

Le bail de locaux nus ou bruts (*Rohbaumiete*)

par

Blaise Carron*

Professeur à l'Université, Neuchâtel

Introduction	84
I. La notion	85
A. La définition.....	85
B. Les éléments constitutifs.....	87
1. La chose louée à l'état brut	87
a) La chose louée	87
b) L'état brut.....	88
2. La cession d'un usage à double composante.....	90
3. Le loyer	92
C. L'admissibilité du contrat de locaux nus.....	93
1. Par rapport à l'art. 256 CO	94
a) La question	94
b) Le débat jurisprudentiel et doctrinal.....	94
aa) La jurisprudence.....	94
bb) La doctrine	96
c) Une appréciation critique.....	99

* Je remercie Me Soop-Tzi Tang, titulaire du brevet d'avocat et collaboratrice scientifique de la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, pour l'aide précieuse qu'elle m'a apportée lors de la mise au point de ce texte. Je remercie également Madame Patricia Dietschy-Martinet, collaboratrice scientifique du Séminaire et Chargée d'enseignement à la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, pour sa relecture critique et attentive de la présente contribution.

2. Par rapport à l'art. 254 CO	103
a) La question	103
b) Le débat	103
c) Une appréciation critique.....	106
3. Par rapport à l'art. 262 CO	107
II. Le régime juridique au début du bail	108
A. Les aménagements	109
1. Les différentes catégories.....	109
a) Les aménagements de base et les aménagements du locataire.....	109
b) Le descriptif des travaux et le document d'interface.....	111
c) L'état final (les aménagements finaux)	111
2. L'exécution des aménagements du locataire.....	112
3. Les aspects financiers.....	117
a) Les coûts.....	117
b) Le financement.....	119
B. Les prétentions contre le locataire en raison des aménagements ..	121
C. Les garanties pour les aménagements	123
III. Le régime juridique pendant le bail.....	125
A. L'entretien.....	125
1. Généralités.....	125
2. L'entretien des locaux bruts	125
3. L'entretien des aménagements du locataire	127
B. Les rénovations et modifications pendant le bail	129
1. Les rénovations et modifications des aménagements du locataire	129
2. Les rénovations et modifications ne constituant plus des aménagement du locataire	130

C. Le régime en cas de défauts ou de malfaçons	131
1. Généralités.....	131
2. Les défauts des locaux bruts.....	132
3. Les malfaçons des aménagements du locataire	134
IV. Le régime juridique à la fin du bail	135
A. La restitution des locaux	136
1. Le régime applicable : l’art. 260a CO par analogie	136
2. Le sort des aménagements du locataire.....	138
a) La suppression conventionnelle des aménagements.....	138
b) Le régime par défaut : le maintien des aménagements et le droit du locataire d’en disposer	140
B. L’indemnisation du locataire.....	142
1. Le régime légal.....	142
2. Les solutions conventionnelles.....	145
C. Deux cas particuliers	148
1. La protection contre les congés.....	148
2. Le cas de la faillite	150
a) La faillite du bailleur	150
b) La faillite du locataire	151
Conclusion.....	152
Bibliographie	155

Introduction

1. Les baux de locaux nus sont un phénomène fréquent en pratique, en particulier pour les locaux commerciaux¹.
2. Ils répondent à des *attentes et intérêts légitimes* des deux parties² :
 - D'une part, le *bailleur* (et propriétaire)³ n'a pas besoin de procéder à des aménagements onéreux qui dépendent souvent des vœux du locataire actuel et qui ne sont pas nécessairement utiles au prochain⁴. En conservant le caractère neutre du local, il multiplie ensuite le nombre d'intéressés potentiels. Il augmente enfin la fiabilité de ses rendements en reportant certains frais variables sur son cocontractant (p.ex. l'entretien des aménagements du locataire)⁵.
 - D'autre part, le *locataire* profite d'un loyer inférieur à celui de locaux totalement aménagés puisque le bailleur ne peut pas inclure dans son calcul de rendement les coûts des travaux d'aménagement du locataire⁶. Il bénéficie en outre d'une flexibilité importante pour concevoir les locaux selon ses propres désirs, et obtient ainsi plus de droits qu'un simple locataire sans devoir devenir propriétaire⁷. Cette liberté s'avère aujourd'hui essentielle vu l'importance que revêt le design des locaux pour affirmer l'identité d'une entreprise (*corporate identity*)⁸. Il suffit d'entrer dans un magasin de prêt-à-porter, de parfumeries ou d'articles électroniques pour s'en convaincre.

¹ TF du 12.02.2016, 4A_208/2015, cons. 3.1. Eg. LACHAT/WYTTENBACH (2016), p. 904, N 32.9.1.

² CARRON, Bail et travaux de construction, N 23 ; BK-GIGER, art. 256 CO N 91 ; SCHUMACHER, p. 53.

³ Nous considérons dans ce travail que le bailleur est également propriétaire de la chose louée.

⁴ LACHAT/WYTTENBACH (2016), p. 904, N 32.9.1.

⁵ KUNZ, p. 1.

⁶ SCHUMACHER, p. 53.

⁷ BK-GIGER, art. 256 CO N 91 ; SCHUMACHER, p. 53 ; TSCHUDI, MRA 2/2008, p. 44.

⁸ BK-GIGER, art. 256 CO N 91 ; ZANETTI, p. 89.

3. En dépit de l'importance pratique et de l'utilité incontestée du bail de locaux nus, les subtilités juridiques de ce contrat restent *largement méconnues*. Il ne fait l'objet d'aucune règle légale⁹. La jurisprudence fédérale est quasi inexistante et l'activité des tribunaux cantonaux balbutiante. La doctrine s'y est intéressée¹⁰, au point que deux thèses de doctorat ont été publiées en allemand récemment¹¹. Au surplus, nous avons déjà abordé ce sujet sur quelques pages à l'occasion du 17^e Séminaire du droit du bail, dans notre article consacré aux relations entre bail et travaux de construction¹².
4. Dans la présente contribution, la première section précise la notion de bail de locaux nus (I). Par la suite, nous traitons successivement des particularités du régime juridique des baux de locaux nus en début du bail (II), pendant la relation contractuelle (III) et à la fin du contrat (IV).

I. La notion

A. La définition

5. Par *bail de locaux nus* (ou bruts), on entend un bail à loyer par lequel le bailleur cède au locataire l'usage d'une chose disposant d'aménagements de base (chose à l'état brut), usage comprenant non seulement le droit d'utiliser la chose conformément à la destination finale et aux modalités convenues, mais aussi le droit, voire

⁹ BK-GIGER, art. 256 CO N 90 ; TSCHUDI, MRA 2/2008, p. 45. Pour une réglementation *de lege ferenda*, PERMANN, PJA 2007, p. 1531 ; ZANETTI, p. 103, qui propose un nouvel art. 253c CO.

¹⁰ Cf. notamment KUNZ, p. 14 ss ; TSCHUDI, MRA 2/2008, p. 43 ss ; ZANETTI, p. 89 ss ; ZUCKER, Geschäftsmiete, p. 12 ss. Cf. ég. BK-GIGER, art. 256 CO N 90 ; LACHAT/WYTTENBACH (2016) qui, dans cette édition, ont introduit un sous-chapitre 32.9 destiné exclusivement à ce thème, encore inexistant dans l'édition précédente.

¹¹ BIBER, Rohbaumiete, *passim* ; VISCHER, *passim*. Ces études fouillées ont été des sources précieuses pour le présent travail.

¹² CARRON, Bail et travaux de construction, N 17 ss.

l'obligation du locataire de réaliser en son nom ses propres aménagements pour permettre une telle destination¹³.

6. Dans un *obiter dictum*, le Tribunal fédéral affirme qu'il s'agit d'un bail qui prévoit la remise par le bailleur des locaux à l'état brut, à charge pour le locataire d'effectuer les travaux d'aménagement nécessaires¹⁴. Il précise que ce bail est atypique dans la mesure où il constitue une exception au principe selon lequel la délivrance de la chose louée dans l'état approprié à l'usage convenu suppose que les locaux soient aménagés de manière à être utilisables par le locataire dans le but prévu par le contrat¹⁵.
7. Le bail de locaux nus est un *bail à loyer* – certes atypique – au sens des art. 253 ss CO¹⁶. Il s'agit donc d'un contrat nommé¹⁷, générateur d'obligations, synallagmatique, à titre onéreux et de durée¹⁸.
8. On le distingue du *bail à ferme* au sens des art. 275 ss CO, dans la mesure où le but contractuel réside uniquement dans la cession de l'usage de la chose louée et n'inclut pas la perception de fruits naturels ou civils¹⁹. L'objet du bail de locaux nus n'est ainsi pas nécessairement une chose productive²⁰.

¹³ Pour des définitions allant dans le même sens, cf. BIBER, Rohbaumiete, N 184 ; CARRON, Bail et travaux de construction, N 19 ; VISCHER, N 30.

¹⁴ TF du 12.02.2016, 4A_208/2015, cons. 3.2, qui précise que la question centrale de l'arrêt n'était pas de savoir si les parties étaient liées par un bail de locaux bruts.

¹⁵ TF du 12.02.2016, 4A_208/2015, cons. 3.1.

¹⁶ CARRON, Bail et travaux de construction, N 27 ; BK-GIGER, art. 256 CO N 90 ; VISCHER, N 51.

¹⁷ CARRON, Bail et travaux de construction, N 27 ; VISCHER, N 34. D'un autre avis, BK-GIGER, art. 253b CO N 28 qui parle de contrat innommé mixte à double nature (*doppeltypische Verträge*).

¹⁸ TERCIER/BIERI/CARRON, N 1623.

¹⁹ ATF 128 III 419, cons. 2.1. Eg. CPra Bail-CARRON, art. 275 CO N 1 ; LACHAT, p. 84, N 2.2.1. Pour une présentation détaillée des distinctions entre bail à loyer et à ferme, cf. CARRON, Bail à ferme, *passim*.

²⁰ Ce qui est le cas d'un bail à ferme. Cf. CPra Bail-CARRON, art. 275 CO N 29 s. et N 34 ss ; VISCHER, N 52 s.

B. Les éléments constitutifs

9. Outre l'accord entre les parties, le bail de locaux nus comprend nécessairement les éléments suivants : une chose louée à l'état brut (1), la cession d'un usage à double composante (2) et le paiement d'un loyer (3).

1. La chose louée à l'état brut

10. Le bail de locaux nus a pour objet une chose louée (a) à l'état brut (b).

a) La chose louée

11. Par *chose*, on entend une portion délimitée et impersonnelle de l'univers matériel, qui est susceptible d'une maîtrise humaine et n'est pas un animal²¹.
12. La chose louée appelle les *commentaires* suivants :
13. 1° Elle peut être *immobilière ou mobilière*²². Par exemple, il peut s'agir d'une surface dans un centre commercial (immeuble), mais aussi d'une caravane ou d'une cabane de marché (meuble).
14. 2° Elle peut *avoir ou non le caractère d'une habitation ou de locaux commerciaux* (au sens de l'art. 253a CO). Ainsi, une péniche amarrée n'est ni une habitation ni un local commercial, mais peut faire l'objet d'un bail de locaux nus si le locataire est autorisé à y faire certains aménagements (p.ex. installer un atelier de réparation)²³. Ceci dit, la majeure partie des baux de locaux nus concerne en pratique des locaux commerciaux²⁴.

²¹ STEINAUER, Tome I, N 60 ; BK-MEIER-HAYOZ, p. 68, N 115.

²² CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY-MARTENET, art. 253 CO N 63 ; LCHAT, p. 80, N 2.1.4.1.

²³ Cet exemple est inspiré de VISCHER, N 75.

²⁴ CARRON, Bail et travaux de construction, N 21 ; SCHUMACHER, p. 53. En revanche, les baux d'habitations ne sont pratiquement pas concernés (CARRON, Bail et travaux de construction, N 21 ; PERMANN, PJA 2007, p. 1525 ; ZANETTI, p. 94).

15. 3° La chose louée n'est *pas nécessairement un local au sens étroit*, contrairement à ce que peut laisser croire l'expression française « locaux »²⁵ nus. Le local implique, en droit du bail, l'existence d'un volume construit²⁶. Or un terrain boisé que le locataire peut aménager en parcours d'agilité dans les arbres (accrobranche²⁷) peut par exemple faire l'objet d'un bail de locaux nus, tout comme d'ailleurs un terrain non bâti destiné à accueillir un golf, comprenant greens, bunkers et plans d'eau²⁸.

b) L'état brut

16. La chose louée doit être à l'état brut, ce qui comporte au moins *deux aspects* :
17. 1° La chose louée doit être *apte à faire l'objet de travaux de construction*, qui formeront les aménagements du locataire (cf. N 74 ss, en particulier N 85 ss)²⁹.
18. 2° La chose louée ne se trouve *pas (encore) dans un état conforme à la destination finale* convenue par les parties³⁰. L'état brut se définit par opposition à l'état de la chose louée dans son état final. Il correspond à la différence entre cet état et les aménagements que le locataire est autorisé à – ou doit – effectuer selon la convention des parties.
19. On désigne souvent l'état brut en recourant à l'expression d'*aménagements de base* (*Grundausstattung* ou *Grundausbau*). Les

²⁵ L'expression allemande « Rohbaumiete » ne fait pas allusion aux locaux (« Räume »).

²⁶ CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY-MARTENET, art. 253a CO N 6 ss.

²⁷ Pour l'historique et une définition de cette activité, cf. <http://www.parcours-dans-les-arbres.com/parcours-acrobatiques.html> (consulté le 27.06.2018).

²⁸ Cet exemple est inspiré de VISCHER, N 77.

²⁹ Mietgericht ZH 02.10.2012, cons. 3.2.1, ZMP 2012 N 1 ; Obergericht ZH du 18.05.2012, PD120003, cons. 5.2 et réf. Eg. BIBER, Rohbaumiete, N 146 et 149 ; BK-GIGER, art. 256 CO N 95 ; TSCHUDI, MRA 2/2008, p. 48.

³⁰ Mietgericht ZH 02.10.2012, cons. 3.2.2, ZMP 2012 N 1. Eg. CARRON, Bail et travaux de construction, N 27.

aménagements de base peuvent se réduire à leur plus simple expression, voire être (quasi) inexistant³¹.

20. En pratique, il est judicieux de *définir exactement cet état dans le contrat*, vu le devoir d'entretien du bailleur qui ne concerne que les aménagements de base (N 125 ss) et vu les paramètres nécessaires à l'évaluation du caractère potentiellement abusif du loyer (N 30)³². De telles précisions se trouvent régulièrement dans une annexe au contrat sous forme de descriptif des travaux ou de document d'interface (N 79 ss). Le premier décrit de quoi se composent les aménagements de base et, éventuellement, les aménagements du locataire, le second précise qui est propriétaire, exploitant, responsable de l'entretien, des réparations et de la déconstruction des aménagements en question.
21. Eu égard à cette précision, le *Tribunal fédéral* va à notre avis trop loin lorsqu'il indique premièrement que le respect des exigences de sécurité appartient (toujours) à l'état approprié à l'usage convenu que le bailleur doit maintenir et, deuxièmement, qu'un locataire de locaux bruts doit pouvoir compter sur un aménagement de base, comportant par exemple les escaliers et les ascenseurs³³. A notre avis, la première affirmation n'est correcte que pour la sécurité des aménagements de base ; il est en revanche tout à fait imaginable que le locataire doive aussi intégrer des aspects de sécurité à ses propres aménagements (p.ex. les équipements de protection contre l'incendie tels que les installations de détection, d'extinction et d'évacuation des fumées qui se trouvent dans la surface louée se raccordent aux installations principales du bailleur). Quant à la seconde affirmation, elle n'est correcte que si les escaliers et les ascenseurs font partie de l'aménagement de base. En effet, tous les escaliers et les ascenseurs n'en font pas nécessairement partie, en particulier ceux qui se trouvent au sein d'une surface de location comportant plusieurs étages ; le

³¹ BK-GIGER, art. 256 CO N 91, parle de « *unausgebaute oder nicht voll ausgebaute Räumlichkeiten* ». Cf. toutefois LCHAT/WYTTENBACH (2016), p. 904, N 32.9.1 qui exigent des parois extérieures, un sol et un plafond ainsi que les raccordements d'infrastructure (p.ex. eau, chaleur, froid et courant électrique).

³² BIBER, *Rohbaumiete*, N 192 ; ZK-HIGI, art. 253a-253b CO N 9.

³³ TF du 12.02.2016, 4A_208/2015, cons. 3.2.

locataire peut vouloir décider à quel endroit connecter ses étages et quel type d'ascenseurs (p.ex. vitrés ou non) installer.

2. La cession d'un usage à double composante

22. Comme dans tout bail à loyer, le bailleur doit s'engager à *céder l'usage* de la chose louée au locataire. Le locataire devient alors possesseur de la chose et peut en faire une utilisation conforme à la convention des parties³⁴.
23. En dérogation à la conception du législateur historique, l'*usage des locaux nus* doit être compris de façon extensive. Bailleur et locataire ne conviennent pas uniquement de la délivrance de la chose dans un état immédiatement approprié à sa destination finale³⁵. Au contraire, les parties s'accordent sur le fait que l'usage convenu comprend *deux composantes* distinctes³⁶ :
24. 1° La première phase consiste dans *l'exécution des aménagements du locataire* pour que la chose louée passe de l'état brut à celui permettant une utilisation conforme à la destination finale de la chose³⁷. Il s'agit de travaux de construction que le locataire est autorisé à (faire) effectuer à ses propres risques et frais et qui sont utiles à la destination finale des locaux. Cette première composante comprend également le droit du locataire d'entretenir ces aménagements, voire de les rénover ou de les modifier (à ce sujet, cf. N 130 ss et 138 ss)³⁸.
25. Par *exemple*, le locataire est autorisé à faire usage de la chose louée à l'état brut en installant :

³⁴ Parmi d'autres, cf. CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY-MARTENET, art. 253 CO N 59 ss.

³⁵ BIBER, Aspekte, p. 83 ; CARRON, Bail et travaux de construction, N 20.

³⁶ BIBER, Rohbaumiete, N 21 et 177 ss.

³⁷ BK-GIGER, art. 256 CO N 94, N 96 et réf. citées ; TSCHUDI, MRA 2/2008, p. 48. D'un avis contraire, BSK-WEBER, art. 256 CO N 6a, qui considère que les aménagements du locataire n'ont rien à faire avec l'utilisation convenue.

³⁸ BIBER, Rohbaumiete, N 178. Les aménagements du locataire ne sont toutefois pas eux-mêmes des rénovations ou des modifications au sens de l'art. 260a CO (BK-GIGER, art. 256 CO N 90). Sur les notions de travaux d'entretien, de rénovation et de modification, cf. CARRON, Bail et travaux de construction, N 53 ss et N 108 ss.

Le bail de locaux nus ou bruts (*Rohbaumiete*)

- au sein de la surface de location : des parois intérieures non porteuses, des cloisons fixes ou mobiles, des fenêtres intérieures ;
 - des supports, tels qu'ossatures ou doublages, ainsi que les revêtements de sols, de parois et de plafonds, sur les surfaces à l'intérieur du local loué ;
 - des équipements fixes et dispositifs de protection tels que placards, agencements de cuisine, garde-corps, mains courantes ;
 - le mobilier spécifique, les luminaires mobiles, la signalétique au sein et à l'entrée de la surface de location,
 - des escaliers et des rampes au sein de la surface de location ;
 - des portes au sein de la surface de location hors murs extérieurs ;
 - des installations spécifiques telles que laboratoires, cuisines industrielles, installations de nettoyage ;
 - la distribution secondaire du courant électrique à partir de la distribution principale ;
 - l'éclairage, les enseignes lumineuses et l'éclairage de secours au sein de la surface de location ;
 - les installations incendie au sein de la surface de location (à partir d'une station de transfert définie) ;
 - la production, la distribution et l'émission affinée, au sein de la surface de location, de chaleur et de froid depuis un point de livraison défini ;
 - les installations de distribution d'eau au sein de la surface de location.
26. 2° La seconde phase de l'usage convenu, plus classique en droit du bail, revient à *utiliser la chose complètement aménagée* conformément à la destination finale et aux modalités convenues. Les locaux aménagés peuvent ainsi être affectés à des bureaux, à des surfaces commerciales, à un café-restaurant, aux loisirs en nature ou à la pratique du golf.

27. Par conséquent, la délivrance de la chose louée à l'état brut, tel que défini ci-dessus (N 16), ne constitue pas une diminution de la prestation du bailleur, mais représente un état approprié à l'usage pour lequel elle a été louée³⁹.

3. Le loyer

28. Le locataire doit payer un *loyer*, qui consiste en une contreprestation versée au bailleur, en principe en argent⁴⁰. Le loyer du bail de locaux nus rémunère la prestation principale du bailleur, à savoir la cession de l'usage de la chose à l'état brut avec les aménagements de base uniquement (N 16 ss)⁴¹.
29. Les parties sont *libres de fixer le montant du loyer* comme bon leur semble. Comme on l'expliquera ci-après (N 42 et 46 ss), le loyer ne doit à notre avis ni être réduit en raison des investissements liés aux aménagements du locataire ou d'une prestation diminuée du bailleur, ni comprendre une pleine compensation en faveur du locataire⁴².
30. Pour les baux d'habitation et de locaux commerciaux nus, les dispositions sur la *protection contre les loyers abusifs* (art. 269 ss CO) demeurent réservées et limitent la liberté des parties⁴³. Notons à ce sujet que les investissements effectués par le locataire pour ses propres aménagements ne peuvent pas être intégrés au calcul de rendement du bailleur⁴⁴. En effet, ces travaux n'appartiennent pas à la chose louée et l'art. 269 CO prévoit que seul « le rendement excessif de la chose

³⁹ BIBER, Aspekte, p. 87 s. et p. 90. Eg. *infra* N 47 ss.

⁴⁰ CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY-MARTENET, art. 253 CO N 65 ; TERCIER/BIERI/CARRON, N 1636.

⁴¹ BÄTTIG, MRA 5/2003, p. 178 ; BIBER, Rohbaumiete, N 182 ; BK-GIGER, art. 256 CO N 96 ; TSCHUDI, MRA 2/2008, p. 49.

⁴² BK-GIGER, art. 256 CO N 96.

⁴³ TSCHUDI, MRA 2/2008, p. 49. A ce sujet, cf. les commentaires de ces dispositions dans le CPra Bail-BOHNET/CARRON/MONTINI, art. 269 à 270e CO et le CR-CO I-LACHAT, Intro. art. 269-270e CO.

⁴⁴ Dans ce sens, Obergericht ZH du 18.05.2012, PD120003, cons. 5.2 et réf. Eg. BIBER, Rohbaumiete, N 318 ; BK-GIGER, art. 256 CO N 96 ; TSCHUDI, MRA 2/2008, p. 49 s.

louée » est pertinent pour évaluer le caractère abusif ou non d'un loyer⁴⁵.

31. En pratique, il est courant de fixer l'*exigibilité* du loyer uniquement après l'accomplissement des aménagements du locataire. Ceci n'empêche pas le contrat de bail de débiter avant, puisque les travaux effectués par le locataire constituent la première composante de l'usage de la chose louée (N 24)⁴⁶.
32. L'art. 257a al. 2 CO prévoit que les *frais accessoires* ne sont à la charge du locataire que si cela a été convenu spécialement. La jurisprudence requiert une convention particulière, indiquant de manière précise et aisément compréhensible les dépenses concernées⁴⁷. Cependant, les frais accessoires des aménagements du locataire sont à la charge de celui-ci, même si le bail ne le prévoit pas expressément⁴⁸. En effet, les charges relatives à l'usage des aménagements du locataire ne sont pas en lien avec la chose (à l'état brut) louée et la règle de l'art. 257a al. 2 CO ne trouve donc pas application. Par exemple, le locataire qui a installé des tapis roulants ou un monte-charge dans sa surface de location doit supporter les frais d'exploitation de ces installations, même si elles ne sont pas listées clairement et précisément dans la convention des parties.

C. L'admissibilité du contrat de locaux nus

33. En pratique, les baux de locaux nus concernent souvent des locaux commerciaux⁴⁹. Pour cette raison, il convient d'apprécier si le bail de locaux nus est admissible au regard de l'art. 256 al. 1 CO (1) et de l'art. 254 CO (2), deux dispositions impératives applicables aux baux

⁴⁵ TSCHUDI, MRA 2/2008, p. 49 s.

⁴⁶ P.ex. état de fait relaté dans l'arrêt du TF du 18.08.2005, 4C.97/2005, commenté in : MRA 1/2006, p. 24 ss. Eg. BIBER, Rohbaumiete, N 188.

⁴⁷ TF du 24.10.2006, 4C.224/2006, cons. 2.1. Eg. CPra Bail-BIERI, art. 257a/257b CO N 21 ss.

⁴⁸ BIBER, Rohbaumiete, N 324.

⁴⁹ TF du 12.02.2016, 4A_208/2015, cons. 3.1.

d'habitation et de locaux commerciaux. Nous examinerons également si un bail de locaux nus est compatible avec l'art. 262 CO (3).

1. Par rapport à l'art. 256 CO

a) La question

34. L'art. 256 al. 1 CO prévoit que le « bailleur est tenu de délivrer la chose [...] dans un état approprié à l'usage pour lequel elle a été louée [...] ». Si l'on se pose la question de l'admissibilité d'un bail de locaux nus, il s'agit de déterminer en premier lieu si un tel contrat constitue une dérogation aux obligations prévues à l'art. 256 al. 1 CO. Dans l'affirmative, il faut examiner en second lieu si les modalités du bail ont été convenues au détriment du locataire. Si tel est le cas, le bail est alors nul en vertu de l'art. 256 al. 2 CO⁵⁰.

b) Le débat jurisprudentiel et doctrinal

aa) La jurisprudence

35. La *jurisprudence fédérale* est maigre et se limite à quelques arrêts, dont le précurseur (*Urvater*⁵¹) est une décision de 1978 fondée sur les dispositions (art. 254 al. 1 aCO et art. 5 AMSL) reprises en 1989 à l'art. 256 CO⁵².
36. Dans cet ATF 104 II 202, le regeste affirme qu'« il n'est pas contraire à l'art. 5 AMSL [aujourd'hui : art. 256 CO] que des travaux de transformation et de rénovation soient assumés par le preneur, lorsqu'ils sont pris en considération dans la fixation du loyer »⁵³. Toutefois, une lecture plus précise du troisième considérant de l'arrêt

⁵⁰ CPra Bail-MONTINI/BOUVERAT, art. 256 CO N 69 ; CARRON, Bail et travaux de construction, N 24 ; ZK-HIGI, art. 256 CO N 74.

⁵¹ CARRON, Bail et travaux de construction, N 25 et les réf. citées ; TSCHUDI, MRA 2/2008, p. 46.

⁵² ATF 104 II 202, cons. 3, JdT 1979 I 25.

⁵³ ATF 104 II 202, ch. 1 du regeste, JdT 1979 I 25.

démontre que la motivation du Tribunal fédéral est plus subtile que ne laisse l'entendre ce registre. Les juges y distinguent en effet le régime juridique applicable à chacune des deux catégories de travaux⁵⁴ :

- Pour les travaux de *transformation* (*Umbauarbeiten*) – dont il faut rapprocher les travaux d'aménagement du locataire de locaux nus – les juges précisent que le locataire ne peut d'emblée pas se fonder sur l'art. 5 AMSL [aujourd'hui : art. 256 CO] pour obtenir une compensation des coûts ou une indemnisation⁵⁵.
- En revanche, pour les travaux de *rénovation* (*Renovationsarbeiten*) – c'est-à-dire ceux qui consistent à supprimer les défauts de la chose louée et qui sont à la charge du bailleur –, le Tribunal fédéral laisse entendre que l'art. 5 AMSL [aujourd'hui : art. 256 CO] est applicable. Par conséquent, le fait de prévoir conventionnellement que le locataire prenne en charge les travaux de rénovation exige – au contraire des travaux de transformation – une compensation suffisante de la part du bailleur, afin d'empêcher que la convention ne soit au détriment du locataire (cf. art. 256 al. 2 CO)⁵⁶.

37. Dans un arrêt non publié de 2016, le TF s'est également prononcé sur les baux de locaux bruts⁵⁷. Il y affirme d'abord que le bail de locaux nus est « courant pour les locaux commerciaux » et qu'un tel contrat « prévoit la remise par le bailleur des locaux à l'état brut, à charge pour le locataire d'effectuer les travaux d'aménagement nécessaires »⁵⁸. Les juges ont rajouté ensuite qu'il s'agit d'un bail « atypique » (mais pas illicite) « dans la mesure où, en principe, la

⁵⁴ Dans ce sens, avec une motivation convaincante, BIBER, *Rohbaumiete*, N 83 ss, en particulier N 90 ss.

⁵⁵ ATF 104 II 202, cons. 3, JdT 1979 I 25: « *Soweit es um Umbauarbeiten geht, kann [der Mieter] sich zum vorneherein nicht auf das Verbot des Art. 5 BMM berufen; mangels Zusage wurden [die Vermieter] so oder anders nicht zum Ersatz der Kosten oder zu einer Entschädigung verpflichtet, mögen sie die Umbauarbeiten auch bewilligt haben.* ».

⁵⁶ Dans ce sens, ATF 104 II 202, cons. 3, JdT 1979 I 25.

⁵⁷ TF du 12.02.2016, 4A_208/2015, cons. 3.

⁵⁸ TF du 12.02.2016, 4A_208/2015, cons. 3.1.

délivrance de la chose louée dans l'état approprié à l'usage convenu suppose que les locaux soient aménagés de manière à être utilisables par le locataire dans le but prévu dans le contrat ». Le jugement n'évoque pas l'(in)compatibilité du bail de locaux nus avec l'art. 256 CO, mais on peut en déduire que le TF ne conteste pas le principe de l'admissibilité de tels baux.

38. Pour le reste, la jurisprudence fédérale traitant de baux de locaux nus n'a pas été rendue par la 1^{re} Cour civile dans le cadre de litiges contractuels, mais par la 2^e Cour de droit public en relation avec des dossiers fiscaux⁵⁹. Leur lecture nous enseigne que cette autre cour du TF ne remet pas non plus en cause l'admissibilité d'un bail de locaux nus.
39. La *jurisprudence cantonale* comporte un certain nombre d'arrêts, mais ceux-ci ne se déterminent souvent pas clairement sur les questions de principe relatives aux baux de locaux nus⁶⁰. Nous y ferons référence dans le texte en lien avec des problèmes particuliers.

bb) La doctrine

40. Alors que l'activité des tribunaux demeure modeste, la *discussion doctrinale* a été plus intense, en particulier en Suisse alémanique⁶¹.
41. Tous les auteurs s'accordent sur *l'admissibilité* du bail de locaux nus⁶². En revanche, le débat doctrinal porte sur le fait de savoir si un tel contrat constitue une dérogation à l'art. 256 al. 1 CO et, dans l'affirmative, s'il est au détriment du locataire, ce qui entraînerait sa

⁵⁹ P.ex. TF du 25.08.2015, 2C_817/2014, cons. 2.3.1.

⁶⁰ Pour des décisions récentes, cf. en particulier Kantonsgericht GR du 26.10.2017, cons. G ; Obergericht ZH du 01.06.2015, NG140011, cons. 2 ; Obergericht ZH du 01.12.2014, PD140013, cons. 4.2 ; Obergericht ZH du 18.05.2012, PD120003, cons. 5.2 et 5.3 ; Mietgericht ZH du 02.10.2012, ZMP 2012 N 1. Pour d'autres décisions, plus anciennes, cf. BIBER, Rohbaumiete, N 52 ss.

⁶¹ Deux thèses récentes ont en particulier été publiées et traitent de la compatibilité des baux de locaux nus avec l'art. 256 CO: BIBER, Rohbaumiete, N 41 ss ; VISCHER, N 112 ss. Pour un aperçu du débat avant la parution de ces thèses, CARRON, Bail et travaux de construction, N 26 ss.

⁶² LACHAT/WYTTENBACH (2016), p. 904, N 32.9.1.

nullité totale en vertu de l'art. 256 al. 2 CO⁶³. On distingue *deux courants* principaux parmi les auteurs⁶⁴ :

42. *1° La théorie de la compensation.* Selon les auteurs défendant ce point de vue, le locataire de locaux nus doit obtenir une pleine compensation (*volle Entschädigung*) ou, au moins, une compensation suffisante (*zulänglicher Ausgleich*)⁶⁵ pour éviter que le bail ne soit nul parce qu'au détriment du locataire au sens de l'art. 256 al. 2 CO⁶⁶. La compensation peut prendre la forme d'un remboursement des frais consentis par le locataire, d'une réduction du loyer, voire d'une durée minimale du contrat permettant un amortissement total des aménagements effectués⁶⁷. Cette théorie se reflète dans une série de décisions cantonales, sans toutefois que celles-ci s'y réfèrent expressément⁶⁸.
43. Parmi ces auteurs, un premier groupe est d'avis que la chose louée doit être cédée avec des aménagements tels qu'elle soit immédiatement adaptée au but final pour lequel elle a été louée⁶⁹. Par conséquent, le bailleur de locaux nus ne délivre ni n'entretient la chose dans un état approprié, mais il transfère ce devoir au locataire chargé de finaliser l'aménagement des locaux : sa prestation principale est

⁶³ CARRON, Bail et travaux de construction, N 24. Eg. ZK-HIGI, art. 256 CO N 74 ; CPra Bail-MONTINI/BOUVERAT, art. 256 CO N 69.

⁶⁴ CARRON, Bail et travaux de construction, N 28 ss et réf. citées.

⁶⁵ Expression tirée de l'ATF 104 II 202, cons. 3, JdT 1979 I 25.

⁶⁶ GAUCH, RJB 1992, p. 195 ; CHK-HULLIGER/HEINRICH, art. 256 CO N 7 ; ZK-HIGI, art. 256 CO N 70 ss, N 73 ; HEUSI, Geschäftsmietvertrag, p. 62 ; LACHAT/WYTTEBACH (2016), p. 905, N 32.9.2 ; PERMANN, PJA 2007, p. 1525 ; SCHUMACHER, p. 58 ; BSK-WEBER, art. 256 CO N 6a. Pour d'autres références, cf. BIBER, Rohbaumiete, N 78 nbp 88.

⁶⁷ LACHAT/WYTTEBACH (2016), p. 906, N 32.9.3 ; PERMANN, PJA 2007, p. 1526 ; ZANETTI, p. 99.

⁶⁸ Mietgericht ZH du 03.05.1999, ZMP 1/03 N 4 15 ss ; Obergericht ZH du 22.02.2002, cons. 5.1, MRA 4/2002 156 ; Appellationsgericht BS du 09.08.1989, p. 62 ss, cité par ZUCKER, Geschäftsmiete, p. 10.

⁶⁹ GAUCH, RJB 1992, p. 194 ss ; HEUSI, Fragen, p. 4 s. ; LACHAT/WYTTEBACH (2016), p. 905, N 32.9.2 ; PERMANN, PJA 2007, p. 1525 ; SCHUMACHER, p. 52 ss ; BSK-WEBER, art. 256 CO N 6a. Cf. d'autres auteurs cités in : BIBER, Rohbaumiete, N 74 nbp 80.

ainsi réduite⁷⁰. Les aménagements du locataire ne font pas partie de l'usage convenu, mais ils permettent à la chose louée d'atteindre l'état approprié pour son usage⁷¹.

44. Pour un second groupe, la chose louée n'a pas besoin d'être déjà parfaitement aménagée⁷². Des locaux nus peuvent correspondre à l'usage convenu par les parties, de telle sorte que les aménagements du locataire et leur entretien font partie de la cession de l'usage prévu et se fondent sur une dérogation admissible aux règles d'entretien figurant à l'art. 256 al. 1 CO⁷³.
45. 2° *La théorie de l'usage (ou de l'aménagement du locataire en tant qu'usage)*. Selon les auteurs défendant ce point de vue, le bail de locaux nus est admissible sans que le locataire ne doive obtenir une quelconque compensation de la part du bailleur⁷⁴. Celui-ci exécute en effet pleinement son obligation principale, à savoir céder l'usage de locaux nus, sans que l'on puisse qualifier sa prestation de réduite ou diminuée. La chose louée est délivrée « dans un état approprié à l'usage » lorsqu'elle correspond à la convention des parties, même si cet état n'est pas celui correspondant à sa destination finale. Il y manque les travaux d'aménagement du locataire, dont la réalisation constitue la première phase de l'usage de la chose par le locataire autorisé par le bailleur (N 23 s.). Certaines décisions cantonales semblent adopter le point de vue de ce courant⁷⁵.

⁷⁰ KUNZ, p. 4 s., qui parle de « *Schmälerung der Hauptpflicht* ».

⁷¹ SCHUMACHER, p. 53 ; BIBER, Rohbaumiete, N 75 et réf.

⁷² ZK-HIGI, art. 253a-253b CO N 23.

⁷³ ZK-HIGI, art. 260a CO N 4 ; LACHAT/ROY (2009), p. 142, N 9/1.6 nbp 26, point de vue qui n'est plus reflété dans l'édition plus récente.

⁷⁴ BIBER, Rohbaumiete, N 81 ; BK-GIGER, art. 256 CO N 94 ss ; TSCHUDI, MRA 2/2008, p. 48 s. ; Co-SVIT, art. 256 CO N 32c.

⁷⁵ Obergericht ZH du 18.05.2012, PD120003, cons. 5.2 et 5.3, plutôt en faveur de la théorie de l'usage, même si les deux théories sont évoquées.

c) Une appréciation critique

46. Ainsi que nous l'avons déjà écrit⁷⁶, la théorie de la compensation et la théorie de l'usage reposent sur une interprétation différente de l'art. 256 CO. A notre avis, faute de clarification de la part du législateur, les deux conceptions restent *défendables*⁷⁷. La théorie de la compensation décrit le transfert conventionnel de l'aménagement des locaux bruts et de leur entretien au locataire comme une *dérogation* à l'art. 256 al. 1 CO, alors que la théorie de l'usage y voit un *cas d'application* dans la mesure où les locaux bruts correspondent à l'« état approprié à l'usage pour lequel la chose a été louée ». De manière conséquente, la première théorie impose une série de devoirs au bailleur visant à compenser le locataire de manière pleine ou suffisante, ce qui permet d'éviter la nullité du bail de locaux bruts en raison de son caractère désavantageux pour le locataire (art. 256 al. 2 CO). La seconde théorie considère que les aménagements en question doivent être traités de manière analogue aux transformations et rénovations effectuées par le locataire et s'appuie sur l'art. 260a CO⁷⁸.
47. A notre avis, les arguments suivants parlent plutôt en faveur de la *théorie de l'usage* :
48. 1° Contrairement à ce qu'affirment certains critiques de la théorie de l'usage⁷⁹, une *application par analogie de l'art. 260a CO à des travaux d'aménagement n'est pas exclue*. En effet, le Tribunal fédéral applique déjà l'art. 260a CO par analogie aux travaux d'aménagement effectués avant le début de bail par le bailleur, mais financés partiellement par le locataire⁸⁰.

⁷⁶ CARRON, Bail et travaux de construction, N 44 ss.

⁷⁷ Dans le même sens, ZUCKER, Geschäftsmiete, p. 14.

⁷⁸ Sur ce sujet, cf. CARRON, Bail et travaux de construction, N 119 ss. Dans ce sens, TF du 25.08.2015, 2C_817/2014, cons. 2.3.1.

⁷⁹ ZANETTI, p. 99 s.

⁸⁰ TF du 18.08.2005, 4C.97/2005, cons. 2.3, DB 2006 N 11. Eg. TF du 25.08.2015, 2C_817/2014, cons. 2.3.1, qui semble aller dans ce sens.

49. 2° La théorie de la compensation entraîne des *difficultés d'application* inconnues de la théorie de l'usage.

D'abord, la *théorie de la compensation*, qui se fonde avant tout sur l'art. 256 CO, ne peut pas totalement renoncer à l'application de l'art. 260a CO pour les travaux d'aménagement, non nécessaires à la destination convenue, mais découlant de vœux particuliers du locataire et constituant des travaux de rénovation ou de modification : dans ce cas uniquement, une éventuelle indemnité se calcule quand même selon l'art. 260a al. 3 CO appliqué par analogie⁸¹. En revanche, la *théorie de l'usage* présente l'avantage de recourir conséquemment à l'art. 260a CO par analogie pour l'ensemble des travaux d'aménagements. Or le fait de recourir d'une part à l'art. 256 CO pour compenser les aménagements nécessaires à l'usage et, d'autre part, à l'art. 260a CO pour les aménagements non nécessaires à l'usage est source d'insécurité juridique et de difficultés pratiques. Cela est d'autant plus vrai que la plupart des travaux combinent les deux types d'aménagement⁸². Pour illustrer l'impossibilité de distinguer précisément les aménagements nécessaires et superflus, il suffit de prendre l'exemple d'un système d'éclairage d'une qualité supérieure à celle requise par les locaux loués.

Ensuite, la *théorie de la compensation* exige du bailleur qu'il prenne en charge les frais d'entretien des aménagements nécessaires effectués par le locataire. Cette dichotomie entre investissement de base et frais d'entretien semble étrangère au système légal, notamment au regard du régime applicable aux travaux de rénovation ou de modification qui veut que le locataire qui a obtenu l'autorisation du bailleur de réaliser des travaux doit non seulement supporter ces frais, mais également les coûts d'entretien qui en découlent⁸³. De plus, si le bailleur supporte les travaux d'entretien pour des aménagements qu'il

⁸¹ CPra Bail-AUBERT, art. 260a CO N 10 ; KNOEPFLER/RUEDIN, p. 9 ; PERMANN, PJA 2007, p. 1527, qui cite l'Obergericht ZH du 22.02.2002, MRA 4/2002, p. 156 ; ZANETTI, p. 100.

⁸² Dans ce sens, SCHUMACHER, p. 58 s.

⁸³ Co-SVIT, art. 259 CO N 9 ; SCHUMACHER, p. 59.

n'a pas financés, il devrait pouvoir reporter leur coût sur le loyer, conformément à l'art. 269 CO⁸⁴, ce qui semble échapper aux défenseurs de cette théorie.

Enfin, la *théorie de la compensation* a pour corollaire qu'il faut fixer le « juste loyer » pour le bien parfaitement aménagé et la « juste réduction » résultant de la diminution des prestations du bailleur, ce qui est très complexe en pratique⁸⁵. Plutôt que de définir le prix pour la chose à l'état brut, il faut fixer la réduction de loyer, avec le risque de la nullité du contrat si elle n'est pas suffisante.

50. 3° La théorie de la compensation autorise un locataire, parfois plusieurs années après le début du bail, à faire constater la nullité d'une convention en invoquant une violation de l'art. 256 al. 2 CO. Si l'on admet que les baux de locaux bruts concernent en pratique exclusivement des baux commerciaux (à l'exclusion des baux d'habitation), une telle *insécurité juridique* est néfaste entre commerçants⁸⁶. Au contraire, la théorie de l'usage limite ce risque tout en autorisant une contestation initiale du loyer fondée sur un rendement trop élevé des locaux bruts, si les conditions de l'art. 270 CO sont remplies. Une telle contestation a l'avantage d'intervenir rapidement après la réception de la chose louée et garantit ainsi une meilleure sécurité du droit, tout en empêchant le bailleur d'exiger un loyer abusif pour des locaux bruts⁸⁷.
51. 4° Lorsque les défenseurs de la théorie de la compensation exigent une *compensation suffisante ou complète* sous forme de réduction de loyer, ils affirment que le loyer réduit devrait être calculé sur la base des locaux bruts⁸⁸. A notre avis, le loyer admissible selon la théorie

⁸⁴ Les frais d'entretien font en effet partie des charges immobilières pouvant être additionnées au rendement net admis afin de déterminer le loyer admissible de la chose (CPra Bail-BOHNET, art. 269 CO N 9).

⁸⁵ BIBER, Aspekte, p. 86.

⁸⁶ Dans ce sens, pour les baux triple net, SCHNYDER, MRA 4/2010, p. 152 ss.

⁸⁷ Cet instrument permet notamment d'éviter une tendance constatée par certains auteurs et consistant à transformer des locaux équipés en locaux bruts lors d'un changement de locataire ou d'une prolongation du bail.

⁸⁸ ZANETTI, p. 100.

de l'usage correspond très largement à ce point de vue. En effet, le système suisse du contrôle des loyers (art. 269 ss CO) autorise un loyer calculé sur le rendement net autorisé des fonds propres investis auquel s'ajoutent les charges immobilières, composées des charges financières, des frais d'exploitation et des frais d'entretien⁸⁹. Par conséquent, l'interdiction des loyers abusifs fondée sur la méthode absolue combinée à la possibilité pour le locataire de contester le loyer initial empêche le bailleur d'exiger autre chose qu'un loyer fondé sur les coûts des locaux bruts et les charges immobilières y relatives. A notre avis, le locataire (*a fortiori* le locataire commercial) est donc suffisamment protégé. Il ne se justifie pas de lui offrir, comme la méthode de la compensation le prévoit, un deuxième moyen en cours (voire en fin) de bail d'attaquer le bail de locaux bruts en invoquant sa nullité⁹⁰.

52. En pratique toutefois, il convient de tenir compte du fait que certains tribunaux cantonaux ont déjà rendu des jugements se rapprochant de la théorie de la compensation sans s'y référer toutefois de façon expresse⁹¹. Selon cette théorie, la validité du bail de locaux bruts dépend de l'existence d'une compensation suffisante (*zulänglicher Ausgleich*), voire pleine (*volle Entschädigung*) du locataire pour les différentes obligations du bailleur qui lui sont transférées (travaux d'aménagement, entretien, remise en état à la fin du bail). Par conséquent, le bailleur aurait donc intérêt à mentionner la compensation concrète accordée au locataire, par exemple en indiquant explicitement le loyer envisagé pour les mêmes locaux aménagés de façon standard pour la destination convenue. En cas de litige – qui peut survenir des années après la conclusion du contrat – le bailleur supporte en effet le fardeau de la preuve des faits établissant le caractère suffisant de la compensation, ce qui peut s'avérer extrêmement complexe sans une telle précaution. La détermination

⁸⁹ Pour plus de détails, CPra Bail-BOHNET, art. 269 CO N 6 ss et N 57 ss.

⁹⁰ Dans ce sens, pour les baux triple net, SCHNYDER, MRA 4/2010, p. 152 ss.

⁹¹ Mietgericht ZH du 03.05.1999, ZMP 1/03 N 4 15 ss ; Obergericht ZH du 22.02.2002, cons. 5.1, MRA 4/2002 156 ; Appellationsgericht BS du 09.08.1989, p. 62 ss, cité par ZUCKER, Geschäftsmiete, p. 10.

d'un loyer hypothétique peut certes être complexe⁹², mais elle n'est pas toujours exclue. Par exemple, le bailleur de locaux nus dans un centre commercial peut préciser combien il loue des locaux voisins totalement aménagés ayant une destination finale comparable en termes de loyer.

53. Dans tous les cas, les parties à un bail de locaux nus seront bien avisées de mentionner clairement dans leur document contractuel que la remise de locaux bruts résulte de la volonté commune des parties, en précisant que le bailleur ne doit céder la chose louée qu'à l'état brut défini dans le document d'interface (N 81) et que le loyer convenu représente la cession de l'usage de la chose à l'état brut, sans les aménagements du locataire.

2. Par rapport à l'art. 254 CO

a) *La question*

54. Il s'agit d'examiner ci-après si un bail de locaux nus et ses modalités peuvent constituer une *transaction couplée illicite*. L'art. 254 al. 1 CO prévoit qu'« une transaction couplée avec le bail d'habitation ou de locaux commerciaux est nulle lorsque la conclusion ou la continuation du bail y est subordonnée et que, par cette transaction, le locataire contracte envers le bailleur ou un tiers des obligations qui ne sont pas en relation directe avec l'usage de la chose louée. »

b) *Le débat*

55. Par *transaction couplée*, il faut entendre tout accord dont l'objet est étranger au bail, mais dont celui-ci dépend selon la volonté des parties⁹³. Pour avoir une transaction couplée au sens de l'art. 254 CO,

⁹² Dans ce sens, ZUCKER, *Geschäftsmiete*, p. 14.

⁹³ TERCIER/BIERI/CARRON, N 1644.

il faut que, outre l'existence d'un bail d'habitation (y compris de luxe) ou d'un bail commercial, les *conditions* suivantes soient remplies⁹⁴ :

56. 1° Le locataire se voit subordonner la conclusion ou la continuation du bail à la conclusion d'un autre contrat. L'art. 254 CO ne s'applique pas lorsque le locataire propose lui-même le jumelage⁹⁵ ou lorsque le locataire a un intérêt propre (autre que la location de locaux) à la conclusion du contrat⁹⁶. Il faut également que la conclusion du contrat jumelé soit une condition *sine qua non* de la formation ou de la continuation du bail⁹⁷.
57. 2° L'obligation imposée par la transaction couplée et l'usage de la chose louée n'entretiennent *pas de rapport direct* ou, si elles entretiennent un rapport direct, il y a un *déséquilibre important* entre prestation et contre-prestation. Par exemple, il y a rapport direct entre le bail et la location de meubles se trouvant dans les locaux loués⁹⁸. Dans un tel cas, on pourrait admettre un déséquilibre important lorsque le bailleur pousse le locataire à louer ce mobilier à un prix ne correspondant pas à celui du marché.
58. Dans le cadre d'un *bail de locaux nus*, la question se pose en lien avec l'obligation imposée au locataire de recourir au bailleur ou à un tiers (architecte ou entrepreneur) pour effectuer ses propres aménagements. La jurisprudence, fédérale ou cantonale, ne traite pas en détail de la question. La doctrine est divisée :
59. VISCHER est d'avis qu'un bail de locaux nus ne constitue en principe pas une transaction couplée illicite⁹⁹. Parmi d'autres arguments, il indique que ce type de bail se rapproche de celui de conciergerie dont l'admissibilité n'est pas contestée¹⁰⁰. Il admet néanmoins certaines

⁹⁴ ZK-HIGI, art. 256 CO N 31, qui distingue plus finement 4 conditions.

⁹⁵ ZK-HIGI, art. 256 CO N 18.

⁹⁶ TF du 17.11.2004, 4C.255/2004, DB 2006 N 4 ; CPra Bail-MONTINI/BOUVERAT, art. 254 CO N 19.

⁹⁷ CPra Bail-MONTINI/BOUVERAT, art. 254 CO N 11 ; Co-SVIT, art. 254 CO N 15.

⁹⁸ TF du 13.01.1999, 4C.207/1998, DB 1999 N 3.

⁹⁹ VISCHER, N 80 ss.

¹⁰⁰ VISCHER, N 91, en critiquant l'ancienne édition du LCHAT/WYTTENBACH (2009).

limites au droit du bailleur de s'immiscer dans les décisions concernant les aménagements du locataire : si celui-ci ne devient plus qu'un simple exécutant de celui-là, on peut avoir affaire à une transaction couplée illicite¹⁰¹.

60. BIBER va dans le même sens, en fixant pour seule limite les obligations du locataire qui n'auraient pas de liens avec l'usage de la chose. Elle précise que ce n'est pas le cas pour des instructions concernant l'obligation de travailler avec certains entrepreneurs ou artisans, pour des instructions relatives à la qualité ou à la sécurité, ainsi que pour des exigences relatives à la fourniture de sûretés¹⁰².
61. ENGEL et HIGI semblent également admettre la licéité d'imposer une personne pour des travaux, en mentionnant l'exemple de l'obligation du locataire de prendre en considération le jardinier préféré du bailleur pour les travaux d'entretien du jardin devant être effectués par le locataire¹⁰³.
62. MICHELI et, à sa suite, MONTINI/BOUVERAT ne contestent pas la licéité de tous les locaux nus au regard de l'art. 254 CO¹⁰⁴. Ils admettent ainsi qu'un bailleur puisse exprimer des préoccupations relatives à la sécurité ou à l'unité esthétique des aménagements. En revanche, ils doutent de la validité d'une transaction où le bailleur imposerait à son locataire de recourir à un entrepreneur ou un mandataire déterminé, voire à lui-même, pour effectuer les travaux.
63. En revanche, LACHAT en 2008 et LACHAT/WYTTENBACH (dans son ancienne édition de 2009) semblent considérer que l'obligation de confier au bailleur ou à un tiers (p.ex. entrepreneur, architecte) l'aménagement des locaux nus est en principe nulle¹⁰⁵. Certes ces auteurs prennent le soin de préciser au début de leur propos qu'il faut

¹⁰¹ VISCHER, N 94 ss, en se référant à MICHELI, p. 21 et en faisant un parallèle pas toujours simple à suivre avec le droit du contrat de franchise et l'ATF 118 II 157, p. 161 et p. 164.

¹⁰² BIBER, Rohbau – Mieterausbau – Mieterbau, N 19.24.

¹⁰³ ZK-HIGI, art. 254 CO N 16 ; ENGEL, p. 144.

¹⁰⁴ MICHELI, p. 21 ; CPra Bail-MONTINI/BOUVERAT, art. 254 CO N 35.

¹⁰⁵ LACHAT, p. 554, N 22.2.5 ; LACHAT/WYTTENBACH (2009), p. 455, N 22.2.5.

que les conditions de l'art. 254 CO soient remplies, mais ils ne concrétisent pas cette exigence. A ce titre, il est intéressant de constater que la formulation de la nouvelle édition du LCHAT/WYTTENBACH est plus précise : elle insiste désormais sur le fait que l'obligation doit avoir un caractère abusif, tel que l'application d'un prix différent de celui du marché¹⁰⁶.

c) Une appréciation critique

64. A notre avis, le bail de locaux nus ne constitue en soi *pas une transaction couplée illicite*, au moins pour les deux raisons suivantes. Premièrement, l'éventuelle obligation pour le locataire d'effectuer des aménagements propres n'appartient pas à un autre contrat que le bail, mais constitue uniquement la première phase de l'usage du contrat de bail (N 24). Deuxièmement, même si l'on devait admettre l'existence d'un contrat couplé pour les aménagements du locataire, cette convention serait en relation directe avec le bail (N 57), ce qui empêcherait l'illicéité de la transaction couplée.
65. De même, le bailleur ne viole pas non plus l'art. 254 CO s'il impose au locataire de locaux nus certaines *exigences en matière de sécurité et de qualité*, car les obligations ont un lien direct entre elles. En effet, pour les aspects techniques, le rattachement des aménagements du locataire à la chose brute louée, notamment du point de vue des droits réels, peut entraîner la responsabilité du bailleur en vertu de l'art. 58 CO (responsabilité extracontractuelle du propriétaire d'ouvrage). Pour les aspects qualitatifs, le bailleur a également le droit de s'assurer que les aménagements du locataire ne porteront pas atteinte aux aménagements de base et qu'ils ne diminuent pas son attractivité¹⁰⁷. On peut notamment penser aux aménagements d'un locataire dans un centre commercial, qui doivent correspondre à un certain standing pour ne pas porter préjudice aux autres surfaces commerciales louées.

¹⁰⁶ LCHAT/WYTTENBACH (2016), p. 609, N 22.2.5.

¹⁰⁷ Les aménagements du locataire constituent souvent la partie la plus visible de la chose louée.

66. En revanche, l'obligation faite au locataire de *recourir à un entrepreneur ou à un architecte déterminé*, voire au bailleur lui-même, pour certains travaux, nous paraît *sujette à caution*. En effet, le bail est subordonné à la conclusion d'un contrat de construction pour les aménagements du locataire et il n'y a pas de lien direct, mais tout au plus indirect, entre l'identité du cocontractant et l'usage de la chose brute louée. Enfin, la création d'un monopole de fait découlant de l'obligation de contracter avec une seule personne est un indice fort du caractère abusif de l'obligation imposée au locataire.
67. Exceptionnellement, on peut imaginer que le choix du cocontractant soit objectivement justifié et que les conditions économiques convenues soient conformes au marché¹⁰⁸. Si un tel cas se présente, il nous semble opportun de mentionner expressément dans le document contractuel les arguments justifiant les obligations imposées au locataire.
68. Est aussi *problématique* et doit faire l'objet du même traitement l'obligation imposée à un locataire non seulement de louer des locaux bruts, mais aussi de *repandre des installations et des équipements déjà construits sous forme d'aménagements du locataire*. Même si l'on peut imaginer que les prestations combinées (bail de locaux bruts et acceptation d'aménagements du locataire déjà existants) ont un rapport direct entre elles, leur combinaison peut être constitutive d'une transaction couplée illicite, en particulier en cas de déséquilibre important entre les aménagements cédés et la contre-prestation fournie pour ceux-ci¹⁰⁹.

3. Par rapport à l'art. 262 CO

69. Il s'agit d'examiner ci-après quelles sont les implications d'un bail de locaux nus dans le contexte d'une *sous-location*. L'art. 262 CO

¹⁰⁸ Le régime applicable aux travaux concernant les aménagements du locataire ne peut être comparé à celui consacré aux travaux de rénovation ou de modification effectués par le locataire sur une chose louée complètement aménagée (cf. à ce sujet, CARRON, *Bail et travaux de construction*, N 127), ce que semble ignorer VISCHER, p. 46 nbp. 228.

¹⁰⁹ Dans ce sens, BIBER, *Rohbaumiete*, N 201 nbp. 286.

prévoit que le « locataire peut sous-louer tout ou partie de la chose avec le consentement du bailleur », qui « ne peut refuser son consentement que : a) si le locataire refuse de lui communiquer les conditions de la sous-location ; b) si les conditions de la sous-location, comparées à celle du contrat de bail principal, sont abusives ; c) si la sous-location présente pour le bailleur des inconvénients majeurs. »

70. Dans le cadre d'un bail de locaux bruts, on peut premièrement se demander *si un locataire peut conclure un contrat de sous-location*. La réponse est positive si les conditions de l'art. 262 al. 1 CO sont remplies¹¹⁰. En ce qui concerne les aspects financiers, le locataire doit être autorisé à exiger un sous-loyer tenant compte non seulement des aménagements bruts du bail principal, mais aussi de ses aménagements qu'il met à disposition du sous-locataire¹¹¹.
71. La seconde question concerne le *droit du sous-locataire de procéder aux aménagements* en lieu et place du locataire. Ceci est également admissible. En effet, le bail principal de locaux bruts prévoit l'usage conventionnellement autorisé que peut en faire le locataire principal, qui comprend l'exécution de certains aménagements (cf. N 86). Si le bailleur donne son consentement à la sous-location, il accepte également que le sous-locataire fasse lui-même usage de la chose louée, y compris l'exécution des travaux d'aménagement, dans la mesure où les exigences posées par le contrat principal sont respectées¹¹².

II. Le régime juridique au début du bail

72. Nous traiterons successivement des aménagements (A), des prétentions en découlant (B) et des garanties dans ce contexte (C).

¹¹⁰ Pour un exemple, Obergericht ZH du 01.06.2015, NG140011, cons. IV.A.

¹¹¹ ATF 119 II 353, cons. 5c ; TF du 07.07.2016, 4A_211/2016, DB 2017, p. 15 ; CPra Bail-BISE/PLANAS, art. 262 CO N 39 ss ; ZK-HIGI, art. 262 CO N 43 ss.

¹¹² BIBER, Rohbaumiete, N 223 ; HEINRICH, Untermiete, p. 119.

A. Les aménagements

1. Les différentes catégories

73. La distinction entre aménagements de base et aménagements du locataire (a) repose sur un descriptif des travaux et un document d'interface (b). La combinaison de ces aménagements constitue l'état final de la chose louée (c).

a) *Les aménagements de base et les aménagements du locataire*

74. En dépit de l'ambiguïté terminologique découlant de l'expression allemande « *Rohbaumiete* », le bail de locaux nus ne signifie pas nécessairement que la chose louée correspond aux catégories de gros œuvre I et II (*Rohbau* I et II) telles que définies dans le Code des frais de construction (CFC 21 et 22)¹¹³.

75. L'état « brut » comprend les *aménagements de base*, de sorte que le locataire soit à même d'effectuer ses propres aménagements. Pour le surplus, on renvoie à ce qui a déjà été dit sur les aménagements de base lors de la présentation des éléments constitutifs du bail (N 16 ss).

76. Les *aménagements du locataire* supposent en principe l'exécution de travaux de construction, c'est-à-dire ceux qui sont effectués dans le cadre d'un contrat d'entreprise visant la réalisation d'une construction immobilière, voire mobilière. Ils peuvent aussi comprendre des travaux de démolition¹¹⁴.

77. Les aménagements du locataire ne font *pas partie des éléments constitutifs* d'un bail de locaux nus¹¹⁵. En théorie, le locataire est autorisé à les exécuter, mais n'y est pas forcé, sauf convention contraire. En pratique toutefois, on ne peut que conseiller aux parties de ne conclure un contrat de bail de locaux nus qu'après *convenu*

¹¹³ Ce code est édité par le Centre suisse d'études pour la rationalisation de la construction (CRB). A ce sujet, cf. CARRON, Bail et travaux de construction, p. 52 n°p. 25 et réf. contenues. Eg. BIBER, Aspekte, p. 82 ; ZANETTI, p. 92.

¹¹⁴ BIBER, Aspekte, p. 93.

¹¹⁵ TSCHUDI, MRA 2/2008, p. 49.

de l'obligation de réaliser les aménagements du locataire et après s'être entendues sur toutes les modalités – techniques, temporelles et financières – de leur exécution. Un tel procédé permet au bailleur de s'assurer que le locataire réalisera des aménagements conformes à ses exigences, avec des intervenants sérieux (architecte, ingénieur, entrepreneurs ; cf. N 85 ss), dans un délai acceptable, et qu'il sera en mesure de financer lesdits travaux (cf. N 95 ss). Il garantit également au locataire de pouvoir réaliser les aménagements qu'il souhaite, sans craindre que le bailleur s'y oppose une fois le bail conclu¹¹⁶.

78. Notons enfin que la qualification des travaux de construction *selon les droits réels* n'est pas pertinente pour distinguer les aménagements de base de ceux du locataire¹¹⁷. Les travaux réalisés par le locataire peuvent être des constructions aussi bien mobilières qu'immobilières. S'il s'agit d'une construction *mobilière* (p.ex. un pavillon installé qui équipe un terrain nu¹¹⁸), le locataire en demeure propriétaire en vertu de l'art. 677 CC¹¹⁹. En revanche, si le locataire érige une construction *immobilière* ou entreprend des travaux dont le résultat devient partie intégrante du fonds appartenant au bailleur (p.ex. des installations électriques, de chauffage ou de distribution d'eau, des revêtements de façade et de sols, des aménagements intérieurs qui sont raccordés à la structure brute du bâtiment), c'est le bailleur qui en est propriétaire en vertu du principe de l'accession (art. 667 al. 2 et 671 al. 1 CC)¹²⁰. Par conséquent, quelle que soit la qualification selon les droits réels, l'objet du bail reste la chose louée à l'état brut et les aménagements du locataire n'en font pas partie.

¹¹⁶ ZANETTI, p. 93.

¹¹⁷ BIBER, Rohbaumiete, N 176 ; TSCHUDI, MRA 2/2008, p. 50 et réf.

¹¹⁸ TF du 21.07.2014, 4A_165/2014, cons. 3 et 4.1.1 qui rapporte les opinions des tribunaux cantonaux.

¹¹⁹ STEINAUER, Tome II, N 1631 ; CR-CC II-MARCHAND, art. 677 CO N 1.

¹²⁰ STEINAUER, Tome II, N 1622 ss et N 1636 ss ; CR-CC II-MARCHAND, art. 667 CO N 18 ss et art. 671 CO N 1 ss.

b) Le descriptif des travaux et le document d'interface

79. Comme nous l'avons déjà indiqué (N 19), la façon usuelle en pratique de *délimiter* les aménagements de base des aménagements du locataire consiste à établir un descriptif des travaux et un document d'interface, annexés au document contractuel principal. S'il s'agit d'une relation contractuelle peu complexe, il est imaginable (mais pas conseillé) de se contenter d'une disposition contractuelle qui décrit en détail les aménagements de base – car ce sont eux qui font partie de l'obligation de cession de l'usage du bailleur – ainsi que la destination finale de la chose louée, laquelle permettra par interprétation de déterminer les aménagements du locataire autorisés.
80. Le *descriptif des travaux (Baubeschrieb)* détaille les aménagements de base et, s'ils sont précisés contractuellement, les aménagements du locataire.
81. Le *document d'interface (Schnittstellenliste)* précise, pour chaque équipement, qui – du bailleur ou du locataire – est propriétaire, qui en est l'exploitant, qui est responsable de l'entretien, des réparations et de la déconstruction des aménagements en question. Ce document peut se fonder sur le Code des frais de construction (CFC) mais aussi sur le Code des Coûts de la construction Bâtiment (eCCC-Bât), le second présentant l'avantage d'établir une subdivision selon les parties d'ouvrage¹²¹.

c) L'état final (les aménagements finaux)

82. L'*état final* est celui qui permet au locataire de faire usage de la chose louée conformément à sa destination finale. Il n'est souvent *pas décrit de manière directe* dans le document contractuel, mais se détermine indirectement à partir de la description de l'état brut, auquel on rajoute le descriptif des travaux à entreprendre par le locataire et du document

¹²¹ Ce code est édité par le Centre suisse d'études pour la rationalisation de la construction (CRB). Pour une comparaison entre le CFC et l'eCCC, cf. <http://www.crb.ch/crbOnline/fr/CRB-Standards/Baukostenplan.html> (consulté le 04.07.2018).

d'interface. Faute de description détaillée, il faut se fonder sur la destination finale figurant dans le bail pour en déduire l'état que la chose louée doit avoir en fin de compte (N 79 *in fine*).

83. L'état final correspond à la *somme des aménagements de base et de ceux du locataire*. En principe, seule une combinaison des aménagements permet d'atteindre un état approprié à la destination finale. Par exemple, une installation de chauffage complète dans un centre commercial comprend les aménagements de base du bailleur, à savoir ceux qui ont trait au stockage des combustibles, à la production de chaleur, à la distribution de chaleur via les conduites principales et à l'émission de chaleur dans les parties communes jusqu'au point de livraison défini à la limite de la surface louée, alors que d'autres aménagements, au nombre desquels l'émission de chaleur via une distribution affinée au sein de la surface de location, relèvent du locataire.
84. L'état final n'est souvent *pas un état définitif*, dans la mesure où, en cours de bail, la chose fait l'objet d'une usure normale, voire d'un entretien et de réparations en raison de défauts qui apparaissent ultérieurement ainsi que de travaux de modifications ou de rénovations par le bailleur (art. 260 CO) ou par le locataire (art. 260a CO)¹²².

2. L'exécution des aménagements du locataire

85. *Divers intervenants* peuvent planifier et réaliser les aménagements du locataire :
86. 1° Les travaux sont exécutés *par le locataire lui-même ou par ses auxiliaires*. Dans la seconde hypothèse, le locataire conclut en son propre nom et à son compte des contrats de construction ou de planification avec un tiers entrepreneur, architecte ou ingénieur. Comme nous l'avons déjà vu (N 65), le bail peut poser des exigences quant aux qualités requises de la part de celui qui exécute les travaux,

¹²² BIBER, Rohbaumiete, N 207.

si cela se justifie pour des raisons de sécurité ou d'esthétique. Le bailleur n'a pas le devoir de soutenir le locataire ni dans la conception des travaux ni dans le processus d'autorisation de construire¹²³.

87. *En pratique*, le locataire ne devrait pas conclure de bail avant d'être en possession des documents techniques, au moins au stade du projet d'exécution¹²⁴, y compris d'un devis estimatif des coûts contraignant (p.ex. une offre ferme du monteur en chauffage pour des équipements destinés à la distribution affinée au sein de la surface louée)¹²⁵. En outre, le locataire doit obtenir de la part des entrepreneurs la confirmation que les travaux à réaliser sont compatibles avec les aménagements de base (p.ex. l'équipement de chauffage pour les locaux bruts peut être raccordé sans difficulté au réseau principal). Enfin, le bail doit prévoir l'obligation du bailleur de remettre au locataire les procès-verbaux de réception relatifs aux contrats entre lui et les entrepreneurs ayant participé à la réalisation des aménagements de base (p.ex. le bailleur doit lui remettre les documents relatifs à la réception de toutes les installations relatives au chauffage, à savoir la production de chaleur, la distribution de chaleur et l'installation de l'émission de chaleur jusqu'au point de livraison défini à la limite des locaux bruts).
88. 2° Les travaux sont exécutés *par le bailleur ou par ses auxiliaires*, notamment lorsque les aménagements du locataire sont effectués en même temps que d'autres travaux plus importants de construction, de rénovation ou de modification réalisés sur la chose louée, voire sur l'ensemble bâti auquel elle appartient (p.ex. l'aménagement d'une boutique dans un nouveau centre commercial en construction)¹²⁶. Le locataire peut alors conclure un contrat d'entreprise générale ou totale avec le bailleur, qui se charge de la totalité de la construction, voire

¹²³ Obergericht ZH 01.06.2015, NG140011, cons. 2.2 ; Mietgericht ZH 02.10.2012, ZMP 2012 N 1.

¹²⁴ Phase sia 51. A ce sujet, cf. art. 3.2 Règlement SIA-102 (2014).

¹²⁵ BIBER, Rohbaumiete, N 216.

¹²⁶ Pour une affaire allant dans ce sens, cf. TF du 18.08.2005, 4C.97/2005, cons. A et 2, DB 2006 N 11.

de la planification et de la direction des travaux, y compris pour les aménagements du locataire.

89. Dans une telle hypothèse, il se justifie *en pratique* de conclure deux *contrats séparés* entre les mêmes parties¹²⁷ : d'une part, le bail de locaux nus et d'autre part un contrat d'entreprise et/ou de mandat pour les aménagements du locataire. Cette distinction permet d'abord de tenir compte des spécificités de chaque relation contractuelle, notamment d'intégrer les conditions générales typiques pour les prestations relevant de la construction (p.ex. règlement SIA-102 pour l'architecte, norme SIA-118 pour l'entrepreneur). Ensuite, une fois les travaux terminés, seules demeurent les dispositions du contrat de durée, soit le bail de locaux nus.
90. Ceci dit, il faut veiller à une *coordination étroite* du bail de locaux nus et du contrat d'entreprise, en particulier pour les aspects suivants :

Premièrement, du point de vue des *obligations de l'entrepreneur* (et bailleur), les travaux de construction doivent correspondre exactement aux aménagements du locataire convenus dans le contrat de bail. A cette fin, en sus des documents spécifiques au contrat d'entreprise (p.ex. plans, descriptif), on peut y annexer le document d'interface (N 81), afin de déterminer exactement ce qui relève des obligations du bailleur selon le bail de locaux nus (aménagements de base) et ce qui doit être aménagé par l'entrepreneur pour le locataire.

Deuxièmement, du point de vue des *obligations du maître d'ouvrage* (et locataire), il faut distinguer le montant du loyer (pour les locaux bruts) et la rémunération de l'entrepreneur (pour les aménagements du locataire). En outre, si les travaux s'inscrivent dans un projet plus large, il faut fixer la part des frais secondaires de construction (*Baunebenkosten*) imputables au maître d'ouvrage (et locataire) pour ses aménagements.

Troisièmement, il faut s'assurer que le maître d'ouvrage (et locataire) soit *informé régulièrement* de l'avancement des travaux. On peut fixer un calendrier prévoyant des étapes intermédiaires pour les

¹²⁷ Dans ce sens, BIBER, Rohbaumiete, N 219 s.

aménagements du locataire. Pour le cas où les travaux ne seraient pas terminés à temps, le bail doit prévoir des sûretés en faveur du locataire pour garantir son préjudice. En cas de retard important, il convient de coordonner le contrat de bail avec les conséquences du contrat d'entreprise (p.ex. le droit de se départir du contrat selon l'art. 366 al. 1 CO¹²⁸), en prévoyant notamment que le locataire puisse aussi sortir du bail avant que celui-ci n'ait débuté.

91. *Du point de vue temporel*, le locataire exécute en pratique ses aménagements souvent en début de bail. En théorie toutefois, il reste libre de les réaliser quand bon lui semble, voire de ne pas les effectuer du tout. Par conséquent, pour éviter des nuisances, il peut s'avérer judicieux de prévoir contractuellement la période pendant laquelle les travaux doivent être accomplis et de fixer un terme ou un délai pour l'achèvement de ceux-ci.
92. *Du point de vue qualitatif*, le « locataire est tenu d'user de la chose avec le soin nécessaire » (art. 257f al. 1 CO) et, s'« il s'agit d'un immeuble, d'avoir pour les personnes habitant la maison et les voisins les égards qui leur sont dus » (art. 257f al. 2 CO)¹²⁹. Par conséquent, le locataire qui effectue lui-même ou fait effectuer par des tiers des travaux d'aménagement doit agir avec la diligence nécessaire, en particulier en veillant à ce que ces tâches soient exécutées selon les règles de l'art et en faisant preuve d'égards vis-à-vis du bailleur et des autres locataires.
93. A ce titre, les parties peuvent convenir de *standards d'exécution*¹³⁰ :

¹²⁸ A ce sujet, cf. TERCIER/BIERI/CARRON, N 3741 ss.

¹²⁹ Pour des précisions sur ces dispositions, cf. CPra Bail-WESSNER, art. 257f CO N 15 ss et N 23 ss ; TERCIER/BIERI/CARRON, N 1831 ss.

¹³⁰ BIBER, Rohbaumiete, N 214 s.

Premièrement, le bailleur peut exiger que les travaux entrepris respectent les exigences découlant de *textes légaux*¹³¹ ou de *normes provenant d'associations professionnelles*¹³².

Deuxièmement, le contrat peut prévoir que le locataire obtienne pour les travaux projetés le *consentement du bailleur* ou de tiers spécialistes, après leur avoir présenté des documents de planification, un programme des travaux et un devis estimatif des coûts.

Troisièmement, les parties peuvent convenir que certains travaux (p.ex. l'électricité, le chauffage et la ventilation) doivent être *exécutés par des professionnels* certifiés, à l'exclusion du locataire lui-même¹³³.

Quatrièmement, si cela ne constitue pas une transaction couplée illicite (N 54 ss), le locataire peut se voir *imposer de travailler avec des planificateurs et entrepreneurs* déterminés. On pense notamment au cas où les aménagements de base et ceux du locataire sont effectués simultanément et que les entreprises exécutent des travaux relatifs à l'une et à l'autre des catégories d'aménagement (p.ex. la planification des installations de chauffage se fait jusqu'au moindre détail par un seul bureau d'ingénieurs CVSE)¹³⁴.

Cinquièmement et enfin, le locataire peut se voir *obliger de conclure un certain nombre de couvertures d'assurance* couvrant les éventuels préjudices du bailleur ou de tiers (p.ex. les autres locataires) causés par la réalisation de ses aménagements.

94. Le cas de la *reprise par le locataire d'aménagements déjà existants* mérite un développement particulier¹³⁵. Dans cette hypothèse, le bail distingue la chose à l'état brut et certains équipements que le locataire

¹³¹ Par exemple, le respect de règles communales, cantonales ou fédérales de droit public de la construction, de protection contre les incendies, de droit du travail ou de droit des assurances sociales.

¹³² Par exemple, le respect de normes de la SIA ou d'autres associations professionnelles, les prescriptions de la SUVA.

¹³³ SCHUMACHER, p. 56.

¹³⁴ SCHUMACHER, p. 56.

¹³⁵ Situation évoquée dans TF du 12.02.2016, 4A_208/2015, cons. 3.1 et réf citées.

reprend à titre d'aménagements du locataire¹³⁶. A notre avis, une telle solution peut être admissible, si elle ne viole pas l'interdiction des transactions couplées de l'art. 254 CO (à ce sujet, N 68). En particulier, le montant du loyer doit être fixé en relation avec l'état brut de la chose louée et les conditions appliquées au transfert des aménagements du locataire doivent être conformes aux conditions du marché et ne pas trahir de déséquilibre important entre prestation et contre-prestation. En revanche, il est erroné de considérer, comme une partie de la doctrine¹³⁷, qu'il s'agit d'emblée d'un bail de locaux nus fictif et donc illicite.

3. Les aspects financiers

95. Nous distinguerons d'une part les coûts, directs et indirects, des aménagements du locataire (a) et d'autre part le financement de tels travaux (b).

a) Les coûts

96. Le locataire doit supporter les *coûts directs* de ses aménagements¹³⁸. Ceux-ci comprennent les catégories suivantes :
97. 1° *Les frais de construction* proprement dits. Ceux-ci comprennent le prix des travaux de construction ainsi que les honoraires des mandataires (architecte, ingénieur) qui fournissent des prestations en lien avec lesdits travaux.
98. 2° *Les coûts accessoires* de construction. Ceux-ci incluent les frais relatifs à la procédure d'autorisation de construire, les frais relatifs au chantier (installations de chantier, surveillance du chantier), les frais d'expertise (technique, juridique, etc.), les différentes taxes de raccordement (eau, électricité, canalisation) et primes d'assurance

¹³⁶ BIBER, *Rohbaumiete*, N 201 ss ; TSCHUDI, MRA 2/2008, p. 45.

¹³⁷ ZUCKER, Newsletter 2011, p. 1, qui parle de *Gesetzesverletzung*.

¹³⁸ Dans ce sens, TF du 25.08.2015, 2C_817/2014, cons. 2.3.1 et réf. citées. Eg. TSCHUDI, MRA 2/2008, p. 45.

(assurance immobilière) dépendant de la valeur du bâtiment dans la mesure où les aménagements du locataire entraînent une augmentation de celle-ci¹³⁹.

99. Les *coûts indirects* des aménagements du locataire requièrent également une attention particulière de la part des parties lorsqu'elles concluent leur contrat. Font notamment partie de cette catégorie les frais découlant des immissions causées par les travaux commandés par le locataire, ainsi que ceux provenant des charges et conditions imposées dans l'autorisation de construire les aménagements du locataire.
100. Par *exemple*, l'installation des aménagements du locataire dans des locaux bruts (p.ex. un restaurant-cabaret de 150 personnes) peut exiger l'installation d'issues de secours, de systèmes anti-incendie ou le redimensionnement du système d'évacuation des fumées, qui requièrent tous une intervention dans les aménagements de base¹⁴⁰. Ces exigences peuvent être dues à une modification de l'affectation des locaux ou à un changement de législation. Elles figurent à titre de charges ou conditions dans l'autorisation de construire des travaux exécutés par le locataire ou dans l'autorisation administrative d'exploitation des locaux.
101. Dans ce cas, un *conflit* peut surgir quant à l'identité de celui qui doit supporter les coûts indirects. A notre avis, puisque ces coûts concernent les aménagements bruts (p.ex. une issue de secours supplémentaire à travers le gros œuvre, le système d'extraction des fumées situé au sommet des escaliers), ils doivent être supportés par le bailleur, faute de convention contraire entre les parties¹⁴¹. En effet,

¹³⁹ SCHUMACHER, p. 56 s. Si les frais doivent être répartis entre le bailleur et le locataire (p.ex. primes d'assurance bâtiment, taxes de raccordement, mais aussi frais communs pour un chantier exécuté simultanément par le bailleur et le locataire), il convient de prévoir conventionnellement à l'avance la clé de répartition de ces frais.

¹⁴⁰ Pour d'autres illustrations, cf. BIBER, Rohbaumiete, N 227 ss et les réf. citées, qui mentionne des retards dus à une découverte archéologique ou de l'amiante découverte dans un plafond devant être percé d'un escalier.

¹⁴¹ Dans le même sens, TF du 12.02.2016, 4A_208/2015, cons. 3.2 et réf. Eg. BK-GIGER, art. 256 CO N 95 et réf. citées.

le bailleur promet que la chose louée est dans un état approprié à l'usage convenu, qui inclut l'exécution des aménagements du locataire (N 24).

102. De plus, ainsi que l'affirment déjà certains auteurs¹⁴², les mesures qui découlent d'exigences légales ou de décisions administratives ne peuvent pas être mises à la charge du locataire, sous peine de violer l'art. 256 CO. En effet, une telle convention reviendrait à permettre au bailleur de délivrer la chose dans un état inapproprié à l'exécution des aménagements du locataire. Cela entraînerait la nullité (partielle) de la clause en question en vertu des art. 256 al. 2 CO et de l'art. 20 al. 2 CO¹⁴³. Par conséquent, c'est au bailleur d'assumer ces frais.

b) Le financement

103. En théorie, le financement des aménagements est *affaire du locataire* et le bailleur peut s'en désintéresser. En pratique, plusieurs *variantes* existent, qui peuvent être combinées¹⁴⁴ :
104. 1° Le *locataire* finance la totalité de ses aménagements. Les montants investis ne peuvent pas être pris en compte par le bailleur dans le calcul de rendement relatif au loyer. Notons encore que, pour financer ses travaux, le locataire ne peut pas grever les aménagements d'une sûreté réelle immobilière, dans la mesure où ils font partie intégrante du bien-fonds du bailleur en vertu des règles des droits réels (N 78)¹⁴⁵.
105. 2° Le *bailleur participe à fonds perdu* au financement des aménagements du locataire. Il investit une certaine somme, sans que le locataire ne doive lui restituer quoi que ce soit. Cette solution sert à attirer des locataires-clés (p.ex. un grand détaillant alimentaire dans un centre commercial). Les montants investis ne peuvent pas non plus être pris en compte par le bailleur dans le calcul de rendement relatif au loyer. On ne peut que conseiller aux parties de conclure une

¹⁴² BIBER, *Rohbaumiete*, N 233 s. et réf. citées.

¹⁴³ Sur les conditions de la nullité partielle, cf. TERCIER/PICHONNAZ, N 507 ss.

¹⁴⁴ BIBER, *Rohbaumiete*, N 236 ss, N 246.

¹⁴⁵ BIBER, *Rohbaumiete*, N 247.

convention séparée explicitant les conditions et les modalités d'une telle participation.

106. 3° Le *bailleur avance* tout ou partie du financement au locataire, à charge pour celui-ci de le restituer, avec paiement ou non d'un intérêt conventionnel¹⁴⁶. La combinaison de ces deux éléments, bail et prêt, constitue un contrat innommé dont il faut examiner la validité à l'aune de l'art. 254 CO (N 54 ss). A notre avis, la prestation couplée est en lien direct avec la chose louée, raison pour laquelle on peut admettre sa licéité si prestation (prêt) et contre-prestation (modalités du remboursement et intérêt applicable) ne sont pas disproportionnées.
107. Même si le fait de *rembourser le prêt au moyen d'un loyer majoré* pendant une période déterminée ne nous paraît théoriquement pas impossible, nous ne pouvons en pratique que déconseiller cette solution pour les raisons suivantes¹⁴⁷. D'abord, une résiliation extraordinaire anticipée du bail entraînerait la fin du remboursement du prêt ou, à tout le moins, des litiges possibles en lien avec ce remboursement dans le cadre des dommages-intérêts réclamés en lien avec la fin prématurée du contrat. Ensuite, en cas d'augmentation du loyer, la part relative au remboursement du prêt ne devrait pas pouvoir être augmentée, ce qui entraîne des complications inutiles pour le calcul de la majoration.
108. En définitive, il est plus efficace de *prévoir deux conventions séparées* – un bail et un contrat de prêt – qu'il faut prendre soin de coordonner¹⁴⁸. On peut ainsi convenir que la fin anticipée du bail entraîne l'obligation immédiate de rembourser le solde du prêt. On peut également s'accorder sur le fait que le paiement à temps des mensualités du prêt constitue un des aspects de l'obligation de diligence du locataire : si le locataire est en retard dans son remboursement, il viole alors l'art. 257f al. 1 CO. En cas de violation

¹⁴⁶ Si un tel intérêt est convenu, il doit être stipulé en matière civile et est dû même sans convention en matière commerciale (art. 313 CO). A ce sujet, cf. TERCIER/BIERI/CARRON, N 2540 ss.

¹⁴⁷ Dans ce sens, BIBER, Rohbaumiete, N 244.

¹⁴⁸ BIBER, Rohbaumiete, N 245.

grave et persistante, le bailleur pourrait recourir à la résiliation extraordinaire de l'art. 257f al. 3 CO ou, si les conditions strictes de la disposition précédente ne sont pas toutes remplies, à la résiliation pour justes motifs de l'art. 266g CO¹⁴⁹.

B. Les prétentions contre le locataire en raison des aménagements

109. Le locataire a l'obligation de réaliser ses aménagements avec le *soin nécessaire* et d'avoir pour les personnes habitant un immeuble et les voisins les *égards* qui leur sont dus (art. 257f al. 1 et 2 CO). S'il ne s'exécute pas correctement, autant le bailleur que des tiers peuvent faire valoir des prétentions à son encontre. Pour simplifier, nous nous concentrerons ci-après sur les prétentions du bailleur, à l'exclusion de celles des tiers¹⁵⁰.
110. Le bailleur peut subir les *préjudices suivants* en raison d'une exécution déficiente :
111. 1° Le préjudice découle *directement du comportement dommageable du locataire*. Celui-ci porte atteinte aux aménagements de base de la chose louée¹⁵¹. Par exemple, le locataire qui installe un réseau électrique inadapté peut endommager celui du propriétaire.
112. 2° Le préjudice provient du fait que *le bailleur doit répondre du comportement du locataire vis-à-vis de tiers et leur devoir à ce titre des dommages-intérêts*.
113. On peut penser d'abord aux *autres locataires* qui, en raison des immissions causées par les travaux d'aménagement, peuvent exiger

¹⁴⁹ Pour des développements sur l'art. 257f al. 3 CO et l'art. 266g CO, ainsi que sur leur interaction, cf. CPra Bail-WESSNER, art. 257f CO N 33 ss et art. 266g CO N 1 ss et N 44 ss.

¹⁵⁰ Les tiers peuvent en principe recourir aux mêmes instruments juridiques que le bailleur, sauf à ceux typiquement contractuels. Pour des développements détaillés à ce sujet, cf. BIBER, *Rohbaumiete*, N 487 ss.

¹⁵¹ VISCHER, N 267 ss.

du bailleur une réduction de loyer fondée sur l'art. 259d CO¹⁵² ou des dommages-intérêts consécutifs au défaut en vertu de l'art. 259e CO¹⁵³. Si l'on prend l'exemple d'une surface dans un centre commercial, il s'agira des commerçants voisins qui subissent les nuisances sonores ou la poussière dégagée par les travaux.

114. Il y a ensuite les *voisins* qui peuvent agir contre le propriétaire de la chose louée sur la base des art. 679 et 679a CC en lien avec l'art. 684 CC¹⁵⁴, ou encore sur la base de l'action possessoire de l'art. 928 al. 2 CC¹⁵⁵ pour obtenir la réparation de leur dommage. Si les travaux concernent une surface louée dans un centre commercial, ce seront les voisins, propriétaires ou autres ayants droit qui feront valoir ainsi leur dommage.
115. Enfin, si les aménagements du locataire constituent un *vice de construction* au sens de l'art. 58 CO¹⁵⁶, le bailleur en sera responsable, en raison du principe de l'accession qui a pour conséquence que les aménagements fixes du locataire deviennent partie intégrante de la chose louée, propriété du bailleur. En reprenant toujours le même exemple, on peut penser à un visiteur du centre commercial, qui n'a aucun lien contractuel avec le locataire et qui se blesserait en raison d'un éclairage mal aménagé par celui-ci.
116. 3° Le préjudice découle du fait que *le bailleur subit un manque à gagner* découlant d'une résiliation extraordinaire fondée sur l'art. 257f al. 3 ou 4 CO ou sur l'art. 266g CO qu'il a dû prononcer à

¹⁵² A ce sujet, cf. CPra Bail-AUBERT, art. 259d CO N 1 ss et N 23 ss ; LACHAT, p. 255 ss, N 11.3.3.

¹⁵³ A ce sujet, cf. CPra Bail-AUBERT, art. 259e CO N 1 ss ; Co-SVIT, art. 259e CO N 1 ss ; BSK-WEBER, art. 259e CO N 1 ss.

¹⁵⁴ A ce sujet, cf. STEINAUER, Tome II, N 1803 ss et N 1891 ss.

¹⁵⁵ A ce sujet, cf. CR-CC II-PICHONNAZ, art. 928 CC N 1 ss ; STEINAUER, Tome I, N 362 ss.

¹⁵⁶ Pour la définition de l'ouvrage et du défaut de l'ouvrage, cf. MÜLLER, Responsabilité civile, N 348 ss et 359 ss, et réf. citées ; CR-CO I-WERRO, art. 58 CO N 6 ss et 16 ss.

l'égard du locataire en raison de l'exécution déficiente de ses aménagements¹⁵⁷.

117. Pour obtenir la réparation de son dommage, le bailleur peut faire appel à différents *fondements* :
118. 1° Il peut invoquer une *violation contractuelle* du locataire, en particulier de son obligation de diligence découlant de l'art. 257f al. 1 et 2 CO et exiger la réparation du dommage qui en découle en se fondant sur l'art. 97 CO¹⁵⁸.
119. 2° Si les aménagements du locataire provoquent une atteinte illicite (p.ex. des lésions corporelles), le bailleur peut recourir à la *responsabilité extracontractuelle* aquilienne (art. 41 ss CO), voire à celle du propriétaire d'ouvrage (art. 58 CO) lorsque le locataire est demeuré propriétaire de ses aménagements, par exemple parce qu'ils constituent une construction mobilière (N 78)¹⁵⁹.
120. 3° On peut aussi imaginer que le bailleur forme une action négatoire (*Eigentumsfreiheitsklage*) fondée sur l'art. 641 al. 2 CC si le locataire porte une atteinte à la propriété du bailleur en allant au-delà de ce que le bail l'autorise à faire¹⁶⁰. Pour obtenir la réparation de son dommage, le bailleur doit ensuite recourir à l'action contractuelle (N 118) ou extracontractuelle (N 119).

C. Les garanties pour les aménagements

121. Lorsque des travaux d'aménagement de locaux bruts sont entrepris, autant le bailleur que le locataire ont de bonnes raisons d'obtenir de la

¹⁵⁷ Pour des développements sur l'art. 257f al. 3 CO et l'art. 266g CO, ainsi que sur leur interaction, cf. CPra Bail-WESSNER, art. 257f CO N 33 ss et art. 266g CO N 1 ss et N 44 ss.

¹⁵⁸ Sur le régime de l'art. 97 CO, cf. TERCIER/PICHONNAZ, N 1208 ss.

¹⁵⁹ Sur le régime de l'art. 41 CO, cf. MÜLLER, Responsabilité civile, N 234 ss et réf. citées. Sur le régime de l'art. 58 CO, cf. MÜLLER, Responsabilité civile, N 330 ss et réf. citées.

¹⁶⁰ Sur le régime de l'art. 641 al. 2 CC, STEINAUER, Tome I, N 1028 s. Eg. BOHNET, Actions civiles, § 40 N 1 ss.

part de leur cocontractant des sûretés pour *protéger leurs intérêts* respectifs.

122. Le *bailleur* peut requérir des *sûretés* pour garantir les coûts, directs et indirects, relatifs aux travaux ainsi que le risque de voir le locataire se désintéresser du projet et laisser la chose louée en chantier¹⁶¹. Il s'évite ainsi de devoir payer lui-même des travaux commandés par le locataire, de faire face à une *hypothèque légale* (art. 837 et 839 CC) déposée par un artisan ou un entrepreneur non rémunéré par le locataire¹⁶², ou de devoir réclamer dans une procédure longue et coûteuse des dommages-intérêts consécutifs à des défauts des aménagements du locataire¹⁶³. A cette fin, le bailleur peut exiger premièrement le dépôt d'un certain montant sur un compte bloqué avant le début des travaux, somme qui sera exclusivement destinée à payer les intervenants dans le processus de construction sur ordre de la direction des travaux¹⁶⁴. Deuxièmement, il peut exiger de la part du locataire une garantie bancaire à première demande, solution avantageuse pour lui, mais qui peut se révéler onéreuse pour le locataire¹⁶⁵. Une troisième solution pourrait consister à structurer la sûreté de l'art. 257e CO de telle sorte qu'elle couvre les coûts des aménagements du locataire non réglés par celui-ci¹⁶⁶.
123. Quant au *locataire*, il a avant tout intérêt à obtenir des sûretés lorsqu'il engage le bailleur en tant qu'entrepreneur général ou total pour réaliser ses aménagements. Le risque le plus fréquent est la demeure de l'entrepreneur, qui empêche le locataire de prendre possession des locaux ou qui crée un préjudice en raison des travaux encore à

¹⁶¹ FUTTERLIEB, p. 32, qui parle de *Bauruine*.

¹⁶² Pour une présentation générale de l'hypothèque légale des artisans et des entrepreneurs, cf. STEINAUER, Tome III, N 2855 ss ; ég. CARRON/FELLEY, *passim*. Pour une présentation détaillée de l'hypothèque légale en relation avec les baux de locaux nus, cf. BIBER, Rohbaumiete, N 255 ss ; VISCHER, N 342 ss.

¹⁶³ Pour une présentation générale des dommages-intérêts consécutifs aux défauts dans le contrat d'entreprise, cf. CARRON/FEROLLES, p. 101 ss.

¹⁶⁴ FUTTERLIEB, p. 32.

¹⁶⁵ FUTTERLIEB, p. 32. Pour une présentation générale de la garantie bancaire à première demande, cf. CR-CO I-TEVINI, art. 111 CO N 38a ss.

¹⁶⁶ BIBER, Rohbaumiete, N 252.

effectuer. Pour garantir ce risque, le locataire a intérêt à exiger une garantie bancaire de bonne exécution dans le cadre du contrat d'entreprise¹⁶⁷.

III. Le régime juridique pendant le bail

124. Pendant que dure un bail de locaux bruts, diverses questions se posent en lien avec l'entretien des locaux (A), les rénovations et modifications (B) ainsi que l'institution de la garantie pour les défauts (C).

A. L'entretien

1. Généralités

125. L'art. 256 al. 1 CO impose au bailleur d'entretenir la chose louée dans un état approprié à l'usage pour lequel elle a été louée. La définition de l'état approprié à l'usage, telle que nous l'avons précisée ci-dessus (N 23 ss), est donc décisive pour définir l'obligation d'entretien du bailleur. Nous distinguerons l'entretien des locaux bruts (2) de celui des aménagements du locataire (3).

2. L'entretien des locaux bruts

126. Conformément à la règle générale de l'art. 256 al. 1 CO, le *bailleur* est *en principe* responsable de l'entretien des locaux bruts, en particulier des aménagements de base¹⁶⁸. Il doit procéder aux réparations et au remplacement des éléments défectueux, de telle sorte que le locataire puisse en faire l'usage convenu, à savoir effectuer dans un premier temps ses propres aménagements et dans un second

¹⁶⁷ Dans ce sens, BIBER, *Rohbaumiete*, N 253 s.

¹⁶⁸ BK-GIGER, art. 256 CO N 100 ; TSCHUDI, MRA 2/2008, p. 50. Sur l'obligation d'entretien du bailleur en général, cf. CPra Bail-MONTINI/BOUVERAT, art. 256 CO N 46 ss.

temps utiliser la chose selon sa destination finale convenue (N 24 et 26).

127. Le locataire doit *exceptionnellement* prendre en charge l'élimination des défauts de faible importance qui peuvent être éliminés par les menus travaux de nettoyage ou de réparation indispensables à l'entretien normal de la chose (art. 259 CO)¹⁶⁹. Cette exception trouve rarement application dans le cadre d'un bail de locaux nus, car les interventions sur les aménagements de base nécessitent en principe l'intervention d'un spécialiste, ce qui exclut la qualification de défaut de faible importance¹⁷⁰. On peut tout de même imaginer une situation où les aménagements de base sont relativement importants (p.ex. ils comprennent sanitaires équipés), de telle sorte que le locataire peut devoir y effectuer de menues interventions (p.ex. changer une ampoule).
128. Si le locataire peut devoir tolérer des travaux d'entretien en vertu de l'art. 257h CO¹⁷¹, on peut se demander si un locataire peut aussi être tenu d'adapter ses propres aménagements après que le bailleur a remédié à des défauts ou a modifié ou rénové les aménagements de base. Par exemple, le bailleur pourrait ainsi être amené à assainir le système de chaleur, ce qui nécessiterait le démontage de conduites raccordant les installations du locataire aux aménagements de base.
129. L'art. 257h CO oblige certes le locataire à tolérer des travaux et à collaborer avec le bailleur en vertu de son devoir de diligence. En revanche, l'art. 257h CO n'exige pas que le locataire doive engager des frais importants. Le bailleur peut donc uniquement lui demander qu'il accomplisse personnellement certaines tâches, sans pouvoir

¹⁶⁹ Pour un commentaire plus détaillé de cette disposition, cf. CPra Bail-AUBERT, art. 259 CO N 1 ss et BSK-WEBER, art. 259 CO N 1 ss. Eg. CARRON, Bail et travaux de construction, N 35 nbp 67.

¹⁷⁰ CPra Bail-AUBERT, art. 259 CO N 13 s. ; Mietgericht ZH du 14.05.2007, cons. 4b, mp 2007 218.

¹⁷¹ La même réflexion s'applique selon nous aux travaux de rénovation et de modification effectués par le bailleur en vertu de l'art. 260 CO. Pour une présentation générale de ces travaux, cf. CARRON, Bail et travaux de construction, N 170 ss et réf. citées.

exiger qu'il fasse appel à un tiers pour cela¹⁷². Sauf convention contraire, le bailleur doit donc prendre en charge les éventuels frais liés à l'adaptation des installations du locataire si elle découle des travaux d'entretien, de modification ou de rénovation des aménagements de base¹⁷³.

3. L'entretien des aménagements du locataire

130. Le bailleur ne perçoit un loyer que pour la chose avec ses aménagements de base (N 28). Aucun montant n'est attribué à l'entretien et aux réparations des aménagements du locataire¹⁷⁴. Par conséquent, le locataire ne peut en principe *pas prétendre à ce que le bailleur prenne en charge l'entretien* de ses aménagements¹⁷⁵.
131. Le locataire a le *droit* (mais en principe pas l'obligation¹⁷⁶) de procéder à l'entretien de ses aménagements. Il n'a pas à requérir l'accord du bailleur, sauf si les travaux nécessitent une intervention allant au-delà de ses propres équipements ou entraînent une limitation des droits du bailleur ou d'un autre locataire¹⁷⁷.
132. *Exceptionnellement*, l'art. 257f al. 1 CO impose une *obligation* d'entretien lorsque l'état des aménagements porte atteinte aux aménagements de base de la chose louée ou à d'autres installations (ou menace de les endommager), telles que celles des locataires voisins¹⁷⁸. Si le locataire ne s'exécute pas, le bailleur peut alors invoquer les art. 97 ss CO, en particulier l'art. 98 CO en vue d'obtenir

¹⁷² TSCHUDI, MRA 4/2009, p. 120 s. ; ZK-HIGI, art. 259 CO N 21 ; CPra Bail-AUBERT, art. 259 CO N 8 et 13 ss.

¹⁷³ TSCHUDI, MRA 4/2009, p. 120. Du même avis, BIBER, *Rohbaumiete*, N 523. Soulignons toutefois que les représentants de la théorie de la compensation (N 42) n'admettent un entretien supporté par le locataire que si une compensation complète lui est accordée (p.ex. ZANETTI, p. 99).

¹⁷⁴ TSCHUDI, MRA 2/2008, p. 50.

¹⁷⁵ BK-GIGER, art. 256 CO N 100.

¹⁷⁶ TSCHUDI, MRA 2/2008, p. 50.

¹⁷⁷ BIBER, *Aspekte*, p. 95.

¹⁷⁸ A ce sujet, cf. CPra Bail-WESSNER, art. 257f CO N 15 ss ; TERCIER/BIERI/CARRON, N 1838.

du juge l'autorisation d'exécuter par substitution les travaux d'entretien, aux frais et aux risques du locataire¹⁷⁹. Le bailleur peut aussi se contenter de rappeler au locataire son obligation et, si les conditions de l'art. 257f al. 3 CO sont remplies, prononcer une résiliation extraordinaire¹⁸⁰.

133. En *pratique*, le bailleur a un intérêt compréhensible à ce que le locataire entretienne correctement les aménagements effectués. Il en va de même d'un locataire diligent. Par conséquent, nous conseillons de *prévoir conventionnellement* l'obligation pour le locataire de procéder aux travaux et réparations nécessaires, combinée avec la faculté conférée au bailleur de (faire) procéder à une exécution par substitution sans avoir besoin de requérir l'accord du juge, pour le cas où le locataire ne s'exécuterait pas. D'autres auteurs conseillent même de convenir que le locataire doit verser régulièrement, sur un compte bloqué, une somme destinée aux travaux d'entretien de ses propres aménagements, l'absence de paiement constituant un motif de résiliation extraordinaire en vertu de l'art. 257f al. 3 CO ou de l'art. 266g CO¹⁸¹. On peut néanmoins douter de la compatibilité d'une telle solution avec l'interdiction des transactions couplées (art. 254 CO)¹⁸².
134. Le principe selon lequel le locataire supporte les coûts d'entretien de ses propres aménagements connaît au moins deux *exceptions* :
135. 1° Si les aménagements du locataire nécessitent des réparations ou des travaux d'entretien *en raison d'aménagements de base défectueux*, le locataire peut recourir au mécanisme de la garantie pour les défauts (art. 259a ss CO). Le locataire peut alors d'une part exiger la suppression du défaut et la remise en état de la chose, en précisant

¹⁷⁹ Au sujet de l'exécution par substitution fondée sur l'art. 98 CO, cf. ATF 142 III 321, JdT 2017 II 450 cons. 4 ss. Eg. CARRON, L'exécution des obligations de faire, N 17 ss ; GAUCH/SCHLUEP, N 2507 ss.

¹⁸⁰ BIBER, Rohbaumiete, N 311, qui mentionne aussi la possibilité d'une résiliation ordinaire.

¹⁸¹ Dans ce sens, BIBER, Rohbaumiete, N 309 ; FUTTERLIEB, p. 32.

¹⁸² Au sujet de la compatibilité du bail de locaux nus avec l'art. 254 CO, cf. ég. N 54 ss.

bien que la chose défectueuse est le local à l'état brut. En revanche, le locataire ne peut pas exiger la réparation de ses propres aménagements, car ceux-ci n'appartiennent pas à la chose louée. Le locataire peut d'autre part exiger la compensation de son préjudice. Or les frais de réparation des aménagements du locataire constituent un poste du dommage consécutif au défaut de la chose brute. Le locataire peut donc en demander le remboursement aux conditions de l'art. 259e CO, qui est une concrétisation de l'art. 97 CO¹⁸³.

136.2° Si le *bailleur a exécuté* les travaux d'aménagement *en tant qu'entrepreneur général ou total* du locataire, le locataire peut agir en vertu des dispositions de la garantie pour les défauts du contrat d'entreprise (art. 367 ss CO) et faire valoir les droits figurant à l'art. 368 CO¹⁸⁴.

B. Les rénovations et modifications pendant le bail

137. Le locataire peut être amené à effectuer des rénovations et des modifications durant le bail. Il faut distinguer selon que ces travaux constituent encore des aménagements du locataire tels que définis dans le bail de locaux bruts (1) ou vont au-delà (2).

1. Les rénovations et modifications des aménagements du locataire

138. Le locataire a le *droit de rénover et modifier ses propres aménagements*. De tels travaux peuvent être justifiés par leur usure ou leur désuétude. Par exemple, un locataire décide, après quelques

¹⁸³ A ce sujet, cf. CARRON/FEROLLES, p. 107 s. ; CR-CO I-LACHAT, art. 259e CO N 4 ; TERCIER/BIERI/CARRON, N 1796 ss. Alternativement, si le défaut contractuel constitue également un vice de construction ou un défaut d'entretien au sens de l'art. 58 CO, le locataire peut aussi s'appuyer sur cette disposition, qui présente l'avantage d'être une responsabilité objective n'exigeant pas la faute du propriétaire d'ouvrage (à ce sujet, cf. MÜLLER, Responsabilité civile, N 330 ss ; CR-CO I-WERRO, art. 58 CO N 1 ss).

¹⁸⁴ A ce sujet, cf. GAUCH, Werkvertrag, N 1348 ss ; TERCIER/BIERI/CARRON, N 3753 ss.

années, de rénover ses bureaux en installant des faux plafonds avec un nouvel éclairage.

139. Les rénovations et modifications doivent *constituer des aménagements du locataire*, c'est-à-dire qu'elles doivent respecter les exigences fixées dans le bail, en particulier la destination finale de la chose louée, et ne pas porter atteinte aux aménagements de base. Ces travaux font partie de l'usage originellement convenu entre les parties et pour lequel la chose a été louée et le bailleur a déjà donné son accord dans le bail de locaux nus¹⁸⁵.
140. Si ces conditions sont remplies, le locataire peut procéder *en tout temps et sans autorisation* aux rénovations ou modifications en question¹⁸⁶. Ces travaux ne tombent pas sous le coup de l'art. 260a CO, car ils ne concernent pas la chose (brute) louée. Les parties sont toutefois libres de *prévoir conventionnellement* que le locataire doit quand même obtenir l'autorisation du bailleur pour rénover ou modifier ses aménagements : une telle exigence est utile, car elle permet au bailleur de prendre les éventuelles mesures de coordination qui s'imposent avec les autres locataires.

2. Les rénovations et modifications ne constituant plus des aménagements du locataire

141. Si les rénovations et des modifications envisagées ne constituent *plus un aménagement du locataire déjà autorisé* ou si, tout en restant dans le cadre contractuel originellement prévu, elles entraînent aussi une modification des aménagements de base, le régime applicable est différent. On peut par exemple imaginer une modification entraînant un changement d'affectation des locaux loués ou une rénovation qui requiert un redimensionnement des installations de base desservant le local brut loué.

¹⁸⁵ Appellationsgericht BS du 23.03.2010, cons. 2.2 et 2.3 ; BJM 6/2012, p. 307 ss.

¹⁸⁶ BIBER, Rohbaumiete, N 195.

142. La réalisation de ces travaux ne fait *pas partie de l'usage convenu* originellement dans le bail de locaux bruts¹⁸⁷.
143. Dans une telle situation, les travaux en question sont des *modifications ou des rénovations selon l'art. 260a CO*. Ce type de mesures a fait l'objet d'une présentation de notre part dans le cadre de ce séminaire en 2012¹⁸⁸. On se contentera de rappeler qu'à la différence de la catégorie précédente (N 140), le locataire doit obtenir ici le consentement écrit du bailleur.

C. Le régime en cas de défauts ou de malfaçons

144. Après la remise des locaux bruts, des défauts (au sens large) peuvent se présenter. Se pose alors la question de leur élimination ou du traitement du préjudice qu'ils causent. Après quelques généralités (1), nous distinguerons le régime applicable aux défauts touchant les aménagements de base (2) de ceux concernant les aménagements du locataire (3).

1. Généralités

145. Par *défait* (au sens strict) de la chose louée, on entend l'absence de qualités promises par le bailleur ou attendues par le locataire¹⁸⁹.
146. *Seule la chose louée*, c'est-à-dire le local à l'état brut avec ses aménagements de base (N 10), peut être défectueuse au sens des art. 259 ss CO (ci-après N 147 ss)¹⁹⁰. En effet, les aménagements du locataire ne font pas partie des prestations échangées par les parties. Il n'empêche que les malfaçons touchant les aménagements du locataire peuvent aussi amener le bailleur à exiger leur suppression ou

¹⁸⁷ BIBER, *Rohbaumiete*, N 199 ; ZK-HIGI, art. 260a CO N 4 ; TSCHUDI, MRA 2/2008, p. 51.

¹⁸⁸ A ce sujet, cf. CARRON, *Bail et travaux de construction*, N 108 ss.

¹⁸⁹ A ce sujet, cf. notamment GAUCH, RJB 1992, p. 197 ; TERCIER/BIERI/CARRON, N 1748. Eg. ATF 135 III 345, cons. 3.2.

¹⁹⁰ Dans ce sens, BIBER, *Rohbaumiete*, N 333.

à demander des dommages-intérêts pour compenser son préjudice (ci-après N 156 ss).

2. Les défauts des locaux bruts

147. Le *bailleur* doit garantir que les locaux bruts soient non seulement dans un état approprié à l'usage pour lequel ils ont été loués (art. 256 al. 1 CO), mais aussi qu'ils remplissent l'ensemble des qualités promises contractuellement¹⁹¹. Par exemple, la chose louée peut devoir non seulement être équipée d'installations électriques permettant la réalisation des travaux d'aménagement (qualité attendue) mais aussi avoir été réalisée à partir de matériaux répondant à certains labels écologiques (qualité promise).
148. Le fait que l'usage de la chose brute louée comprenne *deux composantes* (N 23 ss) joue un rôle particulier dans l'identification des défauts potentiels. Premièrement, des locaux bruts seront défectueux s'ils ne permettent pas au locataire d'effectuer les travaux de construction nécessaires à ses propres aménagements¹⁹². Deuxièmement, les locaux bruts et leurs aménagements seront également défectueux s'ils ne permettent pas une utilisation conforme à la destination finale de la chose louée.
149. Par *exemple*, si un bail de locaux bruts prévoit l'exploitation d'un établissement public de 150 places, qu'une licence administrative délivrée par la suite n'autorise cependant que 50 places en raison de l'absence d'une deuxième issue de secours sous forme d'escalier soit à l'intérieur soit à l'extérieur sur la façade de l'immeuble, les locaux bruts présentent un défaut, car ils ne se trouvent pas dans un état approprié à la destination finale pour laquelle ils ont été loués¹⁹³. En effet, l'installation d'une sortie de secours n'implique pas uniquement une adaptation des aménagements du locataire, mais nécessite une modification des aménagements de base.

¹⁹¹ GAUCH, RJB 1992, p. 193 ; VISCHER, N 232 s.

¹⁹² Dans ce sens, BIBER, Rohbaumiete, N 339 ; TSCHUDI, MRA 2/2008, p. 48.

¹⁹³ TF du 12.02.2016, 4A_208/2015, état de fait et cons. 3.2.

150. Lorsque la chose louée avec ses aménagements de base présente des défauts (p.ex. des infiltrations d'eau se produisent par les fenêtres), le locataire peut invoquer les droits découlant des art. 259a ss CO¹⁹⁴. Il peut notamment requérir la remise en état de la chose (art. 259b CO)¹⁹⁵ ou une réduction de loyer (art. 259d CO)¹⁹⁶. Le locataire peut également
151. Si le défaut de la chose à l'état brut entraîne un dommage aux aménagements du locataire, il s'agit d'un *dommage consécutif au défaut*. Par exemple, les infiltrations d'eau endommagent les parquets posés par le locataire et une partie de la marchandise exposée en rayons, ce qui impose au locataire de fermer pendant deux jours son commerce. Le locataire peut alors exiger des dommages-intérêts en cas de faute du bailleur (art. 259e CO)¹⁹⁷.
152. Nous pouvons ajouter trois *commentaires* :
153. 1° Le fait que le *bailleur soit propriétaire* des aménagements du locataire en vertu du principe de l'accession (art. 667 al. 2 CC) ne change rien au droit du locataire d'actionner le bailleur sur la base de l'art. 259e CO. En effet, le locataire, qui supporte l'entretien de ses propres aménagements (N 130), subit un véritable préjudice.
154. 2° En principe, le locataire verra son préjudice compensé sous forme de *dommages-intérêts*. Toutefois, en vertu de l'art. 43 al. 1 CO, applicable par renvoi de l'art. 99 al. 2 CO, le juge détermine le mode de la réparation et il n'est pas exclu qu'il ordonne une *compensation*

¹⁹⁴ BAER/STATHAKIS, p. 52 s. ; VISCHER, N 251. Au lieu d'invoquer la garantie pour les défauts, le locataire peut aussi invalider le bail pour erreur essentielle (art. 23 s. et 31 CO) ou pour dol (art. 28 et 31 CO) si les conditions de ces dispositions sont remplies (à ce sujet, cf. TERCIER/PICHONNAZ, N 782 ss et N 822 ss; GAUCH/SCHLUEP, N 761 ss et N 854 ss).

¹⁹⁵ TSCHUDI, MRA 2/2008, p. 50. Pour le régime de la remise en état, cf. notamment CPra Bail-AUBERT, art. 259b CO N 28 ss ; BSK-WEBER, art. 259b CO N 10 ss.

¹⁹⁶ Pour le régime de la réduction de loyer, cf. notamment CPra Bail-AUBERT, art. 259d CO N 1 ss ; ZK-HIGI, art. 259d CO N 3 ss.

¹⁹⁷ TSCHUDI, MRA 2/2008, p. 51.

*en nature*¹⁹⁸. Dans ce cas, le bailleur pourrait être condamné à supprimer les dommages affectant les aménagements du locataire¹⁹⁹.

155.3° Les dispositions contractuelles de la garantie pour les défauts (art. 259a ss CO) peuvent *s'appliquer en concours* avec celle, extracontractuelle, de la responsabilité objective simple du propriétaire (art. 58 CO)²⁰⁰. Cette dernière présente l'avantage ne pas exiger la faute du propriétaire ; en revanche, elle nécessite que le défaut contractuel, déterminé en fonction de la convention des parties, réponde également à la définition objective du vice de construction ou du défaut d'entretien²⁰¹.

3. Les malfaçons des aménagements du locataire

156. Si les aménagements du locataire présentent des malfaçons, le locataire ne dispose *pas de la garantie pour les défauts*²⁰², puisque leur réalisation ne relève pas de la sphère de risques du bailleur, mais fait partie de l'usage de la chose cédée au locataire²⁰³.

157. Quant au bailleur, il ne peut pas faire valoir les droits des art. 259a ss CO, qui sont réservés au locataire²⁰⁴. Dès lors, le bailleur doit se contenter des *outils offerts par la partie générale* du Code des obligations. Si le locataire n'exécute pas les aménagements convenus ou les réalise en ne respectant pas les exigences techniques ou

¹⁹⁸ Cf. CPra Bail-AUBERT, art. 259e CO N 26, qui évoque les principes régissant la responsabilité extracontractuelle.

¹⁹⁹ Il s'agirait alors toujours d'une réparation du dommage consécutif au défaut en nature selon l'art. 259e CO, à l'exclusion d'une remise en état selon l'art. 259b CO s. CO. A ce sujet, cf. VISCHER, N 261 s.

²⁰⁰ ATF 60 II 341 cons. 1. Eg. CPra Bail-AUBERT, art. 259e CO N 39 ; BSK-WEBER, art. 259e CO N 3.

²⁰¹ Sur ces notions, cf. MÜLLER, Responsabilité civile, N 359 ss.

²⁰² Appellationsgericht BE du 30.10.1996, cons. 5, MRA 1998 70. Eg. CARRON, Bail et travaux de construction, N 37 ; Co-SVIT, art. 256 CO N 32b ; ZUCKER, Geschäftsmiete, p. 13.

²⁰³ BIBER, Rohbaumiete, N 343 ; TSCHUDI, MRA 1/2010, p. 5.

²⁰⁴ VISCHER, N 235 ss et 253. Eg. BAER/STATHAKIS, p. 51.

esthétiques, le bailleur peut d'abord intenter une action en exécution (en nature) pour imposer le respect des engagements pris²⁰⁵.

158. Si les malfaçons des aménagements du locataire entraînent un préjudice du bailleur, par exemple en endommageant les aménagements de base, le bailleur peut demander la réparation de son dommage aux conditions de l'*action générale de l'art. 97 CO*²⁰⁶. Si un terme a été convenu pour la réalisation des aménagements et que le locataire se trouve en demeure, le bailleur peut recourir aux instruments de la demeure simple (art. 102 ss CO) et qualifiée (art. 107 ss CO)²⁰⁷.
159. Notons enfin que, si la chose à l'état brut est un bien-fonds non construit et que le locataire est autorisé à effectuer des aménagements sous forme de constructions mobilières (N 76), alors le bailleur peut également invoquer l'art. 58 CO à l'appui de sa créance en réparation du préjudice à l'encontre du locataire. En effet, le locataire demeure propriétaire desdites constructions en vertu de l'art. 677 al. 1 CC et peut donc être recherché à titre de propriétaire d'ouvrage²⁰⁸.

IV. Le régime juridique à la fin du bail

160. La fin du bail de locaux nus soulève des problèmes spécifiques. Il faut d'abord déterminer dans quel état – brut ou équipé – les locaux doivent être restitués (A). Dans l'hypothèse où les aménagements du locataire ne sont pas enlevés, il faut ensuite identifier si celui-ci a droit ou non à une indemnisation (B). Nous aborderons enfin deux cas particuliers (C).

²⁰⁵ Sur l'action en exécution (en nature), cf. TERCIER/PICHONNAZ, N 1146.

²⁰⁶ Pour une description des conditions et conséquences de cette institution, cf. notamment GAUCH/SCHLUEP, N 2483 ss et 2615 ss ; TERCIER/PICHONNAZ, N 1208 ss.

²⁰⁷ Pour une description des conditions et conséquences de ces institutions, cf. notamment GAUCH/SCHLUEP, N 2656 ss ; TERCIER/PICHONNAZ, N 1279 ss et N 1299 ss.

²⁰⁸ Dans ce sens, VISCHER, N 271.

A. La restitution des locaux

161. L'*art. 267 CO* prévoit qu'« [à] la fin du bail, le locataire doit restituer la chose dans l'état qui résulte d'un usage conforme au contrat ».
162. Lorsque le bail concerne des locaux nus, il faut déterminer le régime applicable aux aménagements du locataire, faute de disposition légale spécifiquement pertinente (1). Une fois cette étape accomplie, il convient d'apprécier les conséquences de ce régime sur le sort des aménagements du locataire (2).

1. Le régime applicable : l'*art. 260a CO* par analogie

163. L'*art. 260a CO* s'applique directement aux travaux de rénovation et de modification effectués par le locataire et prévoit que celui-ci « n'a le droit de rénover ou de modifier la chose qu'avec le consentement écrit du bailleur » (al. 1).
164. En vertu de cette disposition, le droit du locataire d'effectuer des rénovations ou des modifications requiert la réunion des *trois conditions* cumulatives suivantes²⁰⁹. Premièrement, il faut un contrat de bail entre les parties. Deuxièmement, le locataire doit vouloir exécuter des travaux de rénovation ou de modification, c'est-à-dire des interventions dans la substance de la chose louée qui influencent son état et sont effectuées pendant la durée du bail²¹⁰. Troisièmement, il faut le consentement écrit du bailleur²¹¹.
165. Les travaux d'aménagements du locataire d'un bail de locaux nus *diffèrent des travaux de rénovation et de modification* à plusieurs égards. D'abord, contrairement aux premiers, les seconds ne sont pas compris dans l'usage pour lequel la chose a été louée au sens de

²⁰⁹ Pour une présentation détaillée, cf. CARRON, Bail et travaux de construction, N 123 ss et réf. citées.

²¹⁰ TF du 21.06.2005, 4P.122/2005, cons. 3.3.1 ; Co-SVIT, art. 260-260a CO N 16.

²¹¹ Sur les aspects temporel, formel et matériel de cet accord, cf. CARRON, Bail et travaux de construction, N 126 et réf. citées.

l'art. 256 al. 1 CO²¹². Ensuite, les rénovations et modifications ne visent pas toujours à réaliser (ou à entretenir) les aménagements nécessaires à la destination finale de la chose louée, telle que prévue par le bail²¹³. A cela s'ajoute le fait que le locataire n'a ni l'obligation ni le droit de réaliser des travaux de rénovation ou de modification et a besoin du consentement écrit du bailleur, alors que le bail de locaux nus autorise le locataire à effectuer ses propres aménagements (N 24), voire impose leur réalisation dans un délai convenu (N 77). Enfin, d'un point de vue temporel, le besoin d'effectuer des travaux de rénovation ou de modification au sens de l'art. 260a CO n'apparaît en règle générale qu'en cours de bail²¹⁴, alors que les aménagements du locataire sont en pratique plutôt effectués en début de bail.

166. Malgré ces différences, les aménagements du locataire de locaux nus et les travaux de rénovation et de modification au sens de l'art. 260a CO présentent des *caractéristiques communes* fondamentales²¹⁵. En particulier, dans les deux cas, les parties conviennent que le locataire prend en charge des travaux de construction, sans que cela ne modifie les prestations du bailleur. En ce sens, le bail de locaux nus soulève les mêmes difficultés que les travaux de rénovation ou de modification du locataire. Celles-ci portent notamment sur l'état dans lequel les locaux doivent être restitués (cf. art. 260a al. 2 CO ; ci-après N 168 ss) et sur l'indemnisation du locataire pour l'éventuelle plus-value résultant des travaux entrepris (cf. art. 260a al. 3 CO ; ci-après N 181 ss).
167. En vertu de ces similitudes, une partie de la doctrine, à laquelle nous nous rallions²¹⁶, s'exprime en faveur d'une *application par analogie*

²¹² BIBER, *Rohbaumiete*, N 198.

²¹³ Mietgericht Zurich du 03.05.1999, ZMP 1/03 N 4. Eg. BIBER, *Rohbaumiete*, N 199.

²¹⁴ Il n'est toutefois pas exclu que le locataire en fasse déjà la requête lors de la conclusion du contrat. A ce sujet, cf. BIBER, *Rohbaumiete*, N 350 nbp. 538 ; ég. CARRON, *Bail et travaux de construction*, N 110 et N 115.

²¹⁵ TSCHUDI, *MRA 2/2008*, p. 51.

²¹⁶ CARRON, *Bail et travaux de construction*, N 45.

de l'art. 260a CO aux aménagements du locataire²¹⁷. Il s'agit maintenant d'examiner plus en détail les implications de ce régime.

2. Le sort des aménagements du locataire

168. A la fin du contrat de bail, le sort des aménagements du locataire diffère selon que les parties ont convenu de l'obligation pour le locataire de supprimer les aménagements du locataire (a) ou que, faute de convention, le régime dispositif s'applique (b).

a) La suppression conventionnelle des aménagements

169. Alors que la jurisprudence ne s'est pas exprimée sur le sujet, la doctrine est divisée quant à l'admissibilité d'une *convention* imposant au locataire de supprimer ses aménagements à la fin du bail.

170. Les tenants de la *théorie de la compensation* affirment qu'une telle convention est nulle parce que contraire à l'art. 256 al. 2 CO²¹⁸, voire aussi à l'art. 267 al. 2 CO²¹⁹.

171. Les défenseurs de la *théorie de l'usage*, à laquelle nous nous rallions (N 47), considèrent qu'elle est valable, en vertu de l'art. 260a al. 2 CO appliqué par analogie²²⁰. Il semble en effet que, si un bail ordinaire

²¹⁷ Dans ce sens, BAER/STATHAKIS, p. 55 ; BIBER, Aspekte, p. 91 ; ZK-HIGI, art. 260a CO N 4 ; Co-SVIT, art. 260-260a CO N 57 et art. 256 CO N 32c ; TSCHUDI, MRA 2/2008, p. 52 ; ZEHNDER, p. 726 s. Eg. CPra Bail-AUBERT, art. 260a CO N 10 et 30. D'autres auteurs s'expriment plutôt en faveur d'une application directe de l'art. 260a CO : CHK- HULLIGER/HEINRICH, art. 260a CO N 3 ; BK-GIGER, art. 256 CO N 98 ; VISCHER, N 291 ss, N 295.

D'autres enfin rejettent l'application de l'art. 260a CO et s'appuient sur l'art. 256 CO : BSK-WEBER, art. 260a CO N 2 et art. 256a CO N 6 ; HEUSI, Fragen, p. 5 ss ; LACHAT/WYTTENBACH (2016), p. 907, N 32.9.5 et N 32.9.6 ; PERMANN, PJA 2007, p. 1528 ; ZANETTI, p. 99.

²¹⁸ HEUSI, Fragen, p. 5 ; LACHAT/WYTTENBACH (2016), p. 907 ss, N 32.9.6 ; BSK-WEBER, art. 256 CO N 6a ; ZANETTI, p. 100 s. Eg. CPra Bail-AUBERT, art. 260a CO N 23, qui exige une indemnisation.

²¹⁹ PERMANN, PJA 2007, p. 1530 s.

²²⁰ BAER/STATHAKIS, p. 54, sans mentionner l'art. 260a CO ; BIBER, Aspekte, p. 97, qui précise pourquoi l'art. 267 al. 2 CO n'est pas violé ; BK-GIGER, art. 256 CO N 102 ;

permet aux parties de convenir d'une telle obligation, rien ne s'oppose à ce que la même règle s'applique à un bail de locaux nus.

172. Cette convention de suppression des aménagements appelle les *commentaires* suivants :

173. 1° Du point de vue *matériel*, l'étendue de l'obligation de remise à l'état brut doit être précise et détaillée²²¹. En pratique, ces précisions se trouvent dans le document d'interface (N 81), qui traite également de l'étape de remise en état, parfois aussi appelée « déconstruction ». En outre, il n'est pas rare que la convention réserve un droit d'option au bailleur à la fin du contrat, à savoir celui d'exiger ou non la remise en état²²². Dans cette hypothèse, les parties doivent prévoir précisément les modalités d'exercice de ce droit d'option et, pour l'hypothèse où le bailleur n'exige pas la remise en état, l'éventuelle faculté du locataire de disposer de ses aménagements (N 180) ou le paiement d'une indemnité sur la base de l'art. 260a al. 3 CO (N 181 ss)²²³.

174. 2° Du point de vue *formel*, la convention doit revêtir la forme écrite (art. 260a al. 2 CO par analogie), c'est-à-dire que les deux parties doivent s'engager, par leur signature, à ce que le locataire rétablisse l'état brut de la chose louée²²⁴.

175. 3° Du point de vue *qualitatif et temporel*, la sécurité juridique peut commander de préciser la personne chargée de l'exécution de la

ZK-HIGI, art. 260a CO N 35 ; CHK-HULLIGER/HEINRICH, art. 260a CO N 3, qui appliquent directement l'art. 260a CO ; Co-SVIT, art. 260-260a CO N 57 et 71 et art. 267-267a CO N 12 et N 20 ; TSCHUDI, MRA 2/2008, p. 53 s. ; VISCHER, N 328.

²²¹ BIBER, *Rohbaumiete*, N 373 ; CARRON, *Bail et travaux de construction*, N 145 et réf. citées.

²²² MÜLLER, MRA 3/2003, p. 107.

²²³ BIBER, *Rohbaumiete*, N 374 et 415 ; TSCHUDI, MRA 2/2008, p. 53.

²²⁴ Voir cependant VISCHER, N 327, qui laisse entendre (à tort selon nous) qu'un tel accord conclu en cours de bail nécessiterait le respect de la forme prévue à l'art. 269d CO, soit la formule officielle. En effet, vu qu'il s'agit d'une modification conventionnelle, les règles sur une modification unilatérale au détriment du locataire ne s'appliquent pas. Il en irait bien sûr différemment d'une modification unilatérale.

remise en état ainsi que le fait que la remise en état doit être achevée à l'expiration du bail²²⁵.

176. 4° Du point de vue *financier*, il ne faut pas perdre de vue que les coûts d'une remise en état peuvent se révéler très importants et qu'au moment où ces frais interviennent, le locataire n'a en principe plus intérêt au maintien d'une bonne relation contractuelle. Cette situation peut justifier la création d'une sûreté pour garantir l'exécution de ces travaux²²⁶. En pratique, les parties conviennent parfois que le locataire verse régulièrement un certain montant sur un compte bloqué, destiné à couvrir tout ou partie des frais de remise en état à la fin du bail²²⁷.

b) Le régime par défaut : le maintien des aménagements et le droit du locataire d'en disposer

177. L'art. 267 al. 1 CO, applicable en fin de bail, prévoit que le locataire « doit restituer la chose louée dans l'état qui résulte d'un usage conforme au contrat ».

178. Si l'on admet que les aménagements du locataire font partie de l'usage convenu et conforme de la chose louée (N 24), ils *peuvent être maintenus* en fin de bail, sans que le locataire ne soit obligé de restituer la chose louée dans son état brut²²⁸. Le bailleur est donc en principe tenu d'accepter les locaux avec les aménagements du locataire, quel que soit leur état²²⁹. Seule exception, le cas où l'absence d'entretien constitue une violation de l'usage conforme de la chose à l'état brut selon l'art. 267 CO (N 132) : dans cette hypothèse, le bailleur pourrait exiger la réparation de son préjudice sur la base de l'art. 97 CO, en argumentant que l'état de la chose, y compris les

²²⁵ BIBER, Aspekte, p. 99, qui précise qu'une interpellation n'est pas nécessaire.

²²⁶ A ce sujet, cf. la contribution écrite de BOHNET FRANÇOIS, p. 1 dans le présent ouvrage.

²²⁷ BIBER, Rohbaumiete, N 251 et 375.

²²⁸ Dans ce sens, BIBER, Rohbaumiete, N 357 ; BK-GIGER, art. 256 CO N 102 ; TSCHUDI, MRA 2/2008, p. 53.

²²⁹ On rappelle que le locataire n'est en principe pas tenu d'entretenir ses aménagements (N 131).

aménagements du locataire, constitue un défaut dont celui-ci doit répondre (art. 267a al. 1 *in fine* CO)²³⁰. Le bailleur doit alors aviser immédiatement le locataire de l'existence du défaut pour éviter que son droit ne se périmé²³¹.

179. Cette solution *correspond au régime de l'art. 260a CO*, applicable par analogie (N 163 ss). En effet, si le bailleur a consenti par écrit à des rénovations ou à des modifications et que rien n'a été convenu entre bailleur et locataire au sujet du sort de ces travaux à la fin du bail, l'art. 260a al. 2 CO présume que le locataire n'est pas obligé de remettre en état la chose louée²³².
180. Ceci dit, si la convention des parties ne prévoit rien quant à la remise en état et que le bailleur ne verse aucune indemnité au locataire – soit parce que la convention ne prévoit rien, soit parce que les conditions de l'art. 260a al. 3 CO par analogie ne sont pas remplies – le bailleur de locaux nus doit respecter la *faculté du locataire de disposer de ses propres aménagements*, notamment de les enlever²³³. Il s'agit, comme pour l'art. 260a CO, d'une exception au principe de l'accession qui vaut aussi bien pour les choses mobilières non rattachées à la chose louée que pour des aménagements devenus partie intégrante en vertu du principe d'accession²³⁴. Dans la mesure où la remise en état est faite selon les règles de l'art, le bailleur ne subit en effet aucun dommage²³⁵.

²³⁰ Sur le principe de l'invocation de l'art. 97 CO en lien avec l'art. 267 al. 1 CO, cf. TF du 30.08.2017, 4A_27/2017, cons. 4.1.4. Pour les baux de locaux nus, cf. BIBER, *Rohbaumiete*, N 359.

²³¹ CARRON, *Bail et travaux de construction*, N 143.

²³² CARRON, *Bail et travaux de construction*, N 145 et réf. citées.

²³³ En allemand, on parle de *Verfügungsrecht* et *Wegnahmerecht*.

²³⁴ TF du 02.09.2009, 4A_211/2009 cons. 3.3, qui renvoie à TF du 09.01.2006, 4C.345/2005, cons. 1.1. Eg. CARRON, *Bail et travaux de construction*, N 124 ; BSK-WEBER, art. 260a CO N 2. Pour un résultat semblable, avec un raisonnement légèrement différent, BIBER, *Aspekte*, p. 101 s. D'un avis différent, VISCHER, N 329 s.

²³⁵ CARRON, *Bail et travaux de construction*, N 150. D'un avis contraire, SCHUMACHER, p. 63.

B. L'indemnisation du locataire

181. Lorsque les parties ont convenu que le locataire n'a pas le droit de disposer de ses aménagements et n'ont pas exclu une indemnité pour la plus-value créée par le locataire, il faut apprécier s'il a effectivement droit à une telle indemnité. Nous analyserons successivement le régime légal (1) et les solutions conventionnelles (2).

1. Le régime légal

182. *Les points de vue diffèrent* selon les écoles doctrinales :

183. Selon la *théorie de la compensation* (N 42 ss), le bailleur aurait en principe l'obligation d'aménager totalement les locaux, dans la mesure où leur destination finale l'exige²³⁶. Par conséquent, le bailleur doit accorder au locataire une compensation suffisante, voire complète sur la base de l'art. 256 CO, de nature impérative²³⁷. En revanche, les travaux d'aménagement non nécessaires à l'affectation convenue, mais découlant de vœux particuliers du locataire constituent des travaux de rénovation et de modification. A ce titre, une éventuelle indemnité se calcule alors selon l'art. 260a al. 3 CO par analogie²³⁸.

184. Selon la *théorie de l'usage* (N 45 ss), à laquelle nous nous rallions, les aménagements dont le locataire n'a pas le droit de disposer ne lui confèrent pas nécessairement un droit à une indemnité. L'art. 260a

²³⁶ BSK-WEBER, art. 260a CO N 2 et art. 256 CO N 6a ; ZANETTI, p. 99 et les réf. citées.

²³⁷ VISCHER, N 305 ss, qui s'appuie également sur le contrat de franchise. Pour une présentation des méthodes de calcul d'indemnité, cf. CARRON, Bail et travaux de construction, N 33.

²³⁸ CPra Bail-AUBERT, art. 260a CO N 10 ; KNOEPFLER/RUEDIN, p. 9 ; PERMANN, PJA 2007, p. 1527 ; ZANETTI, p. 99 s.

al. 3 CO s'applique par analogie²³⁹. Sa nature dispositive²⁴⁰ autorise les parties à prévoir un autre régime (N 193).

185. Les *conditions* d'application (par analogie) de l'art. 260a al. 3 CO aux baux de locaux nus sont les suivantes²⁴¹ :

186. 1° Les travaux concernés sont *des aménagements du locataire admis par le bailleur et qui n'ont pas fait l'objet d'une remise en état ou d'un enlèvement*. Ils sont prévus ou, au moins, autorisés dans le bail de locaux nus. Si le locataire a effectué des aménagements dépassant ce qui a été convenu, il ne peut pas obtenir d'indemnité, même si le bailleur n'exige pas la remise en état et les conserve²⁴².

187. 2° La chose louée *présente une plus-value* à la fin du bail. Selon un arrêt récent du TF, la plus-value correspond à la valeur ajoutée à la chose louée à l'état brut, non encore amortie à la fin du bail ; elle s'apprécie objectivement, eu égard aux frais exposés par le locataire et à l'utilité des travaux pour le bailleur²⁴³. Ne constituent pas une plus-value les investissements ne répondant qu'aux besoins particuliers du locataire et ne représentant donc qu'une plus-value subjective²⁴⁴. Le TF mentionne les deux courants doctrinaux pour le calcul de la plus-value : le premier est fondé sur la valeur capitalisée de la différence de loyer que peut obtenir le bailleur grâce aux aménagements du locataire²⁴⁵, le second s'appuie sur la valeur

²³⁹ BIBER, *Rohbaumiete*, N 398 ; CARRON, *Bail et travaux de construction*, N 34 ; TSCHUDI, *MRA 2/2008*, p. 55 ; Co-SVIT, art. 260-260a CO N 57. Eg. VISCHER, N 302, qui soutient une application directe de l'art. 260a al. 3 CO.

²⁴⁰ ATF 124 III 149 cons. 5, JdT 1999 I 119, DB 1998 N 7. Eg. CPra *Bail-AUBERT*, art. 260a CO N 29 ; CARRON, *Bail et travaux de construction*, N 34 ; LCHAT, p. 834, N 32.4.9.

²⁴¹ TSCHUDI, *MRA 2/2008*, p. 55. Pour une présentation détaillée, cf. CARRON, *Bail et travaux de construction*, N 158 ss et réf. citées. Eg. BK-GIGER, art. 256 CO N 97 s.

²⁴² Dans ce sens, pour des travaux de rénovation ou de modification, Chambre d'appel en matière de baux et loyers GE du 09.09.1996, cons. 4, CdB 1997 79 et les réf. citées.

²⁴³ TF du 27.03.2015, 4A_678/2014, cons. 4.1.1 et réf. citées. Eg. BIBER, *Rohbaumiete*, N 418 ss.

²⁴⁴ TF du 27.03.2015, 4A_678/2014, cons. 4.1.1 ; ZK-HIGI, art. 260a CO N 51.

²⁴⁵ CARRON, *Bail et travaux de construction*, N 161 ; SCHUMACHER, p. 60 s. ; Co-SVIT, art. 260-260a CO N 80 ; TSCHUDI, *MRA 2/2008*, p. 55 s. ; WETZEL, p. 114 s. Eg. TF du 27.03.2015, 4A_678/2014, cons. 4.1.2.

objective, qui consiste à déduire des coûts d'investissement du locataire les amortissements ainsi que les autres diminutions de valeur comme les détériorations²⁴⁶. Les juges fédéraux n'ont pas rejeté la méthode de rendement utilisée par le Tribunal cantonal dans cette affaire, dans la mesure où une plus-value était exclue, quelle que soit la méthode retenue²⁴⁷.

188. 3° La plus-value est *considérable*. Une augmentation de valeur de peu d'importance ne suffit pas²⁴⁸. Il faut tenir compte du coût des travaux, du loyer payé par le locataire pour les locaux bruts et des avantages dont le bailleur pourra tirer profit²⁴⁹.
189. 4° Le locataire *réclame* l'indemnité pour la plus-value²⁵⁰. Il faut une manifestation de volonté de sa part en ce sens.
190. Si les conditions mentionnées ci-dessus (N 185 ss) sont remplies, le locataire pourra exiger le paiement d'une *indemnité*, en vertu de l'art. 260a al. 3 CO par analogie.
191. On peut formuler les *commentaires* suivants à ce sujet²⁵¹. Premièrement, il s'agit d'une créance conditionnelle – il faut une plus-value considérable – et exigible en fin de bail. Deuxièmement, le montant de l'indemnité ne correspond pas nécessairement à la plus-value²⁵² : après avoir calculé celle-ci selon la méthode explicitée ci-dessus (N 187 s.), on peut intégrer des éléments d'équité, tels que

²⁴⁶ ZK-HIGI, art. 260a CO N 52 ss ; ZEHNDER, p. 725 ; PERMANN, Mietrecht, art. 260a CO N 8 ; TF du 27.03.2015, 4A_678/2014, cons. 4.1.2. Le TF a retenu cette méthode dans deux arrêts : TF du 27.05.2003, 4C.393/2002, cons. 6.2 ; TF du 29.03.2006, 4C.18/2006, cons. 3.1.2.

²⁴⁷ TF du 27.03.2015, 4A_678/2014, cons. 4.1.3 et 4.1.4.

²⁴⁸ Une proposition formulée dans ce sens lors des débats parlementaires a été nettement rejetée (BO CN 1989, p. 502 s.).

²⁴⁹ TF du 29.03.2006, 4C.18/2006, cons. 3.1.1. Eg. BIBER, Rohbaumiete, N 426 ss ; SCHUMACHER, p. 60 ; VISCHER, N 303.

²⁵⁰ Pour plus de détails, CARRON, Bail et travaux de construction, N 164.

²⁵¹ Pour plus de détails, CARRON, Bail et travaux de construction, N 166 ss et réf. citées.

²⁵² Cf. le texte allemand de l'art. 260a al. 3 CO, qui parle d'une « *entsprechender Entschädigung* ».

l'utilité réduite des aménagements pour le bailleur ou les circonstances ayant mis un terme au bail²⁵³.

192. Vu les incertitudes résultant du régime légal dispositif, il nous semble judicieux que les parties fassent *usage de leur liberté contractuelle* et qu'elles prévoient en détail le principe et les modalités de l'indemnisation des aménagements du locataire²⁵⁴.

2. Les solutions conventionnelles

193. Nous l'avons dit (N 192), il est recommandé de régler conventionnellement la question de l'indemnité pour les aménagements et les investissements du locataire de locaux nus. Vu la nature dispositrice de l'art. 260a al. 3 CO (N 184), les parties peuvent prévoir notamment les deux régimes suivants²⁵⁵, qui ne requièrent le respect d'aucune forme spécifique²⁵⁶ :

194. 1° Les parties conviennent que le locataire *dispose d'une créance en indemnité* contre le bailleur. Cette hypothèse s'applique lorsque le locataire parvient à faire prévaloir ses intérêts dans la négociation, lorsque le bailleur veut attirer un locataire important ou lorsqu'il est d'avis que les aménagements du locataire seront aisément réutilisables²⁵⁷. Une telle convention fait sens lorsque les parties ont exclu la faculté du locataire de disposer de ses propres aménagements, notamment de les enlever.

²⁵³ TF du 29.03.2006, 4C.18/2006, cons. 3.1.1, DB 2006 N 12. Pour l'appréciation en équité, TF du 18.08.2005, 4C.97/2005, cons. 2.8, CdB 2006 8, DB 2006 N 11 et les références contenues. Pour une liste des facteurs à prendre en considération, CPra Bail-AUBERT, art. 260a CO N 35. Pour les baux de locaux nus en particulier, BIBER, Rohbaumiete, N 429 ss.

²⁵⁴ Dans ce sens, BIBER, Rohbaumiete, N 434.

²⁵⁵ Cf., en lien avec une application directe de l'art. 260a al. 3 CO, TF du 17.04.2017, 4C_61/2007, cons. 5.

²⁵⁶ Pour le second type de convention, cf. Mietgericht ZH du 20.01.1997, MRA 3/1998, p. 94 ss, p. 97 cons. 2c, cité in : BIBER, Rohbaumiete, N 394.

²⁵⁷ BIBER, Rohbaumiete, N 394 ; ZANETTI, p. 93.

195. Si un nouveau locataire reprend les aménagements de son prédécesseur, il faut distinguer selon le type de reprise. En cas de transfert de bail (art. 263 CO²⁵⁸), les droits et les obligations du transférant, en particulier le droit à une indemnité, passent au preneur²⁵⁹. Dans les autres situations (p.ex. une restitution anticipée de la chose selon l'art. 264 CO²⁶⁰), le nouveau locataire n'a ni le droit d'obtenir une indemnité ni d'ailleurs l'obligation de supprimer les aménagements du locataire (N 169 ss)²⁶¹.
196. 2° Les parties conviennent que le locataire n'a *pas de créance en indemnité* contre le bailleur²⁶². Cette solution fait notamment sens lorsque les aménagements du locataire sont à ce point particuliers qu'ils n'ont que peu d'utilité pour le bailleur ou un futur locataire²⁶³.
197. Lorsque le locataire renonce conventionnellement à toute indemnité, les parties prévoient souvent en pratique une *durée minimale du bail*, afin que le locataire puisse amortir ses aménagements²⁶⁴. L'existence d'une telle durée n'est toutefois pas une condition de validité de l'accord supprimant l'indemnité du locataire²⁶⁵.
198. Si le bail de durée déterminée est ensuite *résilié de manière extraordinaire*, on peut se demander si le locataire peut exiger du bailleur non pas une indemnité (qui a été écartée par convention) mais des *dommages-intérêts*. Il faut à nouveau distinguer :

²⁵⁸ Pour plus de détails, cf. CPra Bail-BISE/PLANAS, art. 263 CO N 1 ss ; ZK-HIGI, art. 263 CO N 3 ss.

²⁵⁹ LACHAT, p. 836, N 32.6.4. Eg. CARRON, Bail et travaux de construction, N 148. Voir aussi TF du 05.06.2000, 4C.87/2000, cons. 3, DB 2002 N 8.

²⁶⁰ Pour plus de détails, cf. CPra Bail-BISE/PLANAS, art. 264 CO N 1 ss ; ZK-HIGI, art. 264 CO N 3 ss.

²⁶¹ Tribunal cantonal VD du 08.03.1988, cons. 2b, DB 1989 N 34. Eg. LACHAT, p. 836, N 32.6.4. Eg. CARRON, Bail et travaux de construction, N 148.

²⁶² VISCHER, N 304.

²⁶³ Dans ce sens, pour l'art. 260a al. 3 CO, ATF 124 III 149, cons. 4.c, JdT 1999 I 119, DB 1998 N 7, qui explique que le bailleur n'accepterait aucune modification s'il n'avait pas la possibilité d'exclure l'indemnité. Eg. CARRON, Bail et travaux de construction, N 157.

²⁶⁴ BK-GIGER, art. 256 CO N 91.

²⁶⁵ BIBER, Rohbaumiete, N 401 ; TSCHUDI, MRA 2/2008, p. 57.

199. 1° Si les motifs de la résiliation sont *imputables au locataire* (p.ex. résiliation pour demeure dans le paiement du loyer selon l'art. 257d al. 2 CO²⁶⁶, résiliation fondée sur l'art. 257f al. 3 CO²⁶⁷ ou résiliation pour justes motifs due au locataire selon l'art. 266g CO²⁶⁸), celui-ci n'aura pas droit à des dommages-intérêts²⁶⁹.
200. 2° Si les motifs de résiliation ne sont *pas imputables au locataire*, la situation est différente²⁷⁰. Par exemple, si le locataire résilie le bail en raison d'un défaut grave auquel le bailleur ne remédie pas dans un délai convenable (art. 259b CO), il a droit à des dommages-intérêts aux conditions de l'art. 259e CO²⁷¹. Le fait de ne pas avoir pu utiliser la chose pendant toute la durée convenue contractuellement, en particulier le fait de ne pas avoir pu amortir ses aménagements, fait partie du préjudice que le locataire peut exiger du bailleur.
201. Il en va de même d'une résiliation fondée sur l'art. 261 al. 2 CO (aliénation de la chose)²⁷². Dans ce cas, le locataire peut exiger du premier bailleur la réparation de son dommage selon l'art. 261 al. 3 CO : le préjudice comprend l'utilisation raccourcie des aménagements du locataire²⁷³. Pour éviter une telle situation, bailleur et locataire de locaux nus peuvent convenir d'*annoter le bail* au registre foncier (art. 261b CO²⁷⁴) : l'annotation empêche le nouvel acquéreur de résilier le bail pour un besoin urgent, garanti en principe au locataire de pouvoir bénéficier de la chose louée pour la durée

²⁶⁶ Pour plus de détails, cf. notamment CPra Bail-WESSNER, art. 257d CO N 30 ss ; ZK-HIGI, art. 257d CO N 45 ss.

²⁶⁷ Pour plus de détails, cf. notamment CR-CO I-LACHAT, art. 257f CO N 9 ss ; ZK-HIGI, art. 257f CO N 62 ss.

²⁶⁸ Pour plus de détails, cf. notamment TERCIER/BIERI/CARRON, N 2017 ss ; BSK-WEBER, art. 266g CO N 1 ss.

²⁶⁹ TSCHUDI, MRA 2/2008, p. 59.

²⁷⁰ BIBER, Rohbaumiete, N 408 ss et réf. citées.

²⁷¹ Pour plus de détails, cf. notamment CPra Bail-AUBERT, art. 259e CO N 3 ss ; LACHAT/ROY (2016), p. 259 ss, N 11.5.1 ss.

²⁷² Pour plus de détails, cf. notamment CPra Bail-MARCHAND, art. 261 CO N 27 ss ; ZK-HIGI, art. 261-261a CO N 30 ss.

²⁷³ TSCHUDI, MRA 2/2008, p. 59.

²⁷⁴ Pour plus de détails, cf. notamment CPra Bail-MARCHAND, art. 261b CO N 1 ss ; ZK-HIGI, art. 261b CO N 3 ss.

originellement convenue et épargne à l'ancien bailleur de devoir payer des dommages-intérêts.

C. Deux cas particuliers

202. Deux situations particulières méritent encore un bref développement : la protection contre les congés en cas de bail de locaux nus (1.) et les conséquences de la faillite du bailleur ou du locataire sur un tel bail (2.)

1. La protection contre les congés

203. Les art. 271 ss CO accordent au locataire d'un local d'habitation ou d'un local commercial une *protection particulière en cas de résiliation*. Le locataire peut tenter d'obtenir soit l'annulation du congé (art. 271 s. CO), soit la prolongation du bail (art. 272 ss CO).

204. Sans présenter en détail cette institution²⁷⁵, il s'agit de déterminer si le locataire peut *invoquer les investissements consentis pour ses aménagements* afin d'établir le caractère contraire aux règles de la bonne foi du congé (art. 271 al. 1 CO) ou les conséquences pénibles de la fin du contrat non prolongé (art. 272 al. 1 CO).

205. A notre avis, le locataire de locaux nus peut le faire uniquement dans des *circonstances précises*²⁷⁶ :

206. 1° Les parties ont *exclu conventionnellement le paiement d'une indemnité pour plus-value considérable* selon l'art. 260a al. 3 CO (N 196). En effet, si le locataire peut revendiquer une telle indemnité, alors les investissements effectués par le locataire pour ses aménagements ne rendront ni le congé contraire aux règles de la bonne foi ni les conséquences de la fin du contrat suffisamment pénibles. Si le locataire est privé d'indemnité parce que la plus-value de ses aménagements n'est pas considérable, le congé ne sera pas

²⁷⁵ Pour plus de détails, cf. notamment CPra Bail-CONOD, art. 271 CO N 1 ss et art. 272 CO N 1 ss ; BSK-WEBER, art. 271/271a CO N 1 ss et art. 272 CO N 1 ss.

²⁷⁶ Dans ce sens, BIBER, Rohbaumiete, N 555 ss et réf. citées.

abusif, c'est-à-dire ni annulable ni prolongeable, précisément pour cette raison.

207. 2° Les aménagements du locataire ne doivent *pas être encore amortis*. Dans le cas contraire, la fin du contrat n'entraîne ni congé contraire aux règles de la bonne foi selon l'art. 271 al. 1 CO, ni conséquences pénibles au sens de l'art. 272 al. 1 CO²⁷⁷.
208. 3° Le locataire a effectué ses investissements *en raison de la confiance suscitée par le bailleur*. En se fondant sur le comportement ou les déclarations de celui-ci, le locataire comprend de bonne foi qu'il pourra bénéficier d'une longue durée contractuelle. Si le bail est ensuite résilié à plus ou moins brève échéance, le congé pourrait être annulable s'il contrevient aux règles de la bonne foi (art. 271 al. 1 CO)²⁷⁸. L'issue d'une demande en annulation du congé dépendra notamment de la durée d'amortissement à laquelle le locataire pouvait s'attendre, du motif de résiliation invoqué par le bailleur ainsi que du comportement adopté par le bailleur. La même solution s'applique en lien avec l'éventuelle prolongation du bail (art. 272 CO)²⁷⁹.
209. En revanche, si les parties ont *convenu d'une durée de bail déterminée*, le locataire doit planifier rationnellement ses investissements et ne peut pas invoquer un congé contraire à la bonne foi s'il n'a pas encore amorti ses investissements à l'expiration du contrat. De même, si le bail prend fin en vertu d'une résiliation extraordinaire imputable au locataire, celui-ci ne peut se plaindre d'un congé contraire aux art. 271 ss CO. En revanche, si la résiliation extraordinaire est imputable au bailleur, le locataire peut tenter d'obtenir l'annulation du congé ou la prolongation du bail, sans préjudice de son droit à des dommages-intérêts (N 200).

²⁷⁷ Dans ce sens, BIBER, *Rohbaumiete*, N 560.

²⁷⁸ BIBER, *Rohbaumiete*, N 558 ; THANER, *Fachheft*, p. 22 s.

²⁷⁹ BIBER, *Rohbaumiete*, N 561. *Contra* : Obergericht ZH du 22.02.2002, MRA 4/2002, p. 152 ss, p. 156, qui applique une réflexion proche de la théorie de la compensation (N 42 ss) et affirme donc que le locataire ne peut subir de « conséquences pénibles » au sens de l'art. 272 al. 1 CO car il a déjà été complètement indemnisé pour la réduction de la prestation du bailleur.

2. Le cas de la faillite

a) La faillite du bailleur

210. Si le bailleur fait faillite ou si la chose louée lui est enlevée dans la cadre de toute autre poursuite pour dettes et faillites (p.ex. une poursuite par voie de saisie), l'art. 261 al. 1 CO prévoit que le *bail passe à l'acquéreur* avec la propriété de la chose²⁸⁰. Par conséquent, le locataire de locaux nus peut faire valoir une indemnité fondée sur l'art. 260a al. 3 CO par analogie contre le nouveau propriétaire, à l'exclusion du bailleur failli²⁸¹.
211. En vertu de l'art. 261 al. 2 let. a CO, l'acquéreur des locaux nus loués peut, s'il s'agit d'un bail d'habitation ou de local commercial, résilier le bail en observant le délai de congé légal pour le prochain terme légal, s'il fait valoir un besoin urgent pour lui-même ou ses proches parents ou alliés. Dans ce cas, l'art. 261 al. 3 CO permet au locataire d'*agir contre l'ancien bailleur* (failli). La créance ne sera pas privilégiée dans l'état de collocation.
212. Si le bail est *annoté* selon l'art. 261b CO, le nouvel acquéreur ne peut pas résilier le bail, même en cas de besoin urgent²⁸². Toutefois, si des droits de tiers figuraient au registre foncier avant l'annotation du bail et que ceux-ci n'ont pas permis ladite annotation, alors ils peuvent demander la *double mise à prix*, c'est-à-dire avec et sans le bail, dans le cadre de la procédure de réalisation des immeubles (art. 142 LP)²⁸³. Le bail passe à l'acquéreur, mais celui-ci a le droit de le résilier conformément à l'art. 261 al. 2 lit. a CO, sans qu'il ait besoin de faire valoir un besoin urgent²⁸⁴. Si le nouvel acquéreur résilie le bail de locaux nus de manière anticipée, il ne reste au locataire plus que la

²⁸⁰ Pour plus de détails sur cette disposition, cf. notamment CPra Bail-MARCHAND, art. 261 CO N 1 ss.

²⁸¹ BIBER, Rohbaumiete, N 534 et les réf. citées.

²⁸² Pour plus de détails sur cette disposition, cf. notamment CPra Bail-MARCHAND, art. 261b CO N 10.

²⁸³ ATF 125 III 123, cons. 1c, JdT 2000 I 249.

²⁸⁴ ATF 125 III 123, cons. 1e, JdT 2000 I 249.

possibilité d'aller rechercher l'ancien bailleur en vertu de l'art. 261 al. 3 CO, sous forme de créance de faillite²⁸⁵.

b) La faillite du locataire

213. En cas de faillite du locataire, celui-ci ne peut en pratique plus s'acquitter de ses loyers et le bailleur peut vouloir résilier le bail de manière extraordinaire, même si les aménagements n'ont *pas encore été totalement amortis*. Dans un tel cas, le locataire subit un dommage dont la réparation dépend des circonstances :
214. 1° Si les créances impayées sont *nées avant l'ouverture de la faillite*, le bailleur peut résilier le bail vis-à-vis du locataire et de l'administration de la faillite en se fondant sur l'art. 257d CO. Vu que la résiliation du bail est imputable au locataire, celui-ci ne peut obtenir la réparation du dommage dû à la résiliation du bail avant l'amortissement de ses aménagements²⁸⁶. Si les conditions de l'art. 260a al. 3 CO (applicable par analogie) sont remplies, le locataire peut envisager requérir une indemnité pour la plus-value considérable résultant de ses aménagements ; toutefois, on tiendra compte, lors de la fixation de l'indemnité, de la cause de la fin du bail (N 191) et le bailleur pourra opposer à cette créance les loyers en souffrance ainsi que ses propres créances en dommages-intérêts, dont les montants seront en principe supérieurs à l'indemnité du locataire²⁸⁷.
215. 2° Si les créances impayées sont *nées après l'ouverture de la faillite*, le bailleur peut exiger des sûretés du locataire et de l'administration de la faillite en vertu de l'art. 266h CO. S'il n'obtient pas ces sûretés, il peut résilier le bail avec effet immédiat. Le locataire peut alors subir un dommage relatif à ses aménagements non amortis en raison de la résiliation anticipée du bail. La réparation de son dommage se

²⁸⁵ ZK-HIGI, art. 261-261a CO N 66 ; CPra Bail-MARCHAND art. 261 CO N 49 ss.

²⁸⁶ BIBER, Rohbaumiete, N 546 s.

²⁸⁷ BIBER, Rohbaumiete, N 549.

heurtera en principe aux mêmes difficultés que pour les créances nées avant l'ouverture de la faillite (N 214).

Conclusion

216. Arrivés au terme de ce panorama des particularités des baux de locaux nus relatives au régime juridique applicable au début (N 73 ss), pendant (N 124 ss) et à la fin (N 160 ss) de la relation contractuelle, nous pouvons faire le *constat* suivant.
217. On dit souvent du bail qu'il est un *contrat régulé*, parce qu'il fait l'objet d'une réglementation très détaillée et qu'il est caractérisé par une multitude de dispositions absolument et relativement impératives²⁸⁸. Par conséquent, les parties n'ont en pratique pas besoin de passer des conventions très détaillées, dans la mesure où les art. 253 ss CO règlent précisément nombre de situations se produisant lors de la conclusion, de l'exécution, de la fin et de la liquidation de leur relation contractuelle.
218. Le bail de locaux nus constitue une *exception* dans ce paysage. D'abord, il n'est pas réglé par le législateur. Ensuite, la pratique et, singulièrement la jurisprudence à son sujet, est balbutiante. Enfin, les problèmes concrets posés par ce type de bail sont nombreux et complexes.
219. Vu ces caractéristiques, les parties à un bail de locaux nus doivent faire usage de leur *liberté contractuelle* en accordant une attention toute particulière au local nu mis à disposition par le bailleur et aux aménagements du locataire.
220. A cette fin, les parties seront bien inspirées de *régler conventionnellement les points suivants* dans leur document contractuel :
221. 1° L'établissement d'un *document d'interface* (N 79 ss). Il s'agit du document-clé d'un bail de locaux nus, présenté souvent sous forme de tableaux et formant une annexe au document contractuel principal. Il

²⁸⁸ Dans ce sens, TERCIER/BIERI/CARRON, N 1603.

délimite d'une part les aménagements faisant partie de la chose à l'état brut et, d'autre part, les travaux constituant des aménagements du locataire autorisés par la convention des parties. Il permet aussi d'identifier si les locaux nus remis au locataire sont exempts de défauts. Enfin, il fixe qui, du bailleur ou du locataire, est propriétaire, exploitant, responsable de l'entretien, des réparations et de l'enlèvement des diverses parties.

222. 2° La *définition des locaux nus*, au moyen d'une annexe au contrat sous forme de descriptif des travaux ou d'un document d'interface (N 20), la précision que cet état correspond, selon la volonté des parties, à l'état approprié à l'usage pour lequel la chose a été louée (N 27 et 47 ss) et la spécification que le loyer fixé ne vaut que pour la cession de la chose à l'état brut (N 28).
223. 3° La *définition des aménagements du locataire*, au moyen non seulement du document d'interface mais aussi d'un projet d'exécution accepté par le bailleur, dont la compatibilité avec les aménagements de base a été confirmée par les exécutants (N 87), et *l'obligation de réaliser* lesdits aménagements selon des modalités techniques, temporelles et financières prédéfinies (N 65, 86 ss et 91 ss).
224. 4° La *coordination* entre le bail de locaux bruts et la réalisation des aménagements du locataire, aussi bien du point de vue technique que contractuel, en particulier si le bailleur exécute les travaux d'aménagements du locataire en tant qu'entrepreneur général (N 90 ss).
225. 5° L'existence de *garanties* destinées d'une part à assurer le respect par le bailleur de la date de mise à disposition des locaux nus et, d'autre part, à garantir une exécution correcte des aménagements du locataire ainsi que le paiement des entrepreneurs, de sorte à éviter notamment le dépôt d'une hypothèque légale (N 121 ss).
226. 6° L'obligation pour le locataire d'*entretenir ses propres aménagements* (N 133) et celle d'obtenir l'autorisation du bailleur pour des *travaux de rénovation et de modification* de ces aménagements (N 140).

227. 7° *Le sort des aménagements du locataire en fin de bail*, en particulier la faculté ou l'obligation du locataire de laisser ou de disposer de ses propres aménagements (N 168 ss), avec ou sans l'accord du bailleur, voire le droit d'option du bailleur en fin de contrat (N 173). Dans l'hypothèse où les parties conviennent de la non-suppression des aménagements, elles doivent déterminer si locataire a le droit ou non d'obtenir une indemnité pour plus-value et fixer les modalités pertinentes (N 193 ss)²⁸⁹.

²⁸⁹ Dans le même sens, BIBER, Rohbaumiete, N 392 s. ; VISCHER, N 331 s.

Bibliographie

BAER STEFAN/STATHAKIS PAVLO, Vermietung von Geschäftsräumen, Zurich 2013

BÄTTIG HANS, Bundesgerichtsentscheid vom 23. April 2003 (4C.39/2003) i.S. Pensionskasse X. ca. A. und B., MRA 5/2003, p. 174 ss (cité : BÄTTIG, 5/2003)

BIBER IRENE, Die Rohbaumiete, thèse, Zurich/St Gall 2014 (cité : BIBER, Rohbaumiete)

BIBER IRENE, Die Rohbaumiete – ausgewählte Aspekte, mp 2015, p. 79 ss (cité : BIBER, Aspekte)

BIBER IRENE, Rohbau – Mieterausbau – Mieterbau, in : Jürg P. Müller (édit.), Wohn- und Geschäftsraummiete, Beraten und Prozessieren im Immobiliarmietrecht, Zurich 2016, p. 711 ss (cité : BIBER, Rohbau – Mieterausbau – Mieterbau)

BOHNET FRANÇOIS, Actions civiles, Conditions et conclusions, Bâle 2014 (cité : BOHNET, Actions civiles)

BOHNET FRANÇOIS/CARRON BLAISE/MONTINI MARINO (édit.), Commentaire pratique de droit du bail à loyer, 2^e éd., Bâle 2010 (cité : CPra Bail-AUTEUR)

BURKHALTER R. PETER/MARTINEZ-FAVRE EMMANUELLE, Le droit suisse du bail à loyer : commentaire, Genève/Zurich/Bâle 2011 (cité : Co-SVIT)

CARRON BLAISE, Bail et travaux de construction : aménagement, entretien, rénovation et modification des locaux, in : François Bohnet (édit.), 17^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2012, p. 45 ss (cité : CARRON, Bail et travaux de construction)

CARRON BLAISE, Les spécificités du bail à ferme (art. 275 ss CO) – Une comparaison avec le bail à loyer (art. 253 ss CO), in : François Bohnet/Blaise Carron (édit.), 19^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2016, p. 121 ss (cité : CARRON, Bail à ferme)

CARRON BLAISE, L'exécution des obligations de faire dans la partie générale du CO, in : François Bohnet (édit.), Quelques actions en

exécution, Neuchâtel 2011, p. 1 ss (cité : CARRON, L'exécution des obligations de faire)

CARRON BLAISE/FELLEY MAUD, L'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs : ce qui change et ce qui reste, in : François Bohnet (édit.), Le nouveau droit de l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs, Neuchâtel 2012, p. 1 ss

CARRON BLAISE/FEROLLES YANN, Le dommage consécutif au défaut, in : Franz Werro/Pascal Pichonnaz (édit.), Le dommage dans tous ses états, sans le dommage corporel ni le tort moral, Berne 2013, p. 69 ss

ENGEL PIERRE, Contrats de droit suisse - Traité des contrats de la partie spéciale du Code des obligations, de la vente au contrat de société simple, articles 184 à 551 CO, ainsi que quelques contrats innommés, 2^e éd., Berne 2000

FUTTERLIEB RAOUL, Tücken des Mieterbaux, immobilia avril 2012, p. 30 ss

GAUCH PETER, Der Werkvertrag, 5^e éd., Zurich 2011 (cité : GAUCH, Werkvertrag)

GAUCH PETER, Mängelhaftung des Vermieters und mangelhafte Mietsache – einige Gedanken zum neuen Mietrecht, RJB 1992, p. 189 ss (cité : GAUCH, RJB 1992)

GAUCH PETER/SCHLUEP R. WALTER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, 10^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2014

GIGER HANZ, Die Miete, Art. 253-273c OR – Art. 256-259i OR, Berner Kommentar, Berne 2015 (cité : BK-GIGER)

GIGER HANZ, Die Miete, Art. 253-273c OR – Grundsatzanalyse, Vorbemerkung und Art. 253-255 OR, Berner Kommentar, Berne 2013 (cité : BK-GIGER)

HEINRICH PETER, Die Untermiete, thèse, Zurich 1999 (cité : HEINRICH, Untermiete)

HEUSI CLAUDIA, Ausgewählte Fragen zur Geschäftsmiete (2. Teil), mp 1/1999, p. 1 ss (cité : HEUSI, Fragen)

- HEUSI CLAUDIA, *Der Geschäftsmietvertrag*, Zurich 1998 (cité : HEUSI, *Geschäftsmietvertrag*)
- HIGI PETER, *Zürcher Kommentar, Teilband V2b, Die Miete, Erste Lieferung – Art. 253-265 OR*, Zurich 1994 (cité : ZK-HIGI)
- HONSELL HEINRICH/VOGT P. NEDIM/WIEGAND WOLFGANG (édit.), *Basler Kommentar Obligationenrecht I (Art. 1-529 OR)*, 6^e éd., Bâle 2015 (cité : BSK-AUTEUR)
- KNOEPFLER FRANÇOIS/RUEDIN PIERRE-EMMANUEL, *Regard circulaire sur le droit du bail commercial*, in : 13^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2004, p. 1 ss
- KUNZ TOBIAS, *Rund um die Rohbaumiete*, Séminaire du 20 mars 2012 de l'Europainstitut de l'Université de Zurich, *Aktuelle Fragen zum Mietrecht II*, non publié, 12 p.
- LACHAT DAVID, *Le bail à loyer*, 2^e éd., Lausanne 2008
- LACHAT DAVID ET AL., *Mietrecht für die Praxis*, 8^e éd., Zurich 2009 (cité : LACHAT/AUTEUR [2009])
- LACHAT DAVID ET AL., *Mietrecht für die Praxis*, 9^e éd., Zurich 2016 (cité : LACHAT/AUTEUR [2016])
- MEIER-HAYOZ ARTHUR, *Das Eigentum, Art. 641-654 ZGB*, Berner Kommentar, 5^e éd., Berne 1981 (cité : BK-MEIER-HAYOZ)
- MICHELI JACQUES, *Les transactions couplées avec le bail*, in : 13^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2004, p. 1 ss
- MÜLLER CHRISTOPH, *La responsabilité civile extracontractuelle*, Bâle 2013 (cité : MÜLLER, *Responsabilité civile*)
- MÜLLER-CHEN MARKUS/HUGUENIN CLAIRE (édit.), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht – Vertragsverhältnisse Teil 1 : Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe*, 3^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2016 (cité : CHK-AUTEUR)
- MÜLLER P. JÜRIG, *Bundesgerichtsentscheid vom 4. September 2002 i.S. A. ca. B. (4C.1/2002), MRA 3/2003*, p. 104 ss (cité : MÜLLER, *MRA 3/2003*)

- PERMANN RICHARD, Kommentar zum Mietrecht, 2^e éd., Zurich 2007 (cité : PERMANN, Mietrecht)
- PERMANN RICHARD, Nichtgeregeltes Sonderproblem Rohbaumiete bei Geschäftsräumlichkeiten, PJA 2007, p. 1525 ss (cité : PERMANN, PJA 2007)
- PICHONNAZ PASCAL/FOËX BÉNÉDICT/PIOTET DENIS (édit.), Commentaire romand Code civil II, Bâle 2016 (cité : CR-CC II-AUTEUR)
- SCHNYDER SIBYLLE, Double-net, Triple-net und andere besondere Regelungsformen von Unterhaltsverpflichtungen in Geschäftsmietverträgen, MRA 4/2010, p. 147 ss (cité : SCHNYDER, MRA 4/2010)
- SCHUMACHER RAINER, Der Mieter und das Bauen : eine Gesamtschau - wichtige Einzelfragen, in : JDC, Fribourg 1993, p. 43 ss
- STEINAUER PAUL-HENRI, Les droits réels, Tome I, 5^e éd., Berne 2012 (cité : STEINAUER, Tome I)
- STEINAUER PAUL-HENRI, Les droits réels, Tome II, 4^e éd., Berne 2012 (cité : STEINAUER, Tome II)
- STEINAUER PAUL-HENRI, Les droits réels, Tome III, 4^e éd., Berne 2012 (cité : STEINAUER, Tome III)
- TERCIER PIERRE/BIERI LAURENT/CARRON BLAISE, Les contrats spéciaux, 5^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2016 (cité : TERCIER/BIERI/CARRON)
- TERCIER PIERRE/PICHONNAZ PASCAL, Le droit des obligations, 5^e éd., Zurich 2012
- THANEI ANITA, Die Erstreckung des Mietverhältnisses, Fachheft Mietrecht Nr. 2, Zurich 1990 (cité : THANEI, Fachheft)
- THÉVENOZ LUC/WERRO FRANZ (édit.), Commentaire romand Code des obligations I, 2^e éd., Bâle 2012 (cité : CR-CO I-AUTEUR)
- TSCHUDI JEAN-PIERRE, Die Rohbaumiete Location de locaux « crus », MRA 2/2008, p. 43 ss (cité : TSCHUDI, MRA 2/2008)
- TSCHUDI MATTHIAS, Einige Gedanken zur Mitwirkungspflicht des Mieters bei der Mängelbehebung durch den Vermieter, MRA 4/2009, p. 117 ss (cité : TSCHUDI, MRA 4/2009)

TSCHUDI MATTHIAS, *Wie zwingend sind die Mängelrechte des Mieters ?*, MRA 1/2010, p. 1 ss (cité : TSCHUDI, MRA 1/2010)

VISCHER MORITZ, *Die Rohbaumiete : Zulässigkeit und Grenzen*, thèse, Zurich 2014

WETZEL A. THOMAS, *Entschädigung für erheblichen Mehrwert i.S. von Art. 260a Abs. 3 OR*, MRA 3/2006, p. 108 ss

ZANETTI F. GIANNI, *Ausgewählte Aspekte der Rohbaumiete*, mp 2/2011, p. 89 ss

ZEHNDER HANNES, *Die Bestimmung der Mehrwertentschädigung bei Mieterbauten (Art. 260a Abs. 3 OR)*, PJA 1996, p. 725 ss

ZUCKER ARMIN, *Fragen der Geschäftsmiete unter besonderer Berücksichtigung der Rohbaumiete*, Fünfte Schweizerische Tagung der Schlichtungsbehörden in Mietsachen du 21 juin 2012 à Granges, non publié (cité : ZUCKER, *Geschäftsmiete*)

ZUCKER ARMIN, *Taschenspielertrick mit fiktiver Rohbaumiete*, Newsletter des Verbands der Geschäftsmieter, N° 107 septembre 2011 (disponible sous <http://www.zucker-legal.ch/de/publikation/newsletters/14-die-bemessung-der-mietzinsreduktion-bei-bauarbeiten-juni-2012>) (cité : ZUCKER, Newsletter 2011)