

Blaise Carron, L'indemnité pour occupation illicite : rapport contractuel de fait comme fondement, principes de fixation et application de l'art. 42 al. 2 CO (arrêt 4A\_276/2018), Newsletter Bail.ch octobre 2019

Non-restitution des locaux au terme du bail ; rapport contractuel de fait ; indemnité due pour l'occupation illicite ; fixation de l'indemnité en équité en raison de défauts affectant la chose

## L'indemnité pour occupation illicite : rapport contractuel de fait comme fondement, principes de fixation et application de l'art. 42 al. 2 CO

### Blaise Carron

#### I. Objet de l'arrêt

Cette décision, qui met fin à une longue saga judiciaire ayant donné lieu à pas moins de quatre arrêts du Tribunal fédéral, rappelle les divers fondements possibles d'une indemnité pour occupation après expiration du bail, précise le mécanisme de fixation de l'indemnité applicable si la présomption d'équivalence entre le montant du loyer et l'indemnité d'occupation ne s'applique pas, et constitue un cas d'application de l'art. 42 al. 2 CO.

#### II. Résumé de l'arrêt

##### A. Les faits

En 1979, X. SA (ci-après : la bailleuse) et A. (ci-après : le locataire) ont signé un premier bail portant sur des locaux comprenant un restaurant bar-dancing de 150 places. Le locataire a en outre conclu avec le précédent locataire une convention portant sur la vente du fonds de commerce.

En 2001, les parties ont conclu un nouveau bail portant sur les mêmes locaux et dont l'objet consistait notamment dans un restaurant cabaret d'environ 272m<sup>2</sup>. Le loyer mensuel net était de CHF 10'121.- compte tenu de « locaux bruts, tels qu'ils [avaient] été remis lors de l'état des lieux d'entrée ». Le bail durait du 1<sup>er</sup> novembre 2001 au 31 octobre 2011, avec un droit d'option en faveur du locataire.

Par contrat du 29 octobre 2008, le locataire a sous-loué les locaux dès le 1<sup>er</sup> novembre 2008 jusqu'au 30 avril 2009 à Y. Sàrl pour un loyer mensuel de CHF 13'700.-, dont CHF 4'000.- à titre de redevance pour la location des éléments commerciaux.

Compte tenu du changement d'exploitant, les autorités administratives ont procédé à un réexamen des conditions d'octroi de la licence d'établissement. Alors que le cabaret bénéficiait jusqu'alors d'une licence pour « night-club avec restauration » fixant la capacité d'accueil à 150 personnes, cette licence a été remplacée le 9 mars 2009, avec effet rétroactif au 1<sup>er</sup> novembre 2008. La capacité d'accueil a été limitée à 50 personnes, compte tenu du fait que l'établissement ne disposait que d'une seule issue de secours.

Le 9 février 2009, le locataire a informé la gérance que des travaux portant sur la remise en état de la ventilation, du système électrique et des issues de secours étaient nécessaires, notamment en vue de remettre le bail à un tiers. Le 10 mars 2009, le locataire a mis la bailleuse en demeure de procéder aux réparations sous menace de consignation du loyer.

Les parties étant également en litige quant au paiement du loyer de février 2009, la bailleuse a, le 30 avril 2009, résilié le bail avec effet au 30 juin 2009, en respectant les exigences formelles. Le locataire a consigné les loyers entre le 11 mai 2009 et le mois de juin 2011. Le cabaret n'a plus été exploité depuis le 1<sup>er</sup> mai 2009.

Le locataire a saisi l'autorité de conciliation, puis le Tribunal des baux du canton de Vaud en demandant le paiement d'un montant de CHF 300'000.- avec intérêts à 7% l'an dès le 1<sup>er</sup> mai 2009, une réduction de loyer de CHF 9'732.- par mois à partir du 1<sup>er</sup> novembre 2008 jusqu'à réparation du défaut, la libération en sa faveur des loyers consignés ainsi que l'annulation de la résiliation du 30 avril 2009.

La bailleuse a, entre-temps, déposé une requête d'expulsion auprès du Juge de paix. La conclusion du locataire portant sur l'annulation du congé a également été transmise à ce Juge. L'expulsion du locataire a finalement été prononcée, après que l'affaire est montée deux fois au Tribunal fédéral. Elle a eu lieu le 9 mars 2012.

Par jugement du 26 avril 2013, le Tribunal des baux a rejeté les autres conclusions du locataire et ordonné la libération des montants consignés en faveur de la bailleuse à titre de loyers et d'indemnités pour occupation illicite. Ce jugement a été confirmé par le Tribunal cantonal. Le Tribunal fédéral a partiellement admis un recours du locataire contre ce jugement. Il a en effet considéré que la chose louée était affectée d'un défaut, compte tenu de l'impossibilité d'accueillir 150 personnes. Le Tribunal fédéral a dès lors renvoyé la cause à l'instance inférieure afin qu'elle se prononce sur la prétention du locataire en réduction de loyer fondée sur l'art. 259d CO.

L'affaire ayant été renvoyée au Tribunal de première instance pour instruction, celui-ci a admis une réduction de loyer totale du 14 mars 2009 au 30 juin 2009 et condamné la bailleuse au remboursement des loyers payés à tort. Il a par ailleurs condamné le locataire à payer une indemnité mensuelle pour occupation illicite de CHF 1'700.- entre juillet 2009 et mars 2012 et ordonner la libération des loyers consignés en conséquence. La Cour d'appel a confirmé ce jugement. Le locataire a, sans succès, interjeté recours auprès du Tribunal fédéral.

## B. Le droit

Le caractère grave du défaut affectant la chose et exonérant ainsi le locataire du paiement du loyer du 14 mars au 30 juin 2009 n'est plus remis en cause. Seules demeurent litigieuses la question du versement à la bailleuse d'une indemnité pour occupation illicite des locaux entre la fin du bail (juin 2009) et l'expulsion forcée des locaux (mars 2012), et, le cas échéant, celle du montant de cette indemnité (consid. 2).

Le Tribunal fédéral rappelle qu'à la fin du bail, le locataire doit restituer les locaux à la date convenue (art. 267 al. 1 CO). S'il ne le fait pas, le bailleur peut prétendre à une indemnité pour occupation des locaux équivalant en principe au loyer convenu sur la base d'un rapport contractuel de fait assimilable au bail (consid. 3.1). Le bailleur n'a alors pas à prouver un dommage correspondant. Cela dit, le bailleur peut faire valoir un dommage supplémentaire qu'il lui appartient de prouver. Au même titre, l'indemnité pour occupation illicite peut être inférieure au loyer convenu si le locataire retire des locaux une jouissance moindre par rapport à celle qui avait été convenue, notamment si la chose est affectée de défauts (consid. 3.1). Le recours à la figure du rapport contractuel de fait ne se justifie pas dans toutes les situations d'absence de contrat valide : par exemple, si le bailleur est en demeure de reprendre la chose louée et qu'il la laisse délibérément à disposition du locataire, ce sont les règles sur l'enrichissement illégitime qui s'appliquent (consid. 3.1).

Dans le cas d'espèce, il ressort de l'état de fait retenu suite au premier arrêt de renvoi du Tribunal fédéral qu'une exploitation d'un établissement pouvant accueillir 150 personnes n'était plus garantie par la bailleuse, de sorte qu'il se justifiait d'arrêter l'indemnité en équité à un montant inférieur au loyer, en appliquant l'art. 42 al. 2 CO. Ceci dit, le locataire a laissé ses meubles et installations dans les locaux, de sorte qu'il se justifiait de retenir que la chose louée pouvait être utilisée au moins comme dépôt. Le loyer pour de tels locaux se situant entre CHF 75 et 150.- par m<sup>2</sup> et par an au centre-ville, la fixation d'une indemnité mensuelle de CHF 1'700.- ne viole pas l'art. 42 al. 2 CO.

### III. Analyse

1. Cet arrêt constitue la fin d'une longue saga judiciaire puisque celle-ci a débuté il y a plus de dix ans : la première requête a en effet été adressée à la Commission de conciliation le 20 mai 2009. Il a fallu pas moins de quatre arrêts du Tribunal fédéral pour dénouer l'écheveau (consid. A et B). Les deux premiers arrêts (TF 4A\_468/2010 du 29 octobre 2010 et 4A\_641/2011 du 27 janvier 2012) étaient consacrés à la validité du congé prononcé le 30 avril 2009 et à la requête d'expulsion formulée par la bailleuse le 2 juillet 2009 : le congé du 30 avril 2009 a finalement été considéré comme valide et l'expulsion du locataire, qui a eu lieu le 9 mars 2012, a été confirmée. Les deux derniers arrêts (TF 4A\_208/2015 du 12 février 2016 et TF 4A\_276/2018 du 22 juillet 2019 qui fait l'objet du présent commentaire) avaient principalement trait à la demande en réduction du loyer du locataire, à la créance de la bailleuse à titre d'indemnité pour occupation illicite et, par conséquent, à la manière de libérer les montants consignés entre mai 2009 et juin 2011.
2. L'arrêt commenté a d'abord le mérite de rappeler que le fondement applicable à l'indemnité due par un locataire occupant illicitement les locaux après l'expiration du bail diffère selon les circonstances (consid. 3.1) :
  - a) Il peut s'agir d'une part d'un rapport contractuel de fait. Cette construction, inspirée du droit allemand, a trouvé ancrage dans la jurisprudence suisse en matière de bail depuis plusieurs décennies (ATF 119 II 437, consid. 3.b/bb, repris dans l'arrêt du TF 4A\_524/2018 du 8 avril 2019, consid. 4.1). Ce rapport de fait assimilable à un bail s'applique lorsque le bailleur est privé de la chose louée contre sa volonté, notamment parce que le locataire viole l'obligation de restitution prévue à l'art. 267 al. 1 CO. Le Tribunal fédéral justifie ce choix par le fait qu'il serait injuste que le bailleur qui doit laisser l'usage de la chose à l'occupant contre sa volonté, se retrouve moins bien placé que le bailleur qui autorise cet usage pendant les rapports de bail (cf. déjà ATF 63 II 368, consid. 3).
  - b) Il peut s'agir d'autre part des règles sur la restitution de l'enrichissement illégitime. Les art. 62 ss CO s'appliquent à la créance pour utilisation de l'objet loué après le bail lorsque celle-ci n'a pas lieu contre la volonté du bailleur. On peut penser au cas où le bailleur n'exige pas la remise de la chose louée parce qu'il est convaincu (à tort) que le bail n'est pas terminé. C'est notamment le cas lorsque le locataire, qui a adressé une résiliation au bailleur dont celui-ci conteste à tort la validité, reste dans les locaux à l'expiration du bail pendant la procédure concernant la validité du congé (pour un exemple, cf. ATF 119 II 437).
  - c) Les principales différences entre les deux régimes – relation contractuelle de fait et restitution de l'enrichissement illégitime – sont les suivantes.

Premièrement, le montant à payer en vertu du rapport de fait assimilable à un bail correspond en principe au loyer convenu (cf. toutefois *infra* N 3), alors que la restitution de l'enrichissement est égale à la valeur locative objective de la chose louée pendant la période où elle a été effectivement utilisée (ATF 119 II 437, consid. 3.b/cc). Ceci dit, la jurisprudence récente du Tribunal fédéral en matière d'enrichissement illégitime atténue cette différence, puisqu'elle fixe la valeur objective en s'appuyant sur celle que les parties avaient attribuée à la prestation dans leur accord (ATF 129 III 320, consid. 7.1.3 et 7.1.4, JdT 2003 I 331).

Deuxièmement, la créance en indemnité fondée sur la relation contractuelle de fait est due quelle que soit la situation personnelle de l'occupant, alors que celui-ci pourrait théoriquement opposer

au bailleur l'application de l'art. 64 CO, au besoin par analogie (CR CO I-CHAPPUIS, art. 64 N 29 et 40). L'occupant ne serait ainsi pas tenu à restitution s'il n'est plus enrichi lors de la répétition à moins qu'il ne se soit dessaisi de mauvaise foi de ce qu'il a reçu ou qu'il n'ait dû savoir, en se dessaisissant, qu'il pouvait être tenu à restituer (art. 64 CO). Précisons que l'occupant aura de la difficulté à établir sa bonne foi lorsqu'il a profité de la chose louée, car il devait ou aurait dû compter avec le risque de devoir payer une contrepartie pour l'usage d'une chose dont il n'est pas propriétaire (dans ce sens, ATF 119 II 437, consid. 3.b/cc, en lien avec l'art. 940 CC).

Troisièmement, le délai de prescription applicable ne sera pas le même : on appliquera un délai de cinq ans au paiement de la redevance périodique fondée sur la relation contractuelle de fait (art. 128 ch. 1 CO), alors que le double délai de prescription de l'art. 67 CO – délai relatif d'un an (trois ans à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2020) et délai absolu de dix ans – sera applicable à la créance en restitution de l'enrichissement illégitime.

3. Si le fondement de la créance contre l'occupant est le rapport contractuel de fait, il y a en principe une présomption d'équivalence entre le montant du loyer et l'indemnité d'occupation ; le « bailleur de fait » n'a pas à prouver son préjudice, en particulier qu'il aurait pu relouer immédiatement la chose louée pour un loyer identique (consid. 3.1). Les parties peuvent toutefois apporter une contre-preuve pour réduire à néant cette présomption. D'une part, le « bailleur de fait » peut exiger l'indemnisation de son dommage supplémentaire, par exemple s'il prouve qu'il aurait pu relouer tout de suite la chose occupée à un loyer plus élevé. D'autre part, le « locataire de fait », qui établit que l'usage dont il profite est moindre que celui convenu dans le contrat, par exemple parce que la chose louée est défectueuse, peut demander que l'indemnité soit inférieure au loyer.
4. Dans le cas présent, le Tribunal fédéral a admis l'application de l'art. 42 al. 2 CO retenue par la Cour cantonale pour fixer l'indemnité d'occupation (consid. 3.3). Les juges cantonaux avaient jugé conforme à l'expérience de la vie que la bailleuse n'aurait pas laissé des locaux vides pendant plus de sept ans mais qu'elle en aurait cédé l'usage à titre de dépôt puisqu'elle n'entendait pas faire les travaux nécessaires pour l'usage d'un cabaret ; pour le montant de l'indemnité, la Cour cantonale a repris le montant défini par le Tribunal des baux sur la base de son expérience de l'état du marché (consid. 2.1). La jurisprudence fédérale pose en principe des conditions très strictes à la détermination équitable du dommage par le juge selon l'art. 42 al. 2 CO. Le créancier, à qui incombe le fardeau de la preuve, doit alléguer et prouver tous les faits possibles et raisonnablement exigibles de sa part qui parlent en faveur de l'existence d'un dommage et rendent possible ou facilitent la détermination de l'indemnité (ATF 122 III 219, consid. 3a, JdT 1997 I 246 ; ég. ATF 133 III 462, consid. 4.2.2 ; TF 4A\_23/2010 du 12 avril 2010, consid. 2.3.3). Si le créancier requiert une détermination en équité de l'indemnité sans proposer de moyens de preuve aptes à l'établir, alors que les conditions de l'art. 42 al. 2 CO ne sont pas remplies, il prend le risque de voir son action rejetée faute d'avoir suffisamment motivé les faits (Substantiierungspflicht ; dans ce sens, TF 4C.55/2006 du 12 mai 2006, consid. 2). On peut retenir que l'appréciation des circonstances concrètes par le juge semble essentielle pour décider du principe de l'application de l'art. 42 al. 2 CO. Les développements sommaires figurant dans l'arrêt commenté permettent difficilement d'apprécier de façon critique si les conditions étaient vraiment remplies en l'espèce ou si l'on pouvait exiger de la bailleuse qu'elle allègue plus en détail l'usage qu'elle aurait pu faire des locaux s'ils n'avaient pas été occupés et quel montant elle aurait pu en tirer. Le Tribunal fédéral se contente d'ailleurs d'affirmer que la solution n'est « pas critiquable ». Peut-être que des considérations d'équité, fondées notamment sur la longueur de la saga judiciaire, n'y sont pas tout à fait étrangères...