

LE BAIL PORTANT SUR LE LOGEMENT DE LA FAMILLE :

LES INCIDENCES DU NOUVEAU DROIT MATRIMONIAL

par

Pierre-A. WESSNER,  
professeur à l'Université de Neuchâtel

Sommaire

<u>Première partie</u>	: <u>La réforme du droit matrimonial</u>
§ 1	: Le processus législatif
§ 2	: Les principes directeurs
§ 3	: Les incidences sur le bail portant sur le logement de la famille
<u>Deuxième partie</u>	: <u>La conclusion du bail et ses effets</u>
§ 1	: Introduction
§ 2	: La conclusion du bail
§ 3	: Les effets du bail
§ 4	: Le droit transitoire
<u>Troisième partie</u>	: <u>La protection du logement familial loué</u>
§ 1	: Introduction
§ 2	: L'étendue de la protection
§ 3	: La protection au regard des actes de l'époux preneur
§ 4	: La protection au regard des actes du bailleur
§ 5	: Le droit transitoire

Bibliographie spéciale

## Première partie : LA REFORME DU DROIT MATRIMONIAL

### § 1. Le processus législatif

Ebauchée il y a une trentaine d'années, la révision du droit de la famille se fait par étapes (Mess. ch. 17, FF 1979. II. 1211).

La loi modifiant le droit du mariage (effets généraux, régime matrimonial et successions, RO 1986.122) a été approuvée le 5 octobre 1984 par le Parlement. Suite à une demande de référendum, elle a été acceptée en votation populaire le 22 septembre 1985 (FF 1985.II. 1437). Elle entrera en vigueur le 1er janvier 1988 (OCF, 22 janvier 1986, RO 1986. 153).

### § 2. Les principes directeurs

Le législateur de 1984 abolit le statut conjugal qui régit la législation actuelle, fondé sur un partage des rôles et sur la prédominance du mari. Ce faisant, il renonce à ancrer dans la loi un modèle familial unique. A l'avenir, les époux devront prendre ensemble les décisions touchant l'union conjugale, au besoin - et parfois de manière obligée - en s'adressant au juge (Mess. ch. 181, FF 1979. II. 1220 s).

A cet égard, trois principes gouvernent le nouveau droit matrimonial, tous significatifs, d'une façon ou d'une autre, pour les questions liées au logement de la famille :

1. la réalisation de l'égalité juridique du mari et de la femme (Mess. ch. 142.1 et 183, FF 1979. II. 1189 ss et 1221 s);
2. l'institution d'un système de concertation entre époux (Mess. ch. 142.2 et 182, FF 1979. II. 1191 s et 1221);
3. le renforcement de la protection de l'union conjugale (Mess. ch. 142.4, 185 et 219.221, FF 1979. II. 1193, 1223 s et 1256 s).

§ 3. Les incidences sur le bail portant sur le logement de la famille

1. Le logement de la famille s'entend de n'importe quel local, servant à l'habitation principale de personnes mariées ou de leurs proches (cf. infra, 3ème partie § 2.4).
2. Le nouveau droit matrimonial exerce, de manière directe, une double incidence sur le "bail familial" :
  - la première incidence touche le pouvoir - à l'avenir égal - de chaque époux de conclure le contrat au titre de la représentation de l'union conjugale (en principe, avec le consentement du conjoint, art. 166 al. 2 nouv. CC), ainsi que les effets pécuniaires en découlant (régis par les règles sur la solidarité passive, art. 166 al. 3 nouv. CC, en rapport avec le régime des dettes des époux, art. 202, 233 et 234, 249 nouv. CC). Cf. infra 2ème partie.
  - la seconde incidence se manifeste par les dispositions - nouvelles - sur la protection du logement familial. La loi vise les actes qui en empêchent ou en restreignent l'occupation. S'agissant du bail, c'est surtout la résiliation qui est en cause : lorsqu'elle est le fait de l'époux preneur, elle requiert le consentement du conjoint (art. 169 nouv. CC) ; lorsqu'elle est le fait du bailleur, elle doit être aussi signifiée à l'époux non locataire (art. 271 a nouv. CO). Cf. infra 3ème partie.

Ces dispositions, qu'elles ressortissent aux effets généraux du mariage (art. 166, 169 nouv. CC) ou au droit du bail (art. 271 a nouv. CO), s'appliquent à tous les couples, quel que soit leur régime matrimonial.

Elles sont impératives.

3. Le nouveau droit matrimonial répercutera indirectement d'autres effets sur le "bail familial". Ces effets se manifesteront principalement au plan interne (entre les époux), par

les nouveautés suivantes :

- Choix concerté de la demeure commune par les conjoints (art. 162 nouv. CC, Mess. ch. 213.2, FF 1979. II. 1233 s). Cette disposition ne vise pas un acte juridique, comme la conclusion du bail, mais la décision qui précède cet acte.
- Obligation des époux de contribuer de façon paritaire et proportionnelle aux charges d'entretien de la famille, parmi lesquelles celles résultant du logement (art. 163 nouv CC, Mess. ch. 214.1, FF 1979. II. 1234 ss). Ainsi, si mari et femme exercent une activité lucrative, la charge de loyer incombe à l'un et à l'autre, en proportion de leurs revenus.
- Indemnité équitable due à l'époux qui, par ses revenus ou sa fortune, a contribué de manière extraordinaire à l'entretien de la famille, notamment en assumant seul et durablement la charge des loyers (art. 165 nouv. CC, Mess. ch. 214.3, FF 1979. II. 1239 ss).
- Règlement des dettes entre époux (art. 203, 235 et 250 nouv. CC, Mess. 222.4, 223.5 et 224.4, FF 1979. II. 1291 s, 1316 et 1323). Le régime matrimonial, quel qu'il soit, n'exerce pas d'influence sur l'exigibilité des dettes, mais le conjoint débiteur peut, à certaines conditions, solliciter des délais de paiement.
- Poursuite entre époux : suppression de l'interdiction de l'exécution forcée (art. 173-176 CC), avec maintien, pour la saisissabilité, de la règle de l'art. 175 al. 1er qui figure à l'avenir à l'art. 95 a LP (Mess. ch. 217.32, FF 1979. II. 1250 ss).
- For en cas de mesures protectrices de l'union conjugale (art. 180 nouv. CC, Mess. ch. 219.228, FF 1979. II. 1266 s), en rapport notamment avec la suppression du domicile dépendant de la femme mariée (art. 25 CC, Mess. ch. 213.3, FF 1979. II. 1234).

## Deuxième partie : LA CONCLUSION DU BAIL ET SES EFFETS

### § 1. Introduction

1. Sous réserve de quelques restrictions, le mariage n'affecte pas la capacité des époux de faire des actes juridiques. Le nouveau droit matrimonial réaffirme ce principe (art. 168 nouv. CC). Mari et femme peuvent - séparément ou ensemble - conclure n'importe quel bail.
2. S'agissant pourtant des actes qui, comme la conclusion du "bail familial", sont commandés par les besoins de la famille, la loi les soumet à un régime spécial : la représentation de l'union conjugale.
3. La révision de 1984 en modifie la réglementation : à l'avenir, la représentation de l'union conjugale sera dominée par le double principe de l'égalité dans les pouvoirs et de la solidarité dans les effets (art. 166 nouv. CC).
4. Deux règles, significatives pour le logement familial, gardent toute leur valeur :
  - a) La représentation - et ses effets - n'existe que pendant la vie commune des époux, sous réserve de la protection des tiers de bonne foi (art. 166 al. 1er nouv. CC, Mess. ch. 215.21, FF 1979. II. 1242. Cf. aussi Lemp P., n. 6 et 23 ad art. 163 CC; Brosset G., FJS 104 p. 2).
  - b) La conclusion du bail tend à l'évidence à satisfaire un besoin de la famille; mais, au sens de la loi (art. 163 al. 1er, 166 al. 1er et 2 nouv. CC), il ne s'agit pas en principe d'un "besoin courant" (Mess. ch. 215.21, FF 1979. II. 1242; Lemp P., n. 7 et 8 ad art. 163 CC; Schmid E., n. 24 ad art. 253 CO).

§ 2. La conclusion du bail

1. Dans le droit actuel, les époux sont l'un et l'autre habilités à représenter l'union conjugale. Mais leurs pouvoirs sont inégaux :

- le mari dispose d'un pouvoir général (art. 162 al. 1er CC).  
A ce titre, il peut conclure des contrats utiles à tous les besoins réels de la famille, notamment un bail à usage d'habitation
- la femme - sous réserve des cas prévus à l'art. 166 CC - n'a qu'un pouvoir ordinaire, limité aux besoins courants du ménage (art. 163 al. 1er CC).

Cf. Mess. ch. 215.1, FF 1979. II. 1241 s; Wessner P.A., Logement et famille, Séminaire sur le bail à loyer 1984, p. 2 et 4 et les réf.).

2. Dans le nouveau droit, chaque époux aura un pouvoir égal de souscrire des engagements pour les besoins de la famille.

Ce pouvoir pourra être exercé librement pour les actes correspondant aux besoins courants (art. 166 al. 1er nouv. CC; Mess. ch. 215.21, FF 1979. II. 1242). Tel est le cas, comme on l'admet aujourd'hui, de la location d'un logement de vacances (Lemp P., n. 8 ad art. 163 CC; TC VD, 27.6.1944, RSJ 1945, p. 106, no 52).

Ce pouvoir ne pourra être exercé que conditionnellement pour les actes qui, comme le "bail familial", dépassent les besoins courants. Dans ce cas, un époux n'est en principe habilité à représenter l'union conjugale qu'avec le consentement de son conjoint. Si ce consentement est refusé, il doit obtenir l'autorisation du juge; si ce consentement ne peut être donné, il peut agir seul, mais seulement s'il y a urgence (art. 166 al. 2 nouv. CC; Mess. ch. 215.21, FF 1979. II. 1242 s).

3. A l'avenir, et de manière générale, la conclusion du bail portant sur le logement de la famille exigera le consentement du conjoint du preneur.

Ce consentement n'est pas une condition de validité du contrat. Il a le caractère d'un pouvoir de souscrire un engagement qui dépasse les besoins courants du ménage. Il permet à l'époux preneur - et au bailleur - de se prévaloir des effets de la représentation de l'union conjugale, notamment de la solidarité pour les dettes contractuelles, sans pour autant donner au conjoint la qualité de locataire. A défaut de consentement, l'époux preneur s'oblige en principe seul.

Le consentement du conjoint n'a pas à être exprès. On ne saurait en déduire qu'il peut sans autre être tacite. Ainsi, le choix de la demeure commune par les époux (art. 162 nouv. CC, qui n'a qu'une portée interne) ne vaut en principe pas consentement (Näf-Hofmann M. et H., p. 15 s, n. 92 et 94).

Le consentement peut être donné avant la conclusion du bail, pendant (le conjoint du preneur contresigne la formule contractuelle) ou après (Näf-Hofmann M. et H., p. 49, n. 326).

4. Si l'époux qui agit ou veut agir (conclure ou renouveler le bail, par exemple) se heurte au refus injustifié de son conjoint, il est habilité à solliciter l'autorisation du juge (art. 166 al. 2 ch. 1 in fine nouv. CC; Mess. ch. 215.21, FF 1979. II. 1242 s). Cette autorisation peut couvrir l'acte en cause a posteriori (Näf-Hofmann M. et H., p. 50, n. 329).

Le juge des mesures protectrices de l'union conjugale est compétent. La règle sur le for, prévue à l'art. 180 nouv. CC, est applicable.

5. Si le consentement ne peut être donné, en raison de la maladie du conjoint, de son absence ou d'un emprisonnement par exemple, l'époux est habilité à agir seul, mais seulement s'il y a urgence (art. 166 al. 2 ch. 2 nouv. CC; Mess. ch. 215.21, FF 1979. II. 1243).

§ 3. Les effets du bail

1. Dans le droit actuel, les effets des actes accomplis au titre de la représentation de l'union conjugale sont différents pour chaque époux :

- le mari est débiteur primaire des dettes du ménage commun - parmi lesquelles, celles consécutives au "bail familial" - que ces dettes aient été contractées par lui-même ou par la femme agissant dans le cadre de son pouvoir domestique ou en vertu d'un pouvoir exceptionnel (art. 162 al. 2, 163 al. 2, 206 ch. 3, 219 ch. 2, 243 al. 1er CC)
- la femme n'est obligée qu'à titre subsidiaire (art. 207 al. 2, 220 al. 2, 243 al. 3 CC), sauf si elle agit sans pouvoir.

Cf. Mess. ch. 215.1, FF 1979. II. 1241 s.

2. Dans le nouveau droit, les effets des actes accomplis par le mari ou la femme au titre de la représentation de l'union conjugale seront les mêmes pour chacun d'entre eux. L'époux qui agit s'oblige lui-même, mais il oblige aussi solidairement son conjoint (art. 166 al. 3 nouv. CC, combiné avec art. 144 ss CO; Mess. ch. 215.21, FF 1979. II. 1243).

Les époux seront donc en principe principalement coresponsables de dettes consécutives au "bail familial" (conclu aux conditions de l'art. 166 al. 2 nouv. CC).

La solidarité régit notamment les loyers et charges accessoires. En revanche, elle ne s'applique pas aux dommages-intérêts résultant de l'inexécution du contrat (art. 261 al. 2 CO, par exemple); de telles dettes ne visent pas à satisfaire des besoins de la famille; elles incombent donc au seul preneur (cf. Wessner P.A., Logement et famille, Séminaire sur le bail à loyer 1984 p. 3).



En fin de compte, la solidarité renforce le crédit de l'époux qui agit; elle améliore aussi la situation juridique du bailleur.

3. Si un époux excède son pouvoir de représentation - par exemple, il ne sollicite pas l'autorisation de son conjoint ou du juge pour la conclusion non urgente d'un bail d'habitation -, il s'oblige en principe seul. Le tiers - ici le bailleur - ne peut donc se prévaloir de la solidarité, sauf dans les cas où il n'a pas pu reconnaître l'excès du pouvoir de représentation (art. 166 al. 3 in fine nouv. CC).

Comme aujourd'hui pour les actes entrepris par la femme (art. 163 al. 2 CC), le caractère "reconnaissable" du pouvoir de représentation s'apprécie objectivement, au vu des circonstances : standing de vie des époux, type de logement, pourparlers contractuels (Lemp P., n. 19 ss ad art. 163 CC).

Le propriétaire qui entend se prévaloir de l'art. 166 nouv. CC doit faire montre d'une certaine diligence lors de la conclusion du bail. Car, en cas de litige, c'est à lui de prouver le pouvoir de représentation de l'époux qui agit ou les circonstances lui ayant fait croire que cet époux était habilité à agir (Näf-Hofmann M. et H., p. 15 s, n. 94, p. 50, n. 330 ss). Il est bien sûr censé connaître le retrait du pouvoir de représentation, prononcé par le juge et publié sur son ordre (art. 174 nouv. CC; Mess. ch. 215.22, FF 1979, II. 1243 s).

4. Pour ce qui touche la responsabilité des époux pour leurs dettes, y compris celles contractées dans la représentation de l'union conjugale, les règles du régime matrimonial s'appliquent.

- Dans les régimes de la participation aux acquêts et de la séparation de biens, chaque conjoint répond sur tous ses biens (art. 202 et 249 nouv. CC, Mess. ch. 222.3 et 224.3, FF 1979. II. 1291 et 1322 s).

- Dans le régime de la communauté de biens, chaque époux répond sur ses biens propres et sur les biens communs (art. 233 ch. 1 nouv. CC). Si l'époux a outrepassé son pouvoir de représentation, il répond seul et sur ses biens propres, les biens communs pouvant être grevés pour la moitié de leur valeur (art. 234 al. 1er nouv. CC; Mess. ch. 223.42, FF 1979. II. 1314 s).
  - S'agissant de l'union des biens qui, par déclaration, peut être maintenue (art. 9 e nouv. Tit. fin.), je renvoie aux observations faites dans le Séminaire sur le bail à loyer de 1984, not. p. 12 ss.
5. Quant aux poursuites pour les dettes des époux, notamment celles qui résultent du bail, la réforme entraîne les modifications suivantes :
- La poursuite d'un époux placé sous le régime de la participation aux acquêts ou de la séparation de biens est dirigée uniquement contre lui, à moins que le créancier - ici le bailleur -, par l'effet de la solidarité prévue à l'art. 166 al. 3 nouv. CC, exerce une poursuite contre les deux conjoints. Dans ce cas, il doit requérir un double commandement de payer (Mess. ch. 222.3 et 224.3, FF 1979. II. 1291 et 1323).
  - La poursuite d'un époux placé sous le régime de la communauté de biens est soumise aux nouveaux articles 68 a et b LP. En particulier, tous les actes de poursuite doivent être notifiés aussi au conjoint du débiteur; et chaque époux peut faire opposition au commandement de payer (Mess. ch. 223.45 et 27, FF 1979. II. 1316 et 1351 s).
  - Le for de la poursuite dirigée contre l'épouse sera déterminé par la règle générale de l'art. 46 al. 1er LP, conséquence de la suppression du domicile dépendant de la femme mariée (art. 25 CC, Mess. ch. 213.3, FF 1979. II. 1234).

§ 4. Le droit transitoire

1. Les effets généraux du mariage seront soumis à la nouvelle loi, dès son entrée en vigueur. C'est le principe de l'applicabilité immédiate; il est prévu expressément à l'art. 8 al. 1er nouv. Tit. fin. (qui est un cas d'application de la règle ancrée à l'art. 3 Tit. fin.) et vise toutes les unions, quelle que soit la date de leur célébration (Mess. ch. 241.1 et 2, FF 1979. II. 1333 s).
2. S'agissant en particulier de la représentation de l'union conjugale, le principe mentionné ci-dessus signifie que la réglementation du nouveau droit s'appliquera à tous les couples, dès son entrée en vigueur (Mess. ch. 241.224, FF 1979. II. 1335).

Cela veut dire que :

- les actes de représentation (conclusion du bail portant sur le logement de la famille, par exemple) accomplis postérieurement au 1er janvier 1988 seront régis par le nouvel article 166 CC;
- les actes de représentation accomplis antérieurement à cette date seront régis par le droit actuel (art. 163 et 166 CC), sans effet rétroactif de la nouvelle loi. Il en ressort que le mari qui a conclu seul le bail sous le droit actuel restera l'unique débiteur du loyer après le 1er janvier 1988. Tout au plus devrait-on admettre, pour les dettes exigibles à compter de cette date, la responsabilité solidaire de la femme (au sens de l'art. 166 al. 3 nouv. CC), si cette dernière, expressément (elle a contresigné l'acte, par exemple) ou par actes concluants, a autorisé (au sens de l'art. 166 al. 2 ch. 1 nouv. CC) son conjoint à conclure le bail ou à le renouveler.

### Troisième partie : LA PROTECTION DU LOGEMENT FAMILIAL LOUE

#### § 1. Introduction

1. Après d'autres législations étrangères, le nouveau droit matrimonial introduit aux art. 169 CC et 271 a CO une protection du logement de la famille.

Du point de vue du bail, ces dispositions tendent essentiellement à sauvegarder les intérêts de l'époux non locataire - le plus vulnérable - et, à travers lui, ceux de l'union conjugale. Sont notamment visés, les actes de résiliation,

- que ces actes soient le fait du preneur (ils seront soumis au consentement du conjoint, art. 169 nouv. CC);
- que ces actes soient le fait du bailleur (ils devront être signifiés à chaque conjoint, art. 271 a CO).

2. Les dispositions nouvelles, fort controversées au stade parlementaire, n'ont rien de révolutionnaire. Elles s'inspirent largement des règles adoptées il y a plus de 20 ans en France (art. 215 al. 3 et 1751 CCF; cf. Grossen J.M., in Mélanges Deschenaux, p. 99 ss). C'est dire que les solutions dégagées outre-Jura, même si elles s'appliquent à un système de cotitularité, sont pour nous particulièrement significatives (cf. notamment Chartier Y., Domicile conjugal et vie familiale, RTDC 1971 p. 510 ss, not. 565 ss; Vial B., Bail à loyer - Logement familial, J.C. civil, Art. 1708-1762, Fasc. 180 (1982); Grimaldi M., Le logement et la famille, Rép. Not. Defr. 1983 p. 1025 ss; Colomer A., Régimes matrimoniaux, Rép. dr. civ., 2ème éd., n. 143-163).

3. La réglementation nouvelle se fonde sur un triple constat :

- a. Le logement de la famille ne saurait être traité comme n'importe quel bien, eu égard notamment à l'époux non titulaire des droits qui en assurent l'occupation.
- b. La protection accordée à cet époux apparaît comme le corollaire du principe posé à l'art. 162 nouv. CC, selon lequel mari et femme choisissent ensemble la demeure commune.
- c. Les mesures de protection judiciaire de l'union conjugale, notamment l'art. 178 nouv. CC sur les restrictions au pouvoir de disposer, se révèlent ici insuffisantes, parce que généralement trop tardives.

Réf. : Mess. ch. 217.22, FF 1979. II. 69 à 71; BO 1981 CE p. 84 à 88, 176 et 177; 1983 CN p. 652 à 656, 708; 1984 CE p. 129 à 134, 148.

4. Les règles nouvelles se présentent avant tout comme un droit de crise. Elles recevront leur "application naturelle" (selon Rémy, RTDC 1985 p. 736) en cas de mésentente ou de séparation du couple, quand l'époux preneur est tenté de résilier ou provoque la résiliation du bailleur (en ne payant pas le loyer, par exemple). Dans ces cas, le droit actuel laisse souvent le conjoint sans défense (Hasenböhler F., BJM 1986, p. 59 ss; Wessner P.A., Logement et famille, Séminaire sur le bail à loyer 1984, p. 15 ss).

## § 2. L'étendue de la protection

1. L'étendue de la protection du logement familial se définit quant aux droits (2), aux personnes (3), à l'objet (4) et aux actes juridiques visés (5).
2. S'agissant des droits protégés, l'art. 169 al. 1er nouv. CC mentionne ceux "dont dépend le logement de la famille", parmi

lesquels celui au bail qui seul nous intéresse ici (Grossen J.M., in Mélanges Deschenaux, p. 103).

3. Pour ce qui touche les personnes protégées, la lecture des art. 169 nouv. CC et - surtout - 271 a nouv. CO laisse entendre que leur champ d'application s'étend uniquement à l'époux non titulaire des droits par lesquels est assuré le logement (époux non locataire). Cette interprétation paraît trop restrictive. Compte tenu de leur caractère général et de leur nature impérative, il faut admettre que les nouvelles règles s'appliquent aussi aux conjoints colocataires, même si - et c'est ici la seule hypothèse intéressante - l'un a déclaré conventionnellement être représenté par l'autre. Sinon, la protection voulue par le législateur se révélerait écartée par le biais des procurations.
4. Quant au "logement de la famille", objet de la protection visée ici, il se définit par un double critère :
  - l'un matériel : le logement lui-même
  - l'autre intentionnel : le caractère familial de son affectation.

Le "logement" s'entend de n'importe quel local à usage d'habitation. Il peut s'agir d'un appartement ou d'une maison, mais aussi - et pourquoi pas - d'un bateau ou d'une caravane (Grossen J.M., in Mélanges Deschenaux, p. 102 et les réf.).

La notion, si l'on en croit les travaux préparatoires - qui se réfèrent souvent au droit français - ne comprend

- ni les locaux à caractère uniquement professionnel ou commercial (Mess. ch. 217.221, FF 1979. II. 1247);
- ni la résidence secondaire ou l'appartement de vacances (Mess. ch. 217.221, FF 1979. II. 1247; BO 1983 CN, p. 656; Colomer A., p. 10, n. 145; Cour d'appel d'Orléans, 20.2.1964, D.S. 1964 Jurisp. 260);
- ni, probablement, le logement de service ou de fonction, du moins quand la prestation de travail prédomine (concierge

d'immeuble à plein temps, par exemple). (Cf. Grossen J.M., in Mélanges Deschenaux, p. 102; BO 1981 CE, p. 87; Chartier Y., RTDC 1971 p. 572 s; Trib. Gde Inst. Caen, 9.3.1965, D.S. 1966 Somm. 29 et RTDC 1966 p. 104, note de Cornu G.; contra : Savatier R., La protection civile du logement de la famille dans le concept juridique d'habitation familiale, in Mélanges Hébraud, Toulouse 1981 p. 801 s).

En revanche, les locaux mixtes, affectés à un usage d'habitation et professionnel, tombent sous le coup de la protection légale (Grossen J.M., in Mélanges Deschenaux, p. 102; Näf-Hofmann M. et H., p. 19, n. 119; BO 1983 CN, p. 656).

Pour ce qui est du "caractère familial" du logement, il est déterminé, selon un "critère intentionnel d'affectation" (Cornu G., RTDC 1966 p. 103), par la destination que les époux ont voulu lui accorder (Grossen J.M., in Mélanges Deschenaux, p. 102 s; Cour d'appel de Paris, 21.1.1965, D.S. 1965 Somm. 89). Est donc un logement de la famille, la maison ou l'appartement destiné à abriter durablement les conjoints, peu importe ici quand et par lequel d'entre eux le bail a été conclu (Näf-Hofmann M. et H., p. 18, n. 116).

La séparation de fait, la suspension judiciaire de la vie commune ou l'instance de divorce ne font en principe pas perdre au logement son caractère familial, et cela, même si le juge en a attribué la jouissance exclusive à l'un des époux (art. 145 et 176 nouv. CC). C'est dans ces cas que la protection légale est surtout utile (Grossen J.M., in Mélanges Deschenaux, p. 103; Hasenböhler F., BJM 1986 p. 70; Mazeaud H.L. et J., Leçons de droit civil, tome I. 3, 6ème éd., par M. de Juglart, Paris 1976, p. 517 s; Colomer A., p. 10, n. 147; Cour d'appel de Colmar, 11.6.1974, Gaz. Pal. 1974.2.871; Cass. soc., 27.10.1964, D.S. 1965 Jurisp. 237 et note de J. Prévault).

Certes faut-il réserver la "désaffectation familiale" du logement (Cornu G., RTDC 1966 p. 103) dans les cas de séparation

durable, quand par exemple les époux ont manifesté l'un et l'autre leur volonté de prendre ailleurs une demeure séparée ou lorsque le conjoint non locataire n'habite plus depuis plusieurs années l'appartement en cause (Näf-Hofmann M. et H., p. 19 n. 122; Cour d'appel de Paris, 26.6.1964, D.S. 1965 Somm. 13 et 18.6.1980, Gaz. Pal. 1981.1. Somm. 144; Trib. Gde Inst. Nantes, 14.5.1969, Gaz. Pal. 1969.2.254).

En conclusion, il n'y a en principe qu'un logement de la famille par union conjugale. La notion ne recouvre pas forcément celle de demeure ou de domicile. En cas de doute, ce sont les circonstances - et non un critère formel - qui permettent de déterminer si le logement a conservé sa vocation familiale (Grossen J.M., in Mélanges Deschenaux, p. 102 et 103; Näf-Hofmann M. et H., p. 18 et 19, n. 113-115, 117-118).

5. S'agissant enfin des actes juridiques visés par les nouvelles règles sur la protection du logement familial, il faut, dans le cadre du bail, distinguer selon qu'ils sont le fait du preneur (art. 169 nouv. CC; cf. infra § 3) ou du bailleur (art. 271 a nouv. CO; cf. infra § 4).

### § 3. La protection au regard des actes de l'époux preneur

1. L'art. 169 nouv. CC tend à empêcher qu'en cas de conflit ou par légèreté un époux ne dispose unilatéralement du logement de la famille. D'où l'exigence du consentement du conjoint (Mess. ch. 217.221, FF 1979. II. 1247).

Cette règle nouvelle pose donc une limitation générale (applicable en principe à toutes les personnes mariées) et légale (appelée à fonctionner normalement sans intervention judiciaire) à la disposition des droits qui assurent le logement de la famille (Hasenböhler F., BJM 1986 p. 59 ss; Näf-Hofmann M. et H., p. 19 s, n. 123-126).



2. Au regard du bail, les actes de l'époux preneur soumis au consentement de son conjoint (ou, à défaut, à l'autorisation du juge) sont :
- la résiliation (art. 254 al. 2 et 3, 255 al. 1er, 267 et 269 CO), quand bien même un autre bail aurait déjà été conclu (cf. Vial B., p. 8 n. 12);
  - tout autre acte juridique susceptible de compromettre ou restreindre l'occupation du logement familial, notamment la cession du bail et la sous-location à un tiers (Mess. ch. 217.221, FF 1979. II. 1247).
3. S'agissant du consentement du conjoint, l'art. 169 al. 1er nouv. CC précise qu'il doit être exprès. Il sera donc donné de cas en cas, non pas en blanc (Hasenböhler F., BJM 1986, p. 71). Comme le congé, il s'exerce par une manifestation de volonté sujette à réception (Vogt N.P., p. 90 s; Näf-Hofmann M. et H., p. 20, n. 127). Selon les cas (sous-location partielle, par exemple), il porte non seulement sur le principe de l'acte en cause, mais aussi sur ses conditions (Lefebvre D., Mariage, J.C. civil, art. 216 à 226 CCF, Femme mariée Fasc. B, 1986, n. 47).

Contrairement aux art. 226 b al. 1er et 494 al. 1er CO, le consentement de l'art. 169 nouv. CC n'est pas soumis à une forme particulière. On serait tenté de dire - mais la question reste controversée (cf. Vogt N.P., p. 99 ss) - qu'il devrait prendre la forme de l'acte qu'il valide, soit la forme écrite pour la résiliation des baux soumis à l'AMSL (art. 13). Le cas échéant, l'accord du conjoint figurera sur l'acte de résiliation lui-même ou dans une lettre adressée au bailleur.

Le consentement peut être donné antérieurement, simultanément ou même postérieurement à l'acte en cause, mais lorsqu'il s'agit de la résiliation, il doit être reçu par le bailleur au plus tard avant le début du délai. En conséquence, le consentement postérieur valide, avec effet rétroactif, la résiliation, pour autant que le propriétaire n'ait pas d'emblée

repoussé le congé donné unilatéralement par le locataire (Mess. 217.221, FF 1979. II. 1248; Hasenböhler F., BJM 1986, p. 71; von Tuhr A./Peter H., p. 146; Vogt N.P., p. 41 s).

4. Si le conjoint est empêché d'apporter son consentement, ou s'il le refuse (négligence passive, obstruction), le preneur peut en appeler au juge (art. 169 al. 2 nouv. CC).

C'est le juge des mesures protectrices de l'union conjugale qui est compétent. Il se prononce en tenant compte des intérêts de la famille comme de ceux des époux. Le cas échéant, son autorisation supplée l'absence de consentement. Elle peut même avoir un effet rétroactif à la date de la résiliation, pour autant, ici aussi, que le bailleur n'ait pas repoussé d'emblée le congé notifié unilatéralement par le locataire (Mess. ch. 217.221, FF 1979. II. 1248).

5. A défaut du consentement du conjoint ou d'autorisation du juge, l'acte juridique en cause - et particulièrement le congé - est nul (Mess. ch. 217.221, FF 1979. II. 1248; Grossen J.M., in Mélanges Deschenaux, p. 106 s; Hasenböhler F., BJM 1986, p. 72).

La sanction peut paraître rigoureuse. Mais elle est claire et conforme au but protecteur que vise ici la réforme. Cela devrait inciter les parties à se montrer diligentes.

S'agissant en particulier des propriétaires, ils seraient bien inspirés de vérifier de cas en cas si les conditions posées aux art. 169 nouv. CC et 271 a nouv. CO sont réalisées (statut matrimonial du preneur, affectation familiale du logement). Car, comme on l'a précisé en France, "le mariage du locataire est opposable à tous, comme participant de son état" (Vial B., p. 5). Le cas échéant, le bailleur devra repousser le congé signifié unilatéralement par le preneur et, tant que le consentement du conjoint n'est pas donné, renoncer à louer l'appartement à un tiers. Sinon, il risque d'en supporter les conséquences (von Tuhr A./Peter H., p. 146).

§ 4. La protection au regard des actes du bailleur

1. L'art. 169 nouv. CC protège le logement de la famille (et singulièrement l'époux non preneur) sur le plan interne (à l'encontre du conjoint preneur). L'art. 271 a nouv. CO étend cette protection sur le plan externe. Il accorde à l'époux non locataire les moyens d'exercer les droits tendant au maintien du bail, en particulier celui à la prolongation (al. 2). A cet effet, il oblige le propriétaire à signifier au mari et à la femme la résiliation et d'autres déclarations visant à mettre fin au contrat (al. 1er).

Contrairement à l'art. 1751 CCF, le nouvel art. 271 a CO n'institue pas une cotitularité du bail. Il en résulte notamment que si le juge est appelé à prendre des mesures en rapport avec la suspension de la vie commune, il n'est pas habilité à attribuer le bail à l'époux non locataire. De ce point de vue, rien n'est changé par rapport au droit actuel (Wessner P.A., Séminaire sur le bail à loyer 1984, p. 17 s).

L'art. 271 a nouv. CO trouvera surtout sa pleine mesure en cas de crise de l'union conjugale, quand le preneur n'est plus "motivé" à exécuter ses obligations (payer le loyer) ou à défendre ses droits (contester une résiliation ou requérir une prolongation). (Cf. Hasenböhler F., BJM 1986, p. 72 ss).

2. Selon l'art. 271 a al. 1er nouv. CO, le propriétaire "doit signifier séparément au preneur et à son conjoint la résiliation du bail, ainsi que toutes les déclarations qui tendent à y mettre fin."

Le Message (ch. 217.22, FF 1979. II. 1248 s) dresse une liste des actes juridiques visés ici. A côté du congé ordinaire (art. 267 CO), on citera, à titre d'exemples, la résiliation immédiate pour violation des obligations (art. 261 al. 2 CO), l'assignation du délai comminatoire en cas de non-paiement du loyer (art. 265 CO) ou la dénonciation par l'acquéreur (art. 259 al. 2 CO).

Toute déclaration tombant sous le coup de l'art. 271 a al. 1er nouv. CO doit être signifiée séparément - mais pas forcément simultanément - au mari et à la femme, avec respect de l'unité quant à la forme (en pratique, double lettre recommandée; cf. Näf-Hofmann M. et H., p. 21, n. 136), mais aussi quant au contenu, en tout cas sur les points essentiels (termes ou motifs de résiliation, par exemple).

La déclaration ne déploie aucun effet tant qu'elle n'a pas été aussi signifiée au conjoint du preneur. Et si cette condition n'est pas remplie, elle est nulle. Ainsi, le juge (ou l'autorité) refusera d'ordonner l'expulsion du preneur en demeure dans le cas où le bailleur a omis de notifier au conjoint le commandement de payer comprenant l'avis comminatoire prévu à l'art. 265 CO (art. 282 LP).

2. L'al. 2 de l'art. 271 a nouv. CO stipule que les moyens dont dispose le preneur à l'encontre des déclarations visées à l'al. 1er peuvent aussi être exercés par son conjoint.

Le législateur de la réforme attribue ici un rôle actif au conjoint non locataire, en lui permettant de faire valoir, à titre indépendant et en son propre nom, les droits tendant au maintien du bail. Ce faisant, il ne lui attribue pas plus de prérogatives que n'en a le preneur lui-même (Näf-Hofmann M. et H., p. 21, n. 139).

Parmi les droits que peut exercer le conjoint non locataire, on citera :

- le droit de contester la résiliation, qu'il s'agisse de la forme (art. 13 AMSL), des termes et des délais (art. 267 CO) ou des motifs (art. 261 al. 2 et 269 CO);
- le droit de s'opposer au commandement de payer comprenant l'avis comminatoire de l'art. 265 CO;
- le droit de requérir une prolongation du bail, dans les cas visés aux art. 267 a al. 1er et 267 b CO. S'agissant

des baux à durée déterminée, le conjoint du preneur pourra préalablement lui-même demander au bailleur de prolonger le contrat. Si le bailleur refuse, il devra signifier ce refus à chaque époux, au sens de l'art. 271 a al. 1er CO (Mess. ch. 217.22, FF 1979. II. 1249).

§ 5. Le droit transitoire

1. Les règles nouvelles touchant la protection du logement de la famille (art. 169 CC, 271 a CO) seront applicables dès l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, même pour les baux conclus antérieurement (Mess. ch. 241.227.1, FF 1979. II. 1336).
2. Les baux résiliés avant le 1er janvier 1988 ne seront pas soumis au nouveau droit, même s'ils ne sont pas échus à cette date.

\*

\*   \*

BIBLIOGRAPHIE SPECIALE

Les références mentionnées ci-dessous ne figurent pas dans la bibliographie générale du dossier, à laquelle on renvoie. Elles sont citées dans le texte par le seul nom de l'auteur (ou des auteurs).

A. Droit suisse

- BROSSET G., Représentation de l'union conjugale, FJS 104 (1957).
- GROSSEN J.M., La protection du logement de la famille, in Mélanges Henri Deschenaux, Fribourg 1977, p. 99 ss.
- HASENBÖHLER F., Verfügungsbeschränkungen zum Schutze eines Ehegatten, BJM 1986, p. 57 ss.
- LEMP P., Das Eherecht, II. 1.2 (art. 159 à 251 CC), in Berner Kommentar, 3ème éd., Berne 1963.
- NÄF-HOFMANN M. et H., Das neue Ehe- und Erbrecht im ZGB, Zurich 1986.
- VOGT N.P., Die Zustimmung des Dritten zum Rechtsgeschäft, Zurich 1982.
- VON TUHR A./PETER H., Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, I. 3ème éd., Zurich 1979.
- WESSNER P.A., Logement et famille, 3ème Séminaire sur le bail à loyer, Neuchâtel 1984.

B. Droit français

- CHARTIER Y., Domicile conjugal et vie familiale, RTDC 1971, p. 510 ss.
- COLOMER A., Régimes matrimoniaux, in Rép. dr. civ., 2ème éd., n. 143-163.
- GRIMALDI M., Le logement et la famille, in Rép. Not. Defr., 1983, p. 1025 ss.
- VIAL B., Bail à loyer - Logement familial, J.C. civil, Art. 1708-1762, Fasc. 180 (1982).