

ARTICLE

Actes et/ou omissions du représentant ou mandataire : sont-ils opposables au bailleur et/ou au locataire ?

Quelques réflexions suite à l'arrêt 4A_302/2021 du 28 janvier 2022 du Tribunal fédéral suisse (contestation de loyer initial découlant de l'absence de formule officielle). Handlungen und/oder Unterlassungen des Vertreters oder des Beauftragten : sind solche Handlungen dem Vermieter und/oder dem Mieter zurechenbar ? Ausführungen zum BGE 4A_302/2021 vom 28. Januar 2022 (Anfechtung der Kündigung infolge nicht Verwendung des offiziellen Formulars).

Nicolas Saviaux, docteur en droit, avocat, Lausanne

Quels enseignements tirer de l'arrêt du 28 janvier 2022 du Tribunal fédéral, reproduit aux pages qui suivent ?

Connaissance de son droit

1. Tout justiciable doit avoir la « *connaissance de son droit de répétition* », au sens de l'art. 67 al. 1 CO, à défaut de quoi son droit de réclamer le remboursement de l'indu payé à tort (en l'occurrence des loyers ou fractions de loyers, motif pris de la nullité du loyer initial) ne se prescrit pas.

Le domaine de la connaissance effective relève **de ce que sait une personne ou de ce qu'elle ignore**, dans son for intérieur¹. Il s'agirait, si l'on voulait suivre cette jurisprudence à la lettre, de pouvoir, en quelque sorte, lire dans les pensées et déterminer ce qu'une personne sait ou ignore, soit une démarche/preuve impossible (*probatio diabolica*). Une lecture à la lettre obligerait le juge à ne pouvoir se fonder que sur les propres déclarations/aveux de l'intéressé, étant donné que le savoir ou l'ignorance relèvent du for intérieur/mental/conscience/cerveau/pensée. Or, vu les intérêts en jeu, en principe financiers, il est indispensable de pouvoir se fonder sur des indices et circonstances objectifs, permettant d'affirmer que le lésé dispose de cette connaissance et que, par conséquent, le délai relatif de prescription a commencé à courir. A défaut, le lésé pourrait **repousser** de manière presque indéfinie le début du délai relatif de prescription, puisqu'il lui **suffirait d'affirmer qu'il n'avait pas cette connaissance**. Vu son intérêt économique, il n'avouera jamais qu'il « *savait* » depuis un temps plus long que le délai relatif de prescription.

¹ Il en va de même de la volonté, laquelle est un « *fait qui ressortit au for intérieur* » (TF 4A_71/2014 du 30 avril 2014, cons. 2.1.2).

Face à une preuve impossible à rapporter (on devrait soit dépendre des aveux de l'intéressé, qui admettrait qu'il savait, soit pouvoir lire dans ses pensées), il est logique de pouvoir **se fonder sur des indices et circonstances objectivement constatables**².

Opposabilité au bailleur

2. D'ailleurs, c'est ce que font les juridictions appliquant le droit du bail, lorsqu'il s'agit d'examiner ce que sait ou ne sait pas la partie bailleuse.
 - a. Dans une affaire mettant en lumière la modification du contrat de bail par actes concluants, la Chambre des baux et loyers de Genève a retenu que *« la bailleuse était au courant (« consciente ») depuis le début, dès la conclusion du second contrat (appartement de deux pièces) en 1997, de cette inversion des occupations des appartements, qu'elle n'avait émis aucune objection à ce sujet avant 2010 et qu'elle n'a même pas prétendu qu'elle aurait ignoré... »*³. Le Tribunal fédéral a approuvé cette façon de procéder. Donc, **on voit que le juge est capable, sur la base d'indices et de constatations, lesquelles ressortent de l'administration des preuves, de se mettre dans l'esprit de l'intéressé**, puisqu'il va même jusqu'à parler de sa *« conscience »*. Et c'est là parfaitement logique, étant donné que la connaissance ou l'ignorance, tout comme la volonté, relèvent du domaine intime du cerveau humain. Il faut donc bien se fonder sur les circonstances extérieures et en déduire cette *« conscience »* du savoir ou de l'ignorance. **Et le fait qu'il y ait un mandataire / représentant joue un rôle central.**

Dans cet arrêt, il est en effet mentionné: *« Au contraire, retenir l'inverse, à savoir que pendant 13 ans, la bailleuse, respectivement sa régie dont la connaissance lui est imputable (ATF 140 III 86 cons. 4.1), ne savait pas qui occupait les appartements serait arbitraire car contraire à l'expérience générale de la vie »* et encore *« Au vu des faits constatés, sans arbitraire (cf. supra cons. 4), la bailleuse, ou tout au moins l'employé de la régie en charge des appartements en question, connaissait la situation (...) il y a lieu d'admettre en droit que la bailleuse, respectivement par sa représentante, la régie, a accepté, par actes concluants, une modification des contrats... »*⁴
 - b. Dans un cas concernant un calcul de rendement, la Haute Cour a retenu que *« dès la première instance, la bailleuse était assistée de son avocat, réputé connaître notamment la nécessité d'établir le rendement de la chose louée par le locataire, par opposition au rendement de l'immeuble entier et au rendement d'autres immeubles, ce qui nécessitait la production de pièces topiques »*⁵.
 - c. Dans une affaire vaudoise, les juges ont été jusqu'à considérer que l'avocat (NB: du bailleur...) **avait engagé sa responsabilité civile**, cela pour avoir commis une faute professionnelle, puisqu'il n'avait pas tiré argument de l'ab-

2 C'est du reste ce que confirme la Haute Cour, s'agissant d'établir la *« volonté »*, qui ressortit au *« for intérieur »*. Dans l'arrêt 4A_71/2014 mentionné en note précédente, *« la cour cantonale est parvenue à une conviction à propos de cette volonté en analysant les preuves qui ont été apportées devant elle »*.

3 4A_431/2019 du 27 février 2020 cons. 4.1, Droit du bail 32/2020 n° 5 p. 25.

4 4A_431/2019 du 27 février 2020 cons. 4.1.1 et 5.4, Droit du bail n° 32/2020 n° 5 p. 25.

5 4A_211/2015 du 8 décembre 2015 cons. 3.3.

sence de la formule officielle. Le Tribunal fédéral a avalisé ce raisonnement, qu'il a jugé non arbitraire, dans son arrêt du 7 mars 2018⁶: « *Comme argument principal, ils faisaient valoir l'absence de formule officielle de fixation du loyer initial lors de la conclusion du bail. **Tout mandataire professionnel qui se dit actif dans le domaine du droit du bail doit savoir qu'un tel vice conduit à la nullité du loyer initial, qui doit être refixé par le juge...*** »

On le voit: les actes ou omissions du représentant (p. ex. une régie immobilière) ou du mandataire (p. ex. un avocat) sont considérés comme opposables et, *de facto*, sont opposés au bailleur.

Inopposabilité au locataire

3. Singulièrement, il n'en va pas de même, lorsqu'il s'agit d'examiner si les actes et/ou omissions du représentant/mandataire sont opposables au locataire.
 - a. L'arrêt du 28 janvier 2022 en est la démonstration. Ainsi, les juges fédéraux ont retenu, au considérant 4.2: « *Il est en effet courant que des avocats effectuent le travail pour lequel ils ont été mandatés – en l'espèce une action en suppression des défauts de la chose louée et réduction du loyer – mais ne recherchent pas d'autres actions qu'ils pourraient tenter.* »

Avant eux, la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal vaudois avait même écrit, au sujet de l'avocate des locataires consultée des années auparavant: « *Par ailleurs, même si elle avait été consultée immédiatement pour une demande de baisse de loyer, on ne peut affirmer avec certitude qu'elle aurait vérifié que celui-ci avait été valablement fixé (...). Et si l'on peut concéder que l'intéressée aurait sans doute pu vérifier ce qu'il en était, la seule question pertinente est de savoir si elle l'a effectivement fait.* »⁷

Ainsi donc, l'avocat du locataire peut être incompetent et ne pas remarquer quelque chose d'aussi élémentaire que l'absence de la formule officielle de notification de loyer lors de la conclusion d'un nouveau bail. Cela reste sans conséquence aucune pour son mandant, soit le locataire, alors même que le Tribunal fédéral affirme pourtant, depuis 1919, que ce que sait le mandataire est imputable au mandant⁸.

- b. Dans un arrêt antérieur du 3 juin 2015, le Tribunal fédéral était allé encore plus loin, en exonérant le locataire du manque de diligence de son avocat⁹. Pourtant, l'instance cantonale supérieure, dans cette affaire fribourgeoise où il était question de frais accessoires, avait constaté que les locataires avaient consulté un avocat, praticien spécialiste du droit du bail à loyer conseillant régulièrement des clients dans des contestations de hausse de loyer. Man-

6 4D_59/2017 du 7 mars 2018 partie faits B.b, Droit du bail n° 30/2018 n° 5 p. 22 ss.

7 Cour d'appel civile du Tribunal cantonal vaudois, arrêt du 20 avril 2021 HC/2021/288 n° 187, cons. 4.3.

8 S'agissant de la connaissance suffisante du dommage, au regard de l'art. 60 al. 1 CO, la jurisprudence fédérale remontant à 1919 prévoit que **le lésé se voit imputer la connaissance** de son mandataire (ATF 45 II 322 cons. 4; TF, 4A_454/2010, 6.1.2011, cons. 3.1 affirmant « *Ce que sait le mandataire du lésé est imputable à celui-ci* »). Le Tribunal fédéral a de surcroît toujours affirmé que le lésé devait disposer d'assez de temps pour estimer l'étendue définitive de son dommage « *seul ou avec le concours de tiers* » (ATF 96 II 39 cons. 2a; ATF 111 II 52 cons. 3a). Franz Werro, La responsabilité civile, 3^e éd., Berne 2017, n° 1606).

9 4D_13/2015 du 3 juin 2015, cons. 7.

daté pour un contrôle du loyer initial, les juges fribourgeois ont considéré que l'avocat ne pouvait pas ne pas avoir remarqué l'invalidité du contrat au sujet du forfait pour frais accessoires et qu'il ne pouvait qu'avoir attiré l'attention de ses clients sur ce point. Venant au secours des locataires, le Tribunal fédéral a admis leur recours, en affirmant que les juges précédents s'étaient livrés à des « *extrapolations* » et à des « *conjectures* », qui se rapporteraient « **au comportement à attendre d'un avocat idéalement compétent et diligent. Purement théoriques, elles ne trouvent aucun appui dans les éléments de preuve qui étaient concrètement soumis à l'appréciation du tribunal. En réalité, rien n'autorise à constater en fait, de manière à fonder une décision judiciaire, que M^e U. ait informé les demandeurs de ce que le contrat relatif à leur appartement était vicié au sujet du forfait pour frais accessoires.** »

4. Cette analyse déconcertante est sans doute due à l'obnubilation de vouloir protéger la partie dite « *faible* » qu'est le locataire. Or, dès le moment où un locataire a consulté un juriste mandataire de l'Asloca, ou, mieux encore, un/e avocat/e spécialisé/e en droit du bail ou qui se présente comme tel/le, l'on ne saurait, évidemment, plus le considérer comme partie faible. Dès cet instant, il est sur pied d'égalité avec le bailleur, voire plus fort, tant il est notoire que les avocats du droit du bail, et aussi les mandataires de l'Asloca, sont très instruits et au fait de toutes les jurisprudences favorables aux locataires.

Conclusions

5. Le droit du bail à loyer semble de plus en plus fonctionner à deux vitesses. Pour ce qui est du bailleur, on n'hésite pas à se fonder sur des indices et circonstances objectivement constatables, cela pour affirmer qu'il est « *conscient* » de tel ou tel fait. On lui impute le savoir de son mandataire (régie ou avocat), ou, mieux encore, ce qu'aurait dû savoir ce mandataire. On oppose au bailleur les actes et/ou omissions de son représentant/mandataire.

A l'inverse, s'agissant du locataire, on ne lui oppose pas la connaissance de son mandataire/représentant, ni ce que ce dernier serait pourtant réputé savoir, connaître et maîtriser. En d'autres termes, aussi longtemps que le locataire ne déclare pas qu'il a « *connaissance* » de ses droits, ceux-ci ne commencent pas à se prescrire. Le locataire peut avoir consulté deux, trois, quatre, cinq mandataires (consultants Asloca, avocats/es, agents d'affaires brevetés), voire plus.

Ils peuvent tous être dénués de la diligence la plus élémentaire : en effet, vérifier si le loyer est valablement fixé, en contrôlant si la formule officielle de couleur verte dans le canton de Vaud est au dossier de leur client, équivaut à une démarche basique que l'on est en droit d'attendre de tout mandataire professionnel¹⁰. Omettre une vérification aussi fondamentale demeure pourtant sans aucune conséquence pour le client, si c'est un locataire.

Ce dernier peut ainsi repousser le début du délai relatif de prescription à sa guise et le faire dépendre de son bon vouloir, en affirmant que, jusque-là, il ignorait, il ne savait pas, il n'était pas conscient, etc.

¹⁰ Dans le domaine médical, cela équivaudrait à attendre d'un médecin examinant son patient qu'il contrôle son pouls et sa tension.

6. En outre, la faiblesse du raisonnement est flagrante, puisque la « découverte » de ses droits par le locataire **dépend du pur hasard**. En effet, étant donné que le locataire serait, veut-on croire, ignorant de ses droits et qu'il n'aurait, dans l'hypothèse ici examinée, pas reçu la formule officielle, **comment pourrait-il se rendre chez un spécialiste mandataire pour évoquer ce problème, puisque précisément il est réputé l'ignorer ?**

Dans tous les cas examinés, le locataire est allé consulter pour un autre problème, par exemple un problème de résiliation de bail, de baisse de loyer, de défaut de la chose louée. Comment aurait-il pu aller consulter pour un problème de loyer initial, puisqu'il serait, dit-on, ignorant de ses droits et n'aurait pas reçu la formule officielle ? Par définition, le locataire, s'il ignore ses droits, ne peut pas être allé consulter pour un problème dont il n'avait pas même conscience. C'est donc bien au mandataire de faire son travail¹¹. Et, s'il n'est pas diligent, soit qu'il omet de vérifier quelque chose d'aussi élémentaire, il engage sa responsabilité civile¹², mais l'on doit partir du postulat, dès cette omission, que le locataire connaît ses droits. Peu importe si le mandataire a failli, son omission doit être opposée au mandant, en l'occurrence le locataire.

C'est ce que l'on fait s'il s'agit du bailleur, à qui on oppose les actes et/ou omissions de sa régie, de son mandataire avocat ou autre. Imagine-t-on autoriser le bailleur à s'exonérer des conséquences de l'absence de la formule officielle de résiliation de bail, en invoquant que la gérance chargée de son bien a oublié de l'utiliser ? Idem pour toute autre formule obligatoire (hausse de loyer, notification de nouvelles prétentions, etc.) ?

7. Le sentiment de justice et le principe d'égalité n'y trouvent pas leur compte. Ni la saine application du droit, car il n'est pas envisageable d'imaginer deux catégories d'avocats, ou plutôt de varier les exigences à leur égard, selon qu'ils assistent et représentent un bailleur ou un locataire.
- i. Si l'avocat assiste/représente un bailleur, on exige de lui avec rigueur la connaissance du droit et de la jurisprudence. Quant au mandant (le bailleur), il se voit opposer la connaissance et/ou l'ignorance de son mandataire, ses actions et/ou omissions.
 - ii. Si l'avocat assiste/représente un locataire, on laisse toutes ces exigences de côté. L'avocat peut être non diligent et incompétent, ignorer la jurisprudence, passer à côté d'une vérification aussi basique que celle relative à l'existence ou l'absence de la formule officielle. Rien de cela n'est opposable au mandant (le locataire). Au final, c'est comme si celui-ci n'avait pas eu d'avocat. Il n'a rien perdu de ses droits. Et cela dure jusqu'à ce qu'il « tombe », par miracle et par le fruit du pur hasard, sur l'avocat/e qui est capable de relever l'absence de la formule officielle et ses conséquences.

11 Par analogie, c'est comme si le patient atteint d'une maladie devait l'avoir constatée lui-même, avoir défini/identifié/diagnostiqué l'affection. On attendrait du patient d'avoir posé un diagnostic, p. ex. avoir distingué une tumeur bénigne d'une tumeur maligne et avoir téléphoné au médecin pour lui signaler le problème : « Docteur, je vous appelle, car je veux vous voir. J'ai une tumeur cancéreuse. » Or, c'est précisément l'inverse qui se passe dans la réalité et dans la pratique : on va chez le médecin, pour un contrôle de routine ou parce que l'on se sent mal. C'est au professionnel de faire ensuite ce pour quoi il a été formé et pour quoi il est rétribué.

12 Tout comme les juges ont retenu que l'avocat des bailleurs avait engagé sa responsabilité civile, pour n'avoir pas tiré les conséquences de l'absence de formule officielle, qui aurait dû le conduire à plaider que l'objet était un objet de luxe échappant aux règles de protection en matière de loyers (art. 253a CO). (4D_59/2017 du 7 mars 2018 partie faits B.b, Droit du bail n° 30/2018 n° 5 p. 22 ss).

8. L'incompréhension n'est pas moindre, lorsque l'on compare les exigences formulées, de manière toute générale, à l'égard des avocats et le laxisme découlant de l'arrêt examiné, au moment de tirer les conséquences pour le locataire d'avoir été assisté par un/e avocat/e spécialiste du droit du bail.
- « *Le mandataire professionnel est censé connaître la jurisprudence du Tribunal fédéral dans les jours qui suivent sa parution (SJ 1943 p. 23; JdT 1944 I 250; SJ 1936 p. 529).* »¹³
 - « *La Cour européenne des droits de l'homme venait du reste de souligner dans un arrêt récent que l'avocat est réputé connaître la jurisprudence du Tribunal fédéral...* »¹⁴
 - L'exigence de la formule officielle pour fixer valablement le loyer initial fait, évidemment, partie de la jurisprudence que l'avocat/e est réputé/e connaître¹⁵. Cette exigence est même plus grande, puisqu'elle fait partie de la loi¹⁶ et que nul n'est censé l'ignorer, surtout pas un avocat/e ou un juriste.

Le mandataire professionnel, avocat, doit bien entendu procéder à des vérifications de base. Or, il est évident que le premier devoir du mandataire professionnel assistant un locataire de logement dans le canton de Vaud consiste à procéder à la **vérification**, la plus simple imaginable pour un mandataire professionnel avocat/e, réputé connaître la jurisprudence et, surtout, à qui l'on doit opposer la fameuse phrase, selon laquelle « *tout mandataire professionnel qui se dit actif dans le domaine du droit du bail doit savoir qu'un tel vice conduit à la nullité du loyer initial, qui doit être refixé par l'autorité judiciaire...* », **que la formule officielle, permettant de fixer valablement le loyer initial, figure ou pas au dossier de son client.**

Cette formule officielle est, au demeurant, très voyante, dès lors qu'elle est de couleur verte dans le canton de Vaud. Elle est rangée juste après le contrat de bail lui-même. Point n'est besoin d'investigations pour le vérifier. C'est une démarche relevant du b.a.-ba.

Ce ne peut être qu'une démarche à la portée d'un/e avocat/e, à qui l'on impute des exigences bien plus sévères que celle-ci¹⁷. Mais, alors, on doit précisément pouvoir opposer au locataire concerné d'avoir consulté un mandataire et en déduire qu'il a, depuis lors, connaissance de ses droits, surtout lorsque cela concerne une démarche aussi élémentaire que de vérifier si la formule officielle de notification du loyer a été établie et délivrée par le bailleur au locataire.

13 Chambre des recours civile du Tribunal cantonal vaudois, arrêt du 1^{er} décembre 2011 HC/2012/89 n° de décision 290 cons. 1.5.

14 4A_680/2012 du 7 mars 2013 cons. 2.2 *in fine*; voir également 1C_377/2012 du 6 décembre 2012 cons. 2.1; 1C_428/2008 du 27 octobre 2008 cons. 3 *in fine*; 6B_1094/2019 du 25 juin 2020 (d) cons. 1.4.

15 La Haute Cour l'a du reste clairement indiqué dans son arrêt du TF 4A_495/2019, ATF 146 III 82, Droit du bail n° 32/2020 n° 10 page 37 ss, par les termes « *... que cette exigence a été rappelée à répétition reprises par le Tribunal fédéral dans plusieurs arrêts publiés* » (cons. 4.1.3).

16 Loi vaudoise sur l'utilisation d'une formule officielle au changement de locataire (LFOCL) du 7 mars 1993.

17 Voir les arrêts précités en notes de bas de pages 3 et 4, ainsi que l'arrêt 4A_211/215 du 8 décembre 2015 cons. 3.3, où l'on exige de l'avocat quelque chose de plus difficile, ou en tout cas de moins évident, soit d'être « *réputé connaître notamment la nécessité d'établir le rendement de la chose louée par le locataire, par opposition au rendement de l'immeuble entier et au rendement d'autres immeubles, ce qui nécessitait la production de pièces topiques* ».

Le même raisonnement doit s'appliquer pour tous les cas de figure dans lesquels une formule officielle est exigée. Il peut s'agir de la formule de résiliation de bail, de celle de hausse de loyer ou de celle de notification de nouvelles prétentions. En admettant que, pour ces hypothèses, il y ait un vice de forme découlant de l'absence de la formule, il en va de la sécurité du droit et du respect des conventions de considérer que, lorsque le locataire a consulté un mandataire (Asloca, agent d'affaires breveté, avocat/e), il connaît ses droits et les conséquences de l'absence de telle ou telle formule.

Dès ce moment-là, l'absence d'invocation du vice de forme dans un certain délai doit guérir le vice. A défaut, le locataire pourrait l'invoquer seulement des années plus tard, au motif qu'il ignorait, ne savait pas, n'était pas conscient, etc.

9. S'agissant de son arrêt publié aux ATF 146 III 82, où le Tribunal fédéral a évoqué la possibilité de poser la présomption de connaissance du locataire de son droit de contester le loyer initial, plutôt que de tabler sur la présomption d'ignorance de ses droits, étant donné que la formule officielle de notification de loyer existe dans le canton de Vaud depuis plus de vingt-cinq ans, la Haute Cour a esquivé par un argument guère convaincant. L'ATF 146 précité n'aurait concerné qu'une question d'appréciation des preuves. A sa lecture, on retient plutôt qu'il y a eu une ouverture dans le sens de cette présomption de connaissance de ses droits et que l'arrêt du 28 janvier 2022 est une marche arrière.