

Séminaire sur le droit du bail

Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel

18° SEMINAIRE SUR LE DROIT DU BAIL

18^e SEMINAIRE SUR LE DROIT DU BAIL

Edité par
François Bohnet et Blaise Carron

Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel
Helbing Lichtenhahn



FACULTÉ DE DROIT

www.unine.ch/droit

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek

La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie ; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Tous droits réservés pour tous pays. L'œuvre et ses parties sont protégées par la loi. Toute utilisation en dehors des limites de la loi est strictement interdite et requiert l'accord préalable écrit des éditeurs.

ISBN 978-3-7190-3550-1

© 2014 Helbing Lichtenhahn, Bâle, Séminaire sur le droit du bail, Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, Neuchâtel

www.helbing.ch

Préface

Le présent ouvrage est publié à l'occasion du 18^e Séminaire sur le droit du bail de l'Université de Neuchâtel, organisé pour la première édition les 3 et 4 octobre 2014, pour la seconde les 17 et 18 octobre 2014.

L'ouvrage recueille six contributions touchant divers thèmes d'actualité en droit du bail. Un premier groupe de textes approfondit des sujets typiques du droit du bail : l'expulsion du locataire, le bail des cafés et des restaurants ainsi que la réparation du préjudice subi par le locataire en cas de défaut de la chose louée. D'autres contributions concernent des domaines généraux du droit, ayant des implications en matière de bail : on pense au droit public de la rénovation et à l'abus de droit en matière de bail. Une dernière contribution s'intéresse à l'influence des contrats de bail sur un autre domaine juridique, à savoir la valeur d'un immeuble locatif.

Le Séminaire sur le droit du bail remercie les auteurs de leur contribution enrichissante à la pratique de la location immobilière, la maison d'édition Helbing Lichtenhahn, qui s'associe à la diffusion commerciale de l'ouvrage, ainsi que ses collaboratrices et collaborateurs ayant contribué à l'élaboration de l'ouvrage, en particulier Me Marino Montini, collaborateur scientifique, et Mme Sylvia Staehli, secrétaire.

François Bohnet et Blaise Carron
Codirecteurs du Séminaire sur le droit du bail
de l'Université de Neuchâtel

Neuchâtel, octobre 2014

Sommaire

| | |
|--|-----|
| Blaise Carron Professeur à l'Université de Neuchâtel, avocat et Placidus Plattner Avocat, Küsnacht-Zurich Contrat de bail et valorisation immobilière | 1 |
| Laurent Bieri Professeur à l'Université, Lausanne La réparation du préjudice subi par le locataire en cas de défaut de la chose louée | 59 |
| François Bohnet Professeur à l'Université, avocat, Neuchâtel et Philippe Conod Chargé d'enseignement à l'Université de Neuchâtel, avocat, Lausanne La fin du bail et l'expulsion du locataire | 79 |
| Pascal Pichonnaz Professeur à l'Université, Fribourg L'abus de droit en droit du bail | 143 |
| Valérie Défago Gaudin Chargée d'enseignement à l'Université de Neuchâtel, avocate, Genève Le droit public de la rénovation | 175 |
| David Lachat Avocat, Genève Le bail des cafés et des restaurants | 221 |

Abréviations

| | |
|-------------------|---|
| AG | Argovie |
| al. | alinéa(s) |
| AMSL | Arrêté fédéral instituant des mesures contre les abus dans le secteur locatif du 30 juin 1972 (RO 1972 II 1531) |
| AppGer BS | Appellationsgericht Basel |
| AppH | Appellationshof |
| art. | article(s) |
| ATA | Arrêt de la Chambre administrative de la Cour de Justice (GE) |
| ATF | Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral |
| BezGer | Bezirksgericht |
| BISchK | Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs = Bulletins des poursuites et des faillites |
| BO CE | Bulletin officiel du Conseil des Etats |
| BO CN | Bulletin officiel du Conseil national |
| BPA | Bureau de prévention des accidents |
| Bq/m ³ | Becquerels par mètre cube |
| BSK | Basler Kommentar |
| CACI | Cour d'appel civile |
| CC | Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210) |
| C. cass. | Cour de cassation |
| CCR | Contrat-cadre romand de baux à loyer du 12 décembre 2007 (FF 2008 5291) |
| CdB | Cahiers du bail |
| CECB | Certificat énergétique cantonal des bâtiments |
| CEDH | Convention européenne des droits de l'homme |
| CE | Conseil des Etats |
| cf. | confer |
| CFC | Codes de frais de construction |

Abréviations

| | |
|-------------|--|
| CFST | Commission fédérale de coordination pour la sécurité au travail |
| ch. | chiffre(s) |
| Ch. App. GE | Chambre d'appel Genève |
| CJ | Cour de justice |
| CL révisée | Convention du 30 octobre 2007 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (Convention de Lugano ; 0.275.11) |
| CO | Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse (Livre cinquième : droit des obligations) (RS 220) |
| Comm. | Communications de l'Office fédéral du logement concernant le droit du loyer |
| cons. | considérant(s) |
| Co-SVIT | Commentaire SVIT (Association suisse de l'économie immobilière) |
| CP | Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0) |
| CPC | Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (RO 2010 1739) |
| CPra Bail | Droit du bail à loyer, Commentaire pratique |
| CR | Commentaire romand |
| CRB | Centre suisse d'études pour la rationalisation de la construction |
| CRDE | Conférence Romande des Délégués à l'Energie |
| CREC | Chambre des recours civile |
| Cst. | Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101) |
| DB | Droit du bail |
| DIFC | Décompte individuel des frais de chauffage et d'eau chaude |
| DP | Dalloz périodique |
| éd. | Édition |
| Eg./ég. | Egalement |
| EnDK | Conférence des directeurs cantonaux de l'énergie |

Abréviations

| | |
|--------------|--|
| et al. | Et alii (et autres) |
| FF | Feuille fédérale |
| FJS | Fiches juridiques suisses |
| GE | Genève |
| HEV | Hauseigentümerversband |
| ibid. | ibidem |
| JDC | Journées du droit de la construction |
| JdT | Journal des Tribunaux |
| JTBL | Jugement Tribunal des baux et loyers |
| KUKO | Kurzkommentar |
| LaCC | Loi d'application du Code civil suisse |
| LaCC GE | Loi genevoise d'application du Code civil suisse |
| LACPC VS | Loi valaisanne d'application du Code de procédure civile suisse |
| LCCBL | Loi modifiant la Loi organisant la commission de conciliation en matière de baux et loyers du 8 juin 2012, entrée en vigueur le 27 juin 2012 |
| LFus | Loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine (RS 221.301) |
| LGVE | Luzerner Gerichts- und Verwaltungsentscheide |
| LiCPM BE | Loi bernoise portant introduction du Code de procédure civile, du Code de procédure pénale et de la loi sur la procédure pénale applicable aux mineurs |
| lit. ou let. | lettre(s) |
| LJ FR | Loi fribourgeoise sur la justice |
| LOJ GE | Loi genevoise sur l'organisation de la Justice |
| LOJ VS | Loi valaisanne sur l'organisation de la Justice |
| LP | Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (RS 281.1) |
| LPart | Loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes de même sexe (RS 211.231) |
| LSV | Système de recouvrement direct (Lastschriftverfahren) |

Abréviations

| | |
|----------|--|
| LTBLF JU | Loi jurassienne instituant le Tribunal des baux à loyer et à ferme |
| LTF | Loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (RS 173.110) |
| MGer | Mietgericht |
| MoPEC | Modèle de prescriptions énergétiques des cantons |
| MP | Mietrechtspraxis |
| MRA | Mietrecht Aktuell |
| n. | note |
| N | numéro(s) |
| OBLF | Ordonnance du 9 mai 1990 sur le bail à loyer et le bail à ferme d'habitations et de locaux commerciaux (RS 221.213.11) |
| OFEN | Office fédéral de l'énergie |
| OFEV | Office fédéral de l'environnement |
| OFL | Office fédéral du logement |
| OFSP | Office fédéral de la santé publique |
| OGer | Obergericht |
| OIT | Organisation internationale du travail |
| OJ | Organisation judiciaire |
| OJN | Organisation judiciaire neuchâteloise |
| OMS | Organisation mondiale de la santé |
| op. cit. | opus citatum (œuvre citée) |
| p. | page(s) |
| PCB | Polychlorobiphényles (biphényles polychlorés) |
| p. ex. | par exemple |
| PJA | Pratique juridique actuelle |
| Pra | Die Praxis |
| RDAF | Revue de droit administratif et fiscal |
| Req. | Requêtes (ancienne Chambre de la Cour de cassation française) |
| RFJ | Revue fribourgeoise de jurisprudence |
| RJB | Revue de la Société des juristes bernois. |

Abréviations

| | |
|-------|---|
| RJN | Recueil de jurisprudence neuchâteloise |
| RO | Recueil officiel du droit fédéral |
| RS | Recueil systématique du droit fédéral |
| RS/GE | Recueil systématique genevois |
| RSJ | Revue suisse de jurisprudence |
| RSN | Recueil systématique neuchâtelois |
| RSPC | Revue suisse de procédure civile |
| RSV | Recueil systématique vaudois |
| RULV | Dispositions paritaires romandes et règles et usages locatifs du canton de Vaud du 31 janvier 2008 (FF 2008 5297) |
| RVJ | Revue valaisanne de jurisprudence |
| SJ | Semaine judiciaire |
| s. | et suivant(e) |
| SIA | Société suisse des ingénieurs et des architectes |
| ss | et suivant(e)s |
| SUVA | Schweizerische Unfallversicherungsanstalt (Caisse nationale suisse en cas d'accidents) |
| T. | tome |
| TA | Tribunal administratif |
| TApp | Tribunale d'appello |
| TBx | Tribunal des baux |
| TC | Tribunal cantonal |
| TF | Tribunal fédéral |
| TG | Thurgovie |
| TI | Ticino |
| VLI | Valeurs limites d'immission |
| VD | Vaud |
| vol. | volume |
| VS | Valais |
| ZGB | Zivilgesetzbuch |
| ZH | Zurich |
| ZMP | Zürcher Mietrechtspraxis |

Abréviations

| | |
|-----|---------------------|
| ZPO | Zivilprozessordnung |
| ZK | Zürcher Kommentar |

Contrat de bail et valorisation immobilière

Due diligence relative à la vente d'un immeuble locatif

par

Blaise Carron
Professeur à l'Université, Neuchâtel

et*

Placidus Plattner
Avocat, Küsnacht-Zürich

| | |
|--|----|
| Introduction | 4 |
| I. Généralités | 4 |
| A. Valeur d'un immeuble locatif | 4 |
| 1. Méthode hédoniste | 5 |
| 2. Méthode de la valeur intrinsèque | 6 |
| 3. Méthodes fondées sur la valeur de rendement | 7 |
| 4. Méthode retenue en pratique | 9 |
| B. Due diligence juridique | 10 |
| II. Eléments choisis de la due diligence | 11 |
| A. Locataire | 11 |
| 1. Identité | 11 |
| 2. Solvabilité | 13 |

* Les auteurs remercient Me Yann Férolles, assistant-doctorant à la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, pour l'aide précieuse qu'il leur a apportée lors de la rédaction et de la mise au point de ce texte.

| | |
|---|----|
| B. Objet du bail..... | 14 |
| 1. Immeuble | 14 |
| a. Extrait du registre foncier | 14 |
| b. Cas particulier des places de parc | 17 |
| 2. Surfaces..... | 18 |
| 3. Utilisation des locaux..... | 21 |
| a. Conformité au droit public et au droit privé | 21 |
| b. Obligation d'utiliser et interdiction de concurrence | 23 |
| C. Loyer | 24 |
| 1. Généralités | 24 |
| 2. Loyer net | 25 |
| 3. Cas particulier de l'indexation | 26 |
| 4. Possibilité de faire supporter les hausses de coûts ou les prestations supplémentaires..... | 29 |
| 5. Option (TVA)..... | 30 |
| 6. Frais accessoires..... | 31 |
| 7. Sûretés (type et montant) | 34 |
| D. Durée..... | 36 |
| 1. Début..... | 36 |
| 2. Types de durée | 37 |
| 3. Options de prolongation..... | 38 |
| 4. Condition suspensive | 39 |
| 5. Protection contre les congés : risques de prolongation | 40 |
| 6. Clause pénale de retard | 41 |
| E. Travaux du locataire | 41 |
| 1. Généralités | 41 |
| 2. Conditions | 42 |
| 3. Obligation de remise en état (art. 260a al. 2 CO) | 43 |
| 4. Devoir d'indemniser (art. 260a al. 3 CO) | 43 |

Contrat de bail et valorisation immobilière

| | |
|---|----|
| 5. Entretien des aménagements du locataire | 44 |
| 6. Cas particulier des locaux bruts | 45 |
| F. Modalités diverses | 46 |
| 1. Admissibilité du changement de bailleur | 46 |
| 2. Sous-location..... | 47 |
| 3. Règles sur l'entretien | 48 |
| G. Documents contractuels | 49 |
| 1. Signature du bailleur | 49 |
| 2. Annexes et avenants..... | 50 |
| 3. Procès-verbal de remise des locaux | 51 |
| 4. Formule officielle..... | 52 |
| H. Droits d'emption, de préemption ou de prélocation..... | 54 |
| Bibliographie | 56 |

Introduction

1. Lors d'une transaction immobilière impliquant un objet locatif, le contenu et les modalités des baux conclus et gérés par le vendeur ou par son représentant (p. ex. une régie immobilière) jouent un rôle important dans la détermination du prix de vente final.
2. L'appréciation critique des contrats de bail se fait lors de la *due diligence juridique*. Il est important que le vendeur (pour optimiser son prix de vente) et la régie immobilière qui le représente (pour exécuter au mieux son mandat à la satisfaction du vendeur) connaissent les principaux points analysés lors de cet examen. Plus indirectement, tout locataire peut être intéressé au rappel d'un certain nombre d'éléments lui permettant en principe de refuser totalement ou partiellement le paiement de son loyer.
3. La transaction envisagée dans le cadre de cette contribution concerne un *immeuble de placement*, c'est-à-dire détenu pour en retirer des loyers et/ou pour valoriser le capital, mais pas un bien immobilier destiné à être utilisé par son propriétaire ou vendu dans le cadre de l'activité ordinaire du propriétaire. Nous nous concentrerons sur les baux à loyer d'habitations et de locaux commerciaux, à l'exclusion des baux à ferme ou de toute autre forme de bail.
4. Après quelques généralités (I.), nous développerons l'un après l'autre certains aspects choisis de la due diligence (II.).

I. Généralités

5. Nous dirons quelques mots sur les méthodes utilisées pour déterminer la valeur d'un immeuble locatif (A.) et sur l'activité de due diligence (B.).

A. Valeur d'un immeuble locatif

6. La détermination de la valeur des actifs immobiliers a pris une importance croissante au cours des dernières années. En particulier, depuis le 1^{er} janvier 2004, les investisseurs institutionnels doivent présenter leurs comptes en évaluant leurs actifs à la valeur de marché, et non plus aux valeurs du bilan. Au contraire de l'Allemagne qui connaît

des prescriptions impératives en vue de déterminer la valeur de marché d'un immeuble¹, la pratique suisse admet plusieurs procédés, parmi lesquels la méthode hédoniste (1.), la méthode de la valeur intrinsèque (2.) ainsi que les différentes méthodes fondées sur le rendement (3.). Après avoir brièvement présenté ces méthodes, il s'agira de préciser celle souvent retenue en pratique (4.) lors d'une transaction immobilière impliquant un immeuble locatif de placement.

1. Méthode hédoniste

7. La *méthode hédoniste* – également appelée méthode de la valeur comparative ou méthode comparative par éléments (*Vergleichswertmethode*) – consiste à déterminer le prix (plutôt que la valeur²) d'un immeuble en le comparant à des objets présentant les mêmes caractéristiques. Les paramètres pertinents concernent aussi bien l'objet lui-même (superficie du bien-fonds, surface habitable, volume et année de construction, qualité de construction, obsolescence) que sa situation au niveau microscopique (emplacement dans la commune, vue et ensoleillement, transports publics, nuisances) et macroscopique (attractivité de la commune ou du quartier, fiscalité, accessibilité).
8. La *pertinence* d'une évaluation selon la méthode hédoniste dépend de la taille, de la qualité et de l'actualité des données à disposition, de la stabilité du marché et du nombre d'objets présentant des caractéristiques identiques à celui étudié³. En outre, les objets considérés ne doivent en principe pas nécessiter de rénovations : cette exigence réduit souvent le nombre d'objets comparables de façon importante⁴.
9. La méthode hédoniste repose sur un procédé statistique reconnu, appelé méthode par comparaison, qui présente l'avantage de requérir des informations peu détaillées. Cette méthode est adaptée à l'évaluation du prix de villas ou d'appartements en PPE⁵, voire d'appartements locatifs,

¹ « http://www.svkg.ch/Bewertungsmethoden_im_Vergleich_FR_Roesch.pdf » (03.06.2014) ; cf. ég. § 194 Baugesetzbuch : « <http://www.gesetze-im-internet.de/bbaug/BJNR003410960.html#BJNR003410960BJNG005103301> » (03.06.2014).

² Sur cette différence, cf. FIERZ, p. 42 ss.

³ FIERZ, p. 30 s., qui mentionne certains de ces paramètres.

⁴ FIERZ, p. 30.

⁵ Dans l'ATF 134 II 49, cons. 17 s., JdT 2009 I 746, le TF a retenu un tel modèle

parce qu'il existe suffisamment d'objets similaires permettant une analyse statistique pertinente⁶. Elle ne se *prête par contre pas vraiment* à la détermination de la valeur d'un immeuble de placement⁷.

2. Méthode de la valeur intrinsèque

10. La *méthode de la valeur intrinsèque* – également appelée méthode de la valeur réelle ou méthode du coût déprécié (*Substanzwertmethode*) – consiste à déterminer la valeur d'un immeuble en additionnant le prix actuel du terrain à la valeur de production de l'objet évalué⁸. D'une part, le prix du terrain se fonde sur une comparaison du prix au m² d'autres biens-fonds semblables, en tenant particulièrement compte du lieu de situation ainsi que des règles applicables de droit de la construction. D'autre part, la valeur de production de l'immeuble correspond au coût de reconstruction intrinsèque ; elle se fonde soit sur les prix actuels de construction, soit en extrapolant à partir d'un indice des coûts de la construction. Cette valeur subit ensuite un abattement destiné à tenir compte de la vétusté de l'immeuble⁹.
11. La *pertinence* de l'évaluation selon la valeur intrinsèque dépend d'abord de la capacité à définir le coût de reconstruction, alors que les matériaux et les technologies de construction évoluent constamment. En outre, les corrections pour obsolescence relèvent toujours d'une estimation difficile à vérifier. Enfin, la détermination du prix du terrain présente les mêmes difficultés que celles de la méthode hédoniste (N 8 ss).
12. La méthode de la valeur intrinsèque convient certes à l'évaluation d'immeubles locatifs comprenant des logements, des commerces ou une occupation mixte. Toutefois, dans ce contexte, elle est principalement utilisée en tant que méthode de contrôle ou de référence envers une

hédoniste pour déterminer la moins-value causée par le bruit aérien sur des maisons familiales et des appartements en PPE.

⁶ FIERZ, p. 29.

⁷ En effet, l'acquéreur est avant tout intéressé au rendement (et pas au prix) de l'objet lui-même.

⁸ « <http://d-l.ch/tout-savoir-sur-le-financement/bien-immobilier-de-rendement/la-methode-du-cout-deprecie-ou-valeur> » (21.05.2014).

⁹ « <http://d-l.ch/tout-savoir-sur-le-financement/bien-immobilier-de-rendement/la-methode-du-cout-deprecie-ou-valeur> » (21.05.2014).

valeur établie par une méthode fondée sur le rendement (N 14 ss). En outre, elle n'est *pas particulièrement utile* pour un acquéreur voulant faire un placement, car elle ne lui livre pas d'informations quant au rendement de l'investissement consenti.

13. **Exemple**¹⁰ :

Soit un bâtiment construit en 1905 et rafraîchi en 2004, sis sur une parcelle de 1'586 m² très bien située et dont le prix au m² est CHF 1'250.-, qui comprend 16 logements pour un total de 7'220 m³ et 16 places de parc pour un total de 1'056 m³. Le coût de construction par m³ est de CHF 850.- pour les logements et de CHF 375.- pour les garages. En raison de la vétusté, l'abattement est de 26%. La valeur de l'immeuble peut être estimée à :

| | | |
|---|-------|-----------|
| Logements : 7'220 m ³ à CHF 850.-/m ³ | CHF | 6'137'000 |
| Garages : 1'056 m ³ à CHF 375.-/m ³ | + CHF | 396'000 |
| Coût de reconstruction à neuf | CHF | 6'533'000 |
| Dépréciation 26% | - CHF | 1'698'580 |
| Valeur du bâtiment | = CHF | 4'834'420 |
| Terrains et aménagements : 1'586 m ² à CHF 1'250.- | + CHF | 1'982'500 |
| Frais financiers d'acquisition, taxes et imprévus [10%] | + CHF | 681'692 |
| Valeur estimée de l'immeuble | = CHF | 7'498'612 |

3. Méthodes fondées sur la valeur de rendement

14. Il existe aujourd'hui plusieurs manières de calculer la *valeur de rendement* d'un immeuble : on parle de la méthode classique (*klassische Ertragswertmethode*), aussi appelée actualisation par capitalisation, ainsi que de la méthode de la valeur actuelle classique ou améliorée (*klassische oder verbesserte Barwertmethode*)¹¹. Toutes ces méthodes consistent à capitaliser le revenu locatif actuel pour déterminer la valeur d'un immeuble, en tenant plus ou moins précisément compte des fluctuations des revenus futurs et des charges d'exploitation ainsi que du moment où les cycles de rénovation doivent avoir lieu.
15. La méthode la plus répandue aujourd'hui est la *méthode DCF* (*discounted cash flow*), aussi appelée méthode des flux futurs de trésorerie ou méthode des flux financiers actualisés. Elle consiste à déterminer, par actualisation, la valeur nette des flux financiers futurs. Au contraire des autres méthodes fondées sur le rendement, elle permet

¹⁰ Exemple largement inspiré de « <http://d-l.ch/tout-savoir-sur-le-financement/bien-immobilier-de-rendement/la-methode-du-cout-deprecie-ou-valeur> » (21.05.2014).

¹¹ A ce sujet, cf. FIERZ, p. 119 ss et 141 ss.

d'inclure les informations particulières dont dispose le propriétaire sur l'évolution des rendements locatifs, des charges d'exploitation et des frais de rénovation. Ces informations concernent en principe un horizon de prévision (*Prognosehorizont*) de cinq à dix ans, au cours duquel le propriétaire sait qu'il va procéder à des travaux, transformations ou rénovations influençant aussi bien les revenus locatifs que les coûts d'exploitation et les frais d'entretien. La durée qui s'étend entre la fin de l'horizon de prévision et l'horizon économique (*ökonomischer Horizont*¹²) est appelée durée utile restante (*Restnutzungsdauer*).

16. La méthode DCF est *complexe* et nécessite en principe l'utilisation de programmes informatiques. En outre, le spécialiste doit se fonder sur plusieurs hypothèses concernant des faits futurs dont il est difficile d'apprécier objectivement la justesse, en particulier la valeur du bien à la fin de l'horizon temporel.

17. **Exemple**¹³ :

Soit un immeuble avec les revenus locatifs suivants :

| | |
|-----------------------------|-------------|
| 1 ^{re} année | CHF 120'000 |
| 2 ^e année | CHF 120'000 |
| 3 ^e année | CHF 162'000 |
| Dès la 4 ^e année | CHF 180'000 |

Soit un immeuble avec des charges d'exploitation de CHF 30'000 par année.

Soit un rendement voulu de 5% par année¹⁴.

Soit le programme de rénovation suivant :

| Quand ? | Quoi ? | Combien ? | Amortissement |
|-----------------------|----------------------|-------------|---------------|
| 5 ^e année | Cuisines, sanitaires | CHF 450'000 | 20 ans |
| 7 ^e année | Fenêtres | CHF 150'000 | 30 ans |
| 8 ^e année | Toit et façade | CHF 180'000 | 30 ans |
| 15 ^e année | Autres | CHF 220'000 | 25 ans |

¹² En mathématique financière, il s'agit de la durée durant laquelle 85% de la valeur d'une rente éternelle est générée (FIERZ, p. 51).

¹³ Exemple largement inspiré de FIERZ, p. 161 ss.

¹⁴ Un tel rendement est aujourd'hui abusif. Il a néanmoins été conservé afin de simplifier les calculs et de rester fidèle à l'exemple inspirant celui-ci.

Contrat de bail et valorisation immobilière

Soit un horizon économique de 100 ans.

La valeur de l'immeuble peut alors être estimée à :

| | | |
|---|---|------------------|
| Horizon de prévision (années 1 à 10) | | |
| Valeur actualisée des revenus locatifs nets : | | |
| 1 ^e année | $(120'000-30'000) * 0.95$ | 85'500 |
| 2 ^e année | $(120'000-30'000) * 0.91$ | + 81'900 |
| 3 ^e année | $(162'000-30'000) * 0.86$ | + 113'520 |
| 4 ^e -10 ^e années | $(180'000-30'000) * (0.82+0.78+0.75+0.71+0.68+0.64+0.61)$ | + 748'500 |
| Sous-total à l'horizon de prévision | | = 1'029'420 |
| Durée utile restante (années 11 à 100) | | |
| Valeur actualisée des revenus locatifs nets : | | |
| 11 ^e -100 ^e années | $(180'000-30'000) * 19.75/1.05^{10}$ (arrondi) | + 1'807'125 |
| Valeur actualisée des cycles de rénovation (année 1 à 100) | | |
| Cuisines/sanitaires 5, 25, 45, 65, 85 ^{es} années | | |
| | $450'000 * (0.78+0.30+0.11+0.04+0.02)$ | - 562'500 |
| Fenêtres 7, 37, 67, 97 ^{es} années | | |
| | $150'000 * (0.71+0.16+0.04+0.01)$ | - 138'000 |
| Toit et façade 8, 38, 68, 98 ^{es} années | | |
| | $180'000 * (0.68+0.16+0.04+0.01)$ | - 160'200 |
| Autres 15, 40, 65, 90 ^{es} années | | |
| | $220'000 * (0.48+0.14+0.04+0.01)$ | - 147'400 |
| Valeur de l'immeuble (CHF) | | 1'828'445 |

4. Méthode retenue en pratique

18. Dans l'hypothèse retenue – l'achat d'un immeuble locatif de placement – l'investisseur s'intéresse en principe à son rendement. Par conséquent, la méthode de valorisation la plus idoine est celle mettant le plus précisément en évidence ce paramètre. A l'heure actuelle, le procédé habituellement retenu est la *méthode du discounted cash flow* avec des adaptations apportées pour l'évaluation immobilière¹⁵.
19. La méthode de détermination de la valeur influence la manière de conduire la *due diligence* juridique. Dans un calcul de rendement, l'accent est mis sur l'*examen des contrats de bail*, puisque les revenus locatifs et les coûts associés constituent un paramètre essentiel du calcul de la valeur de l'immeuble¹⁶. Par conséquent, il est essentiel pour l'acquéreur de bien analyser l'état locatif (*Mieterspiegel*) et d'évaluer les différents coûts pouvant être associés aux baux.

¹⁵ Pour une explication théorique, cf. FIERZ, p. 153 ss.

¹⁶ BIANCHI DELLA PORTA/SIMONA, p. 43.

B. Due diligence juridique

20. Par *due diligence* au sens large, on entend la diligence que l'on peut raisonnablement attendre d'une personne cherchant à satisfaire une exigence légale ou à s'acquitter d'une obligation¹⁷. Dans le cadre de cette étude, la due diligence (ou audit préalable) désigne un ensemble de vérifications juridiques que l'éventuel acquéreur d'un immeuble locatif, ou ses conseillers juridiques, réalisent avant la conclusion de la transaction immobilière¹⁸.
21. Notre étude se limite aux problèmes que peut engendrer une *reprise des baux immobiliers* dans le cadre de l'acquisition d'un immeuble locatif de placement. Nous admettons que les contrats analysés sont écrits, ce qui est la règle en matière immobilière, même si la loi ne prescrit aucune forme particulière¹⁹. En principe, la transaction revêt la *forme juridique* d'une vente immobilière (*asset deal*). Il n'est toutefois pas exclu qu'il s'agisse d'une vente d'actions d'une société immobilière ou d'une société dont le bilan contient un immeuble locatif (*share deal*)²⁰.
22. Nous n'aborderons volontairement pas en détail, voire pas du tout d'*autres thèmes importants* d'une due diligence relative à une transaction immobilière. Nous pensons notamment à l'analyse des contrats d'architecte, d'entreprise, de maintenance, de facility management, de gérance, à celle relevant du droit privé de la construction et des droits réels (notamment l'étude détaillée du registre foncier), au droit public de la construction au sens large (aménagement du territoire, Lex Weber, sites pollués, acquisition d'immeuble par des étrangers) et au droit fiscal²¹.

¹⁷ BLACK'S LAW DICTIONARY, 9^e éd., St. Paul (USA) 2009, p. 523.

¹⁸ BIANCHI DELLA PORTA/SIMONA, p. 40.

¹⁹ CR-LACHAT, art. 253 CO N 21.

²⁰ BIANCHI DELLA PORTA/SIMONA, p. 40.

²¹ Pour une présentation de certaines de ces questions, cf. BIANCHI DELLA PORTA/SIMONA, p. 47 ss. Pour le droit fiscal, cf. AFC, Le droit de mutation, in : Conférence suisse des impôts (édit.), Informations fiscales (décembre 2013), p. 6 ss ; AFC, L'impôt sur les gains immobiliers, in : Conférence suisse des impôts (édit.), Informations fiscales (octobre 2012), p. 3 ss.

II. Eléments choisis de la due diligence

23. Une *due diligence* portant sur les baux d'un immeuble de placement concerne les paramètres influençant directement ou indirectement les revenus locatifs bruts, les charges d'exploitation et d'entretien ainsi que les éventuels travaux de rénovations et/ou de modifications que l'acquéreur pourrait entreprendre.
24. Nous examinerons des *questions choisies* relatives au locataire (A), à l'objet loué (B), au loyer (C), à la durée du contrat (D), aux travaux du locataire (E), aux modalités du bail (F), aux documents contractuels (G) et aux droits d'emption, de préemption et de prélocation (H).

A. Locataire

1. Identité

25. L'auteur de la due diligence doit vérifier l'*identité de chaque locataire*. En effet, même si le contrat de bail prévoit un bon régime juridique, son application pratique – et notamment l'obtention régulière des revenus locatifs – peut réserver de nombreux écueils et incertitudes si les partenaires contractuels ne sont pas clairement définis. Le locataire peut être une personne physique ou morale, voire une société commerciale organisée sous forme de société de personnes (société en nom commun, art. 562 CO ; société en commandite, art. 602 CO)²².
26. Si la locataire est une *personne physique*, il faut vérifier que ce soit bien elle ou son représentant autorisé qui a signé le contrat, en particulier si les locaux n'ont pas encore été délivrés (p. ex. baux conclus sur plans)²³. Il faut en outre déterminer si elle est mariée ou si elle vit sous le régime du partenariat enregistré et si, dans l'affirmative, le contrat mentionne les coordonnées de son époux ou de son partenaire. En effet, si l'objet loué sert de logement de famille, le bailleur devra alors notifier à chaque époux ou partenaire enregistré la résiliation du bail (et, le cas échéant, la fixation d'un délai de paiement assorti d'une menace

²² CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY, art. 253 CO N 23.

²³ Lorsque les locaux ont déjà été remis et que le locataire a payé son loyer, on peut admettre, dans le cas d'une due diligence, la ratification des éléments essentiels du contrat (art. 38 al. 1 CO), notamment quant à l'identité des parties au contrat. Dans ce sens, TF du 01.05.2012, 4A_188/2012, cons. 3.1.

de résiliation, cf. 257d et 266n CO), faute de nullité (art. 266n et 266o CO)²⁴. De même, la résiliation du bail par le locataire est nulle s'il n'a pas obtenu le consentement exprès de son époux ou de son partenaire (art. 266m CO et art. 169 CC)²⁵.

27. Si le locataire est une *personne morale*, il faut se fonder sur un extrait actuel du registre du commerce et procéder aux vérifications suivantes. Premièrement, le contrat de bail doit mentionner la raison sociale complète du locataire. Deuxièmement, le contrat doit avoir été signé par une ou des personnes titulaires du pouvoir de signature (individuel ou collectif) ou au bénéfice d'une procuration signée par des représentants dûment autorisés et annexée au contrat de bail.
28. Le fait d'avoir comme locataire une personne morale organisée sous forme de sociétés de capitaux (p. ex. une société anonyme, art. 620 ss CO) présente au moins deux *particularités*. Premièrement, la personne morale a une responsabilité limitée à son capital pour les dettes découlant du contrat de bail, alors qu'une personne physique répond sur la totalité de son patrimoine. Deuxièmement, les sociétés de capitaux ont un caractère anonyme, ce qui rend difficile l'identification de leur propriétaire²⁶ et facilite le transfert économique du bail. En cédant leurs parts, les actionnaires d'une société locataire peuvent par exemple transférer unilatéralement un bail commercial sans devoir procéder selon l'art. 263 CO²⁷, voire un bail d'habitation alors qu'un tel transfert est exclu si le locataire est une personne physique.
29. Si les locaux sont occupés par une *entité sans personnalité juridique* (p. ex. une société anonyme en formation ou un consortium), le contrat de bail doit avoir été signé par des membres de l'entité économique (idéalement par tous ceux) qui disposent de la personnalité juridique.
30. En cas de « *colocation* » (p. ex. un couple locataire, les membres d'une hoirie, des concubins formant une société simple²⁸), le contrat de bail doit mentionner l'ensemble des locataires. En effet, si le bailleur peut prouver l'existence d'une communauté, notamment au moyen d'un

²⁴ CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY, art. 253 CO N 33.

²⁵ CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY, art. 253 CO N 35.

²⁶ LACHAT, p. 71 s. N 1.2.2.

²⁷ LACHAT, p. 72 N 1.2.2.

²⁸ Art. 543 al. 3 CO ; TF, DB 1998 N 3.

contrat signé par tous les colocataires²⁹, il existe un rapport de solidarité entre eux³⁰. Le bailleur peut alors réclamer la totalité du loyer à l'un ou l'autre d'entre eux indifféremment (art. 144 CO)³¹. Les colocataires sont considérés comme les auxiliaires les uns des autres au sens de l'art. 101 CO³². La connaissance des colocataires est en outre utile dans la mesure où le bailleur doit exercer ses droits formateurs, comme la résiliation du bail ou la hausse de loyer, envers tous les colocataires, sous peine de nullité³³. Enfin, les colocataires doivent en principe faire valoir leur créance en commun pour contester le loyer³⁴, résilier le bail, restituer les locaux ou encore demander la libération de la sûreté³⁵.

2. Solvabilité

31. Le rapport de due diligence doit, dans la mesure du possible, apprécier la *solvabilité* de chaque locataire. En principe, un locataire sous le coup d'actes de défaut de biens n'est pas solvable³⁶. Au surplus, la solvabilité s'apprécie dans chaque situation concrète, notamment sur la base du taux d'effort³⁷. Il s'agit du rapport entre le loyer brut, d'une part, et les revenus du locataire, d'autre part, étant précisé que tous les revenus

²⁹ TF du 15.03.1983, RJ n° 225, cons. 2d. Cf. toutefois CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY, art. 253 CO N 27, qui admettent plutôt un cautionnement (sauf à admettre une reprise cumulative de dette) lorsqu'une personne signe le bail à la demande du bailleur mais qu'elle n'a aucune intention d'occuper elle-même les locaux, ce que le bailleur sait.

³⁰ CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY, art. 253 CO N 6 et 26 : cf. p. ex. l'union conjugale, art. 166 al. 3 CC ; la communauté héréditaire, art. 603 al. 1 et 639 CC ; la copropriété ATF 117 II 50, cons. 5 [controversé : les art. 646 al. 3 et 649 CC ne règlent cependant que les rapports internes des copropriétaires] ; la convention contractuelle, art. 143 al. 1 CO et la société simple, art. 544 al. 3 CO.

³¹ CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY, art. 253 CO N 28.

³² CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY, art. 253 CO N 29.

³³ TF du 13.07.09, 4A_189/2009, cons. 1.1 ; CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY, art. 253 CO N 33.

³⁴ ATF 136 III 41, cons. 3.

³⁵ LACHAT, p. 72 N 1.2.2 et les réf. citées. La question est controversée en ce qui concerne une demande en annulation du congé ou en prolongation du bail, où, selon certains auteurs, un locataire devrait pouvoir agir seul en impliquant l'autre (CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY, art. 253 CO N 36, BSK-WEBER, art. 273 CO N 2 a ; contra : ZK-HIGI, art. 273 CO N 33 ; Co-SVIT, art. 273 CO N 10).

³⁶ LACHAT, p. 614 N 5.3.2.

³⁷ LACHAT, p. 613 s. N 5.3.2.

cumulés du locataire (y compris les prestations de l'assurance-chômage, des services sociaux, les revenus de la fortune, etc.) et des personnes qui font ménage commun avec lui (époux, concubin, enfant majeur, etc.) doivent être pris en considération³⁸. Pour les logements, en pratique, un taux d'effort de 33% est admissible économiquement, c'est-à-dire que le loyer ne doit pas dépasser un tiers des revenus bruts³⁹. Il ne s'agit toutefois que d'un ordre de grandeur⁴⁰. Une telle règle n'est pas appropriée aux locaux commerciaux où des paramètres différents s'appliquent⁴¹.

32. Lorsque l'on identifie un risque de solvabilité, il faut procéder au contrôle détaillé des *garanties personnelles ou réelles* fournies par le locataire. Décrire en détail les éléments de cette analyse dépasse l'ambition de cette contribution. Nous nous contenterons de rappeler l'importance de la qualification entre garanties accessoires (p. ex. le cautionnement ; art. 492 ss CO⁴²) et indépendantes (p. ex. garantie bancaire ou porte-fort ; art. 111 CO), les premières étant soumises à des conditions de forme stricte au contraire des secondes⁴³.

B. Objet du bail

1. Immeuble

a. Extrait du registre foncier

33. L'acquéreur doit vérifier certaines informations-clés sur l'immeuble, qui est en principe un bien-fonds (art. 943 al. 1 ch. I CC) ou un droit de superficie constitué sous forme de DDP (art. 779 al. 3 CC)⁴⁴. Cet

³⁸ LACHAT, p. 613 s. N 5.3.2 ; CPra Bail-BISE/PLANAS, art. 264 CO N 47 ss.

³⁹ LACHAT, p. 613 n. 103.

⁴⁰ ATF 119 II 36, cons. 3d. Eg. LACHAT, p. 613 n. 103.

⁴¹ CR-LACHAT, art. 264 CO N 1.

⁴² TF du 26.04.2007, 4C.24/2007, cons. 5. Eg. CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY, art. 253 CO N 42 ; ég. CR-TEVINI, art. 111 CO N 24.

⁴³ A ce sujet, cf. TERCIER/FAVRE/EIGENMANN, N 7182 ss.

⁴⁴ Vu l'hypothèse retenue – à savoir l'acquisition par un propriétaire d'un immeuble locatif de placement – nous n'analyserons pas les cas de PPE, où les parts sont détenues en principe par plusieurs copropriétaires. A ce sujet, cf. BIANCHI DELLA PORTA/SIMONA, p. 41. Néanmoins, en réaction à certaines régulations cantonales (p. ex. pour le canton de Vaud : art. 4 al. 1 lit b LAAL), des PPE sont constituées lors de la construction d'un

examen se fait sur la base d'un extrait complet du registre foncier (art. 970 CO et art. 31 ORF) – y compris le plan (art. 17 ORF) et les pièces justificatives – qui doit être actuel et certifié conforme.

34. L'examen porte principalement sur les éléments suivants⁴⁵ :
35. **1° La désignation et l'état descriptif de l'immeuble.** Le but est de s'assurer que l'immeuble vendu correspond exactement à l'objet désiré par l'acheteur. La désignation de la commune et du numéro d'immeuble ainsi que l'identification fédérale des immeubles doivent être les mêmes dans le grand livre et sur le plan du registre foncier (art. 18 ORF). L'état descriptif de l'immeuble indique la situation de l'immeuble (rue, localité, toponyme), la surface et la couverture du sol, les bâtiments construits, le numéro de parcelle, la valeur fiscale et la valeur d'assurance-incendie de l'immeuble (art. 20 ORF).
36. **2° L'identité du propriétaire** (art. 90 et 94 ss ORF). Cette vérification garantit que le vendeur est effectivement propriétaire de l'immeuble transféré.
37. **3° Les servitudes foncières et personnelles et les charges foncières** (art. 98 ss ORF). Il s'agit de déterminer les droits réels limités pouvant limiter l'exercice libre du droit de propriété ou affecter négativement, d'une autre manière, la valeur de l'immeuble. Lors de l'analyse, on veillera à distinguer les droits réels limités constituant une charge (C) de ceux constituant un droit (D) (art. 98 ORF). On identifiera ceux avec lesquels l'utilisation ou l'affectation actuelle, notamment les baux, pourraient entrer en conflit. La vérification ne peut alors se limiter aux mots-clés contenus dans le feuillet du registre foncier ; il faut vérifier la portée de ces restrictions à l'aide de la pièce justificative (p. ex. le contrat constitutif de servitude) et des plans (art. 732 al. 2 CC et art. 70 ORF).
38. Par *exemple*, une servitude foncière prohibant l'exercice de certaines activités industrielles peut entrer en conflit avec un bail de locaux commerciaux. Ce sera le cas d'un local loué à un plombier alors qu'une servitude interdit toute entreprise autre que la charpente sur l'immeuble grevé⁴⁶. De même, un contrat de droit de superficie imposant au

bâtiment bien que les unités soient destinées à la location ; le cas échéant, l'acquéreur doit s'assurer qu'il acquiert la totalité des unités en PPE.

⁴⁵

Pour une présentation partiellement identique, cf. BIANCHI DELLA PORTA/SIMONA, p. 41.

⁴⁶

ATF 123 III 337, cons. 2c/cc ; ég. ATF 134 III 341, cons. 2 s., JdT 2008 216.

superficiaire une affectation particulière ou prohibant la location à des tiers est une servitude personnelle pouvant affecter la valeur de l'immeuble vendu.

39. 4° *Les gages immobiliers* (art. 101 ss ORF). Au cas où la vente ne se fait pas libre de tout gage, il faut identifier le type de gage, le créancier, le montant de la somme garantie et le taux d'intérêt maximal ainsi que le rang (art. 101 ORF). Selon que la dette garantie a été payée ou non, cela a une influence sur la valeur de l'immeuble. La question particulière des hypothèques légales de droit cantonal⁴⁷ – dont l'existence peut être indépendante d'une éventuelle inscription au registre foncier (art. 836 al. 3 CC)⁴⁸ – doit faire l'objet d'une déclaration spéciale, au terme de laquelle le vendeur garantit l'inexistence d'une dette ou de toute autre cause pouvant générer l'inscription d'un tel gage⁴⁹.
40. Dans un *immeuble locatif*, il faut déterminer non seulement si le propriétaire vendeur mais aussi si les locataires ont effectué dans les quatre derniers mois des travaux pouvant conduire à l'inscription d'une hypothèque légale des artisans et des entrepreneurs (art. 837 ch. 3 CC).
41. 5° *Les mentions et les annotations* (art. 123 ss ORF). D'une part, les mentions contiennent des faits ayant des conséquences juridiques (p. ex. la mention des accessoires de l'immeuble ; art. 946 al. 2 CC) ou des restrictions particulières et importantes au droit de la propriété (p. ex. l'interdiction de disposer d'un époux propriétaire ; art. 178 al. 3 CC). Les restrictions de droit public à la propriété peuvent aussi faire l'objet d'une mention (art. 962 CC) qui informe un acquéreur potentiel, sans avoir un effet juridique constitutif⁵⁰. D'autre part, les annotations renforcent un droit personnel (p. ex. un droit de préemption annoté ; art. 959 CC), une prétention (p. ex. l'inscription provisoire d'une hypothèque légale des artisans et entrepreneurs ; art. 961 CC) ou une décision judiciaire exécutoire (p. ex. l'annotation d'une saisie selon la

⁴⁷ Cf. p. ex. la liste de plus de vingt points figurant dans l'art. 147 al. 1 LaCC-GE (RSG E 1. 05 ; LaCC-GE).

⁴⁸ BIANCHI DELLA PORTA/SIMONA, p. 41.

⁴⁹ BIANCHI DELLA PORTA/SIMONA, p. 41.

⁵⁰ « La mention au registre foncier revêt donc comme par le passé un caractère purement déclaratif. » Message 2007, p. 5065 et 5092.

LP ; art. 960 CC). Le fait que ces droits demeurent opposables au nouvel acquéreur influence évidemment la valeur de l'immeuble.

b. Cas particulier des places de parc

42. Les places de parc présentent certaines *particularités*. Il est premièrement courant que le locataire d'une habitation ou d'un bail commercial utilise aussi des places de parc. Deuxièmement, en particulier pour les relations commerciales, les baux de places de parc constituent souvent des contrats séparés, rédigés en termes moins détaillés que le bail principal. Ainsi, le loyer y est rarement indexé et les conditions de résiliation sont plus flexibles.
43. Pour ces raisons, les places de parc doivent faire l'objet d'un *examen particulier* à au moins deux points de vue :
44. 1° *L'adéquation entre les faits et le droit*. D'abord, les places de parc louées existantes peuvent avoir été établies sans autorisation, de telle sorte que les revenus associés sont précaires. A l'inverse, certains locataires paient un montant global pour l'objet loué et les places de parc, alors que celles-ci ont été entretemps réaffectées (p. ex. surface de circulation ou de livraison), voire transformées (p. ex. place pour container à ordures), sans que les contrats (et les loyers payés) n'aient été adaptés. Enfin, les loyers des places de parc sont parfois indexés de la même manière que la chose principale, sans pourtant qu'il n'existe de base contractuelle à cette fin.
45. Lors de la *due diligence*, il faut s'assurer que les places de parc louées bénéficient des autorisations de droit public nécessaires, qu'elles existent bel et bien et qu'elles sont attribuées aux locataires conformément aux contrats. En outre, il faut contrôler que le loyer exigé se fonde sur les dispositions contractuelles effectivement applicables aux places de parc. Si tel n'est pas le cas, le locataire paye un loyer qui n'est pas (plus) dû contractuellement pour les places de parc. Cette part des revenus locatifs, que le vendeur intègre très certainement dans son calcul de la valeur de rendement, n'est juridiquement pas justifiée et l'acquéreur peut s'en prévaloir lors de la négociation contractuelle pour faire baisser le prix de vente.
46. 2° *La qualification juridique* de la location des places de parc. Une place louée isolément ne constitue ni un bail d'habitation, ni une

location de local commercial, même si le locataire est propriétaire d'une automobile et en a besoin pour son activité professionnelle⁵¹. Toutefois, le régime légal applicable aux places de parc n'est pas indépendant si elles constituent un accessoire au sens de l'art. 253a CO. Cette disposition légale assimile aux logements ou aux locaux commerciaux les choses dont l'usage est cédé avec eux. En vertu de l'art. 1 OBLF, les places de stationnement extérieures ou souterraines constituent un tel accessoire. Selon la jurisprudence, un accessoire est lié à la chose principale lorsqu'il lui est fonctionnellement utile et que l'usage n'en est cédé, ou obtenu, qu'en raison du bail portant sur la chose principale⁵². Les parties doivent être les mêmes⁵³. En revanche, peu importe que l'accessoire soit mentionné dans le bail principal, que les parties aient conclu plusieurs contrats⁵⁴ et que les contrats soient conclus simultanément ou à des dates différentes⁵⁵.

47. Si la place de parc est un *accessoire* d'une habitation ou d'un local commercial, la résiliation partielle d'une partie de l'objet loué est illicite⁵⁶. En outre, le locataire bénéficie de la protection contre les congés et les loyers abusifs pour la place de parc également⁵⁷.
48. Le rapport de *due diligence* doit identifier ces éléments, notamment si le rendement planifié par l'acquéreur repose sur un scénario où le bailleur résilie indépendamment (et rapidement) les baux de places de parc, par exemple pour les réaffecter ou les relouer à des prix plus élevés.

2. Surfaces

49. Le droit privé suisse *ne définit pas* la notion de « surface »⁵⁸. Dans un bail, la façon de déterminer les surfaces dépend de la convention des

⁵¹ ATF 125 III 231, cons. 2a, JdT 2000 I 194.

⁵² ATF 125 III 231, cons. 2a, JdT 2000 I 194.

⁵³ L'identité doit être au moins économique si elle n'est pas juridique (Ch. App. GE, DB 2005 N 18).

⁵⁴ ATF 125 III 231, cons. 2a, JdT 2000 I 194. Eg. CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY, art. 253a CO N 17 ; LACHAT, p. 126 N 4.4.1.

⁵⁵ Message 1985, p. 1402.

⁵⁶ ATF 125 III 231, cons. 3a, JdT 2000 I 194. Eg. CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY, art. 253a CO N 18.

⁵⁷ CR-LACHAT, art. 253a CO N 7.

⁵⁸ EICHENBERGER, p. 3.

parties⁵⁹. Elles peuvent renvoyer à des normes privées. Par exemple, la norme SIA-416 (2003) définit les différentes surfaces existantes en construction (p. ex. surface de plancher, surface nette, surface utile, etc.)⁶⁰. Faute d'accord exprès entre les parties, on peut se rattacher aux usages cantonaux et régionaux définissant « la surface locative »⁶¹.

50. La surface locative est *pertinente pour deux raisons* au moins lors du calcul de la valeur de rendement :

51. 1° La surface constitue un *élément objectivement essentiel* du contrat de bail parce qu'elle permet d'apprécier si le loyer demandé est conforme à la situation du marché locatif dans la région concernée⁶². Si les circonstances concrètes font apparaître la surface comme étant également un élément subjectivement essentiel⁶³, le locataire pourra se prévaloir d'une erreur de base au sens de l'art. 24 al. 1 ch. 4 CO et invalider le contrat sur la base de l'art. 31 CO⁶⁴. Une telle invalidation peut avoir lieu plusieurs années après la conclusion du bail. En cas d'invalidation partielle, le locataire peut exiger une adaptation des loyers futurs à la surface effective et demander la restitution des loyers payés en trop pendant les dix dernières années sur la base des art. 62 ss CO⁶⁵. En cas d'invalidation totale du bail, les revenus locatifs seront en

⁵⁹ EICHENBERGER, p. 4.

⁶⁰ Pour plus de précision, cf. EICHENBERGER, p. 8.

⁶¹ Dans le canton de Vaud par exemple, il existe un usage général pour déterminer la surface locative, usage « codifié » au ch. 3.3. des Directives du Conseil d'Etat en matière d'organisation et d'aménagement des locaux affectés à l'administration (2007), « http://www.vd.ch/fileadmin/user_upload/themes/territoire/construction/batiments_publics/directives-constructions/12/Directives_du_CE_pre-final.pdf » (21.05.2014).

⁶² TF du 30.11.2010, 4A_465/2010, cons. 5.

⁶³ Tel sera notamment le cas si le loyer dépend directement de la surface (ATF 135 III 537, cons. 2.2) ou si le locataire a loué l'appartement sur plans (ATF 113 II 25, cons. 1, JdT 1987 I 363).

⁶⁴ ATF 113 II 25, cons. 1, JdT 1987 I 363 ; cf. ég. ATF 135 III 537, cons. 2.2, dans lequel le TF a admis une invalidation partielle du contrat de bail pour erreur essentielle, s'agissant d'une différence de surface de 17% (par rapport à celle mentionnée dans le bail) non perceptible de visu.

⁶⁵ Toutefois en vertu de l'art. 261 CO et conformément à la théorie de la dissociation (*Spaltungstheorie*), l'acquéreur de l'immeuble ne devient pas débiteur des créances du locataire concernant la période précédant le transfert de propriété (CPra Bail-MARCHAND, art. 261 CO N 26).

- autre affectés par la période d'inoccupation pouvant résulter du départ plus ou moins immédiat du locataire⁶⁶.
52. 2° Une erreur de surface peut constituer un *défaut* de la chose louée. Le locataire peut alors notamment exiger une réduction de loyer (art. 259d CO)⁶⁷.
53. Pour la *due diligence*, il semble judicieux de distinguer trois hypothèses :
54. 1° Le bail porte sur des locaux *existant* lors de la conclusion du contrat et *loués « en l'état »*, le loyer n'est pas calculé en fonction de la surface et la surface n'est pas mentionnée dans le contrat ou ne l'est qu'à titre indicatif. Dans ce cas, un examen approfondi n'est en principe pas nécessaire, faute pour la surface de pouvoir influencer le rendement locatif⁶⁸.
55. 2° Le bail porte sur des locaux *existant* lors de la conclusion du contrat, le loyer est fixé *en fonction de la surface* et les parties ont procédé en commun à la vérification des mètres ou, ayant renoncé à un tel contrôle, ont constaté la *conformité* de la surface louée à leur accord contractuel. Dans ce cas, un examen plus approfondi n'est en principe pas nécessaire non plus⁶⁹.
56. 3° Le loyer est fixé *en fonction de la surface* et les parties *n'ont pas vérifié* le mètre *ou ne l'ont pas accepté* comme conforme au contrat. Dans ce cas, un examen plus approfondi comprenant les deux démarches suivantes est judicieux. Premièrement, il faut déterminer la manière dont les parties ont défini le concept de « surface » (accord individuel, renvoi à des conditions générales, sinon règles générales d'interprétation des contrats). Deuxièmement, il faut mesurer la surface effective et établir sa conformité aux indications contractuelles. A ce sujet, il n'est pas rare que les parties conviennent d'une marge de

⁶⁶ Cf. ATF 113 II 25, cons. 2, JdT 1987 I 363.

⁶⁷ Défaut admis : TB VD, CdB 2002 24. Eg. CPra Bail-AUBERT, art. 258 CO N 38 ; AUBERT, Les défauts de la chose louée, N 17.

⁶⁸ En relation avec le rendement futur, il est toutefois conseillé de toujours vérifier les surfaces. En effet, lors de la conclusion d'un nouveau bail, la surface peut être réexaminée et entraîner une baisse de loyer. Par conséquent, un tel contrôle permet d'adapter le calcul de revenus futurs en conséquence et de réduire la valeur de rendement de l'immeuble.

⁶⁹ Voir toutefois note 68.

tolérance (p. ex. 3%), notamment lorsqu'elles souhaitent éviter la tâche fastidieuse du mètre tout en acceptant des différences mineures ou lorsque le bail est conclu sur la base de plans et que le constructeur ne garantit lui-même la surface que sous réserve d'une marge de tolérance.

3. Utilisation des locaux

a. Conformité au droit public et au droit privé

57. Le rapport de due diligence doit examiner si la destination contractuelle et l'utilisation effective des locaux loués sont *conformes* aux éventuelles restrictions imposées par les *règles de droit public*, en particulier le plan d'affectation des zones et les règlements de construction.
58. Prenons l'*exemple* d'un bail prévoyant la mise à disposition d'un local de 2'000 m² destiné au commerce de détail, alors que le règlement communal des constructions n'autorise qu'une surface maximum de 800 m² pour ce type de commerce dans la zone en question. Dans le cadre de la due diligence, la non-conformité aux dispositions de droit public exige de distinguer *plusieurs hypothèses* :
59. 1° Le permis de construire – qui définit également l'affectation des locaux⁷⁰ – était *conforme aux règles de droit public*. Tel est notamment le cas lorsque l'affectation actuelle des locaux correspond aux réglementations en vigueur à l'époque de la conclusion du bail, même si elles ont été modifiées entretemps. Dans cette hypothèse, l'affectation contractuelle bénéficie en principe de la garantie de la situation acquise (*Bestandesgarantie*) et les revenus locatifs sont incontestables. Sous l'angle des revenus futurs, il faut encore examiner si la garantie des droits acquis couvre également un prochain bail avec la même affectation des locaux ou si les dispositions de droit public en vigueur imposent une modification d'affectation dès la fin du bail.
60. 2° Le permis de construire a été accordé *en violation des règles de droit public*, mais est *définitif et exécutoire*. Dans cette hypothèse, l'autorisation est affectée d'un vice initial. Par conséquent, la garantie de la situation acquise n'a qu'une portée réduite⁷¹ ou, si les conditions y

⁷⁰ P. ex. TF du 08.06.2010, 1C_497/2009, 1C_499/2009, cons. 3.2.

⁷¹ Cf. p. ex. pour le canton de Zurich : FRITZSCHE/BÖSCH/WIPF, Zürcher Planungs- und Baurecht, 5^e éd., Zurich 2011, p. 363 et 479.

relatives sont réunies, il y a un risque de révocation du permis de construire. Dans le cadre de la due diligence, il faut se demander si l'utilisation actuelle est assurée à long terme et si la conclusion d'un nouveau bail avec la même affectation reste possible.

61. 3° La destination des locaux *viole les règles de droit public* et il n'y a *pas de permis de construire en force*. Dans cette hypothèse, l'activité illicite devra cesser tôt ou tard. L'acquéreur doit en tenir compte lors de la fixation du prix, respectivement des termes du contrat de vente. En ce qui concerne les revenus actuels, certains auteurs vont même jusqu'à affirmer qu'un bail violant le droit public cantonal est nul⁷², ce qui remettrait également en cause les revenus locatifs déjà obtenus. A notre avis, cela n'est possible qu'aux conditions exprimées par le TF, qui ne retient pas la nullité si le droit cantonal n'interdit pas les changements d'affectation mais les soumet simplement à autorisation⁷³.
62. Selon le *droit privé*, le bailleur est tenu de délivrer la chose louée et de l'entretenir dans un état approprié à l'usage convenu (art. 256 al. 1 CO). Cet usage se détermine prioritairement en fonction du libellé du contrat de bail et de ses annexes, lesquels peuvent prévoir la destination des locaux, p. ex. comme habitation, dépôt, bureau, atelier, etc.⁷⁴. Le bail peut aussi spécifier les modalités de cet usage, c'est-à-dire la manière dont la chose louée doit être utilisée, notamment le cercle des utilisateurs autorisés⁷⁵.
63. Les éventuelles divergences entre l'état effectif et celui approprié à l'usage convenu constituent des *défauts*, thème que nous traiterons particulièrement ci-dessous (N 170).

⁷² CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY, art. 253 CO N 60, en citant le TF pour un bail commercial portant sur un local réservé à l'habitation par le droit cantonal (TF, ZMP 1993 N 4, cons. 3).

⁷³ TF, ZMP 1993 N 4, cons. 3; ég. TF du 22.10.2013, 4A_502/2012, cons. 2.1 et 2.2.

⁷⁴ ATF 136 III 186, cons. 3.1.1. Eg. CARRON, Travaux de construction, N 13 ; ZK-HIGI, art. 256 CO N 11 ; LACHAT, p. 216 N 1.1.

⁷⁵ ATF 136 III 186, cons. 3.1.1. Eg. CARRON, Travaux de construction, N 13 ; ZK-HIGI, art. 256 CO N 12.

b. Obligation d'utiliser et interdiction de concurrence

64. Les baux d'habitations ne prévoient en principe pas l'*obligation d'utiliser* la chose louée pour le locataire⁷⁶. Il peut donc laisser son appartement vide⁷⁷. En revanche, pour les locaux commerciaux, le locataire peut avoir l'obligation d'en faire usage en vertu de son devoir de diligence, selon certains même sans convention expresse⁷⁸. En effet, si un commerce reste fermé ou inutilisé, cela peut porter atteinte au rendement du futur local ainsi que des surfaces voisines, notamment dans les centres commerciaux⁷⁹.
65. Par conséquent, le rapport de *due diligence* concernant l'acquisition de locaux commerciaux veillera à mettre en évidence la présence ou l'absence d'une telle clause dans les baux concernés.
66. En outre, le locataire de locaux commerciaux n'est en principe pas tenu de *s'abstenir de faire concurrence* au bailleur ou aux autres commerçants de l'immeuble⁸⁰. De son côté, le bailleur n'a pas l'obligation de garantir au locataire l'absence de concurrents, sauf s'il a promis le contraire⁸¹.
67. Le rapport de *due diligence* doit mentionner un éventuel engagement du bailleur en ce sens. Il faut alors vérifier qu'aucun bail actuel ne viole ladite obligation. Si tel n'est pas le cas, le bailleur n'est pas à l'abri d'une prétention en réduction du loyer de la part du locataire bénéficiaire de l'exclusivité (art. 259d CO), voire d'une action réclamant le respect de la clause et la résiliation des baux non conformes⁸², deux situations qui affecteraient immanquablement la valeur de rendement de l'immeuble. En outre, une clause de non-concurrence limite le libre choix du bailleur pour les locataires des autres surfaces, ce qui peut entraver la mise en valeur de l'immeuble.

⁷⁶ Est bien entendu réservée une convention contraire (cf. ATF 136 III 186, cons. 3.1.2).

⁷⁷ ATF 136 III 186, cons. 3.1.2. Eg. CR-LACHAT, art. 253 CO N 5. Critique : CARRON, Bail à ferme, N 80.

⁷⁸ ATF 103 II 247, cons. 2c, JdT 1978 I 504. Eg. CR-LACHAT, art. 253 CO N 5.

⁷⁹ CARRON, Bail à ferme, N 52 et 77 ss.

⁸⁰ LACHAT, p. 80 N 1.3.13.

⁸¹ Dans ce cas particulier, la présence d'un locataire concurrent dans l'immeuble peut constituer un défaut de la chose louée (LACHAT, p. 222 N 1.8).

⁸² Cf. LACHAT, p. 222 N 1.8.

C. Loyer

1. Généralités

68. En Suisse, la réglementation concernant la fixation des *loyers* distingue essentiellement *trois systèmes*⁸³ :
69. 1° Les loyers *absolument libres*. Il s'agit des loyers des appartements et maisons familiales de luxe comportant six pièces ou plus (cuisine comprise) (art. 253b al. 2 CO ; art. 2 al. 1 OBLF) ; il s'agit également des loyers des appartements de vacances loués pour trois mois ou moins (art. 253a al. 2 CO) ou des loyers des immeubles qui ne sont ni des maisons d'habitation, ni des locaux commerciaux, ni des objets dont l'usage est cédé avec une habitation ou un local commercial (par exemple un terrain non agricole nu). Ces loyers ne sont pas soumis aux dispositions protectrices des art. 269 ss CO de sorte que, même s'ils sont abusifs, ils ne peuvent pas être corrigés par le juge⁸⁴. Ce type de loyer est rare dans les immeubles de rendement.
70. 2° Les loyers *libres*. Ces loyers ressortent en principe de la liberté contractuelle des parties. Toutefois, les art. 269 à 270e CO imposent des limites quant à leur fixation ou à leur modification. A certaines conditions, le locataire estimant que le loyer initial est abusif peut le contester dans les trente jours suivant la réception de la chose et en demander la diminution (art. 270 CO)⁸⁵. L'acquéreur doit être attentif au fait que, si certaines conditions sont remplies, le locataire peut également contester le loyer en cours de bail et demander une diminution pour le prochain terme de résiliation (art. 270a CO)⁸⁶.
71. Dans certains cantons touchés par la pénurie⁸⁷, l'usage de la *formule officielle* est obligatoire pour les baux portant sur une habitation ou

⁸³ ZK-HIGI, art. 269 à 270e CO N 75 ss ; ég. LACHAT, p. 369 s. N 1.

⁸⁴ Sauf les cas exceptionnels de lésion (art. 21 CO) ou d'usure (art. 127 CP) (LACHAT, p. 369 N 1).

⁸⁵ Pour plus de détails, cf. CPra Bail-DIETSCHY, art. 270 CO N 25 ss.

⁸⁶ Pour plus de détails, cf. CPra Bail-MONTINI/WAHLEN, art. 270a CO N 11 ss.

⁸⁷ C'est-à-dire pour les cantons de Fribourg, Genève, Neuchâtel, Vaud, Nidwald, Zoug et Zurich. Le CF envisage de rendre obligatoire dans toute la Suisse l'utilisation d'une formule officielle comportant l'indication du loyer précédent et la justification d'une éventuelle hausse, qu'il y ait pénurie de logements ou non. Parallèlement, la compétence en matière de formule officielle est confiée à la Confédération. En détail :

principalement sur un logement (art. 270 CO)⁸⁸. Cette question fait l'objet de développements particuliers ci-dessous (cf. N 199).

72. 3° *Les loyers contrôlés*. Ces loyers sont fixés de manière impérative par l'Etat ou par une collectivité publique. Ils ne peuvent être modifiés qu'avec l'accord préalable de l'autorité compétente⁸⁹. C'est le cas pour les immeubles subventionnés (art. 253b al. 3 CO ; art. 2 al. 2 OBLF) ou pour certains immeubles situés dans une zone d'affectation particulière⁹⁰.

2. Loyer net

73. Le loyer constitue la rémunération due par le locataire au bailleur pour la cession de l'usage de la chose⁹¹. L'art. 257 CO permet de distinguer le « *loyer net* », correspondant au loyer proprement dit, du « loyer brut » qui désigne l'ensemble des prestations en argent du locataire, frais accessoires inclus (art. 257a et 257b CO)⁹².
74. L'examen de la due diligence se fonde sur l'*état locatif*. Ce document, fourni par le vendeur, doit être le plus actuel possible et contenir, pour chaque objet, le loyer net, le montant de l'acompte des frais accessoires (ou, le cas échéant, le montant forfaitaire) et le loyer brut⁹³. A cette occasion, les éléments suivants font l'objet de vérifications en raison de leur influence potentielle sur les revenus locatifs :
75. 1° Le loyer (net) et les bases de calcul de celui-ci (taux d'intérêt de référence⁹⁴, indice⁹⁵) figurant dans l'état locatif doivent correspondre aux montants figurant dans les documents contractuels.

« http://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/2514/CO-droit-du-bail-2014_Rapport-expl_fr.pdf » (02.06.2014).

⁸⁸ CPra Bail-DIETSCHY, art. 270 CO N 72 ss.

⁸⁹ LCHAT, p. 370 N 1.

⁹⁰ Cf. p. ex., dans le canton de Genève, l'art. 5 al. 3 de la Loi générale sur les zones de développement (RSG L 1 35 ; LGZD-GE). Eg. BIANCHI DELLA PORTA/SIMONA, p. 38.

⁹¹ ATF 119 II 36, cons. 3a.

⁹² LCHAT, p. 83 N 1.6.2.

⁹³ S'y rajoutent d'autres éléments – non pertinents pour la question du loyer net – tels que le nom du locataire, la description de l'objet, le début du bail, la fin du bail, le délai de résiliation, voire les bases de calcul.

⁹⁴ Cf. *infra* N 76.

76. 2° Le loyer (net) actuel doit être admissible au vu du taux d'intérêt de référence ainsi que de l'indice suisse des prix à la consommation (IPC) actuels⁹⁶. Le rapport doit identifier les baux pour lesquels le taux d'intérêt de référence et/ou l'IPC pris en compte est supérieur à la valeur actuelle, car le potentiel d'abaissement des loyers concernés peut entraîner une contraction des revenus locatifs.
77. 3° Si les loyers sont indexés (art. 269b CO) ou échelonnés (art. 269c CO), il faut examiner si les conditions d'application de ces deux types de baux sont remplies⁹⁷, s'il n'y a pas cumul entre eux pour la même phase contractuelle⁹⁸ et si les hausses du loyer ont été notifiées correctement⁹⁹.
78. 4° Si le loyer dépend totalement ou partiellement du chiffre d'affaires (*Umsatzmiete*)¹⁰⁰, l'examen porte sur l'existence d'un mécanisme permettant un contrôle efficace des chiffres d'affaires fournis par le locataire.

3. Cas particulier de l'indexation

79. Les *loyers indexés* reposent sur des clauses contractuelles prévoyant que le loyer net (N 73) suit les variations d'un indice officiel (art. 269b CO ; art. 17 OBLF)¹⁰¹. Les clauses d'indexation garantissent au propriétaire le maintien de la valeur de la chose louée¹⁰². Les loyers indexés doivent faire l'objet d'une convention entre les parties, dont la validité est subordonnée à la réalisation de *deux conditions* :

⁹⁵ Cf. *infra* N 79 ss.

⁹⁶ Art. 12a, 13 et 16 OBLF et Ordonnance sur le taux hypothécaire (RS 211.213.111).

⁹⁷ Cf. LACHAT, p. 510 N 2.2.7. Pour les loyers indexés, cf. CPra Bail-DIETSCHY, art. 269b CO N 1 ss ; ég. *infra* N 80 s. Pour les loyers échelonnés, cf. CPra Bail-DIETSCHY, art. 269c CO N 1 ss.

⁹⁸ ATF 124 III 57, cons. 3, JdT 1999 I 19. Eg. WETTSTEIN, p. 52.

⁹⁹ Faute de notification correcte, la hausse est nulle et la hausse de loyer n'entre en vigueur qu'après nouvelle notification de la part du bailleur ; cf. ZK-HIGI, art. 269c CO N 45. Contra : Co-SVIT, art. 269c CO N 18 qui admet l'effet rétroactif.

¹⁰⁰ LACHAT, p. 499 N 10.1 ss.

¹⁰¹ LACHAT, p. 507 N 2.1.1.

¹⁰² ZK-HIGI, art. 269b CO N 18.

80. 1° Le contrat est conclu pour une *durée minimale* de cinq ans, c'est-à-dire que le bailleur ne peut pas le résilier pendant ces cinq années (art. 17 al. 4 OBLF). Lorsque la durée est expirée et que le bail est reconduit pour une durée indéterminée ou inférieure à cinq ans, les parties ne peuvent plus se prévaloir de la clause d'indexation¹⁰³. En revanche, si la période de reconduction est de durée égale ou supérieure à cinq ans, la clause d'indexation demeure applicable et la prochaine indexation doit être calculée en se référant à l'indice officiel suisse des prix à la consommation connu au moment de la dernière fixation du loyer, sans égard à la reconduction tacite survenue dans l'intervalle¹⁰⁴.
81. 2° L'indice de référence est l'*indice suisse des prix à la consommation* (IPC)¹⁰⁵. L'indice de base est celui de la date de conclusion du contrat¹⁰⁶.
82. Les clauses d'indexation ne respectant pas ces conditions sont *nulles* et le bail est partiellement nul (art. 20 al. 2 CO)¹⁰⁷. Le juge peut compléter, voire adapter le contrat en se fondant sur la volonté hypothétique des parties¹⁰⁸.
83. Le rapport de *due diligence* doit donc évaluer la validité de la clause d'indexation.
84. En outre, il semble utile de rendre l'acquéreur attentif aux *deux variations* suivantes, fréquentes en pratique¹⁰⁹ :
85. 1° La clause d'indexation prévoit que *le loyer ne sera en aucun cas réduit en cas de baisse de l'indice*. Vu la formulation de l'art. 17 al. 2

¹⁰³ ATF 123 III 76, cons. 4a. Eg. CPra Bail-DIETSCHY, art. 269b CO N 33.

¹⁰⁴ ATF 123 III 76, cons. 4a ; ATF 137 III 580, cons. 2. Eg. CPra Bail-DIETSCHY, art. 269b CO N 33.

¹⁰⁵ Pour des détails au sujet de cet indice, cf. Ordonnance sur les relevés statistiques, annexe 26 ; OFS, L'indice suisse des prix à la consommation (IPC), Neuchâtel 12.02.2013 [« <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index/news/publikationen.html?publicationID=5053> »,(21.05.2014)].

¹⁰⁶ CPra Bail-DIETSCHY, art. 269b CO N 10 ; au cas où le début du bail est avant le 1^{er} juillet 1990 et qu'un autre indice a été valablement convenu sous l'ancien droit, la clause d'indexation doit être analysée sous l'angle de l'art. 26 al. 3 OBLF ; cf. TF, MP 1997 223, cons. 1. Eg. CPra Bail-DIETSCHY, art. 269b CO N 11 s.

¹⁰⁷ CR-LACHAT, art. 269b CO N 3 ; WETTSTEIN, p. 51.

¹⁰⁸ ATF 124 III 5, cons. 3c, JdT 1999 I 19. Eg. CPra Bail-DIETSCHY, art. 269b CO N 5.

¹⁰⁹ BIANCHI DELLA PORTA/SIMONA, p. 44.

OBLF et l'opinion de nombreux auteurs qui contestent la validité d'une telle clause¹¹⁰, l'acquéreur prudent fait bien, pour le calcul de son prix d'achat, de ne pas se fier à l'efficacité de cette clause.

86. 2° La clause d'indexation prévoit que *le loyer peut certes être réduit en cas de baisse de l'indice, mais en aucun au-dessous du loyer initial*. En pratique, l'acquéreur non juriste considère souvent que le loyer initial représente un minimum et il établit son calcul du prix d'achat sur cette hypothèse. Dès lors, si une telle clause fait défaut, l'auteur du rapport de due diligence doit avertir l'acquéreur du caractère erroné de son hypothèse de travail. De plus, même si cette clause figure dans le contrat, sa validité n'est pas garantie : le TF ne s'est jamais déterminé et une partie de la doctrine remet en cause sa validité¹¹¹.
87. Conformément à l'art. 19 al. 2 OBLF, l'augmentation de loyer fondée sur une variation de l'indice doit *respecter les conditions de l'art. 269d CO* en plus de la convention des parties. Cela signifie premièrement que la notification ne peut avoir lieu qu'après la publication officielle de l'indice (art. 19 al. 2 2° phr. OBLF). Deuxièmement, le bailleur doit respecter les échéances et préavis contractuels, étant précisé que l'art. 17 al. 3 OBLF exige dans tous les cas un préavis minimum de trente jours pour la fin d'un mois. Troisièmement, il faut utiliser la formule officielle¹¹². Si le bailleur n'a pas respecté les délais ou les termes, la hausse n'est pas nulle mais ses effets sont reportés au prochain terme contractuel ou légal¹¹³. S'il n'a pas fait usage de la formule, la notification est nulle et ne produit aucun effet¹¹⁴.
88. Dans l'hypothèse où un contrat de durée déterminée valablement indexé est reconduit pour une durée de moins de cinq ans ou dans celle où l'on a affaire à un bail de durée indéterminée avec une durée minimum de

¹¹⁰ Dans ce sens : CPra Bail-DIETSCHY, art. 269b CO N 20 ; LACHAT, p. 514 N 45 ; BSK-WEBER, art. 269b CO N 5. Contra : Co-SVIT, art. 269b CO N 16 qui considère une telle clause comme admissible. Cf. ég. ATF 125 III 358, cons. 1b, JdT 2000 I 204.

¹¹¹ Dans ce sens : BSK-WEBER, art. 269b CO N 5 ; CPra Bail-DIETSCHY, art. 269b CO N 20 ; LACHAT, p. 514 N 45. Contra : Co-SVIT, art. 269b CO N 16 qui considère une telle clause comme admissible.

¹¹² Justement critiques à ce sujet, CPra Bail-DIETSCHY, art. 269b CO N 23 ; BSK OR I-WEBER, art. 270c/270d N 3.

¹¹³ CPra Bail-DIETSCHY, art. 269b CO N 23.

¹¹⁴ CPra Bail-DIETSCHY, art. 269b CO N 23.

cinq ans¹¹⁵, l'acheteur doit être rendu attentif au risque d'adaptation du loyer selon la méthode absolue ou relative en application des critères ordinaires¹¹⁶.

89. Le rapport de *due diligence* doit identifier les loyers ne respectant pas les exigences présentées ci-dessus, vu le risque de diminution de revenus locatifs.

4. Possibilité de faire supporter les hausses de coûts ou les prestations supplémentaires

90. Selon l'art. 269a lit. b CO et l'art. 14 OBLF, le bailleur peut *augmenter le loyer* en cas de hausses de coûts (p. ex. augmentation des impôts foncier ou de taxes) ou lorsqu'il fournit des prestations supplémentaires, c'est-à-dire lorsqu'il rénove la chose louée, l'agrandit, l'améliore en y apportant une plus-value ou lorsque, de toute autre manière, il offre au locataire une nouvelle prestation¹¹⁷. Les améliorations créant des plus-values procurent en principe un meilleur confort au locataire et se distinguent des simples travaux d'entretien qui ne font que maintenir l'état des locaux et prévenir leur dégradation (art. 256 al. 1 CO)¹¹⁸. Selon l'art. 269d CO, les majorations unilatérales de loyer doivent respecter des conditions de forme (formule officielle ; à ce sujet, cf. N 196 ss), de contenu (art. 19 al. 1 lit. a OBLF), de notification et de délai (réception de l'avis de majoration pour la prochaine échéance au moins dix jours avant le début du délai de résiliation du bail).
91. Les augmentations unilatérales de loyer fondées sur des prestations supplémentaires du bailleur (art. 269a lit. b CO) ne sont possibles que pour les baux de *durée indéterminée*. Lorsque le bail est de durée déterminée, une majoration unilatérale du loyer n'est pas possible pendant la durée ferme¹¹⁹.

¹¹⁵ La durée de cinq ans s'entend au sens de l'art. 17 al. 4 OBLF.

¹¹⁶ Cf. ATF 123 III 76 cons. 4c : « Dans ce cadre-là, le nouveau loyer admissible devra être déterminé, en fonction des facteurs mentionnés dans l'avis de majoration, soit au moyen de la méthode absolue, soit à l'aide de la méthode relative, la première date de référence étant celle de la conclusion du bail dans cette dernière hypothèse. ».

¹¹⁷ CR-LACHAT, art. 269a CO N 11.

¹¹⁸ LACHAT, p. 478 N 5.1.4.

¹¹⁹ CPra Bail-MARCHAND, art. 269d CO N 7.

92. En pratique, les *baux commerciaux* sont souvent conclus pour une durée ferme ou sous forme de baux congéables, c'est-à-dire conclus pour une certaine durée initiale (cinq ou dix ans) mais reconductibles si aucun congé n'est donnée dans l'intervalle. Dans ce dernier cas, il s'agit de contrats de durée indéterminée dès leur conclusion¹²⁰. En outre, il n'est pas rare que le locataire bénéficie d'une ou de plusieurs options lui permettant de prolonger le bail aux mêmes conditions¹²¹.
93. Dans un tel cas, une *clause contractuelle* permettant au bailleur d'augmenter unilatéralement le loyer durant la période initiale en raison d'investissements consentis créant des plus-values est indispensable. Le rapport de due diligence devra examiner l'existence et la formulation d'une telle clause.

5. Option (TVA)

94. En principe, les loyers ne sont *pas soumis à la TVA* (art. 21 al. 2 ch. 21 LTVA). En revanche, la location d'appartements, de chambres et de salles dans les hôtels ou les restaurants y est assujettie (art. 21 al. 2 ch. 21 lit. a LTVA). Il en va de même de la location de places de parc n'appartenant pas au domaine public, sauf s'il s'agit d'une prestation accessoire à une location d'immeuble exclue du champ de l'impôt (art. 21 al. 2 ch. 21 lit. c LTVA).
95. Toutefois, le bailleur *peut soumettre* l'immeuble, entièrement ou partiellement, à la TVA (art. 22 al. 1 LTVA). Cette « option » est possible si le bailleur est assujetti à la TVA et s'il n'utilise pas le bien acquis exclusivement à des fins privées (art. 22 al. 2 lit. b LTVA), c'est-à-dire à des fins d'habitation¹²².
96. En cas d'option, le bailleur ne peut toutefois *répercuter l'impôt sur les locataires* que si le contrat de bail le prévoit¹²³. Le cas échéant, le loyer correspond au montant convenu entre les parties, additionné de la TVA¹²⁴.

¹²⁰ ATF 114 II 165, cons. 2b. Eg. CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY, art. 255 CO N 13.

¹²¹ CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY, art. 255 CO N 21 ss ; LCHAT, p. 607 N 3.4.

¹²² Cf. Info TVA concernant les secteurs, 17 Administration, location et vente d'immeubles, ch. 3.1, publié par l'AFC.

¹²³ BIANCHI DELLA PORTA/SIMONA, p. 45.

¹²⁴ LCHAT, p. 84 N 1.6.6 ; cf. p. ex. l'art. 35 des conditions générales pour locaux

97. Si l'acquéreur a décidé de soumettre à la TVA l'acquisition de l'immeuble locatif (art. 22 al. 1 LTVA) ou s'il veut effectuer des travaux de construction substantiels après cette acquisition, il peut avoir un *intérêt fiscal* à soumettre les contrats de bail à l'impôt afin de pouvoir déduire l'impôt préalable. L'impôt préalable est la TVA supportée par l'acquéreur en tant que client final de la vente de l'immeuble locatif ou en tant que maître d'ouvrage des travaux de construction¹²⁵. Si l'impôt préalable ne peut pas être déduit, il est en principe supporté par le bailleur, ce qui influence le rendement de l'immeuble locatif.
98. Par conséquent, le rapport de *due diligence* doit renseigner le bailleur d'une part si les baux n'étant pas utilisés à des fins privées contiennent une clause autorisant le bailleur à opter en matière de TVA et à répercuter cet impôt et, d'autre part, si le vendeur a déjà « opté » pour les baux en question.

6. Frais accessoires

99. Selon les art. 257a et 257b CO, les *frais accessoires* rémunèrent les prestations du bailleur ou d'un tiers en rapport avec l'usage de l'immeuble locatif, telles que frais de chauffage, d'eau chaude et d'exploitation (p. ex. conciergerie, ascenseur, TV par câble, mais pas les primes d'assurance-incendie), ainsi que les contributions publiques résultant de son utilisation (p. ex. taxes d'épuration mais pas les impôts fonciers et les taxes de raccordement)¹²⁶. La définition est impérative¹²⁷. Ne font donc pas partie des frais accessoires non seulement les prestations du bailleur sans rapport avec l'usage de la chose, mais encore les dépenses relatives à l'entretien et à la rénovation de l'immeuble¹²⁸.
100. Selon l'art. 257a al. 2 CO, les frais accessoires ne sont à la charge du locataire que si cela fait l'objet d'une *convention spéciale*. La loi exige

commerciaux établies par la Chambre immobilière du valais et l'USPI (édition 10/2009).

¹²⁵ OBERSON, p. 401.

¹²⁶ CR-LACHAT, art. 257a-257b CO N 1.

¹²⁷ ATF 137 I 135, cons. 2.4. Eg. ZK-HIGI, art. 257a-257b CO N 3.

¹²⁸ CPra Bail-BIERI, art. 257a-257b CO N 13 ; ég. ZK-HIGI, art. 257a-257b CO N 8 ; CR-LACHAT, art. 257a-257b CO N 1.

que les parties s'entendent spécialement sur les frais accessoires, dont les postes effectifs doivent être détaillés et spécifiques à l'objet¹²⁹. Le bailleur ne peut pas facturer au locataire d'autres frais accessoires que ceux convenus¹³⁰. A défaut de convention, ceux-ci sont compris dans le loyer¹³¹.

101. Pour un rapport de *due diligence*, les règles brièvement rappelées ci-dessus signifient qu'il faut procéder à une *quadruple vérification* :
102. 1° Le contrat de bail doit prévoir *le principe du paiement* des frais accessoires par le locataire¹³².
103. 2° La clause de frais accessoires doit contenir *toutes les prestations* que le bailleur souhaite répercuter sur le locataire. Si l'énumération est lacunaire, l'acquéreur doit lui-même supporter les frais en question, du moins jusqu'au moment où il peut unilatéralement modifier le contrat (art. 269d al. 3 CO)¹³³. Par exemple, si le bailleur a mis en place un service de sécurité et que cette position ne figure que dans la moitié des baux, il doit assumer lui-même les frais relatifs aux quotes-parts respectives. En outre, l'introduction de nouveaux frais accessoires doit respecter la procédure d'une hausse de loyer (art. 269d al. 2 CO et art. 19 al. 1 lit. b OBLF : utilisation de la formule officielle¹³⁴, désignation précise des frais concernés, indication des motifs, absence de menace de résiliation), faute de quoi la modification sera nulle¹³⁵.
104. Le fait que les locataires *ont payé par le passé* des factures de frais accessoires incluant des prestations ne figurant pas dans la liste *ne suffit pas* à admettre une acceptation tacite de leur part¹³⁶. Pour prouver une modification conventionnelle, le bailleur doit notamment établir que le locataire était suffisamment informé des frais nouvellement introduits et

¹²⁹ ATF 121 III 460, cons. 2a. Eg. ZK-HIGI, art. 257a-257b CO N 13.

¹³⁰ ATF 121 III 460, cons. 2a/aa.

¹³¹ ATF 121 III 460, cons. 2a/aa. Eg. ZK-HIGI, art. 257a-257b CO N 12.

¹³² BIANCHI DELLA PORTA/SIMONA, p. 45.

¹³³ Pour une description des conditions requises, notamment l'usage de la formule officielle (à ce sujet, cf. ég. N 191 ss), cf. CPra Bail-MARCHAND, art. 269d CO N 16 ss.

¹³⁴ Sur l'utilisation de la formule officielle, cf. N 191 ss.

¹³⁵ CPra-BIERI, art. 257a-257b CO N 122 s.

¹³⁶ Pour une introduction ou une modification ne respectant pas la loi, cf. TF du 24.10.2006, 4C.224/2006, cons. 2.3.

de son droit de contestation et qu'il n'a pas consenti sous la menace d'une résiliation¹³⁷.

105. 3° La liste des frais accessoires ne doit contenir que des *prestations se rapportant à l'usage* de la chose. Le locataire peut refuser de prendre en charge les dépenses consacrées à l'entretien et à la rénovation de la chose ou sans relation avec son usage qui figureraient dans la clause de frais accessoires. Certains auteurs sont d'avis que les frais non conformes à cette définition constituent un cas de nullité et peuvent être répétés en tout temps¹³⁸.
106. 4° Les frais accessoires doivent être *convenus spécialement* (art. 257a al. 2 CO). La liste des frais accessoires doit être spécifique à l'objet loué, c'est-à-dire précise, compréhensible et listant les postes effectifs¹³⁹. Des formules passe-partout ne suffisent pas¹⁴⁰. Une liste standardisée figurant dans des conditions générales et contenant plusieurs positions non adaptées au cas précis ne remplit pas l'exigence légale et est inefficace, dans la mesure où elle ne fait pas partie de la convention des parties¹⁴¹.
107. Par *exemple*, si une liste de quinze postes mentionne les frais d'exploitation des ascenseurs, des escaliers roulants, le service pour machines à laver et pour lave-vaisselle ainsi que les frais de jardinage, bien que l'immeuble ne possède ni jardin ni les autres installations et machines énoncées, la clause est d'une validité douteuse qui justifie une mention dans le rapport de *due diligence*.
108. Toutefois, des frais énumérés dans des conditions générales peuvent, selon les circonstances, être valablement facturés au locataire, dans la mesure où ils constituent une concrétisation des frais accessoires déjà attribués au locataire dans le contrat¹⁴². En outre, en vertu du principe de la bonne foi, la clause de frais accessoires n'est pas inefficace du

¹³⁷ TF, MP 2009 34, cons. 3.1. Dans ce sens, CPra Bail-MARCHAND, art. 269d CO N 6.

¹³⁸ CPra-BIERI, art. 257a-257b CO N 165 ; Eg. LACHAT, p. 338 N 3.3.

¹³⁹ ATF 135 III 591, cons. 4.3.1.

¹⁴⁰ ATF 121 III 460, cons. 4a/aa. Eg. CR-LACHAT, art. 257a-257b CO N 2 et les réf. citées.

¹⁴¹ ATF 135 III 591, cons. 4.3.1.

¹⁴² ATF 135 III 501, cons. 4.3.1 ; TF du 03.10.2006, 4C.250/2006, cons. 1.1.

seul fait qu'elle présente des incertitudes mineures pour le locataire. Il en va ainsi d'une liste débutant par l'adverbe « notamment »¹⁴³.

109. Si la liste des frais accessoires contient des postes n'ayant pas été correctement intégrés au contrat ou, bien qu'intégrés, n'étant pas autorisés, le locataire peut à juste titre refuser leur paiement du jour au lendemain. Le locataire peut en outre réclamer les montants payés en trop sur la base des règles de l'enrichissement illégitime. Notons que, conformément à la théorie de la dissociation (cf. n. 65) et pour autant que les parties n'y dérogent pas dans le contrat de vente de l'immeuble, l'examen de la clé de répartition des frais accessoires appliquée par le propriétaire précédent ne s'impose pas lors de la *due diligence* vu qu'elle n'aura aucune influence sur le rendement de l'immeuble.

7. Sûretés (type et montant)

110. Le locataire n'a *pas d'obligation légale* de constituer des sûretés au sens de l'art. 257e CO. La constitution et le montant des sûretés relèvent de la convention des parties¹⁴⁴.
111. L'art. 257e CO ne régit que les garanties constituées en espèces ou sous forme de papiers-valeurs (al. 1), alors que d'autres garanties – personnelles (p. ex. reprise cumulative de dette, cautionnement, garantie à première demande) ou plus rarement réelles – sont possibles. En vertu de l'art. 257e al. 4 CO, le *droit cantonal* peut régir tous les types de garanties¹⁴⁵. Lorsque les législateurs cantonaux ont fait usage de cette réserve attributive, ils ont en principe favorisé les dépôts bloqués¹⁴⁶ ; le recours au cautionnement simple (pour les baux d'habitation ou les baux commerciaux) ou solidaire (principalement pour les baux

¹⁴³ TF du 28.07.2009, 4A_185/2009, cons. 2.4.3 *in fine* : « Ohnehin gilt auch hier, dass die Beschwerdeführer [locataires] nach Treu und Glauben nicht die ganze Liste als nicht gültig vereinbart betrachten durften, nur weil eine Position eine gewisse Unsicherheit beinhaltet. ». Eg. LACHAT, p. 334 N 1.5.

¹⁴⁴ Cf. CPra Bail-MARCHAND, art. 257e CO N 8.

¹⁴⁵ CPra Bail-MARCHAND, art. 257e CO N 5.

¹⁴⁶ Cf. p. ex. art. 1 de la Loi genevoise protégeant les garanties fournies par les locataires, (RSG I 4 10 ; LGFL) ; art. 1 de la Loi vaudoise sur les garanties en matière de baux à loyer, (RS 221.307 ; LGBL) ; art. 2 de la Loi neuchâteloise d'introduction du Code des obligations (bail à loyer) (RSN 224.1 ; LICO).

commerciaux) reste néanmoins souvent possible à certaines conditions¹⁴⁷.

112. Pour les *locaux d'habitation*, le montant des sûretés est limité à trois mois de loyer brut (y compris une provision pour frais accessoires) (art. 257e al. 2 CO)¹⁴⁸. Cette disposition est relativement impérative, de sorte que les parties peuvent prévoir un montant inférieur¹⁴⁹. En Suisse romande, le CCR, qui l'emporte sur le droit fédéral¹⁵⁰, a abaissé ce plafond à trois mois de loyer net (sans les provisions pour les frais accessoires ; art. 2 al. 1 CCR)¹⁵¹.
113. Pour les *locaux commerciaux*, et sauf disposition cantonale contraire, il n'y a pas de limite quant au montant, mais les tribunaux appliquent les limites générales de la lésion (art. 21 CO) et du loyer abusif (art. 270 CO)¹⁵².
114. Le rapport de *due diligence* doit indiquer si le contrat prévoit des sûretés et, le cas échéant, si elles sont conformes au droit applicable et si le locataire les a effectivement constituées.
115. Dans l'hypothèse où des *sûretés indépendantes* (p. ex. reprise cumulative de dette, garantie à première demande) ont été constituées, il faut rappeler à l'acquéreur que ces sûretés doivent faire l'objet d'une cession de créance dans le contrat de vente de l'immeuble, faute de quoi le vendeur de l'immeuble en reste le bénéficiaire.
116. En Suisse romande, un nombre important de sûretés sont fournies par l'intermédiaire d'*entreprises commerciales offrant le cautionnement* de loyer¹⁵³. Le rapport de due diligence doit examiner si les conditions formelles d'un tel engagement, en particulier les exigences relatives à la forme écrite et à l'indication du montant total de la garantie (art. 492 ss CO, en particulier art. 493 CO), sont remplies.

¹⁴⁷ Cf. p. ex. art. 1 LGFL ; art. 1 LGBL.

¹⁴⁸ ZK-HIGI, art. 257e CO N 20 ; ég. LACHAT, p. 356 N 2.2.2.

¹⁴⁹ ZK-HIGI, art. 257e CO N 4.

¹⁵⁰ Art. 3 al. 1 lit. a LCBD et FF 2008 III.1 5289.

¹⁵¹ LACHAT, p. 356 N 2.2.2 et les réf. citées.

¹⁵² TF du 27.4.2004, 4C.35/2004, cons. 2.2.1 ; CR-LACHAT, art. 257e CO N 5.

¹⁵³ P. ex. « SwissCaution » ou « EuroKautiion ».

D. Durée

117. Le prix offert pour l'immeuble se fonde en principe sur la continuation des baux existants pendant une certaine durée. Plus rarement, le prix offert repose sur un scénario nécessitant que le bailleur mette fin aux contrats en cours, par exemple pour effectuer des travaux importants ou pour développer le site¹⁵⁴. Par conséquent, le rapport de *due diligence* doit identifier les éléments-clés de la durée des contrats, en particulier le début (1.), le caractère déterminé ou indéterminé de la durée (2.), les éventuelles options de prolongation (3.), l'existence d'une condition suspensive ou résolutoire (4.), ainsi que, pour le cas où l'acheteur souhaite mettre fin aux baux existants, les risques de prolongation du bail (5.). Enfin, si les locaux ne sont pas remis aux locataires avant le transfert de propriété (bail sur plan), il faut identifier une éventuelle peine conventionnelle de retard (6.).

1. Début

118. Le début du contrat dépend de la *convention* des parties¹⁵⁵. En cas de doute, on se référera aux moyens usuels d'interprétation, en tenant compte des usages locaux (p. ex. le 1^{er} ou le 15 du mois)¹⁵⁶.
119. Le début du bail correspond en principe à la *date de remise des clés*¹⁵⁷. L'art. 256 CO précise que le bailleur doit délivrer la chose louée au locataire « à la date convenue ». En l'absence de convention particulière, la délivrance de la chose louée doit intervenir dès la conclusion du contrat (art. 75 CO)¹⁵⁸. Exceptionnellement, les parties peuvent convenir que le bailleur ne remette les locaux qu'après le début du contrat (par exemple lors de la réalisation de travaux en faveur du locataire mais exécutés par le bailleur)¹⁵⁹.

¹⁵⁴ BIANCHI DELLA PORTA/SIMONA, p. 47.

¹⁵⁵ TB VD, DB 2003 N 9.

¹⁵⁶ ZK-HIGI, art. 255 CO N 13 ; CR-LACHAT, art. 256 CO N 1.

¹⁵⁷ ZK-HIGI, art. 255 CO N 12 ; LACHAT, p. 193 N 1.1.

¹⁵⁸ ZK-HIGI, art. 255 CO N 14 s. ; CR-LACHAT, art. 256 CO N 1.

¹⁵⁹ LACHAT, p. 193 N 1.1.

120. Le début du bail est pertinent dans la mesure où il permet de déterminer la fin du bail lorsque le contrat a été conclu pour une durée ferme définie en mois ou en années (terme de résiliation, cf. art. 266c ss CO).

2. Types de durée

121. En vertu de l'art. 255 al. 1 CO, un contrat de bail peut être conclu pour une durée déterminée ou indéterminée :
122. La caractéristique du contrat de *durée déterminée* est qu'il prend fin, à l'expiration de la durée convenue, sans qu'il soit nécessaire de le résilier (art. 255 et 266 al. 1 CO)¹⁶⁰. Les parties fixent librement sa durée. Toutefois, le contrat de bail ne peut pas être conclu pour « l'éternité », sous peine de constituer une violation de la liberté personnelle (art. 27 al. 2 CC)¹⁶¹. En cours de bail, les parties conservent toujours la faculté de résilier le contrat de façon anticipée (par le bailleur : art. 257d, 257f, 261, 266g et 266h CO ; par le locataire : art. 259b lit. a, 266g, 266i et 272d CO)¹⁶².
123. Dans un bail de durée déterminée, le rapport de *due diligence* doit indiquer la date à laquelle le bail expire. En outre, il doit rappeler à l'acquéreur que, faute de motif de résiliation anticipée, il ne peut imposer aucune augmentation unilatérale de loyer (ég. N 91), puisqu'une telle demande ne peut avoir lieu que « pour le prochain terme de résiliation » (art. 269d CO), qui correspond à la fin du bail de durée déterminée¹⁶³.
124. Tout bail qui n'est pas de durée déterminée est réputé conclu pour une *durée indéterminée* (art. 255 al. 3 CO). Un tel bail prend fin par une résiliation ordinaire (cf. art. 266a à 266f CO) ou extraordinaire (cf. art. 257d, 257f, 259b, 261 et 266g à 266k CO, cf. ég. art. 264 CO)¹⁶⁴.
125. Dans un bail de durée indéterminée, le rapport de *due diligence* doit contenir les deux informations suivantes :

¹⁶⁰ CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY, art. 255 CO N 4.

¹⁶¹ ATF 103 II 176, cons. 4. Eg. CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY, art. 255 CO N 5.

¹⁶² CR-LACHAT, art. 255 CO N 4.

¹⁶³ CR-LACHAT, art. 255 CO N 4.

¹⁶⁴ CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY, art. 255 CO N 14.

126. 1° Il doit identifier les *délais de résiliation* (délai de préavis) et vérifier leur légalité. Les parties ont la faculté de convenir des délais de résiliation, ceux-ci ne pouvant toutefois pas être inférieurs aux délais légaux (art. 266a al. 1 CO)¹⁶⁵. Lorsque le bail porte sur un immeuble, une construction mobilière ou une habitation, le délai minimum à respecter pour la résiliation est de trois mois (art. 266b et 266c CO). S'il s'agit d'un local commercial, il est fixé à six mois (art. 266d CO). Lorsqu'il porte sur une place de stationnement ou toute autre installation louée séparément, le délai de résiliation est de deux semaines (art. 266e CO), sauf si la place ou l'installation est liée à un bail d'habitation ou de locaux commerciaux (art. 253a CO)¹⁶⁶.
127. 2° Le rapport de due diligence doit mettre en évidence le *terme* (échéance) de chaque contrat. Les parties sont ici totalement libres. Faute de convention, le terme varie en fonction de l'objet sur lequel porte le bail. Les art. 266b à 266d CO renvoient prioritairement à l'usage local pour les baux portant sur des immeubles ou des constructions mobilières, sur des habitations et sur des locaux commerciaux¹⁶⁷. A défaut d'un tel usage, le terme correspond à la fin d'un semestre de bail pour les baux d'immeubles ou de constructions mobilières (art. 266b CO) et la fin d'un trimestre de bail pour les baux d'habitations et de locaux commerciaux (art. 266c et 266d CO).

3. Options de prolongation

128. Un contrat de bail peut contenir une option de prolongation en faveur du locataire¹⁶⁸. On distingue *deux types* d'options :
129. 1° L'option *proprement dite (echte Option)*. Il s'agit d'une clause permettant au locataire de prolonger à une ou plusieurs reprises le contrat par une déclaration unilatérale de volonté, moyennant un loyer déterminé ou objectivement déterminable¹⁶⁹. Le bailleur ne peut pas

¹⁶⁵ CPra Bail-MONTINI, art. 266b-266f CO N 5.

¹⁶⁶ Cf. N 46 s.

¹⁶⁷ CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY, art. 266a CO N 34.

¹⁶⁸ Une clause d'option en faveur du bailleur est également possible. Vu qu'il s'agit d'une faculté accordée au bailleur, elle ne nécessite en principe pas un examen approfondi dans le cadre d'une due diligence.

¹⁶⁹ ATF 122 III 10, cons. 4b, JdT 1998 I 111 ; CR-LACHAT, art. 255 CO N 12.

empêcher son exercice en résiliant le bail, sauf si les conditions d'un congé extraordinaire sont remplies¹⁷⁰.

130. L'option doit être exercée dans le *délai* prévu¹⁷¹. Si le contrat est lacunaire, le locataire doit manifester sa volonté dans le délai pertinent des art. 266a ss CO (pour un contrat de durée indéterminée) ou avant l'échéance du bail (pour un contrat de durée déterminée)¹⁷².
131. Lorsque le locataire exerce son droit d'option, le *contenu* du bail dépend prioritairement de celui de la clause d'option¹⁷³. A défaut de convention particulière, les rapports de location se poursuivent sans changement¹⁷⁴.
132. 2° L'option *improprement dite (unechte Option)*. Il s'agit d'une clause ne contenant qu'une obligation de négocier les conditions de la poursuite de leur relation contractuelle, les éléments subjectivement et objectivement essentiels n'étant encore ni déterminés ni objectivement déterminables. Dans ce cas-là, le locataire ne peut imposer au bailleur que la tenue de négociations contractuelles, à l'exclusion d'une prolongation du bail.
133. Après avoir identifié une option dans le contrat de bail, l'auteur de la *due diligence* doit mentionner la présence de cette clause et la qualifier. En cas d'option proprement dite, il doit informer l'acquéreur des effets potentiels sur la durée du bail.

4. Condition suspensive

134. Les effets d'un bail peuvent dépendre d'une condition suspensive (art. 151 ss CO)¹⁷⁵. Le contrat assorti d'une telle condition est conclu,

¹⁷⁰ P. ex. art. 257d, 257f al. 3 et 4, 259b, 261 et 266g à 266k CO. Cf. ATF 113 II 31, cons. 2c, JdT 1988 I 20. Eg. CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY, art. 255 CO N 23.

¹⁷¹ CR-LACHAT, art. 255 CO N 14.

¹⁷² ZK-HIGI, art. 255 CO N 65-67 ; dans le même sens, CR-LACHAT, art. 255 CO N 14. Cf. ég. CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY, art. 255 CO N 24 (qui semblent toutefois appliquer l'art. 266a CO aussi aux contrats de durée déterminée).

¹⁷³ CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY, art. 255 CO N 22.

¹⁷⁴ ATF 113 II 31, cons. 2a, JdT 1988 I 20. Eg. CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY, art. 255 CO N 22.

¹⁷⁵ Un contrat peut aussi être soumis à une condition résolutoire (art. 154 CO) : il produit alors ses effets jusqu'à l'avènement de l'événement futur incertain (CR-PICHONNAZ, art. 151 CO N 31). Dans les opérations d'acquisition des immeubles de rendement, de

sans être encore parfait¹⁷⁶. Il produit automatiquement des effets juridiques dès que l'événement futur incertain se produit¹⁷⁷, à moins que les parties n'aient manifesté une intention contraire (art. 151 al. 2 CO)¹⁷⁸.

135. Par *exemple*, dans un projet en cours de développement, un bail peut être soumis à la condition que les travaux de construction débutent au plus tard à une certaine date. Si la condition n'est pas remplie, le locataire est libéré de tout engagement et l'acquéreur doit chercher un nouveau locataire.
136. Vu l'effet potentiel de la non-réalisation d'une condition suspensive sur les revenus locatifs, l'expert juridique doit mettre en évidence l'existence d'une telle condition et expliquer dans son rapport de *due diligence* en quoi elle consiste et quelles pourraient être ses conséquences.

5. Protection contre les congés : risques de prolongation

137. Lorsque l'acquéreur de l'immeuble prévoit de résilier les baux pour reconstruire l'immeuble, changer son affectation ou y effectuer des travaux importants, le rapport de due diligence doit apprécier *l'applicabilité des règles protégeant les locataires* d'habitations ou de locaux commerciaux *contre les congés* (art. 271 ss CO)¹⁷⁹. Le résultat de cette analyse permettra à l'acquéreur d'établir un planning réaliste pour son projet et de déterminer la période pendant laquelle des revenus locatifs tomberont en raison de locaux vacants ou seront diminués suite aux réductions de loyer devant être accordées pendant la période précédant les travaux.
138. Vu que des prévisions exactes ne sont pas possibles, le rapport de *due diligence* se concentrera sur les situations extraordinaires pouvant entraîner des prolongations importantes (p. ex. plus de deux ans)¹⁸⁰.

telles clauses sont rares, raison pour laquelle la présente contribution les ignore.

¹⁷⁶ CR-PICHONNAZ, art. 151 CO N 32.

¹⁷⁷ CR-PICHONNAZ, art. 151 CO N 31.

¹⁷⁸ Eg. TF du 25.10.2004, 4C.212/2004, cons. 3.1.

¹⁷⁹ BIANCHI DELLA PORTA/SIMONA, p. 47.

¹⁸⁰ Exemple tiré de la pratique : famille nombreuse (6 membres) disposant d'un revenu inférieur à la moyenne, dont les enfants vont à l'école locale et qui habite un 4 ½ pièces

6. Clause pénale de retard

139. Dans l'hypothèse où l'acquisition porte non pas sur un immeuble déjà construit et loué, mais sur un projet de construction avec des *baux conclus sur plan*, les contrats, en particulier pour des locaux commerciaux, contiennent régulièrement des clauses pénales de retard en faveur du locataire. Il s'agit d'une convention accessoire prévoyant que le bailleur en demeure pour remettre l'objet loué doit au locataire une prestation (la peine conventionnelle), variable en fonction du retard ou forfaitaire¹⁸¹.
140. Si le projet de construction prend du retard et que les locaux ne peuvent pas être remis à temps aux locataires, l'acquéreur de l'immeuble doit s'acquitter de la peine conventionnelle et subir une *diminution de ses revenus locatifs* et donc du rendement de l'immeuble.
141. Par conséquent, le rapport de *due diligence* doit mettre en évidence la présence d'une clause pénale dans le contrat de bail et les risques associés¹⁸².

E. Travaux du locataire

1. Généralités

142. Selon l'art. 260a al. 1 CO, le locataire n'a le droit d'*effectuer des travaux sur la chose louée* qu'avec le consentement écrit du bailleur. Sauf convention contraire, le bailleur peut refuser cet accord, même sans motivation¹⁸³. On notera que l'exigence de la forme écrite figurant à l'art. 260a al. 1 CO ne constitue pas une forme qualifiée au sens de l'art. 11 CO. Une autorisation orale demeure valable et le locataire peut s'en prévaloir s'il parvient à la prouver¹⁸⁴. En cas de doute, l'auteur de

à loyer modéré dans une ville souffrant d'une pénurie de logements.

¹⁸¹ Cf. TERCIER/PICHONNAZ, N 1365 ss. Pour un développement en lien avec le contrat d'entreprise, cf. COUCHEPIN, N 1325 ss.

¹⁸² Si son pouvoir de négociation le lui permet, l'acquéreur peut alors reporter le risque de la peine sur le vendeur de l'immeuble et/ou en tenir compte dans la détermination du prix d'achat.

¹⁸³ CARRON, Travaux de construction, N 126 ; ZK-HIGI, art. 260a CO N 17 ; CR-LACHAT, art. 260a CO N 2.

¹⁸⁴ Toutefois, si le locataire se contente d'un accord oral ou d'un accord écrit insuffisant, il doit supporter les risques liés à la difficulté d'en faire la preuve, sous réserve de l'abus

la due diligence doit conseiller à l'acheteur d'exiger de la part du vendeur une déclaration formelle à ce sujet, par exemple dans l'acte de vente.

143. Les travaux entrepris par les locataires influencent les *revenus locatifs nets* de diverses manières :
144. 1° Une *réduction* des revenus. Les aménagements et modifications réalisés par le locataire nécessitent parfois des coûts de remise en état importants s'il est autorisé à laisser les locaux tels quels en fin de bail, sans rétablir leur état original. En outre, si les aménagements entraînent des plus-values importantes, le bailleur peut devoir indemniser le locataire en vertu de l'art. 260a al. 3 CO.
145. 2° Une *augmentation* des revenus. Il n'est pas rare en pratique que les baux autorisant le locataire à effectuer des travaux contiennent une clause prévoyant qu'il assume leur entretien. Par conséquent, dans son calcul des frais d'entretien de l'immeuble, l'acquéreur peut ignorer les postes relatifs à ces aménagements.
146. La *due diligence* relative aux travaux du locataire s'articule en deux temps :
147. 1° Il faut *identifier* si les contrats de bail autorisent le locataire à entreprendre certains travaux ou si, d'une autre manière, le propriétaire précédent a consenti ponctuellement à l'exécution de certains travaux.
148. 2° Dans l'affirmative, il faut procéder à un *examen approfondi* du régime applicable. On examine successivement les conditions d'autorisation fixées par les parties (2.), l'obligation de remise en état (3.), le devoir d'indemniser du locataire (4.) et la responsabilité pour l'entretien (5.). L'aménagement de locaux bruts (6.) mérite quelques développements particuliers.

2. Conditions

149. Lorsque le bail autorise le locataire à exécuter des travaux *sans le consentement spécifique* du bailleur, il devrait également contenir une clause exigeant notamment la transmission préalable des documents

de droit (TF du 27.05.2003, 4C.393/2002, cons. 4.2). Eg. CARRON, Travaux de construction, N 126 ; CPra Bail-AUBERT, art. 260a CO N 12 ; BSK-WEBER, art. 260a CO N 4).

pertinents (plans et devis), l'obligation de travailler avec des entreprises professionnelles ainsi qu'un mécanisme visant à prévenir l'inscription (à titre provisoire ou définitif) d'hypothèques légales des artisans et entrepreneurs (p. ex. une garantie bancaire).

150. Le rapport de *due diligence* doit vérifier qu'une telle clause tienne compte des intérêts fondamentaux du bailleur et avertir l'acquéreur des éventuelles lacunes ou faiblesses pouvant affecter le rendement de l'immeuble.

3. Obligation de remise en état (art. 260a al. 2 CO)

151. Si le bailleur a donné par écrit¹⁸⁵ son consentement au locataire pour l'exécution de travaux (N 142), il ne peut pas exiger du locataire la remise de la chose louée dans son état initial, sauf si les deux parties s'y sont engagées par écrit (art. 260a al. 2 CO)¹⁸⁶. L'étendue de l'obligation de remise en état doit être précise et détaillée¹⁸⁷.
152. L'auteur de la *due diligence* doit vérifier d'une part l'existence d'une clause exigeant la remise en état et d'autre part la précision de cette clause.

4. Devoir d'indemniser (art. 260a al. 3 CO)

153. En cas de travaux acceptés par le bailleur, le locataire peut prétendre à une *indemnité*¹⁸⁸. Cette prétention découle de l'art. 260a al. 3 CO¹⁸⁹.
154. Il faut pour cela que quatre *conditions* soient réunies¹⁹⁰. Premièrement, le bailleur doit avoir accepté des travaux de rénovation ou de modification sur des locaux non remis en état. Deuxièmement, il faut

¹⁸⁵ Si le consentement n'était pas écrit, alors la présomption de l'art. 260a al. 2 CO ne s'applique pas et le juge doit déterminer la volonté des parties, au besoin selon le principe de la confiance (CARRON, Travaux de construction, N 147).

¹⁸⁶ CARRON, Travaux de construction, N 145 ; ég. ZK-HIGI, art. 260a CO N 42 ; CR-LACHAT, art. 260a CO N 4.

¹⁸⁷ TF du 27.05.2003, 4C.393/2002, cons. 5.2.2. Eg. CARRON, Travaux de construction, N 145.

¹⁸⁸ Cf. CARRON, Travaux de construction, N 165 ss et les réf. citées.

¹⁸⁹ A l'exclusion de l'art. 672 CC ou des art. 62 ss CO. Cf. CARRON, Travaux de construction, N 156.

¹⁹⁰ Cf. CARRON, Travaux de construction, N 158 ss et les réf. citées.

une plus-value, c'est-à-dire une valeur ajoutée à la chose louée, non encore amortie à la fin du bail. Troisièmement, il faut que cette plus-value soit considérable. Quatrièmement, il faut une réclamation du locataire.

155. Contrairement aux alinéas 1 et 2 de l'art. 260a CO qui sont de droit absolument impératif¹⁹¹, l'art. 260a al. 3 CO est de *droit dispositif*¹⁹². Les parties peuvent y déroger, sans devoir respecter une forme spécifique, par exemple en fixant une indemnité plus élevée ou en renonçant à toute indemnité¹⁹³.
156. L'auteur de la *due diligence* doit procéder en deux temps. D'abord, il doit identifier si une clause exclut l'indemnité de l'art. 260a al. 3 CO. A défaut, il doit rappeler à l'acquéreur les conséquences de cette disposition, afin qu'il prenne en compte cet élément dans la valorisation de l'immeuble locatif.

5. Entretien des aménagements du locataire

157. Sauf convention contraire, le locataire est responsable de l'entretien (et, si nécessaire, de la rénovation) de ses aménagements et en assume les frais¹⁹⁴. Ce point de vue se justifie parce que le loyer ne comprend pas les aménagements du locataire. Par conséquent, le bailleur ne reçoit pas non plus de rémunération pour l'entretien de ces aménagements.
158. Lors de la *due diligence*, il faut vérifier si le contrat ne déroge pas au système légal en ce qui concerne l'entretien. En outre, lorsque les aménagements du locataire sont d'une certaine importance (p. ex. lorsque les locaux sont loués à l'« état brut », cf. N 159 ss), et que leur réalisation défectueuse peut affecter d'autres locataires ou la totalité de l'immeuble (p. ex. aménagements modifiant la technique du bâtiment), les dispositions contractuelles doivent être adaptées aux circonstances. Il faut notamment veiller à la clarté de la répartition des obligations (cf. N 160) ainsi qu'à l'existence d'un droit du bailleur d'effectuer les

¹⁹¹ ZK-HIGI, art. 260a CO N 5.

¹⁹² ATF 124 III 149, cons. 5, JdT 1999 I 119, DB 1998 N 7 ; TF du 29.03.2006, 4C.18/2006, cons. 3.1.1, DB 2006 N 12. Eg. CARRON, Travaux de construction, N 157 et les réf. citées.

¹⁹³ ATF 124 III 149, cons. 5, JdT 1999 I 119, DB 1998 N 7. Eg. CR-LACHAT, art. 260a CO N 9.

¹⁹⁴ CARRON, Travaux de construction, N 81. Eg. LACHAT, p. 826 N 1.3.

travaux nécessaires aux frais du locataire en cas de demeure ou de mauvaise exécution par ce dernier.

6. Cas particulier des locaux bruts

159. *Le bail de locaux bruts* est un contrat où le bailleur cède au locataire la chose louée dans un état non aménagé ou partiellement aménagé, à charge pour le locataire de (faire) effectuer ou de terminer l'aménagement des locaux¹⁹⁵. Ces aménagements peuvent porter sur les diverses installations accompagnant les locaux loués, tels que les revêtements de murs et de sol, les systèmes de chauffage, de ventilation, d'air conditionné, les installations électriques, l'équipement IT,...
160. Seule la convention des parties – à l'exclusion de la loi, de la doctrine, de la jurisprudence ou de l'usage – peut définir la notion de « locaux bruts ». Afin que les parties puissent distinguer efficacement les aménagements du locataire de ceux compris dans l'état brut, le contrat de bail doit préciser les éléments devant être délivrés par le bailleur d'une part et par le locataire d'autre part. Cette délimitation peut se faire au moyen d'un *document d'interface* décrivant de manière précise les aménagements fournis par l'une et l'autre partie¹⁹⁶.
161. L'aménagement des locaux bruts par le locataire requiert des parties qu'elles règlent d'autres *points complémentaires*. La convention doit répartir la responsabilité de l'entretien des aménagements et leur prise en charge financière (N 157 s.). En outre, le contrat doit régler le sort des aménagements en fin de bail, en particulier la faculté ou l'obligation pour le locataire de les démonter (remise en état des locaux bruts¹⁹⁷) ainsi que l'éventuelle indemnité pour une plus-value si les aménagements demeurent¹⁹⁸.
162. Si le contrat est lacunaire, le bailleur peut être confronté à des frais d'entretien ou de remise en état des locaux plus importants que ceux envisagés ou à des revendications non planifiées de la part du locataire.

¹⁹⁵ Cf. CARRON, Travaux de construction, N 19 et les réf. citées.

¹⁹⁶ CARRON, Travaux de construction, N 22.

¹⁹⁷ CARRON, Travaux de construction, N 38 ss et les réf. citées. Cf. toutefois ZANETTI, p. 101, qui affirme qu'une telle obligation de remise en état, pourtant très courante en pratique, dans un *bail de locaux bruts* ne serait pas admissible dans un bail de locaux bruts.

¹⁹⁸ CARRON, Travaux de construction, N 154 ss.

Par conséquent, le rapport de *due diligence* doit examiner le traitement contractuel réservé aux aménagements venant se greffer sur des locaux bruts et aviser l'acquéreur des éléments pouvant affecter les revenus locatifs nets.

F. Modalités diverses

1. Admissibilité du changement de bailleur

163. L'art. 261 CO prévoit que les baux passent à l'acquéreur de l'immeuble avec tous les droits et les obligations qui en découlent, selon l'adage « *la vente ne rompt pas le bail* »¹⁹⁹. Le bailleur précédent et le nouveau propriétaire n'ont donc pas besoin d'obtenir l'accord du locataire²⁰⁰. En contrepartie, le locataire bénéficie, en sus du régime de protection contre les congés abusifs contre le nouveau propriétaire (art. 271 ss CO), d'une action en dommages-intérêts contre le bailleur précédent (art. 261 al. 3 CO)²⁰¹.
164. Toutefois, contrairement à la lettre de l'art. 261 CO (« après la conclusion du contrat »), la doctrine est d'avis que cette disposition ne s'applique que si le *bailleur a délivré* la chose louée au locataire, et pas immédiatement après la conclusion du contrat²⁰². Entre la conclusion du bail et la remise de la chose louée (p. ex. en cas de contrat de bail pour un objet sur plans), les règles générales sur le transfert de contrat s'appliquent, à l'exclusion de l'art. 261 CO²⁰³. Cela signifie notamment qu'un transfert du bail nécessite l'accord du locataire, accord pouvant être donné à l'avance lors de la conclusion du bail dans une clause de cessibilité en faveur du bailleur²⁰⁴.
165. Lorsque le projet de construction est vendu avec des baux sur plans, le rapport de *due diligence* doit examiner si les contrats contiennent une clause autorisant le bailleur à céder à un tiers l'objet loué avant la remise des locaux. Faute d'une telle disposition, un ou plusieurs

199 CR-LACHAT, art. 261 CO N 1.

200 Cf. TERCIER/FAVRE/BUGNON, N 2469 ; FAVRE, N 84.

201 A ce sujet, cf. TERCIER/FAVRE/BUGNON, N 2478.

202 ZK-HIGI, art. 261-261a CO N 12 s. ; CR-LACHAT, art. 261 CO N 1 ; Mietrecht-PERMANN, art. 261a CO, N 4 ; BSK-WEBER, art. 261 CO N 2.

203 Mietrecht-PERMANN, art. 261a CO, N 4.

204 Cf. FAVRE, N 532 ss et N 679.

locataires pourraient refuser le transfert de contrat et l'exécution du contrat de bail²⁰⁵. Une telle situation ne manquerait pas d'affecter les revenus locatifs et, par conséquent, la valeur de rendement de l'immeuble.

2. Sous-location

166. L'art. 262 al. 1 CO autorise la sous-location de tout ou partie de l'objet loué avec le consentement du bailleur. Le bailleur ne peut refuser son accord que dans trois hypothèses²⁰⁶ : la non-communication des conditions de la sous-location (lit. a), le caractère abusif des conditions de la sous-location (lit. b) et l'existence d'inconvénients majeurs pour le créancier (lit. c)²⁰⁷.
167. Les *cantons romands* connaissent un régime particulier. Selon l'art. 8 CCR, qui ne fait que compléter l'art. 262 CO, le bailleur doit donner son consentement par écrit, au surplus dans un délai de trente jours, son silence équivalant à une acceptation²⁰⁸. Par contre, l'art. 22 RULV déroge à l'art. 262 CO en prévoyant l'autorisation du bailleur écrite et, à défaut d'un accord de sa part, l'interdiction de sous-louer l'entier de la chose pour une durée indéterminée²⁰⁹.
168. Toutes ces dispositions étant de nature *semi-impérative*²¹⁰, les parties peuvent y déroger en faveur du locataire, par exemple en autorisant la sous-location sans consentement du bailleur²¹¹. Un assouplissement du régime légal comporte certains risques pour l'acquéreur, qui influencent potentiellement les revenus locatifs anticipés. Par exemple, le standing de l'immeuble peut souffrir d'un sous-locataire peu recommandable, le

²⁰⁵ Sous réserve de l'interdiction de l'abus de droit, cf. FAVRE, N 749 ss.

²⁰⁶ Cf. CR-LACHAT, art. 262 CO N 3.

²⁰⁷ Pour des développements sur ces conditions, cf. CR-LACHAT, art. 262 CO N 3 ss ; BSK-WEBER, art. 262 CO N 5 ss.

²⁰⁸ CPra Bail-BISE/PLANAS, art. 262 CO N 4 et 26 s. et les réf. citées.

²⁰⁹ TF du 10.3.2009, 4A_487/2008, cons. 2.6.

²¹⁰ Pour l'art. 262 CO : ATF 134 III 300, cons. 3 ; ATF 119 II 353, cons. 4. Eg. CR-LACHAT, art. 256 CO N 9 ; CPra Bail-BISE/PLANAS, art. 262 CO N 3 et les réf. citées. Pour le CCR et les RULV, cf. CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY, Intro. gén., N 9.

²¹¹ En pratique, certains baux de locaux commerciaux limitent cette autorisation générale à une catégorie particulière de sous-locataires, par exemple aux sociétés-mères de groupes de sociétés.

risque d'hypothèques légales des artisans et entrepreneurs peut augmenter si le sous-locataire présente une solvabilité fragile, les éventuels gains réalisés par le locataire grâce à la sous-location pourraient être internalisés.

169. Par conséquent, le rapport de *due diligence* devra vérifier si des sous-locations existent et si les locataires bénéficient d'un régime conventionnel favorable. Le cas échéant, la solution contractuelle doit être analysée en détail et le rapport doit informer l'acquéreur des conséquences de celle-ci.

3. Règles sur l'entretien

170. En vertu de l'art. 256 CO, l'entretien de la chose louée revient au *bailleur*²¹². On entend par là le maintien de la substance de la chose, le bon fonctionnement des appareils et l'approvisionnement en eau, énergie et chauffage²¹³. Le loyer net comprend en principe les frais d'entretien²¹⁴. L'obligation d'entretien du bailleur souffre trois exceptions. Il s'agit des menus défauts (art. 259 CO), des défauts (dégâts) dont le locataire est lui-même responsable (art. 267 al. 1 CO)²¹⁵, et des aménagements du locataire (cf. N 157 ss).
171. De son côté, le *locataire* doit user de la chose avec le soin nécessaire (art. 257f al. 1 CO). Il ne répond pas de l'usure normale de la chose²¹⁶. L'usage soigneux est défini par le contrat et ses annexes²¹⁷.
172. L'auteur de la due diligence veillera donc à ce que les *règles et usages locatifs*, ainsi que le *règlement d'immeuble* soient intégrés à chaque contrat de bail ou mentionnera cette lacune.
173. Dans des cas particuliers (p. ex. location de locaux bruts, *sale and lease back*, location de bâtiments entiers, contrats triple net), les parties conviennent de déroger au système légal, de telle sorte que le locataire

²¹² CR-LACHAT, art. 256 CO N 5.

²¹³ ZK-HIGI, art. 256 CO N 49 ; CPra Bail-MONTINI/BOUVERAT, art. 256 CO N 47.

²¹⁴ ATF 110 II 404, cons. 3a. Eg. CPra Bail-MONTINI/BOUVERAT, art. 256 CO N 46.

²¹⁵ CPra Bail-MONTINI/BOUVERAT, art. 256 CO N 50.

²¹⁶ CR-LACHAT, art. 257f CO N 6 et art. 267 CO N 3.

²¹⁷ CR-LACHAT, art. 257f CO N 6.

prend en charge une plus grande partie de l'entretien²¹⁸. Pour rester conforme à l'art. 256 CO, une telle solution requiert à notre avis une contrepartie de la part du bailleur, en principe sous forme de réduction du loyer net²¹⁹.

174. Dans une telle situation, l'auteur de la *due diligence* doit renseigner l'acquéreur sur la licéité et la clarté de la solution contractuelle retenue.

G. Documents contractuels

1. Signature du bailleur

175. La *signature* du bailleur revêt une importance dans deux situations au moins :
176. 1° Lors de la *conclusion du contrat*, la loi ne prescrit pas de forme particulière (art. 11 al. 1 CO). Le contrat de bail peut être oral, voire tacite²²⁰. En matière immobilière, la forme écrite est largement répandue²²¹. Sa conclusion nécessite la signature manuscrite de toutes les parties ou de leurs représentants (art. 13 al. 1 et 14 al. 1 CO)²²². La vérification des signatures joue avant tout un rôle lorsque les locaux n'ont pas encore été remis au locataire²²³.
177. 2° Lors de l'usage de la *formule officielle*. La formule officielle doit porter la signature manuscrite du bailleur ou de son représentant (art. 14 al. 1 CO)²²⁴. Jurisprudence et doctrine admettent que seule la lettre d'accompagnement soit signée²²⁵. Selon le TF, une signature mécanique

²¹⁸ SCHNYDER, p. 147 ; URBACH/MOSKRIC, p. 995 et p. 999 ss. Pour les loyers triple net, cf. ég. CARRON, Travaux de construction, N 97 ss.

²¹⁹ CARRON, Travaux de construction, N 101 et les réf. citées.

²²⁰ CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY, art. 253 CO N 53.

²²¹ CR-LACHAT, art. 253 CO N 21.

²²² LACHAT, p. 181 N 4.2.3. A notre avis, la signature électronique (art. 14 al. 2^{bis} CO) est également valable, mais elle joue un rôle insignifiant dans la pratique du bail immobilier (ég. CPra Bail-MARCHAND, art. 269d CO N 17 ; contra : LACHAT, p. 399 N 3.1.4).

²²³ A ce sujet, cf. N 26 ss et les développements consacrés à l'identité du locataire.

²²⁴ CR-LACHAT, art. 266l CO N 3 ; CPra Bail-MARCHAND, art. 269d CO N 17 ; cf. ég. CPra Bail-MONTINI, art. 266l CO N 18. Pour la signature électronique, cf. CPra Bail-MARCHAND, art. 269d CO N 17 ; CPra Bail-MARCHAND, art. 269d CO N 1.

²²⁵ TF, MP 2000 185 ; DB 2001 N 12. Eg. CPra Bail-MONTINI, art. 266l CO N 18.

n'est par contre pas admise par l'usage en la matière²²⁶. Nous renvoyons aux développements particuliers ci-dessous sur l'usage de la formule officielle (N 196 ss).

178. La contestation de l'existence ou de la validité d'un contrat de bail ou d'un acte unilatéral du bailleur peut affecter le revenu locatif net de manière substantielle.
179. L'auteur de la *due diligence* doit donc s'assurer que les différents documents se trouvent dans les dossiers et qu'ils portent la signature manuscrite du bailleur et/ou du locataire, ou alors de leur représentant autorisé. Le rapport doit rendre attentif l'acquéreur aux manquements constatés.

2. Annexes et avenants

180. En pratique, les documents contractuels comprennent un document principal (qui contient le nom des parties, la durée du bail, le loyer et la réglementation concernant les frais accessoires) et des *annexes* (qui comprennent notamment des règles et usages locatifs, des conditions générales de bail, le règlement de maison, un état des lieux, les plans, etc.)²²⁷.
181. Certaines annexes ne constituent qu'un rappel du *droit impératif* applicable même sans être joint au contrat. Il s'agit notamment du CCR pour la Suisse romande ou des RULV pour le Canton de Vaud²²⁸.
182. Les autres annexes, qui ne sont pas obligatoires de par la loi, constituent des *conditions générales*, c'est-à-dire des clauses contractuelles préformulées, qui ne lient les parties que si trois conditions sont remplies²²⁹ :
183. 1° La présence d'une *clause d'intégration*. Le document principal doit déclarer les conditions générales applicables. Il suffit que le locataire ait

²²⁶ TF, DB 2004 N 16 ; dans ce sens, ég. LACHAT, p. 399 N 3.1.4. Contra : Co-SVIT, art. 269d CO N 30. Nuancé, CPra Bail-MARCHAND, qui réserve le cas où un bailleur professionnel est amené à augmenter le loyer d'un grand nombre de baux sous gestion (art. 269d CO N 17).

²²⁷ LACHAT, p. 181 N 4.2.5.

²²⁸ Lors de sa séance du 20 juin 2014, le Conseil fédéral a renouvelé la déclaration de force obligatoire du CCR et des RULV jusqu'au 30 juin 2020 (FF 2014 5087 et 5095).

²²⁹ CARRON, Droit de la consommation, N 77 ss ; ég. TERCIER/PICHONNAZ, N 858 ss.

pu en prendre connaissance ; le fait qu'il les ait effectivement lues ou non n'est pas pertinent²³⁰.

184. 2° L'absence de *clauses insolites*. Les annexes ne peuvent pas contenir de clauses insolites, c'est-à-dire une clause qui est exclue de l'acceptation globale des conditions générales lorsque l'attention du locataire n'a pas été attirée spécialement sur elle (*élément de surprise*) et que celle-ci modifie essentiellement le caractère du contrat de bail (*élément de déséquilibre*)²³¹. Le caractère insolite disparaît dès que le bailleur a attiré de façon adéquate l'attention du locataire sur leur contenu²³².
185. 3° L'absence de *clauses abusives*. Il ne doit pas s'agir de clauses abusives au sens de l'art. 8 LCD. A notre avis, seuls les locataires étant des personnes physiques peuvent se prévaloir de cette disposition²³³.
186. Dans le cadre de cette contribution, on entend par *avenants* les modifications conventionnelles d'un bail préexistant²³⁴. Vu qu'il s'agit de modifications du contrat, celles-là doivent répondre aux mêmes exigences formelles que celui-ci.
187. Le contenu des annexes (p. ex. clause d'indexation ou d'échelonnement, réglementation des travaux du locataire) et des avenants au contrat (p. ex. modification conventionnelle du loyer) peut influencer les *revenus locatifs*.
188. Par conséquent, l'auteur de la *due diligence* doit s'assurer que le dossier relatif à chaque bail soit complet et vérifier que le contrat principal ainsi que les annexes et les avenants respectent les exigences formelles et matérielles assurant leur validité et leur efficacité.

3. Procès-verbal de remise des locaux

189. Au début du bail, il est d'usage que les parties procèdent à un constat des lieux qui est consigné dans un document appelé « *procès-verbal*

²³⁰ ATF 108 II 416, cons. 1b. Eg. CR-LACHAT, art. 253 CO N 22.

²³¹ CARRON, Droit de la consommation, N 86 ss ; ég. TERCIER/PICHONNAZ, N 880 ss.

²³² ATF 119 II 443, cons. 1a. Eg. CR-LACHAT, art. 267 CO N 6.

²³³ Dans ce sens BOHNET, Les clauses procédurales abusives, N 62 et les réf. citées ; CARRON, Droit de la consommation, N 146 et les réf. citées.

²³⁴ TERCIER/PICHONNAZ, N 216.

d'état des lieux d'entrée»²³⁵. Ce constat est obligatoire en Suisse romande (art. 3 al. 2 et 3 CCR).

190. Le *but* de ce document est double :
191. 1° Le *locataire* peut constater si l'appartement ou le local commercial est délivré dans un état approprié à l'usage pour lequel il a été loué (art. 256 al. 1 CO)²³⁶.
192. 2° Le *bailleur* peut justifier que les locaux ont été délivrés en bon état et en déduire que les éventuels défauts constatés à la sortie du locataire sont imputables à ce dernier²³⁷.
193. Ce document revêt *une importance particulière pour l'acquéreur* pour les motifs suivants. En fin de bail, il appartient au bailleur de prouver que la chose est affectée d'un défaut excédant l'usure normale²³⁸, que ce défaut n'existait pas à l'entrée du locataire et que l'avis des défauts a été donné à temps (art. 267a CO)²³⁹.
194. Si, faute d'état des lieux, le bailleur ne peut prouver le caractère anormal de l'usure de la chose louée et qu'il doit prendre en charge les frais de remise en état y relatifs, cela peut avoir des conséquences importantes sur les *revenus locatifs* d'un immeuble.
195. Par conséquent, l'auteur de la *due diligence* doit vérifier l'existence de ces procès-verbaux et la pertinence avec laquelle ceux-ci sont formulés.

4. Formule officielle

196. L'usage de la formule officielle est notamment obligatoire dans les situations suivantes²⁴⁰ :
197. 1° La notification d'une *augmentation de loyer* ou d'une autre prétention unilatérale du bailleur (art. 269d CO et 19 OBLF). Parmi

²³⁵ LACHAT, p. 203 N 1.1 ; selon l'art. 3 al. 3 CCR le procès-verbal doit être signé par les parties et fait partie intégrante du bail.

²³⁶ LACHAT, p. 203 N 1.3.

²³⁷ LACHAT, p. 204 N 1.3.

²³⁸ ZK-HIGI, art. 267 CO N 107 et 119 ss ; CR-LACHAT, art. 267 CO N 6.

²³⁹ CR-LACHAT, art. 267 CO N 6.

²⁴⁰ Pour une autre utilisation de la formule officielle, dans le cadre de loyers indexés, cf. N 87.

d'autres règles formelles²⁴¹, ces dispositions imposent l'utilisation de la formule officielle²⁴². Un formulaire privé comportant toutes les mentions requises par l'art. 19 al. 1 OBLF ne répond pas aux exigences de forme de l'art. 269d CO²⁴³. Toute prétention unilatérale du bailleur communiquée sans formule officielle est nulle ; le locataire peut invoquer la nullité en tout temps²⁴⁴.

198. 2° Les *congés* des baux d'habitations et de locaux commerciaux signifiés par le bailleur (art. 266l CO et 9 OBLF). Le congé doit être donné par écrit et notifié sur une formule officielle. Conformément à l'art. 266o CO, un congé donné ne satisfaisant pas à ces conditions est nul et peut être invoqué en tout temps²⁴⁵.
199. 3° La conclusion d'un *nouveau bail d'habitation*²⁴⁶ en cas de pénurie de logement (art. 270 al. 2 CO). Dans les cantons de Fribourg, Genève, Neuchâtel, Vaud, Nidwald, Zoug et, plus récemment, Zurich²⁴⁷, le bailleur doit notifier la formule officielle dans les trente jours suivant la remise de la chose²⁴⁸. Si le bailleur ne respecte pas ce délai, une fiction légale reconnaît l'absence de notification, de telle sorte que le locataire peut contester le loyer initial en tout temps, sous réserve de l'abus de droit²⁴⁹. En outre, la formule officielle doit comporter les mêmes informations qu'en cas de majoration unilatérale du loyer (art. 19 al. 3 OBLF)²⁵⁰. Si la formule n'est pas utilisée, ne contient pas les éléments prescrits ou n'est pas notifiée dans les trente jours suivant

²⁴¹ Le bailleur doit également indiquer les motifs de sa prétention (art. 19 al. 1 lit. a ch. 4 et lit. b ch. 3 OBLF) et que la notification doit avoir lieu pour l'échéance contractuelle moyennant le respect du préavis de résiliation, plus dix jours (art. 269d al. 1 CO).

²⁴² CR-LACHAT, art. 269d CO N 2.

²⁴³ ATF 121 III 214, cons. 3b, JdT 1996 I 38.

²⁴⁴ ATF 137 III 362, cons. 3.2.1, 3.2.2 et 3.2.3 ; ATF 123 III 70, cons. 3c et 3d, JdT 1998 I 8. Eg. CR-LACHAT, art. 269d CO N 12.

²⁴⁵ CR-LACHAT, art. 266o CO N 1 ; CPra Bail-MONTINI, art. 266l CO N 20.

²⁴⁶ L'emploi de la formule officielle à la conclusion des baux de locaux commerciaux, viole le principe de la force dérogatoire du droit fédéral (ATF 117 Ia 328, cons. 3).

²⁴⁷ CPra Bail-DIETSCHY, art. 270 CO N 80. Pour Zurich, LS 235.41, en vigueur depuis 1.11.2013.

²⁴⁸ CPra Bail-DIETSCHY, art. 270 CO N 80.

²⁴⁹ ATF 121 III 56, cons. 2c, DB 1995 N 24 ; Co Pra Bail-DIETSCHY, art. 270 CO N 54 et les réf. citées.

²⁵⁰ CR-LACHAT, art. 270 CO N 9.

la remise de la chose louée, le bail est frappé de nullité partielle, limitée au montant du loyer initial (art. 20 al. 2 CO)²⁵¹. Il appartient alors au juge de fixer le loyer admissible en appréciant toutes les circonstances du cas d'espèce (notamment les art. 269 et 269a CO), y compris sur le loyer du précédant locataire²⁵².

200. Vu les conséquences mentionnées ci-dessus, la non-utilisation ou l'usage vicié de la formule officielle peuvent affecter les *revenus locatifs* estimés par l'acquéreur de l'immeuble.
201. En outre, pour les immeubles situés dans les cantons concernés, la *due diligence* doit porter sur l'existence de la notification du loyer initial au moyen de la formule officielle. Un vice éventuel doit être signalé dans le rapport adressé à l'acquéreur.

H. Droits d'emption, de préemption ou de prélocation

202. Le rapport de due diligence doit identifier les éventuels *droits d'emption*²⁵³ ou de *préemption*²⁵⁴ en faveur du locataire intégrés dans le contrat de bail. Si le locataire exerce un tel droit avant ou lors de la transaction visant à acquérir l'immeuble locatif en question, cela va bien évidemment exercer une influence sur la conception de l'opération et sur la valorisation de l'immeuble.
203. Le rapport de due diligence doit également mentionner l'existence d'un *droit de prélocation* (« *Vormietrecht* ») à l'avantage du locataire. Conformément à ce droit, le locataire d'un objet a la faculté d'exiger de la part du bailleur la cession de l'usage de surfaces supplémentaires et non comprises dans le bail, lorsque le bailleur conclut avec un tiers un (nouveau) bail pour les surfaces supplémentaires. La rémunération concernant les surfaces supplémentaires peut être fixée d'avance (droit de prélocation limité) ou correspondre à celle arrêtée entre le bailleur et

251 ATF 124 III 62, cons. 2a.

252 ATF 124 III 62, cons. 2b. Eg. CR-LACHAT, art. 270 CO N 11.

253 Il s'agit d'une clause par laquelle le bailleur a promis au locataire de lui transférer la chose à un certain prix pour le cas où il déciderait d'en faire l'acquisition (cf. TERCIER/FAVRE/ZEN-RUFFINEN, N 1108).

254 Il s'agit d'une clause par laquelle le locataire a le droit de se porter acheteur de la chose louée au cas où le bailleur se déciderait à l'aliéner (cf. TERCIER/FAVRE/ZEN-RUFFINEN, N 1125).

le tiers (droit de prélocation illimité)²⁵⁵. De tels droits compliquent singulièrement la relocation des locaux ou, en cas de prélocation limitée, limitent l'application de conditions plus favorables pour le bailleur lors d'une relocation. Ils affectent en ce sens les *revenus locatifs* du bailleur.

204. Le rapport de *due diligence* doit rendre attentif l'acquéreur à l'existence de tels droits en faveur du locataire et aux modalités retenues par les parties pour leur exercice.

²⁵⁵ TF du 02.06.04, 4C.17/2004, cons. 6.2.

Bibliographie

BIANCHI DELLA PORTA MANUEL/SIMONA MATHIEU, Questions choisies en matière de due diligence immobilière, not@lex 2/2012 39 ss

BOHNET FRANÇOIS/MONTINI MARINO (éd.), Droit du bail à loyer, Commentaire pratique, Bâle 2010 (CPra Bail-AUTEUR)

BURKHALTER PETER/MARTINEZ-FAVRE EMMANUELLE, Commentaire SVIT du droit du bail à loyer, Lausanne 2011 (Co-SVIT)

CARRON BLAISE, Bail à loyer et bail à ferme : quelles différences ?, Sixième Conférence suisse des autorités de conciliation en matière de baux à loyer du 26 juin 2014, non publié (Bail à ferme)

CARRON BLAISE, La protection du consommateur dans la conclusion d'un contrat, in : CARRON BLAISE/MÜLLER CHRISTOPH (éd.), Droits de la consommation et de la distribution : les nouveaux défis, Neuchâtel 2013, p. 95 ss (Droit de la consommation)

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

COUCHEPIN GASPARD, La clause pénale : étude générale de l'institution et de quelques applications pratiques en droit de la construction, Thèse, Zurich/Bâle/Genève 2008

EICHENBERGER CHRISTIAN, Der Flächenbegriff im Mietrecht – La notion de surface dans le droit du bail, MRA 3/2013 3 ss

FAVRE PASCAL G., Le transfert conventionnel de contrat : analyse théorique et pratique, Thèse, Zurich/Bâle/Genève 2005

FIERZ KASPAR, Immobilienökonomie und Bewertung von Liegenschaften, 6^e éd., Zurich 2011

HIGI PETER, Zürcher Kommentar, Teilband V2b, Die Miete, 4 Lieferungen, Zurich 1994-1998 (ZK-HIGI)

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM P./WIEGAND WOLFGANG (éd.), Basler Kommentar Obligationenrecht I (Art. 1-529 OR), 5^e éd., Bâle 2011 (BSK-AUTEUR)

LACHAT DAVID, Le bail à loyer, 2^e éd., Lausanne 2008

Message du Conseil fédéral concernant l'initiative populaire « pour la protection des locataires », la révision du droit du bail à loyer et du bail à ferme dans le Code des obligations et la Loi fédérale instituant des mesures contre les abus dans le secteur locatif du 27 mars 1985, FF 1985 I 1369 ss (Message 1985)

Message concernant la révision du Code civil suisse (Cédule hypothécaire de registre et autres modifications des droits réels) du 27 juin 2007, FF 2007 III.2 5015 ss (Message 2007)

OBERSON XAVIER, Précis de droit suisse, Bâle 2012

PERMANN RICHARD, Kommentar zum Mietrecht, 2^e éd., Zurich 2007

SCHNYDER SIBYLLE, Double-net, Triple-net und andere besondere Regelungsformen von Unterhaltsverpflichtungen in Geschäftsmiet-verträgen, MRA 4/2010 147 ss

TERCIER PIERRE/FAVRE PASCAL G., Les contrats spéciaux, 4^e éd., Genève/Zurich/Bâle 2009 (in : TERCIER/FAVRE/AUTEUR)

TERCIER PIERRE/PASCAL PICHONNAZ, Le droit des obligations, 5^e éd., Zurich 2012

THÉVENOZ LUC/WERRO FRANZ (éd.), Commentaire romand Code des obligations I, 2^e éd., Bâle 2012 (CR-AUTEUR)

URBACH SIMON/MOSKRIC ELISABETH, Die Zulässigkeit von Triple-net Mietverträgen im schweizerischen Mietrecht, PJA 8/2008 995 ss

WETTSTEIN CARMEN, Der indexierte Mietzins, MP 2003 49 ss

ZANETTI GIANNI F., Ausgewählte Aspekte der Rohbaumiete, MP 2/2011 89 ss