

Le congé extraordinaire de baux d'habitations et de locaux commerciaux pour comportement contraire au contrat du locataire après l'entrée en jouissance de la chose

eu égard en particulier à la dernière jurisprudence du
Tribunal fédéral

par

ALFRED KOLLER*

Un des principaux aspects de l'activité scientifique du jubilaire est le droit du bail. En effet, PIERRE WESSNER s'est non seulement exprimé dans différents écrits sur des questions relatives au droit du bail, mais a aussi rédigé de nombreux commentaires de jurisprudence. Le sujet abordé ici n'y fait pas exception¹. J'espère donc par la présente contribution, tout particulièrement à ses notes 1, 3, 15, 19, 20, 23, 25, 30, 42 et 44, susciter son intérêt.

I. Introduction : le sujet

Un comportement contraire au contrat du locataire peut à certaines conditions autoriser le bailleur à résilier le bail de manière anticipée et ainsi à résoudre le contrat *ex nunc*, ou dans de rares cas à se départir du contrat et ainsi à le résoudre *ex tunc*. Sauf exception, se

* Tous mes remerciements à JOHANNA TRÜMPY, MLaw, pour sa traduction ce dont je lui suis très reconnaissant. La présente contribution reprend des idées développées dans PJA 2010, p. 845 ss.

1 Notamment, en guise d'exemple : a) *Commentaires de jurisprudence* : DB 2009, p. 21 n. 11, p. 28 n. 12, p. 29 s. n. 13, p. 31 s. n. 15 ; DB 2008, p. 22 ss n. 8, p. 28 ss n. 11, DB 2007, p. 16 s. n. 6, p. 17 s. n. 7 ; DB 2006, p. 17 s. n. 5, p. 20 ss n. 8, p. 22 n. 9 ; b) *Contributions* : Sorgfaltspflichten des Mieters von Wohn- und Geschäftsräumen, mp 2007, p. 127 ss et 197 ss, en particulier p. 201 ss ; Le devoir de diligence du locataire dans les baux d'habitations et de locaux commerciaux, in : 14^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2006, ch. 61 ss ; La résiliation du bail à loyer pour justes motifs, in : 10^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 1998, ch. 10 ss ; L'obligation du locataire de payer le loyer et les frais accessoires, in : 9^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 1996, ch. 84 ss.

départir du contrat n'entre en ligne de compte qu'avant l'entrée en jouissance de la chose². Comme il est rare en pratique qu'un locataire viole ses obligations à ce stade, on laissera cette hypothèse de côté. Ci-après, seule nous intéresse la *résiliation* extraordinaire du contrat de bail et uniquement la résiliation prononcée en raison d'un comportement contraire au contrat du locataire *après l'entrée en jouissance de la chose*. Les art. 257d et 257f CO traitent la matière, mais ne la règlent de loin pas exhaustivement. La situation juridique des cas non réglés par la loi constitue le sujet principal de notre article. Nous nous pencherons également sur les *conséquences juridiques* d'une résiliation extraordinaire. Ces dernières années, les deux problématiques ont fait l'objet d'importants arrêts du Tribunal fédéral, d'où le choix du sous-titre de ma contribution.

II. Les états de fait non écrits d'un congé

A. Aperçu de la situation juridique

1. Quiconque est confronté à cette thématique doit se référer à la *lex scripta*, donc aux dispositions légales qui sanctionnent un comportement contraire au contrat du locataire – à certaines conditions – par le droit de résiliation du bailleur. Ce sont – comme déjà indiqué – les art. 257d et 257f CO.

2. La question de savoir, selon quelles règles un comportement contraire au contrat du locataire, qui n'a pas fait l'objet de réglementation spécifique sur le congé, doit être apprécié, trouve des réponses divergentes dans la doctrine et la jurisprudence. **Deux approches s'opposent :**

Selon l'une des approches, l'art. 266g CO s'applique, c'est-à-dire la disposition générale sur le congé anticipée du contrat de bail³. L'art. 266g CO a la teneur suivante :

-
- 2 THEO GUHL/ALFRED KOLLER, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9^e éd. Zurich 2000, § 44 ch. 47 s. ; PETER HIGI, Commentaire zurichois, n. 6 der Vorbem. zu Art. 266-266o CO, avec réf. ; à propos des exceptions : ALFRED KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Berne 2009, § 29 ch. 71. Se départir du contrat – avant l'entrée en jouissance de la chose – est par exemple admissible lorsque le locataire est en demeure de s'acquitter d'un loyer exigible déjà avant le début du bail et laisse s'écouler sans s'exécuter le délai convenable qui lui avait été fixé (art. 107 al. 2 CO).
- 3 Dans ce sens p. ex. HIGI, Commentaire zurichois, n. 51 ad art. 266g CO ; CHRISTIAN CALAMO, Die missbräuchliche Kündigung der Miete von Wohnräumen, thèse St. Gall, Berne etc. 1994, p. 279 s. ; RICHARD PERMANN, Kommentar zum Mietrecht, 2^e éd. Zurich 2007, n. 8 ad art. 266g CO ; SVIT-KOMMENTAR Mietrecht, 3^e éd. Zurich 2008, n. 16 ad art. 266g CO ; MEINRAD VETTER/ROMAN S. GUTZWILLER, Voraussetzungen und Rechtsfolgen der ausserordentlichen Beendigung von Dauerschuldverhältnissen, PJA 2010, p. 699 ss ; voir aussi WESSNER, résiliation, cité note 1, ch. 56.

¹ Si, pour de justes motifs, l'exécution du contrat devient intolérable pour une partie, celle-ci peut résilier le bail à n'importe quel moment, en observant le délai de congé légal.

² Le juge statue sur les conséquences pécuniaires du congé anticipé, en tenant compte de toutes les circonstances.

L'art. 266g CO selon ses termes comprend toutes les raisons, quelles qu'elles soient, qui rendent la continuation de la relation contractuelle intolérable. Un comportement contraire au contrat des parties n'est pas exclu.

Des auteurs isolés estiment malgré tout, que l'art. 266g CO ne s'applique pas – contrairement aux termes de la loi – au comportement contraire au contrat du locataire⁴. En lieu et place, le juge doit, selon cette deuxième approche, lorsqu'il manque une réglementation légale spécifique, créer *modo legislatoris* de telles règles spéciales (art. 1 al. 2 CC)⁵. Entre en ligne de compte une application par analogie (dans le cas particulier) des dispositions qui règlent un comportement contraire au contrat du locataire, notamment donc des art. 257d ou 257f CO, puis également la création de règles autonomes, qui s'appuient bien sûr le plus possible sur le droit existant et s'inspirent des valeurs exprimées dans la loi.

La deuxième approche repose sur l'idée que la loi ne règle pas exhaustivement le comportement contraire au contrat du locataire, qu'elle est donc lacunaire. En revanche, la première opinion admet que de telles lacunes n'existent pas, car lorsqu'une disposition légale fait défaut, l'art. 266g CO trouve application.

3. Quelle approche mérite d'être privilégiée? Le *Tribunal fédéral* s'est prononcé dans l'arrêt 4C.255/2004 du 17 novembre 2004 – en s'appuyant sur HIGI⁶ – en faveur de l'application de l'art. 266g CO. Le passage topique (consid. 5.3) dit ceci⁷ :

« Pour le bailleur la continuation du contrat de bail peut devenir intolérable, lorsque le locataire ne se tient pas à ses obligations contractuelles. La loi prévoit des réglementations spéciales à cet effet. Ainsi l'art. 257d OR énonce la possibilité de résiliation, lorsque le locataire est en demeure pour le paiement des loyers et des frais accessoires. L'art. 257f CO concerne la violation du devoir de diligence dans l'usage de la chose louée et les égards dus aux personnes habitant la maison et aux voisins. *Dans d'autres cas de violation du contrat par le locataire, la possibilité de résiliation doit en revanche être jugée selon l'art. 266g al. 1 CO.* »⁸

4 DAVID LACHAT/IRÈNE SPIRIG, *Das Mietrecht für die Praxis*, 8e éd. Zurich 2009, chap. 27, p. 567 ; MATTHIAS TSCHUDI, *Mietrechtliche Probleme bei Immissionen als Folge von Umgebungsveränderungen*, thèse Fribourg, Zurich 2005, p. 159 ; ANDREAS MAAG, *Die Bundesgerichtspraxis zur ausserordentlichen Kündigung nach Art. 257f OR bei Vertragsverletzungen*, MRA 2006, p. 128 *in fine*.

5 Par. ex. KOLLER, cité note 2, § 58 ch. 8 ss ; du même auteur note à l'ATF 134 III 300, PJA 2009, p. 371 s.

6 HIGI, *Commentaire zurichois*, n. 51 ad art. 266g CO ; pour d'autres références cf. note 3.

7 Voir sur cet arrêt MAAG, cité note 4, p. 130.

8 Traduction par Johanna Trümpy. La mise en évidence est ajoutée.

A mon avis, l'art. 266g CO n'est pas adapté aux états de fait de la violation du contrat, tout d'abord à cause de la réglementation sur les conséquences juridiques qui y est prévue. L'art. 266g CO stipule, comme nous l'avons vu, que le juge statue sur les conséquences pécuniaires du congé anticipé en tenant compte de toutes les circonstances. Il doit donc rendre un jugement fondé sur son pouvoir d'appréciation. Ceci n'est pourtant pas adapté aux états de fait de résiliations dont il est question ici. En effet, si un cocontractant a provoqué la résiliation par un comportement (faute) contraire au contrat, la conséquence juridique adéquate de par la loi est que celui qui a provoqué le congé réponde de l'intérêt positif à l'exécution du contrat. Il en va ainsi là où le législateur a considéré le comportement du locataire contraire au contrat comme motif de résiliation, donc dans les états de fait prévus aux art. 257d et 257f CO (voir ci-après III./A./ch. 2/a), il doit en aller de même d'une manière générale lorsque le comportement contraire au contrat vaut motif de résiliation. En faveur de ce point de vue, citons aussi le fait que le législateur a expressément retenu dans le droit sur le contrat de travail à l'art. 337b CO l'approche prônée ici en droit du bail. Pour le cas où le contrat de travail est résilié de manière anticipée, il est prévu ceci :

¹ Si les justes motifs de la résiliation immédiate du contrat consistent dans son inobservation par l'une des parties, celle-ci doit réparer intégralement le dommage causé, compte tenu de toutes les prétentions découlant des rapports de travail.

² Dans les autres cas, le juge apprécie librement les conséquences pécuniaires de la résiliation immédiate en tenant compte de toutes les circonstances.

Le juge peut donc librement apprécier les conséquences pécuniaires de la résiliation anticipée (immédiate) d'un contrat de travail uniquement quand le contrat a été résilié pour des motifs autres qu'un comportement contraire au contrat d'une partie. Si celui-ci a été résilié à cause d'un comportement contraire au contrat, il doit être attribué sans autre à la partie qui résilie des dommages-intérêts, c'est à dire un dédommagement pour l'intérêt positif à l'exécution du contrat.

Une autre raison, ayant trait aux modalités de résiliation, s'oppose à l'application de l'art. 266g CO au comportement contraire au contrat du locataire. Dans la mesure où l'art. 266g CO trouve application, la partie en droit de résilier peut bien le faire pour n'importe quel terme, mais elle doit respecter le délai de congé légal. Pour les baux d'habitations, elle doit donc en principe résilier trois mois à l'avance (art. 266c CO), pour les baux de locaux commerciaux même six mois (art. 266d CO). Ceci est contraire à l'esprit des art. 257d et 257f CO. Selon ces dispositions, le contrat ne peut être résilié que pour la fin d'un mois (non pas pour un terme quelconque), mais le délai de congé ne compte que 30 jours. Exceptionnellement le contrat peut même être résilié avec effet immédiat, à savoir si le locataire cause volontairement un préjudice grave à la chose (art. 257f al. 4 CO). Le législateur a édicté cette réglementation de la résiliation, parce que

celle de l'art. 266g CO n'est pas adaptée aux états de fait comprenant une violation du contrat prévus aux art. 257d et 257f CO, d'une part à cause des délais de congés (trop) longs, d'autre part, parce qu'une résiliation avec effet immédiat est a priori exclue. Avec ceci à l'esprit, il faut donc rechercher pour d'autres états de fait de violation du contrat une réglementation par analogie aux art. 257d et 257f CO. En aucun cas il ne peut être juste d'appliquer les yeux fermés l'art. 266g CO⁹.

4. Les **différences pratiques entre les deux approches** sont cependant minimes. En effet, le Tribunal fédéral n'applique souvent pas l'art. 266g CO à des états de fait de résiliations qui, si l'on suit les règles d'interprétation usuelles, ne peuvent être soumis à aucune disposition légale sur le congé¹⁰. Il évite en particulier l'application de l'art. 266g CO en interprétant extensivement l'art. 257f CO et en l'appliquant souvent directement là où cette disposition pourrait tout au plus trouver application par analogie et à titre de droit prétorien (cf. arrêt du TF 4C.306/2003 du 20 février 2004, ATF 134 III 300 et 134 III 446). Occasionnellement le Tribunal fédéral applique même une règle spéciale directement, tout en le faisant avec des modifications (cf. ATF 132 III 109 et 123 III 124). Le dernier arrêt mentionné sera traité ci-dessous en guise d'exemple (les autres arrêts seront abordés sous II./B.).

Dans l'ATF 123 III 124 (= JdT 1998 I, p. 295 ss), Z. louait à B. AG depuis le 1^{er} septembre 1994 l'immeuble X à Lucerne pour une durée déterminée de 10 ans. Le contrat de bail prévoyait dans ses conditions générales entre autres ceci :

« Le locataire garantit qu'aucune hypothèque légale des artisans et entrepreneurs n'est revendiquée par les ouvriers, les entrepreneurs et les livreurs concernés. Si tel devait être le cas, le locataire doit veiller à ce que les hypothèques légales soient immédiatement radiées du Registre foncier à ses frais. »

La locataire loua l'objet du bail – avec l'accord de la bailleresse – le 21 février 1995 à Y. Celui-ci engagea des travaux de transformation, lesquels eurent pour conséquence l'inscription provisoire d'hypothèques des artisans et entrepreneurs. En s'appuyant sur la clause contractuelle précitée, la bailleresse fixa à la locataire par lettre du 19 mai 1996 un délai de 30 jours, afin de faire radier les droits de gage, et la menaça en cas de manquement d'une résiliation anticipée du contrat de bail. Le délai étant échu sans avoir été utilisé, la bailleresse renouvela la menace de résiliation pour le cas où les hypothèques ne seraient pas radiées d'ici au 3 mai 1996. A l'échéance de ce délai resté sans effet, elle résilia le contrat de bail le 7 mai 1996 pour le 30 juin 1996, en s'appuyant sur l'art. 257f al. 3 CO. Cette

9 Quand toutefois le bailleur résilie en connaissance de cause selon l'art. 266g CO et veut déclencher les conséquences juridiques qui s'y rattachent, rien ne devrait s'y opposer.

10 Il y a tout de même des cas où le Tribunal fédéral applique l'art. 266g CO au comportement contraire au contrat du locataire, ainsi par exemple dans l'arrêt 4C.395/2006 du 23 janvier 2007 (= MRA 2007, p. 17 ss avec commentaire d'ANDREAS MAAG). Voir au sujet de cet arrêt ci-après III./A./ch. 2/b.

disposition n'était manifestement pas pertinente, car elle règle le manque de diligence dans l'usage de la chose louée, respectivement le manque d'égard envers les autres personnes habitant la maison et les voisins. *In casu*, il ne s'agissait pas d'un manque de diligence ou d'égard, mais d'une demeure. La locataire n'avait pas obtenu la radiation des droits de gage en violation de ses obligations. Déjà là, on aurait plutôt pensé à l'art. 257d CO. Or, cette disposition n'était pas non plus directement pertinente. En effet, elle concerne la demeure dans le paiement des loyers ou des frais accessoires, mais non la demeure dans l'intervention tendant à la radiation d'hypothèques des artisans et entrepreneurs. L'art. 107 al. 2 CO, qui règle d'une manière générale la dissolution du contrat en cas de demeure n'était pas non plus directement applicable. En effet, il concerne la demeure dans l'exécution d'une des prestations principales, soit dans le cas d'un contrat de bail la demeure dans la remise de l'usage de l'objet du bail, respectivement la demeure dans le paiement du loyer, mais non la demeure dans l'intervention tendant à la radiation d'hypothèques des artisans et entrepreneurs. Il y avait donc une lacune de la loi. Face à cette situation, le Tribunal fédéral aurait pu appliquer l'art. 266g CO. En lieu et place, il s'est appuyé sur l'art. 107 al. 2 CO, toutefois avec des modifications. Il a admis en effet, que dans cet état de fait de résiliation le bailleur ne pouvait pas résilier immédiatement – contrairement à l'art. 107 al. 2 CO –, mais bien qu'il devait respecter un délai de congé, « soit le délai de l'art. 257d al. 2 CO [30 jours], soit celui de la résiliation pour justes motifs de l'art. 266g al. 1 CO [délai légal] » (JdT 1998 I, p. 296 ss, p. 299 [= ATF 123 III 124 p. 128]). Le Tribunal fédéral a laissé ouverte la question de savoir si l'un ou l'autre de ces délais était approprié, dans l'idée que les deux étaient respectés¹¹.

Finalement, le Tribunal fédéral n'a pas simplement appliqué l'art. 107 al. 2 CO, mais a créé une règle autonome, ce qui du point de vue dogmatique ne peut se justifier que par l'admission d'une lacune de la loi et le fait de la combler selon l'art. 1 al. 2 CC. Ceci correspond à l'approche soutenue ici.

Il n'est pas question ici d'examiner en détail de quelle façon la lacune de la loi est comblée par le Tribunal fédéral. Il faut néanmoins être attentif à deux choses : *premièrement* : l'admissibilité du congé doit dépendre du fait que la continuation du bail jusqu'au congé ordinaire n'est pas tolérable pour le bailleur¹². Le fait que l'art. 257d CO ne mentionne pas l'exigence du caractère intolérable ne permet pas de conclusion divergente. Alors que la demeure qui y est réglée a trait à la prestation principale du bailleur (paiement des loyers et des frais accessoires), celle qui nous intéresse se rapporte simplement à une obligation secondaire (l'intervention tendant à la radiation d'hypothèques légales des artisans et des entrepreneurs). En raisonnant par analogie, il n'est pas non

11 En réalité, ce n'était pas le cas, comme il ressort de l'état de fait décrit ci-dessus.

12 Cf. LACHAT/SPIRIG, cit. note 4, p. 549 ss.

plus décisif que l'art. 107 CO ne mentionne pas l'exigence du caractère intolérable¹³. Celui qui renonce à l'exigence du caractère intolérable, s'accommode du fait que l'on puisse donner un congé anticipé, pour une violation du contrat très minime (voir ci-après II./B./1.). Or, ceci est contraire à l'esprit du législateur (cf. art. 257f CO). *Deuxièmement* : concernant la question laissée ouverte par le Tribunal fédéral, à savoir si – dans les conditions données de ce congé – le délai de congé doit être fixé par analogie à l'art. 257d CO ou à l'art. 266g CO, seule la première réponse peut être juste, car le délai de l'art. 266g CO est d'une durée inadéquate (voir ci-dessus II./A./ch. 3).

B. La pratique du Tribunal fédéral : arrêts choisis

Nous traiterons ci-après les états de fait, dans lesquels le locataire a un comportement contraire au contrat, mais le comportement contraire au contrat ne peut tomber sous le coup ni de l'art. 257f CO, ni de l'art. 257d CO, ni sous une autre règle de congé spéciale et pour lesquels il faut, selon l'approche développée ici, créer une règle prétorienne. Afin de ne pas rester dans l'abstrait, je reprends des cas qui ont été soumis au Tribunal fédéral. Le Tribunal fédéral a constamment appliqué directement l'art 257f CO, au lieu de, comme soutenu ici, agir *modo legislatoris*¹⁴.

1. Congé pour usage contraire au contrat de la chose louée (ATF 132 III 109)

L'ATF 132 III 109 traitait ce qui suit¹⁵ : En février 2003 V. loua à M., qui se disait conseiller dans le domaine de l'informatique, des locaux à Genève à l'usage de bureau. Le contrat était résiliable au plus tôt au 31 mai 2006. Après l'entrée en jouissance, il s'avéra, que M. et son épouse exploitaient dans l'objet du bail un salon de massages érotiques. Le bailleur somma le locataire et, comme la sommation n'avait pas porté ses fruits, lui donna son congé de manière anticipée au 31 mai 2003. Pour ce faire, il s'appuya sur l'art. 257f al. 3 CO. M. s'opposa sans succès au congé, en dernière instance devant le Tribunal fédéral. Ce dernier a bien fondé le congé sur l'art. 257f al. 3 CO, mais constata que lors d'un usage de la chose contraire au contrat – *in casu* l'exploitation d'un salon de massage au lieu d'un usage en tant que bureau – il ne fallait pas, contrairement aux termes de la loi,

13 Cf. KOELLER, OR AT, cit. note 2, § 58 ch. 8 ss.

14 Voir en outre l'arrêt du TF 4A_523/2007 du 18 février 2008 (= MRA 2008, p. 30 ss avec commentaire de BEAT ROHRER), qui n'est pas discuté ici. L'art. 257f CO (en corrélation avec l'art. 285 CO) a été appliqué à un cas dans lequel la locataire d'un bail à ferme avait violé son obligation de renseignement sur la marche de l'affaire, n'avait pas respecté les heures d'ouvertures prescrites et contrevenu à la clause l'obligeant à offrir au moins un menu à un prix avantageux.

15 Plus approfondi sur cette décision PETER HIGI, PJA 2006, p. 882 ss ; voir aussi MAAG, cit. note 4, p. 131 s. ; THOMAS KOLLER, Die mietrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2006, RSJB 2007, p. 831 ss, p. 838 ss ; PIERRE WESSNER, DB 2006, p. 20 ss n. 8.

examiner si la continuation du contrat était tolérable pour le bailleur¹⁶. Bien plus, celui-ci pouvait résilier sans autre si le locataire ne donnait pas suite à une sommation¹⁷.

A mon avis, il faut approuver l'arrêt dans son résultat, mais non dans sa motivation. Tout d'abord, il faut constater dans la foulée de ce qui a été dit précédemment que l'usage de la chose contraire au contrat ne tombe directement sous le coup de l'art. 257f CO que lorsqu'il peut être qualifié d'usage contraire à l'obligation de diligence. Ceci n'était pas le cas ici. L'art. 257f CO ne trouvait en l'occurrence pas application directe. En revanche, il n'y a aucune objection – si on admet une lacune de la loi – à l'encontre une application par analogie. Lorsque l'on applique cette disposition seulement par analogie, on peut aussi songer à renoncer à l'exigence du caractère intolérable qui y est prévu alors qu'une telle renonciation dans le cas d'une application directe équivaut à une correction inadmissible de la loi. A mon avis toutefois, l'exigence du caractère intolérable, même dans le cadre d'une application par analogie de l'art. 257f CO, reste importante. Si on ne l'admet pas, n'importe quelle violation du contrat, aussi minime soit-elle, peut conduire à la résiliation extraordinaire du contrat, ce qui va à l'encontre du sens et du but de l'art. 257f CO. Voici un exemple pour l'illustrer :

Dans un contrat de bail, il est prévu qu'il n'est pas permis de détenir d'animaux. Une exception vaut pour des petits oiseaux, mais il est seulement permis de détenir *///* tel animal. Le locataire se procure une perruche, puis plus tard encore une deuxième, car il entend dire que les perruches préfèrent vivre en couple que seules. Lorsque le bailleur apprend cette violation du contrat, il exige du locataire qu'il se sépare de l'une des perruches dans un délai donné, et résilie après l'écoulement du délai dont il n'a pas été fait usage, en respectant le délai de 30 jours de l'art 257f CO. Dans un tel cas, la résiliation n'est à mon avis pas conforme au droit, car il est tolérable pour le bailleur, d'exécuter le contrat jusqu'au terme de congé ordinaire, respectivement jusqu'au terme contractuel du bail¹⁸.

16 De même déjà selon un arrêt du TF du 21 février 1994, publié dans MRA 1995, p. 93 ss (voir MAAG, cit. note 4, p. 129). Dans l'arrêt du TF 4A_429/2010 du 6 octobre 2010, consid. 2.3, l'ATF 132 III 109 a été confirmé.

17 Il s'agit ici de l'affirmation centrale de l'arrêt qui se trouve dans le registre. Celui-ci dit : « Art. 257f al. 3 CO ; résiliation anticipée du bail de locaux commerciaux en raison d'une utilisation non conforme à la convention des parties. En cas de violation persistante des stipulations concernant l'affectation des locaux loués, le bailleur peut résilier le contrat conformément à l'art. 257f al. 3 CO même si l'activité du locataire n'engendre pas une situation insupportable selon cette disposition ».

18 Les tribunaux vaudois se sont prononcés dans ce sens (cf. la description de l'état de fait dans l'arrêt du TF 4C.226/2000 du 6 février 2001) : Une bailleuse avait prononcé une résiliation extraordinaire fondée sur l'art. 257f al. 3 CO parce que les locataires avaient détenu un yorkshire terrier malgré l'interdiction contractuelle de détenir des chiens. Les tribunaux vaudois déclarèrent la résiliation extraordinaire non valable car le chien n'était pas plus gros qu'un chat – non soumis à autorisation – et n'avait fait l'objet d'aucune réclamation. La continuation du contrat de bail n'était donc pas intolérable pour la bailleuse (voir aussi à propos de cette décision BEAT ROHRER, note à l'ATF 131 III 33, MRA 2004, p. 161 ss,

En conclusion, l'ATF 132 III 109 mérite d'être salué – comme déjà dit – et ceci simplement parce qu'il n'était pas tolérable pour le bailleur, de supporter dans les locaux loués un salon de massages. Le Tribunal fédéral n'a pourtant pas considéré le caractère insupportable comme établi parce qu'aucun préjudice concret (*konkrete Beeinträchtigung*) n'était démontré pour le bailleur ou les autres locataires (consid. 4). Par préjudice concret, il entendait visiblement des immissions matérielles comme par exemple des immissions sonores. Or, le préjudice causé à des intérêts purement immatériels peut aussi revêtir un caractère insupportable au sens de l'art. 257f CO. Sous cet aspect il était compréhensible que le bailleur considère comme intolérable de supporter un salon de massages, peut-être même pas par préoccupation morale personnelle, mais par préoccupation morale pour les autres locataires.

2. Résiliation pour sous-location non autorisée (ATF 134 III 300 et 134 III 446)

Le Tribunal fédéral s'est penché sur cette thématique à plusieurs reprises ces dernières années. Deux décisions ont été publiées dans le recueil officiel : ATF 134 III 300 et ATF 134 III 446¹⁹. Dans ces deux arrêts, le Tribunal fédéral a protégé la résiliation anticipée du bailleur pour sous-location non autorisée, et ceci en s'appuyant sur l'art. 257f al. 3 CO. Que, selon l'opinion soutenue ici, l'art. 257f CO ne puisse trouver dans des cas de sous-locations non autorisées aucune application directe ne nécessite pas de grands développements. Entre en considération au plus une application par analogie. Il serait plus juste dans tous les cas de prendre comme fondement par analogie à côté de l'art. 257f CO également l'art. 257d CO et de remplir la lacune de la loi existante par une règle s'appuyant sur l'esprit de ces dispositions. Cette question dogmatique ne sera pas approfondie ici, par contre on se penchera sur la question de savoir à quelles conditions une sous-location non

p. 168). La résiliation extraordinaire non valable fut toutefois transformée en une résiliation ordinaire valable (conversion, voir ci-après sous III./B./ch. 4/c). Devant le Tribunal fédéral, la validité de la résiliation n'était plus contestée, il n'était plus question que de prolongation. Les avis de la doctrine sont partagés (voir d'une part THOMAS KOLLER, cit. note 15, p. 843, et ROGER WEBER, Commentaire bâlois, n. 6 ad art. 257f CO, qui approuvent l'opinion soutenue dans le texte, d'autre part MAAG, cit. note 4, p. 134).

¹⁹ Voir aussi par ex. les arrêts du TF 4A_217/2007 du 4 septembre 2007, 4A_127/2008 du 2 juin 2008 (à ce propos PIERRE WESSNER, DB 2009, p. 29 n. 13) et 4A_265/2009 du 5 septembre 2009 = mp 2009, p. 233 ss (dont il sera encore question).

autorisée justifie une résiliation anticipée²⁰. Dans ce but, on peut rappeler le texte légal de l'art. 262 al. 1 et 2 CO qui pose les conditions de la sous-location :

¹ Le locataire peut sous-louer tout ou partie de la chose avec le consentement du bailleur.

² Le bailleur ne peut refuser son consentement que :

- a. si le locataire refuse de lui communiquer les conditions de la sous-location ;
- b. si les conditions de la sous-location, comparées à celles du contrat de bail principal, sont abusives ;
- c. si la sous-location présente pour le bailleur des inconvénients majeurs.

Le bailleur peut donner son congé anticipé au locataire qui a sous-loué, si « les conditions de la sous-location comparée à celles du contrat de bail principal sont abusives » (art. 262 al. 2 lit. b CO) ou si « la sous-location présente pour le bailleur des inconvénients majeurs » (art. 262 al. 2 lit. c CO) et le locataire n'est pas prêt d'y remédier sans retard. Le cas échéant, le bailleur peut résilier de manière anticipée, sans qu'il faille encore examiner en particulier si la continuation du rapport de bail était supportable ou non. En effet, si l'un des états de fait mentionnés est rempli, s'il résulte donc du fait de la sous-location des inconvénients majeurs pour le bailleur ou si les conditions de la sous-location sont abusives en comparaison de celles du contrat de base, le caractère intolérable est sans autre donné, dans le cas où le locataire n'est pas prêt à y remédier (ATF 134 III 300 consid. 3.1). A des conditions très particulières, la résiliation peut être abusive (art. 271a CO ; cf. note 23).

Le bailleur peut encore résilier d'une manière anticipée si la sous-location a eu lieu sans son consentement et si le locataire n'est pas prêt à sa demande à lui communiquer les conditions de la sous-location. Dans ce cas, on peut admettre que les conditions sont abusives, respectivement que la sous-location cause au bailleur des inconvénients majeurs. Est réservé le cas dans lequel le bailleur a appris d'une manière ou d'une autre les conditions de la sous-location. Dans cette dernière hypothèse, la résiliation n'est admissible que si un des états de fait de résiliations précités est rempli, donc par exemple si les conditions de la sous-location sont abusives par rapport à celles du contrat principal.

A mon avis, les conditions d'un congé extraordinaire étaient sans aucun doute remplies dans l'ATF 134 III 300 car le loyer de la sous-location représentait plusieurs multiples du loyer. En revanche, de mon point de vue, il est plus discutable de savoir si dans l'ATF 134 III 446 l'admission de la résiliation extraordinaire a été confirmée à raison.

20 Un résumé concis des ATF 134 III 300 et 134 III 446 se trouve chez BRUNO HEIDIGER, *Entwicklungen im Mietrecht*, RSJ 2009, p. 315 ss, p. 316 s. ; voir à propos de ces deux arrêts THOMAS KOLLER/MARC ANDRÉ MAUERHOFER, *Die mietrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2008*, RSJB 2010, p. 57 ss, p. 64 ss ; à propos du 1er arrêt voir en outre MICHAEL BUDLIGER, MRA 2008, p. 171 ss ; ALFRED KOLLER, PJA 2009, p. 371 s. ; PIERRE WESSNER, DB 2008, p. 22 ss, n. 8 ; à propos du second arrêt voir aussi MARTIN SOHM, MRA 2008, p. 125 ss ; PIERRE WESSNER, DB 2009, p. 28 n. 12.

Dans cette décision, il s'agissait de ceci : Mme A. loua dès le 1er avril 1998 un trois-pièces à Genève. Le contrat prévoyait un délai de résiliation de trois mois, l'unique terme était fin mars de chaque année. A. habita l'appartement avec son fils majeur. Après un an, elle déménagea. Son fils resta comme sous-locataire dans l'appartement, d'abord seul, plus tard – après son mariage – ensemble avec son épouse. Lorsque fin 2004, la séparation des époux intervint, A. laissa l'appartement à celle qui était encore sa belle-fille. Par courrier du 7 octobre 2005, le bailleur demanda à A. d'occuper à nouveau elle-même le logement sous-loué, à défaut de quoi le bail serait résilié pour justes motifs. Comme A. ne donnait pas suite à cette demande, le bailleur résilia le contrat de bail le 23 mars 2006 de façon anticipée au 31 mai 2006. A. contesta la résiliation. Elle n'eut aucun succès devant la commission de conciliation. Par contre, le tribunal des baux genevois déclara la résiliation sans effet. Sur recours du bailleur, le Tribunal fédéral rétablit la décision de première instance au motif que la locataire qui ne voulait plus retourner dans l'objet loué abusait de son droit de sous-location.

Il me semble douteux que Mme A. ait vraiment agi de manière abusive en sous-louant l'appartement sans avoir l'intention d'y revenir²¹. Même si on admet l'abus de droit, cela ne justifie pas à mon sens une résiliation extraordinaire du bailleur. En effet, il était tolérable pour lui de prononcer une résiliation ordinaire du contrat de bail (pour fin mars 2007). On ne voit pas pourquoi il n'aurait pas été supportable de laisser A. respectivement la encore belle-fille dans l'appartement jusqu'au 1^{er} avril 2007, en tout état de cause le Tribunal fédéral ne le démontre pas. L'opinion défendue ici est confirmée par un arrêt très récent du Tribunal fédéral (arrêt 4A_265/2009 du 5 août 2009 = mp 2009, p. 233 ss). Dans cette décision, il s'agissait d'un locataire qui avait laissé son appartement à ses parents et qui avait emménagé dans un appartement en propriété par étage. Il n'avait aucunement l'intention de modifier cet état de choses. Malgré tout, le Tribunal fédéral n'a pas accepté le congé extraordinaire – à raison.

3. Résiliation pour violation de l'obligation de tolérer les réparations et inspections de la chose au sens de l'art 257f CO (arrêt du TF 4C.306/2003)

Dans l'arrêt du TF 4C.306/2003 = MRA 2004, p. 177 ss, il était question de ce qui suit : par contrat du 13 octobre 1983, A. louait à X. SA un commerce : celle-ci posa sur la partie du bâtiment qu'elle louait un store en toile. En 2001, le bailleur planifia une rénovation de la façade qui rendait le démontage du store inévitable. Il s'adressa donc à la locataire et demanda qu'elle enlève le store. La X. SA refusa pourtant de donner suite à cette requête. Le 14 mai 2001, le bailleur pria la locataire à nouveau de démonter le store. Il la rendit alors expressément attentive à l'art. 257h CO qui prévoit l'obligation de tolérer l'exécution de réparation par le bailleur et de procéder aux mesures préparatoires. Comme cette demande restait sans effet, le bailleur résilia le 30 mai 2001

21 Critique sur l'acceptation d'un abus de droit aussi KOLLER/MAUERHOFER, cit. note 20, p. 70.

pour le 31 juillet 2001 en se référant à l'art. 257f CO. Le Tribunal fédéral a confirmé la résiliation en application de cette disposition²².

A mon sens, l'art. 257f CO n'était pas applicable, en tous les cas pas directement. En effet, celui qui viole l'art. 257h CO ni n'use de la chose sans la diligence nécessaire, ni ne manque vis-à-vis des autres habitants de la maison ou des voisins aux égards qui leur sont dus. De surcroît, il résulte de la systématique de la loi que l'état de fait de l'art. 257h CO ne tombe pas sous le coup de l'art. 257f CO. En effet, les deux dispositions figurent sous le titre « obligations du locataire » et constituent une réglementation indépendante au même niveau en quelque sorte (cf. les indications marginales, III, respectivement V.). A mon sens, il y a une lacune de la loi en cas de violation de l'art. 257h CO. Le juge n'a pas à la remplir par une application dans le cas particulier par analogie de l'art. 257f CO, mais doit créer une règle indépendante en accord tant avec l'art. 257f CO qu'avec l'art. 257d CO. Les deux dispositions doivent être invoquées : l'art. 257f CO parce qu'empêcher des travaux de rénovation peut conduire à un préjudice de l'objet loué, l'art. 257d CO parce que le locataire, qui n'autorise pas de tels travaux, fait quelque chose qu'il ne doit pas faire, il est en demeure, même s'il ne s'agit pas d'une demeure en paiement.

III. La situation juridique dans le cas d'un congé extraordinaire

En ce qui concerne la situation juridique en cas de congé extraordinaire, il est décisif de distinguer si le congé est justifié ou non. Il est justifié, s'il répond à trois conditions : *Premièrement*, toutes les conditions spécifiques d'un congé doivent être réunies (par exemple celles de l'art. 257f CO). *Deuxièmement*, le congé doit répondre aux conditions formelles de l'art. 266l et 266n CO, c'est à dire le bailleur doit user de la formule prescrite à l'art. 266l al. 2 CO, et il doit, si l'appartement en question est le logement familial du locataire, l'avoir adressée à ce dernier ainsi qu'à son conjoint (respectivement le/la partenaire enregistrée) séparément. *Finalement*, le congé ne doit pas être abusif²³.

22 Voir à propos de cette décision ANDREAS MAAG, MRA 2004, p. 181 ss.

23 Un congé qui répond aux conditions de l'art. 257f CO ne peut guère être abusif. En effet, l'art. 257f CO fait dépendre l'admissibilité du congé du fait que, dans des circonstances concrètes, il ne soit pas supportable pour le bailleur d'exécuter le contrat jusqu'au délai de congé ordinaire. Si une continuation du contrat lui est insupportable, le bailleur agit de manière légitime et non abusive en usant de son droit de résiliation (cf. LUKAS POLIVKA, note à une décision du tribunal de deuxième instance du canton de Zoug du 18. août 2000, MRA 2001, p. 1 ss, p. 7). Il en va autrement dans le champ d'application de l'art. 257d CO, car cette disposition ne connaît pas la condition du caractère intolérable. Ce qui laisse plus d'espace pour un congé abusif (arrêt du TF 4C.65/2003 du 23 septembre 2003 c. 4 = MRA 2004, p. 60 ss avec commentaire de HANS BÄTTIG ; arrêt du TF 4C.173/2005 du 24 octobre 2005 = mp 2006, p. 182 ss ; PIERRE WESSNER, DB 2007, p. 17 s. n. 7).

A. Situation juridique dans le cas d'un congé justifié

1. De différents points de vue, les conséquences juridiques d'un congé extraordinaire correspondent à celles d'un **congé ordinaire**. En particulier le contrat est caduc *ex nunc*²⁴. De ce fait, le locataire n'a plus de droit à l'usage et doit rendre la chose (art. 267 CO). Pour d'éventuels rénovations et changements que le locataire aurait entrepris, l'art. 260a CO trouve application. Si le locataire reste dans l'appartement loué après la fin du bail, il se crée entre lui et le bailleur ce qu'on nomme un rapport contractuel de fait, du moins selon la jurisprudence fédérale²⁵. Le bailleur a donc encore une prétention contractuelle pour le loyer.

2. Les conséquences juridiques du congé extraordinaire diffèrent en partie de celles d'un congé ordinaire. Il faut indiquer deux points :

a) Comme déjà mentionné dans un autre contexte, le bailleur a **droit à la réparation de l'intérêt positif** au contrat lorsqu'il résilie le contrat de bail pour comportement (fautif) contraire au contrat du locataire – de manière justifiée – avant le terme. Ceci vaut aussi bien pour le champ d'application des art. 257d et 257f CO que pour les cas où le congé est intervenu sur la base d'une règle de congé de droit prétorien (non écrite). Ceci est largement reconnu dans la doctrine et dans la jurisprudence. Comme cette prétention n'est prévue explicitement ni dans l'art. 257d CO, ni dans l'art. 257f CO, il faut en examiner le fondement de plus près. A mon avis, on le trouve dans les art. 97 al. 1 et 107 al. 2 CO. De ces deux dispositions, se déduit en effet – par une analogie globale – le principe commun selon lequel une partie au contrat, qui cause par son comportement fautif contraire au contrat sa résolution, est responsable de la réparation de l'intérêt positif²⁶.

Si les conditions de responsabilité sont remplies, le bailleur a droit à réparation de l'intérêt positif total à l'exécution du contrat. Est réservée une réduction de responsabilité fondée sur les art. 43 al. 1 ou 44 CO.

Exemple (ATF 127 III 548 = mp 2001, p. 194 ss = MRA 2001, p. 159 ss) : V. louait au locataire M. un appartement de 4 pièces à Neuchâtel pour un loyer mensuel de fr. 1400.–. Le début du bail fut fixé au 1^{er} avril

fédéral a confirmé la résiliation en application

able, en tous les cas pas directement. chose sans la diligence nécessaire, ni on ou des voisins aux égards qui leur e la loi que l'état de fait de l'art. 257h n effet, les deux dispositions figurent t une réglementation indépendante au marginales, III, respectivement V.). A on de l'art. 257h CO. Le juge n'a pas à r par analogie de l'art. 257f CO, mais ec l'art. 257f CO qu'avec l'art. 257d l'art. 257f CO parce qu'empêcher des e de l'objet loué, l'art. 257d CO parce t quelque chose qu'il ne doit pas faire, ure en paiement.

d'un congé extraordinaire

as de congé extraordinaire, il est déci- justifié, s'il répond à trois conditions : ngé doivent être réunies (par exemple répondre aux conditions formelles de er de la formule prescrite à l'art. 266l e logement familial du locataire, l'avoir tivement le/la partenaire enregistrée) if²³.

04, p. 181 ss.

peut guère être abusif. En effet, l'art. 257f CO s des circonstances concrètes, il ne soit pas délai de congé ordinaire. Si une continuation du gitime et non abusive en usant de son droit de bunal de deuxième instance du canton de Zoug ment dans le champ d'application de l'art. 257d caractère intolérable. Ce qui laisse plus d'espace ptembre 2003 c. 4 = MRA 2004, p. 60 ss avec 05 du 24 octobre 2005 = mp 2006, p. 182 ss ;

24 Une dissolution du contrat *ex tunc* est après l'entrée en jouissance, – comme dit précédemment (ci-dessus note 2) – en principe exclue.

25 Voir ATF 63 II 368 consid. 2 ; 119 II 437 consid. 3b bb ; voir également KOLLER, OR AT, cit. note 2, § 6 ch. 39 ; SVT-Kommentar, cit. note 3, n. 45 ad art. 257d CO ; BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, Grundfragen des Zusammenwirkens von Miete und Sachenrecht, Zurich 2008, ch. 306 ss ; WESSNER, L'obligation, cit. note 1, ch. 102.

26 Le principe en question est concrétisé de différente manière dans la loi, p.ex. à l'art. 337b al. 1 CO (cf. VETTER/GUTZWILLER, cit. note 3, p. 707 s. [2./a.] et ci-dessus II./A./ch. 3) – Dans la jurisprudence, on s'appuie en partie à l'art. 107 al. 2 CO (p.ex. ATF 127 III 548), en partie à l'art. 97 al. 1 CO (trib. cant. VD, mp 2001, 198 ss).

1996. Le contrat était susceptible d'être résilié pour la première fois pour le 1^{er} avril 1997. A cause d'un retard dans le paiement du loyer, le bailleur résilia le contrat de manière anticipée pour le 31 juillet 1996. Dès le 1^{er} avril 1997, il reloua l'appartement. Dans cette situation le dommage de V. consistait dans la perte de loyer pour la période allant du 31 juillet 1996 jusqu'au 31 mars 1997 (8 x fr. 1400.- = fr. 11'200.-). S'y ajoutaient les frais de d'annonces que celui-ci n'aurait pas eu en cas de fin de bail ordinaire. Le Tribunal fédéral n'a pas pu juger si le bailleur avait droit au remplacement de tout son dommage parce qu'il manquait les constatations de fait nécessaires. Il a donc renvoyé la cause à l'instance précédente pour nouveau jugement, en particulier en ce qui concerne la question de savoir si le bailleur aurait pu relouer plus tôt.

b) Une **prolongation du bail** est **exclue**. L'art. 272a al. 1 lit. a et b CO le prévoit explicitement dans le cas où le congé intervient fondé sur l'art. 257d CO (demeure en paiement du locataire) ou sur l'art. 257f CO (manque de diligence dans l'usage de la chose ou manque d'égards envers les personnes habitant la maison et les voisins). Cette règle repose sur l'idée que la continuation du bail n'est pas supportable pour le bailleur lorsque le locataire le contraint à la résiliation anticipée du contrat par un comportement contraire au contrat. Cette idée prévaut également dans des états de fait de résiliations qui n'ont pas été réglés explicitement (cf. arrêt du TF 4C.395/2006 du 23 janvier 2007 = MRA 2007, p. 17 ss).

Dans cet arrêt, le congé anticipé était motivé « par le comportement intolérable de la locataire en matière de loyer et par sa violation répétée d'autres obligations découlant du bail »²⁷. Le congé fut prononcé en se fondant sur l'art. 266g CO. La commission de conciliation de Burgdorf, à laquelle le locataire s'était adressé, déclara le congé – en application de l'art. 266g OR – valable et prononça une prolongation de bail unique jusqu'au 20 septembre 2006. La prolongation fut prononcée eu égard au fait que l'art. 272a CO, qui traite de l'exclusion de la prolongation, ne mentionne pas l'art. 266g CO²⁸. A mon avis, la prolongation n'avait pas de raison d'être. Certes, un congé selon l'art. 266g CO ne tombe pas dans le champ d'application de l'art. 272a CO ; toutefois, le congé n'aurait pas dû se fonder sur cette disposition, mais sur une règle de congé non écrite (voir ci-dessus II./A./ch. 3).

B. La situation juridique en cas de résiliation injustifiée

1. Une résiliation est soit **dépourvue de validité** (*ungültig*) soit **annulable**²⁹ : Elle est *dépourvue de validité* si les conditions de la réglementation de la résiliation invoquée ne

27 ARIANE MORIN, note à l'arrêt du TF 4C.395/2006, DB 2008, p. 26 ss n. 10, p. 26.

28 Cf. ANDREAS MAAG, note à l'arrêt du TF 4C.395/2006, MRA 2007, p. 17 ss, p. 22 (rem. 6).

29 Cf. MARCO GIAVARINI, note à l'arrêt du TF 4C.247/2004, MRA 2005, p. 135 ss, p. 138 s. ; PHILIPPE CONOD, La protection du locataire en matière de congés, in : 15^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2008, p. 169 ss, p. 181 ss.

sont pas remplies (par ex. art. 257d CO)³⁰ ou si le bailleur ne se conforme pas aux prescriptions des art. 266l ou 266n CO, il aurait donc résilié notamment sans utiliser le formulaire officiel (art. 266o CO). Qu'une résiliation est dépourvue de validité doit être constaté d'office et donc sans limitation de temps³¹. Pour cette raison, le locataire peut s'appuyer sur l'absence de validité même dans une procédure d'expulsion. Une résiliation est simplement *annulable* (art. 271a al. 1 CO), lorsque les conditions de la résiliation sont remplies et que le bailleur a respecté les exigences des art. 266l et 266n, mais que celle-ci apparaît toutefois au regard des circonstances de l'espèce abusive³². Une résiliation annulable est valable, elle peut cependant être invalidée suite à une contestation. De même, l'abus de droit n'est pas pris en compte d'office, mais seulement suite à une contestation – dans les délais (art. 273 al. 1 CO)³³.

2. Le Tribunal fédéral distingue **deux formes d'absence de validité** : la nullité ou l'inefficacité. Un congé est inefficace, s'il ne satisfait pas aux conditions légales de résiliation, il est nul en cas de non-respect des exigences formelles des art. 266l ou 266n CO. Les deux formes d'invalidité – comme déjà dit – sont prises en compte d'office et peuvent être invoquées sans limite de temps. Pour le surplus, les résiliations nulles et inefficaces ne doivent pas être traitées a priori de la même manière. Ainsi par exemple, dans le cas d'une résiliation nulle, une conversion en une résiliation valable est simplement exclue ; en revanche, s'agissant d'une résiliation inefficace, une conversion ne semble pas d'emblée exclue (voir ci-après ch. 4).

3. Ensuite, il faut se demander si une **résiliation injustifiée fait débiter un délai de protection contre les résiliations au sens de l'art. 271a lit. d ou/et lit. e CO** dans les cas où le locataire se défend contre la résiliation en engageant une procédure de conciliation.

La question peut être résolue sans autre par l'affirmative si le congé (extraordinaire) est abusif et pour ce motif *annulable*. Si donc le bailleur prononce une résiliation d'une

30 Auparavant, le Tribunal fédéral n'admettait que la simple annulabilité (ATF 119 II 147 ; changement de jurisprudence dans ATF 121 III 156 consid. 1c aa ; cf. GUHL/KOLLER, cit. note 2, § 44 ch. 147 et 177 ; PIERRE WESSNER, DB 2007, p. 16 s., n° 6, rem. 5).

31 En revanche, le locataire qui reçoit une telle résiliation peut l'opposer au bailleur. Le contrat est réputé dissous sans que celui qui résilie – après avoir changé d'avis – puisse objecter qu'il se poursuit (cf. GUHL/KOLLER, cit. note 2, § 44 ch. 194).

32 Arrêt du TF 4C.426/2004 = MRA 2007, p. 111 ss, avec rem. MARCO GIAVARINI ; arrêt du TF 4C.247/2004 = MRA 2005, p. 135 ss avec rem. MARCO GIAVARINI ; trib. cant. GE, décision du 14 novembre 2005, mp 2007, p. 39 ss.

33 Une résiliation inefficace n'exige aucune contestation, plus exactement : elle ne peut pas être contestée, on ne peut que constater son inefficacité. Pratiquement, cela se passe bien sûr souvent dans une procédure de contestation (cf. par exemple ATF 122 III 92 consid. 2d). Voir sur l'ensemble de la problématique GUHL/KOLLER, cit. note 2, § 44 ch. 177.

manière déloyale et que le locataire la conteste ensuite, le bailleur est empêché de prononcer une résiliation ordinaire. Et l'exclusion de la résiliation existe non seulement pendant la procédure de contestation (art. 271a lit. d CO), mais encore pendant les trois ans qui suivent son achèvement (art. 271a lit. e CO).

C'est différent dans le cas de la résiliation nulle. « Celui qui, ne connaissant pas l'état civil d'un locataire, ne notifie pas une résiliation séparée à son conjoint, peut renouveler sa résiliation dans les formes prescrites en tout temps. »³⁴ De même si un bailleur résilie le locataire selon l'art. 257d CO, mais sans utiliser le formulaire prévu officiellement, il n'est pas privé du droit de résilier par la voie ordinaire³⁵.

A mon sens, ceci est également valable dans les cas de résiliations inefficaces, donc lorsque la résiliation ne déploie aucun effet, parce que les conditions du congé ne sont pas remplies. Cependant, le Tribunal fédéral en a décidé autrement dans l'ATF 131 III 33. Bien que cet arrêt ne se rapporte qu'à une résiliation extraordinaire selon l'art. 266g CO, il est à craindre que notre Haute Cour n'en décide pas autrement dans d'autres cas de résiliations extraordinaires, en particulier dans celles des art. 257d ou 257f CO. Le bailleur qui prononce une résiliation extraordinaire est donc bien inspiré de résilier encore en la forme ordinaire pour le cas où le congé extraordinaire serait inefficace. Une telle résiliation ordinaire ne tombe *à l'évidence* pas dans le domaine d'application de l'art. 271a lit. d et e CO³⁶. Dans le cas particulier, la résiliation peut naturellement violer le principe de la bonne foi et

34 ROHRER, cit. note 18, p. 165 in fine (traduction par Johanna Trümpy).

35 Telle est l'opinion largement dominante, tant dans la doctrine (cf. par ex. CALAMO, cit. note 3, p. 250 ; CONOD, cit. note 29, p. 200 ; HIGI, Commentaire zurichois, n. 16 ad art. 266o CO ; LACHAT/SPIRIG, cit. note 4, p. 555 ; d'autres réf. chez ROHRER, cit. note 18, p. 165 s.) que dans la jurisprudence (p.ex. arrêt du TF 4A_432/2008 du 17 février 2009 consid. 2.2 [= mp 2010, p. 52 ss] ; arrêt du TF 4C.432/2006 du 8 mai 2007 consid. 4.4 [= MRA 2007, p. 85 ss avec rem. RAOUL FUTTERLIEB = DB 2008, p. 45 s. n. 20, avec rem. MARINO MONTINI]). Voir sur cette thématique dans son ensemble : THOMAS KOLLER/MARC ANDRÉ MAUERHOFER, Die mietrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2007, RSJB 2009, p. 835 ss, qui pourtant ne traitent pas de l'arrêt topique 4A_432/2008 du 17 février 2009, paru ultérieurement.

36 Contre une telle résiliation il ne peut pas non plus être objecté, à mon avis, qu'elle ait été faite sous condition et soit pour cette raison dépourvue de validité (voir cependant MARIE-NOËLLE VENTURI-ZERN-RUFFINEN, La résiliation pour justes motifs des contrats de durée, thèse Fribourg 2007, ch. 1478). Une résiliation doit bien avoir lieu sans condition. Il faut pourtant faire une exception là où l'ajout d'une condition ne crée pas de situation juridique incertaine pour la partie adverse (cf. KOLLER, OR AT, cit. note 2, § 3, ch. 66). Une telle situation exceptionnelle est réalisée dans le présent contexte parce que le locataire, auquel il est (aussi) résilié en la forme ordinaire, sait à quoi s'en tenir. Pour le surplus, il ne s'agit pas d'une condition au sens technique du terme parce que la résiliation n'est pas effectuée en dépendance d'un événement futur incertain, seul est incertain le fait de savoir si le contrat se terminera par une résiliation ordinaire ou extraordinaire (voir aussi GUILLAUME VIONNET, L'exercice des droits formateurs, thèse Lausanne 2008, p. 190, note 1970).

être contestable pour ce motif³⁷. Inversement, le locataire peut tomber dans l'abus de droit s'il remet en question la résiliation ordinaire³⁸.

Dans l'ATF 131 III 33 mentionné, il s'agissait de ceci : M. avait loué une maison à V. Le 28 août 2002, V. résilia le contrat de bail pour la fin novembre 2002 en invoquant de justes motifs fondés sur l'art. 266g CO. Le locataire, qui considérait que les conditions de l'art. 266g CO n'étaient pas réunies, s'adressa à l'autorité de conciliation pour faire constater l'absence de validité de la résiliation. Là-dessus, V. résilia le 5 novembre 2002 par la voie ordinaire pour le 31 mars 2003. Le locataire tint aussi cette résiliation comme dépourvue de validité et s'adressa à nouveau à l'autorité de conciliation. Celle-ci constata l'absence de validité des deux résiliations. Contre cette décision de l'autorité de conciliation, le bailleur saisit le tribunal des baux de Meilen. Il reconnaissait l'absence de validité de la résiliation extraordinaire ; en revanche, il demandait la constatation de la validité de la résiliation ordinaire. Le tribunal admit sa conclusion. Pourtant, il partit de l'idée que l'absence de validité du congé extraordinaire avait déclenché le délai de protection contre les résiliations, c'est pourquoi il n'était pas possible en soi de prononcer une résiliation ordinaire. Toutefois, il considéra la référence du locataire à l'invalidation du congé ordinaire comme abusive. Le Tribunal fédéral n'a pas partagé ce point de vue et a invalidé la résiliation ordinaire.

4. Guérison d'un congé entaché d'un vice? Cette question ne sera pas traitée d'une manière générale ci-après, mais on se concentrera bien davantage sur trois lacunes (du congé) :

a) Si les conditions d'une résiliation extraordinaire sont remplies, mais si celui qui résilie s'appuie sur une disposition inexacte (inadaptée), la résiliation produit ses effets³⁹. En conséquence, cela ne porte pas préjudice au bailleur dans l'ATF 123 III 124 d'avoir prononcé le congé en s'appuyant à tort sur l'art. 257f CO ; Il était décisif que la résiliation puisse être maintenue en application de l'art. 107 al. 2 CO en relation avec les art. 257d CO et 257f CO (voir ci-dessus II./A./ch.4).

D'après ce qui vient d'être dit, le locataire qui veut faire constater l'inefficacité d'une résiliation extraordinaire ne doit pas seulement clarifier si les conditions de la disposition sur laquelle s'appuie le bailleur sont remplies, mais doit encore rechercher si les conditions d'une autre forme de congé sont remplies.

b) Si celui qui prononce la résiliation n'a pas respecté le délai de résiliation, mais si par ailleurs les conditions d'un congé extraordinaire sont remplies, l'art. 266a al. 2 CO trouve application. Ce qui signifie que la résiliation est valable pour le prochain terme

37 Cf. arrêt du TF 4A_536/2009 du 2 février 2010.

38 Voir ci-après ainsi que ROHRER, cit. note 18, p. 166, qui considère comme choquant (*stossend*) qu'un locataire qui par son comportement en violation du contrat a provoqué une résiliation extraordinaire et une résiliation ordinaire de son bailleur, ne veuille pas se laisser opposer la résiliation ordinaire.

39 Sur le principe ATF 123 III 124 consid. 3d, p. 129 ; en plus 135 III 441 consid. 3.1, p. 442.

(extraordinaire) pour autant qu'on puisse en déduire que cela correspond à la volonté de celui qui résilie⁴⁰.

c) En revanche, si la résiliation est pour une quelconque autre raison inefficace, s'il ne s'agit donc plus simplement du fait que celui qui résilie n'a pas respecté le délai de congé, une guérison est exclue. En particulier, une résiliation extraordinaire viciée ne peut pas être comprise comme une résiliation ordinaire au prochain terme. Ceci est en tout cas la position du tribunal fédéral (ATF 135 III 441 = Pra 2010 n° 30 = mp 2009, p. 247 ss⁴¹). A l'opposé, une bonne partie de la doctrine soutient l'opinion selon laquelle la résiliation peut – s'agissant d'un contrat soumis à résiliation – être transformée en une résiliation ordinaire si cela correspond visiblement à la volonté du bailleur⁴².

Dans l'ATF 135 III 441 il s'agissait du cas suivant : A. et B. conclurent en 1999 un contrat de bail pour un dépôt. Le contrat était résiliable une fois par an pour la fin avril, la première fois à la fin avril 2002. Le 3 juillet 2006, X. acquit en propriété l'immeuble abritant le dépôt loué. Peu après, il résilia le bail pour besoin propre urgent au 31 janvier 2007. Le locataire n'accepta pas la résiliation. Le bailleur la maintint pourtant et fit valoir subsidiairement dans la procédure de conciliation la transformation, le cas échéant, de la résiliation extraordinaire prononcée avec effet au 31 janvier 2007 en une résiliation ordinaire à fin avril 2007. Le Tribunal fédéral a refusé cette transformation.

La jurisprudence du tribunal fédéral touche d'autant plus durement le bailleur que – comme examiné – une résiliation extraordinaire inefficace tombe sous le coup des art. 271a lit. d et e CO et est donc qualifiée d'état de fait déclenchant le délai de protection. Il est d'autant plus important pour le bailleur de prononcer une double résiliation, extraordinaire et ordinaire, s'il veut s'assurer de la fin du contrat. Ceci au moins devrait être admis.

On est donc ici très proche de l'opinion prônée par WESSNER (note 42) : S'il est possible de lier une résiliation ordinaire avec une résiliation extraordinaire dépourvue de validité, il devrait aussi être possible de transformer une résiliation extraordinaire en une résiliation ordinaire, si ceci correspond visiblement à la volonté du bailleur^{43 44}.

40 Ainsi selon le trib. cant. AR, décision du 26 juillet 2002, ARGVP 2002, p. 77 ss ; voir également WEBER, Commentaire bâlois, n. 5 in fine ad Art. 266a CO.

41 La décision a entre-temps été confirmée plusieurs fois (arrêts du TF 4A_536/2009 du 2 février 2010 consid. 2.1 ; 4A_38/2010 du 1^{er} avril 2010 consid. 5.2). Comme le Tribunal fédéral, le trib. cant. AR, décision du 26 juillet 2002, ARGVP 2002, p. 77 ss ; autre opinion trib. cant. VD, décision du 30 janvier 2002, MRA 2002, p. 198 ss (avec rem. ANDREAS MAAG).

42 Ainsi par ex. WESSNER, résiliation, cit. note 1, ch. 70 ; du même auteur DB 2009, p. 31 s. n. 15, rem. 6. A propos de l'état de la doctrine voir ATF 135 III 441 consid. 3.2 et VENTURI-ZEN-RUFFINEN, cit. note 36, ch. 1464 ss.

43 Dans ce sens aussi trib. cant. VD, décision du 30 janvier 2002, MRA 2002, p. 198 ss, p. 202.

44 Les développements ci-dessus ne se rapportent qu'aux locaux d'habitation et commerciaux, ce qui a été dit est pourtant également valable – avec quelques adaptations – pour le bail de choses mobilières, par exemple un bateau à rames.