

N° 32/2020

# Droit du bail

Publication annuelle  
du Séminaire sur le droit du bail  
Université de Neuchâtel



Helbing  
Lichtenhahn  
Verlag

## IMPRESSUM

### Droit du bail

Publication annuelle du Séminaire sur le droit du bail  
Université de Neuchâtel  
N° 32/2020

### Edition et administration

Séminaire sur le droit du bail  
Université de Neuchâtel  
Avenue du 1<sup>er</sup>-Mars 26  
CH-2000 Neuchâtel  
Téléphone +41 32 718 12 60  
Téléfax +41 32 718 12 61  
Courriel: [seminaire.bail@unine.ch](mailto:seminaire.bail@unine.ch)  
Internet: [www.bail.ch](http://www.bail.ch)  
CCP 20-5711-2  
Secrétaire: Sylvia STÄHLI

### Parution

Dernier trimestre de chaque année. 1<sup>re</sup> année: 1989

### Abonnement

Fr. 35.– par an. Sauf avis contraire avant le  
15 septembre de chaque année, l'abonnement est  
renouvelé sans formalité.

### Manière de citer

[AUTEUR], [Titre], DB 2020 N 2

### Reproduction

La reproduction de textes n'est admise qu'avec  
l'autorisation expresse de l'éditeur et avec l'indication  
exacte de la source.

### Comité de rédaction

Président: François BOHNET, professeur et avocat, Neuchâtel  
Membres: Blaise CARRON, professeur et avocat, Neuchâtel et Berne  
Philippe CONOD, avocat et professeur associé,  
Lausanne et Neuchâtel  
Patricia DIETSCHY-MARTENET, docteure en droit, chargée  
d'enseignement et de cours, Neuchâtel, Fribourg et  
Lausanne, Juge suppléante au Tribunal cantonal vaudois,  
avocate-conseil, Lausanne  
Aurélien GANDOY, avocate et doctorante, Neuchâtel  
Pierre WESSNER, professeur honoraire, Neuchâtel

### Ont collaboré à ce numéro:

Carole AUBERT, avocate, Neuchâtel  
Christine CHAPPUIS, professeure, Genève  
Pascal JEANNIN, avocat, doctorant, Neuchâtel  
Guillaume JÉQUIER, avocat, doctorant, Neuchâtel  
Sylvain MARCHAND, professeur, Genève et Neuchâtel  
Marie-Laure PERCASSI, avocate, doctorante, Neuchâtel  
Virginie RODIGARI, avocate, Pully  
Xavier RUBLI, avocat, Lausanne  
Carole WAHLEN, avocate, Lausanne

### ISSN

1661-5409

# 1. Dispositions générales

## 1

TF 4A\_313/2019 (19.03.2020)

Blaise Carron

*Devoir de négocier sérieusement et contrat soumis à une exigence de forme: quelles limites à la culpa in contrahendo?*

**Ne commet pas une culpa in contrahendo, parce qu'elle ne cache pas sa véritable intention, la partie qui refuse de conclure un contrat de remise de commerce soumis à une forme conventionnelle lorsque l'autre partie exige que ce contrat soit signé avant le bail, alors qu'il était initialement prévu que les deux contrats soient signés simultanément.**

**Art. 2 al. 1 CC; 263 CO**

1. Par contrat de bail du 7 novembre 2002, B. et A. (locataires, ci-après: demandeurs) se sont vu céder l'usage de locaux commerciaux par G. (bailleur) en vue de l'exploitation d'un salon de coiffure H. sous forme d'une entreprise individuelle. Par modification de contrat du 11 décembre 2007, les parties ont prévu que le bail durerait jusqu'en 2017.
2. Dès le mois d'avril 2013, les demandeurs ont souhaité remettre leur commerce pour un montant de CHF 68 000.-. Dès juin 2013, E., D., et C. (ci-après: défendeurs) ont fait part de leur intérêt à la reprise du commerce en vue d'exploiter une chocolaterie. Ils ont confirmé leur volonté de reprendre le fonds de commerce à l'agent d'affaires mandaté par les demandeurs.
3. Par courriel du 9 octobre 2013, D. et C. ont proposé la somme de CHF 50 000.- pour la reprise du commerce, sous réserve de l'acceptation du changement d'affectation par le propriétaire et les autorités compétentes. Par courriel du 11 octobre 2013, les demandeurs ont accepté l'offre de CHF 50 000.-.
4. Dans un premier projet de convention de remise de commerce, le chiffre 6 précisait que «la validité de la

présente convention est subordonnée à l'accord du bailleur en ce qui concerne le transfert du bail à loyer». Suite à une discussion avec le propriétaire, cette clause a été supprimée. En outre, les parties prévoyaient dans un premier temps d'effectuer un transfert du bail au sens de l'art. 263 CO. Les demandeurs ont finalement souhaité ne pas être solidairement responsables du paiement du loyer durant deux ans et souhaité que le bailleur et E., D. et C. concluent un nouveau contrat de bail.

5. Un nouveau projet de remise de commerce a été adressé le 7 novembre 2013. Les défendeurs ne disposant pas de garantie d'obtenir le bail (la clause n° 6 n'ayant pas été remplacée), ils n'avaient de facto d'autre choix que d'obtenir la signature simultanée du bail et de la remise de commerce. C'est dans cette perspective que les parties avaient convenu de se réunir avec le bailleur en date du 12 novembre 2013. Le 8 novembre 2013, les demandeurs ont toutefois indiqué que la convention de remise de commerce devait être signée le 11 novembre 2013 et qu'un courrier ne serait adressé que postérieurement au bailleur en vue du rendez-vous du 12 novembre 2013.
6. Par courriel du 11 novembre 2013, les demandeurs ont annulé le rendez-vous du lendemain avec le bailleur au motif que les défendeurs n'avaient pas donné de nouvelles. Par courriel du 12 novembre 2013, les demandeurs ont mis les défendeurs en demeure de leur retourner la convention de remise de commerce signée d'ici au 14 novembre 2013. Sans nouvelle au 15 novembre 2013, les demandeurs ont informé les défendeurs qu'ils prenaient acte de leur renoncement à la reprise du commerce et à la location des locaux. Lesdits locaux ont fait l'objet d'un contrat de bail du 28 novembre 2013 entre le bailleur, d'une part, et les défendeurs ainsi qu'un tiers, d'autre part, pour une durée de dix ans.
7. Les demandeurs ont sollicité, sans succès, le paiement du prix prévu dans la convention de remise de commerce avant d'ouvrir action contre les défendeurs, concluant à ce qu'ils soient condamnés à leur verser le montant de CHF 68 000.- intérêts en sus, ainsi qu'une indemnité de CHF 32 000.- à titre de tort moral.

8. Par jugement du 13 octobre 2017, le Tribunal civil a condamné les défendeurs, solidairement entre eux, à payer aux demandeurs la somme de CHF 50 000.–, intérêts en sus, avec suite de frais et dépens. Sur recours des défendeurs, la Cour d'appel civile a réformé le jugement entrepris et rejeté les conclusions des demandeurs. Elle a retenu que le contrat de remise de commerce était soumis à la forme écrite, de sorte que les prétentions des demandeurs ne reposaient sur aucun fondement contractuel et que le silence des défendeurs ne constituait pas une violation de leurs obligations précontractuelles. Les demandeurs ont – sans succès – recouru contre ce jugement au Tribunal fédéral.
9. Dans un premier grief, les demandeurs reprochent à la Cour cantonale la violation des art. 55 et 311 CPC ainsi que 8 CC en retenant que la convention de remise de commerce était soumise à la forme écrite alors que ce point n'avait pas été allégué par les défendeurs dans leur appel. Le Tribunal fédéral rappelle que la cour cantonale a examiné la question de la forme de la conclusion du contrat parce que les défendeurs avaient soulevé celle-ci. Quant à l'obligation de formuler des griefs concrets, elle oblige l'appelant à établir un lien entre la motivation et la décision attaquée. Cette exigence vise à éviter que l'appelant se contente de reprendre la même motivation que celle présentée devant l'instance précédente. En revanche, elle ne remet pas en cause la liberté conférée aux juges d'admettre l'appel en s'appuyant sur un argument non explicitement discuté par les parties (*ATF 142 III 413 c. 2.2.2 et réf. cit.*).
10. Dans un second grief, les demandeurs soutiennent que la Cour cantonale aurait dû retenir la responsabilité découlant de la *culpa in contrahendo*, car les défendeurs les ont toujours maintenus dans l'idée que le contrat de remise de commerce serait conclu, alors que leur intention cachée était de reprendre les locaux à moindres coûts, sans passer par une reprise de commerce, en s'entendant avec le bailleur.
11. Le Tribunal fédéral rappelle qu'en vertu de la liberté contractuelle, chacun est libre d'entamer une négociation et de l'interrompre quand il le veut, même sans justification. L'exercice de cette liberté est toutefois limité par les règles de la bonne foi (art. 2 al. 1 CC). Dans ce sens, la *culpa in contrahendo* repose sur l'idée que dès l'ouverture des pourparlers, une relation juridique se crée entre les partenaires et leur impose de négocier sérieusement et conformément à leurs véritables intentions (*ATF 121 III 350 c. 6c*). Une partie viole ces devoirs lorsqu'elle fait preuve d'astuce au cours des pourparlers, mais également lorsque son attitude a été de quelque manière fautive, qu'il s'agisse de dol ou de négligence. Cette responsabilité demeure toutefois limitée par celle qu'elle encourt sous l'empire du contrat envisagé (*ATF 140 III 200 c. 5.2; ATF 101 Ib 422 c. 4b; TF, 02.09.2019, 4A\_55/2019, c. 2.2.1*). Ce n'est que dans des situations exceptionnelles qu'une *culpa in contrahendo* sera retenue en cas de rupture des pourparlers (*TF, 02.09.2019, 4A\_55/2019, c. 2.2.1; TF, 29.10.2001, 4C.152/2001, c. 3a*). Elle ne peut en particulier être retenue lorsque la partie prétendument lésée savait ou aurait dû savoir que les négociations n'allaient pas aboutir (*Kuonen., La responsabilité contractuelle, thèse, Zurich 2007, p. 429; Carron, Les devoirs d'avis ..., Journée suisse du droit de la construction, 2019, p. 119*).
12. Le Tribunal fédéral précise ensuite que, lorsque le contrat en vue est soumis à des exigences de forme, la *culpa in contrahendo* sera d'autant moins facile à admettre que ces exigences ont justement pour but de préserver les parties d'un engagement. Les parties ont un devoir accru d'envisager la possibilité d'un échec jusqu'à la conclusion du contrat (*TF, 02.09.2019, 4A\_55/2019, c. 2.2.1 [recte: 2.2.2]*). Pour que la responsabilité précontractuelle soit engagée, il doit dès lors exister des éléments particuliers, tels qu'un accord oral ou écrit, qui ont nourri la confiance légitime que le contrat serait certainement conclu. La partie qui refuse ainsi au dernier moment, sans raison, de traduire dans la forme légale l'accord auquel elle est parvenue avec son partenaire engage sa responsabilité (*ATF 140 III 200 c. 5.2; TF, 02.09.2019, 4A\_4A\_55/2019, c. 2.2.2*).
13. Dans le cas d'espèce, les défendeurs n'avaient pas l'assurance que le bailleur établirait un nouveau bail en leur faveur si les demandeurs résiliaient le leur. Tel que retenu par la Cour cantonale, à défaut d'une clause subordonnant la validité du contrat de remise de commerce à l'accord du bailleur sur le transfert du bail, les parties avaient convenu d'une réunion en vue de permettre une signature simultanée du contrat de remise de commerce et du contrat de bail. Les demandeurs ne démontrent pas en quoi ces constatations cantonales auraient été établies de manière arbitraire. Le Tribunal fédéral retient en outre que l'attitude des demandeurs est à l'origine de l'incompréhension qui a affecté la dernière phase des négociations. Les défendeurs avaient un intérêt légitime et manifeste à ne pas prendre d'engagement ferme sans garantie d'obtenir le bail, de sorte que les exigences contradictoires des demandeurs ont mis en péril les négociations. Par conséquent, les défendeurs n'ont certes pas favorisé la recherche de solution par leur silence mais n'ont pas caché leurs véritables intentions. Ils n'ont pas refusé de traduire dans la forme légale l'accord conclu, mais refusé de signer le seul contrat de remise de commerce alors qu'il était initialement prévu que les deux contrats soient signés simultanément. Leur responsabilité précontractuelle n'est ainsi pas engagée.

■ Note

14. Cet arrêt applique à une remise de commerce soumise conventionnellement à la forme écrite, la jurisprudence désormais bien établie de la *culpa in contrahendo* en lien avec l'obligation de négocier sérieusement un contrat devant revêtir une forme légale. Cette jurisprudence a été notamment formalisée dans des arrêts récents, tels que l'ATF 140 III 200 et l'arrêt du TF 4A\_55/2019, auxquels nous nous référerons, mais puise ses racines dans des décisions plus anciennes telles que les ATF 101 Ib 422, 123 III 350 et les arrêts du TF 4C.152/2001, 4C.247/2005, 4A\_615/2010 et 4A\_229/2014.
15. La responsabilité précontractuelle ou *culpa in contrahendo* est une sous-catégorie de la responsabilité fondée sur la confiance (ATF 130 III 345 c. 2.1, *JdT2004I206*). Les conditions applicables sont les suivantes: 1° une violation d'un devoir précontractuel, 2° un préjudice, 3° un rapport de causalité naturelle et adéquate entre la violation du devoir précontractuel et le préjudice; 4° la faute (*Kuonen, op cit., N 1430; Riske, La responsabilité précontractuelle dans le processus d'uniformisation du droit privé européen – Perspectives pour l'ordre juridique suisse – Analyse historique, comparative et prospective, thèse Neuchâtel, Bâle 2016, N 1454 ss*). La partie qui se prévaut avec succès de la *culpa in contrahendo* peut obtenir la réparation de l'intérêt négatif, c'est-à-dire à être replacée dans la situation patrimoniale qui aurait été la sienne si elle n'avait pas été induite à contracter (ATF 140 III 200 c. 5.2, *JdT2014II 401; déjà ATF 49 54 c. 2 et 4, JdT 1923I 514*).
16. Il n'existe pas de liste exhaustive des devoirs précontractuels, ni dans la loi, ni dans la jurisprudence. Dans la doctrine, on mentionne notamment l'obligation des parties de négocier sérieusement, conformément à leurs intentions véritables, mais aussi le devoir d'information, le devoir de se renseigner, le devoir de ne pas tromper son partenaire de négociation, le devoir de ne pas compromettre l'objet du contrat (*Kuonen, op. cit., N 1481 ss; Riske, op. cit., N 533 ss*).
17. La jurisprudence a depuis longtemps admis, en tant que fondement de la responsabilité précontractuelle, l'obligation des parties de négocier sérieusement et conformément à leurs véritables intentions (ATF 121 III 350 c. 6c, *JdT 2004I 206; ATF 140 III 200 c. 5.2, JdT 2014 II 401*). Cette obligation ne supprime toutefois pas leur droit d'interrompre des pourparlers en tout temps sans devoir fournir d'explications (*ius variandi*), ce qui est une concrétisation de la liberté contractuelle. L'exercice de cette liberté est restreint par les limites des règles de la bonne foi. Le comportement contraire aux règles de la bonne foi ne consiste pas tant à rompre les pourparlers qu'à maintenir l'autre partie dans l'idée que le contrat serait conclu ou à n'avoir pas dissipé cette illusion. Celui qui engage des pourparlers ne doit pas faire croire que sa volonté de conclure est plus forte qu'en réalité (TF, 04.09.2019, 4A\_55/2019, c. 2.2.1 et réf.). La partie qui viole ces obligations répond non seulement lorsqu'elle a fait preuve d'astuce au cours des pourparlers, mais déjà lorsque son attitude a été de quelque manière fautive, qu'il s'agisse de dol ou de négligence, dans les limites tout au moins de la responsabilité qu'elle encourt sous l'empire du contrat envisagé par les parties (ATF 101 Ib 422 c. 4b p. 432).
18. Si le contrat négocié requiert le respect d'une forme (légale ou conventionnelle), on admettra d'autant moins une *culpa in contrahendo* en cas de rupture des pourparlers que l'exigence de forme protège les parties d'un engagement (*dans ce sens, Riske, op. cit., N 577 s.*). Les parties ont un devoir accru d'envisager la possibilité d'un échec des négociations jusqu'à la conclusion formelle du contrat (TF, 04.09.2019, 4A\_55/2019, c. 2.2.1). Pour admettre une responsabilité précontractuelle, il faut la présence d'éléments particuliers, tels qu'un accord sans réserve sur tous les points essentiels du contrat, ne respectant certes pas la forme requise mais nourrissant la confiance légitime que le contrat sera certainement conclu. Le refus sans raison de le traduire, *in extremis*, dans la forme exigée, est contraire aux règles de la bonne foi (ATF 140 III 200 c. 5.2).
19. En l'espèce, nous ne pouvons que nous ranger derrière l'opinion du Tribunal fédéral, qui a refusé à juste titre d'admettre une *culpa in contrahendo* d'une partie désireuse de reprendre des locaux loués au moyen notamment d'un contrat de remise de commerce conclu avec l'ancien locataire. En effet, on ne peut pas reprocher à cette partie d'avoir interrompu la négociation de manière contraire à la bonne foi. En effet, alors que le premier projet de contrat de remise de commerce subordonnait sa validité à l'accord du bailleur concernant le transfert du bail (art. 263 CO), l'attitude du bailleur avait conduit les parties à renoncer au transfert de bail et à prévoir une solution économiquement proche: planifier la signature simultanée des deux contrats (remise de commerce et bail commercial). Or, l'autre partie a ensuite adopté une attitude contradictoire par rapport à cette seconde solution, en exigeant subitement une signature anticipée du contrat de remise de commerce. Un tel comportement modifiait l'équilibre de la négociation, avec le risque que le futur reprenant dût payer le montant de la reprise de commerce sans pouvoir ensuite prendre à bail les locaux où se trouvait le commerce. En interrompant la négociation et en restant silencieux, le futur reprenant n'a donc pas adopté de comportement contraire à la bonne foi. En particulier, le TF prend soin de préciser que rien dans le dossier n'indiquait qu'il n'aurait jamais eu la volonté de conclure le contrat de remise de commerce ou qu'avant l'abandon des pourparlers, il se serait entendu avec le bailleur pour obtenir le bail sans verser le montant de la remise de commerce.