

# LES CONGES AFFECTES D'UN VICE

---

par **Bernard Corboz,**

juge au Tribunal fédéral

## Sommaire

	<u>Page</u>
<b>I. <u>Partie générale</u></b>	<b>3</b>
1. Le congé	3
a) Définition	3
b) Le congé ordinaire	3
c) Le congé extraordinaire	3
2. Le congé vicié	4
a) Les hypothèses	4
b) La question posée	5
3. Les effets possibles d'un vice affectant un acte juridique	5
a) L'acte nul	5
b) L'acte inefficace	6
c) L'acte invalidable	7
d) L'acte incomplet	8
e) L'acte annulable	8
f) Le vice sans conséquence	8
g) La conversion de l'acte vicié	8
h) La réparation du vice	9
i) La convention réparatrice	9
<b>II. <u>Partie spéciale</u></b>	<b>10</b>
1. Le congé et la capacité civile	10
a) Le congé donné par un incapable	10
b) Le congé adressé à un incapable	11
2. Le congé et les vices du consentement	11
a) Le congé affecté d'un vice du consentement	11
b) Les conséquences d'un congé sans effet	11

3.	La légitimation pour donner congé	12
	a) Le congé donné par une personne qui n'est pas le cocontractant	12
	b) La pluralité de cocontractants	12
	c) La représentation sans pouvoirs	13
4.	Le congé mal adressé	14
	a) Le congé non reçu	14
	b) Le congé mal dirigé	15
5.	Le congé affecté d'un vice de forme	16
	a) L'exigence de la forme écrite	16
	b) L'exigence d'une formule officielle	17
	c) Les exigences lorsque le bail porte sur le logement de la famille	17
6.	La déclaration qui ne correspond pas à la notion de congé	18
	a) Le congé confus	18
	b) Le congé impossible	18
	c) Le congé conditionnel	18
	d) Le congé partiel	19
	e) Le congé simulé	19
7.	Le congé qui ne respecte pas le délai ou le terme	19
	a) Les règles applicables en matière de délai et de terme	19
	b) Les conséquences de leur violation	20
	c) La réaction du destinataire	20
8.	Le congé non motivé ou faussement motivé	21
	a) Le congé non motivé	21
	b) Le congé faussement motivé	22
9.	Le congé annulable	22
	a) Le congé donné en temps prohibé	22
	b) Le congé qui contrevient aux règles de la bonne foi	23
	c) Les conséquences de l'annulabilité	23
10.	Le congé illicite ou contraire aux moeurs	24
	a) Le congé illicite	24
	b) Le congé contraire aux moeurs	24
11.	Le congé manifestement abusif	25
12.	Le congé extraordinaire dont les conditions ne sont pas remplies	25
13.	Les actes réparateurs	27
	a) Les actes supprimant les effets du congé	27
	b) Les actes supprimant les effets d'un vice du congé	27

## I. Partie générale

### 1. Le congé

#### a) Définition

Le congé est une manifestation de volonté par laquelle l'un des cocontractants déclare à l'autre, sans ambiguïté ni condition, qu'il veut mettre fin unilatéralement au contrat à une date déterminée ou immédiatement déterminable<sup>1</sup>. Il se caractérise comme un acte de disposition<sup>2</sup> irrévocable constituant l'exercice d'un droit formateur qui a pour effet d'éteindre le rapport juridique<sup>3</sup>. Le congé est soumis à réception; il déploie ses effets lorsqu'il parvient dans la sphère d'influence de son destinataire<sup>4</sup>.

#### b) Le congé ordinaire

Pour les baux de durée indéterminée, au sens de l'art. 255 CO, le congé est le mode ordinaire d'extinction du contrat (art. 266a al. 1 CO).

Le congé doit être donné en respectant le délai et le terme prévus par le contrat (art. 266a al. 1 CO). Il faut cependant signaler que les délais prévus par la loi ne peuvent pas être conventionnellement abrégés (cf. art. 266a al. 1 CO). A défaut de disposition contractuelle, on appliquera les règles des art. 266b à 266f CO qui renvoient parfois à l'usage local en le déclarant applicable, s'il existe, de préférence à la solution légale.

Pour les baux d'habitations et de locaux commerciaux, le congé doit être donné par écrit (art. 266l al. 1 CO); s'il est donné par le bailleur, celui-ci devra utiliser une formule officielle (art. 266l al. 2 CO).

Lorsque le bail porte sur le logement d'une famille, l'un des époux ne peut donner congé sans le consentement exprès de l'autre ou une décision du juge (art. 266m CO); le congé donné par le bailleur doit être communiqué séparément à chacun des conjoints (art. 266n CO).

#### c) Le congé extraordinaire

Dans certaines hypothèses prévues par la loi, le congé permet de mettre fin au contrat avant le terme ordinaire.

Ces diverses hypothèses sont : la demeure du locataire dans le paiement du loyer (art. 257d al. 2 CO), le manque persistant de diligence ou d'égards envers les voisins (art. 257f al. 3 et 4 CO), l'inexécution ou l'exécution imparfaite lors de la délivrance (art. 258 al. 1 CO), la demeure dans la remise en état (art. 259b lit. a CO), l'aliénation de la chose louée (art. 261

---

<sup>1</sup> Cf. *Higi*, Zürcher Kommentar, Art. 259b n° 36, Vorbem. zu Art. 266-266o n° 35; *Calamo*, Die missbräuchliche Kündigung der Miete von Wohnräumen, thèse de St-Gall 1993, p. 107; *Wessner*, L'extinction ordinaire du bail à loyer, 7<sup>e</sup> Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 1992, n° 1, p. 7; *Corboz*, La nullité du congé dans le nouveau droit du bail, Cahiers du bail 1994, p. 48

<sup>2</sup> S'il met fin au bail, le locataire perd à l'avenir le droit à l'usage de la chose et le bailleur perd le droit au paiement du loyer. Le congé est donc un acte de disposition. Cf. *von Tuhr/Peter*, Allg. Teil OR I, p. 194

<sup>3</sup> *Calamo*, op. cit. note 1, p. 107. *Wessner*, op. cit. note 1, p. 7; *von Tuhr/Peter*, op. cit. note 2, p. 24; *Higi*, op. cit. note 1, Vorbem. zu Art. 266-266o n° 35 et 44 (irrévocable). Le congé n'a jamais d'effet rétroactif; il éteint le contrat pour l'avenir (ex nunc) : *von Tuhr/Escher*, Allg. Teil OR II, p. 168

<sup>4</sup> *Higi*, op. cit. note 1, Art. 259b n° 36, Vorbem. zu Art. 266-266o n° 37s; *Calamo*, op. cit. note 1, p. 192; *Wessner*, op. cit. note 1, p. 14

al. 2 CO), l'octroi d'un droit réel limité équivalant à un transfert de propriété (art. 261a CO), le congé donné pendant la prolongation du bail (art. 272d CO), les justes motifs (art. 266g al. 1 CO), la faillite du locataire (art. 266h al. 2 CO), le décès du locataire (art. 266i CO) et la location professionnelle d'une chose mobilière à usage privé (art. 266k CO).

On parle de congé extraordinaire, selon le titre marginal de l'art. 266g CO, dans les cas prévus par les art. 266g à 266k CO, et plutôt de résiliation dans les autres cas. Cette nuance terminologique est sans importance<sup>5</sup>. En revanche, la résolution, prévue par l'art. 107 al. 2 in fine CO ("se départir du contrat") n'est pas un congé, parce qu'elle ne tend pas à mettre fin au contrat à une certaine date (ex nunc), mais à considérer le contrat comme inexistant dès le début (effet ex tunc)<sup>6</sup>. Le congé est la déclaration qui résilie le contrat.

Le congé extraordinaire est soumis aux mêmes exigences de forme (forme écrite, formule officielle, manière de procéder en cas de logement d'une famille) que dans le cas du congé ordinaire. S'il y a demeure dans le paiement du loyer pour le logement d'une famille, l'avis comminatoire (art. 257d al. 1 CO) doit respecter les exigences formelles de l'art. 266n CO.

Les dispositions citées, permettant le congé extraordinaire, règlent la manière de procéder, ainsi que le délai et le terme à respecter.

## 2. Le congé vicié

### a) Les hypothèses

On peut imaginer une multitude de situations où le congé n'est pas correctement donné.

- S'agissant d'une manifestation de volonté, le congé peut émaner d'une personne qui n'a pas la capacité civile (art. 17, 18, 19 al. 1 CC).
- Il peut être affecté d'un vice de la volonté, à savoir une erreur, un dol (tromperie) ou une menace (art. 23 à 30 CO).
- Il peut émaner d'une personne qui n'est pas le cocontractant (respectivement l'ensemble des cocontractants) ou son représentant autorisé.
- S'il émane d'une personne morale ou d'une pluralité de personnes, la décision de donner congé peut ne pas avoir été prise valablement.
- Elle peut provenir d'un représentant sans pouvoirs (cf. art. 32 à 39 CO).
- Il est possible que le congé ne parvienne pas dans la sphère d'influence du destinataire.
- Il peut être adressé à une personne qui n'est pas le cocontractant ou son représentant autorisé. Il peut aussi ne pas être adressé à l'ensemble des cocontractants qui doivent le recevoir.
- Il est possible qu'il ne respecte pas les conditions de forme que nous avons vues (forme écrite, formule officielle, manière de procéder lorsqu'il s'agit du logement d'une famille).
- Le congé peut être confus, impossible, partiel, conditionnel ou simulé.
- Le délai et le terme ne sont peut-être pas respectés.
- La partie qui a donné congé pourrait ne pas fournir la motivation réclamée par l'autre (art. 271 al. 2 CO) ou présenter une motivation mensongère.

<sup>5</sup> On peut donc parler indistinctement de congé ou de résiliation : cf. *Corboz*, op. cit. note 1, p. 56 note 109

<sup>6</sup> Mais la doctrine est opposée à la possibilité de résoudre le contrat lorsqu'il s'agit, comme en matière de bail, d'un rapport durable qui a commencé à déployer ses effets. Cf. *Calamo*, op. cit. note 1, p. 187s et les réf. citées; *Polydor-Werner*, Rückabwicklung und Aufrechterhaltung Dauerschuldverträge, thèse de Genève, Zurich 1988, p. 179ss

- Le congé peut être donné en temps prohibé (art. 271a al. 1 lit. d et e CO).
- Par ses motifs, il peut être illicite, contraire aux moeurs ou aux règles de la bonne foi (art. 271 al. 1, 271a lit. a à c et f CO).
- S'il s'agit d'un congé extraordinaire, il est possible que les conditions prévues par la disposition spéciale ne soient pas respectées.

#### b) La question posée

Le but n'est pas ici d'exposer les conditions à remplir pour que le congé soit valablement donné. Il ne s'agit pas non plus d'étudier dans quelles circonstances le congé doit être considéré comme vicié. Un tel sujet excéderait les limites de cet exposé et conduirait à expliquer des pans entiers non seulement du droit du bail, mais même de la théorie générale des obligations.

Il faut supposer que le congé est affecté d'un vice typique et non contestable. La question est alors de savoir quelles sont les conséquences du vice ou, si l'on préfère, quelle est la sanction qui s'y attache. C'est cela, et cela seulement, qui constitue l'objet de cet exposé.

On observera que, dans certains cas, la loi fournit une réponse claire. Par exemple, si le congé donné par le bailleur pour des baux d'habitations ou de locaux commerciaux n'a pas été communiqué sur formule officielle (art. 266l al. 2 CO), l'art. 266o CO prévoit clairement qu'il est nul.

Dans d'autres cas, la loi ne fournit pas de réponse claire. La jurisprudence s'est interrogée récemment sur la manière de procéder lorsque les conditions d'une résiliation pour demeure dans le paiement du loyer n'étaient pas toutes respectées<sup>7</sup>.

On ne trouve d'ailleurs pas, en droit suisse, des règles générales concernant les actes juridiques viciés.

Nous allons donc essayer ici, en prenant les hypothèses qui viennent le plus naturellement à l'esprit, de déterminer, dans chaque cas, quelles sont les conséquences du vice affectant le congé. Il faut reconnaître d'emblée que certains cas ne sont pas clairement tranchés par la jurisprudence et qu'il subsiste en cette matière des incertitudes.

Avant d'examiner successivement chacun des cas typiques de congés viciés, nous allons d'abord rapidement, de façon générale et abstraite, envisager les conséquences possibles d'un vice affectant une manifestation de volonté.

### 3. Les effets possibles d'un vice affectant un acte juridique

Ce sujet, qui est d'une complexité certaine, pourrait donner lieu à des développements disproportionnés ici. Nous allons donc nous limiter, comme nous l'avons fait jusqu'à présent, à des informations concises.

#### a) L'acte nul

L'acte est nul lorsqu'il est affecté **d'un vice tel qu'il le prive d'emblée et définitivement de ses effets juridiques**; la nullité est originaire, inconditionnelle et irrémédiable<sup>8</sup>; elle est opposable à tous<sup>9</sup> et revêt un caractère impératif<sup>10</sup>. Elle peut être

<sup>7</sup> Cf. ATF 119 II 154s cons. 4a et b, critiqué par *Higi*, op. cit. note 1, Art. 257d n° 47 et renversé par ATF 121 III 160s cons. 1c

<sup>8</sup> *Tandogan*, La nullité, l'annulation et la résiliation partielles des contrats, thèse de Genève 1952, p. 25; *Menge*, Kündigung und Kündigungsschutz bei der Miete von Wohn- und Geschäftsräumlichkeiten, thèse de Bâle 1993,

**constatée en tout temps**, même d'office, par n'importe quelle autorité compétente pour examiner les effets de l'acte<sup>11</sup>. La nullité ne dépend donc pas d'une procédure ou d'une déclaration qu'une personne habilitée devrait faire dans un certain délai.

En droit suisse, la nullité est une forme de sanction prescrite plutôt pour la protection de l'intérêt public ou d'intérêts privés dont la défense touche de près à l'ordre public<sup>12</sup>; la nullité d'un acte juridique n'existe que si elle est prévue par la loi ou découle de son sens et de son but<sup>13</sup>. Elle comporte souvent l'idée d'une désapprobation à l'endroit d'un acte contraire à un intérêt public.

Le principe prévoyant que la nullité peut être invoquée en tout temps est limité par l'interdiction de l'abus de droit et par l'autorité de chose jugée<sup>14</sup>.

## b) L'acte inefficace

Lorsque les conditions les plus élémentaires pour l'accomplissement d'un acte juridique font défaut, on est tenté de dire que l'acte est **inexistant**. Si les conditions légales ou contractuelles permettant d'accomplir un acte ne sont pas toutes remplies, sans que cela implique la violation d'une règle impérative, on dira volontiers que l'acte est **inefficace** ou sans effet. En utilisant toutes les nuances de la langue, on pourrait sans doute multiplier les distinctions. On ne discerne pas l'utilité d'une telle démarche qui favorise d'ailleurs les confusions, le même terme, en particulier celui d'acte inefficace, n'étant pas toujours employé dans le même sens par les auteurs<sup>15</sup>.

Les Chambres fédérales n'ont pas voulu adopter, dans le nouveau droit du bail, le concept d'inefficacité du congé qui était proposé par le Conseil fédéral<sup>16</sup>. En disant qu'un acte est inefficace, on se borne à constater qu'il ne déploie pas ses effets voulus, mais on ne dit rien des causes de cette situation. Les notions d'acte inefficace, d'acte invalide, d'acte sans effet ou d'acte de nul effet sont synonymes; ce ne sont pas des termes techniques<sup>17</sup> en ce sens que l'on se limite à observer que l'acte ne déploie pas ses effets voulus.

p. 43; *Zihlmann*, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, OR, Bâle 1992, Art. 266o n° 1; *Portner*, Wegleitung zum neuen Mietrecht, Berne 1992, p. 105; *von Tuhr/Peter*, op. cit. note 2, p. 225s, 229s; *Higi*, op. cit. note 1, Art. 266o n° 6

<sup>9</sup> La nullité du congé sera aussi opposable à l'acquéreur subséquent : *Menge*, op. cit. note 8, p. 43, ou au bailleur qui a donné congé de bonne foi : *Zihlmann*, op. cit. note 8, Art. 266o n° 2; *von Tuhr/Peter*, op. cit. note 2, p. 226

<sup>10</sup> *Roncoroni*, Zwingende und dispositive Bestimmungen im revidierten Mietrecht, MP 1990, p. 93

<sup>11</sup> Ainsi pour la nullité du congé : *Menge*, op. cit. note 8, p. 43; *Lachat/Stoll*, Das neue Mietrecht für die Praxis, Zurich 1992, p. 339 n° 1.4; *Lachat/Micheli*, Le nouveau droit du bail, Lausanne 1992, p. 322 n° 1.4; *Engel*, Contrats de droit suisse, Berne 1992, p. 189s n° 4; Commentaire *USPI*, Droit suisse du bail à loyer, Genève 1992, Rem. prélim. ad 266-266o n° 23, 261 à 266o n° 21; *Roncoroni*, Die Kündigungsschutz bei der Miete von Wohn- und Geschäftsräumen in : Das neue Mietrecht, St-Gall 1992, p. 121; *Barbey*, Commentaire du droit du bail, Protection contre les congés, Genève 1991, p. 41 n° 66; *Roncoroni*, La protection contre les congés, 6<sup>e</sup> Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 1990, p. 6; *Corboz*, op. cit. note 1, p. 37; *Calamo*, op. cit. note 1, p. 186; *von Tuhr/Peter*, op. cit. note 2, p. 225; *Higi*, op. cit. note 1, Art. 266o n° 6

<sup>12</sup> *Tandogan*, op. cit. note 8, p. 25

<sup>13</sup> ATF 119 II 155 cons. 4a et les arrêts cités

<sup>14</sup> Ainsi, s'il a été jugé que l'acte était valable, l'autorité de chose jugée s'oppose à ce que la nullité soit invoquée à nouveau : *Corboz*, op. cit. note 1, p. 37

<sup>15</sup> Pour *Tandogan*, op. cit. note 8, p. 24, c'est la notion la plus large qui englobe toutes les hypothèses où l'acte peut être privé de ses effets, tandis que *Ehlert*, Nichtigkeit, Anfechtbarkeit und Unwirksamkeit im bürgerlichen Gesetzbuch, Greifswald 1919, p. 216, enseigne qu'en droit allemand l'acte inefficace est l'acte qui peut encore devenir efficace. Il existe aussi la tentation de distinguer le congé nul, le congé inefficace et le congé inexistant : cf. *Higi*, Mietvertragskündigung - nichtig, ungültig oder gültig und anfechtbar ?, RSJ 91/1995, p. 227; sur le sens du mot "nullité", cf. aussi *Higi*, op. cit. note 1, Vorbem. zu Art. 266-226o n° 55 et n° 133

<sup>16</sup> FF 1985 I 1439; *Lachat/Micheli*, op. cit. note 11, p. 321 n° 1.3

<sup>17</sup> *Von Tuhr/Peter*, op. cit. note 2, p. 224

Dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral a émis le considérant suivant : "à côté des congés radicalement nuls ou désignés comme tels, il en existe d'autres qui, sans être annulables, sont inefficaces et dénués d'effet (*unwirksam, wirkungslos*) parce qu'ils ne satisfont pas aux exigences légales ou contractuelles auxquelles est subordonné leur exercice"<sup>18</sup>. Si nous comprenons bien cet arrêt, l'acte est qualifié de nul lorsque la loi le prévoit ou lorsqu'il est dépourvu de ses bases les plus élémentaires; s'il manque une autre condition de validité, on dira qu'il est inefficace. La nullité apparaît peut-être comme la sanction réprobatrice de la **transgression d'une norme impérative**. Lorsque la faculté d'accomplir un acte n'est ouverte que dans certaines circonstances et que ces circonstances ne sont pas réunies, la faculté n'existe pas; dans ce cas, on préfère dire que l'acte accompli néanmoins est inefficace.

Il faut se garder de multiplier sans raisons sérieuses des nuances terminologiques qui posent de délicats problèmes de délimitation. Si l'on voulait bien dégager la nullité de toute connotation quasi-pénale, on pourrait faire l'économie de cette notion supplémentaire. Sur le plan pratique, l'acte est traité de la même façon, qu'il soit qualifié de nul ou d'inefficace.

Pour éviter de faire croire faussement à une divergence d'opinion, nous emploierons les termes de congé inexistant ou inefficace, lorsqu'ils sont plus ou moins usuels, mais il faut garder à l'esprit que ces notions, dans l'acception du Tribunal fédéral, ne se distinguent pas de la nullité par les effets, mais tout au plus par les causes de cette situation. Dans tous ces cas, l'acte est dépourvu de ses effets voulus, ce qui peut être constaté en tout temps par toute autorité compétente, sous réserve de l'abus de droit et de la chose jugée.

### c) L'acte invalidable

L'acte est invalidable lorsque son auteur a la faculté d'en éliminer les effets, **par une déclaration unilatérale dans un certain délai**, en raison d'un vice qui l'affecte. C'est la solution adoptée par le législateur en cas de vice du consentement<sup>19</sup>.

Il n'est donc pas nécessaire d'agir en justice, il suffit que l'auteur de l'acte déclare sa volonté de ne pas le maintenir. S'il laisse passer le délai sans faire la déclaration ou s'il ratifie l'acte après dissipation du vice, l'acte est définitivement valable.

Faut-il considérer que l'acte est à l'origine sans effet, mais que sa validité est soumise à une condition suspensive, ou qu'il est à l'origine valable, mais que sa validité est soumise à une condition résolutoire? Le Tribunal fédéral a tranché en faveur de la première conception<sup>20</sup>. Si la déclaration d'invalidation intervient en temps utile, l'acte doit être considéré comme nul *ab initio*.

---

<sup>18</sup> ATF 121 III 160s cons. 1c/aa

<sup>19</sup> *Von Tuhr/Peter*, op. cit. note 2, p. 329s. On peut considérer l'invalidation comme une forme d'annulabilité, puisque le sort de l'acte dépend également de la volonté d'une personne : cf. *von Tuhr/Peter*, op. cit. note 2, p. 231. Nous avons choisi de la distinguer parce que, sur le plan pratique, elle présente cette particularité qu'une manifestation de volonté suffit et qu'il n'est pas nécessaire de provoquer une décision d'une autorité.

<sup>20</sup> ATF 114 II 142s cons. b

#### d) L'acte incomplet

L'acte est incomplet<sup>21</sup> lorsqu'il manque un élément nécessaire à sa validité, mais que celui-ci peut **encore être ajouté**. L'acte ne déploie donc pas encore ses effets juridiques, mais une personne a la faculté de le compléter pour qu'il les déploie.

Par exemple, si un mineur ou un interdit capable de discernement accomplit un acte de disposition unilatéral, il ne déploiera ses effets que si le représentant légal l'approuve (art. 19 al. 1 CC); avant le consentement, l'acte est incomplet<sup>22</sup>, mais le représentant légal peut le compléter; si le consentement est refusé, l'acte est sans effet ab initio.

#### e) L'acte annulable

L'acte est annulable lorsqu'il produit valablement ses effets à l'origine, mais qu'il est affecté d'un vice permettant à une partie, agissant conformément à la loi, de le faire déclarer nul; autrement dit, l'acte a une validité soumise à une condition résolutoire<sup>23</sup>.

L'annulabilité est une faculté soumise à certaines exigences. Si celles-ci ne sont pas respectées, l'acte reste définitivement valable. Si les exigences sont respectées, l'acte est déclaré nul et, dès l'entrée en force de cette décision, il ne déploie plus, ex tunc, ses effets juridiques<sup>24</sup>.

L'acte annulable est valable à l'origine et **il faut une décision de l'autorité, saisie en temps utile**, pour qu'il soit privé de ses effets rétroactivement.

En droit suisse, l'annulabilité est plutôt prévue dans des cas où il y a un intérêt supérieur (notamment pour les tiers) à ce que la situation soit élucidée rapidement<sup>25</sup>.

#### f) Le vice sans conséquence

Théoriquement, on peut imaginer qu'un vice reste sans conséquence sur la validité de l'acte. Par exemple, le législateur a adopté une règle d'ordre, mais dépourvue de sanctions<sup>26</sup>, ou encore il formule des exigences, par exemple des timbres fiscaux, dont la violation est sanctionnée par une autre voie que par la nullité de l'acte.

#### g) La conversion de l'acte vicié

Lorsqu'un acte est vicié, on doit se demander s'il ne peut pas être transformé en un acte valable. L'idée est ici de procéder par interprétation et de sauvegarder autant que possible la volonté exprimée. Sachant ce que la personne avait en vue, on se demande si son acte, qui ne

<sup>21</sup> *Von Tuhr/Peter*, op. cit. note 2, p. 224; *Tandogan*, op. cit. note 8, p. 38 parle à ce sujet d'"acte imparfait".

<sup>22</sup> ATF 112 II 103s cons. 2. L'ATF 117 II 24 cons. 7a considère plutôt que le consentement a un effet guérisseur.

<sup>23</sup> *Tandogan*, op. cit. note 8, p. 34; pour l'annulabilité du congé : *Lachat/Micheli*, op. cit. note 11, p. 321s n° 1.3; *Zwicker*, Die Anfechtung der Kündigung nach dem neuen Schweizerischen Mietrecht, Der Schweizer Treuhänder 64/1990 p. 267; *Roncoroni*, op. cit. note 11, Séminaire, p. 6 et 20; *Barbey*, op. cit. note 11, p. 202s n° 296; *Brunner*, Die Anfechtbarkeit der Kündigung im Mietrecht, Plädoyer 4/1990, p. 44; Commentaire *USPI*, op. cit. note 11, Rem. prélim. ad 266-2660 n° 24, 2661-2660 n° 21; *Corboz*, op. cit. note 1, p. 37s; *Calamo*, op. cit. note 1, p. 264; *Tercier*, Les contrats spéciaux, Zurich 1995 p. 258 n° 2101

<sup>24</sup> *Corboz*, op. cit. note 1, p. 38; *Strub*, Die Ungültigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen der Aktiengesellschaft, thèse de Zurich, Berne 1963, p. 9; *Homburger/Moser*, Willensmängel bei der Beschlussfassung der Generalversammlung der Aktionäre, Mélanges Pierre Engel, Lausanne 1989, p. 148

<sup>25</sup> *Corboz*, op. cit. note 1, p. 38; dans un sens un peu différent : *Tandogan*, op. cit. note 8, p. 35

<sup>26</sup> Ainsi, l'obligation de fournir, sur demande, la motivation du congé n'est qu'une prescription d'ordre qui n'en affecte pas la validité : *Calamo*, op. cit. note 1, p. 206s

peut pas déployer les effets voulus en raison d'une inadvertance ou d'une ignorance, ne peut pas être considéré, par interprétation de la volonté, comme un autre acte qui, lui, serait valable<sup>27</sup>.

On en trouve une forme, dans le droit du bail, avec le congé reportable (art. 266a al. 2 CO) : lorsqu'une partie qui a donné congé s'est trompée sur le délai ou le terme et a indiqué une date prématurée, mais que sa volonté de mettre fin au contrat est certaine, on peut interpréter sa déclaration en ce sens que le congé est donné pour la prochaine date possible.

#### h) La réparation du vice

Suivant les circonstances, il est possible que **l'auteur** d'un acte vicié puisse réparer le vice qui l'affecte. En tout cas, s'il s'agit d'un acte unilatéral, il peut en principe l'accomplir à **nouveau**<sup>28</sup> dans des conditions dépourvues de vice. Cela peut conduire, en pratique, à éviter les conséquences du vice.

Par exemple, si le bailleur a donné congé sans utiliser la formule officielle (art. 266l al. 2 et 266o CO), mais qu'il s'en rend compte encore à temps, il lui est loisible d'envoyer un nouveau congé pour la même date sur la formule officielle.

#### i) La convention réparatrice

Cette hypothèse se distingue de la précédente en ce sens qu'il ne s'agit plus d'une action unilatérale. Cette faculté découle directement de la liberté contractuelle.

Dans les limites posées par les art. 19 et 20 CO, les parties peuvent régler entre elles leur situation juridique. Moyennant l'accord de tous les intéressés, il est donc en principe possible de passer une convention qui a pour effet de supprimer en pratique les conséquences du vice.

Dans le domaine du bail, les parties peuvent en principe décider d'un commun accord, en tout temps, de conclure un bail<sup>29</sup>, d'y mettre fin<sup>30</sup> ou de fixer sa date d'échéance<sup>31</sup>.

---

<sup>27</sup> *Von Tuhr/Peter*, op. cit. note 2, p. 228s et les réf. citées

<sup>28</sup> L'acte nul est par principe inguérissable, mais il reste la possibilité d'un nouvel acte valable : *von Tuhr/Peter*, op. cit. note 2, p. 229s

<sup>29</sup> Si le congé a été valablement donné, il est toujours possible de conclure un nouveau bail pour en supprimer les effets : *von Tuhr/Peter*, op. cit. note 2, p. 147, 230

<sup>30</sup> *Calamo*, op. cit. note 1, p. 108; *Higi*, op. cit. note 1, Vorbem. zu Art. 266-266o n° 12

<sup>31</sup> *Higi*, op. cit. note 1, Vorbem. zu Art. 266-266o n° 19

## II. Partie spéciale

### 1. Le congé et la capacité civile

#### a) Le congé donné par un incapable

Le congé étant une manifestation de volonté, il suppose que la volonté ait été valablement formée ou, si l'on préfère, que la décision ait été valablement prise.

Le congé émanant d'une personne incapable de discernement est nul; cette nullité n'est pas guérissable<sup>32</sup>; elle peut être constatée en tout temps, même d'office, par toute autorité compétente.

Le congé doit être donné, au nom de l'incapable de discernement, par son représentant légal<sup>33</sup>; ce dernier peut aussi désigner un mandataire, par exemple un gérant d'immeubles, et lui déléguer le pouvoir de décider le congé. Si la personne recouvre la capacité de discernement, elle peut donner un nouveau congé, mais non pas ratifier le congé qu'elle aurait donné en état d'incapacité de discernement<sup>34</sup>.

Si le cocontractant est **un mineur ou un interdit**, il faut garder à l'esprit que le bail est un contrat bilatéral impliquant des droits et des obligations pour chacun des cocontractants. Le congé, qui provoque l'extinction du contrat, est donc un acte de disposition<sup>35</sup>, celui qui donne congé renonçant pour l'avenir aux droits découlant pour lui du contrat. Si le cocontractant est un mineur ou un interdit, le congé peut être donné en son nom par son représentant légal ou par un mandataire auquel ce dernier a délégué ce pouvoir<sup>36</sup>. Si le congé est donné par le mineur ou l'interdit, capable de discernement, il est incomplet aussi longtemps qu'il n'a pas recueilli l'approbation du représentant légal<sup>37</sup>. L'accord peut être exprimé dans l'acte de congé ou séparément, sans exigence de forme<sup>38</sup>. Si l'approbation n'est pas reçue par le destinataire à la dernière date utile compte tenu du délai de résiliation<sup>39</sup>, les effets du congé seront reportés. Le destinataire ne doit pas être dans l'incertitude et la déclaration ne vaut congé qu'à partir du moment où l'approbation est communiquée au destinataire. Si l'approbation n'est jamais donnée ou qu'elle est refusée, le congé donné par le mineur ou l'interdit (capable de discernement) reste sans effets<sup>40</sup>.

---

<sup>32</sup> Art. 18 CC. *Von Tuhr/Peter*, op. cit. note 2, p. 209, 225 et 229s; *Bucher*, Berner Kommentar, Art. 17/18 n° 155

<sup>33</sup> *Von Tuhr/Peter*, op. cit. note 2, p. 208

<sup>34</sup> *Von Tuhr/Peter*, op. cit. note 2, p. 230; *Bucher*, op. cit. note 32, Art. 17/18 n° 155

<sup>35</sup> Cf. *Egger*, Zürcher Kommentar, Art. 19 n° 7

<sup>36</sup> Art. 19 al. 1 CC

<sup>37</sup> Cf. *von Tuhr/Peter*, op. cit. note 2, p. 211; *Bucher*, op. cit. note 32, Art. 19 n° 139s; ATF 112 II 103s cons. 2

<sup>38</sup> *Bucher*, op. cit. note 32, Art. 19 n° 61; cf. par analogie : ATF 117 II 21 cons. b

<sup>39</sup> Pour certains auteurs, le congé, parce qu'il est un acte formateur, doit être accompagné du consentement nécessaire et une approbation ultérieure doit être considérée comme un nouveau congé : *Bucher*, op. cit. note 32, Art. 19 n° 138ss; *von Tuhr/Peter*, op. cit. note 2, p. 146. Si l'on suit cette opinion à la lettre, l'approbation donnée après l'acte du mineur ou de l'interdit, constituant un nouveau congé, devrait revêtir la forme d'un congé donné au cocontractant. Cette conception n'est pas en harmonie avec la doctrine la plus récente, que nous verrons, dans le cas du congé donné par l'un des conjoints sans le consentement de l'autre pour le logement de la famille.

<sup>40</sup> *Bucher*, op. cit. note 32, Art. 17/18 n° 139, Art. 19 n° 141; *Tandogan*, op. cit. note 8, p. 22s (il manque un élément constitutif de l'acte; comme il est difficile de distinguer ce qui doit être qualifié d'élément constitutif, nous pensons que cette notion inutile doit être évitée)

### b) Le congé adressé à un incapable

Si le destinataire du congé n'a pas la capacité civile, le congé doit être adressé à son représentant légal<sup>41</sup> ou au représentant que celui-ci a mandaté.

Le congé adressé directement à une personne incapable ou partiellement incapable est nul. Il y aurait cependant abus de droit à invoquer ce vice si le congé est parvenu, en temps utile, au représentant légal ou au mandataire désigné par lui.

## 2. Le congé et les vices du consentement

### a) Le congé affecté d'un vice du consentement

Le congé étant une manifestation de volonté, on peut aussi imaginer que la volonté soit affectée d'un vice.

Il est communément admis que les règles sur les vices du consentement s'appliquent également aux actes unilatéraux<sup>42</sup>.

En conséquence, si le congé a été décidé sous l'effet d'une erreur, d'un dol (= tromperie) ou d'une menace, la partie qui l'a donné peut, si les conditions prévues par les art. 24 à 30 CO sont réalisées, déclarer à l'autre partie, dans l'année dès la dissipation du vice, sa résolution de ne pas le maintenir<sup>43</sup>.

Il s'agit, selon notre terminologie, d'une invalidation, en ce sens qu'il n'est pas nécessaire d'agir devant une autorité, mais qu'il faut, dans un certain délai, adresser une manifestation de volonté unilatérale au cocontractant. L'invalidation déploie ses effets ex tunc : le congé est réputé ne pas avoir été donné<sup>44</sup>.

### b) Les conséquences d'un congé sans effet

Lorsqu'un congé est dépourvu de ses effets, le bail continue de lier les parties.

L'hypothèse que nous envisageons maintenant présente un aspect particulier en ce sens que la déclaration d'invalidation doit intervenir dans l'année dès la dissipation du vice. Il est possible que, dans l'intervalle, les locaux aient été libérés et reloués. Il se pose alors un problème particulier qui peut éventuellement apparaître aussi dans d'autres hypothèses. Le bail ne conférant aucun droit réel, nous ne pensons pas qu'il y ait un droit de préférence et qu'un nouveau locataire, qui s'est fié de bonne foi à la situation résultant de la possession, puisse faire l'objet d'une éviction<sup>45</sup>. En conséquence, selon notre opinion, l'invalidation du congé ne conduit alors pas à rétablir le bail et la situation devrait se régler, s'il y a lieu, par

---

<sup>41</sup> von Tuhr/Peter, op. cit. note 2, p. 209

<sup>42</sup> von Tuhr/Peter, op. cit. note 2, p. 297; Schmidlin, Berner Kommentar, Art. 23/24 n° 174 et les réf. citées; Gauch/Schlupe, Schweizerisches OR, Allg. Teil I, Zurich 1991, p. 169 n° 937

<sup>43</sup> Pour invalider (ex tunc) un acte affecté d'un vice du consentement, il faut une déclaration de l'auteur de l'acte, adressée à son destinataire; le juge ne peut soulever d'office l'existence d'un vice du consentement; c'est à l'auteur de l'acte vicié qu'il appartient de l'invalider ou non. Cf. von Tuhr/Peter, op. cit. note 2, p. 329s

<sup>44</sup> ATF 114 II 143

<sup>45</sup> La doctrine admet que le locataire évincé, en cas de double location, ne peut exiger le départ du locataire qui occupe les locaux. Higi, op. cit. note 1, Art. 259f n° 8s; Schmid, Zürcher Kommentar, Art. 258 n° 4, Vorbem. zu Art. 254-256 n° 7; Lachat/Micheli, op. cit. note 11, p. 126 n° 6.2.1; Engel, op. cit. note 11, p. 148; Commentaire USPI, op. cit. note 11, art. 259f n° 9; Guinand/Wessner, Bail à loyer II, FJS 358 p. 11

une action pour enrichissement illégitime ou par une action en dommages-intérêts<sup>46</sup>. Cette question délicate, mais assez théorique, mériterait peut-être une étude plus approfondie.

### 3. La légitimation pour donner congé

#### a) Le congé donné par une personne qui n'est pas le cocontractant

Il résulte de la notion de congé, et en particulier des art. 266a al. 1, 266l al. 2 et 266n CO, que le congé est une manifestation de volonté émanant de l'un des cocontractants et adressée à l'autre.

La décision de donner congé doit donc être prise par l'une des parties au contrat, c'est-à-dire le bailleur ou le locataire. La partie peut déléguer ce pouvoir de décision à un mandataire qui la représentera<sup>47</sup>; elle peut charger un représentant de rédiger et signer la déclaration ou un messenger de transmettre la lettre de congé; en cas de décès, les héritiers succèdent à la partie défunte et, en cas d'aliénation, l'acquéreur de l'immeuble succède dans le droit de donner congé<sup>48</sup>.

Hormis ces hypothèses, le congé qui n'émane pas du cocontractant est nul<sup>49</sup>. Pour les tiers, le bail est une "res inter alios" et ils ne peuvent s'y immiscer. Par exemple, le congé qui serait donné au locataire par un locataire voisin est nul. Comme il manque le substrat essentiel d'un congé, on pourrait même dire qu'il est inexistant, mais cette notion n'a pas d'utilité pratique.

Si le congé n'émane pas du cocontractant, il n'y a pas à saisir la justice, le congé est sans effet, ce qui peut être constaté en tout temps par toute autorité compétente.

#### b) La pluralité de cocontractants

Dans un seul et même contrat de bail, il peut y avoir plusieurs bailleurs, respectivement plusieurs locataires.

<sup>46</sup> Lorsqu'un contrat est invalidé et que la restitution en nature est impossible, on admet qu'il faut agir selon les règles de l'enrichissement illégitime : *von Tuhr/Peter*, op. cit. note 2, p. 334, 336; cf. ATF 114 II 143. Dans le cas particulier, nous pensons plutôt que le bailleur se trouve dans l'impossibilité subséquente de fournir sa prestation; s'il peut prouver qu'il n'a pas commis de faute, les deux parties sont libérées (art. 119 al. 1 et 2 CO); sinon, une action en dommages-intérêts est ouverte contre lui (art. 97 CO); par ailleurs, surtout en cas de rétablissement de la situation, il faut rappeler qu'une action en dommages-intérêts demeure possible aux conditions des art. 26, 29 al. 2 et 41 (en cas de tromperie) CO.

<sup>47</sup> La représentation et ses règles sont aussi applicables à l'accomplissement d'un acte formateur : cf. *Züch, Berner Kommentar, Vorbem. zu Art. 32-40 OR n° 109*. Le représentant doit être en mesure de présenter immédiatement ses pouvoirs, sinon le congé peut être refusé : *von Tuhr/Peter*, op. cit. note 2, p. 357

<sup>48</sup> En cas d'aliénation de l'immeuble, le congé ne peut être donné (du côté du bailleur) que par l'acquéreur dès son inscription au journal (ATF 118 II 120ss), à la condition qu'il soit ensuite inscrit au grand livre du registre foncier, même si la requête ayant donné lieu à l'inscription au journal était encore incomplète (ATF 118 II 122s cons. 3b; ATF non publié du 12.2.1993 dans la cause 4C.382/1992, cons. 2b); avant ce moment, le congé ne peut être donné, du côté du bailleur, que par l'aliénateur (cf. *Koller, Probleme beim Verkauf vermieteteter Wohnliegenschaften, Revue Suisse du Notariat et du Registre foncier 72 (1991) p. 206s*). Cf. *Calamo*, op. cit. note 1, p. 187; *Higi*, op. cit. note 1, Art. 261-261a n° 32

<sup>49</sup> *Lachat/Micheli*, op. cit. note 11, p. 322 n° 1.4; *Lachat/Stoll*, op. cit. note 11, p. 339 n° 1.4; *Engel*, note 11, p. 189s n° 4; *Commentaire USPI*, op. cit. note 11, Art. 266l-266o n° 25; *Thanei*, Die Erstreckung des Mietverhältnisses, Zurich 1990, p. 9; *Brunner*, op. cit. note 23, p. 40; *Higi*, op. cit. note 1, Vorbem. zu Art. 266-266o n° 52 et 54. Pour le cas rare du représentant qui ne s'est pas fait connaître comme tel : cf. *Higi*, op. cit. note 1, Vorbem. zu Art. 266-266o n° 71s

En pareil cas, on admet qu'il faut l'accord de tous les bailleurs ou de tous les locataires pour donner valablement congé<sup>50</sup>. Ils ne doivent pas nécessairement signer tous la lettre de congé. Ils peuvent en effet, d'un commun accord, désigner un représentant (qui peut être l'un d'eux) et lui déléguer le pouvoir d'en décider et/ou le pouvoir de rédiger en leur nom la lettre de congé. Dans le cas où les locataires sont des époux et où il s'agit du logement de la famille, on doit appliquer la règle spéciale de l'art. 266m CO.

Lorsque les bailleurs ou les locataires forment entre eux une entité juridique, on appliquera les règles régissant la prise des décisions au sein de cette entité. Dans le cas d'une hoirie, les membres doivent en principe tous consentir<sup>51</sup>. S'il s'agit d'une copropriété, il existe une disposition spéciale concernant la majorité requise pour décider de résilier un bail : l'art. 647b al. 1 CC<sup>52</sup>. Pour les personnes morales ou les sociétés de personnes, il faut se référer aux dispositions qui régissent les compétences au sein de ces entités. Les personnes compétentes peuvent décider une délégation de leur pouvoir, notamment dans le cadre d'un contrat de travail ou d'un mandat. En ce qui concerne la communication de la décision, elle peut être faite aussi bien par le cocontractant que par un représentant; elle peut être apportée par un messenger.

Si le congé n'émane pas du cocontractant ou d'un représentant autorisé, en particulier parce qu'il manque un consentement nécessaire, il faut raisonner comme si le congé n'avait pas été donné par le cocontractant.

Dans l'hypothèse où il manque un consentement pour que le congé soit valable, on peut se demander, par analogie avec le cas du mineur ou de l'interdit, si l'acte n'est pas simplement incomplet ou s'il est nul. Dans le premier cas (qui a notre préférence), le consentement manquant pourrait être apporté en temps utile, alors que si l'on retient la seconde construction juridique, il faudrait donner un nouveau congé.

Dans le cas où le vice n'est découvert qu'après la relocation de l'objet du contrat, on se retrouve devant le problème que nous avons déjà examiné en cas d'invalidation du congé pour vice du consentement.

### c) La représentation sans pouvoirs

Si le congé émane d'un représentant qui n'avait pas le pouvoir de représenter le cocontractant, il est également sans effet. Le faux représentant est responsable du préjudice qu'il cause aux conditions de l'art. 39 CO<sup>53</sup>.

On sait cependant qu'un acte accompli par un représentant sans pouvoirs peut en principe être ratifié, même tacitement, et que la ratification joue le même rôle que le consentement du représentant légal à l'acte du mineur capable de discernement<sup>54</sup>. La ratification a, en principe, un effet rétroactif<sup>55</sup> et elle est possible même pour des actes unilatéraux<sup>56</sup>.

Savoir si un congé donné par un représentant sans pouvoirs peut être ratifié est une question incertaine. On trouve dans la jurisprudence l'opinion que le congé ne peut être ni

---

<sup>50</sup> *Lachat/Micheli*, op. cit. note 11, p. 322 n° 1.4; *Lachat/Stoll*, op. cit. note 11, p. 339 n° 1.4; *Barbey*, op. cit. note 11, p. 42 n° 66; *Engel*, op. cit. note 11, p. 189s n° 4; *Wessner*, op. cit. note 1, p. 9s; *Calamo*, op. cit. note 1, p. 187; *Higi*, op. cit. note 1, Vorbem. zu Art. 266-266o n° 84; SJ 1995, p. 53ss

<sup>51</sup> *Lachat/Micheli*, op. cit. note 11, p. 286 n° 4.1; Commentaire *USPI*, op. cit. note 11, Rem. prélim. art. 266-266o n° 15; *Wessner*, op. cit. note 1, p. 9

<sup>52</sup> *Lachat/Micheli*, op. cit. note 11, p. 287 n° 4.1; *Wessner*, op. cit. note 1, p. 9

<sup>53</sup> *Von Tuhr/Peter*, op. cit. note 2, p. 403

<sup>54</sup> *Von Tuhr/Peter*, op. cit. note 2, p. 400

<sup>55</sup> *Von Tuhr/Peter*, op. cit. note 2, p. 401; *Züch*, op. cit. note 47, Art. 38 n° 73

<sup>56</sup> *Von Tuhr/Peter*, op. cit. note 2, p. 402 (aussi pour les actes de disposition : p. 217)

révoqué, ni validé a posteriori<sup>57</sup>. Un auteur considère que la question est problématique et que le destinataire a le droit de refuser le congé<sup>58</sup>.

Il faut rappeler dans ce contexte que le représentant n'est pas tenu de montrer une procuration au moment où il donne congé au nom du cocontractant; si, interpellé par le destinataire, il justifie de son pouvoir ou si le cocontractant confirme l'existence du pouvoir, le congé a été donné par un représentant autorisé. Le problème ne se pose que s'il apparaît que le représentant, au moment où il a donné le congé, n'avait pas de pouvoir. On peut alors adopter deux positions. On peut considérer, - ce qui a notre préférence -, qu'il s'agit d'un acte incomplet, comme dans le cas du congé donné par un mineur capable de discernement. La ratification est donc possible, mais pour le calcul du délai et du terme, on doit considérer que le congé a été donné au moment où l'acte a été complété, c'est-à-dire au moment où la ratification a été communiquée au destinataire. On peut aussi adopter une position plus stricte et considérer, s'agissant d'un acte formateur, que toutes les conditions devaient en être réunies au moment de la communication et qu'il ne reste plus que la possibilité de donner un nouveau congé. A notre connaissance, la jurisprudence n'a pas tranché cette question.

#### 4. Le congé mal adressé

##### a) Le congé non reçu

Le congé est une manifestation de volonté sujette à réception<sup>59</sup>. Selon les termes de l'art. 266I CO, le congé doit être donné. Il n'est certes pas nécessaire que le destinataire en prenne connaissance<sup>60</sup>, mais il faut qu'il le reçoive, c'est-à-dire que la communication parvienne dans sa sphère d'influence. Il faut conseiller, pour établir la réception, d'envoyer les lettres de congé sous pli recommandé, auquel cas le destinataire qui ne retire pas le pli à la poste, après avoir reçu l'avis, est réputé avoir reçu la lettre le dernier jour du délai de garde.

Dans tous les cas où le destinataire ne reçoit pas le congé (ou à tout le moins l'avis d'avoir à retirer un pli à la poste), le congé n'a pas été donné et il est nul ou, si l'on préfère, inexistant<sup>61</sup>.

On peut imaginer ici plusieurs hypothèses : la décision de donner congé a été prise, mais le texte n'a jamais été rédigé; le pli n'a pas été envoyé; il n'a pas été envoyé à la bonne personne et à la bonne adresse (par exemple il a été envoyé par erreur à un autre locataire<sup>62</sup>); il s'est perdu après l'expédition; il n'a pas été délivré au destinataire (mais par exemple à un homonyme) ...

En revanche, lorsque la lettre ou l'avis postal est déposé dans la boîte aux lettres du destinataire, le congé est reçu puisqu'il se trouve dans la sphère d'influence du destinataire; c'est à lui qu'il appartient de prendre les mesures nécessaires pour traiter le courrier reçu.

<sup>57</sup> ATF 108 II 193; dans le même sens : *Higi*, op. cit. note 1, Vorbem. zu Art. 266-266o n° 73

<sup>58</sup> *Zäch*, op. cit. note 47, Vorbem. zu Art. 32-40 n° 104

<sup>59</sup> *Schmid*, op. cit. note 45, Art. 267 n° 17; Commentaire *USPI*, op. cit. note 11, Rem. prélim. art. 266-266o n° 19; *Higi*, op. cit. note 1, Vorbem. zu Art. 266-266o n° 37

<sup>60</sup> Cf. ATF 118 II 42ss

<sup>61</sup> *Higi*, op. cit. note 15, p. 227; *Higi*, op. cit. note 1, Vorbem. zu Art. 266-266o n° 37. Si le destinataire reçoit une enveloppe recommandée vide, contenant un document qui ne le concerne pas ou qui est manifestement insignifiant, on peut attendre de lui qu'il réagisse sans retard pour signaler l'erreur. S'il ne le fait pas, une objection tardive de sa part sera interprétée, dans l'appréciation des preuves, en défaveur de sa version sur le contenu du pli recommandé. *Corboz*, op. cit. note 1, p. 46s

<sup>62</sup> *Lachat/Micheli*, op. cit. note 11, p. 322 n° 1.4; Commentaire *USPI*, op. cit. note 11, art. 266I-266o n° 25; *Brunner*, op. cit. note 23, p. 40

Nous ne pensons donc pas qu'il puisse faire valoir que le contenu de la boîte lui a été dérobé, que la personne qui a relevé la boîte ne lui a pas transmis le pli, ou qu'il était alors absent.

Dans tous les cas où la réception, au sens juridique, ne peut pas être établie, le congé est sans effet.

Si le congé a été mal adressé, mais qu'il parvient néanmoins en temps utile à son destinataire (par l'entremise de tiers), il faut constater qu'il a été reçu et que le mauvais adressage est un vice sans conséquence.

#### b) Le congé mal dirigé

Il reste à s'interroger sur le destinataire. Le congé doit être donné au cocontractant ou à son représentant.

Le courrier doit en principe être envoyé, pour le cas d'une personne physique, à son domicile et, pour le cas d'une personne morale, à son siège. L'usage admet cependant que le bailleur puisse envoyer le courrier à l'adresse des locaux loués. Cela ne vaut cependant que sous réserve d'une convention contraire, qui peut notamment résulter de l'adresse indiquée dans le contrat. Si l'une des parties exprime la volonté que le courrier, dans les rapports contractuels, lui soit envoyé à une autre adresse, le cocontractant doit réagir s'il n'accepte pas cette élection de domicile, faute de quoi, selon les règles de la bonne foi, l'autre partie peut s'attendre à ce qu'elle soit respectée, s'agissant d'une question qui n'entraîne normalement pas d'inconvénient pour le cocontractant<sup>63</sup>.

Lorsque le cocontractant a désigné un représentant, le congé peut, sauf convention contraire (même tacite), être adressé valablement aussi bien au représentant qu'au cocontractant lui-même. Celui qui donne congé à un représentant fera bien de s'assurer de ses pouvoirs, si la communication reçue du cocontractant n'est pas claire.

Dans tous les cas où le congé n'a pas été envoyé à la bonne personne et à la bonne adresse, le vice reste sans conséquence s'il est établi qu'il a été malgré cela reçu par le cocontractant ou son représentant autorisé. Sinon, il est nul.

Il faut encore déterminer correctement qui est le cocontractant, puisque le congé adressé à une personne qui n'est pas le cocontractant est nul ou, si l'on préfère, inexistant (sauf s'il parvient néanmoins au cocontractant ou à son représentant).

La détermination du cocontractant n'est pas toujours aussi simple qu'il paraît. Par exemple, si le locataire veut donner congé et si le bailleur a précédemment vendu l'immeuble, le congé ne peut être valablement adressé qu'à l'acquéreur qui lui a succédé dans le rapport de bail; la doctrine a cependant proposé que le congé donné à l'aliénateur soit considéré comme valable aussi longtemps que le transfert n'a pas été communiqué au locataire et que celui-ci l'ignore sans sa faute<sup>64</sup>.

S'il y a plusieurs bailleurs, par exemple en cas de copropriété, ou plusieurs locataires, le congé doit être donné à chacun d'eux<sup>65</sup>. Sauf s'il y a désignation (notamment dans le contrat) d'un représentant commun, chacun des destinataires doit recevoir un pli à sa propre adresse. Hormis l'hypothèse des époux (art. 266n CO), une seule lettre destinée à tous suffit s'ils ont la même adresse. Le congé mal adressé reste sans conséquence s'il est néanmoins reçu; en revanche, si l'un des destinataires nécessaires ne l'a pas reçu, le congé est nul pour tous. L'abus de droit demeure réservé, par exemple si l'un des hoirs, sans domicile connu, n'a pas pu être atteint et se désintéresse manifestement de l'affaire alors que la nullité est invoquée par

<sup>63</sup> Sur l'ensemble de cette question : cf. *Corboz*, op. cit. note 1, p. 47

<sup>64</sup> *Koller*, op. cit. note 48, p. 206s

<sup>65</sup> *Zihlmann/Jakob*, Mietrecht, Zurich 1993, p. 177; *Commentaire USPI*, op. cit. note 11, art. 266l-266o n° 25; *Wessner*, op. cit. note 1, p. 9s; *Calamo*, op. cit. note 1, p. 187; *Higi*, op. cit. note 1, Vorbem. zu Art. 266-266o n° 84; SJ 1995 p. 53ss

un autre héritier qui, lui, a reçu le congé. Le bail ne peut pas prendre fin séparément, c'est-à-dire pour certains des cocontractants, et non les autres. On peut cependant concevoir que le bailleur donne congé à l'un des deux colocataires et conclue une convention avec l'autre, sans lui donner congé, par laquelle ils conviennent que le bail prend fin et qu'un nouveau contrat est conclu lui conférant désormais l'usage exclusif des locaux<sup>66</sup>.

Nous ne reprendrons pas ici les règles générales concernant la manière de s'adresser valablement à une personne qui n'a pas ou pas totalement la capacité civile, à une société simple, une hoirie, etc.

## 5. Le congé affecté d'un vice de forme

Selon les principes généraux, l'acte qui n'est pas accompli dans les formes exigées par la loi est nul<sup>67</sup>. C'est donc de manière logique que l'art. 266o CO prévoit expressément la nullité des congés qui ne respectent pas les exigences de forme posées par les art. 266l à 266n CO.

La nullité peut être constatée en tout temps par toute autorité compétente. Il peut y avoir abus de droit si le destinataire, pour en tirer avantage, attend démesurément après avoir constaté le vice pour l'invoquer.

L'acte nul n'est pas guérissable, mais il est en principe possible, lorsqu'il a été donné un congé affecté d'un vice de forme, d'envoyer ensuite un nouveau congé exempt de vice.

Les parties peuvent toujours convenir, même par acte concluant, de mettre fin à leur relation contractuelle. Lorsque le locataire quitte les lieux à la date indiquée par le bailleur, on admet en principe que les parties ont ainsi manifesté leur volonté concordante de mettre fin au bail à cette date. Si le locataire n'avait pas connaissance du vice (en particulier si on ne lui a même pas remis la formule officielle l'informant de ses droits), on peut penser non pas qu'il acceptait de mettre fin au bail, mais qu'il est parti en croyant à tort que le congé était valable. On ne discerne alors pas une convention mettant fin au bail, ou, en tout cas, celle-ci serait affectée d'une erreur. On peut donc se demander si le locataire, qui découvrirait de bonne foi le vice après son départ, ne pourrait pas invoquer la nullité du congé et l'impossibilité fautive du bailleur (qui a reloué les locaux) de continuer le bail<sup>68</sup>.

### a) L'exigence de la forme écrite

Le congé des baux d'habitations et de locaux commerciaux doit être donné par écrit (art. 266l al. 1 CO). La forme écrite est régie par les art. 12 ss CO. La volonté de mettre fin au bail doit donc être exprimée par des lettres (quelle que soit la langue employée) durablement fixées sur un support, de telle sorte que le message soit compréhensible à la lecture par le destinataire; l'original doit normalement comporter la signature manuscrite de l'auteur (cf. art. 14 et 15 CO).

Le congé qui n'est pas donné par écrit est nul. Un nouveau congé peut être donné dans la forme requise.

---

<sup>66</sup> *Corboz*, op. cit. note 1, p. 48

<sup>67</sup> Art. 11 CO; *von Tuhr/Peter*, op. cit. note 2, p. 225

<sup>68</sup> Cf. ci-dessus II.2.b

### b) L'exigence d'une formule officielle

Si le congé, pour les baux d'habitations ou de locaux commerciaux, est donné **par le bailleur** (et non par le locataire), celui-ci doit utiliser une formule officielle (art. 266l al. 2 CO), renseignant le locataire sur ses droits.

Si le congé n'est pas donné par le bailleur au moyen de la formule officielle **dûment remplie**, il est nul. Le locataire peut cependant accepter, même par acte concluant, cette proposition implicite de mettre fin au bail. Un nouveau congé peut être donné en envoyant la formule officielle, si cette forme n'avait pas été respectée la première fois.

### c) Les exigences lorsque le bail porte sur le logement de la famille

Si le bail porte sur le logement de la famille, l'un des époux ne peut donner congé sans le consentement exprès de l'autre (art. 266m al. 1 CO)<sup>69</sup>; l'accord du juge peut y suppléer (art. 266m al. 2 CO).

Comme la loi prévoit expressément la nullité du congé qui ne respecte pas cette exigence (art. 266o CO), on pourrait admettre que le congé est nul s'il manque le consentement requis et qu'il doit être donné à nouveau avec le consentement nécessaire si celui-ci est obtenu par la suite.

La doctrine penche cependant pour une solution libérale : le congé est incomplet s'il manque le consentement nécessaire; ce consentement peut être donné en tout temps sous n'importe quelle forme, mais le congé ne déploie ses effets que lorsque le consentement manquant est communiqué au cocontractant; s'il l'est après le début du délai de résiliation, les effets du congé sont automatiquement reportés à la prochaine date possible (art. 266a al. 2 CO)<sup>70</sup>.

Lorsque le consentement n'est pas obtenu, le congé est nul (art. 266o CO). Comme la nullité peut être invoquée par quiconque (sous réserve de l'abus de droit), elle peut l'être aussi bien par le bailleur que par les époux, y compris celui qui a donné le congé.

Lorsque c'est le bailleur qui veut donner le congé pour le logement de la famille, il doit adresser le congé **séparément** à chacun des conjoints (art. 266n CO). Cette règle vaut également pour la fixation, selon l'art. 257d CO, d'un délai de paiement avec menace de résiliation (art. 266n CO). Le bailleur doit donc envoyer le document sous deux plis séparés<sup>71</sup>. Toutefois, lorsque les conjoints font ménage commun et que les deux plis sont donc envoyés à la même adresse, le bailleur n'a pas à s'assurer que chacun des époux prenne possession effectivement de l'enveloppe qui lui est destinée<sup>72</sup>.

Si le congé ou le délai comminatoire n'a pas été communiqué séparément à chacun des conjoints, le congé est nul (art. 266o CO). Le contrat n'étant pas divisible, cela vaut pour les deux conjoints, y compris celui qui a reçu l'unique document.

Comme dans le cas précédent, la doctrine pense que le congé est incomplet si l'un des plis n'a pas été envoyé; il suffit donc que le second pli soit envoyé par la suite, pour autant qu'il soit reçu avant le début du délai de résiliation<sup>73</sup>.

Si le congé est nul pour n'avoir pas été envoyé séparément aux deux conjoints, les parties peuvent évidemment convenir de mettre fin au contrat pour une date déterminée, mais l'accord des deux conjoints est nécessaire (la décision du juge pouvant suppléer un consentement manquant) (art. 169 CC).

<sup>69</sup> Sur les raisons de cette exigence : *Corboz*, op. cit. note 1, p. 45 et les réf. citées

<sup>70</sup> *Calamo*, op. cit. note 1, p. 194s; *Higi*, op. cit. note 1, Art. 266m-266n n° 23 et la réf. citée

<sup>71</sup> ATF 117 II 416 cons. 3 (en cas de délai comminatoire)

<sup>72</sup> ATF 118 II 42ss, en particulier cons. 3b

<sup>73</sup> *Higi*, op. cit. note 1, Art. 266m-266n n° 46

## 6. La déclaration qui ne correspond pas à la notion de congé

Le congé est une manifestation de volonté formatrice par laquelle l'un des cocontractants exprime à l'autre, de manière efficace, son intention de mettre fin au contrat à une date déterminée ou immédiatement déterminable.

En examinant maintenant le contenu de la déclaration, il est possible que celui-ci ne respecte pas les exigences mêmes de la notion de congé.

### a) Le congé confus

Si le destinataire ne peut pas comprendre la communication comme un congé, en l'interprétant conformément au principe de la confiance, le congé est nul<sup>74</sup> ou, si l'on préfère, inexistant.

Si l'auteur exprime un simple projet ou une sorte de souhait, s'il laisse la date dans l'incertitude, si son texte est confus, lacunaire ou contradictoire au point que l'on ne puisse distinguer la volonté de mettre fin au bail à une date déterminée ou immédiatement déterminable, le congé est nul.

Le vice n'est pas réparable, mais la partie peut ensuite donner un congé clair. Les cocontractants peuvent aussi convenir de mettre fin au bail.

### b) Le congé impossible

Selon les principes généraux, un acte juridique est nul si son objet est impossible (art. 20 al. 1 CO)<sup>75</sup>. Le congé est impossible si le bail est inexistant, s'il a pris fin ou s'il a déjà été valablement résilié pour une date antérieure.

Le congé impossible est nul; le vice n'est pas réparable. Suivant les circonstances, on peut éventuellement l'interpréter comme une offre de conclure un contrat de durée déterminée.

### c) Le congé conditionnel

Le congé, en tant qu'acte formateur, ne peut en principe pas être assorti d'une condition<sup>76</sup>. Une condition n'est admissible que s'il ne dépend que du destinataire de lever immédiatement l'incertitude<sup>77</sup>. Lorsque, en raison d'une condition ou d'une réserve, le destinataire ne peut pas savoir si le congé lui est effectivement donné ou non, le congé est nul.

Le vice n'est pas réparable, mais l'auteur peut donner un nouveau congé sans condition ni réserve.

---

<sup>74</sup> *Barbey*, op. cit. note 11, p. 41 n° 66; Commentaire *USPI*, op. cit. note 11, Rem. prélim. art. 266-2660 n° 10; *Schmid*, op. cit. note 45, Art. 267 n° 12; *Higi*, op. cit. note 1, Vorbem. zu Art. 266-2660 n° 35

<sup>75</sup> *Von Tuhr/Peter*, op. cit. note 2, p. 225; *Ziegler*, Die anfängliche Unmöglichkeit der Leistung in der schweizerischen Lehre, thèse de St-Gall, Wil 1991, p. 159; très restrictive : *Huguenin Jacobs*, Nichtigkeit und Unverbindlichkeit als Folgen anfänglicher Vertragsmängel, thèse de Berne 1984, p. 84

<sup>76</sup> ATF 119 II 154 cons. 3c, 118 II 124 cons. 4; Commentaire *USPI*, op. cit. note 11, Rem. prélim. art. 266-2660 n° 8; *Lachat/Micheli*, op. cit. note 11, p. 288 n° 8; *Schmid*, op. cit. note 45, Art. 267 n° 12; *von Tuhr/Peter*, op. cit. note 2, p. 146 et 225; *Calamo*, op. cit. note 1, p. 107; *Higi*, op.cit. note 1, Vorbem. zu Art. 266-2660 n° 35

<sup>77</sup> Commentaire *USPI*, op. cit. note 11, Rem. prélim. art. 266-2660 n° 8; *Lachat/Micheli*, op. cit. note 11, p. 288 n° 8; *Schmid*, op. cit. note 45, Art. 267 n° 13; *Wessner*, op. cit. note 1, p. 8; *Higi*, op. cit. note 1, Vorbem. zu Art. 266-2660 n° 36

#### d) Le congé partiel

Le contrat forme un tout; il n'y a congé que si l'un des cocontractants veut y mettre un terme dans sa totalité. Nous avons déjà vu ce principe dans l'hypothèse où l'on voudrait exclure l'une des personnes qui est partie au contrat (le congé n'est pas divisible); cela vaut aussi pour l'objet de la location. Si l'auteur ne veut pas mettre fin au contrat dans sa totalité, mais souhaite seulement en modifier le contenu, il ne donne pas congé, mais offre de modifier le contrat.

Un congé partiel est nul; il constitue une offre de modifier le contrat. Si le bailleur désire réduire ses prestations, dans le cas de baux d'habitations ou de locaux commerciaux, il doit procéder conformément à l'art. 269d al. 3 CO<sup>78</sup>.

#### e) Le congé simulé

Si le congé est simulé entre les parties, il ne comporte pas la volonté requise par la définition; il est donc nul ou, si l'on préfère, inexistant<sup>79</sup>.

Il reste que la simulation doit être prouvée par celui qui l'allègue<sup>80</sup>.

## 7. Le congé qui ne respecte pas le délai ou le terme

#### a) Les règles applicables en matière de délai et de terme

Le congé doit être donné pour une date déterminée ou immédiatement déterminable. Celui qui donne congé ne peut cependant pas choisir librement la date. Il doit respecter le délai et le terme prévus par le contrat (art. 266a al. 1 CO). Il existe d'ailleurs en cette matière une règle impérative : les délais légaux ne peuvent pas être conventionnellement **abrégés** (cf. art. 266 al. 1 CO). A défaut de disposition contractuelle, on appliquera, lorsque la loi le prévoit, les usages locaux et, sinon, les règles légales (art. 266b à 266f CO). En cas de congé extraordinaire, il faut se référer à la disposition spéciale applicable.

Les règles qui viennent d'être rappelées permettent de déterminer, à compter du moment où le congé est reçu par le destinataire, quelle est la **première date possible** pour les effets du congé. Rien n'empêche en revanche celui qui donne congé de choisir une date ultérieure, puisque cela va en faveur du cocontractant qui souhaite maintenir le contrat et n'est donc pas prohibé selon la ratio des règles évoquées. Le cocontractant garde la faculté, de son côté, de donner congé pour une date antérieure à celle choisie en respectant les règles. Il ne suffirait en effet pas que l'un des cocontractants choisisse une date dans vingt ans pour priver l'autre partie du droit de donner congé et modifier unilatéralement la durée de l'engagement.

<sup>78</sup> *Lachat/Micheli*, op. cit. note 11, p. 288 n° 7; *Commentaire USPI*, op. cit. note 11, Rem. prélim. art. 266-2660 n° 11; *Zihlmann/Jakob*, op. cit. note 65, p. 177; *Schmid*, op. cit. note 45, Art. 267 n° 16; *Calamo*, op. cit. note 1, p. 198 (sauf parties distinctes); *Higi*, op. cit. note 1, Vorbem. zu Art. 266-2660 n° 96ss

<sup>79</sup> *Von Tuhr/Peter*, op. cit. note 2, p. 225

<sup>80</sup> Les exigences quant à la preuve sont sévères : ATF 112 II 342 cons. 4a

La date fixée dans le congé ne contrevient donc aux règles rappelées que si elle est choisie, volontairement ou par inadvertance, **avant** la première date possible. Ce n'est que dans cette hypothèse que le congé est vicié.

#### b) Les conséquences de leur violation

Dans ce cas, l'art. 266a al. 2 CO prévoit que le congé "produit effet pour le prochain terme pertinent". Autrement dit, le congé n'est ni nul, ni annulable, ni invalidable, il est valable, mais ses effets sont simplement reportés, de par la loi, à la première date possible. C'est un cas de conversion d'un acte juridique vicié<sup>81</sup> : la partie a manifesté la volonté de mettre fin au contrat et on donne effet à cette volonté à la première date possible, et non à la date prématurée qui a été indiquée.

La règle du report étant intégrée à l'art. 266a CO, qui appartient au titre marginal II, la doctrine s'est demandé si elle était également applicable aux congés extraordinaires visés par le titre III et aux résiliations permises par la loi avant l'échéance<sup>82</sup>. Comme la règle est directement inspirée du principe général de la conversion des manifestations de volonté viciées, nous pensons qu'elle devrait être appliquée à tous les cas où le délai ou le terme de résiliation ne sont pas respectés<sup>83</sup>. Savoir si les conditions de l'existence même d'un congé extraordinaire sont réunies est une autre question.

#### c) La réaction du destinataire

Lorsque le destinataire reçoit un congé mentionnant une date prématurée, il devrait, selon les règles de la bonne foi, signaler l'erreur à son cocontractant et exprimer sa volonté de maintenir le contrat jusqu'à la première date possible. Le report se produit cependant automatiquement, ex lege, même sans réaction de la part du destinataire. Il ne semble d'ailleurs pas que le destinataire ait une véritable obligation de réagir dont la violation l'exposerait à des dommages-intérêts.

Le destinataire peut aussi accepter le congé pour la date prématurée<sup>84</sup>. Il faut ici rappeler que les parties peuvent convenir de mettre fin au contrat et qu'elles peuvent donc aussi, a maiori, convenir de fixer la date d'extinction du bail. L'accord peut résulter d'actes concluants : le locataire libère les lieux et le bailleur reprend les clés.

Il est possible que le destinataire accepte l'extinction du bail pour la date indiquée dans l'ignorance (peut-être réciproque) de son caractère prématuré. Nous ne pensons pas, vu la solution légale, qu'il s'agisse d'une erreur essentielle permettant d'invalidier l'accord. Le congé étant valable et son principe accepté, la fixation de la date n'est, dans le système légal, qu'une question secondaire; si un accord intervient à ce sujet, il est valable, même si le raisonnement qui conduit à déterminer la date révèle une erreur sur les motifs.

---

<sup>81</sup> Menge, op. cit. note 8, p. 44; cf. également Prerost/Thanei, Das Mieterbuch, Zurich 1993, p. 129

<sup>82</sup> Lachat/Micheli, op. cit. note 11, p. 301 n° 16 en bas de page

<sup>83</sup> Corboz, op. cit. note 1, p. 56. Dans ce sens : Calamo, op. cit. note 1, p. 193; Higi, op. cit. note 1, Art. 261-261a n° 46, Art. 266a n° 45

<sup>84</sup> Wessner, op. cit. note 1, p. 15; Calamo, op. cit. note 1, p. 190s

## 8. Le congé non motivé ou faussement motivé

### a) Le congé non motivé

Celui qui donne congé le fait pour certaines raisons, que l'on appelle les motifs du congé. En ce sens, tout congé est un acte motivé.

Dès le moment où l'on admet, comme le fait le nouveau droit du bail, qu'un congé peut être vicié en raison de ses motifs, il se pose la question de savoir comment le destinataire peut connaître les motifs du congé, puisqu'ils relèvent du for intérieur.

On doit donc se demander si la partie qui donne congé doit **communiquer** à l'autre **les motifs** pour lesquels elle procède ainsi. D'une manière impropre et un peu trompeuse, on parle de "motivation" du congé pour désigner **l'expression des motifs du congé par celui qui le donne**.

Parmi les exigences de forme prévues à peine de nullité (art. 266o CO) par les art. 266l à 266n CO, on ne trouve pas l'obligation d'indiquer les motifs du congé. La proposition d'imposer cette indication a été écartée<sup>85</sup>. Ainsi, le congé est valablement donné, même si les motifs ne sont pas communiqués.

A titre de compromis, peut-être un peu boiteux, l'art. 271 al. 2 CO prévoit que celui auquel le congé est donné peut demander, normalement après l'avoir reçu, que les motifs lui soient communiqués<sup>86</sup>. Il n'est cependant fixé aucun délai pour fournir le renseignement. Or, le délai pour attaquer le congé en raison de ses motifs court dès la réception du congé (art. 273 al. 1 CO), et non dès la réception de la motivation. L'articulation des art. 271 al. 2 et 273 al. 1 CO montre que le législateur a accepté l'éventualité que le destinataire doive agir, vu le délai de péremption, avant de recevoir l'indication des motifs du congé.

Il faut en déduire que l'absence d'indication des motifs n'affecte pas la validité du congé<sup>87</sup>. Cela ne signifie pas que le congé est indépendant de ses motifs, mais qu'il est indépendant d'une communication des motifs.

Le congé n'est donc pas vicié parce que ses motifs ne sont pas communiqués ou le sont tardivement.

Que se passe-t-il alors si, en violation de l'art. 271 al. 2 CO, la motivation n'est jamais fournie ? La loi ne prévoit aucune sanction. Certains auteurs semblent avoir pensé que le congé était de ce seul fait annulable<sup>88</sup>. La jurisprudence a adopté une position plus conforme à l'idée d'une indépendance entre la validité du congé et la communication de ses motifs : l'autorité doit en principe rechercher d'office les faits et apprécier ensuite si les motifs réels du congé le rendent annulable; néanmoins, en l'absence d'indice contraire, elle pourra, dans l'appréciation des preuves, interpréter l'attitude de celui qui refuse de motiver son congé en ce sens que celui-ci ne repose sur aucun intérêt avouable et qu'il contrevient donc aux règles de la bonne foi<sup>89</sup>.

<sup>85</sup> Brunner, op. cit. note 23, p. 40

<sup>86</sup> La motivation peut être exigée par le destinataire, qu'il soit le bailleur ou le locataire : Calamo, op. cit. note 1, p. 205. Elle peut l'être aussi par le conjoint du locataire lorsqu'il s'agit du logement de la famille : Tercier, op. cit. note 23, p. 255 n° 2074. La requête n'est pas soumise à une exigence de forme : Tercier, op. cit. note 23, p. 255 n° 2074. La motivation peut être fournie sous n'importe quelle forme : Calamo, op. cit. note 1, p. 206; Tercier, op. cit. note 23, p. 255 n° 2074. Ce n'est qu'une prescription d'ordre : Calamo, op. cit. note 1, p. 206s

<sup>87</sup> Lachat/Micheli, op. cit. note 11, p. 322 n° 1.6; Roncoroni, op. cit. note 11, Séminaire, p. 9; Calamo, op. cit. note 1, p. 206s; Tercier, op. cit. note 23, p. 255 n° 2075; cf. par analogie, au sujet de l'art. 335 al. 2 CO : ATF 121 III 60ss

<sup>88</sup> Zwicker, op. cit. note 23, p. 268; Zihlmann, Das neue Mietrecht, Zurich 1990, p. 191; Zihlmann, op. cit. note 8, Art. 271 n° 8

<sup>89</sup> ATF non publié du 18.3.1992 dans la cause 4C.271/1991. Dans le même sens : Roncoroni, op. cit. note 11, Séminaire, p. 9; Roncoroni op. cit. note 11, Das neue Mietrecht, p. 127; Brunner, op. cit. note 23, p. 41; Engel,

### b) Le congé faussement motivé

Il est possible que celui qui donne congé fournisse des motifs mensongers.

Dans le système de compromis un peu discutable adopté par le législateur, la validité du congé ne dépend pas de la communication des motifs; elle ne peut être affectée que par les motifs réels et il est admis que le destinataire doit attaquer le congé, même s'il n'a reçu encore aucune communication au sujet des motifs. Le fait que le délai pour agir en annulation court dès la réception du congé (qui ne doit pas nécessairement être motivé) montre qu'il est sans importance que le destinataire ne découvre que plus tard les éléments lui permettant de fonder son action.

Comme dans le cas précédent, il faut conclure que la fausse motivation est sans conséquence; elle peut seulement être prise en compte, dans l'appréciation des preuves (s'il y a eu action en temps utile) comme indice que les véritables motifs du congé n'étaient pas avouables<sup>90</sup>.

Un auteur a soutenu que si le destinataire était dissuadé d'agir en temps utile par une tromperie de son cocontractant, il y aurait abus de droit à déclarer son action tardive<sup>91</sup>. Savoir si l'on peut appliquer la notion d'abus de droit à un délai de péremption est une question controversée<sup>92</sup>. Nous pouvons éventuellement l'envisager lorsque celui qui a donné congé, par des faits extérieurs au congé en tant que manifestation de volonté, empêche frauduleusement le destinataire d'agir en temps utile<sup>93</sup>. Cependant, dans un système qui admet qu'il faut agir même s'il n'y pas encore eu de communication des motifs, nous ne pensons pas qu'une indication fausse puisse permettre d'agir hors délai. La partie n'est pas liée par les motifs invoqués et une fausse motivation n'a pas pour effet de vicier le congé. La validité du congé est indépendante des motifs indiqués. Même si les conséquences pratiques n'en sont pas toujours satisfaisantes, nous pensons qu'il s'agit de la conséquence logique des dispositions adoptées; la jurisprudence n'a pas encore tranché cette question délicate.

L'art. 271 al. 2 CO semble fonder une obligation contractuelle de fournir les motifs du congé si l'autre partie le demande; si on fait le pas d'admettre que cela implique une obligation de fournir les **véritables** motifs du congé, cette construction pourrait ouvrir la voie à une action en dommages-intérêts (art. 97 CO)<sup>94</sup>.

## 9. Le congé annulable

### a) Le congé donné en temps prohibé

Il résulte de l'art. 271a al. 1 lit. d et e et al. 2 CO que le congé ne peut en principe (cf. art. 271a al. 3 CO) pas être donné à certains moments. Sommairement dit, le bailleur ne peut normalement pas donner congé pendant une procédure de conciliation ou pendant une procédure judiciaire relatives au bail, ou dans les trois ans qui suivent, pour autant que le locataire n'agisse pas ou n'ait pas agi essentiellement à tort. L'étude détaillée de ces dispositions sort du cadre de notre sujet.

---

op. cit. note 11, p. 189 n° 3; Commentaire *USPI*, op. cit. note 11, art. 271 n° 26; *Lachat/Micheli*, op. cit. note 11, p. 322 n° 1.6; *Calamo*, op. cit. note 1, p. 206s; *Tercier*, op. cit. note 23, p. 255 n° 2075

<sup>90</sup> *Roncoroni*, op. cit. note 11, Séminaire, p. 10; cf. par analogie, au sujet de l'art. 335 al. 2 CO : ATF 121 III 60ss

<sup>91</sup> *Zwicker*, op. cit. note 23, p. 268; dans le même sens : *Roncoroni*, op. cit. note 11, Séminaire, p. 10

<sup>92</sup> ATF 108 II 239 cons. c, 103 II 19ss cons. 3 et les réf. citées

<sup>93</sup> *Corboz*, op. cit. note 1, p. 59

<sup>94</sup> Dans ce sens : *Calamo*, op. cit. note 1, p. 208s

Si le congé est donné en temps prohibé, selon l'art. 271a al. 1 lit. d ou e CO, il est **annulable** (art. 271a al. 1 CO).

#### b) Le congé qui contrevient aux règles de la bonne foi

Le congé est aussi annulable s'il contrevient aux règles de la bonne foi (art. 271 al. 1 CO). On ne considère plus ici la manifestation de volonté et les circonstances qui l'entourent, mais bien les motifs pour lesquels le congé est donné.

L'art. 271a al. 1 lit. a, b, c et f fournit des exemples de cas dans lesquels le congé contrevient aux règles de la bonne foi. Lorsqu'on se trouve en présence de l'un de ces cas, le congé doit être annulé<sup>95</sup>. La liste des cas n'est pas exhaustive. Il faut déterminer les motifs pour lesquels le congé a été donné et porter un jugement en fonction des intérêts en présence; les exemples cités par l'art. 271a al. 1 CO illustrent la notion : le congé est en principe annulable s'il n'est pas fondé sur un intérêt digne de protection ou si le déséquilibre des intérêts en balance le rend choquant<sup>96</sup>.

L'annulabilité du congé qui contrevient aux règles de la bonne foi s'applique aussi bien au congé donné par le locataire qu'au congé donné par le bailleur<sup>97</sup>.

#### c) Les conséquences de l'annulabilité

Si le destinataire veut contester le congé en invoquant une cause d'annulabilité, il doit **saisir l'autorité de conciliation dans les trente jours** qui suivent sa réception (art. 273 al. 1 CO). Il s'agit d'un délai de péremption qui ne peut être ni suspendu, ni interrompu, ni restitué<sup>98</sup>. Si le destinataire n'agit pas en temps utile, le congé est définitivement valable sous l'angle des causes d'annulabilité, même s'il y avait matière à annulation, et une demande tardive est irrecevable.

Lorsque le bail porte sur le logement de la famille, le conjoint du locataire peut aussi agir en annulation du congé (art. 273 al. 1 CO). Le locataire ne peut renoncer par avance à demander l'annulation du congé (art. 273c CO)<sup>99</sup>.

On se trouve dans un cas où l'autorité de conciliation, si aucun accord n'intervient, doit rendre une décision (art. 273 al. 4 CO). La partie qui succombe (même partiellement) peut saisir le juge dans les trente jours, à défaut de quoi la décision de l'autorité de conciliation devient définitive (art. 273 al. 5 CO).

Lorsque la décision d'annulation entre en force, le congé doit être considéré comme dépourvu d'effets dès l'origine.

Les parties peuvent aussi convenir, que le congé ait été annulable ou non, d'en supprimer les effets (voir ci-dessous ch. 13).

<sup>95</sup> *Roncoroni*, op. cit. note 11, Das neue Mietrecht, p. 134; *Corboz*, op. cit. note 1, p. 33 avec note 4

<sup>96</sup> Commentaire *USPI*, op. cit. note 11, art. 271 n° 7; *Zihlmann*, op. cit. note 8, Art. 271 n° 3 et 6; *Barbey*, op. cit. note 11, p. 43 n° 68

<sup>97</sup> *Roncoroni*, op. cit. note 11, Séminaire, p. 3 et 13; *Zwicker*, op. cit. note 23, p. 267s. Sur le champ d'application des dispositions régissant l'annulabilité du congé, cf. en résumé : *Corboz*, op. cit. note 1, p. 34

<sup>98</sup> *Calamo*, op. cit. note 1, p. 287 (qui admet cependant l'application de l'art. 139 CO); *Brunner*, op. cit. note 23, p. 44

<sup>99</sup> *Roncoroni*, op. cit. note 11, Das neue Mietrecht, p. 120; *Roncoroni*, op. cit. note 11, Séminaire, p. 4; *Roncoroni*, op. cit. note 10, p. 93; Commentaire *USPI*, op. cit. note 11, art. 271 n° 4; *Trachsel*, Leitfaden zum Mietrecht, Zurich 1991 p. 217. *Roncoroni*, op. cit. note 11, Séminaire, p. 5 et *Tercier*, op. cit. note 23, p. 254 n° 2064 pensent que le bailleur ne pourrait pas non plus renoncer à l'avance à ses droits.

## 10. Le congé illicite ou contraire aux moeurs

### a) Le congé illicite

Selon les principes généraux, un acte juridique est nul s'il est illicite ou contraire aux moeurs (art. 20 al. 1 CO)<sup>100</sup>.

Parmi les exemples de congés **annulables**, l'art. 271a al. 1 lit. a CO cite le cas où le bailleur donne congé "parce que le locataire fait valoir de bonne foi des prétentions découlant du bail". Cette hypothèse correspond manifestement à l'infraction réprimée par l'art. 325bis al. 2 CP. La commission d'une infraction étant par principe un acte illicite, on constate qu'un congé illicite est classé parmi les congés annulables. Il s'agit même de l'hypothèse qui vient le plus naturellement à l'esprit lorsqu'on parle d'illicéité d'un congé. Le Message du Conseil fédéral confirme que l'on a voulu ainsi transformer en cas d'annulabilité ce qui constituait précédemment un cas de nullité<sup>101</sup>.

Certes, on peut imaginer des situations plus répréhensibles encore, mais il faut se souvenir qu'il y a une gradation dans la faute, mais non dans l'illicéité. En l'absence d'un critère sérieux, fondé sur les dispositions applicables, qui permettrait de distinguer les congés illicites qui seraient nuls et les congés illicites qui seraient seulement annulables, nous pensons, malgré les hésitations exprimées par la doctrine<sup>102</sup>, que le congé illicite n'est jamais nul, mais seulement annulable<sup>103</sup>.

Cette solution s'inscrit dans la logique du nouveau régime de l'annulabilité. Un bien immobilier est par nature destiné à un autre usage après l'extinction du bail; il est donc important, notamment dans l'intérêt d'un nouveau locataire, que l'on soit fixé rapidement et définitivement sur la question de savoir si le congé sera contesté ou non, afin de pouvoir bâtir de nouvelles relations juridiques sur des bases sûres. Pour tout ce qui touche aux motifs du congé, le législateur a choisi la voie de l'annulabilité, à l'exclusion de celle de la nullité. Il faut réserver l'hypothèse où l'infraction consisterait à empêcher le cocontractant de saisir l'autorité de conciliation en temps utile, auquel cas il faut envisager de recevoir même une contestation tardive<sup>104</sup>.

### b) Le congé contraire aux moeurs

Ce qui vient d'être dit peut être transposé au cas du congé contraire aux moeurs.

Si on lit les exemples d'annulabilité cités par l'art. 271a al. 1 CO - on songe notamment à celui de la lettre f -, il est manifeste que l'on veut viser des situations choquantes. La liste n'est pas close et la doctrine évoque volontiers, en complément, le cas du congé qui serait donné pour des raisons purement racistes<sup>105</sup>. Il s'agit donc bien de porter un jugement sur la moralité du congé en fonction de ses motifs. On ne voit pas quel critère sûr permettrait de distinguer des congés encore plus contraires aux moeurs et qui seraient nuls.

<sup>100</sup> *Von Tuhr/Peter*, op. cit. note 2, p. 225

<sup>101</sup> FF 1985 I 1440

<sup>102</sup> *Lachat/Micheli*, op. cit. note 11, p. 322 n° 1.5 (dubitatif); *Brunner*, op. cit. note 23, p. 41 (qui admet que la nullité résulte aussi de l'art. 20 al. 1 CO s'il y a infraction); *Lachat/Stoll*, op. cit. note 11, p. 340, note 13 en bas de page (qui retient l'application de l'art. 20 CO "au pire").

<sup>103</sup> Dans ce sens : *Zihlmann*, op. cit. note 88, p. 192 (qui se fonde sur l'idée d'une *lex specialis*); *Barbey*, op. cit. note 11, p. 203 n° 300 (qui pense que l'annulabilité s'applique à tous les cas où le but est choquant), p. 42 n° 67, p. 43 n° 68; *Corboz*, op. cit. note 1, p. 52s

<sup>104</sup> Cf. *Corboz*, op. cit. note 1, p. 59

<sup>105</sup> Cf. *Brunner*, op. cit. note 23, p. 41

On doit donc en déduire qu'il existe, en matière de congé, une *lex specialis* dérogeant à l'art. 20 al. 1 CO et que le congé contraire aux moeurs n'est pas nul, mais annulable.

## 11. Le congé manifestement abusif

Plusieurs auteurs soutiennent qu'à côté du congé contraire aux règles de la bonne foi, il subsiste la possibilité de considérer le congé comme nul en application de l'art. 2 al. 2 CC s'il constitue un abus de droit manifeste<sup>106</sup>. Nous ne le pensons pas.

Sous l'ancien droit, il était admis que le congé pouvait en principe être donné pour n'importe quel motif et il n'existait guère d'abus de droit manifestes reconnus par la jurisprudence<sup>107</sup>. On ne voit donc pas, sous cet angle, quels sont les cas de nullité qui pourraient subsister malgré l'introduction de l'annulabilité.

Il résulte du Message du Conseil fédéral que l'art. 271 al. 1 CO a été précisément adopté parce que l'art. 2 CC n'offrait pas une protection jugée suffisante<sup>108</sup>. La nouvelle disposition a été présentée comme une *lex specialis* par rapport à l'art. 2 CC; or, par définition, la *lex specialis* déroge à la *lex generalis* et prend sa place<sup>109</sup>.

Dans le cadre de cette réglementation spéciale de la bonne foi, il a été expliqué que l'on renonçait à exiger que l'abus de droit soit manifeste (à la différence de l'art. 2 al. 2 CC), mais qu'en contrepartie le congé abusif n'est pas nul, mais annulable<sup>110</sup>.

Il apparaît donc que l'on n'a pas voulu **compléter** ce qui existait déjà, mais le **remplacer** par une réglementation nouvelle.

Si l'on songe aux hypothèses admises de congés annulables, notamment au cas du congé raciste, on ne voit pas ce qui permettrait de distinguer soigneusement et de façon convaincante des cas de congés encore plus abusifs et qui seraient nuls.

Nous pensons donc que le congé qui contrevient aux règles de la bonne foi n'est jamais nul, mais annulable; peu importe que son caractère abusif soit plus ou moins fortement marqué<sup>111</sup>.

## 12. Le congé extraordinaire dont les conditions ne sont pas remplies

La loi prévoit diverses hypothèses permettant de donner un congé extraordinaire<sup>112</sup> ou de résilier le bail avant son échéance<sup>113</sup>.

<sup>106</sup> Cf. *Lachat/Stoll*, op. cit. note 11, p. 340 n° 1.5; *Brunner*, op. cit. note 23, p. 41 et 44

<sup>107</sup> FF 1985 I 1439; *Zwicker*, op. cit. note 23, p. 267; *Brunner* op. cit. note 23, p. 41 note 13 en bas de page; *Roncoroni*, op. cit. note 11, Séminaire, p. 11; ATF 109 II 158s cons. 4

<sup>108</sup> FF 1985 I 1439

<sup>109</sup> FF 1985 I 1439; *Roncoroni*, op. cit. note 11, Séminaire, p. 11; cf. par analogie (concerne l'illicéité) : *Patry*, La nullité des décisions des organes sociaux dans la société anonyme, Mélanges Roger Secrétan, Montreux 1964, p. 234

<sup>110</sup> FF 1985 I 1439; *Roncoroni*, op. cit. note 11, Séminaire, p. 11s

<sup>111</sup> *Corboz*, op. cit. note 1, p. 54s. Parviennent apparemment à la même conclusion : *Trachsel*, op. cit. note 99, p. 217; *Zwicker*, op. cit. note 23, p. 272; *Barbey*, op. cit. note 11, p. 42s; *Calamo*, op. cit. note 1, p. 127; *Higi*, op. cit. note 15, p. 231; *Tercier*, op. cit. note 23, p. 254 n° 2062; *Higi*, op. cit. note 1, Vorbem. zu Art. 266-266o n° 140 et 162s. La jurisprudence a laissé la question ouverte dans un ATF non publié du 21.8.1992 dans la cause 4C.137/1992 cons. 3, mais l'ATF 120 II 32 cons. 4a semble pencher dans notre sens.

<sup>112</sup> Art. 266g à 266k CO

<sup>113</sup> Art. 257d al. 2, 257f al. 3 et 4, 258 al. 1, 259b lit. a, 261 al. 2, 261a et 272d CO. La loi parle de "congé extraordinaire" dans les cas précédents selon le titre marginal de l'art. 266g CO, tandis qu'elle emploie plutôt le terme de résiliation dans les cas que nous citons maintenant; cette nuance terminologique est sans importance

Il se peut que les conditions ouvrant cette faculté ne soient pas réunies ou que la manière de procéder requise ne soit pas respectée.

S'il n'y a qu'une erreur sur le délai ou le terme de congé, nous pensons que le problème devrait être réglé par une application analogique de l'art. 266a al. 2 CO, c'est-à-dire un report à la première date possible.

Dans les autres cas, un raisonnement rigoureux conduit à admettre que le congé est sans effet de plein droit. Si les conditions qui ouvrent la faculté de mettre fin au bail prématurément ne sont pas réunies, la déclaration de volonté faite dans ce sens ne peut déployer aucun effet.

Si les dates sont proches, on pourrait alors songer à convertir par voie d'interprétation le congé extraordinaire nul en un congé ordinaire valable<sup>114</sup>. Si les dates sont éloignées, la sécurité du droit commande de ne pas s'orienter dans ce sens, l'interprétation étant discutable et la situation incertaine pour l'autre partie.

Il se pose la question de savoir si ces congés ne devraient pas être considérés comme annulables, et non pas nuls.

Une première objection résulte de la systématique de la loi. L'art. 273 al. 1 CO, qui fixe un délai de trente jours pour contester le congé, figure au chapitre III qui traite de l'annulabilité du congé et de la prolongation du bail. En titre marginal, il porte la lettre C qui le rattache précisément à ces deux hypothèses. Il est donc douteux qu'il soit applicable en dehors des cas prévus par le chapitre III, c'est-à-dire l'annulabilité du congé qui contrevient aux règles de la bonne foi et la prolongation du bail (visée par l'art. 273 al. 2 CO).

Par ailleurs, en parlant des congés extraordinaires et des résiliations avant terme, nous évoquons maintenant des dispositions qui, pour la plupart en tout cas, s'appliquent à tous les baux, donc également, par exemple, au bail mobilier. Or, l'art. 273 CO fait partie du chapitre III qui ne concerne que les baux d'habitations et de locaux commerciaux; l'autorité de conciliation mentionnée par l'art. 273 al. 1 CO n'est prévue par l'art. 274a al. 1 CO que pour les baux immobiliers. La voie de l'annulation ne serait donc même pas praticable pour les baux mobiliers.

La doctrine est divisée sur cette question délicate<sup>115</sup> et la jurisprudence s'est tout d'abord montrée hésitante<sup>116</sup>. Dans un arrêt où il s'agissait d'une résiliation pour défaut de paiement du loyer et où le congé avait été donné avant l'expiration du délai de paiement prévu par l'art. 257d al. 1 CO, le Tribunal fédéral, sans approfondir la question, a affirmé que les congés étaient en principe annulables d'après le nouveau droit et que le locataire aurait dû agir dans les trente jours<sup>117</sup>. La formulation de l'art. 273 al. 1 CO ("la partie qui veut contester le congé") n'exclut pas une interprétation large pour tous les baux d'habitations ou de locaux commerciaux. Lorsque le destinataire est en situation d'agir en temps utile, cette solution aurait le mérite de respecter le but et l'esprit du mécanisme de l'annulabilité, en obligeant à

---

<sup>114</sup> Cette idée est rejetée par *Higi*, op. cit. note 1, Art. 266g n° 67

<sup>115</sup> Pour la nullité : *Eiholzer*, *Anfechtung von ausserordentlichen Kündigungen im Mietrecht*, RSJ 88 (1992), p. 326; dans le même sens : *Barbey*, op. cit. note 11, p. 203 n° 298; *Higi*, op. cit. note 1, Art. 257d n° 47 et 57; *Higi*, op. cit. note 15, p. 231. Pour l'annulabilité : *Calamo*, op. cit. note 1, p. 191s et 289ss. L'hésitation est flagrante chez *Lachat/Micheli* : pour le cas des art. 257f al. 3 et 4 CO, ces auteurs soutiennent que l'absence des conditions légales peut être invoquée devant le juge de l'expulsion (op. cit. note 11, p. 301 n° 3.2.6), il en va de même dans le cas de l'art. 266g al. 1 CO (op. cit. note 11, p. 307 n° 5.4), mais ils semblent néanmoins conseiller d'agir dans les trente jours (op. cit. note 11, p. 301 n° 3.2.6) et ils se demandent par ailleurs, dans les cas des art. 257f al. 3 ou 4, 261 al. 2 et 266g al. 1 CO, si les effets du congé ne devraient pas simplement être reportés selon le principe de l'art. 266a al. 2 CO (op. cit. note 11, p. 301 n° 3.2.6, p. 305 n° 4.4.1, p. 307 n° 5.4)

<sup>116</sup> L'ATF 117 II 557 cons. b semble pencher plutôt pour l'annulabilité, mais à la page 558 au cons. c, il n'exclut pas qu'une objection puisse être soulevée directement devant le juge de l'expulsion. L'ATF 119 II 154s cons. 4a et b se prononce en faveur de l'annulabilité, en réservant, à la page 155 cons. 4b, l'éventualité d'admettre des objections pour la première fois devant le juge de l'expulsion s'il n'était pas possible de les faire valoir en temps utile.

<sup>117</sup> ATF 119 II 154s cons. 4a et b

réagir dans un certain délai, afin de permettre de nouer de nouveaux rapports juridiques sur des bases certaines.

Dans un nouvel arrêt, le Tribunal fédéral a réexaminé la question et a tranché la controverse dans le sens d'une analyse juridique plus rigoureuse : lorsque les circonstances permettant un congé extraordinaire ne sont pas réunies, le congé n'est pas annulable, mais inefficace et sans effet juridique<sup>118</sup>.

On doit traiter de la même façon le cas du congé qui contrevient à des règles contractuelles licites sur les conditions dans lesquelles le congé peut être donné<sup>119</sup>.

### 13. Les actes réparateurs

#### a) Les actes supprimant les effets du congé

Le congé étant un acte formateur, il est par principe irrévocable<sup>120</sup>. Il provoque l'extinction du contrat que nul ne peut faire revivre unilatéralement. Il est d'ailleurs légitime que le destinataire sache à quoi s'en tenir.

Certains auteurs admettent que les parties peuvent convenir d'annuler les effets de la résiliation pour autant que cet accord intervienne avant l'échéance; après cette date, elles peuvent conclure un nouveau bail<sup>121</sup>.

Cette question est plutôt théorique. Ce qu'il faut retenir, c'est qu'un congé donné valablement ne peut pas être révoqué unilatéralement. En revanche, les parties peuvent toujours conclure un nouveau bail, au contenu identique au précédent et qui le remplace.

Les parties peuvent en principe conclure, après le congé, un nouveau bail ayant un contenu différent, par exemple un loyer plus élevé ou des surfaces réduites.

Les parties peuvent aussi passer une convention sur la date de l'expiration du contrat<sup>122</sup>. La formulation de l'accord a une certaine importance, parce que plusieurs constructions juridiques sont concevables. On peut imaginer que les parties concluent un nouveau bail de durée déterminée (art. 255 al. 1 et 2, art. 273 al. 2 lit. b CO) ou qu'elles conviennent de la prolongation du bail (art. 272b al. 2 CO). Dans le doute, on devrait plutôt admettre l'existence d'une convention sur l'échéance, qui équivaut à une sorte de prolongation, mais qui n'exclut pas les prolongations prévues par la loi.

Les parties peuvent évidemment, en tout temps, convenir de mettre fin au bail<sup>123</sup> et avancer ainsi la date prévue dans la déclaration de congé.

#### b) Les actes supprimant les effets d'un vice du congé

Lorsque le congé est affecté d'un vice qui entraîne son invalidité, nous avons vu que le temps peut laver le vice dans le cas du congé invalidable ou annulable. Dans ces hypothèses, le congé doit être considéré comme valable s'il n'a pas été invalidé ou contesté en temps utile. Lorsque le congé est dépourvu d'effets de plein droit, l'écoulement du temps peut également jouer un rôle réparateur lorsqu'on considère, vu le temps écoulé, qu'il y a abus de droit à invoquer la nullité. Sous cet angle, la nullité semble parfois se rapprocher de l'annulabilité,

<sup>118</sup> ATF 121 III 158ss cons. 1

<sup>119</sup> Cf. *Higi*, op. cit. note 1, Vorbem. zu Art. 266-266o n° 57, 65, 68 et 120

<sup>120</sup> *Calamo*, op. cit. note 1, p. 107

<sup>121</sup> Cf. *Wessner*, op. cit. note 1, p. 8 et les réf. citées

<sup>122</sup> *Higi*, op. cit. note 1, Vorbem. zu Art. 266-266o n° 19

<sup>123</sup> *Calamo*, op. cit. note 1, p. 108; *Higi*, op. cit. note 1, Vorbem. zu Art. 266-266o n° 12

mais les circonstances permettant de conclure à l'abus de droit sont moins faciles à cerner et la solution, de cas en cas, plus incertaine.

Nous avons déjà évoqué le cas où un congé incomplet pourrait éventuellement être complété en temps utile.

Lorsque le congé est dépourvu d'effets, cette situation est par principe irrémédiable. Il reste cependant la possibilité de donner un nouveau congé valable. Lorsque le congé était incomplet ou affecté d'un vice de forme, nous ne pensons pas que cette première tentative infructueuse fasse courir un délai prohibant un nouveau congé, mais cette question mériterait d'être approfondie<sup>124</sup>.

Même lorsque le congé donné par le locataire est dépourvu d'effets, il reste pour lui la possibilité de se libérer et de mettre fin prématurément au contrat aux conditions de l'art. 264 CO (restitution anticipée)<sup>125</sup>.

Les parties peuvent convenir en tout temps de mettre fin au bail pour n'importe quelle date. Il faut cependant l'accord des deux parties et la question d'un vice du consentement peut se poser. Une telle convention a pour effet de remédier à un vice du congé si les deux parties souhaitent l'extinction du contrat.

---

<sup>124</sup> Cf. *Corboz*, op. cit. note 1., p. 57

<sup>125</sup> Cf. *Higi*, op. cit. note 1, Art. 259b n° 42, Vorbem. zu Art. 266-266o n° 28