

LE NOUVEAU DROIT DU BAIL A LOYERLA PROTECTION CONTRE LES CONGES

(Généralités, protection paritaire et prolongation du bail)

par Giacomo Roncoroni,

Chef de la Section du droit des obligations de l'Office  
fédéral de la justice, Berne

Sommaire

- Première partie : Les caractéristiques générales de la protection  
contre les congés
- § 1 : La systématique
  - § 2 : Les types de protection
  - § 3 : La protection des deux parties et la protection du  
seul locataire
  - § 4 : Les dispositions impératives
- Deuxième partie : Le champ d'application des art. 271 ss. CO
- § 1 : Les baux d'habitations et de locaux commerciaux
  - § 2 : Le congé valable
  - § 3 : Le congé ordinaire et le congé anticipé
  - § 4 : Le logement de la famille
  - § 5 : La sous-location
  - § 6 : Les baux à loyer et les baux à ferme
- Troisième partie : La motivation du congé (art. 271 al. 2 CO)
- § 1 : Le but de la réglementation
  - § 2 : La violation de l'obligation de motiver le congé
  - § 3 : La fausse motivation
  - § 4 : L'indication de faux motifs dans le congé
- Quatrième partie : La protection paritaire contre les congés abusifs  
(art. 271 al. 1 CO)
- § 1 : L'art. 271 al. 1 CO

- § 2 : Le rapport entre l'art. 271 al. 1 CO et l'art. 2 CC
- § 3 : La sanction
- § 4 : La parité
- § 5 : Le fardeau de la preuve
- § 6 : Quelques exemples de congés abusifs du bailleur

Cinquième partie : La prolongation du bail

- § 1 : Les conditions
- § 2 : Les exceptions
- § 3 : Le fardeau de la preuve
- § 4 : La durée de la prolongation
- § 5 : Le bail pendant la prolongation

Sixième partie : La procédure en matière de protection contre les congés (art. 273 CO)

- § 1 : La contestation du congé
- § 2 : La prolongation

PREMIERE PARTIE : LES CARACTERISTIQUES GENERALES

§ 1 La systématique

Le Chapitre III du Titre huitième du nouveau droit du bail à loyer ("Protection contre les congés concernant les baux d'habitations et de locaux commerciaux", art. 271-273c CO) présente la systématique suivante:

- A. Annulabilité du congé
  - I. En général (art. 271 CO)
  - II. Congé donné par le bailleur (art. 271a CO)
- B. Prolongation du bail
  - I. Droit du locataire (art. 272 CO)
  - II. Exclusion de la prolongation (art. 272a CO)
  - III. Durée de la prolongation (art. 272b CO)
  - IV. Validité du bail (art. 272c CO)
  - V. Congé donné pendant la prolongation (art. 272d CO)
- C. Procédure: autorité et délais (art. 273 CO)
- D. Logement de la famille (art. 273a CO)
- E. Sous-location (art. 273b CO)
- F. Dispositions impératives (art. 273c CO)

## § 2 Les types de protection

### A. Les deux systèmes

Le nouveau droit prévoit une protection contre les congés reposant sur deux systèmes différents: la contestation du congé et la prolongation du bail. En principe, il n'existe aucun lien nécessaire entre les deux systèmes: la prolongation du bail peut être prévue même par une loi - comme c'était le cas dans l'ancien droit - qui ne connaît pas l'annulabilité du congé; à l'inverse, il peut y avoir des possibilités légales d'annuler le congé sans que la prolongation du bail soit prévue. Ce n'est donc pas par nécessité logique, mais par choix politique que le nouveau droit exige que la possibilité de prolonger le bail soit examinée d'office lorsqu'une demande en annulation du congé est rejetée (cf. art. 274e al. 3 et art. 274f al. 3 CO).

Les deux systèmes visent à garantir l'existence du bail, à le maintenir contre la volonté de l'une des parties. Mais, ce but commun est atteint de manière différente: l'annulation enlève tout effet au congé; la prolongation, elle, ne fait que retarder la fin du bail, notamment en reportant les effets du congé. Cela explique pourquoi seule la prolongation est possible lorsque le bail est conclu pour une durée déterminée et qu'il expire donc sans congé.

Une différence plus importante encore réside dans les motifs qui justifient les deux systèmes de protection: pour la contestation du congé, c'est le reproche moral adressé à celui qui l'a donné en violant les règles de la bonne foi; pour la prolongation, ce sont les conséquences pénibles de la fin du bail (cf. Mess. 1985, FF 1985 I p. 1389; D. Lachat/ J. Micheli, Le nouveau droit du bail, Lausanne 1990, p. 337).

Les deux systèmes se différencient aussi en ce qui concerne l'ayant-droit. La loi estime que les conséquences pénibles ne doivent être considérées que lorsqu'elles touchent le locataire; elle n'accorde dès lors qu'à celui-ci le droit de demander la prolongation du bail. L'annulation du congé peut par contre être demandée par les deux parties, car le bailleur comme le locataire peuvent contrevenir au principe de la bonne foi.

### B. L'annulabilité

La réglementation légale de l'annulabilité est en principe paritaire; la clause générale (art. 271 al. 1 CO) s'applique donc de la même manière aux deux parties. Toutefois, la nature différente des prestations - loyer/habitation ou locaux commerciaux - justifie que la protection des locataires soit privilégiée. La loi prévoit ainsi une disposition qui ne vise que les congés du bailleur (art. 271a al. 1 CO).

En examinant cette disposition, on constate qu'elle contient des états de fait fondamentalement différents:

- Certains (cf. art. 271a al. 1 let. a, b, c et f CO) se basent - à l'instar de la clause générale - sur un reproche moral: le congé est annulable parce que les motifs pour lesquels il est donné ne sont pas dignes de protection. Dans ces cas, c'est le lien de causalité entre le congé et ses motifs qui est déterminant: le congé donné pour l'un de ces motifs est abusif de par la loi et, partant, annulable (cf. Lachat/Micheli, op. cit., p. 321).
- Dans les autres cas (cf. art. 271a al. 1 let. d et e CO), le législateur impose au bailleur une interdiction temporaire de résilier. Ici, les motifs du congé ne jouent plus aucun rôle: sous réserve des exceptions expressément prévues (art. 271a al. 3 CO), le législateur a établi la présomption irréfutable (fiction) que les congés donnés pendant cette période sont contraires aux règles de la bonne foi (cf. dans le même sens Lachat/Micheli, op. cit., p. 321).

Cette différence dans la protection des locataires ne revêt pas seulement un intérêt dogmatique; elle est aussi importante s'agissant de la motivation du congé et des exceptions à la protection.

### **§ 3 La protection des deux parties et la protection du seul locataire**

Les art. 271-273c CO contiennent des dispositions qui protègent les deux parties et d'autres qui protègent le seul locataire.

Font partie de la première catégorie l'art. 271 al. 1 et l'art. 273 al. 1 CO, qui posent les conditions matérielles, resp. formelles de la contestation du congé, l'art. 271 al. 2 CO qui prévoit l'obligation de motiver le congé, et l'art. 272c al. 1 CO, qui permet l'adaptation du bail en cas de prolongation. Ainsi, tant le bailleur que le locataire pourront demander les motifs du congé et contester dans les 30 jours un congé contraire aux règles de la bonne foi. Et, si une demande de prolongation du bail est pendante, tant le locataire que le bailleur peuvent exiger que les conditions du bail soient modifiées dans l'éventuelle décision de prolongation; il s'agira dans la pratique surtout de l'adaptation du loyer aux changements du taux hypothécaire.

### **§ 4 Les dispositions impératives**

Le locataire peut renoncer aux droits que lui confèrent les dispositions concernant la protection contre les congés seulement si la loi le prévoit expressément (art. 273c al. 1 CO). Le seul cas prévu est celui de l'art. 272b al. 2 CO: la convention de prolongation du bail peut exclure la deuxième prolongation, bien que la loi accorde en principe au locataire le droit de la demander (cf. art. 272 al. 3 et art. 273 al. 3 CO; cf. aussi Mess. 1985, FF 1985 I p. 1473).

Dans les autres cas, les renonciations du locataire sont nulles (art. 273c al. 2 CO; pour la prolongation cf. déjà art. 267e al. 1 anc. CO et Schmid, Zürcher Kommentar, vol. V/2/b, Zurich 1974 et 1977, N 1 ss à l'art 267e).

L'art. 273c al. 1 CO ne parle que des renonciations du locataire. On pourrait donc en déduire que le bailleur peut valablement renoncer aux droits que lui accordent les art. 271 ss CO. L'analyse de ces dispositions (cf. G. Roncoroni, *Zwingende und dispositive Bestimmungen im revidierten Mietrecht*, in mp 1990, p. 85 s. et 91) montre cependant que si le bailleur peut renoncer à son droit de demander la motivation du congé (art. 271 al. 2 CO), il ne peut par contre renoncer aux droits de contester le congé (art. 271 al. 1 CO) et de demander l'adaptation du bail en cas de prolongation (art. 272c al. 1 CO).

## DEUXIEME PARTIE : LE CHAMP D'APPLICATION DES ART. 271 ss CO

### § 1 Les baux d'habitations et de locaux commerciaux

Les art. 271 ss CO s'appliquent aux baux d'habitations et de locaux commerciaux (pour les notions cf. Mess. 1985, FF 1985 I p. 1402; Lachat/Micheli, op. cit., p. 55 s. et 58; Schmid, op. cit., N 6 à l'art. 267a; A. Thanei, *Die Erstreckung des Mietverhältnisses*, Zurich 1990, p. 5 ss), à l'exclusion donc des baux portant sur d'autres immeubles ou sur des choses mobilières.

En ce qui concerne les habitations et les locaux commerciaux, il est utile de rappeler que la protection contre les congés - à la différence de la protection contre les loyers abusifs (art. 253b al. 2 et 3 CO) - s'applique tant aux appartements et aux maisons familiales de luxe (pour la notion cf. Lachat/Micheli, op. cit., p. 56 s.) qu'aux locaux d'habitations subventionnés par les pouvoirs publics et dont le loyer est contrôlé par une autorité (pour la notion cf. Lachat/Micheli, op. cit., p. 57 s.). En outre, elle est également applicable aux choses louées avec des habitations ou des locaux commerciaux (art. 253a al. 1 CO; cf. Lachat/Micheli, op. cit., p. 58 s.; Thanei, op. cit., p. 6).

S'agissant d'appartements de vacances, la protection contre les congés n'est accordée que s'ils ont été loués pour plus de trois mois (art. 253a al. 2 CO; cf. Lachat/Micheli, op. cit., p. 57 et n. 26).

### § 2 Le congé valable

Les art. 271 ss CO ne s'appliquent qu'aux congés valables (pour la prolongation cf. Thanei, op. cit., p. 8, et déjà Schmid, op. cit., N 8 à l'art. 267a), soit aux congés donnés dans les formes prescrites par les art. 266l à 266n CO (cf. à ce sujet Lachat/Micheli, op. cit., p. 283 ss et 322; Thanei, op. cit., p. 9).

Les congés qui ne respectent pas ces conditions sont nuls (art. 266o CO); ils ne produisent aucun effet, et le bail continue d'exister; il est donc inutile de se demander si le congé est conforme aux règles de

la bonne foi ou si la cessation du bail aurait pour le locataire des conséquences pénibles. La procédure reflète d'ailleurs cela: la nullité est examinée d'office et peut être invoquée à n'importe quel moment; l'annulation du congé et la prolongation du bail doivent par contre être demandées dans les 30 jours qui suivent la réception du congé (art. 273 al. 1 et 2 CO).

### § 3 Le congé ordinaire et le congé anticipé

Par rapport aux modalités (délais et termes) prévues par la loi pour la résiliation du bail, on distingue deux catégories de congés: les congés ordinaires et - l'adjectif extraordinaire s'avérant trop étroit - les congés anticipés. Le congé ordinaire est celui qui, selon la loi, doit être donné en observant un préavis minimum de trois mois (habitations, art. 266c CO) ou de six mois (locaux commerciaux, art. 266d CO); le congé anticipé est celui pour lequel la loi prévoit un délai plus court ou un terme plus proche que ceux qui s'appliqueraient normalement.

La protection contre les congés prévue aux art. 271 ss CO vaut pour les deux types de congé (Lachat/Micheli, op. cit., p. 331).

Cette protection s'applique aussi aux congés donnés sans respecter le délai ou le terme conventionnels ou légaux et qui produisent effet, de par la loi (art. 266a al. 2 CO), pour le prochain terme possible; dans le cas contraire, il suffirait de ne pas respecter le délai ou le terme de congé pour éviter tout contrôle du caractère abusif du congé et toute prolongation du bail, voire tout contrôle de l'existence de motifs justifiant le congé anticipé.

Les congés anticipés appellent quelques explications. Ce type de congé n'est possible que lorsqu'il existe des motifs considérés par la loi comme dignes de protection. Or, l'existence de ces motifs exclut d'emblée et de manière absolue que le congé puisse être contraire au principe de la bonne foi (art. 271 al. 1 et art. 271a al. 1 let. a, b, c et f CO) et exclut par conséquent tout reproche moral à l'adresse de celui qui a donné le congé (dun autre avis Lachat/Micheli, op. cit., p. 331 s., qui admettent que la résiliation anticipée pour retard dans le paiement du loyer ou en raison de la faillite du locataire peut être contraire aux règles de la bonne foi).

La protection du bailleur étant limitée aux cas de congés contraires à la bonne foi (art. 271 al. 1 CO), le problème de la protection ne peut pas se poser pour les congés anticipés donnés par le locataire (cf. sur ces cas Lachat/Micheli, op. cit., p. 123 s. et 316 s), que les motifs justifiant le congé soient liés à la personne du bailleur (demeure dans la remise en état, art. 259b let. a CO), du locataire (décès, art. 266i CO), ou de l'un des deux (justes motifs, art. 266g CO).

Il ne reste donc que les congés anticipés donnés par le bailleur (cf. sur ces cas Lachat/Micheli, op. cit., p. 148 ss et 297 à 309). S'ils sont justifiés - on l'a vu -, il ne peuvent pas être contraires aux règles de la bonne foi. Ils peuvent cependant avoir été donnés pendant

une interdiction temporaire de résilier (art. 271a al. 1 let. d et e CO) ou avoir des conséquences pénibles pour le locataire. C'est donc sous ces deux aspects qu'ils doivent être examinés.

Ici, il suffit d'indiquer que les motifs justifiant la résiliation anticipée du bailleur peuvent être liés à la personne du locataire (demeure, art. 257d CO; violation grave du devoir de diligence, art. 257f CO; faillite, art. 266h CO), du locataire ou du bailleur (justes motifs, art. 266g CO), ou, encore, du nouveau propriétaire de la chose louée (besoin propre urgent, art. 261 al. 2 let. a CO).

#### **§ 4 Le logement de la famille**

S'agissant de locaux d'habitation qui servent de logement à la famille (cf. pour la notion H. Hausheer/R. Reusser/Th. Geiser, *Kommentar zum Eherecht*, vol. I, Berne 1988, N 13 ss aux art. 169 CC et 271a anc. CO), l'art. 273a al. 1 CO dispose que le conjoint du locataire peut s'opposer au congé du bailleur comme s'il était lui-même locataire. La disposition est reprise de l'ancien droit (cf. art. 271a al. 2 CO du 5 octobre 1984, entré en vigueur le 1er janvier 1988). Le nouveau droit prévoit au surplus que la convention de prolongation passée entre le bailleur et le locataire nécessite pour sa validité le consentement du conjoint de ce dernier (art. 273a al. 2 CO; cf. Lachat/Micheli, op. cit., p. 285, avec renvois).

La protection offerte par ces normes au conjoint du locataire est justifiée par la fonction spéciale de la chose louée (cf. aussi art. 266n CO). Du point de vue de la protection contre les congés, le bail est ainsi traité comme s'il avait été conclu avec les deux époux, bien que le conjoint du locataire ne soit pas partie au contrat (cf. Hausheer/Reusser/Geiser, op. cit., N 71 aux art. 169 CC et 271a anc. CO; Lachat/Micheli, op. cit., p. 285, avec renvois).

#### **§ 5 La sous-location**

L'art. 273b CO règle la protection du sous-locataire contre les congés donnés par le locataire/sous-bailleur.

En principe, le sous-locataire est traité comme un locataire unique ou principal: il peut donc contester le congé donné par son cocontractant, le locataire/sous-bailleur, et demander la prolongation du bail. Toutefois, du fait que le locataire/sous-bailleur ne dispose pas de la chose comme un bailleur unique ou principal, mais qu'il est lié par le bail principal, la loi prévoit, en s'inspirant de l'ancien droit (cf. art. 267d al. 1 anc. CO; Schmid, op. cit., N 1 ss à l'art. 267d), que la sous-location ne peut en aucun cas durer plus longtemps que le bail principal (art. 273b al. 1 CO; cf. Lachat/Micheli, op. cit., p. 348). Ainsi, si le bail principal a, p.ex., été résilié correctement pour fin 1990, le sous-locataire ne pourra en aucun cas obtenir une prolongation au-delà de cette date, même pas si le congé a pour lui des conséquences très pénibles. Comme il résulte clairement de la systémati-

que et du texte de la disposition (cf. art. 273b al. 1 1ère phrase CO), cette limitation de la protection ne vaut pas seulement pour la prolongation, mais aussi pour l'annulabilité du congé (dans le même sens Lachat/Micheli, op. cit., p. 348 n. 55). Ainsi, dans l'hypothèse précédente, le congé donné par le locataire/sous-bailleur pour fin 1990 ne pourra pas être contesté par le sous-locataire, même s'il a été donné, p.ex., pendant une procédure judiciaire portant sur le loyer (cf. art. 271a al. 1 let. d).

Ces principes ne sont toutefois pas applicables lorsque la sous-location a pour but principal d'éviter les dispositions sur la protection contre les congés; dans ce cas, le bail principal n'est pas pris en considération, et, s'il est résilié, les rapports juridiques subsistent de par la loi entre le bailleur principal et le sous-locataire (art. 273b al. 2 CO; cf. Mess. 1985, FF 1985 I p. 1447). L'art. 273b al. 2 CO vise expressément à combattre les cas ayant pour but d'éviter la loi; dans cette mesure, on peut se demander s'il est vraiment nécessaire ou si l'art. 2 CC ne suffisait pas. Il n'en reste pas moins qu'une règle spéciale dans le droit du bail devrait avoir une fonction préventive et éviter que des baux principaux fictifs soient conclus (p.ex. entre le bailleur et un homme de paille, entre l'actionnaire majoritaire et la société anonyme ou entre la société anonyme et l'actionnaire majoritaire) dans le seul but d'affaiblir la protection de celui qui occupe et utilise vraiment les locaux loués (cf. à ce sujet Lachat/Micheli, op. cit., p. 348).

## § 6 Les baux à loyer et les baux à ferme

Les art. 271 ss CO s'appliquent par analogie aux baux à ferme (non agricoles) portant sur des habitations ou des locaux commerciaux (art. 300 al. 1 CO; cf. Lachat/Micheli, op. cit., p. 55).

Fait exception l'art. 273a CO relatif au logement de la famille (art. 300 al. 2 CO). Ainsi, le conjoint du fermier ne peut s'opposer d'aucune manière au congé donné par le bailleur (art. 273a al. 1 CO), et le fermier peut valablement passer avec le bailleur une convention de prolongation du bail sans le consentement de son conjoint (art. 273a al. 2 CO). La raison de cette limitation est la nature économique de l'activité du fermier, qui prime même dans les cas où le bail à ferme comprend aussi l'usage d'une habitation, mais que l'habitation n'est pas l'objet principal du contrat (cf. Mess. 1985, FF 1985 I p. 1477). Cette motivation me paraît par trop inspirée du bail à ferme agricole - le Message de 1985 donne d'ailleurs l'exemple d'un seul pré affermé en sus de l'habitation -; il n'en reste pas moins que la question a été tranchée de manière claire et définitive par l'art. 300 al. 2 CO. Aussi, le conjoint du fermier n'aura-t-il des droits que si l'utilisation de l'habitation fait l'objet d'un bail à loyer séparé, conclu dans le cadre du bail à ferme (cf. Mess. 1985, FF 1985 I p. 1477).

Par la suite, il ne sera question que du bail à loyer, mais les considérations valent également, mutatis mutandis, pour les baux à ferme, notamment en ce qui concerne la procédure (cf. art. 301 CO).



**TROISIEME PARTIE : LA MOTIVATION DU CONGE (art. 271 al. 2 CO)**

**§ 1 Le but de la réglementation**

L'art. 271 al. 2 CO prévoit de manière paritaire que la partie qui a donné le congé doit le motiver, si l'autre partie le lui demande. La motivation ne constitue donc pas une condition de validité du congé (cf. CCN n. 410 et 657-659; BO 1989 CN p. 534; CCE n. 1112; Lachat/Micheli, op. cit., p. 286 et 322)

La disposition a été introduite par le Parlement pour faciliter, voire rendre possible, la contestation des congés abusifs (cf. CCN n. 410, 411, 413 et 419-421; CCE 920 et 921)). Il craignait en effet que les règles concernant la protection contre ces congés ne restent lettre morte si les parties n'avaient aucun droit de connaître les motifs du congé.

La partie qui donne le congé est liée aux motifs invoqués et, en règle générale, elle ne peut pas les modifier en cours de procédure (Lachat/Micheli, op. cit., p. 323). Cette règle ne devrait toutefois pas être appliquée de manière trop rigide, afin de ne pas arriver au paradoxe qu'il eut été plus favorable de ne pas motiver le congé.

Dans la pratique, la motivation aura une importance indirecte: prouver l'inexistence des motifs invoqués équivaudra à prouver que le congé est abusif.

**§ 2 La violation de l'obligation de motiver le congé**

L'art. 271 al. 2 CO ne prévoit aucune sanction pour le cas où il ne serait pas donné suite à la demande de motiver le congé. Il s'agit d'une simple disposition d'ordre; ainsi, les sanctions ne seront qu'indirectes.

Si le bailleur ne motive pas le congé donné pendant l'interdiction temporaire de résilier le bail (art. 271a al. 1 let. d et e CO), l'autorité compétente tendra à conclure à l'inexistence de motifs justifiant le congé (cf. art. 271a al. 3 CO). En dehors de ce cas, elle sera portée à admettre que si le bailleur ou le locataire refuse de motiver le congé, c'est parce qu'il a résilié le bail en violation des règles de la bonne foi (dans le même sens St. Zwicker, Die Anfechtung der Kündigung nach dem neuen Schweizerischen Mietrecht, in: Der Schweizer Treuhänder/ L'Expert-comptable suisse 1990, p. 268; cf. aussi Lachat/Micheli, op. cit., p. 330, qui voient dans le refus de motiver un indice du caractère abusif du congé).

Dans tous les cas, la non-indication des motifs du congé sera prise en considération lors de procédures de conciliation ou judiciaires, notamment pour répartir les frais du procès (cf. à ce sujet Lachat/Micheli, op. cit., p. 323).

### § 3 La fausse motivation

Si la partie qui a résilié le contrat indique, en réponse à la demande de motiver de l'autre, un faux motif, la position de l'autre partie est facilitée en ce sens qu'elle devrait, sans trop de difficultés, pouvoir prouver que ce motif est faux. Si cette preuve est apportée et que le faux motif tende à justifier un congé donné pendant l'interdiction temporaire de résilier, le congé sera annulé; dans les autres cas, l'autorité compétente conclura - à plus forte raison encore qu'en cas de refus de motiver (cf. ci-dessus, § 2) - que le congé contrevient aux règles de la bonne foi.

Le locataire qui croit au faux motif indiqué par le bailleur et renonce de ce fait à contester le congé, peut, lorsqu'il découvre la supercherie, demander des dommages-intérêts s'il a déjà quitté les locaux loués; dans le cas contraire, l'autorité compétente devrait admettre une contestation tardive (cf. Zwicker, op. cit., p. 268).

### § 4 L'indication de faux motifs dans le congé

Le projet du Conseil fédéral (art. 271) concrétisait la clause générale en prévoyant que le congé contrevient notamment aux règles de la bonne foi "lorsque le motif invoqué est manifestement un prétexte".

La disposition ne considérait cependant pas comme abusifs tous les congés indiquant un motif inexact. Il fallait encore qu'un "élément choquant s'ajoute, à savoir l'indication consciente et manifeste d'un prétexte" et, en outre, "que la partie qui donne le congé contrevienne aux règles de la bonne foi"; cette deuxième condition n'était pas réalisée "lorsque la partie indique un prétexte pour la raison que le motif réel serait offensant pour celui qui reçoit le congé" (Mess. 1985, FF 1985 I p. 1439 s.).

Le Parlement a renoncé à cette disposition du projet pour deux raisons: premièrement, il la jugeait superflue, parce que couverte par la clause générale; deuxièmement, il la considérait contraire au système choisi, qui ne fait pas de la motivation une condition de validité du congé (cf. CCE n. 451; BO 1988 CE p. 174).

La suppression de cette disposition n'a pas de conséquences importantes pour les locataires. Premièrement, la disposition avait une portée très restreinte. Deuxièmement, elle voulait "surtout combattre les congés-prétexte dans le but d'empêcher le locataire de demander une prolongation du bail" (Mess. 1985, FF 1985 I p. 1440; cf. aussi CCE n. 440 [p. 105]). Elle visait donc le recours au besoin propre du bailleur comme prétexte; mais, selon le projet et le nouveau droit, ce besoin propre n'exclut plus de manière absolue la prolongation. Troisièmement, dans le nouveau droit, le besoin propre du bailleur en tant que tel, en dehors donc d'une pesée des intérêts, ne joue un rôle que si le bailleur veut résilier pendant la période d'interdiction; or, dans ce cas, le locataire se limitera à faire valoir que le congé a été donné pendant une telle période, et la charge de la preuve quant

au besoin propre incombera au bailleur; ainsi, l'invocation de ce motif comme prétexte ne servira guère au bailleur.

Même si ce cas spécial de congé abusif n'est pas spécialement réglé, le locataire n'est pas sans protection. Les considérations relatives à la fausse motivation donnée après le congé (ci-dessus, § 3) s'appliquent en effet, et à plus forte raison, au cas du congé indiquant un faux motif (cf. à ce sujet Lachat/ Micheli, op. cit., p. 323 n. 17, qui considèrent que l'hypothèse visée par le projet du Conseil fédéral "illustre un cas de violation des règles de la bonne foi").

#### QUATRIEME PARTIE : LA PROTECTION PARITAIRE CONTRE LES CONGES ABUSIFS

##### (art. 271 al. 1 CO)

##### § 1 L'art. 271 al. 1 CO

La clause générale de l'art. 271 al. 1 CO stipule que le congé est annulable "lorsqu'il contrevient aux règles de la bonne foi". Cette clause est applicable tant au congé donné par le bailleur qu'à celui donné par le locataire.

La disposition se borne à protéger contre les congés abusifs; elle maintient donc le principe de la liberté de résilier, qu'elle limite dans la mesure où les intérêts de celui qui donne le congé ne sont pas dignes de protection. Le nouveau droit ne permet pas un contrôle des motifs du congé tel que le préconisait l'initiative populaire de 1982, mais l'art. 271 al. 1 CO est une disposition très importante dans la réalisation du mandat constitutionnel de protéger les locataires contre les congés (cf. Zwicker, op. cit., 269; cf. aussi CCE n. 440 et 447; Lachat/Micheli, op. cit., p. 323).

##### § 2 Le rapport entre l'art. 271 al. 1 CO et l'art. 2 CC

L'art. 271 al. 1 CO correspond parfaitement à l'art. 2 al. 1 CC, qui impose à toute personne d'exercer ses droits "selon les règles de la bonne foi" (cf. Mess. 1985, FF 1985 I p. 1386; CCE n. 440 [p. 105]; Lachat/Micheli, op. cit., p. 323). Il ne peut cependant pas être considéré comme superflu. D'une part, l'art. 2 al. 2 CC, qui réprime les abus de droit, n'était jamais appliqué au congé du bail (cf. Mess. 1985, FF 1985 I p. 1439, avec renvois; CCE n. 440 [p. 105]; Lachat/Micheli, op. cit., p. 323 et n. 14); il fallait donc régler spécialement ce cas dans la loi. D'autre part, la disposition topique du droit du bail renonce à l'exigence, propre à l'art. 2 al. 2 CC, de l'abus manifeste du droit (cf. Mess. 1985, FF 1985 I p. 1439; CCE n. 440 [p. 105]; CCN n. 414; pour la notion cf. H. Merz, Berner Kommentar, Einleitungsband, Berne 1962, N 40 à l'art. 2 CC); ainsi, le congé du bail sera considéré comme abusif à des conditions moins strictes que celles prévues par l'art. 2 al. 2 CC (cf. Lachat/ Micheli, op. cit., p. 323).

Même si l'on peut affirmer que l'art. 2 CC n'a plus de portée en matière de congé du bail (cf. Lachat/Micheli, op. cit., p. 323 n. 14), cela ne signifie pas que les cas d'abus de droit définis jusqu'à présent par la jurisprudence et la doctrine relatives à cet article ne joueront aucun rôle dans l'application de l'art. 271 al. 1 CO. Au contraire, la concrétisation de cette clause devra s'inspirer de la norme plus générale qu'est l'art. 2 CC (dans le même sens Zwicker, op. cit., 270, avec renvois), sous réserve que pour le congé du bail un abus non manifeste suffit.

### § 3 La sanction

L'ancien droit protégeait le locataire en prévoyant la nullité des congés donnés par le bailleur pendant l'interdiction temporaire de résilier qui lui était imposée (art. 24 et art. 28 al. 3 AMSL). Le nouveau droit remplace la sanction de la nullité - en elle-même parfaitement envisageable (cf. CCE n. 452) - par celle, moins stricte, de l'annulabilité: le congé est valable s'il n'est pas contesté dans les 30 jours qui suivent sa réception (art. 273 al. 1 CO).

C'est certainement un pas en arrière pour les locataires (cf. Mess. 1985, FF 1985 I p. 1439; BO 1989 CN p. 535 s.; Lachat/Micheli, op. cit., p. 322), mais qui est, à mon avis, justifié pour plusieurs raisons. Tout d'abord, d'un point de vue politique, il faut admettre que l'affaiblissement de la sanction est compensé par l'augmentation des cas de congé considérés comme abusifs (cf. BO 1989 CN p. 536) et par la prolongation de deux à trois ans de la durée de la protection après une procédure (sur ce dernier point cf. Mess. 1985, FF 1985 I p. 1441). Ensuite, s'agissant de la résiliation du bail, on ne peut pas penser uniquement aux intérêts du locataire et du bailleur; il faut également tenir compte des intérêts de l'éventuel nouveau locataire (cf. CCE n. 458 [p. 116]). Dans ce sens, il faut éviter que ce dernier se trouve, le jour du déménagement, devant un appartement encore occupé par un locataire faisant valoir la nullité du congé. Enfin, des arguments dogmatiques parlent aussi en faveur de la sanction de l'annulabilité. La nullité est une sanction appropriée lorsque ses conditions peuvent être établies facilement et de manière absolue (p.ex. vice de forme). Or, si on considère les motifs selon lesquels un congé est abusif d'après le nouveau droit (art. 271 al. 1 et art. 271a al. 1 et 2 CO), on constate qu'on ne peut établir avec certitude la nature abusive du congé que dans peu de cas; ainsi, lorsque le congé est donné dans les trois ans qui suivent une procédure de conciliation ou judiciaire dans laquelle le bailleur a abandonné ses prétentions ou conclusions, a renoncé à saisir le juge ou a conclu une transaction avec le locataire (art. 271a al. 1 let. e ch. 2, 3 et 4 CO), ou encore lorsque le congé est donné dans les trois ans qui suivent l'entente entre le bailleur et le locataire intervenue en dehors d'une procédure (art. 271a al. 2 CO). Par contre, dans les autres cas le caractère abusif du congé est difficile à démontrer. Ainsi, lorsqu'il s'agit de savoir quels sont les véritables motifs du congé (art. 271a al. 1 let. a, b, c et f CO), si le locataire a ouvert une procédure de manière contraire aux règles de la bonne foi (art. 271a al. 1 let. d CO), dans quelle mesure le bailleur a succombé ou a abandonné ses prétentions en

procédure (art. 271a al. 1 let. d ch. 1 et 2 CO) ou si le changement dans la situation familiale du locataire a des inconvénients majeurs pour le bailleur (art. 271a al. 1 let. f CO).

#### **§ 4 La parité**

L'art. 271 al. 1 CO sanctionne de la même manière le congé abusif du bailleur et celui du locataire.

Cette parité est justifiée du point de vue dogmatique, car le principe de la bonne foi s'applique à l'exercice de tout droit par n'importe quelle personne, et il serait donc impensable d'en limiter expressément la portée à une seule des parties au contrat.

On peut par contre émettre quelques doutes quant à l'opportunité de prévoir une réglementation paritaire si l'on considère le caractère particulier du bail d'habitations et de locaux commerciaux et la nature différente des prestations des deux parties. Mais il s'agit de réserves sans importance pratique, car il est très difficile d'imaginer un congé abusif du locataire (dans le même sens Lachat/Micheli, op. cit., p. 324, mais sous réserve d'une pénurie de logements et de locaux commerciaux), et il est encore plus difficile d'imaginer le bailleur qui le contesterait. Ainsi, dans l'hypothèse où le locataire donne le congé peu après avoir amené le bailleur à rénover la chose louée selon ses propres vœux (cf. Zwicker, op. cit., p. 270, qui admet le caractère abusif du congé; cf. aussi, pour un cas analogue, Lachat/Micheli, op. cit., p. 324), une action en annulation du congé servira beaucoup moins au bailleur qu'une action en réparation des éventuels dommages-intérêts (art. 41 al. 2, art. 156 CO). En outre, le locataire a toujours la possibilité de se libérer du contrat s'il présente un nouveau locataire solvable que le bailleur ne peut raisonnablement pas refuser (art. 264 CO).

En définitive, on peut convenir avec Zwicker (op. cit., p. 268) que la protection du bailleur contre les congés est une concession politique sans grande importance dans la pratique.

#### **§ 5 Le fardeau de la preuve**

La preuve du caractère abusif du congé, preuve qui est difficile à apporter surtout lorsqu'il s'agit d'établir le motif du congé, incombe à celui qui l'a reçu (Zwicker, op. cit., p. 268; cf. aussi Lachat/Micheli, op. cit., p. 325 s.). Ce principe est toutefois fortement atténué dans le nouveau droit. D'abord par l'obligation de motiver le congé; ainsi, la non-motivation du congé ou l'indication d'un faux motif, dont il sera aisé de prouver l'inexistence, seront des indicateurs du caractère abusif du congé (cf. aussi Lachat/Micheli, op. cit., p. 325 et 330).

L'obligation de motiver impose en outre à la partie qui a résilié le contrat de contribuer activement à l'éclaircissement des faits et de

collaborer à l'administration de la preuve (cf. Zwicker, op. cit., p. 268; Lachat/Micheli, op. cit., p. 325). Ainsi, le bailleur devra indiquer un motif de résiliation valable lorsque le locataire aura p.ex. affirmé qu'il s'agit d'un congé-vengeance (Zwicker, op. cit., p. 268).

De plus, le nouveau droit exige que l'autorité compétente établisse d'office les faits et apprécie librement les preuves (art. 274d CO). Ainsi, elle tiendra compte de toutes les circonstances pour décider de la nature abusive ou non abusive du congé (cf. Mess. 1985, FF 1985 I p. 1439).

## **§ 6 Quelques exemples de congés abusifs donnés par le bailleur**

En plus de l'exemple donné dans le Message, à savoir celui du congé donné parce que le locataire a exceptionnellement payé le loyer avec un très léger retard (Mess. 1985, FF 1985 I p. 1439; cf. aussi Lachat/Micheli, op. cit., p. 323), on peut citer quelques-uns des cas de congés construits par la doctrine (cf. Lachat/Micheli, op. cit., p. 324; Zwicker, op. cit., p. 270 ss): congé donné parce qu'un procès relevant d'un contrat autre que le bail est pendant entre le bailleur et le locataire; congé de représailles donné plus de trois ans après l'expiration de l'interdiction de résilier; congé donné parce que le locataire use de la chose louée de manière non conforme au contrat, sans que cela ne lèse objectivement les intérêts du bailleur; congé donné en raison de l'appartenance à une association de locataires; congé donné en raison de la nationalité, de l'opinion politique, de la religion ou de la race du locataire. A propos de ce dernier motif, il faut à mon avis rejeter l'opinion de Zwicker (op. cit., p. 273 n. 8) selon laquelle le congé n'est pas abusif s'il est donné par le bailleur sous la pression des autres locataires d'une maison plurifamiliale qui veulent se libérer d'un colocataire d'une autre race: aucune norme juridique ne devrait pouvoir être écartée pour des considérations raciales, d'autant plus lorsqu'il s'agit de la norme qui consacre le principe de la bonne foi. D'ailleurs, le droit du bail ne prévoit heureusement pas une telle possibilité (à la différence du droit du contrat du travail; cf. art. 336 al. 1 let. a CO). Enfin, un élément (la race) connu du bailleur avant la conclusion du bail ne devrait jamais justifier la résiliation du contrat, car la liberté de résilier est moindre que celle de choisir le partenaire contractuel.

## **CINQUIEME PARTIE : LA PROLONGATION DU BAIL**

### **§ 1 Les conditions**

Les conditions matérielles de la prolongation du bail prévues par le nouveau droit correspondent pour l'essentiel à celles de l'ancien droit (cf. art. 267a al. 1 et art. 267b al. 1 anc. CO; cf. Schmid, op. cit., N 15 ss à l'art. 267a). Le bail, qu'il soit de durée déterminée ou indéterminée, doit être prolongé lorsque la fin du contrat aurait pour le locataire ou sa famille "des conséquences pénibles sans que

les intérêts du bailleur le justifient" (art. 272 al. 1 CO; cf. Mess. 1985, FF 1985 I p. 1442).

L'autorité compétente doit donc, comme dans le passé, effectuer une pesée des intérêts en jeu et apprécier globalement les circonstances (cf. Lachat/Micheli, op. cit., p. 339 et 343; Thanei, op. cit., p. 30 ss). Le nouveau droit lui facilite la tâche en indiquant les éléments qu'elle devra notamment prendre en considération (cf. art. 272 al. 2 CO; cf. Mess. 1985, FF 1985 I p. 1442; pour les détails cf. Lachat/Micheli, op. cit., p. 339 ss; Thanei, op. cit., p. 19 ss et 28 s.). Il s'agit des circonstances de la conclusion du bail et du contenu du contrat (let. a), de la durée du bail (let. b), de la situation personnelle, familiale et financière des parties ainsi que de leur comportement (let. c), du besoin que le bailleur ou ses proches peuvent avoir des locaux pour eux-mêmes ainsi que de l'urgence de ce besoin (let. d) et, enfin, de la situation sur le marché local du logement et des locaux commerciaux (let. e).

Si le locataire demande une deuxième prolongation, l'autorité devra en plus examiner, comme sous l'empire de l'ancien droit (cf. art. 267a al. 2 anc. CO; cf. Schmid, op. cit., N 27 à l'art. 267a), s'il "a entrepris toutes les démarches qui pouvaient être raisonnablement exigées de lui afin de remédier aux conséquences pénibles du congé" (art. 272 al. 3 CO; cf. Mess. 1985, FF 1985 I p. 1443; Thanei, op. cit., p. 40 s.). Cette obligation du locataire existe dès la réception du congé et pas seulement vers la fin du délai de congé ou de la première prolongation (cf. CCE n. 509; cf. à ce sujet Lachat/Micheli, op. cit., p. 343 et surtout 344 s.; Thanei, op. cit., p. 26 s.).

La grande nouveauté de la révision consiste en ce que le besoin propre du bailleur ou de ses proches parents ou alliés (cf. pour la notion Thanei, op. cit., p. 13 ss) n'est plus, comme dans l'ancien droit (cf. art. 267c let. c anc. CO), un élément qui exclut d'emblée et de manière absolue la prolongation; il n'est plus qu'un élément parmi d'autres dans la pesée des intérêts (cf. Mess. 1985, FF 1985 I p. 1372 et 1442), qui devra être pris en considération également sous l'aspect de son urgence (cf. CCE n. 492 [p. 124]; BO 1988 CE p. 177; Thanei, op. cit., p. 13). On a voulu ainsi empêcher le bailleur d'invoquer un besoin propre qui n'existe pas (cf. CCE n. 505; BO 1988 CE p. 177; CCN n. 476; BO 1989 CN p. 539). Cela permettra également de trouver des solutions plus équitables (cf. Mess. 1985, FF 1985 I p. 1442).

## § 2 Les exceptions

Selon l'ancien droit, la prolongation du bail était exclue dans quatre cas: lorsque le locataire donnait lieu à des plaintes fondées ou violait le contrat (art. 267c let. a anc. CO; cf. Schmid, op. cit., N 2 ss à l'art. 267c), lorsqu'un appartement était loué en relation avec un contrat de travail et que ce dernier était résilié (art. 267c let. b anc. CO; cf. Schmid, op. cit., N 9 ss à l'art. 267c), lorsque le bailleur invoquait son besoin propre (art. 267c let. c anc. CO; cf. Schmid, op. cit., N 15 ss à l'art. 267c) et lorsque le bail portait

"sur des chambres isolées meublées" (art. 267d al. 2 anc. CO; cf. Schmid, op. cit., N 4 à l'art. 267d).

Le nouveau droit reprend de l'ancien uniquement l'idée qui est à la base du premier de ces quatre cas d'exclusion de la prolongation. Ainsi, les trois hypothèses restantes ne sont plus que des éléments à considérer lors de la pesée des intérêts des parties; pour le besoin propre, cela est dit expressément (art. 272a al. 2 let. d CO), le cas de la location liée à un contrat de travail est couvert par les renvois aux "circonstances de la conclusion du bail" (art. 272a al. 2 let. a CO; cf. Mess. 1985, FF 1985 I p. 1442) et au "comportement des parties" (art. 272a al. 2 let. c CO), et le cas des chambres meublées tombe sous le "contenu du bail" (art. 272a al. 2 let. a CO).

Le nouveau droit prévoit une exclusion absolue de la prolongation dans quatre cas (art. 272a al. 1 CO).

Dans trois cas (art. 272a al. 1 let. a, b et c CO), l'exclusion est justifiée par le fait qu'il s'agit de motifs liés à la personne du locataire et qui constituent une violation contractuelle de sa part (demeure, cf. art. 257d CO; violation grave du devoir de diligence, cf. art. 257f al. 3 et 4 CO) ou un danger au moins potentiel pour le bailleur (le locataire tombé en faillite ne fournit pas de sûretés, cf. art. 266h CO). On peut donc admettre que ces exceptions à la règle s'imposaient (cf. CEE n. 511). Il faut encore souligner que ces exceptions s'appliquent également lorsque le bailleur donne le congé pour l'échéance alors qu'il était en droit de le donner de manière anticipée (dans le même sens, mais avec quelques hésitations, Lachat/Micheli, op. cit., p. 338 et n. 5).

Le quatrième cas est celui du bail portant sur un bâtiment destiné à être transformé ou démolit et "expressément conclu pour une période expirant au début des travaux ou à la réception de l'autorisation requise" (art. 272a al. 1 let. d CO; cf. Lachat/Micheli, op. cit., p. 338; Thanei, op. cit., p. 16 s.). Ici aussi, l'exception est justifiée, car le locataire sait dès le début que le bail a un caractère provisoire et que le bailleur ne le concluerait pas s'il devait craindre de retarder les travaux. D'ailleurs, le Conseil fédéral estimait que le cas ne méritait pas d'être réglé expressément et qu'il devait être pris en considération lors de l'examen des intérêts en présence, sous le critère des "circonstances de la conclusion du bail" (cf. Mess. 1985, FF 1985 I p. 1442; CEE n. 547 [p. 142]; CCN n. 483). Le Parlement a cependant préféré régler la question, dans un souci de clarté et afin d'empêcher que des appartements restent vides pour la seule raison que le propriétaire ne veut pas courir le risque de retarder la démolition ou la rénovation de la maison suite à des demandes en prolongation du bail (cf. CCN n. 482, 484, 485 et 487).

Dans un cinquième cas (art. 272a al. 2 CO), l'exclusion de la prolongation n'est pas prévue de manière absolue, mais seulement "en règle générale" (cf. Lachat/Micheli, op. cit., p. 338 s.; Thanei, op. cit., p. 17). Il s'agit du cas - probablement peu fréquent dans la pratique - dans lequel le bailleur offre au locataire des locaux équivalents à ceux qu'il a loués (cf. Mess. 1985, FF 1985 I p. 1443; cf. à ce sujet



Lachat/Micheli, op. cit., p. 338 s.; Thanei, op. cit., p. 16 s.). On trouve le même principe à l'art. 259c CO, qui prévoit que le locataire ne peut pas exiger la remise en état de la chose lorsque le bailleur la remplace par une chose sans défaut.

On ajoutera que la prolongation n'est pas exclue lorsque le congé est donné par le bailleur pour de justes motifs; dans ce cas, l'autorité compétente procédera à une pesée des intérêts, en considérant notamment laquelle des parties est à l'origine du juste motif (cf. Mess. 1985, FF 1985 I p. 1443). Dans ce cas, la pesée des intérêts est en effet possible et justifiée (cf. CCE n. 511).

### **§ 3 Le fardeau de la preuve**

Il incombe au locataire de prouver que le congé a pour lui ou sa famille des conséquences pénibles (art. 272 al. 1 CO) et, s'il s'agit de la deuxième prolongation, qu'il a entrepris toutes les démarches qui pouvaient raisonnablement être exigées de lui afin de conclure un nouveau bail (art. 272 al. 3 CO).

Le bailleur devra par contre prouver l'intérêt que revêt pour lui la fin du bail (art. 272 al. 1 CO) ainsi que l'existence de motifs qui excluent, d'emblée ou en règle générale, une prolongation (art. 272a CO). Ainsi, il lui appartient notamment de prouver que les locaux offerts au locataire à la place de ceux qu'il occupe sont équivalents à ceux-ci (cf. Lachat/Micheli, op. cit., p. 339).

L'importance de la répartition du fardeau de la preuve ne doit cependant pas être surestimée. En effet, selon l'art. 274d al. 3 CO, l'autorité de conciliation et le juge doivent établir d'office les faits (p.ex., la situation sur le marché du logement) et apprécier librement les preuves, et les parties sont tenues de leur présenter toutes les pièces nécessaires (p.ex. le contrat, le congé que le bailleur aurait reçu de son propre bailleur). Enfin, la pesée des intérêts en jeu se fait selon le principe de l'équité (art. 4 CC; cf. Lachat/Micheli, op. cit., p. 343; Thanei, op. cit., p. 18).

### **§ 4 La durée de la prolongation**

L'ancien droit prévoyait pour les baux d'habitations une première prolongation d'une année au plus et une deuxième prolongation de deux ans au plus, et pour les baux de locaux commerciaux une première prolongation de deux ans au plus et une deuxième prolongation de trois ans au plus (art. 267a al. 1 anc. CO); le locataire pouvait toujours demander une deuxième prolongation.

Le nouveau droit (art. 272b al. 1 CO) augmente la durée maximum de la prolongation à quatre ans pour les habitations et à six ans pour les locaux commerciaux; en outre, il donne à l'autorité compétente la possibilité de n'accorder au locataire qu'une seule prolongation, à l'exclusion d'une seconde. De ce fait, le champ d'action de l'autorité

compétente est plus étendu, et la résolution du cas d'espèce devrait être facilitée (cf. Mess. 1985, FF 1985 I p. 1443).

Il y a deux cas possibles: l'autorité peut déclarer que la prolongation accordée sera la seule et unique ou elle peut accorder au locataire une prolongation tout en réservant l'octroi d'une seconde si les conditions légales sont réalisées. Dans le premier cas, la durée de la prolongation peut être librement choisie, pour autant qu'elle ne dépasse pas les durées maxima de quatre ans pour les habitations et de six ans pour les locaux commerciaux; dans le deuxième cas, la durée de la première prolongation sera nécessairement inférieure à ces maxima, et l'éventuelle deuxième prolongation ne pourra être accordée que dans les limites de ces quatre, respectivement six ans.

La prolongation ne doit pas obligatoirement faire l'objet d'une décision d'une autorité; les parties peuvent aussi convenir d'une prolongation. Elles ne sont alors liées par aucune durée maximum (cf. Mess. 1985, FF 1985 I p. 1444 s.), et le locataire peut, dans la convention, renoncer à la seconde prolongation, quelle que soit la durée de la première (art. 272b al. 2 CO). Il importe de souligner que la renonciation à la deuxième prolongation - ou à toute prolongation (cf. Lachat/Micheli, op. cit., p. 346) - n'est valable que lorsqu'il s'agit d'une véritable convention de prolongation; si les parties conviennent de prolonger le bail sans que le bailleur l'ait résilié (Lachat/Micheli, op. cit., p. 345) ou bien avant que la durée déterminée prévue par le contrat s'approche de sa fin, on aura affaire à un autre type de convention (cf. CCE n. 521 [p. 133]), et la renonciation à la prolongation sera alors nulle (art. 273c CO). Afin d'empêcher des accords peu avantageux pour le locataire qui se trouve sous le choc du congé, le projet du Conseil fédéral prévoyait que la renonciation conventionnelle à la seconde prolongation devait être ratifiée, sous peine de nullité, par l'autorité de conciliation (art. 272b al. 3; cf. Mess. 1985, FF 1985 I p. 1444; CCN n. 502). Le Parlement a renoncé à cette disposition, considérée comme allant trop loin dans la protection du locataire et par trop bureaucratique (cf. CCE n. 522). Aussi, le locataire devra-t-il bien réfléchir avant de conclure une convention qui lui accorde une courte prolongation et lui enlève le droit d'en demander une deuxième, car un tel accord ne pourra plus être remis en question.

## § 5 Le bail pendant la prolongation

### A. Les droits et les obligations des parties

L'autorité qui accorde une prolongation du bail peut, à la demande de l'une des parties, modifier le contrat en l'adaptant à la nouvelle situation, c'est-à-dire au fait que le bail est prolongé (art. 272c al. 1 CO; cf. Lachat/Micheli, op. cit., p. 347; Thanei, op. cit., p. 37 s.; pour le droit du bailleur cf. déjà art. 267a al. 4 anc. CO, et Schmid, op. cit., N 24 ss à l'art. 267a). Il s'agira principalement de procéder à l'augmentation du loyer que le bailleur aurait pu demander (cf. art. 269d CO) s'il n'avait pas donné le congé, ou d'accepter la

demande en réduction du loyer faite par le locataire (cf. art. 270a CO). Sont aussi imaginables des modifications du contrat en rapport avec l'usage de la chose et, par conséquent, avec le loyer (p.ex., le locataire ne pourra plus utiliser, pendant la prolongation, la cave, le galetas ou une pièce de l'appartement; en retour, il paiera un loyer réduit; cf. Lachat/Micheli, op. cit., p. 347).

Si la décision de prolongation ne modifie pas le contrat, celui-ci s'applique, en principe, comme si aucun congé n'avait été donné et comme si aucune prolongation n'avait été accordée au locataire (cf. CCE n. 521, 525 et 932; Lachat/Micheli, op. cit., p. 346). Cela signifie notamment que le locataire continuera à payer l'ancien loyer; il pourra toutefois en demander la réduction aux conditions et dans les formes prévues par l'art. 270a CO, et le bailleur pourra, de son côté, augmenter le loyer selon les art. 269, , 269a et 269d CO, comme il aurait pu le faire si aucun congé n'avait été donné (cf. Mess. 1985, FF 1985 I p. 1444; Lachat/Micheli, op. cit., p. 347; Thanei, op. cit., p. 38). Cette possibilité n'existait pas selon l'ancien droit (cf. Schmid, op. cit., N 26 à l'art. 267a, avec renvois).

La loi prévoit d'une manière générale que l'augmentation comme la réduction du loyer peuvent être demandées "pour le prochain terme de résiliation" (cf. art. 269d al. 1 et art. 270a al. 1 CO). Mais, quel est ce terme dans le cas d'une prolongation? Il ne peut s'agir à mon avis que du terme pour lequel la modification du loyer aurait été possible si le bail n'avait été ni résilié ni prolongé; c'est donc le terme prévu par le contrat (dans ce sens également CEE n. 525; Thanei, op. cit., p. 38) ou, subsidiairement, par la loi (art. 266c et art. 266d CO).

Un cas mérite encore d'être traité: c'est celui de la prolongation d'un bail de durée déterminée. Pendant la durée du bail, ni le bailleur ni le locataire ne peuvent demander une modification du loyer. Sous réserve d'une modification dans la décision ou la convention de prolongation, le contrat devrait donc rester en vigueur sans changements pendant la prolongation (art. 272c al. 2 CO), avec pour conséquence qu'aucune des parties ne pourrait demander une adaptation du loyer. Cela me paraît injuste par rapport au bailleur, à qui la prolongation est imposée. A mon avis, il faut donc accorder aux deux parties le droit de demander une modification du loyer pour le prochain terme légal de résiliation (art. 266c et art. 266d CO). S'agissant du montant du loyer, le bail de durée déterminée sera donc traité, pendant la prolongation, comme un contrat de durée indéterminée qui ne contient aucune règle sur la résiliation.

#### B. La résiliation par le bailleur

Pour le bailleur, le bail prolongé est un bail de durée déterminée, qui prend donc fin sans congé à l'expiration de la prolongation (cf. art. 266 al. 1 CO) si le locataire n'en obtient pas une deuxième.

Pendant la prolongation, le bailleur n'a aucune possibilité de donner un congé ordinaire. Il peut par contre résilier le bail de manière an-

ticipée (Mess. 1985, FF 1985 I p. 1444; Thanei, op. cit., p. 39), mais le locataire pourra s'y opposer par une (nouvelle) demande en prolongation, à moins qu'il ne s'agisse de l'un des trois cas où la prolongation est exclue (demeure, violation grave du devoir de diligence, faillite; cf. art. 272a al. 1 CO).

### C. La résiliation par le locataire

En principe, le bail prolongé est pour le locataire aussi un bail de durée déterminée. Par conséquent, la fin du bail intervient, sans congé, avec l'expiration du temps de prolongation.

Partant de l'idée que la prolongation est un "état transitoire pendant lequel le locataire est tenu de chercher un nouveau logement" (Mess. 1985, FF 1985 I p. 1445), le nouveau droit prévoit plusieurs possibilités permettant au locataire de se libérer plus facilement du bail pendant la prolongation.

Les délais et termes de congé valables pour le locataire pendant la prolongation peuvent être fixés par l'autorité compétente ou par les parties elles-mêmes dans la décision, respectivement dans la convention de prolongation. A défaut d'une telle réglementation, l'art. 272d CO prévoit une solution nuancée qui tient compte de la durée de la prolongation (cf. Mess. 1985, FF 1985 I p. 1444 s.): si celle-ci ne dépasse pas une année, le locataire peut résilier le bail en observant un délai de congé d'un mois pour la fin d'un mois (let. a); si la prolongation dépasse une année, il peut résilier pour un terme légal en respectant un délai de congé de trois mois (let. b).

## SIXIEME PARTIE : LA PROCEDURE EN MATIERE DE PROTECTION CONTRE LES CONGES (art. 273 CO)

### § 1 La contestation du congé

Le locataire ou le bailleur qui demande l'annulation d'un congé doit saisir l'autorité de conciliation dans les 30 jours qui suivent la réception du congé (art. 273 al. 1 CO), sous peine de péremption (cf. Mess. 1985, FF 1985 I p. 1445; Lachat/Micheli, op. cit., p. 332). Il est important de souligner que la demande de motiver le congé ne prolonge pas ce délai (cf. Lachat/Micheli, op. cit., p. 332; Zwicker, op. cit., p. 272 n. 12).

Ainsi, la validité et l'efficacité d'un congé respectant les formes légales (art. 266l ss. CO) ne peuvent être établies au plus tôt que 30 jours après qu'il a été donné.

Pour des raisons évidentes, je ne traiterai par la suite que la contestation du congé donné par le bailleur.

Si le locataire ne conteste pas le congé ou le conteste trop tard, le congé produit tous ses effets.

Si le locataire conteste le congé dans les 30 jours auprès de l'autorité de conciliation, celle-ci essaie d'amener les parties à un accord (art. 273 al. 4 CO). Si elle y parvient, l'affaire est réglée; si elle n'y parvient pas, elle rend une décision. Deux cas sont alors possibles:

- Si la décision est favorable au locataire, le bailleur peut, dans les 30 jours, saisir le juge; s'il ne le fait pas ou le fait trop tard, la décision de l'autorité de conciliation devient définitive (art. 273 al. 5 CO), et le congé ne produit aucun effet. Si, par contre, le bailleur saisit le juge à temps, celui-ci pourra soit confirmer la décision de l'autorité de conciliation - le congé ne produira alors aucun effet, et le bail se poursuivra sans changements pour une période indéterminée (cf. Lachat/Micheli, op. cit., p. 333) - soit constater que le congé n'est pas abusif. Dans ce dernier cas, le juge doit examiner d'office si les conditions d'une prolongation du bail sont données (art. 274f al. 3 et art. 274e al. 3 CO; cf. Mess. 1985, FF 1985 I p. 1439; CCE n. 535 [p. 138]). Si elles le sont, il accordera une prolongation au locataire; si elles ne le sont pas, il rendra une décision selon laquelle le congé est valable et qu'il produira effet à la date prévue.
- Si l'autorité de conciliation décide que le congé du bailleur n'est pas abusif, elle doit examiner d'office si le bail peut être prolongé (art. 274e al. 3 CO; cf. Mess. 1985, FF 1985 I p. 1439). Si elle ne le prolonge pas, le locataire peut saisir le juge dans les 30 jours et lui demander d'annuler le congé ou de prolonger le bail; s'il ne le fait pas, la décision de l'autorité de conciliation devient définitive. Si, par contre, l'autorité de conciliation accorde au locataire une prolongation, le juge peut être saisi, dans les 30 jours, tant par le locataire que par le bailleur; le premier demandera l'annulation du congé et/ou une prolongation plus longue, le deuxième demandera de confirmer la décision négative de l'autorité de conciliation. La décision de l'autorité de conciliation ne deviendra donc définitive que si le juge n'est pas saisi à temps par le bailleur ou par le locataire.

## § 2 La prolongation

Le locataire qui demande une première prolongation du bail doit saisir l'autorité de conciliation dans les 30 jours qui suivent la réception du congé s'il s'agit d'un bail de durée indéterminée, et au moins 60 jours avant l'expiration du bail s'il s'agit d'un bail de durée déterminée (art. 273 al. 2 CO). S'agissant de la deuxième prolongation, l'autorité de conciliation doit être saisie au moins 60 jours avant l'expiration de la première (art. 273 al. 3 CO). Ces délais, repris de l'ancien droit (cf. art. 267a al. 3 et art. 267b al. 2 anc. CO), sont des délais de péremption (cf. Schmid, op. cit., N 11 à l'art. 267a).

Si le locataire demande une prolongation du bail, l'autorité de conciliation essaie d'amener les parties à un accord (art. 273 al. 4 CO). Si elle y parvient, l'affaire est réglée; si elle n'y parvient pas, elle rend une décision. Deux cas sont alors possibles:

- Si l'autorité accorde la prolongation, le bailleur comme le locataire peuvent saisir le juge dans les 30 jours. Le premier s'opposera à une prolongation ou demandera une prolongation plus courte; le deuxième en demandera une plus longue. Si aucune des parties ne saisit le juge, la prolongation accordée par l'autorité de conciliation est définitive (art. 273 al. 5 CO); dans le cas contraire, le juge confirmera, modifiera ou annulera cette décision.
- Si l'autorité de conciliation n'accorde aucune prolongation au locataire, celui-ci peut en demander une en saisissant le juge dans les 30 jours. S'il ne le fait pas, la décision de l'autorité de conciliation devient définitive; s'il le fait, le juge accordera la prolongation ou confirmera la décision négative de l'autorité de conciliation.

On peut encore relever dans ce contexte que l'autorité de conciliation et le juge saisis d'une demande en prolongation du bail ne sont pas tenus d'examiner d'office si l'éventuel congé est abusif (dans le même sens Lachat/Micheli, op. cit., p. 349); cet examen n'est fait qu'à la demande du locataire.

#### Abréviations

CCN/CCE: Procès-verbal des séances de la commission préparatoire du Conseil national / du Conseil des Etats

LE NOUVEAU DROIT DU BAIL A LOYERLA PROTECTION CONTRE LES CONGES

(L'annulation du congé)

par Richard Barbey,

juge à la Cour de Justice de Genève

Sommaire

<u>Première partie</u>	:	<u>Introduction</u>
§ 1	:	Technique législative employée à l'art. 271a CO
§ 2	:	La systématique de l'art. 271a al. 1 CO
<u>Deuxième partie</u>	:	<u>Les congés annulables selon l'art. 271a CO</u>
§ 3	:	L'art. 271a al. 1 litt. a CO
§ 4	:	L'art. 271a al. 1 litt. b CO
§ 5	:	L'art. 271a al. 1 litt. d et e CO
§ 6	:	Les congés exceptionnellement autorisés (art. 271a al. 3 CO)
§ 7	:	L'art. 271a al. 2 CO
§ 8	:	Le congé-vente (art. 271a al. 1 litt. c CO)
§ 9	:	Le congé motivé par le changement de la situation familiale (art. 271a al. 1 litt. f CO)
<u>Troisième partie</u>	:	<u>Les congés valables</u>
§ 10	:	Principe général
§ 11	:	Les cas voisins des congés anticipés
§ 12	:	Le besoin du bailleur
§ 13	:	Circonstances inhérentes au locataire
§ 14	:	Le motif-prétexte
§ 15	:	Le congé spéculatif ou pour majorer le loyer à l'occasion d'un changement de locataire
§ 16	:	Autres cas particuliers

<u>Quatrième partie</u>	:	<u>Preuves et appréciation de preuves</u>
§ 17	:	Fardeau de la preuve
§ 18	:	La preuve par indices
§ 19	:	Maxime inquisitoire
§ 20	:	Appréciation des preuves

### PREMIERE PARTIE : INTRODUCTION

#### § 1 Technique législative employée à l'art. 271a CO

- A. Par rapport au principe général de l'art. 271 CO (résiliation contraire à la bonne foi), l'art. 271a CO ne concerne que les congés donnés par le bailleur et non ceux que notifie le locataire.
- B. Toujours en comparaison avec l'art. 271 CO, l'art. 271a al. 1 CO constitue une norme spéciale, énumérant les exemples les plus fréquents dans lesquels un congé doit être considéré comme annulable, vu l'intention illicite de celui qui met fin au bail. Comme le fait ressortir l'expression "notamment" figurant à l'art. 271a al. 1 CO, la liste des cas d'abus consacrés par cette norme n'est pas exhaustive (FF 1985 I p. 1440; BO 1989 CN 537-538). En conséquence un congé qui ne tombe pas sous le coup de la disposition peut se révéler abusif au regard de l'art. 271 CO; une certaine prudence s'impose toutefois avant de parvenir à cette conclusion, car le législateur, en limitant d'une manière ou d'une autre la portée de l'art. 271a CO, peut avoir eu pour intention d'admettre spécifiquement la validité d'un type donné de résiliation, auquel cas l'art. 271 CO ne saurait être invoqué.
- C. Lors de l'élaboration de l'avant-projet, il fut imaginé de prévoir simultanément dans la loi deux catalogues, l'un portant sur les résiliations abusives et l'autre sur les résiliations valables. L'idée fut abandonnée, par crainte de créer des problèmes insolubles dans des cas d'espèce tombant à la fois sous le coup des deux catégories. En pratique, la jurisprudence cherchera probablement à dresser une liste des congés valables les plus caractéristiques (cf. 3<sup>e</sup> partie).



§ 2 La systématique de l'art. 271a al. 1 CO

- A. Dans le projet du Conseil fédéral, l'art. 271a al. 1 CO ne comportait que les actuelles litt. a, b, d et e, reprises, avec des modifications, des art. 18 al. 3, 24, 28 al. 3 et 31 AMSL. Avec le nouveau droit, ces quatre règles doivent être interprétées de manière à ce que la logique soit autant que possible respectée entre elles.
- B. Les deux éventualités prévues au litt. c et f de l'art. 271a al. 1 CO, rajoutées après coup par le Conseil national (BO 1989 CN 535, 537, 1878; 1989 CE 428) visent des cas particuliers, sans rapport avec le reste de l'article; on peut d'ailleurs se demander s'il était vraiment utile de faire figurer expressément les litt. c et f dans la loi au lieu de laisser à la jurisprudence le soin de les traiter par application de l'art. 271 CO.

DEUXIEME PARTIE : LES CONGES ANNULABLES SELON L'ART. 271a CO

§ 3 L'art. 271a al. 1 litt. a CO

- A. L'art. 271a al. 1 litt. a CO dérive de l'art. 31 AMSL; le législateur a voulu éviter que le locataire ne soit victime d'un congé de représaille lorsque, avant d'avoir ouvert action en justice, il faisait valoir une prétention à l'encontre du bailleur. Par rapport à l'ancien droit, la norme a toutefois une portée nettement plus grande puisque le preneur est protégé pour toute prétention découlant du bail qu'il formule et non pas seulement dans les domaines limités régis autrefois par l'AMSL. L'art. 271a al. 1 litt. a CO suppose la réunion de 5 conditions (cumulatives), soit (1) une prétention (2) découlant du bail que (3) le locataire a fait valoir (4) de bonne foi et qui (5) provoque la résiliation du contrat par le bailleur.
- B. La "prétention" du locataire peut se rapporter à toute obligation (du bailleur) de faire, de ne pas faire ou de laisser faire. En relation avec l'art. 271a al. 2 CO, il fut toutefois précisé, à la fin des travaux préparatoires, que la protection n'était accordée au preneur

- que si la transaction extrajudiciaire se rapportait à une prétention "de nature pécuniaire" (BO 1989 CN 1879; 1989 CE 683); pour respecter la logique au sein de l'art. 271a CO, la même réserve vaut à notre avis à propos de la litt. a de l'al. 1. Ne constituent donc pas des prétentions un différend à propos de la détention d'un animal domestique ou de la couleur d'un nouveau store que veut faire poser le bailleur sur la façade de l'immeuble, ni évidemment le refus du locataire d'exécuter les obligations qui lui incombent à teneur du bail. Sous cette réserve, la notion de "prétention pécuniaire" doit être interprétée de manière assez large, en incluant les droits résultant des défauts de la chose (FF 1985 I p. 1440), de connaître le montant du précédent loyer (art. 256a CO; BO 1989 CN 530), de consulter les pièces justificatives des frais accessoires ou le procès-verbal établi lors de la dernière restitution des locaux (art. 256a CO), de sous-louer, respectivement de transférer le bail (art. 262, 263 CO). Y figure aussi une demande (privée) de baisse de loyer (art. 270a CO). Le locataire n'est de surcroît protégé que s'il a "fait valoir" sa prétention. Une proposition tendant à aussi garantir le preneur qui "se propose" de faire valoir une prétention a été écartée par la Commission du Conseil national. La prétention doit donc avoir été en principe présentée au bailleur ou à son mandataire.
- C. L'expression de prétention "découlant du bail" est peu claire. Elle recouvre sans doute tous les droits et obligations consacrés par le droit du bail (FF 1985 I 1440). Inclut-elle aussi tous les droits dérivant du contrat de bail même non régis par le titre VIII<sup>e</sup> ou VIII<sup>e</sup> bis du CO, p. ex. un droit de préemption ou d'emption accordé au locataire ? La réponse n'est pas certaine.
- D. La prétention doit émaner du locataire (ou de son représentant). Une réclamation à titre personnel du conjoint du preneur ou d'un tiers faisant ménage commun avec lui ne suffit pas.
- E. La prétention doit avoir été formulée de bonne foi, ce qui suppose qu'elle soit fondée au sens de l'art. 271a al. 1 litt. f ch. 1 CO (ou que le locataire la croie fondée), qu'elle soit formulée de manière loyale (et courtoise) et enfin qu'elle poursuive des fins légitimes, c'est-à-dire qu'elle ne tende pas uniquement à se préserver d'un congé à l'avenir.
- F. La prétention doit enfin être la cause du congé donné ensuite par le bailleur. Il s'agit ici exclusivement d'un lien de causalité naturelle (causalité de fait), par opposition à la causalité adéquate requise dans le cadre des art. 41 et 97 CO. Dès lors qu'il est nécessaire d'analyser l'intention du bailleur, soit un élément psychologique, le recours à des indices s'avère indispensable (cf. § 18). A

noter qu'aucune condition de temps ne vient assortir le lien de causalité entre la prétention du locataire et le congé. Cependant plus le temps s'écoule et plus le lien de causalité devient ténu.

§ 4 L'art. 271a al. 1 litt. b CO

A. L'art. 271a al. 1 litt. b CO représente l'équivalent de l'art. 18 al. 3 AMSL, mis à part le fait que la résiliation est désormais annulable et non pas nulle comme sous l'ancien droit. L'hypothèse envisagée ici concerne aussi bien les congés-vengeance (parce que le locataire a contesté une majoration de loyer) que les congés-menace (dans le but d'amener le locataire à accepter ultérieurement une hausse). L'art. 271a al. 1 litt. b CO suppose la réunion de deux conditions, soit (1) la volonté du bailleur d'adapter le loyer ou de modifier le bail (2) jointe au dessein de se servir de la résiliation pour parvenir à ses fins.

B. "L'adaptation du loyer" vise à n'en pas douter les majorations de loyer, sous toutes ses formes. Il n'y a en revanche pas d'adaptation de loyer lorsqu'à la suite d'une baisse temporaire pour tenir compte d'un défaut, le prix initial est rétabli après exécution des travaux de correction (Cour de Justice Genève du 28.11.1988 EPI.), ni en cas de majoration à l'occasion d'un changement de locataire (cf. § 15). Savoir si on se trouve en présence d'une majoration ou d'un nouveau bail lorsque des locaux sont reloués au même locataire après des travaux de rénovation lourde peut être délicat à résoudre. Vu le libellé de l'art. 261 al. 2 litt. a CO, le problème de la résiliation anticipée notifiée par l'acquéreur des locaux dans le but de procéder à une majoration ne se pose plus. L'adaptation du loyer comprend des hausses de loyer de logements subventionnés.

Le message du Conseil fédéral (FF 1985 I p. 1440) est source de confusion lorsqu'il explique que le vocable "adaptation du loyer" a été choisi pour couvrir les cas où le bailleur accorde au locataire une baisse insuffisante de loyer. Il n'y a pas de protection du seul fait qu'une réduction insuffisante est spontanément accordée par le bailleur, sans la moindre réclamation (avant et après) du locataire; l'éventualité inverse est déjà couverte par l'art. 271a al. 1 litt. a CO.

C. Les "modifications du bail" sont celles prévues à l'art. 269d al. 3 CO, à l'exclusion des congés-vente (cf. § 8). La notion de modification du bail continuera de poser des problèmes lorsque le bailleur veut changer une clause de reconduction tacite du contrat ou récupérer une partie de la surface louée (Cour de Justice Genève du 26.1.1987 MAN.). Ne constitue pas une modification du bail la rési-

liation du contrat (CVI n° 137), ni l'exigence du bailleur en vue du respect des obligations souscrites par le locataire (CVI n° 15; Comm. 2 n° 8).

Le fait que, selon l'art. 271a al. 1 litt. b, la modification doit être "défavorable au locataire" est probablement superflu.

- D. En ce qui concerne le lien de causalité et comme déjà dit, le congé peut intervenir aussi bien avant qu'après la prétention du bailleur, sans condition de temps à l'instar de l'art. 271a al. 1 litt. a (cf. § 3). Il n'a cependant pas de lien de causalité si une précédente majoration de loyer a été acceptée par le locataire sans la moindre protestation ni en principe si, à la suite d'un congé, c'est le preneur qui prend l'initiative de proposer un loyer plus élevé et que le bailleur l'accepte (ATF 115 II 83 = SJ 1989 284; cf. toutefois pour un cas limite traité un peu sommairement PKG 1984 172).

#### § 5 L'art. 271a al. 1 litt. d et e CO

- A. L'art. 271a al. 1 litt. d et e CO a pour origine les art. 24 et 28 al. 3 AMSL. La protection est ici accordée sur des bases objectives (notamment chronologiques) pendant et durant les 3 ans qui suivent une procédure, sans que la démonstration d'un lien de causalité entre le litige et le congé soit nécessaire. A bien des égards le texte de la loi est imparfait.

Pour que les deux normes soient applicables, il faut (1) une procédure judiciaire (2) en rapport avec le bail, (3) soit en cours, auquel cas le locataire ne doit pas procéder au mépris de la bonne foi, (4) soit terminée, auquel cas le résultat du litige est déterminant.

- B. La notion de "procédure judiciaire" comprend le cas échéant les procédures arbitrales et les litiges à l'étranger. Ainsi que le font ressortir les travaux préparatoires concernant l'art. 271a al. 2 CO, la procédure comprend le stade de la commission de conciliation (BO 1989 CN 1878-1879; 1989 CE 430-431).

Peu importe par ailleurs que ce soit le locataire ou le bailleur qui ait formellement la position de demandeur devant l'autorité de conciliation ou le juge.

- C. Pour respecter la logique (cf. § 2), les procédures "en rapport avec le bail" doivent comprendre tous les litiges subséquents à une prétention du locataire (litt. a) ou du bailleur (litt. b). Les causes relatives à l'annulation d'un précédent congé sont-elles incluses ?

Nous ne le pensons pas. N'entrent pas dans la notion de procédure en rapport avec le bail tous les autres différends où le bailleur réclame l'exécution par le locataire de ses obligations contractuelles ou légales (p. ex. art. 257d, 257e, 257f CO) ni ceux concernant une prolongation (puisque le congé a déjà été donné) ou la validité d'un congé anticipé (p. ex. art. 266g CO) au regard des conditions particulières posées par la loi pour une telle dénonciation.

- D. Lorsque la procédure est en cours, le locataire ne doit pas, à teneur de la litt. d, procéder au mépris de la bonne foi. En bonne logique, la notion de bonne foi doit être la même que celle de l'art. 271a al. 1 litt. a, en y incluant la bonne foi subjective, pour autant qu'elle perdure pendant toute la procédure.
- E. Au moment où le litige s'achève (litt. e), on ne s'intéresse plus à la bonne foi du preneur, mais uniquement au résultat du procès. Trois groupes de cas doivent alors être distingués. Selon les ch. 1 et 2 de la litt. e, la protection est donnée si le bailleur a succombé "dans une large mesure" ou s'il a "considérablement" réduit ses prétentions. Compte tenu des discussions qui ont eu lieu devant les Commissions des chambres et de celles se rapportant à l'art. 28 al. 3 AMSL en 1972, la protection de la lettre d est donnée si le bailleur perd ou renonce à concurrence de 35% à 40% de ses conclusions, étant toutefois entendu que cette proportion n'est pas toujours déterminante, le procès dans son ensemble devant être pris en compte. Si le bailleur est défendeur, la litt. d n'est applicable qu'à partir du moment où il a pris ses premières conclusions chiffrées. Pour déterminer s'il y a eu ou non gain du procès par le bailleur, les deux hypothèses des ch. 1 et 2 doivent le cas échéant être juxtaposées. Enfin, pour respecter l'équité et l'égalité de traitement avec le locataire, nous pensons qu'il n'y a pas lieu de tenir compte, à propos du ch. 2, de conclusions que le bailleur croyait de bonne foi fondées au début du procès, puis dont il découvre ensuite qu'elles ne le sont pas et qu'il retire.
- F. Le ch. 3 de la lettre e (bailleur renonçant à saisir le juge) doit à notre avis souffrir d'une exception, en ce sens que si l'action n'est par inadvertance pas introduite à temps, la protection pendant le délai de 3 ans n'est pas donnée si l'oubli est immédiatement réparé par le biais d'une nouvelle action ouverte avec le même objet.
- G. S'agissant du ch. 4 de la lettre e, qui se réfère à une transaction judiciaire ou extrajudiciaire - même passée oralement (ch. 4 comparé avec l'al. 2 de l'art. 271a CO) - il importe peu que le bailleur ait ou non considérablement réduit ses prétentions, la protection contre les congés existant dans les deux cas (FF 1985 I 1441; BO 1989 CN 1879). Cependant, malgré le caractère impératif du chapitre III du titre VIII<sup>o</sup> CO consacré à l'art. 273c CO, le bailleur peut selon nous

expressément stipuler dans la transaction qu'il se réserve le droit de librement donner congé dans les 3 ans qui suivent l'accord; une telle clause déploie ses effets si le locataire l'accepte.

- H. La période de protection de l'art. 271a al. 1 litt. d CO commence à courir dès le moment où le bailleur (lorsqu'il est défendeur) est averti de la saisine de l'autorité de conciliation (Cour de Justice Genève du 10.4.1987 PIR; SOG 1979 19 = Comm. 10 n° 8). Pour des raisons tenant à la nécessité d'une application uniforme et claire de la loi, elle prend à notre avis fin - si la procédure se solde par un jugement - au jour du prononcé dudit jugement (final), et non pas à l'expiration des délais de recours prévus par le droit cantonal (des voies de recours extraordinaires p. ex. la révision étant en toute hypothèse sans incidence). La renonciation selon le ch. 3 de la litt. d se produit normalement le dernier jour utile pour saisir le juge. En cas de transaction, la date de l'accord est décisive.
- I. La période de protection de l'art. 271a al. 1 litt. e commence le lendemain du jour où celle de la litt. d prend fin et est calculée conformément à l'art. 77 al. 1 ch. 3 CO.
- J. Durant les deux périodes, le bailleur a l'interdiction de résilier - sous réserve des exceptions prévues à l'art. 271a al. 3 CO. La date d'expédition de la résiliation est ici déterminante (ATF 109 II 155; Comm. 8 n° 12; SJ 1979 574 n° 38; CVI n° 143).

## § 6 Les congés exceptionnellement autorisés (art. 271a al. 3 CO)

- A. Durant les périodes définies à l'art. 271a al. 1 litt. d et e CO, le bailleur peut résilier le bail si l'une des éventualités prévues à l'al. 3 se produit. Sous l'ancien droit, la liste des exceptions prévues à l'art. 28 al. 3 AMSL était considérée comme limitative (ATF 110 II 314 = JT 1985 I 16; MP 1989 112; BJM 1985 253; ZR 1980 n° 110). La même conclusion s'impose probablement pour l'art. 271a al. 3 CO, vu les discussions qui ont présidé à l'adoption du ch. 1 dudit alinéa (besoin urgent du bailleur).
- B. Le système consacré par l'art. 271a al. 1 litt. d et e et al. 3 CO n'en est pas moins critiquable et inéquitable. Il y a donc lieu à notre avis d'interpréter les divers cas prévus à l'art. 271a al. 3 CO de manière assez large, dans toute la mesure du possible.

C. L'hypothèse du **besoin urgent** du bailleur ou de ses proches (al. 3 ch. 1) appelle deux remarques. A la différence de l'art. 267c litt. c anc. CO, il s'agit bien avec le nouveau droit du besoin du bailleur et non pas simplement de celui du propriétaire; le texte dans les trois langues est désormais parfaitement clair. En second lieu, la notion du besoin "urgent" doit être recherchée dans la jurisprudence de l'ancien Mietnotrecht de 1941 à propos du besoin du bailleur de locaux commerciaux.

#### § 7 L'art. 271a al. 2 CO

L'art. 271a al. 2 CO, introduit par le Conseil national (BO 1989 535, 539), ne s'applique que dans les cas rares où une transaction extrajudiciaire a été conclue à propos d'un différend relevant des litt. a ou b de l'al. 1 avant que l'autorité de conciliation n'ait été saisie d'une requête émanant de l'une ou l'autre des parties. Le délai de protection de 3 ans n'entre alors en ligne de compte que si la transaction est matérialisée par un écrit, soit au moins une lettre de confirmation du bailleur (BO 1989 CN 1878; 1989 CE 683). Les exceptions consacrées par l'art. 271a al. 3 CO sont par ailleurs applicables dans ce cas.

#### § 8 Le congé-vente (art. 271a al. 1 litt. c CO)

A. L'art. 271a al. 1 litt. c CO a été introduit par la Commission du Conseil national; l'évolution de son libellé durant les travaux préparatoires, par rapport au texte initialement proposé, démontre que sa portée est désormais pratiquement réduite à néant (BO 1989 CN 535, 537, 1878; 1989 CE 428 + les p.v. des Commissions des Chambres).

B. Pour qu'un congé-vente soit annulable, il faut que le bailleur propose au locataire de racheter l'appartement tout en résiliant simultanément le bail. Le congé donné en vue d'une vente à un tiers ou le congé postérieur à une proposition de vente présentée au locataire reste valable. Peu importe par ailleurs que le prix de vente du logement soit ou non excessif au regard de l'art. 10 OBFL ou que l'opération de congé-vente soit spéculative; l'annulation ne saurait être prononcée de ce chef. Compte tenu de cette constatation, il est permis de dire qu'un dessein spéculatif (du bailleur) pour quelque résiliation que ce soit (même indépendamment de toute vente) n'équivaut jamais à un acte contraire à la bonne foi (abusif) au sens de la règle générale de l'art. 271 al. 1 CO.

C. L'art. 271a al. 1 litt. c CO est une des rares normes où figure l'expression "appartement". Par comparaison avec l'art. 253b al. 2 CO, on doit admettre qu'elle ne s'applique qu'aux appartements au sens étroit du terme (sis dans un immeuble comprenant au moins deux logements), mais pas à des maisons familiales (villas) ni à des locaux commerciaux (bureaux p. ex.).

**§ 9 Le congé motivé par un changement de la situation familiale (art. 271a al. 1 litt. f CO)**

A. L'art. 271a al. 1 litt. f CO a, à nouveau, été introduit par le Conseil national qui tenait pour essentiel de souligner la protection de la famille (BO 1989 CN 132, 135-136). Le Conseil des Etats tenta, quant à lui, de mieux cerner la notion d'abus en réservant le cas où le changement de la situation familiale emportait "des inconvénients majeurs pour le bailleur" (BO 1989 CE 428 à 430; 1989 CN 1878).

B. Bien que ce soit essentiellement le logement de la famille dont on s'est préoccupé au cours des travaux préparatoires, la norme s'applique sans doute aussi, vu son libellé large, à des locaux commerciaux sous forme p. ex. d'un magasin de détail exploité par un ménage et ses enfants.

C. Il n'est pas certain que la notion de famille comprenne toutes les personnes citées à l'art. 331 CC. Le changement dans la situation familiale s'entend, à teneur des travaux préparatoires, comme une naissance, un décès, un mariage, un divorce ou une séparation, l'accueil de parents âgés ou dans le besoin. D'autres cas sont concevables, ainsi une adoption et même déjà la grossesse. L'art. 271a al. 1 litt. f CO est en revanche à notre avis inapplicable en cas d'altération de l'état de santé d'un membre de la famille (maladie, accident) ou de la situation financière de l'intéressé.

D. Le congé n'est abusif que si le changement de la situation familiale n'emporte pas "d'inconvénients majeurs pour le bailleur", termes qui visent essentiellement la sur-occupation des locaux, la nécessité de travaux de transformation durables ou une modification de l'usage convenu, respectivement une violation de l'art. 257f CO. La seule réserve prévue dans la loi est cependant incomplète; il convient selon nous d'y ajouter (par voie jurisprudentielle) une sous-occupation provoquée par le changement de la situation familiale et, à la suite du décès du locataire, l'éventualité dans laquelle ses héritiers ne présentent plus des garanties suffisantes de solvabilité; dans ces deux cas aussi le congé doit logiquement être valable.



E. Il faut enfin que le changement de la situation familiale soit dans un lien de causalité (exclusif ou prépondérant) avec le congé.

### TROISIEME PARTIE : LES CONGES VALABLES

#### § 10 Principe général

Comme indiqué (cf. § 1), la définition des cas les plus fréquents de congés valables sera sans doute une des tâches essentielles des tribunaux appelés à appliquer le nouveau droit. Dans cette optique la jurisprudence développée du temps des deux Mietnotrechte de 1920 et de 1941 sera d'une aide précieuse. Ces législations d'exceptions prévoyaient en effet que les congés "inéquitables" étaient annulables. Dès lors que le texte du nouveau droit du bail ("congé abusif" ou "contraire à la bonne foi") est, à dessein, plus restrictif que celui des Mietnotrechte (FF 1985 I p. 1374, 1379, 1397), il s'ensuit que tous les congés déclarés valables en vertu des Mietnotrechte le sont aussi sous l'angle des art. 271 et 271a CO; la réciproque n'est par contre pas exacte. Toujours dans l'optique consistant à définir les congés valables, certains principes en matière de prolongation ont également leur importance.

#### § 11 Les cas voisins des congés anticipés

Un congé ordinaire (avec préavis) doit être considéré comme valable lorsque le motif sur lequel il se fonde s'apparente à une situation autorisant une résiliation anticipée. Parmi les éventualités figurent donc le paiement irrégulier du loyer ou des frais accessoires (JT 1948 I 307; SJ 1979 582 n° 101), le manque d'égards du preneur ou de ses auxiliaires envers les locaux loués (ATF 103 II 330 = SJ 1978 577) ou envers les voisins (SJ 1979 580-581; JT 9146 I 382), la violation d'une clause particulière du bail, p. ex. le règlement de la maison, l'usage immoral des locaux ou une conduite immorale du locataire. Contrairement aux Mietnotrechte, il n'est à notre avis pas nécessaire que la dénonciation du bail soit précédée d'avertissements au locataire.

## § 12 Le besoin du bailleur

Doit être admis tout congé donné par le bailleur qui a besoin des locaux pour lui-même ou une autre personne (parent, ami, autre locataire, tiers, Etat). Peu importe selon nous que le besoin soit ou non urgent, ou que des autorisations de construire n'aient pas encore été sollicitées (à moins qu'il ne soit évident qu'elles ne pourront être obtenues). Seul le besoin manifestement irréalisable doit être écarté. Le besoin doit aussi être compris dans une acception large (qui inclut p. ex. des considérations de concurrence commerciale).

## § 13 Circonstances inhérentes au locataire

Le refus légitime de reconduire un bail peut résulter d'une dégradation des rapports entre les cocontractants, sous forme de disputes et sans que la responsabilité du bailleur apparaisse prépondérante (BJM 1982 312; JT 1948 I 307), ou en cas de malhonnêteté du preneur (RSJ 1941-1942 90), respectivement de soupçons de tels actes, ou encore pour d'autres facteurs tels qu'une opposition du locataire à une autorisation de construire sollicitée par le bailleur (BJM 1982 précité). La dégradation de la situation financière du preneur (BJM 1988 86) ou la sous-occupation des locaux (ZBl 1950 227) constituent encore des motifs valables de congé.

## § 14 Le motif-prétexte

Le projet du Conseil fédéral (art. 271 al. 1 CO; FF 1985 I 1439, 1493) autorisait l'annulation de la résiliation lorsque le motif invoqué était manifestement un prétexte; la norme a été supprimée par le Conseil des Etats qui ne voulait pas d'une motivation conditionnant la validité du congé (BO 1988 CE 174); en conséquence, même si la raison invoquée est fausse, la résiliation est valable pour autant que derrière le mensonge se cache une autre raison légitime.

## § 15 Le congé spéculatif ou pour majorer le loyer à l'occasion d'un changement de locataire

L'intention spéculative du bailleur n'est pas une cause d'annulation (cf. § 9). Compte tenu de discussions devant les Commissions des Chambres (cf. aussi BO 1986 CN 194), la même conclusion s'impose si le bailleur met fin au contrat dans le dessein de majorer le loyer à

l'occasion d'un changement de locataire. Tout au plus pourrait-on concevoir dans ce dernier cas d'annuler le congé lorsque le loyer payé par le preneur évacué se situe à la limite supérieure du prix admissible selon les art. 269 et 269a CO.

#### § 16 Autres cas particuliers

Le seul fait que la résiliation a des conséquences pénibles pour le locataire n'autorise pas l'application des art. 271 et 271a CO; le problème doit être traité au moyen de la prolongation. N'est pas plus abusif, le fait de résilier longtemps à l'avance, même si la prolongation est de la sorte abrégée ou supprimée. Enfin s'agissant des immeubles subventionnés, le congé donné parce que le locataire ne répond plus aux conditions (financières ou familiales) du subventionnement est valable (cf. les discussions de la Commission Soliva auteur de l'avant-projet de 1980).

### QUATRIEME PARTIE : PREUVES ET APPRECIATION DES PREUVES

#### § 17 Fardeau de la preuve

Dans le cadre de l'art. 271a al. 1 CO, la preuve du dessein prohibé du bailleur incombe pour l'essentiel au locataire. Celui-ci doit donc établir, pour la litt. a, qu'il a fait valoir une prétention fondée découlant du bail et que celle-ci est la cause du congé; le bailleur a de son côté l'obligation de démontrer que le preneur a agi déloyalement ou qu'il poursuivait, par sa prétention, un but illégitime. S'agissant de la litt. b, le preneur doit derechef prouver l'intention du bailleur (de majorer le loyer ou de modifier le contrat) ainsi que le lien de causalité. La même solution vaut pour les litt. c et f. Dans le cas des litt. d et e, les problèmes de preuves ne se poseront guère, l'apport de la procédure réglant la plupart des problèmes; la mauvaise foi du locataire (litt. d) donnera lieu à une distribution des rôles entre les deux parties, de la même manière que pour la litt. a.

S'agissant de l'art. 271a al. 3 CO, le bailleur doit démontrer que la cause exceptionnelle de congé est réalisée.

## § 18 La preuve par indices

- A. Parmi les éléments devant être prouvés à l'appui de l'annulation d'une résiliation, ceux concernant l'intention illicite du bailleur et le lien de causalité, relèvent du domaine psychologique; aussi ne peuvent-ils être généralement établis qu'au moyen d'indices. Les indices utilisables sont classifiables en catégories.
- B. En premier lieu figure évidemment le libellé de la résiliation, sous forme des justifications fournies à son appui, le cas échéant aussi de certaines expressions pouvant trahir un dessein de vengeance ou de menace. Parfois, l'aveu de l'intention contraire à la bonne foi est clair (cf. p. ex. Comm. 17 n° 10; 10 n° 12; SJZ 1981 342); dans d'autres cas, il est implicite (Comm. 21 n° 9; 12 n° 10; MP 1989 117).
- C. D'autres déclarations du bailleur recueillies dans la procédure, en audience ou dans une écriture (Comm. 23 n° 9; 21 n° 9; BJM 1984 79) ou par un tiers qui vient ensuite témoigner (Cour de Justice Genève du 28.4.1986 VAS.), voire l'apport d'une procédure concernant des locataires habitant le même immeuble (Cour de Justice Genève du 24.6.1988 SI R.), peuvent être utiles.
- D. Revêt une grande importance la chronologie des faits. Un congé survenant dans les jours ou les semaines qui suivent un différend (sans procédure) concernant le bail sera un indice sérieux d'un désir de vengeance (ZR 1978 n° 119; BJM 1984 79). Inversément plus le temps s'écoule entre les deux événements, plus la causalité devient aléatoire (Mietgericht Zurich du 2.2.1989 MAR.).
- E. La vérification de la réalité du motif de congé allégué par le bailleur, notamment à la suite d'une demande en vertu de l'art. 271 al. 2 CO, peut aussi permettre de se forger une opinion. Si le motif est mensonger, une intention cachée et coupable devient plus vraisemblable (MP 1989 119; 1987 68); le refus de répondre à une requête de motivation va dans le même sens. Si au contraire, le motif (légitime) indiqué est exact, le congé ne peut être normalement annulé. En la matière, le bailleur a l'obligation de contribuer à la manifestation de la vérité.
- F. Peuvent enfin servir d'autres éléments, tenant p. ex. au fait que le locataire plaidant est le seul au sein de l'immeuble à avoir reçu son congé.

### § 19 Maxime inquisitoire

La maxime inquisitoire consacrée à l'art. 274d al. 3 CO a été indiquée comme devant avoir une grande importance dans les procédures en annulation de la résiliation. Dans la réalité le rôle du juge (et de l'autorité de conciliation) se limite à interroger les parties sur tous les faits qui lui paraissent devoir être élucidés et à ordonner des mesures probatoires destinées à vérifier l'exactitude desdits faits. Le juge n'a en revanche pas à se muer en détective, ni imaginer des faits qu'aucun des plaideurs n'a évoqués.

### § 20 Appréciation des preuves

La difficulté d'apporter les preuves ainsi que le texte même de la loi - selon l'art. 271 CO l'abus n'a pas à être manifeste, à la différence de l'art. 2 al. 2 CC - permettent d'annuler un congé lorsque le dessein illicite apparaît très vraisemblable; il suffit que l'intime conviction du juge soit faite. Une simple probabilité ou vraisemblance ne suffit en revanche pas; l'annulation d'un congé est en effet une décision lourde de conséquence qui ne doit pas être prise à la légère (cf. sur le problème de l'intime conviction en général, Isaak Meier, BJM 1989 66 ss.).