

LE CONTRAT DE BAIL EN DROIT INTERNATIONAL

par **François Knoepfler***,

professeur à l'Université de Neuchâtel, avocat

Sommaire

	<u>Page</u>
<u>Introduction</u>	2
I. <u>Règles de droit international privé régissant le droit du bail</u>	2
II. <u>For</u>	6
1. For en matière de bail à loyer portant sur un objet mobilier	6
2. For en matière de bail à loyer portant sur un immeuble	8
III. <u>Droit applicable</u>	9
1. Droit applicable en matière de bail à loyer portant sur une chose mobilière	9
2. Droit applicable en matière de bail à loyer portant sur un immeuble	10
IV. <u>Arbitrage international</u>	11
1. Arbitrage au sens propre du terme	11
2. Arbitrage de l'art. 274a al. 1 litt. e CO	12

* Mes remerciements vont à Carole Zulauf, assistante de droit international privé, pour la part importante qu'elle a prise à l'élaboration de ce texte.

Introduction

Dans le domaine des contrats internationaux, auquel appartient le contrat de bail international, l'autonomie de la volonté joue un rôle fondamental. Elle se manifeste en ceci que les parties ont la faculté de déterminer très librement les tribunaux auxquels seront soumis leurs différends (par une élection de for) et de choisir le droit applicable à leurs relations, y compris leurs éventuels litiges (par une élection de droit). Mais tant au niveau de la compétence judiciaire que du droit applicable, l'autonomie de la volonté connaît des limites. Si elle permet de déroger au droit impératif normalement applicable, il y a certains domaines dans lesquels les normes ont un caractère d'impérativité tel qu'elles s'imposent au niveau international. Dans certaines situations, la protection que le droit accorde, sur le plan interne, ou national, à certaines parties considérées comme faibles, ne peut pas être négligée du simple fait qu'une relation contractuelle présente des éléments d'extranéité.

Le contrat de bail est délicat en ceci qu'il recouvre plusieurs situations fort différentes. Il faut commercer par distinguer le bail portant sur un objet mobilier de celui relatif à un immeuble. Il n'est pas inutile non plus de différencier les baux d'habitation et de locaux commerciaux d'une part et les baux à ferme agricoles d'autre part.

Nous examinerons successivement ces différents aspects.

I. Règles de droit international privé régissant le droit du bail

Les règles de droit international privé ont en général leur siège dans les conventions internationales et dans la loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987 (ci-après LDIP). Elles régissent la compétence, le droit applicable et la reconnaissance des jugements étrangers. Tel est également le cas dans le domaine du droit du bail (*Peter Higi, Zürcher Kommentar, die Miete, Zurich 1994, ad 253-274g n° 233*). On constate toutefois que l'art. 274b du Code des obligations (ci-après CO) règle lui aussi la compétence des tribunaux dans cette matière. Cette règle concerne-t-elle les litiges internationaux ? Les conventions internationales et la LDIP ne règlent-elles pas le droit du bail international de manière exhaustive ? Faut-il tenir compte d'une règle apparemment à vocation internationale contenue dans une loi fédérale autre que la LDIP ? La portée de l'art. 274b CO n'a pas été déterminée. Cette question est pourtant capitale. La compétence des tribunaux suisses ainsi que l'application du nouveau droit du bail dépendent directement de la réponse qui y est donnée.

L'article 274b CO [for], qui concerne les baux mobiliers et immobiliers, a la teneur suivante :

1 Les litiges relatifs aux baux à loyer sont portés :

- a. Lorsqu'il s'agit de baux d'immeubles, devant l'autorité de conciliation et le juge du lieu de situation de l'immeuble,
- b. Lorsqu'il s'agit de baux de choses mobilières, devant le juge du domicile du défendeur.

2 Le locataire domicilié en Suisse ne peut pas renoncer à l'avance au for prévu au premier alinéa lorsqu'il s'agit :

- a. De locaux d'habitation;
- b. De choses mobilières louées par le locataire pour son usage privé et par le bailleur dans l'exercice de son activité professionnelle.

Cette disposition est-elle applicable aux contrats de bail internationaux ?

La mention "domicilié en Suisse" laisse supposer que le législateur a envisagé que cet article s'appliquerait au contrat de bail international. Son énoncé n'est pourtant pas clair. Il faut par conséquent analyser les travaux préparatoires (1), la situation de l'article au sein de la législation (2) et son but (3), de même que la doctrine (4) et la jurisprudence (5).

(1) Les travaux préparatoires concernant le nouveau droit du bail ne permettent pas de déterminer la portée de l'art. 274b CO (*FF 1985 I 1369 sp. 1449*). On relèvera que le droit du bail qui était en vigueur avant le 1er juillet 1990, y compris l'arrêté fédéral instituant des mesures contre les abus dans le secteur locatif, ne contenait pas de disposition semblable à l'art. 274b actuel. L'art. 267a al. 1 CO ancienne version prévoyait certes que l'autorité judiciaire du lieu de situation de l'immeuble était compétente pour prononcer la prolongation du bail, mais sans instituer de réglementation particulière pour le locataire domicilié en Suisse.

(2) Quelle est la situation de cette disposition dans la législation suisse ? Elle figure dans le Code des obligations qui est une loi fédérale au même titre que la LDIP. Les deux textes émanent du même législateur. La LDIP date du 18 décembre 1987 et est entrée en vigueur le 1er janvier 1989. Le nouveau droit du bail, soit les articles 253 à 274g CO, a été adopté le 15 décembre 1989 pour entrer en vigueur le 1er juillet 1990.

La LDIP et les conventions internationales sont censées régler le droit international privé de manière exhaustive. Le texte même de la LDIP n'exclut certes pas que des règles de droit international privé figurent dans d'autres lois fédérales, avant ou après son entrée en vigueur. Toutefois, lors de l'élaboration de la LDIP, l'intention du législateur était clairement de codifier l'entier du droit international privé en Suisse. Pierre Lalive, dans sa leçon d'adieu intitulée "Nouveaux regards sur le droit international privé, aujourd'hui et

demain", parle de "première codification suisse **Erreur ! Source du renvoi introuvable.** du droit international privé" (*RSDIE* 1994 p. 3 sp. 5; dans le même sens, Anton Schnyder, *Das neue IPR-Gesetz*, 2e éd., Zurich 1990, p. 4; Ivo Schwander, *Die Handhabung des neuen IPR-Gesetzes*, in *Die allgemeinen Bestimmungen des Bundesgesetzes über das internationale Privatrecht*, St-Gall 1988, p. 16; Paul Volken, *Conflicts de juridictions, entraide judiciaire, reconnaissance et exécution des jugements étrangers*, in *Le nouveau droit international privé suisse*, Lausanne 1988, p. 233; Hans Ulrich Walder, *Einführung in das internationale Zivilprozessrecht der Schweiz*, Zurich 1989, § 5 n° 6).

Lors de l'adoption du droit du bail révisé, la LDIP était déjà en vigueur et le législateur ne pouvait l'ignorer. Pourquoi n'a-t-il pas procédé à un amendement de la LDIP, comme il l'a fait par la suite pour la loi fédérale sur la protection des données du 1er juin 1992 (art. 130 al. 3 et 139 al. 3 LDIP; *FF* 1992 III 929) ? Était-ce un oubli ou la volonté du législateur ? Il semble que cette question n'ait jamais été abordée lors de l'élaboration du nouveau droit du bail, ce qui est d'autant plus regrettable que la LDIP et la modification du droit du bail ont été conçues dans un laps de temps rapproché.

A l'occasion de la codification de la LDIP, le législateur a décidé d'abroger certaines dispositions se trouvant dans diverses lois fédérales (art. 195 LDIP et annexe à la LDIP; *FF* 1983 I 255 sp. 452).

Toutes les dispositions légales contenant des règles de droit international privé n'ont toutefois pas été abrogées. L'art. 226I CO constitue précisément une exception importante et présente certaines analogies avec l'art. 274b CO :

- En vertu de l'art. 226I CO, l'acheteur domicilié en Suisse *ne peut renoncer d'avance* au for de son domicile, ni convenir avec le vendeur d'une juridiction arbitrale pour le jugement des contestations découlant d'une vente par acomptes. Cette disposition est également applicable aux ventes avec paiements préalables (art. 228 CO).
- Tout comme l'art. 274b CO, l'art. 226I CO poursuit un but de *protection de la partie faible* (*FF* 1960 I 537 sp. 582 s). Hans Giger confirme que "Es ist eine allgemein bekannte Tatsache, dass Gerichtsstandsklauseln wie Schiedsgerichtsabreden meistens die wirtschaftlich schwächere Partei belasten, indem sie ihr Rechtsvorteile entziehen oder Rechtsnachteile zufügen" (*Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Bâle et Francfort-sur-le-Main* 1992, ad art. 226I n° 2).

Parallèlement à l'élaboration de la LDIP, le parlement s'est penché sur un projet de loi sur le crédit à la consommation (*FF* 1978 II 621). Le nouvel article 226I CO de ce projet était libellé comme suit : "L'acheteur domicilié en Suisse ne peut renoncer d'avance à faire juger les litiges relatifs à la vente par acomptes par le juge ordinaire de son domicile". Le projet a finalement été rejeté lors de la votation finale en 1986 (*BO CN* 1986 1772; *BO CE* 1986 700). Il est possible que l'art. 226I CO n'a pas été abrogé du fait qu'il était en révision lors de l'élaboration de la LDIP. Il ne s'agit toutefois que d'une supposition.

Les travaux préparatoires de la LDIP ne permettent pas de déterminer les raisons pour lesquelles seules certaines dispositions susceptibles d'avoir une portée internationale ont été abrogées. Le message se limite à l'énoncé des articles abrogés (*FF 1983 I 255 sp. 452*).

L'approche systématique de la législation concernée ne permet pas de déterminer la portée de l'art. 274b CO.

(3) Quel est le but de l'art. 274b CO ?

Ainsi qu'on peut le lire dans le message du Conseil fédéral, l'art. 274b CO est prévu "pour des raisons de protection sociale et est déjà connue du droit de vente par acomptes et de vente avec paiement préalable (cf art. 226l et 228, 1er al., CO ainsi que art. 226r et 228 du projet de loi sur le crédit à la consommation)" (*FF 1985 I 1369 sp. 1449; dans le même sens, Peter Zihlmann, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1992, ad art. 274b n° 3*).

(4) En précisant que la protection de l'art. 274b al. 2 CO concerne spécifiquement le locataire domicilié en Suisse, le législateur semble avoir voulu viser des situations internationales et par conséquent conférer une portée internationale à cet article. L'indication du domicile du locataire aurait en effet été superflue si le législateur n'avait eu à l'esprit que les litiges purement internes. La question de la portée de l'art. 274b al. 2 CO a peu préoccupé les auteurs qui se sont penchés sur le nouveau droit du bail.

Dans son introduction au nouveau droit du bail dans le commentaire zurichois, Peter Higi précise que l'art. 274b CO l'emporte sur la LDIP (*op. cit., ad art. 253-274g, n° 241, 243-245*). Il confirme que la protection de la partie la plus faible est également un fil conducteur de la LDIP (*op. cit., ad art. 253-274g, n° 248*). David Lachat et Jacques Micheli partagent cette opinion (*Le nouveau droit du bail, 2e éd., Lausanne 1992, p. 68*).

Personnellement je me rallie à cette opinion tout en regrettant la dispersion des règles de droit international privé. J'estime que l'art. 274b al. 2 CO prime les dispositions générales de la LDIP, mais non le droit conventionnel, la Convention de Lugano plus particulièrement, qui doit s'appliquer même lorsque l'on se trouve dans une des situations visées par l'art. 274b al. 2 CO. De surcroît, si le locataire est domicilié à l'étranger, l'art. 274b al. 2 CO n'a aucune portée. Le for est par conséquent déterminé par la LDIP. De même, le locataire domicilié en Suisse peut renoncer au for institué par l'art. 274b al. 2 CO et agir devant les tribunaux désignés par la LDIP, sans que le bailleur ne puisse s'y opposer.

(5) Dans un arrêt M. c/ F. et S. du 6 novembre 1992, la Cour de justice du canton de Genève a décidé que l'art. 274b CO ne s'applique que si l'immeuble est sis en Suisse. Pour les immeubles sis à l'étranger, il faut, sous réserve des conventions internationales, appliquer les règles de la LDIP (SJ 1993.331). La Cour a estimé que "le législateur a eu avant tout à l'esprit l'hypothèse d'immeubles sis en Suisse, où il s'agissait d'instituer le for le plus approprié en tenant compte notamment des connaissances locales (usages, loyers du quartier ou de la localité, etc.) qu'exigent (sic) la mise en oeuvre du nouveau droit du bail" (p. 335).

II. For

1. For en matière de bail à loyer portant sur un objet mobilier

Il est parfois délicat de distinguer un contrat de bail mobilier d'autres institutions telles que le leasing ou la vente par acomptes. Or la qualification est précisément très importante ici, puisque ces contrats sont traités différemment sur le plan international.

Comme mentionné au début de cet exposé, les parties peuvent, en matière de contrats internationaux, choisir le tribunal qui résoudra leur éventuel conflit dans les limites fixées par la loi. Elles peuvent le faire au moment de la conclusion du contrat ou ultérieurement, lors de la survenance d'un litige. Ce choix peut viser :

- une autorité judiciaire, et ce faisant les parties utiliseront une clause d'élection de for (ou prorogation de for). Voir art. 5 LDIP et art. 17 de la Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale de 1988, dite Convention de Lugano;
- un tribunal arbitral, distinct des autorités judiciaires. La LDIP règle spécialement cette procédure aux art. 176ss, l'art. 178 régissant plus particulièrement la convention d'arbitrage proprement dite (voir ci-dessous IV).

L'art. 5 LDIP non seulement détermine les conditions de forme qu'une prorogation de for doit respecter pour être valable, mais fixe également certaines limites quant à l'utilisation d'une clause de prorogation de for. En vertu de l'art. 5 al. 2 LDIP, l'élection de for est sans effet si elle conduit à priver d'une manière abusive une partie de la protection que lui assure un for prévu par le droit suisse. Si l'on devait parvenir à la conclusion que l'art. 274b al. 2 CO n'est pas applicable dans les litiges internationaux, l'art. 5 al. 2 pourrait partiellement jouer le même rôle protecteur. Dans le projet de LDIP rédigé par la commission d'experts, l'art. 5 al. 2 prohibait les élections de for qui priveraient d'une manière abusive la partie la plus faible de la protection que lui assure un for prévu par la LDIP (*volume 12 Etudes suisses de droit international, Zurich 1978*). Dans sa version

définitive, l'art. 5 al. 2 LDIP s'applique également lorsque la protection découle d'une loi autre que la LDIP. Une clause de prorogation de for en faveur d'un tribunal autre que celui du lieu de situation de l'immeuble contenue dans un contrat de bail immobilier pourrait par conséquent être déclarée nulle (*sur l'art. 5 al. 2 LDIP voir notamment FF 1983 I 255 sp. 292; Walder, op. cit., § 5 n° 19; Schnyder, op. cit., p. 24; Hans Reiser, Gerichtstandsvereinbarungen nach dem IPR-Gesetz, Zurich 1989, p. 111ss*).

Si les parties n'ont rien prévu, ou si leur choix a été jugé non valable, les tribunaux désignés par les conventions internationales, à défaut par l'art. 274b al.2 CO ou par la LDIP, seront compétents.

a. Droit conventionnel

La Suisse est partie à la Convention de Lugano entrée en vigueur le 1er janvier 1992. Cette convention s'applique dans nos relations avec un nombre croissant d'Etats européens, à savoir la France, l'Italie, etc. Elle contient plusieurs règles qui déterminent la compétence judiciaire des Etats contractants. Dans notre domaine, on peut citer en particulier :

- le for du domicile du défendeur dans un Etat contractant (art. 2) ou, alternativement,
- le tribunal du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée (art. 5 ch. 1 et art. Ibis du protocole n° 1).

Il faut toutefois préciser que s'il s'agit d'un contrat de bail devant être qualifié du contrats conclus par les consommateurs, les articles 13 à 15 de la Convention de Lugano sont applicables. Une prorogation de for ne sera alors admise qu'à des conditions restrictives.

Si la convention de Lugano ne s'applique pas, le for sera désigné par l'art. 274b al. 2 CO ou la LDIP.

b. Art. 274b al. 2 litt. b CO

Cette disposition vise les contrats de bail portant sur des choses mobilières louées par le locataire pour son usage privé et par le bailleur dans l'exercice de son activité professionnelle :

Le locataire domicilié en Suisse ne peut pas renoncer à l'avance au for du domicile du défendeur. Une prorogation de for ne sera donc valable que si elle a été conclue après la survenance du litige.

Si le contrat de bail international ne porte pas sur un objet remplissant les conditions mentionnées ci-dessus et/ou si le locataire n'est pas domicilié en Suisse, cette disposition ne s'applique pas. Le for sera alors régi par la LDIP.

c. LDIP

S'il s'agit d'un contrat de bail devant être qualifié de contrat de consommateur au sens de l'art. 120 al. 1 LDIP, une prorogation de for ne sera admise qu'après la survenance du litige. A défaut de prorogation de for, le consommateur peut ouvrir action soit au lieu de son domicile, soit au lieu du domicile du bailleur.

Si ni la Convention de Lugano, ni l'art. 274b al. 2 CO ne s'appliquent, qu'il ne s'agit pas d'un contrat de consommateur au sens de l'art. 120 LDIP et que les parties n'ont pas fait de prorogation de for valable, le for sera déterminé par l'art. 112 LDIP - for du domicile du défendeur - ou par l'art. 113 LDIP - for du lieu d'exécution si le défendeur n'a pas de domicile en Suisse.

2. For en matière de bail à loyer portant sur un immeuble

Comme pour le contrat de bail portant sur un objet mobilier, l'art. 274b CO s'applique dans certains cas bien délimités.

a. Droit conventionnel

Le seul document conventionnel qui traite de façon spécifique les baux d'immeubles est la Convention de Lugano. A son art. 16, celle-ci prévoit la compétence exclusive des tribunaux de l'Etat contractant où l'immeuble est situé. L'exclusivité signifie qu'à aucun moment les parties ne peuvent déroger à ce for en convenant de soumettre leur litige à un tribunal de leur choix. Dès que l'immeuble est situé dans un Etat contractant, les tribunaux de cet Etat sont seuls compétents, de sorte que les tribunaux de tous les autres Etats contractants doivent refuser de se saisir d'un litige ayant trait à un bail immobilier.

Il existe cependant une exception non négligeable, celle des baux conclus "en vue d'un usage temporaire" (art. 16 ch. 1 b Convention de Lugano). Dans ce cas, les tribunaux du domicile du défendeur (for ordinaire de l'art. 2 Convention de Lugano) sont compétents. Il faut pour cela que le bail soit conclu en vue d'un usage purement temporaire pour une période maximale de 6 mois consécutifs, que le locataire soit une personne physique et qu'aucune des parties ne soit domiciliée dans l'Etat contractant où l'immeuble est situé. Ainsi, le contrat qu'un locataire domicilié en Suisse pourrait passer avec un bailleur également domicilié en Suisse concernant une maison de vacances située en Bretagne pourrait être soumis aux tribunaux suisses par une prorogation de for (art. 17 Convention

de Lugano) ou, à défaut, le défendeur pourrait être actionné au lieu de son domicile (art. 2 Convention de Lugano). En revanche, si le bailleur est domicilié en France, seuls les tribunaux français du lieu de situation de l'immeuble seront compétents

b. Art. 274b al. 2 litt. a CO

Le locataire domicilié en Suisse ne peut renoncer à l'avance au for du lieu de situation de l'immeuble lorsque le bail porte sur un local d'habitation. Le bailleur peut renoncer à ce for.

En choisissant le lieu de situation de l'immeuble, le législateur a voulu faciliter au maximum la procédure probatoire concernant les baux immobiliers, par exemple pour la constatation de défauts, et désigner le juge qui sera le mieux à même de déterminer les usages locaux (*Message FF 1985 I 1369 sp. 1449*).

Cette disposition n'est pas applicable aux appartements de vacances loués pour trois mois ou moins (art. 253a CO).

c. LDIP

Si ni l'art. 274b al. 2 CO, ni la Convention de Lugano ne s'appliquent, que les parties n'ont pas fait de prorogation de for valable, le for est déterminé par l'art. 112 LDIP - for du domicile du défendeur - et par l'art. 113 LDIP - for du lieu d'exécution - si le défendeur n'est pas domicilié en Suisse. Le lieu d'exécution ne sera pas forcément toujours situé au même endroit. Il dépend de la prestation litigieuse.

Si la convention ne s'applique pas, la définition du bail à loyer d'habitation non régi par les normes protectrices sera donnée par l'art. 253a CO. Ainsi, un bail portant sur un chalet valaisan, propriété d'un bailleur domicilié en Allemagne, pourra, s'il est d'une durée inférieure à 3 mois, faire l'objet d'une prorogation de for en faveur des tribunaux allemands (art. 5 LDIP). S'il n'y a pas de clause de prorogation de for, le locataire pourra agir en Suisse, au lieu d'exécution, pour se plaindre, par exemple, d'un défaut de la chose louée (art. 113 LDIP).

III. Droit applicable

1. Droit applicable en matière de bail à loyer portant sur une chose mobilière

Dans le domaine des contrats internationaux, les parties peuvent librement choisir le droit qui régira leurs relations (art. 116 LDIP). Elles n'ont pas l'obligation de choisir le droit d'un

Etat avec lequel le contrat possède des attaches naturelles. Elles n'ont pas à justifier leur choix. Elles peuvent l'opérer à tout moment depuis la conclusion du contrat jusqu'à la procédure instruite en Suisse. Elles peuvent donc choisir un droit dont elles (ou une d'entre elles) ont l'habitude, un droit qu'elles considèrent mieux à même de résoudre leurs relations, un droit qui a la qualité d'être neutre, etc.

Si les parties ne font pas usage de leur autonomie, la loi supplée à leur silence par une règle de conflit de lois qui retient un critère objectif soit celui de l'Etat dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a sa résidence habituelle ou son établissement. Cette règle a pour but de soumettre le contrat au droit de l'Etat qui présente les liens les plus étroits avec la cause. Dans le contrat de bail, où une partie confie à l'autre l'usage d'une chose mobilière, c'est le bailleur qui fournit la prestation caractéristique (art. 117 al. 3 LDIP). Dans certains cas tout à fait particuliers, le juge peut appliquer un droit autre que celui désigné par l'art. 117 LDIP, en faisant usage de la clause d'exception (art. 15 LDIP).

2. Droit applicable en matière de bail à loyer portant sur un immeuble

La question de la loi applicable à un bail à loyer d'habitation ou de locaux commerciaux peut se poser devant un tribunal suisse ou un tribunal étranger. Nous examinerons la première hypothèse, tout en relevant que si un tribunal étranger est compétent, il déterminera le droit applicable au bail en fonction de ses règles de conflit. Le droit applicable découle donc directement de la compétence des tribunaux. Un tribunal étranger n'appliquera pas forcément le droit suisse, le locataire risquant par là de perdre la protection assurée par celui-ci. Il est donc capital d'être très attentif à la compétence des tribunaux (voir ci-dessus II).

Les parties peuvent choisir le droit applicable au contrat de bail qu'elles ont conclu (art. 119 LDIP). Si elles ne font pas d'élection de droit, leur contrat sera régi par le droit du lieu de situation de l'immeuble (*Schnyder, op. cit., p. 110; voir également Zihlmann, op. cit., Vorbemerkungen zu Art. 253-268b, n° 25 ss*).

Le juge suisse est en principe tenu d'appliquer le droit désigné par les règles de conflit de lois. Le législateur a toutefois estimé que certaines dispositions impératives doivent s'appliquer en raison de leur but quel que soit le droit désigné. Cette théorie dite des lois d'application immédiate est ancrée à l'art. 18 LDIP. Selon Pierre Mayer, "chacune de ces règles est applicable même si l'ordre juridique auquel elle appartient n'est pas désigné par la règle de conflit, dès lors que l'Etat qui l'a édictée estime nécessaire de la voir appliquée aux situations présentant avec lui un certain rattachement" (*Droit international privé, 4e éd., Paris 1991, p. 87*). Il n'apparaît pas tolérable que, dans certains domaines sensibles, un droit étranger puisse interférer et conduire à la neutralisation des objectifs poursuivis par l'Etat du for. Le cas des dispositions protectrices du locataire d'habitation ou de locaux commerciaux entre parfaitement dans cette définition (*voir IPRG Kommentar 1993,*

Vischer ad art. 18 no 14; autres exemples de lois d'application immédiate : la lex Friedrich sur l'acquisition d'immeubles par des personnes domiciliées à l'étranger, le droit cartellaire, etc.). Certes, tout le droit du bail ne mérite pas la qualification de loi d'application immédiate. On pense surtout aux dispositions sur la protection contre les loyers abusifs (art. 269 ss CO), sur la protection contre les congés (art. 271 ss CO) et sur la délivrance de la chose louée en bon état (art. 258 ss CO).

La protection du locataire connaît des limites. Si l'on admet qu'une clause de prorogation de for désignant un tribunal étranger puisse être conclue dans un contrat de bail portant sur un local commercial (art. 274b al. 2 litt. a), il n'est pas certain du tout que le tribunal étranger appliquera le droit suisse du bail. Il peut appliquer le droit du domicile du bailleur ou le droit conventionnellement choisi par les parties. Il ne sera pas possible d'avoir recours à l'art. 18 LDIP dans ce cas.

De même, si le locataire devait renoncer à la protection du for du lieu de situation, après la survenance du litige (art. 274b al. 2 CO), le tribunal étranger pourrait être amené à appliquer un droit différent du droit suisse.

IV. Arbitrage international

Le règlement des litiges par la voie de l'arbitrage a subi un développement considérable dans le domaine des relations internationales. Il consiste à soumettre le règlement d'un litige à des arbitres, indépendants des tribunaux ordinaires. Le chapitre 12 de la LDIP (art. 176 ss LDIP) régit l'arbitrage international, alors que le Concordat intercantonal sur l'arbitrage (CIA) traite de cette matière au niveau interne.

L'art. 177 LDIP déclare que "toute cause de nature patrimoniale peut fait l'objet d'un arbitrage". C'est dire qu'en principe les contrats de bail internationaux, qui sont bien entendu des causes de nature patrimoniale, devraient entrer dans la définition de l'art. 177 LDIP. Il convient de distinguer les situations suivantes :

1. Arbitrage au sens propre du terme

a. bail de locaux commerciaux

Les parties peuvent prévoir un règlement arbitral, soit par l'inclusion dans leur contrat d'une clause d'arbitrage, ou ultérieurement, lors d'un litige, en décidant de signer un compromis d'arbitrage.

b. bail de locaux d'habitation

Pour les baux d'habitation, la question est plus délicate. L'art. 177 LDIP, à la différence de l'art. 5 du Concordat, ne contient aucune réserve en faveur de compétences judiciaires exclusives. La doctrine est déjà divisée sur le point de savoir si les fors exclusifs prévus par la LDIP s'imposent en matière d'arbitrage, ou si au contraire l'indépendance du chapitre 12 de la LDIP permet de juger différemment suivant que l'on a à trancher une clause de prorogation de for ou une clause d'arbitrage. Il paraît préférable d'admettre qu'une exclusion ou une limitation du droit pour les parties de déroger aux règles sur la compétence (par une élection de for) ne concerne pas seulement la compétence judiciaire ordinaire, mais aussi l'arbitrage (*idem Vischer, IPRG Kommentar, ad art. 177 n° 10*). On ne voit pas pourquoi on devrait admettre une restriction de l'autonomie des parties par rapport à la prorogation de for et, pour un domaine identique, une complète autonomie en matière d'arbitrage.

La question est plus délicate lorsqu'il s'agit de savoir quel est l'effet de dispositions d'autres lois fédérales sur l'interprétation de l'art. 177 LDIP. C'est ici le domaine de l'art. 274c CO en matière de bail ou de l'art. 226l CO en matière de vente à crédit. Ces dispositions ne sont pas réservées par l'art. 177 LDIP. Une exclusion de l'arbitrage n'est possible que dans la mesure où l'ordre public international peut intervenir (voir ATF 118 II 353 sp. 357 et RSDIE 1994.111). On ne pourra donc admettre une telle intervention de l'ordre public que lorsque l'exclusion de l'arbitrage a pour but la protection d'un groupe particulier de personnes qui présentent avec la Suisse un lien particulier, dans un cas où l'application immédiate de règles visées par l'art. 18 LDIP doit être assurée. C'est bien le cas pour les baux portant sur des locaux d'habitation, si l'immeuble est situé en Suisse, pour autant que le locataire ait son domicile ou sa résidence habituelle en Suisse. Cette situation doit rester tout à fait exceptionnelle. Ainsi, on admet que dans le cadre de l'art. 226l CO cité plus haut la voie de l'arbitrage est ouverte en matière internationale.

2. Arbitrage de l'art. 274a al. 1 litt. e CO

L'art. 274a al. 1 litt. e permet aux autorités de conciliation de "faire office de tribunal arbitral à la demande des parties". Il s'agit d'un arbitrage d'un type particulier. Si l'une des parties est domiciliée à l'étranger (on pense au cas du bailleur en particulier), ce tribunal arbitral n'aura pas la liberté reconnue à un tribunal arbitral ordinaire. Il sera contraint d'appliquer les règles protectrices du droit suisse et de respecter les principes de garantie de la composition paritaire, de la gratuité, de la maxime d'office, etc. Il ne s'agit donc pas d'une véritable procédure arbitrale au sens où cette notion est entendue, aussi bien sur la plan national qu'international.