

PROBLEMES POSES PAR LES LOYERS PAYES A TORT

par

François KNOEPFLER,

Avocat,

Professeur à l'Université de Neuchâtel

I. INTRODUCTION

L'Arrêté fédéral instituant des mesures contre les abus dans le secteur locatif (AMSL) constitue une législation spéciale, protectrice du locataire.

Elle est marquée par son formalisme (voir, par exemple, les articles 13, 18, 20 AMSL).

L'autonomie des parties a été restreinte. Le bailleur ne peut plus obtenir du locataire, même avec son accord, n'importe quelle prestation (voir notamment l'article 5 AMSL en relation avec l'article 271 al. 2 CO. Pour un cas particulier : ATF 105 II 35, JT 1979, 349, Sutter c/ Tommazini).

La manifestation de la volonté du bailleur, non conforme à l'AMSL, exclut l'action en exécution en cas d'opposition du locataire.

L'exécution accomplie par le locataire d'une prestation exigée par le bailleur en violation formelle ou/et matérielle de l'AMSL ouvre-t-elle toujours l'action en répétition de l'indû pour cause d'enrichissement illégitime (art. 62 ss CO) ?

Le cas le plus important est certainement celui de l'augmentation du loyer, de la création ou de l'augmentation d'une charge fondée sur une déclaration du bailleur violant l'article 18 AMSL. Celui-ci prescrit que *"la majoration doit être notifiée sur une formule agréée par les cantons"*. Le bailleur a donc *"l'obligation d'informer le preneur par avis motivé"*. La formule devra donc indiquer que *"le locataire peut, dans les 30 jours à compter de la réception de l'avis, contester le montant du loyer qu'il estime abusif devant la Commission de conciliation"*.

La loi prévoit même les conséquences du vice de forme :  
*l'avis de majoration est nul.*

Le but poursuivi en général par le législateur, qui exige le respect d'une forme particulière, n'est pas toujours le même. On peut citer : la sécurité des transactions, la conservation d'un moyen de preuve, une réflexion imposée à celui qui s'engage.

Le but particulier poursuivi par l'AMSL (reprenant en cela une réglementation de la surveillance des loyers) est de permettre au locataire de décider s'il conteste ou accepte la notification, et dans le cas de sa validité, s'il entend résilier le bail (Message du Conseil fédéral, FF 1982 I 1234).

Conclusion provisoire : le locataire qui a payé des loyers ou des frais fondés sur des déclarations faites en marge des articles 18 et 20 AMSL devrait pouvoir en demander la restitution.

## II. L'ENRICHISSEMENT ILLEGITIME ET L'ACTION EN REPETITION DE L'INDU

### Doctrine

- CARRY Paul, Les conditions générales de l'action en enrichissement illégitime en droit suisse, Genève, 1927.
- BUSSY André, Etude sur les conditions générales de l'enrichissement illégitime en droit suisse, Lausanne, 1922.
- ENGEL Pierre, Traité des obligations en droit suisse, Neuchâtel, 1973, p. 393 ss.
- VON TUHR Peter, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts I, Zurich 1979, p. 472 22.

Les conditions de l'enrichissement illégitime sont les suivantes :

- a) Un enrichissement. Il peut se présenter sous quatre formes : augmentation de l'actif, diminution du passif, non diminution de l'actif, non augmentation du passif. Il s'agit d'une augmentation de fortune égale à la différence existant entre le patrimoine possédé réellement par la personne enrichie et celui que cette personne aurait si l'enrichissement ne s'était pas produit.

- b) L'appauvrissement. L'enrichissement doit s'effectuer aux dépens d'autrui. Il n'y a pas d'enrichissement illégitime s'il n'y a pas d'appauvrissement. Exemple fourni par Hauser (n. 7 ad art. 62) : la démolition de ma maison apporte une plus-value, soit la vue, à l'immeuble de mon voisin. La personne appauvrie ne doit pas disposer d'une autre action (action en revendication ou action en exécution du contrat). Caractère subsidiaire de l'action basée sur l'enrichissement illégitime.
- c) Le lien de causalité. Il s'agit plus exactement d'un rapport de connexité. Cette condition est liée à celle de l'absence de cause (ATF 106 II 31, Brown c/ Kyriakidou).
- d) L'absence de cause. La formulation de la loi ne fait qu'énoncer les conditions nécessaires à une action en restitution, mais ne dit pas ce qu'il faut entendre par cause juridique ou absence de cause juridique. On distingue l'enrichissement sans cause valable (condictio sine causa), l'enrichissement en vertu d'une cause qui ne s'est pas réalisée (condictio causa data, causa non secuta) et enfin l'enrichissement en vertu d'une cause qui a cessé d'exister (condictio causa finita).

La répétition de l'indû (condictio indebiti) est le cas le plus important de l'enrichissement illégitime. L'article 63 CO permet à celui qui a payé volontairement ce qui n'était pas dû de le répéter, dans la mesure où celui qui a effectué la prestation croyait par erreur qu'il devait, alors qu'il ne devait pas. Les conditions sont :

- un paiement;
- un paiement volontaire, soit plus particulièrement un paiement fait solvendi causa;
- l'inexistence de la dette;
- une erreur.

Celui qui connaît l'inexistence de la dette n'enrichit pas de façon illégitime le créancier en payant. Celui qui paie volontairement, mais par erreur, doit prouver son erreur.

On n'exige pas que l'erreur soit excusable (évolution de la jurisprudence, SJ 1922, 129, puis ATF 64 II 132).

Le caractère essentiel de l'erreur n'est pas exigé.

L'erreur est jugée différemment suivant les circonstances. En cas de contrainte, il n'y a pas d'erreur.

Exemple : paiement volontaire, en connaissance de cause de l'absence de droit du créancier ou du défaut de forme. La répétition paraît exclue (ATF 107 II 255, notamment c. 4, Ehrenberg et Bernasconi c/ Frischknecht).

Cas spécial : application de l'ACF du 10 juin 1953 sur le maintien d'un contrôle des prix réduits et de l'OCL du 30 décembre 1953 interdisant toute augmentation de loyer non approuvée par l'autorité compétente. Fixation illégitime d'un loyer par deux parties. Le locataire n'est pas fondé à demander la restitution de l'enrichissement illégitime lorsqu'il a payé plus que le loyer fixé

par l'autorité, et sachant que l'augmentation était illicite (ATF 85 IV 101, Walter, JT 1959, 88 résumé).

Considérations générales sur les rapports bailleur / locataire. Faut-il appliquer strictement l'AMSL quelles que soient les relations qui existent entre bailleur et locataire ? Faut-il admettre que la législation exceptionnelle de l'AMSL, soit une protection du locataire, est fondée sur la dépendance (théorique ou réelle ?) du locataire vis-à-vis du bailleur ?

Modèle d'opinion : le législateur part de l'idée "*que le locataire peut ignorer les droits que lui confère la loi et imposer au bailleur de les lui faire connaître. Le législateur renverse donc la présomption "nul n'est censé ignorer la loi" dont le sens est que nul ne peut se prévaloir de son ignorance de la loi*" (Tribunal cantonal vaudois, Chambre des recours, 12 août 1980, V. c/ J., non publié. Idem en matière de droit du travail - ATF 105 II 39, JT 1979, I, 608, Leuenberger c/ Ciulla).

### III. L'ABUS DE DROIT

Doctrine :

- Henri DESCHENAUX, Le titre préliminaire du Code civil, Traité de droit privé suisse, p. 178 ss.
- Hans MERZ, Berner Kommentar I/1, p. 346 ss.

L'article 2 CCS prévoit que "l'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi".

Le principe de l'abus de droit vaut en matière d'application de l'AMSL :

*"Bien entendu, le principe de la confiance énoncé par l'article 2/1 CCS s'applique aussi au domaine de l'AMSL, comme pour l'ensemble du droit civil fédéral (ATF 83 II 349). A la lumière de cette règle générale, on peut admettre que le non-exercice d'un droit pendant un certain temps, même si ce droit n'est pas soumis à prescription, peut être dans certaines circonstances compris comme une renonciation tacite. Comme l'AMSL laisse au locataire le soin d'attaquer ou non un loyer qu'il estime exagéré, et de ce fait ne restreint pas ici l'autonomie des parties, une telle renonciation n'est en aucune manière exclue."*

(Tribunal fédéral, 15 décembre 1981, S. c/ N., non publié).

Le Message du Conseil fédéral n'exclut pas non plus l'article 2 al. 2 CCS (FF 1972, I, p. 1223).

Le principe a déjà été posé pour d'autres matières par le Tribunal fédéral : ATF 105 II 39, H. Leuenberger & Söhne c/ Ciulla - JT 1979, I, 608; ATF 91 II 4, Wirth & Co AG c/ Feldmühle AG, JT 1965, I, 622.

Conclusion provisoire : l'abus potentiel est du côté du bailleur, ainsi que l'énonce le titre même de l'AMSL. Les prétentions du locataire peuvent également se heurter à l'article 2 CCS dans le domaine de la répétition de l'indû.

Appréciation de l'abus de droit

- a) Thèse favorable au bailleur. Application large de l'abus de droit. Le locataire paie en connaissant la nullité de la notification que lui a faite le bailleur (hypothèse subsidiaire : le bailleur ignore les conditions spéciales de l'AMSL / il les connaît).

Si le locataire invoque ultérieurement un vice de forme, l'abus de droit devrait être reconnu. Il l'a été : Genève, SJ 1979, 588, Buhagia c/ SI Rue du Midi 12-14).

Quid si, en dépit du vice de forme, les indications requises par l'AMSL ont été fournies au locataire ? Application stricte de la preuve de cette connaissance (Tribunal cantonal vaudois, Chambre des recours, 12 août 1980, V. c/ J., non publié).

L'abus de droit que commet le locataire en payant en connaissance de cause, puis en réclamant la restitution, peut être de plusieurs types :

- venire contra factum proprium. Mais les conditions d'un tel abus sont très restrictives :

*"Es gibt keinen allgemeingültigen Grundsatz der Gebundenheit an früheres eigenes Handeln. Vielmehr ist es im Prinzip jedermann gestattet, sein Verhalten und seine Meinung aufgrund besserer Belehrung im Laufe der Zeit zu ändern. Ein von der Rechtsordnung verpönte venire contra factum proprium liegt erst dann vor, wenn durch das frühere Verhalten bei einem Partner ein schutzwürdiges Vertrauen begründet worden ist, das diesen zu Handlungen veranlasst hat, die ihm nunmehr, angesichts der neuen Situation, zum Schaden gereichen."*

(ATF 106 II 320, notamment 323, L. AG c/ S. AG).



- invocation contraire aux règles de la bonne foi d'un vice de forme. Peut-on appliquer au domaine de l'AMSL les principes développés en matière de vente immobilière, notamment dans l'ATF 104 II 99, Grawehr c/ Sahli, JT 1979, I, 16 ?

*"L'abus de droit sera admis lorsque la partie aura délibérément créé ou accepté le vice de forme, soit lorsqu'elle l'invoque dans un but étranger aux intérêts que la forme a pour fonction de protéger."*

- Le fait de tolérer pendant un certain temps qu'un droit soit violé et de se prévaloir de cette violation ensuite. L'abstention peut-elle être assimilée à une renonciation ? Peut-on appliquer la règle *"quis tacet consentire videtur ubi loqui potuit ac debuit"* ? (Tribunal cantonal vaudois, Chambre des recours, 27 octobre 1976, non publié).

- b) Thèse favorable au locataire. Application restrictive de l'abus de droit.

*"On ne peut retenir l'abus de droit que si le locataire a agi en connaissant le vice, et qu'il l'a lui-même astucieusement provoqué."*

(Tribunal cantonal vaudois, Cour civile, 11 septembre 1981, S. c/ J.; Chambre des recours, 27 octobre 1976, G. c/ SI T.; Chambre des recours, P. c/ B., 26 avril 1978).

#### Appréciation des deux thèses

- L'AMSL fournit au locataire tous les instruments qui doivent lui permettre de défendre ses intérêts. L'AMSL constitue une atteinte au principe qui sous-tend le droit des obligations. Législation d'exception, elle doit être comprise de manière restrictive.

- L'AMSL vise à procurer au locataire une protection absolue. L'exception est si profonde qu'elle s'interprète indépendamment des circonstances, du but poursuivi et des principes généraux du droit des obligations.

IV. ETENDUE DE LA RESTITUTION. L'ACTION COMPENSATOIRE  
(RÜCKVORDERUNGSSCHADEN)

ATF 64 II 132, Commune de Cernier c/ Guyot. *"Lorsqu'un bail à ferme est invalidé pour cause d'erreur essentielle sur la contenance du domaine, le bailleur n'est tenu de restituer au fermier, à titre d'enrichissement illégitime, que le montant des fermages, avec intérêts, qui dépasse la valeur effective de la chose affermée, sans égard au prix stipulé."*

ATF 106 II 36, c. 4, K.B. *"L'article 64 CO oblige le défendeur à restituer la valeur de son enrichissement au moment de la répétition... Dans l'action en répétition du paiement de l'indû, l'enrichissement ne se détermine pas selon les stipulations du contrat invalidé, mais d'après la situation patrimoniale du défendeur au moment de la répétition."*

L'importance de la prétention en restitution peut également être fonction de la bonne foi de l'enrichi. L'enrichi savait-il ou devait-il savoir qu'il pouvait utiliser, investir ou dépenser ce qu'il recevait ? (voir ATF 99 II 377, Zindel et Bürer c/ Obrecht, JT 1974, I, 330).

On doit distinguer selon la situation du bailleur :

- le bailleur professionnel. L'article 18 AMSL fait partie du minimum de connaissances nécessaires;

- le bailleur laïc. On devrait être plus tolérant :

*"... so wäre es zweifellos verfehlt, vom Empfänger einer freiwillig erbrachten Leistung besondere Nachforschungen nach der Rechtsbeständigkeit ihres Grundes zu verlangen und nicht auch ihm die Geltendmachung seines Irrtums zu gestatten."*

(Spiro, Kann der Mieter die Instandstellungsentschädigung zurückfordern, BJM 1979, p. 120).

C'est au bailleur-enrichi de prouver qu'il doit restituer moins qu'il n'a reçu. Les tribunaux disposent d'une large marge d'appréciation (ATF 82 II 430, Roman c/ Volkart et Stutz, HT 1957, I, 144; ATF 87 II 137, Felder c/ Bangerter, JT 1961, I, 604). Eléments à prendre en considération :

- le bailleur fait valoir qu'il a effectué des dépenses qu'il n'était pas dans l'obligation d'assumer;
- le bailleur fait valoir de manière générale que l'augmentation qu'il avait exigée et qui a été payée était justifiée. Importante jurisprudence bâloise. En principe, la compensation est admise pour autant qu'il soit démontré qu'une augmentation raisonnable aurait été justifiée. Cette démonstration n'est pas aisée :

*"Auch im vorliegenden Fall muss berücksichtigt werden, dass eine Zustimmung des Mieters zu einem höheren Mietzins bzw. die Möglichkeit einer Vermietung an einen Dritten zu einem solchen höheren Zins nicht ohne weiteres im Belieben der Vermieterin stand. Der Mieter hätte die Mietpreiskontrolle einschalten bzw. eine Kündigungseinsprache erheben können."*

(Tribunal civil Liestal, 13 janvier 1981, G. c/ Fondation M.)

Dans l'arrêt Ehrenberg et Bernasconi c/ Frischknecht (ATF 107 II 255, JT 1982, 73, notamment 76), le Tribunal fédéral déclare :

*"On ne saurait légitimer une prétention illégitime en lui attribuant une autre cause, et plus précisément en prétendant a posteriori des augmentations de loyer... Il fallait*

*en l'espèce prouver à satisfaction de droit : premièrement qu'une augmentation aurait été réclamée s'ils avaient connu leur véritable situation juridique. Sur le second point, on ne peut faire que des hypothèses; sur le premier, en revanche - quoi qu'en disent les recourants -, la preuve était possible."*

- Le remboursement des impôts payés en trop par le bailleur (Spiro, op. cit., p. 123).

#### V. LA PRESCRIPTION

Elle est de dix ans dès la naissance de l'enrichissement, soit du paiement, au maximum. L'action doit être introduite dans le délai d'un an dès le jour où l'appauvri (le créancier) a eu connaissance de son droit à répétition.

La question essentielle est celle du dies a quo :

- Dans le cas du locataire qui, au moment du paiement, ignorait les conditions de l'AMSL et les découvre ultérieurement. Ce délai part-il dès le moment de la découverte ou dès le moment de la fin du bail ?
- Lorsque le locataire connaissait la nullité de la notification, la prescription peut-elle partir d'un autre jour que celui du paiement ?

C'est à l'enrichi de prouver que le délai de prescription est acquis (Spiro, Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs- Verwirkungs- und Fatalefristen, vol. I, § 360). Doit-on admettre comme suffisante la preuve que le créancier a dû connaître son droit ? (thèse de Spiro, op. cit., § 117). Exemple de preuve indirecte : l'affiliation du locataire à une association de locataires, ou sa participation à d'autres contestations devant la commission de conciliation, le courrier du locataire, etc. La question a été examinée dans la

jurisprudence bâloise relative à la répétition des frais de blanchiment payés à tort. Exemple donné par le Tribunal de district de Liestal (23 septembre 1980, M. c/ M.) :

*"Die Kenntnis des Anspruchs kann auch angenommen werden, wenn sich der Anspruchsberechtigte ohne jede Mühe über seine Rückforderung orientieren konnte. In diesem Zusammenhang kann festgestellt werden, dass alle grösseren Zeitungen der Region Basel den erwähnten Bundesgerichtsentscheid veröffentlicht und kommentiert und darüber hinaus noch in März 1980 darauf aufmerksam gemacht haben, dass der Rückforderungsanspruch des Mieters für bezahlte Instandstellungspauschalen verjähre, wenn der Anspruch nicht bis zum 1 April 1980 geltend gemacht werde."*

Peut-on admettre que le dies a quo partirait de la fin du bail ? Cette thèse, qui s'oppose aux principes généraux du droit des obligations, partirait de l'idée que le locataire, partie faible, prendrait des risques en demandant restitution des loyers payés à tort pendant la durée du bail. Voir à ce propos, en matière de bail à ferme, l'ATF 106 Ib 412, Aeschlimann JT 1981, I, 595, 597 .

*"Bien que le fermier soit la partie la plus faible, la loi n'entend pas le protéger en toutes circonstances, mais seulement dans la mesure où la protection se révèle justifiée dans le cas particulier."*

Il existe un lien entre l'appréciation du dies a quo en matière de prescription et la théorie de l'abus de droit.

---