



Contestation du loyer initial en raison de l'absence de la formule officielle

Moment de la connaissance du droit de répétition par le locataire

NICOLAS SAVIAUX*

Dans certains cantons le bailleur doit remettre au locataire un formulaire de fixation du loyer initial. L'absence de remise de cette formule officielle au locataire entraîne la nullité du loyer initial, ouvrant la voie de la répétition d'un trop-perçu selon les règles de l'enrichissement illégitime. Le point de départ du délai relatif de prescription est celui de la connaissance effective du droit de répétition. Cette connaissance étant liée à ce que sait ou ignore une personne, le juge doit pouvoir se fonder sur des indices et circonstances objectifs, dont il découle la présomption que le lésé avait une connaissance effective de ses droits, à partir du moment où il a consulté un mandataire spécialiste du domaine, cela pour déterminer quand le délai relatif de prescription a commencé à courir. Cela doit valoir quel que soit le lésé agissant en restitution pour cause d'enrichissement illégitime, mais aussi dans le cas du lésé par rapport à sa connaissance du dommage.

In einigen Kantonen ist der Vermieter verpflichtet, dem Mieter ein offizielles Formular zur Festlegung des Anfangsmietzinseszinses zu übergeben. Tut er dies nicht, ist der Anfangsmietzins nichtig. Der Mieter kann den zu viel bezahlten Preis kondizieren. Die entsprechende Verjährungsfrist beginnt mit der tatsächlichen Kenntnis vom Rückforderungsrecht. Der Richter sollte sich dabei auf objektive Indizien und Umstände stützen können – und auf eine personenunabhängige Vermutung, dass der Geschädigte nach Konsultation eines spezialisierten Anwalts tatsächliche Kenntnis seiner Rechte hat.

Plan

- I. Introduction
- II. Critique
- III. Possible revirement de jurisprudence
- IV. Conclusion

I. Introduction

Dans les cantons de Fribourg, Genève, Neuchâtel, Vaud, Nidwald, Zoug et Zurich, le bailleur doit remettre au locataire un formulaire de fixation du loyer initial prévu à l'art. 270 al. 2 CO, cela pour tout nouveau contrat de bail conclu et portant sur un logement. Lorsque le bail a été conclu sans que ne soit utilisée la formule officielle de notification de loyer lors de la conclusion d'un nouveau bail, si elle est obligatoire dans le canton en question, le locataire peut agir en fixation judiciaire du loyer initial et en restitution de l'éventuel trop-perçu. Il en va de même si la formule existe et a été remise au locataire, mais que le loyer du précédent locataire ou la motivation de la hausse ne sont pas mentionnés. L'action en restitution pour cause d'enrichissement illégitime se prescrit par trois ans¹ à compter du jour où le locataire a eu connaissance de son

droit de répétition et, dans tous les cas, par dix ans dès la naissance de ce droit, conformément à l'art. 67 al. 1 CO².

La connaissance du locataire de son droit de répétition doit être effective. Elle survient lorsque le locataire « *sait que l'absence de cette formule, respectivement de l'indication du loyer du locataire précédent ou de la motivation de la hausse, entraîne la nullité du loyer initial, que le loyer qu'il a versé était trop élevé et qu'il était, partant, abusif, et non pas lorsqu'il aurait pu ou dû le savoir* »³. Ce raisonnement est fondé sur la jurisprudence concernant l'art. 67 CO. Le Tribunal fédéral affirme que le délai ne commence à courir que lorsque l'appauvri a un degré de certitude sur son droit à répétition, tel que l'on peut de bonne foi admettre qu'il n'a plus de motif ni de possibilité de chercher des informations complémentaires pour tenter une action en justice. Est ainsi déterminant, pour le point de départ de la prescription de l'art. 67 CO, non pas de savoir quand, en faisant preuve de l'attention

* NICOLAS SAVIAUX, docteur en droit, avocat, Lausanne.

¹ Un an, jusqu'au 31 décembre 2019. Le délai a été porté à trois ans par la révision du droit de la prescription entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2020 (RO 2018 5343, FF 2014 221; TF, 4A_495/2019, 28.2.2020, c. 4.1.2).

² TF, 4A_495/2019, 28.2.2020, c. 3.4; TF, 4A_254/2016, 10.7.2017, c. 3.1.3.1; TF, 4A_517/2014, 2.2.2015, c. 4.1.2; ATF 140 III 583 c. 3.2.3; DAVID LACHAT, Le bail à loyer, Lausanne 2019, 498; CPra Bail-DIETSCHY MARTENET, in: François Bohnet/Blaise Caron/Marino Montini (édit.), Droit du bail à loyer et à ferme, 2^e éd., Bâle 2017, art. 270 CO N 81; DAVID LACHAT, Trois ans de jurisprudence fédérale sur les loyers: 2013–2016, CdB 2016, 101 ss, 107; SÉBASTIEN FETTER, La contestation du loyer initial, Berne 2005, 268–269.

³ TF, 4A_495/2019, 28.2.2020, c. 4.1.2; TF, 4A_254/2016, 10.7.2017, c. 3.1.3.1; TF, 4A_517/2014, 2.2.2015, c. 4.1.2; TF, 4A_168/2014, 30.10.2014.

commandée par les circonstances, le lésé aurait pu avoir connaissance de l'entier de son dommage, mais quand il en a effectivement eu connaissance⁴.

Le domaine de la connaissance effective relevant de ce que sait une personne ou de ce qu'elle ignore, il s'agit en quelque sorte de pouvoir lire dans ses pensées et de déterminer ce qu'il sait ou qu'il ignore, soit une démarche/preuve impossible. Cela obligerait le juge à ne pouvoir se fonder que sur les propres déclarations/aveux de l'intéressé. 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. À 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.

Pour ce qui est du droit du bail, le législateur présume l'ignorance du locataire quant à l'obligation du bailleur de notifier la formule officielle de fixation du loyer initial⁵. D'ailleurs, dans son arrêt du 10 juillet 2017, la Haute Cour a affirmé que l'art. 3 al. 2 CC⁶ ne s'applique pas dans cette hypothèse « *car, selon la volonté du législateur, l'ignorance du locataire quant à l'obligation d'utiliser la formule officielle est présumée* »⁷. Les juges fédéraux ont ensuite affirmé que la Cour cantonale vaudoise s'était trompée en déclarant que les locataires avaient eu connaissance de leur droit de répétition dès le moment où ils avaient consulté l'Asloca pour un problème de baisse de loyer en méthode relative fondée sur la baisse du taux hypothécaire.

II. Critique

Cette décision de la Haute Cour a été critiquée, à juste titre⁸. Nous allons démontrer que cette jurisprudence n'est pas cohérente, pour plusieurs raisons. Rappelons tout d'abord comment, avant les juges fédéraux, les juges cantonaux de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal vaudois avaient raisonné.

Dans cette affaire, des locataires ont sollicité une baisse de loyer en méthode relative, le 5 décembre 2011. Le 3 janvier 2012, la gérance représentant les bailleurs a partiellement admis la demande de baisse de loyer. Le 31 janvier 2012, les locataires se sont entretenus avec un consultant juridique auprès de l'Asloca. À cette occasion, ils étaient munis d'un exemplaire du contrat de bail qu'ils avaient présenté au consultant de l'Asloca. Ce dernier a préparé un courrier du 1^{er} février 2012, que les locataires ont adressé à la gérance et dans lequel ils ont rectifié leur demande de baisse de loyer du 5 décembre 2011. Le même jour, ils ont saisi la commission de conciliation d'une requête de conciliation, en indiquant que leur dossier était suivi par le consultant Asloca. Le 2 février 2012, les bailleurs ont proposé aux locataires de ramener le loyer mensuel à CHF 1'358 dès le 1^{er} juillet 2012. Le 13 février 2012, les locataires ont accepté cette proposition et ont retourné au bailleur un exemplaire contresigné du courrier du 2 février 2012 de ces derniers. Le même jour, ils ont retiré leur requête de conciliation.

C'est suite à la résiliation du bail de ces locataires que ces derniers ont à nouveau consulté l'Asloca, puis un avocat. Le 11 avril 2013, par l'intermédiaire de l'avocat consulté, ils ont conclu à la nullité, subsidiairement à l'annulation de la résiliation de bail. Par une autre requête du 24 avril 2013 à la commission de conciliation, les locataires ont demandé la constatation de la nullité du loyer initial.

Par jugement du 13 novembre 2014, le Tribunal des baux vaudois a rejeté les conclusions des locataires, estimant qu'ils commettaient un abus de droit en se prévalant de la nullité du loyer initial. La Cour d'appel civile vaudoise, dans son arrêt du 5 février 2016⁹, a confirmé l'opinion du Tribunal des baux du canton de Vaud, selon laquelle les locataires devaient savoir depuis le 31 janvier 2012, date de leur entretien avec le consultant juridique auprès de l'Asloca, que le loyer initial était nul, le consultant précité ayant disposé à cette occasion d'un exemplaire du bail litigieux lui permettant de calculer la baisse de loyer à laquelle les locataires pouvaient prétendre sur la base du loyer initial. Les juges du Tribunal des baux et ceux du Tribunal cantonal vaudois ont estimé qu'il appartenait au consultant Asloca de vérifier la validité du bail, l'omission de ce dernier devant être imputée aux locataires.

Un tel raisonnement est frappé au coin du bon sens¹⁰. En effet, il est inconcevable qu'un conseiller spécialisé

⁴ ATF 129 III 264 c. 4.1 et 4.2 ; ATF 129 III 503 c. 3.4 ; CR CO I-CHAPPUIS, art. 67 N 4, in : Luc Thévenoz/Franz Werro (édit.), Code des obligations I, Commentaire romand, 2^e éd. Bâle 2012 (cit. CR CO I-auteur).

⁵ LACHAT (n. 2), CdB 2016, 103.

⁶ « *Nul ne peut invoquer sa bonne foi, si elle est incompatible avec l'attention que les circonstances permettaient d'exiger de lui.* »

⁷ TF, 4A_254/2016, 10.7.2017, c. 3.2.2.

⁸ Note d'ISABELLE SALOMÉ DAINA, CdB 2017, 107.

⁹ TC VD, HC/2016/169, 5.2.2016, c. 3.4.

¹⁰ Il en va de même du raisonnement des juges de la 2^e Cour d'appel civile du Tribunal cantonal du canton de Fribourg, dans un

de l'Asloca, ou un autre mandataire tel qu'un avocat ou un agent d'affaires breveté, puisse ne pas examiner ce qui constitue la base de tout son travail. Et cela vaut quel que soit le problème dont le locataire lui fait part, en sollicitant ses conseils et son assistance. En effet, quel que soit le problème soulevé par le locataire (baisse de loyer, défaut de la chose louée, résiliation de bail, frais accessoires, etc.), le point de départ, élément central et fondamental, est le contrat de bail.

Tout mandataire ou consultant intervenant en droit du bail doit, comme première démarche, s'intéresser au contrat de bail : ce dernier peut très bien revêtir la forme orale. Le mandataire doit s'en enquérir. Si le bail est oral, il doit à tout le moins obtenir la preuve du paiement du loyer, élément essentiel du contrat¹¹. S'il y a un contrat de bail, oral ou écrit, et qu'il porte sur un logement, cela dans un canton où la formule officielle de notification de loyer lors de la conclusion d'un nouveau bail est obligatoire, le réflexe premier est de s'assurer que cette formule a été établie et remise aux locataires. S'il n'y a pas de contrat écrit et que l'on se trouve dans l'hypothèse précitée, à plus forte raison le mandataire doit-il au moins s'assurer de l'existence de la formule et de sa remise au locataire¹².

Tout autre interprétation est irréaliste et bien trop favorable à la partie locataire. On relève d'ailleurs qu'une telle bienveillance n'existe absolument pas lorsqu'il s'agit d'analyser les actes du bailleur. Ce dernier peut parfaitement être un particulier, ignorant des lois. S'il omet l'une

ou l'autre des exigences formelles du droit du bail (utilisation d'une formule de résiliation de bail, d'une formule de notification de nouvelles prétentions, ou encore de notification de loyer lors de la conclusion d'un nouveau bail dans les cantons où elle est exigée), il lui en sera tenu rigueur avec la plus grande sévérité. On lui opposera que nul n'est censé ignorer la loi. S'il s'agit d'un bailleur privé ayant agi seul, on le lui reprochera, en affirmant qu'il aurait dû mandater une gérance immobilière, consulter un spécialiste, avocat ou autre.

Comment serait-il soutenable que les mêmes exigences ne s'appliquent pas aux locataires ? Il est compréhensible et admissible qu'aussi longtemps qu'un locataire, présumé ignorant, n'a pas consulté un spécialiste, il continue d'ignorer ses droits. En revanche, dès qu'il a consulté un spécialiste, et en particulier l'Asloca, association par excellence de défense des locataires, il n'est plus ignorant de rien ou ne doit plus être réputé tel. Pour un conseiller Asloca, un avocat ou un agent d'affaires breveté, la démarche consistant à vérifier le contrat de bail et l'existence de la formule officielle de notification de loyer représente les rudiments de ce qu'on peut/doit attendre de lui. C'est une démarche élémentaire.

Par comparaison, tout médecin digne de cette profession, qui rencontre un patient, va lui poser des questions de base : ses noms et prénoms, sa date de naissance, ses antécédents en matière de santé. Le médecin va procéder à des démarches élémentaires et basiques : peser son patient, le mesurer, prendre sa tension artérielle, l'ausculter. Ces actes sont la moindre des choses que l'on attend d'un médecin. Et cela peu importe la raison pour laquelle le patient le consulte.

Prétendre que le locataire, qui a consulté un spécialiste, ne serait pas au courant de ses droits en matière de nullité du loyer à raison de l'absence de la formule officielle, au motif qu'il aurait consulté le mandataire pour un autre problème (défaut de la chose louée, baisse de loyer, résiliation de bail, etc.) n'est d'aucune pertinence. En effet, tout comme il incombe au médecin diligent de poser les questions élémentaires et de procéder à des actes médicaux basiques¹³, n'importe quel mandataire diligent

arrêt du 21 novembre 2014 (voir TF, 4D_13/2015, 3.6.2015, DB N° 27/2015, 1). Il s'agissait d'une question de frais accessoires. Les juges de première et de deuxième instance ont 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. Mandaté pour un contrôle du loyer initial, les juges 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. Les juges fédéraux ont admis le recours des locataires, affirmant que les juges précédents s'étaient livrés à des « extrapolations » et 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 Me U. ait informé les demandeurs de ce que le contrat relatif à leur appartement était vicié au sujet du forfait pour frais accessoires » (c. 7).

¹¹ La remise de l'usage de la chose en contrepartie du paiement d'un loyer établira qu'il y a un contrat de bail, cela indépendamment d'un document écrit et signé.

¹² L'absence de remise de la formule officielle, dans les cantons où elle est exigée, entraîne la nullité du loyer initial. Assurément, c'est très loin d'être anodin. Donc, c'est un des premiers, si ce n'est le premier, éléments à vérifier.

¹³ Le devoir de diligence couvre l'ensemble des activités du médecin, de l'anamnèse, en passant par le diagnostic et jusqu'au traitement. Si le médecin pose consciencieusement son diagnostic, après avoir examiné son malade selon les règles de l'art, avec tout le temps et l'attention nécessaires, qu'il lui donne ensuite le traitement approprié et le fait exécuter conformément aux principes généralement admis, il échappe aux reproches de négligence ou d'imprudence (ATF 105 II 284 c. 1 ; CHRISTOPH MÜLLER, La responsabilité civile du médecin, in : François Bohnet [édit.], Quelques actions en responsabilité, Neuchâtel 2008, N 20).

s'occupant d'un locataire doit procéder à des vérifications de base. Or, celles sur l'existence du contrat de bail à loyer (oral ou écrit) et de la formule officielle sont des démarches fondamentales et élémentaires¹⁴.

Si le mandataire omet de procéder à ces vérifications de base, il engage sa responsabilité. Tout mandataire est censé y avoir procédé. Par conséquent, dès que le locataire a consulté ce spécialiste, il est réputé connaître ses droits. S'il n'y a pas de formule officielle de notification de loyer dans son dossier et que le mandataire ne l'a pas avisé de ses droits, le locataire a pourtant, dès ce moment-là, connaissance effective de ses droits.

En effet, ce que sait ou est présumé savoir le mandataire est opposable au mandant. Partant, l'omission du mandataire de réagir face au constat de l'absence de la formule officielle, l'omission d'aviser son mandant des conséquences et droits qui en découlent, sont opposables au mandant, à savoir au locataire. D'ailleurs et de très longue date, la jurisprudence fédérale indique que ce que sait le mandataire du lésé est imputable à celui-ci¹⁵.

Du reste, dans son arrêt du 10 juillet 2017, le Tribunal fédéral n'a pas affirmé autre chose : « Pour les locataires, la réponse dépend de leur connaissance effective, par exemple en raison de la conclusion d'un contrat de bail antérieur, des droits des locataires qu'expose la formule officielle et, pour leur représentant (le consultant), de savoir s'il a effectivement eu connaissance de l'absence de notification de la formule officielle, information que les lo-

cataires (mandants) devraient alors se laisser imputer »¹⁶. Si le mandataire n'a pas fait son travail, il n'en demeure pas moins que le client locataire est réputé connaître ses droits et que, s'il laisse passer une année (trois ans, dès le 1^{er} janvier 2020) sans interrompre la prescription, il les aura définitivement perdus. Si un Tribunal le constate et le déboute de son action, le locataire pourra se retourner contre son mandataire, dont la responsabilité sera engagée.

Soutenir le contraire n'est pas plausible. C'est comme, par analogie avec le médecin, si un patient ne pouvait pas se retourner contre ce dernier, au motif qu'il l'a consulté pour un problème et que le médecin est passé à côté d'un autre problème flagrant. Imaginons un patient qui va chez son dentiste parce qu'il a mal à une dent cariée. Durant l'intervention, le dentiste traite la carie et constate la présence d'une grosseur évidente sur la langue ou en fond de gorge. À suivre le raisonnement des juges fédéraux appliqué au cas du locataire consultant l'Asloca ou un autre mandataire, le dentiste, suspectant ou devant suspecter une possible tumeur, n'aurait pas le devoir de signaler immédiatement ce problème à son patient et à l'orienter chez un chirurgien ou autre spécialiste, cela au motif que le patient est venu le consulter pour une dent cariée et pas pour autre chose.

Demeurons un tant soit peu sérieux. Tout client d'un mandataire, que ce soit le patient par rapport au médecin, le client par rapport à son architecte ou son ingénieur, le client par rapport à son avocat ou son notaire, va le consulter précisément parce qu'il est ignorant en la matière et que le mandataire est le spécialiste. Il incombe donc au mandataire de faire son travail, de vérifier les points élémentaires, puis de soulever spontanément ce qu'il a constaté et d'en informer son client, respectivement patient. Par définition, ce dernier est ignorant de tout. Le Tribunal fédéral l'a d'ailleurs rappelé s'agissant du locataire, qui est ignorant de ses droits.

Le client qui se trouve face à un problème de construction dans son bâtiment et qui consulte un architecte ou un ingénieur civil s'attend légitimement à ce que ce soit le mandataire, spécialiste et homme de l'art, qui procède à une analyse diligente et l'informe des problèmes existants (que le client ignore, par définition) et des solutions. Il en va de même du médecin, ainsi que de tout autre mandataire spécialiste. Mais, selon le Tribunal fédéral, en droit du bail et lorsqu'il s'agit du locataire, le mandataire n'aurait plus aucune obligation de diligence et, selon l'arrêt du

¹⁴ L'art. 398 al. 2 CO rend le mandataire responsable envers le mandant de la bonne et fidèle exécution du mandat. Ces dispositions fondent l'obligation de diligence incombant au mandataire, dont découle l'obligation d'information et de conseil. L'obligation d'information impose au mandataire d'aviser son client de tout ce qui est important pour ce dernier en relation avec le contrat. Le mandataire doit indiquer les mesures qui correspondent le mieux à l'intérêt du mandant, car en principe c'est lui le spécialiste et que le mandant ne l'est pas. (CR CO I-WERRO [n. 4], art. 398 N 17 s).

¹⁵ ATF 45 II 322 c. 4 ; TF, 4A_454/2010, 6.1.2011, c. 3.1 ; BLAISE CARRON/NIELS FAVRE, La révision de la prescription dans la partie générale du Code des obligations : ce qui change et ce qui reste, et la transition entre les deux..., in : François Bohnet/Anne-Sylvie Dupont (édit.), Le nouveau droit de la prescription, Bâle 2019, 28 ; CHRISTOPH MÜLLER/JULIETTE SCHALLER, La prescription en droit de la responsabilité civile : vers le nouveau droit, in : Anne-Sylvie Dupont/Christoph Müller (édit.), L'indemnisation du préjudice corporel. Quelques questions pratiques et actualités en droit de la RC et des assurances sociales et privées, Bâle 2019, N 18, 81. Cette jurisprudence et cette doctrine concernent le point de départ du délai relatif de prescription de l'art. 60 CO, mais le raisonnement est clairement applicable par analogie au point de départ du délai relatif de prescription de l'art. 67 CO. En effet, dans les deux cas, on s'interroge sur la connaissance effective qu'a le lésé, de son dommage lorsqu'il s'agit de l'art. 60 CO, de son droit de répétition dans le cas de l'art. 67 CO.

¹⁶ TF, 4A_254/2016, 10.7.2017, c. 3.2.5.

3 juin 2015¹⁷, le mandataire est même présumé pouvoir être incompetent et incapable. C'est incohérent.

De surcroît, tout le raisonnement qui exonère le locataire de sa connaissance effective de ses droits, bien qu'il ait consulté l'Asloca, un avocat ou agent d'affaires breveté, au motif qu'il n'était pas consulté pour procéder à l'examen du loyer initial, est absurde. En effet, comme le locataire est ignorant de ses droits et qu'il n'a, 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 l'ignore ?

Dans tous les cas résultant de ces décisions, le locataire est allé consulter pour un autre problème. Evidemment puisqu'il est ignorant de ses droits et qu'il n'a, dans l'hypothèse ici examinée, pas reçu la formule officielle. Par exemple, le locataire est allé consulter pour 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 est ignorant de ses droits et n'a pas reçu la formule officielle ? C'est à cette occasion qu'un mandataire doit constater l'absence de la formule officielle¹⁸. Par définition, le locataire ignorant 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 travail.

Par analogie, c'est comme si le patient atteint d'une maladie devait l'avoir constatée lui-même, avoir défini/identifié/diagnostiqué le problème¹⁹ et avoir contacté un médecin pour le lui dire. Or, c'est précisément l'inverse qui se passe dans la réalité et dans la pratique²⁰, ce qui est à la portée de la compréhension de quiconque, puisque cela correspond au pur bon sens. Par conséquent, lorsque le locataire a consulté un mandataire spécialiste, il est réputé connaître ses droits, lorsqu'il s'agit d'un élément

aussi élémentaire que d'avoir vérifié si le bail conclu a été accompagné ou pas de la remise de la formule officielle de notification du loyer lors de la conclusion d'un nouveau bail, cela dans les cantons où cette formule est obligatoire.

De surcroît, le domaine de la connaissance effective relevant de ce que sait une personne ou de ce qu'elle ignore, on ne saurait se fonder sur les propres déclarations de l'intéressé lui-même. En effet, vu les intérêts financiers en jeu²¹, on n'imagine évidemment pas qu'un locataire, saisissant la justice pour invoquer la nullité du loyer initial et la restitution des fractions de loyer payées en trop, déclare qu'il connaissait ses droits depuis plus d'une année (trois ans, dès le 1^{er} janvier 2020) avant l'ouverture d'action, car cela lui ferait perdre ses prétentions, à raison de la prescription²².

III. Possible revirement de jurisprudence

Un tout récent arrêt de notre Haute Cour, destiné à la publication, nous fait penser à un potentiel revirement de jurisprudence en la matière. Le 28 février 2020, dans un cas de contestation de loyer initial découlant de l'absence de remise de la formule officielle, les juges fédéraux ont en effet indiqué, en rapport avec la connaissance effective et l'ignorance du locataire de ses droits : « *À cet égard, on peut légitimement s'interroger sur le point de savoir si, de nos jours, l'ignorance présumée du locataire, quant au caractère obligatoire de la formule officielle et aux conséquences attachées à l'absence de celle-ci, se justifie encore, dès lors que l'usage de la formule officielle a été rendu obligatoire il y a plus de vingt-cinq ans dans le canton de Vaud, que cette exigence a été rappelée à répétition reprises par le Tribunal fédéral dans plusieurs arrêts publiés, et qu'il est possible de se renseigner aisément sur ce point en effectuant une simple recherche sur internet ou en consultant le site d'associations militant en faveur de la défense des droits des locataires. Point n'est toutefois besoin de trancher cette question, dans la*

¹⁷ TF, 4D_13/2015, 3.6.2015, c. 7, DB N° 27/2015, 1.

¹⁸ C'est le cas dans TF, 4A_417/2014, 2.2.2015, où les locataires avaient consulté un mandataire spécialiste dans le cadre d'une demande de baisse de loyer en méthode relative fondée sur l'évolution du taux hypothécaire et de l'IPC.

¹⁹ 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.* »

²⁰ Un patient peut fort bien se rendre chez son médecin pour un contrôle de routine, sans signaler quoi que ce soit de particulier à son médecin. Pourtant, ce dernier devra l'examiner attentivement et procéder à des examens de base, tels que l'ausculter, prendre sa tension artérielle, etc. Si le médecin constate quelque-chose d'évident, il doit le signaler immédiatement au patient et entreprendre spontanément des investigations complémentaires. C'est la base du mandat.

²¹ Le locataire peut espérer obtenir la restitution de plusieurs dizaines de milliers de francs, s'il peut faire remonter la nullité du loyer initial sur plusieurs années.

²² On peut bien imaginer au contraire que, même s'il a consulté un mandataire, le locataire affirme que ce dernier ne lui a pas parlé du problème de l'absence de formule officielle, etc., donc qu'il est totalement ignorant de ses droits et qu'il n'en a pris connaissance, évidemment, que moins d'une année avant qu'il n'interrompe la prescription.

mesure où le recourant remet uniquement en question le dies a quo du délai de prescription absolu »²³.

Si le Tribunal fédéral en vient à affirmer que l'ignorance présumée du locataire n'est plus guère défendable, car tout un chacun peut facilement se renseigner en faisant une simple recherche sur internet ou en consultant le site d'associations de défense des locataires, s'agissant d'une exigence formelle ancienne de plus de vingt-cinq ans, à bien plus forte raison cette ignorance n'existe plus du tout, si le locataire a consulté un mandataire (consultant Asloca, avocat, agent d'affaires). La Haute Cour ne l'a pas affirmé de manière expresse, mais on pourrait même parler de fait notoire (art. 151 CPC) s'agissant de l'exigence de la formule officielle²⁴. On passerait d'une ignorance présumée à une connaissance présumée, ce qui est somme toute absolument logique.

IV. Conclusion

En conclusion, il faut forcément pouvoir opposer à ce locataire le fait qu'il a consulté un mandataire plus d'une année (trois ans, dès le 1^{er} janvier 2020) avant l'ouverture d'action, si tel est bien le cas. Et que, si le locataire a laissé passer une (trois, dès le 1^{er} janvier 2020) année sans interrompre la prescription, il est forclo de ses droits. Que le mandataire consulté ait fait ou non son travail importe peu, dès lors qu'un mandataire diligent devait constater l'absence de la formule officielle, les droits en découlant étant dès ce moment-là connus du locataire, étant donné que ce que sait le mandataire est opposable au mandant²⁵. Cas échéant, le locataire dont les droits seraient prescrits pourra agir en responsabilité contre son mandataire, si ce dernier a omis de lui faire constater l'absence de formule officielle et de l'informer des droits en découlant, démarches élémentaires que tout mandataire doit réaliser.

Mais, suite à l'arrêt du 28 février 2020 du Tribunal fédéral mentionné plus haut, on pourrait même s'attendre à

ce que les juges fédéraux fassent un pas supplémentaire et abandonnent l'ignorance présumée du locataire s'agissant de l'exigence de la formule officielle lors de la conclusion d'un nouveau bail, cette exigence ayant le caractère de fait notoire dans les cantons qui l'ont instaurée. Tout locataire constatant l'absence de formule officielle, au moment où il conclut son contrat de bail, verrait par conséquent le délai relatif de prescription commencer à courir dès ce moment-là.

Dans cet arrêt, notre Haute Cour a également tranché une question importante, concernant le délai absolu de prescription de dix ans, dont le *dies a quo* est celui de l'exigibilité de la créance en enrichissement illégitime (c. 4.3.1). Suivant un courant doctrinal, les juges fédéraux ont indiqué que « *le dies a quo du délai de prescription absolu coïncide avec l'exigibilité de la prétention en enrichissement illégitime, soit au moment de chaque paiement indu* ». En effet, seule une prétention qui a déjà pris naissance peut être atteinte par la prescription. Il y a dès lors lieu d'admettre que le délai de prescription absolu commence à courir séparément pour chacun des versements de loyer (c. 4.3.3 et 4.3.4).

D'une manière plus générale et en dehors du cas spécifique du locataire, le raisonnement qui précède doit aussi valoir pour tout lésé au sens de l'art. 67 CO. La connaissance de son droit de répétition doit être déterminée en fonction de la situation concrète de ce lésé. Qu'il ait ou non consulté un mandataire²⁶ doit logiquement jouer un rôle sur ce degré de connaissance. Il s'agit d'un élément factuel objectif, devant valoir présomption que le lésé a la connaissance suffisante l'obligeant à agir en respectant le délai relatif de prescription pour faire valoir ses droits, sous peine de les perdre. À défaut de pouvoir se fonder sur de tels indices et d'en tirer les conséquences, le lésé pourrait bénéficier d'un temps quasiment égal au délai absolu de prescription (dix ans), simplement en affirmant qu'il n'a (avait) pas connaissance de ses droits auparavant. Afin de ne pas dépendre des seules déclarations/aveux du lésé, dont les intérêts financiers en jeu le pousseront évidemment à systématiquement affirmer qu'il ignorait ses droits, cela afin qu'on ne puisse pas lui opposer l'écoulement du délai relatif de prescription, le juge doit pouvoir se fonder sur des indices et circonstances objectives, dont il découle la présomption que le lésé avait une connaissance effec-

²³ TF, 4A_495/2019, 28.2.2020, c. 4.1.3.

²⁴ En effet, le Tribunal fédéral a jugé qu'une donnée qui « *ressort d'informations disponibles à tout un chacun sur le site internet de l'université de Genève* », en l'occurrence un tarif de rémunération horaire, constitue un « *fait notoire qui n'avait ni à être allégué, ni à être prouvé* » (ATF 138 III 289 c. 5.1). Dans l'arrêt du 28 février 2020, la Haute Cour renvoie expressément à la « *simple recherche sur internet* » pour remettre en cause la justification de l'ignorance présumée du locataire de ses droits.

²⁵ Comme l'a relevé MONTINI, en cas de consultation de l'Asloca, on aurait « *peine à saisir quelles circonstances n'auraient pas permis aux locataires d'être orientés déjà lors de cette première consultation auprès des spécialistes du domaine* » (MARINO MONTINI. DB N° 27/2015, 34 et 35, spéc. N 9 *in fine*).

²⁶ Un médecin si c'est pour un problème de santé et de responsabilité médicale, par exemple. Si le problème concerne une construction, le mandataire consulté sera par hypothèse un architecte ou un ingénieur. Quel que soit le problème, la connaissance de ses droits par le lésé sera forcément influencée par le fait qu'il a, ou pas, consulté un mandataire.

tive à partir du moment où il a consulté un mandataire spécialiste du domaine. Il peut s'agir par exemple d'un médecin consulté par son patient, d'un architecte ou d'un ingénieur consulté par son client, d'un juriste consulté par son client ou son sociétaire. D'ailleurs, 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 mandataire²⁷. Cela veut bien dire que le lésé peut consulter un mandataire pour se faire aider/conseiller.

Mais, alors, on doit précisément pouvoir lui opposer cette consultation 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.

²⁷ 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 c. 2a ; ATF 111 II 52 c. 3a). FRANZ WERRO, *La responsabilité civile*, 3^e éd., Berne 2017, N 1606.