



Le consentement général à la sous-location répétée de courte durée

LAURENT BIERI*

Les règles sur la sous-location s'appliquent lorsqu'un locataire met à disposition son appartement contre rémunération par le biais d'une plateforme de réservation en ligne, sous réserve d'un cas de fraude à la loi. Le bailleur peut refuser de consentir à une sous-location si le locataire ne lui fournit pas à l'avance l'identité du sous-locataire. Il ne paraît pas opportun que le législateur révise le Code des obligations afin de modifier cette règle. Quant au Conseil fédéral, il n'a pas la compétence de modifier cette règle par le biais d'une modification de l'Ordonnance sur le bail à loyer et le bail à ferme d'habitations et de locaux commerciaux. Si le projet de modification de cette ordonnance mis en consultation en 2018 devait être adopté, les tribunaux devraient refuser de l'appliquer.

Die Bestimmungen über die Untermiete sind – unter Vorbehalt einer Gesetzesumgehung – anwendbar, wenn ein Mieter seine Wohnung gegen Bezahlung auf einer Buchungsplattform anbietet. Der Vermieter kann die Zustimmung zu einer Untervermietung verweigern, wenn der Mieter ihn nicht vorab über die Identität des Untermieters informiert. Diese Regelung mit einer Revision des Obligationenrechts zu ändern, scheint nicht zweckmässig. Dem Bundesrat wiederum fehlt die Kompetenz, um diese Regelung mittels Änderung der Verordnung über die Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen (VMWG) zu ändern. Wenn der Entwurf zur Änderung dieser Verordnung, der 2018 in die Vernehmlassung ging, angenommen wird, sollten die Gerichte deren Anwendung verweigern.

Plan

- I. Introduction
- II. L'application des règles sur la sous-location
- III. La communication de l'identité du sous-locataire
- IV. L'opportunité d'une modification du Code des obligations
- V. Le projet de modification de l'ordonnance sur le bail à loyer et à ferme
- VI. Conclusion

I. Introduction

Avant la révision de 1989, le Code des obligations prévoyait que la sous-location était possible « pourvu qu'il n'en résulte aucun changement préjudiciable au bailleur »¹. Il s'agissait toutefois d'une réglementation dispositive, et la plupart des contrats interdisaient la sous-location².

En 1989, l'Assemblée fédérale a adopté le régime actuel, relativement impératif, qui restreint la possibilité pour un bailleur de refuser une sous-location. Selon l'art. 262 CO, le locataire qui souhaite sous-louer tout ou partie de la chose doit obtenir le consentement du bailleur. Le bailleur ne peut toutefois refuser son consentement que dans trois hypothèses : (1) si le locataire refuse de lui communiquer les conditions de la sous-location ; (2) si les conditions de la sous-location, comparées à celle du bail principal, sont abusives ; ou (3) si la sous-location présente pour le bailleur des inconvénients majeurs³.

Par ailleurs, le bailleur peut également refuser de donner son consentement lorsque le locataire utilise la sous-location comme un moyen détourné de réaliser une substitution de locataire (fraude à la loi)⁴.

Enfin, des réglementations cantonales peuvent également jouer un rôle. Ainsi, selon l'art. 22 des Règles et usages locatifs du canton de Vaud (RULV), le bailleur peut refuser les sous-locations de durée indéterminée

* LAURENT BIERI, Docteur en droit, Professeur à l'Université de Lausanne.

Je remercie Mme Semsija Etemi, assistante diplômée à l'Université de Lausanne, pour sa relecture attentive du manuscrit et ses commentaires.

¹ FF 1985 I 1424 ; MICHEL BISE/AURÉLIE PLANAS, in : François Bohnet/Blaise Carron/Marino Montini (édit.), Commentaire Pratique – Droit du bail à loyer et à ferme, 2^e éd., Bâle 2016, art. 262 CO N 1 ; PETER HIGI, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Art. 253–265 OR, Miete, Zurich 1994 (cit. ZK-HIGI), art. 262 OR N 4 ; DAVID LACHAT, Le bail à loyer, Lausanne 2008, 582, N 2.6.2.

² FF 1985 I 1424 ; Rapport du Conseil fédéral du 11 janvier 2017 sur les principales conditions-cadres pour l'économie numérique, 113 s. ; CIPRIANO ALVAREZ, Buchungsplattformen im mietrechtlichen Bereich, mietrechtspraxis 2018, 163 ss, 178 ; BISE/PLANAS (n. 1), art. 262 CO N 1 ; ZK-HIGI (n. 1), art. 262 OR N 4.

³ Sur la sous-location, voir PIERRE TERCIER/LAURENT BIERI/BLAISE CARRON, Les contrats spéciaux, 5^e éd., Zurich 2016, N 1840 ss et les références citées. Selon le droit en vigueur, un bailleur ne peut pas interdire la sous-location même si le locataire a violé à plusieurs reprises les règles sur la sous-location. Voir sur ce point LAURENT BIERI, Le comportement passé du locataire peut-il justifier d'interdire la sous-location à l'avenir ?, Jusletter du 15.1.2018 ; d'un avis apparemment différent : Décision du Tribunal des baux du district de Zurich, MG160009, 9.2.2017, in : Zürcher Mietrechtspraxis 2017, c. 2.3.9 et 2.3.10 (également publié in : mietrechtspraxis/mp 2017, 126 ss).

⁴ TF, 4A_556/2015, 3.5.2016, c. 3.2 ; ATF 138 III 59 c. 2.2.1 ; 134 III 446 c. 2.4.

portant sur l'entier de la chose⁵. Il peut également exister d'autres règles de droit cantonal, notamment sur l'affectation des logements, qui limitent la possibilité de sous-louer⁶.

Le locataire doit demander l'accord du bailleur avant l'exécution du contrat de sous-location⁷. Le Code des obligations n'indique pas dans quel délai le bailleur principal doit répondre⁸. L'article 8 al. 2 du Contrat-cadre romand (CCR) et l'art. 22 al. 4 RULV prévoient que le bailleur dispose d'un délai de trente jours dès réception de la demande. Lorsque ces contrats-cadres ne sont pas applicables, il est généralement admis que le bailleur dispose d'un délai raisonnable, qui doit lui permettre d'examiner les conditions de la sous-location ; le délai dépend donc de la complexité du contrat de sous-location. Un délai de deux à quatre semaines est généralement considéré comme adapté.

La réglementation en vigueur n'a pas été adoptée en pensant à la sous-location répétée et de courte durée, qui s'est développée ces dernières années principalement par le biais de plateformes de réservation (Airbnb, etc.)⁹.

Comme l'a relevé le Tribunal fédéral, la réglementation adoptée lors de la révision de 1989 a « été prévue pour les cas où le locataire – par exemple en raison d'un séjour limité à l'étranger – ne peut temporairement pas user de la chose louée et la remet, le temps de son absence, à un tiers pour des raisons financières ; ou pour le cas où un appartement est devenu trop grand à la suite, par exemple, du départ de l'un de ses occupants ou d'un décès, et qu'une partie de la chose louée est ainsi remise à un tiers »¹⁰.

Cette contribution examine dans un premier temps dans quelle mesure les règles en vigueur sur la sous-location s'appliquent en cas de mises à disposition de la chose répétées et de courtes durées. Elle examine ensuite si, selon le droit en vigueur, le locataire qui souhaite sous-louer doit fournir à l'avance l'identité du sous-locataire. Elle prend enfin position sur l'opportunité d'une révision du Code des obligations, et sur le projet du Conseil fédéral de modification de l'Ordonnance sur le bail à loyer et le bail à ferme (OBLF), qui vise à introduire la possibilité pour le locataire d'imposer au bailleur un consentement général à la sous-location.

II. L'application des règles sur la sous-location

Les règles sur la sous-location s'appliquent-elles en cas de mises à disposition de la chose répétées et de courtes durées par le biais d'une plateforme de réservation ? Alors que certains auteurs semblent considérer que les règles sur la sous-location doivent en principe s'appliquer¹¹, d'autres paraissent l'exclure assez largement, ou en tout cas estiment que les règles sur la sous-location ne sont alors pas impératives¹². La question appelle à mon avis une réponse nuancée.

Avec les auteurs qui défendent l'application des règles sur la sous-location, on doit admettre que le fait que la mise à disposition d'un appartement soit répétée et de courte durée ne joue pas de rôle, un bail pouvant être conclu même pour une très courte durée¹³, et qu'il est sans importance que les parties entrent en relation par l'intermédiaire d'une plateforme de réservation.

Peu importe également que le locataire fournisse quelques prestations supplémentaires, par exemple la mise à disposition de meubles ou de nourriture. Dans ce cas, le contrat conclu avec le tiers pourrait certes ne plus

⁵ TF, 4A_487/2008, 10.3.2009, c. 2.4.

⁶ Voir par exemple SYLVIE FISCHER, Conditions de la sous-location à l'heure d'Airbnb, Plaidoyer 2016, 14 et 16 s., et NICOLAS KUONEN, La pratique des locations Airbnb et la sous-location, in : Pascal Pichonnaz/Franz Werro (édit.), La pratique contractuelle 6, Zurich 2018, 57 ss, N 17 ss.

⁷ BISE/PLANAS (n. 1), art. 262 CO N 21 ; LACHAT (n. 1), 572, N 2.2.5. L'art. 8 du Contrat-cadre romand de baux à loyer et l'art. 22 RULV prévoient expressément que le locataire doit demander « préalablement » le consentement. Pour des avis apparemment plus nuancés, voir Rapport du Conseil fédéral du 11 janvier 2017 sur les principales conditions-cadres pour l'économie numérique, 115 ; Rapport du Conseil fédéral du 15 novembre 2017 sur la réglementation dans le secteur de l'hébergement, 40 ; BSK OR I-WEBER, Art. 262 N 3, in : Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (édit.), Obligationenrecht I, Basler Kommentar, 6^e éd., Bâle 2015 (BSK OR I-auteur).

⁸ LACHAT (n. 1), 572, N 2.2.6.

⁹ Rapport du Conseil fédéral concernant la modification de l'ordonnance du 9 mai 1990 sur le bail à loyer et le bail à ferme d'habitations et de locaux commerciaux, 1.

¹⁰ ATF 138 III 59 = JdT 2014 II 418 c. 2.2.1 (citation selon la traduction).

¹¹ Voir par exemple CAROLE AUBERT, Droit du bail et plateformes d'hébergement, in : François Bohnet/Blaise Carron (édit.), 20^e Séminaire sur le droit du bail, Bâle/Neuchâtel 2018, 35 ss, N 50 et 58 ; BISE/PLANAS (n. 1), art. 262 CO N 90 ; DOMINIQUE JUD/ISABELLE STEIGER, Airbnb in der Schweiz, Was sagt das Mietrecht ?, Jusletter du 30.6.2015 ; FLORIAN ROHRER, SVIT-Kommentar, Zurich/Bâle/Genève 2018, art. 262 OR N 41.

¹² Voir ANDREAS ABEGG/CHRISTOPH BERNAUER, Welchen neuen Regulierungsbedarf schaffen Airbnb, Uber & Co. ?, PJA 2018, 82 ss, 86 ; KUONEN (n. 6), N 24.

¹³ Dans ce sens, par exemple KUONEN (n. 6), N 9. Voir toutefois, plus nuancés, BSK OR I-AMSTUTZ/MORIN (n. 7), Einleitung vor Art. 184 ff. N 296.

être un pur contrat de sous-location¹⁴. L'application par analogie des règles sur la sous-location paraît néanmoins justifiée dès qu'il y a mise à disposition contre rémunération d'un appartement loué¹⁵. Cela n'a d'ailleurs jamais été contesté s'agissant de la mise à disposition d'un appartement meublé. Il est par ailleurs aussi admis que l'art. 262 CO s'applique lorsque le locataire conclut avec le tiers un contrat de sous-affermage¹⁶.

Il est également sans importance que l'usage prévu ne corresponde pas exactement aux conditions posées dans le bail principal. Dans ce cas, il faut en effet appliquer les règles sur la sous-location, et le bailleur peut refuser de donner son consentement si le non-respect des conditions prévues dans le bail principal représente un inconvénient majeur¹⁷. Le non-respect des conditions prévues dans le bail principal représente certes en principe un inconvénient majeur¹⁸, mais ce n'est pas nécessairement le cas. Si la sous-location est de très courte durée, le fait que le locataire ne corresponde pas au profil prévu dans le bail principal ne représente pas forcément un inconvénient majeur¹⁹. Ainsi, une sous-location pour un week-end à un couple sans enfant pour des vacances, alors que le bail principal prévoit que seules les familles avec enfants peuvent l'occuper à des fins d'habitation, ne représente en principe pas

un inconvénient majeur²⁰. Par ailleurs, si les conditions restrictives posées dans le bail principal sont prévues précisément pour éviter des sous-locations de courtes durées, il n'est pas exclu de retenir une fraude à la loi ; il serait alors fait abstraction de ces conditions.

Peu importe les raisons qui motivent le locataire à mettre à disposition la chose pendant une durée limitée. Certains auteurs ont certes suggéré que l'application de l'art. 262 CO, ou en tout cas le caractère impératif de cette disposition, ne se justifiait qu'en cas de « changement provisoire des conditions de vie du locataire »²¹. Autrement dit, si l'on ne se trouve pas dans les hypothèses envisagées à l'origine par le législateur, par exemple si le locataire s'absente pour partir en vacances, l'art. 262 CO ne serait pas applicable, ou en tout cas pas impératif. Cette réduction de la portée du texte de l'art. 262 CO ne me paraît pas souhaitable, dans la mesure où elle irait à l'encontre d'un des objectifs de la révision des règles sur la sous-location, qui était d'avoir une situation claire²². Une telle réduction de la portée du texte poserait en effet beaucoup de problèmes de délimitations²³.

Les règles sur la sous-location s'appliquent même si l'on a affaire à un logement de luxe comprenant six pièces ou plus. En effet, selon le texte de l'art. 253b al. 2 CO, seules les règles sur la protection des locataires *contre les loyers abusifs* ne s'appliquent pas aux logements de luxe comprenant six pièces ou plus. Il n'y a à mon avis pas de raison d'étendre la portée de l'art. 253b al. 2 CO aux règles sur la sous-location, contrairement à ce qui a été parfois soutenu²⁴. Les « changements provisoires des conditions de vie » qui étaient envisagés par le législateur au moment de l'adoption de l'art. 262 CO peuvent en effet aussi survenir pour ce type de logements ; il paraît dès lors peu probable que le législateur ait voulu exclure cette hypothèse. Par ailleurs, il est également admis de longue date que les règles spécifiques sur la protection contre les congés (art. 271 ss CO) s'appliquent aux logements de luxe comprenant six pièces ou plus²⁵, ce qui renforce

¹⁴ Voir AUBERT (n. 11), N 45 ss ; ALESSIA DEDUAL, Airbnb und Mietrecht – Rechtliche Risiken bei der Aufnahme eines Gasts in die eigene Mietwohnung, PJA 2018, 1507 ss ; KUONEN (n. 6), N 10, relève à raison qu'en général la valeur des prestations additionnelles est négligeable. Peu importe également que le contrat conclu avec le tiers ne soit pas soumis au droit suisse. Sur le droit applicable à la relation entre le locataire et le tiers, voir AUBERT (n. 11), N 53 ss.

¹⁵ Dans ce sens (en relation avec un cas de sous-affermage) TF, 4A_518/2014, 19.11.2014, c. 3 ; BISE/PLANAS (n. 1), art. 262 CO N 90 ; IRÈNE SPIRIG, Grundsätze der Untermiete und Airbnb, mietrechtspraxis 2015, 1 ss, N 11 ss. S'agissant d'une cession à titre gratuit, l'art. 262 CO ne s'applique pas (ATF 136 III 186 c. 3.2.3) ; TERCIER/BIERI/CARRON (n. 3), N 1844, ce qui est critiqué notamment par ALFRED KOLLER, Rechtsbehelfe des Mieters bei Wegfall des Mietbedarfs, PJA 2018, 209 ss, note 32.

¹⁶ TF, 4A_518/2014, 19.11.2014, c. 3 ; TERCIER/BIERI/CARRON (n. 3), N 1844.

¹⁷ Voir LACHAT (n. 1), 570, N 2.2.1.

¹⁸ TF, 4A_127/2008, 2.6.2008, c. 4.3 (« lorsque la destination des locaux est sensiblement modifiée par rapport à celle prévue dans le contrat de bail ») ; TF, 11.10.1994, in : SJ 1995, 227, c. 5b ; BISE/PLANAS (n. 1), art. 262 CO N 42 ; KUONEN (n. 6), N 40 ; LACHAT (n. 1), 570 s., N 2.2.1 ; TERCIER/BIERI/CARRON (n. 3), N 1850. Voir également LAURENT BIERI, La protection des locataires contre les discriminations, in : François Bohnet/Blaise Carron (édit.), 20^e Séminaire sur le droit du bail, Bâle/Neuchâtel 2018, 161 ss, N 39.

¹⁹ Dans ce sens SPIRIG (n. 15), 15, qui relève à raison que la durée de la sous-location est décisive. Apparemment d'un autre avis, notamment BISE/PLANAS (n. 1), art. 262 CO N 44 ; LACHAT (n. 1), 570 s., N 2.2.1. Voir déjà BIERI (n. 18), N 40.

²⁰ Voir déjà BIERI (n. 18), N 40. Il faut également réserver le cas où la restriction posée dans le bail principal est illicite ou immorale (art. 19/20 CO ; BIERI [n. 18], N 41).

²¹ KUONEN (n. 6), N 23 s. ; ABEGG/BERNAUER (n. 12), PJA 2018, 86.

²² FF 1985 I 1424 (« établir une situation claire pour les deux parties »).

²³ KUONEN (n. 6), N 28, admet que l'application de l'art. 262 CO n'est pas exclue lorsqu'il y a un contrat conclu par l'intermédiaire d'une plateforme de réservation, et donne l'exemple d'un locataire qui « est régulièrement absent pendant les week-ends ou pendant quelques semaines à certains moments de l'année et propose son logement sur la plateforme pendant ces périodes-là ».

²⁴ Voir notamment KUONEN (n. 6), N 23.

²⁵ TERCIER/BIERI/CARRON (n. 3), N 2215 et 2261.

l'idée que l'art. 253b al. 2 CO ne vise que les règles sur la protection contre les loyers abusifs, pas l'ensemble règles qui protègent les locataires. Il faut donc retenir que selon le droit en vigueur, la réglementation sur la sous-location s'applique aussi aux logements de luxe comprenant six pièces ou plus²⁶.

Il est enfin sans importance, s'agissant de l'application des règles sur la sous-location, que le locataire cherche à obtenir un profit de la sous-location. En effet, le législateur a précisé expressément que le bailleur peut refuser de donner son consentement si les conditions de la sous-location sont abusives (art. 262 al. 2 let. b CO). Il paraît donc difficile d'admettre que les règles sur la sous-location ne visent pas cette hypothèse. Concrètement, le bailleur peut alors certes refuser, mais s'il le fait, c'est *en application* des règles sur la sous-location.

En revanche, si le locataire n'occupe plus l'appartement – ou ne l'occupe plus qu'occasionnellement²⁷ – et l'utilise essentiellement pour le sous-louer à l'aide de plateformes de réservation, sans qu'il existe une intention sérieuse de retourner y vivre, on sort de l'hypothèse de la sous-location²⁸. On a alors affaire, comme déjà indiqué, à une substitution de locataire (fraude à la loi), et le bailleur peut alors refuser de donner son consentement.

III. La communication de l'identité du sous-locataire

Lorsque les règles sur la sous-location s'appliquent, le locataire qui souhaite sous-louer par l'intermédiaire d'une plateforme de réservation peut avoir des difficultés à obtenir le consentement du bailleur. Le principal problème pour le locataire consiste à donner au bailleur l'identité du sous-locataire envisagé suffisamment à l'avance, ce qui n'est bien souvent pas possible²⁹.

La plupart des auteurs soutiennent en effet que le locataire doit fournir l'identité du sous-locataire lorsqu'il demande le consentement du bailleur³⁰. En d'autres termes, ces auteurs admettent que l'identité du sous-locataire fait partie des « conditions de la sous-location » au sens de l'art. 262 al. 2 let. a CO. Il est également parfois précisé que l'identité du sous-locataire peut constituer un « inconvénient majeur » au sens de l'art. 262 al. 2 let. c CO, et qu'il est par conséquent nécessaire que le bailleur la connaisse avant d'autoriser la sous-location³¹.

Récemment, certains auteurs ont toutefois défendu que s'agissant de sous-locations de courtes durées par le biais de plateformes de réservation, le locataire n'avait pas à fournir à l'avance l'identité du sous-locataire³². Ils estiment que dans ce cas l'identité du sous-locataire n'a que peu d'importance³³. Il suffirait alors que le locataire fournisse au bailleur les conditions des futures sous-locations, notamment le sous-loyer, le type et le nombre maximal de sous-locataires, la fréquence et la durée de séjours et les éventuels services supplémentaires³⁴.

À mon avis, même s'il est possible de tenir compte dans une certaine mesure de l'évolution sociale lors de l'interprétation de dispositions légales³⁵, il faut faire attention de ne pas mettre à mal les équilibres trouvés par le législateur³⁶. Lors de la révision de 1989, l'idée était claire : le locataire souhaitant imposer au bailleur une sous-location doit fournir à l'avance l'identité du sous-locataire. Il ne me paraît dès lors pas opportun de renoncer à cette exigence sans modifier le Code des obligations. Il appartient au législateur de se prononcer sur un éventuel changement, afin qu'un débat démocratique puisse avoir lieu³⁷.

²⁶ ZK-HIGI (n. 1), art. 262 OR N 5. Voir aussi BSK OR I-WEBER (n. 7), art. 262 N 7 in fine, qui semble admettre que pour les baux qui ne sont pas des baux d'habitation ou de locaux commerciaux il faudrait laisser le marché prévoir le prix, mais que l'art. 262 CO s'appliquerait s'agissant de l'admissibilité de la sous-location. Voir aussi ROHRER (n. 11), art. 262 OR N 61, qui admet l'application des règles sur la sous-location à tous les baux d'habitation et de locaux commerciaux, mais pas aux autres baux.

²⁷ TF, 4A_556/2015, 3.5.2016, c. 3.3 ; FISCHER (n. 6), 16.

²⁸ ATF 138 III 59 c. 2.2.1. Contrairement à ce qu'indique le Tribunal fédéral, il ne s'agit pas d'un abus de droit, mais d'une fraude à la loi (voir TERCIER/BIERI/CARRON [n. 3], N 1852, et KUONEN [n. 6], N 33).

²⁹ Voir AUBERT (n. 11), N 61 ; BISE/PLANAS (n. 1), art. 262 CO N 91 ; KUONEN (n. 6), N 34 ; ROHRER (n. 11), art. 262 OR N 42. Voir également le Rapport du Conseil fédéral du 11 janvier 2017 sur les principales conditions-cadres pour l'économie numérique, 41.

³⁰ Voir BISE/PLANAS (n. 1), art. 262 CO N 34 ; FISCHER (n. 6), 15 ; ZK-HIGI (n. 1), art. 262 OR N 32 et 40 ; KUONEN (n. 6), N 34 ; LCHAT (n. 1), 568, N 2.2.1 ; ROHRER (n. 11), art. 262 OR N 17 ; BSK OR I-WEBER (n. 7), art. 262 N 6.

³¹ ROHRER (n. 11), art. 262 OR N 43.

³² AUBERT (n. 11), N 63 ; JUD/STEIGER (n. 11), N 21 s. Apparemment aussi de cet avis, SPIRIG (n. 15), N 49.

³³ AUBERT (n. 11), N 63 ; JUD/STEIGER (n. 11), N 21.

³⁴ AUBERT (n. 11), N 63 ; JUD/STEIGER (n. 11), N 21.

³⁵ Voir par exemple ATF 123 III 292 c. 2e/aa (« Zeitgeist »).

³⁶ Sur le respect des compromis élaborés par le législateur, voir PAUL-HENRI STEINAUER, Le Titre préliminaire, Bâle 2009, N 318 (« le tribunal ne doit pas, si ce n'est sur des points techniques ou secondaires, substituer sa propre volonté au débat démocratique »). Voir aussi, plus généralement, RICHARD POSNER, *The Problems of Jurisprudence*, Cambridge/Londres 1990, 276 ss, qui relève que l'interprétation peut facilement mettre à mal un compromis élaboré entre plusieurs groupes politiques.

³⁷ Une initiative parlementaire 15.455 actuellement en cours de traitement propose de mentionner expressément à l'art. 262 CO que le nom du sous-locataire doit être fourni au bailleur :

IV. L'opportunité d'une modification du Code des obligations

Le législateur devrait-il modifier le Code des obligations afin de prévoir expressément que le locataire n'a pas à fournir au bailleur l'identité du sous-locataire ? Pour répondre à cette question, il faut garder à l'esprit que selon le droit en vigueur, le bailleur peut déjà donner un consentement général à des sous-locations répétées de courtes durées sans connaître l'identité des futurs sous-locataires³⁸. Autrement dit, c'est seulement la possibilité pour le locataire d'imposer au bailleur un consentement général qui n'est pas possible aujourd'hui. En revanche, rien n'interdit au bailleur de consentir globalement, par exemple en échange d'une participation aux gains tirés de la sous-location³⁹.

Dans ces conditions, on voit mal l'intérêt d'une réglementation qui permettrait au locataire d'imposer au bailleur un consentement global. Au contraire, une solution mutuellement avantageuse, négociée entre le bailleur principal et le locataire principal, permet de réduire le risque de conflit entre les parties.

Une solution négociée permet également une plus grande flexibilité quant à la fixation du sous-loyer, puisque les règles sur la sous-location n'imposent pas de limites dans le cadre d'une solution négociée. Quant aux règles spéciales sur la protection des locataires (en l'occurrence des sous-locataires) contre les loyers abusifs, elles ne s'appliquent pas aux logements de vacances loués pour trois mois ou moins (art. 253a al. 2 CO) et aux appartements ou maisons familiales de luxe comprenant six pièces ou plus (art. 253b al. 2 CO)⁴⁰ ; elles ne s'appliquent pas non plus aux logements loués pour quelques jours à des fins professionnelles, car il ne s'agit alors pas de baux d'habitation⁴¹. Pour ces types de sous-locations, le bailleur principal et le locataire principal disposent donc d'une grande liberté quant à la fixation du sous-loyer (art. 21 CO).

Une solution négociée permet également d'éviter d'avoir à déterminer si les sous-locations répétées de courtes durées causent des inconvénients majeurs au bail-

leur au sens de l'art. 262 al. 2 let. c CO. Dans la mesure où le bailleur principal est d'accord, la question ne se pose pas. Dans le cadre d'une solution négociée, le bailleur principal peut également prendre en compte les inconvénients que des sous-locations répétées de courtes durées peuvent entraîner pour d'autres locataires de l'immeuble (qui pourraient le cas échéant demander une baisse de loyer en application de l'art. 259d CO).

À noter que, contrairement à ce qui est parfois affirmé, la lutte contre la pénurie de logement ne semble pas jouer de rôle dans ce débat. En effet, pour autant que la possibilité d'imposer au bailleur un consentement global ne soit prévue que dans l'hypothèse où le locataire principal continue à habiter la plupart du temps dans l'appartement, une telle révision ne devrait pas avoir d'effets significatifs sur l'offre de logements disponibles pour l'habitation.

V. Le projet de modification de l'ordonnance sur le bail à loyer et à ferme

Le 21 mars 2018, le Conseil fédéral a mis en consultation un projet de modification de l'ordonnance sur le bail à loyer et le bail à ferme d'habitations et de locaux commerciaux (OBLF), qui prévoit la possibilité pour le locataire d'imposer au bailleur un consentement général à des sous-locations répétées de courtes durées⁴². Au moment d'écrire ces lignes, la procédure de consultation est terminée, mais la position du Conseil fédéral n'est pas encore connue.

Selon ce projet, pour obtenir un consentement général, le locataire devrait fournir au bailleur « les conditions de sous-location, notamment le montant maximal du loyer, le nombre maximal de locaux concernés et l'occupation maximale » ; il ne devrait en revanche pas fournir l'identité des sous-locataires. Quant au bailleur, il pourrait « refuser son consentement général uniquement pour les raisons citées à l'art. 262 al. 2 CO, notamment si l'usage

<https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaef?AffairId=20150455> (consulté le 18.12.2018).

³⁸ BISE/PLANAS (n. 1), art. 262 CO N 93 ; ZK-HIGI (n. 1), art. 262 OR N 33 ; ROHRER (n. 11), art. 262 OR N 43.

³⁹ BISE/PLANAS (n. 1), art. 262 CO N 93.

⁴⁰ AUBERT (n. 11), N 51 ; DEDUAL (n. 14), PJA 2018, 1512 ss.

⁴¹ Dans ce sens, DEDUAL (n. 14), PJA 2018, 1517, qui relève qu'une durée de quatre ou cinq jours est nécessaire pour qu'on puisse admettre l'existence d'une habitation. Voir aussi AUBERT (n. 11), N 51.

⁴² Le projet d'art. 8a OBLF a la teneur suivante :

« Art. 8a Consentement général à la sous-location répétée de courte durée (art. 262 CO).

¹ À la demande du locataire, le bailleur peut, en vertu de l'art. 262 CO, accorder un consentement général à la sous-location répétée de courte durée.

² Doivent figurer dans la demande les conditions de sous-location, notamment le montant maximal du loyer, le nombre maximal de locaux concernés et l'occupation maximale.

³ Le bailleur peut refuser son consentement général uniquement pour les raisons citées à l'art. 262, al. 2, CO, notamment si l'usage d'une plateforme de réservation ou les conséquences de cet usage présentent pour lui des inconvénients majeurs. »

d'une plateforme de réservation ou les conséquences de cet usage présentent pour lui des inconvénients majeurs ».

À mon avis, le Conseil fédéral n'a pas la compétence d'adopter une telle réglementation⁴³. En effet, pour créer de nouveaux droits et de nouvelles obligations par voie d'ordonnance, ce qui est le cas en l'espèce puisque le Code des obligations ne prévoit pas la possibilité pour le locataire d'imposer au bailleur un consentement global à la sous-location, le Conseil fédéral doit pouvoir se baser sur une délégation législative (art. 164 al. 2 et art. 182 al. 1 Cst.)⁴⁴. Or, comme cela a été relevé par plusieurs participants à la procédure de consultation, il n'existe en l'espèce pas de délégation législative (l'art. 253a al. 3 CO ne prévoit que la possibilité d'adopter des dispositions d'exécution)⁴⁵. Si la modification proposée devait être adoptée par le Conseil fédéral, les tribunaux devraient refuser de l'appliquer⁴⁶.

obligations afin de permettre au locataire d'imposer au bailleur un consentement global à la sous-location. Quant au Conseil fédéral, il n'a pas la compétence d'introduire une telle possibilité par le biais d'une modification de l'ordonnance sur le bail à loyer et le bail à ferme d'habitations et de locaux commerciaux.

VI. Conclusion

Les règles sur la sous-location s'appliquent lorsqu'un locataire met à disposition son appartement contre rémunération par l'intermédiaire d'une plateforme de réservation en ligne, sous réserve d'une fraude à la loi. Selon les règles sur la sous-location, le bailleur peut refuser de consentir à la sous-location si l'identité du sous-locataire ne lui est pas communiquée, ce qui a pour conséquence que bien souvent le locataire ne pourra pas imposer au bailleur des sous-locations répétées et de courtes durées par l'intermédiaire de plateformes de réservation. Rien n'empêche en revanche le bailleur de consentir à la sous-location sans connaître l'identité des futurs sous-locataires, par exemple en échange d'une rémunération. Vu les avantages que présente une solution négociée, il ne paraît pas judicieux que le législateur modifie le Code des

⁴³ Voir aussi KUONEN (n. 6), N 45.

⁴⁴ ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, volume I, Berne 2013, N 1605 ; PASCAL MAHON, in : Jean-François Aubert/Pascal Mahon (édit.), *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zurich 2003, art. 182 Cst. N 11. À vrai dire, vu que les dispositions importantes ne peuvent pas faire l'objet d'une délégation législative (voir JEAN-FRANÇOIS AUBERT, in : Jean-François Aubert/Pascal Mahon [édit.], *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zurich 2003, art. 164 Cst. N 41 ; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, N 1609), on peut s'interroger sur la possibilité d'une délégation législative.

⁴⁵ Les résultats de la procédure de consultation se trouvent à l'adresse suivante : https://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/2946/OBLF_Avis.pdf (consulté le 18.12.2018).

⁴⁶ Voir MAHON (n. 44), art. 182 Cst. N 15.