

Les spécificités du bail à ferme (art. 275 ss CO)

Une comparaison avec le bail à loyer (art. 253 ss CO)

par

Blaise Carron*
Professeur à l'Université de Neuchâtel, avocat

Introduction, conventions linguistiques et plan.....	123
I. Présentation générale	124
A. Sources légales.....	124
B. Notions	127
1. Définitions.....	128
2. Caractéristiques communes.....	128
3. Eléments spécifiques.....	129
a. Objet du bail.....	129
b. But du bail	131
4. Qualification de quelques baux particuliers.....	132
a. Locaux commerciaux.....	132
b. Restaurants, bars et cafés.....	133
c. Locaux situés dans un centre commercial	135
C. Formation du contrat	139
II. Obligations contractuelles	140
A. Obligation commune d'inventaire	140
B. Obligations du bailleur.....	141

* Ce texte se fonde sur une présentation effectuée le 26 juin 2014 à Granges lors de la Conférence des autorités de conciliation en matière de bail à loyer. Il a été révisé et mis à jour. Je remercie Madame Christelle Froidevaux, collaboratrice scientifique à la Chaire d'introduction générale au droit et de droit des obligations, de l'aide qu'elle m'a apportée dans la mise au point de la nouvelle version. Je tiens également à remercier le Prof. Helmut Böhm, de l'Université de Salzbourg, pour ses précieuses informations concernant les développements récents en droit autrichien, ainsi que Me David Lachat pour sa relecture critique d'un premier projet.

1. Etat de la chose lors de la délivrance	141
2. Entretien de la chose	143
3. Réparation des défauts	143
C. Obligations du fermier	144
1. Usage de la chose	144
a. Obligation de diligence	144
b. Obligation d'entretien de l'usager	147
c. Renovations et modifications par le fermier	151
2. Rémunération	153
a. Terme de paiement	153
b. Délai de paiement en cas d'arriérés	155
III. Fin du contrat	157
A. Causes ordinaires	157
1. « Fin » d'un contrat de durée déterminée par reconduction tacite ..	157
2. Fin du bail de durée indéterminée	158
a. Termes et délais	158
b. Logement de famille	159
B. Causes extraordinaires	161
1. Faillite de l'usager	161
2. Décès de l'usager	164
C. Liquidation du bail	166
1. Restitution de la chose	166
a. Etat de la chose	166
b. Indemnité en faveur du fermier	168
2. Remplacement des objets portés à l'inventaire	169
IV. Questions particulières	171
A. Changement de parties	171
1. Sous-contrat	171
2. Transfert ensuite de restitution anticipée	175
B. Procédure	177
Bibliographie	179

Introduction, conventions linguistiques et plan

1. Dans le texte original du Code des obligations de 1911 (CO), le bail à loyer et le bail à ferme appartenait tous deux au Titre huitième¹. Ce n'est que lors de la *révision totale du droit du bail de 1989* que le législateur a introduit un nouveau Titre huitième^{bis}, consacré spécifiquement au bail à ferme². En dépit de cette émancipation formelle, les deux réglementations demeurent proches l'une de l'autre³.
2. La présente contribution expose de manière systématique les spécificités du bail à ferme par rapport au bail à loyer *dans le CO*. Elle ne traite pas de la loi fédérale sur le bail à ferme agricole (LBFA)⁴. Cette loi spéciale régit les baux à ferme portant sur l'usage et l'exploitation d'un immeuble ou d'une entreprise à des fins agricoles⁵.
3. Les *conventions linguistiques* suivantes, relatives aux parties et à l'objet du contrat, veulent faciliter une lecture efficace de la présente contribution :
 - Lorsque l'on évoque indistinctement bail à loyer et bail à ferme, les parties au contrat sont appelées « bailleur » et « usager » et les prestations échangées portent sur un « objet cédé » ou « objet du contrat » en contrepartie d'une « rémunération ».
 - Si l'on ne parle que du bail à loyer, il unit un « bailleur (à loyer) » et un « locataire », et porte sur l'usage d'une « chose louée » contre le paiement d'un « loyer ».
 - Si l'on traite du bail à ferme, il met en relation un « bailleur (à ferme) » et un « fermier », la prestation du premier est la cession de

¹ Message, FF 1985 I 1391 ; CR-CO I-RONCORONI, Intro. art. 275-304 N 2. Il en allait d'ailleurs de même pour l'ancien Code des obligations de 1881. Pour plus de détails sur les développements historiques, cf. ZKomm-HIGI, Vorbemerkungen zum 8. Titel^{bis} (Art. 285-304), N 4 ss.

² Message, FF 1985 I 1391.

³ CPra Bail 2-CARRON, art. 275 N 8 ; TERCIER/FAVRE/BUGNON, N 2791.

⁴ RS 221.213.2.

⁵ CPra Bail 2-CARRON, art. 276a N 3 ss ; TERCIER/FAVRE/BUGNON, N 2872. A ce sujet, cf. STUDER BENNO/HOFER EDUARD, Das landwirtschaftliche Pachtrecht – Kommentar zum Bundesgesetz über die landwirtschaftliche Pacht vom 4. Oktober 1985, 2^e éd., Brugg 2014.

l'usage et de la jouissance d'un bien productif ou d'un droit productif (« chose affermée ») et celle du second le paiement d'un « fermage ».

4. Après une présentation générale (I.), nous traiterons des obligations contractuelles (II.) et de la fin du contrat (III.). Nous aborderons enfin les questions particulières du changement de parties et de procédure (IV.).
5. Chaque spécificité du bail à ferme analysée fera en principe l'objet du traitement suivant :
 - L'exposé débutera par la présentation de la *solution* du bail à loyer et du bail à ferme, en mentionnant les dispositions légales applicables, en précisant leur nature (dispositive ou impérative) et en décrivant brièvement le régime juridique. L'accent est mis sur les spécificités du bail à ferme, les règles du bail à loyer ne faisant l'objet que de renvois, parce que supposées mieux connues du lecteur⁶.
 - L'exercice consistera ensuite à apprécier les conséquences d'une qualification du contrat *divergente*, c'est-à-dire l'hypothèse où les parties ont des points de vue opposés quant à la qualification du contrat, l'une retenant un bail à ferme et l'autre un bail à loyer.
 - Enfin, l'analyse portera sur les conséquences d'une *confusion*, c'est-à-dire le cas où les deux parties supposent à tort avoir affaire à un bail à ferme alors qu'il s'agit d'un bail à loyer (et vice-versa).

I. Présentation générale

6. La première partie, consacrée à des considérations générales, aborde successivement les sources légales (A.), les notions de bail à ferme et de bail à loyer (B.), ainsi que la formation du contrat (C.).

A. Sources légales

7. Le *bail à loyer* est régi par les art. 253 ss CO, complétés par l'Ordonnance sur le bail à loyer et à ferme d'habitations et de locaux commerciaux (OBLF)⁷. De plus, la loi fédérale sur les contrats-cadres de baux à loyer et

⁶ Les sources citées dans les notes de bas de page devraient néanmoins permettre au lecteur de retrouver les détails concernant chacune des institutions.

⁷ RS 221.213.11.

leur déclaration de force obligatoire générale (LCBD)⁸ permet l'adoption de contrats-cadres par des associations de bailleurs et de locataires (art. 1) et prévoit que le Conseil fédéral puisse déclarer certains contrats-cadres de force obligatoire (art. 4 ss)⁹. C'est notamment le cas pour le Contrat-cadre romand (CCR) et les Règles et usages locatifs du canton de Vaud (RULV)¹⁰.

8. Le *bail à ferme non agricole* est régi par les art. 275 ss CO. L'OBLF est également applicable à ce type de bail¹¹.
9. Même si la présente contribution vise à mettre en évidence les spécificités du bail à ferme, il serait malhonnête d'occulter la *grande ressemblance* du régime du bail à ferme avec celui du bail à loyer.
10. Sur les trente-sept dispositions consacrées au bail à ferme (art. 275 à 304 CO), au moins neuf d'entre elles contiennent un *renvoi direct* aux art. 253 ss CO¹² :
 - l'art. 281 al. 2 CO renvoie à l'art. 257a CO ;
 - l'art. 287 al. 3 i.f. CO renvoie aux art. 259d et 259e CO ;
 - l'art. 288 al. 1 CO renvoie aux art. 258 et 259a à 259i CO ;
 - l'art. 289 al. 2 CO renvoie aux art. 259d et 259e CO ;
 - l'art. 290 CO renvoie aux art. 261-261b CO ;
 - l'art. 292 CO renvoie à l'art. 263 CO ;
 - l'art. 294 CO renvoie à l'art. 265 CO ;
 - l'art. 299c CO renvoie aux art. 268 à 268b CO ;
 - l'art. 300 al. 1 CO renvoie aux art. 271 à 273c CO.

⁸ RS 221.213.15.

⁹ CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY, Intro. gén., N 8.

¹⁰ CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY, Intro. gén., N 9 s.

¹¹ Aucun contrat-cadre ne concerne actuellement le bail à ferme. A notre avis et conformément à son titre, la loi fédérale sur les contrats-cadres de baux à loyer et leur déclaration de force obligatoire générale ne s'applique pas au bail à ferme. Cf. toutefois, RONCORONI qui admet l'application de la loi fédérale et de son ordonnance (OCBD : RS 221.213.151) au bail à ferme non agricole, à condition qu'il porte sur des habitations et/ou des locaux commerciaux (CR-CO I-RONCORONI, Intro art. 275 ss N 12).

¹² Eg. RONCORONI, FJS 832, p. 3.

11. Par ailleurs, au moins dix-huit dispositions ont un *contenu proche* de celles du bail à loyer¹³ :
- l'art. 276 CO correspond à l'art. 253*b* al. 1 CO ;
 - l'art. 278 al. 2 et 3 CO correspond aux art. 256*a* I et I CO ;
 - l'art. 280 CO correspond à l'art. 256*b* CO ;
 - l'art. 283 CO correspond à l'art. 257*f* al. 1 et 2 CO ;
 - l'art. 285 CO correspond à l'art. 257*f* al. 3 CO ;
 - l'art. 286 al. 2 CO correspond à l'art. 257*g* al. 2 CO ;
 - l'art. 287 al. 2 et 3 CO correspond à l'art. 257*h* al. 2 et 3 CO ;
 - l'art. 288 al. 2 CO correspond à l'art. 256 al. 2 CO ;
 - l'art. 289 al. 1 et 2 CO correspond à l'art. 260 CO ;
 - l'art. 289*a* al. 2 CO correspond à l'art. 260*a* al. 2 CO ;
 - l'art. 291 al. 3 CO correspond à l'art. 262 al. 1 CO ;
 - l'art. 293 CO correspond à l'art. 264 CO ;
 - l'art. 295 al. 1 CO correspond à l'art. 266 al. 1 CO ;
 - l'art. 296 al. 3 CO correspond à l'art. 266*a* al. 2 CO ;
 - l'art. 297 CO correspond à l'art. 266*g* CO ;
 - l'art. 298 CO correspond à l'art. 266*l* CO ;
 - l'art. 299 al. 4 CO correspond à l'art. 267 al. 2 CO ; et
 - l'art. 299*a* CO correspond à l'art. 267*a* CO.
12. En outre, l'art. 253*b* al. 1 CO prévoit que les *dispositions sur la protection contre les loyers abusifs* (art. 269 à 270*e* CO¹⁴) s'appliquent par analogie aux baux à ferme non agricoles concernant des habitations et des locaux commerciaux. L'absence de cette mention dans les art. 275 ss CO procède

¹³ Eg. TERCIER/FAVRE/BUGNON, N 2825.

¹⁴ La version légale française mentionne uniquement « art. 269 et s. », ce qui pourrait restreindre le renvoi aux deux art. 269 et 269*a* CO (par opposition à l'abréviation « ss » qui renverrait clairement aux art. 269 CO et suivants). Toutefois, la version allemande mentionne « art. 269 ff. », ce qui indique à raison que tous les articles du chapitre II (art. 269-270*e* CO) font l'objet du renvoi.

d'un oubli du législateur de la révision de 1989, tout comme celle des dispositions concernant l'interdiction des transactions couplées (art. 254 CO), de la définition des frais accessoires (art. 257b CO) et de la fourniture de sûretés par le locataire (art. 257e CO) dans les baux d'habitations et de locaux commerciaux¹⁵.

13. Enfin, l'OBLF traite aussi bien des baux à loyer que des baux à ferme, comme l'indique son titre. Même si aucune des dispositions de cette ordonnance ne mentionne explicitement le bail à ferme, elles peuvent néanmoins être pertinentes en raison des renvois existants. Par exemple, l'art. 3 OBLF concernant les transactions couplées est applicable à un bail à ferme.

B. Notions

14. La frontière entre bail à loyer et à ferme étant souvent ténue¹⁶, la *qualification* du contrat doit s'opérer en fonction des prestations concrètes convenues par les parties, et non pas selon les expressions ou dénominations inexactes dont elles ont pu se servir¹⁷. Lorsque les parties qualifient erronément leur contrat, ou lorsqu'elles divergent quant à sa nature, l'autorité saisie d'un litige doit vérifier d'office la qualification du contrat et lui appliquer le régime pertinent¹⁸.
15. Pour attribuer au bail un caractère locatif ou fermier, il faut connaître les définitions (1.), les caractéristiques communes (2.) et les éléments spécifiques (3.) de ces deux contrats. La qualification de certains baux (4.) justifie une analyse approfondie.

¹⁵ CR-CO I-RONCORONI, Intro art. 275 ss N 5 et 6. D'un avis contraire, mais erroné, TF du 20.01.2000, 4C.420/1999, cons. 2b, qui semble nier l'application par analogie des art. 269 ss CO.

¹⁶ ATF 103 II 247, cons. 2b, JdT 1978 I 504 (la remise de locaux commerciaux à titre onéreux est un contrat « souvent à la limite du bail à loyer et du bail à ferme »). Cf. déjà ATF 28 II 239, cons. 4 (« Fälle derartiger Vermietung grenzen enge an die Pacht »).

¹⁷ TF du 21.05.2001, 4C.43/2000, cons. 2b, selon lequel « il ne suffit donc pas que le contrat parle de 'gérance' pour conclure nécessairement à l'existence d'un bail à ferme ». Eg. TF du 02.11.2005, 4C.198/2005, cons. 2.

¹⁸ TERCIER/FAVRE, N 262.

1. Définitions

16. Selon l'art. 253 CO, le *bail à loyer* (Miete, locazione) est le contrat par lequel le bailleur s'oblige à céder au locataire l'usage d'une chose pour une certaine durée, moyennant le versement d'une rémunération appelée loyer¹⁹.
17. Selon l'art. 275 CO, le *bail à ferme* (Pacht, affitto) est le contrat par lequel le bailleur s'oblige, pendant une certaine durée, à céder au fermier l'usage d'un bien productif ou d'un droit productif et à lui en laisser percevoir les fruits et/ou les produits, moyennant le versement d'une rémunération appelée fermage²⁰.

2. Caractéristiques communes

18. Les baux à ferme et à loyer présentent les *caractéristiques communes* suivantes :
19. 1° Des contrats *nommés*. Le bail à loyer et le bail à ferme sont deux contrats faisant l'objet d'une réglementation spécifique dans la partie spéciale du CO²¹. Le premier est régi par les art. 253 ss CO, le second par les art. 275 ss CO.
20. 2° Des contrats *synallagmatiques*. Dans le bail à loyer comme dans le bail à ferme, les parties s'échangent des prestations²² : l'usage de la chose louée contre un loyer dans le bail à loyer, l'usage et la jouissance de la chose affermée contre un fermage dans le bail à ferme.
21. 3° Des contrats de *durée*. Les baux à loyer et à ferme sont des contrats conclus pour une certaine durée, déterminée ou indéterminée. Les obligations des parties (cession de l'objet et rémunération) se prolongent dans le temps²³.

¹⁹ CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY, art. 253 N 1 ss ; LCHAT, N 1.1 p. 70.

²⁰ BaKomm OR I-STUDER/KOLLER, art. 275 N 1 s. ; CR-CO I-RONCORONI, Intro. art. 275-304 N 1-4 ; CPra Bail 2-CARRON, art. 275 N 1 ss.

²¹ TERCIER/FAVRE, N 314.

²² TERCIER/FAVRE, N 346.

²³ TERCIER/FAVRE, N 380.

22. 4° Des contrats d'*usage*. Le bail à loyer vise à fournir temporairement l'usage d'une chose au locataire. De même, le bail à ferme vise à fournir l'usage et la jouissance d'une chose productive et/ou d'un droit productif au fermier²⁴.
23. 5° Des contrats *onéreux*. Les contrats de bail à loyer et de bail à ferme comprennent tous deux une rémunération en contrepartie de l'objet cédé²⁵. Le loyer et le fermage peuvent être fixés selon des modalités semblables et sont partiellement régis par les mêmes dispositions du CO²⁶.

3. Eléments spécifiques

24. Le bail à ferme et le bail à loyer se distinguent principalement par leur objet (a.) et par leur but (b.).

a. Objet du bail

25. Le critère de distinction principal est *l'objet* du contrat, soit ce qui fait l'objet de la cession.
26. Le *bail à loyer* prévoit la cession de l'usage d'une chose (art. 253 CO)²⁷. Il ne peut donc porter que sur une *chose mobilière ou immobilière*, sans égard à sa productivité éventuelle²⁸.
27. En revanche, le *bail à ferme* a pour objet l'usage et la jouissance d'un bien productif et/ou d'un droit productif (art. 275 CO). Le bien productif peut être une chose immobilière ou mobilière : un local occupé par une entreprise dans un immeuble, mais aussi des carrières, des gravières, des mines ou des tourbières²⁹, appartiennent à la première catégorie, alors que

²⁴ TERCIER/FAVRE, N 430.

²⁵ TERCIER/FAVRE, N 444. Cela les différencie du prêt à usage qui est un contrat gratuit (art. 305 CO).

²⁶ P.ex. l'art. 253b al. 1 CO qui prévoit l'application par analogie au bail à ferme des art. 269 ss CO sur la protection contre les loyers abusifs de baux (à loyer) portant sur des habitations ou locaux commerciaux.

²⁷ CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY, art. 253 N 59.

²⁸ ATF 103 II 247, cons. 2b, JdT 1978 I 504. Eg. CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY, art. 253 N 63.

²⁹ ATF 50 II 79, cons. 2, JdT 1924 I 403 ; ATF 81 II 351, cons. 1, JdT 1956 I 109 ; ATF

du bétail³⁰, ou encore un restaurant exploité sur un bateau³¹ ou dans un wagon³², font partie de la seconde. Quant aux droits productifs pouvant faire l'objet d'un bail à ferme, il peut s'agir de droits de propriété immatérielle au sens large (y compris le goodwill, le know-how ou la clientèle³³), d'usufruits ou de créances³⁴.

28. L'objet du bail à ferme est d'une part, *plus large*, car il comprend non seulement les biens, mais aussi les droits et, d'autre part, *plus étroit*, car l'objet du contrat doit être impérativement productif³⁵.
29. Deux illustrations :
30. 1° Si un bail porte non seulement sur des locaux, mais aussi sur l'entreprise (avec ses aménagements) exploitée en leur sein, il s'agit d'un bail à ferme³⁶. En effet, la cession d'une entreprise comprend un ensemble de droits et d'obligations productifs exploités en la forme commerciale (stocks, personnel, fournisseurs, clientèle, goodwill, marques et autres droits de propriété intellectuelle).
31. 2° La cession de locaux vides, voire de locaux aménagés mais encore jamais exploités, ou de locaux dont l'inventaire ne permet pas immédiatement d'exploiter une entreprise ou devient la propriété de l'usager, ne peut pas faire l'objet d'un bail à ferme, faute pour l'objet du contrat d'avoir en soi un caractère productif³⁷.

86 I 229, cons. 2, JdT 1961 I 461 ; KGer SG, RSJ 1983 375 s. ; TC VD, RSJ 1976 360. Eg. RONCORONI, FJS 833, p. 1.

³⁰ On parle alors de bail à cheptel (cf. art. 302 ss CO).

³¹ ATF 48 II 249, cons. 1, JdT 1922 I 472.

³² ZKomm-HIGI, art. 275 N 29.

³³ ATF 131 III 257, cons. 3, SJ 2005 I 382. Eg. LINDENMEYER, p. 29.

³⁴ RONCORONI, FJS 833, p. 2. S'il s'agit d'un contrat de licence, pourtant très proche du bail à ferme, on ne lui applique pas les dispositions des art. 275 ss CO (ATF 92 II 299, cons. 3a).

³⁵ ATF 128 III 419, cons. 2.1. Eg. KNOEPFLER/RUEDIN, p. 14.

³⁶ ATF 128 III 419, cons. 2.1 ; TF, SJ 2001 I 541, cons. 2b ; TF du 31.07.2012, 4A_222/2012, cons. 2.1 ; TF du 08.10.2002, 4C.167/2002, cons. 2.3 ; BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE, Rem. prélim. art. 253-273c N 26.

³⁷ RONCORONI, FJS 833, p. 5.

b. But du bail

32. Les baux à loyer se distinguent non seulement par leur objet, mais aussi par leur but.
33. Le but du *bail à loyer* est la cession de l'usage d'une chose (art. 253 CO). Le locataire peut faire usage de l'objet³⁸, mais n'est en principe pas à même d'en percevoir (directement) les fruits ou les produits³⁹. S'il perçoit (indirectement) des fruits, cela découle avant tout de son activité⁴⁰.
34. En revanche, le *bail à ferme* vise non seulement la cession de l'usage, mais aussi celle de la jouissance de la chose affermée (art. 275 CO)⁴¹. Le fermier a la faculté supplémentaire d'exploiter la chose affermée en retirant ses fruits et ses produits, naturels ou civils⁴². Au contraire du bail à loyer, la perception des fruits découle donc avant tout de l'usage de la chose⁴³.
35. En principe, l'objet remis à bail sert un *seul but*, le rendant apte soit à l'usage uniquement (p.ex. un cheval de trait), soit à l'usage et à l'exploitation (p.ex. une vache laitière).
36. Certains objets peuvent toutefois remplir *plusieurs finalités*. Par exemple, un jardin peut faire l'objet d'un bail à loyer s'il est cédé pour des activités récréatives, alors qu'il s'agit d'un bail à ferme si l'usager l'utilise pour y récolter les fruits et les légumes qui y poussent⁴⁴. Dans ce cas, le contenu de la convention des parties, en particulier les droits conférés à l'usager, est déterminant pour qualifier le contrat.

38 ATF 103 II 247, cons. 2b, JdT 1978 I 504.

39 KNOEPFLER/RUEDIN, p. 14.

40 ATF 103 II 247, cons. 2b, JdT 1978 I 504 ; ATF 93 II 453, cons. 1.

41 CR-CO I-RONCORONI, art. 275 N 2-3.

42 L'exploitation est même une obligation du fermier (cf. CR-CO I-RONCORONI, art. 275 N 5). A ce sujet, cf. N 79 ss.

43 RONCORONI, FJS 833, p. 4 et les réf. cit.

44 Eg. KNOEPFLER/RUEDIN, p. 14 ou RONCORONI, FJS 833, p. 4, qui évoquent la cession de l'usage d'un pré servant à l'équitation (bail à loyer) ou à ramasser du foin (bail à ferme).

4. Qualification de quelques baux particuliers

a. Locaux commerciaux

37. La délimitation entre bail à loyer et à ferme est délicate lorsqu'un *local commercial* fait l'objet d'un contrat de cession à titre onéreux⁴⁵.
38. Selon le TF, si le bailleur remet uniquement les locaux, même avec les installations, il s'agit d'un bail à loyer ; en revanche, si les locaux sont remis avec le matériel nécessaire à l'exploitation de l'entreprise ainsi qu'avec la clientèle, de sorte que le contrat se rapporte à un ensemble de droits productifs, il s'agit d'un bail à ferme⁴⁶.
39. Le fait que le fermier puisse *exploiter des relations d'affaires préexistantes sans effectuer d'investissement ou d'apports supplémentaires* dans l'entreprise est caractéristique du bail à ferme (N 27 ss). Par conséquent, la qualification de bail à ferme est exclue dans les cas suivants :
40. 1° Les locaux commerciaux n'étaient pas exploités sous la même forme avant la conclusion du contrat⁴⁷. Dans ce cas, le nouvel exploitant, qui crée une entreprise d'un nouveau type, ne reprend pas les relations d'affaires préexistantes.
41. 2° Les locaux commerciaux sont modifiés ou réaménagés par l'usager à ses frais dès son arrivée.
42. 3° Les installations existantes ne suffisent pas pour exploiter l'entreprise ou sont rachetées par le nouvel usager⁴⁸.
43. Dans ces deux dernières situations, même si l'usager reprend certaines relations d'affaires préexistantes, il doit effectuer un apport personnel prépondérant dans l'entreprise (rachat de matériel, nouvelles installations, travaux d'aménagement) avant que celle-ci ne puisse produire des fruits.

⁴⁵ ATF 93 II 453, cons. 4.

⁴⁶ ATF 128 III 419, cons. 2.1 ; ATF 103 II 247, cons. 2b, JdT 1978 I 504. Eg. CR-CO I-RONCORONI, art. 275 N 9.

⁴⁷ CR-CO I-RONCORONI, art. 275 N 10.

⁴⁸ CR-CO I-RONCORONI, art. 275 N 10.

44. Dans la pratique, les relations suivantes ont été qualifiées de *bail à loyer commercial*⁴⁹ : un bureau, un local de magasin ou un atelier⁵⁰, un motel nouvellement construit avec l'équipement nécessaire à son exploitation et des locaux annexes à construire⁵¹, une boulangerie⁵², les locaux destinés à une droguerie⁵³, les locaux affectés à l'exploitation d'une boutique de confection pour dames⁵⁴, un magasin faisant partie d'une galerie marchande et exploité en tant que galerie de prêt-à-porter féminin⁵⁵, une pharmacie, un théâtre, un cinéma ou un bureau⁵⁶, et un immeuble commercial sans les relations d'affaires mais avec vente de l'inventaire au locataire⁵⁷.
45. Ont notamment été qualifiées de *bail à ferme*⁵⁸ : la cession d'une laiterie avec son inventaire et sa clientèle⁵⁹ et la cession de l'exploitation d'une entreprise et de l'usage d'une marque⁶⁰.

b. Restaurants, bars et cafés

46. Les locaux servant à l'exploitation d'un restaurant, d'un bar ou d'un café sont des *locaux commerciaux*. Les critères développés ci-dessus – liés à l'objet et au but du contrat (N 25 ss) – s'appliquent à la qualification des contrats de cession concernant de tels locaux.
47. Plus concrètement si, à son arrivée, le gérant d'un restaurant doit aménager les locaux à ses frais pour les rendre exploitables, ou s'il rachète le matériel

⁴⁹ Ces exemples sont partiellement tirés de KNOEPFLER/RUEDIN, p. 15 ; RONCORONI, FJS 833, p. 4 s.

⁵⁰ ATF 103 II 247, cons. 2b, JdT 1978 I 504.

⁵¹ ATF 97 II 58, cons. A (qui précise qu'il s'agit d'une construction nouvelle) et 1a.

⁵² ATF 33 II 603, cons. 3.

⁵³ ATF 68 II 237, cons. 2, JdT 1943 I 9 (sans développement sur la qualification du contrat).

⁵⁴ ATF 116 II 587, cons. 2a (sans développement sur la qualification du contrat).

⁵⁵ DB 1990, n° 15, p. 12.

⁵⁶ POLIVKA, MRA 2002, p. 79.

⁵⁷ ATF 103 II 247, cons. 2c et 2d, JdT 1978 I 504 ; ég. Rep. 1985, p. 323.

⁵⁸ Ces exemples sont partiellement tirés de KNOEPFLER/RUEDIN, p. 15.

⁵⁹ RSJ 1969, n° 43, p. 98.

⁶⁰ ATF 50 II 79, cons. 2, JdT 1924 I 403.

appartenant à l'usager précédent, il s'agit plutôt d'un bail à loyer. Il en va de même lorsque l'usager réaménage les locaux, avec l'autorisation du bailleur, pour créer un restaurant d'un style distinct du précédent⁶¹.

48. En revanche, si le bailleur remet une entreprise entièrement équipée et aménagée⁶², déjà exploitée sans que l'usager n'ait à effectuer de dépense significative supplémentaire, il s'agit d'un bail à ferme⁶³.
49. Dans la pratique, les contrats suivants ont été qualifiés de *bail à loyer commercial*⁶⁴ : un restaurant⁶⁵, des locaux au rez-de-chaussée et au sous-sol d'un immeuble en vue de l'exploitation d'un restaurant et d'une boîte de nuit⁶⁶, les locaux nus d'un café-restaurant avec une enseigne imposée non utilisé pendant deux ans en raison de la démolition et de la reconstruction du bâtiment qui l'abritait⁶⁷, un restaurant avec son inventaire⁶⁸, un restaurant que le bailleur n'avait jamais exploité personnellement⁶⁹, un salon de jeu avec débit de boissons situé dans un restaurant⁷⁰, l'exploitation d'un café-restaurant dont l'aménagement a été modifié, avec l'accord du bailleur, aux frais du locataire⁷¹, un bar à champagne transformé par un preneur en restaurant espagnol⁷².

⁶¹ TF, SJ 2001 I 541, cons. 2b.

⁶² ATF 128 III 419 c. 2.1 ; TF du 02.12.2011, 4A_379/2011, cons. 2.1 ; TF, SJ 2001 I 443, cons. 3a.

⁶³ Un local cédé avec toutes les installations ne constitue pas un bail à ferme. En effet, il faut plus que des locaux, le TF parle d'une « entreprise » entièrement équipée (TF du 31.07.2012, 4A_222/2012, cons. 2.1).

⁶⁴ Ces exemples sont partiellement tirés de KNOEPFLER/RUEDIN, p. 15, RONCORONI, FJS 833, p. 4 s., et de LACHAT, Le bail à loyer des cafés et des restaurants, 18^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2014.

⁶⁵ ATF 36 II 183, cons. 1 (sans développement sur la qualification du contrat).

⁶⁶ ATF 103 II 247, cons. 2, JdT 1978 I 504.

⁶⁷ ATF 93 II 453, cons. A et 1.

⁶⁸ BJM 1984, p. 72, cons. 6.

⁶⁹ RJN 1982 p. 38, cons. 2.

⁷⁰ ATF 116 II 512, cons. 1, JdT 1991 I 309 (sans développement sur la qualification du contrat).

⁷¹ SJ 2001 I 541, cons. 2b.

⁷² TF du 21.05.2001, 4C.43/2000, cons. 2b, SJ 2001 I 541.

50. Ont notamment été qualifiés de *bail à ferme*⁷³ : un hôtel⁷⁴, un hôtel-restaurant avec son inventaire et l'obligation de respecter des jours et des horaires d'ouverture⁷⁵, le restaurant d'un hôtel avec son inventaire⁷⁶, un restaurant équipé⁷⁷, la gérance libre d'un café⁷⁸, d'un bar⁷⁹ ou d'un café-restaurant entièrement équipé⁸⁰, le restaurant d'une installation sportive⁸¹, une cantine avec ses installations et ses clients⁸², l'exploitation d'un service de restauration sur les bateaux d'une compagnie de navigation⁸³.

c. Locaux situés dans un centre commercial

51. Lorsque l'on analyse la *jurisprudence récente du TF*, la plupart des décisions relatives aux baux concernant un local situé dans un centre commercial qualifient le contrat de bail à loyer, sans toutefois discuter ce point en détail⁸⁴. Une exception notable figure à l'arrêt 4C.420/1999 du 20 janvier 2000, qui concerne une sous-location en vue d'exploiter une boulangerie-pâtisserie : le TF y exprime ses doutes quant à la qualification du contrat mais n'approfondit pas la question ; il se contente de mentionner

⁷³ Ces exemples sont partiellement tirés de KNOEPFLER/RUEDIN, p. 15.
⁷⁴ TF du 14.11.1996, 4C.217/1996, cité dans CR-CO I RONCORONI, art. 275 N 12.
⁷⁵ LGVE 2000 I N° 17, cons. 2.2.
⁷⁶ RSJ 1972, n° 102, p. 222.
⁷⁷ SJ 2001 I 541, cons. 2b.
⁷⁸ SJ 1979, p. 365, cons. 2.
⁷⁹ SJ 1985, p. 237, cons. 2 (sans développement sur la qualification du contrat).
⁸⁰ ATF 128 III 419, cons. 2.1 ; TF du 30.04.2014, 4A_71/2014, cons. 1.1.
⁸¹ RB-TG 1985, p. 67, cons. 3.
⁸² RFJ 1993, p. 61, cons. 2.
⁸³ RJN 2001, p. 79, cons. 2b. Eg. pour un bateau destiné à la restauration : ATF 48 II 249, cons. 1.
⁸⁴ P.ex. TF du 16.06.2004, 4P.18/2004, cons. 2.2. (pas de discussion détaillée mais on parle de loyer et pas de fermage) ; TF du 16.11.2006, 4C.280/2006, cons. 3 (pas de discussion détaillée mais on parle de bail à loyer) ; TF du 16.06.2004, 4C.56/2004, cons. 1.2 (bail pour une salle de cinéma ; pas de discussion détaillée mais évocation de l'art. 266 CO) ; TF du 16.11.2001, 4C.190/2001, cons. 2 (bail pour un supermarché et on parle de « bail à loyer ») ; TF du 19.03.2001, 4C.1/2001, bail à loyer (café et défaut car autre café à proximité) ; TF du 16.01.2007, 4C.365/2006, cons. 3.2 (bail à loyer pour un pressing) ; TF du 27.11.2006, 4C.53/2006, cons. 1, (bail à loyer pour une papeterie).

qu'aucune des parties ne prétend qu'il s'agit d'un bail à ferme et que les constatations cantonales ne permettent pas de conclure dans ce sens⁸⁵. Les *contributions doctrinales* suisses demeurent succinctes, malgré l'importance économique et le développement important de ce type de structures.

52. La qualification d'un bail pour un local situé dans un centre commercial suscite d'importants débats doctrinaux et jurisprudentiels dans d'autres ordres juridiques, qui connaissent des régimes légaux différents selon la qualification du contrat, notamment en matière de protection contre les congés. C'est le cas de l'Autriche, qui a inspiré les réflexions suivantes⁸⁶.
53. Avant de présenter les enjeux de la qualification, il convient de définir la *notion de centre commercial*. Il s'agit d'une unité physique de vente, organisée et gérée en tant qu'entreprise par un exploitant, qui comporte plusieurs commerces de détail appartenant à des branches variées et offrant un large assortiment de marchandises⁸⁷. Cette définition n'inclut pas (à dessein) toutes les structures s'autoproclamant « centre commercial ». En particulier, si le bailleur se contente de mettre à disposition des usagers des locaux dans une galerie marchande et d'en gérer les aspects administratifs, cela ne suffit pas. Il en va de même lorsque le bailleur offre, en plus, des services de facility management (nettoyage, surveillance, assistance technique,...). Il est nécessaire que le centre commercial (sans les commerces) constitue lui-même une unité organisée et gérée de façon centrale, qui offre aux commerçants un concept soutenant leur activité lucrative. Un tel prérequis suppose une planification adaptée du centre, la mise en place et le maintien d'une infrastructure de base, et surtout une activité dépassant la simple administration des locaux et consistant à mettre

⁸⁵ TF du 20.01.2000, 4C.420/1999, cons. 2b (bail à loyer pour une boulangerie-pâtisserie).

⁸⁶ A ce sujet, cf. notamment BÖHM, wobl 2012, p. 272 ss ; BÖHM, Festschrift Huwiler, p. 69 ss ; BYDLINSKI, JBI 2007, p. 273 ss ; GRUBER, wbl 2008, p. 114 ss ; GRUBER, JBI 2010, p. 409 ss ; VONKILCH, wobl 2010, p. 57 ss ; VONKILCH, wobl 2009, p. 151 ss.

⁸⁷ Cette définition est inspirée de l'art. 24 al. 1 de l'Ordonnance sur les constructions du Canton de Berne mais ne prend en considération que les unités de vente comprenant plusieurs magasins. Sur la pertinence de ne pas reprendre telle quelle des définitions tirées du droit public, VONKILCH, wobl 2010, p. 61, qui critique également une définition proposée par GRUBER, tirée de la littérature économique.

sur pied et à développer des mesures organisationnelles garantissant une fréquentation du centre commercial (concept entrepreneurial)⁸⁸.

54. Le bail d'un local situé dans un centre commercial présente un certain nombre de *spécificités* influençant potentiellement sa qualification juridique. Premièrement, les locaux cédés sont souvent bruts, et l'usager est libre de les aménager pour qu'ils puissent refléter au mieux son identité (corporate identity)⁸⁹. Deuxièmement, les obligations de l'usager sont particulières⁹⁰. Outre l'obligation d'exploiter, l'usager doit s'intégrer dans l'infrastructure générale du centre commercial. Il est en principe tenu d'exercer un type défini d'activité et parfois même d'offrir un assortiment spécifique. Il doit respecter les horaires d'ouverture. Il a le droit et/ou le devoir de participer aux actions publicitaires communes. Une partie de la rémunération due au bailleur dépend souvent du chiffre d'affaires. Troisièmement, l'usager ne bénéficie pas seulement de l'usage de son local. Sans que cela ne figure toujours explicitement dans les contrats de bail, il profite des prestations supplémentaires fournies par l'exploitant, notamment d'un concept entrepreneurial qui lui assure une fréquentation importante en raison des activités commerciales diversifiées et attrayantes offertes dans le centre. Bon nombre de clients fréquentent en effet les locaux de l'usager, alors qu'ils s'étaient prioritairement déplacés pour effectuer d'autres achats ou parce qu'ils apprécient justement de bénéficier d'un ensemble de produits et services en un même lieu.
55. Se fondant sur ces spécificités, plusieurs auteurs avancent que, dans un centre commercial, l'intérêt du commerçant de disposer de locaux physiques pour son activité s'efface au profit de la possibilité de profiter des droits productifs (goodwill) rattachés au centre commercial lui-même⁹¹. Par conséquent, le contrat conclu entre l'exploitant et l'usager est un *bail à ferme* dont l'objet est l'entreprise du bailleur, c'est-à-dire le centre

⁸⁸ Dans ce sens, BÖHM, Festschrift Huwiler, p. 90.

⁸⁹ A ce sujet, cf. CARRON, Travaux de construction, N 52 ss et les réf. cit.

⁹⁰ Cf. BÖHM, Festschrift Huwiler, p. 82.

⁹¹ Dans ce sens, BÖHM, Festschrift Huwiler, p. 84. Pour une liste d'auteurs parvenant à la même qualification, cf. BÖHM, wobl 2012, p. 276. La jurisprudence autrichienne retenait également cette qualification jusqu'à la fin des années 90 (BÖHM, wobl 2012, p. 276).

commercial, et pas l'entreprise que le fermier exploitera ensuite dans les locaux affermés⁹².

56. Un autre courant doctrinal rejette cette théorie et qualifie le contrat de *bail à loyer commercial*⁹³. Ces auteurs réfutent d'abord le fait que le centre commercial puisse être l'objet du contrat. Si tel était le cas, l'usager devrait percevoir les fruits du centre commercial, c'est-à-dire une part des revenus locatifs générés par celui-ci. Le véritable objet contractuel reste le local (souvent brut) mis à disposition par le bailleur. Ensuite, le caractère productif du local découle davantage des investissements et des apports du locataire que de son emplacement dans le centre⁹⁴.
57. A notre avis, il n'est pas possible de qualifier abstraitement un bail pour des locaux situés dans un centre commercial, sans tenir compte des *circonstances concrètes*. En effet, il faut déterminer dans chaque cas si la surface commerciale et les éventuels droits cédés à l'usager ont, en tant que tels, une nature productive. Ce sera notamment le cas lorsque les locaux sont entièrement équipés et ont déjà fait l'objet d'une exploitation par le bailleur ou par un locataire précédent (N 38) ; il s'agit alors d'un bail à ferme. En revanche, la mise à disposition de locaux non équipés constitue un bail à loyer. Les droits cédés par l'exploitant du centre commercial, notamment l'usage de la marque ou de l enseigne du centre ainsi que la participation à des efforts de marketing ou de publicité communs, favorisent certes la productivité de l'activité du locataire, mais ne constituent pas à eux seuls des droits productifs permettant de qualifier la relation de bail à ferme.

⁹² On parle de « Zwei-Unternehmens-Lehre ». A ce sujet, cf. GRUBER, JBl 2010 413 ; VONKILCH, wobl 2010, 58.

⁹³ Avant tout, VONKILCH, wobl 2010, p. 57 ss ; VONKILCH, wobl 2009, p. 151 ss. Pour une liste d'auteurs parvenant à la même qualification, cf. BÖHM, wobl 2012, p. 277 note 55. La jurisprudence autrichienne a évolué dès 2006 pour parvenir à ce résultat, sans véritablement discuter la question (à ce sujet, cf. BÖHM, wobl 2012, p. 277). Pour un arrêt récent, cf. celui du 6^e Senat de l'Oberster Gerichtshof du 18 septembre 2009, 6 Ob 141/09t.

⁹⁴ VONKILCH, wobl 2010, p. 58 s.

C. Formation du contrat

58. La formation du contrat est *semblable* pour le bail à loyer et le bail à ferme⁹⁵. La conclusion d'un bail (à loyer ou à ferme) suppose un échange de manifestations de volonté concordantes des parties portant au moins sur les éléments objectivement essentiels du contrat, à savoir l'objet cédé et la rémunération⁹⁶. Pour qu'un bail existant produise des effets juridiques, il doit en outre respecter les conditions générales de validité, notamment celles relatives à l'objet du contrat (art. 19 s. CO) et au consentement (art. 23 ss CO).
59. La conclusion des baux n'est en principe soumise à aucune *forme*. L'art. 270 al. 2 CO permet toutefois aux cantons de rendre obligatoire, en cas de pénurie de logements l'usage d'une formule officielle pour la conclusion de tout nouveau bail à loyer portant sur des logements⁹⁷. La formation du bail est alors soumise à une forme spéciale. C'est actuellement le cas dans les cantons de Fribourg, Genève, Neuchâtel, Nidwald, Vaud, Zoug et Zurich⁹⁸. En raison du renvoi de l'art. 253b al. 1 CO, les cantons devraient aussi pouvoir exiger, en cas de pénurie, l'usage de la formule officielle pour la conclusion de nouveaux baux à ferme non agricole portant sur un logement⁹⁹. On peut néanmoins douter de la pertinence d'une telle règle, car un bail à ferme d'habitation ne peut à notre avis que difficilement exister en pratique¹⁰⁰.

⁹⁵ TERCIER/FAVRE/BUGNON, N 2822.

⁹⁶ Pour le bail à loyer : CPra Bail-BIERI, art. 257 N 6 ; pour le bail à ferme : TERCIER/FAVRE/BUGNON, N 2807.

⁹⁷ LACHAT, N 2.4.1 p. 395.

⁹⁸ CPra Bail-DIETSCHY, art. 270 N 78 ; CARRON, Valorisation immobilière, N 199 (qui omettait Nidwald).

⁹⁹ RONCORONI, FJS 832, p. 4. Si certaines lois cantonales actuelles n'englobent clairement pas les baux à ferme (p.ex. ZH, cf. Beschluss des Regierungsrates über die Formularpflicht beim Abschluss eines neuen Mietvertrags du 11 septembre 2013, RS-ZH 235.41, qui ne parle que de *Mietvertrag* à l'exclusion d'un *Pachtvertrag*), d'autres sont moins précises sur ce point (p.ex. FR ; Ordonnance du 26 novembre 2002 concernant l'usage de la formule officielle pour la conclusion d'un nouveau bail à loyer, RS-FR 222.3.12, dont le préambule et l'art. 1 parlent de conclusion d'un nouveau bail).

¹⁰⁰ Dans le même sens, ZKomm-HIGI, art. 270 N 59 s.

II. Obligations contractuelles

60. La deuxième partie traite des obligations contractuelles, en distinguant l'obligation commune d'inventaire (A.), les obligations du bailleur (B.) et du fermier (C.).

A. *Obligation commune d'inventaire*

61. La conclusion d'un *bail à ferme* entraîne la naissance d'une obligation commune spécifique : la rédaction d'un *inventaire en début de contrat*. En effet, les parties doivent établir par écrit un document détaillant les ustensiles, le bétail et les provisions compris dans le bail et contenant une estimation de leur valeur (art. 277 CO)¹⁰¹. L'inventaire constitue une preuve que les objets consignés ont été transférés au fermier au début du contrat et qu'ils avaient la valeur estimée¹⁰².
62. L'obligation d'établir un inventaire est de nature *dispositive*. Les parties peuvent y renoncer expressément ou tacitement¹⁰³. La constitution de l'inventaire n'est donc pas une condition de validité du bail à ferme, mais une obligation accessoire des parties¹⁰⁴. Si une partie refuse de participer à l'inventaire ou de le signer, ou si les parties ne s'accordent pas sur le contenu de l'inventaire ou sur la valeur des objets, on peut solliciter l'intervention du juge¹⁰⁵.
63. L'obligation d'inventaire n'existe *pas dans le droit du bail à loyer*. Le CCR (art. 3) et les RULV (art. 1 et 7) rendent néanmoins obligatoire un état des lieux d'entrée, dans le cadre duquel les parties établissent une sorte d'inventaire comprenant la liste et l'état, mais pas la valeur, des accessoires de la chose louée.
64. Lorsque les parties *divergent* sur la qualification du contrat, en particulier en début de bail, la partie soutenant qu'il s'agit d'un bail à ferme peut saisir

¹⁰¹ CPra Bail 2-CARRON, art. 277 N 1. Les parties peuvent également inventorier les autres objets compris dans le bail à ferme, mais cela est facultatif (CR-CO I-RONCORONI, art. 277 N 4).

¹⁰² RONCORONI, FJS N 838, p. 9.

¹⁰³ CR-CO I-RONCORONI, Intro. art. 275-304 N 17 et art. 277 N 5.

¹⁰⁴ CR-CO I-RONCORONI, art. 277 N 1.

¹⁰⁵ BaKomm OR I-STUDER/KOLLER, art. 277 N 3 ; CR-CO I-RONCORONI, art. 277 N 1.

la justice pour demander un inventaire officiel, et contraindre l'autre partie à y participer¹⁰⁶. Si l'on se trouve effectivement en présence d'un bail à ferme, un inventaire officiel sera dressé. En revanche, si le juge considère qu'il y a bail à loyer, il rejettera cette demande.

65. En cas de *confusion* sur la nature du contrat (bail à ferme alors qu'il s'agit d'un bail à loyer), les parties dresseront un inventaire non obligatoire, mais pas interdit par les art. 253 ss CO. Cela n'entraînera en principe aucune difficulté juridique.
66. En revanche, lorsque les parties croient (à tort) se trouver en présence d'un bail à loyer alors qu'il s'agit d'un bail à ferme, elles violeront une obligation accessoire. Vu qu'il s'agit de droit dispositif, le bail à ferme reste valable. A la fin du bail, les parties devront se restituer les éléments qui auraient dû figurer dans l'inventaire (art. 299 al. 1 CO ; cf. N 194 ss) : faute d'inventaire et conformément à l'art. 8 CC, la partie se prévalant de l'existence ou de la valeur d'un objet en début de bail devra prouver le fait en question¹⁰⁷.

B. Obligations du bailleur

1. Etat de la chose lors de la délivrance

67. Les *conditions de délivrance* de la chose diffèrent selon qu'on se trouve en présence d'un bail à loyer ou d'un bail à ferme :
68. Le *bailleur à loyer* a l'obligation de délivrer la chose dans un état approprié à « l'usage pour lequel elle a été louée » (art. 256 al. 1 CO)¹⁰⁸. Il engage sa responsabilité contractuelle si la chose louée ne présente pas les qualités spécialement promises, ou auxquelles le locataire peut

¹⁰⁶ CR-CO I-RONCORONI, art. 277 N 1.

¹⁰⁷ CR-CO I-RONCORONI, art. 277 N 2.

¹⁰⁸ CPra Bail-MONTINI/BOUVERAT, art. 256 N 1. Sur la question spécifique des locaux nus ou bruts, cf. CARRON, Travaux de construction, N 17 ss ; ég. BIBER IRENE, Die Rohbaumiete, thèse, Zurich 2014 ; VISCHER MORITZ, Die Rohbaumiete : Zulässigkeit und Grenzen, thèse, Zurich 2014.

raisonnablement s'attendre au vu de l'usage pour lequel la chose a été louée¹⁰⁹.

69. Pour le *bail à ferme* en revanche, le bailleur doit délivrer la chose dans un état approprié à « l'usage et à l'*exploitation* pour lesquels elle a été affermée » (art. 278 al. 1 CO)¹¹⁰. Il ne doit pas seulement garantir un état permettant un usage convenable, mais aussi le caractère productif de la chose affermée¹¹¹. Si le bailleur promet en outre une certaine quantité de fruits et de produits, il engage sa responsabilité sur ce point¹¹².
70. Les dispositions précitées sont de nature *impérative*¹¹³.
71. En cas de *divergence* entre les parties sur la nature du contrat, il faut distinguer deux situations :
72. 1° Le bailleur considère à tort qu'il s'agit d'un bail à loyer et le fermier soutient à raison qu'il s'agit d'un bail à ferme. Le bailleur pense ne devoir garantir que l'usage de la chose alors qu'il doit également assurer la perception des fruits. Si l'objet cédé n'est pas apte à l'exploitation, par exemple si certains droits affermés n'existent pas (p.ex. un droit à la marque), il y a un défaut originaire de la chose affermée. On applique alors l'art. 288 al. 1 let. a CO, qui renvoie aux dispositions du bail à loyer (art. 258 et 259a à 259i CO). Le fermier peut notamment demander la remise en état de la chose, de manière à ce qu'elle puisse être exploitée, voire mettre fin au contrat en cas de défaut grave dont les coûts de réparation ne peuvent pas raisonnablement être imposés au bailleur¹¹⁴.
73. 2° Les autres hypothèses ne posent en principe pas de problème. En effet, si le bailleur considère à tort qu'il s'agit d'un bail à ferme¹¹⁵, il assurera le caractère exploitable de l'objet cédé alors que l'art. 256 CO ne l'exige pas.

¹⁰⁹ CPra Bail-MONTINI/BOUVERAT, art. 256 N 52-53.

¹¹⁰ Mise en évidence par l'auteur. Les locaux bruts ou nus connaissent le même régime qu'en droit du bail (sur ce sujet, cf. CARRON, Travaux de construction, N 17 ss).

¹¹¹ CR-CO I-RONCORONI, art. 278 N 1.

¹¹² CR-CO I-RONCORONI, art. 278 N 2.

¹¹³ Pour le bail à loyer : BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE, art. 256 N 1 ; pour le bail à ferme : ZKomm-HIGI, art. 278 N 5.

¹¹⁴ CR-CO I-RONCORONI, art. 288 N 7 ; ég. CPra Bail 2-CARRON, art. 288 N 14.

¹¹⁵ L'usager pense à raison qu'il s'agit d'un bail à loyer.

Si le bailleur considère à raison qu'il s'agit d'un bail à loyer¹¹⁶, le juge ne lui reprochera pas non plus l'absence de caractère exploitable de l'objet cédé.

74. En cas de *confusion* par les deux parties, il faut également distinguer :
75. 1° Si les parties pensent (à tort) avoir conclu un bail à loyer alors qu'il s'agit d'un bail à ferme, le juge protégera le fermier alléguant un défaut, même s'il considère qu'il s'agit d'un défaut d'exploitation, et appliquera l'art. 278 CO et le régime prévu par l'art. 288 CO qui est relativement impératif en faveur du fermier lorsqu'il s'agit de baux à ferme d'habitations ou de locaux commerciaux, mais dispositif lorsqu'il s'agit d'autres baux, à condition que ceux-ci ne fassent pas l'objet de conditions générales préimprimées (cf. art. 288 al. 2 CO)¹¹⁷.
76. 2° Si les parties pensent (à tort) avoir affaire à un bail à ferme alors qu'elles ont en fait conclu un bail à loyer et que le locataire se plaint du caractère non exploitable de l'objet cédé, le juge doit qualifier le contrat de bail à loyer et ne pas admettre de violation contractuelle si l'objet loué est « dans un état approprié à l'usage pour lequel il a été loué » (art. 256 al. 1 CO).

2. Entretien de la chose

77. Le bailleur n'a pas les mêmes obligations d'entretien selon qu'il s'agit d'un bail à loyer ou à ferme. Par effet miroir, il en va de même de l'usager. Ces différences font l'objet de développements ci-dessous auxquels nous renvoyons (N 91 ss).

3. Réparation des défauts

78. L'étendue de l'obligation de réparer les défauts en cours de bail dépend de l'obligation d'entretien du bailleur. En effet, lorsqu'il viole son obligation de maintenir la chose dans un état approprié à l'usage – et, le cas échéant à

¹¹⁶ Cela signifie que l'usager considère (à tort) qu'il s'agit d'un bail à ferme.

¹¹⁷ CR-CO I-RONCORONI, art. 288 N 10 ; ég. CPra Bail 2-CARRON, art. 288 N 2 *contra* : BaKomm OR I-STUDER/KOLLER, art. 288 N 1 qui considèrent que l'art. 288 CO est impératif.

l'exploitation – convenu, elle devient défectueuse. On peut donc également renvoyer aux développements ci-dessous (N 91 ss).

C. Obligations du fermier

1. Usage de la chose

a. Obligation de diligence

79. Au contraire du locataire¹¹⁸, le fermier a l'obligation d' « *exploiter* la chose affermée avec le soin nécessaire, conformément à l'usage auquel elle est destinée » et notamment d'en « *maintenir la productivité* à long terme » (art. 283 al. 1 CO)¹¹⁹. Par exemple, si le contrat prévoit le maintien d'un certain chiffre d'affaires, le fermier a l'obligation de l'atteindre¹²⁰.
80. Cette obligation – *spécifique au bail à ferme* – implique le respect des règles professionnelles pertinentes et des méthodes et procédés reconnus pour obtenir les fruits naturels ou civils de la chose affermée¹²¹. En effet, l'absence d'exploitation d'une chose affermée ou l'exploitation non diligente entraîne régulièrement des effets négatifs se prolongeant après la fin du bail¹²². En cas d'affermage d'une entreprise, la non-exploitation de celle-ci peut par exemple occasionner une perte de productivité¹²³.
81. En cas de *non-respect* de l'obligation d'exploiter, le bailleur a le droit de résilier le bail à ferme de manière anticipée au sens de l'art. 285 CO, moyennant un avertissement avec menace de résiliation¹²⁴. Il peut aussi exiger la réparation de son dommage (art. 97 CO) ainsi qu'une exécution

¹¹⁸ ZKomm-HIGI, art. 283 N 27.

¹¹⁹ Mise en évidence par l'auteur. Cf. ATF 26 II 85, cons. 2.

¹²⁰ TF du 10.02.2012, 4A_644/2011, cons. 3.2.

¹²¹ CR-CO I-RONCORONI, art. 283 N 2.

¹²² Ce n'est pas toujours le cas. Par exemple, un bail portant sur une carrière n'oblige pas le fermier à exploiter la chose. L'obligation d'exploiter n'est donc pas un élément essentiel du bail à ferme.

¹²³ CR-CO I-RONCORONI, art. 283 N 1 et 3.

¹²⁴ TF du 10.02.2012, 4A_644/2011, cons. 3.1. L'art. 285 CO, de nature absolument impérative (CR-CO I-RONCORONI, art. 285 N 3), correspond à l'art. 257f III et IV CO dans le droit du bail à loyer.

par substitution (art. 98 al. 1 CO) ou la suppression de ce qui a été fait en violation du contrat aux frais du débiteur (art. 98 al. 3 CO)¹²⁵.

82. L'art. 283 CO est de nature *relativement impérative* en faveur du fermier, c'est-à-dire que les parties peuvent convenir qu'il n'a pas l'obligation d'exploiter la chose affermée avec le soin nécessaire¹²⁶.
83. Notons toutefois que, pour un *bail à loyer* de locaux commerciaux, le TF a parfois admis une obligation d'exploiter à charge du locataire, même en l'absence de convention expresse ou tacite, en se fondant uniquement sur les règles de la bonne foi¹²⁷. Les juges avancent que, lorsque le bail porte sur des locaux commerciaux avec affectation particulière, la valeur, notamment le goodwill, serait réduite en cas d'interruption de l'exploitation ou de mauvaise gestion. Cette jurisprudence est contestable, car la nature du bail à loyer de locaux commerciaux veut que les locaux eux-mêmes n'aient pas de valeur productive directe, mais que celle-ci dépende de l'activité de chaque locataire (N 32 s.)¹²⁸. En l'absence de clause contractuelle expresse ou tacite¹²⁹, un bail à loyer ne devrait donc pas entraîner d'obligation d'exploiter pour le locataire.
84. Si les parties *divergent* au sujet de la nature du contrat, les scénarios suivants sont envisageables :
85. 1° L'usager pense (à tort) avoir affaire à un bail à loyer. Par conséquent, il ne se conforme pas à l'obligation d'exploiter la chose avec soin¹³⁰. Le bailleur peut alors réclamer des dommages-intérêts aux conditions de l'art. 97 al. 1 CO, en particulier si l'inexécution du fermier lui cause un dommage¹³¹. Le bailleur peut également résilier le bail de manière

¹²⁵ ZKomm-HIGI, art. 283 N 24.

¹²⁶ CR-CO I-RONCORONI, art. 283 N 6.

¹²⁷ ATF 103 II 247, cons. 2c et les réf. cit., JdT 1978 I 504. Eg. TF du 18.06.2007, 4C.426/2006, cons. 2.2.

¹²⁸ Du même avis, RONCORONI, FJS N 833 p. 6.

¹²⁹ Une clause tacite peut notamment être admise lorsque le loyer est fixé en fonction du chiffre d'affaires (cf. TF du 18.06.2007, 4C.426/2006, cons. 2.2).

¹³⁰ Cf. toutefois la jurisprudence – critiquable – qui impose au locataire de locaux commerciaux de respecter l'obligation d'exploiter (N 83).

¹³¹ CR-CO I-RONCORONI, art. 285 N 2. Pour une description des conditions de la responsabilité fondée sur l'art. 97 CO, cf. TERCIER/PICHONNAZ, N 1208 ss.

anticipée en respectant les conditions de l'art. 285 CO, notamment après avoir adressé un avertissement assorti d'une menace de résiliation¹³².

86. 2° Le bailleur considère (à tort) être lié par un bail à ferme. Il exige en vain de l'usager le respect de l'obligation d'exploiter. Si le bailleur résilie le bail selon l'art. 285 CO, une des conditions matérielles fera défaut, à savoir l'absence de violation grave d'un devoir lié à l'obligation de diligence. Le congé sera inefficace, c'est-à-dire qu'il ne produira pas d'effets¹³³.
87. 3° Les situations où l'usager considère (à tort) avoir affaire à un bail à ferme et où le bailleur considère (à tort) qu'il s'agit d'un contrat de bail à loyer ne posent pas de difficulté particulière. En effet, cette erreur de qualification sera à l'avantage du cocontractant. Dans la première situation, l'usager respectera le devoir d'exploiter, alors qu'il n'en a pas l'obligation ; dans la seconde, le bailleur n'exigera pas du fermier qu'il exploite le bien affermé alors qu'il y serait autorisé.
88. En revanche, lorsque les parties *confondent* la nature du contrat, les conséquences sont les suivantes :
89. 1° Si les deux parties considèrent (à tort) avoir affaire à un bail à loyer, cela ne pose en principe pas de problème, car elles n'évoquent pas l'obligation d'exploiter. Toutefois, conformément à la jurisprudence (contestable, cf. N 83) du TF¹³⁴, il n'est pas exclu qu'un juge admette qu'un locataire de local commercial ait l'obligation de l'exploiter, même si le contrat reste muet à ce sujet.
90. 2° Lorsque les deux parties qualifient (à tort) le contrat de bail à ferme, il n'y a pas de problème si elles sont d'avis que le locataire se conforme à l'obligation – juridiquement inexistante – d'exploiter. Si le bailleur allègue la violation de cette obligation (inexistante) dans un procès pour faire valoir les droits qui en découlent (p.ex. la résiliation selon l'art. 285 CO), le juge n'est pas lié par la qualification proposée par les parties (N 14). Il doit conclure à l'existence d'un bail à loyer, à l'inapplicabilité de l'art. 283

¹³² ZKomm-HIGI, art. 285 N 9. Eg. CR-CO I-RONCORONI, art. 285 N 1, CPra Bail 2-CARRON, art. 285 N 3, qui renvoient tous deux à la jurisprudence et à la littérature consacrées à la réglementation analogue en droit du bail à loyer (art. 257f al. 3 et 4 CO).

¹³³ Cf. ég. CPra Bail-WESSNER, art. 257fN 47 et les réf. cit.

¹³⁴ ATF 103 II 247, cons. 2c, JdT 1978 I 504.

CO, et donc rejeter la demande du bailleur, faute de violation d'un devoir contractuel.

b. Obligation d'entretien de l'usager

91. Aussi bien dans le bail à loyer que dans le bail à ferme, le bailleur et l'usager partagent l'*obligation d'entretenir* l'objet cédé et de réparer les défauts. Dans les deux cas toutefois, l'importance des défauts détermine quelle partie doit assumer l'entretien¹³⁵.
92. Le droit du bail à loyer distingue *trois catégories de défauts* :
- Les défauts graves, qui excluent ou entravent considérablement l'usage de la chose louée (art. 258 al. 1 et 259b let. a CO)¹³⁶.
 - Les défauts de moyenne importance, qui restreignent l'usage de la chose louée sans l'exclure ni l'entraver considérablement (art. 258 al. 3 let. a et 259b let. b CO)¹³⁷.
 - Les menus défauts, qui peuvent être éliminés par les menus travaux de nettoyage ou de réparation indispensables à l'entretien normal de la chose (art. 259 CO)¹³⁸.
93. L'obligation d'entretien *incombe principalement au bailleur* qui doit maintenir la chose louée dans un état approprié (art. 256 CO). Le locataire n'est tenu que des menus travaux de nettoyage ou de réparation indispensables à l'entretien normal de la chose (art. 259 CO). Par conséquent, la suppression des conséquences négatives de l'usage normal, qui représentent des défauts de moyenne importance¹³⁹, est à la charge du bailleur (art. 256 al. 1 et 259a CO)¹⁴⁰.
94. En revanche, dans le *bail à ferme*, c'est le fermier qui pourvoit au bon entretien de la chose (art. 284 al. 1 CO) : il doit effectuer les travaux

¹³⁵ Pour le bail à loyer : CPra Bail-AUBERT, art. 258 N 39. Pour le bail à ferme : TERCIER/FAVRE/BUGNON, N 2833 s.

¹³⁶ CPra Bail-AUBERT, art. 258 N 40.

¹³⁷ CPra Bail-AUBERT, art. 258 N 41.

¹³⁸ CPra Bail-AUBERT, art. 258 N 42.

¹³⁹ RONCORONI, FJS 834, p. 3.

¹⁴⁰ CPra Bail-AUBERT, art. 258 N 2.

périodiques (p.ex. peinture des locaux, nettoyage des conduites,...) et les autres travaux d'entretien (p.ex. réparation de robinets, de serrures, travaux d'étanchéité,...)¹⁴¹. Cette obligation va plus loin que celle de l'art. 259 CO¹⁴². Elle s'explique par le fait que le fermier a plus de droits que le locataire, notamment celui de recueillir les fruits de la chose affermée¹⁴³. En outre, conformément à l'usage local, le fermier doit « effectuer les petites réparations et remplacer les ustensiles et outils de peu de valeur qui ont péri par l'usage ou par suite de vétusté » (art. 284 al. 2 CO). Le devoir prévu à l'art. 284 CO est donc plus étendu que celui du locataire d'éliminer les menus défauts. Inversement, l'obligation du bailleur est moins étendue : il ne doit effectuer à ses frais que les « grosses réparations » (art. 279 CO)¹⁴⁴.

95. Les dispositions sur l'obligation de l'entretien de la chose louée ou affermée par le bailleur sont de nature *relativement impérative*. Les parties ne peuvent donc pas y déroger au détriment du locataire ou du fermier (art. 256 al. 2 CO pour les baux à loyer d'habitations et de locaux commerciaux¹⁴⁵ ; art. 279 CO pour le bail à ferme¹⁴⁶).
96. Lorsque les parties *divergent* quant à la nature de leur relation contractuelle, les hypothèses sont les suivantes :
97. 1° Si le bailleur estime avoir conclu un bail à loyer alors que l'usager qualifie le contrat de bail à ferme, cela ne pose en principe pas de problème¹⁴⁷. Quelle que soit la partie qui a raison, l'usager renoncera – à

¹⁴¹ RONCORONI, FJS 835, p. 4.

¹⁴² Selon STUDER et KOLLER, cela correspond aux réparations d'une valeur supérieure ou égale à CHF 1000.- et au remplacement d'ustensiles d'une valeur ne dépassant pas CHF 50.- (BaKomm OR I- STUDER/KOLLER, art. 284 N 3 s.) Pour plus de détails sur l'étendue de l'obligation d'entretien du fermier, cf. CPra Bail 2-CARRON, art. 284 N 8 ss.

¹⁴³ ZKomm-HIGI, art. 279 N 9.

¹⁴⁴ RONCORONI, FJS 834, p. 5, précise que les réparations doivent pouvoir être imposées raisonnablement au bailleur, faute de quoi il n'est pas obligé de réparer ni de payer les frais d'exécution par substitution.

¹⁴⁵ BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE, art. 256 N 1.

¹⁴⁶ CR-CO I-RONCORONI, art. 279 N 5 ; ZKomm-HIGI, art. 279 N 5.

¹⁴⁷ On peut néanmoins imaginer le cas où un bailleur, pensant d'abord avoir affaire à un bail à loyer, réalise ensuite qu'il s'agit d'un bail à ferme. S'il a éliminé des défauts de moyenne importance, qui auraient dû être pris en charge par le fermier, il pourra se faire

juste titre s'il s'agit effectivement d'un bail à ferme (art. 284 CO), à tort s'il s'agit d'un bail à loyer (art. 259 CO) – à demander au bailleur de procéder aux travaux d'entretien et aux réparations des défauts de moyenne importance¹⁴⁸.

98. 2° Si le bailleur considère avoir conclu un bail à ferme alors que l'usager pense que c'est un bail à loyer, le second va exiger du premier qu'il répare les défauts de moyenne importance et procède au bon entretien de la chose, ce qu'il devrait en principe refuser de faire.

Si l'usager a raison (le contrat est un *bail à loyer*), il peut recourir aux remèdes prévus aux art. 258 al. 3 CO et 259a ss CO, notamment procéder à une exécution par substitution en effectuant les réparations aux frais du bailleur (art. 259b let. b CO)¹⁴⁹.

Si le bailleur a raison (le contrat est un *bail à ferme*), le bon entretien de la chose est à la charge du fermier (art. 284 CO). Si celui-ci ne l'effectue pas, il y a inexécution contractuelle. Le bailleur peut alors procéder à une exécution par substitution aux conditions de l'art. 98 al. 1 CO¹⁵⁰. Il peut également obtenir la condamnation du fermier au paiement de dommages-intérêts pour le dommage consécutif au défaut non réparé (art. 97 et 98 al. 1 i.f. CO), par exemple si la non-réparation de tuiles cassées endommage des meubles ou des installations de la chose affermée¹⁵¹. L'art. 285 al. 1 et 2 CO permet enfin au bailleur de résilier le bail de manière anticipée après avertissement lorsque le fermier ne respecte pas ses devoirs contractuels, dont l'obligation d'entretien de l'art. 284 CO fait partie¹⁵².

rembourser par le fermier, de manière analogue à ce qui est prévu en droit du bail à loyer lorsque le bailleur prend à sa charge l'élimination de menus défauts, qui aurait dû être payée par le locataire (cf. CPra Bail-AUBERT, art. 259 N 17).

148 Nous admettons que le bailleur ne se plaindra pas de la prise en charge par le locataire de réparations qu'il aurait dû prendre en charge selon sa propre conception.

149 CPra Bail-AUBERT, art. 259b N 28.

150 Pour des développements plus avancés sur le principe général de l'exécution par substitution prévu à l'art. 98 al. 1 CO, cf. CARRON, Obligations de faire, N 75 ss.

151 Pour des développements généraux sur le dommage consécutif au défaut, cf. CARRON/FÉROLLES, N 1 ss.

152 ZKomm-HIGI, art. 285 N 8-9. Selon le TF, il s'agit d'une institution reprise du bail à loyer (art. 257f al. 3 et 4 CO), et l'on peut par conséquent lui appliquer la jurisprudence correspondante (TF du 10.02.2012, 4A_644/2011, cons. 3.1).

99. En cas de *confusion* relative à la nature du contrat, les conséquences sont les suivantes :
100. 1° Si les deux parties croient (à tort) avoir affaire à un bail à ferme, si le défaut est de moyenne importance, et si le locataire prend dans un premier temps à sa charge sa suppression, il faut se demander s'il peut réclamer au bailleur le remboursement de ces frais d'entretien dans un second temps, en invoquant les règles du bail à loyer. L'art. 259*b* CO ne s'applique que si le bailleur a connaissance du défaut. Le locataire voulant exiger du bailleur la suppression du défaut de moyenne importance doit en principe effectuer un avis préalable¹⁵³. Ce n'est que si le bailleur ne répare pas le défaut dans un délai convenable que le locataire peut se charger de la réparation, aux frais du bailleur sans autorisation du juge (art. 259*b* let. b CO). Dans notre hypothèse, le locataire n'annonce pas préalablement le défaut au bailleur. Si le bailleur ne ratifie pas ultérieurement les mesures d'entretien effectuées, les règles de la gestion d'affaires sans mandat entrent en considération¹⁵⁴. Si les travaux sont effectués dans l'intérêt unique du locataire, il s'agit d'une gestion d'affaires imparfaite (art. 423 CO). Si, au contraire, le locataire veut agir dans l'intérêt du bailleur, la gestion est parfaite (art. 422 CO) et peut être soit régulière (si elle est effectivement dans son intérêt), soit irrégulière (si elle n'est pas justifiée par cet intérêt, voire si elle est contraire à la volonté du maître)¹⁵⁵.
101. Si le locataire, sans remettre en question la qualification erronée du contrat, refuse de supprimer le défaut en affirmant qu'il nécessite une grosse réparation au sens de l'art. 279 CO, le juge doit qualifier le contrat de manière autonome et constater qu'il s'agit d'un bail à loyer. Il doit ensuite déterminer la catégorie du défaut : en cas de défaut de moyenne importance, il doit protéger le locataire dans la mesure où ses conclusions correspondent à l'un des remèdes prévus aux art. 259*a* ss CO et où l'état de fait permet de constater que les conditions de la disposition légale applicable sont remplies.
102. 2° Si les deux parties sont (à tort) d'avis qu'il s'agit d'un bail à loyer, le fermier ne prendra pas à sa charge l'élimination des défauts de moyenne

¹⁵³ CR-CO I-LACHAT, art. 259*b* N 3.

¹⁵⁴ RVJ 2014, p. 166, cons. 9 (dans une affaire de bail à ferme agricole).

¹⁵⁵ RVJ 2014, p. 166, cons. 9.2.

importance, contrairement à ce que prévoit l'art. 284 CO, et exigera la remise en état de la chose par le bailleur en vertu de l'art. 259b CO. Si le bailleur, sans remettre en question la qualification erronée, conteste la catégorie du défaut en alléguant qu'il est menu (au sens de l'art. 259 CO), le juge devra d'abord déterminer qu'il s'agit d'un bail à ferme, puis définir la catégorie du défaut et n'imposer une remise en état au bailleur que s'il s'agit d'une grosse réparation au sens de l'art. 279 CO.

c. Rénovations et modifications par le fermier

1° Modification du mode d'exploitation

103. Aussi bien le *bail à loyer* que le *bail à ferme* interdisent à l'usager de rénover ou de modifier l'objet du contrat, sauf autorisation écrite du bailleur (art. 260a al. 1 et art. 289a al. 1 let. b CO¹⁵⁶). Ces dispositions sont *impératives*¹⁵⁷.
104. Toutefois, on peut relever la *différence* suivante. Dans le *bail à ferme*, l'interdiction de modification s'étend au mode d'exploitation. Le consentement du bailleur est nécessaire lorsque le fermier souhaite, même sans modifier la chose affermée, apporter des changements essentiels à la manière de l'exploiter, si les effets peuvent persister après la fin du bail (art. 289a al. 1 let. a CO)¹⁵⁸. Cette disposition est impérative¹⁵⁹.
105. Par *exemple*, si le fermier décide de transformer le concept d'un hôtel familial en établissement pour célibataires ou pour une clientèle plus raffinée, hostile au bruit provoqué par les enfants, il a besoin du consentement écrit du bailleur¹⁶⁰. En effet, ce changement d'exploitation

¹⁵⁶ Pour le bail à loyer : CARRON, Travaux de construction, N 126 ; CPra Bail-AUBERT, art. 260a N 12. Pour le bail à ferme, CR-CO I-RONCORONI, art. 289a N 1 à 3.

¹⁵⁷ Pour le bail à loyer : BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE, art. ²⁶⁰-260a N 7 ; pour le bail à ferme : CR-CO I-RONCORONI, art. 289a N 7 ; les délais de résiliation prévus à l'art. 289a al. 3 CO sont en revanche de nature relativement impérative en faveur du fermier (CPra Bail 2-CARRON, art. 289a N 3).

¹⁵⁸ ZKomm-HIGI, art. 289a N 7 s. ; CR-CO I-RONCORONI, art. 289a N 2.

¹⁵⁹ ZKomm-HIGI, art. 289a N 5.

¹⁶⁰ Exemple inspiré de ZKomm-HIGI, art. 289a N 14.

est essentiel et aura des répercussions sur le type de clientèle au-delà de la durée du bail¹⁶¹.

106. En cas de changement du mode d'exploitation selon l'art. 289a al. 1 let. a CO non autorisé par écrit par le bailleur, celui-ci bénéficie d'un *droit de résiliation extraordinaire* si le fermier ne rétablit pas l'ancien mode d'exploitation dans un délai convenable (art. 289a al. 3 CO)¹⁶². A la différence de l'art. 285 CO et de l'art. 257f al. 3 CO, cette disposition n'exige pas que le bail soit devenu insupportable pour le bailleur.
107. Si les parties *divergent* quant à la qualification du contrat et qu'un fermier, considérant à tort être locataire, modifie le mode d'exploitation sans demander l'autorisation écrite du bailleur¹⁶³, le bailleur peut se fonder sur l'art. 289a al. 3 CO pour exiger une « remise en état », c'est-à-dire une reprise de l'ancien mode d'exploitation, dans un délai convenable. Si le fermier refuse de s'exécuter, le bailleur peut résilier le bail aux conditions de l'art. 289a al. 3 CO.
108. En cas de *confusion* par les deux parties, le juge doit qualifier le contrat de manière autonome, puisque les dispositions pertinentes sont de nature impérative. Si le juge constate que le conflit des parties concerne une modification du mode d'exploitation (et pas des travaux de rénovation ou de modification de la chose dépassant le bon entretien de celle-ci), il l'autorisera ou l'interdira selon qu'il qualifiera le contrat de bail à loyer ou à ferme.

2° Indemnité en fin de bail

109. A la fin du bail, les *deux contrats* prévoient que l'usager a droit, à certaines conditions, à une indemnité pour l'accomplissement des travaux de rénovation et de modification autorisés (art. 260a al. 3 et art. 299 al. 2 CO). La réglementation légale est *dispositive*¹⁶⁴.

¹⁶¹ Un retour au concept familial nécessiterait en effet des moyens financiers importants.

¹⁶² Cf. la version allemande qui utilise l'expression « rückgängig machen ». Eg. ZKomm-HIGI, art. 289a N 29 ss.

¹⁶³ La situation inverse où le locataire pense être fermier et s'abstient d'une modification du mode d'exploitation ne pose en principe pas de problème.

¹⁶⁴ Pour le bail à loyer : CARRON, Travaux de construction, N 157 et les réf. cit. Pour le bail

110. Les deux régimes présentent la *différence* suivante. Alors que le *locataire* n'a droit à une telle indemnité que si la rénovation ou la modification a apporté une « plus-value considérable » à la chose louée (art. 260a al. 3 CO)¹⁶⁵, le *fermier* a déjà droit à une indemnité pour toute « amélioration » résultant de rénovations ou de modifications qui dépasse le bon entretien de la chose (art. 299 al. 2 CO)¹⁶⁶. Cette différence entre les deux régimes est atténuée par le fait que le fermier a une obligation d'entretien plus étendue que le locataire (N 94) et que les travaux d'entretien ne justifient aucune indemnité sur la base de l'art. 299 al. 2 CO¹⁶⁷.
111. Lorsque les parties *divergent* quant à la nature du contrat et que l'usager affirme qu'il s'agit d'un bail à ferme¹⁶⁸, un conflit peut surgir à la fin du bail lorsque la plus-value découlant des rénovations ou de modifications n'est pas considérable. Dans un tel cas, le juge doit qualifier le contrat, appliquer le régime pertinent et accorder ou non l'indemnité en question.
112. Une *confusion* quant à la nature du bail ne pose pas de problème particulier. En effet, les deux dispositions relatives aux conditions d'octroi de l'indemnité étant dispositives (N 109), les parties peuvent convenir, même tacitement, d'un autre régime que celui prévu par la loi.

2. Rémunération

a. Terme de paiement

113. Le jour où le versement de la rémunération est dû *diffère* selon que les parties ont conclu un bail à loyer ou à ferme.

à ferme : ATF 93 II 97, cons. 5 ; Message, FF 1985 I 1457 ; ZKomm-HIGI, art. 299 N 10, qui réserve à raison l'hypothèse (peu probable) d'une convention dérogeant à l'art. 299 al. 2 CO mais violant l'art. 299 al. 4 CO. Eg. CPra Bail 2-CARRON, art. 299 N 3. D'un avis apparemment différent, CR-CO I-RONCORONI, art. 299 N 7.

¹⁶⁵ CPra Bail-AUBERT, art. 260a N 28.

¹⁶⁶ BaKomm OR I-STUDER/KOLLER, art. 289a N 2a ; CR-CO I-RONCORONI, art. 299 N 3, qui mentionne à raison la précision découlant de l'art. 289a al. 1 let. b CO.

¹⁶⁷ Dans ce sens, ZKomm-HIGI, art. 299 N 36.

¹⁶⁸ Lorsque le bailleur affirme (à tort ou à raison) que c'est un bail à ferme, il ne devrait pas y avoir de problème, car l'usager ne verra aucun inconvénient à obtenir une indemnité même si la plus-value de ces rénovations ou modifications n'est pas considérable.

114. Les dispositions applicables sont toutefois de droit *dispositif*¹⁶⁹ et réservent, en outre, l'usage local¹⁷⁰. Par conséquent, une convention prévoyant notamment le paiement du loyer ou du fermage à l'avance est valable¹⁷¹.
115. Pour le *bail à loyer*, le terme de paiement du loyer et des frais accessoires est à la fin du mois pour le mois en cours, ou au plus tard à la fin du bail (art. 257c CO).
116. S'agissant du *bail à ferme*, la loi fixe le terme de paiement du fermage et des frais accessoires à la fin de chaque année de bail, mais au plus tard à la fin du bail (art. 281 al. 1 CO).
117. Une *divergence* des parties quant à la nature du contrat de bail ne pose en principe pas de problème, dans la mesure où elles ont fixé conventionnellement le jour du paiement ou lorsque l'usage local prévoit un terme identique. En revanche, lorsque l'usage local n'est pas le même pour les baux à loyer ou à ferme ou lorsque le régime légal s'applique, il faut considérer les hypothèses suivantes :
118. 1° Si l'usager pense (à tort) avoir affaire à un bail à ferme alors qu'il s'agit d'un bail à loyer¹⁷², il payera son loyer en retard (fin de l'année au lieu de fin du mois). Il sera alors en demeure et le bailleur pourra résilier le bail conformément à l'art. 257d CO.
119. 2° Si le bailleur considère (à tort) qu'il s'agit d'un bail à loyer, il risque de résilier le bail dès le non-paiement de la rémunération à la fin d'un mois de bail, en croyant que l'usager est en demeure. Ce congé sera inefficace, car

¹⁶⁹ BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE, art. 257c N 3 (bail à loyer) ; CR-CO I-RONCORONI, art. 281 N 1 (bail à ferme).

¹⁷⁰ BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE, art. 257c N 2. Pour les baux à loyer, l'art. 1 CCR et l'art. 7 RULV prévoient un terme de paiement par mois d'avance et ces règles sont relativement impératives (cf. CPra Bail-BISE/PLANAS, art. 257c N 27).

¹⁷¹ BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE, art. 257c N 3 (bail à loyer) ; CR-CO I-RONCORONI, art. 281 N 2 (bail à ferme).

¹⁷² La situation inverse (usager pensant à tort avoir affaire à un bail à loyer alors qu'il s'agit d'un bail à ferme) ne pose en principe pas de problème, car le fermier paiera son fermage à la fin de chaque mois, ce dont le créancier ne se plaindra pas en principe, étant précisé que le bailleur pourrait refuser un paiement partiel conformément à l'art. 69 CO (cf. CR-CO I-HOHL, art. 69 N 4).

une condition matérielle de l'art. 282 CO – le non-respect du terme de paiement de l'art. 281 al. 1 CO – ne sera pas remplie¹⁷³.

120. Une *confusion* des parties quant à la qualification du contrat ne pose en principe pas de problème, car les termes et délais de paiement sont de droit dispositif. Les parties peuvent déroger au système légal, y compris de manière tacite.

b. Délai de paiement en cas d'arriérés

121. Dans les deux contrats, lorsque l'usager est en demeure pour le paiement de la rémunération ou des frais accessoires, le bailleur peut lui fixer un délai de paiement avec menace de résiliation de bail en cas de non-exécution. Ce délai *diffère* selon la nature du contrat :
122. Pour le *bail à loyer*, ce délai est de 30 jours au moins pour les habitations ou les locaux commerciaux, et de 10 jours au moins pour les autres types de baux à loyer (art. 257d al. 1 CO).
123. Pour le *bail à ferme*, le délai minimal est plus long : il se monte à 60 jours (art. 282 al. 1 CO)¹⁷⁴.
124. En cas de non-paiement à l'échéance du délai, le bailleur peut *résilier le contrat avec effet immédiat*, quelle que soit la nature du bail (art. 257d al. 2 et 282 al. 2 CO). Si le contrat a pour objet des habitations ou des locaux commerciaux, le délai de résiliation est toutefois de 30 jours pour la fin d'un mois.
125. Les art. 275d et 282 CO sont *absolument impératifs*¹⁷⁵. Les parties ne peuvent par exemple pas convenir d'une fin automatique du bail en cas de non-paiement de la rémunération¹⁷⁶. Les délais comminatoires de paiement

¹⁷³ CR-CO I-RONCORONI, art. 282 N 1 qui renvoie à l'art. 257d CO. Cf., pour la disposition correspondante en droit du bail, CPra Bail-WESSNER, art. 257d N 40 s.

¹⁷⁴ RONCORONI, FJS 835, p. 2. Pour une illustration, cf. ATF 103 II 247, cons. 2a, JdT 1978 I 504.

¹⁷⁵ Pour le bail à loyer : CPra Bail-WESSNER, art. 257d N 40 s. Pour le bail à ferme : CR-CO I-RONCORONI, art. ²⁸² N 3.

¹⁷⁶ BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE, art. 257d N 4 (bail à loyer) ; CR-CO I-RONCORONI, art. 282 N 3 (bail à ferme).

et de résiliation peuvent néanmoins être prolongés en faveur du fermier. En ce sens, lesdites dispositions sont *relativement impératives*¹⁷⁷.

126. En cas de *divergence* sur la nature du contrat, il faut distinguer les hypothèses suivantes :
127. 1° Si le bailleur croit (à tort) être lié par un bail à loyer, il risque d'imposer un délai de paiement trop court (30 jours au lieu de 60). Dans ce cas, la menace de résiliation ne produit aucun effet, c'est-à-dire que le congé prononcé après ce délai est inefficace¹⁷⁸.
128. 2° Si le bailleur pense (à tort) être lié par un bail à ferme, il fixera un délai comminatoire de 60 jours, soit supérieur à 30 jours. Cela ne pose en principe pas de problème, car l'art. 257d CO est relativement impératif et n'interdit pas au bailleur d'accorder un délai plus long.
129. 3° Si le fermier pense (à tort) avoir affaire à un bail à ferme, il considérera (à tort) que le congé donné par le bailleur à l'issue du délai comminatoire de 30 jours est inefficace, alors que celui-ci produira ses effets.
130. 4° Si le locataire considère (à tort) avoir affaire à un bail à loyer, cela ne pose en principe pas de problème, car il interprétera le délai comminatoire de 60 jours fixé par le bailleur comme une dérogation admissible au délai minimum de l'art. 257d al. 1 CO.
131. En cas de *confusion*, deux situations sont imaginables :
132. 1° Si les deux parties considèrent (à tort) que leur contrat est un bail à ferme, il n'y a en principe pas de problème. En effet, le bailleur fixera un délai comminatoire de 60 jours, qui est admissible vu le caractère relativement impératif du délai fixé dans l'art. 257d CO.
133. 2° Si, en revanche, les parties retiennent (à tort) un bail à loyer, si le bailleur fixe un délai comminatoire de 30 jours et si une contestation naît ensuite quant à la validité du congé, toute autorité amenée à s'exprimer sur ce point, y compris l'autorité d'expulsion, devra d'abord qualifier la convention de bail à ferme, ensuite vérifier le respect de l'art. 282 CO et

¹⁷⁷ BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE, art. 257d N 5 (bail à loyer) ; CR-CO I-RONCORONI, art. 282 N 3 (bail à ferme).

¹⁷⁸ CR-CO I-RONCORONI, art. 282 N 2. Cf. CPra Bail-WESSNER, art. 257d N 41, valable pour le bail à loyer.

finaleme nt constater d'office l'inefficacité du congé, faute pour le bailleur d'avoir fixé un délai comminatoire d'au moins 60 jours¹⁷⁹.

III. Fin du contrat

134. La troisième partie traite successivement des causes ordinaires (A.) et extraordinaires (B.) mettant fin au contrat, avant d'aborder les questions relatives à la liquidation du bail (C.).

A. Causes ordinaires

1. « Fin » d'un contrat de durée déterminée par reconduction tacite

135. Quelle que soit la nature du bail, un contrat de durée déterminée reconduit tacitement se transforme en bail de durée indéterminée (art. 266 al. 2 CO et art. 295 al. 2 et 3 CO)¹⁸⁰.
136. Toutefois, les régimes diffèrent quant aux *termes de résiliation* applicables :
137. Lorsqu'un *bail à loyer* de durée déterminée est reconduit tacitement, on présume qu'il se transforme en bail à durée indéterminée (art. 266 al. 2 CO)¹⁸¹. Le bail peut être alors résilié selon les délais et termes de congé légaux, c'est-à-dire pour la fin d'un semestre, d'un trimestre ou d'un mois de bail, selon l'objet du bail (cf. art. 266a ss CO).
138. Lorsqu'un *bail à ferme* de durée déterminée est reconduit tacitement, il se renouvelle d'année en année, sous réserve d'une convention contraire (art. 295 al. 2 CO)¹⁸². Les parties peuvent alors résilier le bail renouvelé en

¹⁷⁹ CR-CO I-RONCORONI, art. 282 N 2. Eg. CPra Bail-WESSNER, art. 257d N 40 s., valable pour le bail à loyer.

¹⁸⁰ Pour le bail à loyer : CR-CO I-LACHAT, art. 255 N 5. Pour le bail à ferme : ZKomm-HIGI, art. 295 N 27.

¹⁸¹ Les parties peuvent renverser cette présomption et prouver qu'elles ont eu tacitement l'intention de prévoir la reconduction tacite du bail pour une durée déterminée. (BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE, art. 266 N 2 ; CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY, art. 266 N 6).

¹⁸² CR-CO I-RONCORONI, art. 295 N 2 s.

observant le délai de congé légal de six mois pour la fin d'une année économique de bail (art. 295 al. 3 et 296 CO).

139. Le régime légal est de nature *dispositive* dans les deux contrats¹⁸³.
140. En cas de *divergence* entre les parties ou de *confusion* de leur part quant à la nature du bail, l'une ou les deux appliqueront (à tort) l'art. 266 al. 2 CO ou l'art. 295 CO. Si l'une des parties résilie ensuite le contrat en se fondant sur les dispositions du mauvais contrat et que ce congé est contesté, le juge doit commencer par qualifier la relation contractuelle. Si le congé donné ne respecte pas le terme prévu aux art. 266a ss CO (en cas de bail à loyer) ou à l'art. 295 al. 3 CO (en cas de bail à ferme), le juge doit reporter ses effets au prochain terme pertinent (congé reportable ; art. 266a al. 2 et art. 296 al. 3 CO).

2. Fin du bail de durée indéterminée

a. Termes et délais

141. En cas de bail de durée indéterminée, les *délais et termes* de congé diffèrent selon le contrat envisagé :
142. Dans le *bail à loyer*, terme et délai de congé dépendent de l'objet loué (art. 266b ss CO). Pour les habitations, il faut observer un délai de congé de trois mois pour le terme fixé par l'usage local ou, à défaut, pour la fin d'un trimestre de bail (art. 266c CO). Pour les locaux commerciaux, il est de six mois pour le terme fixé par l'usage local ou, à défaut, pour la fin d'un trimestre de bail (266d CO). Le délai est de deux semaines pour la fin d'un mois de bail pour les chambres meublées, les places de stationnement et les autres installations analogues (art. 266e CO). Pour les autres immeubles et constructions mobilières, le délai de congé est de trois mois pour le terme fixé par l'usage local ou, à défaut, pour la fin d'un semestre de bail (art. 266b CO). La résiliation d'un bail de choses mobilières doit respecter un délai de trois jours pour n'importe quel terme (art. 266f CO).
143. S'agissant des *baux à ferme*, la distinction repose aussi sur l'objet affermé (art. 296 CO). Pour des habitations ou des locaux commerciaux, le délai de

¹⁸³ Pour le bail à ferme, cf. RONCORONI, FJS 832, p. 10. Nous présenterons les situations fondées sur le régime légal uniquement.

résiliation est d'au minimum six mois pour le terme fixé par l'usage local ou, à défaut pour la fin d'un trimestre de bail (art. 296 al. 2 CO). Pour les autres baux, le délai reste de six mois, mais il n'y a pas de terme défini, sous réserve d'une convention des parties, de l'usage local ou si la nature de la chose laisse présumer une autre volonté des parties (art. 296 al. 1 CO)¹⁸⁴.

144. Les dispositions relatives à la fixation d'un *terme* sont de droit *dispositif* (art. 266a al. 1 CO et art. 296 al. 1 et 2 CO)¹⁸⁵.

Pour les *délais* de résiliation, les règles sont *relativement impératives* pour les baux d'habitations et de locaux commerciaux : les parties peuvent convenir de délais de préavis plus longs et qui peuvent différer selon la partie qui résilie (art. 266a al. 1 CO et art. 296 al. 2 CO)¹⁸⁶. Pour les autres baux à ferme, l'art. 296 al. 1 CO est de droit *dispositif* et autorise les parties à fixer un délai de congé plus court (ou plus long) que six mois¹⁸⁷.

145. Pour les *divergences* ou *confusions* quant à la qualification du contrat, l'on peut appliquer par analogie les développements consacrés à la reconduction tacite d'un contrat de bail à durée déterminée (cf. N 140 ss).

b. Logement de famille

146. Dans le cadre du *bail à loyer*, les art. 266m à 266o CO instaurent un régime de protection pour le logement de famille. Lorsqu'un seul des époux est partie au contrat, il ne peut pas le résilier sans l'accord exprès de son conjoint ou de son partenaire enregistré (art. 266m al. 1 et 3 CO)¹⁸⁸. De plus, le congé donné par le bailleur ainsi que la menace de résiliation en cas de demeure du locataire doivent être notifiés séparément au locataire et à son conjoint ou à son partenaire enregistré (art. 266n CO)¹⁸⁹. Si ces

¹⁸⁴ La nature de la chose concerne notamment les immeubles agricoles de petite étendue non soumis à la LBFA et pour lesquels les termes de printemps et d'automne s'appliquent (Message, FF 1985 I 1455).

¹⁸⁵ CPra Bail-MONTINI, art. 266 N 4.

¹⁸⁶ Le délai à respecter par le bailleur doit être plus long que celui du locataire (ATF 114 II 339, cons. 2a, JdT 1989 I 174). Eg. CPra Bail-MONTINI, art. 266 N 4).

¹⁸⁷ CR-CO I-RONCORONI, art. 296 N 5 ; CPra Bail 2-CARRON, art. 296 N 2.

¹⁸⁸ CPra Bail-BARRELET, art. 266m N 16.

¹⁸⁹ CPra Bail-BARRELET, art. 266n N 5 ss.

dispositions ne sont pas respectées, le congé est nul (art. 266o CO). En outre, l'art. 273a al. 1 et 3 CO permet au conjoint ou au partenaire enregistré du locataire d'exercer les droits du locataire en cas de congé, en particulier, de contester le congé et de demander la prolongation du bail.

147. Ces dispositions sont de nature *impérative*¹⁹⁰.
148. Le *bail à ferme* ne prévoit aucune disposition équivalente. L'art. 300 al. 2 CO exclut même expressément l'application de l'art. 273a CO au bail à ferme. Par conséquent, le conjoint ou le partenaire enregistré du fermier ne peut pas contester le congé, ni demander la prolongation du contrat, ni exercer un des autres droits conférés au fermier par le CO, même si l'objet affermé comprend des locaux destinés au logement de la famille du fermier¹⁹¹.
149. La *différence* entre les deux régimes découle du fait que l'objet principal du bail à ferme n'est pas l'usage d'un logement de famille, mais l'exploitation par le fermier de l'objet affermé¹⁹².
150. En cas de *divergence* quant à la nature du contrat, les hypothèses suivantes sont envisageables :
151. 1° Si l'usager pense (à tort) avoir conclu un bail à ferme, il résiliera le bail sans présenter l'accord écrit de son conjoint. De même, si le bailleur juge (à tort) être lié par un bail à ferme, il notifiera la résiliation uniquement au locataire, à l'exclusion du conjoint. Vu la violation des art. 266m ou 266n CO, le congé sera nul, conformément à l'art. 266o CO.
152. 2° Si le fermier ou le bailleur croit (à tort) avoir affaire à un bail à loyer, la situation ne posera pas de problème. En effet, les parties respecteront les prescriptions des art. 266m ss CO, bien que cela ne soit pas nécessaire. L'information du conjoint ou l'accord écrit de celui-ci n'affecteront pas la validité du congé. Précisons que, même dans ce cas, le juge devra rejeter, faute de légitimation active, l'action du conjoint du fermier qui conteste le congé ou demande la prolongation du bail, puisque l'art. 273a CO ne s'applique pas au bail à ferme (art. 300 al. 2 CO).

¹⁹⁰ Pour le bail à loyer : CPra Bail-BARRELET, art. 266m N 1, art. 266n N 1. Pour le bail à ferme : CR-CO I-RONCORONI, art. 300 N 4.

¹⁹¹ CR-CO I-RONCORONI, art. 300 N 2.

¹⁹² CR-CO I-RONCORONI, art. 300 N 3.

153. En cas de *confusion*, la situation est la suivante :
154. 1° Si les deux parties pensent (à tort) être liées par un bail à ferme, le congé ne respectera pas les prescriptions des art. 266*m* s. CO. Par conséquent, le congé sera nul (art. 266*o* CO). La nullité peut être constatée d'office et en tout temps par toute autorité compétente pour examiner les effets du congé¹⁹³.
155. 2° Si les deux parties pensent (à tort) qu'il s'agit d'un bail à loyer et respectent les formes de congé des art. 266*m* ss CO (en l'occurrence inapplicables), un problème se pose si le conjoint du fermier, qui n'est pas partie au bail, conteste le congé ou demande la prolongation du bail. Dans un tel cas, le juge devra qualifier le contrat de bail à ferme, constater que le conjoint n'a pas la légitimation active et rejeter sa demande.

B. Causes extraordinaires

1. Faillite de l'usager

156. Le droit du bail à loyer et celui du bail à ferme prévoient *tous deux* un mécanisme de fin de contrat en cas de faillite de l'usager, postérieure à la délivrance de la chose. Ils *diffèrent* toutefois en ce sens que le bail à loyer autorise le bailleur à signifier un congé au sens propre du terme, alors que le bail à ferme prévoit en principe la fin automatique du contrat¹⁹⁴.
157. Selon le *bail à loyer*, le bailleur peut exiger par écrit, du locataire en faillite ou de l'administration de la faillite, la fourniture de sûretés dans un délai convenable¹⁹⁵, pour garantir les loyers et frais à échoir (art. 266*h* al. 1 CO). Le montant des sûretés doit couvrir le loyer et les frais accessoires jusqu'à la fin du contrat de durée déterminée ou jusqu'à la première échéance de résiliation pour un contrat de durée indéterminée¹⁹⁶. Si les sûretés ne sont pas fournies, et seulement dans ce cas, le bailleur peut résilier le bail avec

¹⁹³ CPra Bail-BARRELET, art. 266*o* N 6 et les réf. cit.

¹⁹⁴ RONCORONI, FJS 838, p. 4.

¹⁹⁵ CPra Bail-BISE/PLANAS, art. 266*h* N 15 et les réf. cit., selon qui le délai est d'une à deux (voire trois) semaines.

¹⁹⁶ CR-CO I-LACHAT, art. 266*h* N 3.

effet immédiat (art. 266h al. 2 CO). Si le bailleur n'exige pas de sûretés selon les formes prescrites, le congé donné ultérieurement est inefficace¹⁹⁷.

158. Le droit du *bail à ferme* prévoit un mécanisme différent. Le contrat prend en principe fin automatiquement à l'ouverture de la faillite du fermier (art. 297a al. 1 CO)¹⁹⁸. Toutefois, si des sûretés suffisantes sont fournies, le bailleur doit laisser subsister le contrat jusqu'à la fin de l'année de bail¹⁹⁹ (art. 297a al. 2 CO)²⁰⁰. Le montant des sûretés doit couvrir le fermage, les frais accessoires et l'état contractuel de l'inventaire jusqu'à la fin de l'année de bail²⁰¹. En contrepartie, le bailleur n'a pas de prétention envers le fermier fondée sur l'inexécution du contrat²⁰². De plus, l'administration de la faillite ne peut succéder au fermier qu'avec le consentement du bailleur, car les compétences personnelles et professionnelles du fermier sont déterminantes pour la continuation du bail²⁰³.
159. En cas de *divergence* entre les parties, il faut distinguer les situations suivantes :
160. 1° Le bailleur se fonde (à tort) sur les dispositions du bail à loyer. Il demandera des sûretés au locataire et à l'administration de la faillite, conformément à l'art. 266h al. 1 CO (pourtant inapplicable). Si les sûretés ne sont pas fournies dans un délai raisonnable, le bailleur résiliera le bail avec effet immédiat. En cas de contestation, le juge qualifiera le contrat de bail à ferme et constatera que, faute de fourniture de sûretés par le fermier, le contrat a pris fin *ex lege* lors de l'ouverture de la faillite (art. 297a al. 1 CO). En cas de fourniture de sûretés, le bail à ferme ne sera prolongé *ex lege* que jusqu'à la fin de l'année de bail. Toutefois, le bailleur, se fondant (à tort) sur les dispositions du bail à loyer, tolérera certainement le fermier au-delà de ce terme. Le comportement des parties pourrait alors

197 ATF 121 III 156, cons. 1c ; CPra Bail-BISE/PLANAS, art. 266h N 13.

198 CR-CO I-RONCORONI, art. 297a N 1 ; ROBERT-TISSOT, N 1223.

199 Le contrat prend fin automatiquement à la fin de l'année, sans que le bailleur ne doive effectuer un acte juridique quelconque.

200 CR-CO I-RONCORONI, art. 297a N 2, qui indique deux semaines en se référant à la doctrine concernant l'art. 266h CO pour le bail à loyer.

201 CPra Bail 2-CARRON, art. 297a N 20 ; ZKomm-HIGI, art. 297a, N 17.

202 RONCORONI, FJS 838, p. 4.

203 CR-CO I-RONCORONI, art. 297a N 4.

être interprété comme la conclusion tacite d'une convention pour un nouveau bail à ferme.

161. 2° Si le bailleur applique (à tort) les dispositions du bail à ferme, il informera l'usager (ou l'administration de la faillite) de la fin *ex lege* du contrat de bail sans avoir exigé de sûretés. Ce procédé violera l'art. 266h CO et le bail restera valable. Le bailleur pourra soit reprendre la procédure de l'art. 266h CO et demander des sûretés²⁰⁴, soit résilier le bail de manière ordinaire.
162. 3° Si l'usager (ou l'administration de la faillite) se fonde (à tort) sur les dispositions du bail à ferme, il fournira spontanément des sûretés s'il souhaite faire prolonger son bail jusqu'à la fin de l'année de bail, cela sans attendre que le bailleur lui en fasse la demande. Vu les sûretés fournies, le bailleur, considérant à juste titre avoir affaire à un bail à loyer, ne pourra pas résilier le contrat sur la base de l'art. 266h CO.
163. 4° Si l'usager applique (à tort) les dispositions du bail à loyer, il ne proposera pas de sûretés de manière à prolonger le contrat jusqu'à la fin de l'année de bail. Il commettra l'erreur d'attendre que le bailleur lui demande des sûretés²⁰⁵. Dans ce cas, le bail prendra fin *ex lege*, faute pour le fermier d'avoir fourni des sûretés à temps selon l'art. 297a al. 2 CO.
164. En cas de *confusion* quant à la nature du contrat, on peut envisager les scénarios suivants :
165. 1° Si les deux parties croient (à tort) avoir affaire à un bail à loyer, le bailleur demandera des sûretés. Si les sûretés ne sont pas fournies dans le délai fixé, le bailleur résiliera le bail avec effet immédiat selon l'art. 266h CO (pourtant inapplicable). Cela ne pose pas de problème en pratique, car le bail aura de toute manière pris fin *ex lege* lors de l'ouverture de la faillite (art. 297a al. 1 CO). Si les sûretés sont fournies en suffisance, le bailleur ne résiliera pas le bail, ce qui n'empêchera pas le bail de prendre fin automatiquement à la fin de l'année de bail (art. 297a al. 2 CO). Une fois l'année de bail écoulée, si le bailleur tolère toujours l'usager et que celui-ci

²⁰⁴ L'art. 266h CO peut être invoqué tant que la faillite est en cours (TF, SJ 1975 28, p. 31).

²⁰⁵ Il n'est pas nécessaire que le bailleur fixe un délai, le fermier doit s'exécuter de lui-même (ZKomm-HIGI, art. 297a, N 20).

continue à s'acquitter de la rémunération, le comportement des parties pourrait alors justifier la conclusion tacite d'un nouveau bail à ferme.

166. 2° Si les parties pensent (à tort) qu'il s'agit d'un bail à ferme, le bailleur considérera (à tort) que le bail a pris fin *ex lege* à l'ouverture de la faillite et ne demandera pas de sûretés ni à l'usager ni à l'administration de la faillite. Or, une demande de sûretés est nécessaire avant de pouvoir résilier le bail selon l'art. 266*h* CO. Faute de respecter cette condition, le congé sera inefficace²⁰⁶. Toutefois, si ni l'usager ni l'administration de la faillite ne veulent poursuivre l'exécution du contrat, le comportement conjugué de toutes les parties correspondra à un contrat résolutoire mettant fin conventionnellement au bail.

2. Décès de l'usager

167. Les *deux types de baux* précisent qu'en cas de décès de l'usager, ses héritiers peuvent mettre fin au bail pour les prochains terme et délai de congé légaux, au cas où le contrat prévoirait une échéance plus éloignée (art. 266*i* et art. 297*b* CO). Ces dispositions ont une nature *relativement impérative*²⁰⁷.
168. Le droit du *bail à ferme* va toutefois plus loin et offre également cette possibilité au *bailleur*, qui doit alors observer le délai de congé légal de six mois pour le prochain terme légal (art. 297*b* CO)²⁰⁸. Cette différence s'explique par le fait que les qualités et compétences personnelles et professionnelles du fermier sont déterminantes pour la bonne exécution du bail à ferme, en particulier pour l'exploitation de l'objet du contrat²⁰⁹. La règle est de nature *relativement impérative*²¹⁰.
169. Le *bail à loyer* n'autorise pas le bailleur à résilier le contrat de façon anticipée selon l'art. 266*i* CO. Néanmoins, à certaines conditions, le décès

²⁰⁶ CPra Bail-BISE/PLANAS, art. 266*h* N 23.

²⁰⁷ CR-CO I-LACHAT, art. 266*i* N 6.

²⁰⁸ Faute de résiliation respectant ce terme, le droit prévu par l'art. 297*b* CO s'éteint et le bail à ferme se poursuit (cf. RONCORONI, FJS 838, p. 5 s., avec des détails sur le calcul du délai).

²⁰⁹ CR-CO I-RONCORONI, art. 297*b* N 1.

²¹⁰ RONCORONI, FJS N 832, p. 10.

du locataire peut représenter un juste motif autorisant une résiliation selon l'art. 266g CO, c'est-à-dire à n'importe quel moment, mais en respectant le délai de congé légal²¹¹.

170. Une *divergence* entre les parties quant à la nature du contrat pose les problèmes suivants :
171. 1° Si le bailleur pense (à tort) être lié par un bail à ferme, il risque de résilier le bail, alors que seuls les héritiers du locataire disposent de ce droit²¹². Le congé sera inefficace, faute de remplir toutes les conditions matérielles de l'art. 266i CO. En outre, un congé extraordinaire donné pour un certain motif ne peut être converti en un autre congé²¹³.
172. 2° Si les héritiers pensent (à tort) qu'il s'agit d'un bail à loyer alors que le bailleur a résilié (à juste titre) le bail à ferme sur la base de l'art. 297b CO, les locataires perdront tout procès visant à faire constater la nullité du congé (effectivement valable).
173. En cas de *confusion*, les hypothèses suivantes sont dignes d'intérêt :
174. 1° Si les deux parties appliquent (à tort) les règles du bail à loyer, le bailleur ne résiliera pas le bail de manière anticipée en cas de décès du fermier, alors même qu'il en aurait la faculté. Cela ne pose pas de problème.
175. 2° Si les deux parties appliquent (à tort) les règles du bail à ferme et que le bailleur résilie (à tort) le contrat sur la base de l'art. 297b CO, le congé sera inefficace. Il s'agit d'un vice que devra soulever d'office toute autorité examinant la validité du congé. Si, malgré l'inefficacité du congé, les héritiers acceptent de restituer la chose louée pour le prochain terme légal en observant le délai légal, le comportement des parties pourrait indiquer que le bail a pris fin par contrat résolutoire.

²¹¹ CR-CO I-LACHAT, art. 266i N 7 et les réf. cit.

²¹² Si le bailleur pense (à tort) être lié par un bail à loyer, il ne résiliera pas le contrat sur la base de l'art. 297b CO, ce qui ne posera pas de problème.

²¹³ ATF 135 III 441, cons. 3.3.

C. Liquidation du bail

1. Restitution de la chose

a. Etat de la chose

176. A la fin du *bail à loyer*, le locataire doit restituer la chose « dans un état qui résulte d'un usage conforme au contrat » (art. 267 al. 1 CO). Cette disposition tient compte de l'usure normale de la chose louée, qui ne doit donc pas être restituée dans le même état qu'au premier jour du bail²¹⁴. Si les dégradations dépassent l'usure normale de la chose (art. 267 al. 1 CO a contrario), le bailleur peut demander une indemnité en respectant les conditions de l'art. 267a CO²¹⁵.
177. Dans le *bail à ferme*, le fermier doit rendre la chose et les objets portés à l'inventaire « dans l'état où ils se trouvent » (art. 299 al. 1 CO). On tient alors compte de l'usure normale de la chose et d'une perte normale de substance résultant de l'exploitation²¹⁶. Le bailleur peut exiger une indemnité pour les dégradations que le fermier aurait pu prévenir par une administration diligente (art. 299 al. 3 CO), ce qui inclut notamment le mauvais entretien (art. 284 al. 1 CO) et la perte de productivité de l'exploitation que le fermier a provoquée par une violation de son obligation d'exploiter la chose²¹⁷. Le bailleur peut également demander une indemnité pour les dégradations que le fermier aurait pu prévenir par une administration diligente de la chose affermée.
178. L'art. 267 al. 1 CO et l'art. 299 al. 3 CO sont *relativement impératifs* en faveur de l'usager²¹⁸. Quant à l'art. 299 al. 1 CO (pour ce qui est du devoir de restitution du fermier), il est de nature *impérative*²¹⁹.

²¹⁴ BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE, art. 267 N 19.

²¹⁵ CR-CO I-LACHAT, art. 267 N 3 ; BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE, art. 267 N 19.

²¹⁶ TF du 27.02.2007, 4C.412/2006, cons. 2.2. Eg. TERCIER/FAVRE/BUGNON, N 2856.

²¹⁷ CPra Bail 2-CARRON, art. 299 N 27.

²¹⁸ Pour le bail à loyer : CR-CO I-LACHAT, art. 267 N 8. Pour le bail à ferme : CR-CO I-RONCORONI, art. 299 N 7 ; ZKomm-HIGI, art. 299 N 10.

²¹⁹ CPra Bail 2-CARRON, art. 299 N 3 ; ZKomm-HIGI, art. 299 N 9 ; *contra* : CR-CO I-RONCORONI, art. 299 N 7 qui considère que l'intégralité de l'art. 299 CO est relativement impératif.

179. En cas de *divergence* sur la nature du contrat, les situations suivantes peuvent poser problème²²⁰ :
180. 1° Si le bailleur pense (à tort) être lié par un bail à ferme, il peut exiger de l'usager une indemnité pour défaut d'entretien ou perte de productivité ou d'exploitation, qui n'est pas due en vertu de l'art. 267 al. 1 CO.
181. 2° Si le fermier croit (à tort) être impliqué dans un bail à loyer, il risque de refuser de payer la part de l'indemnité réclamée par le bailleur pour la perte de productivité ou d'exploitation.
182. Dans ces deux hypothèses, le juge retiendra les postes du dommage correspondant à la nature du contrat. En effet, selon le type de bail, le dommage comprend ou non le défaut d'entretien ainsi que la perte de productivité et/ou de non-exploitation²²¹.
183. Une *confusion* des parties quant à la nature du contrat aura les conséquences suivantes :
184. 1° Si les parties croient (à tort) qu'il s'agit d'un bail à loyer, le bailleur ne demandera pas d'indemnité pour défaut d'entretien ou perte de productivité et/ou non-exploitation. Cela ne pose pas de problème, car le comportement des parties peut être interprété comme une dérogation conventionnelle tacite au régime légal, l'art. 299 al. 3 CO étant relativement impératif en faveur du fermier²²².
185. 2° Si les parties pensent (à tort) avoir affaire à un bail à ferme, la situation est plus délicate. Si le bailleur réclame par exemple à l'usager une indemnité au sens de l'art. 299 al. 3 CO comprenant un montant pour diminution de la productivité et que le locataire conteste ce montant (sans en contester le principe), le juge doit qualifier le contrat de bail à loyer, souligner que l'art. 267 CO est relativement impératif en faveur du

²²⁰ Le cas où l'usager pense (à tort) être impliqué dans un bail à ferme ou celui où le bailleur pense (à tort) qu'il s'agit d'un bail à loyer ne pose en principe pas de problème, car le bailleur ne réclamera pas d'indemnité pour défaut d'entretien ou pour perte de productivité ou pour non-exploitation, ce dont l'usager ne se plaindra pas.

²²¹ Précisons encore que, dans la mesure où la maxime de disposition s'applique aux procès en droit du bail, le juge ne peut de toute façon pas statuer *ultra petita*. Cf. CPra Bail-BOHNET/SANDOZ, art. 274d N 26.

²²² CR-CO I-RONCORONI, art. 299 N 7.

locataire et qu'il interdit le versement d'une indemnité visant à compenser une perte de productivité.

b. Indemnité en faveur du fermier

186. Le *fermier* peut demander au bailleur une indemnité pour les soins apportés à la chose allant au-delà du devoir normal d'entretien (art. 299 al. 2 let. a CO). Cette disposition est de nature *dispositive* et nécessite une requête explicite de la part du fermier. Le montant de l'indemnité se calcule conformément aux règles sur l'enrichissement illégitime, en tenant compte de la valeur que représentent les améliorations pour le bailleur à la fin du bail²²³.
187. Une telle indemnité n'existe pas dans le cadre du *bail à loyer*, même si les parties peuvent la prévoir conventionnellement (art. 267 CO).
188. En cas de *divergence* quant à la nature du contrat, il faut distinguer les hypothèses suivantes²²⁴ :
189. 1° Si le bailleur croit (à tort) être lié par un bail à loyer, il refusera de payer une indemnité pour les soins dépassant une administration diligente de la chose. Le fermier pourra ouvrir action et, le cas échéant, obtenir le paiement de l'indemnité si les conditions de l'art. 299 al. 2 CO sont remplies.
190. 2° Si le locataire croit (à tort) être lié par un bail à ferme et qu'il réclame une indemnité pour les soins dépassant l'administration diligente de la chose, le juge rejettera sa demande, faute de base contractuelle ou légale dans les art. 253 ss CO²²⁵.
191. En cas de *confusion* sur la qualification du contrat, les conséquences sont les suivantes :

²²³ Message, FF 1985 I 1457, qui renvoie aux ATF 93 II 97, cons. 5 ; ATF 75 II 38, cons. 4 ; TF du 03.03.2003, 4C.337/2002, cons. 1.1. Eg. CR-CO I-RONCORONI, art. 299 N 4 ; CPra-Bail 2-CARRON, art. 299 N 21.

²²⁴ On se fonde sur le régime légal.

²²⁵ Selon les faits allégués et les preuves offertes, le juge pourrait envisager une application de l'art. 260a al. 3 CO, dont les conditions diffèrent toutefois fortement de celles de l'art. 299 al. 2 let. a CO. Au sujet de l'art. 260a al. 3 CO, cf. CARRON, Travaux de construction, N 155 ss et les réf. cit.

192. 1° Si les deux parties croient (à tort) être liées par un bail à loyer, il n'y aura en principe aucun problème. En effet, le fermier ne réclamera pas d'indemnité pour des améliorations résultant des soins dépassant une administration diligente de la chose, alors que cette manifestation de volonté est une condition d'application de l'art. 299 al. 2 let. a CO.
193. 2° Si les parties croient (à tort) que les règles du bail à ferme s'appliquent et si le bailleur, tout en admettant le principe d'une indemnité selon l'art. 299 al. 2 let. a CO, n'en conteste que le montant, le juge doit commencer par qualifier le contrat de bail à loyer, constater ensuite que les art. 253 ss CO sont applicables et, enfin, analyser éventuellement la question sous l'angle de l'art. 260a al. 3 CO. En principe, une indemnité devrait être refusée au locataire, faute pour la demande de remplir toutes les conditions de l'art. 260a al. 3 CO²²⁶.

2. Remplacement des objets portés à l'inventaire

194. L'art. 299b CO régit la restitution des objets portés à l'inventaire à la fin du *bail à ferme*²²⁷.
195. Aucune disposition équivalente n'existe pour le *bail à loyer*, qui ne connaît pas l'institution de l'inventaire (N 61 ss)²²⁸.
196. Selon l'art. 299b CO, le fermier doit restituer les objets portés à l'inventaire à la fin du bail, de même espèce et valeur, ou payer la moins-value, si les objets estimés ont péri ou ont subi une dépréciation (art. 299b al. 1 CO). Le fermier supporte le risque de disparition ou de dépréciation, à moins que les objets en question aient péri par faute du bailleur ou par force majeure (art. 299b al. 2 CO). L'indemnité est fixée en fonction du

²²⁶ A ce sujet, cf. CARRON, Travaux de construction, N 158 ss et les réf. cit.

²²⁷ Pour les objets non portés à l'inventaire, le bailleur supporte la dépréciation résultant de l'usure normale et de la perte normale de substance de l'exploitation (art. 299 al. 1 CO). Une dépréciation plus importante est à la charge du fermier, sauf s'il prouve qu'il n'a pas commis de faute (art. 299 al. 3 CO). Cela correspond au système du bail à loyer selon lequel l'usure normale de la chose est à la charge du bailleur alors qu'une dépréciation plus importante est à la charge du locataire. A ce sujet, cf. BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE, art. 267 N 19.

²²⁸ Pour les règles concernant la restitution de la chose louée, cf. art. 267 al. 1 CO.

prix des objets au moment de leur restitution²²⁹. En outre, le fermier a droit à une indemnité si les objets de l'inventaire ont une valeur supérieure à leur estimation, qui résulte de ses impenses ou de son travail (art. 299b al. 3 CO)²³⁰.

197. Les alinéas 1 et 2 de l'art. 299b CO sont de nature *relativement impérative* en faveur du fermier²³¹. En revanche, le droit du fermier à une indemnité prévu par l'art. 299b al. 3 CO est de nature *dispositive* et la convention des parties peut exclure ce mécanisme²³².
198. En cas de *divergence* entre les parties, le problème relatif à la qualification du contrat se sera probablement déjà posé au début de bail, au moment de déterminer si un inventaire était nécessaire (N 58 ss). On peut distinguer les hypothèses suivantes :
199. 1° Si aucun inventaire n'a été établi, quelle que soit la qualification du contrat, l'art. 299b CO ne s'applique pas aux objets portés à l'inventaire²³³.
200. 2° Si un inventaire a été établi (à tort) et que le bailleur pense (à tort) être lié par un bail à ferme, il n'obtiendra pas de compensation fondée sur l'art. 299b al. 2 CO, car le juge devra commencer par qualifier le contrat de bail à loyer et constater ensuite l'inapplicabilité de cette disposition.
201. 3° Si un inventaire a été établi et que le fermier affirme ensuite (à tort) être lié par un bail à loyer, le bailleur peut notamment exiger la compensation de la moins-value des objets portés à l'inventaire sur la base de l'art. 299b al. 2 CO²³⁴.
202. En cas de *confusion* des parties sur la nature du contrat, il faut distinguer deux situations :

²²⁹ CR-CO I-RONCORONI, art. 299b N 4 ; CPra Bail 2-CARRON, art. 299b N 15 s.

²³⁰ CR-CO I-RONCORONI, art. 299b N 5. Il s'agit d'une concrétisation du principe exprimé à l'art. 299 al. 2 CO.

²³¹ CR-CO I-RONCORONI, art. 299b N 7.

²³² BaKomm OR I-STUDER/KOLLER, art. 299b N 2b ; CPra Bail 2-CARRON, art. 299b N 2 ; ZKomm-HIGI, art. 299b N 4 s. ; *contra* : CR-CO I-RONCORONI, art. 299b N 7 qui est d'avis que tout l'art. 299b CO est de nature relativement impérative.

²³³ TF du 27.02.2006, 4C.412/2006, cons. 2.2. Eg. ZKomm-HIGI, art. 299b N 4.

²³⁴ Le fermier peut également choisir de restituer des objets de même espèce ou de même valeur. Cf. CPra Bail 2-CARRON, art. 299b N 12 ss et les réf. cit.

203. 1° Si les parties pensent (à tort) qu'il s'agit d'un bail à loyer, le bailleur ne réclamera pas d'indemnité pour des objets qui auraient pu figurer à l'inventaire et qui sont disparus ou ont diminué de valeur. Cette situation est favorable au fermier et ne pose pas de problème, vu le caractère relativement impératif de l'art. 299b al. 1 CO en faveur du fermier.
204. 2° Si les parties croient à tort qu'il s'agit d'un bail à ferme et qu'un litige éclate sur l'indemnité à payer par l'usager, le juge devra dans un premier temps qualifier correctement le contrat de bail à loyer pour finalement refuser d'appliquer l'art. 299b CO.

IV. Questions particulières

205. La dernière partie traite de deux aspects particuliers : le premier a trait au changement de parties (A.), le second évoque aux aspects de procédure (B.).

A. *Changement de parties*

1. Sous-contrat

206. Les sous-contrats sont réglés aux art. 262 CO (sous-location) et 291 CO (sous-affermage). L'art. 262 CO est *relativement impératif* en faveur du locataire²³⁵, tandis que l'art. 291 CO n'a pas une nature uniforme²³⁶. L'alinéa 1 a une double nature : il est *impératif* quant au principe du consentement du bailleur. En revanche, il est *dispositif* dans la mesure où, en vertu d'un silence qualifié, il faut admettre que le bailleur peut refuser sans autre son consentement à un sous-affermage de tout ou partie des locaux ou à la location de la totalité de ceux-ci, sans avoir à se justifier²³⁷.

²³⁵ CR-CO I-LACHAT, art. 262 N 9.

²³⁶ ZKomm-HIGI, art. 291 N 5 ss ; d'un autre avis : CR-CO I-RONCORONI, art. 291 N 10 qui considère que l'intégralité de la disposition est de nature relativement impérative en faveur du fermier.

²³⁷ CERUTTI, 92 s. et 99 ; CPra Bail 2-CARRON, art. 291 N 2 ; LACHAT, Bail des cafés et des restaurants, 256 s. et n. 153 ; ZKomm-HIGI, art. 291 N 30.

Les alinéas 2 et 3 sont, quant à eux, *relativement impératifs* en faveur du fermier²³⁸.

207. Le régime juridique des deux types de baux est *identique* dans la mesure où l’usager peut céder l’usage (et, pour le sous-affermage, la jouissance) de l’objet du contrat avec le *consentement* du bailleur. Le consentement ne conditionne pas la validité du sous-contrat, mais uniquement la possibilité de l’exécuter : si le bailleur parvient à interdire le sous-contrat, le sous-contractant peut alors exiger des dommages-intérêts de la part de l’usager principal (locataire ou fermier) pour inexécution contractuelle²³⁹.
208. En droit du *bail à loyer*, le bailleur ne peut refuser son consentement que dans trois hypothèses alternatives : lorsque le locataire refuse de communiquer les conditions de la sous-location, lorsque les conditions de la sous-location sont abusives, ou encore lorsque la sous-location présente des inconvénients majeurs pour le bailleur (art. 262 al. 2 let. a à c CO)²⁴⁰. Cette liste est exhaustive²⁴¹.
209. En droit du *bail à ferme*, le texte français de l’art. 291 CO contient plusieurs *maladresses* rédactionnelles²⁴². Premièrement, le texte français parle de « sous-location », alors qu’il s’agit de « location ». De plus, la note marginale de l’art. 291 CO (« sous-affermage ») est trop réductrice. Il faut distinguer les hypothèses suivantes :
210. 1° Un *sous-affermage au sens strict*. On entend par là le sous-contrat par lequel le fermier/sous-bailleur cède au sous-fermier, moyennant un fermage, le droit d’user de tout ou partie de la chose affermée et d’en percevoir les fruits²⁴³. Dans ce cas, le bailleur est – sous réserve de l’abus de droit – libre de donner (ou non) son consentement, sans devoir établir l’existence d’un inconvénient majeur ou d’une des autres hypothèses de

²³⁸ CPra Bail 2-CARRON, art. 291 N 2.

²³⁹ Pour le bail à loyer : CR-CO I-LACHAT, art. 262 N 2. Pour le bail à ferme : CR-CO I-RONCORONI, art. 291 N 3.

²⁴⁰ CR-CO I-LACHAT, art. 262 N 3.

²⁴¹ BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE, art. 262 N 16 ; CPra Bail-BISE/PLANAS, art. 262 N 32 ss.

²⁴² CPra Bail 2-CARRON, art. 299 N 3.

²⁴³ CR-CO I-RONCORONI, art. 291 N 1.

l'art. 262 al. 2 CO (ou de l'art. 291 al. 2 CO)²⁴⁴. Cette règle s'explique par l'importance que revêtent les qualités personnelles et professionnelles du fermier (ou du sous-fermier) pour le maintien de la productivité de l'objet affermé²⁴⁵. Par conséquent, la convention interdisant totalement le sous- affermage est licite²⁴⁶.

211. 2° Un *bail à loyer en tant que sous-contrat du bail à ferme*. On entend par là le sous-contrat par lequel le fermier cède à un locataire le droit d'user de tout ou partie de la chose affermée, sans qu'il n'ait pour autant le droit d'en percevoir les fruits. Le régime de l'art. 291 CO impose encore une distinction supplémentaire :
212. a) Si le fermier conclut un bail à loyer pour *toute la chose* affermée, le régime applicable est le même que celui du sous- affermage (N 210).
213. b) Si le fermier conclut un bail à loyer pour une *partie seulement des locaux* de la chose affermée, le bailleur ne peut refuser le sous-contrat que dans les trois hypothèses de l'art. 291 al. 2 CO, à savoir lorsque le fermier refuse de communiquer les conditions du sous-contrat (let. a), lorsque les conditions du sous-contrat sont abusives comparées à celle du fermage (let. b)²⁴⁷, ou encore lorsque le sous-contrat présente des inconvénients majeurs pour le bailleur (let. c)²⁴⁸.
214. En cas de *divergence* des parties quant à la nature du contrat, les hypothèses dignes d'intérêt sont les suivantes :
215. 1° Si le bailleur considère (à tort) être lié par un bail à ferme, il pourrait refuser (à tort) un sous-contrat pour l'ensemble des locaux en invoquant un motif autre que ceux figurant à l'art. 291 al. 2 CO²⁴⁹. Dans ce cas, le

²⁴⁴ RONCORONI, FJS 837, p. 2.

²⁴⁵ CR-CO I-RONCORONI, art. 291 N 8.

²⁴⁶ ZKomm-HIGI, art. 291 N 16.

²⁴⁷ Il faut alors comparer le loyer (du sous-contrat) à la part du fermage payée pour l'usage (à l'exclusion de la part du fermage servant à rémunérer la perception des fruits). Cf. ZKomm-HIGI, art. 299 N 32.

²⁴⁸ Il s'agit avant tout des désavantages relatifs à l'exploitation ou à l'entretien conformes au contrat (art. 283 s. CO). Cf. ZKomm-HIGI, art. 299 N 34.

²⁴⁹ L'hypothèse où le bailleur considère (à tort) qu'il s'agit d'un bail à loyer ne pose en principe pas de problème, car le bailleur renoncera à invoquer des motifs de refus autres que ceux de l'art. 262 CO, ce qui facilitera les démarches du fermier voulant remettre à

locataire – considérant (à raison) qu’il s’agit d’un bail à loyer – peut soit faire constater en justice son droit de sous-louer et d’obtenir l’autorisation du bailleur, soit passer outre le refus du bailleur²⁵⁰. Le locataire s’expose alors à une résiliation anticipée prononcée par le bailleur, mais pourra contester avec succès ce congé. En effet, le juge qualifiera le contrat de bail à loyer, appliquera l’art. 257f al. 3 CO à la résiliation anticipée et, faute de violation grave d’un devoir du locataire, constatera l’inefficacité du congé²⁵¹. Le locataire peut en outre demander au bailleur des dommages-intérêts sur la base de l’art. 97 CO, si le refus fautif lui a causé un préjudice²⁵².

216. 2° Si l’usager croit (à tort) que le contrat principal est un bail à loyer, alors que le bailleur considère (à raison) qu’il s’agit d’un bail à ferme et refuse le sous-contrat – sous-affermage (N 210) ou sous-contrat sous forme de bail à loyer pour la totalité de la chose affermée (N 212) – le refus de ce dernier est valable. Si le fermier passe outre l’interdiction, le bailleur peut en principe résilier le bail de façon immédiate en respectant les conditions de l’art. 285 CO.
217. Une *confusion* quant à la nature du contrat ne pose en principe pas de problème :
218. 1° Si les parties pensent (erronément) avoir conclu un bail à loyer, le bailleur se limitera aux motifs de refus de l’art. 262 CO (pourtant inapplicable) et le fermier, qui propose un sous-contractant, ne s’en plaindra pas.
219. 2° Si les parties considèrent (erronément) avoir conclu un bail à ferme, que le bailleur refuse la sous-location pour un motif autre que ceux de l’art. 262 CO, et que l’usager conteste le bien-fondé d’un tel motif (sans en contester l’admissibilité), le juge devra qualifier le contrat de bail à loyer, rappeler la nature relativement impérative de l’art. 262 CO et le caractère exhaustif de la liste qu’il contient, pour finalement autoriser la sous-location.

un tiers la chose affermée en sous-affermage ou en location.

²⁵⁰ CPra Bail-BISE/PLANAS, art. 262 N 46.

²⁵¹ CR-CO I-LACHAT, art. 262 N 4 s. CPra Bail-WESSNER, art. 257f N 47.

²⁵² CPra Bail-BISE/PLANAS, art. 262 N 46.

2. Transfert ensuite de restitution anticipée

220. Dans le *bail à loyer*, la restitution anticipée – c'est-à-dire celle qui intervient avant l'expiration de la durée contractuelle ou sans respecter le délai ou le terme de congé pertinent – est possible si le locataire présente une personne susceptible de le remplacer, qui soit solvable, que le bailleur ne puisse raisonnablement refuser, et qui soit disposée à reprendre le bail aux mêmes conditions (art. 264 al. 1 CO). Dans ces conditions, le débiteur est libéré de son obligation de payer le loyer pour la durée du bail restante²⁵³.
221. A défaut, le locataire doit s'acquitter du loyer et des frais accessoires jusqu'à l'expiration de la durée du bail ou jusqu'au prochain terme de congé contractuel ou légal (art. 264 al. 2 CO). Il faut toutefois déduire de ce montant, selon l'art. 264 al. 3 CO, les impenses économisées par le bailleur (let. a) et le bénéfice qu'il a ou aurait pu réaliser du fait d'un autre usage de la chose (let. b). Est en particulier visé le loyer tiré de la location de la chose à un tiers²⁵⁴.
222. Le droit du *bail à ferme* prévoit en principe les mêmes conditions pour un transfert ensuite de restitution anticipée (art. 293 al. 1 CO). Toutefois, le bailleur peut plus facilement faire valoir un refus pour un motif raisonnable. En effet, la personne du fermier revêt une importance plus grande pour le bailleur à ferme, qui peut exiger que le reprenant possède les compétences personnelles et professionnelles nécessaires à la reprise de l'exploitation de la chose affermée²⁵⁵.
223. Les *conséquences* de la présentation d'un remplaçant sont en principe les mêmes que pour le bail à loyer (N 220 s.) :
Si les conditions légales sont remplies, le fermier est libéré de ses obligations envers le bailleur (art. 293 al. 1 CO).
Si, au contraire, les conditions ne sont pas réalisées, le fermier doit compenser l'intérêt positif du bailleur, à savoir s'acquitter au moins du fermage et des frais accessoires jusqu'à l'échéance du bail, imputation faite des impenses épargnées et des profits retirés d'un autre usage (réel ou

²⁵³ CPra Bail-BISE/PLANAS, art. 264 N 30.

²⁵⁴ CPra Bail-BISE/PLANAS, art. 264 N 104 ss.

²⁵⁵ CR-CO I-RONCORONI, art. 293 N 2.

hypothétique) de la chose (art. 293 al. 2 et 3 CO). Néanmoins, vu que le bail à ferme implique l'exploitation de l'objet du contrat, l'intérêt positif du bailleur comprend le dommage découlant de la non-exploitation de la chose, par exemple la perte de clientèle ou de récolte²⁵⁶. Le fermier, au contraire du locataire, doit compenser ce type de dommage²⁵⁷.

224. Les règles du bail à ferme et du bail à loyer sont *relativement impératives* en faveur de l'usager²⁵⁸.
225. Une *divergence* sur la nature du contrat requiert d'analyser les scénarios suivants :
226. 1° Si l'usager pense (à tort) être lié par un bail à loyer, il risque de présenter un remplaçant qui ne présente pas les qualités personnelles nécessaires et que le bailleur peut refuser sur la base de l'art. 293 al. 1 CO²⁵⁹. Le fermier sortant, s'il est dans l'incapacité de présenter un autre remplaçant, doit alors compenser l'intérêt positif du bailleur, y compris la perte due à la non-exploitation de l'objet affermé pour la durée de bail restante²⁶⁰.
227. 2° Si le bailleur pense (à tort) être lié par un bail à ferme, il risque de refuser un remplaçant, faute de compétences personnelles nécessaires, alors que celui-ci remplit tous les critères de l'art. 264 al. 1 CO. Le locataire est libéré de son obligation de payer le loyer.
228. En cas de *confusion* par les deux parties, il faut distinguer deux scénarios :
229. 1° Si les parties pensent (à tort) être liées par un bail à loyer, cela ne cause en principe pas de difficulté particulière. En effet, le bailleur acceptera un remplaçant, même si le candidat n'a pas les compétences personnelles et professionnelles requises pour exploiter la chose affermée. Or, vu que l'art. 293 al. 1 CO prévoit une faculté du bailleur, l'acceptation par ce

²⁵⁶ CR-CO I-RONCORONI, art. 293 N 3 et 4.

²⁵⁷ CR-CO I-RONCORONI, art. 293 N 4.

²⁵⁸ Pour le bail à loyer : CPra Bail-BISE/PLANAS, art. 264 N 5 ; BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE, art. 264 N 1. Pour le bail à ferme : CR-CO I-RONCORONI, art. 293 N 7.

²⁵⁹ Si l'usager pense (à tort) être lié par un bail à ferme, il présentera en principe un remplaçant ayant des qualités personnelles suffisantes (mais pas nécessaires) pour la reprise du bail à loyer, ce qui ne pose en principe pas de problème.

²⁶⁰ CR-CO I-RONCORONI, art. 293 N 3 s.

dernier d'un fermier qu'il aurait pu refuser ne peut plus être remise en cause par la suite.

230. 2° Si les deux parties pensent (à tort) avoir affaire à un bail à ferme et si le bailleur refuse un remplaçant en raison de qualités personnelles ou professionnelles (non pertinentes pour le bail à loyer), le juge devra alors qualifier le contrat de bail à loyer, rappeler le caractère relativement impératif de l'art. 264 CO en faveur du locataire et libérer celui-ci de son obligation de payer le loyer.

B. Procédure

231. Le Code de procédure civile (CPC²⁶¹) traite en principe de *façon identique* les litiges relatifs aux baux à loyer et aux baux à ferme portant sur des logements ou des locaux commerciaux (cf. art. 35 al. 1 let. b, 113 al. 2 let. c, 200 al. 1, 209 al. 4, 210 al. 1 let. b, 243 al. 2 let. c, 247 al. 2 let. b ch. 1, 348 let. b et 361 al. 4 CPC). Lorsque le bail porte sur d'autres objets, les dispositions de procédure relatives aux litiges concernant les contrats sont applicables, qu'il s'agisse d'un bail à loyer ou d'un bail à ferme.
232. La loi sur le Tribunal fédéral (LTF²⁶²) prévoit, elle, une *différence* procédurale en cas de recours en matière civile (art. 72 ss LTF).
233. Lorsque le litige concerne un *bail à loyer*, la valeur litigieuse minimale pour qu'un tel recours soit recevable est de CHF 15'000.- (art. 74 al. 1 let. a LTF).
234. Cette disposition ne s'applique pas à un *bail à ferme*. Un recours en matière civile concernant ce type de contrat n'est recevable que si la valeur litigieuse atteint au moins CHF 30'000.- (art. 74 al. 1 let. b LTF)²⁶³.
235. En cas de *divergence* ou de *confusion* des parties quant à la nature du contrat, les hypothèses suivantes peuvent se présenter. Si le recourant allègue être lié par un bail à loyer et que c'est l'objet du litige, alors qu'il s'agit en réalité d'un bail à ferme, il faut appliquer la théorie des faits de double pertinence, c'est-à-dire que le juge saisi examine les conditions de

²⁶¹ RS 272.

²⁶² RS 173.110.

²⁶³ TF du 24.11.2011, 4A_574/2011 ; ég., TF du 23.02.2016, 4D_2/2016.

recevabilité du recours sur la base des allégués, moyens et conclusions du recours, sans tenir compte des objections de la partie intimée²⁶⁴. Le recours au Tribunal fédéral sera donc recevable dès que la valeur litigieuse atteint CHF 15'000.-, quelle que soit la qualification contractuelle retenue ensuite lors de l'analyse du bien-fondé du recours par le Tribunal fédéral. Si, en revanche, le recourant affirme qu'il s'agit d'un bail à ferme, à tort ou à raison, le recours sera irrecevable lorsque la valeur litigieuse est inférieure à CHF 30'000.-, à moins qu'une exception de l'art. 74 al. 2 LTF ne trouve application, notamment lorsque le recours soulève une question juridique de principe (art. 74 al. 2 let. a LTF).

236. Les dispositions relatives à la valeur litigieuse minimale sont de nature *impérative*, comme toutes les dispositions de procédure²⁶⁵, et les questions de recevabilité sont examinées d'office par le Tribunal fédéral²⁶⁶.
237. Notons qu'une fois la recevabilité du recours admise, une *divergence* entre les parties ou une *confusion* des deux parties quant à la nature du contrat ne changera rien à l'appréciation du Tribunal fédéral quant au bien-fondé des prétentions. Il devra d'abord qualifier le contrat objet du recours et lui appliquer ensuite les dispositions pertinentes.

²⁶⁴ TF du 23.09.2015, 4A_109/2015, cons. 1. Sur cette théorie, cf. ATF 141 III 294, cons. 5.

²⁶⁵ BOHNET, Procédure, N 23, p. 8 ; HOHL, Procédure civile, N 50.

²⁶⁶ BOHNET, Procédure, N 1681, p. 410.

Bibliographie

BÖHM HELMUT, Das MRG und die Wissenschaft vom Mietrecht zur Abgrenzung von Miete und Pacht (unter besonderer Berücksichtigung der Qualifizierung von Verträgen in einem Einkaufszentrum), *Wohnrechtliche Blätter (wobl)* 2012, p. 272 ss (cité : BÖHM, wobl 2012)

BÖHM HELMUT, Gedanken zur Abgrenzung von Miete und Pacht (unter besonderer Berücksichtigung der Qualifizierung von Verträgen in einem Einkaufszentrum), in : Pichonnaz Pascal/Vogt Nedim Peter/Wolf Stephan (édit.), *Spuren des römischen Rechts : Festschrift für Bruno Huwiler zum 65. Geburtstag*, Berne 2007, p. 69 ss (cité : BÖHM, Festschrift Huwiler)

BOHNET FRANÇOIS, *Procédure civile*, 2^e éd., Neuchâtel et Bâle 2014 (cité : BOHNET, Procédure)

BOHNET FRANÇOIS/MONTINI MARINO (édit.), *Commentaire pratique, Droit du bail à loyer*, Neuchâtel 2010 (cité : CPra Bail-AUTEUR)

BURKHALTER PETER/MARTINEZ-FAVRE EMMANUELLE, *Commentaire SVIT du droit du bail à loyer*, Lausanne 2011

BYDLINSKI FRANZ, Geschäftsraummiete oder Unternehmenspacht im EKZ : Eine Suche nach dem Problemkern, *Juristische Blätter (JBl)* 2007, p. 273 ss (cité : BYDLINSKI, JBl 2007)

CARRON BLAISE, Commentaires des art. 275 ss CO, in : Bohnet François/Carron Blaise/Montini Marino (édit.), *Commentaire pratique, Droit du bail à loyer et à ferme*, 2^e éd., Neuchâtel 2016, à paraître (cité : CPra Bail 2-CARRON)

CARRON BLAISE, Bail et travaux de construction : aménagement, entretien, rénovation et modification des locaux, in : Bohnet François (édit.), *17^e Séminaire sur le droit du bail*, Neuchâtel 2012, p. 45 ss (cité : CARRON, Travaux de construction)

CARRON BLAISE, Contrat de bail et valorisation immobilière : due diligence relative à la vente d'un immeuble locatif, in : Bohnet François/Carron Blaise (édit.), *18^e Séminaire sur le droit du bail*, Neuchâtel 2014, (cité : CARRON, Valorisation immobilière)

CARRON BLAISE, L'exécution des obligations de faire dans la partie générale du CO, in : Bohnet François (édit.), Quelques actions en exécution, Neuchâtel 2011, p. 1 ss (cité : CARRON, Obligations de faire)

CARRON BLAISE/FÉROLLES YANN, Le dommage consécutif au défaut in : Werro Franz/Pichonnaz Pascal (édit.), Le dommage dans tous ses états, Colloque du droit de la responsabilité civile 2013, Université de Fribourg, Berne 2013, p. 71 ss

GRUBER MICHAEL, Bestandverträge in Einkaufszentren – Gedanken zur Rechtssicherheit, Juristische Blätter (JBl) 2010, p. 409 ss (cité : GRUBER, JBl 2010)

GRUBER MICHAEL, « Mietverträge » in Einkaufszentren – Anmerkungen zu OGH 3 Ob 253/05k, Wirtschaftsrechtliche Blätter (wbl) 2008, p. 114 ss (cité : GRUBER, wbl 2008)

HIGI PETER, Die Pacht, art. 275-304 OR, ZKomm V/2b, 3^e éd., Zurich 2000 (cité : ZKomm-HIGI)

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/ WIEGAND WOLFGANG (édit.), Basler Kommentar OR-I, 6^e éd., Bâle 2015 (cité : BaKomm OR I-AUTEUR)

KNOEPFLER FRANÇOIS/RUEDIN PIERRE-EMMANUEL, Regard circulaire sur le droit du bail commercial, 13^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2004, p. 12 ss

LACHAT DAVID, Le bail à loyer, 2^e éd., Lausanne 2008

LACHAT DAVID, Le bail des cafés et des restaurants, in : Bohnet François/Carron Blaise (édit.), 18^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2014, p. 221 ss

LINDENMEYER CHRISTOPH, Die Unternehmenspacht : eine Einführung in Wesen, Funktionen und Probleme für Juristen, Betriebswirtschafter, Steuerfachleute und Treuhänder, thèse, Berne 1983

PELLEGRINI BRUNO/STREIFF ULLIN/VON KAENEL ADRIAN, Der Pachtvertrag, Vertragsvorlagen, 4^e éd., Bâle/Genève/Zurich 2008

ROBERT-TISSOT FABRICE, Les effets du concordat sur les obligations, thèse, Bâle/Genève/Zurich 2010

RONCORONI GIACOMO, Bail à ferme I à VIII, FJS 832 à 839, Genève 2000

TERCIER PIERRE/FAVRE PASCAL, *Les contrats spéciaux*, 4^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2009 (cité : TERCIER/FAVRE/COLLABORATEUR)

TERCIER PIERRE/PICHONNAZ PASCAL, *Le droit des obligations*, 5^e éd., Genève/Zurich/Bâle/Genève 2012 (cité : TERCIER/PICHONNAZ)

THÉVENOZ LUC/WERRO FRANZ (édit.) et al., *Commentaire romand CO-I*, 2^e éd., Bâle 2012 (cité : CR-CO I-AUTEUR)

VONKILCH ANDREAS, *Bestandverträge in Einkaufszentren : Aktuelle Entwicklungen in Judikatur und Rechtspolitik*, *Wohnrechtliche Blätter (wobl)* 2010, p. 57 ss (cité : VONKILCH, wobl 2010)

VONKILCH ANDREAS, *Geschäftsraummiete oder Unternehmenspacht : Aktuelle Tendenzen in der höchstgerichtlichen Judikatur – Zugleich eine Besprechung der E 7 Ob 260/07x und 1 Ob 25/08w*, *Wohnrechtliche Blätter (wobl)* 2009, p. 151 ss (cité : VONKILCH, wobl 2009)