



## Le droit d'option dans les baux à loyer d'habitations ou de locaux commerciaux

PATRICIA DIETSCHY

*Le droit d'option a pour but soit de mettre en vigueur, soit de prolonger un contrat. En pratique, il n'est pas rare de trouver une telle clause dans un contrat de bail à loyer d'habitation ou de locaux commerciaux. Il faut à cet égard distinguer l'option proprement dite de l'option improprement dite – selon que les éléments essentiels du contrat sont ou non d'emblée fixés par la clause –, l'exercice de l'une ou de l'autre n'entraînant pas les mêmes effets. Se pose dans ce cadre la question de la qualification de l'option prévoyant que le loyer sera adapté aux conditions prévalant sur le marché ou aux loyers usuels de la localité ou du quartier. Le droit d'option soulève en outre certains problèmes particuliers en matière de bail, en raison de l'existence de règles impératives dans ce domaine. Les dispositions de protection contre les congés (art. 271 ss CO) et de protection contre les loyers abusifs (art. 269 ss CO) ne doivent en effet pas pouvoir être éludées par la présence d'une clause d'option.*

### Plan

#### Introduction

#### I. Définition

##### A. Notion et effets

##### B. Options proprement et improprement dites

###### 1. Option proprement dite

###### 2. Option improprement dite

###### 3. Adaptation du loyer aux conditions du marché ou aux loyers usuels de la localité ou du quartier

##### C. Exercice du droit d'option

#### II. Droit d'option et contrats en chaîne

#### III. Contestation du loyer

##### A. Option proprement dite

##### B. Option improprement dite

#### Conclusion

### Introduction

Le droit d'option permet à son bénéficiaire de former ou prolonger, par une déclaration unilatérale de volonté, un rapport d'obligation déjà conclu<sup>1</sup>. En pratique, il n'est pas rare que des contrats de bail à loyer d'habitation ou de locaux commerciaux comprennent une telle clause. Si, dans

ce domaine, le droit d'option est admis aussi bien par la jurisprudence que par la doctrine<sup>2</sup>, il faut s'interroger sur ses limites, en particulier au regard des règles impératives de protection contre les congés des art. 271 ss CO (II). Se pose en outre la question d'une éventuelle contestation de loyer après que la clause d'option a été exercée (III). Avant de développer ces deux problématiques, nous reviendrons sur la définition même du droit d'option (I).

### I. Définition

#### A. Notion et effets

Le droit d'option a pour but soit de mettre en vigueur un contrat, soit de prolonger celui-ci<sup>3</sup>. Le contrat qui contient un tel droit est soumis à une condition suspensive (art. 151

PATRICIA DIETSCHY, Docteure en droit de l'Université de Neuchâtel.

<sup>1</sup> ATF 122 III 10, c. 4b, JdT 1998 I 111 ; ATF 113 II 31, c. 2a, JdT 1988 I 20 ; TF 4A\_111/2009 du 4.6.2009, c. 2.1 ; TF 4A\_551/2008 du 12.5.2009, c. 5.1 ; TF 4C.22/2006 du 5.5.2006, c. 7.2.2 ; TF 4C.152/2004 du 9.7.2004, c. 3.1, DB 2006 N 15, MRA 1/2005 28 ss ; TF 4C.17/2004 du 2.6.2004, c. 6.2.1.

<sup>2</sup> Voir notamment : TF 4C.152/2004 du 9.7.2004, c. 3.1, DB 2006 N 15, MRA 1/2005 28 ss ; TF 4C.17/2004 du 2.6.2004, c. 6.2.1 ; CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY, N 21 ss ad art. 255 CO ; FRANÇOIS KNOEPFLER, Pourparlers précontractuels, promesse de conclure et droit d'option en matière de bail, *in* : 10<sup>e</sup> Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 1998, 8 ss ; DAVID LACHAT, Bail à loyer, Lausanne 2008, 606 ss ; ANDREAS MAAG, Reservationsrecht, Vormietrecht und Option, *in* : MRA 2/2001 37 ss, 39 ; NICOLAS SAVIAUX, Baux de courte durée successifs et contestation du loyer initial, *in* : PJA/AJP 2010 289 ss, 291 ; PETER BURKHALTER/EMMANUELLE MARTINEZ-FAVRE, Commentaire SVIT du droit du bail, Lausanne 2011 (cité ci-après SVIT-K), N 17 ad Rem. prélim. ad art. 266–266 CO ; ZK-HIGI, N 54 ss ad art. 255 CO.

<sup>3</sup> TF 4C.17/2004 du 2.6.2004, c. 6.2.1.

CO)<sup>4</sup>. Le plus souvent, le droit d'option est prévu dans un bail de durée déterminée. Rien n'empêche toutefois qu'il le soit dans un bail de durée indéterminée, afin par exemple de reporter le terme du congé ou de modifier le contrat en bail de durée déterminée<sup>5</sup>.

L'exercice du droit d'option peut être réservé à l'une des parties ou aux deux. Si la clause est libellée en faveur des deux parties, il suffit que l'une d'elles l'exerce pour qu'elle déploie ses effets.

Lorsque le bail est de durée déterminée, le bailleur ne peut pas modifier ou supprimer le droit d'option avant l'exercice de celui-ci<sup>6</sup>, l'art. 269d al. 3 CO ne s'appliquant pas à ce type de baux<sup>7</sup>. Les parties peuvent en revanche modifier ou supprimer conventionnellement la clause d'option en cours de bail<sup>8</sup>.

## B. Options proprement et improprement dites

### 1. Option proprement dite

L'option est proprement dite lorsqu'elle prévoit de manière précise les éléments essentiels du contrat, c'est-à-dire que l'objet du bail et le loyer doivent être fixés au moment où le droit d'option est exercé<sup>9</sup>. Il suffit que la chose louée et le montant du loyer soient déterminables sur la base d'éléments objectifs<sup>10</sup>. Le Tribunal fédéral considère notamment que le loyer n'est pas déterminable de manière objective si la clause prévoit que ce dernier sera fixé après que le droit d'option aura été exercé<sup>11</sup>. A défaut de convention particulière, les rapports de location se poursuivent sans changement après l'exercice du droit d'option<sup>12</sup>. En outre, si la clause ne précise pas la durée du bail, autre élément essentiel du contrat, celui-là est présumé de durée indéterminée, conformément à l'art. 255 al. 3 CO<sup>13</sup>.

<sup>4</sup> ATF 122 III 10, c. 4b, JdT 1998 I 111.

<sup>5</sup> KNOEPFLER (n. 2), 12 ; LACHAT (n. 2), 648.

<sup>6</sup> KNOEPFLER (n. 2), 10 ; LACHAT (n. 2), 608.

<sup>7</sup> ATF 128 III 419, c. 2.4.1 ; CPra Bail-MARCHAND, N 7 ad art. 269d CO.

<sup>8</sup> Comp. ATF 128 III 419, c. 2.4.2.

<sup>9</sup> TF 4A\_551/2008 du 12.5.2009, c. 5.1 ; TF 4C.17/2004 du 2.6.2004, c. 6.2.1. Pour des exemples de clauses, voir KNOEPFLER (n. 2), 9, LACHAT (n. 2), 607, et MAAG (n. 2), 40.

<sup>10</sup> TF 4A\_111/2009 du 4.6.2009, c. 2.1 ; TF 4A\_551/2008 du 12.5.2009, c. 5.1.

<sup>11</sup> TF 4A\_111/2009 du 4.6.2009, c. 2.1 ; TF 4A\_551/2008 du 12.5.2009, c. 5.1.

<sup>12</sup> CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY, N 22 ad art. 255 CO ; SÉBASTIEN FETTER, La contestation du loyer initial, Berne 2005, 134 N 288 ; SVIT-K, N 20 ad Rem. prélim. ad art. 266–266o CO.

<sup>13</sup> ZK-HIGI, N 57 et 71 ad art. 255 CO.

### 2. Option improprement dite

Lorsque les éléments essentiels ne sont pas d'emblée déterminés – ou déterminables sur la base de critères objectifs – dans la clause, l'option est qualifiée d'improprement dite. L'exercice du droit d'option impose alors uniquement au bailleur et au locataire de renégocier les conditions de la poursuite de leur rapport contractuel<sup>14</sup>. Si les parties ne parviennent pas à se mettre d'accord, la clause est inefficace<sup>15</sup> et le contrat prend fin à son échéance.

Si une partie fait délibérément en sorte que les négociations échouent, par exemple si le bailleur propose un loyer surfait, l'autre partie peut réclamer la réparation du dommage qu'elle a subi du fait de la non-poursuite du bail en se prévalant de la *culpa in contrahendo*<sup>16</sup>. Le dommage correspondra, par exemple, à la différence, pendant la période de reconduction probable du contrat, entre le loyer de la nouvelle chose louée et le loyer précédent ainsi qu'aux frais de déménagement.

### 3. Adaptation du loyer aux conditions du marché ou aux loyers usuels de la localité ou du quartier

Si la clause d'option prévoit que le loyer sera adapté aux conditions prévalant sur le marché ou aux loyers usuels de la localité ou du quartier, s'agit-il d'une option proprement ou improprement dite ?

Le Tribunal fédéral a résolu la question de manière différente dans deux arrêts, au demeurant non publiés. Dans une première affaire, les parties avaient convenu d'un droit d'option en faveur du locataire, permettant à celui-ci de faire prolonger le bail pour cinq ans. La clause d'option prévoyait que si le droit était utilisé à temps, le bailleur serait autorisé à adapter le loyer dans les limites des loyers usuels de la localité ou du quartier valables au début de la période d'option. Le Tribunal fédéral a qualifié l'option d'improprement dite, en raison du fait qu'il existait encore une incertitude sur un élément essentiel du contrat, soit le montant du loyer<sup>17</sup>. Dans une jurisprudence ultérieure, le Tribunal fédéral a en revanche estimé que la clause selon laquelle « Bei Ausübung der Option muss der Mietzins bezahlt werden, der am Ort für gleichartige Parzellen üblich ist » constituait une option proprement

<sup>14</sup> TF 4C.152/2004 du 9.7.2004, c. 3.1, DB 2006 N 15, MRA 1/2005 28 ss ; KNOEPFLER (n. 2), 8.

<sup>15</sup> KNOEPFLER (n. 2), 8.

<sup>16</sup> KNOEPFLER (n. 2), 8 s.

<sup>17</sup> TF 4C.152/2004 du 9.7.2004, c. 3.2, DB 2006 N 15, MRA 1/2005 28 ss.

dite, le critère utilisé étant selon lui objectif et le loyer déterminable puisque, même en l'absence d'éléments comparables, le loyer pouvait être déterminé sur la base d'une comparaison hypothétique (statistique, estimation)<sup>18</sup>. En l'espèce toutefois, la qualification de l'option n'avait en réalité aucune incidence sur le sort du litige dès lors que l'option avait été exercée tardivement par le locataire et ne déployait ainsi aucun effet.

Certes, ces deux clauses d'option se distinguent par le fait que, dans la première, le bailleur avait la *possibilité* d'adapter le loyer alors que dans la seconde, le loyer était *automatiquement* augmenté en fonction des loyers du quartier. On doit dans tous les cas considérer qu'il ne s'agit pas d'une modification de jurisprudence de la part du Tribunal fédéral mais uniquement de décisions isolées<sup>19</sup>. D'une part, aucun de ces deux arrêts n'a été publié au Recueil officiel. D'autre part, le second arrêt ne mentionne pas la décision précédente et ne la critique dès lors pas non plus.

A notre avis, le simple renvoi aux loyers usuels de la localité ou du quartier ou aux conditions du marché n'est pas suffisamment précis pour permettre aux parties de connaître le montant du loyer lors de l'exercice du droit d'option<sup>20</sup>. Ces critères comportent en effet une part de subjectivité selon les facteurs qui sont retenus, par exemple le nombre d'exemples comparatifs ou les caractéristiques (emplacement, dimension, équipement, état ou encore année de construction) à prendre en compte. Dans la pratique d'ailleurs, on sait combien il est difficile pour les bailleurs de prouver une adaptation de loyer fondée sur les loyers usuels de la localité ou du quartier. On ne voit pas comment le locataire serait en mesure de calculer le nouveau loyer et d'en connaître le montant au moment de l'exercice de l'option.

Pour admettre l'existence d'une option proprement dite, il faut par conséquent que les parties définissent avec précision les critères de calcul à prendre en considération. A défaut, l'option doit être qualifiée d'improprement dite et le locataire peut renoncer à la poursuite du bail si le nouveau loyer proposé par le bailleur ne lui convient pas.

<sup>18</sup> TF 4A\_551/2008 du 12.5.2009, c. 5.2, critiqué par ANDREAS MAAG, *Kommentar*, in : MRA 1/2010 181 ss.

<sup>19</sup> Du même avis, ARMIN ZUCKER, *Die Vormerkung des Mietverhältnisses im Grundbuch*, in : PJA/AJP 2010 834 ss, 840.

<sup>20</sup> Dans le même sens, FRANÇOIS KNOEPFLER, *Note*, in : DB 2006 N 15, lequel relève que la référence au « loyer usuel dans la localité ou dans le quartier » a un caractère incertain, ainsi que MAAG (n. 2), 40.

### C. Exercice du droit d'option

L'option doit être exercée dans le délai fixé par la clause. Si aucun délai n'a été prévu, elle doit l'être en respectant le préavis légal de résiliation avant la date d'échéance du bail de durée déterminée – soit trois mois pour un bail d'habitation (art. 266c CO) et six mois pour un bail de locaux commerciaux (art. 266d CO) –, le jour où échoit le bail congéable, ou encore aussitôt la survenance de la condition à laquelle est subordonnée l'option<sup>21</sup>. La déclaration doit parvenir dans la sphère d'influence du bailleur au plus tard le dernier jour du délai<sup>22</sup>. Si la clause est exercée tardivement, elle ne déploie aucun effet<sup>23</sup>. Il en va de même si la partie déclare renoncer, dans le délai, à exercer son droit d'option<sup>24</sup>.

Le droit d'option constitue un droit formateur, qui doit être exercé sans condition et qui est irrévocable<sup>25</sup>. En cas de pluralité de bailleurs ou de locataires, il doit être exercé en commun par tous les cotitulaires du bail, sans quoi il ne déploie pas ses effets<sup>26</sup>.

L'exercice du droit d'option n'est subordonné à aucune forme spéciale, sauf convention contraire entre les parties (art. 11 et 16 CO)<sup>27</sup>. Pour des raisons d'ordre probatoire, il est conseillé à la partie qui invoque l'option de le faire par écrit.

Si une partie empêche le titulaire de l'option de l'exercer de manière contraire à la bonne foi, la condition grevant l'option est réputée accomplie (art. 156 CO)<sup>28</sup>. Tel est notamment le cas si le bailleur résilie le bail dans le but d'empêcher que le locataire fasse usage de son option<sup>29</sup> ou lorsque le sous-bailleur n'exerce pas son droit d'option

<sup>21</sup> CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY, N 24 ad art. 255 CO ; KNOEPFLER (n. 2), 12 ; LACHAT (n. 2), 607 s. et 648 ; SAVIAUX (n. 2), 291 ; ZK-HIGI, N 65 ad art. 255 CO. D'un avis différent : BSK OR-WEBER, N 7 ad art. 255 CO ainsi que SVIT-K, N 18 ad Rem. pré. ad art. 266–266o CO, lesquels admettent que l'option puisse toujours être exercée jusqu'à l'échéance du bail.

<sup>22</sup> Application de la théorie absolue de la réception. Voir, sur cette dernière, FRANÇOIS BOHNET, *Délais et termes dans le droit du bail à loyer*, in : 13<sup>e</sup> Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2004, 4 ss.

<sup>23</sup> TF 4A\_111/2009 du 4.6.2009, c. 2.1 et 2.4–2.5.

<sup>24</sup> KNOEPFLER (n. 2), 10.

<sup>25</sup> TF 4C.17/2004 du 2.6.2004, c. 6.2.2 ; MAAG (n. 2), 39 et (n. 18), 181 ; ZK-HIGI, N 60 ad art. 255 CO.

<sup>26</sup> *Comp.* : CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY, N 13 et 33 ad art. 253 CO ; TF 4A\_189/2009 du 13.7.2009, c. 1.1, et TF 4C.17/2004 du 2.6.2004, c. 5.3.1.

<sup>27</sup> KNOEPFLER (n. 2), 12 ; ZK-HIGI, N 61 ad art. 255 CO.

<sup>28</sup> ATF 113 II 31, c. 2b, JdT 1988 I 20 ; KNOEPFLER (n. 2), 10.

<sup>29</sup> CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY, N 23 ad art. 255 CO ; KNOEPFLER (n. 2), 11 ; LACHAT (n. 2), 648 ; SVIT-K, N 19 ad Rem. pré. ad art. 266–266o CO.

et empêche de ce fait le sous-locataire de l'exercer à son tour<sup>30</sup>.

## II. Droit d'option et contrats en chaîne

En prévoyant que le locataire puisse, par l'exercice d'un droit d'option, prolonger le rapport de bail après l'échéance de celui-ci, les parties concluent des contrats de durée déterminée successifs, autrement dit des contrats en chaîne. La question se pose dès lors de savoir si la conclusion de tels contrats n'a pas pour effet de contourner les règles protectrices impératives prévues aux art. 271 ss CO.

De manière générale, le Tribunal fédéral admet que les parties concluent des contrats de bail en chaîne<sup>31</sup>. Il n'exclut cependant pas que le bailleur commette un abus de droit à agir de la sorte, lorsque le but est d'éviter certaines règles impératives<sup>32</sup>. Une partie de la doctrine y voit elle aussi de façon plus ou moins large un abus de droit de la part du bailleur<sup>33</sup>, au motif notamment que la protection contre les loyers abusifs au sens des art. 269 ss CO en est réduite ou que les règles portant sur l'annulation de la résiliation et la prolongation du bail ne trouvent pas à s'appliquer. C'est pourquoi, d'après elle, le contrat de durée déterminée doit en pareil cas être requalifié en contrat de durée indéterminée.

La clause d'option se trouve à mi-chemin entre le contrat de durée déterminée et le contrat de durée indéterminée. En effet, par son exercice, le bail est prolongé pour une nouvelle période. En cela, le locataire est mieux protégé qu'en cas de simple bail de durée déterminée, lequel n'entraîne pas la poursuite automatique du contrat ni n'oblige le bailleur à renégocier en vue d'une éventuelle reconduction des rapports contractuels. Le locataire est en revanche moins bien protégé qu'en cas de bail dit congéable, puisqu'il ne dispose pas de la possibilité de faire annuler la résiliation du contrat – notamment s'agissant de la protection de trois ans après la fin d'une procédure ou un arrangement telle que prévue par l'art. 271a al. 1 lit. e et al. 2 CO –, voire, pour les baux de très courte durée, de demander une prolongation de bail. En outre, en cas d'options improprement dites, lesquelles n'entraînent pas *per se* la poursuite du contrat, le bailleur peut délibérément proposer de nouvelles conditions qu'il sait ne pas convenir au locataire, qui

renoncera à conclure un nouveau contrat. Certes, on l'a vu, le bailleur qui négocie de manière contraire à la bonne foi peut être redevable de dommages-intérêts<sup>34</sup>. Il faut cependant que le locataire soit informé de son droit d'agir en réparation, ce qui présuppose qu'il soit allé prendre conseils auprès d'un avocat ou d'un autre mandataire professionnellement qualifié, alors qu'en matière de résiliation de bail, le formulaire officiel indique expressément les voies de droit d'une contestation. Dans bien des cas, le bailleur pourra donc éviter une action judiciaire.

A notre avis, le bailleur commet en principe un abus de droit à utiliser la clause d'option lorsque sévit la pénurie sur le marché locatif. Il ne doit pas pouvoir contourner les règles de protection contre les congés, ni renoncer à poursuivre les rapports contractuels du fait que le locataire a contesté son loyer initial ou émis d'autres prétentions en cours de bail telles que la réparation de défauts. En effet, en pareilles circonstances, il est presque impossible pour le locataire de négocier les clauses du contrat et un droit d'option en lieu et place d'un contrat congéable lui est en quelque sorte imposé. KNOEPFLER relève d'ailleurs qu'il est rare que les clauses d'option soient d'emblée proposées et font fréquemment l'objet de discussions entre les parties au moment de la négociation du contrat ou sont adoptées ultérieurement, sous la forme d'avenants<sup>35</sup>. Or, en cas de pénurie, le bailleur sait d'emblée qu'il trouvera sans problème un nouveau locataire et n'a ainsi pas à craindre la vacance de ses locaux. Rien ne l'empêche toutefois de démontrer, dans un cas particulier, l'existence de motifs suffisants justifiant la clause d'option.

Le locataire qui conteste la validité de la clause d'option contenue dans son bail peut agir en justice afin que le tribunal constate la nullité de la clause et modifie le contrat en bail de durée indéterminée.

## III. Contestation du loyer

### A. Option proprement dite

En cas d'option proprement dite, le bail se poursuit sans changement, cas échéant il indique les modifications qui interviendront dès l'entrée en force de l'option, notamment le montant du nouveau loyer. Dès lors que le rapport de bail initial se poursuit sans avoir pris fin, il n'y a pas lieu à une contestation du loyer initial<sup>36</sup>.

<sup>30</sup> ATF 113 II 31, c. 2, JdT 1988 I 20.

<sup>31</sup> TF 4C.155/2003 du 3.11.2003, c. 3.3; TF 4C.455/1999 du 21.3.2000, DB 2002 N 22.

<sup>32</sup> TF 4C.155/2003 du 3.11.2003, c. 3.3.

<sup>33</sup> BSK OR I-WEBER, N 6 ad art. 255 CO; CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY, N 9 ad art. 255 CO; LACHAT (n. 2), 604; SAVIAUX (n. 2), 300.

<sup>34</sup> Cf. *supra* I/B/2.

<sup>35</sup> KNOEPFLER (n. 2), 8.

<sup>36</sup> CPra Bail-DIETSCHY, N 13 ad art. 270 CO; FETTER (n. 12), 134 N 288.

Si un nouveau loyer a été fixé dans la clause, cette hausse doit être notifiée au locataire au moyen d'une formule officielle, par application analogique des art. 269d al. 1 CO et 19 OBLF. Elle doit selon nous être communiquée au plus tard la veille de son entrée en vigueur<sup>37</sup>. Le locataire peut la contester dans un délai de 30 jours, sur la base de l'art. 270b al. 1 CO<sup>38</sup>.

Certes, la clause d'option qui prévoit d'emblée le nouveau montant du loyer présente certaines similitudes avec la clause d'échelonnement au sens de l'art. 269c CO. On ne saurait toutefois appliquer par analogie les règles y relatives – lesquelles interdisent au locataire de contester le montant des échelons en cours de bail (art. 270d CO) – en raison du fait que les baux à loyer échelonné doivent impérativement être d'une durée minimale de trois ans, la garantie d'une telle durée visant à compenser, pour le locataire, la restriction de contester les différents échelons<sup>39</sup>. Or, un bail contenant un droit d'option peut être d'une durée inférieure. Il faut dès lors empêcher que le bailleur puisse, par le biais du droit d'option, contourner les exigences légales impératives applicables en matière d'échelonnement.

Si la clause d'option prévoit qu'à son exercice, les rapports contractuels se poursuivront pour une durée de trois ans (ou plus) et fixe le nouveau loyer ainsi que des échelons successifs, elle remplit les exigences d'une clause d'échelonnement au sens de l'art. 269c CO et doit être considérée comme valable. Si l'option est exercée, le bailleur doit notifier la majoration de loyer et les échelons subséquents au moyen d'une seule et même formule officielle. Le locataire peut alors contester la hausse et les divers échelons, sur la base de l'art. 270b CO, étant précisé que ceux-ci ne pourront plus être remis en cause par la suite<sup>40</sup>.

## B. Option improprement dite

Lorsque l'option a uniquement pour effet de contraindre les parties à renégocier (option improprement dite), un nouveau bail est conclu si les pourparlers aboutissent. Dès lors qu'il s'agit d'une nouvelle relation contractuelle – les premiers rapports de bail ayant pris fin à l'échéance de la durée convenue –, le locataire peut contester le loyer ini-

tial<sup>41</sup>. Puisqu'il occupe déjà les locaux, le délai de 30 jours de l'art. 270 al. 1 CO part à notre avis au jour de l'entrée en vigueur du nouveau contrat.

## Conclusion

La présence d'une clause d'option dans un contrat de bail à loyer d'habitation ou de locaux commerciaux n'est pas chose rare en pratique. La question de sa compatibilité avec les règles protectrices impératives prévues dans ce domaine a donc une grande importance. Cela étant, il convient toujours en premier lieu de qualifier la clause, les effets n'étant pas les mêmes selon qu'il s'agit d'une option proprement ou improprement dite. Lorsque le montant du loyer est uniquement déterminable, il faut que les critères de calcul aient été définis de façon suffisamment précise pour permettre aux parties de connaître le montant du loyer au moment où l'option est exercée.

L'option proprement dite, puisqu'elle entraîne *de facto* la poursuite des rapports de bail, a le mérite de garantir une certaine protection pour le locataire. En ce sens, elle peut selon les cas être préférée à la clause d'option improprement dite, laquelle n'assure que la mise sur pied de négociations.

La clause d'option trouve toutefois ses limites lorsqu'elle a pour effet la conclusion de contrats successifs de durée déterminée. Le bailleur peut alors se voir opposer un abus de droit à conclure de tels contrats, ceux-ci permettant d'éviter certaines protections accordées au locataire en matière de congé. Le bail doit alors être requalifié en contrat de durée indéterminée. Par exemple, lorsque le marché locatif souffre de la pénurie, le locataire n'a pas les moyens de négocier les conditions du contrat et est souvent contraint d'accepter un bail comportant une clause d'option en lieu et place d'un bail congéable, sans que le bailleur ne dispose de motifs justifiant une telle clause.

Outre la protection contre les congés, il convient également de garantir le respect des règles impératives de protection contre les loyers abusifs (art. 269 ss CO). Le locataire doit ainsi pouvoir contester le loyer nouvellement fixé après l'exercice du droit d'option, soit par le biais d'une contestation du loyer initial (art. 270 CO) en cas d'option improprement dite, soit, si l'option est proprement dite, sur la base d'une contestation de hausse en cours de bail (art. 270b CO).

<sup>37</sup> Comp., en matière de loyers échelonnés : CPra Bail-DIETSCHY, N 25 ad art. 269c CO ; LACHAT (n. 2), 518 ; ZK-HIGI, N 45 ad art. 269c CO.

<sup>38</sup> MONIKA SOMMER, Kommentar, in : MRA 1/2005 28 ss, 33.

<sup>39</sup> LACHAT (n. 2), 517.

<sup>40</sup> DAVID LACHAT, Bail à loyer, Lausanne 1997, 343, non repris dans la version de 2008.

<sup>41</sup> ATF 121 III 397, c. 2b/bb ; CPra Bail-DIETSCHY, N 12 et 13 ad art. 270 CO ; FETTER (n. 12), 134 N 288.