CC ainsi qu'à l'art. 833 al. 2 CC (applicable aux cédules hypothécaires en vertu de l'art. 845 CC) ; cf. STEINAUER, Commentaire, n. 15 *ad* art. 847.

⁷⁷ STEINAUER, Commentaire, n. 25 *ad* art. 847.

Ainsi que l'indique le texte même de son premier alinéa, l'art. 847 CC vise la dénonciation de la cédula hypothécaire. Les délais ainsi fixés s'appliquent donc à la dénonciation de la créance cédulaire⁷⁸, et non de l'éventuelle créance de base (dont la dénonciation est régie par d'autres dispositions légales ou par le contrat dont elle est issue)⁷⁹ ; quant aux amortissements et aux intérêts mentionnés au second alinéa de l'art. 847 CC, ils sont dus au titre de la créance cédulaire (et non de la créance de base)⁸⁰. Il convient enfin de rappeler que, sauf convention contraire, la dénonciation de la créance de base n'entraîne pas dénonciation de la créance cédulaire⁸¹.

D. Cela étant, on peut relever que la liberté contractuelle des parties en la matière est limitée.

1. Tout d'abord, l'art. 847 al. 2 CC est de droit impératif⁸². Il en découle que cette disposition, qui est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2012, s'applique également aux cédulas hypothécaires créées avant cette date (art. 28 Tit. fin. CC)⁸³. Il en résulte par exemple qu'un délai de dénonciation inférieur à trois mois valablement convenu en faveur du créancier sous l'ancien droit est sans effet aujourd'hui (exception faite du cas où le débiteur serait en demeure dans le paiement d'un amortissement ou des intérêts). Il est en revanche admis que si l'ancien droit cantonal (auquel renvoyait l'art. 844 al. 2 aCC) contenait une règle plus favorable au débiteur que celle ancrée à l'art. 847 al. 2 CC, cette règle reste applicable à la dénonciation des cédulas hypothécaires créées sous l'ancien droit intervenant après le 31 décembre 2011⁸⁴.

2. En deuxième lieu, l'on peut rappeler qu'il n'est pas exclu l'art. 8 LCD soit applicable aux stipulations concernant la dénonciation au remboursement des cédulas hypothécaires. Cette disposition prévoit qu'« agit de façon déloyale celui qui, notamment, utilise des conditions générales qui, en contradiction avec les règles de la bonne foi prévoient, au détriment du consommateur, une disproportion notable et injustifiée entre les droits et les obligations découlant du contrat »⁸⁵.

⁷⁸ Cf. STEINAUER, Commentaire, n. 9 *ad* art. 847 ; STAHELIN, n. 3 *ad* art. 847.

⁷⁹ STEINAUER, Commentaire, n. 9 *ad* art. 847 ; STAHELIN, n. 3 *ad* art. 847.

⁸⁰ STEINAUER, Commentaire, n. 24 *ad* art. 847.

⁸¹ STEINAUER, Commentaire, n. 9 s. *ad* art. 847 ; STAHELIN, n. 12 *ad* art. 847.

⁸² STEINAUER, Commentaire, n. 26 *ad* art. 847 ; STAHELIN, n. 9 *ad* art. 847 ; PIOTET, Le droit transitoire, p. 231.

⁸³ STEINAUER, Commentaire, n. 26 *ad* art. 847 ; STAHELIN, n. 9 *ad* art. 847 ; PIOTET, Le droit transitoire, p. 231.

⁸⁴ STEINAUER, Commentaire, n. 26 *ad* art. 847 ; PIOTET, Le droit transitoire, p. 231.

⁸⁵ Pour l'analyse des conditions d'application de cette disposition, voir PICHONNAZ, n. 138 ss *ad* art. 8.

Appliquée à la dénonciation des cédules hypothécaires, cette disposition a pour effet que la convention des parties, si elle est préformulée⁸⁶, ne doit pas prévoir, d'une façon contraire à la bonne foi et au détriment du débiteur-consommateur⁸⁷, une disproportion notable et injustifiée entre les droits et obligations du créancier gagiste et du débiteur.

Or, il est soutenu en doctrine qu'un délai de dénonciation (par le créancier) inférieur à quatre mois créerait une telle disproportion notable et injustifiée, tombant sous le coup de l'art. 8 LCD⁸⁸. La clause contractuelle instituant un tel délai, si elle est préformulée et insérée dans un contrat passé avec un débiteur-consommateur, serait dès lors frappée de nullité et remplacée par la règle prévue par le droit dispositif⁸⁹.

En d'autres termes, notwithstanding l'art. 847 al. 2 CC, le délai minimum de dénonciation par le créancier (hors demeure pour le paiement des intérêts et des amortissements) serait de quatre mois s'il est fixé dans une clause préformulée passée avec un consommateur.

On peut concevoir de sérieux doutes à cet égard : la loi admet que le délai de dénonciation par le créancier peut être de trois mois. Ce délai admis comme légitime par la loi peut-il réellement impliquer une disproportion notable et manifeste, contraire aux règles de la bonne foi, s'il est prévu dans une clause préformulée passée avec un consommateur ? Suffit-il réellement d'une différence d'un mois pour qu'un délai soit admissible au sens de la LCD ou considéré comme déloyal alors même qu'il est expressément prévu par la base légale topique ? Un mois de plus, un mois de moins : en réalité, il s'agit ici de « *fine-tuning* » ; or, « *fine-tuning* » ne rime pas, nous semble-t-il, avec disproportion notable et injustifiée.

A cela s'ajoute que les clauses relatives au délai de dénonciation d'une cédule hypothécaire sont des conventions accessoires au sens de l'art. 846 al. 2 CC⁹⁰. Elles ne produisent en principe que des effets personnels ; toutefois, elles sont opposables aux tiers, même de bonne foi, si elles sont inscrites au registre

⁸⁶ Par « conditions générales », l'art. 8 LCD vise les « clauses contractuelles préformulées ('standardisées') qui décrivent de manière générale tout ou partie du contenu d'éventuels contrats » (PICHONNAZ, n. 121 *ad* art. 8), même insérées dans un acte authentique (SCHMID, p. 92).

⁸⁷ Est un consommateur, au sens de l'art. 8 LCD, la personne physique qui conclut le contrat en cause à titre personnel ou familial ; *cf.* SCHMID, p. 95. Selon P. PICHONNAZ, il s'agit de « toute personne physique ou morale qui achète une marchandise ou une prestation de service à des fins qui sont de manière prépondérante sans rapport avec son activité commerciale ou professionnelle » (PICHONNAZ, n. 137 *ad* art. 8).

⁸⁸ SCHMID, p. 108 s.

⁸⁹ SCHMID, p. 101.

⁹⁰ STEINAUER, Commentaire, n. 27 *ad* art. 847.

foncier (ainsi que sur le titre, dans le cas des cédulas hypothécaires sur papier)⁹¹.

L'on peut dès lors se demander, avec le prof. D. Piotet, quel sera le sort de ces clauses en cas de changement de débiteur cédulaire⁹² : une clause initialement valable, car convenue dans des conditions générales avec une personne qui n'est pas un consommateur, devient-elle nulle si le nouveau débiteur cédulaire est un consommateur ? A l'inverse, une clause initialement nulle, car convenue avec un consommateur, devient-elle valable en cas de reprise de dette cédulaire par un non-consommateur⁹³ ? Ainsi que le relève D. Piotet, « il y a là, à vrai dire, matière à écrire une monographie complète, l'art. 8 LCD n'étant manifestement pas adapté à des stipulations déloyales, dans un contexte spécifique et entre parties, lorsqu'elles participent en même temps à la foi publique du registre foncier et passent au successeur à titre particulier des porteurs originaires »⁹⁴.

A notre sens, on devrait donc retenir que l'art. 8 LCD n'empêche pas les parties de convenir d'un délai de dénonciation (par le créancier) inférieur à quatre mois⁹⁵. Il n'en demeure pas moins que les parties devraient se montrer aussi prudentes que circonspectes en la matière, en attendant que la jurisprudence ait tranché les questions que pose l'art. 8 LCD en relation avec l'art. 847 al. 2 CC.

3. Notre troisième remarque tient au fait que les parties peuvent convenir que la créance cédulaire deviendra exigible par le créancier (ou exécutable par le débiteur) sans dénonciation, mais par l'arrivée d'un terme ou par la réalisation d'une condition⁹⁶. Ainsi, elles peuvent par exemple prévoir que l'aliénation de l'immeuble grevé ou le fait que le débiteur fasse l'objet de poursuites rend la créance cédulaire exigible⁹⁷ ; de même, elles peuvent prévoir que le fait que la créance de base devienne exigible déclenche l'exigibilité de la créance cédulaire⁹⁸.

Dans de telles situations, l'art. 847 CC n'est en principe pas applicable : la créance devient exigible par la survenance de la condition ou du terme conve-

⁹¹ Art. 849 al. 2 CC. Cf. STEINAUER, Commentaire, n. 77 s. *ad* art. 849 (qui relève [n. 80] qu'une clause qui n'a pas été portée au registre foncier mais qui est néanmoins connue de l'acquéreur de la cédula hypothécaire lui est opposable en vertu de l'art. 169 al. 1 CO) ; STAHELIN, n. 19 et 21 *ad* art. 847.

⁹² Cf. à cet égard : PIOTET, *Légitimation*, p. 553.

⁹³ Cf. PIOTET, *Légitimation*, p. 553.

⁹⁴ PIOTET, *Légitimation*, p. 553.

⁹⁵ Du même avis : STEINAUER, Commentaire, n. 29 *ad* art. 847, note de bas de page 41.

⁹⁶ STEINAUER, Commentaire, n. 10 *ad* art. 847 ; STAHELIN, n. 1 *ad* art. 847.

⁹⁷ STEINAUER, Commentaire, n. 10 *ad* art. 847.

⁹⁸ STEINAUER, Commentaire, n. 10 *ad* art. 847 ; STAHELIN, n. 1 et 6b *ad* art. 847.

nus, sans dénonciation, si bien que l'art. 847 CC ne trouve pas à s'appliquer. Le prof. D. Staehelin soutient cependant que le délai minimal de trois mois est néanmoins applicable si l'exigibilité est soumise à condition résolutoire (à tout le moins si la condition résolutoire correspond matériellement à une dénonciation)⁹⁹ : ainsi et par exemple, la clause prévoyant que l'exigibilité de la créance de base entraîne l'exigibilité de la créance cédulaire n'emporterait en réalité l'exigibilité de la créance cédulaire que trois mois après la survenance de cette condition résolutoire¹⁰⁰. On peut concevoir de sérieux doutes à cet égard : outre qu'elle ne peut pas être fondée sur une base légale, cette manière de voir introduirait passablement d'insécurité juridique, la notion de condition résolutoire correspondant matériellement à une dénonciation (« *soweit die Resolutionsbedingung materiell einer Kündigung entspricht* »¹⁰¹) n'étant guère limpide.

IV. Deux questions particulières

A. Est-il possible d'acquérir un gage immobilier par prescription acquisitive ?

1. Dans le cadre de ce bref article sur les relations qu'entretiennent les gages immobiliers et l'écoulement du temps, il est légitime de se demander s'il est possible d'acquérir un gage immobilier par prescription acquisitive. En d'autres termes, à supposer qu'un gage immobilier inscrit au registre foncier n'ait pas été valablement constitué, l'écoulement du temps est-il susceptible de produire un effet guérisseur, de sorte que le gage devient valable au bout d'un certain temps ?

On le sait, le Code civil prévoit expressément que la propriété peut être acquise par prescription acquisitive ordinaire (art. 661 et 728 CC) et extraordinaire (art. 662 CC). En particulier, l'art. 661 CC dispose que celui qui est inscrit sans cause légitime comme propriétaire au registre foncier acquiert la propriété s'il a possédé l'immeuble à titre de propriétaire, de bonne foi, paisiblement et sans interruption pendant dix ans ; en matière mobilière, le délai est (en principe) de cinq ans (art. 728 al. 1 CC).

⁹⁹ STAEHELIN, n. 6b *ad* art. 847 ; STAEHELIN, *Sicherungsübereignung*, p. 147.

¹⁰⁰ STAEHELIN, n. 6b *ad* art. 847 ; STAEHELIN, *Sicherungsübereignung*, p. 147.

¹⁰¹ STAEHELIN, n. 6b *ad* art. 847 ; STAEHELIN, *Sicherungsübereignung*, p. 147.

L'art. 661 CC est applicable aux servitudes foncières, conformément à l'art. 731 al. 2 et 3 CC¹⁰² ; il est par ailleurs admis que les autres catégories de servitudes peuvent également être acquises par prescription acquisitive : tel est le cas de l'usufruit¹⁰³, du droit d'habitation¹⁰⁴, du droit de superficie¹⁰⁵, du droit de source¹⁰⁶ et des « autres servitudes » de l'art. 781 CC¹⁰⁷. En outre, il résulte du renvoi aux règles sur l'acquisition de la propriété immobilière ancré à l'art. 782 al. 3 CC que les charges foncières peuvent elles aussi faire l'objet d'une acquisition par prescription¹⁰⁸. La doctrine dominante admet enfin qu'il est possible d'acquérir un gage *mobilier* par prescription acquisitive (en vertu d'une application par analogie de l'art. 728 CC)¹⁰⁹.

Cette admission quasi généralisée de la prescription acquisitive conduit à se demander si elle vaut aussi pour les gages immobiliers. Ainsi, si le contrat tendant à la constitution d'une hypothèque n'est pas revêtu de la forme authentique, il est frappé de nullité (art. 799 al. 2 CC et art. 11 al. 1 CO) ; l'inscription du gage au registre foncier est indue (art. 974 al. 1 CC) et le gage ne naît pas ; c'est la conséquence du principe de causalité. A supposer que le créancier ignore de bonne foi l'invalidité de son gage, acquiert-il la titularité de celui-ci au bout de dix ans, par application analogique de l'art. 661 CC ?

La réponse est négative. En effet, chacun des droits réels limités susmentionnés (servitudes, charges foncières, gage mobilier) procure en principe la possession de l'objet grevé à son titulaire¹¹⁰. Or tel n'est pas le cas du gage immobilier¹¹¹ : le créancier gagiste immobilier n'a précisément pas la possession de l'immeuble grevé ; on ne peut pas non plus lui reconnaître la possession de son droit, l'art. 919 al. 2 CC ne mentionnant à cet égard que les servitudes (négatives) et les charges foncières¹¹². N'étant pas possesseur, le créancier gagiste

¹⁰² ATF 5C.122/2006, du 6 octobre 2006, consid. 2.2.1. STEINAUER, Tome II, n° 2241.

¹⁰³ STEINAUER, Tome III, n° 2425.

¹⁰⁴ STEINAUER, Tome III, n° 2504.

¹⁰⁵ REY, n. 152 *ad* art. 731.

¹⁰⁶ REY, n. 153 *ad* art. 731.

¹⁰⁷ REY, n. 149 *ad* art. 731.

¹⁰⁸ Cf. l'art. 783 al. 3 CC. ATF 124 III 196/200, JdT 1999 I 48/52. STEINAUER, Tome III, n° 2593a ; etc.

¹⁰⁹ STEINAUER, Tome III, n° 3127 et 3156d ; FOËX, n. 19 *ad* art. 884 ; BAUER, n. 15 *ad* art. 884 ; OFTINGER / BÄR, n. 82 *ad* art. 884 ; LIVER, p. 392 ; etc. *Contra* : ZOBL / THURNHERR, n. 919 s. *ad* art. 884 ; PANNATIER KESSLER, n. 33 *ad* art. 728 ; etc.

¹¹⁰ Cf. l'art. 919 al. 1 et 2 CC pour les servitudes et les charges foncières et, pour le gage mobilier, les art. 884 al. 3, 900 al. 1 et 901 al. 1 et 2 CC.

¹¹¹ STEINAUER, Commentaire, n. 18 *ad* art. 857 ; DÜRR, n. 55 *ad* art. 799 ; SCHMID-TSCHIRREN, n. 7 *ad* art. 799 ; STEINAUER, Tome III, n° 3156d ; STARK / LINDENMANN, n. 76 *ad* art. 919 ; KAMERZIN, n° 299 ; SIMONIUS / SUTTER, p. 173 ; LIVER, p. 392.

¹¹² STEINAUER, Tome III, n° 2690a ; STARK / LINDENMANN, n. 76 *ad* art. 919 ; LEEMANN, n. 10 *ad* art. 799 ; DESCHENAU, p. 263, note de bas de page 23a ; SIMONIUS / SUTTER, p. 173. Voir cependant : DÜRR, n. 59 *ad* art. 799.

ne peut pas satisfaire la condition d'avoir possédé l'immeuble (à titre de créancier gagiste) pendant la durée du délai de prescription.

L'on ne saurait non plus sans base légale appropriée introduire une prescription acquisitive par simple écoulement du temps, déconnectée de la possession : en l'état du droit, la possession est une condition essentielle de l'acquisition d'un droit réel par prescription¹¹³.

En conclusion, faute de procurer à son titulaire la possession de l'immeuble grevé ou du droit lui-même et faute de base légale instituant une prescription acquisitive sans possession en la matière, un gage immobilier ne peut pas s'acquérir par prescription acquisitive ordinaire¹¹⁴ ou extraordinaire¹¹⁵.

2. Il y a toutefois une exception : il est possible d'acquérir une cédula hypothécaire sur papier (art. 860 ss CC) par prescription acquisitive ordinaire. Non pas lors de sa constitution, mais lors de son transfert (art. 864 CC) : à supposer que le titre d'acquisition (vente, donation, etc.¹¹⁶) ne soit pas valable, la cédula hypothécaire n'est pas valablement transférée à l'acquéreur¹¹⁷ ; toutefois, la cédula hypothécaire sur papier est une chose mobilière et est donc susceptible d'être possédée¹¹⁸. Il est dès lors possible d'appliquer l'art. 728 CC, qui régit l'acquisition de la propriété mobilière par prescription : l'acquéreur deviendra titulaire de la cédula hypothécaire s'il la possède à titre de propriétaire, paisiblement, sans interruption et de bonne foi pendant cinq ans¹¹⁹.

Il y a donc bien un cas d'acquisition de gage immobilier par prescription acquisitive. Non pas lors de la constitution du gage immobilier. Mais lors du transfert du gage valablement créé : encore faut-il que ce gage puisse être pos-

¹¹³ Cf. STEINAUER, Tome III, n° 3156d : c'est « un principe général du droit suisse qu'un vice affectant le titre d'acquisition d'un droit réel ne peut plus être invoqué lorsque l'acquéreur a possédé la chose pendant une longue période. Il est vrai que les droits de gage immobiliers ne peuvent pas, eux, être acquis par prescription ; mais c'est précisément parce que le créancier gagiste n'exerce pas de possession sur l'immeuble grevé ». Voir cependant : DÜRR, Syst. T., n. 333.

¹¹⁴ Cf. STEINAUER, Commentaire, n. 18 *ad* art. 857 ; SCHMID-TSCHIRREN, n. 7 *ad* art. 799 ; STEINAUER, Tome III, n° 2690a et n° 3156d ; ZOBEL / THURNHERR, n. 919 *ad* art. 884 ; MEIER-HAYOZ, n. 4 *ad* art. 661 ; LEEMANN, n. 10 *ad* art. 799 ; SIMONIUS / SUTTER, p. 173 ; LIVER, p. 392 ; KAMERZIN, n° 299. *Contra* : DÜRR, Syst. T., n. 333 et n. 59 *ad* art. 799.

¹¹⁵ STEINAUER, Commentaire, n. 18 *ad* art. 857 ; DÜRR, n. 58 *ad* art. 799 ; SCHMID-TSCHIRREN, n. 7 *ad* art. 799 ; LEEMANN, n. 10 *ad* art. 799 ; DESCHENAUX, p. 263 ; KAMERZIN, n° 299.

¹¹⁶ STEINAUER, Commentaire, n. 29 *ad* art. 864.

¹¹⁷ STEINAUER, Commentaire, n. 32 *ad* art. 864. Voir aussi : STAEHELIN, n. 7 et 14 *ad* art. 864.

¹¹⁸ STEINAUER, Commentaire, n. 32 *ad* art. 864.

¹¹⁹ STEINAUER, Commentaire, n. 13, 18 et 32 *ad* art. 864 ; DÜRR, n. 60 *ad* art. 799 ; KAMERZIN, p. 129, note de bas de page 666.

sédé, ce qui est le cas des cédulas hypothécaires sur papier mais non des cédulas hypothécaires de registre (art. 857 ss CC)¹²⁰ et de l'hypothèque.

B. Est-il possible de limiter la durée d'un droit de gage immobilier ?

1. On peut enfin se demander s'il est possible de limiter conventionnellement la durée d'un gage immobilier : les parties peuvent-elles par exemple convenir que le gage qu'elles constituent s'éteindra au bout de cinq ans ? Cela peut présenter une certaine utilité, notamment lorsque le propriétaire engage son immeuble pour garantir la dette d'un tiers (art. 827 et 844 CC) : il peut souhaiter que son intercession soit limitée dans le temps¹²¹.

A notre connaissance, le Tribunal fédéral n'a pas eu l'occasion de se pencher sur cette question. Quant à la doctrine, elle ne semble pas l'aborder et ne mentionne notamment pas l'expiration de la durée au nombre des causes d'extinction du gage immobilier¹²².

En revanche, il est généralement admis qu'il est possible de constituer un gage *mobilier* pour une durée déterminée, l'expiration de cette durée entraînant l'extinction du droit de gage¹²³.

2. A première vue, une telle solution n'est pas transposable en matière immobilière : l'art. 801 al. 1 CC prévoit en effet que : « le gage immobilier s'éteint par la radiation de l'inscription et par la perte totale de l'immeuble ». Il semble donc que l'expiration de la durée pour laquelle le gage immobilier a été constitué pourrait tout au plus produire des effets personnels : elle obligerait le créancier à requérir la radiation de son gage, lequel s'éteindrait par cette radiation, conformément à l'art. 801 al. 1 CC. En revanche, il ne serait pas possible de limiter la durée d'un gage immobilier avec effets réels, de façon à ce que le gage s'éteigne par la seule expiration de la durée, en-dehors du registre foncier et avant toute radiation.

Toutefois et d'une part, il ne faut pas oublier que, nonobstant l'art. 801 al. 1 CC, il existe des cas dans lesquels le gage immobilier s'éteint sans radiation

¹²⁰ Cf. STEINAUER, Commentaire, n. 18 *ad art.* 858 et n. 21 *ad art.* 859.

¹²¹ Cf., en matière mobilière : ZOBL / THURNHERR, n. 397 *ad art.* 884 ; LEEMANN, n. 40 *ad art.* 884. Voir en outre ATF 4A_141/2007, du 20 août 2007, consid. 4.4.

¹²² Cf. notamment : MARCHAND, n. 8 ss *ad art.* 801 ; STEINAUER, Tome III, n° 2707a ; DÜRR, n. 154 ss *ad art.* 801 ; SCHMID-TSCHIRREN, n. 2a *ad art.* 801 ; etc.

¹²³ ZOBL, Vorbem. *ad art.* 888-890, n. 30 ; BAUER, n. 11 *ad art.* 889 ; FOËX, n. 14 *ad art.* 888 ; OFTINGER / BÄR, n. 15 *ad art.* 888.

(jugement extinctif, réalisation forcée, expropriation, etc.)¹²⁴. L'art. 801 al. 1 CC mentionne d'ailleurs lui-même l'une de ces causes d'extinction du gage en-dehors du registre foncier : la « perte totale de l'immeuble ». On ne saurait donc déduire de l'art. 801 al. 1 CC qu'il est en soi exclu de prévoir que le gage s'éteindra par la seule expiration de la durée convenue.

A cela s'ajoute que la loi contient une règle similaire à celle de l'art. 801 CC pour les servitudes (foncières) : il s'agit de l'art. 734 CC, qui prévoit que « la servitude s'éteint par la radiation de l'inscription et par la perte totale du fonds servant ou du fonds dominant ». Or, cette disposition n'empêche pas de considérer que les servitudes de durée limitée s'éteignent *ipso facto* et en-dehors du registre foncier lorsque la durée convenue a expiré¹²⁵, à tout le moins si cette durée résulte de l'inscription¹²⁶. Il devrait logiquement en aller de même pour les gages immobiliers.

3. Il résulte de ce qui précède qu'il devrait à notre sens être loisible aux parties de limiter avec effets réels la durée du droit de gage immobilier, avec la conséquence qu'il s'éteint sans autre lorsque cette durée est écoulée. La radiation produit alors un effet déclaratif ; elle devrait pouvoir intervenir d'office, si l'inscription indique la durée du droit (art. 976 ch. 1 CC). Alternativement, les parties peuvent naturellement prévoir que l'expiration de la durée produira uniquement des effets personnels, le gage subsistant tant qu'il n'est pas radié avec le consentement du créancier (radiation extinctive).

On notera enfin que l'extinction du gage par l'expiration de sa durée n'emporte (sauf convention contraire) pas extinction de la créance garantie¹²⁷. Dans le cas de l'hypothèque, la créance subsiste puisque l'hypothèque n'en est que l'accessoire. S'il s'agit d'une cédula hypothécaire, la créance cédulaire est convertie en une créance ordinaire¹²⁸.

¹²⁴ Cf. notamment : STEINAUER, Commentaire, n. 10 *ad* art. 855 ; MARCHAND, n. 8 *ss ad* art. 801 ; STEINAUER, Tome III, n° 2707a ; DÜRR, n. 92 *ss ad* art. 801 ; SCHMID-TSCHIRREN, n. 2a *ad* art. 801 ; etc.

¹²⁵ ARGUL, n. 11 *ad* art. 734 ; STEINAUER, Tome II, n° 2254d ; STEINAUER, Fin et prolongation, p. 122 ; STEINAUER, Retour anticipé, p. 72 ; etc.

¹²⁶ PETITPIERRE, n. 8 *ad* art. 734 ; LIVER, n. 145 à 147 *ad* art. 734.

¹²⁷ Cf., en cas de perte totale de l'immeuble grevé : MARCHAND, n. 8 *ad* art. 801 ; STEINAUER, Tome III, n° 2707a ; SCHMID-TSCHIRREN, n. 11 *ad* art. 801 ; LEEMANN, n. 14 *ad* art. 801. Voir cependant, s'agissant de la cédula hypothécaire : DÜRR, n. 98 *ad* art. 801.

¹²⁸ Cf., en cas de perte totale de l'immeuble grevé ou de jugement extinctif fondé sur l'art. 856 CC : STEINAUER, Commentaire, n. 10 *ad* art. 855 et n. 26 *ad* art. 856.

Bibliographie

- Maria Consuelo ARGUL, *in* Code civil II (P. Pichonnaz, B. Foëx et D. Piotet, éd.), Commentaire romand, Bâle 2016
- Thomas BAUER, *in* Zivilgesetzbuch II (H. Honsell, N.P. Vogt et T. Geiser, éd.), Basler Kommentar, 5^e éd., Bâle 2015
- Andrea BONOMI, *in* Loi sur le droit international privé. Convention de Lugano (A. Bucher, éd.), Commentaire romand, Bâle 2011
- Henri DESCHENAUX, *Le registre foncier*, Traité de droit privé suisse, vol. V/II/2, Fribourg 1983
- David DÜRR, *Das Grundpfand. Systematischer Teil und Art. 793-804 ZGB*, Zürcher Kommentar, vol. IV 2b, 2^e éd., Zurich 2009
- David DÜRR / Daniel ZOLLINGER, *Das Grundpfand. Allgemeiner Teil. Wirkung des Grundpfands. Art. 805-823 ZGB*, Zürcher Kommentar., vol. IV 2b/2, 2^e éd., Zurich 2013
- Antoine EIGENMANN, *in* Code civil II (P. Pichonnaz, B. Foëx et D. Piotet, éd.), Commentaire romand, Bâle 2016
- Urs FASEL, *in* Handkommentar zum Schweizer Privatrecht. Sachenrecht (P. Breitschmid et A. Rumo, éd.), 3^e éd., Zurich 2016
- Bénédict FOËX, *in* Code civil II (P. Pichonnaz, B. Foëx et D. Piotet, éd.), Commentaire romand, Bâle 2016
- Sidney KAMERZIN, *Le contrat constitutif de cédula hypothécaire*, thèse Fribourg, Zurich 2003
- Hans LEEMANN, *Sachenrecht. II. Abteilung*, Berner Kommentar, vol. IV.2, Berne 1925
- Peter LIVER, *Das Eigentum*, *in* Schweizerisches Privatrecht, vol. V/1, Bâle 1977, p. 1 ss
- Peter LIVER, *Die Grunddienstbarkeiten*, Zürcher Kommentar, vol. IV.2a.1, 2^e éd., Zurich 1980
- Sylvain MARCHAND, *in* Code civil II (P. Pichonnaz, B. Foëx et D. Piotet, éd.), Commentaire romand, Bâle 2016
- Arthur MEIER-HAYOZ, *Das Eigentum*, Berner Kommentar, vol. IV.1.1, 5^e éd., Berne 1981
- Arthur MEIER-HAYOZ, *Grundeigentum I*, Berner Kommentar, vol. IV.1.2, 3^e éd., Berne 1965
- Karl OFTINGER / Rolf BÄR, *Das Fahrnispfand*, Zürcher Kommentar, vol. IV. 2/c, 3^e éd., Zurich 1981

- Delphine PANNATIER KESSLER, *in* Code civil II (P. Pichonnaz, B. Foëx et D. Piotet, éd.), Commentaire romand, Bâle 2016
- Etienne PETITPIERRE, *in* Zivilgesetzbuch II (H. Honsell, N.P. Vogt et T. Geiser, éd.), Basler Kommentar, 5^e éd., Bâle 2015
- Pascal PICHONNAZ, *in* Loi contre la concurrence déloyale (V. Martenet et P. Pichonnaz, éd.), Commentaire romand, Bâle 2017
- Denis PIOTET, Droit cantonal complémentaire, Traité de droit privé suisse, vol. I/II, Fribourg 1998 (cité : Droit cantonal)
- Denis PIOTET, Le droit transitoire de la révision du Code civil du 11 décembre 2009 et la pratique notariale, *in* NB 2010 p. 225 ss (cité : Le droit transitoire)
- Denis PIOTET, Légitimation, titre causal et rapports avec la créance de base : quels degrés d'abstraction pour le transfert de la cédula hypothécaire, *in* Une empreinte sur le Code civil. Mélanges en l'honneur de Paul-Henri Steinauer (A. Rumo-Jungo, P. Pichonnaz, B. Hürlimann-Kaup et C. Fountoulakis, éd.), Berne 2013, p. 545 ss (cité : Légitimation)
- Heinz REY, Die Grunddienstbarkeiten, Berner Kommentar, vol. IV.2.1.1, 2^e éd., Berne 1981
- Jörg SCHMID, Grundpfandrechte und der neue Art. 8 UWG, *in* Immobilienfinanzierung (S. Emmenegger, éd.), Bâle 2012, p. 71 ss
- Christina SCHMID-TSCHIRREN, *in* Zivilgesetzbuch II (H. Honsell, N.P. Vogt et T. Geiser, éd.), Basler Kommentar, 5^e éd., Bâle 2015
- Rainer SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3^e éd., Zurich 2008
- Pascal SIMONIUS / Thomas SUTTER, Schweizerisches Immobiliarsachenrecht, vol. II, Bâle 1990
- Daniel STAEHELIN, *in* Zivilgesetzbuch II (H. Honsell, N.P. Vogt et T. Geiser, éd.), Basler Kommentar, 5^e éd., Bâle 2015
- Daniel STAEHELIN, Sicherungsübereignung und Sicherungseintragung von Schuldbriefen, *in* Immobilienfinanzierung (S. Emmenegger, éd.), Bâle 2012, p. 139 ss (cité : Sicherungsübereignung)
- Emil W. STARK / Barbara LINDENMANN, Der Besitz, Berner Kommentar, 4^e éd., Berne 2016
- Paul-Henri STEINAUER, Fin et prolongation du droit de superficie, *in* Le droit de superficie. Questions pratiques et d'actualité, Bâle 2016, p. 121 ss (cité : Fin et prolongation)
- Paul-Henri STEINAUER, La cédula hypothécaire. Les obligations foncières. Commentaire des articles 842-865 et 875 CC, Berne 2016 (cité : Commentaire)

- Paul-Henri STEINAUER, Les droits réels, Tome II, 4^e éd., Berne 2012 (cité : Tome II)
- Paul-Henri STEINAUER, Les droits réels, Tome III, 4^e éd., Berne 2012 (cité : Tome III)
- Paul-Henri STEINAUER, Retour anticipé et extinction du droit de superficie, *in* Droit de superficie et leasing immobilier. Deux alternatives au transfert de propriété (B. Foëx, éd.), Zurich 2011, p. 67 ss (cité : Retour anticipé)
- Carl WIELAND, Les droits réels dans le Code civil Suisse, Tome I, Lausanne 1913
- Dieter ZOBL, Das Fahrnispfand. Art. 888-906 ZGB, Berner Kommentar, vol. asIV.2.5.2, 2^e éd., Berne 1996
- Dieter ZOBL, Grundbuchrecht, 2^e éd., Zurich 2004 (cité : Grundbuchrecht)
- Dieter ZOBL / Christoph THURNHERR, Das Fahrnispfand. Systematischer Teil und Art. 884-887 ZGB, Berner Kommentar, vol. IV.2.5.1, 3^e éd., Berne 2010
- Samuel ZOGG, *in* Zivilgesetzbuch II (H. Honsell, N.P. Vogt et T. Geiser, éd.), Basler Kommentar, 5^e éd., Bâle 2015

L'écoulement du temps dans la PPE

AMÉDÉO WERMELINGER

Professeur titulaire à l'Université de Fribourg¹

I. Introduction

Lorsque l'on parle de l'écoulement du temps dans la PPE, il convient toujours de prendre en considération les spécificités bien connues du monde immobilier : d'une part, le marché est – pour des objets de milieu de gamme – asséché et donc dominé par la demande. Ainsi, la rapidité et les relations sont souvent déterminantes pour pouvoir acquérir un appartement à un prix raisonnable et ce, non seulement dans la région lémanique. D'autre part, on a souvent l'impression d'assister à un immobilisme pour ce qui est de l'évolution concrète de l'objet en PPE. Les propriétaires – surtout d'appartements d'un bâtiment nouvellement construit – croient ne pas être soumis au chronomètre impitoyable du temps qui ronge tout. Or, aucune illusion ne pourrait être plus traître que celle-ci. Pour la PPE, le temps est un facteur déterminant. Et même si l'horloge immobilière ronronne au salon, elle n'en est pas moins le juge de paix de la valorisation de l'objet acquis.

Ainsi, dans la gestion quotidienne, on devrait toujours avoir en vue la pérennité de la PPE. Cela signifie que l'administrateur doit pouvoir gérer l'objet avec un certain pouvoir d'anticipation, afin d'aborder les questions centrales avant qu'elles ne deviennent des problèmes de la PPE. Or, au vu de certaines attitudes constatées dans des assemblées des propriétaires d'étages, nombreux sont les administrateurs qui considèrent ces deux exigences de la gestion quotidienne et de la durabilité comme antinomiques. C'est donc le grand art de la gestion d'une PPE que de faire abandonner à la communauté la politique de l'autruche qui se croit invisible par le seul fait de planter la tête dans le sable : dans le domaine immobilier on ne résout en général pas les problèmes en niant leur existence...

¹ L'auteur remercie M. Jacques Ansermet, responsable du service juridique de la Chambre vaudoise immobilière ainsi que Mme Martine Jaques, juriste auprès de la Chambre vaudoise immobilière pour leur lecture attentive et leurs remarques précieuses.

Dans la présente contribution, il conviendra de présenter un bref aperçu du *curriculum vitae* de la PPE, afin d'indiquer les points les plus marquants de cette biographie particulière. Compte tenu du nombre de questions qui se posent et de leur complexité, il sera impossible d'approfondir les différents points soulevés. Le présent texte doit bien plus être compris comme un inventaire des problèmes susceptibles de surgir dans le temps. Que les plus modernes parmi les lecteurs y voient une « *check-list* » des « FAQ »², comme on peut les trouver dans certains sites internet.

II. La PPE avant sa constitution

A. La situation concrète

Avant la constitution même de la PPE, il convient de penser la PPE. Cela signifie que la PPE ne naît pas par miracle, le jour où l'on se retrouve devant le notaire pour signer l'acte constitutif. Ici aussi, comme dans la vraie vie biologique, un certain temps de gestation est nécessaire. Or, comme dans la vie, cette gestation est déterminante pour le résultat que l'on va obtenir. Raison pour laquelle il convient de regarder d'un peu plus près cette période prénatale et de voir quelles mesures doivent être prises et quels points doivent être réglés, afin d'obtenir le résultat le plus judicieux possible.

B. La réalité concrète

De nombreux auteurs consacrent beaucoup de pages à cette phase précédant la constitution de la PPE. L'analyse débute souvent par la définition de la situation juridique avant la constitution de la PPE. Dans ce contexte, la doctrine « classique » étudie la situation de la constitution d'une PPE par plusieurs personnes réunies à cet effet. On part de l'idée que ces personnes forment une société simple dont le fonctionnement doit être analysé de près³.

Or, dans la pratique, les constitutions de PPE se passent généralement différemment : un propriétaire individuel – qui joue fréquemment le rôle d'investisseur, promoteur, vendeur et maître d'ouvrage – constitue la PPE par déclaration unilatérale⁴. Une seule personne est donc responsable de la « préparation » de la PPE et doit penser à sa structure et à sa réglementation. Pour ce faire, elle aura souvent recours à des spécialistes (architecte, juriste, notaire, etc.). Ce mode de constitution est même devenu tellement fréquent que l'on

² FAQ = Frequently Asked Questions.

³ A ce propos, voir notamment SCHMID, p. 38-88 (cet auteur consacre donc environ 50 pages à cette question !). Voir aussi MEIER-HAYOZ/REY, n. 81 ss *ad art.* 712d CC.

⁴ Pour ce qui est de ce mode de constitution et des exigences y relatives, voir notamment WERMELINGER, commentaire, n. 38 ss *ad art.* 712d CC.

doit parler d'un mythe lorsque l'on évoque la société simple en tant que forme d'organisation nécessaire préalable à la constitution de la PPE.

C. Les questions et les enjeux liés à la constitution par déclaration unilatérale

1. Questions

La constitution par déclaration unilatérale intervient régulièrement dans un contexte économique particulier. Le propriétaire du bien-fonds veut vendre tout ou partie de celui-ci et recherche donc, légitimement, en premier lieu un succès économique. La pérennité de l'institution qu'il constitue n'est pas toujours le premier de ses soucis... De là naissent des questions dont il faut être conscient, telles que :

- a) De manière tout à fait générale, l'optimisation du produit de vente conduit-elle à des solutions qui pénalisent les futurs propriétaires d'étages ?
- b) Le fait de vouloir rester propriétaire d'étages dans le bâtiment à construire conduit-il le promoteur à organiser une « position dominante » en sa faveur, notamment dans la détermination des quotes-parts ou des droits de vote ?
- c) Le fait de vendre toutes les parts d'étages conduit-il le promoteur à privilégier des solutions à court terme ?
- d) Le promoteur dispose-t-il aussi d'un service de gérance par le biais duquel il veut s'assurer le mandat d'administrateur de la PPE ? Si oui, dans quelle mesure cette situation pénalise-t-elle les acquéreurs, lorsqu'il s'agit de faire valoir des droits à l'encontre du maître d'ouvrage (garantie pour les défauts, problèmes structurels de la PPE, double casquette de l'administrateur qui protège les privilèges éventuels du promoteur-propriétaire d'étages, etc.) ?
- e) Dans quelle mesure est-il assuré que la communauté fonctionne vraiment selon les exigences légales dès la constitution de la PPE et qu'elle ne soit pas « mise en veilleuse » par un promoteur/vendeur/maître d'ouvrage qui cumule toutes les casquettes et agit comme s'il était seul maître à bord ?

2. Enjeux structurels

Au vu des questions évoquées ci-dessus, la constitution unilatérale d'une PPE donne lieu à plusieurs enjeux qu'il convient d'aborder de façon consciente et avec beaucoup de perspicacité :

- a) Enjeu structurel 1 : les promoteurs privilégient souvent la constitution d'un nombre élevé de parts d'étages, non tellement pour des motifs de structure juridique, mais pour des questions commerciales. Lorsque l'on peut vendre un box-garage, un local de dépôt (p. ex. cave ou galetas) ou un local de jeu comme part d'étage supplémentaire, au lieu de l'intégrer comme local annexe à un appartement, il est souvent possible d'obtenir un prix de vente supérieur. Cette atomisation de la PPE a toutefois pour conséquence l'augmentation artificielle des parts d'étages qui peut, à moyen terme, conduire à une augmentation inutile, voire pernicieuse, du nombre des propriétaires d'étages. Une telle inflation peut avoir des répercussions sur la possibilité – amoindrie – d'obtenir l'unanimité lors de prises de décisions. Elle peut aussi influencer les majorités en accordant à un nombre important de « petits propriétaires » aux intérêts bien différents de ceux d'appartements, un poids proportionnellement excessif.
- b) Enjeu structurel 2 : dans des PPE d'une dimension importante, il arrive fréquemment que l'une des parts d'étages soit détenue en copropriété par les propriétaires d'étages. Il peut s'agir par exemple du garage souterrain, d'un lot *wellness*, du local de réunion ou de l'appartement du concierge qui, par hypothèse, serait indispensable à la bonne gestion de la PPE. Ces copropriétés sont souvent aménagées sous la forme de copropriétés dépendantes au sens de l'art. 655a CC. Or, il convient de vérifier de manière approfondie la gestion de cette copropriété, que cela soit au sein de la PPE ou comme copropriété distincte de la PPE. Quelques réflexions à ce propos⁵ :
 - La part d'étage détenue en copropriété par tous les propriétaires d'étages est une part d'étage à part entière. Elle participe donc au décompte des voix et les propriétaires d'étages dans leur ensemble constituent une communauté de copropriétaires distincte, dont la voix est comptabilisée conformément à l'art. 712o al. 1 CC au sein de l'assemblée des propriétaires d'étages.
 - Cela étant, les copropriétaires ordinaires de cette part d'étage devraient, en principe, tenir une assemblée distincte avant

⁵ Voir aussi ATF non publié 5A_44/2011, consid. 5.1.1 ; ATF non publié 5A_364/2011, consid. 3.1.

l'assemblée des propriétaires d'étages (ou simultanément, mais avec un décompte séparé) pour se déterminer sur les points à l'ordre du jour. Dans tous les cas, ils doivent désigner un représentant qui exerce leur droit de vote.

- Les décisions concernant uniquement le droit exclusif rattaché au lot de la copropriété dépendante (p. ex. l'entretien d'un appareil fitness, la peinture du garage, etc.), doivent être prises – sur un plan formel – par les copropriétaires du lot en question et non par l'assemblée des propriétaires d'étages.
 - Il peut être utile de prévoir un règlement exprès pour la copropriété dépendante (voir art. 647 CC), car en principe le règlement d'administration et d'utilisation de la PPE n'a pas à s'immiscer dans l'organisation interne d'une part d'étage. Ainsi, par exemple, l'administrateur de la PPE n'est pas automatiquement administrateur de la copropriété dépendante.
 - Sur un plan comptable, il s'agit de distinguer clairement la gestion des parties communes de la PPE de la gestion des parties exclusives de la copropriété dépendante (p. ex. la consommation de l'eau du *wellness* ou la consommation d'électricité de la porte automatique du garage souterrain).
 - On constate très souvent en pratique que ces règles de comportement – évidentes sur un plan juridique – sont largement négligées par les personnes concernées, notamment parce que la structuration de la PPE comme telle doit être considérée comme déficiente.
- c) Enjeu structurel 3 : il arrive aussi que la PPE soit, comme immeuble de base, titulaire d'une copropriété dépendante, à l'extérieur de l'immeuble de base⁶. Ainsi, elle peut participer à un chemin d'accès, à un parc commun d'un quartier ou à un chauffage collectif à distance. Dans un tel cas, les règles de gestion interne à la PPE pour exercer les droits au sein de la copropriété en question doivent être clairement définies. Il conviendra notamment de désigner le représentant de la PPE et la manière de se prononcer sur les points à l'ordre du jour de l'assemblée de la copropriété dépendante.

⁶ Selon le nouvel art. 740a CC, une situation similaire, pour ne pas dire identique, peut naître lorsque plusieurs immeubles, dont l'immeuble de base, sont inscrits comme fonds dominants d'une servitude foncière avec un contenu analogue à celui d'une copropriété dépendante.

- d) Enjeu structurel 4 : les PPE composées de plusieurs bâtiments ou de plusieurs destinations peuvent avoir intérêt à regrouper certains de leurs copropriétaires sous la bannière de sous-communautés. Toutefois, cet instrument – intéressant en soi – doit être utilisé avec pertinence. Ainsi, une sous-communauté n’est pas – en tant que telle – dotée des capacités juridiques attribuées à la communauté des propriétaires d’étages et celle-ci ne peut pas les lui déléguer. La sous-communauté ne peut pas non plus prendre la place de la communauté dans la gestion intégrale des parties communes qui la concernent. Enfin, la sous-communauté ne peut pas non plus être titulaire de droits ou de patrimoines. Ainsi, *de lege lata*, les possibilités d’aménagement d’une sous-communauté sont relativement restreintes⁷.
- e) Enjeu structurel 5 : dans une promotion immobilière, il arrive parfois que la situation de départ soit relativement complexe. D’une part, il existe une forte interdépendance entre des bâtiments ou/et des installations communes. D’autre part, la dimension de la promotion fait apparaître comme préférable la constitution de plusieurs PPE. Afin d’assurer la gestion cohérente de tout le quartier, on cherche alors, dans le deuxième cas cité, la possibilité de coordonner des points fondamentaux. Ainsi, on souhaite avoir un seul administrateur qui ait la vue d’ensemble sur les diverses PPE et installations communes. De même, on dote les diverses PPE de règlements identiques, afin d’assurer une gestion unifiée. Enfin, les assemblées ont lieu en même temps, pour pouvoir utilement harmoniser les décisions prises. Tous ces efforts, aussi louables soient-ils en principe, ne doivent pas faire perdre de vue que la PPE individuelle est une entité juridique dotée d’une indépendance nécessaire. Ces situations ne posent pas de problèmes dès lors qu’elles reposent sur une base volontaire et que les structures en place sont respectées (par exemple, dans une assemblée tenue avec la présence de plusieurs PPE, la question de savoir si ce mode de faire dérange quelqu’un est posée et il est procédé à un décompte séparé des voix des diverses PPE en cas de prise de décision). En revanche, il existe des promoteurs désirant imposer cette « synchronisation » de gestion. Cela contrevient au principe d’indépendance des PPE « jumelées » de force⁸.
- f) Enjeu structurel 6 : si la PPE est composée de plusieurs bâtiments ou d’un nombre de propriétaires d’étages élevé, l’organisation interne de

⁷ Pour de plus amples informations, voir notamment WERMELINGER, commentaire, n. 216 ss *ad* art. 712l CC.

⁸ Pour une plus ample analyse, voir WERMELINGER, PPE jumelée, p. 369 ss. Ce concept de PPE jumelées, avec les problèmes organisationnels qu’elles peuvent engendrer, commence aussi à faire son chemin dans la jurisprudence (voir notamment RVJ 2012, p. 278, consid. 5.c ; ATF non publié 5A_537/2011, consid. 4.1).

celle-ci peut utilement être complétée par des organes qui doivent aider à mieux exprimer la volonté des propriétaires d'étages et à participer de façon plus active à la gestion quotidienne. Souvent, il convient d'instituer un délégué ou un comité qui sont des interlocuteurs privilégiés de l'administrateur. En outre, pour des actions plus ponctuelles, il est aussi possible de prévoir un groupe de travail ou une commission⁹. Toutes ces structures organisationnelles sont facultatives et il convient – lorsque l'on veut les mettre en place – de clairement décrire leur fonction, leur fonctionnement, leur compétence et la durée de leur mandat. Une telle description intervient soit au moment de la rédaction du règlement d'administration et d'utilisation soit, ultérieurement, dans le cadre de la décision de l'assemblée des propriétaires d'étages. A défaut d'une réglementation suffisante, les propriétaires d'étages risquent d'être confrontés à des conflits de compétence et de gestion¹⁰.

D. Conseil

Au vu de la complexité de l'organisation de la gestion d'une PPE, il convient d'investir le temps et les connaissances nécessaires à prévoir, d'emblée, une structure correcte et utile de la communauté. Très souvent, des erreurs commises avant la constitution de la PPE ne peuvent être ultérieurement corrigées qu'avec un effort important et au moyen de décisions unanimes. Cela peut conduire à un blocage de la gestion. Il ne peut donc être question de ne se préoccuper que de la commercialisation de la PPE, sans avoir en vue sa gestion pérenne. Dans ce contexte, le promoteur s'adressera utilement à des spécialistes, qu'il s'agisse de notaires, d'associations qui se préoccupent de la question¹¹ ou d'autres personnes spécialisées¹². Le soussigné a, par ailleurs, trop souvent vécu la situation dans laquelle une société de promotion comporte aussi un service de gérance, lequel est confronté pour la première fois à une PPE au moment où celle-ci est déjà constituée et les ventes déjà intervenues. Le service de gérance doit alors simplement payer d'éventuels pots cassés en amont. Un tel comportement est tout simplement inapproprié et il appartient aux services de gérance – intégrés dans des sociétés immobilières de promotion – de se faire entendre, afin d'être associées à temps à la promotion, certainement au plus tard au moment de la structuration de la PPE, afin d'éviter des situations dans lesquelles la gestion durable est préteritée par des erreurs conceptuelles.

⁹ Par exemple pour réviser le règlement d'administration et d'utilisation ou pour accompagner des travaux de rénovation.

¹⁰ Pour de plus amples informations, voir aussi WERMELINGER, commentaire, n. 60 ss *ad art.* 712m CC.

¹¹ On songe en premier lieu aux chambres immobilières cantonales ou au SVIT.

¹² Architectes (pour le calcul des quotes-parts), avocats ou juristes spécialisés en la matière, voire le conservateur du registre foncier.

III. La PPE avant sa construction

A. La situation concrète

Sur un plan purement statistique, la constitution d'une PPE avant la construction du bâtiment est, en pratique, devenue la règle. Cette manière de constituer la PPE permet au promoteur de vendre des « parts terrains » sur la seule base de plans d'architecture (« vente sur plan »). Il peut ainsi plus aisément financer la construction du bâtiment en faisant participer d'emblée les acquéreurs. Par ailleurs, ceux-ci y trouvent aussi leur compte, en pouvant influencer la construction de leur unité d'étage, par la participation – notamment – à son aménagement interne (choix des sanitaires, du revêtement du sol, de la couleur des parois internes, etc.).

B. Le déficit dans la réglementation légale

Cette façon de procéder, largement répandue en pratique, n'est toutefois pas évidente sur le plan légal. En effet, à l'art. 712*b* al. 1 CC, le législateur décrit comme suit les objets du droit exclusif : « ... les étages ou parties d'étages qui, constituées en appartements ou en locaux commerciaux ou autres, forment un tout disposant d'un accès propre... ». La PPE porte donc forcément sur un objet physique, délimité dans l'espace.

Au contraire, la constitution d'une PPE avant la construction du bâtiment aboutit à des « appartements virtuels » ou à des « appartements sans objet »¹³, ce qui n'est nullement prévu par la base légale formelle constituée par le Code civil ; un tel résultat contrevient dès lors à l'interprétation littérale de l'art. 712*b* al. 1 CC. Dans son art. 69, l'Ordonnance sur le registre foncier (ORF) régit cette question de façon tout à fait succincte et lacunaire. On peut se demander si cette base légale matérielle permet de combler correctement la lacune constatée par l'absence de disposition figurant au Code civil. En tout cas, les risques inhérents à une constitution de PPE avant la construction du bâtiment ne sont pas du tout évoqués dans l'ORF. En outre, l'ORF devrait, pour le moins, tenir la situation d'une PPE sans bâtiment pour passagère. Or, il n'y a pas de délai légal pour terminer la construction d'une PPE. Le soussigné a été confronté à des cas¹⁴ où, des décennies après la constitution de la PPE, des dizaines d'appartements n'étaient pas construits. Dans de tels cas, l'inscription au registre foncier ne correspond pas à la réalité sur le terrain. Une telle divergence durable entre la réalité juridique et la réalité physique prêterite les fonctions de publicité et de véracité rattachées au registre foncier.

¹³ Voir à ce propos STÖCKLI, p. 10 ; FOËX, p. 346.

¹⁴ Pour un exemple particulièrement problématique, voir WERMELINGER, CdDR, p. 1 ss.

C. Les questions soulevées par la constitution de la PPE avant sa construction

De nombreuses questions se posent dans le cadre de ce mode de constitution de la PPE, notamment pour ce qui est des risques encourus par les acheteurs d'« appartements » sur plan. Sur un plan théorique, les acheteurs peuvent être confrontés à des risques considérables, sans qu'il n'y ait de remède législatif permettant de pallier des éventuelles carences contractuelles. Ainsi, l'exercice de la fonction de maître d'ouvrage dans la construction est assumé par le vendeur, alors que la PPE est constituée et que, par ce fait, une communauté existe déjà. Quel est, dans ce contexte, le rôle exact de la communauté ? Cette question devient rapidement problématique lorsque des événements extraordinaires surviennent en cours de construction (par exemple, la faillite du vendeur ou de l'entrepreneur en charge du dossier). De même, la modification du projet en cours de réalisation peut soulever de nombreuses questions, car en principe celle-ci devrait être du ressort de la communauté¹⁵ ou du propriétaire d'étages individuel¹⁶, alors qu'en pratique elle est souvent le fait du vendeur ou de l'entrepreneur. La garantie pour les défauts donne souvent lieu à des controverses, en raison de règles légales peu adaptées à la situation concrète et du fait que les parties s'écartent souvent de ces règles légales, hélas régulièrement pour préteriter l'acheteur. Compte tenu de la jurisprudence du Tribunal fédéral, la communauté des propriétaires d'étages n'est, en règle générale, pas habilitée à exercer de tels droits sur les parties communes¹⁷. La doctrine a commencé à s'intéresser à la question ces dernières années, mais aucune unité de doctrine n'a émergé, chaque auteur y allant allègrement de sa solution personnelle¹⁸.

En définitive, à notre sens, il n'est pas admissible qu'une procédure de constitution de PPE, trouvant application dans la grande majorité des cas et donnant lieu à des risques importants, ne soit pas régie par le droit formel. Les problèmes nombreux et importants qu'elle soulève doivent trouver réponse dans l'ordre juridique.

D. Conseils

A moyen, voire à long terme, il convient de soutenir tous les efforts politiques entrepris en vue d'une révision partielle de la loi, permettant de combler les

¹⁵ Pour ce qui est des parties communes.

¹⁶ Pour les parties exclusives.

¹⁷ Voir notamment WERMELINGER, *not@lex*, n. 70 ss.

¹⁸ Voir WERMELINGER, commentaire, n. 124 ss *ad* art. 712d CC avec de nombreux renvois à la doctrine. Plus récemment, voir NUSSBAUMER, n. 545 ss et n. 1054 ss ; SCHMID MEYER, p. 243 ss.

plus grandes lacunes législatives constatées¹⁹. Dans ce contexte, le Conseil national a adopté, le 14 septembre 2016 un postulat très important qui vise une vue d'ensemble de la législation en question, cinquante ans après son entrée en vigueur²⁰.

A court terme, il est important que les acheteurs « d'appartements sur plan » analysent de manière circonspecte la solution juridique qui leur est proposée au moment de la vente. Il existe parfois des risques inhérents à la structure ou à la formulation contractuelle, contre lesquels on peut se prémunir (par exemple, la manière de régir la garantie pour les défauts). D'autres risques peuvent être inhérents à ce mode de constitution et il n'existe – en l'état actuel de la législation – que des parades insuffisantes pour se protéger (par exemple, la durée de construction dans une PPE planifiée avec des étapes de réalisation). Finalement, l'acheteur doit faire un bilan de la situation et, en cas de doute, renoncer à l'achat. Il peut en découler une frustration immédiate bien moindre à celle que l'on risque à long terme en cas d'achat irréféchi. Pour une telle analyse, l'acheteur non spécialisé devrait essayer de s'entourer de personnes versées dans la question. En effet, combien de fois le soussigné a-t-il pu conseiller des clients qui étaient capables de faire une analyse fouillée pour décider de l'achat de leur futur portable, mais qui achetaient leur appartement sur un coup de tête, sans se préoccuper de ce qu'ils allaient devoir affronter...

IV. La construction du bâtiment

A. Définition des rôles et temps consacré à la construction

Dès lors que la PPE est constituée et que la communauté existe, il faut définir les rôles dans la construction du bâtiment. Ces rôles dépendent essentiellement des contrats conclus entre les propriétaires d'étages et du statut juridique de la PPE. Trop peu de participants à la construction ont conscience de cette question. Ainsi, les propriétaires d'étages doivent tenir des assemblées, notamment pour adopter d'éventuelles modifications des parties communes en accord avec les art. 647c ss CC. Les propriétaires d'étages individuels doivent savoir dans quelle mesure ils peuvent intervenir dans la construction de leur propre appartement et quelles en sont les conséquences financières. Le constructeur doit savoir à qui il répond (l'investisseur, les propriétaires d'étages individuels, l'administrateur ou la communauté). Pour lui, il est fondamental de savoir qui est en droit de lui donner des instructions et de diriger les travaux. L'administrateur doit connaître sa fonction et savoir si et dans quelle

¹⁹ Voir surtout le postulat Caroni (14.3832), mais aussi l'initiative parlementaire Gössi (14.453), la motion Poggia (12.3089), la motion Fässler Osterwalder (09.3392) ou l'interpellation Vogler (13.3552).

²⁰ Le postulat Caroni (14.3832) a été accepté par 113 voix contre 76.

mesure il peut et doit intervenir dans le processus et au nom de qui. Il ne doit jamais oublier que la communauté n'est pas directement partie contractuelle, mais qu'elle est néanmoins déjà existante et doit prendre certaines décisions dans le cadre du règlement et de la loi. Sa situation est particulièrement délicate si, sur un plan organique, il fait partie de la société du constructeur ou de l'investisseur. Dans une telle situation, il risque d'être confronté à des intérêts antagonistes qui peuvent mettre à mal sa loyauté vis-à-vis de son employeur ou vis-à-vis des propriétaires d'étages. Un tel conflit d'intérêts risque, pour l'administrateur, de déboucher sur un problème de responsabilité contractuelle envers l'une ou l'autre des parties.

Un autre point fondamental, sur le plan temporel, réside dans le temps consacré à la construction. Plus la durée du chantier est importante, plus les questions de l'évolution de la construction et de la communication sont fondamentales. La situation extrême est représentée par une PPE qui se construit par étapes. Dans un tel contexte, le vendeur/investisseur est amené à intervenir plusieurs fois dans le cadre de la mise en conformité des constructions avec la PPE inscrite au Registre foncier, alors que la communauté des propriétaires d'étages doit, entre les étapes, pouvoir gérer les constructions déjà finalisées. Une telle cohabitation entre vendeur/investisseur et communauté est très délicate et doit faire l'objet de réflexions approfondies de la part des parties concernées²¹.

B. Moyens de contourner la compétence légale

L'ordre légal des compétences appartenant à tout propriétaire d'étages ainsi qu'à la communauté peut être ressenti comme problématique pour l'investisseur/vendeur qui veut continuer à garder la mainmise sur l'objet partiellement vendu. Des moyens juridiques sont donc parfois mis en place, afin de permettre à l'investisseur/vendeur de conserver une position juridique plus forte que celle découlant de l'ordre juridique. Nous allons voir ci-dessous deux de ces moyens, liés à des pouvoirs de représentation (art. 32 ss CO) conférés à l'investisseur/vendeur ou à des réglementations dans l'ordre communautaire.

1. La procuration donnée à l'investisseur/vendeur

Les solutions contractuelles permettant au vendeur/investisseur de modifier la PPE – soit sur un plan architectural, soit sur un plan juridique – jusqu'à la fin de la construction existent, surtout en Suisse alémanique²². De tels pouvoirs

²¹ Pour plus d'informations sur les écueils de la construction d'une PPE par étapes, voir notamment WERMELINGER, CdDR, p. 1 ss.

²² A ce propos, voir WERMELINGER/STOLL, p. 337 ss.

sont attribués au vendeur/investisseur au moyen de procurations figurant dans le contrat de vente. Ils permettent à leur attributaire de changer les parties communes selon les besoins de la construction ou de modifier le nombre des (autres) parts d'étages, voire de grever l'immeuble de base des servitudes indispensables.

Le fait de conclure un contrat de vente bien avant qu'un objet soit physiquement réalisé donne très souvent lieu à des incertitudes et à des évolutions qui exigent une intervention par rapport aux plans originaux. On ne peut donc nier une certaine légitimité au pouvoir accordé à l'investisseur qui connaît le mieux l'état actuel de la planification et de la construction, ainsi que tous les enjeux qui se présentent lors de la construction. Les propriétaires d'étages ne doivent toutefois pas non plus ignorer les risques qu'ils encourent en laissant « les mains libres » au vendeur/investisseur qui peut, dès lors, modifier l'objet de leur acquisition, du moins indirectement (notamment par la modification des parties communes ou par la modification de la structure juridique de la PPE).

Enfin, il faut rappeler que des procurations au sens des art. 32 ss CO peuvent être en tout temps révoquées (art. 34 CO). Or, certaines des modifications qui pourraient être envisagées par le vendeur/investisseur peuvent exiger un accord unanime de tous les propriétaires d'étages²³. Dans une telle situation, il suffit qu'un seul propriétaire d'étages révoque sa procuration pour que le processus de construction ou d'adaptation juridique risque d'être bloqué. Ainsi, même l'instrument de la procuration ne met ni le vendeur/investisseur ni les propriétaires d'étages à l'abri de soucis majeurs.

2. Dispositions de l'ordre communautaire

Afin de contourner la difficulté décrite ci-dessus, il existe des vendeurs/investisseurs qui essaient de renforcer leur position en insérant, dans l'acte constitutif ou dans le règlement, la possibilité anticipée de modifier la PPE. Ainsi, ils se réservent le droit de diviser ultérieurement, par acte individuel, une part d'étage ou de constituer certaines servitudes sans l'accord des autres propriétaires d'étages. La portée juridique de telles dispositions a déjà donné lieu à une jurisprudence cantonale plus ou moins favorable selon les cantons²⁴. Alors même que le soussigné est d'avis que des modifications structurelles exigent, en règle générale, une participation de tous les propriétaires d'étages, dans la mesure où l'acte constitutif de la PPE est modifié²⁵, cela ne dit encore rien quant à une éventuelle possibilité de déroger à une telle unanimité

²³ Par exemple s'il s'agit de grever l'immeuble de base d'une servitude de passage (art. 648 al. 2 CC).

²⁴ Voir notamment CdDR 2012, p. 16, consid. V.c ; PKG 2010, p. 28 ss, consid. 4.

²⁵ Voir aussi WERMELINGER, commentaire, n 134 *ad* art. 712c CC.

matérielle (voir art. 648 al. 2 CC) et quant à l'effet juridique d'une telle dérogation, notamment au sens de l'art. 649a al. 1 CC. Tant que le Tribunal fédéral n'aura pas définitivement tranché ces questions, elles doivent être tenues pour controversées.

C. L'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs et les garanties de construction

Lors de la construction, plusieurs intervenants peuvent travailler sur le chantier. Il est excessivement rare que les propriétaires d'étages, respectivement la communauté des propriétaires d'étages ou son administrateur, aient la vue d'ensemble sur cette question. Or, le risque de se voir confronté à une hypothèque légale des artisans et entrepreneurs – qui viendra grever les parts d'étages individuelles même en cas de travaux portant exclusivement sur des parties communes – est très important (art. 648 al. 3 CC). Il est donc dans l'intérêt des acheteurs d'avoir un moyen de suivre les travaux sur le chantier et de se prémunir contre ce risque²⁶. Bien entendu, il est souvent trop tard de se préserver au moment du chantier. Il est donc important que les acheteurs trouvent, dans le cadre du contrat de vente, une disposition qui oblige l'investisseur/vendeur à éviter toute inscription d'une telle hypothèque légale. Idéalement cette disposition est couverte par une garantie financière fournie par l'investisseur/vendeur.

Par ailleurs, si la vente intervient avant la construction, l'investisseur/vendeur est souvent amené à fournir une garantie financière de bonne fin des travaux, couvrant d'éventuelles prétentions en cas de défauts de l'ouvrage. Le soussigné a été confronté, dans une telle situation, à une construction contractuelle incohérente – qui s'est révélée totalement néfaste pour les acquéreurs – et contre laquelle le notaire n'est aucunement intervenu²⁷.

²⁶ Pour un exposé sur la complexité de la question, voir SCHUMACHER, p. 65 ss.

²⁷ La situation se présentait comme suit : les intervenants étaient un vendeur/investisseur, un entrepreneur total, une assurance qui garantissait la bonne fin des travaux et les prestations liées à la garantie pour les défauts et les acheteurs. Un contrat d'entreprise totale avait été conclu entre le vendeur/investisseur et l'entrepreneur total. Par contrat de vente, le vendeur/investisseur cédait aux acheteurs tous les droits qu'il pouvait avoir dans le cadre de la garantie pour les défauts contre l'entrepreneur total. En même temps, le vendeur restreignait, dans la mesure légalement admissible, sa propre responsabilité contractuelle. Selon le contrat, les acheteurs étaient appelés à se retourner exclusivement contre l'entrepreneur total pour tout défaut constaté. Par ailleurs, l'entrepreneur total avait fourni à l'investisseur/vendeur une garantie – conclue avec une assurance – pour la bonne fin des travaux et pour toutes les éventuelles prétentions financières liées à des défauts. Cette garantie se montait à plusieurs millions de francs. Selon le contrat de vente, l'investisseur/vendeur restait – même après la vente – détenteur fiduciaire de cette garantie pour le compte des acheteurs. Ainsi, les acheteurs avaient l'impression qu'en cas d'insolvabilité de l'entrepreneur total, ils étaient protégés par la garantie fournie. Toutefois, le problème résidait dans la formulation de la garantie. Celle-ci prévoyait que son bénéficiaire (donc l'investisseur/vendeur à titre fiduciaire pour les acheteurs) signale immédiatement le moindre défaut de construction à l'assurance, faute de quoi il perdait toute couverture de la garantie. Or, cette disposition – inconnue

D. Conseils

Dans la phase de construction, la communication prend une part très importante. Bien organisée et correctement gérée, elle permet d'éviter nombre de conflits. Dans ce contexte, l'administrateur détient une fonction clé ; s'il n'est pas forcément compétent pour l'ensemble des questions posées, il lui appartient néanmoins de procéder à un tri des questions en suspens et à un accompagnement professionnel de la phase de construction. Il doit simultanément veiller à ne pas vouloir trop en faire et doit éviter de s'exposer en assumant des fonctions qui ne relèvent pas de ses compétences.

En définitive, il est fondamental que les parties aient bien en tête la définition des divers rôles en fonction des contrats conclus et du droit applicable. Il est tout aussi important que les personnes concernées adoptent un comportement qui corresponde justement à cette répartition des rôles. Enfin, les décisions doivent être prises là où elles sont à prendre, sans que chacun essaie de s'immiscer dans le processus de la construction.

Par ailleurs, dans le cadre de l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs et des garanties pour bonne fin des travaux, la rédaction contractuelle est d'une importance fondamentale. Les acheteurs doivent s'en préoccuper et y regarder de plus près, car ils ne peuvent pas compter sur le fait que leurs intérêts soient suffisamment préservés par le notaire ou par l'investisseur/vendeur.

V. La gestion et l'entretien dans le temps

A. Les réflexions stratégiques

Dès la remise de l'ouvrage, celui-ci se met inexorablement à vieillir. Il est donc fondamental qu'une communauté des propriétaires d'étages mette d'emblée en place une stratégie d'entretien et de rénovation, quand bien même les propriétaires d'étages n'en auraient pas, eux-mêmes, les compétences nécessaires. Il est fondamental qu'ils s'organisent afin d'obtenir l'appui nécessaire. Aussi, dans le choix de l'administrateur, le montant exact des honoraires exigés est

des propriétaires d'étages – conduisait à l'inefficacité totale de la garantie. En effet, au vu du contrat de vente, les acheteurs signalaient leurs doléances exclusivement à l'entrepreneur total. D'ailleurs, lorsqu'ils se hasardaient à interpeler l'investisseur/vendeur, celui-ci ne se faisait pas faute de leur rappeler le système contractuel et n'entrait pas en matière. Conclusion : pour que la garantie soit efficace, les défauts auraient dû être signalés à l'assurance. Les propriétaires d'étages ne le savaient pas et ne le faisaient donc pas. L'investisseur/vendeur avait, vraisemblablement, oublié cette incombance. La garantie n'a jamais pu être mise en œuvre. A mon sens, le notaire aurait pu vérifier le fonctionnement de cette partie du contrat et aurait, dès lors, dû réagir contre cette incohérence : en effet, on ne peut pas détenir à titre fiduciaire une garantie obligeant à signaler les défauts, si – au vu du contrat – le détenteur n'obtient pas cette information.

souvent beaucoup moins important que la prestation concrète offerte par celui-ci. La gestion stratégique d'un immeuble est une des prestations les plus importantes et utiles permettant de prévenir de mauvais investissements. Une telle gestion engendre des honoraires que les propriétaires d'étages feraient mieux d'accepter. En Suisse alémanique, l'importance de la question a été reconnue et a fait l'objet d'une étude approfondie ayant abouti à une « *Toolbox* » (boîte à outils) pour les propriétaires d'étages²⁸. Cet instrument prend la forme de huit dépliants qui montrent aux propriétaires d'étages l'importance du processus d'entretien et de rénovation de l'objet et les étapes dans lesquelles les questions se posent²⁹.

B. Le fonds de rénovation comme nerf de la guerre

La plus belle stratégie du monde est inutile si elle n'est pas mise en œuvre. Or, dans le contexte de la PPE, la mise en œuvre d'une stratégie d'entretien et de rénovation est directement liée à la question du financement. Les administrateurs déplorent souvent que l'assemblée ne prenne pas les décisions adéquates à la pérennité de l'objet. Cela paraît particulièrement répandu dans des PPE constituées depuis longtemps, où des travaux conséquents doivent être entrepris, exigeant une contribution financière immédiate et importante des propriétaires d'étages par défaut de fonds de rénovation assez fournis. Lorsque, par ailleurs, la PPE est ancienne, les propriétaires d'étages peuvent ne pas être en mesure d'obtenir le financement bancaire nécessaire. En effet, privés de revenus fixes conséquents, ils peuvent se voir opposer une fin de non-recevoir par les instituts de crédit. Ils se replient alors souvent dans une attitude frileuse et attentiste, en affirmant qu'ils vivent très bien ainsi et qu'ils laissent volontiers les grands travaux à la génération montante, le jour où ils ne seront plus là. Bien entendu, une telle attitude peut conduire à des décisions erronées sur un plan stratégique et rendre la gestion plus onéreuse à long terme. Enfin, cela peut aussi conduire à une perte de confort et de fonctionnalité de la PPE, ce qui aboutit – à long terme – à une diminution de la valeur de l'objet.

Pour éviter tous ces problèmes, il convient de mettre en place – dès la remise de l'ouvrage – un fonds de rénovation régulièrement et suffisamment alimenté. Or, s'il est connu qu'un nombre important de PPE connaissent un fonds de rénovation³⁰, il semble tout aussi notoire que ces fonds disposent de

²⁸ Pour plus d'informations voir <http://stockwerk.ch/luzerner-toolbox-2/> (consulté le 13 octobre 2016). Voir aussi HAASE/BRUNI/MAYER, p. 119 ss.

²⁹ Cet instrument a été conçu par la haute école de Lucerne et a été soutenu par l'Office fédéral du logement. Il est donc orienté sur une vue technique et scientifique de la question. Une traduction du texte original figure sur le site de cet Office (<https://www.bwo.admin.ch/bwo/fr/home/Wohnungsmarkt/studien-und-publikationen/toolbox-fuer-die-entwicklung-von-langzeitstrategien-im-stockwerk.html> ; consulté le 13 octobre 2016).

³⁰ BRUNI/HANISCH/INDERBITZIN, p. 13, qui affirment que dans la région lucernoise, 80 % des PPE sont dotées d'un fonds de rénovation.

moyens insuffisants pour affronter l'avenir de manière sereine. Ce phénomène est très souvent lié à plusieurs facteurs :

1. Après la construction, le danger futur semble très éloigné. En outre, ce sont souvent des familles relativement jeunes qui se retrouvent dans un nouvel objet ; augmenter les contributions annuelles afin d'alimenter le fonds de rénovation ne trouve que peu de soutien, lorsque l'on doit se serrer la ceinture afin de supporter le financement de l'acquisition de l'appartement.
2. Le fonds de rénovation ne rapporte quasiment pas d'intérêts et est une capitalisation « morte ». Pour cette raison, on préfère investir ses économies dans d'autres instruments financiers.
3. Beaucoup de propriétaires d'étages ne sont pas conscients de l'ampleur des frais à venir et nient donc l'évidence de la nécessité de contributions au fonds de rénovation.
4. Bien des propriétaires d'étages sous-estiment le fait que, au moment où les travaux devront être décidés, ils ne seront plus en mesure d'obtenir un financement bancaire et qu'ils ne pourront donc, tout simplement, plus assumer la charge financière représentée par l'entretien ou la rénovation.

C. Conseils

Tout ce qui précède plaide en faveur d'une démarche consciente et pérenne, dès la remise de l'ouvrage. Il convient d'élaborer une stratégie à long terme et de l'adopter en assemblée des propriétaires d'étages. Ensuite, il est fondamental de se donner les moyens de sa stratégie. Cela passe inmanquablement par la mise en place d'un fonds de rénovation qui réponde aux exigences suivantes :

1. Il doit faire l'objet d'une réglementation claire³¹, en citant les débiteurs des contributions, leur périodicité, leur montant, la gestion du fonds et son affectation, la prise de décision pour son utilisation, etc.
2. La gestion du fonds doit être séparée des autres éléments de fortune communautaires et, surtout, de la fortune de l'administrateur³².
3. Le montant de la contribution doit tenir compte des besoins futurs. Ceux-ci ne doivent pas forcément être totalement couverts, mais le dé-

³¹ WERMELINGER, fonds de rénovation, n. 19.

³² WERMELINGER, fonds de rénovation, n. 21.

couvert doit être supportable, afin de ne pas mettre en question l'adoption de travaux futurs.

Ces conseils ne sont pas populaires, mais tout juriste ou tout administrateur qui prend l'intérêt de ses clients au sérieux se doit d'intervenir dans ce sens, afin de sensibiliser les propriétaires d'étages !

VI. Démolition et reconstruction

A. Problématique

En cas de dégradation avancée du bâtiment, sa démolition et une reconstruction représentent souvent la seule solution pour sauvegarder la valeur patrimoniale. Une telle mesure est déjà extrême lorsqu'elle s'impose au propriétaire individuel d'un immeuble. Lorsque celui-ci est détenu en PPE, la question est encore bien plus délicate. S'ajoute à cela que, dans l'écrasante majorité des cas, une reconstruction à l'identique n'entre pas en ligne de compte. Ainsi, les locaux en droit exclusif et les quotes-parts sont susceptibles de subir des modifications importantes. Aussi, les intérêts en jeu sont souvent hétérogènes et les parties ne sont pas toujours d'accord sur la stratégie à adopter³³. En pratique, dans une telle situation, plusieurs manières de procéder pourraient être choisies par les propriétaires d'étages³⁴ : ils pourraient s'adresser à un entrepreneur total ou à un entrepreneur général, certains propriétaires d'étages pourraient vendre leur part d'étages afin de permettre aux autres de reconstruire le bâtiment sans leur contribution, tous les propriétaires d'étages pourraient vendre leurs parts d'étages à un investisseur et se réserver un droit de préemption par rapport au nouveau bâtiment construit, etc.

B. Solutions offertes par la loi

La question de la reconstruction totale de la PPE, impliquant notamment la modification des parties exclusives et des quotes-parts, n'est pas régie par le législateur. Pire encore : la seule réponse que fournit celui-ci dans les situations où le bâtiment est dans un état déplorable, est l'action en dissolution (voir art. 712f al. 3 ch. 2 CC). Il s'agit donc d'une solution négative proposée par le législateur³⁵.

Ainsi, dans la majorité des situations, seule une entente entre tous les propriétaires d'étages permettra de procéder à une telle démolition suivie d'une

³³ Voir à ce propos et de manière approfondie : MEIER, p. 89 ss.

³⁴ Voir MEIER, p. 94 ss.

³⁵ Cette disposition n'a pas été accueillie de manière enthousiaste par la doctrine : voir HÜRLIMANN-KAUP, p. 102 ; PIOTET, p. 15 ss ; WERMELINGER, commentaire, n. 6a ad art. 712f CC.

reconstruction d'un bâtiment. Un effort politique entrepris par le Conseiller national Philippo Leutenegger visant à assouplir cette exigence a été rejeté par le parlement³⁶.

C. Conséquences

En définitive, force est de constater qu'une PPE comprenant de nombreux propriétaires d'étages³⁷ est, au vu de l'état actuel de la législation, vouée à disparaître dans la mesure où elle ne parvient pas à garder le bâtiment dans un bon état de fonctionnement. Cela ne donne que plus de poids aux conseils prodigués au chiffre V.C ci-dessus...

VII. La fin de la PPE

A. Terra incognita

Dans son expérience professionnelle liée à la propriété par étages³⁸, le soussigné n'a jamais été confronté à un cas concret de dissolution de PPE. Cela n'est pas étonnant, dans la mesure où la PPE est conçue comme institution durable des droits réels³⁹. Donc, même lorsque la PPE a été conçue pour une durée initialement déterminée – par exemple sur la base d'un droit de superficie – l'écoulement de cette durée ne doit pas conduire, dans l'esprit des propriétaires d'étages, à la fin de la PPE. De ce fait, sur un plan pratique et doctrinal, nous semblons être confrontés à une situation inconnue. Cette insécurité juridique est toutefois problématique au vu des enjeux financiers considérables.

B. Problèmes sur le plan législatif

Le législateur n'a pas non plus abordé la question dans un cadre très constructif. Ou bien il ne fournit pas de solutions, ou bien celles-ci sont bien exotiques par rapport aux problèmes posés :

1. Comme cela a été indiqué ci-dessus⁴⁰, au lieu de prôner la pérennité de la PPE en cas de mauvais état du bâtiment, l'art. 712f al. 3 ch. 2 CC encourage plutôt un propriétaire d'étages individuel à exiger la dissolu-

³⁶ Motion no 12.3168 : Assouplir le principe de l'unanimité dans le droit de la propriété par étage en cas de démolition-reconstruction, rejetée le 22 septembre 2014 par le Conseil des Etats, après avoir été acceptée le 11 mars 2014 par le Conseil national.

³⁷ Le soussigné a été amené à conseiller des PPE dans le canton de Genève qui comptaient plus de 300 parts d'étages.

³⁸ Qui a débuté en 1989, avec la rédaction d'une thèse de doctorat...

³⁹ Voir WERMELINGER, commentaire, nos 1 ss ad art. 712f CC.

⁴⁰ Voir ch. VI.B.

tion de celle-ci, par voie d'action en dissolution. Cette solution – qui devrait représenter une *ultima ratio* – est la réponse offerte par le législateur dans une telle situation. On aurait bien plutôt souhaité que les compétences conférées au juge d'imposer des travaux de maintien de la valeur de l'objet même malgré un refus de la communauté (art. 647 al. 2 ch. 1 CC) soient étendues à ces cas, où le seul maintien de la valeur de la chose n'est plus possible ou suffisant.

2. Lorsqu'une PPE a été constituée sur la base d'un droit de superficie, la prolongation de celui-ci (possible en tout temps ; art. 779/ al. 2 CC) exige une signature d'un contrat modificatif par tous les propriétaires d'étages. Cela découle du fait que – sur un plan formel – ce sont les parts d'étages qui sont inscrites comme titulaires du droit de superficie et non la communauté des propriétaires d'étages. Bien entendu, l'art. 648 al. 2 CC permettrait d'éviter une telle exigence d'unanimité matérielle, en adoptant l'exigence d'une décision majoritaire pour une telle prolongation. Toutefois, cette possibilité est très rarement mise en œuvre, et lorsqu'elle l'est, elle rencontre un scepticisme injustifié de la part des conservateurs de registres fonciers qui préfèrent voir un contrat de modification signé par tous les propriétaires d'étages⁴¹. Donc, à ce jour, il ne semble pas acquis qu'une telle prolongation puisse intervenir sans la signature de tous les propriétaires d'étages. Sachant que les PPE portant sur un droit de superficie sont souvent constituées en milieu urbain et qu'elles réunissent fréquemment plus de 50 propriétaires d'étages, on imagine la quasi-impossibilité d'obtenir une telle prolongation.

On voit donc qu'il ne suffit pas de déclarer qu'une institution a été conçue pour être durable. Encore faut-il se doter des moyens pour assumer ce postulat. Cela n'est – à l'évidence – pas le cas pour le droit de la PPE.

C. Les finances

Idéalement, la dissolution d'une PPE induit un produit de vente ou une indemnité de retour qu'il s'agit de répartir entre les propriétaires d'étages. La répartition de ce produit n'est que très rarement anticipée par l'ordre communautaire de la PPE. Les auteurs de la doctrine se contentent d'affirmer que cette répartition doit intervenir en fonction des quotes-parts. Ce raisonnement est un peu court. Il doit être opposé à un nombre de questions considérables, dont l'analyse approfondie dépasse largement le cadre du présent texte. Voici un petit florilège de ces questions :

⁴¹ Sur toute la problématique voir WERMELINGER, *Mélanges Steinauer*, p. 663 ss.

1. Dans quelle mesure l'état concret de chaque unité d'étages a-t-elle une influence sur le prix de vente et dans quelle mesure ne doit-on pas en tenir compte dans la répartition des produits ?
2. Est-ce que des aménagements particuliers ont conduit à des assurances spéciales de la part d'un propriétaire d'étages (art. 712*m* al. 1 ch. 6 CC) et cela n'entre-t-il pas dans la question de la répartition d'un éventuel produit de vente ou droit de retour ?
3. Comment les montants cumulés dans le fonds de rénovation doivent-ils être répartis ? Cette question est pertinente, surtout lorsque, par exemple, la contribution annuelle n'est pas liée à la quote-part ou lorsque - dans une PPE à plusieurs bâtiments - certains bâtiments ont déjà bénéficié de travaux financés à l'aide du fonds de rénovation alors que d'autres se trouvent encore dans leur état initial, etc.
4. L'achat par un tiers ou le retour de l'objet au propriétaire foncier se fait-il pour l'objet dans son entier, avec une estimation unique et globale de la valeur, ou la valeur de chaque unité d'étage a-t-elle été déterminée individuellement ? Quid si ces deux méthodes d'évaluation conduisent à des résultats très différents ?
5. Comment répartir la valeur proportionnelle du sol (bien-fonds), lorsque certains propriétaires d'étages bénéficient de droits d'usages particuliers étendus ou lorsque la PPE comporte des bâtiments avec plusieurs parts d'étages et des villas mitoyennes ?
6. Etc.

D. Conseils

Le législateur n'est pas d'une grande aide lorsqu'il s'agit d'éviter ou de régler la fin de la PPE. Les parties concernées feraient donc bien d'anticiper la question et de trouver des règles qui leur permettent une gestion pertinente de la question. Il va de soi que ce conseil tombe à faux, car c'est comme si l'on voulait conclure une assurance-vie pour un nouveau-né. Personne n'aime penser au divorce lorsqu'il se marie. Toutefois, il est nécessaire de surmonter cette aversion émotionnelle et naturelle, si l'on veut éviter que la fin de la PPE ne donne lieu à des batailles judiciaires coûteuses et déplaisantes.

VIII. Conclusion

Pour la PPE, le facteur temps intervient de diverses manières, à divers stades de son existence. Il faut s'en préoccuper car, en négligeant cet aspect, les conséquences problématiques interviendront forcément. Nier l'existence de la pendule d'argent, qui ronronne au salon, qui dit oui, qui dit non, c'est se mentir et jouer la politique de l'autruche. La pérennité de la PPE exige que – durant toute son existence – on anticipe les questions qui vont inmanquablement se poser. Souvent, les propriétaires d'étages sont loin de cette préoccupation. Il appartiendrait donc aux professionnels de l'immobilier de les y rendre attentifs. La réalité montre toutefois que ceux-ci sont aussi souvent empêtrés dans leurs soucis quotidiens et qu'ils se voient confrontés à des idées ou exigences financières des propriétaires d'étages qui ne leur permettent pas d'œuvrer dans ce sens. En définitive, la responsabilité stratégique de la gestion d'un bien immobilier ne peut pas être entièrement déléguée par le propriétaire foncier, raison pour laquelle il appartient à la communauté de comprendre le mécanisme décrit ci-dessus et de se doter des ressources nécessaires pour affronter le temps de manière sereine.

En matière immobilière en général et dans la PPE en particulier, l'importance du bon « *timing* » est considérable. Il y a des fenêtres d'opportunité à saisir, durant lesquelles tout semble possible. Une fois ces fenêtres fermées, la moindre décision anodine peut s'avérer impossible à prendre ou exige un effort pour le moins immense. L'art de la gestion immobilière consiste à reconnaître et saisir ces fenêtres d'opportunité.

Certains moments cruciaux ont été décrits ci-dessus et les questions qui s'y posent ont été brièvement analysées. Bien entendu, il n'est pas possible de faire un inventaire exhaustif des écueils auxquels les propriétaires d'étages peuvent être confrontés durant leur vie de propriétaires fonciers. Il leur appartient donc d'en faire un état dans leur situation individuelle et d'anticiper, du mieux qu'ils peuvent, les sujets qui peuvent mal tourner si l'on ne s'en préoccupe pas !

Bibliographie

- Stefan BRUNI/Christoph HANISCH/Jürg INDERBITZIN, Erneuerungsfonds im Stockwerkeigentum – eine empirische Analyse für die Agglomeration Luzern, Studie im Auftrag des Bundesamtes für Wohnungswesen, Lucerne 2011.
- Bénédict FOËX, Quelques questions relatives à la promotion immobilière, SJ 2003 II 339.
- Stefan HAASE/ Stefan BRUNI/ Amelie-Theres MAYER, Langzeitstrategien im Stockwerkeigentum, *in* Luzerner Tag des Stockwerkeigentums 2013 (Amédéo WERMELINGER, éd.), Berne 2013, p. 119 ss.
- Bettina HÜRLIMANN-KAUP, Neuerungen beim Miteigentum und beim Stockwerkeigentum, *in* Revision des Immobiliarsachenrechts (Stephan WOLF, éd.), Berne 2011, p. 71 ss.
- Rinaldo MEIER, Der Ersatzneubau beim Stockwerkeigentum – Herausforderungen und Lösungsansätze, *in* Luzerner Tag des Stockwerkeigentums 2016 (Amédéo WERMELINGER, éd.), Berne 2016, p. 85 ss.
- Arthur MEIER-HAYOZ/Heinz REY, Das Stockwerkeigentum, Berner Kommentar, vol. IV.1.5, Berne 1988.
- Arnaud NUSSBAUMER, La cession des droits de garantie, thèse Fribourg, Zurich 2015.
- Denis PIOTET, Propriété collective, servitudes, droit de voisinage et restrictions de droit public : tour d'horizon du chapelet de perles entourant la révision du droit des gages immobiliers et de la tenue du registre foncier après 2005, RNRF 87/2006, p. 12 ss.
- Fritz SCHMID, Die Begründung von Stockwerkeigentum, thèse, Zurich 1972.
- Diel Tatjana SCHMID MEYER, Erwerb von Stockwerkeigentum ab Plan, thèse, Lucerne 2015.
- Rainer SCHUMACHER, Stockwerkeigentum und Bauhandwerkerpfandrecht : Komplexitätsfallen, *in* Luzerner Tag des Stockwerkeigentums 2013 (Amédéo WERMELINGER, éd.), Berne 2013, p. 65.
- Hubert STÖCKLI, Stockwerkeigentum ab Plan, *in* Schweizerische Baurechtstagung, Fribourg 2009, p. 1.
- Amédéo WERMELINGER, Die Verlängerung des Baurechts bei Stockwerkeigentum, *in* Une empreinte sur le Code civil, Mélanges en l'honneur de Paul-Henri Steinauer (Alexandra RUMO-JUNGO/Pascal PICHONNAZ/Bettina HÜRLIMANN-KAUP/Christina FOUNTOLAKIS, éd.), Berne 2013, p. 663 (cité WERMELINGER, Mélanges Steinauer).

- Amédéo WERMELINGER, *La propriété par étages, commentaire des articles 712a à 712t du Code civil Suisse*, 3^e éd., Rothenburg 2015 (cité WERMELINGER, commentaire).
- Amédéo WERMELINGER, *La propriété par étages « jumelée » : créativité admissible de la pratique*, RNRF 87/2006, p. 369 (cité WERMELINGER, PPE jumelée).
- Amédéo WERMELINGER, *La vente d'une part-terrain – état des lieux*, not@lex 2010, p. 39 (cité WERMELINGER, not@lex).
- Amédéo WERMELINGER, *Le fonds de rénovation dans la PPE : principes et pièges*, in *PPE 2015* (François BOHNET/Blaise CARRON, éd.), Neuchâtel 2015, p. 37 (cité WERMELINGER, fonds de rénovation).
- Amédéo WERMELINGER, *Les écueils d'une propriété par étages à construire en plusieurs étapes*, CdDR 2011, p. 1 (cité WERMELINGER, CdDr).
- Amédéo WERMELINGER/ Hansjörg STOLL, *Sonderfragen beim Erwerb von Stockwerkeigentum*, in *La vente immobilière* (Jürg SCHMID, éd.), Zurich 2010, p. 313.

La surveillance et le contrôle des loyers dans le temps

DANIEL KINZER

Avocat au barreau de Genève

Diverses dispositions légales permettent à l'autorité d'intervenir dans la fixation du montant qu'une partie verse à une autre en échange de la jouissance de locaux d'habitation ou de locaux commerciaux, en vérifiant que ce montant est adéquat au regard d'un standard défini par le droit. Les articles 269 ss fondent une « surveillance » des loyers par le juge civil. De nombreux corps de normes instaurent un « contrôle » des loyers par une autorité administrative, réputé plus incisif encore.

L'examen de la surveillance et du contrôle du loyer dans le temps pose, d'abord, la question de leur durée. Cette durée résulte de la dialectique entre l'intérêt privé au libre exercice du droit à la propriété – dont la pertinence explique que nous traitons de ce sujet dans le contexte des journées de la propriété –, et l'intérêt public à la surveillance ou au contrôle ; la limitation dans le temps, éventuellement l'atténuation au fil du temps, permet un équilibre approprié entre liberté individuelle et intérêt public.

La présente contribution ne se limitera toutefois pas à cette question-là. L'essence du temps, c'est le changement. Si rien ne changeait jamais, on ne pourrait distinguer entre un univers immobile, mais éternel, et un instantané pris de l'univers ; il serait impossible de mesurer le temps, peut-être même de le concevoir. Partant, la question de la surveillance et du contrôle du loyer dans le temps débouche aussi sur celle de la façon dont ces mécanismes tiennent compte du changement de la situation qu'ils régissent.

La présente contribution s'attache donc à analyser ces mécanismes de droit privé (I) et public (II) sous l'angle particulier de leur évolution dans le temps. Cela nous amènera, notamment :

- a) à proposer un critère pour définir le moment à partir duquel le loyer non abusif se détermine prioritairement en fonction des loyers usuels (art. 269a lit. a CO) plutôt qu'en fonction du rendement net (art. 269 CO) (pp. 83 ss),

- b) à suggérer de flexibiliser l'intervention du juge civil en matière de surveillance du loyer pour les baux de longue durée, en l'autorisant, lorsqu'il est saisi d'une contestation d'un loyer fixe, à échelonner le loyer corrigé lorsque la durée du bail est de trois ans au moins (pp. 89 ss),
- c) à proposer de revenir sur la jurisprudence (ATF 121 III 397 et 123 III 76) permettant aux parties de requérir une modification du loyer selon la méthode absolue après une période d'échelonnement ou d'indexation (pp. 94 ss),
- d) à proposer une solution pour le cas où le loyer avant travaux change entre l'octroi de l'autorisation de construire et la fin des travaux assujettis à la LDTR (pp. 103 ss), et
- e) à proposer quelques pistes pour la vérification du loyer contrôlé par l'autorité administrative à l'aune de l'art. 269 CO, de rigueur depuis l'arrêt 1C_500/2013 du Tribunal fédéral (pp. 109 ss).

I. La surveillance par le juge civil

Les loyers sont fixés par un contrat. A ce titre, ils sont déjà susceptibles d'être passés au crible des principes généraux régissant tous les contrats, singulièrement du régime des vices de volonté (art. 21 ss CO), soit la lésion, l'erreur essentielle, le dol et la contrainte. Le régime spécifique du contrat de bail comporte toutefois une prescription supplémentaire qui nous intéresse plus particulièrement ici, qui prévoit que les loyers ne doivent pas être « abusifs ». La loi instaure une limite (art. 269, 269a lit. a, c, d et f CO) (A) et prévoit plusieurs mécanismes permettant aux parties et au juge d'adapter le loyer contractuel en fonction de cette limite (art. 270, 270a, 270b CO) (B).

A. La limite instituée par le droit civil

L'instauration d'une limite pose deux questions : celle de sa durée (1) et de son évolution (2).

1. La durée de vie de la limite

La surveillance instaurée par le droit des obligations est permanente. Tous les contrats de bail d'habitation ou de bail commercial conclus en rapport avec un immeuble donné y sont soumis, depuis la construction de l'immeuble jusqu'à sa destruction. Par ailleurs, pour chaque contrat de bail, le loyer est surveillé depuis la conclusion du bail jusqu'à sa résiliation.

La permanence de cette surveillance s'explique par sa finalité. Le législateur postule un déséquilibre structurel entre les parties à un contrat de bail, aggravé en cas de pénurie sur le marché, mais existant même en l'absence de celle-ci. Ce déséquilibre structurel entre un bailleur qui peut vivre sans louer son bien, et un locataire qui ne peut vivre sans toit sur la tête pour lui et sa famille, est de nature à permettre au propriétaire d'imposer des conditions inéquitable. Partant, le législateur intervient directement dans les rapports contractuels pour rétablir l'équilibre.

La contrepartie de la permanence de cette surveillance est une ambition limitée¹. Conformément à la mission constitutionnelle², il ne s'agit pas de prescrire aux parties un loyer donné, mais de lutter contre l'exercice débridé du droit de propriété par le bailleur en fixant une limite, au-delà de laquelle un loyer est qualifié d'abusif, et d'instaurer un mécanisme, à disposition du locataire mais dont ce dernier peut ne pas faire usage, permettant de ramener les loyers à cette limite. Cette limite est permanente, en ce sens qu'elle existe et qu'elle est efficace pendant toute la durée du bail. Le sujet traité conduit à se demander comment elle évolue dans le temps.

2. L'évolution de la limite dans le temps

La limite au-delà de laquelle le loyer est abusif évolue dans son concept même (a). Elle est également tributaire de l'évolution des facteurs qui servent à la calculer (b).

a) *L'évolution du concept dans le temps*

La loi définit la limite supérieure des loyers en posant une règle (art. 269 CO) qu'elle assortit d'« exceptions » (art. 269a CO).

La règle est que les loyers sont abusifs lorsqu'ils permettent au bailleur d'obtenir un rendement excessif de la chose louée ou lorsqu'ils résultent d'un prix d'achat manifestement exagéré (art. 269 CO). Selon la jurisprudence, le rendement dont la loi prescrit qu'il ne doit pas être excessif est le rendement *net*, soit le rendement que le loyer procure au bailleur sur ses fonds propres, qui ne doit pas, selon la jurisprudence, dépasser le taux hypothécaire de référence de plus de 0,5 %. Ces deux critères en apparence alternatifs s'analysent en une règle matérielle unique : la limite supérieure du loyer, c'est celui qui permet d'obtenir un rendement non excessif sur la base d'un prix d'achat qui n'est pas manifestement exagéré.

¹ « Toutes mesures législatives en matière de bail - en particulier si elles sont intégrées au droit ordinaire et bénéficient de ce fait d'une durée de validité plus longue - doivent se limiter à combattre les excès caractérisés pertinemment par la notion d'«abus» » (Message, FF 1985 I 1369 ss, 1380 s.).

² Art. 109 Cst. féd.

L'art. 269a CO prévoit toutefois deux « exceptions » qui ont trait directement à la définition de la limite : un loyer n'est pas abusif – en règle générale – s'il se situe, pour une construction « récente », dans les limites du rendement brut permettant de couvrir les frais³, ou s'il se situe dans les limites des loyers usuels du quartier ou de la localité⁴.

Le rapprochement de la règle et de ces deux exceptions révèle ainsi une première évolution au gré du temps du concept de limite du loyer non abusif. Dans un premier temps, lorsque la construction est « récente », un loyer défini de façon que le rendement brut permette au bailleur de couvrir les frais n'est pas abusif⁵. Selon la doctrine, il y a « construction récente » lorsque l'immeuble a été construit ou rénové de fond en comble il y a moins de 10 ans, ou moins de 15 ans tout au plus selon certains auteurs⁶, le moment d'inflexion étant celui à partir duquel les charges d'entretien commencent à augmenter fortement, en règle générale⁷.

Le calcul du rendement brut, selon l'art. 269a lit. c CO, se fait toujours par rapport au prix de revient initial ; on ne tient pas compte du prix auquel l'immeuble a éventuellement été revendu pendant la période durant laquelle il est encore « récent »⁸. Le calcul du rendement net, quant à lui, est réinitialisé à chaque aliénation. En d'autres termes, la méthode du rendement brut favorise le bailleur, mais ne le limite pas. Tant que l'immeuble est récent, elle permet, cas échéant, de fixer le loyer au-delà de la limite posée par la méthode du rendement net. En revanche, le bailleur peut toujours prendre comme base le prix auquel il a, lui, acheté l'immeuble (ramené, le cas échéant, en-deçà du prix manifestement exagéré, soit de façon que la différence avec la valeur de rendement découlant des loyers du quartier n'excède pas 10 %⁹), et de sa répartition entre fonds propres et fonds étrangers, si la méthode de calcul du rendement net lui est plus avantageuse.

A partir de 10 ou 15 ans d'âge, l'immeuble sort donc de cette catégorie d'immeubles « récents » et la limite du loyer jugé non abusif est alors déterminée exclusivement en fonction de la méthode du rendement net, directement

³ Art. 269a lit. c CO.

⁴ Art. 269a lit. a CO.

⁵ La méthode de calcul du rendement brut est plus simple : on rapporte le loyer à l'intégralité du prix de revient, ou du prix initial de vente, lorsque l'immeuble est vendu immédiatement après la construction, dans un contexte de promotion immobilière (cf. ATF 118 II 124 c. 5a), sans distinguer entre fonds propres et fonds étrangers (cf. ATF 118 II 124 c. 4a) ; le pourcentage ainsi obtenu est comparé à l'intérêt hypothécaire de 1er rang du marché, soit désormais le taux de référence, une différence de 2 %, voire 3 % selon les auteurs étant admissible.

⁶ David LACHAT, *Le bail à loyer*, Lausanne 2008, p. 489.

⁷ LACHAT (note 6), p. 489.

⁸ LACHAT (note 6), p. 491.

⁹ LACHAT (note 6), p. 438 s.

fondée sur l'art. 269 CO, et/ou des loyers usuels, conformément à l'art. 269a lit. a CO. Cela pose donc la question du rapport de priorité entre le critère du rendement non abusif et celui de la conformité aux loyers du quartier. Parfois, ce conflit de priorité reste théorique parce les loyers usuels du quartier ne peuvent pas être déterminés, faute d'objets de comparaison en suffisance. Mais lorsque l'un et l'autre paramètre peuvent être déterminés, qu'en est-il, par exemple, d'un loyer qui procure un rendement net excessif, mais se situe dans les limites du quartier ?

Selon une jurisprudence qui remonte à une vingtaine d'années, parue aux ATF 124 III 310, ce rapport de préséance dépend de l'âge de l'immeuble, si bien qu'on est en présence d'une seconde évolution au gré du temps du concept de limite du loyer non abusif. Initialement – et contrairement à l'art. 269a lit. c CO qui vient d'être discuté –, l'art. 269a lit. a CO ne pose qu'une présomption réfragable. Un loyer qui reste en-deçà des loyers usuels du quartier est présumé non abusif, mais le locataire peut tenter la preuve qu'il l'est. Autrement dit, le critère du rendement net prime, au départ, celui des loyers usuels du quartier. En revanche, pour les immeubles dits « anciens », c'est l'inverse : la présomption posée par l'art. 269a lit. a CO devient irréfragable, si bien que le critère des loyers usuels du quartier prime celui du rendement net¹⁰.

Un immeuble devient « ancien », au sens de cette jurisprudence, lorsqu'il a été « construit ou acquis il y a quelques décennies ». Ce n'est en effet pas l'âge de la pierre qui justifie le basculement entre les deux critères (contrairement au basculement entre les critères du rendement brut et net), mais l'âge de l'investissement fait par le bailleur : le Tribunal fédéral explique que lorsque l'investissement remonte à des dizaines d'années, il devient vraisemblable – d'un point de vue abstrait – que les justificatifs permettant de calculer le rendement net ne soient plus disponibles, ou, s'ils le sont, que le calcul conduise à un résultat qui n'est économiquement pas raisonnable, si bien que le bailleur se retrouve désavantagé du seul fait qu'il est propriétaire de longue date¹¹.

S'attachant à concrétiser plus avant la notion d'immeuble « ancien » dans un arrêt récent, paru aux ATF 140 III 443, le Tribunal fédéral a conclu que les immeubles dont il était question en l'espèce, construits 26, respectivement 27 ans avant le litige et jamais revendus, n'étaient pas des immeubles anciens. Il serait toutefois erroné d'en déduire que le Tribunal fédéral a posé une limite chiffrée absolue, en-deçà de laquelle la qualification d'immeuble ancien serait exclue, et d'attendre que la jurisprudence soit complétée en ce sens que serait posé un second nombre d'années, au-delà duquel la qualification serait auto-

¹⁰ ATF 124 III 310.

¹¹ ATF 140 III 433 c. 3.1.

matiquement admise. Nonobstant le *regeste*, formulé en termes chiffrés, les considérants révèlent que tout est matière de preuve et d'espèce, à la lumière de la *ratio* de cette jurisprudence, dont résulte un double critère, alternatif.

Premièrement, l'immeuble est ancien si l'investissement remonte à si loin qu'il devient « vraisemblable, d'un point de vue abstrait », que le propriétaire ne dispose plus des justificatifs permettant le calcul du rendement net ; autrement dit, l'immeuble est ancien à partir du moment où même un propriétaire diligent n'a vraisemblablement plus les justificatifs idoines, « en raison de l'âge et de l'histoire » de l'immeuble. L'arrêt pose la présomption que ce critère n'est pas satisfait lorsque l'immeuble a été construit ou acquis il y a moins de 27 ans, mais le bailleur peut encore tenter la preuve qu'en raison de l'« histoire » de l'immeuble, même un propriétaire diligent ne disposerait déjà plus des justificatifs idoines ; à cet égard, le Tribunal fédéral semble annoncer, p. ex., une tolérance plus grande lorsque l'immeuble n'a pas été géré par un professionnel. Quant à savoir à partir de quand on peut s'attendre à ce que les justificatifs ne soient plus disponibles, le Tribunal fédéral rappelle un cas jugé en 2005, ayant trait à un immeuble acquis par donation un siècle plus tôt. Il est certain, en tous les cas, que la disponibilité réelle des justificatifs ne joue aucun rôle, car cela aurait pour conséquence de favoriser le propriétaire négligent, voire de mauvaise foi.

Alternativement, l'immeuble est ancien si le calcul du rendement net donne des résultats « déraisonnables ». Selon l'ATF 140 III 433, il semblerait appartenir au bailleur de faire ce calcul, et de démontrer *in concreto* que le loyer auquel la méthode du rendement net conduit ne peut raisonnablement lui être imposé, compte tenu d'une comparaison avec le loyer résultant de la méthode des loyers comparatifs. C'est dire que, sur ce point, un seuil chiffré, en terme d'années, paraît difficile à définir *in abstracto*. Tout dépend de l'évolution du marché. Par ailleurs, un seuil quantitatif permettant de définir à partir de quand le loyer résultant de la méthode du rendement net n'est plus « économiquement raisonnable », c'est-à-dire la quantification du delta, ne ressort pas de l'ATF 140 III 433. Les intentions du Tribunal fédéral peuvent être inférées, de façon très grossière, de trois arrêts antérieurs dans lesquels il a admis que les immeubles se qualifiaient d'anciens :

- a) Dans l'arrêt 4C.323/2001, le Tribunal fédéral a admis une hausse de CHF 842.-/mois à CHF 1'004.-/mois en raison de prestations supplémentaires, pour un objet acquis par donation 37 ans avant la modification litigieuse du loyer, au motif que cela restait encore « nettement » en-deçà des loyers comparatifs, qui s'échelonnaient entre CHF 1'150.-/mois et CHF 1'450.-/mois.

- b) Dans l'arrêt 4C.176/2003, le Tribunal fédéral a admis une hausse de CHF 472.-/mois à CHF 662.-/mois fondée sur l'adaptation aux loyers usuels pour un immeuble construit 100 ans et rénové 40 ans avant l'augmentation litigieuse, au motif que l'on restait encore largement en-deçà du loyer moyen de CHF 1'120.-/mois résultant des statistiques officielles de Bâle-Ville.
- c) Dans l'arrêt 4A_669/2010, le Tribunal fédéral a admis une hausse de CHF 647.-/mois à CHF 765.-/mois fondée sur l'adaptation aux loyers usuels, qualifiant l'immeuble d'ancien du seul fait qu'il a été acquis 42 ans avant l'augmentation litigieuse.

Selon nous, le critère du résultat « économiquement déraisonnable » du calcul du rendement net doit être coordonné avec la concrétisation, via l'art. 10 OBLF, du prix d'achat « manifestement exagéré » au sens de l'art. 269 CO. D'une part, la proximité sémantique est patente. D'autre part, l'un et l'autre critère fixent une déviation admissible par rapport au loyer usuel ; dans le premier cas, il s'agit de fixer la limite inférieure de la décote par rapport au marché que doit tolérer le bailleur en raison des rigueurs du calcul du rendement net, dans le second, la limite supérieure que doit supporter le locataire, vu les variations du marché. Par égalité de traitement¹², il s'impose de prévoir une déviation d'un taux identique ; le prix d'achat manifestement exagéré qui aboutit à un loyer abusif pour l'un est ainsi le pendant de la décote en terme de loyer qui devient économiquement déraisonnable pour l'autre. Or, la doctrine et la jurisprudence retiennent, pour l'art. 10 OBLF, qu'un prix d'achat est manifestement exagéré lorsqu'il dépasse de 10 % à 20 %, selon les auteurs¹³, la valeur de rendement calculée sur la base des loyers usuels dans la localité ou le quartier, pour des objets semblables. Partant, il y a également lieu de retenir que le critère du rendement net doit céder le pas à celui des loyers usuels lorsque le calcul en fonction de celui-là est inférieur de 10 % à 20 % à celui-ci¹⁴. Le taux de 20 % est d'ailleurs de l'ordre de grandeur du différentiel dans deux des arrêts cités ci-dessus¹⁵.

b) *L'évolution en fonction des paramètres*

(i) Ces trois limites, définies respectivement en fonction du rendement brut, du rendement net, et des loyers du quartier au fil du temps, doivent ensuite se calculer en fonction de divers paramètres, selon des méthodes bien balisées. Ce

¹² Pour l'applicabilité de ce principe entre bailleurs et locataires : cf. p. ex. ATF 121 III 163 c. 2d/aa.

¹³ Cf. pour d'autres : Raymond BISANG et al., SVIT Kommentar, 3^{ème} éd. 2008, n. 22 ad art. 269 CO.

¹⁴ Cf. aussi pp. 86 s.

¹⁵ Arrêts 4C.323/2001 et 4A_669/2010.

n'est pas le lieu d'entrer dans le détail de ces méthodes ; seule intéresse la question de l'évolution dans le temps des paramètres en question.

(ii) S'agissant plus particulièrement de la limite fondée sur le rendement net, que la loi définit comme étant la règle, elle paraît se fonder sur le coût de revient historique. En effet, selon la jurisprudence, le rendement net est le rendement sur le capital investi par le bailleur, qui correspond au coût de revient initial, moins les fonds étrangers¹⁶. Ainsi, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, ce paramètre-là est fixé une fois pour toutes, et n'évolue dans le temps qu'en fonction du niveau général des prix.

La doctrine expose de manière convaincante que cette conception historique du montant auquel le rendement est rapporté pour en évaluer le caractère excessif, ou non, pose un certain nombre de problèmes. Elle crée une inégalité de traitement entre propriétaires anciens et récents d'immeubles construits il y a longtemps¹⁷ ; elle n'est pas cohérente avec la conception qui inspire l'art. 10 OBLF ; elle fait fi de la réalité économique¹⁸. Ces auteurs plaident ainsi pour une réactualisation du coût de revient historique en fonction de l'évolution du marché, c'est-à-dire au gré du temps, le bailleur restant maître du choix de la méthode – valeur vénale, valeur fiscale, valeur d'assurance – pour autant qu'il reste en-deçà du montant qui serait manifestement exagéré au sens des art. 269 CO et 10 OBLF¹⁹. Malgré les critiques, le Tribunal fédéral a récemment réaffirmé sa conception historique, variable dans le temps en fonction du seul niveau général des prix, du montant auquel le rendement net doit être rapporté pour en évaluer l'admissibilité²⁰.

Dans ce débat, il faut garder à l'esprit que le prix du marché n'est que notionnel. A un même moment, des transactions portant sur des objets en tous points similaires se font à des prix différents, ce que postule d'ailleurs l'art. 269 CO lorsqu'il prévoit que le rendement est aussi excessif lorsqu'il résulte d'un prix d'achat exagéré. Dans cette mesure, la loi consacre et admet donc déjà une dispersion des limites du loyer admissibles pour des objets en tous points similaires, c'est-à-dire tolère une certaine inégalité de traitement entre locataires. Or, on peut difficilement faire le reproche à la jurisprudence de tolérer une divergence entre le loyer fondé sur le coût d'achat historique et le loyer usuel,

¹⁶ ATF 122 III 297 *in* JdT 1997 I 595.

¹⁷ Selon nous, il serait plus exact de dire que cette conception introduit une inégalité de traitement entre locataires d'objets identiques, favorisant le locataire d'un immeuble ancien détenu de longue date par un même propriétaire au détriment d'un locataire d'un immeuble ancien récemment acquis ; le second doit en effet payer un loyer fondé sur le coût d'acquisition, par hypothèse conforme au marché, bien plus élevé que le loyer payé par le premier, fondé sur un coût d'acquisition historique, alors même que l'objet loué est de qualité et caractéristiques identiques.

¹⁸ Cf. pour d'autres : BISANG (note 13), n. 9 ad art. 269 CO.

¹⁹ Cf. pour d'autres : BISANG (note 13), n. 10 ss ad art. 269 CO.

²⁰ Arrêt 4A_465/2015 c. 4 et 5 ; ATF 142 III 568 c. 2.1.

en raison de l'écoulement du temps, qui n'excède pas la différence que tolère la loi entre loyers admissibles due à l'hétérogénéité du marché, à un moment donné. En revanche, on ne voit pas, non plus, pour quelle raison le bailleur devrait s'accommoder d'une différence supérieure à celle-là. En d'autres termes, les tenants d'un calcul du rendement net fondé sur un paramètre historique, et ceux qui préconisent une réactualisation, peuvent être réconciliés. Sans revenir sur les principes fixés par les premiers, une définition appropriée du paramètre laissé indéterminé dans l'ATF 140 III 433, soit une divergence de 20 % au plus entre loyer usuel et loyer admissible en fonction du calcul du rendement net, permet de faire droit aux préoccupations légitimes des seconds. Une fois que l'immeuble n'est plus « récent », la limite du loyer admissible est calculée en fonction du rendement net, sur la base du coût de revient historique. Lorsque la différence entre cette limite et le loyer du marché excède 20 %, l'immeuble devient « ancien » et la limite est déterminée par les loyers comparatifs.

(iii) La méthode du rendement net tient compte par ailleurs, outre des coûts d'acquisition, fixés une fois pour toutes selon la jurisprudence,

- a) de la proportion entre fonds propres et fonds étrangers, qui varient au gré des amortissements ;
- b) des investissements additionnels dans l'immeuble ;
- c) du niveau des prix, qui change avec le temps ;
- d) des charges d'entretien, qui s'accroissent tendanciellement avec le passage du temps ;
- e) des intérêts, qui peuvent varier au gré du marché, dans la mesure où le contrat avec le prêteur le prévoit.

Quant aux loyers de la localité ou du quartier, ils évoluent, eux aussi.

(iv) En synthèse, le loyer ultime de référence, celui qui trace en dernier ressort la limite entre ce qui est abusif et ce qui ne l'est pas, évolue donc à un double titre dans le temps : d'une part, la méthode de calcul qui prime en dernière analyse change : elle est d'abord fondée sur le rendement brut (pour les immeubles « récents »), puis sur le rendement net, puis sur les loyers comparatifs (pour les immeubles « anciens »). D'autre part, les paramètres entrant dans le calcul évoluent pour leur plupart, à l'exception du montant auquel sont rapportés les rendements, qui est le prix de revient, fixé une fois pour toutes (sous réserve, bien sûr, de nouveaux investissements).

Cela démontre que la contestation du loyer initial au sens de l'art. 270 CO, dans les cas dans lesquels elle est possible, ne suffit pas à garantir que le loyer ne soit pas abusif pendant la durée du bail. La limite du loyer admissible évolue en effet dans le temps. Il reste donc à se demander par quels mécanismes les parties au contrat de bail peuvent obtenir une adaptation du loyer initial au loyer admissible, qui évolue au fil du déroulement de leur relation contractuelle.

B. L'adaptation du loyer à la limite fixée par le droit civil

L'adaptation du loyer à la limite fixée par le droit civil est imparfaite : elle est ponctuelle (1) et limitée par le principe de fidélité contractuelle (2).

1. Une adaptation ponctuelle

Dès lors que, comme on l'a vu ci-dessus, la limite du loyer non abusif évolue continûment dans le temps, vers le haut ou vers le bas, il se pose la question de l'adaptation du loyer contractuel à la limite du loyer non abusif.

Cette adaptation se fait à la demande des parties, ce qui définit la différence entre la surveillance des loyers instituée par le droit civil et le contrôle des loyers instauré par le droit public. D'une part, à certaines conditions, supposées favoriser l'abus ou en constituer l'indice, le locataire peut provoquer un examen judiciaire du loyer initial auquel il a consenti (art. 270 CO)²¹. D'autre part, en cours de bail, situation qui intéresse plus particulièrement la présente contribution, chaque partie peut provoquer une adaptation : le bailleur peut notifier une hausse (art. 269d al. 1 CO) ; le locataire peut requérir une baisse (art. 270a al. 2 phr. 1 CO). Dans l'un et l'autre cas, l'acceptation d'une demande valablement formulée par l'autre partie réalise l'adaptation voulue, avec la précision que l'acceptation du locataire à la requête de hausse est irréfragablement présumée, s'il ne réagit pas en la contestant (art. 270b CO), tandis que celle du bailleur à la demande de baisse ne l'est pas (art. 270a al. 2 phr. 2 CO). En cas de défaut d'acceptation – implicite à la notification de hausse, explicite à la requête de baisse –, le juge tranche, si la partie requérante poursuit son action.

Dans la pureté des principes, bailleur et locataire devraient pouvoir requérir une adaptation en tout temps. Ce n'est que de la sorte que le loyer réel épouserait les contours du loyer non abusif, et qu'on permettrait au locataire de ne jamais payer un loyer abusif au bailleur, et au bailleur de ne jamais devoir tolérer un rendement en-deçà de ce qui serait équitable. Une telle solution

²¹ En revanche, le bailleur, lui, est lié par le contrat, ce qui s'explique par le fait que la loi se fixe comme but de protéger le locataire contre les abus.

se heurterait toutefois à des problèmes pratiques évidents. Les bailleurs confrontés à des locataires quérulents encourraient des coûts importants, et, à l'inverse, les locataires risqueraient d'être noyés par les démarches à entreprendre pour contester des hausses incessantes notifiées par les bailleurs. L'équité se heurte ici à un besoin de stabilité.

Partant, la loi fixe donc un rythme, une fréquence maximale d'adaptation du loyer. Elle calque ce rythme sur le rythme contractuel. C'est ainsi pour chaque échéance contractuelle que le bailleur peut notifier une hausse (art. 269d al. 1 phr. 1 CO), respectivement le locataire demander une baisse (art. 270a al. 1 CO). Il y a là une logique dogmatique : si le contrat peut prendre fin à une certaine date, *a fortiori* est-il possible d'en modifier un paramètre, fût-il essentiel ; les parties ne sauraient être tenues à leur accord sur un paramètre du contrat au-delà de la période à l'issue de laquelle la relation contractuelle elle-même peut être remise en question.

La surveillance des loyers instaurée par le droit civil a donc pour conséquence une double dérive entre le loyer convenu, qui reste fixé à un certain niveau, et le loyer non abusif, qui évolue dans le temps, entre deux adaptations du premier au second. Il y a, d'une part, une dérive contingente, due au fait que les parties n'usent pas des possibilités d'adaptation que leur procure la loi. Mais il y a aussi, d'autre part, une dérive nécessaire, due à l'intervalle de temps minimum fixé par la loi entre deux adaptations successives. Cette dérive est, potentiellement du moins, d'autant plus importante que le terme contractuel est long. Or, les parties peuvent vouloir convenir d'un terme long (le bailleur pour s'assurer une stabilité des revenus, le locataire pour se ménager une permanence de son adresse, notamment en matière commerciale) sans pour autant s'accommoder de cette dérive. Partant, la loi permet aux parties, pour autant que la durée du contrat dépasse un certain seuil, d'anticiper l'évolution des paramètres qui servent à calculer la limite du loyer non abusif : ce sont les mécanismes du bail indexé (art. 269b CO) ou échelonné (art. 269c CO), sur lesquels on reviendra ci-dessous.

Le regard du juge, lorsqu'il vérifie le loyer convenu entre les parties, est en principe tourné vers le passé. C'est, en principe, en fonction de l'aboutissement de l'évolution passée des paramètres de calcul, au moment où une adaptation est demandée par le bailleur ou le locataire (ATF 122 III 20 c. 4b), que le nouveau loyer est déterminé. La jurisprudence a apporté une précision : lorsque l'évolution d'un paramètre de calcul est certaine au moment où la modification est demandée, et qu'elle entre en vigueur avant l'échéance contractuelle pour laquelle la modification est demandée, alors il est permis de la prendre en compte (ATF 122 III 20 c. 4b).

Ce regard rétrospectif admet pourtant une exception : c'est, précisément, l'examen du loyer échelonné. Comme on le sait, le bail à loyers échelonnés ne peut faire l'objet que d'un examen initial ; une fois en vigueur, les échelons subséquents ne peuvent plus être contestés (art. 270d CO). Partant, l'examen initial porte non seulement sur le caractère non abusif de l'échelon initial, selon un regard rétrospectif, mais également sur l'opportunité de l'échelonnement²² et la quotité des échelons suivants, selon un regard prospectif²³. Le Tribunal fédéral explique que « [l]e bail à loyers échelonnés comporte [...] un élément aléatoire, dans la mesure où il anticipe la variation des facteurs de hausse et de baisse jusqu'à l'expiration du bail »²⁴. Partant, « le locataire peut contester, dans le délai prévu à cette fin, le résultat de l'analyse prospective de la situation conjoncturelle effectuée par le bailleur »²⁵.

A notre avis, cette jurisprudence doit être étendue à tous les baux de longue durée. Ce qui crée un aléa, ce n'est pas l'échelonnement ; c'est la longue durée du contrat de bail. En effet, comme exposé ci-dessus, plus la durée du bail est longue, plus élevé est le risque que loyer contractuel et loyer non abusif, qui coïncident au départ par hypothèse, finissent par diverger, et cela dans une mesure croissante avec le temps. L'échelonnement n'est qu'une manière de répondre à cet aléa, fondée sur un pari donné sur l'évolution du loyer non abusif. En d'autres termes, un bail à terme fixe de trois ans, sans échelonnement, comporte un élément tout aussi aléatoire qu'un bail à terme fixe de trois ans, avec un échelonnement. Dans le premier cas de figure, les parties auront simplement parié sur l'absence d'évolution significative des bases de calcul.

Mais, si, par leur nature, ces deux types de baux à longue durée – avec et sans échelonnement du loyer – sont identiques du point de vue de l'aléa, il n'y a pas lieu de les traiter différemment au moment de vérifier le loyer. Il n'y a pas de raison de vérifier le loyer entrant en vigueur après un an (2^{ème} échelon), puis après deux ans (3^{ème} échelon), en le comparant avec le loyer vraisemblablement non abusif à ce moment-là, selon l'évolution anticipée des paramètres pertinents, mais de vérifier le loyer unique d'un bail de 3 ans de façon uniquement rétrospective, en fonction de l'état des paramètres de calcul au moment de la fixation du loyer. Concrètement, lorsque le juge est saisi de la contestation du loyer d'un bail à longue durée, il devrait non seulement opérer un examen rétrospectif sur le loyer initial, mais un examen prospectif sur ce même loyer, une année, puis deux ans après l'entrée en vigueur.

²² LACHAT (note 6), p. 518.

²³ ATF 121 III 397 c. 2b/bb.

²⁴ ATF 121 III 397 c. 2b/bb.

²⁵ ATF 121 III 397 c. 2b/bb.

Un tel examen prospectif pourrait, par exemple, révéler que le loyer unique stipulé par les parties est abusif à l'entrée en vigueur du bail, mais serait justifié dès l'expiration de la première année de bail en raison de l'évolution anticipée des facteurs pertinents. Il ne nous paraît ainsi pas exclu, notamment en période de remontée des taux, que le juge, après vérification, remplace un loyer unique par un loyer échelonné, pour autant que la durée du contrat de bail soumis à son examen le permette, et en veillant bien sûr à n'ordonner qu'un échelon par année et à fixer les échelons en francs, conformément à ce que prescrit l'art. 269c CO.

2. Une adaptation bridée par le principe de la fidélité contractuelle et de l'autorité de chose jugée

Il faut à ce stade aborder la limite principale posée par la loi et la jurisprudence à l'adaptation du loyer contractuel au loyer non abusif. Cette limite découle, alternativement, du principe de l'interdiction du comportement contradictoire ou de l'autorité de la chose jugée. Lorsque les parties se mettent d'accord sur un loyer initial, ou qu'une partie accepte une modification du loyer demandée par l'autre, chacune éveille une certaine confiance chez l'autre. Le locataire comprend légitimement que le bailleur considère que ce loyer lui procure un rendement satisfaisant ; le bailleur peut se fier à ce que le locataire l'estime non abusif. Lorsque le juge fixe le loyer, initial ou subséquent, à la suite d'une contestation par le locataire, la constatation que le loyer en question n'est pas abusif est revêtue de l'autorité de la chose jugée.

Partant, une partie ne peut pas prétendre modifier le loyer en sa faveur alors même qu'aucun paramètre de calcul n'a changé depuis la dernière fixation du loyer ; les parties n'ont pas droit à une « seconde chance ». Le locataire qui a succombé dans une procédure de fixation de loyer ne peut requérir, pour la prochaine échéance, une baisse pour réduire davantage le loyer, en se prévalant de facteurs qu'il aurait déjà pu faire valoir. Ce serait contraire à l'autorité de chose jugée. Le bailleur qui contracte à un loyer inférieur à la limite du loyer abusif ne peut, à la prochaine échéance, augmenter davantage le loyer pour le porter à la limite, s'il n'a fait une réserve explicite en ce sens²⁶ ; un tel comportement, qui relève de la politique du miroir aux alouettes, serait contradictoire, ce qui est prohibé.

Ce constat fonde la méthode dite « relative », qui tend à vérifier si la demande de modification de loyer est compatible avec la volonté manifestée antérieurement par celui qui la réclame²⁷ ; formule jurisprudentielle qu'on pourrait compléter de la façon suivante « ... ou avec le principe de l'autorité de

²⁶ Art. 18 OBLF.

²⁷ ATF 120 II 240.

chose jugée ». La méthode relative s'oppose ainsi à la méthode dite « absolue », qui vérifie si le loyer est non abusif en soi, indépendamment des manifestations de volonté antérieures des parties. Dans la pureté des principes, la méthode relative consisterait à vérifier, dans un premier temps, si l'un ou plusieurs des facteurs absolus déterminant le loyer non abusif a changé ; ce n'est qu'en cas de réponse affirmative qu'il serait permis d'adapter le loyer en fonction du résultat du nouveau calcul. De façon à faciliter ces opérations, la loi instaure certaines présomptions qui facilitent ces opérations. Au lieu de cette procédure en deux temps, la loi propose un calcul spécifique, fondé sur des facteurs ou critères dits relatifs, qui définit directement une adaptation à partir du loyer existant²⁸. La distinction entre *méthodes* absolue et relative ne se recoupe donc pas avec celle entre *critères*, ou *facteurs*, absolus (qui permettent de vérifier si le rendement n'est pas excessif ou si le loyer est dans les limites des loyers usuels) et relatifs (qui définissent une nouvelle limite du loyer admissible à partir du loyer précédent). En effet, la méthode relative peut se fonder sur des facteurs absolus, mais, dans ce contexte, la partie qui s'en prévaut ne peut que faire valoir qu'ils ont changé²⁹.

Compte tenu de la *ratio* de la méthode relative, qui est de tenir une partie à la confiance qu'elle a créée, respectivement aux décisions judiciaires intervenues antérieurement, cette partie peut toujours opposer la méthode dite absolue à son cocontractant. Ce n'est pas parce que le locataire a accepté de considérer un certain loyer comme non abusif qu'il doit admettre qu'un loyer supérieur ne le serait pas non plus. Partant, si le bailleur, se prévalant de critères relatifs, prétend augmenter le loyer par application d'un calcul relatif, le locataire peut toujours y faire échec en apportant la preuve que ce calcul aboutit à un résultat supérieur à la limite définie par la méthode absolue³⁰. De même, le bailleur qui fixe le loyer est réputé s'en contenter, mais il n'admet pas encore, par-là, qu'un loyer inférieur le satisferait aussi ; partant, il peut opposer au locataire qui requiert une baisse fondée sur des critères relatifs la démonstration que le loyer actuel, malgré l'évolution des facteurs, ne lui procure pas un rendement excessif, lorsqu'on l'évalue selon la méthode absolue³¹.

Il découle par ailleurs de la *ratio* de la méthode relative, qui est de protéger la confiance créée, respectivement l'autorité de chose jugée, que son empire n'est pas absolu pendant la relation de bail. Dans certains cas, définis par la jurisprudence, une partie peut, en cours de bail, provoquer directement une comparaison du loyer contractuel avec le loyer non abusif, calculé selon la mé-

²⁸ Art. 269a lit. b et e CO, art. 12, 12a, 13, 14 et 16 OBLF.

²⁹ ATF 124 III 310 c. 2b ; ATF 123 III 76 c. 4c.

³⁰ ATF 124 III 310 c. 2b ; ATF 123 III 76 c. 4c.

³¹ ATF 121 III 163 c. 2d.

thode dite « absolue », sans devoir démontrer une variation des facteurs absolus depuis la dernière fixation du loyer :

- a) en cas de sortie du contrôle cantonal des loyers³² ;
- b) en cas de vente de l'immeuble en cours de bail³³ ; cela se justifie, dès lors que les parties au contrat de bail changent, si bien que l'acquéreur n'est pas tenu par les déclarations du vendeur, auquel il se substitue dans la relation contractuelle ;
- c) en cas d'adaptation du loyer à la première échéance suivant la fin d'une période d'échelonnement du bail³⁴ ou d'indexation du loyer³⁵ ; en effet, selon le Tribunal fédéral et la doctrine, l'élément aléatoire inhérent au bail à loyers échelonnés, par lequel les parties s'efforcent d'anticiper les mouvements des facteurs de hausse et de baisse, ne permet à aucune des parties de considérer de bonne foi que l'autre a admis que le loyer à la sortie procurait un rendement suffisant, respectivement non abusif.

Dans un arrêt du 11 avril 2005³⁶, la Chambre d'appel en matière de baux et loyers de Genève a même considéré que le Tribunal fédéral faisait *obligation* à l'une et l'autre partie à un contrat de bail à loyers échelonnés de ne se prévaloir que de la méthode absolue au sortir de la période d'échelonnement. Partant, le bailleur qui avait, pendant la période d'échelonnement, rénové son immeuble en refaisant les façades et en installant un ascenseur ne pouvait pas augmenter le loyer en se fondant sur l'art. 269a lit. b CO, mais devait faire un calcul complet de rendement.

Le Tribunal fédéral – tel qu'on l'a compris – aurait aussi décidé que si les parties, à l'issue de l'expiration de la période d'échelonnement, laissent le bail se reconduire sans modification, elles sont présumées, l'une se satisfaire du loyer résultant du dernier échelon, l'autre considérer ce loyer-là non abusif. Cela permet à nouveau l'application de la méthode relative, en prenant comme point de référence les facteurs à l'expiration de la période d'échelonnement (ou, éventuellement, des facteurs expressément chiffrés dans la convention ou des facteurs au moment de la conclusion du contrat, lorsque l'échelonnement avait pour seule vocation d'amortir la hausse vers un loyer en soi justifié³⁷). Toutefois, même dans cette hypothèse, le bailleur et le locataire pourraient en-

³² ATF 123 III 171 c. 6a ; ATF 117 II 77. Cette solution pourrait toutefois être remise en cause, cf. ci-dessous, section II/B/2.

³³ ATF 116 II 594.

³⁴ ATF 121 III 397 c. 2b/bb.

³⁵ ATF 123 III 76.

³⁶ Mietrechtspraxis/mp 2006 p. 53 ss.

³⁷ LCHAT (note 6), p. 519 s. ; ATF non publié du 3.5.1999 in MRA 2000 253 et in SJ 1999 I 379.

core ultérieurement se prévaloir directement de la méthode absolue pour leur première prétention en augmentation ou en diminution du loyer³⁸.

En d'autres termes, la jurisprudence fédérale prévoit :

- a) une obligation d'appliquer la méthode absolue pour la demande de hausse ou de baisse immédiatement après l'expiration de la période d'échelonnement ou d'indexation ;
- b) un choix entre méthode relative et absolue pour la première demande de hausse ou de baisse après l'expiration de la période d'échelonnement ou d'indexation, si le loyer n'a pas été immédiatement adapté.

Ces principes jurisprudentiels méritent à notre sens d'être revisités.

D'une part, il n'apparaît pas justifié d'interdire aux parties de requérir une modification du loyer en fonction de la méthode relative lorsque cette requête concerne le terme suivant immédiatement la période d'échelonnement ou d'indexation, alors même que cela leur est permis pour le terme suivant au motif que leur inaction a créé la présomption que l'une s'est satisfaite du loyer à la sortie et que l'autre l'a considéré non abusif. En effet, cette forme de ratification tacite du loyer de sortie peut également être caractérisée par la réaction de l'autre partie à une requête portant sur la période suivant immédiatement la période d'échelonnement ou d'indexation. Si la partie requise accepte la modification fondée sur le calcul relatif, ou qu'elle la refuse, mais en raisonnant directement selon la méthode relative, il est également permis de déduire de cette attitude que le loyer à la sortie la satisfait, ce qui justifie l'application de la méthode relative sur cette base. En prévoyant que la méthode absolue au sortir immédiat d'une période d'échelonnement ou d'indexation est une obligation, et non une faculté, la jurisprudence complique la donne sans que cela se justifie, ni pour des raisons logiques, ni par les nécessités de la protection des parties, puisque la partie destinataire de la requête de changement peut toujours, discrétionnairement, refuser l'application de la méthode relative qui lui est proposée.

D'autre part, lorsque les parties ne font pas usage de la faculté qui leur est offerte par la jurisprudence de faire vérifier le loyer selon la méthode absolue immédiatement au sortir de la période d'échelonnement ou d'indexation, on ne voit pas pour quelle raison elles pourraient encore le faire par la suite. Cela reviendrait à leur octroyer un bon, valable indéfiniment, pour un examen absolu. Un tel privilège paraît injustifié. A l'instar du locataire qui ne conteste pas le loyer initial, le locataire qui ne conteste pas le loyer à la sortie d'une période d'échelonnement ou d'indexation peut être compris, de bonne foi,

³⁸ ATF non publié du 3.5.1999 c. 3b/aa *in* MRA 2000 253 et *in* SJ 1999 I 379.

comme manifestant qu'il estime ce loyer-là non abusif. Cela remet les compteurs à zéro et prescrit l'application de la méthode relative fondée sur le loyer à la sortie pour la suite de la relation de bail, sous réserve de l'applicabilité d'une autre exception. Il ne paraît pas juste qu'au début de la relation, le locataire ne dispose que de 30 jours pour contester le loyer initial, tandis que le loyer à la sortie d'une période d'échelonnement ou d'indexation pourrait être indéfiniment remis en cause selon la méthode absolue, même sans modification notable des bases de calcul au sens de l'art. 270a CO.

Enfin, et plus fondamentalement encore, c'est l'applicabilité même de la méthode absolue au sortir d'une période d'échelonnement ou d'indexation qui nous paraît sujette à caution. La jurisprudence justifie en effet cette règle au motif que l'élément aléatoire inhérent aux baux échelonnés ou indexés, par lesquels les parties s'efforcent d'anticiper l'évolution des paramètres pertinents pendant le terme contractuel, interdisent à chacune de considérer, de bonne foi, que le loyer à la sortie procure un rendement suffisant, respectivement non abusif.

Premièrement, c'est un *non sequitur*. Ce n'est pas parce que la méthode relative, en pareille hypothèse, ne peut pas légitimement prendre pour base le loyer à la sortie que la méthode relative serait illégitime par principe. Il faut encore vérifier si elle peut se fonder sur un autre loyer que le loyer à la sortie.

Deuxièmement, l'élément aléatoire n'est pas introduit par l'échelonnement ou l'indexation ; l'aléa résulte de l'écoulement du temps entre deux adaptations du loyer, soit de la longueur du terme contractuel. Comme discuté plus haut, la périodicité de l'adaptation induit un risque de divergence entre le loyer contractuel et le loyer non abusif. L'aléa, qui consiste en la possibilité d'une différence non quantifiable *ex ante* entre le loyer à la sortie, résultant des prévisions des parties, et le loyer non abusif, n'est pas moindre lorsque le loyer est échelonné que lorsqu'il ne l'est pas. Dans le premier cas, le loyer non abusif peut rester constant, alors même que les parties ont prévu des échelons, anticipant à tort sa hausse ; dans le second, il peut augmenter, alors que les parties n'en ont pas prévu, prévoyant à tort qu'il resterait constant. Il n'y a donc pas de raison de permettre, voire de prescrire, la méthode absolue pour déterminer le loyer admissible à la sortie d'un terme contractuel de trois ans, avec un loyer échelonné, alors qu'on l'interdit à la sortie d'un terme de même durée, avec un loyer fixe ; dans les deux cas, le facteur déterminant l'aléa, soit la durée entre deux fixations possibles du loyer, est en effet le même. L'échelonnement et l'indexation ne sont que deux façons de répondre à un aléa inhérent au bail à longue durée. En somme, et en résumé, le bail à longue durée avec loyer unique n'est pas différent, par sa nature, d'un bail échelonné ; il s'agit simplement d'un cas particulier du second, soit d'un bail échelonné avec un échelon nul d'année en année, d'un cas limite dans lequel le loyer à la sortie est le

même que le loyer à l'entrée. On pourrait d'ailleurs raisonner par l'absurde, dès lors que la jurisprudence conduit à admettre une vérification du loyer à la sortie selon la méthode absolue lorsque l'échelon, d'année en année, est de CHF 1.-, tandis que cela ne serait pas permis lorsqu'il est de CHF 0.-; l'objection à ce raisonnement fondée sur l'interdiction de l'abus de droit ne le désamorce pas entièrement.

Troisièmement, l'application sans limites de la méthode absolue, au sortir d'une période d'échelonnement ou d'indexation, entraîne une entorse injustifiée au principe de la fidélité contractuelle. Certes, la différence entre le loyer à la sortie et le loyer non abusif, à ce moment-là, comporte une part irréductible d'aléa. En revanche, chaque partie peut faire en sorte que le loyer à l'entrée procure au bailleur – qui en notifiant une hausse, ou en s'opposant à une requête de baisse, qui en contestant le loyer initial, respectivement en s'opposant à une hausse – un rendement suffisant, mais non abusif. En s'abstenant de requérir l'adaptation du loyer à l'entrée, les parties manifestent donc que ce loyer leur convient. Si, maintenant, chacune d'elles a le loisir de requérir la modification du loyer à la sortie en se fondant sans limites sur la méthode absolue, comme si elles se situaient au début de leur bail, elles ont précisément ce droit à une « seconde chance » que la jurisprudence ne leur reconnaît pas. Alors même que les facteurs absolus pourraient ne pas avoir changé depuis le début de la période d'échelonnement, le locataire pourrait obtenir une baisse en-deçà du loyer à l'entrée, respectivement le bailleur voir approuver un loyer supérieur au loyer initial, ce qui est contraire à la fidélité contractuelle.

Partant, si l'on postule que le loyer à la sortie d'une période d'échelonnement ou d'indexation ne fournit pas une base fiable pour requérir une modification selon la méthode relative, cela ne doit pas conduire à permettre, voire prescrire, que la requête de modification intervenant à ce moment-là soit fondée sur la méthode absolue. Il faut au contraire fonder la méthode relative sur le seul loyer fiable que les parties se sont elles-mêmes donné, à savoir sur le loyer à l'entrée de la période d'échelonnement ou d'indexation, réputé suffisant et non abusif³⁹. Cela évite la conséquence choquante de la « seconde chance », permettant aux parties de faire révérifier le loyer à l'entrée alors même que les paramètres n'ont pas changé, au seul motif qu'un échelonnement ou une indexation sont intervenus dans l'intervalle. Par ailleurs, cela conduit à traiter de façon identique deux types de baux comportant un aléa égal, soit les baux à longue durée avec échelonnement ou indexation, et les baux à longue durée sans adaptation de loyer. Dans les deux cas, à la fin de la période, les parties peuvent requérir l'adaptation du loyer en fonction de la

³⁹ Pour un arrêt qui semble avoir appliqué cette méthode : CABL/GE du 20.11.1992 *in* CdB 1992, 117 s.

méthode relative, sur la base du loyer à l'entrée, peu importe la façon dont elles ont aménagé l'évolution du loyer à l'intérieur du terme.

II. Le contrôle par l'autorité administrative

Le contrôle du loyer suppose un loyer de référence, dont on a vu qu'en droit civil, il s'agit de la limite calculée selon une méthode absolue, et une procédure visant à comparer le loyer réel avec le loyer de référence, puis à adapter – totalement ou partiellement, en fonction des autres intérêts dont il y a lieu de tenir compte, comme la fidélité contractuelle – celui-là à celui-ci.

Le sujet nous amène ainsi à examiner également ce qu'il en est, dans le contrôle administratif du loyer, de l'évolution du loyer de référence dans le temps (A), puis des effets de ce loyer de référence sur le loyer réel, au fil du temps (B).

A. L'évolution du loyer de référence dans le temps

L'évolution du loyer de référence dans le temps pose deux questions distinctes. La première est celle de la durée de vie du loyer de référence, et donc du contrôle lui-même, dont on a vu qu'il est de durée indéfinie en droit civil, en ce qui concerne tant l'objet locatif que chaque relation contractuelle qui se noue à son sujet (1). Pendant sa durée de vie, il s'agit de voir comment il évolue (2).

1. La durée du contrôle

Le contrôle du loyer cause une atteinte sensible à la garantie de la propriété⁴⁰, voire à la liberté économique⁴¹. L'intensité de l'atteinte dépend à la fois de facteurs qualitatifs et quantitatifs ; l'intensité de l'atteinte croît non seulement lorsque le loyer de référence baisse, mais également à mesure que le contrôle s'allonge. En d'autres termes, l'intensité de l'atteinte est notamment tributaire de la durée du contrôle. La durée du contrôle est donc un paramètre qu'il faut justifier en regard de l'intérêt public invoqué et du principe de proportionnalité⁴².

L'intérêt public dont il est question relève de l'aménagement du territoire et de la politique sociale. Il s'agit de sauvegarder une certaine mixité sociale et de garantir l'existence de logements locatifs abordables en nombre suffisant.

⁴⁰ Art. 26 al. 1 Cst. féd.

⁴¹ Art. 27 Cst. féd.

⁴² Art. 36 Cst. féd.

Dans cette perspective, l'Etat peut accorder, *ex ante*, certaines facilités quant aux moyens à mettre en œuvre, qui justifient, *ex post*, un contrôle des résultats. Le Tribunal fédéral retient ainsi, dans l'arrêt Righi, que « [s]i, en visant des buts qui relèvent de la politique d'aménagement du territoire, l'Etat accorde certaines facilités, encore faut-il qu'il soit certain que les logements qui seront construits grâce à celles-ci seront effectivement offerts aux conditions envisagées »⁴³.

Ces facilités sont de deux ordres : elles sont financières (a) ou constructives (b).

a) *La durée du contrôle justifié par des facilités financières*

Les facilités accordées par l'Etat peuvent d'abord consister en des aides financières. A ce titre, le Tribunal fédéral retenait pertinemment, en 2009, que « [d]ans le cadre de sa politique sociale du logement, la collectivité publique peut accorder une aide financière à des propriétaires dans le but d'abaisser le montant des loyers et de répondre ainsi au besoin d'une partie de la population. Pour qu'elles puissent atteindre leur but, il est nécessaire que la collectivité publique ait la faculté d'exercer un contrôle sur la fixation des loyers »⁴⁴. Il s'agit, en d'autres termes, de vérifier que l'aide financière versée au bailleur atteint son but et profite aux locataires, par une baisse du loyer.

Dans certains cas, la loi paraît disposer que le contrôle exercé en contrepartie d'aides financières est illimité⁴⁵. Ces hypothèses nous paraissent être qualifiées improprement de contrôle des loyers, dès lors qu'un contrôle suppose l'existence d'un tiers qui supervise une relation entre deux parties. Or, dans les hypothèses visées, il s'agit de cas où la loi définit les loyers de logements détenus directement par l'Etat, ou par une entité par lui dotée. Il ne s'agit pas tant de contrôle sur un tiers que de fixer une politique de loyers, comme peut le faire tout propriétaire.

Hors ces hypothèses, un recensement révèle que les loyers sont contrôlés pendant la durée de la mesure d'encouragement financière⁴⁶. Par exemple, lorsqu'un prêt à taux préférentiel est accordé et doit être amorti en 25 ans, le contrôle dure 25 ans. Se pose alors la question de savoir si le propriétaire peut se libérer de façon anticipée en remboursant avant l'échéance les avantages reçus. Certaines législations l'interdisent, sauf dérogation exceptionnelle⁴⁷. La

⁴³ ATF 99 Ia 604 c. 5a.

⁴⁴ Arrêt 4A_267/2009 c. 2.2.

⁴⁵ LL/VD 18 III ; LUP/GE 2 II ; LGL/GE 2 III *cum* 2 II c.

⁴⁶ LOG 54 I ; LGL/GE 2 III *cum* 2 II b ; LAL/NE 19 II ; décret 832.12/NE 11 *cum* 2 I ; règlement 843.101/NE 9 I ; WRF/BS 10 IV.

⁴⁷ LL/VD 18 V et VI.

plupart le permettent, aménageant parfois une durée minimale du contrôle, soit en prévoyant que le prêt ne peut pas être remboursé avant une durée minimum incompressible, soit en disposant que le contrôle est maintenu pendant une durée minimale nonobstant un remboursement antérieur des facilités concédées⁴⁸.

Quand bien même il s'agit d'un contrat, le propriétaire étant libre de faire appel aux moyens financiers de l'Etat conditionnés au contrôle, ou non, l'Etat ne peut pas subordonner les facilités qu'il accorde à un contrôle illimité, charge au marché de définir s'il se trouve des propriétaires intéressés. Dans un arrêt du 16 décembre 1986, le Tribunal fédéral a exclu l'institution d'un contrôle permanent des loyers lorsque l'aide est limitée dans le temps, précisant qu'« [à] cela, on ne saurait objecter que le constructeur qui a accepté l'aide en a accepté les conditions : il n'est en effet pas admissible qu'une prestation de l'Etat renferme des conditions sans rapport raisonnable avec celle-ci et sans tenir compte de sa nature et de sa durée »⁴⁹.

b) *La durée du contrôle justifié par des facilités constructives*

Les facilités accordées par l'Etat au propriétaire peuvent aussi être constructives. Dans son récent arrêt Longchamp relatif à l'initiative dite « contre les magouilles immobilières », le Tribunal fédéral a considéré qu'« [e]n zone de développement, les mesures de contrôle de l'Etat sur les prix de vente ou les loyers ou les autres conditions posées à l'acquisition d'un appartement apparaissent comme une contrepartie à l'intervention étatique : celle-ci a en effet permis, par le déclassement et l'application de règles spécifiques à ce type de zone, une plus-value foncière, une densification des surfaces et une construction à un coût modéré. Dans ce cas, l'Etat peut dès lors poser certaines conditions propres à la réalisation d'un intérêt public déterminé »⁵⁰.

C'est le même raisonnement qui justifie le contrôle du loyer des appartements rénovés ou nouvellement créés dans les combles. Dans la mesure où ces activités constructives ne sont permises que sur la base d'une « autorisation exceptionnelle », le Tribunal fédéral a décidé que l'Etat peut, en contrepartie, contrôler les loyers à la sortie⁵¹.

Le Tribunal fédéral nous paraît ici faire un raccourci. Contrairement aux facilités financières, auxquelles le propriétaire individuel n'a aucun droit avant que la loi ne prévoie la mesure d'incitation correspondante, les « facilités constructives » octroyées par l'Etat consistent en réalité en un relâchement de son

⁴⁸ Décret 841.111/NE 1 ; décret 841.25/NE 5 IV ; LCAP 46 I ; décret 843.12/NE 12.

⁴⁹ Arrêt non publié du 16.12.1986 c. 4a in SJ 1988 625 ss.

⁵⁰ Arrêts 1C_223, 225, 289/2014 c. 4.4.1, confirmé par l'arrêt 1C_529/2015 c. 4.4.

⁵¹ ATF 116 Ia 401 c. 11a.

contrôle, permettant au propriétaire d'exercer des prérogatives constructives découlant naturellement de son droit de propriété, et dont il était privé jusque-là. Il faut dès lors distinguer deux situations : celle où l'Etat aurait pu maintenir la mesure d'interdiction complète, déjà suffisamment justifiée par un intérêt public (comme, p. ex., le maintien en zone agricole), et celle où le maintien illimité d'une mesure d'interdiction constructive serait disproportionné en soi.

Dans la première situation, le déclassement est un avantage de même nature qu'une facilité financière, et sa proportionnalité s'évalue en fonction de la valeur de l'avantage concédé. La pureté des principes cède ici pragmatiquement la place à un certain schématisme, et les diverses lois prévoient un nombre d'années réputé correspondre à la valeur de l'avantage acquis : 10 ans⁵², ou 25 ans⁵³.

Dans la seconde situation, le propriétaire a en réalité un droit à la construction, et la proportionnalité de la durée du contrôle des loyers ne se mesure pas à la valeur de l'avantage concédé, mais directement en fonction de ce qui est nécessaire et proportionné pour atteindre le but d'intérêt public voulu. Ce contrôle est alors plus court, allant de 3 à 10 ans à Genève⁵⁴, et limité dans le Canton de Vaud à la première mise en location, si l'application des règles du CO suffit pour le surplus⁵⁵, le plafond étant de 10 ans⁵⁶.

Par ailleurs, le contrôle des loyers est *ad rem*, et non *ad personam*. La loi vaudoise prévoit toutefois une modulation à ce principe, dès lors qu'en cas de changement de propriétaire, on vérifie à nouveau si la situation de fait qui a justifié le contrôle au début, soit la pénurie de logements abordables, prévaut toujours⁵⁷.

2. L'évolution de la limite

Il y a ensuite lieu d'examiner la définition du loyer de référence (a), puis la variation de celui-ci dans le temps (b).

a) *La définition de la limite initiale*

L'autorité administrative doit fixer les loyers initiaux en fonction de certains principes (i). L'écoulement du temps, entre la première fixation et le moment

⁵² LGZD/GE 5 III.

⁵³ LAL/NE 19 I.

⁵⁴ LDTR/GE 12.

⁵⁵ RDTR/VD 15 I.

⁵⁶ LDTR/VD 4 III.

⁵⁷ LDTR/VD 5 III.

où les locataires peuvent entrer en jouissance, rend nécessaire certains ajustements (ii).

i) *Principes généraux*

Partant du postulat d'un loyer tributaire des coûts, le contrôle administratif sur les loyers s'exerce à un double niveau : indirectement, en contrôlant les coûts de construction⁵⁸, et directement, en fixant le loyer admissible sur la base des coûts⁵⁹. Au demeurant, ce contrôle indirect du loyer par le contrôle des coûts n'est pas totalement inconnu du droit civil, qui prévoit qu'un rendement d'un taux admissible lorsqu'on le rapporte au prix d'acquisition reste néanmoins excessif lorsqu'il résulte d'un prix d'acquisition exagéré. Le contrôle administratif sur les coûts est toutefois plus efficace et plus exhaustif : il ne porte pas seulement sur le prix d'acquisition, mais aussi sur le prix de construction, et il fixe un coût raisonnable au lieu de se contenter d'intervenir s'il est manifestement exagéré.

Le Tribunal fédéral a décidé que la définition du loyer initial, seconde étape – après le contrôle indirect via les coûts – du contrôle administratif sur les loyers, doit répondre aux réquisits de l'art. 269 CO. Cela implique que le loyer initial fixé par l'autorité administrative doit l'être en fonction des coûts, et que ce loyer, conformément à l'art. 2 al. 2 OBLF, ne doit pas être abusif au sens de l'art. 269 CO⁶⁰. S'il paraît certain que le loyer ne peut pas être fixé en fonction du marché, il n'est pas clair si l'autorité administrative peut appliquer la méthode des rendements bruts fondée sur l'art. 269b lit. c CO, ou si elle doit se référer d'entrée au rendement net. L'art. 2 al. 2 OBLF et la formulation de l'arrêt topique paraissent conduire à la seconde solution, tandis que la première paraît plus juste en regard de l'art. 253b CO (l'art. 269b lit. c CO n'est en effet pas une norme relative à la contestation des loyers) et de la *ratio*.

Il en résulte certains points de friction avec les méthodes de calcul prescrites par les lois administratives topiques. Ainsi, la pratique administrative permet un prix unitaire standard par pièce, pour autant que le coût de construction ressortant du plan financier soit d'un montant fixé. Ce point de friction peut être résolu en aval, puisque cette pratique ne détermine que l'accord de principe, délivré avant la construction, et que les loyers peuvent encore être modifiés dans l'accord définitif⁶¹.

D'autres points de friction sont plus problématiques. Ainsi, le rendement admissible sur les fonds propres selon l'art. 269 CO a été fixé par le Tribunal

⁵⁸ LOG 8 ; OLCAP 51 ss ; indirectement, LDTR/VD 4 III (cf. CDAP FO.2006.0016) ; PA/SI/0005.03.

⁵⁹ P. ex. LGL/GE 42 II ; LDTR/GE 14 I.

⁶⁰ Arrêt 1C_500/2013.

⁶¹ PA/SI/0005.03.

fédéral de façon générale à un demi-point au-dessus du taux hypothécaire de référence. Or, les normes administratives permettent un rendement supérieur⁶². Certaines formules permettent la prise en compte des amortissements sur le capital investi⁶³, ce que ne permet pas la jurisprudence relative à l'art. 269 CO⁶⁴. Quant à l'entretien, la majorité des formules de droit administratif prescrit un calcul forfaitaire⁶⁵, tandis que la jurisprudence relative à l'art. 269 CO exige la preuve des coûts effectifs. Enfin, l'ordonnance fédérale encourageant le logement à loyer ou à prix modérés permet des compensations entre logements⁶⁶, ce qui est interdit par la jurisprudence relative à l'art. 269 CO ; mais il est vrai que le problème est relativisé par le fait que la jurisprudence civile reconnaît aussi au bailleur une large marge de manœuvre quant à la formule de répartition des coûts globaux sur les logements individuels⁶⁷.

ii) *L'adaptation avant l'entrée en vigueur*

Le contrôle administratif souhaite à la fois fixer des prescriptions sur les loyers *ex ante* (avant la construction), par souci de permettre au propriétaire de voir où il va, ce qui suppose de se baser sur des estimations, et régir les loyers sur la base des chiffres réels constatés *ex post* (une fois la construction achevée). Cela suppose donc un ajustement du loyer initial en raison de l'écoulement du temps, en vertu duquel le futur devient passé, et les pronostics cèdent le pas aux certitudes.

Certaines lois formalisent ce passage en prévoyant un système d'accord de principe, suivi d'une décision définitive⁶⁸. Par ailleurs, les lois topiques prévoient plusieurs mécanismes permettant de surveiller l'évolution réelle des coûts au fur et à mesure de la construction pour éviter tout dérapage, et parvenir à un loyer initial exact, soit :

- a) une obligation de signalement⁶⁹ ;
- b) un contrôle du bien-fondé⁷⁰ ;

⁶² À Genève, la PA/SI/004.03 permet des rendements initiaux allant de 4,5 % à 7 % selon le type d'opération et de financement, alors que le taux hypothécaire de référence s'établit actuellement à 1,75 % ; dans le Canton de Vaud, le rendement peut aller jusqu'à 1 % au-dessus du taux de référence, RLL/VD 21 II a ; *cf.*, aussi RAL2/NE 26 a.

⁶³ P. ex. RAL2/NE 26 c ; RLL/VD 21 II c.

⁶⁴ ATF 125 III 421 c. 4d.

⁶⁵ OLOG 8 VI ; RLL/VD 21 II d ; RAL2/NE 26 d ; LDTR/GE 11 I c.

⁶⁶ OLOG 9, 10 II.

⁶⁷ ATF 139 III 211 c. 1.2.

⁶⁸ OLOG 58 ; RGL/GE 66-78.

⁶⁹ *Cf.* p. ex. LGL/GE 27 phr. 2 : « [t]oute modification qui intervient en cours de construction doit être signalée et faire, le cas échéant, l'objet d'un nouvel agrément » (similaire, RDTR/VD 18 I).

c) un contrôle des coûts réels⁷¹ ;

L'écoulement du temps entre l'autorisation administrative et l'entrée en vigueur du contrôle des loyers induit une seconde possibilité de divergence. Il ne s'agit pas seulement du fait que les paramètres fixés initialement ne sont qu'estimés, que l'on passe du flou à la certitude. Il peut aussi y avoir un changement réel de la situation de fait qui sert à fixer les loyers.

Un exemple patent est celui de la fixation du loyer après travaux de rénovation sur la base de la LDTR/GE. A Genève, le loyer autorisé après travaux est soumis à un double maximum. D'une part, il ne doit pas augmenter au-delà de ce qui est nécessaire pour amortir et renter équitablement le coût des travaux, en tenant compte de leur entretien et de tous les facteurs de hausse et de baisse à prendre en considération selon le code des obligations⁷². D'autre part, le loyer après travaux doit répondre aux besoins prépondérants de la population, si le loyer avant travaux y répond⁷³, respectivement ne pas augmenter, en principe⁷⁴, si le loyer avant travaux ne répond déjà plus aux besoins prépondérants⁷⁵, étant précisé que dans les deux cas, ce second plafond en termes de loyer est légèrement rehaussé si la transformation a une incidence énergétique⁷⁶.

Il peut ainsi se produire, lorsque les travaux tardent à démarrer ou qu'ils se prolongent, que le propriétaire parvienne à relouer, après la fixation du loyer mais avant la fin des travaux, un appartement concerné par les travaux, et ce propriétaire peut se demander si cette évolution justifie une adaptation de la limite applicable après la fin des travaux (dès lors que cette limite avait été fixée sur la base d'un loyer initial qui n'est plus d'actualité). La jurisprudence semble ne pas avoir encore répondu à cette question.

D'une façon générale, la procédure que doit suivre le Département est régie par les art. 2 à 4 LCI⁷⁷, subsidiairement par la Loi sur la procédure administrative (LPA)⁷⁸. L'art. 48 al. 1 LPA, qui est donc applicable en matière de

⁷⁰ Cf. p. ex. RDTR/VD 18 II : « [s]eulement les modifications de projet et les imprévus justifiés sont pris en considération ».

⁷¹ Cf. p. ex. LDTR/VD 6 : « [l]e département peut exiger qu'au terme des travaux de démolition, de transformation ou de rénovation un décompte final lui soit présenté » ; similaire, RLL/VD 18 II.

⁷² Art. 11 al. 1 LDTR.

⁷³ Art. 11 al. 2 LDTR.

⁷⁴ Cf. art. 11 al. 3 LDTR *in fine*.

⁷⁵ Art. 11 al. 3 LDTR .

⁷⁶ Art. 9 al. 6 LDTR.

⁷⁷ Art. 40 al. 1 LDTR.

⁷⁸ Art. 1 al. 1 et 5 lit. c LPA ; implicitement, ATA/642/2013 c. 7.

LDTR⁷⁹, permet notamment de demander la reconsidération de décisions prises par les autorités administratives lorsque les circonstances se sont modifiées dans une mesure notable depuis la première décision. Cette norme concrétise le droit de tout administré, que la jurisprudence du Tribunal fédéral avait déjà déduit de l'interdiction du déni de justice et du droit d'être entendu, à ce qu'une décision administrative soit adaptée lorsqu'elle est devenue erronée en raison d'un changement de circonstances⁸⁰. Dans un arrêt ATA/242/2011 du 12 avril 2011, par exemple, la Chambre administrative de la Cour de justice de Genève a considéré que la demande en reconsidération des droits d'enregistrement d'une acquisition immobilière était *a priori* recevable dès lors que, postérieurement à la notification du bordereau, le prix de vente a été modifié en raison de la baisse du prix de vente intervenue ultérieurement, la surface du balcon étant en réalité plus petite que stipulée dans l'acte de vente initial.

Le changement du loyer initial avant la fin des travaux, sur la base duquel le loyer après travaux est calculé, est une « modification » des circonstances après l'entrée en force de la décision litigieuse. Elle est par ailleurs « notable » au sens de l'art. 48 al. 1 lit. b LPA, dès lors qu'il y aurait une perte de gain sensible si l'on n'en tenait pas compte pour fixer le loyer après travaux. On n'entrevoit par ailleurs pas d'arguments tenant à la sécurité du droit ou à l'interdiction de l'abus de droit qui commanderaient de ne pas entrer en matière. Partant, une demande en reconsidération de la fixation des loyers maximum après travaux, sur cette base, doit donc être recevable. Il reste à déterminer si l'autorité doit y faire droit.

A notre sens, le Département doit accepter d'augmenter les loyers maximum après travaux lorsque la hausse du loyer se fonde sur un des facteurs de hausse prévus par les art. 269 ss CO. Une telle adaptation est en effet permise pendant la période de contrôle, en vertu de l'art. 14 al. 2 LDTR ; *a fortiori* doit-elle l'être avant.

Le seul cas qui pose éventuellement problème est celui d'une hausse du loyer alors même qu'il n'y a pas de motif de hausse au sens des art. 269 ss CO ; on peut penser au cas de figure de l'appartement libéré après l'entrée en force de l'autorisation de transformer, et que le requérant parvient à relouer plus cher, conformément au marché, ou encore à celui d'une hausse modeste signifiée à un locataire en place sans motifs légaux, mais que le locataire en ques-

⁷⁹ Plusieurs arrêts montrent que le DALE, respectivement ses prédécesseurs, entre en matière sur des demandes en reconsidération dans des affaires relevant de la LDTR (Cf. p. ex. ATA/216/2003 du 15 avril 2003, en fait, ch. 14 ; ATA/700/2000 du 14 novembre 2000, en fait, ch. 12 s.).

⁸⁰ ATF 100 Ib 368 c. 3a ; Ulrich HÄFELIN/Georg MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4^{ème} éd., Zurich 2002, § 1833.

tion renonce à contester. En effet, on ne peut alors pas raisonner *a fortiori* sur la base de l'art. 14 al. 2 LDTR.

Dans ce cas de figure, surtout pour les objets dont le loyer est supérieur à celui qui correspond aux besoins prépondérants de la population, si bien qu'il ne varie guère après travaux, le Département peut soupçonner le requérant d'être parvenu à relouer son objet plus cher en se prévalant déjà des travaux qui allaient intervenir à brève échéance. Si le Département permettait au requérant de faire adapter le loyer maximum après travaux à la hausse dans une telle hypothèse, cela reviendrait à éluder la LDTR. En effet, le propriétaire serait alors effectivement parvenu, en quelque sorte par anticipation, à augmenter le loyer en raison des transformations à intervenir, alors même que, par hypothèse, le loyer précédent lui permettait déjà de supporter économiquement le coût des travaux⁸¹.

Tout est alors affaire d'espèce. Théoriquement, le Département devrait instruire la cause pour vérifier si le requérant est parvenu à faire accepter un loyer plus élevé sans référence aux travaux, ou si, au contraire, il a convaincu le locataire d'accepter le nouveau loyer en mettant en avant – ne fût-ce qu'oralement, et parmi d'autres arguments – les travaux promis. Dans le premier cas, le loyer maximum après travaux devrait être rehaussé ; dans le second, une augmentation pourrait au contraire être refusée.

On doute que le Département auditionne le locataire en question ; il fera son opinion sur la base du dossier. Dans cette perspective, et dans le cas d'une relocation, plusieurs indices peuvent révéler que le bailleur est bien parvenu à relouer l'existant à meilleur prix, sans se prévaloir vis-à-vis du nouveau locataire de la transformation à intervenir : un rafraîchissement léger de l'appartement, avant la transformation proprement dite, au moyen de travaux d'entretien (peinture des murs, ponçage du parquet) ; une clause contractuelle prévoyant expressément que l'appartement est loué en l'état ; un loyer comportant un échelon au bout de la période de contrôle, ce qui rendra vraisemblable que le loyer de base correspond à l'existant, loué à meilleur prix, tandis que les travaux qui interviendront dans l'intervalle ne justifieront (que) l'échelon. La présence de ces indices améliore les chances d'obtenir un rehaussement du loyer maximum après travaux.

b) *L'évolution à l'intérieur de la période de contrôle*

Une fois déterminé, le loyer de référence ne reste pas nécessairement fixé pour la durée du contrôle, mais peut évoluer au fil du temps, en vertu de para-

⁸¹ Cf. art. 11 al. 3 *in fine* LDTR.

mètres spécifiques au droit administratif (i) et des paramètres déjà pertinents en droit civil (ii).

i) *Les paramètres spécifiques au contrôle administratif*

L'octroi d'un avantage financier n'est pas toujours linéaire, ou à fonds perdus. Certaines aides à fonds perdus sont dégressives. Nombreuses sont les aides qui doivent être remboursées. Dans l'un et l'autre cas, la prise en charge, par la collectivité, d'une partie du montant nécessaire pour renter l'investissement décroît, ce qui justifie une augmentation concomitante du loyer admissible. Les lois topiques prévoient un mécanisme de cet ordre⁸².

ii) *La prise en compte des paramètres connus du droit civil*

Dans la mesure où le loyer maximum admissible est fondé sur les coûts, il y a lieu de l'adapter lorsque ces coûts varient. La jurisprudence prévoit cependant une exception à ce principe : en cas de plan d'échelonnement, il est exclu d'adapter le loyer de référence autrement que pour l'adapter à l'échelonnement convenu *ex ante*⁸³.

Certaines lois font tout simplement référence à la méthode d'adaptation relative prévue par le droit civil⁸⁴. D'autres proposent un calcul spécifique⁸⁵. Enfin, on trouve aussi des lois qui mentionnent simplement la nécessité d'adapter le loyer en fonction des coûts, laissant à la pratique le soin de déterminer la méthode applicable⁸⁶.

Certaines lois prévoient un fonds de régulation des loyers, destiné à amortir les variations du taux hypothécaire. Lorsque le taux hypothécaire descend, le surplus de rendement n'est pas restitué au locataire via une baisse de loyers, mais affecté à un fonds, qui vient ensuite compenser des hausses du même taux au-delà de son niveau initial⁸⁷.

La nouveauté sur cet aspect découle de l'arrêt 1C_500/2013 rendu par le Tribunal fédéral en date du 25 septembre 2014. Selon cet arrêt, tranchant une controverse doctrinale, le loyer des objets locatifs qui ont fait l'objet d'un soutien des pouvoirs publics et dont le loyer est contrôlé par une autorité administrative doit néanmoins être conforme aux prescriptions matérielles découlant

⁸² OLCAP 21 II (*cf.* arrêt 2C_524/2014) ; LGL/GE 42 I *cum* 23 I ; RLL/VD 23 *cum* 24 I ; RAL/NE 15 II, RAL2/NE 28 *cum* 29 I.

⁸³ RAL/NE 9 I ; OLCAP 17a tel que précisé par ATF 129 II 125 c. 2.6.4.

⁸⁴ RAL/NE 9 II ; LDTR/GE 14 II.

⁸⁵ OLOG 11 I ; RLL/VD 20 I *cum* 24 ; LGL/GE 42 I.

⁸⁶ Décret 843.10/NE 6.

⁸⁷ RLL/VD 20a ou 22 ; RAL2/NE 27.

de l'art. 269 CO ; ce sont seulement les mécanismes civils de contestation du loyer dont l'application est exclue par l'art. 253b CO, de façon à éviter un contrôle qui ferait doublon avec celui de l'autorité administrative, réputé plus incisif. Le loyer admissible pour des objets de ce type doit donc se conformer à un double maximum : il doit non seulement répondre aux prescriptions des lois topiques, mais également à celles de l'art. 269 CO, tout au long de la relation contractuelle, celles-ci primant celles-là en cas de conflit en raison de la force dérogoratoire du droit fédéral.

Il reste alors à déterminer dans quelle mesure l'explicitation jurisprudentielle de la notion de rendement excessif, développée en vue de l'application de l'art. 269 CO dans un contexte de droit privé, doit être transposée lorsqu'il est question du contrôle d'un loyer... déjà contrôlé par l'autorité administrative sur la base de critères qui lui sont propres. Le Tribunal fédéral, dans l'arrêt cité, invite en tout cas l'autorité à tenir compte, dans son appréciation, des « éléments pertinents survenus pendant toute la période d'aide des pouvoirs publics »⁸⁸, soit notamment les efforts consentis dans la durée par les collectivités publiques et le propriétaire⁸⁹.

Selon les Prof. François Bellanger et Valérie Défago Gaudin et Me David Lachat, les contraintes spécifiques supportées par les bailleurs dont le bien loué fait l'objet d'un contrôle administratif (p. ex., la détermination du rendement admissible sur les fonds propres une fois pour toutes au début de la période de contrôle, pour l'entier de celle-ci, l'absence de réévaluation des fonds propres au fil du temps et le risque de défaillance accru des locataires débiteurs tenant au fait que le bailleur doit offrir ses logements à des candidats respectant le taux d'effort imposé par la loi) ne permettent pas une transposition sans autres du taux de 0,5 % au-dessus du taux hypothécaire de référence aux objets soumis au contrôle cantonal genevois des loyers⁹⁰.

Dans un arrêt ATA/845/2016 du 11 octobre 2016, la Chambre administrative de la Cour de justice de Genève leur a emboîté le pas. Enumérant les nombreuses contraintes auxquelles doit se soumettre le propriétaire d'immeubles dont le loyer est contrôlé par l'Etat, constatant par ailleurs que le contrôle généralisé a une incidence sensiblement plus grande sur le droit de propriété du bailleur que le système de surveillance institué par le CO, et rappelant que le rendement n'est pas adapté au prix de vente en cas de revente pendant la pé-

⁸⁸ Arrêt 1C_500/2013 c. 3.2.2.

⁸⁹ TC, 1C_500/2013 c. 3.2.

⁹⁰ François BELLANGER/Valérie DÉFAGO GAUDIN, Les loyers contrôlés par l'Etat peuvent-ils être abusifs ?, *in* SJ 2015 I 214 ss, p. 217 s. ; Valérie DÉFAGO GAUDIN, Note sur l'arrêt 1C_500/2013 *in* DB 2015 p. 29 ss, p. 31 ; David LACHAT, Rendement des immeubles subventionnés : un arrêt qui agite la Genève immobilière, *in* Regards de Marathonien sur le droit suisse – Mélanges publiés à l'occasion du 20^e « Marathon du droit », Genève 2015, p. 161 ss.

riode de contrôle, la Chambre administrative parvient à la conclusion que le bailleur de logements contrôlés par l'Etat peut prétendre, à l'aune de l'art. 269 CO, à un rendement plus élevé sur ses fonds propres que 0,5 %⁹¹. Par ailleurs, c'est bien le loyer payé par le locataire, et non le revenu global perçu par le bailleur, subventions incluses, dont il faut se demander s'il procure un rendement dépassant ce taux⁹². Ayant posé ces principes, la Chambre administrative a annulé la décision autorisant le loyer contesté – parce qu'elle se fondait sur les seuls critères de droit administratif – et renvoyé le dossier à l'autorité administrative pour un nouveau calcul.

On peut par ailleurs comprendre la référence du Tribunal fédéral aux efforts consentis par le propriétaire dans la durée à une possibilité de compensation dans le temps ; une fois fixé le taux de rendement admissible, un rendement supérieur à un instant *t* pourrait encore être concédé au bailleur à condition que le bailleur ait toléré un rendement inférieur auparavant, pendant les premières années du contrôle, l'idée étant de s'assurer que le rendement soit non abusif lorsqu'on le considère sur l'ensemble de la période. Dans son arrêt du 11 octobre 2016, déjà cité, la Chambre administrative a toutefois rejeté ce point de vue et décidé que « [l']application conjointe des mécanismes de la LGL et de la limite fixée par l'art. 269 CO implique que les loyers restent en-dessous du seuil considéré comme abusif au sens de cette disposition pendant toute la période de subventionnement, et cela même si ces derniers ne sont en définitive pas fixés selon les méthodes de calcul du rendement prévu par la jurisprudence applicable aux litiges civils, mais selon d'autres critères propres à la LGL »⁹³. La Chambre administrative nous paraît ici trop stricte. Même en droit civil, il est possible de justifier un rendement excédant le taux admis lorsqu'il compense des rendements antérieurs plus bas, dans le contexte d'un plan de hausses⁹⁴. Certes, le mécanisme de la LGL ne prévoit pas de plan de hausses communiqué *ex ante*, mais le contrôle permanent de l'autorité, pendant la période, procure d'une autre manière la sécurité et la prévisibilité visées.

B. L'adaptation du loyer à la limite

Une fois définie la façon dont le loyer de référence évolue, il reste à voir comment, et à qui, les parties peuvent demander l'adaptation du loyer réel à ce loyer de référence (1), et ce qu'il en est pour la période postérieure au contrôle (2).

⁹¹ ATA/847/2016 c. 12.

⁹² ATA/847/2016 c. 13.

⁹³ ATA/847/2016 c. 15.

⁹⁴ Art. 269a lit. d CO.

1. L'adaptation du loyer réel au loyer de référence

Les lois spécifiques instaurent une autorité administrative chargée de contrôler le loyer, et qui a le pouvoir d'imposer aux parties à la relation de bail une modification du loyer, de façon qu'il épouse le loyer de référence. Il reste à définir la mécanique de son intervention. A cet égard, il faut vérifier si les prescriptions précises qui existent dans les lois spécifiques (a) permettent aussi au locataire de faire contrôler que le loyer de l'objet locatif contrôlé par l'autorité administrative ne soit pas, non plus, abusif au sens de l'art. 269 CO, comme le prescrit l'arrêt 1C_500/2013 (b).

a) Les mécanismes de droit administratif

L'autorité administrative est mise en œuvre de diverses façons, selon les lois applicables, étant précisé que plusieurs mécanismes peuvent se cumuler :

- a) intervention d'office⁹⁵, parfois à une fréquence prescrite⁹⁶ ;
- b) à la demande du bailleur⁹⁷ ;
- c) à la demande du locataire⁹⁸.

Lorsque l'adaptation est faite d'office ou intervient à la demande du bailleur, la décision d'adaptation est notifiée au locataire, qui a la possibilité de la contester⁹⁹.

b) La vérification de l'adéquation des loyers à l'art 269 CO

La vérification de l'adéquation des loyers contrôlés par l'Etat à la limite découlant de l'art. 269 CO, qui doit être opérée selon l'arrêt 1C_500/2013, soulève plusieurs problèmes épineux.

Le premier problème porte sur le moment de cette vérification. Selon certains auteurs, un contrôle *ex ante* des loyers contrôlés sous l'angle de l'art. 269 CO n'est pas praticable ; en effet, le Tribunal fédéral demande au juge de tenir compte des efforts consentis dans la durée par les pouvoirs publics et le propriétaire, ce qu'il n'est pas possible de faire de façon fiable à l'entrée du contrôle¹⁰⁰. Cela étant, le Tribunal fédéral lui-même, dans l'arrêt précité, semble subordonner la vérification en cours de bail aux seules situations dans les-

⁹⁵ LGL/GE 42 VI ; RLL/VD 23 I.

⁹⁶ RLL/VD 20, 23.

⁹⁷ OLOG 11 I ; LGL/GE 42 VI ou 43 ; LDTR/GE 14 II.

⁹⁸ LOG 54 II ; OLCAP 17a ; LGL/GE 42 VI ou 44.

⁹⁹ OLOG 12 ; LGL/GE 42 VII ; RLL/VD 25 ; RAL2/NE 29.

¹⁰⁰ François BELLANGER/Valérie DÉFAGO GAUDIN (note 90), p. 218.

quelles le locataire ne reçoit pas, à son entrée dans les lieux, un plan de hausses ; lorsqu'il reçoit un tel plan, c'est au début de la relation qu'il devrait contester le caractère abusif du loyer¹⁰¹.

Le deuxième problème porte sur la question de la fréquence de cette vérification. Le Tribunal fédéral semble admettre qu'il serait excessif d'exiger de l'autorité qu'elle procède systématiquement à la vérification à l'aune de l'art. 269 CO, à chaque fixation de loyer¹⁰². Le locataire semble ainsi se voir concéder une sorte de « bon » pour une vérification de l'adéquation de son loyer aux critères de l'art. 269 CO, dont il pourrait user à un moment de son choix, au cours de la période de contrôle. Cela étant, le Tribunal fédéral n'exclut pas, non plus, qu'une première vérification puisse être suivie d'autres, pour autant qu'un temps raisonnable se soit écoulé depuis la précédente.

Dans la mesure où le droit administratif met à disposition du locataire un mécanisme d'adaptation du loyer pour requérir une baisse de loyer au cours de la période de contrôle, il semble raisonnable d'inviter le locataire à faire usage de celui-ci. Il n'y a pas besoin de permettre au locataire de saisir l'autorité administrative au moyen d'une requête ad hoc, faisant abstraction de certaines contraintes (temporelles ou formelles) qu'impose le mécanisme administratif. Il paraît aussi concevable de permettre au locataire de se prévaloir de l'art. 269 CO comme moyen de défense, lorsque le bailleur a saisi l'autorité d'une demande d'augmentation de l'état locatif, fondée, par exemple, sur une baisse des subventions.

Une quatrième question est celle du pouvoir d'examen dans le temps de l'autorité administrative saisie d'une requête de mise en conformité du loyer avec l'art. 269 CO. L'autorité peut-elle seulement fixer le loyer *in futurum*, ou est-elle compétente pour effectuer un examen rétroactif, de façon à corriger un éventuel excès perçu par le passé ? Dans l'arrêt 1C_500/2013, le Tribunal fédéral, citant l'ATF 129 II 125 rendu au sujet de la LCAP, semble bel et bien admettre une vérification rétroactive, avec restitution de l'éventuel trop-perçu¹⁰³ ; le Tribunal fédéral paraît concevoir la possibilité d'un examen rétroactif comme une contrepartie au fait que cet examen ne doit pas nécessairement intervenir à chaque fixation administrative du loyer.

Ce considérant nous paraît éminemment contestable. Premièrement, la possibilité d'un examen rétrospectif, assorti d'une restitution de l'éventuel trop-perçu, ne peut se fonder sur l'art. 269 CO, pure norme de droit matériel. Elle ne peut pas, non plus, se fonder sur la LCAP pour les immeubles non as-

¹⁰¹ Arrêt 1C_500/2013 c. 3.2.1.

¹⁰² Arrêt 1C_500/2013 c. 3.2.

¹⁰³ Arrêt 1C_500/2013 c. 3.2.2.

sujettis à cette loi. En fin de compte, une vérification rétrospective à l'aune de l'art. 269 CO, assortie d'une obligation de restituer le trop-perçu, ne peut pas être autorisée, voire prescrite, une fois pour toutes, mais est tributaire de la loi spéciale auquel l'immeuble contrôlé est assujéti. Deuxièmement, comme il a été vu ci-dessus, le locataire, en droit civil, n'a pas droit à un contrôle rétrospectif du loyer ; la fixation du loyer par le juge intervient toujours *in futurum*. Ainsi, la combinaison d'un contrôle rétroactif de droit administratif (prévu – s'il existe ! – pour faire respecter d'autres critères que l'interdiction du rendement excessif) avec l'interdiction, de droit civil, du rendement excessif (non assorti d'un contrôle rétroactif en droit civil) n'est pas sans évoquer la créature du Dr. Frankenstein. Étendre le critère matériel de l'art. 269 CO aux loyers contrôlés par l'Etat finit par imposer aux bailleurs contrôlés par les pouvoirs publics une contrainte allant plus loin encore que droit civil et droit administratif ne l'ont prévu. Il est largement suffisant, si l'on part du principe que l'art. 269 CO s'applique également aux loyers contrôlés, que l'on étende aux locataires concernés le droit de requérir une adaptation de leur loyer pour *l'avenir* en fonction de ce critère. Cela pose aussi moins de problèmes pratiques, notamment en cas de changement de propriétaire, et limite l'insécurité économique supportée par le bailleur.

2. *Les effets du loyer de référence au-delà de la période de contrôle*

Comme cela a été brièvement évoqué ci-dessus¹⁰⁴, la jurisprudence considère qu'à l'issue d'une période de contrôle des loyers par l'autorité administrative, les parties peuvent se prévaloir de la méthode absolue pour fixer le loyer. Le Tribunal fédéral avait justifié cette solution en expliquant que, dans la mesure où le loyer est fixé par l'autorité selon des critères qui lui sont propres pendant la durée du contrôle, le bailleur, qui ne fait que se conformer à la décision administrative, n'éveille pas chez le locataire la confiance qu'il considère le loyer comme justifié¹⁰⁵ ; il n'y a donc pas de raison de tenir compte de la fidélité contractuelle et privilégier la méthode relative à la méthode absolue. Dans cette perspective, le loyer de référence, défini par le droit administratif, n'a potentiellement aucun effet sur la suite de la relation de bail.

Le Tribunal fédéral a toutefois laissé entendre qu'il pourrait revenir sur cette jurisprudence, dès lors qu'il est désormais reconnu que le locataire peut, même pendant la durée du contrôle administratif, faire contrôler le loyer à l'aune de l'art. 269 CO¹⁰⁶. Il n'est donc pas exclu que le loyer à la sortie du contrôle administratif serve de référence à des adaptations ultérieures, à tout le

¹⁰⁴ Cf. ci-dessus, section I/B/2.

¹⁰⁵ ATF 117 II 77

¹⁰⁶ ATF 142 III 568 c. 1.4., se fondant sur l'arrêt 1C_500/2013.

moins lorsqu'il a été tenu compte de l'art. 269 CO à l'occasion d'adaptations de loyer proches de la sortie¹⁰⁷.

Quant au loyer à l'issue d'une période de contrôle ensuite d'une transformation, conformément à la LDTR, il ne peut certes pas être fixé selon la méthode absolue. Cela n'implique pas forcément qu'il serve de base à des adaptations futures du loyer. En effet, le Tribunal fédéral a confirmé que le bailleur pouvait convenir d'un bail à loyers échelonnés, avec le premier échelon prenant effet à l'issue de la période de contrôle¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Plaidant pour un maintien de la possibilité d'une fixation du loyer après le contrôle selon la méthode absolue, malgré la possibilité d'une vérification à l'aune de l'art. 269 CO pendant celui-ci : Patricia DIETSCHY-MARTENET, Note sur l'arrêt 4A_559/2015 *in* DB 2016 p. 41 ss, p. 43.

¹⁰⁸ Arrêt 1C_184/2013.

La responsabilité du propriétaire d'immeuble dans le temps

NICOLAS KUONEN

*Docteur en droit, Avocat au barreau de Genève,
Chargé de cours à l'Université de Fribourg*

I. Responsabilité du propriétaire d'immeuble : introduction et généralités

1. La notion de propriété, immobilière en particulier, évoque la stabilité et la résistance au temps. Stabilité et résistance évoquent la position passive et défensive à la fois de ce qui demeure tel qu'il est. Pourtant, le temps qui passe, nécessairement, investit le propriétaire d'un rôle actif : naturellement, parce que conserver la propriété, c'est résister à l'usure ; juridiquement, parce que notre système juridique, qui d'une main confère et garantit la propriété, de l'autre impose à celui qui en jouit une responsabilité envers les autres. La responsabilité, face obscure du droit de propriété, alliée au temps, fait du propriétaire un acteur, parce qu'elle fait notamment naître la question de l'adaptation aux circonstances qui, comme les hommes, changent.

2. Juridiquement, la responsabilité civile du propriétaire d'immeuble se développe sur deux plans :

- *La responsabilité du propriétaire « actif »*. Elle est régie par les art. 679 ss CC qui rendent le propriétaire responsable des excès de son droit de propriété, à savoir, du point de vue de la victime, pour les immissions (bruits, odeurs, trépidations, etc.).
- *La responsabilité du propriétaire « passif »*. Elle fait l'objet de l'art. 58 CO qui attache à la qualité de propriétaire la responsabilité des conséquences du défaut de sécurité que présente l'immeuble pour l'intégrité corporelle ou la propriété.

3. Nous ne traiterons pas la première responsabilité, sinon pour évoquer l'**art. 679 al. 2 CC** qui permet une mise en perspective de notre sujet. Introduite

avec la révision des droits réels de 2012, la disposition prévoit que : « Lorsqu'une construction ou une installation prive l'immeuble voisin de certaines de ses qualités, le propriétaire ne peut être actionné que si les dispositions régissant la construction ou l'installation en vigueur lors de leur édification n'ont pas été respectées ». On admet que l'édification vise le moment où la construction a été effectivement réalisée¹, en d'autres termes celui où elle est terminée. Ainsi, pour autant que les règles applicables à *ce moment-là* aient été respectées, le voisin ne peut plus invoquer l'art. 684 CC² ; sur ce point et d'une perspective temporelle, la situation est en quelque sorte figée à l'achèvement des travaux et la responsabilité du propriétaire « meurt » avec lui. On verra que les choses sont toutes différentes lorsqu'on aborde la responsabilité de l'art. 58 CO.

4. Nous limiterons ici notre propos à cette seconde responsabilité dont on pourra rappeler quelques *traits généraux ou communément reconnus* utiles aux développements ultérieurs :

- *Une responsabilité « formelle »*. La responsabilité s'accroche à la qualité de propriétaire, compris comme le titulaire formel du droit réel sur l'ouvrage ou l'immeuble³.
- *Une responsabilité « artificielle »*. Le point d'ancrage de la responsabilité au critère formel de la propriété a pour conséquence de conférer à la responsabilité un caractère artificiel puisqu'il est plutôt rare que le propriétaire apparaisse comme le responsable « naturel » ou « direct » d'un dommage dont d'autres personnes devraient répondre – dans un sens non strictement juridique – en première ligne (intervenants dans la construction, personnes chargées du nettoyage, etc.). L'art. 58 al. 2 CO, qui réserve les recours du propriétaire « contre les personnes responsables envers lui », le souligne également.

On peut trouver plusieurs motifs à la règle, parmi lesquels le fait que le propriétaire tire profit de l'immeuble de sorte qu'il est juste qu'il en supporte aussi les conséquences dommageables⁴, ou la protection efficace de la victime à laquelle on permet de déterminer aisément l'identité du responsable⁵ (en laissant à ce dernier le soin de démêler l'écheveau des responsabilités dans le contexte des recours).

- *Une responsabilité causale, objective simple, sans preuve libératoire*. On qualifie volontiers la responsabilité de causale en ce sens qu'elle ne dépend pas d'une faute du responsable⁶ et, plus précisément, de responsabilité

¹ STEINAUER, p. 119.

² STEINAUER, p. 120.

³ ATF 123 III 306, c. 3a/aa ; BSK OR I-KESSLER, n. 7 *ad* art. 58 ; OFTINGER/STARK, § 19 n. 25.

⁴ MÜLLER, n. 333 ; ATF 69 II 394, c. 3, p. 399, JdT 1944 I 241.

⁵ Dans ce sens, à propos de la jurisprudence qui s'en tient à un critère formel, WESSNER, n. 89.

⁶ BK-BREHM, n. 90 *ad* art. 58 ; BSK OR I-KESSLER, n. 3 *ad* art. 58.

objective simple parce qu'elle demeure néanmoins fondée sur un défaut objectif de diligence⁷. On tient encore la responsabilité pour particulièrement sévère dans la mesure où – au contraire de certaines de ses « parentes » telles que la responsabilité du détenteur d'animaux (art. 56 CO) ou de l'employeur (art. 55 CO) – elle n'admet pas l'apport d'une preuve libératoire⁸.

- *Une responsabilité fondée sur un défaut de sécurité.* L'absence ou l'insuffisance de mesures techniques aptes à assurer la sécurité pour l'intégrité corporelle et la propriété des usagers de l'immeuble fonde la responsabilité, ce qui est en réalité un trait commun des normes de responsabilité qui ne permettent pas la protection du seul patrimoine économique, conformément à la théorie traditionnelle et critiquable de l'illicéité⁹. La particularité de la responsabilité de l'art. 58 CO tient davantage au rattachement de la responsabilité pour le défaut de sécurité à une personne qui n'en est pas nécessairement à l'origine.

5. Ainsi qu'on le verra encore, ces considérations générales, correctes dans leur formulation théorique, travestissent quelque peu le tableau concret qu'offre l'application de l'art. 58 CO en plus d'être, pour certaines d'entre elles, discutables.

6. Nous aborderons les *enjeux principaux de la responsabilité au travers du temps*, soit au travers de la « vie » d'un immeuble, en examinant les questions de la responsabilité à la « naissance » de l'immeuble (II.), de la responsabilité pour les défauts de « jeunesse » de l'immeuble (les vices de construction, III.), de son extension au défaut d'entretien alors que l'immeuble atteint l'« âge adulte » (IV.) et de sa « survie » éventuelle à la « mort » de l'immeuble (V.), tout en tentant de mettre en lumière le *rôle du temps dans la mise en œuvre* concrète de la responsabilité.

II. « Naissance » de l'immeuble et responsabilité : du chantier à son achèvement

A. Notion d'ouvrage défectueux : un ouvrage « terminé » ?

7. Au moment d'entreprendre la construction d'un immeuble – au sens courant – sur sa parcelle, le propriétaire a nécessairement affaire à un certain nombre d'acteurs, plus ou moins nombreux, qui interviennent dans la concep-

⁷ CR CO I-WERRO, n. 1 *ad* art. 58 ; *cf.* ég. ROBERTO, n. 10.16 ss (qui voit dans la responsabilité de l'art. 58 CO une concrétisation légale de la norme générale de l'art. 41 CO).

⁸ MÜLLER, n. 332 ; BSK OR I-KESSLER, n. 5 *ad* art. 58 ; BK-BREHM, n. 92 *ad* art. 58 ; REY, n. 1023.

⁹ *Cf.* not. CR CO I-WERRO, n. 87 ss *ad* art. 41 ; KUONEN, Responsabilité, n. 1385 ss.

tion de l'ouvrage (architectes, ingénieurs), dans sa réalisation physique (entrepreneurs, fournisseurs) ou dans la direction des travaux ou leur coordination (architectes, entrepreneurs généraux, ...), ou encore qui effectuent simplement des visites du chantier ou s'y aventurent. L'expérience enseigne que, conjugués à la multiplicité des acteurs, les travaux activent ou accroissent le risque d'accidents et, avec lui, celui de l'engagement éventuel de la responsabilité du propriétaire.

8. Avec les premiers travaux naît ainsi la question de la responsabilité du propriétaire : la responsabilité de l'art. 58 CO suppose en effet un « ouvrage », et, par conséquent, une modification de l'état naturel par l'intervention (artificielle) de l'homme¹⁰. Considérée de la perspective de l'identité de la partie lésée, la question de la responsabilité peut se développer sur deux plans :

- *La responsabilité « interne »* ; il s'agit de celle qu'assume (éventuellement) le propriétaire envers les intervenants du chantier.
- *La responsabilité « externe »* ; il s'agit de celle qu'assume (éventuellement) le propriétaire envers les personnes extérieures au chantier : voisins, visiteurs, ou intrus.

9. La jurisprudence semble résoudre d'une manière aussi simple qu'elle est radicale la problématique de la responsabilité du propriétaire dans ces circonstances, puisqu'elle retient que la responsabilité de l'art. 58 CO suppose un *ouvrage terminé*, ce qui exclut les « conséquences d'une imperfection passagère due à sa construction ou à sa réparation »¹¹. Le moment déterminant pour la naissance théorique de la responsabilité serait alors celui de la prise en charge par le propriétaire d'un ouvrage complètement terminé, les intervenants dans la construction étant seuls à répondre des défauts de sécurité antérieurs¹², en vertu de l'art. 41 CO ou d'un contrat. La formule est un peu fallacieuse :

- Il ne suffit certainement pas de maintenir l'immeuble « en travaux » pour échapper à la responsabilité ;
- Des travaux sur une partie de l'immeuble n'excluent pas la responsabilité concernant d'autres parties – intégrantes – qui ne le sont pas et sont utilisées¹³ ;
- La responsabilité « interne » n'est pas exclue ; seule l'est – éventuellement – la responsabilité « externe ».

¹⁰ Dans la formule d'OFTINGER/STARK, § 19 n. 2 : « Die Werkhaftung beruht auf dem Gedanken eines Entstehens für die Änderung der natürlichen Welt, nicht für den Vorgang, sondern für den sich daraus ergebenden Zustand ».

¹¹ ATF 108 II 184, c. 1b ; plus nuancé, à juste titre, ATF 94 II 151, c. 4, JdT 1969 I 552 ; ég. not. MÜLLER, n. 358 ; BK-BREHM, n. 48 ss *ad* art. 58 CO ; REY, n. 1048 ; ROBERTO, n. 10.09 ; WESSNER, n. 91 et 120.

¹² ATF 96 II 337, c. 2b.

¹³ Cf. ATF 63 II 143, c. 2, p. 147, JdT 1937 I 522.

10. En tout état, la limitation de la responsabilité à l'ouvrage terminé nous paraît *mal fondée* :

- *D'un point de vue dogmatique*, on ne voit pas ce qui contraint de limiter la notion d'ouvrage à l'ouvrage « terminé »¹⁴ ; la déduction de cette limitation de la définition du défaut ne paraît pas plus convaincante : parce qu'un ouvrage non terminé ou en travaux présente nécessairement des imperfections ne semble pas tellement devoir écarter le spectre de la responsabilité, mais, précisément, plutôt l'approcher, conformément à une interprétation téléologique de la notion de défaut qui renvoie au défaut de sécurité (cf. *infra* n. 24 ss).
- *D'un point de vue pratique*, la question concerne surtout les personnes qui pénètrent sur le chantier ; c'est sous l'angle de la définition du défaut et du rôle de la faute concomitante qu'elle doit à notre sens être abordée¹⁵, ce qui condamne une exclusion de principe de la responsabilité pendant l'« enfance » de l'immeuble (ou sa réfection ultérieure).

11. L'avantage de la position dominante qui consiste dans le maintien d'une séparation nette entre la responsabilité de l'entrepreneur (ou de tout autre intervenant sur le chantier) et celle du propriétaire¹⁶ ne lui sert pas de justification théorique suffisante. L'avantage de la clarté est d'ailleurs plutôt théorique compte tenu des limites du principe (cf. *supra* n. 9) et de l'appréciation très large exercée par les tribunaux dans l'application des autres conditions de la règle (cf. *infra* n. 29 ss et 46 ss). Il nous paraît préférable d'appliquer au chantier les principes applicables « ultérieurement », en fondant en particulier le raisonnement sur la définition des attentes objectives légitimes et la prise en compte du comportement propre de la victime (cf. *infra* n. 12 ss). En définitive, le *dilemme fondamental du propriétaire d'ouvrage* (cf. *infra* n. 49) naît déjà avec l'ouverture du chantier : prendre des mesures de sécurité adaptées à l'utilisation de l'immeuble par des tiers ou renoncer à de telles mesures en empêchant de manière appropriée son utilisation (de sorte que le tiers qui utiliserait l'immeuble malgré tout soit tenu pour seul responsable de son dommage éventuel).

B. Sécurité de l'immeuble (en travaux)

12. Ainsi, le principe devrait demeurer que l'immeuble même en travaux doit présenter une sécurité suffisante pour les intervenants du chantier comme pour les tiers, ceci alors même qu'ironiquement, les raisons des travaux peu-

¹⁴ Dans ce sens ég. WERRO, DC 1996, p. 50.

¹⁵ Dans un sens comparable GUHL/MERZ/KUMMER, p. 185 (qui ne reprennent cependant plus cette position dans les éditions ultérieures) ; ég. SCHWENZER, n. 53.22.

¹⁶ BK-BREHM, n. 53 *ad* art. 58.

vent consister dans la sécurisation de l'immeuble lui-même. Comment juger du défaut de sécurité d'un immeuble non achevé ou en transformation ? A notre avis, c'est au raisonnement général (*cf. infra* n. 24 ss) qu'on devrait recourir, en tenant compte des particularités inhérentes au chantier.

13. Ainsi qu'on le verra encore de manière plus détaillée (*cf. infra* n. 24 ss), le défaut de sécurité visé par l'art. 58 CO résulte de *tout écart entre les attentes objectives quant à la sécurité de l'immeuble et son état*. La sécurité requise se mesure ainsi *selon les attentes légitimes des personnes qui, à un moment donné, ont accès à l'immeuble*, ce qui vaut également pour le chantier¹⁷. La définition ouvre presque autant de questions qu'elle donne de réponses :

1. *Les attentes légitimes*. Celles-ci sont – naturellement – fonction des circonstances, au nombre desquelles on compte généralement en première ligne les normes applicables. L'identification de ces normes et leur rapport à la responsabilité de l'art. 58 CO sont délicats et appellent quelques remarques que nous formulons plus loin (*cf. infra* n. 29 ss). On pourra se limiter à relever ici qu'intuitivement, ce sont d'autres normes qui viennent s'appliquer au chantier que celles qui s'appliqueront à l'ouvrage achevé¹⁸.
2. *Les personnes ayant accès à l'immeuble*. De façon générale, selon que l'on peut s'attendre à la seule présence d'intervenants professionnels (entrepreneurs, livreurs, architectes, etc.) ou à la présence d'autres personnes, les mesures de sécurité à prendre seront, respectivement, moins ou plus importantes. Plus la responsabilité « externe » est étendue, plus les attentes sécuritaires s'élèvent.

On comprend en principe les « autres personnes » comme les personnes autorisées. Les intrus – « *trespassers* »¹⁹ – sont, selon la conception majoritaire, exclus de la protection de l'art. 58 CO²⁰. La formule est trop radicale²¹. En réalité, la responsabilité du propriétaire n'est exclue que si le dommage trouve d'abord sa cause dans le comportement (suffisamment grave) de la victime (rupture du lien de causalité). Cela implique

¹⁷ GAUCH, p. 17.

¹⁸ On rappellera qu'on peut trouver des ouvrages terminés sur un immeuble en chantier, p. ex. les échafaudages, auxquels des normes spécifiques de sécurité sont consacrées, *cf.* ATF 96 II 355 ; *cf.* Règlement SIA 222 ou les brochures de la SUVA (<http://www.suva.ch/fr/startseite-suva/praevention-suva/arbeit-suva/branchen-und-themen-filter-suva/bau/bh-gerueste/kampagne-sichere-arbeitsgerueste-suva/filter-detail-suva.htm>). [28.09.2016].

¹⁹ L'ancien droit de *common law* distinguait l'intrus, la personne autorisée (« *bare licensee* ») et la personne invitée (« *invitee* »), les premiers étant exclus du champ de la responsabilité du propriétaire; en droit américain, ces distinctions ont peu à peu disparu pour faire place à une responsabilité pour faute.

²⁰ Gauch, p. 17 s., note 100 ; Schwenzer, n. 53.25.

²¹ *Cf.* cep. SCHWENZER, n. 53.25 ; OFTINGER/STARK, § 19 n. 70.

toutefois que celle-ci puisse reconnaître qu'elle n'est pas autorisée à accéder à l'immeuble. Sauf circonstances particulières (proximité d'un parc ou d'un terrain de jeux fréquentés par des enfants p. ex.), la clôture de l'immeuble n'est pas nécessaire et des avertissements adéquats aux accès principaux ou naturels sont suffisants (interdiction d'entrer combinée ou non avec une exclusion de responsabilité²²)²³. L'importance du dispositif mis en place pour empêcher l'accès a cependant une influence directe sur la définition des « attentes légitimes » puisqu'il peut limiter la responsabilité du propriétaire à sa responsabilité « interne » (*cf. supra* n. 8 s.).

3. *Le moment déterminant.* Il s'agit du moment de l'accident. On retrouve ici le rôle du temps dans l'appréciation de la responsabilité : selon le moment considéré, le cercle des personnes qui peuvent accéder à l'immeuble (de façon autorisée ou non) et les attentes légitimes de celles-ci peuvent se modifier. Ainsi, dans l'hypothèse d'un immeuble d'habitation nouvellement créé et offert à la vente, il faut notamment s'attendre à des visites d'acquéreurs potentiels avant l'achèvement des travaux, qui impliquent un rehaussement des mesures de sécurité.

C. Pluralité de responsables

14. En cas d'accident sur le chantier, il est rare que le propriétaire formel de l'immeuble apparaisse comme responsable « en première ligne » des dommages qui peuvent survenir, sans que cela empêche que leur victime le recherche prioritairement, par commodité (*cf. supra* n. 4). Il faut en effet préciser que la responsabilité pour l'immeuble s'étend à toutes ses parties intégrantes (escaliers, installation d'éclairage, conduite d'eau), et aux accessoires de celui-ci (qui peuvent constituer des ouvrages indépendants s'ils sont fixés au sol²⁴).

15. Dans ce contexte, le risque de responsabilité du propriétaire est accru, mais ses chances de pouvoir reporter en définitive tout ou partie de ce qu'il peut être condamné à verser à la victime le sont également. L'art. 58 al. 2 CO, qui réserve son « recours contre les personnes responsables envers lui » – dans lequel on ne voit à juste titre qu'un rappel, quoique non limité à l'art. 51 CO²⁵ – s'en fait l'écho.

²² Eg. CHAIX, n. 41 ; A notre avis, une seule exclusion de responsabilité n'est pas suffisante pour écarter celle-ci, dès lors qu'elle exclut, en principe, une faute grave de celui qui pénétrait sur les lieux parce qu'il peut encore se croire autorisé à le faire.

²³ Eg. de manière générale sur la portée des avertissements, KELLER, p. 208 ; ég. WERRO, Responsabilité, n. 738.

²⁴ CR CO I-WERRO, n. 10 *ad* art. 58 ; BK-BREHM, n. 44 *ad* art. 58.

²⁵ Eg. SCHWENZER, n. 53.28 ; *cf. cep.* CR CO I-WERRO, n. 30 *ad* art. 58 ; BSK OR I-KESSLER, n. 20 *ad* art. 58 ; ROBERTO, n. 10.23.

III. Défauts de « jeunesse » de l'immeuble : le vice de construction (ou de conception)

16. Sous l'angle de l'art. 58 CO, dans la phase initiale de la construction et peu après son achèvement, c'est d'abord un vice de construction ou de conception qui fonde la responsabilité du propriétaire dans la mesure où – ou aussi longtemps que – il n'est pas encore question d'« entretien » de l'immeuble.

17. Le défaut de conception ou de construction se comprend au regard de la sécurité que l'on est en droit d'attendre et de façon *objective*²⁶. C'est du moins ce que retient constamment la jurisprudence. L'expression est au moins exacte en tant qu'on considère que la connaissance du vice de l'ouvrage²⁷ ou le caractère subjectivement excusable du comportement du propriétaire²⁸ sont écartés de l'appréciation. Les critères de l'examen toutefois tendent à une responsabilité fondée sur un défaut de diligence objective au regard des circonstances (*cf. supra* n. 4), à laquelle on pourrait préférer un système purement causal, avec le tempérament du rôle du comportement de la victime (*cf. infra* n. 50).

18. Les *règles et normes de droit public* jouent un rôle essentiel dans l'appréciation du défaut de l'ouvrage. Même théoriquement non décisives, ni de l'absence de défaut lorsqu'elles sont respectées, ni de l'existence d'un défaut lorsqu'elles sont violées (*cf. infra* n. 37 s.), lorsque l'ouvrage est encore neuf ou récent, on ne peut que difficilement les écarter de l'appréciation. Il reste à déterminer *quelles règles* peuvent être prises en compte : faut-il considérer les seules règles qui poursuivent un objectif de sécurité²⁹ ou peut-on prendre en compte des règles qui poursuivent d'autres objectifs, mais qui, respectées, augmentent également la sécurité de l'immeuble ? A notre sens, le non-respect d'une norme qui poursuit un objectif étranger – p. ex. la protection de l'environnement –, mais qui, respectée, empêche ou réduit le risque d'un dommage tel que celui qui s'est produit peut fonder ou contribuer à fonder la responsabilité du propriétaire.

19. La question présente également une dimension temporelle, que l'on a déjà abordée en relation avec la sécurité du chantier et qui reçoit ici une réponse identique : les règles déterminantes sont celles qui prévalent *au moment de l'accident* (*cf. supra* n. 13).

20. Autre est la question, plus large, que pose le *rôle du temps* dans la mise en œuvre dans l'appréciation du vice de conception : *le temps peut-il guérir le vice ?*

²⁶ ATF 122 III 229, c. 5a/bb, p. 235 ; TF, 02.03.05, 4C. 386/2004, c. 2.1.

²⁷ BK-BREHM, n. 56 et 71a *ad* art. 58 ; WERRO, Responsabilité, n. 749.

²⁸ CR CO I-WERRO, n. 18 *ad* art. 58.

²⁹ REY, n. 1062.

En d'autres termes, peut-on considérer que l'absence d'accidents malgré l'utilisation prolongée de l'immeuble autorise la conclusion que celui-ci ne présente pas de vice de conception ? Le Tribunal fédéral s'est prononcé par une formule lapidaire dans l'affaire dite du « plongeur neuchâtelois » : « La circonstance qu'aucun accident ne s'est produit pendant des décennies n'est pas déterminante »³⁰. D'un point de vue théorique, le principe, pour brutal qu'il soit, paraît correct, puisqu'on ne peut déduire l'absence de risque de l'absence de sa réalisation (ce que relève encore l'arrêt). D'un point de vue plus pragmatique, on ne peut toutefois s'empêcher la pensée qu'une telle circonstance impose un examen plus attentif, voire une *appréciation plus stricte du comportement de la victime* et de son rôle (éventuellement décisif) dans l'analyse de la causalité³¹, en particulier en cas d'usage non conforme de l'ouvrage.

IV. « Âge adulte » de l'immeuble : le défaut d'entretien

21. L'écoulement du temps transforme les hommes, mais l'immeuble aussi, comme la responsabilité. Les contours de celle-ci deviennent plus difficiles à appréhender, alors que sa sévérité s'accroît : décrire ce qu'on attend du propriétaire est malaisé, et celui-ci peut rester presque seul à supporter les conséquences de la responsabilité, en raison d'une restriction du cercle des personnes sujettes à un recours (art. 58 al. 2 CO).

A. Notion d'entretien de l'immeuble : une précision terminologique

22. La notion d'entretien de l'immeuble peut renvoyer à deux réalités :

- Dans un sens étroit, elle peut évoquer la conservation de l'immeuble dans un état propre à son usage et vise les mesures qui s'imposent *lorsque l'état de l'immeuble change* par rapport à des attentes sécuritaires qui peuvent demeurer constantes.
- Dans un sens plus large, la notion peut s'étendre pour comprendre l'adaptation – la rénovation – de l'immeuble, et vise alors les mesures qui s'imposent *lorsque les attentes sécuritaires changent* par rapport à un état de l'immeuble qui peut demeurer stable. Dans ce contexte, le critère

³⁰ ATF 123 III 306, c. 3b/bb, p. 311; cf. ég. CHAIX, n. 20 s. ; cf. cep. TF, 03.10.2012, 4A_382/2012, c. 3.5 (qui mentionne l'absence d'accidents antérieurs à celui dont il est question, même en cas d'usage non conforme [chute d'un balcon]).

³¹ L'arrêt s'économise cette analyse ; il est permis d'imaginer que les circonstances – un accident subi par une personne jeune dont les séquelles étaient irréversibles (tétraplégie) ont influencé l'appréciation du Tribunal dont le raisonnement peut paraître « orienté » par le résultat recherché (l'indemnisation de la victime).

de la proportionnalité joue – dans la jurisprudence – un rôle central (*cf. infra* n. 46 ss).

23. Sous l'angle de l'art. 58 CO, on limite parfois l'entretien à son sens étroit pour appréhender la problématique de l'adaptation de l'ouvrage de la perspective du défaut de construction ou de conception³². La divergence est essentiellement terminologique et devrait rester sans incidence sur l'analyse concrète³³. Tel n'est cependant plus le cas si on décide de l'application du critère de proportionnalité (*cf. infra* n. 46) en fonction de la distinction entre le défaut de conception et le défaut d'entretien³⁴.

B. Défaut de l'ouvrage comme défaut de sécurité

24. L'art. 58 CO tient le propriétaire pour responsable du dommage que cause un défaut de construction ou d'entretien de l'immeuble. Par rapport au vice de construction, le vice d'entretien est plus délicat à apprécier puisque la notion d'entretien est par nature corrélative du temps qui passe, ce qui soulève d'épineuses questions quant à la mesure de ce que l'on attend du propriétaire. Ce que ne nous disons ici de l'analyse du défaut d'entretien vaut *mutatis mutandis* pour le vice de construction.

25. En tentant de rendre dans une formule concentrée une jurisprudence qui a peu varié, on doit admettre un défaut d'entretien lorsque l'ouvrage n'offrait pas une sécurité suffisante pour l'usage auquel il était destiné au moment et au lieu où le dommage s'est produit, alors que l'on aurait pu, sans frais disproportionnés, éviter ou modifier la disposition dangereuse³⁵. Dans une formule simplifiée, on admettra un défaut de sécurité chaque fois que l'on constate un écart entre les attentes objectives quant à la sécurité de l'immeuble et son état au moment de l'accident. La notion d'« attentes légitimes » est indéterminée et doit être précisée. La jurisprudence semble s'articuler autour de trois éléments : possibilité d'assurer la sécurité (B.1.), suffisance de la sécurité (B.2.) et proportionnalité (B.3.).

1. Possibilité d'assurer la sécurité

26. On comprend *a priori* que la possibilité ou non d'assurer la sécurité de l'immeuble puisse jouer un rôle dans la mise en œuvre de la responsabilité. Par ailleurs, elle entretient une relation étroite avec l'écoulement du temps,

³² P. ex. CJ GE, 20.05.2011, ACJC/640/2011, c. 5.2.

³³ Eg. KELLER, p. 200.

³⁴ Ainsi : SIEGENTHALER, DC 2009, p. 8, qui retient le sens étroit de l'entretien pour évincer ce critère de proportionnalité de l'examen du défaut de sécurité d'un immeuble dont l'état n'a pas été adapté à des attentes sécuritaires qui se sont élevées en matière sismique.

³⁵ *Cf.* parmi de nombreux autres, ATF 58 II 356.

soit, à travers lui, avec le progrès technique, qui se manifeste sous deux angles :

- D'une part, on ne saurait exiger du propriétaire des mesures qui, techniquement, ne sont pas réalisables au moment où l'atteinte est causée ; la limitation va plus loin puisqu'on considère, à raison, que l'ouvrage *n'est pas encore défectueux parce qu'il ne présente pas tous les avantages de la technique la plus récente*³⁶ ;
- D'autre part, un ouvrage qui met en œuvre les mesures de sécurité les plus pointues à un moment donné *n'écarte pas une fois pour toutes le risque de la responsabilité*, au gré des avancées technologiques ; la jurisprudence a eu l'occasion de répéter fréquemment ce qui vaut en soi déjà pour le défaut de conception : du point de vue de l'art. 58 CO, un ouvrage n'est pas exempt de défaut du seul fait qu'il a été construit de la manière usuelle³⁷.

27. La faisabilité technique peut ainsi paraître un critère déterminant : on ne peut exiger du propriétaire des mesures techniquement impossibles *au moment considéré*, comme on est généralement en droit d'attendre qu'il prenne les mesures à disposition, sous réserve de la condition de proportionnalité (*cf. infra* n. 46 ss). Le critère nous paraît cependant fallacieux :

- Les limites ou contraintes techniques ne suffisent pas toujours à limiter la responsabilité puisque l'affectation de l'ouvrage à un but sans possibilité technique de prévenir les dommages qu'il peut causer de façon prévisible engage la responsabilité du propriétaire ;
- On peut également imaginer que de nouvelles possibilités techniques puissent améliorer la sécurité de l'immeuble, mais qu'elles ne puissent techniquement pas être utilisées (de nouvelles solutions pour un ascenseur p. ex.) ; le propriétaire doit alors soit procéder au remplacement de l'installation, si cela est possible, ou empêcher son usage³⁸.

28. En d'autres termes, *le critère de faisabilité technique n'a pas de portée indépendante* : en cas d'écart entre les attentes sécuritaires légitimes (*cf. infra* B.2.) et l'état de l'immeuble, l'impossibilité technique de supprimer cet écart ne permet pas d'échapper à la responsabilité : le propriétaire doit alors empêcher l'accès et/ou l'utilisation³⁹. La possibilité technique de supprimer l'écart, elle, ouvre seule la voie à l'examen de la proportionnalité (*cf. infra* B.3.).

³⁶ ATF 102 II 343, c. 1c, p. 346 ; ATF 59 II 394, p. 395 ; TF, 09.04.2014, 4A_521/2014, c. 3.4.

³⁷ Not. ATF 90 II 227, c. 2b, p. 231 (« blanchisserie lausannoise ») ; ATF 88 II 417, c. 2, p. 421 (« Crédit Suisse ») ; plus récemment, TF, 03.10.2012, 4A_382/2012, c. 3.2.

³⁸ OFTINGER/STARK, § 19 n. 79.

³⁹ De l'avis contraire, not. SCHWENZER, n. 53.26 ; MÜLLER, n. 365.

2. Sécurité (in)suffisante et défaut au sens de l'art. 58 CO

29. La mesure de la sécurité « suffisante » constitue, de loin, l'élément le plus problématique dans l'appréhension de la responsabilité. Les difficultés tiennent, déjà, à la large appréciation qu'autorise et qu'appelle nécessairement le concept et qui s'exerce « en dehors » de la loi, muette sur ce sujet. On constate ainsi que plusieurs critères sont attirés dans l'examen, plus ou moins proches de ce qu'inspire *prima facie* le concept. Les difficultés naissent ensuite – et c'est précisément l'objet de notre analyse – de l'écoulement du temps, qui pose avec une acuité particulière la question du rapport des hommes aux normes de sécurité.

a) « Vrais » critères

30. L'élément décisif pour juger de l'existence d'un défaut consiste dans les *attentes objectives quant aux qualités sécuritaires* que doit présenter l'immeuble, et plus généralement l'ouvrage. Le renvoi à une notion *objective* est d'abord une façon de concrétiser l'exigence d'un examen objectif du défaut de l'ouvrage, qui écarte la perspective subjective du propriétaire et sa définition de l'usage attendu de l'immeuble⁴⁰ : les attentes résultant de l'usage prévu sont celles du « public en général et [de] ses utilisateurs en particulier »⁴¹. Le critère introduit ensuite une composante évolutive dans l'examen du défaut de sécurité, puisque l'on reconnaît qu'avec l'écoulement du temps, le risque d'un dommage peut s'accroître dans la mesure où le public s'habitue à un nouveau standard de sécurité et se trouve ainsi surpris par un ouvrage qui ne lui correspond pas⁴².

31. Les attentes sont définies par les critères suivants.

32. *Le but de l'ouvrage*. Le premier critère d'évaluation du défaut régulièrement énoncé comporte une composante subjective : le but de l'ouvrage, défini par son affectation. Le critère a deux facettes dont l'une est limitative : il n'y a de défaut que là où l'ouvrage ne présente pas les qualités légitimement requises pour l'usage auquel il est destiné. Le principe connaît, de cas en cas, quelques dérogations, lorsqu'on doit raisonnablement compter avec un usage « non conforme »⁴³. De la perspective de l'écoulement du temps, le but de l'ouvrage peut

⁴⁰ ATF 122 III 229, c. 5a/bb.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² TF, 09.04.2014, 4A_521/2013, c. 4.3.2.

⁴³ ATF 130 III 736, c. 1.5, JdT 2006 I 178 ; MÜLLER, n. 366 ss ; BK-BREHM, n. 66 *ad* art. 58 ; SCHWENZER, n. 53.25 ; KELLER, p. 202 ; WERRO, Responsabilité, n. 746.

être modifié par un changement d'affectation, qui, logiquement, entraîne le devoir pour le propriétaire de redéfinir les mesures de sécurité⁴⁴.

33. *L'accessibilité.* L'accessibilité de l'ouvrage constitue un autre critère qui permet d'évaluer l'existence d'un défaut. En réalité, sa portée propre consiste dans une élévation des exigences, le cercle des personnes amenées à utiliser ou fréquenter l'ouvrage étant au fond déjà déterminé par son but. Plus l'ouvrage est accessible au public au sens large, plus les exigences s'élèvent. On observera toutefois que le critère pourrait appeler des mesures de sécurité temporaires, notamment lorsqu'on organise une manifestation importante (festive p. ex.) dans sa résidence privée.

34. *Les « normes » techniques.* Juger du défaut implique nécessairement qu'on recoure à un référentiel. Les autres critères ne suffisent pas réellement à l'esprit positiviste : on cherchera presque systématiquement à confronter le cas concret à des normes, tout en affirmant qu'elles ne sont pas décisives. On peut en distinguer de deux espèces, non hermétiques l'une à l'autre :

- Les *normes « explicites » ou « positives »*. On vise ici les normes énoncées par des organismes ou corporations, dont l'Etat, qu'ils soient de droit public, semi-public ou privé⁴⁵.
- Les *normes « silencieuses »*. On vise ici les normes qui résultent d'une comparaison des ouvrages d'un même genre, les « standards » qu'on retire de l'observation d'installations similaires, le « ce qui se fait » ; ces normes sont au fond celles que l'on dégage des « attentes du public » déjà évoquées et constituent le cœur battant de l'appréciation qui s'exerce dans l'examen du défaut.

35. Déterminer les normes techniques qui doivent être observées n'est pas nécessairement chose aisée, parce qu'elles peuvent être dispersées, difficilement accessibles, et qu'on peut parfois hésiter sur leur valeur réelle dans l'examen. La jurisprudence ne lève pas toutes les difficultés. Ainsi, dans un arrêt récent relatif au défaut allégué de profondeur d'une piscine d'un hôtel, le Tribunal fédéral a pu considérer que les *normes d'une association privée* étaient accessibles à tous et « notoires », dispensant ainsi d'avoir à les alléguer et en apporter la preuve. Cela peut paraître un peu curieux au regard de la jurisprudence qui dénie cette qualité aux normes de la SIA⁴⁶. De manière plus générale, le procédé législatif de renvoi « dynamique » – plutôt répandu – lorsqu'il consiste à

⁴⁴ P. ex. l'utilisation d'une cuisine comme laboratoire de chimie implique des mesures d'aération particulières ; cf. ég. TF, *in* SJ 1949 187 (passerelle effectivement utilisée comme plongeur) ; ATF 33 II 150, c. 2, p. 152.

⁴⁵ WESSNER, n. 104.

⁴⁶ TF, 02.12.2008, 4A_428/2007, c. 3.1 ; cf. dans ce sens, SIEGENTHALER, DC 2014, p. 153.

importer par intégration dans la loi des normes privées non aisément accessibles paraît douteux⁴⁷.

36. D'un point de vue matériel encore, seules les normes techniques *qui peuvent prétendre à une application nationale* peuvent être prises en compte. En particulier, les normes de droit cantonal qui ne sont pas le reflet du droit fédéral ou qui divergent d'autres normes cantonales ne devraient pas être déterminantes⁴⁸. Norme de droit fédéral, l'art. 58 CO ne peut voir son application dépendre de telle ou telle norme cantonale (ou régionale) particulière.

37. La *non-conformité aux normes techniques* topiques est en soi insuffisante pour engager la responsabilité du propriétaire (ce qui s'explique par l'interférence possible de normes « silencieuses »). Pour rassurante qu'elle puisse paraître, la formule est un peu trompeuse lorsqu'on en vient à considérer son application. Dès que les normes en cause tendent à la sécurité des usagers, il est rare – sinon exclu – que leur contravention n'entraîne pas la responsabilité du propriétaire. Lorsque les normes changent, la question est directement liée à celle de savoir *quand* des mesures s'imposent, ce qui concerne la proportionnalité.

38. Le *respect des normes techniques* – à l'instar de la délivrance d'une autorisation administrative – ne permet pas d'assurer au propriétaire d'échapper à la responsabilité⁴⁹. Le principe – qui peut paraître sévère – est régulièrement répété par la jurisprudence⁵⁰, mais rarement appliqué. Dans un arrêt de 2005, le Tribunal fédéral a cependant tenu pour défectueux (défaut de conception) un ascenseur qui, au moment de son installation, était pourtant conforme aux normes de sécurité en vigueur et dont l'entretien était régulièrement assuré⁵¹.

39. L'écoulement du temps rend complexe la tâche du propriétaire d'immeuble, dans la mesure où les modifications des critères peuvent impliquer une redéfinition complète des mesures attendues du propriétaire et, avec elle, du défaut et de la responsabilité. Les critères retenus peuvent d'ailleurs

⁴⁷ P. ex. art. 121 al. 2 LCI/GE : « Les exigences imposées pour les constructions et les installations en matière de prévention des incendies sont régies par la norme de protection incendie et les directives de l'Association des établissements cantonaux d'assurance incendie (AEAI) » ; l'accès direct à cette norme n'est possible qu'à titre onéreux (cf. cep. l'art. 6 al. 2 RCI qui prévoit la possibilité de les consulter au service de la police du feu) ; cf. à ce sujet not. TF, 19.06.2014, 6B_234/2014, c. 3.3.4 : « un renvoi du droit cantonal aux normes professionnelles ne signifierait pas encore que l'adoption d'une nouvelle norme ou la modification d'une norme existante emporterait ex lege l'obligation de modifier tout ouvrage existant pour l'adapter. En effet, un tel renvoi dit « dynamique » suppose des exigences accrues en matière de légalité [...] ».

⁴⁸ Dans le même sens, CHAIX, n. 35, qui donne l'exemple de normes de sécurité applicables aux ascenseurs à Genève.

⁴⁹ Cf. not. BSK OR I-KESSLER, n. 15 ad art. 58 ; REY, n. 1062 ; WERRO, Responsabilité, n. 751 ; WESSNER, n. 16 et 105.

⁵⁰ ATF 126 III 113, c. 2b, p. 116 ; ATF 91 II 201, c. 3d, JdT 1966 I 80 et la jurisprudence citée.

⁵¹ TF, 02.03.05, 4C.386/2004, c. 2.3.

être à l'origine d'une dynamique qui tend à un accroissement des attentes sécuritaires, de la responsabilité du propriétaire et *in fine* de la déresponsabilisation des individus. En effet :

1. Un événement dommageable, qu'il entraîne la responsabilité du propriétaire ou non, mène fréquemment à des *mesures de correction ou d'amélioration spontanées* – qu'on considère à juste titre et malgré une jurisprudence hésitante comme non constitutives d'une reconnaissance de responsabilité⁵², qui ne devrait d'ailleurs jouer aucun rôle dans le cas d'une responsabilité causale (*cf. infra* n. 50) – ; ces mesures peuvent se répandre à d'autres ouvrages et devenir une norme « silencieuse », soit une norme « objective » permettant de juger du défaut (nouvelles normes silencieuses, *cf. supra* n. 34);
2. Un événement dommageable, indépendamment de la responsabilité du propriétaire, s'il tend à se répéter, peut engendrer l'élaboration de *nouvelles normes publiques ou privées* (nouvelles normes explicites, *cf. supra* n. 34);
3. L'un et l'autre des cas de figure précédents conduisent à une *élévation des attentes* du public, qui deviennent « raisonnables » ou « légitimes », ce qui conduit à une aggravation de la responsabilité du propriétaire ;
4. *L'aggravation de la responsabilité* mène à la prise de mesures sécuritaires qu'un *nouvel événement dommageable* peut amener, une nouvelle fois, à repenser et à améliorer.

40. On reconnaîtra volontiers à ce processus de « course à la sécurité » une nature quelque peu schématique. Il illustre cependant un phénomène réel qui veut que, sans changement profond des circonstances, la définition du défaut puisse évoluer, et avec elle, la responsabilité du propriétaire de l'immeuble, au gré de l'écoulement du temps. En l'état, le seul frein à ce processus paraît consister dans l'exigence (discutable) de proportionnalité; nous préfererions le trouver dans une prise en compte plus marquée du comportement de la victime en tant que facteur interruptif de la causalité (*cf. infra* n. 50).

41. On observera que le défaut de conception initial peut, avec l'écoulement du temps, et d'un point de vue terminologique, être qualifié de défaut d'entretien. Ensuite, ce que l'on peut qualifier *ex post* de défaut de conception peut constituer un défaut d'entretien (*cf. supra* n. 22). Pour cette raison, la limi-

⁵² Indépendamment de la signification qu'on donne au comportement concret de correction de l'ouvrage, c'est pour des motifs juridiques qu'il convient d'écarter cet élément de l'appréciation, la définition objective du défaut étant indépendante de l'opinion du propriétaire ; dans le même sens, BK-BREHM, n. 64a *ad* art. 58 ; *cf. cep.* ATF 130 III 736, c. 1, p. 740, JdT 2006 I 178 ; ATF 116 II 422, c. 2b/bb, p. 427, JdT 1991 I 162 (considérant non traduit au JdT).

tation, parfois formulée (*cf. supra* n. 23), de l'application du critère de proportionnalité au défaut d'entretien (au sens large) nous paraît artificielle : le critère de la proportionnalité peut (et doit, *cf. infra* n. 50) être critiqué, mais s'il est admis, il doit s'appliquer à tous les cas de responsabilité visés par l'art. 58 CO.

42. Outre la comparaison avec l'art. 679 al. 2 CC déjà évoquée, il est intéressant d'observer qu'en matière de *responsabilité du fait des produits (LRFP)*, qui repose sur des objectifs au fond similaires à ceux de l'art. 58 CO, le moment déterminant pour la définition du défaut est celui de la mise en circulation du produit (art. 4 al. 1 let. c LRFP) alors que le seul fait qu'un produit plus perfectionné a été mis ultérieurement en circulation ne permet pas de retenir l'existence d'un défaut (art. 4 al. 2 LRFP). Dans ce domaine également, l'écoulement du temps peut s'accompagner d'une modification des attentes quant à la sécurité du produit, à savoir en principe une élévation de celles-ci. Par l'effet de la loi pourtant, celles-ci demeurent sans influence sur la définition du défaut en ce sens qu'*un jugement rétrospectif est exclu*⁵³. La différence de régime peut notamment s'expliquer par le fait que dans ce domaine, un « entretien » compris comme une mise en conformité du produit est plus difficile à mettre en œuvre puisque le producteur a par définition cédé la maîtrise effective du produit à des tiers. Autre est la question des produits fabriqués en série, une adaptation aux attentes existantes au moment de la mise en circulation pouvant alors s'imposer.

b) « Faux » critères

43. *La connaissance du vice.* L'ignorance par le propriétaire du défaut d'entretien ne devrait jouer aucun rôle dans l'appréciation de ce dernier⁵⁴ (*cf. supra* n. 17). C'est éventuellement sous l'angle de la proportionnalité que cette ignorance peut être prise en compte parce qu'elle est excusable.

44. *Le comportement de la victime.* Le comportement de la victime est régulièrement pris en compte pour juger de l'existence d'un défaut⁵⁵. Il est évident qu'on ne peut faire abstraction du comportement de la victime pour se prononcer sur la responsabilité. Il n'empêche que la question du défaut de sécurité devrait demeurer indépendante de ce comportement. Seul le comportement des personnes susceptibles d'accéder ou d'utiliser l'immeuble ou ses installa-

⁵³ BSK OR I-FELLMANN, n. 21 *ad* art. 4 LRFP ; OG ZH, 07.05.2014, ZR 114/2015, p. 20, c. 1.

⁵⁴ *Cf. cep.* BK-BREHM, n. 71a *ad* art. 58 qui donne l'exemple de la peau de banane laissée par un enfant dans l'escalier d'une auberge – que l'aubergiste a tout juste contrôlé – sur laquelle glisse un autre client.

⁵⁵ P. ex. TC NE, RJN 2012, p. 165, où le Tribunal retient que n'était pas constitutif d'un défaut le fait d'avoir laissé une plaque de glace à proximité de son immeuble (*recte* : sur sa propriété) sur le chemin d'accès à celui-ci alors qu'il était tout à fait possible pour la victime de la contourner et d'emprunter un accès sécurisé.

tions auquel on peut raisonnablement s'attendre devrait être pris en compte⁵⁶. En d'autres termes, le défaut de sécurité devrait résulter d'un examen abstrait – fondé sur les circonstances concrètes –, non d'un examen concret du comportement adopté par la victime. Celui-ci ne devrait intervenir que dans le jugement de la causalité ou en tant que facteur de réduction (art. 44 al. 1 CO).

45. *La gravité et la fréquence du dommage.* La gravité du dommage potentiel a davantage sa place dans l'analyse de la proportionnalité (cf. *infra* n. 46 ss). Il en va de même de la fréquence (probable) à laquelle le dommage en cause peut se produire : plus elle est élevée, plus des mesures s'imposent.

3. Proportionnalité

46. Avec l'exigence de la proportionnalité, la définition du « défaut » de l'ouvrage devient réellement *normative*. La condition réalise la conception qui fait de la responsabilité du propriétaire une responsabilité fondée sur un *défaut de diligence (objective)* et fait une nouvelle fois intervenir l'*appréciation* (dont dépend déjà la qualification du défaut, cf. *supra* n. 29, 34). Pour qu'un défaut au sens des critères déjà exposés entraîne la responsabilité du propriétaire, on retient que le coût des mesures aptes à le lever doit demeurer raisonnable par rapport à l'intérêt de protection des utilisateurs et au but de l'ouvrage⁵⁷. Cela suppose qu'on mette en balance :

- D'un côté, l'importance d'un dommage et la probabilité de sa survenance, étant précisé que la nature humaine fait que l'évaluation de la probabilité est généralement entreprise à l'horizon d'une vie humaine, avec l'effet d'écarter la responsabilité pour des dommages qu'on n'attend pas à cette échéance⁵⁸; et
- De l'autre côté, l'efficacité de la mesure, ses désavantages et ses coûts⁵⁹, étant précisé que ceux-ci doivent être considérés en considérant la suppression de tous les défauts du même genre que celui qui donne lieu au cas concret⁶⁰.

⁵⁶ Cf. not. TF, 29.01.1980, RJ 1980 n° 167 (cage d'escalier de l'entrée d'une discothèque), où la responsabilité du propriétaire d'une discothèque est retenue au motif (discutable) que l'affectation de l'établissement imposait notamment de prendre en compte des altercations et bousculades, voire des empoignades (comme en l'espèce) ou bagarres et de séparer d'une balustrade la cage de l'escalier d'entrée de l'établissement ouverte au niveau du trottoir et s'enfonçant dans le sous-sol.

⁵⁷ Not. ATF 130 III 736, c. 1.3, JdT 2006 I 178 ; TF, 09.04.2014, 4A_521/2013, c. 3.3 ; TF, 17.03.2016, 4A_463/2015, c. 3.1.1.

⁵⁸ Dans un sens comparable, SIEGENTHALER, DC 2009, p. 8 ; cf. ég. *supra* n. 19.

⁵⁹ TF, 09.04.2014, 4A_521/2013, c. 3.3.

⁶⁰ CR CO I-WERRO, n. 19 *ad* art. 58 ; ATF 66 II 109, c. 2a.

47. L'exigence de proportionnalité ne ressort pas du texte légal ; elle est l'œuvre de la jurisprudence⁶¹. Son introduction révèle que la responsabilité du propriétaire, pour être qualifiée de causale (cf. *supra* n. 4), n'est finalement pas très éloignée de la responsabilité aquilienne (si l'on excepte l'exigence de la capacité de discernement). Dans cette ligne, l'opinion généralement reçue retient que le caractère raisonnable des coûts s'apprécie de façon objective, savoir *sans égard à la situation économique du propriétaire*⁶², avec la conclusion que s'il ne peut financer des mesures tenues pour raisonnables, le propriétaire doit renoncer à sa propriété⁶³. Cependant, si l'on se réfère à la jurisprudence, on trouve dans certains arrêts le principe contraire que les mesures ne s'imposent que si elles n'excèdent pas « la dépense que l'on peut équitablement exiger d'un artisan en considération du revenu de son exploitation »⁶⁴. Dans un sens similaire, on trouve parfois la référence au *rendement ou à la valeur de l'immeuble*⁶⁵. Ces arrêts sont anciens et la formule retenue semble avoir été abandonnée. A juste titre, dans la mesure où la responsabilité du propriétaire, comme toute responsabilité, *ne saurait dépendre des capacités financières de l'auteur potentiel*. La jurisprudence continue cependant de les prendre en compte en matière d'*entretien des routes* où des mesures ne sont attendues de l'Etat que « dans un délai raisonnable qui ne compromette pas ses finances »⁶⁶. L'approche a ceci de difficilement défendable qu'elle autorise en filigrane des mesures de sécurité « au rabais » lorsque le rendement de l'immeuble est faible.

48. Une partie de la doctrine réserve l'application du critère de proportionnalité à l'appréciation du défaut d'entretien de l'ouvrage (au sens étroit ; cf. *supra* n. 23). Cette approche a pour conséquence que le défaut de construction, respectivement d'entretien au sens large (défaut de conception résultant d'un défaut d'adaptation) est apprécié de manière particulièrement sévère.

49. Dans le contexte qui nous occupe, la question de la proportionnalité pose aussi la question du *moment auquel une adaptation est nécessaire* pour écarter le spectre de la responsabilité. Lorsqu'une nouvelle norme est introduite, ou plus largement que de nouvelles attentes apparaissent, à supposer qu'une adaptation de l'immeuble s'impose dans son principe, le propriétaire doit-il

⁶¹ Cf. not. déjà ATF 49 II 254, c. 3, p. 264.

⁶² BK-BREHM, n. 60a *ad* art. 58.

⁶³ Ainsi : OFTINGER/STARK, § 19 n. 79 ; CR CO I-WERRO, n. 20 *ad* art. 58.

⁶⁴ ATF 90 II 227, c. 2c ; ATF 72 II 45, p. 49 ; OFTINGER/STARK, § 19 n. 78.

⁶⁵ ATF 66 II 109, c. 2a ; récemment : CJ GE, 20.05.2011, ACJC/640/2011, c. 5.3 : « [...] le principe de proportionnalité économique n'exige pas du propriétaire la réparation de défauts minimes affectant de vieilles maisons vouées à un usage privé, lorsque cette intervention serait sans commune mesure avec le rendement de l'immeuble [...] ».

⁶⁶ Cf. TF, 25.11.1930, Bâloise c. Etat des Grisons, non publié (repris dans ATF 58 II 356, p. 360) ; ég. ATF 102 II 343, c. 1b ; ATF 98 II 40, c. 2 ; TF, 02.02.2016, 4A_479/2015, c. 6.1.

l'entreprendre immédiatement ou peut-il « attendre » ? Et, si oui, jusqu'à quand ? Le problème est épineux, même s'il se résout théoriquement par le recours aux critères « classiques » de l'analyse de la proportionnalité. Concernant la question « préalable » de la nécessité de prendre des mesures d'adaptation, on doit distinguer :

- *L'obligation de rénover.* L'introduction d'une nouvelle norme de droit positif peut imposer une obligation légale – généralement de droit public – au propriétaire d'entreprendre des travaux de rénovation ou de mise en conformité. L'existence d'une telle norme facilite la tâche du propriétaire dans la même mesure que sa marge de décision se trouve réduite. Reste, d'une part, que la conformité de l'immeuble aux normes de droit positif n'est pas (nécessairement) décisive sous l'angle de la responsabilité civile (*cf. supra* n. 18, 38) et, d'autre part, que l'accès à l'information quant à l'existence de la norme nouvelle peut être délicat pour le propriétaire – en particulier lorsque la loi procède par renvoi « dynamique » (*cf. supra* n. 35) – et lui imposer le recours à des professionnels (régies et autres mandataires).
- *Le devoir de rénover (art. 58 CO).* Le devoir de rénover que peut imposer l'art. 58 CO ne constitue pas une obligation au sens propre⁶⁷ faute d'ouvrir un droit à l'exécution⁶⁸ (sous réserve de l'art. 59 CO) et ne dépend pas de l'existence d'une norme de droit positif (*cf. supra* n. 34), mais renvoie le propriétaire à son jugement propre, lequel sera sujet au contrôle *ex post* du juge ; dans ce contexte, le propriétaire qui a connaissance d'une modification des attentes sécuritaires (ou de l'usure de l'immeuble ou de ses parties) choisit librement sa posture entre la plus prudente (par aversion au risque) et la plus attentiste (qui préfère le coût d'un accident à celui des travaux) ; on observera que le comportement exagérément prudent du propriétaire qui prend des mesures qui vont au-delà des attentes objectives ne devrait pas être pénalisé par une extension de la responsabilité⁶⁹, sous réserve d'une élévation des attentes (par des mesures généralisées qui vont encore au-delà de celles prises par le propriétaire, *cf. supra* n. 39).

50. La jurisprudence offre des illustrations des difficultés que peut rencontrer le propriétaire dans l'appréciation qu'il doit effectuer *ex ante* de l'existence d'un défaut et de la proportionnalité : à l'occasion d'une fête de famille qui se tient dans un hôtel construit en 1979, l'un des participants rentre dans sa chambre après minuit et est retrouvé gravement blessé le lendemain en pyjama au pied du balcon de sa chambre, dont la balustrade de 91 cm n'a (manifes-

⁶⁷ Cf. ég. TF, 19.06.2014, 6B_234/2014, c. 3.6.

⁶⁸ Cf. sur la distinction générale entre obligation et devoir, KUONEN, Responsabilité, n. 1323 ss, 1326 ss.

⁶⁹ ATF 122 III 229, c. 5a/bb, p. 235.

tement) pas empêché l'accident. La norme SIA 358 dans sa version de 1978 prévoyait une hauteur minimale du garde-corps d'un tel balcon de 90 cm ; dans la version de la norme de 1996, cette hauteur est portée à 100 cm. Le propriétaire avait envisagé des travaux de rénovation en 2003 et les avait planifiés pour 2006 ; l'accident a lieu en 2005. Peu après l'accident, les balustrades sont rehaussées à 125 cm⁷⁰. Si l'on reconnaît aisément à l'hôtel un défaut objectif de sécurité (au regard du but de l'immeuble, de la norme SIA et de l'accessibilité de l'immeuble à un large public), la question de la proportionnalité est plus délicate : le raisonnement du Tribunal fédéral confronte l'impact de travaux de rénovation globale de l'immeuble avec celui de travaux isolés, limités aux garde-corps pour finalement retenir que ceux-ci étaient disproportionnés⁷¹ et nier finalement l'existence d'un défaut de l'ouvrage. L'arrêt appelle trois brèves remarques :

- *Sur son résultat.* Si la décision se comprend du point de vue du propriétaire dont elle prend en compte la situation financière et les intérêts économiques, elle paraît plus discutable du point de vue de la victime ; en effet, si l'accident avait eu lieu *après* les travaux de rénovation, qui n'auraient par hypothèse pas inclus le rehaussement des balustrades, il ne fait guère de doute que la responsabilité du propriétaire aurait été engagée ; d'où la question : est-il admissible que *selon le moment de l'accident*, pour des raisons qui n'appartiennent qu'à la sphère du propriétaire et dans le contexte d'une responsabilité « causale », la victime obtienne ou non réparation ?
- *Sur le rôle de la causalité.* La jurisprudence relative aux chutes « causées » par des garde-corps « défectueux » (ou absents) révèle fréquemment des circonstances qui mettent en lumière le rôle présumé, mais souvent non négligeable, du comportement de la victime (circonstances nocturnes, parcours inusuels, absorption d'alcool, etc.⁷²) ; à notre sens, ce constat devrait inciter à *déplacer la discussion de la responsabilité sur le terrain de la causalité, en reconnaissant à la faute propre de la victime un rôle (plus) décisif comme facteur interruptif* de celle-ci (ce qui paraît particulièrement justifié dans le contexte d'une responsabilité causale ou objective), plutôt qu'à s'enliser dans un débat sur la proportionnalité dont l'issue est difficilement prévisible.
- *Sur l'impact de la correction spontanée postérieure à l'accident.* C'est presque une constante que des mesures d'adaptation sont prises par le proprié-

⁷⁰ TF, 09.04.2014, 4A_521/2013.

⁷¹ TF, 09.04.2014, 4A_521/2013, c. 4.3.3 (qui rejoint le raisonnement du tribunal cantonal) ; cf. TF, 03.10.2012, 4A_382/2012, c. 3.5 et 4, où l'on trouve un raisonnement similaire quant à la nécessité d'entreprendre des travaux d'adaptation immédiatement ou non.

⁷² Pour un autre exemple, TF, 19.06.2014, 6B_234/2014 ; TF, 29.01.1980, *in* RJ 1980 n° 167 (cage d'escalier de l'entrée d'une discothèque).

taire peu après la survenance d'un accident⁷³. La réalisation d'un risque peut-être minimisé amène régulièrement à prendre des mesures de correction afin d'éviter sa répétition ; l'accident fragilise presque nécessairement l'appréciation *ex ante* du propriétaire « attentiste » (cf. *supra* n. 49) ; on a parfois voulu voir dans la correction spontanée du défaut une reconnaissance de celui-ci par le propriétaire ; on admet cependant largement et à juste titre que tel n'est pas le cas (cf. *supra* n. 39) ; on ne voit pas d'ailleurs que le propriétaire puisse influencer par son action l'opération de qualification objective du défaut : sa « reconnaissance » d'un défaut, fût-elle même verbale, reste sans incidence sur l'engagement ou non de la responsabilité⁷⁴.

V. « Mort » de l'immeuble et survie de la responsabilité : la prescription

51. L'action en responsabilité fondée sur l'art. 58 CO connaît un délai de prescription relatif d'un an à compter du jour où la victime a eu connaissance du dommage et de son auteur et un délai absolu actuellement⁷⁵ de dix ans à compter du jour où le fait dommageable s'est produit (art. 60 al. 1 CO). En ce qui concerne l'art. 58 CO, cela signifie que le délai absolu ne commence à courir qu'à compter du jour où le vice de l'ouvrage a cessé d'exister ou du jour où le dommage s'est produit⁷⁶. Dans la plupart des cas, c'est l'expiration du délai relatif qui entraînera la prescription de l'action fondée sur l'art. 58 CO, parce que dommage et « auteur » de celui-ci sont aisément déterminés : le premier parce qu'il consiste régulièrement dans une atteinte à l'intégrité corporelle, le second parce qu'il s'agit du propriétaire formel de l'ouvrage (cf. *supra* n. 4). Cela n'exclut cependant pas certaines situations particulières.

52. On connaît les délicats problèmes que pose l'utilisation de l'*amiante* pour la santé et les difficultés qu'elle pose dans la mise en œuvre de la responsabilité en raison de l'« effet retard » du matériau sur la santé : la responsabilité civile ne pourrait souvent plus être engagée en raison de l'écoulement du délai de dix ans qui court dès le fait dommageable, savoir dès la dernière exposition de la victime à l'amiante, savoir d'un moment où la maladie ne s'est généralement pas encore déclarée. La présence d'amiante dans l'immeuble constitue un défaut de sécurité. Dans le contexte de la responsabilité fondée sur l'art. 58 CO,

⁷³ Pour un autre exemple, TF, 29.01.1980, *in* RJ 1980 n° 167 (cage d'escalier de l'entrée d'une discothèque).

⁷⁴ Autre est la question de la « reconnaissance » de responsabilité, entendue comme admission des conséquences de celle-ci.

⁷⁵ Le projet de révision du droit de la prescription prévoit de porter le délai à 30 ans en cas de lésions corporelles ou de décès (cf. <https://www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2014/273.pdf> [26.09.16]).

⁷⁶ De façon générale pour les responsabilités causales, REY, n. 1646.

la situation a alors ceci de particulier que le fait dommageable peut continuer d'exister de façon abstraite – faute d'un désamiantage –, en ce sens que *d'autres* victimes peuvent être atteintes du même fait, mais que la prétention en responsabilité concrète est néanmoins prescrite parce que l'atteinte de *la victime individuelle* s'est produite plus de dix ans auparavant. En d'autres termes, le problème de prescription évoqué peut se poser lorsque soit la victime cesse d'être exposée à l'amiante (un locataire change de logement), soit l'immeuble est assaini ou détruit⁷⁷. Une problématique similaire pourrait se poser à l'avenir dans les cas d'exposition au *radon*, un gaz naturel radioactif dont la concentration excessive dans les lieux d'habitation (ou de travail) pourrait présenter des risques mortels et qui peut pénétrer dans les bâtiments par leurs fondations ; des mesures de protection destinées à améliorer l'étanchéité des bâtiments sont possibles⁷⁸. Ici encore, en raison d'un « effet retard », le dommage causé par l'exposition excessive pourrait se déclarer à un moment où la créance fondée sur la responsabilité devrait être tenue pour prescrite, à rigueur de la réglementation légale actuelle.

53. Dans l'arrêt *Moor*, la Cour EDH a condamné la Suisse pour violation du § 6 CEDH, parce que notre système de la prescription empêchait la victime de faire valoir sa créance en réparation du dommage, celle-ci s'étant prescrite avant même que le dommage ne survienne, voire que la victime en ait connaissance. L'arrêt de la Cour EDH – qui a rouvert le chantier de la révision du droit de la prescription – se fait l'écho d'une certaine conception de justice. Il comporte cependant également sa part d'ombre : la solution la plus simple qui se dessine en transparence consiste à faire partir le délai de prescription de la survenance du dommage (ou à considérer qu'il est suspendu jusqu'alors *de iure*⁷⁹) – moment parfois malaisé à fixer dans le cas d'une maladie – ; elle aurait cependant cette conséquence d'exposer le responsable, dans notre cas le propriétaire d'un immeuble amianté ou surexposé au radon, à une responsabilité des années après que la victime a quitté les lieux ou que le propriétaire a cédé l'immeuble, puisque le responsable est le propriétaire au moment de l'atteinte⁸⁰, dans notre cas le propriétaire au moment de la dernière exposition de la victime.

⁷⁷ Illustration : P acquiert un immeuble en 1979 et le loue à L en 1985, qui y loge jusqu'en 1995. En 1998, P entreprend des travaux d'assainissement (renforcement de l'étanchéité de l'enveloppe de l'immeuble au radon) et vend l'immeuble en 2000. En 2016, on pose à L le diagnostic d'un cancer causé par une surexposition au radon – on observera que la preuve de la causalité pourrait constituer un obstacle de taille sur le chemin de la responsabilité –.

⁷⁸ Cf. not. ROMY, p. 158; FAVRE, p. 117 ss ; d'un point de vue législatif, cf. art. 24 de la loi fédérale sur la radioprotection (RS 814.50) et les art. 110 à 118a de l'Ordonnance sur la radioprotection (RS 814.501).

⁷⁹ Cf. PICHONNAZ, DC 2016, p. 150.

⁸⁰ REY, n. 1065 ; OFTINGER/STARK, § 19 n. 26 ; ATF 123 III 306, c. 3a/aa.

54. L'effet « protecteur » de la jurisprudence *Moor* semble ne pas devoir s'étendre au-delà des cas qui présentent une *forte similitude factuelle* à celui qui en était l'objet : dans un arrêt récent où un maître d'ouvrage tentait de s'en réclamer pour échapper à la sanction de la prescription d'une action en dommages-intérêts fondée sur un défaut de l'ouvrage en soutenant que le dommage s'était produit après l'échéance du délai de prescription, le Tribunal fédéral rejette la comparaison avec l'affaire *Moor* et, ce faisant, l'élargissement de l'effet protecteur à des cas présentant une similitude juridique avec l'affaire en cause⁸¹. Le Tribunal retient en effet qu'il n'était ici « nullement question de prétentions en dommages-intérêts déduites par des personnes physiques [...] ayant été exposées durant de nombreuses années à une substance pathogène, mais de prétentions d'une société anonyme active dans le transport de sable et gravier contre un entrepreneur qui a construit pour elle un chaland présentant un défaut d'assiette, lequel a chaviré à la suite d'une manœuvre de déchargement » et que « [l]es circonstances de fait à la base de ces deux décisions [étaient] totalement étrangères l'une à l'autre »⁸². Cette approche factuelle restrictive est discutable, même s'il reviendra(it) peut-être au législateur d'élaborer une solution *générale* fondée sur la problématique conceptuelle du dommage qui survient alors que la créance en réparation est déjà prescrite, situation ubuesque s'il en est⁸³.

55. Il y a probablement un équilibre délicat à trouver entre la garantie effective donnée à la victime de pouvoir faire valoir ses droits et le principe qui doit soustraire la partie responsable au risque de l'indemnisation pendant une période très longue ou illimitée. La solution devrait cependant presque nécessairement privilégier les intérêts du débiteur (responsable) – auquel le droit actuel est favorable – ou ceux du créancier (lésé) – auquel un délai relatif unique serait favorable. La solution devrait également prendre compte l'intérêt à la sécurité et à la prévisibilité du droit. Par conséquent, à notre sens, et par souci de simplification, on pourrait songer à un *délai absolu unique (de cinq ou dix ans) dont le point de départ soit cependant fixé à la naissance de la créance*, qui suppose que le dommage est survenu. Cette solution aurait l'avantage d'être en harmonie avec la règle qui vaut en matière contractuelle (art. 130 al. 1 CO)⁸⁴.

⁸¹ Dans le cas d'espèce, l'extension de l'effet protecteur n'était pas réellement concevable dans la mesure où le maître connaissait déjà le défaut de l'ouvrage (un chaland) et aurait pu réagir ne serait-ce que par un avis des défauts ; cf. à ce sujet, PICHONNAZ, DC 2016, p. 149 s.

⁸² TF, 30.10.2015, 4A_261/2015, c. 3.4.

⁸³ Eg. PICHONNAZ, Prescription, p. 90 s.

⁸⁴ On admettra que dans notre matière, la naissance de la créance coïncide avec son exigibilité.

VI. Quelques conclusions

56. En forme de conclusion, nous formulons ici les principales « thèses » qui ressortent de notre examen.

57. Rien ne justifie que la responsabilité fondée sur l'art. 58 CO soit réservée à des ouvrages terminés. L'immeuble (ou l'ouvrage) en travaux présente par nature un défaut de sécurité, qui impose des mesures de sécurité qui protègent les intervenants du chantier autorisés (responsabilité « interne ») et écartent les personnes non autorisées (responsabilité « externe ») de sorte à les rendre responsables de leur propre dommage éventuel (faute concomitante interruptive de la causalité) (*cf. supra* n. 7-13).

58. Le défaut de sécurité – qu'il s'agisse d'un défaut de construction, de conception ou d'entretien – au sens de l'art. 58 CO peut être défini comme tout écart existant entre les attentes sécuritaires objectives légitimes et l'état de l'immeuble au moment de l'accident. Les attentes sécuritaires sont fonction de l'affectation de l'ouvrage, de son accessibilité et des normes de construction ou d'entretien d'application nationale, qu'elles résultent de réglementations expresses ou de l'observation de pratiques généralement répandues, entendues comme les « attentes raisonnables du public » (*cf. supra* n. 13, 29-36).

59. La possibilité technique de prendre des mesures assurant la sécurité ne devrait pas jouer de rôle dans la mise en œuvre de l'art. 58 CO : si les mesures sont possibles, elles doivent être prises, si elles ne le sont pas, il faut renoncer à l'usage de l'immeuble ou modifier son affectation (*cf. supra* n. 27-28).

60. La condition de la proportionnalité des mesures de sécurité, limitative de la responsabilité, devrait être abandonnée, car elle est la source d'incertitudes trop importantes dans la définition du défaut de sécurité, notamment dans la détermination de la naissance et de l'étendue du devoir du propriétaire de prendre des mesures d'adaptation (*i. e.* de rénovation) (*cf. supra* n. 49-50).

61. Les limites de la responsabilité de l'art. 58 CO devraient découler d'une définition raisonnable des attentes objectives et d'une prise en compte plus marquée de la faute propre de la partie lésée comme facteur d'interruption de la relation de causalité. En d'autres termes, il s'agit de considérer la responsabilité de l'art. 58 CO comme strictement causale, mais limitée par la violation par la victime de son devoir de diligence, sans que celle-ci ait nécessairement à présenter une gravité particulière (*cf. supra* n. 13, 40, 50).

62. Si la condition de proportionnalité est maintenue, elle devrait être prise en compte dans l'examen de tous les défauts de sécurité, sans distinction entre le défaut de construction et le défaut d'entretien (*cf. supra* n. 48) et ne saurait

prendre pour référence des critères subjectifs tels que les capacités financières du propriétaire ou le rendement de l'immeuble – ou de l'ouvrage – (*cf. supra* n. 47).

63. Les mesures de sécurité spontanément prises par le propriétaire après l'accident ne permettent aucune conclusion sur l'existence ou d'un défaut au sens de l'art. 58 CO, qui consiste dans une notion purement objective, sujette à l'appréciation du juge, mais non à celle du propriétaire (*cf. supra* n. 39, 50).

64. Le délai de prescription absolu à compter du fait dommageable, qui s'applique à la responsabilité instituée par l'art. 58 CO, peut poser le problème que la créance en indemnisation soit atteinte par la prescription avant d'être née, parce que le dommage n'est survenu qu'après l'écoulement du délai (cas de l'amiante, voire du radon). Cette situation devrait être corrigée par voie législative : une solution pourrait consister dans le maintien d'un seul délai de prescription absolu (le délai relatif serait supprimé), mais qui ne courrait qu'à compter de la naissance de la créance, comme en matière contractuelle (*cf. supra* n. 51-52, 55).

Bibliographie

- Roland BREHM, *Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen*, Berner Kommentar, 4^e éd., Berne 2013 (cité : BK-BREHM).
- François CHAIX, *La responsabilité civile du propriétaire de bâtiment (art. 58 CO)*, in *Servitudes, droit de voisinage, responsabilités du propriétaire immobilier* (Bénédict FOËX et Michel HOTTELLIER, éd.), Genève 2007, p. 39 ss.
- Anne-Christine FAVRE, *Assainissement et mise en conformité*, in *Les rénovations d'immeubles* (Bénédict FOËX, éd.), Genève 2012, p. 89 ss.
- Walter FELLMANN, *Art. 1-14 PrHG*, in *Obligationenrecht I*, Basler Kommentar (Heinrich HONSELL, Nedim Peter VOGT et Wolfgang WIEGAND, éd.), 6^e éd., Bâle 2015 (cité : BSK OR I-FELLMANN).
- Peter GAUCH, *Deliktshaftung der Baubeteiligten*, in *Baurechtstagung 1989*, p. 1 ss.
- Theo GUHL/Hans MERZ/Max KUMMER, *Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts*, 7^e éd., Zurich 1980.
- Alfred KELLER, *Haftpflicht im Privatrecht*, vol. I, 6^e éd., Berne 2002.
- Martin KESSLER, *Art. 52-59a CO*, in *Obligationenrecht I*, Basler Kommentar (Heinrich HONSELL, Nedim Peter VOGT et Wolfgang WIEGAND, éd.), 6^e éd., Bâle 2015 (cité : BSK OR I-KESSLER).
- Nicolas KUONEN, *La responsabilité précontractuelle*, thèse Fribourg, Zurich 2007 (cité : Responsabilité).
- Christoph MÜLLER, *La responsabilité civile extracontractuelle*, Bâle 2013.
- Karl OFTINGER/Emil STARK, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, vol. II/1, 4^e éd., Zurich 1987.
- Pascal PICHONNAZ, *La prescription de l'action en dommages-intérêts : Un besoin de réforme*, in *Le temps dans la responsabilité civile* (Franz WERRO, éd.), Berne 2007, p. 71 ss (cité : PICHONNAZ, Prescription).
- Pascal PICHONNAZ, *Le dommage consécutif au défaut, la prescription et l'action délictuelle*, in *DC 2016*, p. 148 ss (cité : PICHONNAZ, DC 2016).
- Heinz REY, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, 4^e éd., Zurich 2008.
- Vito ROBERTO, *Haftpflichtrecht*, Berne 2013.
- Isabelle ROMY, *Construction et développement durable*, in *Journées du droit de la construction 2011*, p. 155 ss.
- Ingeborg SCHWENZER, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 6^e éd., Berne 2012.

- Thomas SIEGENTHALER, Haftung für mangelhafte Erdbebensicherheit von Gebäuden – Planer, Werkeigentümer und Verkäufer, *in* DC 2009, p. 4 ss (cité : SIEGENTHALER, DC 2009).
- Thomas SIEGENTHALER, Note sur l'arrêt du TF 4A_359/2013, *in* DC 2014, p. 153 (cité : SIEGENTHALER, DC 2014).
- Paul-Henri STEINAUER, Les relations entre le droit public et le droit privé (cantonal et fédéral) de la construction : confirmation des principes et nouveautés depuis la révision de 2012, *in* DC 2013, p. 116 ss.
- Franz WERRO, art. 41-61 CO, *in* Code des obligations I, Commentaire romand (Luc THÉVENOZ et Franz WERRO, éd.), 2^e éd., Bâle 2012 (cité : CR CO I-WERRO).
- Franz WERRO, Note sur l'arrêt du TC FR du 08.02.1995–RFJ 1995, p. 283, *in* DC 1996, p. 49 s. (cité : WERRO, DC 1996).
- Franz WERRO, La responsabilité civile, 2^e éd., Berne 2011 (cité : WERRO, Responsabilité).
- Pierre WESSNER, L'obligation de sécurité du bailleur à l'égard des usagers de l'immeuble, *in* 16^e Séminaire sur le droit du bail (François BOHNET et Pierre WESSNER, éd.), Genève *et al.* 2010, p. 65 ss.

Table des matières

Avant-propos	5
Préface	9
Sommaire	11
Table des abréviations.....	13

DENIS PIOTET

La perpétuité de la propriété face à la prescription	19
I. Droit de propriété et perpétuité	19
A. Rapport entre droit et <i>corpus</i>	19
B. Rapport entre droit et titulaire	21
II. Péremption, prescription et droits réels.....	22
A. Péremption, principe et exceptions	22
B. L'abus de droit, moyen péremptoire du droit de propriété	23
C. La « prescription » du droit réel est-elle une « péremption » ?	24
III. Prescription acquisitive de la liberté et extinctive du droit réel.....	25
A. Prescription acquisitive de la liberté et extinctive du droit réel limité dans la tradition civile	25
B. La rupture du droit suisse	26
C. Aucune prescription extinctive n'affecte le droit de propriété.....	28
D. L'imprescriptibilité des droits réels et celle de la seule propriété en Suisse.....	29
IV. L'emprise de l'imprescriptibilité de la propriété.....	30
A. Dans le système du droit fédéral	30
B. Dans le domaine du droit cantonal	31
C. Prescription et imprescriptibilité en droit transitoire	31

BÉNÉDICT FOËX

Les gages immobiliers dans la durée	33
Introduction.....	33
I. Imprescriptibilité de la créance garantie et des intérêts	33
II. L'immeuble grevé dans la durée.....	37
III. Délai de dénonciation au remboursement	42
IV. Deux questions particulières	46
A. Est-il possible d'acquérir un gage immobilier par prescription acquisitive ? ...	46
B. Est-il possible de limiter la durée d'un droit de gage immobilier ?.....	49
Bibliographie	51

AMÉDÉO WERMELINGER

L'écoulement du temps dans la PPE	55
I. Introduction	55
II. La PPE avant sa constitution	56
A. La situation concrète.....	56
B. La réalité concrète	56
C. Les questions et les enjeux liés à la constitution par déclaration unilatérale	57
1. Questions.....	57
2. Enjeux structurels.....	58
D. Conseil	61
III. La PPE avant sa construction	62
A. La situation concrète.....	62
B. Le déficit dans la réglementation légale	62
C. Les questions soulevées par la constitution de la PPE avant sa construction.....	63
D. Conseils	63
IV. La construction du bâtiment.....	64
A. Définition des rôles et temps consacré à la construction.....	64
B. Moyens de contourner la compétence légale	65
1. La procuration donnée à l'investisseur/vendeur.....	65
2. Dispositions de l'ordre communautaire	66
C. L'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs et les garanties de construction	67
D. Conseils	68
V. La gestion et l'entretien dans le temps.....	68

A. Les réflexions stratégiques.....	68
B. Le fonds de rénovation comme nerf de la guerre.....	69
C. Conseils	70
VI. Démolition et reconstruction	71
A. Problématique	71
B. Solutions offertes par la loi	71
C. Conséquences	72
VII. La fin de la PPE.....	72
A. Terra incognita	72
B. Problèmes sur le plan législatif	72
C. Les finances.....	73
D. Conseils	74
VIII. Conclusion.....	75
Bibliographie	76

DANIEL KINZER

La surveillance et le contrôle des loyers dans le temps.....	79
I. La surveillance par le juge civil.....	80
A. La limite instituée par le droit civil	80
1. La durée de vie de la limite	80
2. L'évolution de la limite dans le temps.....	81
a) L'évolution du concept dans le temps	81
b) L'évolution en fonction des paramètres.....	85
B. L'adaptation du loyer à la limite fixée par le droit civil	88
1. Une adaptation ponctuelle	88
2. Une adaptation bridée par le principe de la fidélité contractuelle et de l'autorité de chose jugée	91
II. Le contrôle par l'autorité administrative	97
A. L'évolution du loyer de référence dans le temps	97
1. La durée du contrôle	97
a) La durée du contrôle justifié par des facilités financières	98
b) La durée du contrôle justifié par des facilités constructives	99
2. L'évolution de la limite	100
a) La définition de la limite initiale.....	100
i) Principes généraux.....	101

ii) L'adaptation avant l'entrée en vigueur	102
b) L'évolution à l'intérieur de la période de contrôle.....	105
i) Les paramètres spécifiques au contrôle administratif.....	106
ii) La prise en compte des paramètres connus du droit civil	106
B. L'adaptation du loyer à la limite.....	108
1. L'adaptation du loyer réel au loyer de référence	109
a) Les mécanismes de droit administratif	109
b) La vérification de l'adéquation des loyers à l'art 269 CO.....	109
2. Les effets du loyer de référence au-delà de la période de contrôle	111
NICOLAS KUONEN	
La responsabilité du propriétaire d'immeuble dans le temps.....	113
I. Responsabilité du propriétaire d'immeuble : introduction et généralités.....	113
II. « Naissance » de l'immeuble et responsabilité : du chantier à son achèvement	115
A. Notion d'ouvrage défectueux : un ouvrage « terminé » ?.....	115
B. Sécurité de l'immeuble (en travaux)	117
C. Pluralité de responsables	119
III. Défauts de « jeunesse » de l'immeuble : le vice de construction (ou de conception).....	120
IV. « Âge adulte » de l'immeuble : le défaut d'entretien	121
A. Notion d'entretien de l'immeuble : une précision terminologique	121
B. Défaut de l'ouvrage comme défaut de sécurité	122
1. Possibilité d'assurer la sécurité.....	122
2. Sécurité (in)suffisante et défaut au sens de l'art. 58 CO	124
a) « Vrais » critères	124
b) « Faux » critères.....	128
3. Proportionnalité.....	129
V. « Mort » de l'immeuble et survie de la responsabilité : la prescription.....	133
VI. Quelques conclusions	136
Bibliographie	138
Table des matières	141

Derniers ouvrages parus

Droit de la propriété

Foëx, Bénédicte/Hottelier, Michel (éds) 2018
Imprescriptibilité, contrôle et responsabilité
Les effets du droit de propriété dans le temps

Foëx, Bénédicte/Hottelier, Michel (éds) 2016
La propriété immobilière face aux défis énergétiques
Du statut juridique de l'énergie au contrôle des loyers

Foëx, Bénédicte (éd.) 2016
La propriété par étages aujourd'hui
Une alerte cinquantenaire

Foëx, Bénédicte (éd.) 2013
Planification territoriale
Droit fédéral et spécificités cantonales

Foëx, Bénédicte (éd.) 2012
Les rénovations d'immeubles

Foëx, Bénédicte (éd.) 2012
La réforme des droits réels immobiliers
Les modifications du Code civil entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2012

Foëx, Bénédicte (éd.) 2011
Droit de superficie et leasing immobilier
Deux alternatives au transfert de propriété



Collection
Genevoise

<http://www.unige.ch/droit/CG.html>

Foëx, Bénédicte/Hottelier, Michel 2009
La garantie de la propriété à l'aube du XXI^e siècle
Expropriation, responsabilité de l'Etat, gestion des grands projets et protection du patrimoine

Collection générale

Philippe Avramov 2018
L'omission fautive : la violation d'un devoir juridique ou moral.
Une analyse historique et dogmatique

Jubin Oriana 2017
Les effets de l'union libre
Comparaison des différents modes de conjugalités et propositions normatives

Neri-Castracane, Giulia 2016
Les règles de gouvernance d'entreprise comme moyen de promotion de la responsabilité sociale de l'entreprise –
Réflexions sur le droit suisse dans une perspective internationale

Hohl-Chirazi, Catherine 2016
La privation de liberté en procédure pénale suisse : but et limites

Dan, Adrian 2015
Le délit de commission par omission –
éléments de droit suisse et comparé

Mirfakhraei, Kaveh 2014
Les indemnités de fin de contrat dans le contrat d'agence et le contrat de distribution exclusive

Sigrist, Alexandra 2013
Les pouvoirs de la police : le cas de la délinquance juvénile

Pavlidis, Georgios 2012
Confiscation internationale : instruments internationaux, droit de l'Union européenne, droit suisse

Rubido, José-Miguel 2012
L'exercice du droit de préemption immobilier au regard du droit privé

Gonin, Luc 2011
L'obsolescence de l'Etat moderne
Analyse diachronique et contextuelle à l'exemple de l'Etat français

Marti, Ursula 2011
Das Vorsorgeprinzip im Umweltrecht
Am Beispiel der internationalen, europäischen und schweizerischen Rechtsordnung

Alberini, Adrien 2010
Le transfert de technologie en droit communautaire de la concurrence
Mise en perspective avec les règles applicables aux accords de recherche et développement, de production et de distribution

Bernard, Frédéric 2010
L'Etat de droit face au terrorisme

Donatiello, Giuseppe 2010
Responsabilité du débiteur : de la délégation à l'organisation de l'exécution des obligations
Codifications supranationales récentes (CVIM, Principes d'UNIDROIT, Principes européens) et Code des obligations suisse

Droit civil

Leuba, Audrey/Papaux van Delden, Marie-Laure (Foëx, Bénédicte / (éds) 2017
Le droit en question
Mélanges en l'honneur de la Professeure Margareta Baddeley

Geissbühler, Grégoire 2016
Le recouvrement privé de créances
Aspects contractuels et protection du débiteur

Baddeley, Margareta / Foëx, Bénédicte / Leuba, Audrey / Papaux van Delden, Marie-Laure (éds) 2014
Facettes du droit de la personnalité
Journée de droit civil 2013 en l'honneur de la Professeure Dominique Manai

Marchand, Sylvain 2012
Droit de la consommation

Baddeley, Margareta / Foëx, Bénédicte / Leuba, Audrey / Papaux Van Delden, Marie-Laure (éds) 2012
Le droit civil dans le contexte international
Journée de droit civil 2011

Baddeley, Margareta / Foëx, Bénédicte (éds) 2009
La planification du patrimoine
Journée de droit civil 2008 en l'honneur du Professeur Andreas Bucher

Perrin, Jean-François / Chappuis, Christine 2008
Droit de l'association
3^e édition

Baddeley, Margareta (éd.) 2007
La protection de la personne par le droit
Journée de droit civil 2006 en l'honneur du Professeur Martin Stettler

Recueils de textes

*Wylter, Rémy / Meier, Anne /
Marchand, Sylvain (éds)* 2015
Regards croisés en droit du travail: Liber
Amicorum pour Gabriel Aubert

*Bellanger, François /
de Werra, Jacques (éds)* 2012
Genève au confluent du droit interne
et du droit international
Mélanges offerts par la Faculté de droit
de l'Université de Genève
à la Société Suisse des Juristes à
l'occasion du Congrès 2012

Hottelier, Michel (éd.) 2011
Albert Cohen
L'écrivain au service de l'Etat de droit
Actes du colloque organisé le 18 février
2011 par la Faculté de droit et la Fonda-
tion Mémoire Albert Cohen

Flückiger, Alexandre (éd.) 2010
Emouvoir et persuader pour
promouvoir le don d'organes ?
L'efficacité entre éthique et droit

*Trigo Trindade, Rita / Peter, Henry /
Bovet, Christian (éds)* 2009
Economie Environnement Ethique
De la responsabilité sociale et sociétale.
Liber amicorum Anne Petitpierre-Sauvain

Droit et histoire

Mettral Dubois, Véronique 2015
L'œuvre politique de James Fazy
(1794-1878) et son apport à l'avènement
des droits fondamentaux à Genève
Sources doctrinales et contexte historique

*Dufour, Alfred / Quastana, François /
Monnier, Victor (éds)* 2013
Rousseau, le droit et l'histoire
des institutions
Actes du colloque international pour
le tricentenaire de la naissance de
Jean-Jacques Rousseau (1712-1778)
organisé à Genève, les 12, 13 et
14 septembre 2012

Dufour, Alfred / Monnier, Victor (éds) 2011
La Savoie, ses relations avec
Genève et la Suisse
Actes des journées d'étude à l'occasion
du 150^e anniversaire de l'Annexion
de la Savoie à la France organisées à
Genève, les 4 et 5 novembre 2010

Schmidlin, Bruno 2011
Der Vertrag im europäischen Zivilrecht /
Le contrat en droit civil européen

Hottelier, Michel (éd.) 2010
James Fazy
De l'intelligence collective des sociétés
Cours de législation constitutionnelle

Droit de la responsabilité

*Chappuis, Christine /
Winiger, Bénédicte (éds)* 2015
Responsabilité civile – Responsabilité
pénale
(Journée de la responsabilité civile 2014)

*Chappuis, Christine /
Winiger, Bénédicte (éds)* 2013
Le tort moral en question
(Journée de la responsabilité civile 2012)

*Chappuis, Christine /
Winiger, Bénédicte (éds)* 2011
La preuve en droit de la responsabilité
civile
(Journée de la responsabilité civile 2010)

*Chappuis, Christine /
Winiger, Bénédicte (éds)* 2009
La responsabilité pour l'information four-
nie à titre professionnel
(Journée de la responsabilité civile 2008)

Droit international

Riondel, Ghislaine 2016
La prise en charge des soins de santé
dans un contexte transfrontalier
européen – Problématique générale en
Europe et propositions pour la Région
franco-valdo-genevoise

Rodriguez Ellwanger, Maria 2016
Les instruments juridiques de la planifi-
cation territoriale transfrontalière dans le
bassin de vie franco-valdo-genevois

Herren, Pascal 2016
L'intervention internationale au nom
des droits de l'homme – L'autorité de
l'approche finaliste

Christófolo, João Ernesto 2016
Solving Antinomies Between Peremptory
Norms in Public International Law

Carron, Djemila 2016
L'acte déclencheur d'un conflit armé in-
ternational

Sossou Biadja, Cassius Jean 2015
L'acte uniforme OHADA relatif à
l'arbitrage à l'épreuve des standards
transnationaux de la justice arbitrale
Approche comparée de droit
international privé

McGregor, Eleanor 2015
L'arbitrage en droit public suisse
Une comparaison avec la France, les États-
Unis et l'arbitrage d'investissement

Reymond, Michel 2015
La compétence internationale en cas
d'atteinte à la personnalité par Internet

de María Palaco Caballero, Flor 2015
La Cour internationale de justice et la pro-
tection de l'individu

Romano, Gian Paolo 2014
Le dilemme du renvoi en droit interna-
tional privé
La thèse, l'antithèse et la recherche d'une
synthèse

Granges, Mathieu 2014
Les intérêts moratoires en arbitrage inter-
national

Grignon, Julia 2014
L'applicabilité temporelle du droit inter-
national humanitaire

Bulak, Begüm 2014
La liberté d'expression face à la présomp-
tion d'innocence
Justice et médias en droit italien et suisse
à l'aune de la convention et de la jurispru-
dence de la cour européenne des droits
de l'homme

Johannot-Gradis, Christiane 2013
Le patrimoine culturel matériel et immaté-
riel : quelle protection en cas de conflit
armé ?

Chatton, Gregor T. 2013
Vers la pleine reconnaissance des droits
économiques, sociaux et culturels

Ludwiczka, Maria 2013
La délégation internationale
de la compétence pénale

Petry, Roswitha 2013
La situation juridique des migrants
sans statut légal
Entre droit international des droits
de l'homme et droit suisse des migrations

Redalié, Lorenzo 2013
La conduite des hostilités dans
les conflits armés asymétriques :
un défi au droit humanitaire

Tran, Laurent 2013
Le régime uniforme de responsabilité
du transporteur aérien de personnes

