

# L'abus de droit dans le contrat de bail à loyer

par

Pascal Pichonnaz

Professeur à l'Université de Fribourg\*

|  |     |
|--|-----|
| I. Introduction.....   | 145 |
| II. Le rappel de la notion d'abus de droit (CC 2 II).....                  | 146 |
| A. Une finalité recherchée en contradiction avec la règle.....             | 146 |
| 1. L'absence d'un intérêt (légitime) suffisant à l'exercice du droit... .. | 147 |
| 2. La disproportion grossière des intérêts en présence .....               | 148 |
| 3. L'absence de ménagement dans l'exercice du droit .....                  | 148 |
| 4. Un comportement contradictoire du titulaire du droit .....              | 149 |
| B. Un résultat profondément insatisfaisant .....                           | 150 |
| C. La conséquence juridique .....  | 151 |
| III. L'abus de droit et les relations tripartites .....                    | 151 |
| A. L'abus de droit dans la sous-location .....                             | 152 |
| B. Le transfert du bail .....  | 156 |
| C. Le locataire de remplacement.....                                       | 157 |
| IV. L'abus de droit à invoquer la nullité d'une convention.....            | 160 |
| A. La nullité d'une contravention au délai légal de résiliation .....      | 160 |
| B. La nullité d'une convention couplée .....                               | 161 |

---

\* Nous tenons à remercier Mme Violaine Badoux, assistante à la Faculté, pour l'aide qu'elle nous a apportée dans la préparation de cette contribution et M. Arnaud Nussbaumer, également assistant à la Faculté, pour son aide à la mise au point finale du texte.

|  |     |
|--|-----|
| V. Deux concrétisations typiques de l'abus de droit en matière de bail.... | 162 |
| A. Le loyer abusif.....  | 162 |
| B. L'exercice du droit de résiliation.....                                 | 164 |
| 1. La résiliation pour défaut de paiement .....                            | 164 |
| 2. Le congé contrevenant aux règles de la bonne foi.....                   | 167 |
| 3. L'abus de droit dans la forme de la résiliation.....                    | 169 |
| 4. Un <i>venire contra factum proprium</i> en matière de résiliation.....  | 170 |
| 5. Le délai pour résilier.....   | 170 |
| VI. En guise de conclusion.....  | 171 |
| Bibliographie.....   | 173 |

## I. Introduction

1. On pourrait penser que les organisateurs de ce congrès m'ont demandé de traiter d'un thème qui n'en est pas un. En effet, l'abus manifeste d'un droit est un principe ancré à l'art. 2 al. 2 du Code civil (ci-après : CC). Or, comme tout principe général posé dans le Code civil, celui-ci s'applique également aux autres domaines du droit privé, en particulier au droit des obligations (CC 7)<sup>1</sup>. Faut-il dès lors en conclure qu'une présentation portant sur l'abus de droit en droit du bail n'est rien d'autre qu'une présentation des principes liés à l'usage abusif d'un droit en général ?
2. En fait, le thème pose la question intéressante de la relation entre la règle générale de l'art. 2 al. 2 CC et ses concrétisations légales dans le domaine du droit du bail. En effet, le législateur a retenu toute une série de dispositions qui sont – expressément ou implicitement – des concrétisations du principe de l'interdiction de l'abus manifeste d'un droit. Partant, la question principale est celle de savoir si les règles spéciales l'emportent sur le recours au principe général, en d'autres termes, si le juge qui rejette l'application d'une disposition du droit du bail reprenant l'idée de l'abus manifeste d'un droit exclut par ce seul fait le recours à la notion générale de l'art. 2 al. 2 CC.
3. Ainsi, le but de notre contribution est de passer en revue les divers domaines du droit du bail qui reprennent l'idée de l'abus manifeste d'un droit. Nous examinerons dans chaque cas s'il s'agit de dispositions qui ne sont qu'une concrétisation du principe général, entraînant ainsi *la concentration* de la procédure sur celle-ci et excluant le recours subsidiaire à l'art. 2 al. 2 CC, ou s'il s'agit de dispositions proposant une notion autonome de l'abus de droit, entraînant par là même une *double voie* dans la procédure, permettant au plaideur d'invoquer tant la règle du droit du bail que le principe général de l'art. 2 al. 2 CC.
4. Après un rappel de la notion générale de l'abus manifeste d'un droit au sens de l'art. 2 al. 2 CC (II.), nous aborderons quelques thèmes choisis, en traitant en particulier de l'abus de droit et des relations tripartites (III.), de l'abus de droit à invoquer la nullité d'une convention (IV.) et des deux concrétisations typiques de l'abus de droit en matière de bail que sont les situations liées aux loyers abusifs et celles relevant de la

---

<sup>1</sup> WALTER, p. 237 s. ; PICHONNAZ (Le Centenaire), p.129 s.

résiliation abusive (V.). Nous pourrions alors émettre quelques réflexions conclusives (VI.).

## II. Le rappel de la notion d'abus de droit (CC 2 II)

5. Aux termes de l'art. 2 al. 2 CC, « *[l']abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi* ». En effet, comme l'exercice d'un droit (subjectif) est en principe un privilège reconnu à une personne par le droit objectif, lui permettant d'obtenir un avantage de la part d'un cocontractant ou d'un tiers, son exercice ne saurait être considéré comme déloyal<sup>2</sup>. En principe, c'est plutôt la personne qui empêche l'exercice de ce droit qui se comporte de manière déloyale et qui est sanctionnée par l'ordre juridique. Le Tribunal fédéral l'a rappelé d'ailleurs en matière de prescription des créances dans un arrêt récent<sup>3</sup> : « De jurisprudence constante en effet, sauf circonstances particulières non réalisées en l'espèce, le justiciable ne commet pas un abus de droit s'il attend – dans les limites du délai de prescription – avant de faire valoir ses prétentions, sinon quoi l'institution de la prescription serait vidée d'une grande partie de sa substance (ATF 131 III 439, cons. 5.1, p. 443 et la référence) ».
6. Il y a toutefois des hypothèses dans lesquelles l'exercice d'un droit subjectif devient abusif et ne doit plus être protégé par l'ordre juridique. Le législateur n'indique pas quelles sont les circonstances qui ne permettent plus l'exercice du droit subjectif, pourtant octroyé par un contrat ou l'ordre juridique. De par la place de l'interdiction de l'abus manifeste d'un droit à l'alinéa 2 de l'art. 2 CC, il faut considérer qu'il s'agit de situations où le titulaire du droit, en l'exerçant, a un comportement déloyal<sup>4</sup>. On peut ainsi identifier **deux groupes d'hypothèses** :

### A. Une finalité recherchée en contradiction avec la règle

7. L'attitude déloyale d'un partenaire contractuel se déduit, dans une première hypothèse, de la comparaison entre la justification de l'existence du droit subjectif (son but) et le but visé par celui qui

---

<sup>2</sup> STEINAUER, N 474.

<sup>3</sup> TF du 23.04.2014, 9C\_832/2013, cons. 7.

<sup>4</sup> STEINAUER, N 475.

l'exerce à un moment déterminé, dans des circonstances concrètes. Il y a en quelque sorte **une contradiction** entre le but « visé » par le législateur ou les parties qui ont posé les bases de l'existence d'un droit subjectif déterminé et celui recherché par celui qui exerce ce droit subjectif. En d'autres termes, c'est la finalité recherchée par celui qui exerce le droit subjectif qui est inacceptable pour l'ordre juridique<sup>5</sup>.

8. La doctrine et la jurisprudence ont identifié **plusieurs situations typiques** pour cette première hypothèse. Nous allons les rappeler brièvement.

### 1. L'absence d'un intérêt (légitime) suffisant à l'exercice du droit

9. La première situation est l'hypothèse d'une contradiction entre le but visé par le législateur ou les parties au contrat et l'exercice du droit subjectif qui en découle<sup>6</sup>. L'exercice du droit subjectif ne représente alors aucun intérêt pour celui qui l'exerce, mais son exercice a pour effet de nuire (gravement) au destinataire. Il s'agit principalement des cas dits du « mur de chicane »<sup>7</sup> et ses variations<sup>8</sup>. Ou bien l'exercice du droit vise un intérêt totalement étranger à celui envisagé par le fondement du droit subjectif (intérêt « illégitime ») ; l'intérêt visé est alors souvent illégitime parce qu'il n'est que passager<sup>9</sup> et sans

---

<sup>5</sup> CR-CHAPPUIS, art. 2 CC N 32 (« détournement de la finalité ») ; é.g. ZK-BAUMANN, art. 2 CC N 354.

<sup>6</sup> CHK-MIDDENDORF/GROB, art. 2 CC N 17 ; STEINAUER, N 573 ss et BK-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, art. 2 CC N 207 ss ; BSK-HONSELL, art. 2 CC N 38 ss ; ZK-BAUMANN, art. 2 CC N 369 ss ; CR-CHAPPUIS, art. 2 CC N 34.

<sup>7</sup> Abus de droit nié pour la construction d'un hangar dans le rayon d'envol et d'atterrissage d'un aérodrome privé, notamment en vue d'empêcher l'exercice de l'entreprise aéronautique, le Tribunal ayant admis l'existence d'un intérêt, ATF 103 II 96, cons. 4, JdT 1979 I 227\* ; abus de droit admis en revanche en France pour la construction, en limite de propriété et en face de la porte d'un hangar à dirigeables, de deux carcasses en bois d'une longueur de 15 mètres environ, d'une hauteur de 10 à 11 mètres, surmontées de quatre piquets en fer de 2 à 3 mètres de hauteur, et séparées l'une de l'autre de quelques mètres ; *arrêt Coquerel c. Clément-Bayard*, Req. 3 août 1915, DP 1917, 1, 79.

<sup>8</sup> P. ex. ATF 117 II 466, cons. 5d, JdT 1992 I 387\* ; 107 III 7, cons. 1, JdT 1983 II 35\* ; 95 II 14, cons. 5 ; 93 II 11, cons. 2c, JdT 1967 I 542\*.

<sup>9</sup> ATF 123 III 220, cons. 4d, JdT 1997 I 242\*, fondé sur le passage du Digeste de Justinien : « *Dolo facit, qui petit quod redditurus est* » (Dig. 44.4.8 = Dig. 50.17.173.1, *Paulus libro sexto ad Plautium*).

justification. Ou bien l'exercice du droit ne permet pas d'atteindre le but recherché<sup>10</sup>, ce qui enlève toute justification à l'exercice du droit en question.

## **2. La disproportion grossière des intérêts en présence**

10. En principe, le titulaire d'un droit subjectif doit pouvoir l'exercer et obtenir l'avantage qui en découle. Toutefois, en particulier dans les obligations de faire et de ne pas faire, la jurisprudence et la doctrine tiennent compte de la relation entre l'avantage retiré lors de l'exercice du droit subjectif et la charge que celui-ci représente alors pour le destinataire<sup>11</sup>. Cette analyse a conduit à retenir un abus de droit notamment lorsque le créancier tire des conséquences disproportionnées d'une violation minime du droit<sup>12</sup>.

## **3. L'absence de ménagement dans l'exercice du droit**

11. Cette troisième catégorie est plus problématique<sup>13</sup>. En effet, en principe, l'exercice d'un droit subjectif doit justement conférer à son titulaire un avantage par rapport à la personne concernée<sup>14</sup>. Pourtant dans certaines hypothèses (rares), il y a abus de droit à exercer un droit si le déséquilibre des intérêts en présence est tel que l'avantage retiré par le titulaire du droit n'est plus dans un rapport raisonnable avec les conséquences qu'il engendre pour le destinataire<sup>15</sup>. Une violation minime d'un contrat ne justifie ainsi pas toujours que le créancier puisse en tirer des conséquences juridiques (résiliation p. ex.)<sup>16</sup>. L'abus de droit étant une mesure corrective incisive, les cas dans lesquels un abus de droit a été admis à ce titre ne sont pas nombreux et souvent anciens. Ainsi, le retard de paiement de loyer de CHF 286.- n'est pas insignifiant

---

<sup>10</sup> ZK-BAUMANN, art. 2 CC N 369.

<sup>11</sup> STEINAUER, N 577 ss et BK-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, art. 2 CC N 213 ss.

<sup>12</sup> ATF 95 II 14, cons. 5, JdT 1969 I 576\* et d'autres arrêts cités par STEINAUER, N 579 n. 19 et par BK-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, art. 2 CC N 215.

<sup>13</sup> STEINAUER, N 581 ss ; CR-CHAPPUIS, art. 2 CC N 35.

<sup>14</sup> STEINAUER, N 577.

<sup>15</sup> STEINAUER, N 579 ; CR-CHAPPUIS, art. 2 CC N 34.

<sup>16</sup> Pour des exemples déjà anciens, cf. not. STEINAUER, N 579 n. 19.

selon la jurisprudence<sup>17</sup>. De même, le retard de deux jours dans le paiement (après octroi d'un délai de grâce au sens de l'art. 257d CO) n'est pas insignifiant et la résiliation du bail est valable<sup>18</sup> ; il n'en va autrement que si le locataire peut apporter la preuve que la résiliation est détournée de son but<sup>19</sup>.

#### 4. Un comportement contradictoire du titulaire du droit

12. Il y a enfin abus de droit lorsque le titulaire du droit adopte un comportement contradictoire. Celui-ci peut se caractériser par plusieurs attitudes. On peut mentionner :
13. 1° *Inciter dolosivement l'autre partie à ne pas exercer un droit, en lui laissant entendre que l'on remplira ses engagements*. Tel est typiquement le cas lorsqu'une partie convainc l'autre de ne pas interrompre le délai de prescription, dès lors que les parties négocient. Parfois, le Tribunal fédéral a admis l'idée qu'il était abusif d'invoquer la prescription d'une créance dans une procédure alors que l'autre partie, créancière, avait laissé passer l'occasion d'interrompre le délai compte tenu du comportement dissuasif sur ce point du défendeur<sup>20</sup>.
14. 2° *Tarder à exercer un droit* est parfois considéré comme un cas d'abus de droit<sup>21</sup>, mais nous verrons que le plus souvent il faut plutôt passer par la notion de *péremption*<sup>22</sup>.
15. 3° « *Venire contra factum proprium* ». L'abus consiste alors à se comporter de manière incompatible avec un comportement antérieur qui a créé une attente légitime d'un tiers ou qui l'a placé dans une situation digne de protection<sup>23</sup>. Cette hypothèse se rapproche de celle dans

---

<sup>17</sup> ATF 120 II 31, cons. 4b (en revanche, il y a abus à menacer le locataire de résiliation pour non-paiement d'un loyer ou de frais accessoires échus avant d'avoir acquis la certitude que celui-ci doit le montant réclamé) ; TF du 27.02.1997, SJ 1997 p. 538/542, cons. 2a.

<sup>18</sup> ATF 119 II 232, JdT 1994 I 201.

<sup>19</sup> TF du 18.10.2001, 4C.206/2001, cons. 8.

<sup>20</sup> Les cas où l'abus de droit a été admis ne sont pas nombreux, cf. toutefois ATF 113 II 264, cons. 2, JdT 1988 I 14\* ; 112 II 231, cons. 3e/bb et d'autres cités dans CR-PICHONNAZ, art. 142 CO N 35 ss.

<sup>21</sup> STEINAUER, N 586 ss ; CR-CHAPPUIS, art. 2 CC N 36.

<sup>22</sup> ALLIMANN, N 1026 ss.

<sup>23</sup> STEINAUER, N 589 ; CR-CHAPPUIS, art. 2 CC N 33 ; BSK-HONSELL, art. 2 CC N 43 ;

laquelle le Tribunal fédéral accepte qu'un contrat qui, bien que soumis à une forme particulière, ne remplit pas les exigences de celle-ci, mais produit néanmoins des effets lorsque les parties ont exécuté le contrat pour l'essentiel<sup>24</sup>.

16. Ces catégories ne sont que des aides pour augmenter la prévisibilité des décisions et faciliter l'appréciation du caractère abusif par le juge. En effet, le juge doit toujours faire une appréciation de cas en cas de la situation, en tenant compte de toutes les circonstances<sup>25</sup>.

### B. Un résultat profondément insatisfaisant

17. Il existe **une seconde hypothèse**, plus exceptionnelle, dans laquelle on admet également l'existence d'un abus de droit. Il s'agit des situations dans lesquelles celui qui exerce le droit subjectif le fait certes en conformité avec le droit objectif qui le fonde, mais le **résultat produit est profondément insatisfaisant**<sup>26</sup> ; il est choquant. Ce n'est alors pas l'exercice du droit par son titulaire qui est la cause de l'abus, mais bien le droit objectif lui-même qui pose problème. Son exercice n'est en quelque sorte que la mise en lumière du problème posé par le droit objectif. Le juge doit-il alors faire appel à l'interdiction de l'abus de droit pour « corriger » le travail du législateur ? La réponse dépend largement des conceptions méthodologiques sur le rôle respectif du législatif et du judiciaire. Il faut toutefois en principe soit une « erreur manifeste du législateur »<sup>27</sup> soit que les « conditions se sont à ce point modifiées »<sup>28</sup> que le droit tel qu'envisagé par le législateur (ou les parties) est devenu manifestement insatisfaisant, inapproprié.
18. Les situations présentées ci-dessus indiquent que l'abus d'un droit doit être **manifeste**. La fonction correctrice du juge est donc limitée aux

---

ALLIMANN, N 92 s. ; ZK-BAUMANN, art. 2 CC N 380 ss ; DESCHENAUX, p. 172 s.

<sup>24</sup> TF du 02.04.2013, 4A\_636/2012, cons. 2.3 (non publié in ATF 139 III 249 : forme du loyer initial) ; pour un rappel, cf. parmi d'autres PICHONNAZ (Le Centenaire), p. 183 s.

<sup>25</sup> ATF 135 III 349, cons. 3 ; TF du 04.02.1001, 5C.312/2001, cons. 6a ; ATF 116 II 700, cons. 3b, JdT 1991 I 643\* ; 111 II 242, cons. 2a, JdT 1986 I 78\*.

<sup>26</sup> STEINAUER, N 477.

<sup>27</sup> STEINAUER, N 477.

<sup>28</sup> ATF 125 III 57, cons. 2g, JdT 1999 I 223\* ; 123 III 445, cons. 2b/aa, JdT 1988 I 354\* ; STEINAUER, N 477.

situations « vraiment exceptionnelles »<sup>29</sup>, caractérisées<sup>30</sup> ou à celles dans lesquelles la norme ou le contrat sont devenus *gravement* injustes<sup>31</sup>. On peut donc dire qu'en cas de doute, il n'y a pas place pour retenir l'abus de droit<sup>32</sup>.

### C. La conséquence juridique

19. La conséquence juridique d'un abus manifeste de droit est exprimée de manière simple par l'art. 2 al. 2 CC : L'abus manifeste d'un droit « ...n'est pas protégé par la loi », « ...findet keinen Rechtsschutz », « ... non è protetto dalla legge ». Cette absence de protection souligne le fait que la conséquence juridique de l'abus manifeste d'un droit s'adresse au juge<sup>33</sup>, qui ne doit pas prêter son concours à l'exercice abusif d'un droit. Cela signifie qu'il ne doit pas accueillir favorablement une exception, une objection ou une prétention qui repose sur un exercice abusif d'un droit.
20. Si le principe général exprimé par l'art. 2 al. 2 CC a été concrétisé par la doctrine et la jurisprudence à travers des catégories typiques, le législateur a lui aussi concrétisé parfois ce principe général en droit du bail. Nous allons examiner ci-après certaines dispositions et leurs applications, pour déterminer si le principe général de l'art. 2 al. 2 CC a ou non encore de la place à côté de ces concrétisations.

### III. L'abus de droit et les relations tripartites

21. En matière de droit du bail, les relations tripartites présentent un intérêt particulier en lien avec l'abus de droit. Tel est notamment le cas de la sous-location (A.), du transfert de contrat (B.) et de l'hypothèse du

---

<sup>29</sup> STEINAUER, N 478 ; ég. TF du 10.01.2005, 5P.408/2004, cons. 6 (« cas exceptionnels ») ; TF du 15.02.2005, 4C.346/2004, cons. 5.3 (« circonstances tout à fait exceptionnelles ») ; ATF 129 III 618, cons. 5.2 (« circonstances tout à fait exceptionnelles »).

<sup>30</sup> ZK-BAUMANN, art. 2 CC N 14b ; BK-HAUSHERR/AEBI-MÜLLER, art. 2 CC N 201 ; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, p. 58 ; DESCHENAUX, p. 140 s.

<sup>31</sup> STEINAUER, N 478.

<sup>32</sup> CHK-MIDDENDORF/GROB, art. 2 CC N 15 ; BK-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, art. 2 CC N 202 ; STEINAUER, N 570.

<sup>33</sup> STEINAUER, N 480 ss.

locataire de remplacement (C.), trois domaines qui interagissent indirectement.

### A. L'abus de droit dans la sous-location

22. En matière de sous-location, l'art. 262 CO prévoit que « le locataire peut sous-louer tout ou partie de la chose avec le consentement du bailleur ». Cette relation particulière générée par la sous-location a donné lieu à plusieurs hypothèses d'abus de droit :
23. **1° Un refus du consentement abusif.** Pour une partie de la doctrine, si le locataire sous-loue la chose sans requérir ou avant d'obtenir l'accord du bailleur, le bailleur peut en soi s'opposer à la sous-location après coup. Toutefois, le bailleur commet un abus de droit s'il s'oppose à la sous-location pour le seul motif que son consentement n'a pas été requis préalablement. En effet, lorsque la sous-location remplit les exigences matérielles et qu'elle n'entraîne pas de préjudice pour le bailleur, une opposition pour des motifs purement formels ne présente aucun intérêt digne de protection (cf. *supra* N 9) ; il y a donc bien abus de droit à exercer un droit d'opposition dans un tel cas<sup>34</sup>. La situation n'est ainsi qu'une concrétisation du principe général de l'art. 2 al. 2 CC.
24. *Le contrat-cadre romand* exige la forme écrite (art. 8<sup>35</sup>). Cette forme n'ayant qu'une valeur probatoire, il y aura d'autant plus abus de droit si l'opposition du bailleur ne se fonde que sur le non-respect de la forme<sup>36</sup>.
25. *L'art. 22 des règles et usages locatifs du canton de Vaud* (RULV) dispose que lorsque le locataire veut sous-louer tout ou partie de la chose, il doit préalablement demander le consentement écrit du bailleur en indiquant les conditions de sous-location et les renseignements requis par le bailleur en application de l'art. 262 CO. L'alinéa 2 précise que le locataire ne peut pas sous-louer l'entier de la chose pour une durée indéterminée, mais il est possible de déroger à ce principe

---

<sup>34</sup> LACHAT (Bail à loyer), p. 574 N 2.2.10 ; GUINAND/WESSNER, p. 6 ; BISE/PLANAS, Commentaire droit du bail, art. 262 CO N 49.

<sup>35</sup> L'art. 8 du Contrat-cadre romand a la teneur suivante : « Lorsque le locataire veut sous-louer tout ou partie de la chose, il doit préalablement demander le consentement écrit du bailleur en indiquant les conditions de la sous-location et les renseignements requis par le bailleur en application de l'art. 262 CO. Le bailleur doit se prononcer dans les trente jours, dès réception de la demande ».

<sup>36</sup> LACHAT (Bail à loyer), p. 574 N 2.2.10.

moyennant l'accord écrit du bailleur. Appelé à se déterminer sur le cas dans lequel le locataire n'avait pas demandé préalablement l'autorisation du bailleur pour sous-louer la chose, le Tribunal fédéral a cassé l'arrêt cantonal qui considérait que la violation formelle de l'art. 22 RULV ne permettait pas de s'opposer à la sous-location. Le Tribunal fédéral a retenu qu'il n'était pas abusif de refuser la sous-location lorsque, comme en l'espèce, le locataire n'avait pas respecté les exigences de l'art. 22 RULV<sup>37</sup>. Il a notamment tenu compte du fait que les exigences de l'art. 22 RULV étaient plus strictes que celles de l'art. 262 CO et qu'elles visaient un intérêt public d'éviter des transferts de bail sous couvert de sous-location de durée indéterminée<sup>38</sup>. La forme écrite exigée par l'art. 22 RULV étant impérative, l'allégation (faite oralement) que le locataire reprendrait possession des locaux après deux ans ne suffisait pas aux yeux du Tribunal fédéral pour exclure tout intérêt du bailleur à s'opposer valablement à la sous-location et à résilier le contrat ; cela d'autant plus que la sous-location portait sur l'ensemble de la chose louée et que le contrat de sous-location avait été conclu pour une durée indéterminée<sup>39</sup>. Constatant ainsi l'existence d'un intérêt suffisant à la mise en œuvre de la disposition dans le cas concret (cf. *supra* N 9), le Tribunal fédéral a donc rejeté le grief d'abus de droit.

26. **2° Des conditions de sous-location abusives.** Le locataire peut toutefois lui aussi commettre un abus de droit, en l'occurrence de son droit de sous-location, s'il fixe des conditions de sous-location abusives (CO 262 II/b)<sup>40</sup>. Les conditions de sous-location sont ainsi abusives notamment si le locataire doit payer un « pas de porte » (« Handgeld ») pour pouvoir conclure le contrat de sous-location ou si le sous-loyer dépasse de manière importante le loyer sans que le locataire ne fournisse de prestations supplémentaires<sup>41</sup>. En quelque sorte, il y a là un abus d'une position qui ne repose pas sur un intérêt légitime (cf. *supra* N 9).
27. Cela n'exclut pas la possibilité pour le locataire de faire un bénéfice en sous-louant la chose, comme l'a relevé le Tribunal fédéral dans un arrêt,

---

<sup>37</sup> TF du 10.03.2009, 4A\_487/2008, cons. 2.

<sup>38</sup> TF du 10.03.2009, 4A\_487/2008, cons. 2.7.

<sup>39</sup> TF du 10.03.2009, 4A\_487/2008, cons. 2.8.

<sup>40</sup> BISE/PLANAS, Commentaire droit du bail, art. 257d CO N 36 ss.

<sup>41</sup> GUINAND/WESSNER, p. 5 ; LACHAT (Bail à loyer), p. 568 N 2.2.1 ; ZK-HIGI, art. 262 CO N 42 ss ; BISE/PLANAS, Commentaire droit du bail, art. 262 CO N 39.

certes non publié<sup>42</sup>, mais qui tranche la question qu'il avait laissée indécise dans une jurisprudence antérieure<sup>43</sup>. Pour juger du caractère abusif du sous-loyer, il faut partir du loyer principal<sup>44</sup>. Toutefois, le sous-loyer peut être supérieur lorsque le sous-bailleur fournit des prestations supplémentaires (dans l'arrêt, un mobilier luxueux de standing) et également lors d'investissements consentis par des travaux de transformation (dans l'arrêt, rénovation de l'appartement)<sup>45</sup>; en effet, dans ces cas-là, il y a un intérêt justifié et légitime à exiger un montant supérieur (cf. *supra* N 9). La sous-location ne peut toutefois pas revêtir un caractère lucratif, puisque le loyer mensuel de base est fixé en fonction du montant retenu par le bail principal conclu entre le bailleur et le locataire<sup>46</sup>.

28. Si l'art. 262 al. 2 let. b CO énumère les cas de conditions de sous-location abusives, le Tribunal fédéral *n'exclut pas de se référer également au principe général de l'abus de droit* (CC 2 II) pour contester au locataire le droit de sous-louer. Ainsi, dans un arrêt de 2010<sup>47</sup>, il a retenu qu'il y avait abus de droit au sens de l'art. 2 al. 2 CC lorsque **le locataire a perdu toute idée de reprendre un jour l'usage de la chose sous-louée** et qu'il a procédé en réalité à une substitution de locataires par la voie détournée de la sous-location<sup>48</sup>. Selon le Tribunal fédéral, il faut se montrer relativement strict sur l'intention du locataire principal de réintégrer les locaux loués, intention qui doit résulter d'un besoin légitime et clairement perceptible, et ne pas tolérer la sous-location simplement dans la perspective d'événements futurs incertains. En l'espèce, le locataire avait acheté une maison en France voisine et s'y était installé pour y vivre avec son épouse, évacuant son précédent logement et annonçant son départ de Suisse aux autorités. De ces faits, le Tribunal fédéral a retenu que le locataire n'avait pas l'intention de

---

<sup>42</sup> TF du 10.01.2012, 4A\_490/2011, cons. 4.2 et commentaire de BOSSART STEULET, p. 27 qui fait état de la doctrine à ce propos.

<sup>43</sup> ATF 119 II 353, cons. 6e, DB 1994 N 10.

<sup>44</sup> BISE/PLANAS, Commentaire droit du bail, art. 262 CO N 37.

<sup>45</sup> TF du 06.01.2005, 4C.333/2004, MRA 2005 69; BISE/PLANAS, Commentaire droit du bail, art. 262 CO N 39; ZK-HIGI, art. 262 CO N 43 ss.

<sup>46</sup> BOSSART STEULET, p. 30.

<sup>47</sup> TF du 04.10.2010, 4A\_367/2010.

<sup>48</sup> Cf. ég. ATF 134 III 446, cons. 2.4, DB 2009 N 12, et les arrêts cités; BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE, art. 262 CO N 27; BSK-WEBER, art. 262 CO N 8.

réintégrer les locaux loués et qu'il abusait donc de son droit à la sous-location. Pour cette même raison, le Tribunal fédéral retient également un abus de droit dans l'ATF 134 III 446<sup>49</sup> : à l'époque des faits, la locataire sous-louait l'appartement à son fils depuis près de sept ans et avait en outre demandé au moment de quitter elle-même le logement de lui permettre de transférer le bail à son fils, puis à sa belle-fille, mais sans succès. Cela démontre que son intention n'était pas de réintégrer un jour ou l'autre l'appartement en cause, mais bien de se libérer définitivement des obligations résultant du bail. Le Tribunal fédéral a ainsi admis un abus de droit fondé directement sur l'art. 2 al. 2 CC<sup>50</sup>. Partant, l'abus de droit constitue ici une voie parallèle à celle fondée directement sur l'art. 262 al. 2 let. b CO (cf. *supra* N 3).

29. **3° Un contrat de bail principal fictif et donc abusif.** Afin d'éviter que le bailleur souffre d'un inconvénient en raison de la sous-location, l'art. 273b al. 1 CO prévoit que la prolongation du sous-bail n'est possible que pour la durée du bail principal. Le bailleur ne doit en effet pas être restreint dans ses droits de résilier le bail principal par l'existence d'un sous-bail<sup>51</sup>. S'inspirant de la casuistique, le législateur a toutefois pensé à protéger le sous-locataire, lorsque, pour détourner les art. 271 ss CO, le bailleur conclut un bail principal fictif<sup>52</sup> pour ensuite opposer son extinction au pseudo sous-locataire<sup>53</sup>. Dans un tel cas, le sous-locataire pourrait être directement affecté par l'extinction du bail principal, alors qu'il n'y a aucune justification à ne pas prolonger le sous-bail. L'art. 273b al. 2 CO prévoit alors que le sous-locataire bénéficie des dispositions sur la protection des congés sans égard à l'extinction du bail principal. Cette règle reposait précédemment sur l'interdiction générale de l'abus de droit (CC 2 II)<sup>54</sup> ; elle en est donc aujourd'hui une concrétisation légale (cf. *supra* N 9).

---

<sup>49</sup> DB 2009 N 12 ; cf. ég. BISE/PLANAS, Commentaire droit du bail, art. 262 CO N 57 s.

<sup>50</sup> Pour d'autres arrêts dans ce sens mentionnés par le Tribunal fédéral lui-même, cf. TF du 11.10.94, 4C.199/1994, cons. 4c, SJ 1995 p. 227 ; TF du 06.10.1999, 4C.124/1999, cons. 4a, b et c ; TF du 30.08.2000, 4C.155/2000, cons. 2b et c, SJ 2001 I 17.

<sup>51</sup> BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE, art. 273b CO N 1.

<sup>52</sup> P. ex. le propriétaire passe un contrat de bail principal fictif avec la régie de son immeuble.

<sup>53</sup> ZK-HIGI, art. 273b CO N 35 ss ; LCHAT (Bail à loyer), p. 795 N 7.3 ; BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE, art. 273b CO N 2 ; BSK-WEBER, art. 273b CO N 1.

<sup>54</sup> ATF 87 I 441, JdT 1962 I 580 ; TF du 29.03.2001, 4C.300/2000 ; pour d'autres exemples, cf. ég. BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE, art. 273b CO N 11 ss.

Le Tribunal fédéral a cependant laissé la question indécise de savoir si la conclusion de ce pseudo-bail principal devait avoir lieu dès le début ou si le caractère fictif pouvait apparaître ultérieurement<sup>55</sup>.

## B. Le transfert du bail

30. De manière assez proche de ce qui vaut pour la sous-location, on peut aussi envisager des situations d'abus de droit en matière de transfert de bail. A l'instar de la sous-location, l'art. 263 CO prévoit la possibilité pour le locataire de transférer le bail à un tiers moyennant l'accord écrit du bailleur.
31. **1° Le bailleur abuse de son droit** notamment s'il se prévaut de l'absence de son consentement écrit alors qu'il a pris connaissance du transfert et qu'il a accepté pendant une longue période, sans réagir, le paiement des loyers par le bénéficiaire du transfert<sup>56</sup>. La discussion porte toutefois sur le fait de déterminer si l'acceptation du paiement constitue l'expression d'un consentement tacite, auquel cas invoquer l'absence de forme écrite serait un abus de droit<sup>57</sup> (en raison d'un comportement contradictoire, cf. *supra* N 12), ou s'il n'y a pas encore de consentement du bailleur qui puisse être prouvé, dès lors que le paiement peut très bien provenir d'un tiers<sup>58</sup>.
32. Dans un autre arrêt, le Tribunal fédéral retient qu'il y a abus de droit à se prévaloir de l'absence d'un consentement au transfert lorsque celui-ci a été admis par actes concluants, mais non en cas d'un simple accord oral portant sur l'engagement de donner ultérieurement le consentement écrit exigé par la loi<sup>59</sup>.
33. **2° Le locataire peut abuser de son droit au transfert.** En effet, selon l'art. 263 al. 2 CC, le bailleur peut refuser son consentement au transfert s'il a de justes motifs. Cependant, même sans justes motifs, le bailleur

---

<sup>55</sup> TF du 29.03.2000, 4C.300/2000, cons. 3.

<sup>56</sup> ATF 125 III 226, cons. 2b et 2c, DB 1999 N 23, rappelé plus récemment dans l'arrêt du TF du 21.11.2012, 4A\_352/2012, cons. 3.3 ; ég. LACHAT (Bail à loyer), p. 585 N 3.3.5.

<sup>57</sup> Dans ce sens BARBEY (Transfert), p. 58 s. ; LACHAT (Bail à loyer), p. 585 N 3.3.5 ; BSK-WEBER, art. 263 CO N 3 (mais qui précise qu'en cas de circonstances imprécises, on ne doit pas retenir l'abus de droit) ; BISE/PLANAS, Commentaire droit du bail, art. 263 CO N 35 ss.

<sup>58</sup> ZK-HIGI, art. 263 CO N 28 ; BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE, art. 263 CO N 10.

<sup>59</sup> TF du 26.03.2008, 4A\_55/2008, cons. 3, DB 2008 N 12.

peut opposer au locataire son refus fondé sur l'abus de droit, en particulier si le locataire par ce biais entend imposer au bailleur un candidat locataire éconduit. Il pourrait donc y avoir abus de droit pour le locataire principal (« homme de paille ») à vouloir transférer ensuite ce bail au candidat éconduit, même en l'absence de justes motifs<sup>60</sup>. En fin de compte, le locataire « homme de paille » permettrait ainsi d'obtenir un résultat que le bailleur voulait justement éviter, sans que le locataire n'ait un intérêt direct à la situation (cf. *supra* N 9). En pratique toutefois, il sera souvent difficile de démontrer la volonté du locataire principal de ne pas être locataire véritable ; ce n'est en effet qu'à cette condition qu'il pourrait y avoir un abus de droit à vouloir transférer ensuite le bail à un locataire précédemment éconduit.

34. On le voit, l'art. 2 al. 2 CC joue ici le rôle d'une clause générale et est soumis aux exigences (restrictives) habituelles (cf. *supra* N 3).

### C. Le locataire de remplacement

35. L'art. 264 CO permet au locataire de restituer la chose louée sans observer le délai de congé ; il ne sera toutefois libéré de ses obligations que s'il présente au bailleur un nouveau locataire qui soit solvable et que le bailleur *ne puisse raisonnablement refuser*. Le nouveau locataire doit en outre être disposé à reprendre le bail aux mêmes conditions.
36. L'appréciation de la solvabilité doit se faire selon les critères de la bonne foi au vu des circonstances du cas d'espèce et des informations qui sont fournies au bailleur par le locataire de remplacement<sup>61</sup>. En tout cas, selon la jurisprudence, il n'est pas nécessairement suffisant de démontrer que le revenu est trois fois supérieur au loyer ; il faut au contraire comparer la solvabilité du locataire actuel et celle du remplaçant<sup>62</sup>.
37. *L'appréciation de la personnalité du locataire de remplacement* peut être plus délicate ; elle dépend d'éléments subjectifs, mais qui sont limités notamment par la personnalité du locataire précédent ; on ne peut être plus exigeant qu'avec le locataire précédent. Même s'il s'agit

---

<sup>60</sup> BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE, art. 263 CO N 19.

<sup>61</sup> Cf. not. arrêt du Tribunal des baux de Zurich du 17 février 1994, MRA 1996 21.

<sup>62</sup> ATF 119 II 36, cons. 3d, DB 1993 N 5 ; BSK-WEBER, art. 264 CO N 4 ; BISE/PLANAS, Commentaire droit du bail, art. 264 CO N 46.

d'une relation horizontale, le bailleur ne peut refuser un candidat pour des motifs de nationalité, de sexe, de race, de religion ou d'état civil<sup>63</sup>, qui sont alors (à ce stade) étrangers au but du contrat (cf. *supra* N 7). Il y aurait là abus du pouvoir d'appréciation, émanation de l'art. 2 al. 2 CC. Le statut d'étranger pourrait toutefois être un critère, car le locataire pourrait présenter le risque de ne pas pouvoir reprendre le bail pour une période suffisante<sup>64</sup>.

38. Pour un cas d'abus de droit du bailleur qui refuse un locataire de remplacement, on peut mentionner un arrêt du Tribunal cantonal du Tessin<sup>65</sup>. Le locataire de remplacement souhaitait reprendre le bail à un loyer plus bas en lien avec une modification de l'usage. Le bailleur refusa ce locataire de remplacement, mais conclut finalement un contrat aux mêmes conditions avec un tiers. La Cour d'appel du Tribunal cantonal tessinois a retenu qu'il y avait ainsi abus de droit. C'était d'autant plus le cas que dans le même temps, le bailleur proposait au locataire d'autres appartements dans le même immeuble<sup>66</sup>. Il y avait en effet là un comportement contradictoire, constitutif d'abus de droit (cf. *supra* N 12).
39. *Les contrat-cadres* peuvent déroger aux dispositions impératives du Code des obligations s'ils sont approuvés par le Conseil fédéral et qu'ils offrent aux locataires une protection pour le moins équivalente à celle du droit ordinaire contre les loyers abusifs (LCBD 3 I/b)<sup>67</sup>. Ainsi, pour la restitution anticipée de la chose louée, le contrat-cadre romand (art. 9) ajoute des conditions supplémentaires à celles de l'art. 264 CO. Le locataire doit notamment aviser le bailleur par écrit en indiquant la date de restitution de la chose et doit respecter au minimum un préavis d'un mois pour le quinze ou la fin du mois. Le locataire est donc limité à deux termes de restitution, contrairement à ce que permet l'art. 264

---

<sup>63</sup> BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE, art. 264 CO N 6d.

<sup>64</sup> LACHAT (Bail à loyer), p. 613 N 5.3.2 ; ég. BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE, art. 264 CO N 6b ; BISE/PLANAS, Commentaire droit du bail, art. 264 CO N 65.

<sup>65</sup> TC (TI) du 31.03.2004, MP 2006 200.

<sup>66</sup> TC (TI) du 31.03.2004, cons. 4.2, MP 2006 200 ; ég. Gerichtspräsidentensamt (Courtelary) du 21.6.1995, MP 1997 16 (Il s'agissait là aussi d'un bailleur qui avait donné en location d'autres locaux également vacants dans le même immeuble ; le locataire sortant doit être libéré de son obligation de payer le loyer et les frais accessoires dès le moment où le candidat est prêt à reprendre *les locaux d'origine*.).

<sup>67</sup> LACHAT (Bail à loyer), p. 99 ss N 4.1 ss ; RONCORONI, MP 2004 1 ss ; TF du 10.03.2009, 4A\_487/2008, cons. 2.2.

CO. Compte tenu du caractère impératif de l'art. 264 CO, il faut approuver l'avis de RONCORONI qui considère que lorsque la restitution à un autre terme que celui prévu par le contrat-cadre est refusée, il faut examiner s'il y a abus de droit à la refuser<sup>68</sup> ; il peut s'agir soit d'une situation qui tomberait sous une interdiction sans justification (cf. *supra* N 9) ou qui reflète une disproportion manifeste des intérêts en présence (cf. *supra* N 10).

40. Enfin, en l'absence de locataire de remplacement approprié, le locataire doit en principe s'acquitter du loyer jusqu'à l'expiration de la durée du bail ou jusqu'au prochain terme de congé contractuel (CO 264 II). Le bailleur a-t-il dès lors un devoir de rechercher lui-même un potentiel locataire durant cette période ou peut-il attendre la fin du bail et percevoir les loyers même si l'objet loué demeure vide ? La question n'est pas toute simple à résoudre. Il faut d'abord constater que le locataire sortant se trouve donc toujours lié contractuellement au bailleur, puisque la loi et le contrat ne lui donnent pas de droit de résiliation, quel que soit le motif invoqué. La somme d'argent que le locataire doit verser au bailleur n'est ainsi pas une créance en réparation d'un dommage, mais bien la créance primaire en exécution du contrat de bail, en paiement du loyer<sup>69</sup>. Or, comme l'a relevé la jurisprudence dans un autre contexte, en soi un devoir de diminuer le dommage ne s'applique qu'à des créances en dommages-intérêts<sup>70</sup>. Partant, le bailleur ne devrait pas devoir diminuer son dommage en recherchant lui-même un locataire de remplacement. Jurisprudence et doctrine admettent néanmoins ce devoir de réduire la créance en cas de défaillance du locataire sortant<sup>71</sup>. Ce devoir repose alors soit sur une

---

<sup>68</sup> RONCORONI, MP 2004 10.

<sup>69</sup> ACHTARI, N 290 ; SCHMID, p. 589 ss, en part. p. 598 ; ég. TF du 29.09.1998, 4C.387/1997, cons. 2a, MP 1998 178, RSJ 1999 75 s. : « Da der Mieter nach einer vorzeitigen Kündigung vertraglich gebunden bleibt, sofern er nicht einen zumutbaren Ersatzmieter stellt » ; ATF 119 II 36, cons. 3d : « (...) le bailleur, qui se borne à réclamer l'exécution du contrat (...) » ; d'un autre avis, cf. Bezirksgericht (ZH), MP 2004 31, cons. 4.1 ; ZK-HIGI, art. 264 CO N 71 qui considère que la créance en paiement est une créance en dommages-intérêts.

<sup>70</sup> ATF 131 III 511, cons. 5 ; TF du 01.05.2009, 4A\_72/2009, cons. 3.2 (contrat d'assurance) ; TF du 16.06.2009, 4A\_84/2009, cons. 4.5 (contrat d'assurance).

<sup>71</sup> TF du 31.08.2005, 4C.171/2005, cons. 4.1 et les arrêts cités ; TF du 19.08.2002, 4C.118/2002, cons. 3.1 ; ATF 119 II 36, cons. 3c, DB 1993 N 5 ; 117 II 156, cons. 3a, JdT 1992 I 317, DB 1992 N 7 ; ég. TC (VS), CdB 2002 93, cons. IIIa ; TBx (VD), MP 1997 169 ; TC (AG), MP 1997 161, cons. 2b ; TC (TG), RSJ 1993 102 ; ég.

mauvaise compréhension de la nature de la créance en solde des loyers, soit sur une application du principe de l'interdiction de l'abus de droit<sup>72</sup>. En effet, on pourrait ici voir l'expression de l'absence de ménagement dans l'exercice du droit de recevoir les créances résiduelles (cf. *supra* n 11), avant tout si le bailleur peut sans difficulté trouver un locataire de remplacement.

#### **IV. L'abus de droit à invoquer la nullité d'une convention**

41. Nous évoquerons d'abord une situation liée à une convention régissant les délais de congés (A.), avant de traiter de la question des conventions couplées (B.).

##### **A. La nullité d'une contravention au délai légal de résiliation**

42. Dans le prolongement de sa jurisprudence relative à l'abus de droit d'invoquer un vice de forme<sup>73</sup>, le Tribunal fédéral a retenu également qu'il y avait abus de droit à invoquer la nullité d'une convention qui avait fixé un délai de congé de trois mois pour des locaux commerciaux, en contravention à l'**art. 266d CO**.
43. Ainsi, dans un arrêt non publié de 2010<sup>74</sup>, le Tribunal fédéral retient ce qui suit : « Commet un abus de droit la partie qui, dans un premier temps, accepte de conclure une convention et qui se prévaut ensuite de son invalidité en invoquant des règles légales impératives, alors qu'elle s'était délibérément accommodée du contenu de la convention au moment de la conclure ou qu'elle avait voulu cette convention dans son propre intérêt »<sup>75</sup>. Le Tribunal fédéral identifie ici un comportement

---

ACHTARI, N 291 ; ZK-HIGI, art. 264 CO N 30 s. et 80 ss ; LACHAT (Bail à loyer), p. 619 N 5.6.1 ; BISE/PLANAS, Commentaire droit du bail, art. 264 CO N 77 s. ; BSK-WEBER, art. 264 CO N 10 (qui fonde ce devoir sur la bonne foi).

<sup>72</sup> Du même avis, SCHMID, p. 599.

<sup>73</sup> TF du 02.04.2013, 4A\_636/2012, cons. 2.3 (non publié in ATF 139 III 249) (contrat de bail et forme du loyer initial) ; TF du 21.11.2012, 4A\_416/2012 (absence de forme du loyer initial, mais prise des clés) ; ATF 116 II 700, cons. 3a, JdT 1991 I 643 ; 116 II 700 cons. 3a, JdT 1991 I 643 ; 115 II 331, JdT 1991 I 150 ; 104 II 99, JdT 1979 I 16 ; 112 II 330, cons. 3b, JdT 1987 I 70 ; 112 II 107, cons. 3a, JdT 1986 I 587 ; restrictif toutefois pour retenir l'abus de droit, TF du 26.01.2012, 4A\_647/2011, cons. 4.1.

<sup>74</sup> TF du 30.09.2010, 4A\_364/2010.

<sup>75</sup> TF du 30.09.2010, 4A\_364/2010, cons. 5.2.

contradictoire (cf. *supra* N 12). Il revient alors à la partie qui reproche à son cocontractant un abus de droit de prouver les circonstances particulières qui, dans le cas concret, autorisent à retenir que l'invalidité de la convention est invoquée de façon abusive<sup>76</sup>.

44. En l'espèce, peu avant que la bailleuse, par l'entremise du courrier de sa gérance, n'ait accepté les termes de l'écriture de la locataire – fixant, dans le cadre de la passation d'un nouveau bail commercial de durée indéterminée, un préavis de congé de trois mois pour la fin d'un mois – la bailleuse avait conscience que cette clause contrevenait à des dispositions impératives du droit du bail. Elle avait d'ailleurs aussi conscience des effets que ce vice entraînait, puisqu'elle avait attiré l'attention de sa gérance sur l'inefficacité d'un tel congé. En revanche, rien ne permettait d'admettre que le locataire connaissait la nullité de la clause lors de la conclusion du contrat.
45. Il y avait donc bien un comportement contradictoire, constitutif d'un abus de droit, au sens des principes généraux développés en lien avec l'art. 2 al. 2 CC (cf. *supra* N 12)<sup>77</sup>.

### **B. La nullité d'une convention couplée**

46. En vertu de l'art. 254 CO, une transaction couplée avec un bail d'habitations ou de locaux commerciaux est nulle lorsque la conclusion ou la continuation du bail y sont subordonnées et que, par cette transaction, le locataire contracte envers le bailleur ou un tiers des obligations qui ne sont pas en relation directe avec l'usage de la chose louée.
47. Cette nullité ne découle pas de la forme de la convention, mais bien du *lien inapproprié entre des intérêts divergents* (cf. *supra* N 10). L'invocation de cette nullité n'est pas liée à un délai de péremption, toutefois on peut considérer, avec une partie de la doctrine, que le locataire commet un abus de droit s'il tarde beaucoup à se prévaloir de la nullité<sup>78</sup>. On peut ainsi envisager l'hypothèse du locataire qui fait un

---

<sup>76</sup> TF du 30.09.2010, 4A\_364/2010, cons. 5.2, qui cite ég. ATF 134 III 52, cons. 2.1.

<sup>77</sup> Sur une critique du recours à l'abus de droit pour justifier la validité de l'accord en dépit du non-respect de la forme, cf. not. KOLLER, Vom Formmangel, § 3 N 66 ss ; PICHONNAZ (Le Centenaire), p. 185 s.

<sup>78</sup> LACHAT (Bail à loyer), p. 555 N 2.6 ; CHK-HEINRICH, art. 255 CO N 8.

usage accru du mobilier que le bailleur lui a vendu, avant d'invoquer la nullité de la transaction couplée. De même, le locataire qui ferait appel à l'assurance que le bailleur l'a contraint de contracter, ou qui paierait de nombreuses primes, avant de se raviser et d'invoquer la nullité de la transaction (cf. *supra* N 12)<sup>79</sup>.

## V. Deux concrétisations typiques de l'abus de droit en matière de bail

48. Lorsque l'on évoque l'abus de droit en matière de droit du bail, on pense nécessairement à la question du loyer abusif (A.) et de la résiliation abusive (B.). Nous allons examiner brièvement ces deux aspects principalement dans leur lien avec la notion générale. Chacun de ces deux points mériteraient bien évidemment une présentation propre si l'on entendait en présenter tous les aspects.

### A. Le loyer abusif

49. Aux termes de l'art. 269 CO, « les loyers sont abusifs lorsqu'ils permettent au bailleur d'obtenir un rendement excessif de la chose louée ou lorsqu'ils résultent d'un prix d'achat manifestement exagéré ». Cette disposition impérative<sup>80</sup> est concrétisée par des exceptions prévues par l'art. 269a CO, hypothèses dans lesquelles le législateur considère que les loyers ne sont pas abusifs.
50. Ainsi, compte tenu de la particularité du contrat de baux d'habitations, le législateur a restreint la portée des accords entre les parties. En effet, lors de la conclusion du contrat (CO 270), le locataire peut, malgré son accord initial, contester après coup (dans le délai de trente jours) le loyer, s'il estime qu'il est abusif au sens des art. 269 s. CO. Cette possibilité est toutefois limitée à *trois hypothèses alternatives*<sup>81</sup> : (a) le locataire a été contraint de conclure le bail par nécessité personnelle ou familiale (CO 270 I/a 1<sup>ère</sup> hyp.) ; (b) le locataire a été contraint de conclure en raison de la situation sur le marché local du logement et des locaux commerciaux (CO 270 I/a 2<sup>e</sup> hyp.) ; (c) le bailleur a sensiblement augmenté le loyer pour la même chose par rapport au

---

<sup>79</sup> Pour de tels exemples, LACHAT (Bail à loyer), p. 555 N 2.6.

<sup>80</sup> ATF 133 III 61, cons. 3.2.2.2 ; BOHNET, Commentaire droit du bail, art. 269 CO N 2.

<sup>81</sup> ATF 136 III 82, cons. 2.

précédent loyer (CO 270 I/b). Il appartient ainsi au locataire de prouver que l'une de ces trois conditions est réalisée<sup>82</sup>. Il n'y a alors en quelque sorte pas d'abus de droit, pas de comportement contradictoire, à conclure d'abord le contrat, puis à contester le loyer initial lorsque ces conditions sont remplies.

51. **L'art. 270 CO** apparaît ainsi comme *une exception légale à l'art. 2 al. 2 CC*, plus particulièrement à l'hypothèse du *venire contra factum proprium* (cf. *supra* N 12). Cela s'explique avant tout par le contexte social et les difficultés liées à la conclusion d'un contrat de bail, notamment en cas de pénurie. Dans une telle hypothèse, il paraît dès lors difficile d'invoquer l'art. 2 al. 2 CC pour retenir qu'il y a abus de droit à contester le loyer initial, lorsque la contestation a lieu dans le délai de péremption de l'art. 270 CO. C'est d'ailleurs là aussi la position du Tribunal fédéral, qui a retenu en 2013 ce qui suit : « Il est vrai que l'on peut voir une contradiction dans le fait d'accepter un loyer en signant le contrat, puis de le contester devant la commission de conciliation. Le législateur a cependant admis cette manière de procéder en adoptant l'art. 270 al. 1 CO, de sorte que l'on ne peut y voir un comportement que le droit ne protège pas. [...] Il n'y a en effet rien de contradictoire dans le fait de négocier un loyer que l'on trouve trop cher et ensuite de le contester parce qu'on le trouve toujours trop élevé »<sup>83</sup>.
52. En revanche, le fait pour le bailleur de maintenir le niveau du loyer malgré l'évolution à la baisse des facteurs déterminants (**CO 270a**) n'est pas en soi un abus de droit ; toutefois, le locataire doit pouvoir rétablir un certain équilibre contractuel. De même, le fait d'augmenter le loyer au-delà de ce qui est autorisé par les facteurs déterminants (**CO 270b**) n'est pas en soi un abus manifeste de droit. La possibilité donnée au locataire de contester la hausse est plutôt le résultat d'une régulation de la liberté contractuelle, mue par des motivations de politique sociale et politique du logement. Il ne s'agit pas vraiment de sanctionner des comportements qui seraient notamment contradictoires ou dénués d'intérêts (cf. *supra* N 9 et 12).
53. On trouve dans la jurisprudence des hypothèses **d'abus de droit dans la contestation** de l'augmentation de loyer. Ainsi, à l'aune de la

---

<sup>82</sup> TF du 28.08.2012, 4A\_250/2012, cons. 2.2 ; TF du 16.10.2002, 4C.169/2002, cons. 2.1 ; TF du 02.04.2013, 4A\_636/2012, cons. 2.2.

<sup>83</sup> TF du 02.04.2013, 4A\_636/2012, cons. 2.3 (non publié in ATF 139 III 249).

jurisprudence en matière de nullité de la forme des contrats, le Tribunal fédéral a retenu parfois un *abus de droit à invoquer le vice de forme de l'augmentation de loyer*. Ainsi, le locataire qui, après s'être rendu compte du vice de forme résultant de la non-utilisation de la formule officielle, s'est abstenu de protester dans le dessein d'en tirer ultérieurement profit agit abusivement<sup>84</sup>. De même, commet un abus de droit le locataire qui, en toute connaissance de cause, a expressément renoncé à la notification d'une augmentation de loyer sur formule officielle et a ensuite exécuté de son plein gré le contrat selon les termes convenus, mais fait ultérieurement valoir la nullité de l'augmentation pour non-usage de la formule officielle<sup>85</sup>.

## B. L'exercice du droit de résiliation

54. Les règles du droit du bail prévoient diverses hypothèses de résiliation ordinaire et extraordinaire. Plusieurs de ces hypothèses ont donné lieu à des jurisprudences relevant le caractère abusif soit du bailleur qui résilie soit du locataire qui conteste la résiliation.

### 1. La résiliation pour défaut de paiement

55. L'art. 257d CO permet au bailleur de résilier le contrat de bail de manière anticipée si le locataire est en demeure de payer et s'il lui a fixé un délai comminatoire conforme aux exigences de la disposition impérative. Si l'une des conditions de l'art. 257d CO n'est pas réalisée, le congé est alors inefficace<sup>86</sup>.
56. Il y a toutefois **plusieurs hypothèses** où la jurisprudence a retenu un abus du bailleur qui résilie le contrat en vertu de l'art. 257d CO<sup>87</sup> :

---

<sup>84</sup> ATF 113 II 187, cons. 1a.

<sup>85</sup> ATF 123 III 70, cons. 3c, JdT 1998 I 8/12 ; ATF 113 II 187, cons. 2b ; ATF 110 II 494/498, JdT 1985 I 365/369 ; TF du 26.05.2003, 4C.59/2003, cons. 7, MP 2003 120 ; TF du 18.10.2001, 4C.134/2001, DB 2002 p. 28 N 17. De même, a été considérée comme abusive la remise en cause de majorations vicieuses vieilles de quinze ans (TC [VD], CdB 2005, p. 92) ; cf. ég. LACHAT (Bail à loyer), p. 406 N 3.2.3 ; STEINAUER, N 592 ss.

<sup>86</sup> Cf. pour les cas de nullité, LACHAT (Bail à loyer), p. 670 ss N 2.3.5.

<sup>87</sup> Cf. ég. COLOMBINI, p. 37 ; WESSNER, Commentaire droit du bail, art. 257d CO N 41 et 43.

57. - Il y a ainsi abus de droit du bailleur qui n'informe pas le juge du paiement du loyer par le locataire dans le délai comminatoire et qui persiste à requérir l'expulsion du locataire<sup>88</sup>.
58. - Le congé peut également être abusif si l'arriéré a été réglé très peu de temps après l'expiration du délai, alors que le locataire s'était jusque-là toujours acquitté à temps du loyer, ou encore si le bailleur résilie le contrat longtemps après l'expiration de ce délai<sup>89</sup>. En revanche, le Tribunal fédéral a retenu dans une affaire récente que si les loyers arriérés n'ont été payés que huit jours après l'échéance du délai comminatoire imparti aux locataires, ce n'était pas « très peu de temps après l'expiration du délai », il n'y avait dès lors pas abus de droit<sup>90</sup>. Ainsi, si les conditions de l'art. 257d CO sont remplies, il n'y aura abus de droit que si le bailleur est mû par un motif réel autre que le défaut de paiement (cf. *supra* N 9)<sup>91</sup>.
59. - Il y a abus de droit si le congé est motivé par la demeure pour un montant impayé insignifiant (cf. *supra* N 10)<sup>92</sup> ; pour cela, il n'est pas nécessaire de comparer le montant avec le loyer mensuel ou l'entier des loyers payés durant la relation contractuelle. Ainsi, un montant de CHF 1'689.- n'a rien d'insignifiant<sup>93</sup>, ni d'ailleurs un solde de décompte de charges de CHF 656.-<sup>94</sup>. Cela vaut indépendamment de l'ampleur du loyer mensuel ou de la somme des loyers payés durant la période contractuelle<sup>95</sup>.
60. - Il y a aussi abus de droit lorsque le bailleur éprouve un doute sur le montant de sa créance et invite le locataire à vérifier le montant réclamé, tout en le menaçant de résiliation avant d'avoir acquis la

---

<sup>88</sup> TF du 23.09.2003, 4C.65/2003, cons. 4.2.1 ; ég. ATF 120 II 31/33, cons. 4b (lors de la fixation du délai comminatoire, le bailleur réclame au locataire une somme largement supérieure à celle en souffrance, sans être certain du montant effectivement dû).

<sup>89</sup> TF du 26.01.2009, 4A\_472/2008, cons. 5.3.1 ; TF du 08.02.2005, 4A.430/2004, cons. 3.1, SJ 2005 I 310/311 ; ég. LACHAT (Bail à loyer), p. 672 N 2.3.6.

<sup>90</sup> TF du 07.11.2013, 4A\_549/2013, cons. 4, SJ 2014 I 105.

<sup>91</sup> BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE, art. 257d CO N 43.

<sup>92</sup> ATF 120 II 31, cons. 4 ; rappelé in : TC VD, CdB 2014 p. 52, cons. 5b.

<sup>93</sup> TF du 07.06.2011, 4A\_299/2011, cons. 6.

<sup>94</sup> TF du 17.01.2011, 4A\_650/2010.

<sup>95</sup> TF du 27.01.2012, 4A\_641/2011, cons. 7, confirmant CACI 5 avril 2011/30 ; cf. ég. TC VD, CdB 2014 p. 52, cons. 5b.

certitude que la somme demandée était justifiée (cf. *supra* N 12)<sup>96</sup>. Il y a surtout abus de droit en présence d'une somme impayée faible, avant tout si la résiliation pour retard de paiement est clairement détournée de son but (cf. *supra* N 9)<sup>97</sup>. Dans l'arrêt de 2012, le Tribunal fédéral a néanmoins considéré que lorsque le locataire s'était abstenu de payer un arriéré de loyer de quatre mois sans fournir d'explications, puis avait persisté à ne rien verser tout en occupant les locaux et avait laissé s'écouler encore quinze jours après le dépôt d'une requête en évacuation, il n'y avait alors pas abus de droit à résilier le contrat sur la base de l'art. 257d CO, même si l'on ne pouvait ignorer en l'espèce l'intérêt du locataire au maintien du contrat, compte tenu des travaux qu'il avait effectués<sup>98</sup>.

61. - Il y a également abus de droit à invoquer l'inefficacité du congé donné le dernier jour du délai comminatoire, lorsque le locataire n'a jamais eu l'intention de s'acquitter du loyer<sup>99</sup>.
62. - En revanche, résilier le bail pour cause de demeure du locataire n'est pas constitutif d'abus de droit, lorsque ce dernier est au bénéfice d'un plan précis de remboursement qu'il ne respecte pas et qui entraîne alors l'exigibilité immédiate de l'entier du solde impayé<sup>100</sup>, pour autant que ce solde ne soit pas insignifiant (cf. *supra* N 59). En l'occurrence, le locataire avait certes invoqué la compensation, mais apparemment sans respecter les exigences de spécification lors de la déclaration ni pour un montant permettant de payer l'ensemble de la créance échue.
63. Certains arrêts en lien avec l'art. 257d CO évoque l'abus de droit en lien avec des **questions de forme**. On peut relever notamment les situations suivantes :
64. - Il est abusif d'invoquer l'absence de notification du loyer initial sur formule officielle pour s'opposer à une résiliation ordinaire<sup>101</sup> ; le

---

<sup>96</sup> ATF 120 II 31, cons. 4b ; rappelé par l'arrêt du TF du 11.06.2012, 4A\_108/2012, cons. 4.3. Cf. ég. la jurisprudence cantonale rappelée par COLOMBINI, p. 56.

<sup>97</sup> STEINAUER, N 579 n. 19.

<sup>98</sup> TF du 11.06.2012, 4A\_108/2012, cons. 4.4.

<sup>99</sup> ATF 121 III 156 ; TF du 04.07.2006, 4C.96/2006 ; TF du 01.07.2003, 4C.88/2003.

<sup>100</sup> TC VD, CdB 2014, p. 52.

<sup>101</sup> Cf. pour un cas proche dans lequel le locataire au bénéfice d'un contrat de durée déterminée en demande la prolongation sans signer le document, ATF 138 III 123/128 s., cons. 2.5.

but de la formule officielle étant avant tout d'informer, la conséquence de l'absence de son usage n'entraîne ni la nullité du contrat, ni celle des termes du loyer, mais uniquement du montant. Par ailleurs, on ne saurait attendre indûment avant d'invoquer une nullité, sous peine de se voir opposer un comportement abusif<sup>102</sup>.

65. - Le Tribunal fédéral s'est aussi prononcé sur le fait que la résiliation fondée sur l'art. 257d CO n'avait pas été communiquée séparément aux deux conjoints (CO 266n). En principe, une telle résiliation même fondée sur l'art. 257d CO est nulle. Le locataire a toutefois un devoir d'information sur sa situation familiale. Ici, il pourra cependant invoquer la nullité malgré son défaut d'information, sous réserve d'un abus de droit qui ne sera retenu qu'exceptionnellement<sup>103</sup>. Un tel abus de droit est toutefois donné lorsque le locataire a volontairement caché son mariage pour pouvoir exciper de la nullité de la résiliation extraordinaire du bail<sup>104</sup>. L'abus de droit a aussi été retenu lorsque les locataires n'avaient pas informé le bailleur que leur famille s'était installée dans un bien-fonds contenant essentiellement des locaux commerciaux à usage d'hôtel-restaurant<sup>105</sup>.
66. - Enfin, il est aussi abusif de droit que le locataire s'oppose à une résiliation fondée sur l'art. 257d al. 2 CO en invoquant un vice de forme, alors qu'il a régulièrement versé son loyer durant sept ans, comme si le contrat était valable, et qu'il a en outre attendu qu'il soit statué sur son expulsion pour faire valoir le vice de forme<sup>106</sup>.

## 2. Le congé contrevenant aux règles de la bonne foi

67. En vertu des art. 271 et 271a CO, un congé est annulable s'il contrevient aux règles de la bonne foi. Malgré la référence aux règles de la bonne foi, la doctrine majoritaire et le Tribunal fédéral considèrent que ces deux dispositions sont des cas d'application de l'art. 2 al. 2 CC, à savoir des concrétisations du principe général de l'abus de droit<sup>107</sup>.

---

<sup>102</sup> ATF 137 III 547, cons. 2.3, JdT 2012 II 112.

<sup>103</sup> TF du 23.03.2007, 4C\_441/2006.

<sup>104</sup> TF du 23.03.2007, 4C\_441/2006.

<sup>105</sup> ATF 137 III 208.

<sup>106</sup> TF du 05.02.2001, 4C.315/2000.

<sup>107</sup> ATF 139 III 353, cons. 2.2 non publié (TF du 28.06.2013, 4A\_37/2013), qui cite la jurisprudence précédente ; ég. TF du 11.06.2012, 4A\_108/2012, cons. 4.3 ; cf. ég.

Ainsi pour ces auteurs, la volonté du législateur<sup>108</sup> était de prévoir que les art. 271 et 271a CO soient considérés comme une *lex specialis* de l'art. 2 al. 2 CC<sup>109</sup>, ce qui exclut d'appliquer l'art. 2 al. 2 CC à côté des art. 271 et 271a CO. Ce faisant, le Tribunal fédéral exclut pour cette dernière disposition que l'abus d'un droit soit sanctionné de nullité absolue<sup>110</sup> ; les congés abusifs de cette disposition ne sont pas nuls mais « *annulables* ». Le Tribunal fédéral admet toutefois qu'il n'est pas nécessaire que l'attitude de la partie donnant congé à l'autre constitue un abus de droit « manifeste »<sup>111</sup>.

68. Quand bien même le Tribunal fédéral renonce à l'exigence restrictive de l'abus de droit *manifeste*, l'art. 2 al. 2 CC se distingue (déjà par ses effets) des art. 271 ou 271a CO et devrait donc s'appliquer de façon alternative dans le cas où les conditions de ces dispositions ne seraient pas remplies<sup>112</sup>. En effet, il est juste de protéger les locataires d'habitations et de locaux commerciaux au moins aussi bien que les locataires d'autres objets immobiliers qui ne tombent pas sous le coup des art. 271 et 271a CO. Or, pour ces derniers, la résiliation qui tombe sous le coup de l'art. 2 al. 2 CC est nulle de plein droit<sup>113</sup>. Partant, l'art. 2 al. 2 CC devrait pouvoir s'appliquer même si le locataire n'a pas respecté le délai de péremption de trente jours de l'art. 273 CO<sup>114</sup> pour invoquer la protection des art. 271 et 271a CO<sup>115</sup>. Admettre le concours des deux moyens ne mettra toutefois pas en péril la sécurité juridique.

---

CONOD, Commentaire droit du bail, art. 271 CO N 7 ss et les nombreux exemples.

- 108 ATF 109 II 153, cons. 3c/cc, JdT 1983 I 545\* ; ég. Message, p. 1439.
- 109 ATF 133 III 175, cons. 3.3.4, JdT 2008 I 314 et commentaire de cet arrêt par HIGI, PJA 2007 784 ss ; CONOD, Commentaire droit du bail, art. 271 CO N 6 ; BARBEY (Protection), p. 117 s. N 30 ; ZK-HIGI, art. 271 CO N 13 et art. 271-273c CO N 63 ; CORBOZ, p. 25 ; BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE, art. 271 CO N 19-24 ; CHK-HEINRICH, art. 271-271a CO N 2 (« OR 271 und 271a gehen als *lex specialis* ZGB 2 vor » ; TERCIER/FAVRE/BUGNON (in TERCIER/FAVRE), p. 396 N 2690 ; implicitement ég. ATF 120 II 31, cons. 4, JdT 1995 I 155\* ; TF du 29.03.1996, 4C.333/1995, cons. 2a.
- 110 LACHAT (Bail à loyer), p. 728 N 22.
- 111 Récemment arrêt du TF du 23.09.2013, 4A\_586/2012 ; ég. ATF 120 II 105, cons. 3 ; 120 II 31, cons. 4a ; ég. 135 III 112, cons. 4.1 ; 136 III 190, cons. 2.
- 112 Eg. LACHAT (Bail à loyer), p. 728 N 2.6 ; et déjà PICHONNAZ (DB 2008), p. 38 ss, en part. p. 40.
- 113 Dans ce sens ég., LACHAT, p. 728 ; ZK-WEBER, art. 271-271a CO N 29.
- 114 ATF 139 III 478, cons. 6.2.
- 115 PICHONNAZ (DB 2008), p. 38 ss, en part. p. 40.

Au contraire, il éviterait de fixer une limite temporelle à l'art. 2 al. 2 CC sans que la loi ne le dise. En effet, la limite de l'art. 273 CO se justifierait essentiellement par rapport à l'art. 271 CO et non pour l'art. 2 al. 2 CC, dès lors que celui-ci peut être invoqué de façon autonome. D'ailleurs, norme impérative dont le juge doit examiner d'office le respect<sup>116</sup>, l'art. 2 al. 2 CC ne saurait être écarté de manière générale.

69. Rappelons qu'il n'y a pas abus de droit à donner son congé au locataire en vue d'obtenir d'un nouveau locataire un loyer plus élevé, sous réserve d'une éventuelle attitude contradictoire de l'intéressé<sup>117</sup>.

### 3. L'abus de droit dans la forme de la résiliation

70. Il y a d'autres hypothèses que celles déjà mentionnées (cf. *supra* N 64 s.) dans lesquelles l'invocation du non-respect des exigences de forme de l'art. 266l CO est constitutif d'abus de droit. En principe, si les règles de forme pour la résiliation ne sont pas respectées, la résiliation est nulle (CO 266o). Cette invocation n'est pas limitée dans le temps, sauf abus de droit<sup>118</sup>.
71. Dans un arrêt récent<sup>119</sup>, le Tribunal fédéral a aussi retenu que la notification du congé était valable même si la signature manuscrite figurait uniquement sur la lettre d'accompagnement et qu'un lien évident résultant du contenu existait entre celle-ci et la formule officielle<sup>120</sup>. Même s'il ne mentionne pas l'abus de droit en l'espèce, le Tribunal fédéral indique tout de même que si l'on n'acceptait pas cette position, « on tomberait dans l'excès »<sup>121</sup>.

---

<sup>116</sup> CR-CHAPPUIS, art. 2 CC N 25 s.

<sup>117</sup> ATF 136 III 190, cons. 2 ; 120 II 105, cons. 3b.

<sup>118</sup> LACHAT (Bail à loyer), p. 628 N 2.4.

<sup>119</sup> ATF 140 III 54 (TF du 07.11.2013, 4A\_285/2013) ; cf. toutefois déjà l'arrêt du TF du 10.07.1998, 4C.32/1998, cons. 2, auquel se référerait d'ailleurs la recourante dans cette affaire ; cf. ég. la décision (confirmée par cet arrêt) de la Chambre d'appel en matière de baux et loyers (GE) du 10.11.1997, DB 1999 p. 29 N 21.

<sup>120</sup> Cf. pour un commentaire PICHONNAZ (Le point), p. 208.

<sup>121</sup> ATF 140 III 54, cons. 2.2.

#### 4. Un *venire contra factum proprium* en matière de résiliation

72. On peut relever toute une série de cas. Ainsi, exerce son droit de façon abusive le locataire qui fait valoir la protection contre un congé-représailles (CO 271a I/a) alors qu'il n'a pas lui-même usé de ses droits conformément à la loi<sup>122</sup>. Il en va de même du locataire qui conteste (de façon abusive) les prétentions du bailleur dans le seul dessein de se prémunir contre un congé ultérieur<sup>123</sup>. De manière générale, on peut ainsi dire que l'art. 271a CO protège le locataire pour autant qu'il n'ait pas introduit la procédure au mépris des règles de la bonne foi, ce qui deviendrait alors constitutif d'abus de droit<sup>124</sup>. Cet abus pourrait alors avoir des conséquences sur les dommages-intérêts à accorder lors de l'annulation du congé<sup>125</sup>.
73. Enfin, un bailleur qui résilie le contrat en faisant valoir un besoin urgent d'occuper les locaux, alors que ce besoin existait déjà au moment de la conclusion du bail, commet un abus manifeste de son droit<sup>126</sup>.

#### 5. Le délai pour résilier

74. En l'absence de délai de péremption expresse (cf. CO 273), la nullité d'une résiliation n'est pas limitée dans le temps. Ainsi, en droit fédéral, le conjoint peut exercer à n'importe quel stade de la procédure les droits conférés par l'art. 271a al. 2 CO. Le Tribunal fédéral a ainsi admis qu'il n'y avait pas abus de droit à n'intervenir qu'au stade du recours pour faire valoir un moyen<sup>127</sup>.
75. Si l'on voulait poser une limite, ce délai de péremption prétorien<sup>128</sup> reposerait non pas sur la notion d'abus manifeste d'un droit<sup>129</sup>, mais

---

<sup>122</sup> STEINAUER, N 602.

<sup>123</sup> ATF 114 II 79.

<sup>124</sup> LACHAT (Bail à loyer), p. 749 N 5.5.6 ; ZK-HIGI, art. 271a CO N 256 s. ; BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE, art. 271a CO N 36.

<sup>125</sup> LACHAT (Bail à loyer), p. 761 N 7.6.

<sup>126</sup> ATF 118 II 50, JdT 1993 I 290\*.

<sup>127</sup> ATF 115 II 361, cons. 4c.

<sup>128</sup> Sur ces délais, cf. ALLIMANN, N 532 ss.

<sup>129</sup> Cf. toutefois CR-CHAPPUIS, art. 2 N 36 ; ég. TF du 02.03.2006, 4C.371/2005, SJ 2007 I 7, sic ! 2006 500 ; ATF 130 III 113, cons. 4, JdT 2004 I 296 (abus de droit non admis) ; 117 II 575.

bien sur la violation du principe de la bonne foi (CC 2 I), comme l'a montré de manière convaincante B. ALLIMANN<sup>130</sup>.

## VI. En guise de conclusion

76. Dans sa relation à l'abus de droit, le droit du bail est à l'image d'autres domaines du droit. On y retrouve nombre de situations qui concrétisent le principe général de l'art. 2 al. 2 CC, qui vise à rendre ineffectifs des comportements contradictoires ou qui ne reposent pas sur la défense d'un intérêt ou d'un intérêt visé par la disposition légale invoquée. Pour ce type de situations, notre présentation ne peut se borner qu'à rappeler diverses jurisprudences typiques, mais elle reste marquée par une approche avant tout casuistique. En effet, les juges rappellent en ce domaine, comme en d'autres, qu'il ne faut retenir l'abus de droit qu'avec grande retenue et après un examen de l'ensemble des faits.
77. Ensuite, l'abus de droit est parfois invoqué à tort comme fondement d'une institution juridique ; partant, nous avons là aussi laissé de côté un examen détaillé de ces questions. La péremption fondée sur une décision prétorienne ou la révision du contrat pour cause de modifications importantes des circonstances (« *clausula rebus sic stantibus* ») reposent bien plus sur les exigences d'un comportement conforme à la bonne foi (CC 2 I) que sur l'abus de droit<sup>131</sup>. La relation entre résiliation pour justes motifs (CO 266g ou CO 297) et le régime de l'imprévision dépasse également cette présentation<sup>132</sup>.
78. Nous avons toutefois identifié des situations dans lesquelles le principe général de l'interdiction de l'abus de droit paraît – au vu de la jurisprudence à tout le moins – écarté définitivement au profit d'une règle plus spéciale prévue en matière de bail à loyer. Le résultat est parfois peu satisfaisant, puisque notamment en matière de résiliation abusive, l'invocation tardive de la résiliation abusive au sens des art. 271 et 271a CO aurait pour effet d'exclure tout recours subsidiaire à l'art. 2 al. 2 CC. Cela nous paraît peu conforme à l'idée que l'art. 2 al. 2

---

<sup>130</sup> ALLIMANN, N 705 ss, ég. N 725 ss et N 1026 ss ; pour la doctrine et la jurisprudence, qui fondent la péremption sur la notion d'abus de droit, cf. les références nombreuses chez ALLIMANN, N 534 ss.

<sup>131</sup> Pour une présentation récente du régime de la *clausula rebus sic stantibus* et de nombreux arrêts, cf. not. KRAMER, p. 273-286 ; PICHONNAZ (Modification), p. 21-54.

<sup>132</sup> Cf. toutefois ZK-HIGI, art. 266g CO N 20-28.

CC est une norme générale, qui ne saurait être écartée même implicitement par le législateur. L'abus de droit n'étant admis par le Tribunal fédéral qu'avec une extrême retenue<sup>133</sup>, admettre le concours entre ces deux voies n'aurait pas des effets dramatiques sur le système juridique, mais permettrait au moins d'assurer la sanction des comportements extrêmes.

---

<sup>133</sup> CR-CHAPPUIS, art. 2 CC N 25 ; ATF 131 III 225, cons. 4.2 ; TF du 26.01.2012, 4A\_647/2011, cons. 4.1.

## Bibliographie

- ACHTARI ANNICK, Le devoir du lésé de minimiser son dommage – Etude en droit des obligations, Zurich/Bâle/Genève 2008
- ALLIMANN BAPTISTE, La péremption – Etude en droit privé suisse, Thèse, Fribourg/Genève 2011
- AMSTUTZ MARC *et al.* (édit.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zurich 2012 (CHK-AUTEUR)
- BARBEY RICHARD, Le transfert du bail commercial (art. 263 CO), SJ 1992 33 ss (Transfert)
- BARBEY RICHARD, Commentaire du droit du bail : Protection contre les congés concernant les baux d'habitation et de locaux commerciaux, 1. Introduction et art. 271-271a CO, Genève 1991 (Protection)
- BOHNET FRANÇOIS/MONTINI MARINO (édit.), Droit du bail à loyer, Commentaire pratique, Bâle 2010 (cité : AUTEUR, Commentaire droit du bail)
- BOSSART STEULET CARMEN, Tribunal fédéral – 10.01.2012 – X.c.Y.SA – 4A\_490/2011, DB 2012, 27 ss
- BURKHALTER PETER R./MARTINEZ-FAVRE EMMANUELLE (trad.), Le droit suisse du bail à loyer – Commentaire SVIT, Genève/Zurich/Bâle 2011
- COLOMBINI JEAN-LUC, Condensé de la jurisprudence fédérale et vaudoise dès 2009 en matière de congé donné en raison du défaut de paiement du loyer (art. 257d CO), JdT 2012 III 37 ss
- CONOD PHILIPPE, art. 271, in : FRANÇOIS BOHNET/MARINO MONTINI (édit.), Droit du bail à loyer – CO et OBFL, contrats-cadres, droit international privé, dispositions pénales – Commentaire pratique, Bâle 2010
- CORBOZ BERNARD, Les congés affectés d'un vice, in : PIERRE WESSNER *et al.*, 9<sup>e</sup> Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 1996
- DESCHENAUX HENRY, Le titre préliminaire du Code civil, in : Traité de droit civil suisse, T. II/1, Fribourg 1969
- GIGER HANS, Art. 253-255, in : die Miete, Grundsatzanalyse, Vorbemerkungen und Art. 253-255 OR, Berner Kommentar, Berne 2013
- GUINAND JEAN/WESSNER PIERRE, Bail à loyer, FJS 360 1991

KOLLER ALFRED, Vom Formmangel und seinen Folgen, in : ALFRED KOLLER (édit.), Der Grundstückskauf, 2<sup>e</sup> éd., Berne 2001

KRAMER ERNST A., Neues zur Clausula rebus sic stantibus, RSJ 110 (2014), 273 ss

LCHAT DAVID/TRÜMPY JAKOB, Die vorzeitige Rückgabe der Mietsache (Art. 264), Fachreihe Mietrecht N° 6, Zurich 1999

PICHONNAZ PASCAL, Commentaire de l'ATF 133 III 175, protection contre les congés, DB 2008, 38 ss (DB 2008)

PICHONNAZ PASCAL, Le Centenaire du Code des obligations – Un code toujours plus hors du code, RDS 2011 II 117 ss (Le Centenaire)

PICHONNAZ PASCAL, Le point sur la partie générale du CO, RSJ 110 (2014) 206 ss (Le point)

PICHONNAZ PASCAL, La modification des circonstances et l'adaptation du contrat, in : PASCAL PICHONNAZ/Franz Werro (édit.), La pratique contractuelle 2, Genève/Zurich/Bâle 2011, p. 21 ss (Modification)

RONCORONI GIACOMO, Zu den zwei ersten allgemeinverbindlich erklärten Rahmenmietverträgen der Schweiz, MP 2004 1 ss

SCHMID JÖRG, Vertragsrecht und Realerfüllung, in Gauchs Welt, FS für Peter Gauch, Zurich 2004, p. 589 ss

STEINAUER PAUL-HENRI, Le Titre préliminaire du Code civil, in : Traité de droit privé suisse, T. II/1, Bâle 2009

TUOR PETER/SCHNYDER BERNHARD/SCHMID JÖRG/RUMO-JUNGO ALEXANDRA, Das Zivilgesetzbuch, 13<sup>e</sup> éd., Zurich 2009

WALTER HANS PETER, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Einleitungstitel des ZGB in den Jahren 2007 bis 2009 – Veröffentlicht in den Bänden 133 bis 135, RJB 2011, 222 ss