

Des usagers indésirables dans les locaux d'habitations ou commerciaux : le locataire après la fin du bail et le sous-locataire non autorisé

par Michel Ducrot,
avocat et notaire à Martigny

Sommaire

	<u>Page</u>
I. Introduction	4
II. Les actions en expulsion	4
1. <u>La problématique</u>	4
2. <u>Les différentes actions</u>	5
a) L'action contractuelle	5
aa) Les relations bailleur / locataire	5
bb) La situation juridique en cas de sous-location	6
b) Les actions possessoires	7
aa) Les généralités	7
bb) Les relations bailleur / locataire	8
cc) La situation juridique en cas de sous-location	8
c) L'action en revendication	9
aa) Les généralités	9
bb) Les relations bailleur / locataire	10
cc) La situation juridique en cas de sous-location	10
d) Le concours d'actions	11
e) Le conflit entre actions émanant des différents ayants droit	12
3. <u>Les moyens de défense au fond</u>	12
a) Le moyen fondé sur le caractère « congéable » du bail	12
b) Le moyen fondé sur la prolongation du bail	12
aa) Lorsque les parties au procès ont conclu le contrat	12
bb) Lorsque les parties au procès n'ont pas conclu le contrat	12
c) Les vices du congé	13
aa) Le congé inexistant, nul, incomplet ou inefficace	13
bb) Le congé annulable	16
cc) Le congé donné par le locataire qui a été invalidé	16
dd) Le congé qui ne respecte pas un délai ou un terme	16

d)	La conclusion tacite d'un nouveau bail et la péremption de l'action	17
aa)	La conclusion tacite d'un nouveau bail	17
bb)	La péremption de l'action	17
aaa)	La péremption de l'action contractuelle et de l'action en revendication	17
bbb)	La péremption de l'action réintégrande du bailleur principal contre le sous-locataire non autorisé	18
4.	<u>Les situations de pluralité</u>	18
a)	Les cobailleurs	18
b)	Les colocataires	19
c)	Le locataire et son conjoint ou son partenaire enregistré	19
d)	Le sous-bailleur et le sous-locataire	19
III.	Les actions en paiement	20
1.	<u>La problématique</u>	20
2.	<u>Les différentes actions</u>	20
a)	Les règles entrant en considération	20
aa)	L'action contractuelle en dommages-intérêts	20
bb)	Les actions extra-contractuelles en dommages-intérêts et en remise des profits illégitimes	20
cc)	Le contrat de fait	24
b)	L'application des différentes règles dans le contexte d'un contrat de bail ou de sous-location	24
aa)	L'article 103 al. 1 CO en relation avec l'article 267 al. 1 CO	24
bb)	Les articles 938 - 940 CC et l'article 423 al. 1 CO	25
cc)	L'article 927 al. 3 in fine. CC	27
dd)	L'article 62 al. 1 CO	27
ee)	La créance relative à un loyer « de fait »	28
c)	Le cas particulier du locataire débouté de ses demandes en contestation du congé ou en prolongation du bail	28
3.	<u>Les particularités de la preuve</u>	29
a)	La portée de l'article 274 d al. 3 CO	29
b)	La preuve facilitée de la valeur locative	29
4.	<u>Les situations de pluralité</u>	29
a)	Le concours d'actions	29
b)	Le cumul d'actions	30
c)	La pluralité de débiteurs	30
d)	La pluralité de créanciers : le cas des cobailleurs	31

IV. Conclusions	31
Annexe	33

I. Introduction

Le bail implique la cession de l'usage pour une durée limitée. Il se peut qu'à l'échéance du contrat le locataire ne restitue pas la possession¹. Il est également possible que l'usage soit transmis à un sous-locataire sans le consentement du bailleur. Dans ces cas, le bailleur dispose de deux catégories d'actions : celles qui tendent à l'expulsion (II) et celles qui ont pour objet le paiement d'une somme d'argent (III).

II. Les actions en expulsion

Au plan terminologique, on recourt à l'expression d'action en expulsion pour les baux d'habitations ou de locaux commerciaux. On rencontre aussi dans les lois de procédure les notions d'action en évacuation ou d'action en déguerpissement. La dénomination « action en restitution » a un champ d'application plus large. Elle est utilisée pour toutes les catégories de bail².

1. La problématique

L'expulsion présuppose d'examiner *l'extinction du contrat*. Elle est différente selon que le bail est conclu pour *une durée déterminée* ou pour *une durée indéterminée*. Le bail à durée déterminée prend automatiquement fin à l'expiration de la durée convenue (art. 255 al. 1, 266 al. 1 CO). Les autres baux sont conclus pour une durée indéterminée (art. 255 al. 3 CO) et expirent par *le congé*³. Le critère réside donc dans la nécessité ou non de donner un congé. Il y a encore lieu de distinguer entre *les causes ordinaires d'extinction* - le contrat prend fin à l'échéance normale prévue par la loi, le contrat ou la volonté des parties - et *les causes extraordinaires* : le contrat vient à échéance prématurément⁴.

Le cas de figure le plus simple est celui où un bailleur réclame la restitution à son locataire⁵. La situation se complique lorsque, au rapport contractuel initial, s'ajoute un second contrat conclu entre le locataire et un tiers. On a alors affaire à une *sous-location*⁶. En concluant un tel contrat, le locataire s'engage à transmettre l'usage de la chose à un tiers. Le locataire devient ainsi un sous-bailleur dans ses relations avec ce tiers qui, lui, acquiert la position de sous-locataire⁷. Selon l'article 262 al. 1 CO le locataire doit, pour sous-louer, obtenir le consentement du bailleur. Celui-ci ne peut le refuser que dans les hypothèses prévues à l'article 262 al. 2 CO. En cas de contestation, le locataire a la possibilité d'actionner le bailleur en obtention du consentement⁸. L'absence d'autorisation du bailleur ou de jugement en tenant lieu ne remet pas en cause la

1 Cf. sur cette notion infra : a) Les actions possessoires aa) Les généralités.

2 Higi, Commentaire zurichois, art. 274 g CO n. 6.

3 Wessner, L'extinction ordinaire du bail à loyer, 7^{ème} séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel, 1992, p. 2.

4 Wessner *ibidem*.

5 Annexe I B — L.

6 Annexe II BP — SB/LP, SB/LP — SL.

7 Higi, Commentaire zurichois, art. 262 CO n. 14.

8 Heinrich, Die Untermiete, Zürich, 2000, p. 155 ; Higi, Commentaire zurichois art. 262 CO n. 55.

validité du sous-contrat. En revanche, elle entraîne, dans les relations bailleur / locataire, une situation de violation du contrat⁹.

2. Les différentes actions

a) L'action contractuelle

aa) Les relations bailleur / locataire

La fin du bail crée un rapport de liquidation qui fait naître un certain nombre de droits et d'obligations¹⁰. C'est ainsi qu'à teneur de *l'article 267 al. 1 CO* le locataire doit restituer la chose dans l'état qui résulte d'un usage conforme au contrat. Cette disposition n'institue pas seulement une obligation « qualitative » (restituer dans un état conforme au contrat), mais aussi une obligation « quantitative » (restituer la chose en tant que telle)¹¹.

La restitution se définit comme l'acte du locataire qui rétablit la position du bailleur telle qu'elle existait avant le début du rapport de bail^{12 13}. Pour que l'obligation soit exécutée, il faut un *transfert de la possession*¹⁴. Le fait de ne plus user de la chose ou de ne plus exercer la maîtrise ne suffit pas. Ainsi, il n'y a pas restitution aussi longtemps que le locataire n'a pas remis les clés qui permettent l'accès à l'habitation ou au local commercial¹⁵.

La prétention du bailleur est exigible à l'échéance du contrat. Lorsque le bail a une durée déterminée, l'échéance correspond au dernier jour convenu. Pour le bail à durée indéterminée, elle survient à partir du jour où le congé déploie ses effets. *Durant la procédure d'annulation du congé ou de prolongation du bail, les effets de l'échéance sont suspendus.* L'obligation de restituer existe, mais son exigibilité est reportée jusqu'à l'entrée en force du jugement¹⁶. Cela signifie que le locataire n'est pas tenu de transférer la possession au bailleur. Il faut toutefois réserver la situation où le locataire procède en justice d'une façon abusive (art. 2 al. 2 CC). Pour déterminer si la procédure en prolongation du bail ou en annulation du congé est abusive, on pourra s'inspirer de l'article 274 d al. 2 CO¹⁷. Selon cette disposition, la procédure devant l'autorité de conciliation est gratuite, mais la partie téméraire peut être condamnée en tout ou

⁹ Higi, Commentaire zurichois, art. 262 CO n. 49.

¹⁰ Tercier, Les contrats spéciaux, 3^{ème} édition, Zurich, Bâle, Genève, 2003 p. 314.

¹¹ Cf. notamment : Corboz, La nature du jugement d'évacuation pour défaut de paiement du loyer, SJ 1989 p. 587 ; Ducrot, La procédure d'expulsion du locataire ou du fermier non agricole : quelques législations cantonales au regard du droit fédéral, Genève, Zurich, Bâle, 2005, p. 54 ; Guinand / Wessner, Bail à loyer, V, L'extinction du bail et ses effets ; FJS No 361, Genève 1992, p. 22 ; Hohl, La réalisation du droit et les procédures rapides, évolution et réformes, Fribourg, 1994, p. 209 ; Hohl, L'expulsion du locataire de baux d'habitations et de locaux commerciaux, RFJ 1997 p. 44.

¹² Higi, Commentaire zurichois, art. 267 CO, n. 11.

¹³ Le rapport de bail « Mietverhältnis » débute dès le transfert de l'usage au locataire cf. Higi, Commentaire zurichois, art. 255 CO n. 12.

¹⁴ Higi, Commentaire zurichois, art. 267 CO n. 12.

¹⁵ Higi, Commentaire zurichois, art. 267 CO n. 13.

¹⁶ Higi, Commentaire zurichois, art. 267 CO n. 56.

¹⁷ Higi, Commentaire zurichois, art. 271 CO n. 108.

partie aux frais et dépens. Tombe sous le coup de l'article 2 al. 2 CC le locataire qui a quitté l'habitation ou le local commercial sans restituer la possession et qui néanmoins introduit une procédure de prolongation ou en annulation du congé. Il en va de même du locataire qui a transféré l'usage de la chose à un tiers sans en avoir le droit, mais qui, néanmoins, demande la prolongation du bail (p. ex. en cas de sous-location ou de transfert de bail en l'absence de consentement du bailleur ou de jugement qui en tient lieu)¹⁸.

Le lieu où doit s'effectuer la restitution dépend de la convention des parties. A défaut d'accord exprès, on retiendra pour les baux locatifs ou commerciaux le lieu de situation de l'immeuble¹⁹.

Si le transfert de la possession n'intervient pas le jour de l'exigibilité et au lieu prévu par le contrat ou par la loi, les dispositions relatives à la demeure du débiteur sont applicables (art. 102 ss CO). En particulier, le bailleur pourra demander l'exécution de la prestation, donc intenter l'action en expulsion²⁰.

bb) La situation juridique en cas de sous-location

La sous-location n'engendre aucun rapport contractuel entre le bailleur principal et le sous-locataire sous réserve des exceptions instituées aux articles 262 al. 3 CO, 268 al. 2 CO et 273 b al. 2 CO²¹. *Le bailleur principal ne dispose dès lors pas contre le sous-locataire²² d'une action contractuelle en expulsion²³.* Le Tribunal fédéral, citant l'opinion de Cerutti²⁴, a considéré que la solution inverse était soutenable²⁵. L'auteur cité fonde son opinion sur l'article 262 al. 3 CO. Selon cette disposition, « le locataire est garant envers le bailleur que le sous-locataire n'emploiera la chose qu'à l'usage autorisé par le bail principal. Le bailleur peut s'adresser directement au sous-locataire à l'effet de l'y obliger ». L'article 262 al. 3 CO ne mentionne toutefois pas l'obligation de restituer. Comme il consacre une exception au principe de l'indépendance du contrat principal et du sous-contrat²⁶, il n'y a pas lieu de procéder à une interprétation extensive. Il suit de là que l'article 267 al. 1 CO n'est pas applicable dans les relations entre le bailleur principal et le sous-locataire.

Le sous-bailleur peut en revanche diriger contre le sous-locataire²⁷ une action contractuelle en expulsion puisque les parties sont liées par un bail²⁸. Il en va de même dans le contexte des

¹⁸ Cf. pour le surplus, les exemples mentionnés par **Ducrot** (note 11) p. 248.

¹⁹ **Ducrot** (note 11) p. 55.

²⁰ **Higi**, Commentaire zurichois, art. 267 CO n. 78.

²¹ **Higi**, Commentaire zurichois, Vorbemerkungen Art. 253 - 274 g CO n. 138 ; **Lachat**, Le bail à loyer, Lausanne, 1997, p. 384 ; **Tercier** (note 10) p. 288.

²² Annexe II BP — SL.

²³ **Higi**, Commentaire zurichois, art. 262 CO n. 76 et art. 267 CO n. 16 ; **Ducrot** (note 11) p. 59 ; **Lachat**, La sous-location, SJ 1997 p. 482 ; **Tercier** (note 10) p. 288.

²⁴ Der Untervertrag, Fribourg, 1990 p. 118.

²⁵ ATF 120 II 112 ss / 117.

²⁶ Cf. sur cette notion : **Heinrich** (note 8) p. 47 ; **Tercier** (note 10) p. 287.

²⁷ Annexe II SB / LP — SL.

²⁸ **Higi**, Commentaire zurichois, art. 273 b CO n. 21.

relations entre *le bailleur principal et le sous-bailleur (ou locataire principal)*^{29 30}. Le jugement ordonnant l'expulsion rendu dans une instance liée entre le bailleur principal et le sous-bailleur bénéficie de l'effet exécutoire également envers le sous-locataire³¹. Cela signifie que le bailleur principal pourra introduire une procédure d'exécution forcée contre le sous-locataire en invoquant le jugement rendu contre le sous-bailleur³².

Le bailleur principal a aussi la possibilité de demander au tribunal de condamner le sous-bailleur à faire évacuer les lieux³³. Par cette action, le demandeur entend contraindre le défendeur à introduire une action en expulsion contre le sous-locataire. Le bailleur principal peut également conclure à ce que le défendeur soit condamné à lui céder la créance contractuelle en restitution qu'il détient contre le sous-locataire³⁴, ce qui permettra au bailleur principal d'introduire une action contractuelle en expulsion contre le sous-locataire.

b) Les actions possessoires

aa) Les généralités

Selon l'article 919 al. 1 CC, la possession est la maîtrise effective de la chose. Le code mentionne deux types de possession : *la possession originaire et la possession dérivée* (art. 920 al. 2 CC). Le possesseur originaire est celui qui, possédant la chose comme propriétaire ou à un autre titre, la remet à un tiers pour lui conférer un droit réel limité ou un droit personnel. Quant au possesseur dérivé, il s'agit de la personne à qui le possesseur originaire a remis la chose en vue de lui conférer un droit réel ou un droit personnel. Une personne peut être simultanément possesseur dérivé par rapport à celui dont elle tient sa possession et possesseur originaire par rapport à celui à qui elle a transmis la chose³⁵. Doctrine et jurisprudence distinguent aussi *la possession immédiate et la possession médiate*. La possession immédiate est celle d'une personne qui dispose directement sans intermédiaire de la maîtrise de la chose. La possession médiate est celle de la personne qui y exerce une maîtrise par le truchement d'un tiers à qui elle a accordé un droit³⁶.

Qu'en est-il des parties à un contrat de bail ? Le locataire acquiert la possession dérivée de la chose et il en est le possesseur immédiat³⁷. Le bailleur a la qualité de possesseur originaire et médiate³⁸. Le sous-bailleur est, dans ses relations avec le bailleur principal, un possesseur

²⁹ Cf. Annexe II BP — SB / LP.

³⁰ **Heinrich** (note 8) p. 140 ; **Higi**, Commentaire zurichois, art. 273 b CO n. 21.

³¹ Cf. à ce sujet **Ducrot** (note 11) p. 295 in fine et les références citées.

³² Cf. sur la procédure d'exécution forcée : **Ducrot** (note 11) p. 297 ss.

³³ **Höchli**, Der Untermietvertrag, Zurich, 1982, p. 42.

³⁴ **Meier-Hayoz**, Commentaire bernois, art. 641 CC n. 53 et 56.

³⁵ **Steinauer**, Les droits réels, tome premier, Introduction à l'étude des droits réels, Possession et registre foncier, dispositions générales sur la propriété par étages, 3^{ème} édition, Berne, 1997, p. 64.

³⁶ **Steinauer** (note 35) p. 63.

³⁷ **Higi**, Commentaire zurichois, Vorbemerkungen art. 253 - 274 g CO n. 13.

³⁸ **Higi**, Commentaire zurichois, Vorbemerkungen art. 253 - 274 g CO n. 17.

immédiat et dérivé et, dans ses rapports avec le sous-locataire, il est un possesseur originaire et médiat³⁹. Quant au sous-locataire, il doit être qualifié de possesseur dérivé et immédiat.

La protection judiciaire de la possession s'exerce au moyen de deux actions : celle consacrée par l'article 927 al. 1 CC (*action réintégrande*) et celle ressortissant à l'article 928 al. 1 CC (*action à raison du trouble*).

bb) Les relations bailleur / locataire

Selon l'article 927 al. 1 CC, quiconque usurpe une chose en la possession d'autrui est tenu de la rendre, même s'il y prétend un droit préférable. Cette action appartient à celui qui a perdu la possession du fait de l'acte d'usurpation. Elle présuppose que le demandeur est totalement dépossédé. Peu importe que la possession soit immédiate ou médiante⁴⁰.

En reconnaissant n'avoir que la possession dérivée, le locataire maintient la possession originaire de celui dont il tient la chose. Faut-il en déduire que le bailleur dispose à la fin du bail de l'action réintégrande ? La réponse à cette question est négative. A l'extinction du contrat, les circonstances de fait en relation avec la possession ne se modifient pas. Il n'y a dès lors pas à ce moment-là usurpation de la possession⁴¹.

A teneur de l'article 928 al. 1 CC, le possesseur troublé dans sa possession peut actionner l'auteur du trouble, même si ce dernier prétend à quelque droit sur la chose. Par trouble de la possession, il faut entendre toute entrave qui n'entraîne pas une dépossession⁴². En restant dans les lieux, le locataire ne crée pas un simple trouble de la possession. Par ailleurs, les circonstances de fait relatives à la possession ne se modifient pas à l'échéance du bail. L'article 928 al. 1 CC ne peut dès lors pas entrer en considération.

cc) La situation juridique en cas de sous-location

Dans le contexte *des relations entre le bailleur principal et le sous-bailleur*⁴³, il faut aussi exclure l'application de l'article 927 al. 1 CC. Il en va de même dans le cadre *des relations entre le sous-bailleur et le sous-locataire*⁴⁴. Dans ces deux cas, l'échéance du contrat ne modifie pas les circonstances de fait relatives à la possession. Quant à l'article 928 al. 1 CC, il n'est pas non plus applicable pour le même motif et en toute hypothèse parce que l'acte incriminé n'est pas un simple trouble.

³⁹ Steinauer (note 35) p. 64.

⁴⁰ Steinauer (note 35) p. 95.

⁴¹ Egger Rochat, Les squatters et autres occupants sans droit d'un immeuble, étude de droit suisse, Zurich, Bâle, Genève, 2002, p. 102 ss ; Higi, Commentaire zurichois, art. 267 CO n. 17 et art. 257 d CO n. 60 ; Homberger, Commentaire zurichois, art. 927 CC n. 22 et art. 929 CC n. 11 ; Portmann, Der Besitzschutz des schweizerischen Zivilgesetzbuches, mit Kurz-darstellung des Besitzschutzverfahrens nach der Zivilprozessordnung des Kantons Luzern, Lucerne, 1997 p. 26 et p. 27 ; Stark, Commentaire bernois, Vorbemerkungen Besitzschutz Art. 926 - 929 CC n. 60 ; Stark, Commentaire bâlois, art. 927 CC n. 2 ; Schmid, Commentaire zurichois, art. 265 anc. CO n. 30.

⁴² Steinauer (note 35) p. 101.

⁴³ Annexe II BP — SB / LP.

⁴⁴ Annexe II SB / LP — SL.

Il reste à examiner *si le bailleur principal peut introduire l'action réintégrande contre le sous-locataire non autorisé*⁴⁵. Pour une partie de la doctrine, cette action est exclue. L'absence de consentement du bailleur ou de jugement qui en tient lieu serait au demeurant dénuée de pertinence⁴⁶. Un auteur préconise d'appliquer l'article 928 al. 1 CC⁴⁷. Ce qui est, à notre avis, déterminant pour trancher la controverse, c'est le fait que, à l'égard du bailleur principal, le sous-locataire occupe la chose sans droit. En outre, en vertu du principe de la relativité des contrats, il importe peu que le sous-locataire soit au bénéfice d'un contrat valable conclu avec le sous-bailleur⁴⁸. Dès lors, dans les relations bailleur principal / sous-locataire non autorisé, il y a bien occupation illicite de la chose et survenance d'une circonstance de fait qui n'existait pas antérieurement. Toutes les conditions d'application de l'article 927 al. 1 CC sont remplies. *Le bailleur principal a dès lors la possibilité d'introduire contre le sous-locataire non autorisé l'action réintégrande*. Quant à l'article 928 al. 1 CC, il ne peut pas s'appliquer. L'occupation par le sous-locataire constitue une usurpation de toute la possession. Il ne s'agit donc pas seulement d'un trouble.

c) L'action en revendication

aa) Les généralités

En vertu de l'article 641 al. 2 CC, *le propriétaire d'une chose peut la revendiquer* contre quiconque la détient sans droit et repousser toute usurpation. L'action en revendication que consacre cette disposition donne la possibilité d'obtenir la restitution d'une chose dont le propriétaire est dépossédé. Elle appartient au propriétaire qui n'a pas la possession immédiate⁴⁹. Elle présuppose en outre que le défendeur détient la chose sans être en mesure de se prévaloir d'une cause justifiant sa possession⁵⁰. Le demandeur peut conclure à la condamnation du défendeur à évacuer un immeuble⁵¹.

Le demandeur ne peut pas se contenter de prouver qu'il n'a plus la possession. Il doit encore apporter la preuve de la validité de l'acquisition de son droit. S'il s'agit d'une acquisition dérivée, il doit de surcroît prouver la validité du droit du propriétaire précédent⁵². Cette preuve est allégée grâce à l'article 973 al. 1 CC. Selon cette disposition, celui qui acquiert la propriété en se fondant de bonne foi sur une inscription au registre foncier est maintenu dans son acquisition.

⁴⁵ Annexe II BP — SL.

⁴⁶ Cf. les auteurs cités par **Higi**, Commentaire zurichois, art. 262 CO n. 53 ; cf. également la jurisprudence genevoise ACJ/GE 12.03.1998 : SJ 1998 17 et **Egger Rochat** (note 41) p. 104.

⁴⁷ **Heinrich** (note 8) p. 146.

⁴⁸ Supra p. 4 in fine et p. 5 in initio.

⁴⁹ Cf. sur cette notion supra p. 7.

⁵⁰ **Wieland**, Commentaire bâlois, art. 641 CC n. 49 et n. 50.

⁵¹ **Meier-Hayoz**, Commentaire bernois, art. 641 CC n. 53 et n. 56.

⁵² **Meier-Hayoz**, Commentaire bernois, art. 641 CC n. 67 ; **Steinauer** (note 35) p. 284.

L'article 758 al. 1 CC permet à l'usufruitier de conclure un bail portant sur la chose grevée de l'usufruit⁵³. Dans ce cas, *le nu-proprétaire (art. 758 al. 2 CC), mais aussi l'usufruitier, peuvent introduire l'action en revendication*⁵⁴.

bb) Les relations bailleur / locataire

*Le bailleur propriétaire peut exercer l'action en revendication contre le locataire si celui-ci ne restitue pas la possession à la fin du bail*⁵⁵. Il est toutefois possible que le bailleur ne soit pas propriétaire ou usufruitier. Tel est par exemple le cas si le bail est conclu par un représentant indirect qui a agi en son nom, mais pour le compte du propriétaire⁵⁶. Cette situation peut en particulier se présenter lorsqu'un gérant d'immeubles ne déclare pas expressément représenter le propriétaire⁵⁷. Dans cette hypothèse, le bailleur n'a pas qualité pour actionner le locataire en revendication. Seul le propriétaire peut exercer cette action⁵⁸.

cc) La situation juridique en cas de sous-location

*Le bailleur principal propriétaire peut actionner en revendication le sous-locataire*⁵⁹ lorsque sa possession n'est pas légitime. Une telle situation se présentera :

- en l'absence du consentement du bailleur ou d'un jugement en tenant lieu
- dans l'hypothèse d'un consentement donné par le bailleur principal au sous-bailleur : lorsque le sous-contrat⁶⁰ est venu à échéance ou lorsque le contrat principal⁶¹ a pris fin même si le sous-contrat a été autorisé et reste en vigueur⁶².

La question de savoir *si le consentement peut être retiré* fait l'objet de controverses⁶³. Le Tribunal fédéral a laissé la question ouverte. Il a toutefois précisé qu'un tel retrait devait, en toute hypothèse, être considéré comme une réduction de la prestation du bailleur principal et que, dès lors, l'article 269 d al. 3 CO s'appliquait. L'envoi d'une formule officielle au sous-bailleur / locataire principal est par conséquent nécessaire⁶⁴. En cas de contestation et si la tentative de conciliation n'aboutit pas, le bailleur principal doit ouvrir action dans les 30 jours à peine de déchéance⁶⁵. Par conséquent, tant que la procédure n'est pas validée soit parce que dans le

⁵³ **Baumann**, Commentaire zurichois, art. 758 CC n. 8.

⁵⁴ **Baumann**, Commentaire zurichois, art. 758 CC n. 36.

⁵⁵ **Haab**, Commentaire zurichois, art. 641 CC n. 34 ; **Meier-Hayoz**, Commentaire bernois, art. 641 CC n. 53 et n. 56 ; **Steinauer** (note 35) p. 283.

⁵⁶ Annexe III.

⁵⁷ **Lachat**, Commentaire romand, art. 253 CO n. 19 et les références citées.

⁵⁸ Annexe III P — L.

⁵⁹ Annexe II BP — SL.

⁶⁰ Annexe II SB / LP — SL.

⁶¹ Annexe II BP — SB / LP.

⁶² **Ducrot** (note 11) p. 61 in initio.

⁶³ Cf. **Higi**, Commentaire zurichois, art. 262 CO n. 35 ; **Lachat** (note 21) p. 381.

⁶⁴ ATF 125 III 62 ss, DB 2000, p. 19, n° 10.

⁶⁵ Ibidem.

délai de 30 jours l'autorité de conciliation n'a pas été saisie, soit, si elle l'a été, au motif qu'une décision en force a admis le retrait, il n'y a pas de possibilité pour le bailleur principal d'actionner le sous-locataire en expulsion.

Le bailleur principal propriétaire peut aussi agir en revendication contre le sous-bailleur⁶⁶. Il importe peu que le défendeur n'occupe pas lui-même la chose. Il répond, s'agissant de l'obligation de restituer, du comportement de son cocontractant, le sous-locataire (art. 101 al. 1 CO)⁶⁷. Les conditions de cette action sont identiques à celles qui doivent être réalisées pour l'action du bailleur principal contre le sous-locataire. En outre, à l'instar du jugement rendu sur l'action contractuelle⁶⁸, le jugement statuant sur l'action en revendication dirigée contre le sous-bailleur bénéficie de l'effet exécutoire envers le sous-locataire.

En revanche, dans le contexte des relations sous-bailleur / sous-locataire⁶⁹, il n'y a pas de place pour une action en revendication. Le sous-bailleur n'est en effet pas propriétaire de la chose louée. Selon un auteur, il bénéficierait de la cession implicite de la qualité pour agir du propriétaire⁷⁰. Cette opinion ne peut pas être suivie. Tout d'abord parce qu'on ne voit pas comment une cession pourrait être implicite. Ensuite, et même en cas de cession explicite, on se trouverait dans la situation où le droit d'action serait détaché du droit au fond. Or, une telle séparation n'est pas admise⁷¹. En d'autres termes, l'action en revendication ne peut pas être cédée de manière indépendante sans transfert simultané de la propriété⁷².

d) Le concours d'actions

Lorsque le demandeur est propriétaire ou usufruitier de la chose louée et s'il assigne en expulsion son cocontractant, il dispose de deux actions : l'une contractuelle et l'autre en revendication. De même, le bailleur principal qui est également propriétaire ou usufruitier peut agir contre un sous-locataire non autorisé en se fondant sur l'article 641 al. 2 CC ou sur l'article 927 al. 1 CC. Dans ce cas, la demande peut être fondée sur plusieurs bases légales⁷³.

Cela étant, en vertu de la maxime de disposition - qui consacre la règle selon laquelle les parties ont la maîtrise de l'objet du litige⁷⁴ - le bailleur peut déterminer le fondement de l'action en fonction des allégués qu'il décide d'introduire dans le procès. Cela revient à lui reconnaître le droit de choisir entre différentes actions⁷⁵.

⁶⁶ Annexe II BP — SB / LP.

⁶⁷ ATF 117 II 65 ss, DB 1992, p. 13, n° 11.

⁶⁸ Supra p. 7 in initio.

⁶⁹ Annexe II SB / LP — SL.

⁷⁰ Nordmann, La sous-location - questions choisies, 10^e séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 1998, p. 26.

⁷¹ Cf. Engel, Traité des obligations en droit suisse, dispositions générales du CO, Berne 1997, p. 9 et les références citées.

⁷² ATF 132 III 155 ss / 162.

⁷³ Higi, Commentaire zurichois, art. 267 CO n. 15 ; Tercier (note 10) p. 231 ; ATC/NE 05.06.1986 : RJN 1986 p. 68.

⁷⁴ Cf. à ce sujet : Hohl, Procédure civile, tome I, Introduction et théorie générale, Berne, 2001, p. 137.

⁷⁵ Ducrot (note 11) p. 254 et les références citées.

e) Le conflit entre actions émanant des différents ayants droit

Une telle situation peut se présenter si le sous-locataire doit restituer la chose au bailleur principal et au sous-bailleur ou à l'usufruitier et au nu-proprétaire. Dans ces cas, il doit remettre la chose à son cocontractant et il s'exécute valablement en ses mains⁷⁶.

3. Les moyens de défense au fond

Le défendeur à l'action en expulsion peut s'y opposer en invoquant divers moyens.

a) Le moyen fondé sur le caractère « congéable » du bail

Comme on l'a vu ci-dessus, le bail de durée déterminée prend fin sans congé par l'expiration de la durée convenue alors que l'extinction d'un bail de durée indéterminée expire par le congé. Certaines situations peuvent prêter à discussion. Ainsi en est-il lorsqu'une durée maximale est convenue, par exemple « au plus tard jusqu'au ... ». La doctrine est aussi divisée sur la question de la qualification d'un contrat dont la durée dépend d'une condition résolutoire incertaine⁷⁷.

Il suit de là que l'autorité en matière d'expulsion pourra être amenée à examiner l'objection du défendeur selon laquelle le bail n'était pas de durée déterminée comme le soutient le demandeur, mais de durée indéterminée ; ce qui aurait rendu nécessaire la notification d'un congé.

b) Le moyen fondé sur la prolongation du bail

aa) Lorsque les parties au procès ont conclu le contrat

Cette hypothèse s'inscrit *dans le contexte d'un rapport contractuel « simple » : un seul bail a été conclu.*

Si le locataire a ouvert une action en prolongation dans le délai de l'article 273 al. 2 CO, la demande d'expulsion du bailleur n'est pas recevable, car elle est prématurée ; ce qui prive l'action d'intérêt juridique. Exceptionnellement, elle sera recevable, ce qui imposera à l'autorité en matière d'expulsion d'examiner le caractère prolongeable ou non du bail :

- lorsque le locataire conclut à la prolongation suite à un congé extraordinaire pour justes motifs dans une procédure relevant de l'article 274 g CO
- si, hors du cadre de l'article 274 g CO, le bailleur soutient que le locataire a ouvert une procédure abusive en prolongation⁷⁸.

⁷⁶ Higi, Commentaire zurichois, art. 267 CO n. 10 ; Schmid, Commentaire zurichois, art. 271 anc. CO n. 36 ; ATC/NE 05.06.1986 : RJN 1986 p. 68.

⁷⁷ Cf. Higi, Commentaire zurichois, art. 255 CO n. 36 et n. 44.

⁷⁸ Ducrot (note 11) p. 222 et p. 223.

bb) Lorsque les parties au procès n'ont pas conclu le contrat

Il s'agit d'examiner ici la conséquence d'une action en prolongation sur *l'action en expulsion dirigée par le bailleur principal contre le sous-locataire*⁷⁹.

Une première situation doit être discutée : celle où le bailleur principal actionne en revendication le sous-locataire parce que le contrat principal est venu à échéance alors que le sous-bailleur / locataire principal a ouvert une action en prolongation contre le bailleur principal. Dans ce cas, l'échéance du contrat principal, qui fonde l'action en expulsion, est reportée par la demande en prolongation. Dès lors, et sous réserve de l'abus de droit du sous-bailleur / locataire principal, l'action en expulsion est prématurée et elle doit être déclarée irrecevable faute d'intérêt juridique⁸⁰.

Qu'en est-il lorsque le contrat principal et le sous-contrat sont venus à échéance et que l'action en prolongation n'a été ouverte que par le sous-locataire ? La procédure de prolongation relative au sous-contrat est sans incidence sur l'échéance du contrat principal. Elle ne paralyse dès lors pas l'exercice de l'action en expulsion du bailleur principal contre le sous-bailleur⁸¹.

Quid lorsque le bailleur principal introduit action contre le sous-locataire en invoquant l'échéance du sous-contrat et alors que le sous-locataire a actionné en prolongation du bail ? Selon Heinrich⁸², la juridiction saisie de l'action en prolongation doit suspendre la cause jusqu'à ce que l'autorité en matière d'expulsion ait statué, celle-ci devant examiner à titre préjudiciel si le sous-contrat est ou non prolongeable. Nous ne partageons pas ce point de vue. La procédure en prolongation du sous-locataire contre le sous-bailleur suspend l'exigibilité de l'obligation de restituer invoquée à l'appui de l'action en expulsion. L'atteinte au droit de propriété du demandeur n'est dès lors pas illégitime. L'instance en expulsion ne peut partant pas être introduite parce que prématurée, et ce jusqu'à droit connu sur le sort de l'action en prolongation. Demeure réservé le contre-moyen du bailleur principal fondé sur l'abus de droit⁸³.

Qu'en est-il, enfin, de *la prétention à l'obtention du consentement à la sous-location* ? C'est le sous-bailleur qui dispose d'un droit au consentement envers le bailleur principal et non pas le sous-locataire⁸⁴. Celui-ci ne peut donc pas faire valoir, dans le procès en expulsion qu'intente le bailleur principal, que le sous-contrat serait « autorisable ».

c) Les vices du congé

Il existe une multitude de situations où le congé peut ne pas avoir été donné correctement⁸⁵. La question à résoudre ici consiste à déterminer quels sont les vices susceptibles d'entraîner le rejet de l'action en expulsion par rapport à ceux qui restent sans conséquence sur le sort de l'action.

⁷⁹ Annexe II BP — SL.

⁸⁰ **Ducrot** (note 11) p. 223 in fine et p. 224.

⁸¹ **Ducrot** (note 11) p. 224.

⁸² Op. cit. note 8 p. 230.

⁸³ **Ducrot** (note 11) p. 224 et p. 225.

⁸⁴ **Higi**, Commentaire zurichois, art. 262 CO n. 17 et n. 20.

⁸⁵ Cf. à ce sujet, **Corboz**, Les congés affectés d'un vice, 9^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel, 1996, p. 4 ss.

aa) Le congé inexistant, nul, incomplet ou inefficace

Si le destinataire ne peut pas comprendre la communication comme un congé en l'interprétant conformément au principe de la bonne foi, il est *inexistant*⁸⁶.

Le congé qui met fin à un bail locatif ou commercial doit être donné par écrit (art. 266 I al. 1 CO). S'il émane du bailleur, il doit être notifié sur une formule officielle qui renseigne le locataire sur ses droits (art. 266 I al. 2 CO). Si ces conditions de forme ne sont pas respectées, le congé est *nul* (art. 266 o CO).

En cas de pluralité de bailleurs ou de locataires, il faut l'accord de tous pour donner valablement congé. S'il manque un consentement, le congé est *incomplet*⁸⁷. Si le bail porte sur un logement de la famille, l'un des époux ne peut donner congé sans le consentement exprès de l'autre (art. 266 m al. 1 CO). Un jugement peut y suppléer (art. 266 m al. 2 CO). La même réglementation est applicable pour le logement commun des partenaires enregistrés à teneur de la loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe (loi sur le partenariat / LPart) (art. 266 m al. 3 CO, art. 14 LPart). Lorsque le consentement fait défaut, le congé est incomplet. Il en va de même si le bailleur résilie le bail sans notifier le congé séparément à chaque conjoint ou à chaque partenaire enregistré (art. 266 n CO).

Il existe enfin des situations où les conditions permettant de donner congé de manière anticipée ne sont pas réalisées. Selon la jurisprudence, dans un tel cas, le congé est *inefficace*⁸⁸. Il en va par exemple ainsi lorsque le bailleur résilie à teneur de l'article 257 d CO avant l'échéance du délai comminatoire⁸⁹.

Le congé inexistant, nul, incomplet ou inefficace entraîne le rejet de l'action en expulsion. Cette règle connaît des exceptions :

- L'autorité de la chose jugée :
 - * Le locataire a introduit une action visant à faire constater l'inexistence, la nullité, l'inefficacité ou le caractère incomplet du congé en recourant à la procédure de l'article 273 al. 1 CO et il n'a pas donné suite à la « pré-décision » de l'autorité de conciliation qui le déboute de ses conclusions⁹⁰.
 - * Si une autre autorité judiciaire compétente à titre principal a rejeté le même moyen dans un jugement entré en force.

Dans ces cas, le vice du congé ne peut plus être soulevé devant l'autorité en matière d'expulsion.

- Le congé nul ou incomplet, mais validé :

⁸⁶ Corboz (note 85) p. 18.

⁸⁷ Corboz (note 85) p. 13.

⁸⁸ ATF 121 III 156 ss / 161.

⁸⁹ Ibid. cf. également : ACJ/GE 13.03.2000 : MP 2000 134 ss.

⁹⁰ TF 4C.135/2001, 04.09.2001 ; TF 18.01.2000, DB 2000, p. 39, n° 26 ; TF 4C.32/1992, 24.06.1992 cons. 3 d.

- * Un congé nul au motif que les exigences de forme n'ont pas été respectées peut être signifié à nouveau. Dans ce cas, le vice originaire n'est pas pris en considération⁹¹.
- * Le congé donné à une personne totalement ou partiellement incapable de discernement est certes nul. Mais le vice peut être réparé si le bailleur établit que le congé est parvenu au représentant légal en temps utile, c'est-à-dire dans un délai encore suffisant pour introduire les procédures instituées à l'article 273 CO⁹².
- * En cas de pluralité de bailleurs, il est possible qu'un bailleur, qui n'a pas donné congé, ratifie ultérieurement le congé signifié par un autre bailleur. L'acte est alors considéré comme valable⁹³.
- * En cas de colocation, un congé peut être notifié au locataire « oublié » après coup. Il y aura, le cas échéant, report de l'échéance du contrat sur le terme découlant du dernier congé donné (art. 266 a al. 2 CO).
- * Lorsque le locataire d'un logement familial a résilié le bail, le consentement du conjoint peut être communiqué au bailleur ultérieurement. Il en va de même pour le consentement du partenaire enregistré. Les effets du congé peuvent être reportés à la prochaine date possible (art. 266 a al. 2 CO).
- * Le bailleur a la faculté de notifier un second congé au conjoint respectivement au partenaire enregistré postérieurement à celui signifié au locataire. Dans ce cas, le vice est réparé⁹⁴.

- L'abus de droit :

Une partie qui invoque la nullité d'un acte juridique peut commettre un abus de droit. Le juge en décide dans chaque cas d'espèce au vu des circonstances qu'il apprécie librement⁹⁵. Le Tribunal fédéral a ainsi précisé qu'il y avait « bien évidemment » lieu de réserver l'abus de droit que commettait celui qui garde le silence face à un congé qu'il estime inefficace et dénué d'effet, amenant ainsi son cocontractant à inférer de son silence ou de son inaction qu'il admet la validité du congé⁹⁶. La Haute Cour a aussi retenu un abus de droit au motif que le locataire avait attendu deux ans alors qu'il avait la possibilité de réagir immédiatement⁹⁷. Dans cette situation, la nullité du congé ne pourra pas faire obstacle à l'action en expulsion.

Qu'en est-il enfin *des conséquences d'un vice du congé sur l'action en revendication du bailleur principal contre le sous-locataire*? Il faut distinguer ici plusieurs situations. Si le demandeur invoque l'extinction du contrat principal, tout vice, qui rend inexistant, nul ou inefficace un congé donné en relation avec ce contrat, doit être pris en considération. En revanche, un vice affectant le congé donné dans le cadre du contrat conclu entre le sous-bailleur et le sous-locataire est irrelevante. Il doit être retenu uniquement lorsque l'action en revendication est fondée sur l'échéance du sous-contrat⁹⁸.

⁹¹ Corboz (note 85) p. 9 et p. 17.

⁹² Corboz (note 85) p. 11.

⁹³ Corboz (note 85) p. 13.

⁹⁴ Corboz (note 85) p. 17.

⁹⁵ ATF 90 II 156 ss.

⁹⁶ ATF 121 III 156 ss / 162.

⁹⁷ TF 28.03.1995, MP 3/1995 162 ; TF 4C.465/1993, 07.04.1994 cons. 3c.

⁹⁸ Ducrot (note 11) p. 231.

bb) Le congé annulable

Si le destinataire d'un congé contraire au principe de la bonne foi (art. 271 al. 1 CO) veut en demander l'annulation, il doit ouvrir action dans les trente jours qui suivent la réception (art. 273 al. 1 CO). Lorsqu'il n'agit pas en temps utile, le congé est définitivement valable. Il en va de même lorsque l'action a certes été ouverte, mais que l'autorité de conciliation, respectivement l'autorité judiciaire, ont rejeté, dans un jugement en force, le moyen soulevé par le locataire. Dans ces situations, le vice ne peut plus être invoqué dans un procès ultérieur en expulsion⁹⁹.

En cas de sous-location, les considérations développées ci-dessus au sujet de la prétention à la prolongation¹⁰⁰ peuvent être reprises ici. En résumé :

- Lorsque le bailleur principal actionne le sous-locataire en expulsion en invoquant l'échéance du bail principal :
 - * Sous réserve de l'abus de droit, l'action en annulation du sous-bailleur / locataire principal contre le bailleur principal empêche celui-ci d'actionner le sous-locataire en expulsion.
 - * En revanche, demeure sans effet l'éventuelle procédure en annulation qui peut opposer le sous-locataire au sous-bailleur.

- Lorsque le bailleur principal actionne le sous-locataire en expulsion en invoquant l'échéance du sous-contrat :

la demande en annulation du sous-locataire dirigée contre le sous-bailleur suspend l'exigibilité de l'obligation de restituer. Elle est opposable à l'action en revendication du bailleur principal. Demeure réservé l'abus de droit¹⁰¹.

cc) Le congé donné par le locataire qui a été invalidé

Les règles relatives aux vices du consentement s'appliquent également aux actes juridiques unilatéraux. Dès lors, si le locataire a résilié le bail sous l'effet d'une erreur, d'un dol ou d'une menace, il peut l'invalider aux conditions des articles 23 à 30 CO¹⁰².

dd) Le congé qui ne respecte pas un délai ou un terme

Dans ce cas, il faut appliquer l'article 266 a al. 2 CO. Selon cette disposition, le congé produit effet pour le prochain terme pertinent. Le congé n'est donc ni nul ni inefficace. Il est valable et ses effets sont reportés à la première date possible¹⁰³. Il s'ensuit que, si l'action en expulsion est introduite après cette date, le vice n'a aucune incidence¹⁰⁴.

⁹⁹ TF 4C.247/2004, 19.11.2004 cons. 2 ; ATF 121 III 156 ss / 162 ; Higi, Commentaire zurichois, art. 271 CO n. 37.

¹⁰⁰ P. 12 b).

¹⁰¹ Ducrot (note 11) p. 233.

¹⁰² Corboz (note 85) p. 11.

¹⁰³ Corboz (note 85) p. 9.

¹⁰⁴ Ducrot (note 11) p. 234.

d) La conclusion tacite d'un nouveau bail et la péremption de l'action

aa) La conclusion tacite d'un nouveau bail

La problématique de la conclusion tacite d'un nouveau bail se posera dans l'hypothèse où l'ancien locataire demeure dans l'habitation ou le local commercial tout en payant le loyer convenu précédemment sans contestation de la part du bailleur. On devra alors appliquer l'article 266 CO. Selon le premier alinéa de cette disposition, « lorsque les parties sont convenues expressément ou tacitement d'une durée déterminée, le bail prend fin sans congé à l'expiration de la durée convenue ». Quant au second alinéa, il précise que « si le bail est reconduit tacitement, il devient un contrat de durée indéterminée ». L'article 266 CO ne concerne que les baux de durée déterminée. Il s'applique lorsque la durée, telle qu'arrêtée par les cocontractants, est venue à échéance¹⁰⁵.

Dans les situations qui ne relèvent pas de l'article 266 CO, il faut se référer à l'article 1^{er} CO. Selon le premier alinéa de cette disposition, « le contrat est parfait lorsque les parties ont, réciproquement et d'une manière concordante, manifesté leur volonté ». A teneur du second alinéa, « cette manifestation peut être expresse ou tacite ». Les parties peuvent reconduire tacitement un bail, malgré une résiliation, lorsque, durant une période prolongée, le locataire conserve la possession alors que le bailleur perçoit régulièrement le loyer sans formuler aucune remarque¹⁰⁶. Dans ce cas, un nouveau contrat de durée indéterminée vient à chef.

La conclusion d'un bail tacite ne peut être admise qu'avec prudence¹⁰⁷. Le fait que le locataire conserve l'usage de la chose pendant une période prolongée après la fin du bail ne suffit pas pour imputer au bailleur l'acceptation d'un bail lorsqu'il a expressément déclaré au locataire qu'il ne voulait pas de nouveau bail ou qu'il a requis rapidement son expulsion¹⁰⁸.

bb) La péremption de l'action

aaa) La péremption de l'action contractuelle et de l'action en revendication

Si le bailleur reste passif et si le locataire ne paie pas de loyer, on ne peut pas admettre qu'un contrat tacite a été conclu. L'ancien locataire dispose néanmoins d'un moyen de défense fondé sur *l'interdiction de l'abus de droit* (art. 2 al. 2 CC). Cette disposition doit être appliquée avec retenue. En l'absence de disposition légale imposant d'ouvrir action dans un délai péremptoire, la règle veut que le créancier puisse agir en justice en tout temps¹⁰⁹. Ce n'est donc qu'après l'écoulement d'une longue période que l'on pourra admettre une renonciation du bailleur à actionner en expulsion.

¹⁰⁵ Higi, Commentaire zurichois, art. 260 CO n. 7.

¹⁰⁶ TF 26.08.1986, SJ 1987 32 ; cf. également : Tschumy, Le refus de désemparer. Die Weigerung die Wohnung zu räumen CdB 1/2003 p. 4 et les références citées.

¹⁰⁷ TF 4C.441/2005, 27.04.2005, DB 2005, p. 15, n° 2 ; TF 4C.198/2004, 06.07.2004, DB 2005, p. 13, n° 1 ; cf. également : TA/TI 11.04.2003 MP 2005 34 ss ; ATC/VD 26.04.2000 : DB 2004, p. 12, n° 3.

¹⁰⁸ Cf. la note de Morin DB 2005, p. 14, n° 1.

¹⁰⁹ Deschenaux, Le titre préliminaire du Code civil, Fribourg, 1969 p. 174.

Quoi qu'il en soit, la péremption ne saurait être définitive. Ce serait admettre que les parties sont liées par un bail « éternel ». Or, cela n'est pas concevable. Il suit de là que l'écoulement du temps provoque, certes, la déchéance de l'action, mais simultanément la naissance d'un contrat de fait assimilable à un bail de durée indéterminée susceptible d'être résilié (art. 266 a al. 1 CO)¹¹⁰.

bbb) La péremption de l'action réintégrande du bailleur principal contre le sous-locataire non autorisé

Selon l'article 929 al. 1 CC, le possesseur est déchu de son action s'il ne réclame pas la restitution « aussitôt après avoir connu le fait et l'auteur de l'atteinte portée à son droit ». La péremption survient lorsque le possesseur connaît l'usurpation et l'auteur et s'il ne réagit pas dans un délai approprié au vu des circonstances. Il n'est pas nécessaire qu'il ouvre action. Il suffit que le possesseur ait manifesté à l'auteur de l'usurpation sa volonté d'exiger la restitution¹¹¹. En outre, l'action se périmé, et non pas se prescrit contrairement à la lettre de l'article 929 al. 2 CC, dans un délai d'une année dès le début de l'usurpation, même si le possesseur n'a connu que plus tard l'atteinte subie et l'auteur de celle-ci¹¹².

4. Les situations de pluralité

a) Les cobailleurs

Lorsque plusieurs cobailleurs interviennent dans le contrat, il y a lieu de se demander s'ils doivent introduire conjointement l'action en expulsion. L'obligation de restituer la chose ressortit à l'article 70 al. 1 CO¹¹³. Selon cette disposition, lorsque l'obligation est indivisible et s'il y a plusieurs créanciers, chacun d'eux peut en exiger l'exécution intégrale et le débiteur est tenu de se libérer envers tous. Il s'ensuit que *chaque bailleur bénéficie individuellement de la qualité pour agir*¹¹⁴. Du point de vue procédural, on a affaire à *une consorité nécessaire formelle*¹¹⁵.

Toutefois, lorsque les rapports entre cobailleurs sont régis par une communauté engendrant une relation juridique *en main commune* (p. ex. en cas de succession non partagée)¹¹⁶, il y a au niveau procédural une *consorité active nécessaire*¹¹⁷. Les cobailleurs doivent donc agir conjointement en expulsion lorsqu'ils exercent l'action contractuelle et l'action en revendication. L'action réintégrande connaît un régime particulier : elle peut être exercée par un seul possesseur¹¹⁸.

¹¹⁰ Cf. sur la notion de contrat de fait : infra p. 24 cc).

¹¹¹ **Steinauer** (note 35) p. 96.

¹¹² **Steinauer** (note 35) p. 97.

¹¹³ **Higi**, Commentaire zurichois, Vorbemerkungen Art. 253 - 274g n. 116.

¹¹⁴ **Higi** ibidem.

¹¹⁵ Cf. sur cette notion : **Schaad**, La consorité en procédure civile, Neuchâtel 1993, pp. 43 - 45.

¹¹⁶ Cf. sur les divers cas de communautés en main commune : **Steinauer** (note 35) p. 382.

¹¹⁷ Cf. au sujet de la société simple : TF 14.10.1996, SJ 1997 / 396 ss / 400 et 401 ; cf. également : OG/AG 27.11.1996 : MRA 3/1997 119 ss.

¹¹⁸ **Stark**, Commentaire bernois, Vorbemerkungen Besitzschutz zu Art. 926 - 929 n. 64 in fine.

b) Les colocataires

Au titre de *l'action contractuelle*, chaque colocataire est tenu pour le tout (art. 70 al. 2 CO). Le demandeur peut dès lors actionner un seul d'entre eux¹¹⁹. Le jugement rendu contre un seul colocataire est opposable aux autres¹²⁰.

Les actions en revendication et réintégrande n'imposent pas non plus une procédure conjointe dirigée contre tous les auteurs de l'acte d'usurpation. Toutefois, au moment de l'exécution forcée, le propriétaire ou le possesseur devront disposer d'un jugement rendu contre tous¹²¹.

c) Le locataire et son conjoint ou son partenaire enregistré

Le locataire d'un logement familial et son conjoint doivent-ils être considérés comme *des consorts passifs nécessaires* et être, par conséquent, mis en cause conjointement dans le procès en expulsion ? Les jurisprudences valaisanne et vaudoise ont répondu par l'affirmative à cette question¹²². En droit vaudois, le juge est d'ailleurs tenu d'introduire d'office le conjoint dans l'instance (art. 9 al. 2 LTB/VD ; art. 9 LExp./VD). Selon la jurisprudence zurichoise, les conjoints ne sont pas des consorts passifs nécessaires. Le demandeur ne doit donc pas obligatoirement procéder contre eux dans la même procédure¹²³. Higi est du même avis. Il considère que l'absence du conjoint dans le procès doit être prise en considération uniquement au moment de l'exécution forcée¹²⁴. Ainsi, le demandeur peut introduire une première action en expulsion contre le locataire, puis une seconde contre son conjoint et demander ensuite l'exécution forcée des deux jugements. L'opinion d'Higi doit à notre avis être retenue, car le droit du bail reconnaît au conjoint une position juridique indépendante¹²⁵.

La situation juridique d'un partenaire enregistré selon la LPart est identique à celle d'un conjoint.

d) Le sous-bailleur et le sous-locataire

Le bailleur principal n'est pas tenu de lier une instance commune en expulsion contre le sous-bailleur et contre le sous-locataire. Ceux-ci ne sont en effet pas conjointement titulaires d'un même droit d'usage sur la chose. Le demandeur peut toutefois procéder contre eux dans le même procès. On a alors affaire à *une consorité passive simple*¹²⁶.

¹¹⁹ **Guldener**, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Auflage, Zürich, 1979, p. 297 note de bas de page 3.

¹²⁰ **Ducrot**, (note 11) p. 148.

¹²¹ **Guldener** (note 119) p. 297 note de bas de page 3.

¹²² ATC/VS 23.03.1992 : RVJ 1993 185 ss / 190 ; ATC/VD 03.02.1989 : RSJ 80 / 1990 182 : DB 1990, p. 18, n° 27.

¹²³ Cf. à ce sujet : **Rajower**, Prozessuale Aspekte der Ausweisung von Mietern unter besonderer Berücksichtigung der zürcherischen Praxis, PJA 7/1998 p. 805 et les références citées à la note 68.

¹²⁴ Commentaire zurichois, art. 257a CO n. 17.

¹²⁵ ATF 118 II 169 ss.

¹²⁶ **Ducrot** (note 11) p. 15 in medio.

III. Les actions en paiement

1. La problématique

Lorsque la restitution de la chose n'intervient pas conformément au contrat ou selon la loi, le bailleur dispose de différentes actions en paiement.

2. Les différentes actions

a) Les règles entrant en considération

aa) L'action contractuelle en dommages-intérêts

*L'article 103 CO dispose que le débiteur doit réparer le dommage résultant de sa demeure (al. 1) sauf à prouver qu'il s'est trouvé en demeure sans faute de sa part ou que le cas fortuit aurait atteint la chose due même si la prestation avait été exécutée à temps (al. 2). A la différence des dommages-intérêts pour inexécution (art. 97 CO), les dommages-intérêts de retard s'ajoutent à la prestation due sans la remplacer¹²⁷. Pour que l'article 103 CO soit applicable, il faut que le débiteur soit en demeure. Les conditions de l'article 102 CO doivent dès lors être réalisées¹²⁸. Selon le premier alinéa de cette disposition, le débiteur d'une obligation exigible est mis en demeure par l'interpellation du créancier. A teneur du second alinéa, lorsque le jour de l'exécution a été déterminé d'un commun accord, ou fixé par l'une des parties en vertu d'un droit à elle réservé et au moyen d'un avertissement régulier, le débiteur est mis en demeure par la seule expiration de ce jour. L'article 103 al. 1 CO permet d'obtenir la réparation de *l'intérêt positif*: le créancier doit être placé dans la situation qui serait la sienne si le débiteur avait exécuté son obligation à temps¹²⁹.*

Conformément à l'article 8 CC, le demandeur supporte *la charge de la preuve* de la demeure, du dommage et de la causalité. C'est en revanche au débiteur de prouver qu'il n'est pas en faute (art. 103 al. 2 CO).

L'action en dommages-intérêts se *prescrit* de la même manière que la créance inexécutée¹³⁰.

bb) Les actions extra-contractuelles en dommages-intérêts et en remise des profits illégitimes

- L'article 41 al. 1 CO

Selon cette disposition, *celui qui cause d'une manière illicite un dommage à autrui soit intentionnellement soit par négligence ou imprudence est tenu de le réparer*. L'article 41 al. 1 CO suppose la réalisation de quatre conditions : un dommage, un acte illicite, une faute, un lien de causalité entre l'acte ou l'omission fautif de l'auteur et le dommage¹³¹. Selon la jurisprudence, un

¹²⁷ Thévenoz, Commentaire romand, art. 103 CO n. 1.

¹²⁸ Thévenoz, Commentaire romand, art. 103 CO n. 4.

¹²⁹ Thévenoz, Commentaire romand, art. 103 CO n. 50.

¹³⁰ Thévenoz, Commentaire romand, art. 103 CO n. 15.

¹³¹ Cf. parmi de nombreux arrêts : ATF 132 III 130 cons. 4.1 ; voir également : Brehm, Commentaire bernois, art. 41 CO n. 4 ss ; Werro, Commentaire romand, art. 41 CO n. 7 ss.

acte est illicite s'il enfreint un devoir légal général en portant atteinte soit à un droit absolu du lésé soit à son patrimoine ; dans ce dernier cas, il faut que la norme ait pour but de protéger le lésé¹³². Le dommage réside dans la diminution involontaire de la fortune nette. Il peut consister en une réduction de l'actif, en une augmentation du passif, dans un gain manqué ou encore dans une non-diminution du passif¹³³. La perte de l'usage d'un bien - p. ex. l'impossibilité de jouir d'une villa - ne constitue pas à elle seule un dommage. Elle peut toutefois représenter la source possible du dommage¹³⁴. On définit la faute comme un manquement de la volonté au devoir imposé par l'ordre juridique. Elle peut être intentionnelle ou résulter d'une négligence¹³⁵.

La charge de la preuve incombe au demandeur (art. 8 CC, 42 al. 1 CO).

Quant à *la prescription*, elle est réglée par l'article 60 al. 1 CO : l'action se prescrit par un an à compter du jour où la partie lésée a eu connaissance du dommage ainsi que de la personne qui en est l'auteur, et, dans tous les cas, par dix ans dès le jour où le fait dommageable s'est produit.

- L'article 62 al. 1 CO

Selon cette disposition, *celui qui, sans cause légitime, s'est enrichi aux dépens d'autrui est tenu à restitution*. Les conditions d'application de cette norme sont au nombre de quatre : l'enrichissement du débiteur, l'appauvrissement du créancier, la connexité de l'enrichissement avec l'appauvrissement, et l'absence de cause légitime¹³⁶. L'article 62 al. 1 CO ne dépend pas de l'existence d'une faute. Au surplus, il s'agit d'un moyen subsidiaire : si le demandeur dispose d'une action contractuelle, il ne peut pas se fonder à raison des mêmes faits sur l'enrichissement illégitime¹³⁷.

L'action se *prescrit* par un an à compter du jour où la partie lésée a eu connaissance de son droit de répétition et, dans tous les cas, par dix ans dès la naissance de ce droit (art. 67 al. 1 CO).

- L'article 423 al. 1 CO

Certains actes reprochés par l'ordre juridique sont susceptibles d'apporter des profits sans nécessairement causer un dommage. La question qui se pose est de savoir si dans ce cas l'auteur - qui a adopté un comportement contraire au droit - peut conserver l'augmentation de son patrimoine¹³⁸. Selon l'article 423 al. 1 CO, lorsque la gestion n'a pas été entreprise dans l'intérêt du maître, celui-ci n'en a pas moins le droit de s'approprier les profits qui en résultent.

¹³² ATF 132 III 130 cons. 4.1 ; ATF 123 III 306 ss / 312.

¹³³ Cf. p. ex. l'ATF 120 II 296 / 198 et les références citées ; voir également : TF 4C.156/2005, 28.09.2005, SJ 2006 I 229 ; ATF 129 III 331 ss ; ATF 127 III 73 ss ; ATF 127 III 403 ss ; **Werro**, Commentaire romand, art. 41 n. 8.

¹³⁴ ATF 126 III 388 ss / 393.

¹³⁵ Cf. à ce sujet : **Werro**, Commentaire romand, art. 41 n. 84 ss.

¹³⁶ Cf. à ce sujet : **Petitpierre**, Commentaire romand, art. 62 CO, n. 4 ss.

¹³⁷ ATF 127 III 421 ss / 424.

¹³⁸ **Chappuis**, La restitution des profits illégitimes, le retour, in : « De lege ferenda - étude pour le professeur Alain Hirsch, Genève, 2004, p. 341 et p. 342 ; **Weber**, Gewinnherausgabe - Rechtsfigur zwischen Schadenersatz - Geschäftsführung - und Bereicherungsrecht, in : RDS I 1992 p. 371 ss.

Cette disposition traite de la gestion d'affaires imparfaite ou intéressée. Elle consacre la règle générale de *l'obligation de remettre les profits illégitimes*¹³⁹.

L'article 423 al. 1 CO exige tout d'abord que l'auteur s'immisce dans la sphère d'autrui sans avoir de motif pour le faire. Le gérant agit dès lors de manière illicite et il commet un acte d'usurpation¹⁴⁰. Tel est notamment le cas lorsqu'il porte atteinte aux droits réels d'autrui ou lorsqu'il tire profit de la violation d'une obligation¹⁴¹. Ensuite, il est nécessaire que l'auteur ait réalisé un gain net. Celui-ci correspond à l'accroissement du patrimoine sous déduction des frais et impenses en relation avec l'accroissement¹⁴². Il faut encore un rapport de causalité entre le gain et l'acte répréhensible¹⁴³. Enfin, l'article 423 al. 1 CO s'applique uniquement si le gérant est de mauvaise foi¹⁴⁴. Agit ainsi celui qui sait ou aurait dû savoir qu'il gère dans son propre intérêt l'affaire d'un tiers sans avoir de motif pour le faire¹⁴⁵.

Le Tribunal fédéral a tranché la question de *la prescription* en considérant que la gestion imparfaite de mauvaise foi se rapprochait d'avantage d'un état de fait délictuel que contractuel. Il a dès lors considéré que l'article 60 al. 1 CO était applicable¹⁴⁶.

- Les articles 938 - 940 CC

Ces dispositions régissent *la responsabilité du possesseur qui n'a pas ou plus de titre de posséder et qui doit restituer la chose au véritable ayant droit*. Elles s'appliquent aux choses mobilières et aux immeubles. En outre, le défendeur doit être tenu de restituer au regard de l'article 927 al. 1 CC (action réintégrande) ou à teneur de l'article 641 al. 2 CC (action en revendication) ou encore en vertu d'une autre disposition légale qui renvoie aux articles 938 - 940 CC¹⁴⁷.

Selon l'article 938 al. 1 CC, *le possesseur de bonne foi qui a joui de la chose conformément à son droit présumé ne doit de ce chef aucune indemnité* à celui auquel il est tenu de restituer. Quant à l'article 940 al. 1 CC, il précise que *le possesseur de mauvaise foi doit indemniser l'ayant droit de tout le dommage résultant de l'indue détention ainsi que des fruits qu'il a perçus ou négligé de percevoir*. Le code distingue ainsi selon que le possesseur illégitime est de *bonne foi* ou de *mauvaise foi*. Pour répondre à cette question, il faut déterminer si le possesseur détient la chose en vertu d'une cause qu'il a de bonnes raisons de tenir pour valable. En pareil cas, sa responsabilité se mesurera à l'aune de la cause en question même si la situation juridique est en

¹³⁹ Chappuis, La remise du gain : les temps sont mûrs, in : Quelques questions fondamentales du droit de la responsabilité civile : actualité et perspective, Berne, 2001, p. 51 ss et les références citées.

¹⁴⁰ ATF 126 III 69 ss / 72.

¹⁴¹ Ibidem.

¹⁴² Chappuis (note 139) p. 65 et p. 66.

¹⁴³ Chappuis (note 139) p. 67 ; Chappuis (note 138) p. 344.

¹⁴⁴ ATF 129 III 422 ss / 425.

¹⁴⁵ ATF 126 III 42.

¹⁴⁶ ATF 126 III 382 ss.

¹⁴⁷ Steinauer (note 35) p. 136 et les références citées.

réalité différente¹⁴⁸. La bonne ou la mauvaise foi s'apprécie dans *la durée*. Le possesseur illégitime initialement de bonne foi peut devenir de mauvaise foi lorsqu'il apprend qu'il ne bénéficie pas d'un titre juridique valable¹⁴⁹.

L'article 940 al. 1 CC consacre *une responsabilité objective*. La faute n'est donc pas nécessaire¹⁵⁰. C'est le lieu de rappeler que la mauvaise foi et la faute ne sont pas des concepts identiques¹⁵¹.

Les articles 938 - 940 CC sont *des règles spéciales* par rapport aux articles 41 ss, 62 ss et 419 ss CO¹⁵². Cela signifie que celles-là prévalent par rapport à celles-ci.

Le possesseur de mauvaise foi doit indemniser l'ayant droit de « *tout dommage résultant de l'indue détention* » (art. 940 al. 1 in initio CC). La définition du dommage, rappelée ci-dessus¹⁵³, peut être reprise ici¹⁵⁴. Dans certaines circonstances, cette notion a une portée plus large¹⁵⁵. Le possesseur de mauvaise foi doit également *restituer tous les fruits qu'il a perçus ou négligé de percevoir* (art. 940 al. 1 in fine CC). La loi vise notamment les fruits civils. Il s'agit des revenus qui découlent d'un rapport juridique relatif à la chose¹⁵⁶.

La loi ne prévoit pas de disposition réglementant *la prescription*. Selon la doctrine, il y a lieu d'appliquer par analogie les articles 60 ou 67 CO¹⁵⁷.

- L'article 927 al. 3 CC

A teneur de cette disposition, l'action réintégrande peut avoir pour objet la réparation du dommage. Selon le Tribunal fédéral et la majorité de la doctrine, il s'agit d'un simple *rappel de l'article 41 al. 1 CO*¹⁵⁸. Les conditions relatives à cette norme s'appliquent donc ici. Pour le surplus, l'action n'est pas soumise à l'article 929 CC. En outre, elle laisse subsister les prétentions que le demandeur peut déduire des articles 939 - 940 CC¹⁵⁹.

¹⁴⁸ Egger Rochat (note 41) p. 256 et les références citées ; Stark, Commentaire bernois, Vorbemerkungen Verantwortlichkeit zu Art. 938 - 940, n. 9 a ss.

¹⁴⁹ Steinauer (note 35) p. 137.

¹⁵⁰ Steinauer (note 35) p. 137.

¹⁵¹ Cf. à ce sujet : Hilti, Die ungeschriebene Tatbestandsvoraussetzung der Bösgläubigkeit - der Anfang vom Ende des Gewinnherausgabeanspruches, PJA 6/2006 pp. 695 - 701.

¹⁵² Steinauer (note 35) p. 136 et les références citées.

¹⁵³ Supra p. 21 in initio.

¹⁵⁴ Cf. Stark, Commentaire bernois, art. 940 CC n. 4.

¹⁵⁵ Infra p. 26 in initio.

¹⁵⁶ Steinauer, Les droits réels, tome III, servitudes personnelles, charges foncières, droits de gage immobiliers, droits de gage mobiliers, 3^{ème} édition, Berne, 2003, p. 52.

¹⁵⁷ Stark, Commentaire bernois, Vorbemerkungen Verantwortlichkeit zu Art. 938 - 940, n. 28.

¹⁵⁸ Steinauer (note 35) p. 97 et p. 98 et les références citées.

¹⁵⁹ Steinauer (note 35) p. 98.

cc) Le contrat de fait

La théorie du contrat de fait est fondée sur le présupposé selon lequel, dans certaines circonstances, il est nécessaire d'appliquer par analogie les dispositions régissant le contrat à une situation où un contrat n'a pas été valablement conclu¹⁶⁰. Ce concept a été notamment retenu lorsqu'un contrat de durée nul ou invalidé a été exécuté¹⁶¹.

La théorie du contrat de fait n'a pas manqué de susciter des controverses¹⁶². La doctrine relève en particulier que, dans la plupart des cas où la jurisprudence s'est référée à la théorie du contrat de fait, il est possible de recourir à l'un ou l'autre des moyens juridiques traditionnels¹⁶³.

La prétention à raison du contrat de fait obéit aux mêmes règles que celles applicables au contrat « de droit » correspondant¹⁶⁴.

b) L'application des différentes règles dans le contexte d'un contrat de bail ou de sous-location

aa) L'article 103 al. 1 CO en relation avec l'article 267 al. 1 CO

Lorsque le locataire ne restitue pas la chose conformément à l'article 267 al. 1 CO, l'article 103 al. 1 CO est applicable¹⁶⁵. Le bailleur n'est pas tenu d'interpeller le locataire puisque l'échéance résulte du contrat ou du congé (art. 102 al. 2 CO)¹⁶⁶. L'article 103 al. 1 CO permet d'obtenir la réparation du dommage correspondant à la perte de la valeur locative. Il ne s'agit pas d'indemniser la privation de l'usage en tant que telle, mais de compenser le produit que le bailleur aurait pu retirer de la chose en la louant à nouveau. Si le bailleur projetait de vendre l'habitation ou le local commercial et si à raison de la demeure la vente n'a pas pu se réaliser, le locataire devra l'indemniser pour la perte subie, p. ex. au motif que la vente a certes pu être conclue, mais plus tard et alors que la valeur de la chose a entre-temps diminué. Relèvent aussi de l'article 103 al. 1 CO les indemnités que le bailleur a dû verser à un nouveau locataire privé temporairement de la possession, p. ex. au titre d'un loyer pour une habitation ou un local commercial de remplacement.

La faute est réalisée dès que le locataire, tout en étant conscient de l'échéance du contrat, ne transfère pas la possession au bailleur. Elle doit être niée si l'occupation sans titre se produit alors que des négociations sont en cours pour la conclusion d'un nouveau bail¹⁶⁷. Le locataire est en revanche en faute dès le moment où les parties ont mis fin aux discussions.

¹⁶⁰ Jeanprêtre, Le contrat de fait, leçon d'adieu donnée à l'Université de Neuchâtel le 16 juin 1983 in : RNJ 1982 p. 9 ss ; Syz, Faktisches Vertragsverhältnis, Zurich, 1991, pp. 5 - 19.

¹⁶¹ Syz (note 160) pp. 38 - 44.

¹⁶² Cf. pour une présentation des critiques : Egger Rochat (note 41) pp. 265 - 280.

¹⁶³ Egger Rochat (note 41) p. 279 ss.

¹⁶⁴ Egger Rochat (note 41) p. 281.

¹⁶⁵ Higi, Commentaire zurichois, art. 267 CO n. 58.

¹⁶⁶ Higi, Commentaire zurichois, art. 267 CO n. 58.

¹⁶⁷ Cf. la note de Chappuis DB 2005, p. 19, n° 5.

Le bailleur supporte *la charge de la preuve* pour le dommage et la demeure (art. 103 al. 2 CO a contrario, 8 CC)¹⁶⁸. En revanche, le locataire doit prouver qu'il n'a pas commis de faute (art. 103 al. 2 CO).

Par définition, l'article 103 al. 1 CO entre en considération uniquement lorsque les parties au procès ont conclu le bail. Il s'agit des relations :

- bailleur / locataire¹⁶⁹
- bailleur principal / sous-bailleur, locataire principal¹⁷⁰
- sous-bailleur / sous-locataire¹⁷¹

Pour le surplus, il n'est pas nécessaire que le bailleur soit le propriétaire de la chose.

En conformité de l'article 127 CO, la créance en restitution de l'article 267 al. 1 CO se prescrit par dix ans. L'action en dommages-intérêts de l'article 103 al. 1 CO obéit à la même règle.

bb) Les articles 938 - 940 CC et l'article 423 al. 1 CO

- Cas d'application des articles 938 - 940 CC :

Dans le contexte d'un contrat de bail ou de sous-location, les articles 938 - 940 CC sont applicables uniquement lorsque le demandeur a la possibilité d'exiger la restitution au titre de l'action en revendication (art. 641 al. 1 CC) ou en vertu de l'action réintégrande (art. 927 al. 1 CC)¹⁷². En résumé, il s'agit des situations suivantes :

- * le bailleur propriétaire ou usufruitier peut actionner le locataire en revendication
- * le bailleur principal, même non propriétaire ou usufruitier, peut assigner le sous-locataire non autorisé au titre de l'action réintégrande
- * le bailleur principal propriétaire ou usufruitier a la faculté d'agir en revendication contre le sous-locataire.

Par ailleurs, et dans la mesure où le bailleur veut se placer au plan extra-contractuel, il ne peut pas invoquer les articles 41, 61 ou 423 CO. Les articles 938 - 940 CC sont, en effet, exclusivement applicables¹⁷³.

- Mauvaise foi du locataire :

Est de mauvaise foi le locataire qui continue d'utiliser la chose après la fin du contrat en sachant que le bailleur n'entend pas lui céder l'usage gratuitement¹⁷⁴.

¹⁶⁸ Cf. toutefois infra p. 29 3 b).

¹⁶⁹ Annexe I B — L.

¹⁷⁰ Annexe II BP — SB/LP.

¹⁷¹ Annexe II SB/LP — SL.

¹⁷² Supra p. 22 in medio.

¹⁷³ Supra p. 23.

¹⁷⁴ TF 13.07.1993, SJ 1994 417 ss / 422 in fine ; dans le même sens : AG / BS 07.12.1984 : RSJ 81/1985 291.

La notion de dommage est ici identique à celle consacrée pour l'action contractuelle¹⁷⁵. Le locataire est également débiteur d'une indemnité correspondant à un loyer même s'il laisse l'habitation ou le local commercial vide et quand bien même le demandeur n'aurait pas loué à nouveau s'il avait pu récupérer la possession¹⁷⁶. Dans cette mesure, l'article 940 al. 1 CC est plus favorable pour le bailleur que l'article 41 al. 1 CO ou l'article 103 al. 1 CO.

- Mauvaise foi du sous-locataire :

Les articles 938 - 940 CC sont aussi applicables dans les relations bailleur principal / sous-locataire.

La première question à résoudre est de déterminer si le sous-locataire est de mauvaise foi. On doit l'exclure si le sous-bailleur lui a dissimulé la situation juridique réelle en se faisant passer pour un bailleur. On aboutira à la même solution si le sous-locataire non autorisé ignore la règle de l'article 262 al. 1 CO. Dans ces cas, le bailleur principal ne peut réclamer aucune indemnité (art. 938 al. 1 CC). Cela étant, le sous-locataire devient de mauvaise foi dès qu'il connaît la situation juridique effective.

Un sous-locataire autorisé est de mauvaise foi envers le bailleur principal dès qu'il est informé de l'extinction du contrat principal. L'article 940 al. 1 CC est alors applicable. On peut illustrer cette situation par l'exemple suivant : le bailleur a donné son consentement à une sous-location. Puis, le bail principal a pris fin et le sous-bailleur / locataire principal ne paie pas au bailleur principal une indemnité pour occupation sans droit de la chose par le sous-locataire. Dès que celui-ci a connaissance de l'échéance du contrat principal, il n'est plus, dans ses relations avec le bailleur principal, de bonne foi. Il doit dès lors l'indemniser pour le dommage causé, p. ex. au titre de la perte de la valeur locative que le bailleur principal aurait pu retirer de la chose.

- La relation juridique bailleur principal / sous-bailleur lorsque celui-ci perçoit les loyers du sous-locataire alors que le contrat principal a pris fin :

Dans une telle situation, se pose la question de la remise au bailleur principal des profits réalisés par le sous-bailleur. Dans l'ATF 126 III 69 ss, le Tribunal fédéral a appliqué l'article 423 al. 1 CO. En réalité, c'est l'article 940 al. 1 in fine CC qui aurait dû être retenu, dès lors que le bailleur principal était propriétaire de la chose. Dans ce cas en effet, l'article 940 al. 1 in fine CC a le pas sur les articles 419 ss CO¹⁷⁷. Il reste que le résultat est identique quelle que soit la base légale : les fruits civils selon l'article 940 al. 1 in fine CC correspondent aux profits illégitimes à teneur de l'article 423 al. 1 CO.

Dans l'arrêt précité¹⁷⁸, le Tribunal fédéral a également jugé qu'il y avait lieu de déduire des loyers encaissés par le sous-bailleur les montants que celui-ci avait payés au bailleur principal pour l'occupation sans droit des locaux¹⁷⁹.

¹⁷⁵ Supra p. 24.

¹⁷⁶ Stark, Commentaire bernois, art. 940 n. 23 in fine.

¹⁷⁷ Supra p. 23.

¹⁷⁸ ATF 126 III 73 cons. c.

¹⁷⁹ Cf. également infra p. 30 b).

cc) L'article 927 al. 3 in fine CC

Cette disposition consacre un chef de responsabilité civile en cas d'action réintégrande. Or, comme on l'a vu ci-dessus, cette action n'est possible que dans le cadre des relations *entre le bailleur principal et le sous-locataire non autorisé*¹⁸⁰. Pour le surplus, les conditions d'application ressortissent à l'article 41 al. 1 CO¹⁸¹.

Cela étant, on ne conçoit pas que le bailleur principal puisse subir un dommage si son cocontractant (le sous-bailleur) paie le loyer et aussi longtemps que le contrat principal demeure en vigueur. En définitive, ce n'est qu'à partir du moment où ce contrat a pris fin et à la condition que le sous-bailleur ne verse pas au bailleur principal une indemnité équivalente au loyer que le sous-locataire non autorisé lui cause un dommage.

dd) L'article 62 al. 1 CO

- Les relations juridiques bailleur et locataire / sous-bailleur et sous-locataire

Le bailleur dispose-t-il contre son ancien locataire d'une action pour enrichissement illégitime ? Cela est exclu s'il est propriétaire ou usufruitier de la chose puisque dans ce cas seuls les articles 938 - 940 CC entrent en considération¹⁸². Par ailleurs, c'est uniquement si l'article 103 al. 1 CO n'est pas applicable (p. ex. en l'absence de faute) que le bailleur non propriétaire pourra actionner sur la base de l'article 62 al. 1 CO¹⁸³. L'utilisation de la chose provoque un transfert de la valeur locative et, à concurrence de cette valeur, le bailleur subit un appauvrissement correspondant à l'enrichissement de l'ancien locataire¹⁸⁴.

Les considérations qui précèdent s'appliquent également aux relations entre le sous-bailleur et le sous-locataire.

- Les relations juridiques bailleur principal / sous-locataire

Ici aussi, il faut que le bailleur ne soit pas propriétaire ou usufruitier de la chose.

Cela étant, pour que l'article 62 al. 1 CO s'applique, il faut que le contrat principal ait pris fin. Dans ce cas, la cause fait défaut.

Il n'y a pas d'enrichissement du sous-locataire si celui-ci, sur la base du sous-contrat, paie le loyer prévu à son cocontractant, le sous-bailleur, ce pour autant que le loyer corresponde à la valeur locative objective. L'action n'est, dans ce cas, pas fondée.

¹⁸⁰ Supra p. 8 in fine et p. 9 in initio.

¹⁸¹ Supra p. 20 in fine et p. 21 in initio.

¹⁸² Supra p. 23 in initio.

¹⁸³ Supra p. 21 in medio.

¹⁸⁴ Cf. note de **Chappuis** DB 2005, p. 19, n° 5.

Le bailleur principal n'est pas appauvri si le sous-bailleur lui verse une indemnité équivalente à l'ancien loyer pour autant qu'il corresponde à la valeur locative du marché. L'article 62 al. 1 CO n'entre alors pas en considération.

En définitive, dans le contexte des relations bailleur principal / sous-locataire, une action pour enrichissement illégitime postule la réalisation des conditions suivantes :

- le bailleur principal n'est ni propriétaire ni usufruitier
- le contrat principal a pris fin
- le sous-bailleur ne paie pas au bailleur principal une indemnité correspondant à la valeur locative selon le marché pour l'occupation des locaux
- et le sous-locataire ne paie pas non plus au sous-bailleur un loyer atteignant cette valeur

ee) La créance relative à un loyer « de fait »

Dans un arrêt rendu en 1937, le Tribunal fédéral a appliqué la théorie du contrat de fait à la prétention du bailleur contre le locataire qui n'avait pas restitué la possession. Il a considéré qu'il s'était créé entre l'ancien bailleur et l'ancien locataire un rapport de fait assimilable à un bail¹⁸⁵. En 1993, le Tribunal fédéral a précisé que ce concept entraine en considération uniquement dans des situations particulières. Tel est le cas lorsqu'un contrat de durée est invalidé après avoir été exécuté ou lorsqu'une partie obtient sans bourse délier une prestation qu'elle savait devoir être fournie contre paiement¹⁸⁶. A propos des relations juridiques entre un bailleur et un locataire qui a conservé la possession malgré la fin du bail, la jurisprudence cantonale s'est aussi référée à la théorie du contrat de fait¹⁸⁷. Cela signifie que le bailleur est en droit de réclamer à son ancien locataire un loyer¹⁸⁸. La prescription est dès lors de cinq ans (art. 128 ch. 1 CO).

Cela étant, à l'instar de Egger-Rochat¹⁸⁹, nous ne voyons pas la nécessité de recourir au mécanisme du contrat de fait pour les prétentions du bailleur ou du sous-bailleur contre le locataire ou le sous-locataire qui le moment venu ne restituent pas la chose. Les bases légales traditionnelles permettent de résoudre tous les cas de figure.

c) Le cas particulier du locataire débouté de ses demandes en contestation du congé ou en prolongation du bail

Dans une telle situation, il y a lieu de se demander si l'usage de l'habitation ou du local commercial durant la procédure devient rétroactivement illicite. La réponse à cette question est négative. L'exercice d'un moyen de droit est en effet légitime même s'il aboutit finalement à un échec, mais à la condition d'agir de bonne foi¹⁹⁰. Ainsi, le locataire, qui n'a pas procédé abusivement, n'a pas occupé sans droit la chose durant le procès. Il n'a pas non plus violé une

¹⁸⁵ ATF 63 II 368 ss.

¹⁸⁶ ATF 119 II 437 ss.

¹⁸⁷ ATC/VS 21.03.1995 : RVJ 1995 240 ; ATC/FR 14.06.1988 : RFJ 1988 11 ss ; OG/SO 21.04.1986 : RSJ 84 / 1988 p. 251 et p. 252 ; ATC/NE 29.06.1983 : RJN 1986 60 ss ; ATC/NE 11.04.1983 : RJN 1983 45 ss.

¹⁸⁸ Jeanprêtre (note 160) p. 16

¹⁸⁹ Supra p. 24 in initio.

¹⁹⁰ TF 4C.204/2002, 09.10.2003, SJ 2004 I 353 ss / 355 cons. 3.1 ; ATF 124 III 297 ; ATF 117 II 394.

obligation contractuelle. Le bailleur ne peut dès lors pas réclamer des dommages-intérêts, la remise de profits ou une indemnité au titre de l'enrichissement illégitime¹⁹¹.

3. Les particularités de la preuve

a) La portée de l'article 274 d al. 3 CO

A teneur de cette disposition, l'autorité de conciliation et le juge établissent d'office les faits et apprécient librement les preuves ; les parties sont tenues de leur présenter toutes les pièces nécessaires à l'appréciation du litige. Il serait erroné de penser que l'article 274 d al. 3 CO modifie fondamentalement les règles découlant de la charge de la preuve (art. 8 CC). Le Tribunal fédéral a, en effet, limité la portée de la norme : le juge doit seulement inviter les parties à mentionner les preuves et à les présenter¹⁹².

b) La preuve facilitée de la valeur locative

Dans le but de simplifier la fixation du loyer « de fait », le Tribunal fédéral a jugé que l'indemnité due à ce titre pouvait correspondre au loyer qui avait été convenu¹⁹³. Cela vaut, selon nous, également pour la détermination de la valeur locative dans le cadre de l'action en dommages-intérêts ou à raison de l'action pour enrichissement illégitime. Le demandeur n'a ainsi pas d'autre preuve à rapporter que celle relative au montant du loyer selon le contrat qui est venu à échéance. Cette méthode de calcul consacre une sorte de présomption. Le demandeur est en droit de l'inverser en prouvant que, selon la situation du marché, la valeur locative dont il a été privé est supérieure au loyer qui avait été convenu. Le défendeur pourra, quant à lui, établir que la valeur locative selon le marché n'atteint pas le montant de l'ancien loyer.

4. Les situations de pluralité

a) Le concours d'actions

Il y a un concours d'actions lorsqu'une demande est fondée sur plusieurs motifs juridiques. Ainsi, lorsque l'acte illicite constitue en même temps la violation d'un contrat, l'auteur engage sa responsabilité aussi bien délictuelle que contractuelle¹⁹⁴. Le lésé a la possibilité de combiner les atouts provenant des deux actions¹⁹⁵.

Qu'en est-il en l'occurrence ? Il n'existe pas de concours entre les diverses actions extra-contractuelles ou en remise des profits lorsque le demandeur est propriétaire ou usufruitier. Les articles 938 - 940 CC s'appliquent en effet exclusivement¹⁹⁶. Toutefois, l'action en dommages-intérêts du bailleur principal contre le sous-locataire non autorisé selon l'article 927 al. 3 in fine

¹⁹¹ TF 4C.256/2001, DB 2003, p. 29 ss, n° 18.

¹⁹² Cf. p. ex. TF 4C.65/2002, 31.05.2002, DB 2003, p. 33 et p. 34, n° 21 et TF 21.12.2000, SJ 2001 278, DB 2001, p. 36, n° 25.

¹⁹³ ATF 131 III 257 ss / 262, DB 2005, p. 53 ss, n° 27 et la note de **Knoepfler** DB 2005, p. 55 et p. 56, n° 27.

¹⁹⁴ Cf. notamment l'ATF 126 III 113.

¹⁹⁵ Cf. au sujet de cette problématique : **Engel** (note 71) p. 78.

¹⁹⁶ Supra p. 23 et p. 25.

CC peut être exercée concurremment avec l'action en dommages-intérêts de l'article 940 al. 1 in initio CC¹⁹⁷. Il y a également une situation de concours entre l'action en dommages-intérêts extra-contractuelle de l'article 940 al. 1 in initio CC et l'action contractuelle fondée sur l'article 103 al. 1 CO. Les articles 62 al. 1 CO et 103 al. 1 CO ne peuvent pas se combiner : si les conditions de l'article 103 al. 1 CO sont remplies, il n'y a alors pas de possibilité d'appliquer l'article 62 al. 1 CO¹⁹⁸.

b) Le cumul d'actions

On parle de cumul d'actions lorsque à raison d'un même état de fait le demandeur peut faire valoir plusieurs prétentions.

L'action en dommages-intérêts du bailleur principal contre le sous-bailleur qui a pour objet de compenser la perte de la valeur locative et l'action du même bailleur principal dirigée également contre le sous-bailleur mais en remise des fruits ou des profits illégitimes peuvent-elles être cumulées ? Dans l'ATF 97 II 169 ss, rendu au sujet des profits résultant de la violation d'un brevet, le Tribunal fédéral a considéré que les deux prétentions s'excluaient. Selon cette jurisprudence, l'ayant droit peut soit exiger la réparation du dommage soit demander la remise des profits illégitimes. La doctrine est plus nuancée. D'après Chappuis¹⁹⁹, le cumul des prétentions est possible si leur objet n'est pas identique.

A notre avis, la réparation du dommage provoqué par la perte de la valeur locative et la remise des profits retirés de la chose peuvent être toutes deux octroyées au bailleur principal. Les objets sont en effet différents. En outre, il ne faut pas perdre de vue l'objectif du législateur. Les articles 423 al. 1 CO et 940 al. 1 in fine CC consacrent en effet l'adage « bien mal acquis ne profite pas »²⁰⁰. Or, ce but ne serait pas atteint si le cumul était exclu. Enfin, et dans la mesure où l'article 940 al. 1 CC est applicable, le point de vue que nous soutenons trouve appui dans le texte de la loi. Celle-ci prévoit en effet que le possesseur de mauvaise foi doit à la fois réparer le dommage et restituer les fruits perçus. Cela signifie - et ce contrairement à la solution de l'ATF 126 III 188²⁰¹ - que le sous-bailleur doit au bailleur principal d'une part une indemnité pour occupation illicite des locaux (art. 940 al. 1 in initio CC) et d'autre part le montant du loyer que lui a payé son sous-locataire (art. 940 al. 1 in fine CC).

c) La pluralité de débiteurs

Les relations entre *colocataires* relèvent toujours d'une communauté régie par les règles de la main commune. Il existe entre eux à tout le moins une société simple²⁰². Les colocataires sont solidairement débiteurs des indemnités dues au bailleur (art. 544 al. 3 CO)²⁰³. Il s'agit d'une

¹⁹⁷ Supra p. 23 in fine.

¹⁹⁸ Supra p. 27 in medio.

¹⁹⁹ Note 138 p. 345.

²⁰⁰ Chappuis (note 138) p. 341 et p. 342.

²⁰¹ Supra p. 26 in fine.

²⁰² Schmid, Der gemeinsame Mietvertrag, RSJ 87/1991 p. 350.

²⁰³ Schmid (note 202) p. 356.

solidarité parfaite (art. 143 -149 CO). On arrive au même résultat en considérant que chaque colocataire répond à titre personnel et pour le ou les autres locataires en vertu de l'article 101 al. 1 CO²⁰⁴. On a alors affaire à une solidarité imparfaite.

A raison des dommages-intérêts extracontractuels que le sous-locataire doit au bailleur principal, la responsabilité du sous-bailleur est aussi engagée en vertu de l'article 101 al. 1 CO. Comme le sous-bailleur est aussi débiteur du bailleur principal à titre contractuel, on se trouvera dans une situation de solidarité imparfaite.

Enfin, lorsque *le locataire reprenant selon l'article 263 CO* ne quitte pas les locaux à l'échéance du contrat, le locataire transférant est solidairement débiteur des indemnités pour occupation illicite dues au bailleur durant deux ans dès le transfert (art. 263 al. 4 CO)²⁰⁵.

d) La pluralité de créanciers : le cas des cobailleurs

Les cobailleurs ne sont pas des créanciers solidaires (art. 150 al. 1 CO). Il s'ensuit que chacun d'eux peut actionner le locataire ou le sous-locataire en paiement, mais *proportionnellement à sa part*²⁰⁶. Toutefois, lorsque les cobailleurs sont des copropriétaires, l'article 647 a al. 1 in fine CC prévaut. Selon cette disposition, chaque copropriétaire a qualité pour exercer les droits découlant des baux et encaisser des sommes d'argent pour l'ensemble des copropriétaires. Chaque bailleur peut donc agir contre le locataire ou le sous-locataire pour la totalité de la créance²⁰⁷. On a donc affaire ici à une consorité nécessaire formelle²⁰⁸. Demeure réservée la situation où les bailleurs font partie d'une entité relevant de *la main commune*. Dans ce cas, tous les communistes doivent actionner le défendeur²⁰⁹.

IV. Conclusions

Le bailleur, qui entend obtenir la restitution de la chose, dispose de différentes actions. Il en va de même s'il réclame le paiement d'indemnités. Cela étant, en cas de concours, le bailleur peut opter pour la voie qui lui paraît préférable.

S'agissant *des actions en expulsion*, le concours n'a guère d'intérêt. Aucune action ne présente en effet un avantage déterminant, y compris au niveau procédural. Dans l'ATF 120 II 112 ss, le Tribunal fédéral a en effet jugé que le concept de « litige relatif aux baux » au sens de l'article 274 b anc. CO visait aussi les contestations entre un bailleur principal et un sous-locataire. Dès lors, l'article 274 d al. 1 CO, qui impose aux cantons d'instaurer une procédure simple et rapide pour les litiges portant sur les baux d'habitations et de locaux commerciaux, doit s'interpréter de

²⁰⁴ Dans ce sens : Weber, Der gemeinsame Mietvertrag, Zurich, 1993, p. 214.

²⁰⁵ ATF 120 III 408 ss.

²⁰⁶ Schmid (note 202) p. 355.

²⁰⁷ Schmid ibidem.

²⁰⁸ Supra p. 18 in fine.

²⁰⁹ Cf. p. ex. au regard de l'article 544 al. 1 CO : TF 14.10.1996, SJ 1997 396 ss / 400 et 401.

la même façon. Il s'ensuit que l'action en expulsion contre un locataire ou un sous-locataire relève de cette disposition indépendamment de son fondement²¹⁰.

Qu'en est-il *des actions en paiement*? La possibilité de choisir entre plusieurs actions n'est pas ici dénuée d'intérêt, les conditions d'application des différentes normes pouvant varier (p. ex. au regard de la prescription). Cela étant, l'article 940 al. 1 CC est sans doute la règle la plus favorable pour le bailleur : le défendeur doit en effet des dommages-intérêts et remettre les profits même s'il n'a pas commis de faute. Cette disposition permet en outre de cumuler les deux prétentions. Par ailleurs, la condition de la « mauvaise foi » est assez facilement réalisée. Certes, la prescription est courte (art. 60 ou 67 CO). Mais, elle peut être interrompue (art. 135 CO). C'est donc l'article 940 al. 1 CC que le bailleur devra privilégier parmi les différentes bases légales pouvant entrer en considération.

²¹⁰ Cf. pour le surplus, **Ducrot**, (note 11) p. 89.

