

LA SOUS-LOCATION (questions choisies)

par **Philippe Nordmann,**

avocat à Lausanne

Sommaire

	<u>Page</u>
1. Généralités	3
1.1 Remarque préliminaire et délimitation du sujet	3
1.2 Pourquoi des règles sur la sous-location ?	3
1.3 Les anciennes et les nouvelles règles sur la sous-location	4
1.3.1 Règle générale	4
1.3.2 Le droit de rétention	5
1.3.3 La protection contre les résiliations du bail de sous-location et la prolongation de celui-ci	6
2. Partie spéciale (questions choisies)	8
2.1 Caractéristiques principales du contrat de sous-location - autres figures juridiques	8
2.1.1 La sous-location est un bail juridiquement indépendant du bail principal	8
2.1.2 La sous-location a nécessairement lieu à titre onéreux	9
2.1.3 La « chaîne »	10
2.1.4 L'attribution du logement conjugal par des mesures protectrices de l'union conjugale (MPUC) ou des mesures provisoires (MP)	11
2.1.5 L'attribution du logement à l'un des époux par le juge du divorce (art. 121 nCC, nouveau droit du divorce)	12
2.1.6 La sous-location en lieu et place du transfert de bail	13
2.2 Le consentement du bailleur	13
2.2.1 Modalités de la sous-location	13
2.2.2 Les conditions abusives	14

2.2.3	Les inconvénients majeurs pour le bailleur	15
2.2.4	Logements subventionnés et coopératives d'habitation	16
2.3	Hausse et baisse du sous-loyer	17
2.3.1	Remarque préliminaire	17
2.3.2	Hausse du sous-loyer	17
2.3.3	Baisse du sous-loyer	18
2.4	Violations contractuelles	19
2.4.1	Violation contractuelle de la part du sous-locataire	19
2.4.2	Violation contractuelle du bailleur et / ou du locataire envers le sous-locataire	20
2.4.3	Violation contractuelle du locataire envers le bailleur et droits de rétention	22
2.5	Résiliation et prolongation de bail	23
2.5.1	Absence de protection du sous-locataire contre la résiliation elle-même ?	23
2.5.2	Prolongation du bail	25
2.6	Droits des parties à la fin du bail	26
2.6.1	Droits du locataire contre le sous-locataire	26
2.6.2	Droits du bailleur principal contre le sous-locataire et éventuellement contre le locataire	26
3.	En guise de conclusion	28
	Bibliographie choisie	29

1. Généralités

1.1 Remarque préliminaire et délimitation du sujet

Nous avons délibérément renoncé à présenter ici le bail de sous-location de manière *systematique*. De meilleurs auteurs l'ont déjà fait¹. Il nous a semblé plus intéressant d'aborder *quelques questions controversées* et parfois épineuses, espérant susciter ainsi la réflexion, à défaut de solutions certaines.

Par ailleurs, nous nous limitons, dans le cadre de ce séminaire, au *bail à loyer* portant sur des *immeubles*. Nous écartons donc le bail à ferme et la sous-location de choses mobilières.

1.2 Pourquoi des règles sur la sous-location ?

La sous-location *est un bail*. Elle est régie, comme tous les baux, par les art. 253 ss CO. L'usage des formules officielles est obligatoire. Sa seule particularité : le bailleur est en même temps locataire d'un tiers, dit « bailleur principal ». Il y a contrat « à deux étages » ou « à plusieurs étages »².

En pure rigueur juridique, il n'aurait pas été nécessaire de réglementer la sous-location. La loi est d'ailleurs muette sur d'autres contrats « à deux étages » fréquents, tels que la sous-traitance en matière de contrat d'entreprise ou la substitution de mandat³.

Pour tous ces contrats « à deux étages », les règles générales du Code des obligations et quelques règles particulières du Code civil doivent être examinées, telles que :

- la représentation, art. 32 ss CO
- la responsabilité du propriétaire d'ouvrage, art. 58 CO
- la responsabilité pour les auxiliaires, art. 101 CO
- la stipulation pour autrui, art. 112 et 122 CO
- la compensation, art. 120 ss CO
- la cession de créances et la reprise de dette, art. 164 ss et 175 ss CO
- éventuellement la société simple, art. 530 ss CO
- le droit de rétention, art. 895 CC, en conjonction d'ailleurs avec la prise d'inventaire au sens de l'art. 283 LP
- les règles sur la propriété, art. 641 ss CC
- les règles régissant la possession, art. 919 ss CC.

¹ Par exemple Lachat, Sous-location, et dans son ouvrage principal *Le bail à loyer* (voir la bibliographie à la fin). L'auteur adresse ses plus vifs remerciements à Me David Lachat et à M. le Professeur Pierre Wessner, qui ont bien voulu relire le manuscrit et formuler des corrections et suggestions bienvenues.

² Dans un bail ordinaire, à « un étage », le bailleur n'est pas toujours *propriétaire* de la chose : il peut p. ex. être usufruitier, ou propriétaire à titre simplement fiduciaire. Dans le bail de sous-location, le sous-locataire est par définition *locataire d'une chose prise à bail* par son propre bailleur; voir aussi 2.1.3.

³ Elle se borne à prescrire (de manière dispositive) *l'exécution personnelle*, art. 364 al. 2 et 398 al. 3 CO; on trouve en revanche une règle spécifique de « contrat à deux étages » p. ex. en matière de *cautionnement*, art. 498 CO sur l'arrière-caution, ou en matière de *gage subséquent*, art. 887 CC. La *sous-traitance* aurait d'ailleurs mérité quelques règles, tant elle pose de questions délicates, notamment en ce qui concerne l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs.

Si le législateur a jugé utile de réglementer certains points particuliers de la sous-location, c'est qu'il a vu une difficulté particulière dans le fait que, pour les baux d'immeubles tout au moins, il peut y avoir *contact durable* (cohabitation⁴) entre le bailleur principal et le sous-locataire. C'est manifestement un souci de paix qui l'a guidé.

1.3 Les anciennes et les nouvelles règles sur la sous-location

Tant dans l'ancien que dans le nouveau droit, trois dispositions seulement régissent la sous-location : une règle *générale*, une règle sur le *droit de rétention* du bailleur principal et une règle sur la *prolongation de la sous-location*.

1.3.1 Règle générale

L'ancien art. 264 CO, en vigueur jusqu'au 30 juin 1990, avait la teneur suivante :

« E. Sous-location

¹*Le preneur a le droit de sous-louer tout ou partie de la chose ou de céder son bail à un tiers, pourvu qu'il n'en résulte aucun changement préjudiciable au bailleur.*

²*Le preneur est garant envers le bailleur que le sous-locataire n'emploiera la chose qu'à l'usage autorisé par le bail principal.*

³*Le bailleur peut s'adresser directement au sous-locataire à l'effet de l'y obliger ».*

Le nouvel art. 262 CO, en vigueur dès le 1^{er} juillet 1990, est ainsi libellé :

« K. Sous-location

¹*Le locataire peut sous-louer tout ou partie de la chose avec le consentement du bailleur.*

²*Le bailleur ne peut refuser son consentement que :*

- a. *Si le locataire refuse de lui communiquer les conditions de la sous-location ;*
- b. *Si les conditions de la sous-location, comparées à celles du contrat de bail principal, sont abusives ;*
- c. *Si la sous-location présente pour le bailleur des inconvénients majeurs.*

³*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 ».*

⁴ Par ce terme, nous ne voulons faire aucune allusion au système politique français; elle ne serait d'ailleurs pas pertinente puisque le locataire de la République habite l'Elysée alors que le sous-locataire est à Matignon (à moins que ce ne soit l'inverse) ...

L'ancien « droit de sous-louer » (art. 262 al. 1 aCO) restait le plus souvent *lettre morte* par le jeu d'une clause contractuelle standardisée et très généralisée – jugée licite – qui l'interdisait purement et simplement. Le nouveau droit au contraire, en fixant exhaustivement les conditions auxquelles un bailleur peut s'opposer à la sous-location, exclut de telles clauses générales. En clair : un locataire peut aujourd'hui, en principe, *imposer* un sous-locataire à son bailleur⁵. Une clause d'interdiction générale de sous-location est nulle⁶.

Le nouveau droit améliore donc la position du locataire. Il améliore aussi celle du bailleur (imprévoyant ou ignorant) qui avait omis d'interdire contractuellement la sous-location et qui pouvait se trouver tout-à-coup en présence d'un sous-locataire dont il ignorait tout; selon le nouveau droit il doit être *informé* du bail de sous-location, auquel il doit *consentir*.

La disposition du nouveau droit permettant de faire obstacle à des conditions de sous-location abusives vise une triple protection : celle du *sous-locataire*, celle du *bailleur*, celle du *marché locatif en général* (pour éviter qu'une pratique généralisée de sous-location, surtout en temps de pénurie, n'accroisse le niveau des loyers en Suisse).

On aura noté la différence entre le « *changement préjudiciable au bailleur* » de l'ancien droit et les « *inconvenients majeurs* » que le nouveau droit veut lui épargner. Cette modification est à notre avis favorable au locataire qui veut sous-louer : si le terme d'« *inconvenient* » est certes affaibli par rapport à celui de *préjudice* (qui s'apparente à un véritable *dommage*), on peut cependant soutenir qu'un « *inconvenient majeur* » est plus grave qu'un (simple) *préjudice*. Cette interprétation nous paraît résulter du texte allemand, qui, tout en conservant la notion de « *Nachteil* », l'a renforcée dans le nouveau droit par l'adjectif « *wesentlich* » (ancien droit : « *nachteilige Veränderung* »; nouveau droit : « *wesentliche Nachteile* »)⁷.

Les anciens al. 2 et 3 de l'art. 264 aCO sont désormais regroupés en un seul al. 3 de l'art. 262 CO. La réglementation – inchangée – reste déséquilibrée : elle n'envisage qu'un comportement anti-contractuel du *sous-locataire* et ne dit rien, p. ex., d'une violation dont il serait victime de la part du *locataire* ou du *bailleur principal*, ni d'une violation commise par le *bailleur* au détriment du *locataire principal*. A cet égard, les règles générales du CO, en particulier l'art. 101 sur la responsabilité pour les auxiliaires, sont plus efficaces : le locataire répondra envers le sous-locataire des manquements du bailleur principal, son auxiliaire; ou inversement le bailleur pourra, à certaines conditions, se voir opposer par le sous-locataire les violations commises par son locataire, qui pourrait être son auxiliaire (du bailleur principal)⁸.

1.3.2 Le droit de rétention

Rappelons que le droit de rétention ne subsiste plus dans le nouveau droit que pour les locaux commerciaux. L'art. 268 al. 2 CO n'introduit aucune modification de fond par rapport à l'art. 272 al. 2 aCO : le bailleur principal ne peut exercer le droit de rétention contre son loca-

⁵ Et cela même pour les baux conclus sous l'ancien droit, avant le 1er juillet 1990.

⁶ Il en irait de même d'une (hypothétique) clause autorisant une sous-location sans aucune condition, cela parce que l'art. 262 est absolument impératif.

⁷ Même différence en italien : ancien droit : « *pregiudizievole innovazione* »; nouveau droit : « *pregiudizio essenziale* ».

⁸ De même que ce bailleur pourra imputer à son locataire les manquements du sous-locataire, voir 2.4.1 ci-après.

taire et sur les biens du sous-locataire qu'à concurrence du loyer que celui-ci doit encore au locataire⁹.

Art. 268 al. 2 CO :

« Q. Droit de rétention du bailleur

I. Objet

¹Le bailleur de locaux commerciaux a, pour garantie du loyer de l'année écoulée et du semestre courant un droit de rétention (...)

²Le droit de rétention du bailleur grève aussi les meubles apportés par le sous-locataire dans la mesure où celui-ci n'a pas payé son loyer au locataire. (...) »

A comparer avec les passages correspondants de l'ancien art. 272 CO :

¹Le bailleur d'un immeuble a, pour garantie ...

²Le droit de rétention du bailleur grève aussi les meubles apportés par le sous-locataire, mais jusqu'à concurrence seulement des droits existant contre ce dernier en faveur du preneur ... »

Le nouveau texte améliore la rédaction; le fond, sous réserve de la limitation du droit de rétention aux locaux commerciaux, est identique.

1.3.3 La protection contre les résiliations du bail de sous-location et la prolongation de celui-ci

Selon l'ancien droit (art. 267d al. 1 CO; nous omettons l'alinéa 2 relatif aux chambres meublées) :

« c. Prolongation injustifiée

¹La prolongation du contrat de bail peut aussi avoir lieu en matière de sous-location; toutefois la sous-location ne peut pas être prolongée au-delà du terme auquel le bail principal prend fin ... ».

Le nouveau droit (art. 273b CO) est un peu plus détaillé :

« E. Sous-location

¹Les dispositions du présent chapitre s'appliquent à la sous-location jusqu'à l'extinction du bail principal. La prolongation n'est possible que pour la durée du bail principal.

⁹ Voir 2.4.3 ci-après.

²Lorsque la sous-location a pour but principal d'éviter les dispositions sur la protection contre le congé, le sous-locataire bénéficie de cette protection sans égard au bail principal. Si ce dernier est résilié, le bailleur principal est subrogé au sous-bailleur dans le contrat avec le sous-locataire ».

Sur le fond cependant, cette disposition n'apporte guère d'éléments nouveaux par rapport à l'ancien droit, sauf l'al. 2 qui concrétise la notion d'abus de droit dans un cas particulier.

2. Partie spéciale (questions choisies)

2.1 *Caractéristiques principales du contrat de sous-location – autres figures juridiques*

2.1.1 La sous-location est un bail juridiquement indépendant du bail principal

La validité (on pourrait même dire l'existence) du bail de sous-location ne dépend pas de celle du bail principal. Si ce dernier est invalidé pour vice de consentement, ou parce que l'un des contractants n'avait pas la capacité de le conclure, cette invalidation n'entraîne pas *eo ipso* celle du bail de sous-location. Si celui-ci ne peut être exécuté en raison de l'invalidité du bail principal (ce ne sera pas toujours le cas), le sous-locataire pourra réclamer au locataire des dommages-intérêts pour inexécution (art. 97 ss CO)¹⁰.

Cette indépendance entraîne logiquement le maintien du bail de sous-location dans l'hypothèse où le bail principal n'aurait jamais existé (juridiquement) ou viendrait à disparaître. Nous utilisons volontairement ces termes imprécis parce qu'il nous semble nécessaire de distinguer les cas de *nullité* de ceux d'*invalidation* du bail principal.

- Nullité du bail principal : elle se constate d'office. Elle peut donc aussi être invoquée par le sous-locataire dans son litige avec le locataire. On songe ici aux vices de forme, à l'absence de capacité d'une partie au bail principal, à un objet illicite ou immoral au sens de l'art. 20 CO. La sous-location n'est pas en soi nulle, mais elle ne pourra être exécutée. Si cette impossibilité est imputable à faute du *locataire principal*, il sera tenu de réparer le dommage subi par le sous-locataire, selon l'art. 97 al. 1 CO. Il y aurait p. ex. négligence de sa part, à notre sens, dans le fait de n'avoir pas vérifié que le bailleur avait bien les pouvoirs requis et le droit de disposer de la chose. Si la nullité découle d'une faute ou à tout le moins est le fait du bailleur principal, le bail de sous-location s'éteindra selon l'art. 119 CO, le locataire étant libéré de toute dette et en particulier de celle de réparer le dommage¹¹.
- Invalidation du bail principal : elle doit être déclarée dans l'année dès la découverte du vice *par une partie à ce bail*, donc à l'exclusion du sous-locataire¹².

¹⁰ On peut même envisager d'appliquer l'art. 259f CO par analogie : le bailleur serait un tiers qui ferait valoir sur la chose un droit incompatible avec celui du sous-locataire qui, « évincé », devrait alors inviter son bailleur, le locataire, à « se charger du procès »; sur ces questions de procédure, cf. note 65 ci-après.

¹¹ Cf. RO 116 II 512 = JT 1991 I 309 : le locataire ne peut en tout cas invoquer ses propres manquements pour faire valoir une impossibilité, pour le bailleur, d'exécuter. A relever cependant que l'art. 119 CO parle non pas de la faute, mais des « circonstances non imputables au débiteur ». Pour un cas d'application de l'art. 119 CO à un bail de sous-affermage, cf. RO 112 II 235 = JT 1987 I 6 avec note critique de Raymond Jeanprêtre, qui estime – à notre avis à juste titre – que le fermier ne peut s'exculper au moyen de l'art. 119 CO, ayant pris le risque envers son sous-fermier de ne pouvoir exécuter. Le seul fait que le fermier dispose ensuite d'une action en dommages et intérêts contre son propre bailleur ne suffit pas à justifier une telle impossibilité dans le rapport de sous-location.

¹² Voir cependant 2.1.5.

Seul entre ici en ligne de compte l'art. 97 al. 1 CO. La preuve exculpatrice incombant au locataire sera rigoureuse : il faut qu'au moment de conclure le bail principal, le locataire n'ait commis aucune négligence.

L'indépendance des deux baux se reflète aussi dans le fait que le contenu de chacun d'eux peut être différent :

- la sous-location peut ne porter que sur une *partie* des locaux objet du bail principal (sous-location partielle) ;
- on peut imaginer un *usage* différent de la chose dans le bail principal et la sous-location; p. ex. un locataire loue une surface destinée à un magasin de mode et sous-loue cette surface, en totalité ou en partie, pour un magasin de chaussures¹³ ;
- le bail de sous-location peut évidemment avoir une *durée* moindre de celle du bail principal¹⁴.
- des *clauses particulières*, ne figurant pas dans le bail principal, peuvent affecter le bail de sous-location (pas-de-porte commercial, interdiction de concurrence).

2.1.2 La sous-location a nécessairement lieu à titre onéreux

Ni le fait de prêter un appartement, ni celui d'y accueillir un partenaire ne constituent une sous-location. Le problème est plus délicat si le partenaire en question participe aux frais. S'il s'agit d'une pure participation « interne », il n'y a pas de sous-location, avec comme conséquence que le consentement du bailleur n'est pas requis¹⁵. Plus délicate est la question en cas de participation « externe » aux frais (p. ex. : chaque partenaire verse la moitié du loyer au bailleur). On peut ici hésiter entre une simple *acceptation*, par ce bailleur, d'un *paiement fait par un tiers* pour le compte de son locataire (représentation), un *transfert de bail* à la société simple formée par les partenaires, avec l'accord tacite du bailleur¹⁶, et une *sous-location* partielle, par le locataire initial, à son partenaire ou à cette société simple.

Qu'en est-il d'une entreprise prenant à bail un immeuble locatif pour y loger son personnel ? Ou d'une fondation locataire de logements pour des réfugiés ? Il y a bien sous-location, mais, à notre sens, avec autorisation tacite et générale du bailleur à la présence de chacun des occupants. La question nous paraît plus délicate pour un café-restaurant remis par son locataire

¹³ Cet exemple montre une possible contradiction entre l'art. 262 al. 3 CO, qui n'autorise la sous-location que pour « l'usage autorisé par le bail principal », et l'al. 2 litt. c qui n'exclut la sous-location que si le bailleur en subit « des inconvénients majeurs ».

¹⁴ Mais pas une durée supérieure : il arrive que le locataire, spéculant à tort sur un renouvellement de son bail principal, conclue un bail de sous-location pour une durée plus longue que celle du bail principal. Comme les deux baux sont indépendants, le bail de sous-location sera valable avec la durée (trop) longue stipulée, mais si le sous-locataire subit un préjudice découlant de la fin du bail principal (p. ex. s'il est expulsé), il pourra réclamer réparation de son dommage au locataire fautif.

¹⁵ Lachat, La sous-location, p. 471.

¹⁶ Ou, ce qui revient au même, reprise partielle de dette au sens des art. 175 à 177 CO.

à un tiers qui l'exploiterait en « gérance libre » : le bail principal serait en effet « à loyer » et le bail secondaire « à ferme », c'est-à-dire d'une autre nature. Ce serait néanmoins, semble-t-il, une sous-location.

2.1.3 La « chaîne »

Celle-ci comporte en général trois maillons : le bailleur, le locataire, le sous-locataire. Le nombre de « maillons » ou « d'étages » est cependant – en théorie – illimité : le sous-locataire peut à son tour sous-louer et ainsi de suite. Chacun des baux est juridiquement indépendant des autres.

Regardons l'extrémité de la chaîne côté bailleur : celui-ci peut être le propriétaire, mais pas nécessairement. Le bailleur – et surtout, en cas de copropriété ou de propriété par étages¹⁷, les bailleurs - peut avoir loué tout l'immeuble à une société en lui laissant le soin de le « mettre en valeur » : dans cette hypothèse, les « locataires » sont en réalité déjà des sous-locataires. Le bailleur peut aussi être simplement un usufruitier¹⁸. Si l'immeuble est propriété d'une personne morale ou d'une société simple ou en nom collectif, et que le bailleur désigné est un organe ou un membre de cette entité, on partira aussi de l'idée qu'il a engagé l'entité en ayant agi comme organe ou comme gérant de celle-ci (au sens p. ex. des art. 535 et 567 CO).

On évitera de voir une sous-location là où il n'y a en réalité qu'un rapport de représentation directe¹⁹. L'exemple le plus connu est celui où la partie figurant sous la rubrique « bailleur » du contrat est un professionnel de l'immobilier (régie, gérance etc.), qui est alors réputé agir pour le propriétaire²⁰. Néanmoins, comme le bail de sous-location n'a pas besoin d'être expressément désigné comme tel, le sous-locataire peut hésiter quant à son réel partenaire contractuel, ce qui pose parfois des problèmes délicats lors de litiges judiciaires.

Lorsqu'intervient un quatrième maillon (sous-sous-location), ou davantage (sous-sous-sous-location etc.), voici quelques questions intéressantes :

- Le bailleur peut-il refuser son consentement à une sous-sous-location ou n'a-t-il rien à dire²¹ ? Peut-il exclure par avance, dans le bail, toute sous-sous-location²² ?

¹⁷ Cela permet d'éviter, dans un immeuble en PPE, que chaque locataire ait un bailleur différent, ce qui complique considérablement la gestion.

¹⁸ Si cet usufruit est constitué en cours de bail, l'art. 261a CO assimile cette opération à une aliénation de la chose louée.

¹⁹ S'il y a un rapport de représentation *indirecte*, c'est-à-dire si le locataire agit *en son nom* mais *pour le compte* du bailleur, il y a bien sous-location : cf. ATF du 12. 11. 1997 in SJ 1998, p. 221

²⁰ Une difficulté existe cependant pour « l'appartement du concierge », lorsque l'employeur est la régie, qui est ainsi, en même temps le « vrai » bailleur (car le contrat de travail et celui de location sont généralement couplés). L'on admettra dans ce cas, selon les circonstances, que la régie est locataire et que le concierge est sous-locataire.

²¹ A notre avis, il n'a rien à dire.

²² Non, à notre avis, car il ne peut imposer à son locataire qu'une modalité de la sous-location (l'usage conforme au bail principal), alors qu'en interdisant par avance une sous-sous-location, même si cet usage est respecté, on devrait considérer qu'une telle clause se heurterait au caractère impératif du droit de sous-louer.

- La garantie d'un usage de la chose conforme au « bail principal » vaut-elle à chaque « étage » ? P. ex. le locataire peut-il l'invoquer à l'encontre du sous-sous-locataire²³? Le bailleur peut-il aussi l'invoquer à l'encontre de celui-ci²⁴?
- Comment s'exercent les droits de rétention²⁵?
- Un sous-locataire peut-il se voir imposer de « descendre d'un étage » et de n'être plus que sous-sous-locataire, par exemple dans l'hypothèse où le bailleur, propriétaire de l'immeuble, vend celui-ci, et le reprend immédiatement à bail²⁶?
- Le sous-sous-locataire a-t-il des droits contre le bailleur, situé au début de la chaîne²⁷?
- Le bailleur a-t-il des droits contre le sous-sous-locataire, notamment une prétention en dommages et intérêts si celui-ci cause des dégâts ou refuse de quitter les lieux²⁸?
- etc.

2.1.4 L'attribution du logement conjugal par des mesures protectrices de l'union conjugale (MPUC) ou des mesures provisoires (MP)

Les MPUC sont prises en cours de mariage, en cas de crise de celui-ci justifiant une suspension de la vie commune des époux²⁹. Les MP règlent la situation durant la procédure de divorce³⁰. Le juge peut, dans les deux cas, attribuer le logement familial à l'un des époux. Ceux-ci peuvent aussi le convenir entre eux, sans passer par le juge. L'attributaire - par hypothèse non locataire - devient-il le sous-locataire de son conjoint séparé ? Y a-t-il transfert de bail entre les époux ? Ou bien ces décisions n'ont-elles aucun effet juridique sur le bail, l'époux non locataire qui reste sur place n'étant qu'un « auxiliaire de la jouissance » au sens de l'art. 101 CO³¹ ?

²³ La réponse est oui : le locataire joue le rôle d'un bailleur à l'égard du sous-sous-locataire, et peut de ce fait se prévaloir de l'art. 262 al. 3 in fine CO.

²⁴ Non, car il n'y a aucune relation de droit entre le bailleur et le sous-sous-locataire et l'art. 262 al. 3 CO, qui crée une exception au principe « res inter alios acta nec nocet nec prodet », ne saurait être étendu, fût-ce par analogie, au sous-sous-locataire. En revanche, celui-ci est un auxiliaire (art. 101 CO) du sous-locataire, auquel le bailleur pourra imputer les manquements de son sous-sous-locataire.

²⁵ Voir infra 2.4.3.

²⁶ La question est difficile : l'art. 261 CO (changement de propriétaire – aliénation de la chose) pourrait être applicable par analogie.

²⁷ Cela paraît douteux, par parallélisme avec ce qui est indiqué à la note 24.

²⁸ Le sous-sous-locataire répond envers le bailleur d'un acte illicite selon l'art. 41 CO, ATF du 26.2.1991 in DB 1992 No 12 p. 14, mais seulement s'il commet une faute, ce qui n'était pas le cas en l'espèce.

²⁹ Art. 176 ch. 2 CC.

³⁰ Art. 145 CC.

³¹ Dans ce sens, Wessner, Logement et famille, Séminaire de Neuchâtel 1984, pp. 17-19.

Il est certain en tout cas que le conjoint qui a gardé le logement n'est pas débiteur direct du bailleur³². S'il paie le loyer, il le fait pour le compte du locataire, en quelque sorte comme représentant de celui-ci³³. S'il ne paie pas le loyer, et que le locataire doive le régler pour éviter des poursuites ou la résiliation du bail, il aura une créance « récursoire » contre son conjoint, qu'il pourra à certaines conditions lui opposer en compensation de sa dette alimentaire envers lui³⁴. A notre avis, on devrait admettre que le conjoint resté durablement dans les lieux en vertu d'une convention entre époux est un sous-locataire. Une solution semblable ne nous semble pas exclue si cette situation résulte de MPUC ou de MP³⁵.

2.1.5 L'attribution du logement à l'un des époux par le juge du divorce (art. 121 nCC, nouveau droit du divorce)

Cette disposition nouvelle³⁶ a la teneur suivante :

«¹Lorsque la présence d'enfants ou d'autres motifs importants le justifient, le juge peut attribuer à l'un des époux les droits et les obligations qui résultent du contrat de bail portant sur le logement de la famille, pour autant que cette décision puisse raisonnablement être imposée à l'autre conjoint.

²L'époux qui n'est plus locataire répond solidairement du loyer jusqu'à l'expiration du bail ou jusqu'au terme de congé prévu par le contrat ou la loi, mais dans tous les cas pour deux ans au plus; lorsque sa responsabilité a été engagée pour le paiement du loyer, il peut compenser le montant versé avec la contribution d'entretien due à son conjoint, par acomptes limités au montant du loyer mensuel ».

³... (règle semblable pour le logement de famille propriété d'un conjoint, permettant au juge d'accorder à l'autre un droit d'habitation) .

Cette règle est proposée parce que le droit actuel ne contient aucune disposition permettant d'imposer au bailleur de poursuivre la relation contractuelle avec le conjoint qui reste dans les lieux. En effet, l'art 263 CO sur le transfert de bail ne concerne que le bail commercial. La solution de la sous-location n'aurait pas convenu non plus, car le jugement de divorce a des effets durables et l'ex-conjoint locataire ne peut rester lié trop longtemps. Finalement, le nouveau droit s'inspire des art. 264 al. 1 CO (qui contraint le bailleur à accepter un nouveau loca-

³² Excepté le cas où il avait donné son accord à la conclusion du bail portant sur le logement de la famille, art. 166 al. 2 et 3 CC.

³³ Sauf si le bailleur, informé de la séparation des époux, accepte sans réserve le loyer payé par le conjoint non locataire qui est resté dans les lieux : l'art. 176 al. 3 CO paraît alors applicable. On peut toutefois aussi envisager une reprise de dette cumulative.

³⁴ Cette compensation pourrait cependant se heurter à l'art. 125 ch. 2 CO, qui exige le paiement effectif (excluant donc la compensation) des pensions alimentaires absolument nécessaires à l'entretien de la famille, avec la conséquence discutable que le locataire, débiteur des pensions alimentaires, devrait simultanément fournir une « enveloppe » destinée à permettre à son conjoint de payer le loyer et régler ce même loyer sans pouvoir compenser. Le Message sur le nouveau droit du divorce (note 36 ci-dessous), p. 100, expose ces inconvénients et définit une solution, sous forme de compensation par des acomptes (art. 121 al. 2 du projet de CC).

³⁵ Cela n'empêche pas que le logement continue, après ces MPUC / MP, à bénéficier tout au moins temporairement du statut de « logement de la famille », question toutefois controversée, cf. Lachat, n. 65 p. 83

³⁶ Cf. Message du Conseil fédéral No. 95.079 du 15. 11. 1995, FF 1996, I, p. 1 ss, 98 ss. La loi a été adoptée par les Chambres fédérales le 26 juin 1998 (FF 1998, p. 3077). Un référendum pourrait être lancé. Le délai référendaire est au 15 octobre 1998.

taire solvable) et 266i CO (prévoyant la substitution des héritiers au défunt). Il y a donc un cas de *substitution forcée* de contrat, décidée par le juge³⁷.

2.1.6 La sous-location en lieu et place du transfert de bail

Il arrive qu'un locataire dont le bail se termine souhaite imposer au bailleur un « reprenant » déterminé, p. ex. parce que c'est un ami ou parce que des aménagements pourraient ainsi être repris.

En matière commerciale, le « sortant » peut effectivement imposer « son » reprenant au bailleur (sauf si celui-ci a de « justes motifs » de s'y opposer, art. 263 al. 2 CO). Mais cette règle ne vaut pas pour les baux d'habitation. La sous-location est alors un moyen adéquat de résoudre la question et d'éviter que le bailleur, en choisissant quelqu'un d'autre, empêche le locataire sortant de récupérer une partie des investissements faits. Cette sous-location « en lieu et place de transfert de bail » retarde aussi le moment de la remise en état des lieux, ce qui peut être très utile pour amortir les travaux sur une durée suffisante. En matière commerciale, la sous-location peut être une formule utile pour le locataire désireux de résilier le bail par anticipation sans avoir de justes motifs au sens de l'art. 266g CO, lorsqu'il ne trouve pas de nouveau locataire ni de repreneur pour son fonds de commerce.

2.2 Le consentement du bailleur

2.2.1 Modalités de la sous-location

Rappelons que le locataire doit informer le bailleur de la sous-location envisagée et de ses modalités. Cette obligation vaut aussi pour les modifications ultérieures du bail de sous-location. D'un côté, la loi (art. 262 al. 2 litt. a CO) prévoit expressément qu'un refus du locataire de communiquer au bailleur les conditions de la sous-location justifie que ce dernier refuse son approbation. Mais, d'un autre côté, les auteurs³⁸ sont unanimes à considérer que le consentement du bailleur ne constitue pas une condition de validité de la sous-location, et qu'il suffit que ce consentement, à le supposer requis, aurait dû être donné, ce qui aurait été le cas si les deux autres conditions (caractère non-abusif du bail de sous-location et absence d'inconvénients majeurs) sont remplies. On peut donc en déduire que le bailleur ne pourra en définitive faire échec à une sous-location en soi autorisable que s'il a *exigé* d'en connaître les modalités. Or, il faut pour cela qu'il apprenne, d'une manière ou d'une autre, que la chose est sous-louée. A défaut, c'est-à-dire s'il ignore l'existence d'une sous-location, devra-t-on appliquer l'art. 262 al. 1 en combinaison avec l'al. 2 litt. a et juger que le bail de sous-location

³⁷ Le Message, p. 100, souligne que ce n'est pas nouveau, puisqu'une semblable substitution existe en matière successorale; on a aussi une substitution légale partielle par le jeu de l'art. 273a CO (droits du conjoint non locataire en matière de résiliation et de prolongation du bail portant sur le logement de la famille) ou encore par celui de l'art. 273b al. 2 CO (subrogation du bailleur au locataire conduisant à un bail direct entre le bailleur et le sous-locataire). Le Message indique aussi que l'on a cherché une analogie avec l'art. 263 al. 4 CO prévoyant un délai maximum de solidarité de deux ans entre l'ancien et le nouveau locataire d'un bail commercial. La responsabilité solidaire de l'ancien et du nouveau conjoint locataire lors de la substitution forcée, durant ce laps de temps, est considérée comme sauvegardant suffisamment les intérêts du bailleur.

³⁸ Lachat, p. 381; Higi, n. 49, 52 ad art. 262 CO.

n'est pas arrivé à chef³⁹, ou examiner si cette sous-location est autorisable ? Nous penchons pour la seconde solution, la première – extrême dans ses conséquences - devant être réservée aux vrais « refus » de communiquer des conditions effectivement requises du bailleur.

2.2.2 Les conditions abusives

Bien que cette question paraisse liée au « loyer abusif » selon l'art. 269 CO, le TF a jugé⁴⁰ que le critère est exclusivement le loyer principal et non, p. ex., l'un des critères absolus des art. 269 ss CO (rendement non abusif, loyers usuels). Le texte légal lui donne raison : les modalités du sous-bail doivent simplement être « comparées à celles du contrat de bail principal » (art. 262 al. 2 litt. b CO).

On sait que lorsque le juge doit fixer un *loyer initial*, p. ex. en cas de contestation de ce loyer initial selon l'art. 270 CO, il se fonde sur toutes les circonstances du cas, et n'a pas à se limiter aux critères étroits de l'abus⁴¹. En va-t-il de même pour l'autorisation de sous-louer ?

Si le loyer principal est très élevé, le bailleur pourra-t-il s'opposer à une sous-location à un prix encore plus élevé ? Si le loyer principal est bas, notamment pour des motifs « historiques », le bailleur pourra-t-il s'opposer à ce que son locataire, déjà favorisé, bénéficie de surcroît d'une marge confortable à prendre sur son sous-locataire ? Cette marge constituera-t-elle pour le bailleur un « inconvénient majeur »⁴² ?

Ici, il faut distinguer les deux hypothèses :

- si le loyer principal est normal, voire élevé, une marge même faible que s'octroierait le locataire peut suffire à rendre le sous-loyer abusif⁴³;
- mais en va-t-il de même si le loyer principal est très bas, de sorte que le sous-loyer, même fortement supérieur à celui-ci, demeure usuel, voire raisonnable ? Nous répondrions par l'affirmative, au motif que le locataire doit faire bénéficier son sous-locataire des conditions favorables qui lui ont été accordées, tout

³⁹ Voir susceptible d'entraîner une résiliation du bail *principal* pour violation grave au sens de l'art. 257f CO; cf. un arrêt de la Chambre d'appel en matière de baux à loyers de Genève, du 23. 10. 1992 (CdB 4/1992, p. 119), où un juste motif de résiliation du bail principal a été admis à la suite du refus du locataire de communiquer au bailleur la durée de la sous-location, durée qui était très longue voire indéterminée en l'espèce.

⁴⁰ RO 119 II 353, 356, qui se fonde notamment sur le fait que le texte allemand emploie deux expressions différentes (« übermässig » à l'art. 262 et « missbräuchlich » à l'art. 269); contra Zihlmann, p. 94.

⁴¹ RO 120 II 341, 351; 121 III 56, 59. Un cas intéressant est celui de l'ATF S. c/ P. du 5. 12. 1997 (4C. 299/1997), SJ 1998, p. 205, paru en traduction allemande au MRA (MietRecht Aktuell) 2/1998, p. 59 : le bail de sous-location avait été passé sans utilisation de la formule obligatoire à Genève. Il fallait donc en fixer le loyer. Celui du bail principal était très élevé (+ 120% par rapport au loyer que payait le locataire précédent), précisément parce que le locataire principal y avait intérêt (il obtenait en contrepartie l'adjudication de travaux) et d'ailleurs le bail principal avait été passé exclusivement en vue de la sous-location à conclure simultanément. Le TF a confirmé que le sous-loyer ne devait pas excéder le loyer principal qui aurait été correct pour le locataire principal *précédent*. Le loyer de la sous-location a donc été fixé à Fr. 6'240. -/ an, alors que le loyer principal était de.....Fr. 14'400. -.

⁴² Voir 2.2.3 ci après.

⁴³ Une augmentation du sous-loyer portant la marge du locataire de 9,38% à 14% a été jugée abusive (Chambre d'appel en matière de baux et loyers de Genève du 26. 11. 1993, CdB 3/1996, p. 94 à 96). Dans le même sens, Chambre d'appel en matière de baux et loyers de Genève du 9. 10. 1992, CdB 4/1992, p. 122.

comme le locataire doit bénéficier d'un prix d'acquisition très bas de l'immeuble par son bailleur (art. 269 CO par analogie). D'où il résulte que le bailleur pourra, dans cette hypothèse, s'opposer à la sous-location à un loyer objectivement non-abusif, mais assurant une (trop) forte marge au locataire.

En cas de *sous-location partielle*, le sous-loyer doit-il être, par unité (la pièce pour les appartements, le m² pour les locaux commerciaux) identique au loyer principal ou peut-on admettre que le locataire réalise un profit (un « rendement » au sens de l'art. 269 CO ...)? Le TF, après avoir longuement analysé la question⁴⁴, a pu la laisser indécise. Nous admettrions pour notre part un supplément correspondant au taux hypothécaire + ½ %, éventuellement un peu plus pour tenir compte du « rabais de quantité » (au m², le loyer de toute la surface peut être un peu moins cher que celui de la petite surface sous-louée)⁴⁵. On tiendra compte également de la « qualité » des surfaces sous-louées par rapport à la partie qui reste à l'usage du locataire, ainsi que des particularités du cas⁴⁶.

Le locataire qui aurait, par hypothèse, encaissé un sous-loyer excessif est-il tenu de le *restituer* au sous-locataire en vertu des règles sur l'enrichissement illégitime⁴⁷? Tel est en principe le cas, hormis l'hypothèse – à notre avis exceptionnelle – où il pourrait se mettre au bénéfice de l'art. 64 CO et faire valoir, par exemple, qu'il n'est plus enrichi, ayant utilisé le trop-perçu pour faire des libéralités ou des dépenses d'agrément⁴⁸.

2.2.3 Les inconvénients majeurs pour le bailleur

Comme nous l'avons dit dans l'introduction, ces inconvénients majeurs doivent s'apparenter à un véritable dommage, ou en tout cas à un risque concret de dommage futur. Ce sera le cas d'un sous-locataire concurrençant le bailleur ou l'un des ses autres locataires⁴⁹. On admettra aussi un inconvénient majeur tenant à la nature de l'exploitation du sous-locataire (p. ex. pratique commerciale plus bruyante du sous-locataire gérant libre d'un café)⁵⁰.

Puisqu'il faut apprécier les inconvénients majeurs en se plaçant au moment de la conclusion du bail de sous-location, on se bornera à examiner ce qui était prévisible à ce moment-là. Il ne saurait être question, pour le bailleur, de « révoquer » son consentement au vu du comporte-

⁴⁴ RO 119 II 353, 360.

⁴⁵ Voir ci-dessous 2.3.2 et 2.3.3 ci-après.

⁴⁶ RO 119 II 353 ss.

⁴⁷ Art. 62 ss CO.

⁴⁸ ATF précité (note 41) du 5. 12. 1997. Dans cette affaire, la restitution du trop-perçu a été admise, en dépit du fait que l'intégralité du sous-loyer avait été versée au bailleur. Quant à une action du bailleur contre le locataire principal visant à encaisser le trop-perçu de sous-loyer, nous l'excluons totalement : ce bailleur n'est pas appauvri; il n'a droit qu'au loyer principal convenu; c'est le sous-locataire qui a la prétention en répétition et enfin le bailleur ne peut profiter d'une situation contraire au droit (dans le même sens, pour un sous-loyer encaissé alors que la sous-location n'était pas autorisée, Obergericht Appenzell AR, du 21. 10. 1980, in RSJ / SJZ 1982, no 37, p. 205).

⁴⁹ Particulièrement si le bailleur a pris envers lui un engagement d'exclusivité.

⁵⁰ Trop restrictif Higi, n. 45 ad art. 262 CO, pour lequel toute modification d'usage par rapport à ce qu'il serait si la sous-location n'avait pas eu lieu justifierait un refus du bailleur.

ment effectif du sous-locataire. L'art. 262 al. 3 in fine CO lui offre ici une protection suffisante⁵¹.

En cette période de crise, on peut se demander si une *solvabilité insuffisante* du sous-locataire, menaçant celle du locataire, et donc par ricochet les droits du bailleur, pourrait constituer un inconvénient majeur pour celui-ci. Nous ne le pensons pas, car la solvabilité du locataire principal pourrait être encore plus menacée si on l'empêche de sous-louer. Mais le bailleur peut-il alors subordonner son consentement à des conditions, en particulier à une cession en sa faveur du loyer dû par le sous-locataire ? Non, à notre avis : d'une part et généralement, l'art. 262 al. 2 CO indique exhaustivement les possibilités qu'a le bailleur de refuser la sous-location; d'autre part et pour les baux d'habitation, le bailleur n'a pas droit à des garanties supérieures à trois mois de loyer (art. 257e al. 2 CO).

2.2.4 Logements subventionnés et coopératives d'habitation

Deux questions particulières se posent :

- une décision de subventionnement d'un immeuble peut-elle fixer, parmi les conditions futures d'exploitation de celui-ci, une *interdiction générale de sous-louer* ?
- une coopérative d'habitation peut-elle interdire à ses membres locataires de sous-louer ?

D'un côté, le caractère impératif de l'art. 262 CO est unanimement admis⁵². Mais d'un autre côté, les règles de droit public⁵³ doivent s'appliquer, tout comme les statuts des coopératives⁵⁴. Non sans hésitation pour le droit cantonal⁵⁵, nous dirions que ces règles et statuts l'emportent, car sans cela le but du subventionnement (procurer des logements bon marché aux personnes qui remplissent certains critères économiques) et l'esprit fondamental de la coopérative (défense des intérêts sociaux des membres) seraient détournés.

⁵¹ Voir 2.4.1ci-dessous.

⁵² Cf. Lachat, p. 385; pour les logements subventionnés, il paraît découler a contrario de l'art. 253b al. 3 CO que les dispositions sur la *sous-location* leur sont applicables, dès lors que la seule exception prévue pour eux a trait aux loyers abusifs.

⁵³ Cf. p. ex. les art. 16 et 23 de l'Ordonnance (2) concernant l'aide fédérale destinée à encourager la construction de logement, du 16. 2. 1966 (RS 842. 2), qui fixent des conditions de revenus des familles et règlent, en application de la LF, les situations où ces conditions ne seraient plus remplies. Signalons, pour le canton de Vaud, le Règlement du 24 juillet 1991 sur les conditions d'occupation des logements construits ou rénovés avec l'appui financier des pouvoirs publics (RS-VD 6. 2 H), dont l'art. 4 soumet toute sous-location à autorisation et prévoit les motifs de refus de celle-ci (en substance, il faut que *le sous-locataire* remplisse les conditions d'occupation et de revenu).

⁵⁴ Jacques-André Reymond, *La coopérative*, Traité de droit privé suisse III/1, Fribourg, Bâle et Francfort 1996, pp. 187 ss, indique que les coopératives peuvent prévoir diverses obligations non financières à la charges des associés. Ces obligations doivent avoir une *base statutaire suffisante* et être justifiées par le *but* de la coopérative (idée de la défense des intérêts sociaux des membres, art. 866 CO). Une restriction apportée au droit de sous-louer nous paraît constituer l'une de ces obligations.

⁵⁵ Le droit *public fédéral* l'emporte sur le droit *privé fédéral*; les *cantons* n'ont en principe plus aucune compétence en droit civil du bail à loyer, art 64 Cst, mais pour sauvegarder l'intérêt général et dans un cadre précis ils peuvent édicter des règles de droit public (cf. Blaise Knapp, *Commentaire de la Constitution fédérale*, Schulthess Zurich, état 1986, rem. 46 à 56 ad art. 64 Cst et jurisprudence citée); cf. également art. 5 et 6 CC et jurisprudence y relative.

2.3 Hausse et baisse du sous-loyer

2.3.1 Remarque préliminaire

Les loyers de sous-location sont soumis aux règles des art. 269 ss CO, indépendamment de la question de savoir s'ils sont abusifs au sens de l'art. 262 al. 2 litt. b CO. Un sous-loyer peut donc être abusif au regard des règles générales, tout en ne l'étant pas par rapport au loyer principal. Inversement, un sous-loyer peut être abusif par rapport au loyer principal, tout en respectant les limites découlant des art. 269 ss CO. Ce double critère est susceptible de s'appliquer essentiellement lors de la fixation du sous-loyer initial au sens de l'art. 270 CO, mais également, à titre « auxiliaire » lors de demandes de hausse ou de baisse du sous-loyer⁵⁶. Le juge n'applique cependant aucun critère d'office : c'est à la partie (sous-locataire ou locataire) d'indiquer sur quel(s) terrain(s) elle entend se placer.

2.3.2 Hausse du sous-loyer

La *procédure* est la même que pour tout bail (notification sur formule officielle, motivation, respect du terme et du préavis + 10 jours, absence de menace de résiliation). Mais, en général, le locataire ne cherche à augmenter le loyer du sous-locataire que s'il subit lui-même une hausse. Or, il peut être confronté à un problème de délai si son bailleur lui notifie une hausse du loyer principal « à la dernière minute » : il ne lui restera peut-être pas suffisamment de temps pour notifier à son tour la hausse, pour le même terme⁵⁷, au sous-locataire. C'est ce qui incite à conseiller des préavis de résiliation plus courts pour les baux de sous-location (dans les limites de la loi, en particulier des délais minima fixés aux art. 266a ss CO).

La *motivation* limitée à une phrase du genre « loyer principal augmenté » est-elle suffisante ? Lachat⁵⁸ paraît l'admettre. Nous en doutons : la motivation de la hausse doit être, à notre avis, aussi précise pour un bail de sous-location que pour un bail usuel⁵⁹, de manière que le sous-locataire puisse décider en toute connaissance de cause s'il entend la contester⁶⁰. Il faut par exemple, à notre avis, que le locataire fournisse à son sous-locataire des motifs de hausse aussi détaillés que ceux qu'il a reçus de son propre bailleur, voire qu'il les précise si ceux qui lui ont été communiqués étaient trop vagues⁶¹.

⁵⁶ Certes, l'art. 262 al. 2 litt. b CO n'a qu'une portée limitée à l'approbation, par le bailleur principal, des conditions (initiales) de la sous-location. Mais on a vu que, dans l'ATF précité (note 41) du 5. 12. 1997, le sous-loyer initial a été fixé en application de cette disposition, sans qu'il soit question du consentement du bailleur principal. L'évolution ultérieure du loyer principal et du sous-loyer peut justifier le recours à ce critère, à titre complémentaire, en ce sens que l'on examinera aussi le bien-fondé de la marge que s'assure le locataire sur le sous-locataire.

⁵⁷ On suppose ici que les termes du bail de sous-location sont les mêmes que ceux du bail principal.

⁵⁸ La sous-location, p. 480-481. A vrai dire, cet auteur traite simultanément de la motivation formelle et du bien-fondé matériel.

⁵⁹ Un simple renvoi à la photocopie de la notification de hausse émanant du bailleur principal ne suffit pas ATF 4C. 395/1993 du 6. 6. 1994, rés. RSJ 1994, p. 423 .

⁶⁰ Ou, à supposer que les délais soient suffisants, inviter son bailleur, le locataire, à introduire une contestation.

⁶¹ Dans cette hypothèse d'ailleurs, le locataire peut contester la hausse du loyer principal et, s'il omet de le faire, il en supportera les risques au cas où le sous-locataire contesterait la hausse répercutée.

Sur le *principe* et la *quotité* de la hausse : le seul fait que le loyer principal soit augmenté justifie-t-il que le sous-locataire n'ait plus aucun moyen de contester sa propre augmentation ? Ce serait admettre que le locataire a la garantie de pouvoir répercuter n'importe quelle hausse – même abusive – sur son sous-locataire. Ce serait vider la protection contre les loyers abusifs de toute substance.

Nous pensons donc que le sous-locataire peut contester une hausse de *son* loyer même si le locataire n'a pas contesté sa propre hausse⁶². Ce dernier devrait donc examiner la « qualité » *formelle* et le bien-fondé *matériel* de cette hausse, sauf à prendre le risque de ne pouvoir la répercuter. C'est la contrepartie logique de la (relative) autonomie des deux « étages » : le locataire peut notifier une hausse du sous-loyer indépendamment de sa propre hausse et même pour d'autres motifs⁶³.

2.3.3 Baisse du sous-loyer

Lorsque le sous-locataire sollicite une baisse fondée, p. ex., sur la baisse du taux hypothécaire, le locataire peut-il lui opposer le fait que son propre loyer n'a pas baissé, parce qu'il n'a pas sollicité cette baisse (peut-être faute d'intérêt à le faire, en cas de sous-location totale) ou parce qu'elle lui a été refusée ? En quelque sorte, le locataire opposerait ainsi à son sous-locataire une *objection de rendement insuffisant*, voire de « rendement négatif » (perte) si le nouveau loyer sollicité est inférieur au loyer principal.

Il faut distinguer. Si le locataire n'a pas sollicité une baisse alors qu'il aurait pu le faire, a fortiori s'il y avait été invité par son sous-locataire, il ne devrait pas pouvoir lui opposer sa propre inaction. Le juge statuerait alors non pas sur la base du loyer - devenu éventuellement excessif à teneur de l'art. 270 a al. 1 CO - payé par le locataire, mais sur la base de celui qui aurait été correct si ce locataire avait agi. Le niveau du loyer principal sera ainsi, là aussi, une sorte de « question préalable » dans le litige portant sur la baisse du sous-loyer⁶⁴.

Mais quid si le locataire a agi sans succès, p. ex. parce que son bailleur lui a victorieusement opposé une exception de rendement insuffisant ? Il nous paraît alors que le sous-locataire est démuné. Celui-ci peut-il objecter que son locataire s'est mal défendu en procédure et qu'il ne tenait qu'à lui de l'emporter ? En soi, une telle objection serait possible, mais le juge du conflit locataire / sous-locataire ne peut simultanément refaire le procès locataire / bailleur. C'est pourquoi le sous-locataire, pour autant qu'il connaisse l'existence de ce litige, a intérêt à y *intervenir* pour sauvegarder ses propres droits⁶⁵.

⁶² Et en faire une sorte de « question préalable » dans le procès sous-locataire / locataire; à notre avis en effet, ce procès porte en pareille hypothèse sur un « critère absolu » de fixation du sous-loyer et l'analogie avec le « prix d'achat manifestement exagéré » (art. 269 CO) devrait s'imposer.

⁶³ P. ex. : le locataire a fait des travaux à plus-value qu'il entend répercuter sur son sous-locataire (art. 269a litt. b CO).

⁶⁴ Voir note 62 ci-dessus.

⁶⁵ Les règles cantonales de procédure civile, tout comme celles de la procédure civile fédérale (art. 15 PCF, RS 273), permettent en général l'intervention. Le Code de procédure civile vaudois (art. 80 ss) ne distingue pas entre l'intervention principale ou agressive (l'intervenant prenant des conclusions propres) et l'intervention accessoire ou conservatoire (l'intervenant se bornant à soutenir une partie, ici : le locataire). Le droit du bail lui-même connaît l'institution (art. 259a al. 1

Mais quid si le locataire – dont le loyer aurait par hypothèse baissé – oppose à son sous-locataire les « loyers usuels » ? L'application de ce critère – qui est un corps étranger dans le système légal fondé sur le rendement – devrait être exceptionnelle en matière de sous-location, car elle conduirait à assurer au locataire une marge tout à fait excessive⁶⁶.

2.4 Violations contractuelles

2.4.1 Violation contractuelle de la part du sous-locataire

Dans cette hypothèse, le *locataire* dispose évidemment des moyens ordinaires, pouvant aller jusqu'à la résiliation du bail de sous-location en cas de comportement inacceptable ou de défaut de paiement du loyer.

Le *bailleur principal* se voit conférer par la loi un droit direct contre le sous-locataire : il peut « *s'adresser directement (à lui) à l'effet de l'y obliger* » (art. 262 al. 2 in fine CO). Cette formulation surannée se réfère non seulement à une *notification* au sous-locataire, mais bien, au besoin, à une *action judiciaire* (injonction, dommages-intérêts), qui peut d'ailleurs être exercée conjointement par le bailleur et le locataire⁶⁷.

Qu'en est-il d'une *solidarité passive* entre le locataire et le sous-locataire à l'égard du bailleur supposé lésé par le sous-locataire ? Il n'y a solidarité entre deux débiteurs que lorsqu'elle a été prévue contractuellement ou qu'elle découle de la loi (art. 143 CO). Est-ce ici le cas ?

L'art. 262 al. 3 1^{ère} phrase CO dit que le locataire est « garant » du sous-locataire envers le bailleur. Ce terme n'évoque pas une solidarité, mais au contraire plutôt une subsidiarité du locataire, après que le bailleur se sera adressé sans succès au sous-locataire. Mais, d'autre part, ce dernier n'est que l'auxiliaire du locataire (art. 101 CO), et c'est celui-ci qui répond évidemment en première ligne, en vertu de son contrat.

L'art. 50 CO, instituant une solidarité en cas d'*acte illicite* causé par plusieurs personnes est-il applicable ? Si toute violation d'un contrat n'est pas en elle-même un acte illicite, certaines violations peuvent pourtant constituer simultanément des actes illicites. Nous songeons en particulier à des détériorations causées ensemble par le locataire et le sous-locataire. Néanmoins et d'une manière générale, nous sommes enclin à rejeter la solidarité, faute de disposition légale claire à cet égard⁶⁸.

litt. d et 259f CO). Si le procès sur le loyer principal est pendant, celui portant sur le sous-loyer sera logiquement suspendu jusqu'à droit jugé dans l'autre.

⁶⁶ Dans le même sens SVIT-Kommentar, rem. 18 ad art. 262 CO; ce commentaire n'envisage l'application du critère des « loyers usuels » au bail de sous-location que dans l'hypothèse où le locataire subirait ce critère (« es sei denn, dieser Erhöhungsgrund sei auch vom Hauptmieter angerufen worden »).

⁶⁷ Lachat, p. 384. Il ne nous paraît pas y avoir ici un cas de *solidarité active* : elle devrait être stipulée ou prévue par la loi (art. 150 al. 1 CO); de plus, le sous-locataire est tenu contractuellement envers le locataire, mais délictuellement envers le bailleur, faute d'un lien contractuel. Signalons que le bailleur doit prendre le rôle du locataire à l'égard du sous-locataire et, p. ex., envoyer lui-même la « *protestation écrite* » de l'art. 257f al. 3 CO.

⁶⁸ Contra, mais sans motiver leur opinion, Höchli, p. 54 et Schönenberger/Schmid rem. 19 ad art. 264 aCO.

Qu'en est-il de la *faute* ? Le locataire et le sous-locataire répondent-ils chacun de leur propre faute, avec possibilité de s'exculper ? Le locataire supposé non-fautif répond-il néanmoins de la faute de son sous-locataire ?

Pour ce qui est de l'obligation de *cesser le trouble* et de *réparer la chose*, cela ne fait guère de doute⁶⁹. En va-t-il de même des *dommages et intérêts*⁷⁰ ? En principe, le débiteur attaqué en dommages et intérêts peut s'exculper (art. 97 al. 1 CO). Dans le sens inverse (action du locataire contre le bailleur), la loi distingue clairement les différentes prétentions du lésé (art. 259a al. 1 CO) et prévoit expressément une exculpation possible pour le bailleur auquel le locataire réclame des dommages et intérêts (art. 259e CO). Il n'en va cependant pas de même pour une action en dommages et intérêts du bailleur contre le locataire à raison de manquements du sous-locataire : le locataire qui pourrait s'exculper en vertu de l'art. 97 al. 1 CO semble être ici privé de cette possibilité vu l'art. 101 CO. Le locataire répond donc quasi causalement pour son sous-locataire⁷¹.

Sur le droit de rétention du locataire contre le sous-locataire et le possible conflit entre les deux droits de rétention du locataire et du bailleur principal, voir ci-dessous 2.4.3.

2.4.2 Violation contractuelle du bailleur et / ou du locataire envers le sous-locataire

Le sous-locataire dispose des moyens ordinaires, mais avant tout contre le locataire, et non contre le bailleur avec qui il n'est pas en relation contractuelle⁷². Dans la plupart des cas, la violation sera le fait du bailleur et tiendra à l'état de l'immeuble. Ce manquement du bailleur sera imputable au locataire : à l'égard du sous-locataire, le bailleur est un auxiliaire du locataire au sens de l'art. 101 al. 1 CO⁷³. Cette solution est insatisfaisante dans la mesure où ce locataire peut n'être guère intéressé ni solvable. Elle l'est aussi du fait qu'une consignation du sous-loyer ou même une compensation, censées constituer un moyen de pression efficace, pèsent sur le locataire et non sur le bailleur défaillant.

Néanmoins, là non plus, une exculpation n'est guère imaginable : elle aurait pour effet que le sous-locataire ne pourrait réclamer réparation ni au locataire (qui invoquerait l'état défectueux de l'immeuble comme moyen exculpatoire) ni au bailleur (qui ferait valoir l'absence de tout lien contractuel).

⁶⁹ Voir note 77 ci après.

⁷⁰ Lachat, p. 385 indique que le locataire répond en principe du sous-locataire, sans cependant distinguer selon la prétention du bailleur.

⁷¹ Et en pouvant se libérer aux mêmes conditions que ce sous-locataire le pourrait, c'est-à-dire en prouvant l'absence de faute de celui-ci (RO 119 II 337 par analogie, voir note 73 ci-après).

⁷² Mais nous dirions - ne serait-ce que par parallélisme avec l'action spéciale du bailleur contre le sous-locataire - que ce bailleur pourrait, comme tout tiers d'ailleurs, être tenu délictuellement envers lui.

⁷³ RO 119 II 337. Lachat, p. 384, se fondant sur une décision cantonale genevoise mp 1994, p. 76, propose le recours à l'art. 58 CO (responsabilité du propriétaire d'un bâtiment). Mais cette disposition ne vise que le *dommage* causé par un vice de construction ou un défaut d'entretien. Elle ne couvre pas – sinon par une application vraiment extensive – une obligation de faire des travaux, ni un engagement de non-concurrence. Signalons néanmoins, s'agissant des défauts de la chose, la possibilité d'agir par le *droit public* : les décisions de l'autorité (services municipaux d'hygiène, etc.), prises sur requête ou dénonciation du sous-locataire, s'imposeront au bailleur.

Pour résoudre ce problème d'une action directe du sous-locataire contre le bailleur, s'agissant de la *cessation de trouble* et de la *réparation de la chose*, on peut invoquer la stipulation pour autrui (art. 112 al. 2 CO), en considérant que le locataire et le bailleur (qui a consenti à la sous-location) ont implicitement voulu stipuler des droits directement invocables par le tiers sous-locataire. Pour ce qui est de la *réparation du dommage*, cette disposition, qui vise l'exécution et non les dommages et intérêts en cas d'inexécution, paraît d'application plus discutable, encore que non exclue à notre avis⁷⁴. On pourrait aussi recourir, pour les trois actions (cessation du trouble, réparation de la chose et dommages et intérêts) aux règles sur la protection du possesseur (art. 920 et 926 ss CC) : le locataire et le sous-locataire auraient « tous deux » la possession (art. 920 al. 1 CC), ce qui leur ouvrirait à chacun les actions des art. 926 à 928 CC. On peut aussi imaginer que le sous-locataire agisse *pour le compte* du locataire, comme son représentant, son mandataire, voire son gérant d'affaires sans mandat⁷⁵.

Autre question intéressante : si la chose est affectée de défauts, le locataire peut-il *céder* à son sous-locataire les *prétentions* qu'il a contre le bailleur, ne serait-ce que pour tenter d'éviter par ce moyen une consignation du sous-loyer ? A notre avis, c'est tout-à-fait possible, un peu comme une cession des droits à la garantie des maîtres d'Etat consentie par un vendeur d'immeuble à son acheteur⁷⁶.

Le *loyer consigné* par le sous-locataire peut-il être cédé par le locataire au bailleur, p. ex. contre un engagement de ce dernier de réparer la chose ? Pas sous cette forme : le loyer consigné ne pouvant être débloqué que sous la double signature du locataire et du bailleur (en l'occurrence du sous-locataire et du locataire), il a un caractère de « compte joint » excluant une disposition unilatérale. En revanche, ce qui peut être cédé est la *créance future* – et conditionnelle – en paiement de loyer à partir de ce compte de consignation.

⁷⁴ Une autre question est celle de la *faute* : le bailleur pouvant s'exculper à l'égard de son locataire en vertu de l'art 259e CO; le sous-locataire ne peut prétendre à davantage de droits à des dommages et intérêts que ne le pourrait le locataire lui-même s'il n'y avait pas de sous-location.

⁷⁵ Un refus du locataire de ratifier les actions du sous-locataire contre le bailleur pourrait être jugé déraisonnable et l'exposer, le cas échéant, à des dommages et intérêts envers ce sous-locataire.

⁷⁶ Si les *droits formateurs* (annuler le bail ou exercer une action en réduction de loyer) sont incessibles (RO 114 II 239, 247 = JT 1989 I 162), il n'en va pas de même des créances en *réfection de l'ouvrage* ou en *dommages et intérêts* (ibid.). Toutefois, une cession peut laisser subsister des droits chez le cédant, cf. RO 118 II 142, 146 = JT 1993 I 300.

2.4.3 Violation contractuelle du locataire envers le bailleur et droits de rétention

Le cas le plus fréquent est le *défait de paiement* du loyer principal. Le locataire doit régler le loyer principal même si son sous-locataire est en demeure : c'est le risque qu'il a pris en sous-louant⁷⁷.

La question du *droit de rétention sur les biens du sous-locataire* (en matière commerciale uniquement⁷⁸) ne se pose que si celui-ci est en retard vis-à-vis du locataire (art. 268 al. 2 CO)⁷⁹. L'ampleur de ce droit de rétention peut donc être réduite par rapport à ce qu'il serait dans un rapport ordinaire de bail commercial : le loyer du *semestre courant*, s'il n'est pas *entièrement exigible* par le locataire vis-à-vis du sous-locataire, n'ouvre pas de droit de rétention au bailleur.

Le locataire ayant de son côté un droit de rétention plus étendu, puisque couvrant ex lege ce semestre courant, exigible ou non, peut-il le « céder » au bailleur principal ? Non, à notre avis, sans l'accord du sous-locataire (art. 887 CC), à moins que la *créance* du locataire contre son sous-locataire pour le semestre courant soit cédée au bailleur, auquel cas les droits accessoires sont transmis simultanément (art. 170 CO). Il peut en revanche *renoncer* à ce droit de rétention, le résultat pratique (conférer une meilleure garantie au bailleur) étant ainsi atteint.

Admettons que le sous-locataire n'ait pas payé le loyer échu au locataire, et que celui-ci – ne serait-ce que pour cette raison – tombe également en demeure vis-à-vis du bailleur. Lequel des deux droits de rétention l'emportera ? La règle « *prior tempore potior iure* » (art. 893 CC) est en principe applicable⁸⁰. Une « course de vitesse » va-t-elle s'engager entre le bailleur et le locataire, chacun voulant être le premier à déclarer exercer le droit de rétention sur les biens du sous-locataire ?

- Le *bailleur* peut exercer son droit dès l'échéance du loyer impayé par le locataire et seulement à hauteur de ce qui est dû à ce dernier par le sous-locataire (art. 268 al. 2 CO)⁸¹,
- Le *locataire*, de son côté, peut exercer son droit dès la conclusion du bail de sous-location pour le semestre courant et en outre, pour le loyer impayé par le sous-locataire, dès son exigibilité.

Dans tous les cas, l'arriéré garanti par le droit de rétention ne peut dépasser une année de loyer calculée au moment de l'invocation du droit. Ainsi, une certaine course-poursuite pourrait tout de même s'instaurer entre le locataire et le bailleur, à cause de cet effet rétroactif du droit de rétention sur une année. Mais le gage est né ex lege : pour les créances de loyer por-

⁷⁷ Le locataire répond également du dommage causé au bailleur par le refus de son sous-locataire de restituer les locaux à la fin du bail, et il répond de la faute de son sous-locataire comme de la sienne propre, RO 117 II 65 ss.

⁷⁸ Puisqu'il n'y a plus de droit de rétention pour les baux d'habitation, art. 268 al. 1 CO.

⁷⁹ En cas de sous-location occulte (ignorée du bailleur), mais valable parce qu'autorisable (voir ci-dessus 2.2.1), l'art. 268a CO (droit de rétention sur des choses appartenant à des tiers) nous paraît applicable et l'emporter sur l'art. 268 al 2 CO qui protège le sous-locataire non défaillant contre toute rétention.

⁸⁰ Zobl, Berner Kommentar 1996, p. 107 N. 20 ad 893 CC.

⁸¹ La prise d'inventaire au sens de l'art. 283 LP ne crée pas de droit de préférence.

tant sur la *même période*, ces deux titulaires concourront à rang égal et devront donc se partager le produit de la réalisation proportionnellement à leurs créances⁸².

Le locataire peut-il transférer au bailleur la *garantie de loyer* (art. 257e CO) constituée en sa faveur par le sous-locataire ? Il faut distinguer ici selon que la garantie est créée auprès d'une banque ou qu'elle revêt une autre forme admise par le canton (cautionnement etc.). Dans le premier cas, une transmission est exclue par le fait que le compte de garantie est nécessairement constitué au nom du sous-locataire (art. 257e al. 1 CO) : le locataire ne peut transférer un droit dont il ne dispose pas⁸³. Dans le second cas, une transmission est imaginable, mais à la condition, pour les baux d'habitation, que le bailleur ne puisse ainsi cumuler une garantie de trois mois de loyer fournie par son locataire et une autre garantie de même ampleur constituée par le sous-locataire, ce qui serait contraire à l'art. 257e al. 2 CO.

2.5 Résiliation et prolongation de bail

2.5.1 Absence de protection du sous-locataire contre la résiliation elle-même ?

Le bail de sous-location étant un bail ordinaire, les règles courantes s'appliquent à sa résiliation, que ce soit par le sous-locataire ou par le locataire. L'art. 273b indique que « *les dispositions du présent chapitre (c'est-à-dire du chapitre III relatif à la protection contre les congés) s'appliquent à la sous-location jusqu'à l'extinction du bail principal* ».

Cette formulation n'est guère heureuse, dans la mesure où elle pourrait faire croire que le bail de sous-location ne peut en aucun cas subsister si le bail principal est terminé. Or, on sait que le bail principal et celui de sous-location sont indépendants⁸⁴. D'où il suit logiquement que le bail de sous-location *non résilié* peut subsister nonobstant l'extinction du bail principal, avec tous les problèmes d'exécution et d'indemnisation que nous avons évoqués⁸⁵.

Quid cependant si le sous-locataire a reçu une résiliation, d'ailleurs motivée le plus souvent par celle du bail principal ? Faut-il néanmoins déduire de l'art. 273b CO que ce sous-locataire n'a aucune protection au-delà de la durée du bail principal, même si la résiliation *du bail principal* est nulle ou annulable au sens des art. 271 et 271a CO, pour ne rien dire d'une absence de résiliation ?

Ici encore, certaines distinctions s'imposent :

- si la résiliation du bail principal est *nulle* en application de l'art. 266o CO (bailleur n'ayant pas respecté la forme écrite ou officielle, absence de l'accord du conjoint pour le logement de la famille, etc.), nous estimons que la résiliation du sous-bail – motivée⁸⁶ par celle du bail principal – peut être contestée par le sous-

⁸² Un éventuel droit de gage *antérieur* (p. ex. celui des banques sur les machines du sous-locataire) prime le droit de rétention du locataire et du bailleur (Zobl, Berner Kommentar 1996, p. 107 N. 20 ad 893 CC).

⁸³ Le locataire peut en revanche céder au bailleur sa *créance future* sur le dépôt de garantie : une fois celui-ci débloqué, le bailleur pourra faire valoir cette créance contre la banque dépositaire en lieu et place du locataire cédant.

⁸⁴ Lachat, p. 383.

⁸⁵ Supra, 2.1.1.

⁸⁶ Même implicitement.

locataire⁸⁷. En effet, ce qui est nul n'a aucun effet ni entre les parties, ni à l'égard d'un tiers. Le bail principal continue, tout comme le bail de sous-location. Cela vaut a fortiori s'il n'y a pas eu de résiliation du tout du bail principal ;

- mais si cette résiliation est simplement *annulable* à teneur des art. 271 ss CO (p. ex. : résiliation de repréailles, art. 271a al. 1 litt. e CO; résiliation pour agrandissement de la famille, art. 271a al. 1 litt. f CO), le sous-locataire est-il privé de toute protection dans l'hypothèse où le locataire – peut-être par passivité faute d'intérêt ou même par connivence avec le bailleur – s'abstient de demander une annulation à laquelle il pourrait en principe prétendre ? En d'autres termes, le sous-locataire peut-il plaider que le bail principal *aurait pu subsister* pour peu que le locataire ait fait valoir ses droits ?

L'intérêt du sous-locataire est en somme de faire constater judiciairement que le bail principal n'a pas pris fin. Peut-il ainsi s'immiscer dans un rapport de droit entre tiers, mais qui le touche directement dans ses intérêts ? Nous sommes enclins à répondre par l'affirmative en application analogique de l'art. 112 al. 2 CO (stipulation pour autrui)⁸⁸. Le sous-locataire pourrait agir comme gérant d'affaires du locataire à teneur des art. 419 ss CO. On peut aussi imaginer une action visant à contraindre le locataire à invoquer la nullité de la résiliation à l'encontre du bailleur, et, par voie de conséquence, le bailleur à laisser la jouissance de la chose louée au demandeur, sous-locataire⁸⁹. Cette action serait évidemment assortie d'une conclusion tendant à ce que le jugement à intervenir se substitue à l'acte juridique omis par le locataire défendeur (à savoir : plaider en annulation de la résiliation du bail principal).

Ces actions découlant de l'annulabilité doivent cependant être exercées dans le délai de trente jours de l'art. 273 CO. Or, ce délai – et c'est une difficulté majeure – court dès réception *par le locataire* de la résiliation : le sous-locataire peut parfaitement ignorer cette résiliation et se trouver ainsi empêché d'obtenir l'annulation du congé.

Le sous-locataire pourra aussi, dans certains cas, faire valoir l'abus de droit selon l'art. 273b al. 2 CO et soutenir que le locataire et le bailleur principal avaient « *pour but* », en concluant la sous-location avec lui, de le priver par avance de la protection légale. On imagine cependant la difficulté d'une telle preuve.

Reste évidemment la question – délicate – de savoir comment le jugement à intervenir peut être opposé au bailleur. Celui-ci pourrait, à notre avis, être *appelé en cause* par le locataire contre qui le sous-locataire agit pour contester la résiliation qu'il a reçue. Il serait naturellement souhaitable que le sous-locataire puisse agir *directement contre le bailleur*, pris en consorité passive avec le locataire : il n'y a certes pas de rapports de droit entre eux, mais le sous-locataire ferait alors valoir un intérêt suffisant – au sens du droit fédéral – à une action en *constatation de droit* (toujours avec la difficulté du respect du délai de trente jours dès notification de la résiliation au locataire). Notre solution n'est pas certaine.

⁸⁷ Et aussi, évidemment, par le locataire. A notre avis, cette contestation n'est pas limitée dans le temps, la nullité de la résiliation du bail principal entraînant celle de la résiliation du bail de sous-location; sous réserve toutefois des exigences de la bonne foi.

⁸⁸ Le raisonnement serait tiré de l'*accord* du bailleur à la sous-location, assimilé à une stipulation pour autrui.

⁸⁹ Sur ces questions de tierce-intervention en procédure, voir note 65 ci-dessus.

On peut aussi imaginer que le locataire *cède à son sous-locataire* les droits (la créance ? l'action ?) qu'il pourrait faire valoir contre le bailleur⁹⁰.

Si le sous-locataire se voit notifier par le locataire une résiliation supposée *annulable*, qu'il omet pourtant de contester dans le délai de trente jours, peut-il néanmoins invoquer, dans le procès l'opposant au locataire, une résiliation supposée *nulle* affectant le bail principal ? (Exemple : le locataire reçoit un congé notifié sans la formule officielle, art. 266i al. 2 CO, et résilie à son tour, pour ce motif mais correctement à la forme, le bail de sous-location⁹¹). La réponse nous paraît affirmative. On pourrait certes dire que le bail de sous-location est définitivement résilié et que, de ce fait, le sous-locataire n'a pas d'intérêt juridiquement protégé à invoquer la nullité de la résiliation du bail principal. Mais d'un autre côté un lien évident existe entre la résiliation (nulle) du bail principal et la résiliation (annulable) du bail de sous-location et il serait choquant que le sous-locataire soit privé de la possibilité d'invoquer cette nullité en tout temps (voir la note 87).

2.5.2 Prolongation du bail

Pour le sous-locataire, la protection offerte par une prolongation n'est souvent qu'un pis-aller, puisque la durée de cette prolongation est limitée à la durée du bail principal (art. 273b al. 1, 2^{ème} phrase CO). Si bien que le moyen le plus efficace est – là aussi – de tenter de contester la fin du bail principal.

Cette durée du bail principal peut-elle être prolongée afin que celle de la sous-location le soit aussi ? Les auteurs estiment que le locataire ne pourrait pas, à l'encontre du bailleur et pour obtenir une prolongation du bail principal, se prévaloir des circonstances pénibles affectant son sous-locataire⁹². A vrai dire, la justification de ce point de vue nous paraît loin d'être évidente. La sous-location est certes souvent dans l'intérêt du locataire, mais s'il n'avait pas sous-loué, il demanderait la prolongation du bail principal dans son propre intérêt : pour le bailleur, cela ne change pas grand-chose⁹³. D'ailleurs, dès lors qu'en matière de comportement le fait du sous-locataire est très généralement imputable au locataire par le bailleur, en application analogique de l'art. 101 CO, pourquoi les circonstances pénibles de ce sous-locataire ne pourraient-elles l'être également ? Rien dans la loi ne nous paraît exclure cet argument⁹⁴.

⁹⁰ La nature juridique et la validité de telles cessions sont controversées, mais l'analyse de cette question déborde du cadre de l'exposé.

⁹¹ L'annulabilité de la résiliation du bail de sous-location pourrait être fondée sur les art. 271 et 271a al. 1 CO (clause générale de la bonne foi). La liste de l'art. 271a al. 1 n'est qu'exemplaire (« notamment »).

⁹² Lachat, p. 499 et références note 46.

⁹³ Et même si la chose est sous-louée, le locataire conserve la possibilité d'invoquer *son* besoin propre; du moins n'avons-nous pas trouvé d'opinion contraire.

⁹⁴ D'autant moins que l'art. 273b al. 2 CO accorde cette prolongation dans un cas particulier d'abus de droit.

Reste que si le locataire n'agit pas en prolongation contre le bailleur, le sous-locataire est alors démuné. Peut-on raisonner comme ci-dessus en faisant valoir que l'omission du locataire de requérir une prolongation (en faveur de son sous-locataire) constitue une sorte d'abus de droit, ou du moins lui est opposable parce qu'il s'est soustrait à ses « incombances » contractuelles⁹⁵ ? C'est beaucoup plus douteux que pour l'annulation du congé, car la situation de droit, en matière de prolongation, est moins claire et laisse place à une large marge d'appréciation.

2.6 Droits des parties à la fin du bail

2.6.1 Droits du locataire contre le sous-locataire

La règle générale est l'art. 267 CO, qui oblige le locataire, en l'occurrence le sous-locataire, à restituer la chose. A défaut, il doit des dommages et intérêts en application des art. 97 ss CO. L'intérêt d'une telle action en réparation dépend évidemment de la solvabilité de ce sous-locataire.

Quels sont alors les moyens du locataire pour obtenir l'expulsion de son sous-locataire qui continue à occuper les lieux après la fin du bail de sous-location ? Curieusement, les auteurs n'abordent pas cette question. Il est généralement admis en matière de bail que l'action *possessoire* (art. 927 CC) ne peut être exercée, parce que le locataire n'a pas « usurpé » la chose au sens de cette disposition⁹⁶. Cela vaut aussi dans les rapports entre locataire et sous-locataire. Mais le locataire dispose-t-il des droits du *propriétaire* (revendication, art. 641 al. 2 CC) ? La question est controversée. On pourrait songer à la résoudre en disant que le locataire obtient, par son bail principal, une cession implicite de la légitimation active du propriétaire. Mais la validité d'une telle « cession » d'un droit réel est précisément douteuse⁹⁷. En définitive, nous pensons qu'un jugement ordonnant la restitution au locataire sera fondé uniquement sur l'art. 267 CO, l'exécution de ce jugement⁹⁸ étant alors régie par la procédure cantonale.

2.6.2 Droits du bailleur principal contre le sous-locataire et éventuellement contre le locataire

Comme il n'existe pas de relations contractuelles entre le sous-locataire et le bailleur, celui-ci ne pourrait obtenir la restitution de la chose par l'application de l'art. 267 CO⁹⁹. Il a en revanche, s'il est propriétaire, l'action revendicatoire déjà évoquée, mais évidemment à la

⁹⁵ Ces « incombances » ou « Obliegenheiten » sont des devoirs de diligence ou de bonne foi contractuelle, dont l'omission est susceptible d'entraîner certains préjudices.

⁹⁶ Höchli, p. 71.

⁹⁷ Cf. Meier-Hayoz, Berner Kommentar 1966, n. 49 ad art. 641 CC.

⁹⁸ Eventuellement assorti d'une menace pénale selon l'art. 292 CP.

⁹⁹ Tercier, no 1710 p. 213.

condition que le bail principal soit terminé¹⁰⁰. Quant à la procédure, cette action est souvent plus « lourde » que celle de l'art. 267 CO¹⁰¹.

Le for et la compétence pour tous les procès entre bailleur et sous-locataire sont déterminés par les art. 274 ss CO¹⁰².

On peut aussi se demander si le bailleur ne pourrait exiger la restitution de la chose en application – extensive – de l'art. 262 al. 3 in fine CO. On a vu¹⁰³ que cette disposition crée une *action directe* du bailleur contre le locataire. Certes, les termes de la loi sont étroits : cette action paraît ne porter que sur *l'usage* de la chose (expression recomposée : « à l'effet d'obliger le sous-locataire à n'employer la chose qu'à l'usage autorisé par le bail principal »). Il n'est cependant pas déraisonnable, à notre avis, de soutenir que « l'usage » englobe la *restitution de cet usage* à la fin du bail, au sens de l'art. 267 al. 1 CO¹⁰⁴.

Pour ce qui est des *dommages-intérêts* pour non-restitution ou restitution tardive (art. 103 CO) de la chose par le sous-locataire, le bailleur ne peut les réclamer qu'au locataire¹⁰⁵, qui répond de son auxiliaire sous-locataire (art. 101 CO)¹⁰⁶. Mais quid si ce locataire est insolvable ou en faillite¹⁰⁷? Le bailleur n'a-t-il pas droit à des indemnités d'occupation (que le sous-locataire serait d'ailleurs peut-être prêt à lui verser en guise de loyer)? Le bailleur peut, en respectant les procédures de la LP, faire saisir à son profit¹⁰⁸ la *créance* en dommages et intérêts du locataire contre le sous-locataire ou, en cas de faillite du locataire, demander que la masse encaisse cette créance¹⁰⁹ ou que les droits de cette masse lui soient cédés¹¹⁰. Une solution plus élégante serait que le bailleur désireux (à l'avenir) d'encaisser régulièrement l'indemnité d'occupation, la transforme en loyer en passant directement un bail avec le sous-locataire¹¹¹ ...

¹⁰⁰ Sinon, seul le locataire peut agir pour récupérer les locaux indûment occupés par son sous-locataire. Selon Schmid, Zürcher Komm. 1977, N. 20 in fine ad art. 264 aCO, le bailleur principal aurait contre le sous-locataire qui refuse de partir les droits tirés de la protection de la possession; c'est à notre avis inexact dans la mesure où le sous-locataire n'a pas, en son temps, usurpé cette possession.

¹⁰¹ Si le bailleur principal n'est pas propriétaire, p. ex. parce qu'il est lui-même locataire et que le sous-locataire est en réalité un « sous-sous-locataire (baux « à 4 étages »), on renvoie à ce qui est dit ci-dessus, chiffre 2.6.1.

¹⁰² RO 120 II 112, rés. SJ 1994, 569.

¹⁰³ 2.4.1 ci-dessus.

¹⁰⁴ Le terme « usage » figure d'ailleurs à cette disposition. Dans la même ligne, Higi, N.10 ad art. 267 CO.

¹⁰⁵ Sous réserve de l'application de la théorie du « tiers complice de la violation du contrat ».

¹⁰⁶ Encore qu'on ne puisse exclure une responsabilité du sous-locataire pour acte illicite, cf. ATF cité ci-dessus (note 28).

¹⁰⁷ Ce qui a pu, p. ex., entraîner la résiliation du bail principal en application de l'art. 266h CO.

¹⁰⁸ Non exclusif si d'autres créanciers participent à cette saisie ou cette faillite.

¹⁰⁹ Là aussi cependant, au profit de tous les créanciers.

¹¹⁰ Art. 260 LP; une telle cession, si elle est acceptée, profite alors en priorité au créancier cessionnaire.

¹¹¹ Pour le *passé*, il cherchera à se faire céder par son locataire la créance de sous-loyer, cession qui peut être soit *en paiement*, donc libératoire pour le locataire, soit *en garantie*, donc libératoire uniquement dans la mesure où le sous-locataire acquitte son loyer arriéré. Le droit de rétention dont bénéficie le locataire cédant passera au bailleur comme droit accessoire selon l'art. 170 CO.

3. En guise de conclusion

Nous avons sciemment – et témérairement – pris le risque de nous aventurer sur des chemins peu fréquentés pour explorer quelques questions qui nous ont paru dignes d'intérêt.

Les réponses apportées – ou simplement esquissées – pourront parfois surprendre, ou même hérissier le lecteur. Nous en sommes conscient. Elles nourriront néanmoins sa réflexion et, nous l'espérons, la discussion.

Cet exposé (voulu non systématique) nous paraît avoir fait ressortir une fois de plus que le droit du bail n'est pas et ne sera jamais un *ensemble autonome* du droit privé suisse. Au contraire – c'est l'un de ses attraits majeurs – ce droit conserve des liens étroits avec les grands principes du Code des obligations (surtout la partie générale) et du Code civil (bonne foi, possession, gage, propriété etc.).

A cet égard, la sous-location présente un défi supplémentaire, celui d'englober plusieurs parties – au moins trois – liées par une « chaîne », dont les maillons sont indépendants sans l'être vraiment ... L'étude de cette figure juridique nous a parfois entraîné plus loin que nous l'aurions voulu et – diront certains – nous a même égarés à l'occasion. Puisse le lecteur nous le pardonner.

Bibliographie choisie

- Lachat, David Le bail à loyer (cité « Lachat »), Lausanne 1997
- Lachat, David La sous-location (cité « Lachat, Sous-location »),
Semaine judiciaire 1992, pp. 469 ss
- Cerutti, Romeo Der Untervertrag, Fribourg 1997
- Higi, Peter Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Zurich 1994,
1995 et 1996
- Höchli, Andreas Der Untermietvertrag, Zürich 1982
- SVIT-Kommentar Schweizerisches Mietrechtskommentar (Schweizerischer Verband
der Immobilientreuhänder), 2. Auflage, Zurich 1998
- Tercier, Pierre Les contrats spéciaux, Zurich 1995, pp. 211 à 213
- Zihlmann, Peter Das Mietrecht, Zurich 1995

On se réfère pour le surplus à la bibliographie exhaustive de Lachat, p. 17 ss, qui mentionne les grands commentaires et les travaux du Séminaire sur le droit du bail de Neuchâtel.