

POURPARLERS PRECONTRACTUELS, PROMESSE DE CONCLURE ET DROIT D'OPTION EN MATIERE DE BAIL

par **François Knoepfler**,

avocat, professeur à l'Université de Neuchâtel*

Sommaire

	<u>Page</u>
1. Pourparlers précontractuels	2
a) Illustration	2
b) Déroulement des pourparlers	2
c) Culpa in contrahendo et responsabilité précontractuelle	4
2. Droit d'option et promesse de conclure	8
a) Droit d'option	8
b) Promesse de conclure	13

Annexe

* L'auteur tient à remercier très vivement son assistant, M^e Simon OTHENIN-GIRARD, pour la part importante qu'il a prise dans la préparation de cette contribution.

1. Pourparlers précontractuels

a) Illustration :

Albert est propriétaire d'un petit immeuble, comprenant deux logements et deux locaux commerciaux, dont l'un est loué à un dentiste, le Dr. Claude, et l'autre à un gynécologue, le Dr. Pierre. Celui-ci ayant décidé de cesser toute activité au 1^{er} janvier 1999, Albert passe une annonce dans un quotidien: « *A louer, local commercial pour cabinet médical, rue de la Gare 20a, 180 m2, dès 1er janvier 1999, 3'400.- charges comprises* ». Le Dr Stéphane, qui vient de terminer ses études de médecine dentaire, souhaite ouvrir au plus vite son cabinet; ayant lu l'annonce, et sachant que le Dr Claude, âgé de septante ans, a également son cabinet dans cet immeuble, il est très intéressé par la conclusion d'un contrat. Il prend contact avec Albert et visite les lieux, le 1^{er} mars 1998. Le Dr Stéphane demande à Albert s'il serait disposé à faire des travaux, pour réduire la surface de la salle d'attente et transformer un bureau en local de préparation. Albert lui propose d'envoyer un plan, lui même se chargeant de demander des devis à des maîtres d'état. Lorsqu'il apprend que son jeune confrère s'intéresse à ces locaux, le Dr Claude explique à Albert qu'il compte remettre son cabinet à un successeur qu'il a déjà trouvé, le 31 décembre 1998; il souhaite lui transférer son bail avec le consentement d'Albert (art. 263 CO) et trouverait regrettable que son successeur soit confronté à la concurrence d'un collègue dans le même immeuble. Albert décide de renoncer à louer le local vacant à un dentiste. Le lendemain, le Dr Stéphane lui adresse des plans portant modification des locaux. Tout en étant fermement décidé à ne pas lui louer ces locaux, Albert accuse réception de ce courrier, en précisant qu'il demandera trois offres à des entrepreneurs, ce qu'il ne fait pas. Le 1^{er} mai 1998, le Dr Stéphane, qui est resté sans nouvelles d'Albert, lui récrit. Albert lui répond qu'il attend toujours les réponses des maîtres d'état. Le 17 juin 1998, Albert écrit au Dr Stéphane pour lui faire savoir qu'il renonce à ces modifications, trop onéreuses, et que la conclusion d'un contrat est dès lors impossible. Le Dr Stéphane répond immédiatement qu'il est néanmoins intéressé par les locaux. Le 30 juin 1998, Albert l'informe qu'il renonce à louer les locaux à un dentiste, jugeant peu judicieux d'avoir deux mêmes spécialistes dans l'immeuble.

b) Déroulement des pourparlers

Comme pour tout contrat, la conclusion du contrat de bail est précédée d'une phase plus ou moins longue de discussions, les parties tentant de se mettre d'accord sur son contenu essentiel. Les pourparlers peuvent débuter, au plus tard¹, avec le dépôt d'une offre, lorsque, par exemple, le candidat locataire connaît les locaux et peut formuler une proposition ferme de conclure. Les négociations ne débutent pas forcément avec le dépôt d'une offre; il arrive qu'une partie, intéressée à la conclusion d'un contrat, manifeste son intérêt, sans être en mesure de formuler une offre. Ainsi, la partie qui

¹ WESSNER, La conclusion du bail immobilier, 5^e Séminaire sur le bail à loyer, Neuchâtel 1988, p. 2.

déclare vouloir conclure tout en émettant des réserves (cf. art. 7 al. 1 CO). Lorsqu'un gérant d'immeubles publie, au nom du propriétaire, une annonce portant sur la location d'un appartement ou d'un local commercial, il s'agit d'un appel d'offres². De même, le locataire qui remplit un formulaire d'inscription n'émet, en règle générale, pas une offre, mais formule une offre sans engagement³. Il arrive que dans la négociation les parties passent insensiblement du stade de la discussion à celui de l'accord contractuel. C'est dans le domaine commercial et du droit des affaires que les diverses étapes de la négociation sont les plus nombreuses. On peut citer, à titre d'exemple, deux procédés utilisés :

La déclaration d'intention : elle n'est pas prévue par le code. Ce type de déclaration, que l'on retrouve en droit anglo-américain sous le dénomination de *non-binding offer* et, avec une nuance, de *letter of intent*, est un texte dans lequel une partie exprime à l'autre le contenu et la portée de sa volonté en vue d'un futur contrat. En principe, celui qui fait une telle déclaration souhaite encore préciser certains points importants à discuter mais désire déjà manifester son intérêt à la conclusion d'un contrat. Il entend donc simplement s'assurer que son partenaire a la volonté de contracter. La signature d'une telle déclaration limite l'autonomie du déclarant qui risque, en cas d'échec des pourparlers, d'être accusé plus facilement de *culpa in contrahendo*;

Le protocole d'accord : Il se situe à un stade plus avancé de la négociation. Les parties signent un document. Elles sont très proches d'un accord car il ne subsiste qu'une faible zone d'indétermination. Les points essentiels sont en général résolus et seuls subsistent encore quelques questions à résoudre avant que le contrat ne soit conclu.

Dans le domaine des baux d'habitation, la situation dépend très largement du marché. Si le marché immobilier est tendu, les pourparlers se réduisent souvent à peu de choses. Comme le relève David LACHAT, « *lorsque sévit la pénurie, le bailleur est en position de force. Il impose les conditions. Le candidat locataire qui ne les accepte pas n'a le plus souvent pas d'autres solutions que de chercher ailleurs un appartement qui réponde mieux à ses désirs et à ses moyens* »⁴. Aujourd'hui, l'offre importante de logements met plus de souplesse dans les relations des parties et leur permet de négocier, dans une certaine mesure, la durée du bail ou le prix du loyer. Pour les locaux commerciaux, l'enjeu économique est plus important, même pour le bailleur, de sorte que les parties disposent d'une plus grande liberté contractuelle.

En principe, la phase de la négociation s'achève soit par la conclusion d'un contrat de bail, si les parties ont pu se mettre d'accord sur ses éléments, soit par la rupture des pourparlers.

² Cf. art. 7 al. 2 CO; WESSNER, p. 12; ENGEL, *Traité des obligations en droit suisse*, 2^e éd., Berne 1997, p. 194.

³ Cf. *Obergericht/TG*, 24 février 1993, MP 1997 p. 23; WESSNER, p. 12; LACHAT, *Le bail à loyer*, Lausanne 1997, p. 112.

⁴ LACHAT, p. 110.

Chaque partie est libre de rompre les pourparlers⁵, sous réserve de l'existence d'une promesse de contracter et des exigences de la bonne foi dont la violation est constitutive de *culpa in contrahendo*. La rupture des pourparlers n'entraîne aucun devoir d'indemniser l'autre partie pour les frais engagés, par exemple les frais de publication d'une offre, les frais d'établissement de plans ou de devis pour l'agencement de locaux commerciaux, les frais de déplacement pour la visite, les frais de mandataire, les frais engagés pour déposer un dossier de candidature (p. ex. frais d'une attestation de l'office des poursuites, photocopies, affranchissements), les frais d'établissement d'un projet de bail, etc. Même après de longs pourparlers et même s'ils sont importants, chaque partie garde à sa charge les frais qu'elle a engagés. Dans la pratique, certains bulletins d'inscription mentionnent que le candidat qui renonce à la location proposée par le bailleur doit une indemnité au gérant. La jurisprudence et la doctrine paraissent tenir ces indemnités forfaitaires pour injustifiées, à tout le moins lorsque la renonciation à conclure n'est pas fautive⁶. Cette conclusion est peut-être un peu hâtive. On pourrait considérer qu'avant de conclure un contrat de bail proprement dit, les parties concluent un contrat d'études - qui n'est pas une promesse de contracter -, impliquant certains frais pour le bailleur et dont la fin raisonnablement attendue consiste dans la conclusion du contrat principal. L'indemnité serait ainsi une clause pénale (cf. art. 160 CO) due en cas de non-conclusion du bail par le locataire, sans qu'il soit besoin de qualifier la décision du locataire potentiel d'acte fautif. Un tel contrat ne paraît pas mériter le qualificatif d'acte contraire aux mœurs ou à l'ordre public (art. 19 CO). La clause serait valable pour autant que les termes utilisés par celui qui a rédigé le contrat établissent clairement que cette phase des relations des parties est véritablement l'objet d'un contrat distinct du bail à conclure. L'indemnité forfaitaire resterait bien entendu sujette à réduction (art. 163 CO).

c) **Culpa in contrahendo et responsabilité précontractuelle**

L'exemple que nous avons choisi nous semble illustrer parfaitement les devoirs que la bonne foi impose à chacune des parties en négociation. Une violation de ces devoirs est constitutive d'une *culpa in contrahendo*, qui n'est, selon le Tribunal fédéral qu'un « *cas particulier* » de la responsabilité fondée sur la confiance⁷.

⁵ GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, *Partie générale du droit des obligations*, t. I, 2^e éd., Zurich 1982, p. 130; ENGEL, p. 188; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, *Commentaire zurichois*, art. 1-17 CO, 3^e éd., Zurich 1973, N° 587 ad art. 1; *Tribunal cantonal/NE*, 5 juillet 1982, RJN 1982 p. 34.

⁶ LACHAT, p. 111, citant *Obergericht/TG*, 24 février 1993, MP 1997 p. 23: nullité d'une indemnité forfaitaire (art. 256 al. 2 CO et 8 LCD) dont les termes étaient les suivants: « *Wird aufgrund dieser Mietanmeldung ein Mietvertrag erstellt, welcher alsdann aus irgendwelchen Gründen nicht zustande kommt, so verpflichte(n) sich der/die Unterzeichneten, dem Vermieter einen Unkostensatz von Frs. 200.- zu leisten* ». Lorsque la rupture est fautive, il s'agirait d'une clause relative à l'appréciation anticipée de l'étendue du dommage, qui ne semble pas pouvoir dispenser le bailleur de la preuve d'un dommage (cf. BUCHER, *Schweizerisches Obligationenrecht*, Allg. Teil, Zurich 1988, p. 525); en outre, si elle est excessive, elle pourrait être réduite par application analogique de l'art. 163 al. 3 CO (cf. GAUCH/SCHLUEP, *Schweizerisches Obligationenrecht*, Allg. Teil, t. II, 6^e éd., Zurich 1995, N° 3974).

⁷ ATF 121 III 350 (355), *Fédération Suisse de Lutte amateur*, se référant à KRAMER/SCHMIDLIN, *Commentaire bernois*, Art. 1-18 CO, 3^e éd., Berne 1986, Allg. Einl, N° 151; voir déjà, sur cette nouvelle source d'obligations, ATF 120 II 331, *Wibru Holding AG*. Sur les controverses relatives à la nature de la *culpa in contrahendo*, voir l'excellent résumé de KRAMER/SCHMIDLIN, N° 137 ss; cf. également GONZENBACH, *Culpa in contrahendo im schweizerischen Vertragsrecht*, Berne 1987.

En premier lieu, les parties ont le devoir de se comporter sérieusement et de mener les pourparlers conformément à leurs véritables intentions. Il est contraire à la bonne foi d'entrer en pourparlers lorsque l'on a d'emblée aucune intention de conclure un contrat avec l'autre partie⁸. De même, lorsqu'en cours de négociation, l'une des parties se rend compte qu'elle ne conclura pas le contrat, elle a le devoir de rompre les pourparlers en informant son partenaire, afin d'éviter qu'il engage des dépenses superflues ou qu'il perde une autre occasion de conclure⁹. Dans notre exemple, Albert a manifestement commis une *culpa in contrahendo* en n'informant pas immédiatement le Dr Stéphane de sa décision de renoncer à louer le local à un dentiste. Quant au locataire qui a déposé simultanément plusieurs « *bulletins d'inscription* » auprès de gérances et qui visite plusieurs locaux, il doit, dès qu'il a trouvé un logement et qu'il renonce à conclure un autre contrat, en informer ses autres partenaires précontractuels. Il est également contraire aux règles de la bonne foi d'engager ou de poursuivre des négociations lorsque l'on sait -ou que l'on devrait savoir- que le contrat ne pourra être valablement conclu, faute de pouvoir de représentation (art. 39 CO) ou de capacité civile (art. 19 CC)¹⁰ ou que la négociation servira uniquement de moyen de pression dans une autre négociation parallèle. Pour prendre un exemple d'absence de pouvoir de représentation, le gérant d'immeubles dont le mandat n'a pas été confirmé par l'administration de la faillite, après la faillite du propriétaire et qui mène des pourparlers peut se rendre coupable d'une *culpa in contrahendo* (art. 39 CO).

En second lieu, si chaque sujet de droit est « *le gardien de ses propres intérêts* »¹¹, une partie doit renseigner l'autre, dans une certaine mesure, sur les circonstances propres à influencer la décision de celle-ci de conclure le contrat ou de le conclure à certaines conditions, pour reprendre les termes du Tribunal fédéral¹². Lorsqu'une partie donne un conseil ou un renseignement à l'autre, elle doit le faire au mieux¹³. Pour savoir si une partie est tenue d'informer l'autre, il faut tenir compte « *de la nature du contrat, du déroulement des pourparlers, de ce que voulaient et savaient les intéressés* »¹⁴. Le devoir d'information est plus étendu lorsque le contrat est conclu *intuitu personae* que si la personnalité du cocontractant est indifférente¹⁵; il est aussi moins large lorsque les deux parties sont sur un pied d'égalité¹⁶. Ainsi que le souligne Pierre WESSNER¹⁷, dans le domaine du bail, la nature du contrat appelle une application large du devoir de renseigner: le propriétaire devra renseigner le candidat locataire au sujet des circonstances qu'il n'est pas censé connaître, comme l'ampleur des frais accessoires, la

⁸ ATF 77 II 135; TERCIER, La culpa in contrahendo en droit suisse, Premières journées juridiques yougoslavo-suisse, Publications de l'Institut suisse de droit comparé, Zurich 1984, p. 228.

⁹ ENGEL, p. 189; TERCIER, p. 229; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N° 575 ad art. 1 CO.

¹⁰ Cf. entre autres ENGEL, p. 187; TERCIER, p. 229.

¹¹ ENGEL, p. 187.

¹² ATF 105 II 75 (80), *Escophon AG*; ENGEL, p. 187.

¹³ SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N° 577 ad art. 1 CO; ENGEL, p. 187; TERCIER, p. 230.

¹⁴ ATF 105 II 75 (80), *Escophon AG*.

¹⁵ TERCIER, p. 230; ENGEL, p. 188.

¹⁶ ENGEL, p. 188; TERCIER, p. 230.

¹⁷ WESSNER, p. 3.

présence de défauts cachés, les intentions du propriétaire de rénover l'immeuble, le contenu du règlement de maison pour l'utilisation de locaux communs, des projets de construction voisins, le fait que l'immeuble loué est sujet à une réalisation forcée, etc. Quant au candidat locataire, il est tenu de fournir, sur demande, les renseignements nécessaires à l'examen de sa candidature (nom, prénom, adresse, date de naissance, nombre d'adultes et d'enfants qui occuperont le logement, état civil, profession, employeur, revenu approximatif, poursuites en cours¹⁸, animaux, source de bruit particulière, congés reçus précédemment et motivation)¹⁹. En revanche, le locataire n'est pas tenu de donner suite à une demande de renseignements lorsque celle-ci porte une atteinte à sa personnalité et/ou que son enregistrement constitue une violation de la loi fédérale sur la protection des données (p. ex. renseignements concernant l'éventuelle contrainte du locataire de conclure le bail en raison d'une « *nécessité personnelle ou familiale* » (art. 270 CO), appréciation du rapport qualité/prix du logement, existence d'une maladie, activité politique, appartenance à une association de locataire)²⁰. A nos yeux, si le candidat locataire répond inexactement à ces dernières questions qui n'ont pas lieu d'être, l'on ne saurait lui reprocher de négocier de façon contraire à la bonne foi²¹. Dans le domaine des baux commerciaux, le candidat locataire devra informer le bailleur sur la nature de son activité, sur les nuisances qu'elle implique pour le voisinage et pour les locaux; quant au propriétaire, il ne surévaluera pas abusivement le rendement du commerce offert à bail²².

Il est admis que le partenaire victime d'une *culpa* peut réclamer la réparation du dommage négatif, soit du préjudice qu'il a subi parce qu'il a cru qu'un contrat serait conclu²³. Le partenaire sera donc placé dans la situation qui aurait été la sienne si les pourparlers n'avaient pas été entrepris ou poursuivis. Selon une partie importante de la doctrine, si l'équité l'exige, le juge devrait pouvoir allouer des « *dommages-intérêts plus considérables* »²⁴. Dans certaines circonstances, la victime peut réclamer réparation de la perte éprouvée et du gain manqué. On entre ici dans le domaine des dommages-intérêts positifs. Ainsi, dans notre exemple, le Dr Stéphane pourrait réclamer tant le remboursement de ses frais de déplacement pour la visite des lieux et les frais d'établissement des plans que le gain qu'il n'a pas pu réaliser du fait du retard qu'il a

¹⁸ *Mietgericht des Saanenbezirks/FR*, 5 mars 1993, MP 1997 p. 20-21: le candidat n'a pas d'obligation d'annoncer ses poursuites, mais il doit répondre s'il est questionné à ce sujet.

¹⁹ LACHAT, p. 110.

²⁰ Cf. Recommandation du Préposé fédéral à la protection des données au sujet des données recueillies auprès des personnes intéressées à la location d'un logement, du 21 novembre 1994, FF 1994 V 407-410 (cf. annexe); MP 1994 p. 211, MP 1997 p. 22; LACHAT, p. 111; ZIHLMANN, *Das Mietrecht*, 2^e éd., Zurich 1995, p. 48-49 et 287-290.

²¹ Cf. par analogie, dans le domaine du contrat de travail, BRUNNER/BÜHLER/WAEBER, *Commentaire du contrat de travail*, Lausanne 1996, p.17: « *le candidat n'est donc pas tenu de respecter l'obligation de dire la vérité s'il doit se défendre contre une ingérence dans sa sphère privée* ».

²² ATF 108 II 419, A.

²³ ATF 105 II 81, *Escophon AG*; ENGEL, p. 189; TERCIER, p. 237.

²⁴ TERCIER, p. 238; ENGEL, p. 754-755; PIOTET, *Culpa in contrahendo et responsabilité précontractuelle en droit privé suisse*, Berne 1963, p. 92-93; KOLLER, *Schweizerisches Obligationenrecht*, Allg. Teil, t. I, Berne 1996, N° 1779; SCHWENZER, *Schweizerisches Obligationenrecht - Allgemeiner Teil*, Berne 1998, N° 47.13; KRAMER, *Commentaire bernois*, Art. 19-22 OR, 3^e éd., Berne 1991, N° 45 ad art. 22, proposent d'appliquer par analogie la solution prévue aux art. 26 al. 2 et 39 al. 2 CO.

pris dans l'exercice de son activité professionnelle; chacun étant tenu de diminuer, dans la mesure du possible, l'ampleur de son dommage²⁵ et comme l'entrée dans les locaux était prévue pour le 1^{er} janvier 1998, le Dr Stéphane devra démontrer qu'en dépit de ses démarches, il n'est pas parvenu à trouver des locaux lui permettant d'ouvrir un cabinet avant le 1^{er} janvier 1998²⁶.

²⁵ Ce principe s'appliquant tant dans le domaine de la responsabilité délictuelle (art. 44 CO; SCHNYDER *in* HONSELL/VOGT/WIEGAND, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I (Art. 1-529 OR), Bâle et Francfort-sur-le-Main 1996, N° 8 ad art. 44 et les réf.) que dans celui de la responsabilité contractuelle, par le détour de l'art. 99 al. 3 CO (voir ATF 117 II 156 (158), *T. et M. J.*; WIEGAND, *in* HONSELL/VOGT/WIEGAND, N° 19 ad art. 99 CO); il devrait s'appliquer également à la responsabilité fondée sur la confiance.

²⁶ Cf. notamment ATF 105 II 81, JT 1980 I 71 cité par WESSNER, p. 6. A noter que cette possibilité d'indemnisation se retrouve dans d'autres systèmes juridiques. Ainsi le droit anglo-américain connaît la *promissory estoppel*: celui qui agit en se fondant raisonnablement sur les déclarations claires de son contractant, renonçant notamment à s'intéresser à d'autres opportunités, peut réclamer une indemnité lorsque le cocontractant décide subitement de conclure avec un tiers: « *A, owner of a shopping mall, promises that it will negotiate a lease for particular space with B, a tenant. B rejects an offer of space from another landlord. A then leases the space to one of B's competitors for a higher rent. A court might apply promissory estoppel, by holding that A implicitly promised to use good faith in the negotiation and breached that promise* », cité par Steven EMMANUEL and Steven KNOWLES, *Contracts*, Emmanuel Law Outlines, Larchmont/New York 1994, C 15.

2. Droit d'option et promesse de conclure

a) Droit d'option

Pour reprendre les termes du Tribunal fédéral²⁷, un droit d'option est un droit conférant à son bénéficiaire la faculté de former ou de prolonger directement un rapport d'obligation déjà conclu par une déclaration unilatérale de volonté (la « *levée d'option* »²⁸). Le Tribunal fédéral ajoute que « *le contrat qui contient un tel droit est soumis à une condition suspensive (...). La validité d'un tel contrat dépend de la seule déclaration ultérieure de volonté de la partie intéressée de le maintenir. La doctrine y voit une forme particulière de condition potestative, définie comme telle (Wollensbedingung)* ».

Bien qu'il ne soit pas réglementé par la loi, comme c'est le cas du droit d'emption dans le domaine de la vente immobilière (art. 959 CC, 216 ss CO), qui est un droit d'option spécifique, il est possible d'insérer une clause d'option dans un contrat de bail²⁹. Au lieu de conférer à son bénéficiaire, à l'instar du droit d'emption, un « *droit d'acquisition conditionnel* » sur une chose³⁰, le droit d'option en matière de bail confère le droit conditionnel, pour l'une des parties, de mettre en vigueur ou de prolonger un contrat portant cession de l'usage d'une chose contre rémunération. Il peut porter sur un bail à loyer (mobilier ou immobilier) comme sur un bail à ferme. De telles clauses relèvent de la liberté contractuelle; il est rare qu'elles soient d'emblée proposées et font fréquemment l'objet de discussions entre les parties au moment de la négociation du contrat ou sont adoptées ultérieurement, sous la forme d'avenants.

Il convient de distinguer le droit d'option d'une autre clause, que l'on pourrait qualifier d'option improprement dite, qui ne crée ni ne prolonge un contrat dont le contenu serait précisément déterminé, mais oblige simplement les parties au contrat à négocier les conditions de la poursuite de leurs rapports contractuels³¹. Ainsi, lorsque le bail contient une clause aux termes de laquelle « *le locataire a le droit unilatéral (droit d'option) de déclarer, jusqu'au 26 septembre 1997, s'il veut prolonger de 5 ans le présent bail. Si le locataire exerce ce droit, les parties conviennent du montant du loyer durant la prolongation* », il ne s'agit que d'un droit d'option improprement dit. Si les parties ne parviennent à se mettre d'accord, aucune d'elles ne peut décider unilatéralement de prolonger le contrat. Doit-on alors considérer que la clause est totalement inefficace? La réponse est affirmative, dans les limites définies par la théorie de la *culpa in contrahendo* et plus généralement de la confiance. Ainsi, lorsqu'une des parties émet dans la négociation des prétentions volontairement

²⁷ ATF 122 III 10, JT 1998 I 111, *Ulrich Steinemann AG*; ATF 113 II 31 (34), JT 1988 I 20, *Rinderknecht Administrations AG*.

²⁸ Voir cette terminologie, en matière de droit d'emption, chez STEINAUER, *Les droits réels*, t. II, 2^e éd., Berne 1994, N° 1697.

²⁹ HIGI, *Commentaire zurichois*, Art. 253-265 OR, 3^e éd., Zurich 1994, N° 54 ss ad art. 255 CO; GAUCH/SCHLUEP, t. I, N° 487, 1097; SCHWENZER, N° 28.51.

³⁰ STEINAUER, N°1695.

³¹ Voir les exemples donnés par HIGI, N° 71-72 ad art. 255 CO.

démessurées pour les faire échouer, le cocontractant devrait pouvoir invoquer une telle faute précontractuelle et obtenir réparation de son dommage.

Il faut distinguer le droit d'option du bail congéable, conclu initialement pour une certaine durée mais reconductible si aucune des parties ne donne son congé. Pour que le bail soit prolongé, les deux parties sont appelées à prendre une décision à ce sujet (sous forme d'absence de dénonciation) alors que le droit d'option ne confère un droit qu'à l'une d'elles³².

L'option peut en premier lieu avoir pour effet de former un bail dont le contenu est déjà déterminé³³. Il est nécessaire que les parties se soient mises d'accord sur tous les éléments essentiels du contrat³⁴. Lorsque l'option confère un tel droit au bénéficiaire, celui-ci ne peut l'exercer qu'une seule fois³⁵, le contrat ne pouvant parvenir à chef deux fois de suite entre les mêmes parties.

Exemple: « *Le présent bail, conclu aux conditions qui précèdent, entrera en vigueur entre les parties si le locataire exerce son droit d'option dans les 2 mois dès sa signature* ». A noter qu'un résultat identique peut être atteint en cas d'offre irrévocable assortie d'un long délai pour l'accepter (art. 3 al. 1 CO).

Le droit d'option peut en second lieu conférer à l'une des parties le droit de prolonger le bail, à une ou plusieurs reprises pour une durée déterminée ou pour une durée indéterminée³⁶.

Exemple: « *Le présent contrat se terminera le 31 juillet 1998. Le locataire a toutefois le droit de le prolonger d'un an, par déclaration écrite adressée au bailleur avant le 31 mars 1998. Le bail se poursuivra aux mêmes conditions* ».

Exemple: « *Le locataire a le droit de prolonger le présent bail, trois fois de suite, chaque fois pour un an, en adressant au bailleur une déclaration écrite de prolongation trois mois avant l'échéance* ».

Ici également on peut obtenir le même résultat en prévoyant des termes et des préavis de congé différents pour chaque partie³⁷.

Les deux types de clauses peuvent être prévues cumulativement dans le même contrat: l'une des parties se verra ainsi conférer le droit de mettre le contrat en vigueur, et de le prolonger. D'autres variantes sont envisageables, au gré de la volonté des parties: les parties peuvent convenir que le bailleur pourra mettre en vigueur le contrat, alors que le

³² HIGI, N° 73 ad art. 255.

³³ HIGI, N° 58 ad art. 255, citant ZMP 1/93 N° 1.

³⁴ HIGI, N° 58 ad art. 255; pour le pacte d'emption, voir STEINAUER, N° 1700: « *le pacte d'emption doit contenir tous les éléments nécessaires pour que, par la suite, la seule déclaration unilatérale de levée de l'option soit suffisante pour qu'existe un contrat de vente parfait* ».

³⁵ HIGI, N° 56 ad art. 255 CO.

³⁶ HIGI, N° 56-57 ad art. 255 CO; LACHAT, p. 398.

³⁷ LACHAT, p. 395.

locataire pourra le prolonger, ou l'inverse. Le droit d'option portant sur la prolongation est subordonné à l'exercice du droit d'option initial. Les parties peuvent prévoir que le locataire pourra prolonger le contrat pour une première période et qu'à l'échéance de celle-ci, c'est le bailleur qui pourra exercer son droit d'option. Le droit d'option du bailleur serait subordonné à l'exercice par le locataire de son droit d'option (condition suspensive).

Exemple: « *Le présent bail, conclu aux conditions qui précèdent, entrera en vigueur entre les parties si le locataire exerce son droit d'option dans les 2 mois suivant sa signature. Le présent contrat est conclu pour une durée de 5 ans. Le locataire a toutefois le droit de le prolonger pour une nouvelle période de 5 ans, en adressant, par écrit, une déclaration au bailleur. Cette déclaration doit parvenir au bailleur au plus tard 6 mois avant la fin de l'échéance contractuelle. Le bail se poursuivra aux mêmes conditions. A l'échéance de cette première prolongation, le bailleur pourra exiger que le bail se poursuive pour une durée de 3 ans, en effectuant une déclaration dans les mêmes délais et en la même forme* ». Un tel exemple n'est pas purement théorique. Il est parfaitement concevable que le bailleur, qui accepte de se lier pour une certaine période, ait intérêt à ne pas devoir changer de locataire à l'échéance de la première période optionnelle. Ainsi, les conditions du marché peuvent se modifier et la présence d'un bon locataire (bon payeur, doux, poli, modeste et charmant) peut s'avérer être d'un grand intérêt.

Comme le relève HIGI, l'exercice de l'option peut être soumis à la survenance d'une condition non potestative³⁸. Il faut alors distinguer la survenance de la condition de l'exercice du droit d'option lui-même. L'entrée en vigueur ou la prolongation du bail est soumise à une double condition: la survenance d'une condition, à laquelle est soumis l'exercice du droit d'option.

Exemple: « *Si le locataire obtient son certificat de capacité, il pourra mettre en vigueur le bail, conclu aux conditions susmentionnées, en adressant une déclaration écrite au bailleur avant le 15 septembre 1998; le bail est conclu pour une durée d'un an* ».

En sa qualité d'acte (ou droit) formateur générateur³⁹, le droit d'option s'éteint par le fait de son exercice, du fait de la convention des parties, décidant d'y mettre fin, ou du fait de la renonciation par son bénéficiaire⁴⁰; celle-ci peut résulter d'une déclaration expresse ou d'une renonciation à exercer l'option dans le délai péremptoire. L'obligé ne peut en revanche supprimer le droit d'option, par une modification unilatérale du contrat (au sens de l'art. 269d al. 3 CO) ou par tout autre acte rendant plus difficile, voire impossible, l'exercice de l'option.

Le titulaire de l'option et l'obligé doivent se conformer aux règles de la bonne foi; lorsque l'obligé empêche frauduleusement l'avènement de la condition, celle-ci est réputée accomplie (156 CO)⁴¹. Lorsque le locataire se voit attribuer un droit d'option

³⁸ HIGI, N° 56 et 62 ad art. 255 CO.

³⁹ Sur cette notion, voir p. ex. ENGEL, p. 29 ss; BOHNET/SCHWEIZER, Les défenses relatives à l'instance et à l'action, RJN 1997 p. 73, N° 167.

⁴⁰ HIGI, N° 59 ad art. 255.

⁴¹ STEINAUER, N° 1708b (emption).

tendant à la prolongation, le bailleur n'a pas le droit de résilier le contrat afin d'empêcher le locataire de se prévaloir de l'option, sous réserve d'un congé extraordinaire⁴². Un tel congé serait-il nul⁴³ ou annulable⁴⁴? Pour HIGI, le congé qui a pour but d'empêcher l'exercice du droit d'option est nul de plein droit, il s'agit d'une « *Scheinkündigung* »; cet auteur souligne à juste titre que le droit d'option est une faculté ouverte pour tous les baux, alors que l'annulation d'une résiliation n'est ouverte qu'en matière de baux d'habitation et de locaux commerciaux, ce qui plaide pour la nullité et non pour l'annulation. Il serait inutilement compliqué et peu cohérent d'imposer deux régimes juridiques selon la nature du bail.

Le Tribunal fédéral a eu à juger d'une affaire dans laquelle un obligé avait abusivement tenté d'empêcher l'exercice de l'option⁴⁵. L'affaire mérite d'être rapportée: le 30 septembre 1976, la Galerie Lopes SA et *Rinderknecht Administrations AG* avaient conclu un contrat de sous-location portant sur des locaux situés à Zurich. *Rinderknecht Administrations AG*, sous-bailleresse, était elle-même locataire de la *Schweizerische Lebensversicherungs- und Rentenanstalt*. Le contrat de sous-location était résiliable la première fois au 30 septembre 1986. Le 7 novembre 1976, les parties concluaient un avenant au contrat contenant une clause d'option qui devait permettre à la sous-locataire de prolonger le bail pour une durée de 5 ans au-delà du 30 septembre 1986, pour autant que la sous-bailleresse fasse usage du droit d'option, de contenu identique, que lui conférait le bail principal. Le 24 septembre 1985, *Rinderknecht Administration SA* résiliait le contrat de sous-location pour le 30 septembre 1986. Le 26 septembre 1985, la Galerie Lopes exerçait son droit d'option. *Rinderknecht Administrations AG* informa immédiatement celle-ci que le bail principal était résilié pour le 30 septembre 1986, qu'elle n'avait pas exercé son propre droit d'option et qu'il était trop tard pour qu'elle le fasse, le délai étant échu. Les représentants de la Galerie Lopes tombèrent de haut lorsque la société propriétaire leur confirma les dires de sa locataire, tout en précisant qu'elle avait convenu avec celle-ci d'une résiliation conventionnelle du bail au 30 septembre 1986 et d'un transfert du bail, aux mêmes conditions, dès le premier octobre 1986, à *Rinderknecht & Co AG*. Pour prendre toute la mesure de l'écoeurement fort compréhensible de la sous-locataire, encore faut-il préciser que *Rinderknecht & Co AG* était une société entièrement dominées, tout comme *Rinderknecht Administrations AG*, par M. Rinderknecht. Le Tribunal fédéral considéra à juste titre que le transfert de bail n'avait d'autre but que d'empêcher, de manière contraire à la bonne foi, l'exercice du droit d'option conféré à la Galerie, et qu'il convenait, par conséquent, d'opérer une levée du voile social. La sous-bailleresse ayant frauduleusement empêché l'avènement de la condition, il convenait de considérer que l'option avait été régulièrement exercée, le contrat de sous-location devant être prolongé de la durée convenue avec la seconde société.

Lorsque, contrairement à l'affaire qui vient d'être rapportée, le bénéficiaire de l'option a connaissance de démarches du bailleur tendant à la conclusion d'un nouveau contrat

⁴² Cf. *Mietgericht/ZH*, 31 octobre 1991, ZMP 1/93 N° 1: en l'espèce, résiliation un mois avant l'exercice du droit d'option tendant à la poursuite du bail; continuation du bail admise « *Die Kündigung (...) die nicht auf einem ausserordentlichen Kündigungsgrund beruht, erweist sich somit als unbeachtlich* ».

⁴³ HIGI, N° 69 ad art. 255.

⁴⁴ LACHAT, p. 398: « *un tel congé serait annulable (art. 271 al. 1 CO), si ce n'est nul* ».

⁴⁵ ATF 113 II 31, *Rinderknecht Administrations AG et Rinderknecht & Co AG*.

avec un autre locataire, à l'échéance du bail initial et en violation du droit d'option qui lui est conféré, il peut solliciter du juge des mesures provisoires; le juge peut notamment faire interdiction au propriétaire, sous menaces des peines prévues à l'art. 292 CP, de conclure un bail à loyer sur l'objet avec un tiers⁴⁶.

Comme tout acte formateur générateur, le droit d'option s'exerce par une déclaration unilatérale de volonté du bénéficiaire, soumise à réception⁴⁷. La déclaration ne peut contenir ni condition ni réserve⁴⁸. Le droit d'option est irrévocable. A défaut de convention, cette déclaration n'est soumise à aucune forme⁴⁹. Dans la pratique, l'exercice du droit d'option, comme sa constitution, sont le plus souvent soumis à la forme écrite, ce que l'on ne peut que recommander pour d'évidentes raisons de preuves.

Il est très fréquent que la partie qui confère un droit d'option exige que celui-ci soit exercé suffisamment tôt, afin d'éviter de vivre trop longtemps dans l'incertitude quant aux intentions de son cocontractant.

Exemple: « *L'option doit être exercée dans les 2 ans dès l'entrée du locataire dans les locaux* »; « *le locataire déclarera, avant le 15 septembre 1999, s'il souhaite prolonger le bail aux mêmes conditions* ».

Lorsque les parties n'ont pas expressément soumis l'exercice du droit d'option à un délai, elles ne peuvent toutefois l'exercer en tout temps: la doctrine fixe des limites à l'exercice du droit, soit en suggérant de compléter le contrat, soit en fixant des règles subsidiaires concrétisant le devoirs des parties de se comporter de bonne foi⁵⁰. Lorsque le bail est de durée déterminée, la doctrine est d'avis que l'on peut exiger du bénéficiaire qu'il l'invoque au plus tard le dernier jour du préavis légal de résiliation⁵¹.

Exemple: contrat portant sur un bail d'habitation (art. 266c CO); fin du contrat prévue au 31 décembre 1998; la déclaration d'option (prolongation) doit parvenir au bailleur au plus tard le 30 septembre 1998.

Pour les baux congéables, le droit d'option peut être utile s'il confère à son bénéficiaire le droit de transformer un bail de durée indéterminée en un contrat de durée déterminée. La doctrine exige que la déclaration parvienne au bailleur au plus tard le jour où échoit la durée convenue⁵².

Exemple: contrat portant sur un bail d'habitation (art. 266c CO), jusqu'au 30 septembre 1998, mais reconductible (durée indéterminée) sauf congé; droit d'option permettant au

⁴⁶ En ce sens, *Présidente du Tribunal des baux/VD*, ordonnance de mesures provisionnelles du 30 mai 1995, au sujet d'un « *droit de préférence à conditions égales* » accordé au locataire, sous réserve des justes motifs et du besoin du bailleur ou de ses proches.

⁴⁷ STEINAUER, N° 1709 (emption).

⁴⁸ STEINAUER, N° 1709 (emption).

⁴⁹ HIGI, N° 61 ad art. 255.

⁵⁰ LACHAT, p. 398; HIGI, N° 65 ss ad art. 255.

⁵¹ LACHAT, p. 398; HIGI, N° 65 ad art. 255.

⁵² LACHAT, p. 398; HIGI, N° 66 ad art. 255.

locataire de transformer le bail en bail de durée déterminée se terminant le 31 décembre 2000; la déclaration d'option doit parvenir au bailleur le 30 septembre 1998 au plus tard.

Lorsque l'exercice de l'option est soumis à la survenance d'une condition ou d'un événement, on admet que le droit doit être exercé peu après la survenance de la condition. Pour des raisons de sécurité juridiques, HIGI⁵³ proposait d'appliquer par analogie le délai de 30 jours de l'art. 681a CC. Depuis l'entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1994, de la LF du 4 octobre 1991, faut-il dorénavant appliquer par analogie le nouveau délai de 3 mois (art. 681a al. 2 CC et 217 CO) ? Il nous paraît plus raisonnable de renoncer à fixer d'emblée une règle stricte et de laisser aux interprètes le soin d'apprécier, en examinant toutes les circonstances du cas, si l'option est exercée de façon conforme à la bonne foi. Il est évident que les parties auront grand intérêt à convenir d'emblée du délai dans lequel l'option devra être exercée, le *dies a quo* étant la survenance de la condition.

b) Promesse de conclure

La promesse de contracter (*pactum de contrahendo*) est une convention par laquelle les parties s'obligent à conclure ultérieurement entre elles un contrat générateur d'obligations⁵⁴.

La promesse de contracter n'équivaut pas au droit d'option. Dans la promesse de contracter, chacune des parties peut simplement obliger l'autre à conclure un contrat, alors que le droit d'option permet à l'une des parties, par déclaration unilatérale, de conclure ou de prolonger un contrat dont le contenu est déjà fixé⁵⁵. Avec le droit d'option, le contrat est soumis à une condition suspensive potestative et n'entre en force que moyennant déclaration unilatérale du bénéficiaire.

De nombreux auteurs considèrent, avec de bons arguments, la promesse de contracter comme une « *faute contre la logique juridique* ». Selon la doctrine, dans la promesse, les prestations du contrat principal doivent être déterminées ou déterminables⁵⁶. Si elle comprend tous les éléments nécessaires à la formation du consentement au sens des art. 1 ss CO, il s'agit déjà du contrat lui-même et « *point n'est besoin de refaire demain ce qui est déjà obligatoire aujourd'hui* »⁵⁷. Si elle ne comprend pas tous les éléments nécessaires, elle est dépourvue d'efficacité, un contrat n'étant pas valable faute d'accord sur les *essentialia negotii*⁵⁸. D'autres auteurs estiment que la promesse de contracter

⁵³ HIGI, N° 67 ad art. 255; LCHAT, p. 398, propose également un délai de 30 jours.

⁵⁴ ENGEL, p. 181.

⁵⁵ ATF 113 II 31 (35), *Rinderknecht Administrations AG*; voir, par analogie, la distinction entre la promesse de vente et le droit d'emption, STEINAUER, N° 1695b.

⁵⁶ SCHWENZER, N° 26.05; KRAMER, N° 97 ad art. 22 et réf.

⁵⁷ ENGEL, p. 181; GUHL/MERZ/KUMMER, *Das Schweizerisches OR*, 8^e éd., p. 101; MERZ, *Vertrag und Vertragsschluss*, rem. 290, p. 301 ss; SCHWENZER, N° 26.06.

⁵⁸ ENGEL, *op. cit.*, p. 181; CAVIN, *La promesse de contracter*, SJ 1970 p. 334-335.

n'est pas vide de sens et soulignent qu'un contrat promis n'équivaut pas à un contrat conclu⁵⁹.

Lorsque l'une des parties à la promesse de contracter n'exécute pas son devoir de conclure, l'autre partie devrait agir dans un premier temps, en conclusion du contrat, le jugement remplaçant la déclaration de volonté; dans un second temps, si l'une des parties n'exécute pas l'obligation découlant du contrat principal (p. ex: obligation du bailleur de remettre la chose louée), l'autre devrait agir en exécution⁶⁰ ou en dommages-intérêts. Le Tribunal fédéral a abandonné cette *Zweistufentheorie* dans un arrêt de 1992⁶¹. Pour éviter un détour procédural jugé inutile, le créancier pourra agir directement en exécution. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a fait partiellement siennes les critiques doctrinales dont il a été question. Tout en déclarant ne pas nier le « *droit à l'existence* » de la promesse de contracter, il soulignait que dans la pratique, celle-ci s'identifie souvent au contrat principal. Selon le Tribunal fédéral, il y a identité, en tout cas, s'il s'agit dans le précontrat de conclure un contrat principal entre les mêmes parties aux mêmes conditions. Si la convention contient déjà tous les éléments essentiels du contrat principal, il est possible d'agir directement en exécution. Dans l'affaire qui lui était soumise, les parties avaient conclu une promesse de contracter portant sur la vente de deux places de stationnement; le Tribunal fédéral a estimé qu'il s'agissait d'un contrat principal, même si l'acte de vente ne désignait pas les places qui seraient attribuées à l'acheteur après division de l'immeuble. En sa qualité de débiteur de la prestation, le vendeur avait le droit de désigner plus exactement les places vendues. Si l'acheteur considérait que cet élément secondaire constituait une condition de son engagement, il lui appartenait de le dire nettement.

Si l'on transpose cette jurisprudence au domaine du bail, la promesse de bail comportant tous les éléments essentiels du bail est un contrat de bail et non une promesse, de sorte que le locataire pourra agir directement contre le bailleur en délivrance de la chose louée et le bailleur pourra actionner le locataire en paiement du loyer.

Quels sont les éléments objectivement essentiels du contrat de bail ? Il s'agit d'une part de l'engagement du bailleur de céder l'usage d'une chose, qui doit être déterminée ou déterminable, et, d'autre part, de l'engagement du locataire de payer le loyer. Dans un premier temps, le Tribunal fédéral considérait que les parties pouvaient se mettre d'accord sur le principe de la rémunération, sans s'accorder sur le montant du loyer, de sorte que le juge pouvait alors compléter le contrat sur ce point⁶². Le Tribunal est revenu sur cette jurisprudence, en estimant que le juge ne pouvait compléter le contrat que pour la durée du contrat qui s'est déjà écoulée⁶³. Il a enfin confirmé son opinion dans un arrêt récent, en affirmant que le contrat de bail n'est pas conclu lorsque les

⁵⁹ Notamment GAUCH/SCHLUEP, t. I, N° 1087.

⁶⁰ GAUCH/SCHLUEP, t. I, N° 1082.

⁶¹ ATF 118 II 32, JT 1993 I 387, *Leo K.*, déclarant l'ATF 97 II 48 (51), *Otier*, dépassé. Voir déjà ATF 105 III 16, JT 1980 II 149, *Banque L.* et 103 III 106, JT 1979 II 141, *Robert Blum*.

⁶² ATF 100 II 330, JT 1975 I 609, *Morel*, approuvé par PIOTET, Des baux conclus sans fixation du montant du loyer et autres cas analogues, JT 1983 I 98, critiqué par JEANPRÊTRE, Le montant du loyer, point essentiel du bail, JT 1975 I 610 et MERZ, RSJB 1976 p. 99 ss.

⁶³ ATF 108 II 112, JT 1982 I 531, *Max Gautschi*.

parties ne sont tombées d'accord que sur le principe de la cession à titre onéreux de l'usage d'une chose et n'ont pas déterminé le loyer de façon suffisante. Le juge ne peut alors fixer le montant de la rémunération que pour la période durant laquelle la chose a été utilisée, et non pour l'avenir⁶⁴. Dans l'affaire qui lui était soumise, les parties n'avaient convenu du montant du loyer que pour les six premiers mois du bail, tout en prévoyant que le contrat se poursuivrait à leur échéance. Le Tribunal fédéral a considéré que les parties avaient « *compté inconsidérément sur la conclusion d'un accord qu'elles ont commencé à exécuter; elles ont assumé le risque d'un échec des pourparlers. S'agissant de la volonté de nouer un rapport contractuel, une décision judiciaire ne saurait remplacer le consentement des parties* »⁶⁵.

S'il faut convenir que le fondement logique de l'institution n'est pas irréprochable, l'art. 22 al. 1 CO déclare que « *l'obligation de passer une convention future peut être assumée contractuellement* » et régleme expressément la forme de la promesse de contracter (art. 22 CO⁶⁶); on ne sera dès lors pas surpris de constater que la promesse de contracter, mentionnée dans le code, joue dans la pratique un rôle qui est loin d'être négligeable; les parties y recourent par exemple lorsque les prestations futures ne sont pas encore déterminées, mais seulement déterminables⁶⁷. Comme le souligne ENGEL, on retombe ici dans le dilemme précité: soit il n'y a pas d'accord sur les points essentiels⁶⁸, soit il y a accord et il s'agit d'un contrat principal⁶⁹, les termes utilisés par les parties n'étant pas déterminants. Au vu de la récente jurisprudence du Tribunal fédéral, lorsque les parties conviennent, moyennant paiement d'un loyer déterminé, de la mise à disposition d'une surface à spécifier dans un immeuble à construire ou dans l'un des immeubles du bailleur et qu'elles n'ont pas précisé qui aurait le droit de spécifier (l'une d'elles, un arbitre-expert), le bailleur aura le droit de spécifier (art. 71 CO), et les parties pourront directement agir en exécution. Force est d'admettre que la promesse de contracter n'est que d'une utilité douteuse dans le domaine du bail et que l'on doit en déconseiller l'usage. Il est préférable, dans la plupart des cas, de conclure un bail à terme. Lorsque les parties entendent s'engager, bien qu'elles ne se soient pas mises d'accord sur des points secondaires, il s'agira à nouveau d'un contrat principal ouvrant l'action en exécution. Lorsqu'elles se seront mises oralement d'accord sur les éléments secondaires et que le contrat est soumis à la forme écrite, elles pourront signer ultérieurement un accord portant sur les points secondaires; faute d'accord, le juge sera

⁶⁴ ATF 119 II 347, JT 1994 I 609, B. Dans la doctrine, voir les opinions nuancées de HIGI, N° 11 ad art. 253 et de WESSNER, p. 9-10.

⁶⁵ Traduction tirée du JT 1994 I 610.

⁶⁶ D'autres références expresses au précontrat figurent aux art. 216 al. 2 CO et 493 al. 6 CO.

⁶⁷ ENGEL, p. 182.

⁶⁸ Cf. ATF 95 II 42, SJ 1970 p. 177, cité par ENGEL, p. 182: A été jugée nulle la promesse de vente portant sur une parcelle « *d'environ 800 à 1200 m² détachée d'un domaine de plus de 8 hectares, alors que ni l'emplacement, ni la forme de cette parcelle ne résultaient de l'acte qui n'attribuait à aucune des parties le droit de spécifier* ». Voir déjà, dans le domaine du bail, TF, 2 juillet 1952 p. 197: « (...) il suffit que l'objet du contrat soit déterminable. Mais (...) cette possibilité (...) est également nécessaire dans la promesse de contracter; sinon, celle-ci ne lie pas les parties ».

⁶⁹ Voir par exemple la décision du *Bezirksgericht/ZH*, 20 octobre 1966, non publiée, citée par SPRENGER, Entstehung, Auslegung und Auflösung des Mietvertrages für Immobilien (unter Berücksichtigung der zürcherischen Gesetzgebung und Rechtspraxis), th. Zurich 1972, p. 27-28: les parties avaient convenu de façon détaillée de tous les éléments devant figurer dans le contrat qu'elle entendaient signer ultérieurement; le Tribunal a considéré que la convention des parties constituait un contrat principal.

appelé à compléter leur convention (art. 2 al. 2 CO).

Selon GAUCH/SCHLUEP, la promesse de contracter présente une utilité évidente lorsque l'une des parties s'engage à conclure un contrat principal avec un tiers⁷⁰. L'intention des parties et l'usage permettront de décider si le tiers bénéficiaire peut réclamer personnellement l'exécution (art. 112 al. 2 CO)⁷¹. Dans le domaine du bail également, on peut imaginer que le propriétaire signe une promesse de bail par laquelle il s'engage à conclure un contrat avec un tiers.

⁷⁰ Cf. GAUCH/SCHLUEP, t. I, N° 1087; Alfred KOLLER, N° 1512.

⁷¹ Tel est le cas des clauses d'architecte insérées dans un contrat de vente, cf. GAUCH/SCHLUEP, t. I, N° 1089; SCHWENZER, N° 26.07.