

Transfert du bail commercial et restitution anticipée de la chose louée

par

Pascal Terrapon

Avocat, président du Tribunal civil, des baux et des prud'hommes
de l'arrondissement de la Sarine, juge cantonal suppléant, Fribourg

I. Introduction.....	154
II. Convention de remise de commerce ou de remise d'un bail d'habitation.....	155
A. Convention de remise de commerce.....	155
B. Convention de remise d'un bail d'habitation.....	157
III. Transfert du bail commercial (art. 263 CO).....	157
A. Base légale.....	157
B. Nature juridique de la norme.....	158
C. Bail commercial.....	158
D. Consentement du bailleur.....	159
E. Subrogation du tiers au locataire sortant et conditions de la libération du locataire transférant.....	159
F. Repères jurisprudentiels.....	160
1. Contrat de remise de commerce : défaut matériel.....	160
2. Contrat de remise de commerce : défaut économique.....	160
3. Convention de pas-de-porte : pénurie de locaux.....	161
4. Convention de pas-de-porte : autres critères de validité.....	161
5. Consentement du bailleur.....	162
6. Transfert de bail par actes concluants.....	162
7. Consentement du bailleur par écrit ou actes concluants.....	162

8. Absence de forme écrite et abus de droit	163
9. Justes motifs de refus de transfert d'un bail commercial	163
10. Subrogation	164
11. Responsabilité du locataire transférant	165
IV. Restitution anticipée de la chose louée (art. 264 CO)	165
A. Bases légales	165
B. Nature juridique de la norme	166
C. Restitution de la chose	167
D. L'inobservation des délai et terme de congé	168
E. La proposition d'un locataire de remplacement	169
F. Les conséquences légales	170
G. L'absence de proposition d'un locataire de remplacement valable et ses conséquences	170
H. L'imputation des avantages et l'obligation de diminuer le dommage .	170
I. Repères jurisprudentiels	171
1. Manifestation claire de l'intention de restituer	171
2. Restitution effective de la chose et absence de résiliation formelle	172
3. Remise des clés	172
4. Restitution complète et définitive de la chose	172
5. Forme de la restitution anticipée, restitution effective	173
6. Manifestation de la volonté de quitter les locaux	173
7. Critère d'acceptabilité : comportement imputable au locataire proposé	173
8. Critère d'acceptabilité : nombre d'occupants ; animaux domestiques	174
9. Solvabilité ; temps de réaction du bailleur ; détournement de candidat	174
10. Reprise du bail aux mêmes conditions : modification du loyer	175

Transfert du bail commercial et restitution anticipée de la chose louée

11. Reprise du bail aux mêmes conditions : moment de la reprise	175
12. Reprise du bail aux mêmes conditions : acompte de charges	175
13. Reprise du bail aux mêmes conditions : comportement contradictoire du bailleur.....	176
14. Information au bailleur.....	176
15. Démarches du bailleur en vue de retrouver un locataire de remplacement	176
16. Devoir de collaboration du bailleur : temps de réaction	177
17. Obligation du bailleur de diminuer le dommage.....	177
18. Obligation du bailleur de diminuer le dommage : passivité du locataire	178
19. Obligation du bailleur de diminuer le dommage : annonces ciblées.....	179
20. Titre de mainlevée provisoire	180
21. Nullité d'une clause d'émoluments en cas de restitution anticipée	180
Bibliographie sélective	181

I. Introduction

1. Les sujets traités dans ce rapport ont déjà occupé le Séminaire sur le droit du bail il y a quelques années¹. Il s'agit d'un continent relativement vaste et notre propos est d'en redessiner le contour général en l'agrémentant de quelques escales proposées par la jurisprudence.
2. Deux exemples illustreront notre point de départ :
 - *L. est locataire d'une surface commerciale dans laquelle il exploite un restaurant. Le bail expire dans cinq ans et L., qui veut cesser son activité, souhaite remettre l'exploitation à R. (repreneur) avec qui il passe une convention de remise de commerce. Fort de cette convention, il propose à B. (bailleur) d'accepter le transfert.*
 - *L. a conclu un contrat de bail à loyer d'habitation avec B. pour une durée de deux ans, reconductible ensuite d'année en année. Pour des raisons professionnelles L. doit déménager et propose à son bailleur B. de remettre de façon anticipée le logement en lui proposant R. à titre de repreneur.*
3. Le transfert du bail commercial et la restitution anticipée de la chose louée sont des cas particuliers de fin du bail, en ce sens notamment qu'ils anticipent la fin des rapports contractuels initialement prévue par les parties². Ces institutions permettent ainsi un assouplissement, dans certaines situations, des rigueurs contractuelles et une meilleure adaptation à la vie des affaires et à la vie sociale.
4. Ces cas sont néanmoins fréquents et ont donné lieu à une jurisprudence relativement abondante. La jurisprudence ici examinée, de manière certes non exhaustive, concernera la période courant depuis l'année 1994 pour le transfert du bail commercial et depuis l'année 2002 pour la restitution anticipée de la chose louée, années au cours desquelles ces thèmes ont été traités par le Séminaire sur le droit du bail.
5. Nous examinerons successivement les notions de convention de remise de commerce ou de remise d'un bail d'habitation, de transfert du bail commercial, de restitution anticipée de la chose louée et nous donnerons

¹ JACQUEMOUD-ROSSARI ; TERRAPON ; KNÖPFLER.

² TERRAPON, p. 4.

quelques précisions jurisprudentielles apportées à ce sujet durant les périodes susmentionnées.

II. Convention de remise de commerce ou de remise d'un bail d'habitation

A. Convention de remise de commerce

6. En principe une convention de remise de commerce constitue le cadre dans lequel intervient le transfert d'un bail commercial. Une telle convention ne relève toutefois pas du droit du bail. Elle porte généralement, outre sur le droit au bail, sur le mobilier, l'agencement, le matériel, les installations garnissant les locaux, le fonds de commerce, la clientèle, le droit à l'enseigne, etc.³. Elle peut aussi porter sur des contrats d'assurance ou de travail liant le locataire transférant à des tiers⁴.
7. Selon le Tribunal fédéral, il s'agit d'un contrat *sui generis* à qui le plus souvent, toutefois, les règles de la vente mobilière peuvent être appliquées⁵.
8. Il existe une controverse doctrinale sur le point de savoir si le transfert du bail commercial au sens de l'art. 263 CO présuppose la conclusion d'une convention de remise de commerce⁶. Nous partageons l'avis de la doctrine qui considère que la convention de remise de commerce n'est pas une condition (supplémentaire !) de l'art. 263 CO⁷. Parmi les bons arguments développés par la doctrine référencée, nous retenons en particulier celui de l'interprétation littérale de l'art. 263 CO qui ne mentionne nulle part la conclusion d'une convention de remise de

³ ATF 129 III 18, DB 2003 N 24. La clientèle entre dans la notion de *goodwill*, par quoi il faut entendre la valeur économique qui, pour le repreneur d'une exploitation, consiste en la chance de gagner à lui les précédents clients et ainsi, de donner une base à sa propre entreprise (cf. ATF 119 II 222, JdT 1994 598 ; RVJ 2011 317). Le Tribunal fédéral semble également retenir que la notion de pas-de-porte correspond à celle de *goodwill* et de clientèle (cf. TF du 05.07.2007, 4C 84/2007, DB 2008 N 4, CdB 2007 108).

⁴ CPra Bail-BISE/PLANAS, art. 263 N 27.

⁵ ATF 129 III 18, DB 2003 N 24 ; CPra Bail-BISE/PLANAS, art. 263 N 28 ; TERCIER/FAVRE/ZEN-RUFFINEN (in : TERCIER/FAVRE), p. 72 N 516 ; TERCIER/FAVRE/BUGNON (in : TERCIER/FAVRE) p. 301 N 2035.

⁶ Sur l'état de la controverse cf. CPra Bail-BISE/PLANAS, art. 263 CO N 20 – 26.

⁷ CPra Bail-BISE/PLANAS, art. 263 CO N 22.

commerce, comme étant une condition légale du transfert du bail commercial. Dans un autre ordre d'idées, il faut garder à l'esprit le fait qu'un bail commercial représente en général un outil de travail pour le locataire et que la *ratio legis* de l'art. 263 CO est justement de permettre une plus grande mobilité au locataire commerçant. A cet égard, l'existence ou non d'une convention de remise de commerce n'est pas déterminante.

9. Toujours est-il que l'art. 263 CO prend également en compte la situation particulière du locataire qui doit s'assurer de la valorisation et donc du transfert de son patrimoine en remettant son entreprise⁸. Dans la pratique, l'existence d'une convention de remise de commerce sera donc la règle.
10. Une convention de remise de commerce n'est soumise en principe à aucune forme spéciale, notamment dans la mesure où les règles de la vente mobilière sont applicables à ce contrat *suis generis*. Il faut toutefois réserver les formes qui pourraient résulter d'autres dispositions légales qui lui seraient appliquées⁹. Il suffit de penser à une convention de remise de commerce qui comporterait une cession de créance qui, au sens de l'art. 165 CO, nécessite la forme écrite.
11. Les parties à une telle convention seront toutefois bien inspirées d'en préciser par écrit la portée, qui peut aller d'une simple déclaration d'intention, sans caractère obligatoire (sous réserve de la *culpa in contrahendo*) à la promesse de contracter au sens des art. 22 et 151 CO, voire au contrat pur et simple assorti ou non de conditions. La condition à laquelle est suspendue la convention de remise de commerce est celle de l'acceptation du transfert par le bailleur, à défaut de quoi dite convention ne vient pas à chef. En l'absence de clause conditionnelle, le locataire transférant risque en cas de refus du bailleur, de devoir payer des dommages-intérêts au locataire intéressé à la reprise¹⁰.

⁸ Sur les rapports entre l'art. 263 CO et la Loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine (LFus, cf. CPra Bail-BISE/PLANAS, art. 263 CO N 13 ; Co-SVIT, p. 333 s.

⁹ CPra Bail-BISE/PLANAS, art. 263 CO N 28.

¹⁰ CPra Bail-BISE/PLANAS, art. 263 CO N 27 et 61.

B. Convention de remise d'un bail d'habitation

12. Nous verrons plus bas que les règles sur le transfert du bail commercial ne sont pas applicables aux baux d'habitation (cf. *infra* III.C.).
13. Dans le cadre de la restitution anticipée de la chose louée au sens de l'art. 264 CO, le locataire sortant n'est jamais en droit d'imposer au bailleur la reprise du bail par le locataire solvable intéressé. En conséquence, dans la pratique, le locataire qui restitue le logement de façon anticipée ne contractera pas d'obligations équivalentes, *mutatis mutandis*, à une convention de remise de commerce avec le tiers intéressé¹¹.
14. Les questions de la vente de mobilier ou d'installations faites par le locataire sortant au locataire proposé et celles des transactions couplées ne seront pas examinées ici.
15. Rappelons qu'une convention portant sur un pas-de-porte payé par le locataire proposé au locataire sortant en fin de contrat, sans contre-prestation, est frappée de nullité¹².

III. Transfert du bail commercial (art. 263 CO)

A. Base légale

16. L'art. 263 CO, sous la note marginale « *Transfert du bail à un tiers* », a la teneur suivante :
 - « 1. *Le locataire d'un local commercial peut transférer son bail à un tiers avec le consentement écrit du bailleur.*
 2. *Le bailleur ne peut refuser son consentement que pour de justes motifs.*
 3. *Si le bailleur donne son consentement, le tiers est subrogé au locataire.*

¹¹ Sur le contrat *sui generis* de transfert de baux de locaux d'habitation, contrat qui doit revêtir la forme écrite au sens de l'art. 165 al. 1 CO ; CJ GE du 17.10.2008, O. c/ SI M., CdB 2009 51 avec références à LACHAT (Bail à loyer), p. 592 et réf. cit. ; cf. *infra* III.C.

¹² TF du 03.01.2004, 4C.246/2003, p. 6 ; SJ 1991 p. 470 ; TBx de la Sarine du 14.06.2007, TBL.2005/46 ; cf. *infra* III.F.4.

4. *Le locataire est libéré de ses obligations envers le bailleur. Il répond toutefois solidairement avec le tiers jusqu'à l'expiration de la durée du bail ou la résiliation de celui-ci selon le contrat ou la loi mais, dans tous les cas, pour deux ans au plus.* »
17. Le contrat-cadre romand de baux à loyer ne traite pas du transfert du bail commercial. En effet, de par le droit fédéral, le champ d'application de ce contrat-cadre est limité aux baux à loyer portant sur des habitations¹³.

B. Nature juridique de la norme

18. La controverse sur le caractère relativement impératif, voire dispositif de la norme, reste entière¹⁴. Comme la majorité de la doctrine, nous sommes d'avis que l'entier de la disposition est en tous cas de nature impérative, avec une préférence pour la solution d'un caractère impératif relatif pour tous les alinéas de la disposition. En effet, dans la mesure où le fondement de la norme est de faciliter le transfert du bail commercial pour le locataire, il paraît raisonnable de considérer que les parties peuvent convenir de facilités encore plus étendues en faveur dudit locataire.

C. Bail commercial

19. L'art. 263 CO est limité au transfert de baux commerciaux et, en application de l'art. 292 CO, il est également applicable au transfert de baux à ferme. Cela implique l'existence d'un local affecté à une activité commerciale¹⁵.

¹³ Cf. l'art. 3 al. 1 de l'Arrêté du Conseil fédéral relatif à la déclaration de force obligatoire générale du contrat-cadre romand de baux à loyer et à la dérogation aux dispositions impératives du droit du bail, du 25.06.2008. L'al. 2 de cette disposition précise que le contrat-cadre ne s'applique pas aux villas de six pièces et plus (cuisine non comprise), aux appartements de luxe de six pièces et plus (cuisine non comprise), ni aux appartements de vacances loués pour une période de trois mois au plus.

¹⁴ Cf. CPra Bail-BISE/PLANAS, art. 263 CO N 5 ; LCHAT, p. 591 ; Co-SVIT, p. 334 ; MINDER, p. 52 ss.

¹⁵ Sur la notion de bail commercial cf. CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY, art. 253a CO N 5 ss ; LCHAT (Bail à loyer), p. 122 ; JACQUEMOUD-ROSSARI, p. 10 s. ; MÜLLER, p. 132.

20. Rien n'empêche toutefois les parties à un bail d'habitation de passer une convention de transfert de bail¹⁶. A notre sens, compte tenu du caractère impératif de l'art. 263 CO¹⁷, une convention prévoyant une responsabilité du locataire au sens de l'art. 263 al. 4 CO, n'est toutefois pas envisageable.

D. Consentement du bailleur

21. Selon l'art. 263 al. 1 et 2 CO, le transfert du bail est ensuite subordonné au consentement écrit du bailleur, qui ne peut être refusé que pour de justes motifs. Les articles 12 à 15 CO sont applicables à la forme écrite.
22. La jurisprudence considère que, dans certaines situations, il peut y avoir abus de droit de la part du bailleur à se prévaloir de l'absence de forme écrite¹⁸.
23. L'appréciation des justes motifs que peut avoir le bailleur à refuser son consentement se fait selon les mêmes critères que ceux qui permettent à un bailleur de refuser un locataire de remplacement au sens de l'art. 264 CO¹⁹.
24. En cas de refus du bailleur, il appartient au locataire de saisir la Commission de conciliation pour faire constater son droit au transfert. Ce sera également le cas lorsque le bailleur ne réagit pas à la demande de transfert de bail présentée par le locataire²⁰.

E. Subrogation du tiers au locataire sortant et conditions de la libération du locataire transférant

25. Lorsque les conditions susmentionnées sont remplies, le bail est transféré de plein droit, le tiers étant subrogé au locataire sortant.
26. Celui-ci demeure toutefois responsable solidairement avec le tiers, pour une durée maximale de deux ans à compter de la date à laquelle est donné le consentement du bailleur.

¹⁶ Co-SVIT, p. 332 ; cf. *supra* II.B. note 11.

¹⁷ Cf. *supra* III.B.

¹⁸ Cf. *infra* III.F 5-8. ; CPra Bail-BISE/PLANAS, art. 263 CO N 31 ss ; LACHAT (Bail à loyer), p. 585.

¹⁹ Cf. *infra* III.F9 ; CPra Bail-BISE/PLANAS, art. 263 CO N 43 ss ; cf. ég. LACHAT (Bail à loyer), p. 586 ; BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE, p. 337.

²⁰ Cf. *infra* III.F 5,10. Sur ces questions cf. CPra Bail-BISE/PLANAS, art. 263 CO N 41.

27. Toutefois, cette responsabilité pourra s'éteindre avant l'expiration de ce délai, par exemple lorsque le contrat transféré pouvait prendre fin plus tôt parce qu'il était de durée déterminée ou parce qu'il pouvait être résilié de façon ordinaire à une date antérieure²¹.

F. Repères jurisprudentiels

1. Contrat de remise de commerce : défaut matériel²²

28. Le contrat de remise de commerce portant sur l'agencement, le matériel, les installations, le droit au bail, la clientèle et l'enseigne est un contrat *sui generis* qui ne saurait être soumis sans autre examen aux dispositions de la vente mobilière.
29. En l'espèce, il a été constaté que l'amiante ne se trouvait pas dans une installation mise en place par l'exploitant et cédée par lui à son successeur²³, mais dans les plafonds c'est-à-dire logiquement dans la structure du bâtiment. La présence d'amiante dans les plafonds ne peut donc pas être qualifiée de défaut de la chose livrée par le locataire transférant parce que les plafonds n'ont pas été cédés complètement et définitivement à la reprenante, de sorte que l'art. 197 CO concernant la garantie en raison des défauts de la chose vendue n'est pas applicable.

2. Contrat de remise de commerce : défaut économique²⁴

30. Le contrat de remise de commerce concernait une entreprise d'installations de chauffage en raison individuelle et avait notamment pour objet la reprise du stock du matériel d'exploitation, des véhicules, du droit au bail et de l'enseigne.
31. Le TF, après avoir considéré que le maintien de la clientèle constituait également une promesse de qualité inhérente à l'entreprise au sens de l'art. 197 al. 1 CO et que l'avis des défauts au sens de l'art. 201 CO avait été donné en temps utile, a jugé que le locataire reprenant pouvait se prévaloir de la garantie pour les défauts prévue à l'art. 205 al. 1 CO.

²¹ CPra Bail-BISE/PLANAS, art. 263 CO N 75 ss ; LACHAT, p. 590 s. ; Co-SVIT, p. 339 s.

²² ATF 129 III 18, DB 2003 N 24.

²³ Contrairement à un précédent concernant le manque d'étanchéité d'un sauna, TF du 10.12.1986, C.294/1986, SJ 1987, 178 ss.

²⁴ TF du 08.02.2010, 4A_601/2009.

3. Convention de pas-de-porte : pénurie de locaux²⁵

32. La renonciation par un locataire en place à un bail d'une certaine durée peut être monnayée (en l'espèce à hauteur de 60'000 francs), car elle a une valeur en période de pénurie de locaux commerciaux, d'autant plus que deux autres personnes ont proposé de façon sérieuse un versement identique, voire légèrement supérieur. Ce pas-de-porte ne tombe pas sous le coup de l'art. 20 CO qui dispose qu'un contrat est nul s'il a pour objet une chose impossible, illicite ou contraire aux mœurs.
33. On notera en passant que le Tribunal fédéral a également nié l'existence d'une transaction couplée au sens de l'art. 254 CO, le bailleur n'étant pas intervenu dans la négociation de la convention de remise de commerce. Enfin, sous l'angle du consentement du bailleur au transfert du bail, on relèvera que le montant d'un pas-de-porte peut entrer en ligne de compte, le bailleur pouvant se prévaloir d'un risque d'insolvabilité du locataire cessionnaire et de non-paiement du loyer.

4. Convention de pas-de-porte : autres critères de validité²⁶

34. Un pas-de-porte (*Schlüsselgeld*) de 300'000 francs payé au locataire transférant, exploitant un magasin de vêtements par un locataire reprenant exploitant une pharmacie, est admissible.
35. Comme les deux entreprises travaillaient dans des secteurs commerciaux éminemment différents, ce n'est pas en raison d'un transfert de clientèle ou de savoir-faire que le pas-de-porte a été convenu. Il représente uniquement le prix à payer pour la cession de la qualité de locataire au contrat de bail. Il a été jugé que, compte tenu de la durée du contrat encore à courir de plus de dix ans, de l'emplacement des locaux, de la pénurie de locaux dans le périmètre considéré, des déclarations du locataire reprenant ayant payé le pas-de-porte, et du fait qu'une reprise à ces conditions intéressait au moins un autre commerçant, ce pas-de-porte était admissible et ne justifiait pas le refus du transfert par le bailleur, la solvabilité du locataire reprenant étant au demeurant incontestée.

²⁵ TF du 26.09.2001, 4C_161/2001, DB 2004 N 2 avec note de FRANÇOIS KNÖPFLER, CdB 2002 77, MP 2003 54.

²⁶ TBx de la Sarine du 14.06.2007, TBL.2005/46.

5. Consentement du bailleur²⁷

36. Le consentement du bailleur est la condition *sine qua non* du transfert du bail, et le fait que les loyers ne proviennent pas d'un compte en banque au nom du locataire ne constitue pas une preuve du consentement du bailleur : « *en effet, le loyer ne doit pas nécessairement être payé par le locataire personnellement et ce dernier peut charger un tiers, par contrat, d'effectuer les versements.* » (consid. 2.c).
37. S'agissant de la forme du consentement, le Tribunal fédéral relève ceci : « *Pour des raisons de preuve, l'art. 263 al. 1 CO exige que le consentement soit donné sous la forme écrite (...). L'exigence de la forme écrite ne doit pas être confondue avec l'exigence du consentement. Plusieurs auteurs soutiennent qu'il peut y avoir abus de droit à invoquer l'absence de forme écrite si le consentement a été donné par actes concludants (...). Cette question ne se pose pas si aucun consentement du bailleur n'a été prouvé (...). Si le bailleur ne donne pas de réponse ou refuse son consentement, il appartient au locataire de saisir le juge en invoquant un refus sans justes motifs.* » (consid. 2b).

6. Transfert de bail par actes concludants²⁸

38. Transfert nié alors même que le loyer avait été payé durant sept ans par le prétendu cessionnaire. Là aussi, le Tribunal fédéral retient que le paiement du loyer n'est pas une prestation personnelle au sens de l'art 68 CO.

7. Consentement du bailleur par écrit ou actes concludants²⁹

39. Le consentement du bailleur a lieu en la forme écrite ou peut se déduire d'actes concludants, soit « *des actes dont l'accomplissement implique une certaine volonté relative à la relation des parties* » (consid. 3). En l'espèce, le Tribunal fédéral considère qu'une promesse verbale du bailleur d'accorder le consentement nécessaire n'est pas pertinente et

²⁷ ATF 125 III 226, DB 1999 N 23, JdT 2000 I 625, CdB 1999 109.

²⁸ TF du 27.10.2009, 4A_418/2009, MRA 2010 219.

²⁹ TF du 26.03.2008, 4A_55/2008, DB 2008 N 12, CdB 2008 122.

que, même avérée, elle ne remplirait pas les conditions d'un acte concluant au sens susmentionné.

8. Absence de forme écrite et abus de droit³⁰

40. Selon la doctrine majoritaire « *le bailleur abuse de son droit s'il se prévaut de l'absence de forme écrite alors qu'il a accepté le transfert par actes concluants...* » (consid. 2.4.1).
41. Par ailleurs, la mise en gérance libre d'un établissement public complètement équipé donne lieu à un bail à ferme non agricole et la cession de ce bail s'apparente à un transfert à un tiers d'un bail à ferme de locaux commerciaux en application de l'art. 292 CO.

9. Justes motifs de refus de transfert d'un bail commercial³¹

42. Pour déterminer s'il y a de justes motifs de refus d'un transfert de bail commercial, on fait généralement appel aux mêmes critères que ceux qui permettent de juger si un locataire de remplacement peut être raisonnablement refusé au sens de l'art. 264 CO. La question se résout de cas en cas au regard de l'ensemble des circonstances : « *Outre des motifs touchant par exemple à la personne du reprenant ou du bailleur, comme la solvabilité du premier, il est des circonstances concernant le bail lui-même et son affectation. Savoir si le fait que le transfert intervienne à une date proche du terme du bail constitue un motif d'empêchement, en raison du risque accru d'une demande de prolongation que cette circonstance peut comporter, est controversé en doctrine (...)* ».
43. *Si le bailleur refuse son consentement, la convention entre le locataire et le tiers n'a aucun effet sur les rapports juridiques entre le locataire et le bailleur (...). Le consentement de ce dernier est une condition suspensive du transfert (ATF 125 III 226, consid. 2b) à laquelle s'appliquent donc les articles 151 ss CO, notamment l'art. 156 CO en cas d'empêchement frauduleux de l'accomplissement de la condition par l'une des parties. WESSNER, (Le nouveau droit du bail à loyer, Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel, 1998 p. 17 s.) a néanmoins défendu l'avis qu'une telle convention pourrait valoir « cession de*

³⁰ TF du 08.10.2002, 4C_167/2002.

³¹ TF du 30.01.2004, 4C_246/2003.

bail », soit la cession au sens de l'art. 164 CO du droit d'usage de la chose à un tiers cessionnaire. Cette opération parfois qualifiée de « cession cumulative » puisqu'elle ne libère pas le repreneur de ses obligations, sauf aux conditions de l'art. 176 CO, ne nécessite pas le consentement du bailleur (ATF 93 II 453, consid. 2a) mais son admissibilité pour les locaux commerciaux dans le nouveau droit du bail est controversée (...).

44. *Limité aux locaux commerciaux, le transfert de bail intervient en général dans le cadre d'une remise de commerce, qui porte en outre sur la vente des installations mobilières ou de la clientèle, contrat sui generis (ATF du 10.12.1986 in : SJ 1987 p. 177). Les conséquences du refus de consentement du bailleur au transfert du bail sur le contrat de remise de commerce ne sont pas réglées par l'art. 263 CO. La question de savoir si le contrat peut être ou non invalidé dépend de l'interprétation de l'accord, qui souvent érige en condition suspensive, selon les art. 151 ss CO, l'obtention du consentement du bailleur (ATF 109 II 20) (...), subsidiairement de la mise en œuvre des articles 23ss CO sur le vice du consentement* » (consid. 5.3).
45. Le Tribunal confirme également que la promesse de contracter, dans la mesure où elle règle tous les éléments essentiels de la cession des baux, fonde directement une action en exécution (consid. 6)³².

10. Subrogation³³

46. Le transfert du bail au sens de l'art. 263 al. 1 CO entraîne une substitution de locataires et modifie donc fondamentalement le rapport contractuel initial, de sorte qu'il ne peut intervenir à l'insu du bailleur qui doit donner son consentement écrit.
47. En cas de refus du consentement ou de carence du bailleur, il appartient au locataire de saisir le juge en se prévalant d'un refus sans justes motifs.
48. Lorsque le consentement a été donné, le tiers est subrogé à l'ancien locataire à teneur de l'art. 263 al. 3 CO. Le tiers reprenant prend la place du transférant dans le contrat qui reste inchangé pour le surplus, en particulier s'agissant du loyer.

³² Avec réf. à ATF 118 II 32.

³³ TF du 28.04.2003, 4C_45/2003, DB 2005 N 15 avec note de FRANÇOIS KNÖPFLER.

49. Il n'est donc pas possible au reprenant de contester le loyer, ni au bailleur de le modifier sans recourir à la formule officielle prévue à l'art. 269d CO.
50. Toutefois, si des modifications des modalités du contrat sont intervenues entre le bailleur et le locataire actuel, elles seront applicables au bail transféré.

11. Responsabilité du locataire transférant³⁴

51. *« Le but visé par l'art. 263 al. 4 CO est donc d'offrir une garantie au bailleur obligé, sauf juste motif, de consentir au changement de cocontractant (art. 263 al. 1 et 2 CO).*
52. *Or, l'un des risques encourus par le bailleur lors d'un transfert de bail est précisément que le nouveau locataire ne respecte pas l'obligation de payer le loyer.*
53. *En pareil cas, si le locataire sortant n'exécute pas non plus son obligation solidaire et que le bailleur choisit de résilier son contrat en application de l'art. 257d CO, il apparaît conforme à l'objectif de l'art. 263 al. 4 CO que le locataire transférant continue de répondre de la dette du nouveau preneur qui reste indûment dans les locaux après que le congé est devenu effectif. Au surplus, la nature juridique de l'indemnité pour occupation illicite n'y fait nullement obstacle puisque, selon la jurisprudence, le locataire qui reste dans les locaux loués nonobstant l'expiration du bail commet une faute contractuelle (ATF 117 II 65, consid. 2b p. 68). » (consid. 4c).*

IV. Restitution anticipée de la chose louée (art. 264 CO)

A. Bases légales

54. L'art. 264 CO, sous la note marginale *« Restitution anticipée de la chose louée »* a la teneur suivante :
« 1. Lorsque le locataire restitue la chose sans observer les délai ou terme de congé, il n'est libéré de ses obligations envers le bailleur que s'il lui présente un nouveau locataire qui soit solvable et que le bailleur

³⁴ ATF 121 III 408, DB 1996 N 9, CdB 1996 7.

ne puisse raisonnablement refuser ; le nouveau locataire doit en outre être disposé à reprendre le bail aux mêmes conditions.

2. A défaut, le locataire doit s'acquitter du loyer jusqu'à l'expiration de la durée du bail ou jusqu'au prochain terme de congé contractuel ou légal.

3. Le bailleur doit admettre l'imputation sur le loyer :

- a. de la valeur des impenses qu'il a pu épargner ainsi que*
- b. des profits qu'il a retirés d'un autre usage de la chose ou auxquels il a intentionnellement renoncé. »*

55. Le contrat-cadre romand de baux à loyer dispose quant à lui ce qui suit à son art. 9 sous la note marginale « *Restitution anticipée de la chose louée (art. 264 CO)* » :

« 1. Lorsque le locataire restitue la chose sans observer le délai ou terme de congé, il doit en aviser le bailleur par écrit en indiquant la date de restitution de la chose et il doit présenter un locataire solvable et qui soit disposé à reprendre le bail aux mêmes conditions à la date de restitution de la chose indiquée par le locataire. Si le bailleur a des objections fondées contre le candidat, il doit sans délai indiquer au locataire les motifs de son refus.

2. Dans un tel cas, le locataire doit respecter au minimum un préavis d'un mois pour le quinze ou la fin du mois.

3. En aucun cas le bailleur ne peut être tenu d'accepter de conclure avec la personne proposée par le locataire, étant précisé que ce dernier est alors libéré. »

B. Nature juridique de la norme

56. Il est majoritairement admis par la doctrine que l'art. 264 CO est de nature semi-impérative, ce qui signifie qu'il ne peut y être dérogé au détriment du locataire³⁵.

57. Le contrat-cadre romand déroge à cette disposition en instituant un préavis donné en la forme écrite, au minimum d'un mois pour le quinze ou la fin d'un mois. Dans ce préavis, le locataire sortant doit indiquer la

³⁵ CPra Bail-BISE/PLANAS, art. 264 CO N 5 ; LACHAT (Bail à loyer), p. 621 ; Co-SVIT, p. 343.

date de restitution de la chose et présenter un locataire de remplacement.

58. Cette dérogation est fondée sur l'art. 3 de la Loi fédérale sur les contrats-cadres de baux à loyer et de déclaration de force obligatoire générale³⁶ qui dispose que «*à la requête de toutes les parties contractantes, le Conseil fédéral peut autoriser qu'il soit dérogé à des dispositions impératives du droit du bail lorsque le contrat-cadre :*
- a) est conclu par des organisations représentatives qui défendent les intérêts des bailleurs ou des locataires,*
 - b) offre aux locataires une protection pour le moins équivalente à celle du droit ordinaire contre les loyers abusifs, d'autres prétentions abusives et contre les résiliations,*
 - c) est pour le surplus conforme aux dispositions impératives du droit fédéral et cantonal. »*
59. L'art. 3 al. 3 et 4 de cette même loi énumère un certain nombre de dispositions du CO auxquelles il ne peut toutefois être dérogé, sans mentionner l'art. 264 CO.
60. Le contrat-cadre censé clarifier la situation des parties en cas de restitution anticipée n'en restreint pas moins les facultés conférées au locataire par l'art. 264 CO.

C. Restitution de la chose

61. A la fin du bail l'obligation principale du locataire consiste en la restitution de la chose louée (art. 267 al. 1 CO). A défaut, le locataire est en demeure au sens de l'art. 102 al. 2 CO. Il doit des dommages-intérêts en application des articles 97 ss et 103 CO³⁷. L'indemnité pour occupation illicite des locaux équivaut en règle générale au montant du loyer. Le cas échéant, le locataire répond également des dommages-intérêts dus par le bailleur au nouveau locataire qui n'a pas pu emménager à temps dans les locaux³⁸.

³⁶ RS 221.213.15.

³⁷ MÜLLER, p. 176.

³⁸ TERRAPON, p. 6 ss ; CPra Bail-AUBERT, art. 267 CO N 9 à 13. LACHAT, p. 821 s. ; Co-SVIT, p. 435 ; MÜLLER, p. 176.

D. L'inobservation des délais et terme de congé

62. La loi fait référence aux art. 266 à 266f CO, soit aux normes temporelles qui régissent ce contrat de durée déterminée qu'est le contrat de bail.
63. Le congé doit être signifié par écrit. Le Tribunal fédéral vient de rappeler récemment que c'est la théorie dite de la réception qui prévaut en ce sens qu'une manifestation de volonté écrite déploie ses effets dès qu'elle entre dans la sphère de puissance du destinataire, même si celui-ci n'en prend pas effectivement connaissance³⁹.
64. Selon cet arrêt la communication du congé obéit en droit du bail à la théorie de la réception dite absolue en ce sens que le point de départ du délai correspond au moment où la manifestation de volonté est parvenue dans la sphère d'influence du destinataire ou de son représentant, de telle sorte qu'en organisant normalement ses affaires celui-ci est à même d'en prendre connaissance⁴⁰.
65. S'agissant d'un pli ordinaire communiqué par la poste, la manifestation de volonté est ainsi reçue lorsqu'elle est déposée dans la boîte aux lettres ou la case postale du destinataire, si l'on peut escompter qu'il lève le courrier à ce moment-là ; savoir si le destinataire prend effectivement connaissance de l'envoi n'est pas déterminant. Un tel envoi simple ne fait cependant pas preuve de sa réception.
66. En ce qui concerne une lettre recommandée, si l'agent postal n'a pas pu la remettre effectivement au destinataire ou à un tiers autorisé à prendre livraison de l'envoi et qu'il laisse un avis de retrait dans sa boîte aux lettres ou sa case postale, le pli est reçu dès que le destinataire est en mesure d'en prendre connaissance au bureau de la poste selon l'avis de retrait ; il s'agit soit du jour même où l'avis de retrait est déposé dans la boîte aux lettres si l'on peut attendre du destinataire qu'il le retire aussitôt, sinon en règle générale le lendemain de ce jour.

³⁹ ATF 137 III 208.

⁴⁰ Selon la théorie de la réception dite relative, la manifestation de volonté est censée être parvenue dans la sphère d'influence du destinataire ou de son représentant au plus tard le septième jour du délai de garde, comme en procédure civile (art. 138 al. 3 CPC). La théorie de la réception relative s'applique en cas de communication d'un avis de majoration de loyer (art. 269d CO) et en cas de communication de l'avis comminatoire au sens de l'art. 257d CO.

67. La restitution anticipée de la chose louée ne constitue pas une résiliation du contrat mais un mode particulier de fin du contrat pour lequel le CO ne prévoit pas une communication écrite au bailleur puisqu'elle ne constitue pas un congé.
68. On a vu que le contrat-cadre romand impose une communication écrite au bailleur.

E. La proposition d'un locataire de remplacement

69. Trois conditions doivent être remplies par le locataire de remplacement proposé pour que cette proposition ait un effet libératoire pour le locataire sortant : la solvabilité, l'acceptabilité et la reprise du bail aux mêmes conditions.

1. La solvabilité implique de façon toute générale que les revenus du locataire proposé lui permettent de s'acquitter du loyer sans toutefois que ses revenus soient nécessairement équivalents à ceux du locataire sortant⁴¹.

2. L'acceptabilité est une notion juridique particulièrement imprécise, qui a donné lieu à une abondante jurisprudence. L'art. 264 CO parle sous forme négative d'un locataire de remplacement « que le bailleur ne puisse raisonnablement refuser ».

Cette notion découle du principe de la bonne foi et recouvre toute une série d'hypothèses liées notamment aux qualités et caractéristiques du candidat : sa moralité, les activités qu'il entend exercer dans les locaux, son statut, sa qualité de détenteur d'animaux, etc.⁴².

3. La reprise du bail aux mêmes conditions implique que le bailleur doit se trouver dans la même situation que si le bail s'était poursuivi avec le locataire initial, auquel le reprenant ne fait que se substituer.

Ces conditions concernent non seulement la durée du bail et le montant du loyer, mais aussi toutes autres clauses particulières du bail.⁴³

⁴¹ TERRAPON, p. 13 ; cf. ég. CPra Bail-BISE/PLANAS, art. 264 CO N 43 ss ; LACHAT (Bail à loyer), p. 613 s. ; Co-SVIT, p. 344 ss.

⁴² TERRAPON, p. 14 ; cf. ég. CPra Bail-BISE/PLANAS, art. 264 CO N 33 ss ; LACHAT (Bail à loyer), p. 612 s.

⁴³ TERRAPON, p. 16 ; CPra Bail-BISE/PLANAS, art. 264 N 67 ss ; LACHAT (Bail à loyer), p. 614 s. ; Co-SVIT, p. 348 s. Sous l'angle de la reprise du bail aux mêmes conditions, la jurisprudence ne paraît pas avoir été amenée à examiner la question spécifique du

F. Les conséquences légales

70. Lorsque les conditions mentionnées ci-dessus sont remplies, le locataire est libéré de ses obligations envers le bailleur. Peu importe que le bailleur accepte ou non la substitution. Contrairement à la situation qui résulte du transfert d'un bail commercial, le locataire sortant n'assume plus aucune responsabilité avec le reprenant. En conséquence, le locataire est libéré de toutes obligations, même si le locataire de remplacement n'assume en définitive pas ses obligations⁴⁴.

G. L'absence de proposition d'un locataire de remplacement valable et ses conséquences

71. L'absence de locataire de remplacement valable entraîne pour le locataire sortant l'obligation de payer les loyers jusqu'au terme contractuel ou légal du contrat sous réserve de l'obligation générale du bailleur de chercher à diminuer son dommage⁴⁵.

H. L'imputation des avantages et l'obligation de diminuer le dommage

72. A teneur de l'art. 264 al. 3 CO, le bailleur doit admettre l'imputation sur le loyer encore dû de la valeur des impenses qu'il a pu épargner ainsi que des profits qu'il a retirés d'un autre usage de la chose ou auxquels il a intentionnellement renoncé. Le bailleur qui refuse un candidat de remplacement valable renonce intentionnellement à un profit tiré de l'usage de la chose. Il en va de même lorsque le bailleur profite de la restitution anticipée des locaux pour faire des travaux de rénovation : il doit imputer la valeur des loyers auxquels il a renoncé intentionnellement pendant la période des travaux⁴⁶.

repreneur, commerçant ou non, qui sollicite d'exécuter des travaux d'envergure dans les locaux ou d'y installer des machines bruyantes. A notre sens, le reprenant n'a ni plus ni moins de droit que le locataire sortant et, même sous l'angle de l'obligation de diminuer le dommage (cf. *infra* IV. H. 14 à 18), le bailleur, dans les limites de l'art. 2 CC, ne saurait se voir imposer des travaux qu'il serait en droit de refuser selon l'art. 260a CO.

⁴⁴ TERRAPON, p. 17 ; CPra Bail-BISE/PLANAS, art. 264 CO N 32 ; LACHAT (Bail à loyer), p. 618 s. ; Co-SVIT, p. 344 s.

⁴⁵ TERRAPON, op. cit. p. 17 ; CPra Bail-BISE/PLANAS, art. 264 CO N 95 ss ; LACHAT (Bail à loyer), p. 619 ; Co-SVIT, p. 351.

⁴⁶ TERRAPON, p. 18 ss ; CPra Bail-BISE/PLANAS, art. 264 CO N 104 ss ; LACHAT (Bail à loyer) p. 619 ss ; Co-SVIT, p. 351 ss.

73. Selon le principe général de la bonne foi, le bailleur doit collaborer avec le locataire en vue de diminuer le dommage. Cela suppose notamment un examen rapide et sérieux des candidatures qui lui sont soumises.
74. Ce n'est que si le bailleur omet gravement et consciemment de faire tout ce qui est en son pouvoir pour diminuer le dommage causé par la violation des obligations contractuelles du locataire, qu'il sera considéré comme ayant intentionnellement renoncé aux profits au sens de l'art. 264a al. 3 lit. b CO, de sorte qu'il sera tenu à imputation sur le loyer⁴⁷.

I. Repères jurisprudentiels

1. Manifestation claire de l'intention de restituer⁴⁸

75. L'application de l'art. 264 CO suppose que le locataire manifeste clairement et sans ambiguïté son intention de restituer la chose à son cocontractant. Le locataire doit ensuite procéder effectivement à la restitution complète et définitive ; cela implique en principe, s'il s'agit de locaux, qu'il en remette toutes les clés au bailleur. Laisser les locaux vides et inoccupés n'est pas suffisant (consid. 3).

⁴⁷ TERRAPON, p. 20 s. ; CPra Bail-BISE/PLANAS, art. 264 N 76 ss ; LACHAT (Bail à loyer) p. 619 ss. Sur la nature de l'obligation tirée de l'art. 264 al. 3 CO, PIERRE WESSNER note ceci : « à propos de la disposition prévue à l'art. 264 al. 3 CO, on lit souvent qu'elle découle de celle générale de la responsabilité civile délictuelle (art. 44 al. 1 CO) et contractuelle (par le renvoi qu'opère l'art. 99 al. 3 CO) ; cette règle pose une incombance à la victime en lui enjoignant de prendre des mesures pour diminuer le dommage subi (cf. TERRAPON, p. 18 ; CHAIX, p. 75). En bonne doctrine, il est douteux d'affirmer que la restitution des locaux avant terme cause un dommage au bailleur, puisque ce dernier dispose d'une créance de loyer jusqu'à l'échéance du contrat, qui n'est pas conditionnée par un usage effectif de la chose louée. *A priori*, son bilan patrimonial n'est donc aucunement affecté. Néanmoins, le devoir de diminuer la dette de loyer du locataire sortant n'est pas remise en cause. On devrait dès lors parler de l'application par analogie de l'art. 44 al. 1 CO », DB 2007 N 12.

⁴⁸ TF du 07.08.2008, 4A_220/2008, DB 2009 N 17.

2. Restitution effective de la chose et absence de résiliation formelle⁴⁹

76. L'application de l'art. 264 CO suppose que le locataire restitue effectivement la chose. Une résiliation formelle du contrat n'est en revanche pas nécessaire (consid. 3.3)⁵⁰.

3. Remise des clés⁵¹

77. Le locataire doit effectivement procéder à une restitution complète et définitive de la chose louée, ce qui implique en principe qu'il remette toutes les clés au bailleur. Des exceptions au principe qui veut que la restitution implique la remise de toutes les clés peuvent se concevoir, selon les circonstances, par exemple dans un cas où la restitution ultérieure d'une clé ne suffit pas à exclure la volonté des locataires de restituer les locaux, dans la mesure où quelques semaines auparavant ils ont adressé à la baillesse une lettre qui ne laisse subsister aucun doute sur leur intention de restituer (consid. 4.4).

4. Restitution complète et définitive de la chose⁵²

78. *« L'application de l'art. 264 CO suppose que le locataire manifeste clairement et sans ambiguïté son intention de restituer la chose à son cocontractant. Le locataire doit ensuite procéder effectivement à la restitution complète et définitive ; cela implique en principe, s'il s'agit de locaux, qu'il en remette toutes les clés au bailleur. Laisser les locaux vides et inoccupés n'est pas suffisant, ni le fait d'indiquer que les clés sont à disposition du bailleur. Conformément à l'art. 8 CC, les faits constitutifs de la restitution effective des locaux doivent être prouvés par le locataire qui réclame le bénéfice de l'art. 264 al. 1 CO. »*

⁴⁹ TF du 01.11.2004, 4C_291/2004, DB 2005 N 5, CdB 2005 39, MRA 2005 61.

⁵⁰ Cf. *supra* IV.A et D. Sous l'angle du bail paritaire romand un préavis écrit est nécessaire.

⁵¹ TF du 26.03.2007, 4C_446/2006, DB 2008 N 13.

⁵² TF du 07.08.2008, 4A_220/2008, JdT 2009 I 28, RSJ/SJZ 105/2009 315, MRA 2008 180 ss, MP 2009 21 ss.

5. Forme de la restitution anticipée, restitution effective⁵³

79. La restitution anticipée de la chose louée ne nécessite pas de déclaration écrite dans un délai ou pour un terme de résiliation.
80. Le locataire peut procéder à la restitution effective lorsqu'il sait que le locataire de remplacement a été accepté⁵⁴.

6. Manifestation de la volonté de quitter les locaux⁵⁵

81. *« En l'espèce, il n'est pas contesté que le locataire a manifesté son intention de restituer les locaux de manière anticipée, sans observer le terme du bail. En février 2000, il a proposé un nouveau locataire, Z, qui était prêt à reprendre le bail aux mêmes conditions de mars 2000 jusqu'à l'échéance du contrat, soit le 31 janvier 2001. Il ressort de la procédure que l'échec de la reprise des locaux par Z est dû au fait que le bailleur voulait conclure un nouveau bail jusqu'à la fin décembre 2001 (...). A ce stade le locataire était libéré de ses obligations avec le bailleur dès le 1^{er} mars 2000 (...) (consid. 2a).*
82. *Si le locataire n'a matériellement pas quitté les locaux, c'est en raison de l'attitude du bailleur qui a clairement fait savoir qu'il était redevable du loyer suite à l'échec de la reprise du bail ; à la séance du 13 juin 2002, le défendeur a déclaré à ce sujet : « Cela ne servait à rien de partir tant que personne n'était trouvé. J'étais de toute façon redevable du loyer ». Ainsi la question de la restitution effective de la chose louée ne se pose pas car le locataire a manifesté au bailleur sa disponibilité à libérer les locaux pour le 1^{er} mars 2000. » (consid 2b).*

7. Critère d'acceptabilité : comportement imputable au locataire proposé⁵⁶

83. Le locataire de remplacement proposé s'était déjà vu résilier son bail portant sur un autre logement dans le même immeuble en raison de

⁵³ TC BL du 04.07.2006, MP 2007 101.

⁵⁴ TERRAPON, p. 11. Sous l'angle du bail paritaire romand une telle solution ne paraît plus possible dans la mesure où le locataire sortant doit annoncer la restitution pour un terme fixe, même si un locataire de remplacement valable est proposé et par hypothèse peut être accepté pour un terme antérieur.

⁵⁵ TC FR du 12.12.2003, RFJ 2004 23, CdB 2004 120.

⁵⁶ TC VD du 19.06.2002, P. SA c/ époux G., CdB 2003 58.

troubles graves résultant de l'agression à l'arme blanche du concierge par des visiteurs de ce locataire, ainsi qu'en raison d'incessants va-et-vient et de déprédations liés au précédent appartement.

84. Dans ces conditions, le locataire proposé ne remplit pas le critère d'acceptabilité.

8. Critère d'acceptabilité : nombre d'occupants ; animaux domestiques⁵⁷

85. Le locataire de remplacement proposé par le locataire qui résilie le bail de manière anticipée n'est objectivement pas inacceptable du fait qu'il a des animaux domestiques, si le locataire sortant en avait lui-même.
86. N'est pas non plus objectivement inacceptable une famille de six personnes proposée en remplacement du locataire d'une maison particulière de cinq pièces.
87. De surcroît, en cas d'augmentation de loyer au moment du changement de locataire, le locataire sortant est libéré de son obligation de trouver un remplaçant si l'augmentation ne lui a pas été notifiée au moyen de la formule officielle et qu'elle n'est pas devenue définitive entre-temps.
88. Enfin, le bailleur agit de manière abusive lorsqu'il exige du locataire sortant qu'il nettoie les locaux alors que des travaux y seront effectués immédiatement après son départ et qu'ils rendront nécessaire un nouveau nettoyage.

9. Solvabilité ; temps de réaction du bailleur ; détournement de candidat⁵⁸

89. *« Le fait qu'un candidat locataire ne soit pas objectivement solvable ne signifie toutefois pas encore que le refus du bailleur soit justifié. Lorsque le bailleur propose au candidat locataire refusé un autre appartement, la doctrine considère qu'un tel comportement, qualifié par certains de « détournement de candidat » représente un refus injustifié, qui doit être imputé au bailleur et qui libère donc valablement le locataire. Tel est également le cas lorsque la décision du bailleur est tardive. »*

⁵⁷ Président du Tribunal de Rheinfelden du 01.10.2007, OZ 2006.73, MP 2009 24.

⁵⁸ TC FR du 31.08.2011, Comm. Vol. 51, juillet 2012, p. 19 ; cf. *infra* IV.I.14 et 16.

90. Sous l'angle du temps de réaction du bailleur, le Tribunal cantonal a considéré qu'un délai de 36 jours depuis la connaissance des données financières de la candidate ainsi que de 15 jours depuis la connaissance des données du Service du logement était tardif.

10. Reprise du bail aux mêmes conditions : modification du loyer⁵⁹

91. Un candidat qui est disposé à payer un loyer sensiblement plus bas que le loyer actuel peut être refusé par le bailleur. De même, le candidat doit accepter les modalités du bail relatives à la durée du contrat ; lorsque la période résiduelle du bail est courte, il doit également s'en contenter. De son côté le bailleur, sous peine de perdre ses droits envers le locataire sortant, ne peut imposer unilatéralement au candidat des conditions moins favorables, comme une majoration de loyer. Le bailleur ne saurait refuser un locataire de remplacement qui était disposé à reprendre le bail tel quel, mais qui a fini, en réaction à l'annonce par le bailleur de l'augmentation future du loyer, par solliciter des conditions plus favorables (notamment une réduction de la durée du bail).

11. Reprise du bail aux mêmes conditions : moment de la reprise⁶⁰

92. Lorsque le bailleur convient d'un début du contrat reporté avec un des locataires de remplacement proposés par le locataire sortant, il ne saurait faire supporter le préjudice au locataire sortant.

12. Reprise du bail aux mêmes conditions : acompte de charges⁶¹

93. Une augmentation des acomptes de charges ne constitue pas une modification du contrat qu'un locataire de remplacement puisse refuser.
94. Cet arrêt, fondé notamment sur l'opinion de PHILIPPE RICHARD (Les frais accessoires dans les baux d'habitation et de locaux commerciaux, in : 12^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2002, p. 18) nous

⁵⁹ TF du 06.01.2010, 4A_504/2009, DB 2011 N 9 ; SJ 2010 I 491.

⁶⁰ TApp TI du 13.04.2004, MP 2006 203.

⁶¹ TBs VD du 28.06.2006, T. et K. c/ A., D. et F, CdB 2008 25.

paraît discutable. En effet, la modification du montant des acomptes provisionnels de frais accessoires nécessite le recours à la formule officielle au sens de l'art. 269d CO sous peine de nullité⁶². Il s'agit là d'une modalité de paiement du loyer qui doit pouvoir être contrôlée dans le cadre de la procédure de contestation de l'art. 270b CO.

13. Reprise du bail aux mêmes conditions : comportement contradictoire du bailleur⁶³

95. Le bailleur ne peut rejeter un locataire de remplacement qui veut payer un loyer plus bas et modifier le but du contrat, soit passer d'un bail commercial à un bail d'habitation, lorsque lui-même postérieurement conclut à ces nouvelles conditions.

14. Information au bailleur⁶⁴

96. Le bailleur doit recevoir tous les renseignements utiles sur le candidat et disposer d'un délai de réflexion suffisant⁶⁵. S'il ne satisfait pas aux exigences minimales en la matière, le locataire ne respecte pas son incombance, de sorte que son offre sera tenue pour insuffisante. En l'espèce, les trois personnes intéressées n'ont pas déposé leur dossier, ni leurs coordonnées exactes, informations qui n'ont pas été fournies par le locataire non plus (consid. 3.1).

15. Démarches du bailleur en vue de retrouver un locataire de remplacement⁶⁶

97. *« Le bailleur n'est pas juridiquement tenu, lorsque la chose louée lui est restituée de manière anticipée, d'entreprendre lui-même des démarches pour trouver un locataire de remplacement. Cependant, dans la mesure où, en vertu de l'art. 264 al. 3 lit. b in fine CO, il doit admettre l'imputation sur le loyer des profits auxquels il a intentionnellement*

⁶² LACHAT (Bail à loyer), p. 337.

⁶³ TApp TI du 31.03.2004, MP 2006 200.

⁶⁴ TF du 11.11.2008, 4A_373/2008.

⁶⁵ En règle générale, un délai de 10 à 20 jours est retenu pour les baux d'habitation et de 1 mois à 1½ mois pour les baux commerciaux, cf. CPra Bail-BISE/PLANAS, art. 264 CO N 85 ; TERRAPON, p. 19 s ; cf. *supra* IV.I.9. et *infra* IV.I.16.

⁶⁶ TF du 31.08.2005, 4C_171/2005/ech.

renoncé, il lui incombe de réduire son dommage et, pour ce faire, de prêter son concours au locataire sortant pour la recherche d'un nouveau locataire ou, en cas de défaillance du premier, d'essayer lui-même de trouver un locataire de remplacement. Il ne faut cependant pas inverser les rôles : s'agissant d'une restitution anticipée de la chose louée, partant d'une atteinte au principe « pacta sunt servanda », c'est à celui qui entend se libérer prématurément de ses obligations contractuelles, donc au locataire, qu'il appartient au premier chef de faire en sorte que son cocontractant, soit le bailleur, en subisse le moins possible les conséquences. L'adverbe « intentionnellement », utilisé à dessein par le législateur fédéral, indique du reste clairement que seul un comportement incompatible avec les règles de la bonne foi peut être imputé au bailleur. » (consid. 4.1).

98. En l'espèce, le TF a notamment considéré que le locataire qui n'avait pas effectué la moindre recherche de locataire de remplacement était malvenu d'imputer au bailleur les conséquences de sa propre passivité.

16. Devoir de collaboration du bailleur : temps de réaction⁶⁷

99. Pour l'examen de la candidature d'un locataire de remplacement pour des locaux commerciaux, un délai de 30 jours est en règle générale considéré adéquat.

17. Obligation du bailleur de diminuer le dommage⁶⁸

100. *« La réglementation de l'art. 264 al. 3 litt. b CO repose sur le principe que le bailleur doit entreprendre tout ce que l'on peut raisonnablement attendre de lui, compte tenu des circonstances, afin de réduire autant que possible le dommage résultant de la violation du contrat par le locataire. Cette obligation de réduire le dommage est cependant limitée, dans la mesure où la loi exige une violation intentionnelle ; cela montre bien que seules les omissions intentionnelles et graves peuvent provoquer une diminution du loyer auxquelles le bailleur a droit (ATF 117 II 156, cons. 3a, p. 158 ; HIGI, ZürcherKommentar, n. 84 ad art. 264 CO).*

⁶⁷ AppH BS du 04.09.2008, AGE BE-2008/919 ; pour un bail d'habitation, cf. également Chambre des recours TC VD du 28.03.2007, G. c/ L., CdB 2008 16 ; cf. *supra* IV.I.9. et 14.

⁶⁸ TF du 19.08.2002, 4C.118/2002, DB 2003 N 12, CdB 2003 9.

101. *Le locataire restant contractuellement lié après la restitution anticipée du logement tant qu'il n'a pas proposé un locataire de remplacement convenable, il lui incombe de rechercher un tel locataire et de le proposer au bailleur. En principe, le bailleur peut attendre le résultat des recherches entreprises par le locataire. Il n'est tenu à agir lui-même que lorsqu'il se rend compte que le locataire ne se préoccupe pas, ou ne se préoccupe pas suffisamment de la relocation (4C 387/1997 du 29.09.1998, cons. 2a, publié in : Pra 1999, N 54, p. 315). Dans tous les cas, le principe suivant s'applique : il incombe tout d'abord au locataire sortant de rechercher un locataire de remplacement. Le bailleur ne doit participer à cette recherche que lorsque son inactivité pourrait lui être reprochée comme violation des règles de la bonne foi (Lachat/Trümpy, Die vorzeitige Rückgabe der Mietsache (art. 264 OR), FachheftMietrecht, n. 6, Zürich 1999 p. 33). » (consid. 3.1 traduit aux CdB).*

18. Obligation du bailleur de diminuer le dommage : passivité du locataire⁶⁹

102. Il incombe en premier lieu au locataire de trouver un locataire de remplacement, à défaut de quoi, même dans l'hypothèse où le locataire reste passif, il appartient au bailleur d'entreprendre des démarches concrètes et sérieuses pour éviter que les locaux demeurent vides, donc pour diminuer la dette du locataire ; s'il reste inactif ou peu entreprenant, il est présumé avoir intentionnellement renoncé au profit qu'il aurait pu retirer de la chose en application de l'art. 264 al. 3 lit. b CO.
103. *« Selon la doctrine qui cite la jurisprudence, il se peut qu'exceptionnellement il soit demandé au bailleur de rechercher un locataire de remplacement à des conditions moins favorables. « Tel pourrait être le cas si le bailleur sait pertinemment que les locaux ne peuvent manifestement plus trouver preneur aux conditions précédentes et que la durée du contrat qui reste à courir est très longue » (TERRAPON, La restitution des locaux loués et l'offre d'un locataire de remplacement, in : 12^e Séminaire sur le droit du bail Neuchâtel 2002, p. 20 ; TF 29.09.98, DB 2000 N 12).*

⁶⁹ CJ GE du 06.03.2006, M.c.K, DB 2007 N 12 cité ci-après, MP 2006 196.

104. *Que le bailleur doive entreprendre des démarches en cas de passivité du locataire est un principe acquis. A partir de quel moment est-il tenu d'en mettre en route le processus ? La Chambre d'appel se fondant sur sa jurisprudence et l'opinion de CHAIX (L'art. 264 CO : A la recherche du locataire de remplacement, SJ 1999 II 75) part de l'idée qu'un délai de deux mois dès la restitution des locaux est raisonnable, et qu'au-delà une réduction de loyer pourrait être justifiée.*
105. *In casu, les juges constatent que le locataire avait résilié le bail plus de dix mois avant l'échéance ordinaire et que la restitution du studio a eu lieu huit mois avant son échéance. Dans ces conditions, et sachant que le locataire ne serait pas en mesure de proposer un candidat en raison d'une absence à l'étranger, on pouvait s'attendre à ce que la régie entreprenne des démarches actives – notamment par des annonces publicitaires – pour trouver un locataire de remplacement ; au surplus, le montant du loyer pour un studio « qualifié d'assez cher par le représentant du bailleur lui-même » aurait dû faire l'objet d'une réduction afin de faciliter une relocation. En conclusion, la Chambre d'appel admet que le locataire doit payer à son cocontractant deux loyers pleins dès la restitution, puis six loyers réduits à trois-quarts. »*
106. PIERRE WESSNER commentant cet arrêt (in DB précité) est d'avis « *que la Chambre d'appel se montre ici plutôt indulgente à l'égard du bailleur agissant par une régie professionnelle. Celle-ci savait en effet, depuis mi-avril 1998, que le locataire avait résilié le contrat de façon anticipée, pour juillet de la même année, en raison d'un séjour prolongé à l'étranger (un fait qui n'excuse aucunement son absence de diligence). Aussi devait-elle dans les meilleurs délais initier des démarches pour trouver aux frais du débiteur un locataire de remplacement : au fond, et au regard du principe de la bonne foi, pourquoi le bailleur serait-il fondé à rester inactif jusqu'à la restitution effective des locaux, puis à bénéficier d'un délai de deux mois pour susciter l'offre d'un candidat « sans coup férir ».*

**19. Obligation du bailleur de diminuer le dommage :
annonces ciblées⁷⁰**

107. La recherche d'un locataire de remplacement est en premier lieu l'affaire du locataire sortant. Le bailleur qui s'efforce lui-même de

⁷⁰ TF du 19.08.2002, 4C.118/2002, MP 2002 209, MRA 2003 9.

trouver un locataire de remplacement satisfait à son obligation de procéder à des mesures limitant le dommage lorsqu'il place de manière ciblée des annonces pendant la période précédant les dates de résiliation usuelle dans la région.

20. Titre de mainlevée provisoire⁷¹

108. En cas de départ d'un locataire avant le terme du bail sans présentation d'un locataire de remplacement, le contrat de bail constitue un titre de mainlevée provisoire pour les loyers postérieurs au départ effectif du locataire. C'est donc au locataire d'intenter une action en libération de dette s'il veut faire valoir des prétentions au sens de l'art. 264 alinéa 3 CO.

21. Nullité d'une clause d'émoluments en cas de restitution anticipée⁷²

109. Une clause du bail prévoyant un émolument de 1 % du loyer annuel en cas de restitution anticipée est nulle. En effet, les parties ne peuvent pas rendre plus difficile la restitution anticipée des locaux. Les frais de résiliation anticipée réclamés par de nombreuses régies contreviennent également au caractère semi-impératif de l'art. 264 CO.
110. On notera en passant que le Tribunal a également nié l'existence d'une transaction couplée au sens de l'art. 254 CO, le bailleur n'étant pas intervenu dans la négociation de la convention de remise de commerce. Enfin, sous l'angle du consentement du bailleur au transfert du bail, on relèvera que le montant d'un pas-de-porte peut entrer en ligne de compte, le bailleur pouvant se prévaloir d'un risque d'insolvabilité du locataire cessionnaire et de non-paiement du loyer.

⁷¹ ATF 134 III 267, DB 2008 N 14, SJ 2008 I 271.

⁷² TBx GE du 31.08.2005, A. et B. c/ C. et D., DB 2007 N 11, MP 2006 206.

Bibliographie sélective

- BARBEY RICHARD, Le transfert du bail commercial, SJ 1992 33 ss
- BOHNET FRANÇOIS/MONTINI MARINO (éd.), Droit du bail à loyer, Commentaire pratique, Bâle 2010 (CPra Bail-AUTEUR)
- BURKHALTER PETER R./MARTINEZ-FAVRE EMMANUELLE, Le droit suisse du bail à loyer : commentaire SVIT, Genève/Zurich/Bâle 2011 (Co-SVIT)
- CR CO I, LACHAT DAVID : THEVENOZ LUC/WERRO FRANZ (édit.), Commentaire romand, Code des obligations I, Bâle 2003
- CHAIX FRANÇOIS, L'art. 264 CO : A la recherche du locataire de remplacement, SJ 1999 II 49
- JACQUEMOUD-ROSSARI LAURA, Le transfert du bail commercial, in : 8^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 1994
- KNÖPFLER FRANÇOIS, Regard circulaire sur le droit des affaires et le bail sous la forme de cas pratiques, in : 13^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2004
- LACHAT DAVID, Le bail à loyer, 2^e édition, Lausanne 2008 (Bail à loyer)
- LACHAT DAVID, La restitution anticipée de la chose louée (art. 264 CO) : Questions choisies, CdB 1998 129 ss
- MINDER MATTHIAS, Die Übertragung des Mietvertrags bei Geschäftsräumen (Art. 263 OR), Zurich 2010
- MÜLLER CHRISTOPH, Contrats de droit suisse, Berne 2012
- TERCIER PIERRE/FAVRE PASCAL G., Les contrats spéciaux, 4^e édition, Genève/Zürich/Bâle 2009 (in TERCIER/FAVRE)
- TERRAPON PASCAL, La restitution des locaux loués et l'offre d'un locataire de remplacement, in : 12^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2002