

La restitution des paiements en matière de bail

par

Ariane Morin *

Professeure à l'Université de Lausanne

I. Introduction	145
II. Le fondement du droit à la restitution d'un paiement.....	145
A. La nécessité de choisir entre le contrat et l'enrichissement illégitime.....	145
1. Le principe	145
2. Les enjeux	146
a. <i>L'étendue de la restitution</i>	146
b. <i>La prescription</i>	146
B. Les critères de choix entre le contrat et l'enrichissement illégitime	148
1. L'application des règles contractuelles faute de réalisation des conditions de l'article 62 CO	148
2. L'application des règles contractuelles malgré la réalisation des conditions de l'art. 62 CO	149
III. Les principaux cas de restitution des paiements en matière de bail ...	150
A. La restitution des paiements effectués en l'absence d'un fondement contractuel	151
1. Les principaux cas de paiements effectués sans fondement contractuel.....	151
a. <i>Les paiements effectués sur la base d'un contrat inexistant</i>	151
b. <i>Les paiements effectués sur la base d'un contrat vicié</i>	153
2. Le fondement du droit à la restitution	153
a. <i>L'application des règles sur l'enrichissement illégitime</i>	153
b. <i>La portée de l'art. 63 CO</i>	155

* Je remercie mon assistant, M. Sébastien Friant de m'avoir aidée à rassembler la documentation nécessaire à la rédaction de cet article.

B. La restitution des paiements effectués avant la disparition ou la modification du contrat avec effet ex tunc	156
1. La restitution des paiements effectués avant l'invalidation du contrat.....	156
<i>a. Les cas d'invalidation</i>	156
<i>b. Les effets de l'invalidation</i>	157
<i>c. Le fondement du droit à la restitution</i>	159
2. La restitution des paiements effectués avant l'entrée en vigueur d'une baisse de loyer	160
<i>a. Les paiements effectués avant l'entrée en vigueur d'une baisse du loyer initial</i>	160
<i>b. Les paiements effectués avant l'entrée en vigueur d'une baisse du loyer en cours de bail</i>	162
C. La restitution des paiements effectués en exécution d'un contrat toujours valable	163
1. La restitution du loyer en cas de défaut de la chose louée	163
2. La restitution des acomptes de frais accessoires	165
<i>a. Le système du décompte périodique</i>	165
<i>b. Le fondement du droit à la restitution</i>	165
IV. Conclusion	166

I. Introduction

1. Un paiement s'entend en général d'une prestation pécuniaire qu'une personne fait à une autre dans le but d'exécuter ses engagements (art. 84 CO)¹. Mais il est envisageable que l'auteur d'un paiement cherche ensuite à le récupérer auprès de son destinataire. La présente contribution vise tout d'abord à décrire brièvement les fondements possibles de la restitution d'un paiement par son destinataire à son auteur. On présentera ensuite les principales implications de cette analyse en matière de bail.

II. Le fondement du droit à la restitution d'un paiement

A. La nécessité de choisir entre le contrat et l'enrichissement illégitime

1. Le principe

2. Le paiement d'une somme d'argent opère un transfert de valeur du patrimoine de son auteur dans celui de son destinataire, ce qui empêche toute action en revendication (art. 641 CC) lorsqu'il s'agit de récupérer le montant versé². La restitution d'une somme d'argent n'est par conséquent possible qu'en vertu des règles sur l'enrichissement illégitime (art. 62 ss CO), ou des règles contractuelles (art. 1 ss CO), qui s'excluent les unes les autres³.

¹ BK-WEBER, Einleitung und Vorbemerkungen zu art. 84 CO N 4.

² ATF 47 II 267 ; HARTMANN STEPHAN, Die Rückabwicklung von Schuldverträgen, Zürich 2005, N 12 ; GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG/REY HEINZ, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 8^e éd. Zurich 2003, N 1503 ; BSK-SCHWANDER, art. 727 CC N 6.

³ ATF 114 II 152, JdT 1988 I 523 ; 126 III 119, JdT 2000 I 630 ; 127 III 421, JdT 2002 I 318 ; 130 III 504 ; 133 III 356 ; GAUCH /SCHLUEP /SCHMID /REY (n. 2), N 1504 ss ; WEBER ROGER, Rückforderungsansprüche im Mietrecht, MP 2005 p. 1 ss, p. 3. En revanche, un concours d'action est possible entre un éventuel droit à réparation du préjudice consécutif au paiement fondé sur l'art. 41 CO et l'enrichissement illégitime, ou le droit des contrats, cf. CR-PETITPIERRE, art. 62 N 45 ; HARTMANN (n. 2), N 21 ss.

2. Les enjeux

a. L'étendue de la restitution

3. Le fait que le droit à restitution se fonde sur un contrat ou au contraire sur les règles relatives à l'enrichissement illégitime a peu d'incidences pratiques sur l'étendue de la restitution. Quel que soit son fondement, la restitution d'une somme d'argent s'effectue en effet toujours en valeur : le destinataire du paiement doit rendre à son auteur un montant équivalent à la somme qu'il a reçue, plus intérêts⁴. Cette restitution s'opère dans les limites de l'art. 64 CO, applicable directement en matière d'enrichissement illégitime, et dont on peut admettre qu'il vaut en principe par analogie en matière contractuelle⁵.

b. La prescription

4. Le véritable enjeu du choix entre les règles de l'enrichissement illégitime et les règles contractuelles réside dans le fait que les délais de prescription ne seront pas les mêmes selon que l'action en restitution se fonde sur l'enrichissement illégitime ou sur un contrat⁶.
5. L'action en enrichissement illégitime se prescrit dans le délai d'une année de l'art. 67 CO. Ce délai a un point de départ subjectif, puisqu'il court à partir du moment où l'appauvri connaît son droit à répétition. L'art. 67 CO prévoit en outre un délai subsidiaire de dix ans, avec un point de départ objectif, puisqu'il court dès que sont réalisées les conditions de naissances d'une obligation fondée sur l'enrichissement illégitime⁷.
6. Les actions en restitution fondées sur un contrat se prescrivent en revanche dans le délai de dix ans de l'art. 127 CO, qui commence en

⁴ Art. 73 et 208 al. 2 CO p. an. ; HARTMANN (n. 2), N 218 et 598 ; PETITPIERRE (n. 3) art. 64 CO N 16 ; BSK-SCHULIN, art. 64 CO N 4a.

⁵ Sur l'application par analogie de l'art. 64 CO à la restitution fondée sur un contrat, cf. PETITPIERRE (n. 3), art. 62 CO N 37 ; PETITPIERRE GILLES, Maîtriser les catégories, in : GAUCH/WERRO/PICHONNAZ, Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier, Genève/Bâle/Zurich 2008, p. 45 ss, p. 57 ; CR-THÉVENOZ, art. 109 N 10 ; contra : cf. not. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY (n. 2), N 1572 ; HARTMANN (n. 2), N 359 ss et 573 ss.

⁶ ATF 130 III 504 ; 133 III 356 ; WEBER (n. 3), p. 3.

⁷ ATF 127 III 421, JdT 2002 I 318 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY (n. 2), N 1558.

principe à courir dès l'exigibilité de la créance (art. 130 al. 1 CO et art. 75 CO).

7. L'art. 127 CO s'applique aussi à une éventuelle créance contractuelle en restitution de prestations périodiques au sens de l'art. 128 ch. 1 CO. En effet, une telle créance concerne uniquement le remboursement de ces prestations. Celui-ci s'opère en principe en une seule fois dès que sont réalisées les conditions de la restitution, qui découlent en général d'un autre fondement contractuel que celui sur lequel s'étaient fondés les paiements litigieux. Cela suffit pour dire que la créance en restitution ne constitue pas une des prestations visées à l'art. 128 ch. 1 CO, même si le paiement à restituer avait été effectué à titre de prestation périodique, par exemple à titre de loyer ou de frais accessoires⁸.
8. Relevons au surplus que si l'on soumettait la créance contractuelle en restitution de prestations périodiques à la prescription de l'art. 128 CO, cela pourrait conduire à des résultats moins avantageux pour le créancier que ceux auxquels l'on arriverait si sa prétention était soumise au droit de l'enrichissement illégitime. En effet, la prescription de cinq ans de l'art. 128 CO court dès l'exigibilité de la créance (art. 130 CO), tandis que la prescription d'une année de l'art. 67 CO peut commencer à courir plus de cinq ans après la réalisation des conditions de l'enrichissement illégitime, suivant le moment où l'appauvri a eu connaissance de son droit à répétition. En revanche, l'application de l'art. 127 CO ne devrait pas être plus défavorable au créancier que celle de l'art. 67 CO, puisque le délai objectif de dix ans de l'art. 127 CO correspond au délai subsidiaire de l'art. 67 CO⁹.

⁸ Infra, II.C ; CR-PICHONNAZ, art. 128 N 7 ; PIOTET DENIS, La restitution des loyers ou d'acomptes de frais accessoires perçus à tort : un autre avis sur la question de la prescription et du transfert de la chose louée, CdB 2006, p. 1 ss, p. 3 ; contra : ATF 130 III 504 ; HARTMANN (n. 2), N 866 ; WEBER (n. 3), p. 9 s.

⁹ Dans le même sens : CONOD PHILIPPE, Action en répétition de l'indu. Qualité pour défendre et prescription, CdB 2005 p. 97 ss, p. 100.

***B. Les critères de choix entre le contrat et
l'enrichissement illégitime***

**1. L'application des règles contractuelles faute de réalisation des
conditions de l'art. 62 CO**

9. D'après l'art. 62 CO, le droit à restitution suppose l'enrichissement d'une personne, (augmentation du patrimoine), l'appauvrissement d'une autre (diminution du patrimoine), l'existence d'un rapport de connexité entre l'enrichissement et l'appauvrissement et l'absence d'une cause légitime¹⁰.
10. En matière de paiement, les trois premières conditions de l'art. 62 CO sont toujours réalisées, puisque le versement d'une somme d'argent entraîne un transfert direct de valeur du patrimoine de l'auteur du paiement (appauvri) dans celui de son destinataire (enrichi). Dans la mesure où le paiement constitue un acte de l'appauvri (*Leistungskondiktion*), il ne procurera en revanche un enrichissement illégitime à son destinataire que dans les hypothèses de l'art. 62 al. 2 CO, à savoir soit¹¹ :
- si le paiement a été fait sans cause valable, c'est-à-dire si l'auteur du paiement s'est exécuté alors qu'il n'avait jamais eu l'obligation de le faire ;
 - si le paiement a été fait en vertu d'une cause qui ne s'est pas réalisée ; tel est le cas lorsque l'auteur du paiement s'est exécuté en partant de l'idée qu'une obligation allait le lier après coup à son destinataire, mais que cette obligation n'est pas née ;
 - si le paiement a été fait en vertu d'une cause qui a cessé d'exister, parce que l'obligation qui le justifiait s'est éteinte après coup avec effet rétroactif (*ex tunc*).
11. L'existence ou non d'une cause légitime à l'enrichissement s'apprécie *in concreto*, par rapport au paiement en cause. Le seul fait qu'au moment du paiement, les parties étaient déjà liées par un contrat ne suffit pas pour exclure l'application des art. 62 ss CO. Par exemple,

¹⁰ SJ 1994 269 ; CONOD (n. 9), p. 99 ; CR-PETITPIERRE, art. 62 CO N 4 ss ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY (n. 2), N 1471 ss.

¹¹ PETITPIERRE (n. 3), art. 62 CO N 57 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY (n. 2), N 1481 ss.

celui qui a effectué une prestation supérieure à ce qu'il devait sur la base du contrat s'est exécuté dans cette mesure sans cause valable. Il devra réclamer la restitution du trop payé en vertu des règles sur l'enrichissement illégitime¹².

12. En revanche, un paiement effectué pour payer une dette fondée sur un contrat valable repose en principe sur une cause juridique et, partant ne peut pas engendrer d'enrichissement illégitime. Il ne peut par conséquent pas être restitué sur la base des art. 62 ss CO, mais seulement si le contrat (ou le droit supplétif applicable au contrat) le prévoit¹³.
13. Ainsi, selon le TF, la résolution du contrat fondée sur l'art. 107 CO ne saurait avoir des effets *ex tunc*, puisqu'elle sanctionne une inexécution. Le créancier qui résout le contrat ne met pas en question les fondements de sa conclusion. En reprochant au débiteur de ne pas l'avoir exécuté, il laisse bien au contraire entendre que ce contrat est pleinement valable. Par conséquent, la résolution n'affecte pas la cause des prestations qui lui sont antérieures. Celles-ci ne doivent pas être restituées en vertu des art. 62 ss CO, faute d'enrichissement illégitime. Les parties doivent se les rendre parce que la résolution a modifié l'objet du contrat dans la mesure indiquée à l'art. 109 CO et a de ce fait donné naissance à de nouvelles obligations contractuelles, tendant au rétablissement du *statu quo ante* nonobstant la cause juridique valable des prestations déjà fournies. L'action en restitution fondée sur l'art. 109 al. 1 CO se prescrit par conséquent par dix ans, conformément à l'art. 127 CO¹⁴.

2. L'application des règles contractuelles malgré la réalisation des conditions de l'art. 62 CO

14. Conformément à la liberté des conventions (art. 19 CO), les parties peuvent convenir qu'elles devront se rendre leurs prestations dans l'hypothèse où elles auraient été faites sans cause valable, en vertu d'une cause qui ne s'est pas réalisée ou qui a cessé d'exister. Cas échéant, le droit à la restitution des paiements aura un fondement

¹² ATF 127 III 421, JdT 2002 I 318 ; 130 III 504 ; 133 III 356.

¹³ ATF 126 III 119, JdT 2000 I 630 ; 127 III 421, JdT 2000 I 318.

¹⁴ ATF 114 II 152, JdT 1989 I 523 ; 126 III 119, JdT 2000 I 630 ; 130 III 504 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY (n. 2), N 1502 ; THÉVENOZ (n. 5), art. 109 CO N 5 ; HARTMANN (n. 2), N 19.

contractuel et non le fondement légal des règles de l'enrichissement illégitime, malgré la réalisation de l'état de fait de l'art. 62 CO¹⁵.

III. Les principaux cas de restitution des paiements en matière de bail

15. En matière de bail, les paiements sont principalement le fait du locataire. Celui-ci doit en effet s'acquitter d'un loyer (art. 257 CO) voire de frais accessoires (art. 257a CO) en échange de la cession de l'usage de la chose par le bailleur (art. 253 CO). Or, ces prestations s'exécutent le plus souvent en argent, non en nature¹⁶. Il s'ensuit qu'en droit du bail, la question de la restitution d'un paiement se pose avant tout lorsque le locataire (ou la personne qui se croit locataire) cherche à récupérer une somme d'argent versée au bailleur dans le but de régler le loyer ou les frais accessoires¹⁷.
16. Les développements faits ci-après en relation avec cette hypothèse la plus fréquente dans le contexte du bail valent toutefois *mutatis mutandis* pour les autres cas de paiements effectués en matière de bail. On peut songer par exemple à la restitution au locataire des sûretés versées au bailleur (art. 257e CO)¹⁸, ou d'une somme payée à titre d'indemnité en réparation d'une détérioration de la chose dont le locataire ne répond pas (cf. p. ex. art. 259 CO a contrario et art. 267 al. 2 CO), ou pour exécuter une transaction couplée nulle (art. 20 al. 2 et 254 al. 2 CO). Il peut aussi s'agir de la restitution au bailleur d'un versement fait à tort au locataire, par exemple pour rembourser des travaux en réalité à la seule charge du locataire (cf. art. 259 et 259a al. 1 CO), ou à titre d'indemnité pour plus-value, alors que la rénovation entreprise par le

¹⁵ VON TUHR ANDREAS/PETER HANS, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrecht, vol. I, 3^e éd, Zurich 1979, p. 520 ; KOLLER ALFRED, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Berne 2006, § 31 N 18.

¹⁶ LACHAT DAVID, Le bail à loyer, 2^e éd., Lausanne 2008, p. 83.

¹⁷ Sur la question de savoir à qui le locataire va réclamer restitution en cas d'aliénation de l'immeuble (art. 261 CO), voir CONOD (n. 9), p. 104 ss et PIOTET (n. 8), p. 4 ss. Sur la question de la restitution des prestations en cas d'attributions indirectes (p. ex : d'entente avec le locataire, le sous-locataire verse le loyer directement au bailleur, cf. art. 112 CO), voir ATF 121 III 109, JdT 1996 II 62 ; PETITPIERRE (n. 3), art. 62 N 16 ss.

¹⁸ Le fondement de la restitution est en principe ici contractuel, cf. art. 257e al. 3 CO ; ZK-HIGI, art. 257e N 36.

locataire n'a pas augmenté la valeur de l'objet du bail (cf. art. 261 CO)¹⁹.

17. L'analyse qui suit ne concerne en revanche pas la question différente de la remise du gain, qui se pose notamment en droit du bail lorsqu'un locataire encaisse des loyers d'un sous-locataire, alors que la sous-location est illicite, par exemple en raison de l'extinction du bail principal. Le problème n'est en effet pas ici celui de la restitution d'une prestation faite par le bailleur au locataire, mais des conséquences de l'ingérence du locataire dans la sphère juridique du bailleur (cf. art. 423 CO)²⁰.

A. La restitution des paiements effectués en l'absence d'un fondement contractuel

1. Les principaux cas de paiements effectués sans fondement contractuel

a. Les paiements effectués sur la base d'un contrat inexistant

aa. Les paiements effectués malgré la non conclusion du contrat

18. Il arrive que le locataire fasse un paiement au bailleur, alors qu'il n'a jamais eu l'obligation de le faire, faute de contrat conclu à ce sujet.
19. Il peut s'agir par exemple d'un paiement effectué à titre de loyer alors que le bail n'a pas été conclu, faute d'accord sur ses points essentiels (à savoir : la détermination de la chose louée et le montant déterminé ou déterminable du loyer, art. 2 et 253 CO)²¹, ou faute d'observation de la forme conventionnelle (art. 16 al. 1 CO). Il convient toutefois de réserver les situations où l'acceptation du versement sans réserve par le bailleur permet au locataire de lui opposer la conclusion du bail en application du principe de la confiance, ou une renonciation à la forme

¹⁹ Il s'agit de cas où la restitution s'opérera en principe en vertu des art. 62 ss CO, car les prestations visées ont été faites sans cause juridique valable. Sur la restitution des prestations faites en exécution d'une transaction couplée nulle, voir MICHELI JACQUES, Les transactions couplées avec le bail, in : 13^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2004, p. 9 et 23 ss.

²⁰ ATF 126 III 69, JdT 2001 I 154 ; 129 III 422, JdT 2004 I 146.

²¹ ATF 119 II 347.

conventionnelle²² : le versement effectué est alors juridiquement justifié, puisqu'il constitue le règlement du loyer dû en vertu d'un accord de droit déduit des règles de la bonne foi (art. 2 CC).

20. Il faut assimiler au paiement opéré en vertu d'un bail inexistant le versement d'un montant pour régler le loyer effectué dans le cadre d'un bail certes conclu, mais qui dépasse le montant du loyer convenu²³, de même que le versement d'une somme à titre de frais accessoires effectué en l'absence d'un accord spécial des parties sur ce point (art. 257a al. 2 CO)²⁴.

bb. Les paiements effectués après la fin du contrat

21. Le locataire s'acquitte en principe aussi d'un indu s'il verse au bailleur un montant à titre de loyer après la fin du bail; cela peut par exemple être le cas du locataire qui libère les locaux après l'entrée en vigueur d'une résiliation, mais qui oublie de révoquer auprès de sa banque l'ordre de paiement du loyer au bailleur.
22. Il en va autrement si le locataire est resté dans les locaux après la fin du bail : si le bailleur a alors encaissé son versement tout en lui déclarant expressément qu'il ne voulait pas conclure de nouveau contrat, ce montant lui est dû à titre d'indemnité d'occupation illicite. Une telle indemnité est due en vertu des art. 103 ss CO, car elle sanctionne la violation de l'obligation du locataire de restituer les locaux loués à la fin du bail (art. 267 CO)²⁵.
23. Par ailleurs, si le bailleur a encaissé sans réserve et durant une longue période les versements opérés à titre de loyer après la fin du bail par le locataire qui est resté dans les locaux, celui-ci peut s'appuyer sur le

²² ATF 105 II 78, JdT 1990 I 69 ; CdB 2002, p. 14 et DB 2003 N 9.

²³ ATF 130 III 504 consid. 6.2.

²⁴ TF du 29 avril 2002, 4C.24/2002, MRA 2002 p. 108 ; CdB 2002, p. 144 ; DB 2003 N 15 ; TF du 24 octobre 2006, 4C.224/2006, MRA 2007 p. 77 ; RICHARD PHILIPPE, Les frais accessoires au loyer dans les baux d'habitation et de locaux commerciaux, in : 12^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2002, p. 12 s.

²⁵ HIGI (n. 18), art. 267 CO N 58 ss ; DUCROT MICHEL, Des usagers indésirables dans les locaux d'habitation ou commerciaux : le locataire après la fin du bail et le sous-locataire non autorisé, in : 14^e Séminaire sur le droit du bail à loyer, Neuchâtel 2006, p. 24.

principe de la confiance pour lui opposer la conclusion d'un nouveau bail, qui constitue la cause légitime de ses versements²⁶.

b. Les paiements effectués sur la base d'un contrat vicié

24. Un paiement peut être effectué en vertu d'un contrat certes conclu (art. 1 à 10 et 18 CO), mais frappé d'un vice de forme (art. 11 CO) ou de l'objet (art. 19-20 CO)²⁷.
25. En matière de bail, le cas le plus fréquent est celui du versement effectué par le locataire à la suite d'une hausse de loyer qui ne respecte pas les exigences de l'art. 269d al. 2 CO.
26. Le bailleur qui notifie une hausse de loyer au locataire lui présente une offre de modifier le contrat, qui sera légalement considérée comme acceptée si le locataire n'a pas contesté cette hausse dans les trente jours suivant cette notification (art. 269d al. 1 et 270b CO)²⁸. Cependant, d'après l'art. 269d al. 2 CO, une majoration de loyer est nulle si elle n'a pas été notifiée sur formule officielle, si elle n'est pas motivée ou si elle est assortie d'une menace de résiliation²⁹. Cette nullité peut être invoquée en tout temps et le locataire peut en principe l'opposer au bailleur, même s'il n'a pas contesté la hausse dans le délai de l'art. 270b CO³⁰.

2. Le fondement du droit à la restitution

a. L'application des règles sur l'enrichissement illégitime

27. Les paiements effectués par le locataire au bailleur en l'absence d'un fondement contractuel ne reposent sur aucune cause juridique valable.

²⁶ ATF 119 II 147, JdT 1994 I 205 ; TF du 6 juillet 2004, 4C.198/2004, DB 2005 N 1.

²⁷ PETITPIERRE (n. 3), art. 62 CO N 57.

²⁸ BSK-WEBER, art. 269d CO N 1a ; MORIN ARIANE, Le droit du bail ou la voie du milieu, in : CHAPPUIS/FOËX/THÉVENOZ (éd.), Le législateur et le droit privé, Colloque en l'honneur du professeur Gilles Petitpierre, Genève/Zurich/ Bâle 2006, p. 167 ss, spéc. p. 174.

²⁹ ATF 121 III 6 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY (n. 3), N 523 et 548 s. ; voir cependant HIGI (n. 18), art. 269d CO N 222, qui laisse entendre que la nullité prévue à l'art. 269d CO sanctionne un cas d'illicéité au sens de l'art. 20 CO.

³⁰ ATF 113 II 187 ; 130 III 504 ; HIGI (n. 18), art. 269d N 181 et 222 ; WEBER (n. 12) art. 269d N 7 et 8.

Lorsqu'il s'est exécuté, le locataire n'avait pas l'obligation de le faire, car il n'était pas le débiteur des montants versés, soit parce que le contrat n'avait pas été conclu, soit parce qu'il était absolument nul (ce qui revient à traiter les parties comme si elles n'avaient jamais passé de contrat). Le locataire peut donc en principe récupérer ces paiements opérés *sine causa* en vertu des règles de l'enrichissement illégitime (art. 62 ss CO)³¹.

28. Contrairement à ce que soutient Weber, il n'y a aucune raison de déroger à cette règle en ce qui concerne le droit du locataire d'obtenir la restitution des loyers versés sur la base d'une hausse nulle. Cet auteur considère en substance que le locataire qui invoque la nullité d'une hausse se prévaut directement d'un droit contractuel que le législateur a impérativement défini à l'art. 269d CO ; il s'ensuit selon lui que le droit à la restitution des loyers payés en trop a un fondement contractuel et se prescrit conformément aux art. 127 ss CO³².
29. C'est oublier que l'art. 269d al. 2 CO sanctionne la violation des règles de forme écrite qualifiée posées à ses lettres a à c. En prononçant la nullité de la hausse qui ne respecte pas ces exigences, l'art. 269d CO renvoie par conséquent à l'art. 11 al. 2 CO. Or, d'après cette disposition, le contrat qui n'observe pas la forme prescrite par la loi n'est pas valable. Cette sanction repose sur l'idée que les règles sur la forme du contrat découlent de motifs d'intérêt public supérieurs à la liberté des conventions. C'est pourquoi leur violation anéantit l'accord des parties, qui ne peuvent pas écarter la sanction de la nullité en arguant qu'elles voulaient se soumettre au contrat³³.
30. Le locataire qui entend récupérer ce qu'il a payé en trop au bailleur à la suite d'une hausse nulle (art. 269d et 11 al. 2 CO) s'appuie donc sur

³¹ ATF 113 II 187 ; 127 III 421, JdT 2002 I 318 ; 130 III 504 ; 133 III 356 ; HARTMANN (n. 2), N 12 ; PETITPIERRE (n. 3), art. 62 CO N 57 ; GAUCH/SCHLUEP/ SCHMID/REY (n. 2), N 1482.

³² WEBER (n. 3), p. 14 s.

³³ La sanction de la nullité du contrat matériellement vicié (art. 19-20 CO) repose sur les mêmes principes. Cela explique du reste pourquoi le juge qui retient la nullité partielle du contrat pour vice de l'objet (art. 20 al. 2 CO) doit en retrancher la clause nulle et construire une clause de remplacement par recours à la volonté hypothétique des parties, soit indépendamment de ce qu'elles ont subjectivement voulu, cf. ATF 83 II 297, JdT 1958 I 474 ; MORIN ARIANE, L'article 2 CO et la formation du contrat, in : PIOTET/TAPPY (éd.), L'arbre de la méthode et ses fruits civils, Recueil de travaux en l'honneur du Professeur Suzette Sandoz, Genève/Zurich/Bâle 2006, p. 463 ss, p. 468 s.

l'ineffectivité totale d'une modification du contrat, survenue pour des raisons qui échappent à sa volonté, et soutient qu'il a effectué une prestation supérieure à ce qu'il devait en vertu du bail. Il ne saurait par conséquent être traité comme le créancier qui réclame la restitution de ses prestations pour sanctionner une inexécution du débiteur et qui s'appuie de ce fait sur un contrat valable (cf. p. ex. art. 109 al. 1 CO). Aussi, son droit à la restitution des loyers payés en trop ne doit en principe pas être soumis aux règles contractuelles, mais bien aux règles sur l'enrichissement illégitime, aussi insatisfaisantes soient-elles, car leur fonction est précisément d'éviter qu'une personne ne conserve un avantage patrimonial obtenu sans droit aux dépens d'une autre personne³⁴.

b. La portée de l'art. 63 CO

aa. En général

31. L'art. 63 CO s'applique aux paiements effectués volontairement sans cause valable. Par conséquent, le locataire ne pourra récupérer ses versements opérés en l'absence d'un fondement contractuel que s'il établit qu'il s'est exécuté parce qu'il croyait par erreur qu'il y était obligé (art. 63 al. 1 CO)³⁵.

bb. Lorsque le locataire demande la restitution de loyers payés sur la base d'une hausse nulle

32. L'erreur visée à l'art. 63 CO peut être de toute nature : il peut s'agir d'une erreur de fait ou de droit, excusable ou non excusable³⁶. Dès lors, le locataire qui cherche à récupérer les loyers payés sur la base d'une hausse nulle n'a pas besoin de prouver qu'il s'est conformé à cette hausse parce qu'il ignorait les droits que lui conférait l'art. 269d CO. Il faut et il suffit qu'il démontre qu'il s'est acquitté du loyer augmenté parce qu'il croyait à tort qu'il devait le faire, par exemple parce qu'il a

³⁴ ATF 130 III 504 ; 133 III 356 ; PETITPIERRE (n. 3), Intro art. 62-67 CO N 2.

³⁵ SJ 1994 269 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY (n. 2), N 1531.

³⁶ ATF 129 III 616, JdT 2004 I 105. En revanche, le doute sur l'existence de l'obligation s'assimile à l'absence d'erreur et exclut donc la répétition, cf. PETITPIERRE (n. 3), art. 63 CO N 10.

réalisé le vice de forme mais qu'il n'a pas compris que cela entraînait la nullité de la hausse³⁷.

33. En revanche, le locataire qui a payé volontairement et sans réserve le loyer fondé sur une hausse nulle alors qu'il connaissait cette nullité doit être déchu de son droit à restitution.
34. L'art. 63 CO permet ainsi de sanctionner un abus de droit du locataire. Il est en effet contraire au principe de l'interdiction du comportement contradictoire de prétendre à la restitution d'un avantage patrimonial procuré à autrui alors que l'on savait qu'on n'était pas tenu de le faire³⁸.
35. Vu la subsidiarité de l'art. 2 CC, il n'y a aucune raison de s'en remettre directement à l'interdiction de l'abus de droit lorsque l'art. 63 CO s'applique³⁹. Il faut par contre s'appuyer sur l'art. 2 al. 2 CC pour sanctionner un abus de droit dans des circonstances où l'art. 63 CO n'entre pas en ligne de compte. Par exemple le locataire qui invoque la nullité de la hausse pour refuser de payer à l'avenir le loyer augmenté ne se prévaut pas des règles sur l'enrichissement illégitime, puisqu'il se refuse seulement à exécuter une prestation. Il est alors possible de lui opposer l'interdiction de l'abus de droit s'il apparaît qu'il a déjà payé ce loyer sans erreur et sans réserve durant une longue période⁴⁰. Si le locataire réclame en plus la restitution des loyers déjà versés, celle-ci lui sera évidemment refusée conformément à l'art. 63 CO.

B. La restitution des paiements effectués avant la disparition ou la modification du contrat avec effet ex tunc

1. La restitution des paiements effectués avant l'invalidation du contrat

a. Les cas d'invalidation

36. Le bail peut être invalidé par la partie qui l'a conclu sous l'emprise d'une lésion (art. 21 CO) ou d'un vice du consentement (art. 23-31 CO),

³⁷ Cf. ATF 113 II 187 ; KNOEPFLER FRANÇOIS, Problèmes posés par les loyers payés à tort, 2^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 1982, p. 5 s.

³⁸ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY (n. 2), N 1536 ; PETITPIERRE (n. 3), art. 63 CO N 1.

³⁹ Cf. BK-MERZ, art. 2 CC N 49.

⁴⁰ SJ 2002 I 405 ; voir aussi FETTER SÉBASTIEN, La contestation du loyer initial, étude de l'art. 270 CO, Berne 2005, N 250 et 255 s.

dans le délai d'une année courant dès la conclusion du contrat pour la lésion (art. 21 al. 2 CO), dès la découverte de l'erreur ou du dol ou dès la fin de la crainte fondée (art. 31 al. 2 CO).

37. En matière de bail, les tribunaux ont par exemple admis dans les cas suivants qu'un locataire avait conclu un contrat en étant victime de lésion ou d'un vice du consentement :
- Un club de football doit absolument trouver un terrain s'il ne veut pas perdre sa licence ; cela le contraint à conclure un bail portant sur la cession de l'usage d'un terrain de football contre paiement d'un loyer usuraire, fixé en connaissance de cause par le bailleur. Le TF a admis que le club avait été victime d'une lésion par exploitation de sa gêne (art. 21 al. 1 CO)⁴¹.
 - Un locataire a conclu un bail en croyant à tort que les locaux loués avaient une surface de 100 m², alors qu'elle n'était en réalité que de 87,7 m². Il peut invalider le contrat pour erreur de base (art. 24 al. 1 ch. 4 CO), dans la mesure où une surface de 100 m², qui formait la base objectivement nécessaire du contrat, apparaît subjectivement, soit pour le locataire, comme la condition nécessaire de son engagement⁴².
 - Le locataire est victime d'un dol (art. 28 CO) si le bailleur lui cache sciemment lors de la conclusion du contrat que l'immeuble où se trouvent les locaux loués va faire l'objet d'importants travaux sources de nuisances considérables ou que les acomptes provisionnels à valoir sur les frais accessoires sont nettement inférieurs aux charges réelles de l'immeuble⁴³.

b. Les effets de l'invalidation

38. L'invalidation du bail peut être totale ou partielle (art. 20 al. 2 CO par analogie)⁴⁴.

⁴¹ ATF 123 III 292, JdT 1998 I 586.

⁴² TF du 11 mars 2003, 4C.5/2003 ; DB 2003 N 11 ; voir aussi CdB 2002, p. 24 ; DB 2003 N 12.

⁴³ Arrêts cantonaux, in : DB 1996 N 5 et DB 2000 N 4.

⁴⁴ ATF 123 III 292, JdT 1998 I 586 ; sur les critères de choix entre invalidation totale et invalidation partielle, voir MORIN (n. 33), p. 470 s.

39. Si l'invalidation du bail intervient après le début de l'exécution du contrat, ses effets ne vaudront en principe que pour le futur (art. 320 al. 3 CO par analogie) : en cas d'invalidation totale, ils s'assimileront à ceux d'une résiliation ; en cas d'invalidation partielle, ils correspondront à ceux d'une modification du contrat, dans la mesure où il incombe alors au juge de retrancher la clause viciée et de la remplacer par la clause que les parties auraient raisonnablement retenue si elles avaient connu le vice au moment de la conclusion du contrat⁴⁵.
40. D'après le TF, une atténuation de cette règle de l'invalidation avec effet *ex nunc* est possible lorsque le vice en cause était quantitativement déterminant pour la prestation promise par la partie qui en a été victime, si bien qu'il s'impose de réévaluer l'équilibre des prestations faites avant l'invalidation⁴⁶. On peut parler à ce propos d'un effet *ex tunc* relatif. Par exemple, le locataire qui invalide le bail pour lésion après le début de son exécution pourra dans tous les cas récupérer la part du loyer payée avant l'invalidation qui dépasse ce qui est usuellement prévu sur le marché pour la cession de l'usage convenue. Si l'invalidation pour lésion est totale, les parties seront pour le surplus traitées comme si elles avaient résilié le contrat. Si elle est partielle, le locataire ne devra à l'avenir verser au bailleur qu'un loyer réduit à la mesure de la redevance moyenne usuelle sur le marché⁴⁷.
41. L'invalidation qui intervient avant le début de l'exécution du contrat a en revanche un plein effet *ex tunc*. Selon une partie de la doctrine, il s'agit d'un véritable effet rétroactif, car le contrat entaché d'une lésion ou d'un vice du consentement produit ses effets aussi longtemps qu'il n'a pas été invalidé (théorie de l'invalidation)⁴⁸. Bien qu'il parle aussi d'effet *ex tunc*, le TF semble pour sa part s'en tenir à l'idée que le contrat entaché d'une lésion ou d'un vice du consentement est nul dès l'origine sous réserve de ratification (théorie de l'invalidité)⁴⁹.

⁴⁵ ATF 129 III 320, JdT 2003 I 331 ; 107 II 216, JdT 1982 I 66. A noter que la résolution (art. 107-109) du bail de durée après le début de son exécution produit également un effet *ex nunc*, cf. ATF 123 III 124, JdT 1998 I 296.

⁴⁶ ATF 129 III 320, JdT 2003 I 331.

⁴⁷ Cf. ATF 122 III 292, JdT 1998 I 586.

⁴⁸ Cf. not. PETITPIERRE (n. 3), art. 62 CO N 57 ; CR-SCHMIDLIN, art. 31 N 6 ss.

⁴⁹ ATF 114 II 131, JdT 1988 I 508 ; voir aussi ATF 129 III 320, consid. 7.1.1, JdT 2003 I 3.1.1 ; 133 III 356, consid. 3.2.1 ; voir aussi GAUCH /SCHLUEP /SCHMID /REY (n. 2), N 890 ss et 1488.

42. Si l'invalidation totale produit un plein effet *ex tunc*, les parties peuvent se comporter comme si elles n'avaient jamais conclu de contrat. Par exemple, le locataire qui invalide le bail pour vice du consentement dans le laps de temps courant entre sa conclusion et le date de son entrée en vigueur est libéré de toutes les prestations non encore faites au bailleur ; il peut de surcroît récupérer un éventuel loyer payé d'avance, puisque, en raison de l'effet rétroactif de l'invalidation, son paiement a été fait à tort⁵⁰. En cas d'invalidation partielle avec effet *ex tunc*, seule la modification du contrat qu'elle induit a un effet rétroactif et les parties peuvent récupérer les prestations déjà faites qui dépassent la mesure de cette modification.

c. Le fondement du droit à la restitution

43. Le locataire ne peut pas récupérer ses paiements lorsque l'invalidation n'a qu'un effet *ex nunc*. Puisque l'invalidation ne vaut alors que pour l'avenir, elle n'affecte pas la cause des paiements déjà exécutés.
44. Lorsque l'invalidation a produit un effet *ex tunc*, le locataire peut récupérer ses paiements en vertu des règles sur l'enrichissement illégitime. En effet, la partie qui invalide le contrat pour lésion ou pour vice du consentement se prévaut de ce que ce contrat ne repose pas sur sa volonté libre et responsable. Elle s'en prend à la conclusion même du contrat et partant, à la cause des prestations effectuées après cette conclusion.
45. Si l'on suit la théorie de l'invalidation, l'art. 63 CO ne peut alors pas être opposé au locataire. Dans ce cas, il faut retenir qu'il a effectué ses prestations en vertu d'une cause qui a cessé d'exister (véritable effet rétroactif), ce qui exclut d'emblée toute application de l'art. 63 CO, car cette disposition ne vise pas les prestations faites en vertu d'une cause qui ne s'est pas réalisée ou qui a cessé d'exister⁵¹.
46. L'art. 63 CO ne s'applique pas non plus si l'on suit la théorie de l'invalidité défendue par le TF, même si celle-ci retient la nullité du contrat vicié dès sa conclusion, ce qui revient à dire que les prestations faites après ce moment l'ont été *sine causa*. Dans ce cas, le locataire qui a invalidé le bail pour lésion ou pour crainte fondée peut soutenir que ses paiements n'ont pas été volontaires et échapper ainsi à

⁵⁰ Cf. ATF 129 III 320, JdT 2003 I 331.

⁵¹ SJ 1994 269 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY (n. 2), N 1531.

l'art. 63 CO⁵². Le locataire qui a invalidé le bail avec (plein) effet *ex tunc* pour erreur essentielle ou pour dol peut quant à lui s'appuyer sur la jurisprudence qui exclut l'application de l'art. 63 CO à la restitution des prestations en cas d'invalidité totale d'un contrat bilatéral. Cette jurisprudence part de l'idée qu'il serait choquant d'interdire à une partie de récupérer ses paiements au motif qu'elle les a effectués sans erreur (par exemple après la découverte du vice), alors que, de son côté, l'autre partie pourrait n'avoir pas exécuté le contrat précisément parce qu'elle connaissait le vice en cause⁵³.

47. La théorie de l'invalidité est d'ailleurs surtout critiquée en rapport avec la prescription de l'action en enrichissement illégitime. Si l'on suit le TF et que l'on considère que la prestation faite avant l'invalidation du contrat a été exécutée sans cause valable, le délai subsidiaire de dix ans de l'art. 67 CO court dès le jour de cette exécution. Dès lors, si la victime d'un vice du consentement découvre ce vice et invalide le contrat plus de dix ans après avoir fourni sa prestation, elle ne pourra plus agir en répétition, même si l'invalidation est intervenue dans le délai de l'art. 31 CO. La théorie de l'invalidation conduit de son côté à une solution beaucoup moins défavorable à la victime du vice, car le droit à l'enrichissement ne naît alors qu'au moment de l'invalidation, parce que la cause des paiements déjà effectués a cessé d'exister. L'appauvri peut ensuite récupérer sa prestation s'il agit contre l'enrichi dans l'année qui suit la découverte de son droit à répétition, pour autant que le délai subsidiaire de dix ans ne soit pas échu⁵⁴.

2. La restitution des paiements effectués avant l'entrée en vigueur d'une baisse de loyer

a. Les paiements effectués avant l'entrée en vigueur d'une baisse du loyer initial

48. En principe, le locataire doit verser le loyer convenu lors de la conclusion du bail (art. 253 et 257 CO), sauf si les parties conviennent ensuite de sa modification⁵⁵.

⁵² PETITPIERRE (n. 3), art. 63 N 6.

⁵³ ATF 115 II 29, JdT 1989 I 172 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY (n. 2), N 1576 ss.

⁵⁴ PETITPIERRE (n. 3), art. 62 CO N 57 ; SCHMIDLIN (n. 48), art. 31 CO N 9.

⁵⁵ Cf. supra I.A.1.b ; pour l'hypothèse d'une baisse consensuelle du loyer, voir

49. L'art. 270 CO permet toutefois au locataire de locaux commerciaux ou d'habitation de demander une diminution de son loyer initial dans les trente jours dès la réception des locaux loués, si le bail a été conclu dans les circonstances visées à l'art. 270 al. 1 CO, lit. a (pénurie de logements) ou b (augmentation sensible par rapport au loyer demandé au précédent locataire). Cette demande doit être formée devant l'autorité de conciliation et s'il y a lieu devant le juge (art. 274f CO). Si elle aboutit, elle entraîne la baisse du loyer dans la mesure admise par les art. 269 et 269a CO dès l'entrée en vigueur du contrat. Mais comme l'art. 270e CO prévoit que le bail reste en vigueur sans changement jusqu'à droit connu sur la demande de baisse, l'admission de celle-ci a un effet rétroactif : elle permet au locataire de demander au bailleur la restitution du loyer payé en trop depuis le début du bail⁵⁶.
50. L'art. 270 CO repose sur le constat que le locataire n'est en général pas en mesure de négocier librement le montant du loyer lors de la conclusion du contrat lorsqu'il y a pénurie de logements ou de locaux commerciaux (art. 270 al. 1 lit. a CO). Il vise aussi à éviter que le bailleur n'essaie d'obtenir par un changement de locataire une augmentation du loyer qui lui aurait été refusée si elle était intervenue en cours de bail (art. 270 al. 1 lit. b CO).
51. L'art. 270 CO confère donc un droit de repentir au locataire : il lui permet de revenir sur son offre ou son acception en ce qui concerne le loyer, pour tenir compte de sa situation de faiblesse structurelle vis à vis du bailleur et sanctionner les abus que ce dernier pourrait être tenté de commettre de ce fait. La contestation du loyer initial ne vise par conséquent pas à annihiler la règle *pacta sunt servanda*, mais bien au contraire à la garantir en préservant l'intégrité du consentement de chaque partie dans le contexte particulier du droit du bail. L'art. 270 CO présente à ce titre une analogie certaine avec l'art. 21 CO, raison pour laquelle on peut dire que les effets rétroactifs d'une baisse du loyer initial correspondent à ceux d'une invalidation partielle du contrat avec effet *ex tunc*⁵⁷.

ATF 124 III 67, JdT 1999 I 112.

⁵⁶ FETTER (n. 40), N 572 ; WEBER (n. 3), p. 11.

⁵⁷ CR-LACHAT, art. 270 CO N 1 ; FETTER (n. 40), N 7, 16 et 21 ; HIGI (n. 18), art. 270 CO N 6 ss ; BSK-WEBER, art. 270 CO N 1a ss ; voir aussi MORIN (n. 28), p. 171 ss.

52. Par conséquent, contrairement à ce que soutient Weber⁵⁸, c'est en vertu des règles sur l'enrichissement illégitime et non des règles contractuelles que le locataire peut récupérer la part des loyers payés en trop après l'entrée en vigueur de la baisse. L'art. 63 CO ne lui est pas opposable si l'on considère que, vu l'art. 270e CO, cette portion des loyers a été versée en vertu d'une cause qui a cessé d'exister⁵⁹.
53. L'art. 270 CO présente une certaine analogie avec les art. 40a ss CO, applicables aux baux mobiliers (cf. art. 40a al. 1 CO) conclus entre un professionnel et un consommateur dans un contexte de porte à porte (art. 40b CO), soit dans des circonstances où le consommateur est pris à l'improviste et risque de conclure un contrat sans y avoir mûrement réfléchi. Les art. 40a ss CO lui donnent alors le droit de révoquer son offre ou son acceptation (art. 40b al. 1 CO), de se départir ainsi du contrat et de récupérer les prestations déjà fournies (art. 40f al. 1 CO), après avoir bénéficié d'un délai de réflexion (art. 40e CO). Le droit de révocation est une sorte de droit de repentir conféré au consommateur pour lui permettre de prendre une décision en toute liberté. Comme le droit à la diminution initiale du loyer en matière de bail, le droit de révocation ne conduit pas à une dérogation à la règle de la fidélité contractuelle, mais forme sa condition essentielle, car cette règle ne peut être opposée qu'à la partie qui a pris des engagements en pleine connaissance de cause⁶⁰. Dès lors, la restitution des paiements fondée sur l'art. 40f al. 1 CO devrait elle aussi être soumise aux règles de l'enrichissement illégitime, et non au droit contractuel⁶¹.

b. Les paiements effectués avant l'entrée en vigueur d'une baisse du loyer en cours de bail

54. En cours de bail, l'art. 270a CO autorise le locataire à demander au bailleur la baisse du loyer, si ses bases de calcul (art. 269 et 269a CO) se sont notablement modifiées depuis sa dernière fixation. Si le bailleur n'obtempère pas, le locataire peut saisir l'autorité de conciliation voire le juge (art. 274f CO).

⁵⁸ WEBER (n. 3), p. 11 s.

⁵⁹ Supra, n. 33 et 46 ; HIGI (n. 18), art. 270 CO N 74 ; FETTER (n. 40), N 577.

⁶⁰ FF 1990 II 393 ; TF du 25 avril 2000, 4C.120/1999.

⁶¹ ROCHAT FRÉDÉRIC, Inefficacité du titre d'aliénation et renaissance de l'action réelle mobilière, Lausanne 2002, N 847 s. ; KOLLER (n. 15), § 7 N 83 ; contra : CR-STAUDER, art. 40f CO N 3.

55. A la différence du locataire qui conteste le loyer initial (ou qui invalide le contrat), le locataire qui sollicite une baisse de loyer en cours de bail ne met pas en cause la conclusion du bail comme telle. Il soutient néanmoins que le dernier accord sur le montant du loyer est caduc, en raison de la modification des bases de calcul. La situation visée à l'art. 270a CO se rapproche des cas où une modification légale ou judiciaire d'un contrat se conçoit pour cause d'imprévision⁶², et constitue à ce titre une dérogation à la règle *pacta sunt servanda* (contrairement à la contestation du loyer initial)⁶³.
56. La baisse de loyer peut être requise pour le prochain terme de résiliation (art. 270a al. 1 CO). Dès son entrée en vigueur, le locataire est libéré de l'obligation de payer la part du loyer touchée par la baisse. Mais comme l'art. 270e CO prévoit que le bail reste en vigueur sans changement jusqu'à droit connu sur la demande du locataire, la baisse ne produit ses effets que rétroactivement. C'est pourquoi elle entraîne une modification du contrat avec effet *ex tunc* depuis le moment pour lequel elle avait été demandée. Les loyers payés en trop dès ce moment doivent être restitués au locataire, car ils ont perdu leur fondement contractuel à la suite de cette modification rétroactive. Là encore, cette restitution suivra les règles de l'enrichissement illégitime, mais sans application de l'art. 63 CO, puisque la cause du paiement des loyers visés a cessé d'exister⁶⁴.

**C. La restitution des paiements effectués en exécution
d'un contrat toujours valable**

1. La restitution du loyer en cas de défaut de la chose louée

57. L'art. 259d CO donne le droit au locataire d'obtenir une réduction du loyer proportionnelle au défaut de la chose louée, dès que le bailleur a eu connaissance de ce défaut et jusqu'à ce qu'il l'ait éliminé. Si, durant ce laps de temps, le locataire a payé l'intégralité du loyer au bailleur, il peut lui en réclamer restitution dans la mesure de la réduction⁶⁵.

⁶² HIGI (n. 18), Intro. aux art. 269-270e CO N 113 et 121, art. 270a CO N 10 s. ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY (n. 2), N 1282.

⁶³ ATF 127 III 300, JdT 2001 I 339.

⁶⁴ FETTER (n. 39), N 576 ; HIGI (n. 18), art. 270a CO N 103.

⁶⁵ ATF 130 III 504 ; HIGI (n. 18), art. 259d N 25.

58. Cette prétention est de nature contractuelle. La réduction du loyer pour défaut de la chose louée sanctionne en effet une exécution imparfaite du contrat. Elle repose sur l'idée que tant que le bailleur ne respecte pas son obligation de maintenir la chose louée dans un état approprié à l'usage pour lequel elle a été louée (art. 256 CO), le locataire a droit au rééquilibrage du loyer, conformément au principe selon lequel une partie ne s'engage à exécuter sa prestation que contre celle de l'autre partie. Le locataire qui entend obtenir la restitution du loyer pour défaut de la chose louée s'appuie sur le contrat conclu avec le bailleur, plus précisément sur le fait que le loyer représente la contrepartie de la cession de l'usage de la chose (art. 257 CO)⁶⁶. La réduction du loyer prévue à l'art. 259d CO est ainsi analogue à la résolution fondée sur l'art. 107 CO, qui exprime du reste également le principe qu'on ne saurait équitablement contraindre une partie à rester liée par sa promesse d'exécuter une prestation quand, de son côté, l'autre partie ne fournit pas la sienne⁶⁷. La mise en œuvre de l'art. 259d CO n'affecte donc en rien la cause des loyers payés depuis la survenance du défaut, mais opère *ex lege* la transformation partielle et momentanée du contrat en un rapport contractuel de liquidation, tendant à la préservation de l'équilibre entre les prestations réciproques des parties⁶⁸.
59. La prescription de l'action du locataire en restitution du loyer en cas de défaut de la chose louée est par conséquent de dix ans (art. 127 CO). Elle court dès la réalisation des conditions de l'art. 259d CO, soit conformément à l'art. 130 al. 1 CO, car l'art. 259d CO ne subordonne pas la réduction du loyer à une manifestation de volonté du locataire⁶⁹.

⁶⁶ ATF 130 III 504 ; 126 III 388 ; HIGI (n. 18), art. 259d CO N 5 ; HARTMANN (n. 2), N 35 ; WETZEL THOMAS, in : MRA 2004, p. 155 ss.

⁶⁷ ATF 130 III 504 ; VON TUHR ANDREAS/ESCHER ARNOLD, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrecht, vol. II, 3^e éd, Zurich 1974, p. 148 ; BK-WEBER, art. 109 CO N 22. Comme le relève HIGI (n. 18), art. 259d CO N 5, on peut aussi voir une analogie entre l'art. 259d CO et l'art. 119 al. 2 CO, dont une partie de la doctrine prétend du reste qu'il renvoie à tort aux art. 62 ss CO plutôt qu'aux règles contractuelles, cf. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY (n. 2), N 3229.

⁶⁸ WEBER (n. 3), p. 8 ss.

⁶⁹ Supra, I.A.2.b ; WEBER (n. 3), p. 10.

2. La restitution des acomptes de frais accessoires

a. Le système du décompte périodique

60. Lorsque les parties ont convenu que les frais accessoires sont dus en plus du loyer (art. 257a CO), elles peuvent décider que leur paiement s'effectuera sur la base d'un décompte périodique des dépenses effectives du bailleur (art. 257b CO et 4 OBLF). Dans ce cas, le locataire s'engage aussi à verser des acomptes provisionnels au bailleur, c'est-à-dire à lui verser des sommes à titre provisoire, à valoir sur le décompte final. La dette relative aux frais accessoires ne devient exécutable et exigible qu'au moment de l'établissement de ce décompte. Si le montant total des acomptes versés apparaît alors comme inférieur au total des frais, le locataire doit régler la différence au bailleur. Si le total des acomptes versés dépasse le total des frais, le locataire a en revanche droit à la restitution du trop payé⁷⁰.

b. Le fondement du droit à la restitution

aa. Avant la reconnaissance du solde du décompte

61. Le locataire qui réclame la restitution des acomptes payés en trop avant d'avoir reconnu le solde du décompte⁷¹ exerce une prétention contractuelle, puisque l'accord relatif au versement des acomptes prévoyait (au moins implicitement) qu'ils n'étaient dus qu'à titre provisoire, sous réserve de l'établissement du décompte final⁷².
62. Cet accord permet l'application du droit des contrats malgré la réalisation des conditions de l'art. 62 CO. En effet, puisque le locataire ne doit payer que les frais effectifs du bailleur, il aura versé les

⁷⁰ TF du 29 avril 2002, 4C.24/2002, CdB 2002, p. 144 ; DB 2003 N 3 ; ATF 132 III 24 ; LCHAT (n. 16), p. 336 ; WESSNER PIERRE, L'obligation du locataire de payer le loyer et les frais accessoires, 9^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 1996, N 44 ; RICHARD PHILIPPE, Les frais accessoires au loyer dans les baux d'habitation et de locaux commerciaux, 12^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2002, N 25 et 121.

⁷¹ Le plus souvent, le locataire devra intervenir avant l'échéance du délai au terme duquel les parties ont convenu que le solde était présumé reconnu s'il n'avait pas été contesté, TF du 29 avril 2002, 4C.24/2002, CdB 2002, p. 144 ; DB 2003 N 3.

⁷² ATF 126 III 119, JdT 2000 I 630 ; TF du 29 avril 2002, 4C.24/2002, CdB 2002, p. 144 ; DB 2003 N 3.

acomptes qui dépassent le total de ces frais en vertu d'une cause qui ne s'est pas réalisée⁷³. L'accord sur la restitution des acomptes doit *a fortiori* valoir lorsque aucun décompte n'a été établi dans les délais prévus (art. 4 OBLF) et permettre au locataire d'obtenir la restitution de ce qu'il a versé sur la base du droit des contrats et non, comme le proposent certains, en vertu des règles de l'enrichissement illégitime.

63. L'action contractuelle du locataire en restitution des acomptes se prescrit par dix ans, en application de l'art. 127 CO⁷⁴.

bb. Après la reconnaissance du solde

64. La reconnaissance du solde du décompte par le locataire vaut novation (art. 117 al. 2 CO). Elle entraîne l'extinction de la dette calculée sur la base du décompte et son remplacement par une dette nouvelle, correspondant au solde du décompte. La novation a toutefois un caractère causal, si bien que la nouvelle dette ne naît que si l'ancienne existait. Par conséquent, le locataire qui constate après la reconnaissance du solde que celui-ci a été mal calculé et qu'il a versé des acomptes en trop peut soutenir que la novation a dans cette mesure été faite sans cause juridique valable et récupérer ses acomptes sur la base des art. 62 ss CO⁷⁵. L'art. 63 CO est applicable, puisque le locataire a ici enrichi le bailleur *sine causa*. Cela ne devrait en général pas limiter le droit du locataire à la restitution, dans la mesure où l'erreur dans le calcul du solde a été découverte après la novation.

IV. Conclusion

65. Comme le relève le TF dans sa jurisprudence récente, les règles sur l'enrichissement illégitime conservent un rôle certain lorsqu'il est question de récupérer des paiements⁷⁶.
66. Le critère décisif pour savoir quand les art. 62 ss CO s'appliquent n'est pas l'existence ou non d'un contrat entre les parties, mais le fait que le

⁷³ KOLLER (n. 15), § 31 N18 et 47 s.

⁷⁴ Supra, I.A.2.b.

⁷⁵ ATF 126 III 119, JdT 2000 I 630 ; TF du 29 avril 2002, 4C.24/2002, CdB 2002, p. 144 ; DB 2003 N 3 ; ATF 104 II 190, JdT 1979 I 8 ; VON TUHR/ESCHER (n. 67), p.183 et 186 ; voir aussi GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY (n. 2), N 3355.

⁷⁶ ATF 127 III 421, JdT 2002 I 318 ; 130 III 421 ; 133 III 356.

paiement considéré repose ou non sur une cause juridique (art. 62 al. 2 CO). Ainsi, en matière de bail, les art. 62 ss CO s'appliquent en principe :

- à la restitution des loyers payés sur la base d'un contrat non conclu ou qui a déjà pris fin et à celle des loyers payés en exécution d'une hausse nulle pour vice de forme (art. 269d CO), car il s'agit de paiements effectués sans cause valable ;
 - à la restitution des paiements effectués avant l'invalidation du bail pour lésion (art. 21 CO) ou vice du consentement (art. 23-31 CO), dans la mesure où elle a un effet *ex tunc*, ainsi qu'à la restitution des loyers versés avant l'entrée en force d'une baisse (art. 270 et 270a CO), car il s'agit de paiements effectués en vertu d'une cause qui a cessé d'exister.
67. Les art. 62 ss CO s'appliquent aussi à la restitution des acomptes sur frais accessoires demandée après la reconnaissance du décompte. La novation (art. 117 CO) qu'entraîne cette reconnaissance a en effet été faite sans cause valable si elle porte sur un solde erroné, parce que calculé en considération d'acomptes versés en trop. En revanche, la restitution des acomptes excessifs s'effectue en vertu des règles contractuelles si elle est demandée avant la reconnaissance du solde du décompte. De tels acomptes ont certes été versés en vertu d'une cause qui ne s'est pas réalisée. L'accord des parties sur le caractère provisoire de leur paiement l'emporte néanmoins sur les art. 62 ss CO, car les règles de l'enrichissement illégitime sont subsidiaires aux règles contractuelles.
68. Enfin, la restitution du loyer en cas de défaut de la chose louée (art. 259d CO) s'opère selon les règles contractuelles, car la naissance du droit à la réduction du loyer n'affecte pas la cause du paiement de ce loyer.
69. Cela étant, il ne faut pas surestimer la différence entre l'enrichissement illégitime et le droit des contrats, car la restitution se fera selon des règles similaires, qu'elle repose sur l'un ou l'autre fondement. La distinction entre ces deux fondements joue surtout un rôle en matière de prescription : l'action en restitution se prescrit par une année si elle est soumise aux règles de l'enrichissement illégitime (art. 67 CO) et par dix ans si elle est contractuelle (art. 127 CO). Cette distinction perdra

beaucoup de son intérêt pratique si, comme on peut l'espérer, le législateur se décide à moderniser et unifier le droit de la prescription⁷⁷.

⁷⁷ Pour une critique du régime actuel de la prescription, voir PICHONNAZ PASCAL, La prescription de l'action en dommages-intérêts : un besoin de réforme, in : WERRO (éd.), Le temps dans la responsabilité civile, Berne 2007, p. 71 ss.