

Regard circulaire sur le droit du bail commercial

par François Knoepfler,
avocat, professeur à l'Université de Neuchâtel

et Pierre-Emmanuel Ruedin,
avocat, assistant à l'Université de Neuchâtel

Sommaire

	<u>Page</u>
I. Introduction	3
II. Les règles applicables en matière de bail commercial	3
III. La notion de bail commercial	4
a) <u>La notion de local</u>	4
b) <u>La notion d'activité commerciale</u>	5
c) <u>Casuistique</u>	7
d) <u>Cas particuliers</u>	8
e) <u>Appréciation critique</u>	10
IV. Les contrats mixtes et l'utilisation mixte des locaux	11
a) <u>Les contrats mixtes</u>	11
b) <u>L'utilisation mixte des locaux</u>	12
V. Délimitation par rapport à d'autres contrats	13
a) <u>Contrat de bail à loyer d'habitations</u>	13
b) <u>Contrat de bail à ferme (art. 275 ss CO)</u>	13
c) <u>Contrat de prêt (art. 305 ss CO)</u>	16
d) <u>Contrat de dépôt (art. 472 ss CO)</u>	16
e) <u>Contrat de vente (art. 184 ss CO)</u>	16
f) <u>Droits réels limités</u>	16
VI. La forme du contrat	16
VII. Les parties au contrat	18
a) <u>Le bailleur</u>	18

b)	<u>Le locataire</u>	18
VIII.	Le loyer	19
a)	<u>Les loyers indexés (art. 269b CO)</u>	19
b)	<u>Les loyers échelonnés (art. 269c CO)</u>	20
c)	<u>Les loyers liés au chiffre d'affaires</u>	21
IX.	Les vices du contrat	22
a)	<u>La nullité (art. 20 CO)</u>	22
b)	<u>La lésion (art. 21 CO)</u>	23
c)	<u>Les vices du consentement (art. 23-31 CO)</u>	23
X.	L'interdiction des transactions couplées (art. 254 CO)	23
XI.	Les obligations du locataire	24
a)	<u>L'obligation de fournir des sûretés</u>	24
b)	<u>L'obligation d'utiliser la chose conformément à l'utilisation convenue</u>	24
c)	<u>Le devoir de diligence</u>	25
d)	<u>L'obligation d'exploiter</u>	25
e)	<u>L'obligation de non-concurrence</u>	27
f)	<u>Autres obligations du locataire</u>	27
XII.	Les défauts de la chose louée	28
a)	<u>Les défauts de la chose elle-même</u>	28
b)	<u>Les défauts liés au voisinage</u>	29
XIII.	Le droit de rétention du bailleur (art. 268-268b CO)	30
XIV.	Le transfert du bail (art. 263 CO)	32
a)	<u>La nature de l'art. 263 CO</u>	33
b)	<u>Le consentement du bailleur</u>	33
c)	<u>Les justes motifs</u>	33
XV.	La fin du contrat	34
XVI.	Les autorités compétentes en cas de litige	35
a)	<u>Les autorités judiciaires</u>	35
b)	<u>L'arbitrage</u>	36

I. Introduction

Le régime juridique applicable au contrat de bail à loyer de locaux commerciaux¹ ne présente qu'un nombre limité de particularités. Les questions qui relèvent spécifiquement de ce contrat sont par conséquent relativement rares. Ce sont ainsi plutôt les attentes ciblées des parties et les intérêts en jeu dans le cadre d'un tel contrat qui lui donnent une identité propre.

Faire une présentation du droit du bail commercial reviendrait à se pencher pratiquement sur le droit du bail dans son ensemble. Une telle étude dépasserait très largement le cadre du présent exposé ! C'est pourquoi ce regard circulaire se limite à l'approfondissement de quelques questions choisies – forcément arbitrairement. Pour le reste, le survol de la matière tente de donner une idée la plus complète qui soit de la jurisprudence récente.

II. Les règles applicables en matière de bail commercial

Contrairement à ce que prévoient certains États étrangers, le droit suisse ne réserve pas au droit du bail commercial une législation particulière².

Le bail commercial obéit aux règles générales du droit du bail qui figurent aux art. 253-274g (titre huitième) du **Code des obligations**³ ainsi que dans l'Ordonnance du 9 mai 1990 sur le bail à loyer et le bail à ferme d'habitations et de locaux commerciaux⁴. Le bail commercial est notamment soumis aux règles sur la protection contre les loyers abusifs ou d'autres prétentions abusives du bailleur (art. 269-270e CO) et sur la protection contre les congés (art. 271-273c CO). Le Code des obligations contient toutefois quelques articles qui réservent un traitement particulier au bail commercial :

- **Art. 257e al. 2 CO** : En matière de bail commercial, le montant des sûretés que le bailleur a la possibilité d'exiger du locataire peut dépasser la limite de trois mois de loyer imposée dans le bail d'habitation.
- **Art. 263 CO** : Seul le locataire d'un local commercial a la possibilité de transférer son bail à un tiers.
- **Art. 266d CO** : Le bail d'un local commercial peut être résilié en observant un délai de congé de six mois pour le terme fixé par l'usage local ou, à défaut d'un tel usage, pour la fin d'un trimestre de bail.

¹ Dit aussi « bail commercial » ; « *Miete von Geschäftsräumen* », « *Geschäftsraummiete* » ou « *Geschäftsmiete* » en allemand ; « *locazione di locali commerciali* » en italien (Pierre Tercier, Les contrats spéciaux, 3^e éd., Zurich 2003 [cité Tercier], no 1777).

² En Suisse, les diverses tentatives de réglementation spéciale ont échoué (David Lachat, Le bail à loyer, Lausanne 1997 [cité Lachat], p. 84 ; Tercier, no 1779). Nos voisins ont en général des codifications spécifiquement dédiées au bail commercial. Ainsi, la France a créé un statut des baux commerciaux par un décret du 30 septembre 1953 (décret No 53-960), actuellement incorporé au Code de Commerce (art. L145 ss) ; voir à ce propos Jérôme Huet, [cité Huet]). Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux, p. 752 ss.

³ CO ; RS 220.

⁴ OBLF ; RS 221.213.11. Voir également la Loi fédérale du 23 juin 1995 (RS 221.213.15) et l'Ordonnance du 31 janvier 1996 (OCBD ; RS 221.213.151) sur les contrats-cadres de baux à loyer et leur déclaration de force obligatoire générale.

- **Art. 268-268b CO** : Le droit de rétention est réservé au bailleur de locaux commerciaux.
- **Art. 272b al. 1 CO** : Le bail de locaux commerciaux peut être prolongé de six ans au maximum, alors que la prolongation maximale du bail d'habitation est de quatre ans.
- **Art. 274c CO** : Les parties à un bail commercial peuvent exclure la compétence des autorités de conciliation et des autorités judiciaires en désignant par convention des tribunaux arbitraux⁵.

III. La notion de bail commercial

La notion de bail commercial, comme celle de local commercial, n'est pas définie par la loi. Il convient donc de se pencher sur la jurisprudence et la doctrine⁶.

a) La notion de local

Un local est un volume construit, essentiellement fermé et fixé durablement au sol.

La notion de local implique l'existence d'un **volume construit**. Il peut s'agir d'un bâtiment dans son ensemble (usine) ou d'une partie de bâtiment (boutique dans un centre commercial). Les terrains nus, les surfaces non recouvertes, les installations au niveau du sol, les murs ou les séparations sans fonction de délimitation dans l'espace ne sont pas des locaux⁷. Les contrats portant sur de tels immeubles ne sont ni des baux commerciaux ni des baux d'habitation⁸.

Selon l'art. 253a al. 1 CO, « *les dispositions concernant les baux d'habitations et de locaux commerciaux s'appliquent aussi aux choses dont l'usage est cédé avec ces habitations ou locaux commerciaux* ». L'art. 1 OBLF précise que « *sont notamment réputés choses louées, dont le bailleur cède l'usage au locataire avec les habitations ou locaux commerciaux, les biens mobiliers, garages, places de stationnement extérieures ou souterraines ainsi que les jardins* ». Même si elles ne constituent pas, en elles-mêmes, des locaux commerciaux, les choses louées conjointement avec un local commercial sont également soumises aux règles du bail commercial. Un lien fonctionnel – qui existe lorsque la chose accessoire est cédée uniquement en raison du bail portant sur la chose principale – est nécessaire.⁹ Cette interdépendance ne naît pas d'un simple rapport personnel, mais de la nature même des bâtiments et de leur usage¹⁰. Les places de stationnement sises devant un

⁵ Pour plus de détails, voir ci-dessous (chapitre 16.b).

⁶ DB 2001, no 1, p. 5.

⁷ ATF 124 III 108, JT 1999 I 107, DB 1999, no 1, p. 5, MRA 1998, p. 88 (et la note **Andreas Maag**) ; **Lachat**, p. 83 ; **Tercier**, no 1774.

⁸ Cette catégorie résiduelle de baux immobiliers n'est pas soumise aux règles de protection contre les loyers abusifs et les congés. Le locataire ne peut en particulier pas demander une prolongation du bail (voir : DB 1999, no 1, p. 5). Les délais et termes de congés de ces baux sont régis spécialement par l'art. 266b CO.

⁹ **Lachat**, p. 84-85 ; **Tercier**, no 1770 ; **Luc Thévenoz, Franz Werro** (éd.), Commentaire romand, Code des obligations I, Bâle 2003 (cité **CR**), art. 253a CO, no 7 ; **Pierre Engel**, Contrats de droit suisse, 2^e éd., Berne 2000 (cité **Engel**), p. 134-137 ; MRA 2002, p. 74, 80 (note **Lukas Polivka**) ; RSJ 1975, no 161, p. 368 ; ATF 125 III 231, JT 2000 I 194.

¹⁰ Il n'existe pas de lien objectif entre une écurie abritant des chevaux de loisirs et un bâtiment agricole utilisé par le locataire comme agence de publicité. L'éventuelle qualification du bâtiment agricole comme local commercial ne saurait s'étendre à l'écurie (DB 1997, no 22, p. 28). Toutefois, si la volonté commune des parties de traiter la chose accessoire et la chose principale comme un ensemble peut notamment être déduite du fait qu'elles ont conclu un seul

restaurant, les surfaces de dépôt ou d'exposition liées à un local commercial sont ainsi soumises au droit du bail commercial¹¹. Selon le Tribunal fédéral, un logement attenant à un restaurant constitue également un accessoire au sens de l'art. 253a al. 1 CO¹². L'appartement est ainsi soumis aux dispositions légales régissant le local commercial.

Un local doit être **essentiellement fermé**. Outre les bâtiments fermés, la notion de local comprend les constructions partiellement ouvertes tels que les kiosques à journaux et les baraques servant au commerce de marrons¹³. Il en va de même des installations destinées au lavage des voitures en libre service qui présentent une ouverture sur l'un des côtés afin d'en permettre l'accès¹⁴ : « *l'application des dispositions protectrices du droit du bail ne saurait être refusée en invoquant l'absence de qualité de local, lorsqu'il s'agit d'installations tridimensionnelles dans lesquelles se trouvent des personnes qui y exercent l'activité professionnelle déployée par le locataire* »¹⁵.

La construction doit être **fixée durablement au sol**. Des tentes, des stands commerciaux ou de marché installés à titre provisoire sur une surface ne peuvent pas être qualifiés de locaux¹⁶. Un lien définitif avec le sol n'est malgré tout pas nécessaire. La doctrine et la jurisprudence considèrent en effet qu'un kiosque ou une baraque servant au commerce de marrons sont des locaux commerciaux¹⁷. Même s'ils ont maintenant disparu, les volumes loués sur les *arteplages* d'Expo.02 étaient eux aussi des locaux. Une caravane ne semble en revanche pas pouvoir être qualifiée de local, à moins qu'elle stationne durablement au même endroit (mobile home).

b) La notion d'activité commerciale

Par activité commerciale, il faut entendre l'exploitation d'une entreprise commerciale ou industrielle, l'exercice d'une activité professionnelle ou, plus généralement, l'exercice d'une **activité lucrative**¹⁸.

contrat et fixé un loyer global pour tous les objets loués, le rapport fonctionnel exigé par le Tribunal fédéral n'est pas un critère déterminant. Il ne devient un critère essentiel que lorsque la volonté commune des parties est douteuse ou controversée (DB 2000, no 2, p. 7 [note T.P., ch. 4]).

¹¹ Toutefois, pour la résiliation ayant trait à des choses louées conjointement, mais sur la base de contrats formellement distincts, il suffit que le bailleur respecte les prescriptions de forme de l'art. 266l CO. Il n'est pas nécessaire qu'il procède selon les formes prévues à l'art. 269d CO (voir, dans un cas de bail d'habitations lié à des places de stationnement : ATF 125 III 231, JT 2000 I 194, DB 2000, no 2, p. 7).

¹² TF, 20 juin 2001, arrêt 4C.43/2001, DB 2002, no 18, p. 29, CdB 2001, p. 106. Dans cette affaire, le Tribunal relève que l'usage de la formule officielle, tel que prévu à Genève en application de l'art. 270 al. 2 CO, ne s'applique pas au bail commercial, mais concerne uniquement les baux portant exclusivement, voire principalement, sur un logement. En l'espèce, le bail – à ferme – ayant essentiellement pour objet un restaurant, l'art. 270 al. 2 CO n'est pas applicable. Voir également : CR, art. 253a CO, no 5 ; **Lachat**, p. 84.

¹³ ATF 124 III 108, JT 1999 I 107, DB 1999, no 1, p. 5, MRA 1998, p. 88.

¹⁴ « [...] *trois éléments de parois légèrement transparents, qui sont reliés au sol de manière fixe par un petit socle. Le toit – séparé des éléments de parois – est monté sur des supports et, sur l'avant, les box de lavage sont entièrement ouverts* » (JT 1999 I 107, 109, ATF 124 III 108, 109).

¹⁵ JT 1999 I 107, 110, ATF 124 III 108, 111.

¹⁶ DB 1999, no 1, p. 5.

¹⁷ **Peter Higi**, Commentaire zurichois, Obligationenrecht, Teilband V 2b, Die Miete (Erste Lieferung [Art. 253-265 OR ; Zurich 1994], Zweite Lieferung [Art. 266-268b OR ; Zurich 1995], Dritte Lieferung [Art. 269-270e OR ; Zurich 1998], Vierte Lieferung [Art. 271-274g OR ; Zurich 1996] ; cité Higi), art. 253a-253b CO, no 22. Voir également : ATF 124 III 108, 110-111, JT 1999 I 107, 110. En dépit de leur qualité de construction mobilière (voir : **Higi**, art. 253-274g CO, nos 59 ss, 62), de telles constructions ne sont pas soumises aux délais et termes de congés de l'art. 266b CO, mais à ceux de l'art. 266d CO.

¹⁸ **Tercier**, no 1777 ; **Higi**, art. 253a-253b CO, no 21 ; ATF 124 III 108, JT 1999 I 107.

L'activité peut être principale ou accessoire¹⁹. Elle doit fondamentalement avoir pour but de fournir un revenu, mais peu importe si elle le fournit réellement²⁰.

Cette activité peut prendre les **formes** les plus variées : commerce, fabrication, prestation de services, artisanat, activité scientifique, activité artistique, etc. Sont ainsi des locaux commerciaux les fabriques, les ateliers, les bureaux, les magasins, les dépôts, les entrepôts, les salles de spectacles, les ateliers d'artiste ou les cabinets médicaux²¹.

Dans deux arrêts (ATF 113 II 406²² et ATF 118 II 40²³), le Tribunal fédéral avait élaboré une définition très large du local commercial²⁴. Il estimait qu'un locataire devait pouvoir bénéficier de la protection de la prolongation du bail – offerte uniquement en matière de baux commerciaux et d'habitations – si local loué contribuait effectivement au développement de sa personnalité privée ou économique. La notion de bail commercial ne supposait donc pas nécessairement l'affectation à l'exercice d'une activité lucrative, professionnelle ou commerciale. Cette définition a été critiquée par la doctrine²⁵. Dans un arrêt – non publié ! – du 6 février 1995, le Tribunal fédéral a restreint sa définition des locaux commerciaux et a **exclu les locaux servant exclusivement à des hobbies**²⁶. Les dispositions protectrices applicables aux baux commerciaux visent à préserver les besoins existentiels de base et non les seules activités de loisirs, même subjectivement très importantes pour le locataire. Elles ne visent pas à prolonger un style de vie privilégié, exceptionnel ou idéal, qui va tôt ou tard prendre fin par le congé. Bien qu'elles contribuent au développement de la personnalité privée, les activités de loisirs n'ont aucun caractère commercial. Dans cette affaire, le Tribunal fédéral a ainsi considéré qu'un bail portant sur une écurie abritant des chevaux servant aux loisirs n'avait pas un caractère commercial²⁷. Ce revirement de jurisprudence est salué par la doctrine²⁸. L'ancienne jurisprudence était en effet large au point que tout local pouvait devenir un local commercial, en dépit du bon sens. Un atelier de réparation de véhicules anciens²⁹, les locaux servant au bricolage³⁰ ou abritant une cave à vin privée, de même que les cabanes

¹⁹ Higi, art. 253a-253b CO, no 30. Voir également : Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand (éd.), Commentaire bâlois, Obligationenrecht I, 3^e éd., Bâle 2003 (cité BaK), art. 253a-253b CO, no 13.

²⁰ « Immerhin muss [die Geschäftstätigkeit] grundsätzlich erwerbsorientiert bzw. Gewinnorientiert i.w.S. sein » (Higi, art. 253a-253b CO, no 31).

²¹ Engel, p. 136 ; Lachat, p. 83 ; Higi, art. 253a-253b CO, nos 21 et 30 ; Tercier, no 1777 ; BaK, art. 253a-253b CO, no 11.

²² Dans ce jugement, la chose louée par une commune pour être mise à la disposition d'une association de quartier afin que ses membres puissent y exercer diverses activités récréatives a été assimilée à un local commercial.

²³ JT 1993 I 298. Selon ce jugement, est commercial le bail portant sur une construction ajoutée à un garage qu'un mécanicien qualifié utilise pour réparer des automobiles anciennes. Un local commercial peut être affecté à une activité non lucrative ou à la poursuite d'un but non économique.

²⁴ Cette définition était toutefois déjà moins large que celle que la jurisprudence avait développée sous l'empire de l'ancien droit et selon laquelle pratiquement tout ce qui n'était pas un bail d'habitation était un bail commercial (voir : Higi, art. 253a-253b CO, no 28).

²⁵ Voir notamment : Higi, art. 253a-253b CO, nos 27 ss.

²⁶ TF, 6 février 1995, arrêt 4C.425/1994, DB 1997, no 22, p. 28 (et la note J.d.V.R.). Voir également : Peter Münch, Mieterer Streckung : Hobby-Pferdestall als Geschäftsraum ?, RJB 1995, p. 418 ; Bruno Hediger, Entwicklungen im Mietrecht, RSJ 1997, p. 262, 263.

²⁷ DB 1997, no 22, p. 28 (et la note J.d.V.R.) ; Tercier no 1777.

²⁸ Voir toutefois : Claudia Heusi, Ausgewählte Fragen zur Geschäftsmiete (cité Heusi), mp 1998, p. 153, 156.

²⁹ Higi, art. 253a-253b CO, no 33. Voir également : ZMP 1/1992, no 1, p. 2. *Contra* (mais dépassé) : ATF 118 II 40, JT 1993 I 298.

³⁰ ZMP 3/1991, no 25, p. 9.

de jardin ou les abris pour bateau, ne peuvent pas être qualifiés de locaux commerciaux³¹. Le fait que le hobby puisse apporter un gain au locataire n'y change rien³².

La doctrine considère que les locaux utilisés par les **collectivités** (« *Gemeinwesen* »), les **fondations** et les **associations** religieuses, politiques, scientifiques, culturelles ou sportives³³, sont des locaux commerciaux, pour autant qu'il existe un rapport suffisant entre l'utilisation du local et le but poursuivi par le groupement. Sont dès lors susceptibles d'être qualifiés de locaux commerciaux les salles de réunions, les églises, les clubs, salles de loisirs³⁴. Il doit en aller de même des locaux utilisés par les collectivités publiques, tels que les écoles ou les bâtiments administratifs³⁵. Selon le point de vue plus restrictif défendu par Higi, le local utilisé par une personne ou une association qui poursuit un but idéal est un local commercial, pour autant que les moyens mis en œuvre pour atteindre le but soient comparables à ceux d'un commerce. C'est le cas lorsque l'association dispose par exemple d'un secrétariat. En revanche, les locaux, non exploités sous la forme d'un restaurant, dans lesquels les clubs tiennent uniquement leurs réunions, ne sont pas des locaux commerciaux. Dans de tels cas, la perte du local ne justifie pas une protection particulière de la part du système légal³⁶.

La **volonté des parties**, généralement exprimée dans une clause du contrat relative à la destination des locaux, joue un rôle important dans la qualification de bail commercial³⁷. Par ailleurs, un logement utilisé à des fins professionnelles contre la volonté du bailleur, voire en contradiction avec des normes de droit public, ne peut pas être considéré comme un bail commercial³⁸. On peut soutenir que, indépendamment de la question de savoir si le bail est commercial ou non, les parties semblent avoir la possibilité de déclarer applicables à leur contrat les règles protectrices du droit du bail (art. 269 ss CO)³⁹.

c) Casuistique

Un **terrain non couvert** destiné à l'exposition et à la vente d'automobiles d'occasion⁴⁰, un champ ou un terrain loué pour que le locataire puisse y déposer des objets (matériaux, caravanes)⁴¹, un terrain destiné au stockage de matériaux divers et sur lequel le bailleur a autorisé la construction d'un enclos⁴², une surface comportant un local fermé de modeste importance par rapport aux espaces libres ainsi

³¹ **BaK**, art. 253a-253b CO, no 13 ; **Higi**, art. 253-274g CO, no 91, art. 253a-253b CO, nos 32-33 ; **CR**, art. 253a CO, no 3. **Heusi**, mp 1998, p. 153, 156, se pose la question de savoir si ce n'est pas plutôt la notion de local d'habitation qui devrait être élargie afin d'englober les locaux servant aux loisirs et les locaux d'associations.

³² **Higi**, art. 253a-253b CO, no 33.

³³ Est commercial le bail d'un local destiné à l'exploitation d'un fitness ou à l'entraînement de sportifs professionnels. Ne l'est en revanche pas le bail du même local utilisé par un club de sport pratiqué comme loisir (**Higi**, art. 253a-253b CO, no 33).

³⁴ **BaK**, art. 253a-253b CO, no 12 ; **Engel**, p. 136 ; **CR**, art. 253a CO, no 3 ; DB 1997, no 22, p. 28 (ch. 4). Voir également : ATF 113 II 406.

³⁵ BJM 1990, p. 311 ; MRA 1998, p. 88, 91 (note **Andreas Maag**).

³⁶ **Higi**, art. 253a-253b CO, nos 34-35.

³⁷ **Lachat**, p. 83. « *Lorsqu'il y a une clause non équivoque destinant les locaux à l'usage professionnel, il faut admettre qu'il s'agit d'un bail commercial, même si les locaux ne sont pas utilisés à cette fin* » (SJ 1979, p. 587 [no 138]).

³⁸ **Higi**, art. 253a-253b CO, no 26. Voir également : **CR**, art. 253a CO, no 5.

³⁹ **Heusi**, mp 1998, p. 153, 156-157. En France, la doctrine estime que les parties sont libres de se soumettre à la législation sur le bail commercial (**Huet**, p. 756 [note 19]).

⁴⁰ TF, 5 septembre 1996 (cité *in* ATF 124 III 108, 110, JT 1999 I 107, 110).

⁴¹ **Tercier**, no 1769.

⁴² TF, 25 août 2003, arrêt 4C.264/2002, SJ 2004 I 93.

qu'un cabanon pour container recouvert d'une tôle ondulée trouée et laissant passer l'eau⁴³, un terrain sur lequel le locataire élève des constructions de son propre chef⁴⁴, un terrain avec rampe sur lequel le locataire exploite une installation de récupération des huiles usées⁴⁵, une aire industrielle⁴⁶ ou une simple parcelle de jardin potager⁴⁷ ne sont pas des locaux commerciaux. Exceptionnellement, un terrain sur lequel le locataire, en comptant sur un bail de longue durée, érige lui-même, au su du bailleur, une construction mobilière coûteuse pour y exercer son activité professionnelle peut être qualifié de local commercial⁴⁸.

Les **places de stationnement** pour des véhicules⁴⁹, les places de parc sises dans un garage souterrain⁵⁰ ou les garages loués isolément⁵¹ ne sont pas des locaux commerciaux. Il en va de même des places d'amarrage pour bateaux dans un port⁵².

Une **place de sport** éclairée et équipée d'une tribune n'est pas un local commercial⁵³. Un court intérieur de tennis constitue quant à lui un local commercial⁵⁴. Un stade utilisé par un club professionnel et auquel sont liées de véritables constructions doit également être qualifié de local commercial.

d) Cas particuliers

- Il n'est pas rare que le local commercial soit encore au stade du plan ou du chantier (**local en construction** ou en transformation) au moment de la signature du contrat. Dans ce cas, le bailleur doit entreprendre les travaux nécessaires afin d'être en mesure, conformément à l'art. 256 al. 1 CO, de délivrer au locataire, à la date convenue, le local dans un état approprié à l'usage pour lequel il a été loué. Selon l'art. 256 al. 2 lit. b CO, cette disposition est de droit impératif en matière de baux commerciaux. La clause selon laquelle le bailleur se décharge par exemple de toute responsabilité en cas de retard dans les travaux est ainsi nulle⁵⁵.
- Les locaux commerciaux ne sont généralement pas remis dans leur état définitif au locataire. Il est donc courant qu'un bail commercial porte sur des **locaux nus**, l'aménagement intérieur incombant au locataire (« *Rohbaumiete* »)⁵⁶. Si l'état dans lequel le local doit être délivré n'a pas été précisé dans le contrat, le locataire doit pouvoir attendre du bailleur un local muni de l'équipement standard de base (parois nues ainsi que les infrastructures nécessaires, tels que l'accès au bâtiment,

⁴³ TF, 11 juin 1997 (cité *in* ATF 124 III 108, 110, JT 1999 I 107, 110).

⁴⁴ Arrêt 4P. 80/2002 du 16 mai 2002, MRA 2003, p. 62.

⁴⁵ DB 1991, no 8, p. 10.

⁴⁶ TF, 26 août 2002, arrêt 4C.180/2002 (cité par **BaK**, art. 253a-253b CO, no 11). Voir également : MRA 1997, p. 224.

⁴⁷ DB 2001, no 1, p. 5.

⁴⁸ ATF 98 II 199, 204, JT 1973 I 166, 171. Voir également : **Lachat**, p. 83 (note 67) ; **Engel**, p. 136.

⁴⁹ RSJ 1998, p. 141.

⁵⁰ Peu importe que les locataires aient besoin d'une automobile pour leur activité professionnelle ou commerciale (ATF 110 II 51, JT 1985 I 575).

⁵¹ ATF 118 II 40, 42, JT 1993 I 298, 299 ; ATF 125 III 231, 233, JT 2000 I 194, 196. Voir également : CdB 2002, p.63 (une résiliation concernant un garage loué indépendamment d'un logement ou d'une surface commerciale peut être notifiée sans formule officielle).

⁵² DB 1991, no 9, p. 10.

⁵³ RSJ 1985, p. 213.

⁵⁴ TF, 18 mars 2002, arrêt 4P.328/2001, DB 2003, no 1, p. 5.

⁵⁵ **Lachat**, p. 128, 164 ; **Engel**, p. 159.

⁵⁶ **Lachat**, p. 83-84 ; **Higi**, art. 253a-253b CO, nos 9 et 23, art. 256 CO, no 73.

l'escalier, l'ascenseur, les conduites d'eau, d'électricité et de gaz, les lignes téléphoniques) et utilisable dans le but visé⁵⁷.

Contrairement à ce que prévoit l'art. 256 al. 1 CO, la chose est délivrée à l'état brut ; elle n'est pas prête à l'utilisation convenue dans le bail. C'est au locataire – et non au bailleur – qu'il incombe de terminer les travaux afin de la rendre utilisable. Il n'est pas rare que l'entretien du local soit également mis à la charge du locataire⁵⁸. L'art. 256 al. 2 CO interdisant de déroger, au détriment du locataire, à l'obligation du bailleur de délivrer la chose dans un état approprié à l'usage pour lequel elle a été louée et de l'entretenir dans cet état, de tels contrats ne sont possibles que dans la mesure où le locataire en retrouve la contrepartie économique. Le bailleur doit indemniser complètement le locataire, au plus tard à la fin du bail, pour les travaux destinés à permettre l'utilisation convenue de la chose⁵⁹. L'**indemnisation** peut intervenir directement, par le remboursement des frais engagés par le locataire, ou indirectement, par une réduction correspondante du loyer. Il convient de régler en détail dans le contrat les questions relatives à l'indemnisation, sans oublier les conséquences de la fin du bail alors que les investissements du locataire ne sont pas complètement amortis⁶⁰. Des difficultés pratiques apparaissent fréquemment en raison de la « *Corporate Identity* », car les aménagements intérieurs, même au sein de la même branche, ne sont généralement pas repris par le locataire suivant, même s'ils ont encore de la valeur. Le problème peut être résolu par la conclusion du contrat pour une durée minimale nécessaire à l'amortissement des investissements⁶¹. Dans le cadre d'un bail portant sur des locaux nus, il n'est pas possible d'obliger le locataire à remettre en état à la fin du contrat, à moins qu'une indemnisation soit prévue pour ces travaux⁶². Si le loyer est calculé en conséquence, les aménagements spécifiquement liés à la « *Corporate Identity* » doivent être supprimés aux frais du locataire à la fin du bail. À noter encore que, lorsqu'un local a été utilisé dans un autre but par un locataire précédent, le nouveau locataire n'a pas à supporter les frais de réaménagement⁶³.

Les travaux effectués par le locataire afin de rendre le local utilisable aux fins prévues et de l'entretenir dans cet état ne peuvent pas être qualifiés de rénovations ou de modifications au sens de l'**art. 260a CO**. Il est toutefois possible, s'ils répondent à des besoins particuliers du locataire, de les définir contractuellement comme telles⁶⁴. À la différence de l'indemnisation due en vertu de l'art. 256 CO, l'indemnité pour plus-value prévue à l'art. 260a al. 3 CO peut être exclue, cette règle étant, selon le Tribunal fédéral, de nature dispositive⁶⁵.

- La location de navires est soumise aux dispositions spéciales des art. 87 ss de la Loi fédérale du 23 septembre 1953 sur la navigation maritime sous pavillon suisse⁶⁶. Sont visés les navires

⁵⁷ Higi, art. 256 CO, no 35 ; Heusi, mp 1999, p. 1, 4-5.

⁵⁸ Heusi, mp 1999, p. 1, 5, 10-12 ; Higi, art. 256 CO, nos 70-71 ; MRA 1998, p. 94, 105 (note Jean-Pierre Tschudi).

⁵⁹ Heusi, mp 1999, p. 1, 4-5 ; CR, art. 256 CO, no 10 ; BaK, art. 256 CO, no 6a ; Higi, art. 256 CO, nos 70 ss ; ATF 104 II 202, JT 1979 I 24.

⁶⁰ Heusi, mp 1999, p. 1, 5-6. Pour autant qu'un tel accord ne constitue pas une transaction couplée au sens de l'art. 254 CO, les parties peuvent également convenir que l'indemnisation prendra la forme de prestations supplémentaires du bailleur (voir : Higi, art. 256 CO, no 71).

⁶¹ BaK, art. 256 CO, no 6a.

⁶² En vertu des art. 256 al. 2 et 267 al. 2 CO. Heusi, mp 1999, p. 1, 5 ; BaK, art. 256 CO, no 6a.

⁶³ Heusi, mp 1999, p. 1, 13-14.

⁶⁴ BaK, art. 256 CO, no 6a *in fine*, art. 260a CO, no 2. Voir également : Higi, art. 260a CO, nos 4 et 23.

⁶⁵ ATF 124 III 149, JT 1999 I 119 ; MRA 1998, p. 94, 104-105 (note Jean-Pierre Tschudi). Sur cette question controversée, voir : BaK, art. 256 CO, no 6a *in fine*, art. 260a CO, nos 2 et 6.

⁶⁶ LNM ; RS 747.30.

suisses, c'est-à-dire les navires de mer enregistrés dans le registre des navires suisses⁶⁷. Pour les autres **bateaux**, les art. 157-159 de l'Ordonnance du 8 novembre 1978 sur la navigation dans les eaux suisses⁶⁸ prévoient quelques règles spéciales⁶⁹. Pour le reste, les dispositions du Code des obligations sont applicables. Les bateaux étant des choses mobilières, ils ne peuvent pas être qualifiés de locaux commerciaux⁷⁰. Cette situation est toutefois guère satisfaisante. Ne faudrait-il pas étendre l'application des dispositions sur le bail commercial aux baux portant sur des bateaux utilisés à des fins commerciales de même qu'aux locaux commerciaux situés à l'intérieur des embarcations ? À relever que le contrat portant sur l'exploitation d'un service de restauration sur les bateaux d'une compagnie de navigation constitue quant à lui un contrat de bail à ferme⁷¹. Les baux à loyer et à ferme peuvent en outre être annotés dans le registre des bateaux⁷².

- Le droit suisse ne contient pas véritablement de dispositions sur la location d'**aéronefs**. L'art. 5 lit. d de la Loi fédérale du 7 octobre 1959 sur le registre des aéronefs⁷³ prévoit uniquement que le droit d'utiliser l'aéronef, s'il fait l'objet d'un contrat de location ou d'affrètement d'au moins six mois, peut être annoté au registre des aéronefs. Pour le surplus, les dispositions du Code des obligations sont donc applicables⁷⁴. Comme les bateaux, les avions ne peuvent pas faire l'objet de baux commerciaux⁷⁵.

e) Appréciation critique

Le texte de loi et la jurisprudence invitent à quelques remarques critiques. Le législateur a voulu, avec raison, protéger l'exercice d'une activité commerciale. L'application des normes de protection du locataire contre les loyers abusifs (art. 269-270e CO) et contre les congés (art. 271-273c CO) est le principal enjeu de la définition du bail commercial. Les baux qui portent sur des objets qui ne sont ni des locaux commerciaux ni des locaux d'habitation n'en bénéficient pas. Ils ne peuvent en particulier pas être prolongés au sens des art. 272 ss CO.

La pratique soulève quelques questions :

- Le Code des obligations a prévu une protection accrue du locataire pour les contrats de bail portant sur un "local". Cette notion a obligé les tribunaux à effectuer une gymnastique intellectuelle pour tenter d'inclure dans la notion de bail commercial des objets qui n'étaient pas vraiment des locaux.

⁶⁷ Art. 2 al. 1 LNM. La navigation exercée sur le Rhin – notamment – est assimilée à la navigation maritime dans la mesure où les art.125-127 LNM le prévoient (voir en particulier l'art. 127 al. 2 LNM). Pour plus de détails au sujet de la location de navires, voir : **Higi**, art. 253-274g CO, nos 63-74 ; **Engel**, p. 134.

⁶⁸ ONI ; RS 747.201.1.

⁶⁹ Pour plus de détails, voir : **Higi**, art. 253-274g CO, nos 75-80.

⁷⁰ Dans le même sens : **Balz Gross**, in **Thomas Müller, Markus Wirth** (éd.), *Gerichtsstandsgesetz*, Zurich 2001, art. 23 LFors, no 84 (l'art. 23 al. 1 LFors n'est pas applicable aux bateaux et aux avions, cette disposition concernant exclusivement les baux d'immeubles). Les bateaux font ainsi l'objet d'un bail à loyer mobilier. Ce contrat n'est toutefois pas régi par les normes protectrices applicables au bail à loyer d'habitations et de locaux commerciaux.

⁷¹ RJN 2001, p. 79 ; **Engel**, p. 228. Dans la mesure où seul un local est loué à bord d'un bateau, il doit pouvoir être qualifié de local commercial, même s'il est situé à l'intérieur d'un meuble qui, par définition, n'est pas fixé durablement au sol. Un tel local est en effet définitivement ancré dans la structure du bateau. Le contrat de bail à ferme semble malgré tout beaucoup mieux adapté à ce type de local, ne serait-ce que parce que, dès le moment où le bateau est exploité, le bailleur fournit une clientèle à son cocontractant.

⁷² Art. 27 de la Loi fédérale du 28 septembre 1923 sur le registre des bateaux (RS 747.11).

⁷³ RS 748.217.1.

⁷⁴ **Higi**, art. 253-274g CO, nos 63 et 81 ; **Engel**, p. 134.

⁷⁵ Voir, ci-dessus, les réflexions au sujet des bateaux.

Et pourtant, un locataire peut utiliser un immeuble qui n'est pas un local à des fins commerciales et mériter pour ce faire une protection accrue. C'est le cas du propriétaire d'un garage qui loue un terrain à proximité pour y exposer ses voitures d'occasion⁷⁶.

- Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral⁷⁷ ces baux ne sont pas impérativement soumis à la procédure préalable de conciliation.
- Il y a certains objets mobiliers, au niveau du droit civil, qui, compte tenu de leur affectation, pourraient mériter une protection identique à celle accordée aux locaux commerciaux. C'est le cas par exemple d'un mobile home.
- Enfin, on doit bien admettre que la notion elle-même d'activité commerciale est d'un maniement délicat.

IV. Les contrats mixtes et l'utilisation mixte des locaux

a) Les contrats mixtes

Est un contrat mixte le contrat qui présente des éléments de bail commercial, mais également des éléments d'un ou de plusieurs autres contrats (vente, travail, etc.). Le contrat composé est un ensemble de conventions distinctes, mais étroitement dépendantes les unes des autres⁷⁸. C'est avant tout l'aspect prédominant du contrat mixte ou composé qui détermine les règles applicables (« *Absorptionstheorie* »)⁷⁹.

D'après la jurisprudence, lorsqu'un contrat de bail à loyer est lié à un autre contrat, tel qu'un contrat de travail, formant ainsi un contrat mixte ou composé, la possibilité de prolonger le contrat de bail dépend du rapport de dépendance qu'il entretient avec l'autre contrat. Plus sa dépendance est marquée, moins il est possible d'admettre la prolongation. Le médecin qui travaille dans une clinique privée et qui se voit mettre à disposition un cabinet médical situé à l'intérieur de la clinique pour recevoir ses patients privés ne peut pas demander la prolongation du bail⁸⁰.

⁷⁶ Voir à ce sujet la critique de **Andreas Maag**, in MRA 1998, p. 92-93 qui montre le cas d'un entrepôt fermé et par là protégé, ce qui n'est pas le cas s'il est à l'air libre ! Cependant, on lira avec intérêt la décision de l'Autorité de conciliation de Bülach du 22 août 2002 (MRA 2003, p. 98) qui discute de la question de la prolongation d'un bail portant sur une aire destinée à la vente de véhicules d'occasion, sans vérifier s'il s'agit d'un local commercial.

⁷⁷ ATF 118 II 307 c. 3b., confirmé par la décision du 16 mai 2002 (4P. 80/2002), MRA 2003, p. 62 (comparaison des art. 274a al. 1 CO et art. 274d al. 1 CO).

⁷⁸ Selon **Lachat**, p. 59, si les parties signent des contrats indépendants, chacun des contrats est régi par les dispositions qui le concernent. Voir également : DB 1992, no 2, p. 6. Cet avis paraît un peu excessif car, dans certaines circonstances, le lien matériel entre les contrats l'emporte sur la division formelle.

⁷⁹ SJ 1998, p. 320, 323 ; TF, 18 mars 2002, arrêt 4P.328/2001, DB 2003, no 1, p. 5 ; ATF 118 II 157, JT 1993 I 648 ; **Lachat**, p. 58-59 ; **BaK**, art. 253-274g CO, no 4 *in fine* ; **Higi**, art. 253-274g CO, nos 196 ss ; **CR**, art. 253 CO, nos 30 ss ; **Tercier**, nos 1759-1761, 2305. Selon les circonstances, une partie du contrat peut toutefois être soumise à d'autres règles, en particulier aux dispositions destinées à assurer la protection du locataire (« *Kombinationstheorie* »). L'art. 253b al. 1 CO prévoit en effet que les dispositions sur la protection contre les loyers abusifs « *s'appliquent par analogie aux baux à ferme non agricoles et aux autres contrats qui visent principalement la cession à titre onéreux de l'usage d'habitations ou de locaux commerciaux* » (voir : **BaK**, art. 253a-253b CO, nos 17-18 ; **Higi**, art. 253-274g CO, no 202, art. 272 CO, no 39).

⁸⁰ ATF 115 II 452, JT 1990 I 303, DB 1991, no 7, p. 9. *Contra* : **BaK**, art. 253a-253b CO, no 17. Voir également : **CR**, art. 253 CO, no 30 ; **Lachat**, p. 58.

Le contrat portant sur l'exploitation d'un établissement public de type « *cercle* » appartenant à une association est également un contrat mixte qui présente des aspects du contrat de travail et du contrat de bail. L'autorité de conciliation n'est pas compétente pour connaître du litige relatif à un tel contrat dès lors que le lien de subordination caractéristique du contrat de travail est nettement prépondérant⁸¹.

De même, les dispositions protectrices du locataire ne s'appliquent pas à un contrat de franchise lorsque la cession de l'usage du local commercial ne constitue qu'un élément accessoire de l'ensemble des relations existant entre les parties⁸².

Dans un contrat portant sur l'exploitation d'une station-service, les règles du bail ne s'appliquent pas lorsque la mise à disposition des locaux est accessoire par rapport à l'accent mis sur la vente des produits de la compagnie pétrolière bailleresse⁸³.

En revanche, dans les relations entre un centre sportif et un professeur de tennis qui donne régulièrement des leçons privées sur les courts du centre, l'aspect du bail est jugé prépondérant par le Tribunal fédéral. Il précise que les règles régissant le bail commercial – en particulier l'art. 266l al. 2 CO – s'appliquent en raison de l'utilisation d'un court intérieur. N'ayant pas été acceptée par le professeur de tennis, une modification du règlement du centre sportif, qui déplace le centre de gravité du contrat mixte vers le mandat, n'entre pas en ligne de compte⁸⁴.

Weber considère que la jurisprudence n'admet pas assez largement l'application des dispositions protectrices du locataire. Le fait de ne pas prendre en compte les éléments de bail d'un contrat mixte va à l'encontre du but social de ces dispositions et risque d'ouvrir la porte au contournement de la loi. L'application des dispositions protectrices permet en effet de tenir compte au mieux des intérêts légitimes des parties, par exemple en accordant une prolongation de durée réduite au locataire afin de préserver les intérêts du bailleur⁸⁵.

b) L'utilisation mixte des locaux

Les contrats mixtes se distinguent des contrats de bail dans lesquels l'utilisation de l'objet est mixte, c'est-à-dire qu'elle se partage entre l'habitation et l'activité commerciale. L'utilisation mixte des locaux doit – au moins tacitement – être convenue, l'utilisation non conforme constituant une violation du contrat⁸⁶. L'utilisation est mixte dans le cas du médecin, de l'architecte ou de l'avocat qui habite et déploie son activité professionnelle dans les mêmes locaux. Elle n'est en revanche pas mixte dans le cas du professeur qui prépare son enseignement ou de la personne qui exerce un hobby à domicile⁸⁷.

En cas d'utilisation mixte, le contrat est soumis aux règles qui régissent l'**usage prépondérant** du local. La volonté des parties est déterminante, à l'exclusion d'une affectation contraire dans les faits. Il s'agit également de tenir compte de critères objectifs tels que les installations existantes ou le rapport entre la

⁸¹ RJN 1999, p. 74, CdB 2000, p. 28, mp 2000, p. 121.

⁸² ATF 118 II 157, JT 1993 I 648 ; Tercier, no 1761. *Contra* : BaK, art. 253a-253b CO, no 17. Voir également : CR, art. 253 CO, no 30 ; Lachat, p. 58 ; Heusi, mp 1998, p. 153, 158.

⁸³ SJ 1998, p. 320 ; CdB 1997, p. 13 ; SJ 1979, p. 568 (no 5) ; Tercier, no 1760 ; Lachat, p. 58-59 ; CR, art. 253 CO, no 32. *Contra* : BaK, art. 253a-253b CO, nos 17-18 ; DB 1992, no 2, p. 6. Sur l'ensemble de la question, voir : Eric Kaltenrieder, Les contrats de station-service, thèse Lausanne 1999.

⁸⁴ TF, 18 mars 2002, arrêt 4P.328/2001, DB 2003, no 1, p. 5.

⁸⁵ Roger Weber, *in* BaK, art. 253a-253b CO, nos 17-18.

⁸⁶ Higi, art. 253a-253b CO, nos 20, 26 et 39.

⁸⁷ Higi, art. 253a-253b CO, nos 37-38 (avec d'autres exemples et contre-exemples).

surface destinée à chacun des usages⁸⁸. Si l'appartement est le logement de la famille, les dispositions applicables au logement de la famille doivent être respectées, indépendamment de la question de l'usage prépondérant⁸⁹. Lorsque l'historique des négociations montre que le bail commercial connexe a été conclu à titre secondaire et par pure commodité, il faut considérer qu'il s'agit d'un bail d'habitation⁹⁰. Ne constituant pas de véritables baux commerciaux, les contrats mixtes ne peuvent pas être transférés à un tiers au sens de l'art. 263 CO⁹¹.

Rappelons que, selon l'art. 253a al. 1 CO, les dispositions concernant les baux commerciaux s'appliquent aussi aux choses dont l'usage est cédé avec les locaux commerciaux⁹².

V. Délimitation par rapport à d'autres contrats

a) Contrat de bail à loyer d'habitations

La délimitation entre le bail d'habitations et le bail de locaux commerciaux ne pose généralement pas de grandes difficultés. Le bail d'habitation porte sur des locaux destinés au séjour à long terme de personnes physiques dans le but d'accomplir les actes essentiels de la vie privée. Ces locaux doivent offrir une protection minimale contre l'environnement extérieur⁹³.

b) Contrat de bail à ferme (art. 275 ss CO)

La distinction entre le bail à loyer et le bail à ferme n'est pas toujours utile, nombre de dispositions du droit du bail à loyer s'appliquant également en matière de bail à ferme. L'art. 253b al. 1 CO prévoit par exemple que « *les dispositions sur la protection contre les loyers abusifs (art. 269 et s.) s'appliquent par analogie aux baux à ferme non agricoles et aux autres contrats qui visent principalement la cession à titre onéreux de l'usage d'habitations ou de locaux commerciaux* ». Quant aux dispositions sur la protection contre les congés (art. 271-273c CO), elles sont applicables par analogie aux « *baux à ferme portant sur des habitations ou des locaux commerciaux* », à l'exclusion de l'art. 273a CO relatif au logement de la famille⁹⁴. Le régime juridique diffère pourtant sur une dizaine de points importants, notamment en ce qui concerne la demeure du locataire/fermier (art. 257d et 282 CO) ainsi que les délais et termes de congé (art. 266b ss et 296 CO)⁹⁵.

⁸⁸ Higi, art. 253a-253b CO, nos 36 ss, 40-41 ; BaK, art. 253a-253b CO, no 14 ; Lachat, p. 84 ; CR, art. 253a CO, no 5.

⁸⁹ Notamment les art. 266m et 266n CO. Lachat, p. 84 (note 74) ; Higi, art. 253a-253b CO, no 42.

⁹⁰ SJ 1979, p. 587 (no 137).

⁹¹ Higi, art. 253a-253b CO, no 40.

⁹² C'est notamment le cas du logement lié à un restaurant (voir, ci-dessus, chapitre 3.a).

⁹³ CR, art. 253a CO, no 1 ; BaK, art. 253a-253b CO, no 4 ; Lachat, p. 79 ; Tercier, no 1775. Heusi, mp 1998, p. 153, 156, se pose la question de savoir si la notion de local d'habitation ne devrait pas être élargie aux locaux destinés aux loisirs (selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, les locaux destinés aux loisirs ne sont ni des locaux d'habitation, ni des locaux commerciaux ; voir, à ce sujet, ci-dessus, chapitre 3.b).

⁹⁴ Art. 300 CO. Les art. 275 ss CO contiennent de nombreux renvois aux dispositions relatives au bail à loyer (art. 281 al. 2, 287 al. 3, 288 al. 1, 289 al. 2, 290 CO, etc.).

⁹⁵ Lachat, p. 56 ; CR, art. 275-304 CO, nos 2-3, art. 275 CO, no 6 ; MRA 2002, p. 74, 79 (note Lukas Polivka) ; SJ 2001 I, p. 541, DB 2002, no 1, p. 5, mp 2002, p. 150.

Selon l'art. 275 CO, « *le bail à ferme est un contrat par lequel le bailleur s'oblige à céder au fermier, moyennant un fermage, l'usage d'un bien ou d'un droit productif et à lui en laisser percevoir les fruits ou les produits* ».

Le bail à ferme porte impérativement sur un **objet productif**. Le fermier peut non seulement en faire usage, mais il peut également en percevoir les fruits ou les produits. Le bail à loyer porte quant à lui sur un objet, sans égard à sa productivité éventuelle. Le locataire doit se limiter à en faire usage⁹⁶. Les deux types de baux diffèrent ainsi également quant au **but dans lequel l'objet est cédé**. Un pré cédé dans le but d'y pratiquer l'équitation fait l'objet d'un bail à loyer. Le même pré cédé en vue de l'exploitation du foin fait l'objet d'un bail à ferme⁹⁷. Alors que le bail à loyer ne peut porter que sur des choses, le bail à ferme peut porter aussi bien sur des **choses** que sur des **droits**. Il peut ainsi avoir pour objet une carrière, une gravière, un pâturage, une entreprise en état de production (restaurant, hôtel, boîte de nuit, par exemple), un droit de chasse ou de pêche, ou une concession⁹⁸.

La remise à titre onéreux de **locaux affectés à un usage commercial** peut aussi bien être qualifiée de bail à loyer que de bail à ferme. Si les locaux sont remis uniquement avec leurs installations, le contrat doit en principe être qualifié de bail à loyer. Les produits perçus par le locataire résultent avant tout de son activité⁹⁹. Si le bailleur remet également l'entreprise qui est exploitée dans les locaux ainsi que les relations d'affaires préexistantes¹⁰⁰ (fournisseurs et clientèle [« *goodwill* »]), le personnel, les marques, les stocks, etc., le contrat porte sur un ensemble de droits productifs. Il convient de le qualifier de bail à ferme. Dans ce cas, les produits perçus par le fermier proviennent avant tout de l'usage de la chose¹⁰¹. La jurisprudence a tendance à privilégier le bail à loyer, mais sans être totalement cohérente¹⁰².

Selon l'art. 283 al. 1 CO, le fermier a l'**obligation d'exploiter la chose**. Le droit du bail à loyer ne prévoit pas une telle obligation à charge du locataire. Le Tribunal fédéral admet toutefois, en matière commerciale, même en l'absence d'une convention expresse, une obligation d'exploiter la chose louée. Ce critère ne permet dès lors en principe pas de distinguer le bail à loyer du bail à ferme¹⁰³.

Selon la jurisprudence, est un **bail ferme** le bail portant sur :

- un hôtel (TF, 14 novembre 1996, arrêt 4C.217/1996, cité *in* CR, art. 275 CO, no 12 [note 28]) ;
- la gérance libre d'un café-restaurant entièrement équipé (DB 2003, no 22, p. 34, ATF 128 III 419, MRA 2003, p. 22) ;

⁹⁶ Tercier, no 2554 ; RFJ 1993, p. 61, 63 ; SJ 2001 I, p. 541, DB 2002, no 1, p. 5, mp 2002, p. 150. Rien ne s'oppose à ce qu'un bail à loyer porte sur un objet – potentiellement – productif, pour autant que le locataire ne perçoive pas les fruits ou les produits. Contrairement à l'affirmation de Lachat, p. 55, le bail à loyer ne porte pas nécessairement sur un objet improductif.

⁹⁷ CR, art. 275 CO, nos 7-8. Tercier, nos 2557-2558.

⁹⁸ CR, art. 253 CO, no 26, art. 275 CO, no 7 ; Engel, p. 227 ; Tercier, no 2547.

⁹⁹ ATF 93 II 453, 456. La remise de locaux nus à usage de restaurant doit être qualifiée de bail à loyer. Il en va de même de la remise des simples locaux d'une usine (Lachat, p. 55-56).

¹⁰⁰ Il ne peut en particulier pas y avoir de bail à ferme si le commerce n'a jamais été exploité auparavant ou si les locaux n'étaient pas déjà exploités aux mêmes fins. Le bail à ferme est donc exclu en cas de cession de locaux vides, de locaux bâtis ou aménagés récemment ou lorsque l'inventaire ne suffit pas pour exploiter l'entreprise ou devient la propriété de celui à qui sont cédés les locaux (CR, art. 275 CO, no 10 ; RB-TG 1985, p. 67).

¹⁰¹ CR, art. 275 CO, no 9. La mise en gérance d'un café équipé, pourvu d'une clientèle et d'un agencement, est en règle générale un bail à ferme. Si la location d'une usine porte non seulement sur les locaux, mais concerne aussi le fonds de commerce (machines, clientèle, réseau de distribution), c'est un bail à ferme (Lachat, p. 55-56). Voir également : ATF 128 III 419, DB 2003, no 22, p. 34, MRA 2003, p. 22.

¹⁰² CR, art. 275 CO, no 10 ; MRA 2002, p. 74, 78-79 (note Lukas Polivka).

¹⁰³ Pour plus de détails au sujet de l'obligation d'exploiter un local commercial, voir ci-dessous (chapitre 11.d).

- un hôtel-restaurant avec son inventaire (RSJ 1972, no 102, p. 222) ;
- le restaurant d'une installation sportive (RB-TG 1985, p. 67) ;
- la gérance libre d'un café (SJ 1979, p. 365 ; SJ 1979, p. 570 [no 15]) ;
- une cantine avec ses installations et ses clients (RFJ 1993, p. 61) ;
- la gérance libre d'un bar (SJ 1985, p. 237 [sans discussion]) ;
- l'exploitation d'un service de restauration sur les bateaux d'une compagnie de navigation (RJN 2001, p. 79 ; voir également : ATF 48 II 249, JT 1922 I 472 ; Engel, p. 228) ;
- un laitier avec son inventaire et sa clientèle (RSJ 1969, no 43, p. 98) ;
- l'exploitation d'une entreprise et l'usage d'une marque (ATF 50 II 79, JT 1924 I 403) ;
- une parcelle de pâturage relevant du patrimoine fiscal d'une commune (ATF 112 II 35).

Est en revanche un **bail à loyer commercial** le bail portant sur :

- un motel, l'équipement destiné à son exploitation et des locaux annexes à construire (ATF 97 II 58 [sans discussion]) ;
- des locaux sis au rez-de-chaussée et au sous-sol d'un immeuble en vue de l'exploitation d'un restaurant et d'une boîte de nuit (ATF 103 II 247, JT 1978 I 504) ;
- des locaux destinés à un café-restaurant (ATF 93 II 453) ;
- l'exploitation d'un café-restaurant dont l'aménagement a été modifié, avec l'accord du bailleur, aux frais du locataire (TF, 21 mai 2001, arrêt 4C.43/2000, SJ 2001 I, p. 541, DB 2002, no 1, p. 5, mp 2002, p. 150) ;
- un restaurant avec son inventaire (BJM 1984, p. 72) ;
- un salon de jeu avec débit de boissons situé dans un restaurant (ATF 116 II 512, JT 1991 I 309 [sans discussion]) ;
- des locaux nus, à usage de café-restaurant (Lachat, p. 55) ;
- une boulangerie (ATF 33 II 603) ;
- les locaux destinés à une droguerie (ATF 68 II 237, JT 1943 I 9 [sans discussion]) ;
- les locaux affectés à l'exploitation d'une boutique de confection pour dames (ATF 116 II 587 [sans discussion]) ;
- un magasin faisant partie d'une galerie marchande et exploité en tant que galerie de prêt-à-porter féminin (DB 1990, no 15, p. 12) ;
- une pharmacie, un théâtre, un cinéma ou un bureau (Lukas Polivka, *in* MRA 2002, p. 74, 79) ;
- un immeuble commercial sans les relations d'affaires, mais avec vente de l'inventaire au locataire (Rep. 1985, p. 323).

Relevons encore que le **bail à ferme agricole** est soumis à un régime juridique particulier¹⁰⁴.

¹⁰⁴ Voir l'art. 276a CO ainsi que la Loi fédérale du 4 octobre 1985 sur le bail à ferme agricole (LBFA ; RS 221.213.2). La résiliation du bail à ferme agricole n'est en particulier pas soumise à la règle de l'art. 266n CO, selon laquelle le congé donné par le bailleur doit être communiqué séparément au locataire et à son conjoint, même si l'entreprise agricole comprend une habitation qui sert de logement à la famille du fermier (ATF 125 III 425, DB 2000, no 27, p. 40, CdB

c) Contrat de prêt (art. 305 ss CO)

Le prêt à usage se distingue essentiellement du bail à loyer par sa gratuité¹⁰⁵. Le prêt d'un local commercial est envisageable.

d) Contrat de dépôt (art. 472 ss CO)

Est un contrat de dépôt la mise à disposition par le dépositaire d'un local pour permettre au déposant l'entreposage de choses mobilières si le dépositaire assume la garde et la restitution des meubles et si le déposant n'a pas un accès libre au local¹⁰⁶. Si ces deux conditions ne sont pas réunies, il peut s'agir d'un contrat de bail, éventuellement commercial. Dans le cas des garde-meubles, on peut envisager les deux solutions. En général, les opérations qualifiées de garde-meubles sont régies par les art. 472 ss CO¹⁰⁷. Dans ce cas, le déposant ne peut pas pénétrer dans l'entrepôt librement. Il doit être accompagné d'un employé de l'entrepositaire et annoncer à l'avance son passage. On peut aussi envisager un véritable contrat de bail si une personne a besoin de surfaces importantes pour y entreposer des biens et jouir d'un accès non limité à l'entrepôt.

e) Contrat de vente (art. 184 ss CO)

Alors que l'acheteur acquiert la propriété de la chose, le locataire n'en obtient que l'usage¹⁰⁸.

De nombreux problèmes de délimitation se posent en matière de contrats de location-vente et de crédit-bail (leasing financier).

f) Droits réels limités

Le contrat de bail confère au locataire des droits de nature personnelle qui ne peuvent être opposés qu'au bailleur. Les droits réels limités – en particulier l'usufruit et le droit de superficie – valent quant à eux *erga omnes*. L'art. 261b CO permet l'annotation d'un contrat de bail immobilier au registre foncier. Aux droits de nature personnelle s'ajoutent alors des droits de nature réelle qui permettent notamment au locataire d'opposer le contrat de bail à tout nouveau propriétaire de l'immeuble¹⁰⁹.

VI. La forme du contrat

La loi ne prescrit **aucune forme** particulière pour le bail à loyer commercial.

2000, p. 17). Quant à l'autorité de conciliation, elle n'est pas compétente en matière de litiges relatifs à un bail à ferme agricole (mp 2003, p. 201).

¹⁰⁵ Engel, p. 138 ; CR, art. 253 CO, no 27 ; Lachat, p. 57.

¹⁰⁶ CR, art. 253 CO, no 28.

¹⁰⁷ Voir les conditions générales de dépôt du Groupe professionnel Déménagements de l'Association suisse des transports routiers ASTAG et de l'Association suisse des déménageurs internationaux CVSM.

¹⁰⁸ Engel, p. 137-138 ; Lachat, p. 57 ; Tercier, nos 1747 ss ; CR, art. 253 CO, no 29.

¹⁰⁹ Art. 261b al. 2 CO. Voir : Tercier, nos 1762-1763 ; Engel, p. 138.

En pratique, le bail est conclu en la **forme écrite**¹¹⁰.

Les organisations professionnelles éditent des **modèles** de baux ainsi que des dispositions générales à l'intention de leurs membres¹¹¹.

En matière de bail d'habitations et de locaux commerciaux, le Code des obligations impose toutefois la forme écrite – plus précisément l'utilisation d'une **formule agréée par le canton** – en cas d'augmentation du loyer et d'autres modifications unilatérales du contrat par le bailleur (art. 269d CO) et en cas de résiliation du contrat (art. 266l CO)¹¹². L'art. 270 al. 2 CO, qui permet aux cantons, en cas de pénurie de logements, de rendre obligatoire l'usage de la formule officielle mentionnée à l'art. 269d CO pour la conclusion de tout nouveau bail, n'est pas applicable aux baux de locaux commerciaux¹¹³.

L'art. 261b al. 1 CO prévoit que les parties peuvent stipuler l'**annotation de baux d'immeubles** au registre foncier¹¹⁴. Le bail annoté déploie des effets réels : tout nouveau propriétaire est tenu de laisser au locataire l'usage de l'immeuble conformément au bail¹¹⁵. Le nouveau propriétaire n'a ainsi pas la possibilité de résilier le contrat en faisant valoir un besoin urgent pour lui-même ou ses proches parents ou alliés en application de l'art. 261 al. 2 lit. a CO¹¹⁶. L'annotation d'un bail de sous-location est possible, moyennant l'accord écrit du sous-bailleur et du bailleur principal (propriétaire)¹¹⁷. Les annotations de baux sont fréquentes en matière de baux commerciaux.

¹¹⁰ Selon le chiffre 6 lit. b du bail à loyer pour locaux commerciaux neuchâtelois (1998), « *les parties conviennent d'adopter dans leurs relations la forme écrite* ». Voir également : ch. 8 lit. c du bail à loyer pour locaux commerciaux vaudois (2004).

¹¹¹ Voir, par exemple : bail à loyer pour locaux commerciaux (contrat [1998] ; dispositions générales et usages locatifs [1992]) édité par la Chambre immobilière neuchâteloise (CIN), l'Union neuchâteloise des professionnels de l'immobilier (UNPI), l'Union neuchâteloise des arts et métiers (UNAM) et la Chambre neuchâteloise du commerce et de l'industrie (CNCI) ; bail à loyer pour locaux commerciaux (contrat [2004] ; dispositions générales [2002] ; dispositions complémentaires pour les établissements de l'hôtellerie et de la restauration au sens de la législation vaudoise [2002]) édité par la Fédération patronale vaudoise (FPV), la Chambre vaudoise immobilière (CVI) et la Société vaudoise des régisseurs et courtiers en immeubles et fonds de commerces (SVR) ; dispositions paritaires romandes et règles et usages locatifs du canton de Vaud (1998) de l'ASLOCA-Vaud, la Chambre vaudoise immobilière (CVI), l'Union syndicale vaudoise (USV) et la Société vaudoise des régisseurs et courtiers en immeubles et fonds de commerces (SVR) ; bail à loyer pour locaux commerciaux (contrat [1996] ; conditions générales [1996] ; transfert de bail [1998]) édité par la Société des régisseurs de Genève et la Chambre genevoise immobilière. Les locaux commerciaux ne sont pas concernés par les Dispositions paritaires romandes (**Denis Sulliger, Jacques Ansermet**, Le contrat-cadre romand de baux à loyer et les dispositions paritaires romandes et règles et usages locatifs du canton de Vaud, CdB 2002, p. 97, 102 ; voir également : **Giacomo Roncoroni**, Zu den zwei ersten allgemeinverbindlich erklärten Rahmenmietverträgen der Schweiz, mp 2004, p. 1).

¹¹² Voir notamment : **Engel**, p. 140-141.

¹¹³ ATF 117 Ia 328 ; ATF 124 I 127 ; **Heusi**, mp 1998, p. 153, 154 (note 2).

¹¹⁴ L'annotation d'un bail à loyer (ou à ferme) implique l'existence d'un contrat passé en la forme écrite (art. 71 al. 1 de l'Ordonnance du 22 février 1910 sur le registre foncier [ORF ; RS 211.432.1]). C'est au bailleur de requérir l'annotation, mais il peut déléguer cette tâche au locataire (**Lachat**, p. 117 ; **CR**, art. 261b CO, no 1). Voir, par exemple, le chiffre 2 des dispositions complémentaires pour les établissements de l'hôtellerie et de la restauration au sens de la législation vaudoise (2002) : « *Sauf convention contraire, l'annotation au registre foncier est autorisée aux frais du locataire. Celui-ci accepte d'ores et déjà toute modification des droits et charges favorisant ou grevant l'immeuble* ». La deuxième phrase ne devrait pas annuler les droits octroyés au locataire par la première.

¹¹⁵ Art. 261b al. 2 CO.

¹¹⁶ **Lachat**, p. 117.

¹¹⁷ **CR**, art. 261b CO, nos 2 et 6.

VII. Les parties au contrat

a) Le bailleur

Le bailleur peut être une personne physique ou une personne morale¹¹⁸. Il est en règle générale propriétaire de la chose. Il peut aussi n'avoir qu'un droit réel limité sur la chose (usufruit). Il peut être à la fois locataire dans le contrat principal et bailleur dans un contrat de sous-location¹¹⁹.

b) Le locataire

Le locataire peut également être une personne physique ou une personne morale¹²⁰.

Les colocataires sont en règle générale solidaires entre eux s'ils ont signé le contrat de bail¹²¹. Dans le cas particulier des **communautés de bureau**, plusieurs personnes, physiques ou morales, s'associent pour louer en commun des locaux commerciaux. À moins que cette communauté ne prenne une autre forme juridique, elle constitue une société simple. Dans les rapports externes, tous les membres signataires de la société simple répondent solidairement en vertu de l'art. 544 al. 3 CO. Les actes relatifs à ce contrat de bail, notamment la résiliation, doivent en principe être faits en commun par les colocataires. Les actes du bailleur doivent quant à eux être adressés à tous les colocataires¹²². Une résiliation partielle, qui émane d'un ou d'une partie seulement des colocataires, n'est ainsi pas possible sans l'accord du bailleur. Si l'un des membres de la société simple veut se retirer, l'ensemble des membres doit signer la résiliation et, le cas échéant, conclure un nouveau contrat, avec ou sans nouveau membre. Si le bailleur refuse de signer un nouveau contrat, le membre remplaçant peut devenir un sous-locataire du membre sortant, voire d'un ou de plusieurs membre restants de la société simple. Le membre sortant reste toutefois locataire dans ces hypothèses¹²³. L'art. 263 CO relatif au transfert du bail d'un local commercial à un tiers peut être appliqué au cas du départ d'un des colocataires. Pour autant qu'il remplisse les conditions posées par cette disposition, le remplaçant peut être un ou plusieurs des colocataires ou un tiers¹²⁴. La doctrine considère en revanche que l'art. 264 CO sur la restitution anticipée de la chose n'est pas applicable par analogie en cas de départ d'un des

¹¹⁸ Sur la question de la pluralité de bailleurs, voir : DB 2000, no 24, p. 36 ; DB 2001, no 23, p. 34, mp 2000, p. 196.

¹¹⁹ **Lachat**, p. 47 ; CdB 2004, p. 51.

¹²⁰ En France, la protection liée au bail commercial exige que le locataire soit inscrit au registre du commerce ou au registre des métiers (**Huet**, p. 756).

¹²¹ Art. 143 CO. Voir : **Lachat**, p. 48 ; **CR**, art. 253 CO, no 18 ; **Jacques Micheli**, Les colocataires dans le bail commun, 8^e Séminaire, Neuchâtel 1994 (cité **Micheli**, Neuchâtel 1994), p. 7 ss ; **Richard Permann**, Der gemeinsame Mietvertrag unter Berücksichtigung der jüngsten Rechtsprechung des Bundesgerichts (cité **Permann**), mp 1997, p. 191-192. Lorsqu'un contrat de bail désigne comme colocataires solidairement responsables une société et l'un des associés, et que ce dernier ne signe pas le contrat, seule la société, représentée par la signature de l'autre associé, doit être considérée comme titulaire du bail (CdB 2000, p. 90). Sauf accord contraire, le cosignataire d'un contrat de bail à loyer doit être considéré comme locataire et non comme garant (MRA 2003, p. 92).

¹²² **Lachat**, p. 48, 413. Voir également : **Micheli**, Neuchâtel 1994, p. 12-13 en particulier. En vertu de l'interdiction du formalisme excessif, la contestation d'une résiliation émanant de l'un des colocataires, mais au nom des deux, est recevable même si la justification des pouvoirs n'intervient pas dans le délai de 30 jours prévu à l'art. 273 al. 1 CO (TF, 30 janvier 2004, arrêt 4C.236/2003, mp 2004, p. 60).

¹²³ **Lachat**, p. 413 ; **Micheli**, Neuchâtel 1994, p. 14-15.

¹²⁴ **Roger Weber**, Der gemeinsame Mietvertrag, thèse Zurich 1993 (cité **Weber**), p. 153-154 ; **Micheli**, Neuchâtel 1994, p. 14-15.

colocataires¹²⁵. Les modifications touchant le cercle des colocataires peuvent également être prévues et réglementées par le contrat de bail¹²⁶.

VIII. Le loyer

Les dispositions sur la protection contre les loyers abusifs des art. 269-270e CO s'appliquent aussi bien en matière de baux d'habitations que de baux de locaux commerciaux¹²⁷. L'art. 253b al. 1 CO ajoute que ces dispositions « *s'appliquent par analogie aux baux à ferme non agricoles et aux autres contrats qui visent principalement la cession à titre onéreux de l'usage d'habitations ou de locaux commerciaux* »¹²⁸.

Le loyer des baux conclus pour une durée déterminée ne peut en principe pas être modifié en cours de contrat¹²⁹. Le législateur a toutefois prévu deux possibilités d'adaptation du loyer, pour autant que le contrat soit conclu pour une durée minimale. Il s'agit des loyers indexés (art. 269b CO) et des loyers échelonnés (art. 269c CO). Il existe en outre la possibilité de faire dépendre le montant du loyer du chiffre d'affaires réalisé par le locataire. Ces trois méthodes sont fréquemment choisies dans le cadre de baux à loyer commerciaux.

a) Les loyers indexés (art. 269b CO)

Selon l'art. 269b CO, « *les conventions prévoyant que le loyer est adapté en fonction d'un indice ne sont valables que si le bail est conclu pour une durée minimale de cinq ans et que la référence est l'indice suisse des prix à la consommation* »¹³⁰. Une clause d'indexation permet au bailleur d'assurer le maintien de la valeur de la chose louée¹³¹.

Le bail doit être conclu pour une **durée minimale de cinq ans**. Si le bail est reconduit tacitement après cinq ans, le bailleur ne peut plus se référer à la clause d'indexation¹³². Il peut par contre adapter le loyer conformément à l'art. 269d CO. Le locataire peut quant à lui demander une diminution de loyer selon

¹²⁵ Weber, p. 156-157 ; Permann, mp 1997, p. 191, 204. Voir toutefois : Micheli, Neuchâtel 1994, p. 14-15. L'art. 264 CO pose un certain nombre de problèmes, car le remplaçant ne peut pas être imposé au bailleur et, de son côté, le bailleur ne peut pas imposer un remplaçant aux colocataires. La question de l'application de l'art. 264 CO est de moindre importance en matière de bail commercial puisque les colocataires peuvent se prévaloir de l'art. 263 CO.

¹²⁶ Voir : Lachat, p. 413 (note 57).

¹²⁷ L'art. 11 al. 2 OBLF précise que, pour les locaux commerciaux, la comparaison des loyers usuels dans la localité ou le quartier (art. 269a lit. a CO) peut être opérée sur la base du prix au mètre carré usuel dans le quartier pour des objets semblables (voir : Schweizerischer Verband der Immobilien-Treuhänder, Schweizerisches Mietrecht – Kommentar, 2^e éd., Zurich 1998 [cité SVIT 1998], art. 269a CO, no 34).

¹²⁸ CR, art. 253b CO, no 1.

¹²⁹ Heusi, mp 1998, p. 153, 161 ; Carmen Wettstein, Der indexierte Mietzins (cité Wettstein), mp 2003, p. 49-50.

¹³⁰ Les clauses d'indexation qui ne respectent pas ces deux conditions sont partiellement nulles, au sens de l'art. 20 al. 2 CO (pour plus de détails, voir : CR, art. 269b CO, no 3 *in fine* ; Wettstein, mp 2003, p. 49, 50-51).

¹³¹ Higi, art. 269b CO, nos 18 et 21.

¹³² ATF 123 III 76 ; CR, art. 269b CO, no 3 ; Wettstein, mp 2003, p. 49, 52.

l'art. 270a CO¹³³. Si le bail est reconduit pour au moins cinq ans, la clause d'indexation reste applicable¹³⁴.

Seul l'indice suisse des prix à la consommation (**ISPC**)¹³⁵ peut être pris comme référence, à l'exclusion de tout autre indice ou combinaison d'indices¹³⁶. L'art. 269b CO autorise la pleine indexation du loyer, mais sa nature semi-impérative permet de limiter les effets de l'indexation en faveur du locataire¹³⁷. Les parties jouissent d'une certaine liberté en ce qui concerne les modalités de la clause d'indexation¹³⁸.

L'art. 270c CO prévoit que, sous réserve de la **contestation** du loyer initial selon l'art. 270 CO, une partie peut seulement faire valoir devant l'autorité de conciliation que l'augmentation ou la diminution du loyer demandée par l'autre partie n'est pas justifiée par une variation de l'indice ou qu'elle ne correspond pas à l'ampleur de celle-ci. Pendant la période minimale de cinq ans, la variation de l'ISPC est ainsi le seul facteur admissible de modification du loyer. La pratique admet toutefois, pour autant que le contrat réserve cette possibilité, les augmentations dues à des prestations supplémentaires du bailleur au sens des art. 269a lit. b CO et 14 OBLF¹³⁹.

Les hausses de loyer doivent être notifiées sur une **formule officielle**. Elles ne peuvent être notifiées qu'à partir du moment où le nouvel indice est publié officiellement¹⁴⁰.

b) Les loyers échelonnés (art. 269c CO)

L'art. 269c CO prévoit que les conventions prévoyant que le loyer sera majoré périodiquement d'un montant déterminé ne sont valables que si le bail est conclu pour une durée minimale de trois ans¹⁴¹, si le loyer n'est pas augmenté plus d'une fois par an¹⁴² et si le montant de l'augmentation est fixé en francs¹⁴³.

¹³³ CR, art. 269b CO, nos 1-2. **Wettstein**, mp 2003, p. 49, 52. Le locataire peut demander une baisse de loyer au terme de la première période de cinq ans même si le contrat est reconduit tacitement pour une nouvelle période de cinq ans pendant laquelle la clause d'indexation continue à déployer ses effets (mp 2004, p. 48).

¹³⁴ CR, art. 269b CO, no 3 ; **Wettstein**, mp 2003, p. 49, 50.

¹³⁵ L'ISPC est disponible sur les sites Internet suivants : <http://www.statistik.admin.ch> ; <http://www.mietrecht.ch>.

¹³⁶ **Wettstein**, mp 2003, p. 49, 50.

¹³⁷ CR, art. 269b CO, nos 1 et 4. Voir également : **Wettstein**, mp 2003, p. 49, 51.

¹³⁸ Notamment quant au moment et à la fréquence des adaptations (pour plus de détails, voir : **Wettstein**, mp 2003, p. 49, 51). Le chiffre 4 lit. a du bail à loyer pour locaux commerciaux neuchâtelois (1998) prévoit les modalités suivantes : « *En cours de bail, le loyer pourra être adapté à la variation de l'indice suisse des prix à la consommation (IPC) en prenant pour base l'indice du mois de la dernière fixation du loyer. À défaut d'accord particulier, l'indice du mois de la conclusion du contrat est réputé indice de base pour la première adaptation. La variation du loyer sera égale à la variation exprimée en pourcent de l'IPC entre l'ancien et le nouvel indice. L'indexation pourra être notifiée une fois par année, moyennant préavis d'un mois pour la fin d'un mois, sur formule officielle, par pli recommandé* ». Voir également : ch. 4 lit. a du bail à loyer vaudois pour locaux commerciaux (2004) ; ch. 1 du bail à loyer genevois pour locaux commerciaux (1996).

¹³⁹ ATF 124 III 57, JT 1999 I 19 ; CR, art. 269b CO, nos 1-2 ; **Wettstein**, mp 2003, p. 49, 51-52 ; **Heusi**, mp 1998, p. 153, 162. Voir, par exemple, le chiffre 4 lit. b du bail à loyer pour locaux commerciaux neuchâtelois (1998) : « *Si le bailleur entreprend des travaux de rénovation ou de modification, s'il fournit des prestations supplémentaires, le loyer pourra être augmenté conformément à la loi, moyennant préavis d'un mois pour la fin d'un mois, par pli recommandé* ». On peut douter que de simples rénovations soient suffisantes.

¹⁴⁰ Art. 19 al. 2 OBLF. Pour plus de détails, voir : **Wettstein**, mp 2003, p. 49, 53.

¹⁴¹ mp 2002, p. 161.

¹⁴² Une seule augmentation suffit (ATF 124 III 57, JT 1999 I 19 ; mp 2002, p. 161).

¹⁴³ Voir : ch. 2 du bail à loyer genevois pour locaux commerciaux (1996)

Cette méthode permet notamment aux parties de prévoir exactement l'évolution des loyers. Elle donne également la possibilité de fixer un loyer plus bas au début du contrat – afin de permettre au locataire de s'établir – moyennant une compensation par la suite¹⁴⁴.

L'échelonnement prévu ne peut pas être modifié, quelle que soit l'évolution d'autres facteurs (notamment la variation du taux hypothécaire)¹⁴⁵. À la différence du loyer indexé, il ne peut même pas être modifié suite à des prestations supplémentaires du bailleur¹⁴⁶.

L'art. 270d prévoit que, sous réserve de la **contestation** du loyer initial selon l'art. 270 CO, le locataire ne peut pas contester le loyer pendant le bail. À la fin du contrat, le loyer peut être réexaminé à la hausse (art. 269d CO) ou à la baisse (art. 270a CO)¹⁴⁷.

Selon l'art. 19 al. 2 OBLF, chaque augmentation sera notifiée sur une **formule officielle** au plus tôt quatre mois avant son entrée en vigueur¹⁴⁸. Si, malgré l'absence de notification sur formule officielle, le locataire a payé le loyer en tenant compte des augmentations prévues dans la clause d'échelonnement, il ne peut pas demander, après la fin du contrat, la restitution des montant supplémentaires versés en application de la clause d'échelonnement¹⁴⁹.

Le cumul d'une clause d'indexation et d'une clause d'échelonnement dans le même contrat de bail n'est pas admissible¹⁵⁰.

c) Les loyers liés au chiffre d'affaires

Est dit « **partiaire** » le bail dont le loyer est fixé en fonction du chiffre d'affaires du locataire. Il n'est pas prévu par le Code des obligations, mais l'art. 269a CO n'est pas exhaustif quant à la manière de fixer le loyer. Le loyer sur le chiffre d'affaires est ainsi admis par la pratique sur la base de la liberté contractuelle. Il est même fréquemment utilisé dans le cadre du bail commercial¹⁵¹.

Pour le locataire, cette méthode présente bien entendu l'avantage que le loyer suit la marche des affaires. Elle est susceptible de procurer au bailleur des loyers supérieurs au rendement admissible au sens de l'art. 269 CO ou aux loyers usuels de l'art. 269a lit. a CO¹⁵². Dans la mesure où le bailleur n'est pas tenu de participer aux pertes, le bail partiaire ne constitue pas un contrat de société simple. En

¹⁴⁴ Voir encore : CR, art. 269c CO, no 1.

¹⁴⁵ ATF 121 III 397.

¹⁴⁶ CR, art. 269c CO, no 2.

¹⁴⁷ CR, art. 269d CO, no 2.

¹⁴⁸ mp 2002, p. 161-162.

¹⁴⁹ mp 2003, p. 34. Dans cet arrêt, le Tribunal cantonal de Bâle-Campagne met en doute l'exigence de notification au moyen d'une formule officielle des hausses de loyer convenues dans une clause d'échelonnement. Dans le cas d'espèce, la question de la notification n'a pas besoin d'être tranchée, la demande de restitution des suppléments de loyer versés par le locataire en application de la clause d'échelonnement constituant quoi qu'il en soit un abus de droit.

¹⁵⁰ ATF 124 III 57, JT 1999 I 19. Il est en revanche possible de prévoir une alternance entre une clause d'indexation de cinq ans et une clause d'échelonnement de trois ans (Wettstein, mp 2003, p. 49, 52).

¹⁵¹ ATF 116 II 587, 590, DB 1991, no 12, p. 12 ; Lachat, p. 329-330 ; Heusi, mp 1998, p. 153, 162 ; Engel, p. 194 ; SVIT 1998, art. 269a CO, nos 36-37. Le montant du loyer ne doit pas impérativement être fixé à l'avance, pourvu qu'il soit déterminable (Lachat, p. 330 ; CR, art. 269a CO, no 23).

¹⁵² Lachat, p. 329 ; SVIT 1998, art. 269a CO, nos 35-36.

présence d'un loyer lié au chiffre d'affaires, la limite entre le bail à loyer de locaux commerciaux et le bail à ferme devient toutefois très ténue¹⁵³.

Les parties sont **relativement libres** dans la formulation de la clause. Le loyer est généralement constitué d'un montant de base – fixe – auquel s'ajoute un montant qui varie en fonction du chiffre d'affaires réalisé par le locataire dans l'exploitation du local commercial. Le locataire est tenu de communiquer régulièrement les informations nécessaires au bailleur afin que le montant du loyer puisse être adapté¹⁵⁴. Ce mode de fixation du loyer n'implique pas la conclusion d'un contrat pour une durée limitée ou minimale¹⁵⁵.

S'il peut faire l'objet d'une **contestation** au début du contrat en vertu de l'art. 270 CO¹⁵⁶, le loyer lié au chiffre d'affaires est considéré comme un loyer fixe qui ne peut plus être adapté par la suite conformément aux art. 269d et 270a CO¹⁵⁷. À la fin du contrat, le loyer peut toutefois être réexaminé à la hausse (art. 269d CO) ou à la baisse (art. 270a CO). Le pourcentage du chiffre d'affaires déterminant peut ainsi être modifié¹⁵⁸.

Les adaptations périodiques du loyer au chiffre d'affaires ne sont **pas soumises aux règles de forme** de l'art. 269d CO¹⁵⁹.

IX. Les vices du contrat

a) La nullité (art. 20 CO)

Comme tout contrat, le contrat de bail commercial est nul s'il a pour objet une chose impossible, illicite ou contraire aux mœurs. Si la nullité ne concerne que certaines parties du contrat, seules ces parties sont frappées de nullité, à moins qu'il n'y ait lieu d'admettre que le contrat n'aurait pas été conclu sans elles (art. 20 al. 2 CO).

Un bail peut être **illicite** et nul s'il autorise le locataire à utiliser les locaux à des fins commerciales, alors que la législation de droit public impose qu'ils soient destinés à l'habitation¹⁶⁰.

Un contrat de bail est contraire aux mœurs ou constitue une atteinte à la personnalité (art. 27 al. 2 CC) si les parties se lient pour une **durée exagérément longue**¹⁶¹.

¹⁵³ **Lachat**, p. 56, 329 ; ATF 116 II 587, 590. Voir également : **CR**, art. 275 CO, no 10 (note 15) ; **Higi**, art. 269 CO, no 321.

¹⁵⁴ **Lachat**, p. 329 ; **Heusi**, mp 1998, p. 153, 162.

¹⁵⁵ **Heusi**, mp 1998, p. 153, 162 ; **Lachat**, p. 330 ; SVIT 1998, art. 269a CO, no 38.

¹⁵⁶ À cette occasion, le locataire peut notamment critiquer le pourcentage du chiffre d'affaires qui servira de base au calcul du loyer (**Lachat**, p. 330 ; ATF 116 II 587, 593).

¹⁵⁷ **CR**, art. 269a CO, no 23 ; **Lachat**, p. 330 ; SVIT 1998, art. 269a CO, nos 37, 39 ; ATF 116 II 587, 592-593. Certains auteurs considèrent que le montant de base – auquel vient s'ajouter un montant lié au chiffre d'affaires – peut toutefois être mis en cause sur la base des critères des art. 269-269a CO (SVIT 1998, art. 269a CO, no 40).

¹⁵⁸ **Lachat**, p. 330.

¹⁵⁹ **Heusi**, mp 1998, p. 153, 162-163 ; **CR**, art. 269a CO, no 23 ; **Lachat**, p. 330 ; SVIT 1998, art. 269a CO, no 37.

¹⁶⁰ **CR**, art. 253 CO, no 7 ; **BaK**, art. 253 CO, no 4 ; **Lachat**, p. 50, 120.

¹⁶¹ Dans le cas des contrats de livraison de bière, le Tribunal fédéral a considéré en 1914 qu'une durée de 15 ans était admissible (ATF 40 II 233, JT 1915 I 71). Dans un arrêt du 21 juin 1988, il a jugé qu'une durée de 20 ans n'était pas

Le bail de locaux destinés à la **prostitution** n'est en principe pas nul. Il n'est ni illicite ni contraire aux mœurs¹⁶². La prostitution paraît même devoir être qualifiée d'activité commerciale et les locaux utilisés par une prostituée de locaux commerciaux¹⁶³. Le bail de locaux destinés à la prostitution est toutefois frappé de nullité si le bailleur en tire un loyer surfait¹⁶⁴. À noter encore que, si elle n'est pas prévue par le contrat, l'affectation des locaux à la prostitution expose le locataire à une résiliation anticipée au sens de l'art. 257f al. 3 CO¹⁶⁵.

b) La lésion (art. 21 CO)

La lésion peut également jouer un rôle en matière de bail commercial. Elle peut être invoquée aussi bien par les personnes physiques que par les personnes morales¹⁶⁶.

c) Les vices du consentement (art. 23-31 CO)

Un contrat peut également être entaché de vices du consentement, tels que l'erreur essentielle, le dol ou la crainte fondée.

Le locataire peut se prévaloir d'une **erreur essentielle** si la surface effective de l'objet est inférieure de 8 % à la surface indiquée par le bailleur¹⁶⁷.

X. L'interdiction des transactions couplées (art. 254 CO)¹⁶⁸

Selon l'art. 254 CO, « *une transaction couplée avec le bail d'habitation ou de locaux commerciaux est nulle lorsque la conclusion ou la continuation du bail y est subordonnée et que, par cette transaction, le locataire contracte envers le bailleur ou un tiers des obligations qui ne sont pas en relation directe avec l'usage de la chose louée* ». Cette disposition implique en particulier que le bailleur connaisse la transaction et y consente¹⁶⁹. « *Est notamment réputée transaction couplée au sens de l'art. 254 du code des obligations l'obligation du locataire d'acheter la chose louée, des meubles ou des actions ou de conclure un contrat d'assurance* »¹⁷⁰.

non plus exagérée en fonction des circonstances (ATF 114 II 159, JT 1989 I 2). Est en revanche inadmissible le contrat de durée illimitée.

¹⁶² ZMP 2/1992, nos 12 et 13, p. 2 ; DB 1989, no 3, p. 8, mp 1988, p. 153 ; BIZR 1986, no 28, p. 57 ; **Lachat**, p. 50 (note 25).

¹⁶³ La prostitution est en effet protégée par la liberté économique et les revenus qu'elle procure sont imposables (DB 1989, no 3, p. 8, 9 [note P.W.]).

¹⁶⁴ RSJ 1985, no 10, p. 60 ; **Higi**, art. 253 CO, nos 25-26 ; **Lachat**, p. 50 (note 25).

¹⁶⁵ BIZR 1986, no 28, p. 57 ; DB 1996, no 2, p. 6, mp 1996, p. 7 (le bailleur doit faire valoir un préjudice grave) ; **CR**, art. 253 CO, no 7 ; **Lachat**, p. 50 (note 25).

¹⁶⁶ ATF 123 III 292, 301, JT 1998 I 586, 595 ; **CR**, art. 21 CO, no 8.

¹⁶⁷ ATF 113 II 25, JT 1987 I 363 (dans le cas d'un bail à loyer d'habitation). Voir : **Jürg Gasche**, Die Mietfläche von Wohn- und Geschäftsräumen, mp 2001, p. 1, 8-9 ; DB 2003, no 11, p. 20, CdB 2002, p. 24 ; DB 2003, no 10, p. 18.

¹⁶⁸ Pour une présentation détaillée du sujet, voir : **Jacques Micheli**, Les transactions couplées avec le bail, 13^e Séminaire, Neuchâtel 2004 (cité **Micheli**, Neuchâtel 2004).

¹⁶⁹ TF, 26 septembre 2001, arrêt 4C.161/2001, CdB 2002, p. 77.

¹⁷⁰ Art. 3 OBLF.

Cette interdiction ne touche que les baux commerciaux et les baux d'habitations¹⁷¹.

Est en principe licite, sauf si le coût est sans proportion avec la prestation du bailleur ou du tiers¹⁷², l'obligation de souscrire une clause de non-concurrence, d'acheter un fonds de commerce, d'acheter les installations d'une entreprise avec actif et passif (art. 69 ss LFus), d'acheter le stock d'une auberge, ou de louer un parking en relation avec un local commercial¹⁷³. Constitue en revanche une transaction couplée illicite l'achat de meubles qui ne se trouvent pas déjà dans les locaux, que le locataire ne désire pas acquérir ou dont le prix est surfait¹⁷⁴.

L'obligation de payer un « **pas-de-porte** » au bailleur, au gérant ou au locataire sortant est illicite si le bailleur en fait dépendre la conclusion du bail¹⁷⁵.

Ne constitue en principe pas une transaction couplée l'obligation imposée au locataire d'une surface de vente sise dans un centre commercial de devenir membre d'une **association de commerçants** ou d'une société dont le but est de promouvoir, notamment par des actions publicitaires, le centre commercial dans son ensemble. Cette obligation est en effet en relation directe avec l'usage de la chose louée et elle sert les intérêts du locataire¹⁷⁶.

XI. Les obligations du locataire

a) L'obligation de fournir des sûretés

À la différence de ce qui est prévu pour les baux d'habitations, le montant des sûretés que le bailleur peut exiger du locataire n'est pas limité à trois mois de loyer par l'art. 257e al. 2 CO¹⁷⁷.

b) L'obligation d'utiliser la chose conformément à l'utilisation convenue

Le locataire a l'obligation d'utiliser les locaux conformément à l'affectation convenue¹⁷⁸ ou à celle qui découle des circonstances. Un changement d'affectation unilatéral n'est en principe pas possible¹⁷⁹.

¹⁷¹ **Higi**, art. 254 CO, nos 3-4. L'art. 254 CO s'applique également aux rapports de sous-location (voir : DB 1999, no 3, p. 7).

¹⁷² SJ 1999 I, p. 167.

¹⁷³ **CR**, art. 254 CO, no 7.

¹⁷⁴ **CR**, art. 254 CO, no 5.

¹⁷⁵ **CR**, art. 254 CO, no 6 ; CdB 2002, p. 81 ; RSJ 1994, no 3, p. 330 ; CdB 1994, p. 113). mp 2002, p. 110 (pas-de-porte nul) ; TF, 26 septembre 2001, arrêt 4C.161/2001, CdB 2002, p. 77, mp 2003, p. 54 (pas-de-porte admis). DB 1990, no 43, p. 29 ; DB 1991, no 5, p. 8 ; SJ 1991, p. 467, DB 1992, no 4, p. 7. DB 1996, no 1, p. 5 ; DB 1999, no 2, p. 6 ; mp 1999, p. 41, DB 1999, no 3, p. 7 ; ATF 93 II 453, JT 1968 I 534. DB 2003, no 24 ; **Lachat**, p. 544 ; **François Knoepfler**, Bail à loyer commercial, 1^{er} Séminaire, Neuchâtel 1980, p. 13-15 ; **Micheli**, Neuchâtel 2004, p. 29-30. Voir aussi ch. 3 et 4 des dispositions complémentaires pour établissements de l'hôtellerie et de la restauration au sens de la législation vaudoise.

¹⁷⁶ **Micheli**, Neuchâtel 2004, IV.B.3.e.

¹⁷⁷ Le montant des sûretés doit toutefois rester proportionné aux risques du bailleur (**Lachat**, p. 239). Sur la question des sûretés, voir, en particulier : **Bénédict Foëx**, Les sûretés et le bail à loyer, 12^e Séminaire, Neuchâtel 2002.

¹⁷⁸ Voir, par exemple, le chiffre 1 al. 2/1 des dispositions générales du bail à loyer pour locaux commerciaux neuchâtelois (1992) : « *Le locataire s'engage à ne pas faire un autre usage des locaux que celui pour lequel ils ont été loués* ».

Lorsqu'un bail commercial prévoit que les locaux sont loués en vue de l'exploitation d'un commerce d'alimentation, le locataire ne peut par exemple pas y exploiter en outre une buvette accessoire permanente¹⁸⁰. Rappelons que, si elle n'est pas prévue par le contrat, l'affectation des locaux à la prostitution expose le locataire à une résiliation anticipée au sens de l'art. 257f al. 3 CO¹⁸¹.

c) Le devoir de diligence

En vertu de l'art. 257f al. 1 CO, le locataire est tenu d'user de la chose avec le soin nécessaire. Cette obligation est notamment violée par le locataire qui utilise de manière inadéquate une installation attachée aux locaux loués et cause de ce fait un dommage inutile au bailleur, par exemple lorsque les locataires d'un centre médical laissent couler inconsidérément l'eau d'un robinet de vidange au point d'entraîner une surconsommation importante et insolite¹⁸². L'art. 257f al. 2 CO ajoute que le locataire d'un immeuble est tenu d'avoir pour les personnes habitant la maison et les voisins les égards qui leur sont dus. Il doit en particulier veiller à ce que son activité commerciale ne dérange pas son voisinage et est tenu de prendre les mesures nécessaires, par exemple contre le bruit.

d) L'obligation d'exploiter

Les clauses prévoyant l'obligation d'exploiter le local commercial sont **courantes** dans la pratique¹⁸³. Le chiffre 14 lit. a des dispositions générales du bail à loyer pour locaux commerciaux neuchâtelois (1992) prévoit par exemple que le locataire s'engage « à *exploiter normalement le local loué, à maintenir son exploitation conformément à son affectation et aux dispositions légales et réglementaires applicables, pendant toute la durée du bail* »¹⁸⁴.

À la différence de ce que prévoit l'art. 283 al. 1 CO en matière de bail à ferme¹⁸⁵, le droit du bail à loyer n'impose pas au locataire une obligation d'exploiter la chose louée. Le Tribunal fédéral admet malgré tout que le locataire peut avoir l'obligation de faire usage des locaux commerciaux, **même en dehors d'une clause contractuelle expresse**. Une telle obligation, qui ne concerne pas les baux d'habitations¹⁸⁶, peut être tirée des règles de la bonne foi, du principe de la confiance ou de l'art. 257f al. 1 CO selon lequel « *le locataire est tenu d'user de la chose avec le soin nécessaire* ». Les locaux commerciaux sont susceptibles de perdre de l'attractivité – et donc de la valeur – s'ils sont mal exploités ou s'ils restent fermés. La clientèle attachée au commerce risque de disparaître s'ils ne sont pas utilisés¹⁸⁷. Le fait que plusieurs boutiques soient fermées peut donner une image négative du centre

¹⁷⁹ Marie-Claire Jeanprêtre Pittet, Jean Guinand, Pierre Wessner, Bail à loyer III : Les obligations du locataire, FJS 359, Genève 1995 (cité FJS 359 [1995]), p. 17 ; Higi, art. 253a-253b CO, nos 20, 26 et 39.

¹⁸⁰ CdB 2002, p. 10 (lorsqu'un contrat est rédigé en termes clairs et non ambigus, il ne donne en effet pas lieu à interprétation). Voir également : CdB 2002, p. 49.

¹⁸¹ CR, art. 253 CO, no 7 ; Lachat, p. 50 (note 25) ; BIZR 1986, no 28, p. 57 ; DB 1996, no 2, p. 6, mp 1996, p. 7 (le bailleur doit faire valoir un préjudice grave).

¹⁸² DB 2003, no 6, p. 11, mp 2001, p. 200, MRA 2002, p. 160.

¹⁸³ François Knoepfler, Bail à loyer commercial, 1^{er} Séminaire, Neuchâtel 1980, p. 5 ; RJN 1988, p. 38, DB 1989, no 20, p. 18 (note M.C.J.).

¹⁸⁴ Voir également : ch. 2 lit. a des dispositions générales vaudoises pour locaux commerciaux (2002).

¹⁸⁵ « *Le fermier est tenu d'exploiter la chose affermée avec le soin nécessaire, conformément à l'usage auquel elle est destinée ; il doit notamment en maintenir la productivité à long terme* » (art. 283 al. 1 CO).

¹⁸⁶ Lachat, p. 53.

¹⁸⁷ « *L'emplacement, la destination et l'utilisation de locaux pour l'exploitation d'un certain genre de commerce peuvent, suivant les circonstances, leur attacher une clientèle indépendamment de l'activité du preneur qui exploite l'entreprise.*

commercial et faire perdre des clients aux autres commerçants. Le bailleur a ainsi un intérêt propre, digne de protection, à éviter toute interruption de l'exploitation¹⁸⁸.

L'obligation d'exploiter résulte généralement de contrats proches des contrats de bail à ferme ou portant sur des locaux qui ont une destination concrète, tels qu'une boucherie¹⁸⁹, une boulangerie¹⁹⁰, un bureau de tabac¹⁹¹ ou une droguerie¹⁹². Le Tribunal fédéral a en particulier admis l'existence d'une obligation d'exploiter un local sis dans un centre commercial – dont le but est d'élever l'attraction exercée par chaque commerce et de mieux concurrencer d'autres établissements identiques¹⁹³. Dans un arrêt du 22 juin 2001, la Chambre d'appel en matière de baux et loyers du canton de Genève a jugé que le locataire de deux arcades avec cave à destination d'un commerce de vente à l'emporter d'articles alimentaires avait une obligation générale de faire usage des locaux loués¹⁹⁴. Dans un arrêt du 8 janvier 2002, le Tribunal cantonal valaisan a quant à lui considéré que le locataire d'une station-service et d'un local de vente avait une obligation tacite d'exploiter les locaux. Il a rappelé que ce sont les circonstances concrètes du cas d'espèce qui permettent de déterminer, en l'absence d'une clause expresse en la matière, si une obligation d'exploiter peut se déduire du principe de la bonne foi, au regard de l'affectation particulière des locaux et de la clientèle qui est attachée à l'activité exercée¹⁹⁵. À noter encore qu'un contrat prévoyant un loyer fixé en fonction du chiffre d'affaires du locataire implique en principe une obligation d'exploiter¹⁹⁶.

La jurisprudence du Tribunal fédéral fait l'objet de **critiques** selon lesquelles, dans le bail à loyer, la valeur des locaux résulte avant tout de l'activité du locataire et non de leur simple usage. Le locataire qui met fin de manière anticipée au bail ne devrait ainsi pas être tenu de dédommager le bailleur pour la diminution de la valeur des locaux qui en résulte¹⁹⁷. La jurisprudence du Tribunal fédéral viserait « *non pas tant à garantir le maintien de l'exploitation d'un commerce, mais bien plutôt à éviter que le locataire ne fasse concurrence au bailleur en ouvrant un commerce du même genre à proximité* »¹⁹⁸. En outre, le loyer élevé découlant de l'affectation commerciale tient déjà compte de l'ensemble des circonstances – telles que la situation de l'immeuble et l'aménagement des locaux – qui justifient, aux yeux du Tribunal fédéral une obligation d'exploiter¹⁹⁹. L'existence d'une telle obligation a d'ailleurs été niée dans certains arrêts cantonaux. Dans le cas d'une boutique de prêt-à-porter féminin, la Cour de justice de Genève a considéré que le simple fait que l'arcade se situe dans une galerie marchande ne suffisait pas en soi à

La valeur procurée par la clientèle se répartit alors entre le bailleur et propriétaire de l'immeuble et le preneur proportionnellement à l'importance des divers facteurs qui déterminent cette valeur. Le preneur répond de l'atteinte qu'il porte à celle-ci par des actes contraires à la bonne foi, par ex. en cessant d'exploiter son commerce sans que le bailleur puisse empêcher l'interruption de l'utilisation des locaux et la perte de clientèle qui en est la conséquence » (JT 1943 I 9, 10, ATF 68 II 237).

¹⁸⁸ RVJ 2002, p. 261, DB 2003, no 7, p. 13, mp 2003, p. 24 ; DB 1995, no 4, p. 6 (et la note F.K.), CdB 1993, p. 21 (et la note C.M.) ; ATF 103 II 247, 254, JT 1978 I 504, 510 ; ATF 68 II 237, JT 1943 I 9 ; Rep. 1985, p. 323 ; Lachat, p. 52, 84 ; Higi, art. 257f CO, nos 21-24 ; CR, art. 253 CO, no 5 ; Engel, p. 168 ; Tercier, no 1979.

¹⁸⁹ ATF 28 II 239, JT 1903 I 258.

¹⁹⁰ ATF 33 II 603.

¹⁹¹ ATF 37 II 26.

¹⁹² ATF 68 II 237, JT 1943 I 9 ; AGVE 1976, p. 45.

¹⁹³ DB 1995, no 4, p. 6 (et la note F.K.), CdB 1993, p. 21 (et la note C.M.).

¹⁹⁴ CdB 2002, p. 49.

¹⁹⁵ RVJ 2002, p. 261, DB 2003, no 7, p. 13, mp 2003, p. 24.

¹⁹⁶ Higi, art. 257f CO, no 22.

¹⁹⁷ CR, art. 275 CO, no 13.

¹⁹⁸ FJS 359 (1995), p. 19.

¹⁹⁹ FJS 359 (1995), p. 19 ; DB 1989, no 20, p. 18-19 (note M.C.J.).

faire admettre l'existence d'une obligation d'exploiter²⁰⁰. Il a également été jugé qu'il n'existait pas d'obligation d'exploiter dans le cas d'un tea-room²⁰¹ et d'un commerce de chapellerie²⁰².

Il est certes vrai qu'il n'existe pas d'obligation générale d'exploiter les locaux commerciaux²⁰³. Toutes les circonstances doivent être prises en compte afin de déterminer si, en l'absence d'une clause contractuelle expresse, le locataire a l'obligation d'exploiter le local. Vu l'importance économique considérable qu'elle revêt, ce n'est pourtant qu'exceptionnellement qu'une telle obligation doit être niée.

e) L'obligation de non-concurrence

Le bailleur peut imposer à son locataire un devoir de non-concurrence²⁰⁴. Une telle clause contractuelle présente un intérêt, particulièrement dans le cas où le bailleur est propriétaire d'un grand centre commercial, afin d'éviter que plusieurs commerces du même type ne s'y installent²⁰⁵.

Une obligation de non-concurrence ne peut en principe pas être imposée au locataire en l'absence de clause **expresse**. Elle peut toutefois découler d'une disposition du contrat imposant au locataire d'exploiter le local²⁰⁶. Une éventuelle clause pénale doit quant à elle bien entendu être expressément prévue²⁰⁷. À relever encore que le bailleur peut se prévaloir de l'obligation tacite d'exploiter le local commercial qui incombe au locataire pour demander la réparation du dommage subi, par exemple dans le cas où le locataire cesse d'utiliser le local commercial et commence l'exploitation d'un commerce du même type dans un bâtiment voisin²⁰⁸.

f) Autres obligations du locataire

D'autres obligations liées spécifiquement à l'exploitation du local commercial peuvent être imposées au locataire. Dans les centres commerciaux, les locataires sont en principe tenus, en vertu du contrat, de respecter les heures d'ouverture du centre. Les livraisons doivent en outre être effectuées selon un horaire déterminé.

²⁰⁰ DB 1990, no 15, p. 12.

²⁰¹ RJB 1975, p. 527.

²⁰² ATF 41 II 726.

²⁰³ Il n'y a par exemple pas d'obligation d'exploiter un dépôt situé au milieu d'une zone industrielle (DB 1995, no 4, p. 6, 7 [note F.K.]).

²⁰⁴ ATF 51 II 438, JT 1926 I 299.

²⁰⁵ **François Knoepfler**, Bail à loyer commercial, 1^{er} Séminaire, Neuchâtel 1980, p. 12. Le chiffre 15 des dispositions générales du bail à loyer pour locaux commerciaux neuchâtelois (1992) prévoit par exemple que « *le bailleur et le locataire s'abstiendront de faire concurrence aux autres activités commerciales existant déjà dans l'immeuble. Cette clause n'est pas applicable aux bureaux* ».

²⁰⁶ Voir : **Higi**, art. 257f CO, no 25.

²⁰⁷ **Higi**, art. 257f CO, no 25.

²⁰⁸ ATF 68 II 237, JT 1943 I 9 ; AGVE 1976, p. 45 ; RVJ 2002, p. 261, DB 2003, no 7, p. 13, mp 2003, p. 24 ; **Higi**, art. 257f CO, no 25.

XII. Les défauts de la chose louée

Selon l'art. 256 al. 1 CO, le bailleur est tenu de délivrer la chose dans un état approprié à l'usage pour lequel elle a été louée et de l'entretenir dans cet état. La chose doit répondre aux qualités promises et être adaptée à l'exercice de l'activité commerciale envisagée. Elle doit, en d'autres termes, être exempte de défauts.

La vaste problématique des défauts ne saurait être examinée en détail dans le cadre de cet exposé. Le régime juridique applicable au bail de locaux commerciaux ne présente pas de particularité par rapport aux contrats de bail portant sur d'autres objets. De par leur nature, les locaux commerciaux sont pourtant susceptibles d'être entachés de défauts qui leur sont propres. Ce sont donc principalement ces défauts qui sont présentés ici²⁰⁹.

a) Les défauts de la chose elle-même

Les désagréments tels que le bruit, la poussière, l'humidité ou les odeurs, constituent des **défauts corporels**. Le fait que les locaux loués pour un commerce d'antiquités soient exposés à des particules qui tombent du plafond doit par exemple être qualifié de défaut grave justifiant une résiliation immédiate de la part du locataire²¹⁰. Les défauts peuvent également affecter les installations : le dysfonctionnement du système de ventilation d'un établissement public donne ainsi droit à une réduction du loyer de 25 %²¹¹. L'affectation du local commercial peut déterminer l'ampleur des obligations du bailleur : les besoins en chauffage du locataire d'une usine sont en principe moindres que ceux du locataire d'un cabinet médical²¹².

Le **non-respect d'assurances données** par le bailleur constitue également un défaut, par exemple dans le cas où le local est inadapté pour recevoir de grosses machines ou s'il est inaccessible en chaise roulante alors que le contrat le prévoit. L'indication erronée de la surface de bureaux est, elle aussi, un défaut qui donne droit à une réduction de loyer²¹³. Il en va de même de la surface insuffisante d'un local loué par un antiquaire (20 % de réduction).

Le locataire d'un local sis dans un centre commercial peut quant à lui se prévaloir d'un défaut si le bailleur ne respecte pas la clause d'exclusivité qu'il a accordée au locataire²¹⁴. Le bailleur qui s'engage, sous la menace d'une peine conventionnelle, à ne pas louer de locaux, dans le centre commercial qu'il exploite, pour un commerce concurrent de celui d'un locataire, en l'occurrence une droguerie, s'oblige également à ne pas tolérer l'ouverture d'un nouveau rayon d'articles de droguerie par d'autres locataires du centre. La simple extension de l'assortiment d'autres locataires, qui vendent déjà de tels

²⁰⁹ Sur la question de la réduction du loyer en cas de défaut, voir en particulier : **Martin Züst**, Kasuistik zur Mietzinsherabsetzung bei Mängeln, mp 2004, p. 69.

²¹⁰ mp 2003, p. 56.

²¹¹ RJN 1998, p. 80, DB 2000, no 7, p. 16.

²¹² Voir, sur la question de la température des locaux : CdB 1995, p. 121 ; MRA 2000, p. 310 ; mp 1996, p. 26 (bail d'habitation).

²¹³ DB 2003, no 11, p. 20, CdB 2002, p. 24 ; voir encore RJN 1987, p. 53 ; CdB 1999, p. 54 ; mp 1998, p. 24 ; **Jürg Gasche**, Die Mietfläche von Wohn- und Geschäftsräumen, mp 2001, p. 1, 10.

²¹⁴ Voir EGV-SZ 1993, no 44, p. 127.

produits, peut être assimilée à l'ouverture d'un nouveau commerce concurrent²¹⁵. Le fait que le chiffre d'affaires d'un commerce ne corresponde pas aux promesses du bailleur constitue un défaut de nature économique²¹⁶. Un défaut peut aussi être esthétique si le locataire a posé des conditions quant à l'aspect de la chose louée et qu'elles ne sont pas respectées par le bailleur²¹⁷.

La chose est affectée d'un **défaut juridique** lorsque l'usage convenu est empêché par une règle de droit, par exemple si le local loué ne peut pas être utilisé comme laboratoire par décision de l'autorité²¹⁸. Dans la mesure où le contrat de bail autorise le locataire à exploiter une station-service à ses frais, sous sa responsabilité et charge à lui d'obtenir les autorisations nécessaires, le locataire ne peut en revanche pas faire valoir un défaut de la chose louée en cas de refus du permis de construire²¹⁹.

À relever que de nombreuses prescriptions de droit public sont susceptibles d'avoir une influence sur le contrat de bail, en particulier sur le contrat de bail commercial (normes régissant l'activité commerciale elle-même, sans oublier le droit de l'aménagement du territoire, des constructions, de l'environnement, etc.).

b) Les défauts liés au voisinage²²⁰

Nombre de défauts n'affectent pas directement la chose elle-même, mais proviennent de l'environnement dans lequel elle se trouve. De tels défauts peuvent être causés par le voisinage ou le comportement de tiers. Ils peuvent également résulter d'un cas fortuit. Quelle que soit la forme qu'ils prennent, ils sont susceptibles d'entraver l'usage du local et l'activité qui y est exercée par le locataire. Leur particularité réside dans le fait qu'ils ne sont qu'indirectement imputables au bailleur. Le locataire peut malgré tout faire valoir son droit d'utiliser une chose exempte de défauts à l'encontre du bailleur²²¹.

Les défauts peuvent provenir des **abords de la chose louée**. Est affecté d'un défaut de moyenne importance, qui justifie une réduction du loyer de 15 %, le bail portant sur un local commercial situé dans un bâtiment dont l'entrée ainsi que la cour intérieure – sur laquelle donne le local – sont sales²²². Le fait que la vitrine d'un magasin soit régulièrement souillée par les clients d'un bar voisin constitue un défaut grave qui justifie une résiliation immédiate du contrat de bail portant sur le magasin²²³. L'exercice de la prostitution par d'autres locataires de l'immeuble dans lequel est situé le local est également susceptible de constituer un défaut²²⁴.

²¹⁵ ATF 95 II 433, JT 1970 I 529.

²¹⁶ RSJ 1960, no 30, p. 89.

²¹⁷ **Lachat**, p. 145 ; **Higi**, art. 256 CO, no 36 ; ZMP 1/1994, no 5, p. 13, no 6, p. 24.

²¹⁸ RSJ 1959, no 27, p. 74 ; **Engel**, p. 149 ; **Lachat**, p. 144.

²¹⁹ CdB 2001, p. 57.

²²⁰ Sur l'ensemble de la question, voir : **Pierre Wessner**, Le bail à loyer et les nuisances causées par des tiers en droit privé, 12^e Séminaire, Neuchâtel 2002 ; **Andreas Brunner**, Störungen der Mieterinnen und Mieter durch Immissionen, insbesondere Bau- und Verkehrslärm – zivil- und öffentlichrechtliche Rechtbehelfe und deren Durchsetzung, mp 2000, p. 97-118 et 153-177 (cité **Brunner**). Voir également, en ce qui concerne les nuisances causées par les aéroports : **Martin Züst**, Die Mietzinsherabsetzung bei Mängeln am Beispiel des Fluglärms, mp 2003, p. 145-177.

²²¹ **Brunner**, mp 2000, p. 153, 164 ; **Lachat**, p. 146 ; mp 1996, p. 21, 23 ; CdB 2004, p. 58.

²²² mp 1997, p. 211.

²²³ mp 2003, p. 64.

²²⁴ DB 1989, no 6, p. 10, mp 1988, p. 112. Dans cette affaire, une locataire, après s'être plainte en vain des nuisances causées par l'exploitation d'un salon de massage dans son locatif, a résilié le bail de manière anticipée, ouvert action contre son bailleur pour faire constater son droit et exigé une réduction du loyer. Elle a obtenu gain de cause sur toute la ligne.

Les **travaux** effectués dans le voisinage sont une cause importante de défauts dont peut se prévaloir le locataire²²⁵. Ils peuvent rendre difficile l'accès à des locaux commerciaux, leur faire perdre de leur visibilité – les rendre moins attractifs. Le seuil de tolérance ne pouvant pas être fixé de manière générale, il s'agit de prendre en considération toutes les circonstances du cas d'espèce, à la lumière du contenu du contrat. Dans le cas de la location d'un « *centre d'enseignement audio-visuel de langues et de traduction* », le seuil de tolérance ne peut par exemple pas être très élevé : « *un tel usage implique nécessairement une garantie contre les troubles, immissions et bruits diurnes quelque peu supérieurs à l'ordinaire* »²²⁶. Les travaux entrepris par un propriétaire voisin donnent droit à une baisse de loyer de 20 % lorsque la grue ainsi que divers éléments du chantier cachent la vitrine du magasin d'habits loué²²⁷.

En l'absence d'une clause contractuelle prévoyant une interdiction de concurrence à charge du bailleur, le locataire d'un local sis dans un centre commercial ne peut pas se prévaloir d'un défaut de la chose louée si un commerce concurrent s'installe à proximité²²⁸.

Une information répandue par la presse locale selon laquelle le « *Club-House* » d'une association sportive avait été « *floqué* » à l'amiante justifie une baisse de loyer pendant deux mois, l'information ayant alarmé la clientèle de l'établissement et entraîné une diminution sensible du chiffre d'affaires du locataire²²⁹.

Un défaut lié au voisinage peut également être juridique, par exemple dans le cas où un tiers a sur l'objet du bail un droit réel qui n'est pas compatible avec les droits du locataire. Dans ce cas, l'art. 259f CO prévoit que « *le bailleur est tenu de se charger du procès sur l'avertissement du locataire* »²³⁰.

S'il est victime de désagréments provenant du voisinage, le locataire peut, on l'a vu, intervenir à l'encontre du bailleur²³¹. Mais il a en outre la possibilité de s'en prendre directement au voisin qui est à l'origine des nuisances. En tant que possesseur du local, il peut en effet se prévaloir de certains droits réels, en particulier des **droits de voisinage** des art. 679 et 684 CC²³².

XIII. Le droit de rétention du bailleur (art. 268-268b CO)

Réservé au seul bailleur de locaux commerciaux²³³, ce droit de rétention a pour **objet** « *les meubles qui se trouvent dans les locaux loués et qui servent soit à l'aménagement, soit à l'usage de ceux-ci* »²³⁴. À

²²⁵ Ne constituent toutefois pas des défauts les caractéristiques dont le locataire devait se rendre compte en visitant les lieux ou auxquelles il devait légitimement s'attendre (CdB 2004, p. 58).

²²⁶ SJ 1986, p. 195.

²²⁷ mp 2003, p. 71.

²²⁸ DB 2002, no 4, p. 10 ; **Lachat**, p. 145.

²²⁹ DB 1990, no 6, p. 7.

²³⁰ Voir: **Lachat**, p. 176 ss.

²³¹ Sa prétention relève du droit du bail (**Lachat**, p. 52).

²³² **Higi**, art. 253-274g CO, nos 17-21 ; **Lachat**, p. 49. Le locataire a en outre le droit d'agir en cessation du trouble de la possession (art. 926-929 CC) et le droit de demander une indemnité en cas d'expropriation, lorsque celle-ci porte sur les droits découlant du bail ; **Blaise Knapp**, Expropriations d'immeubles : les influences sur les baux, 10^{ème} Séminaire, Neuchâtel 1998.

²³³ **Higi**, art. 268-268b CO, no 8 ; **Bénédict Foëx**, Les sûretés et le bail à loyer, 12^e Séminaire, Neuchâtel 2002, p. 18.

²³⁴ Art. 268 al. 1 CO.

la différence du bénéficiaire du droit de rétention général (art. 895-898 CC), le bailleur n'est pas en possession des choses retenues²³⁵. Le droit de rétention des art. 268-268b CO porte en particulier sur des machines, des meubles, des équipements²³⁶, des stocks de marchandises, des matériaux de construction et des véhicules²³⁷. Une relation présentant une certaine stabilité est nécessaire entre les objets et les locaux. Elle ne peut pas être simplement fortuite²³⁸. Ne sont par contre pas soumis au droit de rétention les biens qui ne pourraient être saisis par les créanciers du locataire²³⁹.

Les **biens de tiers** peuvent aussi faire l'objet du droit de rétention. L'art. 268a al. 1 CO interdit toutefois au bailleur de retenir des choses dont il sait ou devrait savoir qu'elles n'appartiennent pas au locataire. Le bailleur d'un garage n'a ainsi en principe pas de droit de rétention sur les véhicules que répare son locataire²⁴⁰. Le droit de rétention ne porte par ailleurs jamais sur les objets que leur possesseur a perdus, qui lui ont été volés ou dont il a été dessaisi de toute autre manière, même si le bailleur est de bonne foi²⁴¹. Selon l'art. 268 al. 2 CO, le droit de rétention du bailleur grève aussi les meubles apportés par le sous-locataire dans la mesure où celui-ci n'a pas payé son loyer au locataire.

Selon le chiffre 11 des dispositions générales du bail à loyer pour locaux commerciaux neuchâtelois (1992), « *le locataire s'engage à tenir [les] locaux constamment garnis de meubles, d'installations d'exploitation et de marchandises lui appartenant, en quantité suffisante pour garantir le montant du loyer de l'année écoulée et du semestre courant. Si cette exigence n'est pas respectée, le bailleur peut réclamer des sûretés. [...]* »²⁴².

Le droit de rétention garantit le **loyer de l'année écoulée** ainsi que du semestre courant²⁴³. Le Tribunal fédéral précise que la garantie ne couvre le semestre en cours que si le bailleur rend vraisemblable un péril réel et direct, par exemple dans le cas où le locataire menace de déménager et d'emporter avec lui son mobilier²⁴⁴. Ces délais sont comptés depuis le jour où le bailleur requiert la prise d'inventaire. Le droit de rétention garantit également les frais accessoires, mais pas les dommages-intérêts ou le montant des sûretés au sens de l'art. 257e CO éventuellement réclamées au locataire²⁴⁵.

Le droit de rétention naît dès que le locataire apporte des meubles dans le local. Il cesse de déployer ses effets lorsque les meubles quittent les locaux avec l'approbation – expresse ou tacite – du bailleur. Pour faire valoir son droit de rétention, il est nécessaire que le bailleur requière une **prise d'inventaire** de l'office des poursuites²⁴⁶. Une fois inventoriés, les objets restent en possession du locataire qui peut

²³⁵ Paul-Henri Steinauer, Les droits réels, tome III, 3^e éd., Berne 2003, no 3129 ; Engel, p. 171 ; Lachat, p. 215.

²³⁶ Le Tribunal fédéral a même admis que le droit de rétention du bailleur de l'immeuble où se trouve un hôtel s'étend à l'huile de chauffage entreposée dans la citerne de l'immeuble (ATF 109 III 42, JT 1985 II 35).

²³⁷ Les machines en cours de fabrication et les pièces détachées servent à l'usage des locaux loués dès lors qu'elles ne s'y trouvent pas par hasard et y restent pour une certaine durée aux fins d'assemblage et de montage. Il en va de même des véhicules sis sur le parking attenant aux locaux loués en raison d'une relation spatiale indéniable avec ceux-ci (ATF 120 III 52).

²³⁸ ATF 120 III 52 ; CR, art. 268-268b, no 5 ; Lachat, p. 215.

²³⁹ Art. 268 al. 3 CO. Sont visés les biens déclarés insaisissables par les art. 92 ss LP (Higi, art. 268-268b CO, nos 64-66 ; CR, art. 268-268b CO, no 6).

²⁴⁰ Higi, art. 268-268b CO, no 42.

²⁴¹ Art. 268a al. 1/2 CO. Higi, art. 268-268b CO, no 63 ; CR, art. 268-268b CO, no 7.

²⁴² Voir, au sujet de telles clauses : Engel, p. 172 ; Lachat, p. 215.

²⁴³ Art. 268 al. 1 CO.

²⁴⁴ CR, art. 268-268b CO, no 10 ; ATF 97 III 43 ; ATF 129 III 395, JT 2004 II 22.

²⁴⁵ CR, art. 268-268b CO, nos 9-10

²⁴⁶ Art. 283 LP. Pour ce qui concerne la procédure, voir : CR, art. 268-268b CO, nos 11-13 ; Lachat, p. 217-218. Voir également : ATF 129 III 395, JT 2004 II 22.

en faire usage. Seule leur aliénation est interdite²⁴⁷. Si le locataire menace d'enlever ou enlève le mobilier, le bailleur peut exercer le droit de suite que lui accordent l'art. 268b CO et les art. 283-284 LP²⁴⁸.

XIV. Le transfert du bail (art. 263 CO)

Cette opération visée par l'art. 263 CO doit être distinguée de celle exposée à l'art. 264 CO. La première concerne uniquement le bail commercial²⁴⁹.

L'art. 263 CO introduit un privilège en faveur du locataire d'un bail commercial, afin de lui permettre de trouver un successeur et/ou de débiteur une perte sur ses investissements. Il introduit une double restriction à la liberté contractuelle dans la mesure où le bailleur est empêché de choisir son partenaire et de conclure ou non le contrat.

Le transfert de bail met en présence **trois parties** :

- le nouveau locataire, bénéficiaire du transfert,
- l'ancien locataire ou locataire transférant,
- le bailleur.

En général, il existe entre les locataires anciens et nouveaux un contrat qui peut être une simple vente mobilière (vente de stocks, de clientèle, de machines, etc.), mais qui est plus souvent qualifié de **contrat *sui generis***²⁵⁰.

Le bailleur ne participe pas à la négociation de ce contrat *sui generis* au risque d'entrer dans une transaction couplée, interdite par l'art. 254 CO. Cependant, il est évident que le locataire transférant, et pour éviter une éventuelle action en exécution du nouveau locataire, en cas de refus d'approbation par le bailleur, introduira dans le contrat une condition suspensive : le consentement du bailleur²⁵¹. Il est aussi recommandé de prévoir un document, signé par les trois parties, précisant la date de transfert du bail et l'acceptation formelle du transfert par le nouveau locataire²⁵².

Lorsque le transfert est opéré, le locataire transférant répond solidairement des obligations contractuelles découlant du bail. Il peut, dans les limites temporelles de l'art. 263 al. 4 CO, être appelé à devoir au bailleur des loyers impayés ou des dommages-intérêts dus par le locataire reprenant²⁵³.

²⁴⁷ CR, art. 268-268b CO, no 2.

²⁴⁸ CR, art. 268-268b CO, no 13.

²⁴⁹ Lachat, p. 386 ss ; François Knoepfler, Les rapports entre bailleur, locataire et cessionnaire, notamment en cas de remise de commerce, 4^e Séminaire, Neuchâtel 1986 (ancien droit) ; Richard Barbey, Le transfert du bail commercial (art. 263 CO), SJ 1992, p. 33 (cité Barbey) ; David Lachat, Jakob Trümpy, Die vorzeitige Rückgabe der Mietsache (Art. 264 OR), Fachreihe Mietrecht no 6, Schweizerischer Mieterverband, Zurich 1999 ; Laura Jacquemoud-Rossari, Le transfert du bail commercial, 8^e Séminaire, Neuchâtel 1994 (et sa bibliographie ; cité Jacquemoud-Rossari). On ajoutera la contribution de Claudia Heusi, Ausgewählte Fragen zur Geschäftsmiete, mp 1999, p. 1 ss, 15-17.

²⁵⁰ SJ 1987, p. 177 ; ATF 129 III 18, 21, DB 2003, no 24, p. 39.

²⁵¹ ATF 125 III 226, 228.

²⁵² MRA 2001, p. 86, 90 (note Marco Giavarini).

²⁵³ ATF 121 III 408, 411 ; CdB 2000, p. 62.

Il n'y a pas de remise de l'objet loué puisque le bail original se poursuit. C'est l'effet de la subrogation du tiers au locataire sortant²⁵⁴.

a) La nature de l'art. 263 CO

La loi ne déclare pas le caractère impératif de la règle. La doctrine est fluctuante²⁵⁵. L'interprétation qui sera donnée dépendra largement du but voulu par le législateur qui est de protéger le locataire, indépendamment de sa force économique réelle. La thèse du caractère relativement impératif a pour elle, sinon la logique, en tous les cas le fait qu'elle est dans l'air du temps. Le privilège du locataire ne peut être supprimé, mais le bailleur pourrait renoncer à la garantie de sa responsabilité solidaire.

b) Le consentement du bailleur

Le consentement du bailleur doit être donné par écrit, dans un délai qui n'est pas fixé par la loi mais qui peut faire l'objet d'une clause du contrat de bail ou être incluse dans les conditions générales d'un bail-type. À défaut d'écrit, cela dépendra des circonstances. L'exigence de l'écrit est avant tout formulée pour des questions de preuve. En conséquence le silence du bailleur pourra être interprété comme une acceptation tacite, notamment s'il accepte les loyers payés par le reprenant sans formuler d'objection²⁵⁶.

c) Les justes motifs

L'art. 263 al. 2 CO ne permet au bailleur de s'opposer au transfert du bail que moyennant un juste motif. Le caractère restrictif de cette référence ressort déjà du fait que le projet de loi parlait d'« *inconvenients majeurs* ». La notion de « *justes motifs* » est évidemment vague. Ceux-ci peuvent concerner aussi bien des circonstances objectives que subjectives. Elles peuvent concerner l'objet du bail ou la personne du locataire reprenant²⁵⁷.

Parmi les circonstances qui touchent l'objet du bail on pensera à une modification importante du but pour lequel les locaux ont été loués. Mais, là aussi, il faut se montrer prudent. Si le bail précise que l'affectation prévue ne peut pas être modifiée, le juste motif sera aisément réalisé si le reprenant veut modifier l'exploitation. La clause contractuelle du bail original peut également prévoir que le local est loué pour un commerce du domaine de l'alimentation. Le reprenant ne devrait pas pouvoir aller contre la volonté du bailleur et exploiter à l'avenir une boucherie. La question peut être notamment réglée par les conditions générales qui sont prévues dans le cadre de centres commerciaux où le bailleur souhaite garantir un équilibre à l'intérieur du centre, voire même se protéger lui-même.

Des raisons d'ordre personnel touchent à la qualité du bénéficiaire du transfert. Son insolvabilité ou sa moralité douteuse paraissent des justes motifs admissibles. On doit également admettre que, si le contrat *sui generis* entre les deux locataires conclut à des conditions déraisonnablement onéreuses

²⁵⁴ Sur la question du transfert des sûretés, voir : **Jacquemoud-Rossari**, p. 17.

²⁵⁵ Voir : **Jacquemoud-Rossari**, p. 7-8 (qui résume les différentes opinions).

²⁵⁶ TF, 4 juin 1998, site de l'Etat de Genève, <http://justice.geneve.ch>, fiche n° 13393, **Barbey**, SJ 1992, p. 33, 58. Voir le chiffre 6 des dispositions générales vaudoises pour locaux commerciaux (2002) : « *Le locataire d'un local commercial peut transférer son bail, avec remise de commerce, à un tiers avec le consentement écrit du bailleur. Le bailleur doit se prononcer, cas de force majeure réservé, dans les soixante jours dès réception de la demande écrite indiquant les conditions du transfert. [...] À défaut de détermination, le bailleur est réputé accepter le transfert. [...]* ». Voir également : art. 4 al. 3 des conditions générales genevoises pour locaux commerciaux (1996).

²⁵⁷ Voir les listes d'exemples donnés par **Lachat**, p. 388, et **Jacquemoud-Rossari**, p. 13.

pour le reprenant, le bailleur doit pouvoir démontrer que la rentabilité du commerce repris est compromise et donc par là le paiement du loyer. Le fait que le locataire cédant reste solidairement responsable du loyer pendant deux ans n'est pas une raison pour imposer au bailleur le transfert du bail.

Il est possible de prévoir d'emblée dans le contrat de bail comment les justes motifs seront interprétés. Cependant les précisions apportées ne peuvent conduire à rendre illusoire le privilège du locataire qui est d'imposer en principe un reprenant au bailleur²⁵⁸.

XV. La fin du contrat

Les baux commerciaux sont généralement conclus pour une **longue durée**, en raison notamment de l'importance des montants investis²⁵⁹. Le chiffre 1 du bail à loyer pour locaux commerciaux neuchâtelois (1998) prévoit une durée minimale de 5 ans. Le chiffre 1 des dispositions complémentaires pour les établissements de l'hôtellerie et de la restauration au sens de la législation vaudoise (2002) prévoit quant à lui que, sauf convention contraire, la durée initiale du contrat est de 10 ans.

Le contrat de durée indéterminée prend fin par la **résiliation** (art. 266a CO). Selon l'art. 266d CO, « *une partie peut résilier le bail d'un local commercial en observant un délai de congé de six mois pour le terme fixé par l'usage local ou, à défaut d'un tel usage, pour la fin d'un trimestre de bail* ». Le délai de congé est de trois mois seulement pour les baux d'habitations²⁶⁰.

Les dispositions de **protection contre les congés** (art. 271-273c CO) sont applicables aussi bien aux baux d'habitations qu'aux baux de locaux commerciaux. L'art. 272b al. 1 CO précise que le bail de locaux commerciaux peut être prolongé de six ans au maximum²⁶¹.

À la fin du bail, le locataire doit restituer la chose dans l'état qui résulte d'un usage conforme au contrat²⁶². Les tables de **longévité des installations** prévoient que les durées prévues doivent être réduite, généralement de 20-50 %, selon la destination des locaux et en particulier pour les locaux commerciaux²⁶³.

²⁵⁸ Heusi, mp 1999, p. 1, 15.

²⁵⁹ Wettstein, mp 2003, p. 49-50 ; Heusi, mp 1998, p. 153, 155, 159.

²⁶⁰ Art. 266c CO.

²⁶¹ Le bailleur qui exploite un commerce ou une industrie sous la forme d'une société anonyme peut faire valoir son intérêt propre à la valeur des actions dans de cadre de la détermination de la durée de la prolongation du bail sollicitée par son locataire (DB 2002, no 23, p. 35, MRA 2001, p. 75).

²⁶² Art. 267 CO.

²⁶³ Voir : Lachat, p. 567 (Annexe III) ; mietrechtspraxis/mp, Bewertung von Einrichtungen in Wohn- und Geschäftsräumen, Lebensdauer-Tabelle, édition 2004-2005, Zurich 2004, p. 41.

XVI. Les autorités compétentes en cas de litige

Les questions concernant le for et les autorités compétentes en cas de litige relatif au bail sont aujourd'hui très largement fixées par la **Loi fédérale du 24 mars 2000 sur les fors en matière civile**²⁶⁴.

a) Les autorités judiciaires

L'art. 23 LFors fixe au lieu de situation de l'immeuble le for des actions « *fondées sur un bail à loyer ou à ferme* ». Cette disposition est issue de l'art. 274b CO, aujourd'hui abrogé. Même si elle ne le dit pas, la disposition vise tous les baux d'immeubles (logements et locaux commerciaux). On en a la confirmation à la lecture de l'art. 21 LFors. En dérogation au principe général sur la prorogation de fors (art. 9 LFors), l'art. 21 LFors interdit les prorogations de for avant la naissance d'un différend pour tous les contrats concernant un locataire ou un fermier « *de locaux d'habitation ou de locaux commerciaux* ». Cet article reprend l'art. 274b aCO mais en l'étendant aux locaux commerciaux. Les parties peuvent donc librement fixer un for lorsqu'un différend apparaît, ce par quoi il faut comprendre qu'une procédure s'annonce « *imminente ou prochaine* »²⁶⁵. Ces dispositions s'appliquent bien entendu aussi aux contrats mixtes. Il est bien sûr préférable d'éviter un *splitting* et de soumettre l'ensemble d'un différend à un seul tribunal, après avoir défini la prestation déterminante²⁶⁶.

Selon l'art. 39 LFors, la validité du choix d'un for se détermine d'après l'ancien droit si le for a été choisi avant l'entrée en vigueur de la LFors, c'est-à-dire avant le 1^{er} janvier 2001²⁶⁷. La prorogation de for conclue dans un contrat de bail commercial avant cette date reste donc valable.

Le tribunal saisi doit d'office contrôler sa compétence à raison du lieu (art. 34 LFors), ce qui confirme l'idée qu'une acceptation tacite n'est pas non plus possible (art. 21 LFors).

Au niveau international, la Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé²⁶⁸ ne connaît pas de règles particulières sur le for en matière de baux à loyer d'immeubles. L'art. 112 LDIP s'applique²⁶⁹. Dans l'hypothèse où l'immeuble est situé dans un Etat contractant de la Convention de Lugano du 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale²⁷⁰, l'art. 16 ch. 1 CL prévoit lui aussi un for au lieu de situation de l'immeuble avec une dérogation en faveur des baux conclus pour une durée de moins de six mois²⁷¹.

²⁶⁴ LFors ; RS 272.

²⁶⁵ **Yves Donzallaz**, Commentaire de la loi fédérale sur les fors en matière civile, Berne 2001 (cité **Donzallaz**), art. 21 LFors, no 9.

²⁶⁶ **Donzallaz**, art. 23 LFors, no 26 ; **Balz Gross**, in **Thomas Müller, Markus Wirth** (éd.), Gerichtsstandsgesetz, Zurich 2001, art. 23 LFors, nos 41 ss ; **Fridolin M.R. Walther**, in **Franz Kellerhals, Nicolas von Werdt, Andreas Güngerich** (éd.), Gerichtsstandsgesetz, Berne 2001, art. 23 LFors, no 9.

²⁶⁷ Une prorogation de for signée après cette date – par exemple en cas d'utilisation d'anciens formulaires pré-imprimés qui prévoyaient une telle clause – est nulle.

²⁶⁸ LDIP ; RS 291.

²⁶⁹ Voir notamment : **Balz Gross**, in **Thomas Müller, Markus Wirth** (éd.), Gerichtsstandsgesetz, Zurich 2001, art. 23 LFors, nos 102 ss.

²⁷⁰ CL ; RS 0.275.11.

²⁷¹ **Walther**, in **Franz Kellerhals, Nicolas von Werdt, Andreas Güngerich** (éd.), Gerichtsstandsgesetz, Berne 2001, art. 23 LFors, no 16 ; **François Knoepfler**, Que reste-t-il de l'autonomie de la volonté en matière de bail immobilier

b) L'arbitrage

L'art. 274c CO interdit aux parties à un bail d'habitation de désigner librement un tribunal arbitral et, par là même, d'exclure la compétence des autorités judiciaires étatiques²⁷². Cette interdiction touchant uniquement les baux d'habitations, les parties à un bail portant sur un local commercial ou sur un immeuble qui n'est ni une habitation ni un local commercial peuvent ainsi signer une clause d'arbitrage²⁷³.

La loi traite de façon différente le bail commercial et le bail d'habitation, alors que pour la prorogation de for, un traitement identique a été prévu quelle que soit la nature du bail immobilier (voir art. 21 LFors).

On peut se poser des questions sur l'opportunité de ce traitement différencié. Si les parties à un bail commercial peuvent prévoir la soumission de leur différend à un tribunal arbitral, on comprend mal pourquoi le législateur a interdit une clause de prorogation de for en matière commerciale.

Les avis sont partagés quant au lieu du siège d'un tribunal arbitral chargé de résoudre un différend portant sur un bail commercial. Doit-on interpréter l'art. 274c CO pour lui-même et laisser les parties libres de choisir le siège (en Suisse pour une affaire interne) ou faut-il impérativement fixer le siège au lieu de situation de l'immeuble ? Sachant que les tribunaux arbitraux doivent appliquer le droit impératif suisse (notamment les règles protectrices du locataire) et qu'une voie de recours, certes restreinte, est ouverte contre les sentences arbitrales, le choix du siège en Suisse devrait rester libre.

Au niveau international, l'arbitrabilité est définie par l'art. 177 LDIP pour tout arbitrage se déroulant en Suisse. Si l'arbitrage est véritablement international au sens de l'art. 176 LDIP, il n'y a pas de raison de restreindre l'autonomie des parties de soumettre leur différend à un tribunal arbitral²⁷⁴.

international ?, in **Isaak Meier, Kurt Siehr** (éd.), *Rechtskollisionen*, Festschrift für Anton Heini, Zurich 1995, p. 239, 250 ss.

²⁷² L'art. 274c *in fine* CO réserve toutefois l'art. 274a al. 1 lit. e CO selon lequel les autorités de conciliation sont chargées, dans toute question relative aux baux de choses immobilières, « de faire office de tribunal arbitral à la demande des parties ». Les parties à un bail d'habitation ne peuvent donc avoir recours à l'arbitrage que dans la mesure où elles désignent à cette fin l'autorité de conciliation (**Lachat**, p. 94 ; **Higi**, art. 274a CO, nos 68-69, art. 274c CO, no 19).

²⁷³ TF, 15 décembre 2003, 4C.282/2003, MRA 2004, p. 79.

²⁷⁴ **Jean-François Poudret, Sébastien Besson**, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Zurich 2002, no 366.