

LA CONCLUSION DU BAIL IMMOBILIER

par  
Pierre WESSNER,  
professeur à l'Université de Neuchâtel

Sommaire

- Première partie : Les pourparlers précontractuels
- § 1 : Notion
  - § 2 : Les devoirs précontractuels
  - § 3 : La responsabilité précontractuelle
- Deuxième partie : La conclusion du contrat
- § 1 : Les éléments essentiels du bail immobilier
  - § 2 : Les parties au contrat
  - § 3 : Le mécanisme de la conclusion
  - § 4 : La conclusion orale
  - § 5 : La conclusion écrite

Bibliographie spéciale

Avertissement

Comme le sommaire l'indique, le texte qui suit traite de la conclusion - au sens strict - du bail à loyer immobilier. Il se limite à l'examen du processus juridique qui conduit les parties à la formation du bail, sans aborder les questions touchant les vices du contrat (quant au contenu, au consentement), qui selon les cas sont propres à provoquer la nullité ou l'invalidation.

Première partie : LES POURPARLERS PRECONTRACTUELS

§ 1 Notion

La conclusion d'un bail immobilier est le plus souvent précédée d'une phase de pourparlers. C'est l'occasion pour les parties (ou leurs représentants) de discuter les éléments du contrat.

Cette phase préliminaire commence au plus tard lors du dépôt de l'offre. Elle s'achève, soit par la conclusion du contrat, soit par la rupture des discussions. Sauf obligation de conclure découlant d'une promesse (Exemple : ATF 7.3.1975, JT 1976 I 163) et dans les limites imposées par la bonne foi (cf. infra § 2 et 3), chaque partenaire est en principe libre de rompre les pourparlers (Gauch/Schluep/Tercier, I, no 676, 692 s; ATF 105 II 79, JT 1980 I 70). Le cas échéant, il n'est pas tenu d'indemniser l'interlocuteur des frais engagés en vue de la conclusion (visites de l'appartement, préparation d'une offre, établissement de plans pour l'agencement de locaux commerciaux; cf. TC NE, 5.7.1982, RJN 1982, p. 34 s).

Durant les pourparlers, les parties ont des devoirs réciproques, dont la violation peut engendrer une responsabilité.

§ 2 Les devoirs précontractuels

Les parties doivent agir selon les règles de la bonne foi (art. 2 CC), c'est-à-dire se comporter de manière loyale. Cette exigence met notamment à leur charge deux devoirs généraux (Tercier, p. 228 ss; Gonzenbach, p. 93 ss).

1. Le devoir de se comporter sérieusement

Chaque partenaire est tenu de négocier conformément à ses véritables intentions et aptitudes. Il ne saurait entreprendre ni poursuivre des pourparlers, s'il n'a pas (ou plus) la volonté de conclure ou s'il sait (ou doit savoir) qu'il ne peut valablement conclure, faute de capacité civile (art. 411 al. 2 CC) ou de pouvoirs de représentation (art. 39 CO).

Lorsque des tractations sont engagées, la partie qui entend les rompre doit en informer l'autre sans retard. Elle n'est en principe pas tenue de fournir des raisons. Au besoin, elle fera pourtant connaître les circonstances qui motivent sa décision (par exemple, pour un commerçant de détail en quête de locaux, le loyer trop élevé ou l'implantation d'un concurrent dans le voisinage; cf. TC NE, 5.7.1982, RJN 1982, p. 34 s).

2. Le devoir de renseigner

Chaque partie doit "renseigner l'autre, dans une certaine mesure, sur les circonstances propres à influencer sa décision de conclure le contrat ou de le conclure à certaines conditions" (ATF 105 II 80, trad. JT 1980 I 70). Cela implique l'obligation de répondre aux questions du partenaire et de redresser les erreurs qu'il pourrait commettre.

Le TF précise que la mesure de l'information dépend notamment "de la nature du contrat, du déroulement des pourparlers, de ce que voulaient et savaient les intéressés". Dans notre domaine, la nature du contrat appelle une application large du devoir de renseigner. Cela vaut surtout pour le propriétaire, au sujet de circonstances que le "candidat-locataire" n'est pas censé connaître, comme l'ampleur des frais accessoires au loyer, le projet de rénovation de l'immeuble ou l'existence de défauts cachés (la faible isolation phonique, par exemple).

La loyauté dans les affaires commande aussi de ne pas induire le partenaire en erreur sur un fait déterminant pour la conclusion du contrat - ne serait-ce que pour prévenir un consentement vicié. Ainsi, dans le domaine commercial, le chef d'entreprise qui négocie la location de locaux ne saurait taire les nuisances de sa production. De même, le propriétaire ne peut surévaluer abusivement le rendement du commerce offert à bail (un restaurant, dans l'ATF 108 II 419, JT 1983 I 204).

### § 3 La responsabilité précontractuelle

#### 1. Le principe

La partie qui viole ses devoirs précontractuels est tenue de réparer le préjudice causé à l'autre. Une faute est nécessaire (sauf dans la représentation sans pouvoirs, art. 39 al. 1er CO). Une négligence peut suffire (ATF 105 II 80, JT 1980 I 71). On parle de "culpa in contrahendo".

La violation des devoirs précontractuels peut aussi conduire à l'invalidation du contrat, ou à sa modification. Il reste que la responsabilité fondée sur la "culpa" est souvent invoquée en cas d'échec des pourparlers (Gauch/Schluep/Tercier, I, no 685). C'est pour l'heure l'hypothèse que nous retenons ici.

Sous réserve de l'art. 41 CO (applicable notamment aux actes de tromperie, Engel, p. 506) et de quelques règles particulières (touchant des cas où le contrat a été conclu, art. 26, 31 al. 3, 39 CO), la responsabilité précontractuelle n'est, comme telle, pas régie par la loi. Elle découle d'un principe général de l'ordre juridique.

#### 2. Le régime applicable

La question de la nature juridique de la responsabilité fondée sur la culpa in contrahendo fait l'objet d'une

interminable controverse, qui a tourné le plus souvent autour de l'application des théories contractuelle et délictuelle (sur l'état le plus récent de la discussion, cf. Gonzenbach, p. 19 ss). Depuis une vingtaine d'années, plusieurs auteurs ont tenté d'en sortir en dégagant des solutions pragmatiques. Pour Jäggi notamment, il s'agit surtout de déterminer les modalités de la créance en dommages-intérêts pour leur appliquer, à chacune d'elles de manière spécifique, la solution la plus appropriée (Schönenberger/Jäggi, n. 591 ss ad art. 1 CO).

Cette thèse paraît avoir convaincu le TF (ATF 101 II 269). Selon lui :

- la responsabilité pour les actes d'un auxiliaire (ceux d'un gérant d'immeuble, par exemple) est régie par la règle - sévère - de l'art. 101 CO (ATF 108 II 422, JT 1983 I 206);
- l'action en dommages-intérêts est soumise à la prescription - courte - de l'art. 60 CO (ATF 101 II 269 s).

Quant à la preuve de la faute (dont le fardeau pèse sur le demandeur seulement dans la responsabilité délictuelle), la question reste ouverte. On se gardera d'y accorder trop d'importance. Dans la mesure où l'obligation d'indemniser est fondée sur la violation de devoirs liés à la diligence (se comporter sérieusement, renseigner le partenaire), la charge de la preuve se répartit, de fait, entre les parties (Gonzenbach, p. 151 ss).

### 3. Le préjudice réparable

Le partenaire victime d'une culpa in contrahendo peut réclamer la réparation du "dommage négatif", soit du préjudice qu'il a subi "pour avoir cru - en raison de la confiance inspirée par l'autre partie - qu'un contrat serait conclu" (ATF 105 II 81, trad. JT 1980 I 72). Il demandera donc à être replacé dans la situation patrimoniale qui aurait été la sienne si les pourparlers n'avaient pas été

entrepris ou poursuivis, ou, le cas échéant, si le contrat n'avait pas été conclu (cf. pourtant les art. 26 al. 2 et 39 al. 2 CO qui permettent au juge d'allouer des "dommages-intérêts plus considérables", si l'équité l'exige : cf. Engel, p. 507; Gonzenbach, p. 211 ss).

En général, la victime fait valoir l'indemnisation de la "perte éprouvée", soit des dépenses engagées inutilement en vue de la conclusion du contrat (honoraires d'un mandataire, frais de déplacement, de préparation des actes; cf. Engel, p. 137). Pour le propriétaire, il pourrait aussi s'agir du coût d'aménagement de l'appartement selon les vœux de l'autre partie.

Mais la victime est également habilitée à réclamer la compensation du "gain manqué" comme, pour le commerçant intéressé à prendre à bail des locaux, celui résultant du retard dans l'exercice de son activité professionnelle (ATF 105 II 81 s, JT 1980 I 71 ss).

## Deuxième partie : LA CONCLUSION DU CONTRAT

### § 1 Les éléments essentiels du bail immobilier

#### 1. La nature juridique

Le bail à loyer est un contrat par lequel le bailleur s'oblige à céder au preneur l'usage d'une chose pour une certaine durée, moyennant un loyer.

Le contrat est consensuel, générateur d'obligations, synallagmatique, onéreux et durable. L'accord des parties sur les éléments essentiels suffit en principe à sa perfection. En d'autres termes, la cession de l'usage de la chose n'est pas une condition de bail, mais un effet. Il en résulte :

- que le bailleur peut louer des locaux dont il n'est pas, ou pas encore, propriétaire (sous-location; location sur plans, ATF 97 II 63);
- que le preneur est tenu de payer le loyer même s'il n'entre pas en possession des locaux ou qu'il cesse d'en faire usage (art. 257 al. 1er CO; cf. Reymond, DPS VII.I.1, p. 207).

## 2. Les éléments essentiels

Le bail à loyer immobilier comprend deux éléments essentiels :

- A. La cession de l'usage d'une chose immobilière pour une certaine durée.
- B. Le paiement du loyer.

### A. La cession de l'usage d'une chose immobilière pour une certaine durée

Le contrat confère au locataire un droit à la cession de l'usage de la chose. Ce droit est personnel: il est opposable au bailleur, non à d'autres personnes (sauf à l'acquéreur de l'immeuble si le bail est annoté au RF, art. 260 al. 2 CO). Il est vrai que le preneur peut invoquer à l'encontre de tiers certains droits de nature réelle, comme ceux découlant du voisinage (art. 679/684 CC) ou de la possession (art. 926 à 929 CC).

La cession du seul usage de la chose différencie le bail de la vente. Si toutefois l'opération place le bailleur dans un rapport de dépendance particulière à l'égard du locataire étranger (en raison notamment de la durée de l'engagement), le bail est assimilé à l'acquisition d'un immeuble, au sens de la "Lex Friedrich" (art. 4 al. 1er let. g LFAIE, 1 al. 2 let. a OAIE).

Le bail à loyer immobilier porte sur une chose immobilière, éventuellement plusieurs (appartement et garage, par exemple). Il s'étend aux accessoires mobiliers

laissés à disposition du preneur (KG ZH, 26.6.1965, RSJ 1966, p. 114; cf. aussi l'art. 253a du Projet de loi de 1985, FF 1985 I 1402 s). Certaines règles lui sont spécialement applicables (art. 259 al. 2, 260, 267 al. 2 ch. 1 et 2, 267a ss, 269, 272 ss CO).

Sous réserve de quelques dispositions (not. les art. 267a al. 1er et 2 CO, 17 et 22 AMSL; cf. Barbey, p. 19), la réglementation du bail ne fait pas de distinction entre la location de locaux d'habitation (maison, appartement, chambre) et celle de locaux commerciaux (bureau, atelier, magasin, entrepôt, ainsi que d'autres catégories de locaux permettant l'exercice d'activités non lucratives, ATF 113 II 413, mais non pas les garages et places de parc loués isolément, ATF 110 II 51, JT 1985 I 575). Certains baux commerciaux - ceux qui portent sur un ensemble de biens productifs - sont régis par les règles du bail à ferme non agricole (ATF 103 II 252 s, JT 1978 I 509 s et les réf. cit.).

Le bail est un contrat de durée, dont la fixation est laissée à la liberté des parties. Il peut être conclu pour une très longue durée (pour des dizaines d'années). Mais il ne saurait l'être "pour l'éternité", sans constituer une limitation excessive de la liberté personnelle (art. 27 al. 2 CC). Le cas échéant, il est nul, totalement ou partiellement (art. 20 CO).

Dans un arrêt de principe (ATF 56 II 190 ss, JT 1930 I 548 ss), le TF a jugé admissible le contrat conclu pour la vie du locataire : d'une part, l'engagement du bailleur n'était pas perpétuel (prenant fin au décès du preneur), d'autre part, il ne compromettait aucunement son existence économique (n'impliquant que la renonciation à la disposition de certains locaux). La Cour de cassation française est allée plus loin, en considérant comme valide le bail "à deux vies" (renouvelable au gré



du locataire et de ses enfants; Cass. civ., 3ème, 30.11.1983, RTDC 1984, p. 522, note Rémy).

Autre est la question du maintien du contrat en cas de changement des circonstances. Les règles de l'art. 269 CO et de l'art. 2 CC (clausula rebus sic stantibus) protègent contre les effets de la durée (Schmid, n. 12 ad art. 269; ATF 100 II 348 s, JT 1975 I 618 et les réf. cit.).

#### B. Le paiement du loyer

La prestation essentielle du preneur est le paiement du loyer, soit une rémunération à raison de la durée de l'usage de la chose. A défaut, le contrat est un prêt à usage (art. 305 ss CO; Trib. civ. TI, 6.12.1985, Rep. 1986, p. 283, MP 3/1987, p. 64).

Le loyer peut prendre d'autres formes que le paiement en argent, consister par exemple en des travaux d'entretien (KG GR, 10.12.1945, PKG 1945, p. 51) ou des prestations de travail (CA BS, 19.1.1973, BJM 1973, p. 101), notamment de conciergerie (SJ 1979, p. 569, nos 7 et 8). On a alors affaire à un contrat mixte (cf. sur ce point, Tercier, La partie spéciale du CO, Zurich 1988, nos 1005 et 1680).

Le loyer doit être déterminé ou déterminable. C'est dire qu'il n'est pas nécessaire que les parties aient arrêté d'emblée un montant défini. Il suffit qu'elles se soient entendues, même tacitement, sur des critères objectifs permettant au juge de le déterminer. Tel est le cas lorsqu'on se réfère à ce qui était payé par le précédent locataire ou l'on s'en remet à l'avis d'un expert (cf. Reymond, DPS VII.I.1, p. 205).

Qu'en est-il si les parties, d'accord sur le principe du loyer, n'en ont pas fixé le montant ? Selon le TF,

il s'agit d'un contrat incomplet. En cas de litige, il incombe au juge de le compléter en recherchant ce dont les partenaires seraient convenus de bonne foi (ATF 100 II 330 s, JT 1975 I 609 s; 108 II 113 s, JT 1982 I 532 s). Cette jurisprudence est controversée. Pour Jeanprêtre notamment (JT 1975 I 611 ss), le montant de la rémunération est un point essentiel du bail; à défaut d'accord, il n'y a pas de contrat (art. 2 al. 1er CO). D'après Piotet (JT 1983 I 98 ss; cf. aussi Gauch/Schluep/Tercier, I, no 891 ss; Schönenberger/Jäggi, n. 3 et 61 ss ad art. 2 CO), rien n'empêche les parties de s'entendre sur le complètement de leur convention quant à un des points essentiels dont elles ont déterminé le genre, pourvu qu'elles n'en fassent pas une condition sine qua non de la conclusion; elles pourraient donc renvoyer à plus tard la fixation du loyer.

Cette dernière opinion - que le TF paraît approuver - contredit à première vue le texte de l'art. 2 al. 2 CO, selon lequel le juge ne peut substituer sa décision à la volonté des cocontractants que sur des points secondaires. On ne devrait s'y rallier, au nom de la liberté contractuelle, que si le bailleur et le locataire ont marqué leur volonté de réserver la fixation du loyer. A défaut, notamment en l'absence de toute discussion à ce sujet, il faudrait s'en tenir, comme Jeanprêtre le préconise, à une solution qui privilégie la sécurité juridique.

## § 2 Les parties au contrat

Cette rubrique touche principalement les règles sur la capacité civile des personnes physiques et morales. On renvoie aux ouvrages spécialisés en la matière, non sans rappeler les points suivants :

- Les parties (éventuellement, cobailleurs et copreneurs; cf. Schmid, n. 16 à 19 ad art. 253 CO) doivent avoir la personnalité (tel n'est pas le cas de la société simple, ni de la succursale; cf. Gauch/Schluep/Tercier, I, n. 276). Elles peuvent agir par l'intermédiaire de représentant (art. 32 CO), comme le gérant d'immeuble qui conclut pour le compte du bailleur.
- Le mineur doté du discernement n'est habilité à conclure qu'avec le consentement de ses représentants légaux (art. 19 al. 1er CC); il en va de même de l'interdit (art. 410 CC) qui, en plus, devra obtenir l'approbation de l'autorité tutélaire si le bail porte sur une durée de trois ans ou plus (art. 421 ch. 6 CC).
- Rien n'empêche les époux d'être colocataires du logement de la famille. Lorsque tel n'est pas le cas, le consentement du conjoint à la conclusion du contrat n'est pas une condition de validité; il faut y voir l'autorisation donnée au preneur de souscrire un engagement qui dépasse les besoins courants du ménage (art. 166 nouv. CC; cf. Wessner, Le bail portant sur le logement de la famille : les incidences du nouveau droit matrimonial, Séminaire sur le bail à loyer, Neuchâtel 1986, I p. 6 ss).

### § 3 Le mécanisme de la conclusion

#### 1. Notion

Le bail se noue par l'échange de manifestations de volonté concordantes et réciproques portant sur les points essentiels. Sa validité n'est pas subordonnée au respect d'une forme particulière. C'est dire que le contrat peut être conclu oralement, même par actes concluants (cf. infra § 4); dans le domaine immobilier, il l'est le plus souvent par écrit (cf. infra § 5).

L'échange des manifestations de volonté s'accomplit par l'offre et l'acceptation. Rien n'empêche ces opérations d'être simultanées (exemple : signature conjointe d'un formulaire de contrat-type).

## 2. L'offre

L'offre est une "proposition ferme de conclure", devant revêtir, le cas échéant, la forme prévue par le contrat (Engel, p. 139 et 141). Peu importe que son auteur (ou pollicitant) n'ait pas engagé lui-même les pourparlers. Ce qui est déterminant, c'est qu'il ait manifesté sa volonté de conclure. D'où la nécessité que l'offre contienne les éléments essentiels du bail :

- à tout le moins, les éléments objectivement essentiels (cf. supra, 2ème partie, § 1.2);
- éventuellement, les éléments subjectivement essentiels, ceux que le pollicitant considère comme des conditions sine qua non de la convention (exemples : durée de la cession de l'usage, mode de jouissance, rénovations à entreprendre, sous-location, garanties du loyer).

Ne sont en principe pas des offres :

- l'annonce publique portant sur la location de locaux (art. 7 al. 2 CO; Engel, p. 140);
- la déclaration d'intention ou offre sans engagement, par laquelle l'auteur manifeste, avec des réserves, son intérêt à contracter (art. 7 al. 1er CO), comme peut l'être la simple réponse à une annonce de presse (à distinguer de l'offre sous réserve de retrait, Gauch/Schluep/Tercier, I, no 318);
- le "bulletin d'inscription" déposé par le candidat-locataire auprès d'une régie immobilière.

De telles déclarations seront généralement interprétées comme des appels d'offres (ou invitations à faire des offres).

L'offre comporte un effet obligatoire jusqu'à l'expiration de sa durée de validité (sous réserve d'un refus préalable du destinataire ou d'un retrait valable de l'auteur, art. 9 al. 1er CO). Cette durée est fixée par le pollicitant, à défaut, par la loi :

- entre "présents" (la notion englobe l'entretien téléphonique, mais non d'autres moyens de télécommunication), l'effet obligatoire cesse faute d'acceptation immédiate (art. 4 CO);
- entre "absents", l'auteur de l'offre "reste lié jusqu'au moment où il peut s'attendre à l'arrivée d'une réponse expédiée à temps et régulièrement" (art. 5 al. 1er CO). Le délai dépend de la nature du contrat, des personnes impliquées, des moyens de transmission utilisés (Engel, p. 142 s; Guide du locataire, p. 59; TC VD, 11.3.1986, MP 2/87, p. 7, Fiches CVI no 141).

### 3. L'acceptation

L'acceptation est une manifestation de volonté par laquelle le destinataire de l'offre exprime son accord de conclure le contrat aux conditions proposées. Pour être valable, elle doit logiquement avoir le même contenu que l'offre (en tout cas, sur les points essentiels), sans quoi elle prend valeur de contre-offre (ATF 42 II 377 s). En revanche, elle n'a pas à revêtir la même forme, à moins qu'une forme spéciale ait été prévue par la convention ou requise par le pollicitant.

Ne sont en principe pas des acceptations :

- l'acceptation tardive (sous réserve du cas visé par l'art. 5 al. 3 CO);
- l'acceptation d'une offre sans engagement;
- l'acceptation sous condition (exemple : le gérant d'immeuble réserve l'approbation du propriétaire), à moins que l'auteur de l'offre ait consenti à la condition (Engel, p. 144).

De telles déclarations seront en général considérées comme de nouvelles offres.

Sous réserve d'un retrait valable (art. 9 al. 2 CO), l'acceptation provoque la conclusion du contrat. Entre présents, l'effet obligatoire est immédiat; entre absents, il rétroagit au moment de l'expédition de l'acceptation (moment de l'envoi de la lettre, par exemple).

#### 4. L'accord des manifestations de volonté

Pour que le contrat soit conclu, il ne suffit pas que les partenaires aient échangé leurs manifestations de volonté, par une offre et une acceptation. Il faut encore - et surtout - que ces manifestations concordent (art. 1 al. 1er CO). En d'autres termes, un consentement est nécessaire, qui doit porter en tout cas sur les éléments essentiels du bail (art. 2 al. 1er CO). Cf. à ce sujet, Gauch/Schluép/Tercier, I, no 337 ss, 698 ss; Engel, p. 151 ss).

Normalement, volonté interne et manifestation de volonté coïncident. Une divergence éventuelle n'empêche pas en principe la conclusion du contrat si les manifestations de volonté - interprétées au besoin selon le principe de la confiance - concordent. Dans ce cas, la loi ne tient compte que de la volonté exprimée, peu importe a priori qu'une partie n'ait pas voulu ce qu'elle a déclaré, ni compris ou lu ce qu'elle a signé. Les règles sur les vices du consentement (art. 23 ss CO) et sur l'interprétation du contrat (art. 18 CO) tempèrent la rigueur de la théorie de la déclaration.

Le consentement doit au moins porter sur les éléments essentiels du bail. On entend par là les points objectivement essentiels (ceux qui déterminent le type du contrat; dans notre domaine, la cession de l'usage d'une chose immobilière, le paiement d'un loyer; cf. supra 2ème partie, § 1.2), mais aussi les points subjectivement essentiels (ceux qui le sont par la volonté des parties et dont il

y a lieu d'admettre que la convention ne se concluerait pas si un accord n'intervenait pas à leur sujet; cf. les exemples cités plus haut, 2ème partie, § 3.2).

Le cas échéant, le consentement portera également sur les éléments secondaires (ceux qui ne sont pas essentiels),

qu'il s'agisse :

- de points qui complètent la loi (exemple : les clauses particulières relatives au mode de jouissance des locaux);
- de points qui dérogent à la loi (exemple : l'interdiction de la sous-location, art.264 CO).

En cas de désaccord sur un élément essentiel, notamment lors d'échec des pourparlers (ATF 42 II 377 s) ou d'occupation illicite du logement (CJ GE, 8.2.1979, SJ 1980, p. 92), le contrat n'est pas conclu : il est réputé inexistant.

En cas de désaccord touchant uniquement des points secondaires, le contrat est néanmoins conclu. Il appartient au juge de le compléter si ultérieurement les partenaires ne parviennent pas à s'entendre. Mais il convient de distinguer deux hypothèses :

- 1° les parties ont réservé les points litigieux : le juge tranche "en tenant compte de la nature de l'affaire" (art. 2 al. 2 CO; ATF 54 II 303 s, JT 1929 I 69 s);
- 2° les parties n'ont pas réservé les points litigieux (hypothèse non prévue par la loi) : le juge applique les règles du droit dispositif, à défaut les principes généraux qui régissent le complètement judiciaire du contrat (ATF 103 II 194 s; Engel, p. 156; Sprenger, p. 9; Gauch/Schluep/Tercier, I, no 355, 872 ss).

§ 4 La conclusion orale

Le bail immobilier peut se conclure oralement, de manière expresse (bail oral) ou par actes concluants (bail tacite), pourvu que l'exigence d'une forme spéciale n'ait pas été réservée (cf. infra § 5).

1. Le bail oral

Le contrat est formé lorsque les partenaires échangent leurs déclarations en se mettant d'accord sur les éléments essentiels.

L'échange des déclarations peut être simultané (exemple : accord verbal lors de la visite des locaux). Il peut être aussi successif, d'une manière ou d'une autre (exemple : le propriétaire répond par téléphone à une offre écrite du candidat-locataire, ou vice versa; Engel, p. 144). Le cas échéant, et sauf fixation d'un délai, la durée de validité de l'offre entre "absents" ne saurait d'ordinaire excéder ici quelques jours (art. 5 al. 1er CO), compte tenu du mode de conclusion voulu par les parties.

2. Le bail tacite

Le contrat peut aussi se nouer par actes concluants (Schmid, n. 5 ad art. 253 CO; voir le cas particulier de la reconduction tacite, art. 268 CO). Le consentement résulte ici de la concordance de comportements, en particulier d'actes d'exécution significatifs (remise des clés, emménagement, paiement d'un loyer). Toute la question est bien sûr dominée par le principe de la bonne foi.

Dans le domaine immobilier, la conclusion tacite du bail ne devrait être admise qu'exceptionnellement, eu égard au caractère - relativement - personnel du contrat. Selon les situations, l'exception se justifiera par la nature de la chose (exemple : place de parc vacante, occupée sans opposition par un locataire de l'immeuble) ou



par la particularité des relations entre les personnes impliquées (exemples : liens de famille entre les parties, KG GR, 10.12.1945, PKG 1945, p. 51; conjoint du preneur se comportant en locataire, cf. Wessner, Logement et famille, 3ème Séminaire sur le bail à loyer, Neuchâtel 1984, p. 16 et les réf. cit.).

Pour les mêmes raisons, on appliquera ici très restrictivement l'art. 6 CO, selon lequel le silence du destinataire d'une offre devrait être parfois considéré comme une acceptation. D'une part, la règle est exceptionnelle, même dans les relations d'affaires (Gauch/Schluep/Tercier, I, no 329). D'autre part, il est d'usage courant de conclure les baux immobiliers par écrit, en tout cas dans le secteur commercial (ATF 100 II 22 s, JT 1974 I 358 ss; dans ce sens, cf. aussi Schmid, n. 6 ad art. 253 CO; TC NE, 5.7.1982, RJN 1982, p. 33; plus réservé, Reymond, DPS VII.I.1, p. 208).

### 3. La confirmation écrite

Il arrive que l'une des parties (ou les deux) confirme la convention par une lettre (ou d'une autre manière, par télex, par exemple, ATF 112 II 328 s, JT 1987 I 69). Cette précaution n'enlève rien au fait que le bail est réputé conclu par l'accord intervenu oralement. En règle générale, la confirmation écrite n'a donc qu'une valeur probatoire.

Si le contenu de la lettre est inexact (se référant prétendument à un accord inexistant, ou s'écartant d'un accord réalisé), il ne faut normalement y voir qu'une offre (de conclure, respectivement de modifier le contrat). Le destinataire qui entend refuser l'offre est néanmoins bien inspiré de réagir (ATF 100 II 22, JT 1974 I 358 s).

Reste le cas où, postérieurement à la conclusion du contrat, bailleur et preneur prévoient de dresser une convention écrite, éventuellement en signant une formule de

contrat-type. Un tel document confirme de manière probatoire l'accord sur les points essentiels, en le complétant sur les points secondaires.

## § 5 La conclusion écrite

### 1. La forme écrite

Bailleur et preneur peuvent convenir de donner à leur contrat une forme spéciale. On parle de forme conventionnelle ou réservée (art. 16 CO). Dans le domaine immobilier, on le sait, la très grande partie des baux se concluent en la forme écrite. On en rappellera brièvement quelques exigences fixées par la loi (art. 13 à 15 CO), dont l'art. 16 al. 2 CO présume leur observation en cas de réserve conventionnelle.

- Les déclarations des contractants, en tout cas celles portant sur les points essentiels, doivent être consignées par écrit (peu importe l'auteur du texte), munies de leur signature manuscrite (art. 13 al. 1er, 14 CO), éventuellement de celle du représentant (avec indication du rapport de représentation).
- Lorsque les parties font et signent leurs déclarations sur des documents séparés (formule de contrat-type, par exemple), ceux-ci doivent être échangés, de manière que chacune d'elles ait reçu un texte signé de l'autre (ATF 50 II 282). Il en va de même de la lettre adressée en double exemplaire.
- S'agissant de communications télégraphiques, la forme écrite est respectée si l'original du texte de la partie qui s'oblige est consigné au bureau de poste d'où le télégramme est transcrit (art. 13 al. 2 CO). Il devrait en aller de même pour d'autres moyens de télécommunication (télex, téléfax), pourvu que l'expéditeur signe le document resté en sa possession. Tel est, semble-t-il, l'opinion de la Chambre des poursuites et faillites du TF (ATF 101 III 66, JT 1977 II 23), une opinion que ne paraît pas partager la lère Cour civile

(ATF 112 II 328 s, JT 1987 I 69 et les réf. cit., not. Schönenberger/Jäggi, n. 72 ad art. 13 CO).

- Sauf convention contraire, les modifications ultérieures d'un contrat conclu par écrit peuvent intervenir oralement; l'art. 12 CO n'est donc pas applicable (Gauch/Schluep/Tercier, I, nos 424 et 428).

## 2. La réserve de la forme écrite

Les partenaires sont libres, nous l'avons vu, de donner à leur bail une forme spéciale, en réservant notamment la forme écrite. Une telle réserve peut être convenue expressément. Elle peut aussi résulter d'actes concluants; tel est le cas, en règle générale :

- lorsqu'une partie envoie à l'autre deux exemplaires d'une lettre ou deux doubles d'une formule contractuelle pour signature (ATF 105 II 79, JT 1980 I 69);
- lorsque bailleur et locataire ont préparé des projets de convention écrite ou quand l'objet de leur accord est complexe (ATF 2.7.1980, SJ 1981, p. 181).

C'est au contractant qui entend se prévaloir de la réserve conventionnelle d'en rapporter la preuve. Il ne lui suffit pas d'établir qu'il est d'usage de conclure par écrit les baux immobiliers (ce qui reste à prouver; cf. supra 2ème partie, § 4.2). Il lui faudra encore démontrer - à défaut de renvoi légal - que les parties s'y sont référées. Sinon, l'usage servira au besoin à interpréter ou compléter la convention, en particulier quant à l'exigence d'une forme écrite (Sprenger, p. 2 s).

L'art. 16 al. 1er CO pose une présomption, réfragable, selon laquelle la forme réservée est réputée solennelle. En d'autres termes, le législateur est parti de l'idée que si les partenaires ont convenu de soumettre leur convention à la forme écrite, ils en ont fait une condition de validité. Le cas échéant, la réserve interviendra

au plus tard lors de leur accord sur le contenu du contrat (ATF 54 II 306 s, JT 1929 I 71 s; ATF 2.7.1980, SJ 1981, p. 182; cf. aussi RJN 1982, p. 37).

Dans notre domaine, tout cela signifie notamment que le bail ne sera pas formé tant que les parties - d'accord sur les points essentiels - n'ont pas apposé leur signature sur le document ou, entre absents, tant que l'une d'elles n'a pas reçu l'exemplaire signé de l'autre (CJ GE, 22.9.1961, SJ 1962, p. 522 s; OG ZH 9.5.1973, ZR 1974, p. 79; TC VD, 11.3.1986, MP 2/87, p. 7, Fiches CVI no 141).

La présomption de l'art. 16 al. 1er CO peut être renversée. La jurisprudence y met des exigences de preuve relativement sévères. Il faut établir :

- Soit que les partenaires n'ont voulu donner à la forme réservée qu'un but probatoire (exemple : confirmation écrite d'un contrat conclu oralement; cf. supra § 4.3). Tel est le cas notamment si la forme écrite a été convenue après l'accord sur le contenu du contrat (ATF 54 II 306 s, JT 1929 I 71 s; ATF 2.7.1980, SJ 1981, p. 182).
- Soit que les partenaires ont ultérieurement renoncé à l'exigence de la forme réservée, par exemple en exécutant sans réserve le bail, pour autant bien sûr qu'un accord définitif soit intervenu (ATF 105 II 78 s, JT 1980 I 69; TC NE, 4.10.1982, RJN 1982, p. 39).

BIBLIOGRAPHIE SPECIALE

Les références mentionnées ci-dessous ne figurent pas dans la bibliographie générale du dossier, à laquelle on renvoie pour le reste. Elles sont citées dans le texte par le seul nom de l'auteur (ou des auteurs).

- ENGEL, Traité des obligations en droit suisse, Neuchâtel, 1973.
- GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, Partie générale du droit des obligations, 2ème éd., 2 tomes, Zurich, 1982.
- GONZENBACH, Culpa in contrahendo im schweizerischen Vertragsrecht, thèse, Berne, 1987.
- JEANPRÊTRE, Le montant du loyer, point essentiel du bail, JT 1975 I 610 ss.
- PIOTET, Des baux conclus sans fixation du montant du loyer et autres cas analogues, JT 1983 I 98 ss.
- SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Obligationenrecht, in Zürcher Kommentar, V I.a, 3ème éd., Zürich 1973, art. 1-17 CO.
- TERCIER, La culpa in contrahendo en droit suisse, in Premières journées juridiques yougoslavo-suisse, Zurich, 1984, p. 225 ss.