

LE TRANSFERT DU BAIL COMMERCIAL

Article 263 CO

par **Laura Jacquemoud-Rossari**,

juge au Tribunal de 1^{re} Instance de Genève

Sommaire

	<u>Page</u>
<u>Introduction</u>	3
<u>Chapitre I : La cession du bail sous l'ancien art. 264 CO</u>	3
§ 1 L'ancien article 264 CO	3
§ 2 L'interprétation de l'ancien article	4
§ 3 But de la nouvelle norme	5
<u>Chapitre II : Le transfert selon le nouvel art. 263 CO</u>	5
§ 1 L'art. 263 CO	5
§ 2 Genèse de la loi	5
§ 3 Caractéristiques de la nouvelle norme	6
<u>Chapitre III : Nature impérative ou dispositive de la norme</u>	7
§ 1 Généralités	7
§ 2 La doctrine	7
§ 3 La jurisprudence	8
§ 4 L'interprétation de la norme	8
§ 5 Conclusion	9

<u>Chapitre IV : Les conditions d'application de l'art. 263 CO</u>	10
§ 1 L'article 263 ch. 1 CO	10
1.1 L'objet loué	10
1.2 Définition du local commercial	10
1.3 Transfert partiel	11
1.4 Le consentement écrit du bailleur	11
§ 2 L'article 263 ch. 2 CO	12
1 Les justes motifs de refus du consentement	12
1.1 Le concept	12
1.2 La définition	12
1.3 Casuistique	12
1.4 Discussion	13
<u>Chapitre V : L'article 263 ch. 3 CO : Effets sur la personne du reprenant</u>	16
§ 1 La subrogation dans son principe	16
§ 2 Les limites de la subrogation	16
§ 3 Le cas spécifique du transfert des sûretés	17
<u>Chapitre VI : L'article 263 ch. 4 CO : Effets quant à la personne du transférant</u>	18
§ 1 Responsabilité solidaire du cédant	18
<u>Chapitre VII : Remarques sur quelques baux type de locaux commerciaux édités dans différents cantons</u>	18
§ 1 L'article 6 du bail à loyer paritaire genevois pour les locaux commerciaux	19
1. Généralités	19
2. Discussion	20
§ 2 Le bail à loyer paritaire pour les locaux commerciaux en vigueur dans les cantons de Vaud et de Neuchâtel	21
2 a Dans le canton de Vaud	21
2 b Dans le canton de Neuchâtel	22
<u>Conclusion</u>	22

INTRODUCTION

Le transfert du bail commercial qui constitue une innovation dans le droit du bail modifié depuis le 1er juillet 1990 se comprend en premier lieu par l'analyse brièvement résumée de la cession de bail sous l'ancien droit.

La difficulté du sujet est liée d'une part à l'imprécision de la norme qui permet plusieurs interprétations et ne résoud pas différents problèmes pratiques et d'autre part à l'absence de jurisprudence tant cantonale que fédérale sur le sujet à quelques rares exceptions.

Aussi, les principes qui vont nous guider tout au long de cette recherche seront ceux dégagés par le Tribunal Fédéral en matière d'interprétation de la loi, comme résumés dans l'**ATF 113 II 407**.

En marge du texte de la loi, de ses sources et des principes dégagés de la doctrine et de la jurisprudence, nous avons examiné également l'interprétation de la norme par les futurs praticiens de celle-ci, à savoir les représentants des milieux immobiliers et ceux des négociants, à travers quelques baux à loyer pour locaux commerciaux établis paritairement dans les cantons de Genève, Vaud et Neuchâtel.

Nous rappellerons en effet que les baux paritaires sont susceptibles d'acquérir force de loi, si la Confédération devait faire usage de son droit consacré par l'art. 34 septies al. 2 de la Constitution fédérale, (RS 101).

Cependant, la première analyse à laquelle il conviendra de se livrer est celle consistant à déterminer le caractère impératif ou non de la norme. Si elle devait être de nature dispositive, il suffirait de l'exclure ou de la modifier contractuellement et le présent exposé n'aurait qu'un objet limité.

CHAPITRE I : LA CESSION DU BAIL SOUS L'ANCIEN ART. 264 CO

§1 L'ancien article 264 CO

L'ancien art. 264 CO qui réglait la question de la cession du bail avait la teneur suivante:

"Le preneur a le droit de sous-louer tout ou partie de la chose ou de céder son bail à un tiers, pourvu qu'il n'en résulte pas de changement préjudiciable au bailleur."

Le consentement du bailleur sous l'ancien droit n'était ainsi pas une condition d'application de la cession.

La conséquence en était que le cédant perdait tous ses droits à l'égard du bailleur - puisqu'il les avait cédés au tiers - mais restait responsable de ses obligations envers lui, notamment du paiement du loyer. La libération du cédant de ses obligations de locataire ne pouvait s'opérer que par un contrat de reprise de dettes au sens de l'art. 176 CO.

Les rapports entre le cédant et le cessionnaire étaient régis par les dispositions ordinaires sur la cession de créances au sens des art. 164 ss CO. Le cessionnaire, pour sa part, disposait de l'usage de la chose et des droits en découlant, qu'il pouvait directement faire valoir contre le propriétaire.

La cession était autorisée tant pour des locaux d'habitation que pour des locaux commerciaux.

§2 L'interprétation de l'ancien article 264 CO

Cette norme considérée de nature dispositives a été modifiée contractuellement dans plusieurs baux paritaires dont le bail paritaire genevois qui prévoyait une interdiction de céder le bail sans l'autorisation du bailleur. Le Tribunal Fédéral avait admis que si le contrat de bail interdisait purement et simplement la sous-location, respectivement la cession, le bailleur avait le droit de s'y opposer sans indication de motif (**ATF 67 II 139, JdT 1941 I 521 [trad.]**).

Il a ensuite précisé que si le contrat de bail prévoyait une possibilité de cession moyennant accord du bailleur, cet accord ne pouvait être refusé que pour des motifs sérieux (**SJ 1950 533, ATF 93 II 453, JdT 1968 I 534 (rés.), ATF 81 II 346, JdT 1956 I 296 [trad.]**). Il fallait comprendre par là que le refus du bailleur de donner son autorisation devait être motivé par la crainte justifiée de changements préjudiciables à ses intérêts ou par d'autres raisons sérieuses qui ne soient pas étrangères au rapport de propriétaire à locataire (**E. THILO, Sous-location et cession de bail, JdT 1954 I 3**).

A l'époque, dans le cadre de la pesée des intérêts, le Tribunal Fédéral a retenu qu'en accordant au preneur le droit de sous-louer ou de céder son bail, la loi avait en vue la protection de ses intérêts économiques. Il a toutefois souligné qu'il était important pour le bailleur, dans le cadre des relations personnelles qu'il entretient avec son locataire, de pouvoir décider librement s'il accepte telle ou telle personne comme locataire, car le bailleur dispose d'un intérêt digne de protection dans le choix de son locataire dont l'importance pouvait être égale sinon supérieure à l'intérêt économique que l'art. 264 al. 1 CO entendait protéger au profit du preneur (**JdT 1941 I 521**).

L'ancien droit ne réglementait pas le transfert de bail qui ne pouvait ainsi s'opérer que par une résiliation par le locataire sortant de son bail et la conclusion d'un nouveau bail avec le tiers, sauf accord tripartite.

§3 But de la nouvelle norme

Avec le système de la cession de bail, le cédant n'était ainsi, sauf accord du bailleur, jamais libéré de ses obligations contractuelles. Par ailleurs, la cession de bail pouvait même être interdite contractuellement.

Pour assurer le locataire de la possibilité de se libérer complètement et pour lui permettre d'imposer au bailleur un nouveau locataire, le législateur a édicté la nouvelle norme qui est un compromis de la pratique, de la jurisprudence existante ainsi que de considérations politico-économiques.

CHAPITRE II : LE TRANSFERT SELON LE NOUVEL ART. 263 CO

§1 L'art. 263 CO

Le nouvel article, entré en vigueur le 1er juillet 1990, a la teneur suivante:

- 1. Le locataire d'un local commercial peut transférer son bail à un tiers avec le consentement écrit du bailleur.**
- 2. Le bailleur ne peut refuser son consentement que pour de justes motifs.**
- 3. Si le bailleur donne son consentement, le tiers est subrogé au locataire.**
- 4. Le locataire est libéré de ses obligations envers le bailleur. Il répond toutefois solidairement avec le tiers jusqu'à l'expiration de la durée du bail ou la résiliation de celui-ci selon le contrat ou la loi, mais dans tous les cas, pour deux ans au plus.**

§2 Genèse de la loi

Le Conseil Fédéral, dans son message sur le nouveau droit du bail du 27 mars 1985, a motivé le fondement de cette disposition de la manière suivante :

"... Par rapport au droit en vigueur, le projet propose toutefois deux modifications importantes. Premièrement, l'article 263 ne s'applique qu'au bail de locaux commerciaux. Cette limitation est justifiée par le fait que le projet (art. 264) prévoit que le locataire peut se libérer du bail s'il présente au bailleur un nouveau locataire solvable et que le bailleur ne puisse raisonnablement refuser. L'intérêt du locataire à imposer au bailleur un nouveau locataire déterminé n'existe par conséquent que dans les cas où, en plus du bail, il veut aussi faire reprendre une plus-value qu'il a conférée à la chose louée, par exemple, sa clientèle. Un tel intérêt ou, par exemple, l'intérêt de vendre des stocks de marchandises à des conditions favorables, n'existe cependant que pour les baux de locaux commerciaux. ..."

"Deuxièmement, l'article 263 CO ne règle pas seulement la cession des créances du locataire, mais la reprise par un tiers du contrat entier, c'est-à-dire aussi bien des droits que des obligations du locataire. ..." (FF 1985 I, p. 1424)

Le législateur a voulu prendre en considération l'intérêt économique du locataire à un double titre dans la mesure où, avec la nouvelle norme, il facilite la conclusion de conventions de remise de commerce, puisque le bailleur peut se voir imposer un nouveau partenaire contractuel et libère complètement le locataire sortant de ses obligations contractuelles moyennant une responsabilité solidaire limitée dans le temps.

Avec le nouveau droit, le législateur a codifié la pratique résultant des baux conclus avant le 1er juillet 1990 qui réservaient l'accord du bailleur et la jurisprudence existante qui limitait les possibilités de refus aux cas exposés au chapitre précédent.

§3 Caractéristiques de la nouvelle norme

3.1 L'innovation par rapport à l'ancien droit consiste en réalité dans **la libération du locataire** transférant de ses obligations contractuelles et légales sous réserve de l'alinéa 4 et **la subrogation totale du reprenant** dans le rapport de bail qui demeure inchangé.

3.2 Le transfert du bail se distingue ainsi de la sous-location prévue à l'art. 262 CO dans laquelle le locataire conclut avec le tiers un contrat de bail sur tout ou partie du même objet, mais reste pleinement obligé à l'égard du bailleur dans le cadre de son propre contrat de bail. Il se distingue encore de la restitution anticipée de la chose louée selon l'art. 264 CO, qui permet au locataire de résilier le contrat et d'en être totalement libéré, pour autant qu'il présente un locataire de remplacement qui remplisse les conditions posées par la loi, le bailleur étant libre pour sa part d'accepter ou de refuser ce candidat.

3.3 Si la cession de bail a aujourd'hui disparu du chapitre du code des obligations consacré au bail à loyer, la majeure partie de la doctrine considère que le locataire conserve toujours la possibilité de céder son bail, ou plus exactement l'usage de l'objet loué au sens des art. 164 ss CO si la cession n'est pas interdite contractuellement, comme c'est aujourd'hui le cas dans certains baux types cantonaux (par exemple le contrat type bernois pour locaux commerciaux édité par le SVIT, section Berne et l'association cantonale des propriétaires d'immeubles en son art. 9). (ENGEL, Contrats de droit suisse, Berne 1992, p. 166; GUHL/MERZ/KOLLER, Das Schweizerische Obligationenrecht, 8ème éd., Zürich, p. 391, USPI; Commentaire du bail à loyer, Genève 1992, n. 8 ad art. 262; contra P. HIGI, Übertragung der Miete auf einen Dritten, (art. 263), Zürcher Kommentar, V 2 b, Zürich 1994, p.687)

Le message du Conseil Fédéral énonce toutefois que la cession au sens des art. 164 ss CO est autorisée pour les baux relatifs "aux autres choses" que ceux concernant les locaux

commerciaux. On peut en déduire que l'art. 263 CO constitue une "lex specialis" par rapport à l'art. 164 CO et en exclut l'application; (dans ce sens P. HIGI, op.cit. p.687) .

CHAPITRE III : NATURE IMPERATIVE OU DISPOSITIVE DE LA NORME

§1 Généralités

Le caractère impératif ou dispositif de cette norme est un sujet controversé en doctrine. Cette divergence s'explique notamment par le fait que ni le message ni les débats parlementaires ne renseignent de façon précise sur le caractère impératif ou dispositif de l'art. 263 CO. Cela résulte d'une volonté délibérée du Conseil fédéral qui exprime qu'il a renoncé à un chapitre qui énumérerait les dispositions impératives, comme cela était prévu dans l'avant-projet, car c'est en dernier ressort l'interprétation du texte légal qui devrait être déterminante (FF 1985 I, p.1391).

§2 La doctrine

Les auteurs du commentaire du droit suisse du bail à loyer (USPI, op. cit., ch. 3 et 5 à 10 ad 263, p. 321), préconisent le caractère dispositif de la norme qui pourrait être totalement exclue contractuellement au motif que cette disposition constitue une restriction à la liberté contractuelle dans la mesure où elle supprime la liberté de conclure ou non un contrat ainsi que la liberté de choisir son cocontractant.

Les autres auteurs penchent pour le caractère impératif de la norme et divergent sur le caractère relativement impératif de certains alinéas. C'est ainsi que pour LACHAT/ MICHELI (Le nouveau droit du bail, Lausanne 1992, N° 3.1.5, p. 273), l'art. 263 al. 1 et 2 est de droit impératif sous réserve de l'acceptation du bailleur qui devrait être possible par actes concluants ou oralement. Pour ces auteurs, l'art. 263 al. 4 est une norme relativement impérative en ce sens qu'il peut y être dérogé en faveur du locataire, ce qui aurait pour conséquence que ce dernier serait immédiatement libéré de toutes ses obligations contractuelles, comme le Tribunal Fédéral l'a admis, pour l'art. 181 al. 2 CO (**cf. ATF 117 II 68**).

R. BARBEY (Le transfert du bail commercial, **SJ 1992 p. 59 ss**) considère que la norme est impérative sous réserve du fait que le bailleur pourrait renoncer valablement à des privilèges que lui reconnaît l'art. 263 CO comme précisément la renonciation à la forme écrite, la libération immédiate du locataire transférant, ou l'étendue du champ d'application de l'art. 263 CO aux locaux d'habitation ou au seul transfert du bail commercial sans remise de commerce.

Il soutient que l'art. 263 al. 2 est de droit dispositif "*lorsque la location porte sur des surfaces commerciales importantes, dont l'usage est cédé à des preneurs économiquement puissants.*" Cette thèse ne s'appuie sur aucun travaux préparatoires et est susceptible de créer une insécurité juridique. Pour les petits commerçants, il donne des exemples de possibilités de restreindre le transfert du bail contractuellement et notamment la possibilité de subordonner le droit au transfert du preneur à l'existence d'un juste motif comme la retraite, une difficulté économique, un déménagement, une succession ou une maladie. A ce propos, il sera observé qu'une telle clause contractuelle ne paraît pas valable dans la mesure où elle est plus restrictive puisqu'elle substitue à un juste motif de refus un juste motif de transfert, ce qui n'est pas prévu par la loi et renverse le fardeau de la preuve.

On constate ainsi que tout en affirmant le caractère impératif de l'art. 263 CO, l'auteur assouplit passablement sa position en exposant dans quelles circonstances la norme peut être rendue dispositive.

G. RONCORONI (**Zwingende und dispositive Bestimmungen im redivierten Mietrecht, Mietrechtspraxis 1989/1990 p. 76 ss [80/82]**) soutient le caractère impératif de cette norme en analysant le sens et le but de chaque alinéa et en relevant que la révision a visé le renforcement de la protection existante du locataire en tenant compte des préoccupations du bailleur. Il considère que les art. 263 al. 1, 2 et 4 sont de nature absolument impératives de telle sorte qu'ils ne peuvent être étendus contractuellement sans porter atteinte à la protection de l'autre partie. Le bailleur ne pourrait ainsi renoncer valablement dans le contrat de bail à la forme écrite pour donner son consentement.

§3 La jurisprudence

A ce jour, aucune jurisprudence publiée n'a été rendue sur le caractère impératif ou dispositif de cette norme.

Le Conseil Fédéral a pour sa part relevé, "*...en règle générale, le caractère impératif d'une norme résulte de sa teneur et de son but, ...*". (FF 1985 I, p. 1391)

§4 L'interprétation de la norme

Sous l'ancien droit, le Tribunal Fédéral avait limité pour le bailleur les possibilités de refuser une cession de bail et avait rendu l'ancien art. 264 CO - originellement de droit dispositif - relativement impératif pour le bailleur. Ainsi, le législateur, en reprenant la pratique établie par la jurisprudence, a codifié ce qui était déjà imposé par les juges. Aussi, sur la base de l'historique de l'actuel art. 263 CO, il faut déjà considérer que la norme est impérative pour ce qui concerne le concept d'imposer un transfert de bail au bailleur.

C'est bien dans ce sens, quoiqu'il ne le dise pas, que va le message du Conseil fédéral quand on s'attache à la terminologie qu'il emploie dans son commentaire de l'art. 263 CO. C'est ainsi qu'il souligne:

"L'intérêt du locataire à imposer au bailleur un nouveau locataire déterminé...

... Le locataire peut avoir un intérêt particulier à remettre le bail à une personne déterminée. Le deuxième alinéa en tient compte en limitant le droit du bailleur de refuser son consentement...

... Etant donné que le bailleur n'est pas totalement libre de s'opposer à un transfert du contrat, il est prévu..."

Comme déjà relevé par la doctrine, l'art. 263 CO emploie la même terminologie que l'art. 262 CO sur la sous-location qui a été décrété de nature impérative.

Enfin, au regard de la systématique de la loi, l'art. 263 CO est inclus dans le chapitre premier : "*Dispositions générales*" et est situé après la note marginale de l'art. 256 "D - *Obligations du bailleur, I. En général*".

L'art. 256 al. 2 CO de cette disposition prévoit sous peine de nullité "l'interdiction de procéder contractuellement ou dans des conditions générales préimprimées à des dérogations au détriment du locataire". Il est clair qu'à première lecture, l'art. 256 al. 2 CO se rapporte à l'alinéa précédent qui prévoit que le bailleur est tenu de délivrer la chose à la date convenue dans un état approprié à l'usage pour lequel elle a été louée et de l'entretenir dans cet état. Toutefois, en raison de sa formulation générale, cet art. pourrait être considéré comme portant également sur les articles qui suivent dans le chapitre des dispositions générales et en particulier sur l'art. 263 CO. Ainsi donc toutes conventions qui restreindraient les droits du locataire seraient nulles en application de l'art. 256 al. 2 CO.

§5 Conclusion

En conclusion, il faut considérer qu'il n'est pas possible d'interdire conventionnellement le transfert du bail et que le contrat de bail ne peut pas prévoir d'autres motifs de refus du consentement du bailleur que les justes motifs, le preneur n'ayant pas à justifier des motifs du transfert. Il faut retenir que le principe de la subrogation défini à l'alinéa 3 n'est que la conséquence légale des deux dispositions qui précèdent et qu'il échappe à la disposition des parties et que le locataire peut être, avec l'accord du bailleur, libéré immédiatement de ses obligations sans responsabilité solidaire.

CHAPITRE IV : LES CONDITIONS D'APPLICATION DE L'ART. 263 CO

§ 1 L'article 263 al. 1 CO

1.1 L'objet loué

La texte de loi énonce sans équivoque que l'institution du transfert de bail ne s'applique qu'aux **locaux commerciaux**. Le message du Conseil Fédéral (FF 1985 I, p. 1424) expose le fondement de cette exigence, à savoir que seul le locataire d'un local commercial peut avoir un intérêt à imposer un locataire *déterminé* au bailleur, soit celui qui est d'accord de reprendre outre le bail, son commerce. A teneur du message, le but du transfert consiste à faciliter les remises de commerce comprenant, outre le transfert du bail, notamment une clientèle, le mobilier, le stock de marchandise, éléments qui entrent dans la fixation du prix des remises.

Ainsi, le transfert du bail devrait toujours être assorti d'une convention de remise de commerce (sur la nature de la convention de remise de commerce, cf. **SJ 1987, p. 177 ss**).

Le législateur a voulu éviter les "pas de porte" - soit le prix du transfert du droit au bail sans contrepartie, lequel a été jugé nul au sens de l'art. 20 CO dans un arrêt paru à la SJ 1991 p. 467 - pour empêcher le preneur de négocier uniquement la valeur de son bail en période de pénurie de locaux commerciaux ou de logements.

La nouvelle norme exclut de l'institution du transfert de bail, essentiellement pour éviter les "pas de porte", les locataires de baux d'habitation qui bénéficient de la protection de l'art. 264 CO, soit la restitution anticipée de la chose louée. S'agissant de travaux effectués dans le logement, ils peuvent se prévaloir de l'art. 260a CO pour se faire indemniser en cas de plus-value.

R. WEBER dans un ouvrage consacré au "gemeinsame Mietvertrag" évoque toutefois la possibilité d'appliquer par analogie l'art. 263 CO à tous les autres baux qui auraient plusieurs colocataires dans l'hypothèse où l'un ou l'autre voudrait se retirer du bail, constatant que le législateur n'a pas envisagé ce cas de figure. (**R. WEBER, Der gemeinsame Mietvertrag, Zürich 1993, p. 152 ss, [155]**)

1.2 Définition du local commercial

Le Conseil Fédéral dans son message a défini les locaux commerciaux comme étant : "*les locaux destinés à l'exploitation d'une entreprise ou à l'exercice d'une profession (bureaux, magasins, ateliers, dépôts)*" (FF 1985 I, p. 1402).

La jurisprudence a considérablement évolué dans sa définition du local commercial retenant une interprétation extensive pour admettre que le local commercial n'est pas forcément celui dans lequel est exercée une activité à but lucratif pourvu qu'il existe un rapport suffisamment étroit entre le but poursuivi et l'usage pour lequel la chose a été louée. (**ATF 113 II p. 406 ss [412- 413]**, et pour une critique de cet arrêt, **DB 1989, p. 20, n° 23**)

1.3 Transfert partiel

L'art. 263 CO, contrairement à l'art. 262 CO, ne prévoit pas que le transfert peut porter sur une partie des locaux. A notre avis, un transfert partiel des locaux n'est pas possible du fait que l'on modifie l'objet du bail en le fractionnant. Or, la brèche dans le principe de la liberté contractuelle telle qu'elle est conçue à l'art. 263 CO consiste dans l'impossibilité pour le bailleur de choisir son partenaire contractuel, et non de toucher à l'objet du contrat ou à son prix. Un transfert partiel impliquerait nécessairement une modification du prix et des garanties ce qui conduirait à l'élaboration d'un nouveau contrat (contra, R. BARBEY, op. cit., p. 40).

1.4 Le consentement écrit du bailleur

Cette condition légale à la validité du transfert ne suscite pas de commentaire. L'exigence de forme écrite poursuit un but manifeste de garantie de sécurité juridique et de preuve comme le relève le Conseil Fédéral. (FF 1985 I, p. 1425). La question d'un éventuel abus de droit (art. 2 CC) - évoquée par LACHAT/MICHELI (op. cit., p. 273, n° 3.1.7) de la part du bailleur qui ne donnerait pas son consentement par écrit tout en tolérant dans les faits un transfert devrait être examinée de cas en cas. A noter toutefois que dans les cantons de Genève, Vaud et Neuchâtel, les baux types pour locaux commerciaux prévoient qu'à défaut de détermination après une interpellation du locataire, le bailleur est réputé/présumé accepter le transfert. La requête de transfert de bail du locataire ne revêt aucune forme particulière.

Le bailleur doit pouvoir disposer d'un délai raisonnable pour se déterminer aux fins de vérifier s'il peut invoquer des justes motifs de refus. Plusieurs baux types pour locaux commerciaux de différents cantons ont imparti des délais au bailleur pour se prononcer, soit 30 jours à Genève (art. 6 al. 2 et 3 du bail à loyer paritaire pour locaux commerciaux), 60 jours dans les cantons de Vaud et Neuchâtel (art. 9 du bail à loyer pour locaux commerciaux des cantons précités).

A défaut de consentement, la convention passée entre le tiers et le locataire n'a aucun effet sur les rapports juridiques entre le locataire et le bailleur. Si le refus du bailleur est injustifié, le locataire peut alors agir judiciairement contre lui en s'adressant à l'autorité de conciliation prévue à l'art. 274a CO pour faire constater l'absence de fondement du refus et obtenir du juge la déclaration que les conditions du transfert sont réalisées. Le locataire est légitimé à

introduire une action en constatation de droit, même si le tiers reprenant s'est désisté du fait du refus du bailleur, car le locataire pourra en outre demander des dommages-intérêts au bailleur, s'il subit un préjudice, sur la base des art. 97 ss CO et pour ce faire, il devra justifier que le refus du bailleur était sans fondement.

§2 L'article 263 al. 2 CO

1. Les justes motifs de refus du consentement

1.1 Le concept

Le Conseil fédéral avait prévu, comme pour la sous-location (art. 262 CO), que le bailleur ne pouvait refuser son accord que si le transfert du bail présentait pour lui des "inconvenients considérables". (FF 1985 I, p. 1425) Cette notion a été abandonnée au profit du concept de "justes motifs" qui doivent être interprétés de manière plus large que toutes les éventualités mises ensemble de l'art. 262 al. 2 CO et peuvent inclure des considérations indépendantes du bail lui-même et liées à la personne du reprenant.

Ceci s'explique par le fait que le transfert du bail a pour conséquence d'imposer au bailleur un partenaire contractuel qu'il n'a pas choisi alors même que le locataire cédant sera à terme (art. 263 al. 4 CO) libéré de ses obligations envers le bailleur ce qui n'est pas le cas dans la sous-location. Il incombe au bailleur de prouver l'existence d'un juste motif de refus.

1.2 La définition

La doctrine a fourni des définitions sensiblement différentes les unes des autres de la notion de justes motifs, certains auteurs mettant l'accent sur les règles de la bonne foi qui ne permettent pas d'imposer au bailleur le cessionnaire pour des raisons objectives ou subjectives, d'autres insistant sur le risque de détérioration de la situation du bailleur. (cf. LACHAT/MICHELI, op. cit., p. 272; R. BARBEY, op. cit., p. 53-54, USPI, op. cit., n. 21 ad art. 263 CO; ENGEL, op. cit. p. 166; WESSNER/GUINAND, FJS N° 360, p. 8).

1.3 Casuistique

Il paraît utile de reprendre de façon non exhaustive les très nombreux exemples de justes motifs fournis par la doctrine en les classifiant en cinq catégories pour essayer de dégager de façon plus précise l'admissibilité de certains justes motifs et de commenter ceux qui paraissent contestables.

A. Motifs liés à la personne du reprenant :

- a. Manque de moralité ou mauvaise réputation du reprenant.
- b. Absence d'une autorisation officielle d'exercer l'activité commerciale déployée dans les locaux.
- c. Danger accru de voir le reprenant solliciter une prolongation du bail à son échéance.

B. Motifs liés à la personne du bailleur :

- d. Risque de concurrence en cas d'activité similaire à celle du bailleur ou l'un des autres locataires.
- e. Convictions religieuses du bailleur qui refuserait le transfert suivant la nature de l'exploitation.
- f. Relations personnelles susceptibles d'être mauvaises entre le reprenant et le bailleur.
- g. Bail conclu avec le locataire intuitu personae.

C. Motifs liés à l'objet du bail et à son affectation :

- h. Exercice d'une autre activité impliquant un changement de l'usage convenu.
- i. Risques d'exploitation accrus ou de transformations des locaux.
- j. Le fait de transférer le bail exclusivement sans remise de commerce.
- k. Le fait que le transfert intervienne à une date proche du terme du bail.

D. Motifs liés au loyer :

- l. Insolvabilité prouvée ou supposée du reprenant.
- m. Surface financière du reprenant inférieure à celle du transférant.
- n. Impossibilité de fournir des sûretés correspondant à celles du transférant.

E. Motifs liés à la convention de remise de commerce passée entre le locataire et le tiers :

- o. Prix de la remise spéculatif ou sans rapport avec la valeur réelle du commerce.
- p. L'absence de communication du contrat de remise de commerce.
- q. L'absence de contrat écrit entre le reprenant et le transférant.

1.4 Discussion

1.4.1. Exemples "c et k" : risque accru de prolongation de bail ou transfert proche du terme. Ces motifs de refus semblent discutables, car la prolongation du bail est un droit accessoire

du bail édicté en faveur du locataire qui peut y prétendre si les conditions légales en sont remplies. (art. 272 CO). Il sera rappelé que le transfert n'affecte en rien le contenu et la durée du bail, ce qui inclut les éventuelles prolongations de bail. La question de la proximité du terme du bail concerne davantage le reprenant et le transférant dans leurs négociations relatives au prix de la remise de commerce que le bailleur.

1.4.2. Exemples "h et i". Ces motifs de refus relatifs au changement effectif de l'usage convenu, des risques d'exploitation accrus ou des transformations des locaux, dépendent de la définition de l'objet loué figurant dans le bail selon qu'il s'agit d'une définition générique ou spécifique. En revanche, toute transformation des locaux constitue un juste motif de refus dès qu'il y a une atteinte à l'objet loué. Dans un arrêt du 7 janvier 1994, la Cour de Justice de Genève a admis comme juste motif de refus de transfert de bail une destination différente des locaux nécessitant des travaux de transformation pour passer d'une école de secrétariat à une étude d'avocat. **(ACJ N° 23 du 7.01.94 dans la cause 1256/92 B c/ G)**

1.4.3. Exemple j : transfert de bail sans remise de commerce. Ce motif est justifié pour des raisons liées à l'esprit de l'art. 263 CO qui, comme l'a relevé le Conseil fédéral (FF 1985 I, p. 1424), a fonction de permettre au locataire d'imposer au bailleur un nouveau locataire parce qu'il veut faire reprendre une plus-value conférée à la chose louée. Il sera rappelé que l'art. 273c de l'avant-projet, applicable uniquement aux baux commerciaux, prévoyait expressément comme condition du transfert la remise de commerce. Ainsi, d'un point de vue historique et téléologique, la remise des locaux sans cession parallèle de commerce ne justifie pas un transfert de bail, sauf à risquer d'étendre le transfert de bail aux autres objets que les locaux commerciaux.

1.4.4. Exemple m : surface financière du reprenant inférieure à celle du transférant. Ce motif n'est pas justifié dans la mesure où il faut examiner la surface financière du reprenant au regard de sa capacité à assumer le paiement du loyer et non en rapport avec la surface financière du transférant.

1.4.5. Exemple o : prix du transfert spéculatif ou excessif. Il faut distinguer le prix excessif qui affecte la solvabilité du locataire, du prix excessif qui constituerait un "pas de porte" sans nécessairement affecter la solvabilité du reprenant et qui, pour certains auteurs, fonderait aussi un juste motif de refus du bailleur et tomberait sous le coup de l'art. 254 CO relatif à la nullité des transactions couplées.

Ce motif de refus ne peut être valablement invoqué par le bailleur que dans la mesure où le caractère excessif du prix de la remise de commerce peut affecter la solvabilité du reprenant et permettre de douter de sa capacité d'assumer le paiement du loyer. A ce propos LCHAT/MICHELI (op. cit., p. 272, n. 22) décrivent que *"la charge d'amortissement et d'intérêts que représente la remise de commerce pour le cessionnaire, additionnée au loyer, doit permettre la viabilité de l'entreprise sur la base des comptes d'exploitation du cédant."* C'est sous cet angle uniquement que le bailleur peut examiner le montant de la transaction pour juger s'il est ou non excessif.

L'art. 254 CO ne trouve pas application dans l'optique relative au "pas de porte" exigé par un locataire sortant. En effet, comme le relève R. BARBEY, qui suit en cela un courant de la doctrine, *"la notion de transaction couplée de l'article 254 CO, dérivée des "prétentions abusives" de l'ancien article 16 AMSL, s'entend en effet comme toute obligation contractée par un locataire, même envers un tiers, mais pour autant - condition sine qua non - que le bailleur ait exercé d'une manière ou d'une autre une influence sur la souscription de l'engagement"* (op. cit. p. 43) (contra : LACHAT/MICHELI, op. cit., p. 260 et 272). Or, en cas de remise de commerce à un prix excessif, le bailleur n'intervient nullement dans les conditions de la remise du commerce. Ce n'est pas au bailleur de relever que le prix convenu constitue un "pas de porte".

Le reprenant, pour sa part, peut invoquer le prix excessif pour faire, le cas échéant, invalider ou réduire le contrat de remise de commerce, mais en aucun cas le prix excessif ne saurait être assimilé à une transaction couplée et avoir pour effet la nullité simultanée de la convention de remise et du transfert du bail. En effet, admettre la nullité du transfert au motif que le prix est excessif alors que le bailleur n'est en rien concerné par la transaction revient à pénaliser le bailleur en donnant au locataire reprenant qu'il a accepté la faculté de lui opposer, quelque temps après le transfert du bail, - s'il devait se rendre compte par exemple que l'entreprise ne lui procure pas un rendement satisfaisant - le prix excessif de la remise de commerce et, partant, la nullité du contrat de bail, ce qui paraît inéquitable.

C'est dans ce sens d'ailleurs que le Tribunal Supérieur du canton de Bâle-Campagne a interprété la notion de transaction couplée du nouveau droit en relevant :

"...Au demeurant, selon la doctrine, une transaction couplée nulle ne peut être admise (aussi selon le nouveau droit qui dans le cadre de l'interdiction des transactions couplées mentionne à son article 254 CO les obligations envers les tiers) que lorsque le bailleur collabore à la réalisation de la transaction couplée (vgl.. SVIT, Schweiz. Kommentar zum Mietrecht, Zürich 1991, No 25 zu Artikel 254 OR = S. 83, vgl. aussi Zihlmann, Das neue Mietrecht, Zurich 1990, S.42f.). Dans le cas présent, il s'agit d'une affaire entre locataire précédant et locataire suivant à laquelle la bailleuse n'est pas du tout partie. C'est pour cette raison que l'admission d'une transaction couplée non autorisée est exclue tant par l'ancien que par le nouveau droit." (Arrêt du Tribunal supérieur du canton de Bâle-Campagne du 19 janvier 1993, N° A 91/198, trad. libre c. 3, p. 6).

Il apparaît enfin que si le bailleur entend intervenir dans la remise de commerce soit pour se faire céder une partie du prix de la remise ou pour apporter des modifications au contrat de base, il risque alors seulement de s'exposer à la nullité en application de l'art. 254 CO, car dans un tel cas, le bailleur participe à la souscription de l'engagement du tiers.

1.4.6. Exemple p : communication au bailleur du contrat de remise de commerce. Pour pouvoir se déterminer en connaissance de cause, il est admis par la doctrine que le bailleur est en droit de demander au cédant de lui fournir tous renseignements sur l'identité du cessionnaire, sa solvabilité, ses capacités professionnelles ainsi que sur les conditions de la cession notamment par la production du contrat de remise de commerce et le cas échéant des comptes d'exploitation. La transmission des comptes d'exploitation pose le problème du secret des affaires. Pour sauvegarder à ce propos une confidentialité, il faudrait admettre que la communication de telles informations doit être subsidiaire aux autres renseignements transmis au bailleur dans l'hypothèse où il ne dispose pas de suffisamment d'éléments pour apprécier la solvabilité du reprenant.

1.4.7. Exemple q : non respect de la forme écrite du contrat de remise de commerce. Cette condition liée à l'art. 165 CO pourrait être invoquée dans la mesure où le reprenant serait susceptible de contester la validité de la remise de commerce et ne pas s'y conformer.

CHAPITRE V : L'ARTICLE 263 al. 3 CO: EFFETS SUR LA PERSONNE DU REPRENANT

§1 La subrogation dans son principe

L'art. 263 al. 3 CO pose le principe de la subrogation du tiers au locataire sortant. Comme le relève à l'unanimité la doctrine, cette disposition implique que le reprenant se substitue au locataire dans les rapports de bail avec tous les droits et les obligations qui s'y rattachent et cela tant pour le passé que pour l'avenir. Le bail reste inchangé tant quant à son objet qu'à sa durée ou ses modalités.

Le reprenant peut ainsi faire valoir des prétentions liées à des défauts de la chose louée survenus pendant la période antérieure à sa substitution tels les droits énoncés aux art. 259a ss CO. Il acquiert d'office la légitimation active ou passive dans les procédures en cours au moment du transfert. Il est tenu du paiement des loyers en retard du fait du locataire sortant, même si ce dernier lui a caché sa demeure pour le paiement des loyers.

§2 Les limites de la subrogation.

Certains auteurs de doctrine ont émis une réserve quant aux prétentions du bailleur tirées d'une attitude personnelle du locataire, citant comme exemple le cas de l'art. 257 f CO, soit l'avertissement donné au locataire en raison d'une violation de sa part de son obligation de diligence (USPI, op. cit., n. 29 ad 263; et P. HIGI, op. cit., n. 49 ad 263). Un autre exemple porte sur la protection contre les congés pendant une période de trois ans en application de l'art. 271a al. 1 lit. e et al. 2 CO du fait que ce droit est rattaché à la personne du locataire. Le

fondement de cette restriction au transfert automatique des droits et obligations au locataire reprenant repose sur l'art. 170 al. 1 CO, respectivement 178 al. 1 CO qui excluent expressément dans la cession de créance les droits "inséparables de la personne du cédant".

S'agissant de la première objection tirée de l'art. 257 f CO, il faut toutefois examiner si la nuisance qui a donné lieu à l'avertissement est le fait du locataire auquel cas l'objection est fondée ou si elle est liée à l'exploitation de l'établissement comme par exemple du bruit ou des odeurs, auquel cas l'avertissement devrait être opposable au reprenant qui à son tour devra veiller à ce que de telles nuisances ne se produisent pas.

Pour ce qui concerne la réserve faite sur l'art. 271a al. 1 lit. e et al. 2 CO, il faut relever que si cette protection vise à éviter les congés de représailles dirigés contre la personne du locataire, il n'en demeure pas moins qu'il s'agit d'un droit qui est rattaché à l'objet du bail et qui entre certainement en considération dans la négociation entre le locataire et le reprenant sur le prix de la remise de commerce. La durée du bail est en effet un des éléments déterminants pour la fixation du prix. La protection contre les congés comporte ainsi un élément objectif distinct de la personne du locataire dont le reprenant devrait pouvoir bénéficier. Il sera enfin rappelé que le bail demeure, comme évoqué supra, inchangé quant à sa durée. Il en découle que la protection de trois ans issue de l'art. 271 CO a pour effet de prolonger le bail.

§3 Le cas spécifique du transfert des sûretés

La question relative aux sûretés fournies par le locataire en application de l'art. 257e CO pose différents problèmes suivant la nature des sûretés. Cette question est traitée par P. HIGI (op. cit., n° 48, p. 699) qui distingue les garanties fournies par un tiers, non transférables sans son accord, de celles fournies par le locataire sortant qui sont transférables. En effet, il serait contraire au principe de l'autonomie des parties d'imposer au tiers garant ou caution un autre partenaire. En pareil cas, la substitution prévue à l'art. 263 al. 3 CO étendrait ses effets à d'autres rapports contractuels que le bail. Il appartient au locataire et au reprenant de régler dans le cadre du contrat de remise de commerce la question du remboursement des sûretés. Ce n'est pas au bailleur de supporter un transfert de bail sans les droits accessoires qui s'y rattachent comme les sûretés. Bien plus, le bailleur pourrait valablement refuser le transfert du bail si le cessionnaire ne fournit pas les mêmes garanties que le cédant. C'est ce que prévoit le bail paritaire genevois en son art. 6 par. 8.

CHAPITRE VI : L'ARTICLE 263 al. 4 CO : EFFETS QUANT A LA PERSONNE DU TRANSFERANT

§1 Responsabilité solidaire du cédant

L'art. 263 al. 4 CO prévoit en cas de transfert de bail la libération du locataire sortant de ses obligations envers le bailleur, en prévoyant une responsabilité solidaire avec le reprenant pendant une durée maximale de deux ans ou s'il est de moindre durée jusqu'à l'expiration du bail ou le délai légal ou contractuel de résiliation s'il s'agit d'un bail de durée indéterminée. Ce délai de deux ans est le même que celui prévu pour la cession d'une entreprise avec actifs et passifs au sens de l'art. 181 al. 2 CO.

Ce délai de deux ans commence à courir dès le consentement du bailleur. (R.BARBEY, op. cit., p. 47; LACHAT/MICHELI, op.cit., n. 33, p. 274).

La majeure partie de la doctrine considère que cette responsabilité solidaire prend effet tant pour les dettes nées avant le transfert que pour celles nées pendant le délai de deux ans, même si elles deviennent exigibles après. C'est ainsi que le transférant pourrait répondre du retard dans les loyers ou des détériorations du fait du locataire reprenant, de la remise en état antérieure au sens de l'art. 260 a CO et toutes autres dispositions légales ou contractuelles découlant de la loi ou du contrat.

De même, le cédant ne répond des obligations contractuelles que si elles résultent du contrat tel qu'il était au moment du transfert, et non d'obligations convenues ultérieurement entre le tiers et le bailleur suite à une modification du contrat.

R. BARBEY est d'un avis divergent, considérant que le locataire sortant ne répond que des dettes qui existent au moment du transfert à l'exclusion de celles nées postérieurement. Il s'inspire pour ce faire directement de l'art. 181 al. 2 CO qui limite la responsabilité aux dettes existant au moment de la cession et qui précise que le délai ne court en revanche que dès l'exigibilité (op. cit., p. 46, 47).

CHAPITRE VII : REMARQUES SUR QUELQUES BAUX TYPE DE LOCAUX COMMERCIAUX EDITES DANS DIFFERENTS CANTONS

Il convient d'examiner la portée et l'admissibilité des conditions fixées dans les baux paritaires de différents cantons en rapport avec le transfert du bail tel qu'il est défini à l'art. 263 CO.

§1 L'article 6 du bail à loyer paritaire genevois pour les locaux commerciaux

1. Généralités

Ce contrat type de bail à loyer, entré en vigueur le 1er juillet 1991, a en son art. 6 la teneur suivante:

1. Lorsque le locataire veut transférer son bail à un tiers, il doit préalablement demander le consentement écrit du bailleur.
2. Afin de se déterminer, le bailleur peut exiger de connaître les conditions du transfert du bail et d'obtenir des renseignements précis quant à la personne du bénéficiaire du transfert et à l'activité que celui-ci compte déployer dans les locaux loués.
3. Dès qu'il possède tous les renseignements, le bailleur dispose d'un délai de trente jours pour accepter ou refuser le transfert ou pour se substituer au bénéficiaire du transfert aux conditions convenues par ce dernier avec le locataire. A défaut de détermination du bailleur dans le délai précité, celui-ci est présumé accepter le transfert du bail.
4. Le bailleur ne peut s'opposer au transfert que pour l'un ou plusieurs justes motifs suivants:
 - a) le bénéficiaire du transfert exerce un genre d'activité différent de celui du transférant et susceptible d'engendrer des nuisances accrues ou de créer une situation de concurrence directe avec un autre locataire de l'immeuble;
 - b) le bénéficiaire du transfert ne possède pas les capacités morales ou professionnelles nécessaires ou suffisantes à l'exploitation prévue;
 - c) le bénéficiaire du transfert ne possède pas les capacités financières lui permettant d'assumer les obligations découlant du présent contrat
5. Lorsque le prix du transfert est surévalué, le bénéficiaire est présumé ne pas disposer des capacités financières lui permettant d'assumer les obligations découlant du bail. Il peut cependant renverser cette présomption, notamment en démontrant qu'il dispose d'une fortune suffisante ou en fournissant une garantie supplémentaire au bailleur, limitée à 12 mois de loyer au maximum.
- 6a. Lorsque le transfert ne porte que sur le bail (à l'exclusion de l'activité du locataire transférant), son prix ne peut pas dépasser le montant des investissements, effectués par le locataire, amortis conformément à l'art. 10 du présent bail, pour les locaux à usage de bureaux, d'entrepôts, de dépôts, de places de parc ou de garages.
- 6b. Le prix du transfert n'est pas surévalué s'il est établi en fonction de la nature de l'exploitation, de la valeur réelle des installations, du chiffre d'affaires, du bénéfice et de la durée du bail restant à courir.
7. Si le bailleur s'oppose au transfert du bail, le transférant ou le bénéficiaire peut saisir la Chambre d'experts. (...) Lorsque le bailleur allègue que le prix du transfert est surévalué, le bail est transféré et le bénéficiaire du transfert peut prendre

possession des locaux s'il fournit au bailleur la garantie supplémentaire prévue à l'art. 6 alinéa 5 ci-dessus. Dans cette hypothèse, la Chambre d'experts (...) statue ultérieurement quant au principe et à la quotité de la garantie financière supplémentaire.

- 8. Le bénéficiaire du transfert reprend les obligations du locataire. Il est notamment tenu de fournir une nouvelle garantie d'un même montant que celle constituée précédemment par le transférant. (...) prise selon l'alinéa 7 et de souscrire en son nom des polices d'assurances conformes à l'art. 15 du présent contrat.**
- 9. Le locataire répond solidairement avec le bénéficiaire du transfert, à l'égard du bailleur jusqu'à l'échéance contractuelle du bail mais au plus pour la période de deux ans qui suit le transfert.**

2. Discussion

2.1. L'art. 6 al. 2 et 3 du bail paritaire genevois introduit une exception à l'exigence de forme écrite, en prévoyant que le silence du bailleur après communication des documents vaut acceptation.

2.2. L'art. 6 al. 3 prévoit un droit de substitution du bailleur. L'admissibilité de cette clause sous l'angle de la nature impérative de l'art. 263 CO paraît douteuse. Si elle semble ne pas nuire au locataire cédant, puisque le bailleur ne peut se substituer qu'aux mêmes conditions convenues avec le bénéficiaire, elle peut néanmoins l'affecter dans la mesure où par exemple le locataire cédant exploite une entreprise familiale et qu'il entend céder le bail à un membre de sa famille avec laquelle il a par exemple convenu de conditions plus favorables que s'il avait remis le bail à un tiers. Le bailleur pourrait ainsi reprendre à bon compte une exploitation florissante. En outre, si l'art. 263 CO déroge à la libre autonomie des parties dans le choix de leur partenaire contractuel en imposant au bailleur un locataire déterminé, il ne permet pas de s'immiscer dans le cadre du contrat de remise de commerce qui intervient uniquement entre le locataire sortant et le tiers reprenant s'agissant d'un contrat sui generis indépendant du contrat de bail.

Par cette clause, le bail paritaire introduit une nouvelle brèche au principe de l'autonomie des parties en imposant cette fois au locataire sortant un partenaire contractuel, le bailleur, dans la convention de remise de commerce.

Ce droit de substitution élude d'une certaine façon les justes motifs de refus puisqu'il permet sans motifs de s'opposer en réalité à une transaction convenue entre le locataire et un tiers. Par ailleurs, l'obligation pour le locataire d'accepter le bailleur comme partenaire contractuel dans la remise de commerce ne lui permet pas d'avoir des garanties sur la solvabilité du bailleur.

Pour ces différentes raisons, cette clause ne paraît pas compatible avec la portée et le but poursuivi par l'art. 263 CO.

2.3. L'art. 6 al. 4 de ce contrat prévoit les justes motifs de refus de façon exhaustive et non exemplative. Le bail paritaire est ainsi plus restrictif dans l'appréciation des justes motifs de refus que la doctrine puisqu'il les limite aux trois conditions sus-énoncées.

2.4. Le bail paritaire genevois ne prévoit pas comme juste motif de refus une surévaluation du prix du transfert. En effet, l'appréciation de la surévaluation du prix du transfert n'est pertinente qu'au regard de la solvabilité du reprenant lequel, à teneur de l'art. 5 du bail-type, peut justifier d'une fortune suffisante ou remettre une garantie de loyers supplémentaire. La question d'un refus de transfert au motif que le coût représente un "pas de porte" est ainsi écartée du bail genevois.

Cette clause n'est pas avantageuse pour le bailleur dans la mesure où si l'entreprise exploitée par le reprenant n'est pas viable notamment en raison d'un prix de transfert excessif, la garantie de loyer limitée à douze mois différera le moment de l'insolvabilité du reprenant mais ne pourra y pallier. Par ailleurs, la notion de fortune suffisante est trop imprécise pour être efficace. Le bailleur se trouve ainsi dans une situation plus défavorable que celle qu'il avait auparavant avec le locataire cédant. Sous cet angle, le bail paritaire genevois est plus restrictif pour le bailleur que la doctrine.

2.5. Le bail genevois prévoit en son art. 6a un transfert de bail à l'exclusion de l'activité du locataire transférant et fixe en pareil cas les critères de fixation du prix pour éviter les "pas de porte". Cette clause présente l'intérêt d'admettre un transfert de bail commercial sans remise de commerce, ce qui est accepté par une partie de la doctrine et contesté par l'autre.

§2 Le bail à loyer paritaire pour locaux commerciaux en vigueur dans les cantons de Vaud et de Neuchâtel

2 a Dans le canton de Vaud

Le bail à loyer paritaire pour locaux commerciaux en vigueur dans le canton de Vaud prévoit à l'art. 9 des dispositions générales sous la dénomination "transfert du bail à un tiers" (art. 263 CO) la disposition suivante :

"Le locataire d'un local commercial peut transférer son bail à un tiers avec le consentement écrit du bailleur.

Le bailleur doit se prononcer, cas de force majeure réservé, dans les 60 jours dès réception de la demande écrite indiquant les conditions du transfert. Le locataire produit également les comptes. A défaut de détermination, le bailleur est réputé accepter le transfert.

Le bailleur ne peut refuser son consentement que pour de justes motifs, notamment si le tiers n'exerce pas une activité analogue à celle du locataire et ne possède pas les capacités morales, professionnelles et financières pour assurer la marche normale de l'entreprise.

Si le bailleur donne son consentement, dans le délai mentionné à l'alinéa 2, le tiers est subrogé au locataire qui, sauf convention contraire, est libéré de ses obligations. Le bailleur a le droit de se substituer au tiers en offrant au locataire une indemnité qui soit adaptée à la nature de l'exploitation, à dire d'experts."

A la différence du bail paritaire genevois, la liste des justes motifs exposés dans le bail vaudois n'est pas exhaustive, puisqu'elle est citée à titre exemplatif.

Le bail paritaire vaudois prévoit également un droit de substitution en faveur du bailleur, mais va plus loin que le bail genevois puisqu'il ne prévoit même pas l'obligation pour le bailleur de se substituer au tiers aux mêmes conditions offertes à celui-ci, le bailleur pouvant offrir au locataire une indemnité qui soit adaptée à la nature de l'exploitation à dire d'experts. Cela signifie que les experts pourraient revoir le prix de la remise de commerce à la baisse alors même que le prix ne serait pas surévalué.

Le bail vaudois déroge enfin à l'art. 263 al 4 CO dans la mesure où il libère immédiatement, soit dès l'acceptation, le locataire sortant de ses obligations, ce qui paraît possible selon la doctrine majoritaire.

2 b *Dans le canton de Neuchâtel*

Le bail à loyer neuchâtelois pour locaux commerciaux reprend exactement s'agissant du transfert du bail la même disposition que le bail vaudois à l'exception de la libération du locataire sortant, le bail reprenant la disposition de l'art. 263 al. 4 CO et réservant une convention contraire. Toutefois dans "des dispositions complémentaires pour établissement public", le bail neuchâtelois prévoit à l'art. 4 sous la mention "cession du bail" en référence à l'art. 263 CO comme autre juste motif de refus une surévaluation du fonds de commerce. A noter que le terme "transfert" est remplacé pour les établissements publics par le terme "cession".

CONCLUSION

Cette norme constituée pour faciliter les commerçants locataires constitue une prémisse à la notion de propriété commerciale, connue et consacrée dans les pays voisins. Elle se heurte à la propriété immobilière quand elle ne se confond pas avec elle.

Sa finalité reste ainsi essentiellement économique si les commerçants disposent de baux de longue durée; son intérêt n'est que purement conjoncturel dans la mesure où il est accru en cas de pénurie de locaux, mais vain en cas de crise économique, les commerçants ne concluant alors que des baux de courte durée comme c'est le cas actuellement.

Les recherches effectuées à ce jour ont permis de constater que cette disposition légale est peu utilisée en pratique et n'a pas donné lieu à de nombreuses procédures.

Si elle semble aujourd'hui dépourvue d'intérêt pratique, elle est révélatrice d'une volonté étatique de s'immiscer dans les rapports de droit privé et de concurrence économique et reflète ainsi un objectif politique de régulation des rapports de force économique.

La politique juridique relève toutefois d'un autre débat.